

2011

NİSAN

3 AYDA BİR YAYIMLANIR

İZMİR BAROSU DERGİSİ



Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri
Nami BARLAS

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin
Hükümlerinin Değerlendirilmesi
Ayşe HAVUTÇU

Yeni (6098 sayılı) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmeleri
Cevdet YAVUZ

İcra ve İflas Hukukunda "İvazsız Tasarruflardan Dolayı" İptâl
(İİK. md. 278*)
Talih UYAR

Değişiklikleri Aşamalı Yürürlüğe Girecek Temel Yasalardan Biri:
Yeni Türk Ticaret Kanunu
Beydağ (Tıraş) ÖNERİ

Yerel Yönetimlerde Çalışan Memurların Toplu Sözleşme Hakkı
E. Barış GÜLDOĞAN

Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı ve Hukuki Sorumluluğu
M. Hakan ERİŞ

HAKEMLİ MAKALE

Hukukta Yorum Metodları
Mustafa Emir ÜSTÜNDAĞ

YARGITAY İŞBÖLÜMÜ

Yargıtay'daki İş Yükü ve Dairelerin Görev Alanı

YARGI KARARLARI

İdari Bölüm • Hukuk Bölümü • Ceza Bölümü

YİTİRDİKLERİMİZ

YIL: 76 **2**

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl:76 • Nisan-Nisan 2011 • Sayı: 2 • Üç ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Sema PEKDAŞ

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Ahmet Haşim ÖZTÜRK

YAYIN KURULU

Av. Rasim BÜYÜK
Av. Metin CENGİZ
Av. H. Baha COŞKUN
Stj. Av. Başak ERASLAN
Av. Abbas ERDOĞAN
Av. Onur GÜVEN
Av. Özlem ÖNGÖRÜ
Av. M. Ertuğrul PERİM
Av. Nilgün TORTOP
Av. Zekiye Özen İnci USLU
Av. Alper UYAR

DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (Kültür Üniversitesi)
Prof. Dr. Füsun SOKULLU AKINCI (İ.Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (GSÜ Hukuk Fak. Devletler Özel Hukuku)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İ.Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Oğuz ATALAY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ (Bahçeşehir Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Huk.)
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yaşar Üniversitesi Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU (DEÜ Huk. Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İ.Ü. Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (DEÜ Huk. Fak. Vergi Hukuku)
Prof. Dr. NEVZAT KOÇ (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (DEÜ Huk. Fak. Ticaret Hukuku-Deniz Hukuku)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Ankara Üniversitesi Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Işıl ÖZKAN (DEÜ Huk. Fak., Avrupa Birliği Hukuku)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK (Kültür Ü. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (GSÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü)
Prof. Dr. Melda SUR (DEÜ Huk. Fak. Devletler Umumi-İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (Kültür Ü. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Bilge UMAR (Yeditepe Ü. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)

Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Ü. Huk. Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER (Yaşar Üniversitesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Doç. Dr. Mustafa ALP (DEÜ İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK (AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Doç. Dr. B.Bahadır ERDEM (İ.Ü. Hukuk Fak. Devletlerarası Özel Hukuk)
Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM (DEÜ Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Mustafa SAKAL (DEÜ İİBF Maliye Bölümü)
Doç. Dr. Şükran ERTÜRK (Deü Huk. Fak. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Meltem Kutlu GÜRSEL (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (YÜ Hukuk Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Doç. Dr. Talih Uyar (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK (DEÜ Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Doç. Dr. Oğuz SANCAKTAR (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Doç. Dr. Meral SUNGURTEKİN (DEÜ Huk. Fak. Medeni Usul ve İflas Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Beşir ACABEY (DEÜ Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yrd. Doç. Dr. Hacı CAN (DEÜ Huk. Fak. Avrupa Birliği Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA (Marmara Üniv. Huk. Fak. Medeni Hukuk)
Yrd. Doç. Dr. Sevtap METİN (YÜ Hu. Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Yrd. Doç. Dr. Muhlis ÖGÜTÇÜ (DEÜ Huk. Fak. İdare Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Tijen Dünder SEZER (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (DEÜ Huk. Fak. Anayasa Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Gökçe Türkoğlu ÖZDEMİR (DEÜ Huk. Fak. Roma Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Ahmet TÜRK (DEÜ Huk. Fak. Ticaret Hukuku)
Av. Talih UYAR

YÖNETİM YERİ
İZMİR BAROSU

1456 Sokak No:16 K:6 Barohan 35220 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 463 00 14 • Faks: 0232 463 66 74

e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr , yayin.kurul@gmail.com

web site: www.izmirbarosu.org.tr

Basıma Hazırlık:

Egetan Bas. Yay. Ltd. Şti.

1469 Sok. No.: 32 Daire: 103 Alsanca 35220 İZMİR

Tel: 0232 421 08 96

Basıldığı Yer:

Dilan Matbaası - Esat Tekeli

1456 Sok. No.: 23/A Alsancak/İZMİR

Tel: 0 232 421 86 33

Basım Tarihi: 10 Ağustos 2011

İZMİR BAROSU DERGİSİ'nde yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Gönderilen yazılar, yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.

İçindekiler

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri Nami BARLAS	7
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi Ayşe HAVUTÇU	29
Yeni (6098 sayılı) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmeleri Cevdet YAVUZ	47
İcra ve İflas Hukukunda "İvazsız Tasarruflardan Dolayı" İptâl (İİK. md. 278*) Talih UYAR	103
Değişiklikleri Aşamalı Yürürlüğe Girecek Temel Yasalardan Biri: Yeni Türk Ticaret Kanunu Beydağ (Tıraş) ÖNERİ	125
Yerel Yönetimlerde Çalışan Memurların Toplu Sözleşme Hakkı E. Barış GÜLDOĞAN	141
Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı ve Hukuki Sorumluluğu M. Hakan ERİŞ	154
HAKEMLİ MAKALE	
Hukukta Yorum Metodları Mustafa Emir ÜSTÜNDAĞ	170
YARGITAY İŞBÖLÜMÜ	
Yargıtay'daki İş Yükü ve Dairelerin Görev Alanı	176
YARGI KARARLARI	
İDARİ BÖLÜM	223
HUKUK BÖLÜMÜ	227
CEZA BÖLÜMÜ	251
YİTİRDİKLERİMİZ	255

İzmir Barosu Dergisine Yazı Gönderecekler İçin Bilgi Notu

1. Dergimizin “hakemli” olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde “hakemli” ve “hakemsiz” yazılar birlikte yer alabilecektir.
2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. Yazıların uzunluğu dergi formatında ve otuz sayfayı geçmemelidir. Dergimize gönderilecek yazıların 12 punto (dipnot, kaynakça, özet 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve CD veya DVD formatında gönderilmesi gerekmektedir.
4. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.
6. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının “hakemli makaleler” bölümünde basılmasına karar verilecektir.
7. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları **“biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk”** yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar

hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına asla engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. **“yayımlanması uygundur”, “yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir”, “yayımlanması uygun değildir”**. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

8. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirecek, raporörler görüşlerini Kurul'a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerektiğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.
9. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.
10. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.
11. Dergi'ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle yazısının yayımlanmasına “olur” verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.
12. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe'dir.
13. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri

■ Nami BARLAS*

§ 1. GENEL OLARAK

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 11 Ocak 2011 tarih ve 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği en önemli ve radikal değişikliklerden biri kefalet hukuku alanında gerçekleşmiştir. Yapılan değişikliklerle hem yargı alanında farklı kararlara ve çelişkili uygulamalara yol açan bazı sorunlar çözüme bağlanmış ve artık tartışma konusu olmaktan çıkarılmış; hem de kefilin korunması yolunda önemli bir hamle gerçekleştirilmiştir.

Özellikle, mehzaz İsviçre Borçlar Kanununda 1941 değişikliği başta olmak üzere yapılan muhtelif değişiklikler bizim Borçlar Kanununa hiç yansımamış ve kefalet hükümleri mehzazdan çok uzaklaşmıştı. Yapılan değişikliklerle kanunumuz, modern hukuk telâkkilerine ve gelişmelere uygun bir görünüm kazanmıştır.

Ayrıca, kanunun mevcut metnindeki belirsizlikleri ve açıkları alacaklıların, özellikle de bankaların çok kötüye kullanmaları sebebiyle hukuk dünyasında oluşan vicdanî rahatsızlıklar da yeni kanunla giderilmiş olacaktır.

Aşağıda, tebliğin sunumu için tanınan zamanın sınırlı olması sebebiyle, yeni Borçlar Kanununun kefalet sözleşmesi bakımından getirdiği yeniliklerin sadece -özellikle uygulama açısından- önemli olanlarına ana hatları ile değineceğiz.

* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

§ 2. YENİ BORÇLAR KANUNU İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

I. Tanım Bakımından:

Kefalet sözleşmesi yeni BK m. 583'de tanımlanmıştır. Buna göre: “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.”

Bu konuda mevcut BK m. 483'de yer alan “...borcun edasını temin etmeyi alacaklıya karşı taahhüt eder” ibaresi yerinde değildi. Çünkü kefalet sözleşmesinden kefil için doğan borç borcun ifasını sağlamak değil, ifa etmeme halinde kişisel olarak sorumluluk üstlenmektir.

Keza, hükümdeki “...akdettiği borçlar...” dan bahsedilmesi de hatalıydı. Zira, yalnız sözleşmeden değil, haksız fiillerden, sebepsiz zenginleşmeden ve diğer borç kaynaklarından doğan borçlar için de kefil olunabilir.

Yeni kanunda bu ifade zafiyetleri ve çeviri hataları giderilmiş ve kefaletle ilişkin doğru bir tanım verilmiştir.

II. Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları Bakımından:

A. TEMEL GEÇERLİLİK ŞARTI OLARAK “MEVCUT VE GEÇERLİ BİR BORÇ İLİŞKİSİNDEN DOĞMUŞ ASIL BORÇ”

1) Kefalet borcunun en büyük özelliği, bunun fer'i olmasıdır. Geçerli bir kefaletin mevcudiyeti için, kefaletle temin edilen geçerli bir borç ilişkisinden doğmuş bir “asil borç” mevcut olmalıdır. Kefaletin doğumu, varlığı, devamı hep böyle bir asıl borcun mevcudiyetine bağlıdır; kapsamı da asıl borcun kapsamıyla sınırlıdır. Gerek mevcut BK m. 485/c.1 ve BK m. 492, gerekse yeni BK m. 582/f.1 ve BK m. 598/f.1 bu ilkeyi ifade eden hükümlerdir.

a) Yeni BK m. 582/f.1,c.1'e göre:

“Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir.”

Hüküm bir yenilik getirmemektedir ve mevcut BK m. 485/c.1'in tekrardan ibarettir.

b) Kefalet sözleşmesi metninden, hangi borç için kefil olunduğunun anlaşılabilmesi gerekir (belirlilik ilkesi). Kefaletle temin edilen asıl borcun ne olduğu belirtilmeksizin “B'nin A'ya olan tüm borçlarına 1.000 TL'na kadar kefilim” tarzındaki bir taahhüt geçerli olamaz.

Kefaletle mutlaka bir tek borcun teminat altına alınması zorunlu değil-

dir; aynı kefalet sözleşmesi kapsamında bir kimsenin birden fazla borcu için de güvence verilebilir; fakat kefalet sözleşmesinde bunların hepsinin tek tek tanımlanması veya belirlenebilir tarzda gösterilmesi gereklidir.

2) Gelecekte doğacak olan veya geciktirici şarta bağlanmış bir borç için de kefalet mümkündür.

a) Bu husus mevcut BK m. 485/c.2'ye paralel düzenleme içeren yeni BK m. 582/f.1, c.2'de şöyle ifade edilmiştir:

“Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir”

Bu halde kefalet sözleşmesi kurulmuştur ve geçerlidir; fakat kefaletin hükümleri askıdadır: Asıl borç doğunca, kefalet de hüküm ifade edecektir. Doktrinde, asıl borcun, alacaklının kefilden talepte bulunduğu sırada doğmuş bulunması yeterli görülmektedir.

b) Belirlilik ilkesi gereği, ileride doğacak borçların da hangi borç ilişkisinden kaynaklanan, ne gibi borçlar olduğu kefalet sözleşmesinde saptanmış olmalıdır. Bu noktada, özellikle uygulamada banka sözleşmelerinde sıkça rastlanan “...borçlunun herhangi bir ilişkiden dolayı Bankaya karşı ileride doğacak her türlü borçları için... kefilim.” şeklindeki ibareler geçerli değildir ve kefil, ileride doğacak bu tarz belirsiz borçlar için sorumlu tutmaya imkân yoktur.

c) Buna karşılık, cari hesaba verilen kefaletler geçerlidir. Özellikle, bir “çerçeve sözleşme” niteliğinde olan banka genel kredi sözleşmelerine verilen kefaletler böyledir. Çünkü burada kefilin sorumluluğu kapsamında bulunan ve ileride doğacak olan borçların hangi temel borç ilişkisinden kaynaklandığı, ne borcu olduğu ve hangi limite kadar doğabileceği belirlidir ve bu durum belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Kefil bunları bilerek ve görerek sorumluluk altına girmektedir ve onun sorumluluk limiti de sözleşmede belirlenmiştir.

3) Fer'îlik kuralının bir istisnası gibi gözükken bir hükme, yeni BK m. 582/f.2, c.1'de rastlanmaktadır. Bu hüküm mevcut BK m. 485/c.3'e paraleldir ve bir yenilik getirmemektedir. Ancak hükmün ifadesinde bir noktada eskiye oranla isabetli bir değişiklik yapılmıştır. Yeni BK m. 582/f.2, c.1'in ifadesi şöyledir:

“Yanılma veya ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun sorumlu olmadığı bir borç için kişisel güvence veren kişi, yükümlülük altına girdiği sırada, sözleşmeyi sakatlayan eksikliği biliyorsa, **kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur.**”

a) Burada anılan hallerde eski metinde “*kefalet geçerli olur*” ibaresi yer almakta iken, yeni metinde “*kefaletle ilgili kanun hükümlerine göre sorumlu olur*” denilmektedir. Bizce yeni metnin ifadesi daha doğrudur. Çünkü burada her zaman ortada bir “*kefalet sözleşmesi*” bulunmayabilir. Durumu iki ayrı ihtimale göre değerlendirmek gerekir. Şöyle ki:

1. İhtimal: Kefil, hataya düşenin sözleşmeyi hata sebebiyle iptal etmesi veya kanunî temsilcinin, sınırlı ehliyetsizin yaptığı işleme icazet vermesi ihtimallerini düşünmüş, yani, geçerli bir borç doğduğu takdirde, bunun ifasını teminat altına almıştır. Bu halde ortada şarta bağlı bir kefalet vardır; asıl borç geçerli hale gelince, kefalet de geçerli olacaktır.

2. İhtimal: Kefil, doğrudan doğruya hataya düşenin sözleşmeyi iptal etmesi veya kanunî temsilcinin icazet vermemesi tehlikelerini üzerine almış olabilir. Yani ancak geçerli bir borcun doğmaması kesinleşince kefil, alacaklıya karşı sorumlu olacaktır. Ferilikten yoksun bu sözleşme bir kefalet olamaz, gerçekte bir garanti sözleşmesi'dir. Ancak mevcut BK m. 485/c.3 (yeni BK m. 582/f.2) bu **garanti sözleşmesini** kefalet hükümlerine tâbi tutmuştur. Bu yaklaşım, kanun koyucunun yeni **BK m. 603** ile de teyid edilen iradesini ortaya koymaktadır ve isabetli bir düzenlemedir. Nitekim İsviçre Borçlar Kanununda da, bu halde, bu kişinin “*kefalet şartlarına ve kefaleti düzenleyen kurallara göre*” sorumlu olacağı belirtilmektedir.

Kanunun yukarıda gördüğümüz biçimdeki garanti taahhütlerini kefalet hükümlerine tâbi tutmuş olmasının sebebi, geçerli olmayan bir borcun ifasını tekeffül eden kişinin, çok defa, üzerine aldığı rizikonun alelade bir kefaletten daha ağır olduğunun (özellikle, rücu hakkının bulunmaması sebebiyle) farkında olmamasıdır. Onun içindir ki yasa, bu gibi kişileri, anılan hükümle özel olarak korumak istemiştir. Ayrıca, garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmediği için şekil zorunluluğu da bulunmamaktadır; bu açıdan da garanti veren korunmak istenmiştir. Mamafiş bu sorun yeni BK m. 603 ile giderilmektedir.

b) Yeni BK m. 582/f.2, c.2'de ise aynı esasın, **zamanaşımına uğramış borca kefalet halinde de geçerli olduğu** ifade edilmektedir.

Bir defa, borçlu, bir kimseyi kendi borcu için kefil olmaya sevk etmişse mevcut BK m. 133/b.1 (yeni BK m. 154/b.1) uyarınca zamanaşımı kesilir. Şayet borç daha önce zamanaşımına uğramışsa, asıl borç artık eksik borç olmaktan çıkar.

Buna karşılık, kefil borçludan habersiz biçimde, kendiliğinden gidip ona kefil olmuş ise iki ihtimal vardır:

1. İhtimal: Kefil, asıl borcun zamanaşımına uğradığını *bilmeden* kefil olmuştur. Bu halde kefalet geçerlidir; ama kefil de borçlu gibi, alacaklıya karşı zamanaşımı definde bulunabilir.

2. İhtimal: Kefil asıl borcun zamanaşımına uğradığını *bilerek* kefil olmuşsa, yani borçlu zamanaşımı definde bulursa bile borcu ödeme tehlikesini üzerine almışsa bu sözleşme geçerliliği kefalet hükümlerine tâbi tutulmuş bir *garanti* sözleşmesi sayılmalıdır. Esasen yeni BK m. 582/f.2,c.2'de bunu ifade etmektedir.

B. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TÂBİ OLDUĞU ŞEKİL KOŞULLARI

1) Yazılı şekil şartı

a) Mevcut Borçlar Kanunumuz, kefaletin geçerliliğini, *adî yazılı şekil* şartına bağlamıştır. Yeni Borçlar Kanunu da aynı esası muhafaza etmiş; üstelik klâsik adî yazılı şekil şartında yer almayan bazı *ek özellikler* de getirmiştir. Bunlara birazdan değineceğiz. Ancak öncelikle iki hususu belirtmemiz gerekir:

aa. Yazılı şeklin gerçekleşmesi bakımından metnin kimin tarafından ne şekilde hazırlandığı önemli değildir; *sadece kefilin imzasının bulunması yeterlidir*. Kefalet sözleşmesinde alacaklının imzası kural olarak gerekli değildir; çünkü kefalette yalnız kefil borç altına girmektedir. Buna karşılık, şayet -istisnaen- alacaklı da kefalet sözleşmesinde kefile karşı bir borç altına giriyorsa, onun da imzası bulunmak gerekecektir.

bb. Kefalet taahhüdünde *alacaklının ismen belirtilmesi zorunlu değildir*; alacaklının kimliğinin belirlenebilir olması yeterlidir. Buna karşılık borçlunun kişiliği kefil için çok önemli olduğundan, borçlunun kim olduğu kefalet metninde ismen gösterilmelidir.

b) İsviçre Borçlar Kanunu'nun kefaletin şekline ilişkin hükümlerinde üç ayrı şekil modeli öngörülmüştür:

- *Adî yazılı şekil:* Tüzel kişilerin ve İsviçre’de tüzel kişiliği bulunmayan kollektif ve komandit şirketlerin kefil olmaları hâlinde adî yazılı şekle uyulması yeterlidir. Bunun yanında gerçek kişiler için, istisnâ olarak, Federasyona veya ona bağlı kamu hukuku kurumlarına yahut bir Kantona karşı gümrük resimleri, vergiler gibi kamusal borçlar ya da taşıma ücretleri için girişilen kefaletler de alelâde yazılı şekilde yapılıncaya geçerli olurlar.

- *Ağırlaştırılmış adî yazılı şekil:* Gerçek kişilerin kefaleti 2.000 Frangı aşmıyorsa, yine adî yazılı şekil yeterlidir. Ancak, azamî miktarın ve müteselsil sorumluluğa ilişkin kaydın kefalet senedinde kefilin el yazısı ile gösterilmesi şarttır.

- *Resmî şekil:* Gerçek kişilerin 2.000 Frangı aşan kefaletlerinin geçerli olması, resmî biçimde yapılımlarına bağlıdır.

c) Bu konuda yeni Borçlar Kanunu köklü değişiklikler getirmektedir.

aa. Kanununun 583. maddesinin 1. cümlesinde adî yazılı şekil şartı ve kefalet limitinin gösterilmesi zorunluluğu aynen korunmuş; fakat kefalet tarihi de belirtilmesi gereken zorunlu unsurlar arasına dâhil edilmiştir.

bb. Maddenin 2. cümlesinde ise yazılı şeklin gerçekleştirilmesine ilişkin olarak, bugünkü metinde yer almayan, çok önemli bazı özellikler öngörülmüştür. Buna göre:

“Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.”

Kanaatimizce, bu değişiklik alacaklıların, özellikle matbu metin kullanan finans kuruluşlarının kötü niyetli davranışlarını (matbu sözleşme metninde boş bırakılan kefalet limiti ve/veya tarih kısımlarının sonradan dava aşamasında alacaklı tarafından doldurulması gibi) önleme bakımından isabetli olmuştur.

cc. Yeni BK m. 583’ün 2. fıkrasının 1. cümlesinde ise, aynı şekil şartlarının, temsil yoluyla kefalet sözleşmesi akdedilmesi konusunda temsilciye verilecek yetki ve ileride kefalet sözleşmesi akdetme konusunda yapılacak kefalet vaadleri (ön akitletler) için de geçerli olduğunu belirtmektedir. Hüküm şöyledir:

“Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır.”

Kefalet sözleşmesinin temsil yoluyla akdedilebilmesi için temsilcinin özel olarak yetkilendirilmiş bulunmasının aranması ve bu yetkilendirmenin de aynı şekil şartına tâbi tutulmuş olması bizce isabetlidir. Bugünkü hukukumuzda böyle bir düzenleme mevcut değildir ve sorun, uygulamada farklı yargı kararlarına konu olmaktaydı. Artık böyle bir mesele de ortadan kalkmıştır.

Ancak, söz konusu fıkra düzenlemesi ile ilgili olarak şu noktalara işaret etmek isteriz:

aaa) Temsil yetkisinin *noterce re'sen düzenlenen bir vekâletname* içeriğinde yer alması durumunda, noterin ağzından kaleme alınan ve bilgisayar çıktısından ibaret olan bu vekâletname metnine kefilin el yazısı ile limiti, tarihi ve teselsüle ilişkin ibareyi yine de el yazısı ile yazması aranacak mıdır?

Hüküm bu ihtimali ayrıca düzenlememiştir ve noter vekâletnamele-ri için bir istisna öngörmemiştir. Aslında, noterce re'sen düzenlenen vekâletnamenin metninde açıkça ve eksiksiz yer almış olması koşuluyla, bu unsurların ayrıca bir kez de elle yazılmasını aramanın bir anlamı yoktur. Çünkü hükmün amacı, limit, kefalet tarihi ve müteselsil sorumluluğa ilişkin ibarenin boş bırakılıp, sonradan alacaklı tarafından kefil aleyhine doldurulmasını engellemek ve ayrıca kefilin bu unsurların bilincinde olarak hareket etmesini sağlamaktır. Kefalet taahhüdünün noterce resen düzenlenen bir senette yer alması zaten bu amacı kendiliğinden gerçekleştirecektir ve hükmün konuluş amacında yer alan endişeler, bu şekilde akdedilen kefalet sözleşmelerinde söz konusu değildir. Bu bakımdan, kefil olma konusundaki temsil yetkisinin noterce re'sen düzenlenen bir senette verilmesi halinde yeni yasaya göre aranan ek şekil unsurlarının ayrıca bir kez daha ve kefilin el yazısı ile yazılmasını aramaya gerek yoktur. Fakat, bu konuda ortaya atılabilecek geçersizlik iddialarını daha baştan bertaraf etmek amacıyla, metnin altına tekraren de olsa bu ibarelerin kefilin el yazısı ile dercedilmesi yararlı olacaktır.

bbb) Diğer bir sorun, aynı anda birden fazla temsilcinin kefalet sözleşmesi akdetmeye birlikte yetkili olduğu hallerde, özellikle tüzel kişilerin temsilinde yaşanacaktır: Müşterek imza ile temsile yetkili bir-

den fazla temsilci varsa, kefaletin geçerliliği için aranan ek unsurların el yazısı ile yazılması şartının yerine gelmiş sayılabilmesi için aynı ek unsurların tüm temsilciler tarafından tekrar tekrar el yazısı ile yazılması şart mıdır?

Kanaatimizce, temsilcilerden sadece birinin bu unsurları el yazısı ile yazması gerekli ve yeterli görülmelidir. Çünkü hükmün amacı, limit, kefalet tarihi ve müteselsil sorumluluğa ilişkin ibarenin boş bırakılıp, sonradan alacaklı tarafından kefil aleyhine doldurulmasını engellemek ve ayrıca kefilin bu unsurların bilincinde olarak hareket etmesini sağlamak olduğuna göre, sadece bir temsilcinin bu unsurları el yazısı ile yazması yeterli görülmelidir.

ccc) Bu konuda son olarak belirtelim ki, hükümdeki “diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye” ibaresi çok anlamsızdır; doğrudan doğruya “...kefil olma vaadinde bulunulması...” denilmesi yeterli idi.

dd. Yeni BK m. 583’ün 2. fıkrasının 2. cümlesi ise, kefilin sorumluluğunun borcun belirli bir miktarı ile sınırlandırılması konusunda yapılacak düzenlemelerde de yazılı şekil şartının aranacağını ifade etmektedir. Buna göre:

“Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.”

Bu aslında gayet doğal ve normal bir durumdur; sorumluluğun kapsamı tarafların iradeleriyle serbestçe belirlenebilir ve bunun ayrıca kanunda yer almasına gerek yoktur.

Asıl önemli aksaklık, bu düzenlemenin yeni Borçlar Kanunu’nun bir başka hükmüyle açıkça çelişmesidir. Şöyle ki: Bu sınırlama kefalet sözleşmesi akdedilirken yapılıyorsa zaten bir özellik taşımaz; taraflar gayet doğaldır ki kefilin sorumluluğunu asıl borcun belirli bir miktarına hasredebilirler. Böyle bir düzenleme, ancak kefalet sözleşmesi akdedildikten sonra yapılacak sözleşme değişiklikleri bakımından bir anlam taşıyabilir. Bu halde ise kefilin sorumluluk limitinin azaltılması, onun açısından bir “kısmî ibra” niteliğinde olacağından, böyle bir düzenleme, şekle bağlı sözleşmeden doğsa bile borcun kısmen veya tamamen ibra yoluyla sona erdirilmesinin şekle bağlı olmadığını söyleyen ibraya ilişkin yeni BK m. 132 hükmü ile de açıkça çelişecektir.

Üstelik, kefilin sorumluluğu sınırlanacaksa, kefilin lehine olan ve onun korunmasını gerektirmeyen böyle bir değişikliğin neden yazı-

lı şekil şartına bağlandığını anlamak da güçtür. Esasen, ibraya ilişkin yeni BK m. 132 hükmü kanunda yer almasaydı dahi sonuç değişmeyecekti: Doktrindeki hâkim görüş uyarınca, mevcut BK m. 12 (yeni BK m. 13) düzenlemesinde yer alan, kanunen yazılı şekle tâbi sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin de aynı şekle tâbi olacağı kuralı, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sadece borçlunun sorumluluğunu artıran değişiklikler için geçerlidir; borçlunun sorumluluğunu hafifleten sözleşme değişiklikleri zaten yazılı şekil kuralının kapsamı dışında kalmaktadır.

Şu halde, anılan fıkra hükmü, bir yandan şekle tâbi sözleşmelerde değişikliğe yol açan sözleşmelerin şekline ilişkin yeni BK m. 13 karşısında gereksizdir; diğer yandan da şekle bağlı sözleşmeden doğsa bile borcun kısmen veya tamamen ibra yoluyla sona erdirilmesinin şekle bağlı olmadığını ifade eden yeni BK m. 132 hükmüne ters düşmektedir.

e) Yeni BK m. 583'ün 3. fıkrasına göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz. Yazılı şekle tâbi sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin de aynı şekle tâbi olduğunu belirten yeni BK m. 13 (eski BK m. 12) varken böyle bir düzenlemeye gerek yoktu.

2) Kefilin sorumlu olacağı azamî miktarın gösterilmiş olması

a) Mevcut BK m. 484'e göre kefaletin geçerliliği, adî yazılı şeklin yanı sıra, kefilin sorumlu olacağı maksimum meblağın (kefalet limitinin) gösterilmiş olmasına bağlıdır.

aa. Bu hüküm kapsamında, limitin mutlaka kefalet sözleşmesinde mi yer alması gerektiği, yoksa limitin, kendisine yollama yapılan bir başka belgede gösterilmiş olmasının da yeterli mi sayılacağı tartışması da yeni Kanun yürürlüğe girdikten sonra artık tamamen ortadan kalkacaktır. Çünkü yeni **BK m. 583'e** göre, limitin mutlaka kefalet sözleşmesinde ve kefilin el yazısı ile gösterilmesi zorunludur. Nitekim İsviçre'de kefalet limitinin mutlaka kefalet senedinde gösterilmesi şarttır (OR Art. 493).

bb. Bu konuda kefalet limitinin mutlaka rakamsal belirginlikle gösterilmesinin şart olup olmadığı, dolaylı yoldan, yani yapılacak basit bir hesaplamayla belirlenebilir olmasının yeterli sayılıp sayılmayaca-

ği meselesi hükmün yeni ifadesi karşısında yine tartışılmaya devam edecektir. Çünkü yeni metinde, sadece kefilin sorumlu olacağı azamî “**miktarın**” kefilin el yazısı ile belirtilmesi aranmaktadır; rakamsal bir belirlilikten söz edilmemektedir.

Acaba kefil el yazısı ile dolaylı bir belirleme ibaresi yazsa, mesela “yukarıdaki borç miktarının iki katına kadar kefilim” dese bu geçerlilik için yeterli olacak mıdır?

Kanaatimce hükmün lafzında yeterli açıklık olmamasına rağmen, bu konuda rakamsal bir belirleme yapılması zorunludur ve artık bu tür dolaylı belirlemeler yeterli sayılmamalıdır. Hükümdeki “miktar” ibaresinin bu şekilde anlaşılması gerekir. Nitekim İsviçre’de kefalet limitinin mutlaka rakam ile gösterilmesi şarttır (OR Art. 493).

cc. Bu değişiklik sonrasında, artık Yargıtay’ın, asıl borç tutarını aynı zamanda kefalet limiti olarak da geçerli sayan yerleşik uygulaması da tarihe karışacaktır.

Bu uygulama bugünkü Borçlar Kanunu dönemi için bile yerinde değildi. Çünkü kefaletin geçerliliği bakımından önemli olan, kefalet limitinin gösterilmiş bulunmasıdır; asıl borç tutarının veya asıl borca getirilen sınırın sözleşmede gösterilmesi bu açıdan bir değer taşımamaktadır. Başka deyişle, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için, kefaletle teminat altına alınan asıl borcun miktarının sözleşmede belirtilmiş olması şart değildir. Kefalet sözleşmesinde asıl borç tutarının gösterilmesi, olsa olsa aynı borçlunun aynı alacaklıya karşı birden fazla borcunun bulunması hâlinde, kefaletin hangi borç için verildiğinin belirlenebilmesi noktasında ayırt edici bir fonksiyon görebilir ve işe yarayabilir; bunun dışında bir anlamı yoktur.

b) Kefalet limitinin yabancı para birimiyle gösterilmesi de mümkündür. Yeni Borçlar Kanununda kefalet limitinin Türk parası ile gösterilmesini zorunlu kılan herhangi bir düzenleme mevcut değildir.

Aslında bu konuda yabancı para üzerinden akdedilen kefaletlerde, meselâ kefalet sözleşmesinin akdedildiği veya kefilin temerrüde düştüğü tarihteki TCMB döviz alış kuru üzerinden bir sâbitleme yapılması düşünülebilirdi.

c) Kefalet limiti sadece asıl alacağa değil, onun fer’ilerine de bir sınır teşkil etmektedir. Gerçekten **limit, asıl alacak ve eklerinin toplamının sınırı anlamına gelmektedir.** Fakat bu konuda mevcut Borçlar Kanu-

nunda açıklık bulunmaması ve limit gösterilmesini zorunlu sayan BK m. 484 ile kefilin, asıl borcun yanı sıra bazı ek kalemlerden de sorumlu olacağını ifade eden BK m. 490 arasındaki ilişkinin belirlenmemesi sebebiyle vaktinde doktrinde ve uygulamada tartışma yaşanmıştı.

Bu tartışma yeni Borçlar Kanunu ile giderilmektedir. OR Art 499'a paralel hüküm içeren yeni BK m. 589/f.1'e göre, kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azamî miktara kadar sorumludur. Keza, m. 589/f. II'de kefilin asıl borcun yanı sıra diğer kalemlerden sorumluluğunun dahi azamî miktarla sınırlı olduğu tekraren ve özellikle vurgulanmaktadır.

C) EŞİN RIZASI

1) Yeni Türk Medenî Kanunu'nda, eski Medenî Kanun'da bulunmayan ve cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin eşlerden her biri için söz konusu olan bazı kısıtlamalar yer almaktadır. Fakat bunlar arasında, eşlerden birinin diğerinin borcu için kefil olmasını yasaklayan veya sınırlayan, **kefaletle özgü herhangi bir özel hükme rastlanmamaktadır**. Sadece, **MK m. 199** gereğince ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekli kıldığı takdirde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, o eşin belirli malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflarını diğer eşin rızasına tâbi kılabilir.

İşte, şayet bu hükmün sadece tasarruf işlemlerini değil, borçlandırıcı işlemleri de kapsadığı görüşü kabul edilirse ve eşlerden birinin başvurusu üzerine hâkim de böyle bir karar almışsa bu takdirde eşin kefalet sözleşmesiyle yükümlülük altına girmesi diğer eşin rızasına bağlı olabilir ve evlilik bağı yüzünden kefaletle ilgili bir sınırlama da ancak bu kapsamda gündeme gelebilir. Medenî Kanun açısından durum böyledir.

2) Buna karşılık İsviçre hukukunda eşlerden birinin kefaleti OR Art. 494'de getirilen özel bir düzenlemeyle diğer eşin yazılı iznine tâbi kılınmıştır. Bu düzenlemeye göre:

“Mahkemece ayrılığa hükmedilmiş olmadıkça, evli bir kimsenin kefaletinin geçerliliği, diğer eşin önceden veya en geç aynı zamanda verilecek yazılı rızasına bağlıdır. (Abs.1)

(Abs.2: Yürürlükten kaldırıldı)

Şayet kefalet limiti artırılacaksa veya adı kefalet müteselsil kefaletle dönüştürülecekse ya da değişiklik teminatların önemli ölçüde azaltılması anlamına

gelecekse kefalete ilişkin değişiklikler için de diğer eşin rızası gereklidir. (Abs. 3)”

Eşin izninin aranması kuralına İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesinin 2. fıkrası ile oldukça geniş kapsamlı istisnalar getirilmişti. Anılan 2. fıkra hükmü, izin kuralının uygulama alanını çok daralttığı için 1 Aralık 2005'de yürürlüğe giren 17 Haziran 2005 tarihli kanunla kaldırılmıştır. Bu fıkroda öngörülen istisnalar şu şekildeydi:

“Bağımsız bir işletmenin sahibi, bir kolektif şirketin ortağı, komandit şirketin sınırsız sorumlu ortağı, bir anonim şirketin yönetim veya temsil organının üyesi, bir paylı komandit şirketin yönetim organının üyesi veya limited şirketin temsile yetkili ortağı olarak ticaret siciline kayıtlı bulunan kimsenin kefaleti için bu izin gerekli değildir.”

3) İsviçre'deki düzenlemenin son hali, lafızdaki bazı küçük farklılıklar bir yana, temelde hemen hemen aynen yeni Türk Borçlar Kanunu'na da alınmıştır. Yeni BK m. 584 hükmü iki fıkradan ibarettir ve İsviçre düzenlemesine paraleldir. Sadece 2. fıkroda İsviçre BK m. 494/f.3'deki ifade gereksiz ve anlamsız biçimde tersine çevrilmiş ve aynı esas olumsuz biçimde ifade edilmiştir. Oysa buna hiç gerek yoktu; fıkroda anılan tarzdeki değişiklikler için de eşin izninin gerektiği doğrudan ve olumlu cümle yapısı ile ifade edilebilirdi: “...sebepl olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.” yerine “...sebepl olan değişiklikler için de eşin rızası gerekir.” denilmesi ifade biçimi ve 1. fıkranın cümle yapısı ile uyum bakımından daha doğru olurdu. Mamafih, sonuç yine aynıdır ve değişmemektedir.

Ancak Borçlar Kanunu Tasarısında durum bugün yasalaşan metinden hayli farklı idi: Kanunlaşan 584. maddenin Tasarıdaki karşılığı 3 fıkradan ibaretti. 1. ve 3. fıkralar aynen bugün kanunlaşan metne paraleldi; fakat 2. fıkroda, İsviçre'de kaldırılmış olan ticaret ortaklıklarıyla ilgili istisnalara yer verilmekteydi. Tasarı kanunlaşmadan önce, eleştirilerimiz ışığında revizyona tâbi tutulmuş ve eleştirilen konulardan biri olan, istisnalara ilişkin bu 2. fıkra hükmü de tamamen kaldırılmış ve kanuna alınmamıştır. Tasarıda yapılan bu değişiklik isabetli olmuştur.

4) Şu halde, yeni Kanuna göre, eşlerden biri Mahkemece verilmiş ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğer eşin en geç kefaletin kuruluşu anında vereceği yazılı izinle kefil olabilir.

Eşin izni alınmaksızın imzalanan kefalet sözleşmesine diğer eşin sonradan icazet vermesi yolu da kapalıdır. Bu durum, iznin en geç kefalet sözleşme-

si akdedildiği sırada verilmesini zorunlu kılan yasa metninden anlaşılmaktadır. O halde, bu iznin alınmaması kefalet sözleşmesinin “noksan (askıda hükümsüz)” değil, “kesin hükümsüz” sayılmasına yol açacaktır.

III. Kefaletin Türleri Bakımından:

1) Adî kefalette:

Adî kefalet konusunda mevcut BK m. 486'ya karşılık gelen BK m. 585 ile bazı değişiklikler yapılmıştır.

a) Bunlardan ilki, adî kefalette alacaklının önce asıl borçluya başvurmak zorunda kalmaksızın doğrudan doğruya kefile başvurabilmesi için eski metinde yer alan “borçlu hakkında takibin semeresiz kalması” ibaresi netleştirilmiş ve doktrindeki kabule de paralel biçimde, “borçlu hakkında kesin aciz vesikasının alınmış olması” aranmıştır. Bu değişiklik isabetlidir.

b) Diğer değişiklik, mevcut metinde de yer alan “borçlu hakkında Türkiye’de takip yapılmasının imkânsız hale gelmesi” olgusunun yanına, böyle bir takibin “önemli ölçüde güçlük arz etmesi” olgusunun da eklenmesidir. Bu hükümde ne zaman ve hangi kritere bağlı olarak böyle bir güçlüğü varlığının kabul edilebileceği açıklanmamaktadır ve bu haliyle hüküm, uygulamada tereddütlere yol açacaktır. Hâlbuki mehz OR Art. 495’de asıl borçlunun ikametgâhını yurt dışına taşıması sebebiyle hakkında İsviçre’de takip yapılmasının imkânsız hale gelmesi veya çok güçleşmesinden bahsediliyor. Burada kaynak kanundan neden ayrılmak gereği duyulduğu anlaşılamamıştır.

c) Bundan başka, doğrudan kefile başvurulabilecek haller arasına asıl borçlunun iflâsının yanı sıra, konkordato mehli verilmesi de eklenmiştir. Borçluya konkordato mehli verilmesi, aynı zamanda, adî kefilin önce rehlin paraya çevrilmesi def’ini ileri süremeyeceği bir hâl olarak da kabul edilmiştir.

Bu kısma, uygulamada çok rastlanan “iflâsın ertelenmesi” dâhil edilmiştir ki bence de isabetlidir.

d) Nihayet, açığı kapatma kefaletleri bakımından hükme bir son fıkranın eklenmiştir ki bu, mevcut metinde yer almayan, tamamen yeni bir düzenlemedir.

2) Müteselsil kefalette

Yeni Borçlar Kanunu'nun 586. maddesinde müteselsil kefalet düzenlenmektedir. Mevcut BK m. 487'ye karşılık gelen fakat ondan çok farklı olan bu hükümlerle, artık müteselsil kefaletin gerçekten "müteselsil" olduğundan söz etmek çok güçtür; çünkü teselsül son derece dar bir alana sıkıştırılmış ve adeta adi kefalet ile müteselsil kefalet arası bir model yaratılmıştır.

a) Yeni BK m. 586/f.1'e göre:

"Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefilin takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir."

aa. Öncelikle belirtelim ki, alacaklının borçluyu takip etmeden ve taşınmaz rehnini paraya çevirtmek zorunda kalmadan kefile başvurabilmesi ifade edilirken kullanılan "veya" bağlacı mehz kanuna uygun biçimde "ve" olarak anlaşılmalıdır.

bb. Hükümde göze çarpan ilk değişiklik, mevcut BK m. 487'de bütün rehin türleri için alacaklıya böyle bir avantaj sağlanmışken, yani kanunda önce rehni paraya çevirtme zorunluluğunun bulunmamasının taşınmaz rehnine hasredilmiş olmasıdır. Esasen 586. maddenin 2. fıkrası, alacaklının taşınır rehnini paraya çevirtmeden müteselsil kefile başvuramayacağını açıkça ifade etmektedir.

cc. Hükümdeki asıl önemli değişiklik, alacaklının asıl borçluyu takip etmeden ve taşınmaz rehnini paraya çevirtmeden kefile başvurabilmesinin bir ön şarta bağlanmış olmasıdır. Bu şart, "borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması" şeklinde ifade edilmiştir.

Bu hüküm uygulamada tereddütlere yol açacak niteliktedir ve şu sorulara yanıt verememektedir: Burada anılan "ifada gecikme" ibaresi "temerrüt" anlamında mı kullanılmıştır? Alacaklının borçluya ihtarda bulunması aranmaktadır; oysa alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmede belirli/belirlenebilir vâde kararlaştırılmışsa veya ihtara gerek olmayan sair bir sebep mevcutsa ne olacaktır?

Bu konuda hükmün gerekçesinde hiçbir açıklık yoktur; gerekçe, çoğu zaman olduğu gibi, maddenin anlamsız bir tekrarıdır.

Fakat bu açıdan kaynak kanuna bakıldığında aynı ifadenin OR Art. 496'da da yer aldığı görülmektedir; kavramları titizlikle kullanan İsviçre kanun koyucusu da burada “temerrüt” kavramına yer vermemiştir. Bu nedenle yapılması gereken yorum şudur: Burada anılan “gecikme”, “borçlu temerrüdü” değildir; “ihtar” da “temerrüt ihtarı” değildir! Gecikmeden kasıt, borçlu temerrüde düşmüş olsun olmasın, borcun muacceliyet kazanmasına rağmen borcun ifa edilmemesi ve ifa zamanının geçirilmiş olmasıdır. İhtardan kasıt ise, borçlunun temerrüdü için alacaklı ile olan ilişkisinde ihtar gereksin gerekmesin, alacaklı tarafından kefile başvurulabilmesi için yerine getirilmesi gereken, külfet (Obliegenheit) niteliğinde bir işlemdir. Alacaklının kefile başvurabilmesi için sadece borçluya ihtarda bulunmuş olması ve bu ihtarın sonuçsuz kalması gerekli ve yeterlidir; yoksa alacaklının devamında borçlu hakkında takibe geçmesi ve bunu sürdürmesi aranmamaktadır. Dikkat edilmelidir ki, bu düzenleme kefaletle özgüdür ve alacaklı-kefil ilişkisini ilgilendirir; alacaklı-asıl borçlu ilişkisine yönelik değildir.

b) Yeni BK m. 586/f.2'ye göre:

“Alacak, teslimde bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehni paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehni paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağına önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehni paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.”

Görülüyor ki, somut olayda ek teminat olarak taşınır rehni veya alacak rehni alınmışsa, müteselsil kefalette bile alacaklı, kefile başvurmadan önce kural olarak bu rehinleri paraya çevirtmelidir.

aa. Hükümde yer almamakla beraber, “hak rehni” de bu kapsama dâhil edilmelidir. Hatta, nitelik itibariyle bir taşınmaz rehni türü oldukları halde, İsviçre doktrininde ipotekli borç senedi ve irat senedinin dahi -bunların kıymetli evrak niteliği nazara alınarak- bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bir taşınır rehni türü olan hapis hakkının da bu hükmün kapsamına dâhil sayılacağı ise kuşkusuzdur.

bb. Hükümde anılan hakimin hangi hâkim olduğu (sulh mü, asliye mi) belli değildir ve görev açısından da bir tereddüt yaşanacaktır.

Bu durum bir yana, rehnin alacağın tamamını karşılamayacağı mahkemece tespit edilirse, alacağın tamamı için mi yoksa rehinle karşılanamayan kısmı için mi kefile başvurulabileceği de hükümde belirtilmemiştir. Doğrusu, sadece rehnin karşılayamadığı (açık kalan) kısım için kefile başvurulabilmesidir.

3) Birlikte kefalette

Yeni Borçlar Kanunu birlikte kefalet alanında da önemli yenilikler getirmektedir ve birlikte kefaleti düzenleyen m. 587 hükmü, mevcut BK m. 488'den çok farklıdır.

a) Birden fazla kimsenin aynı borca birlikte kefil olmaları halinde her birinin kendi payı açısından adı kefil, diğerlerinin payı için de kefile kefil sıfatıyla sorumlu olacakları her iki metinde de belirtilmektedir ve bir hüküm değişikliği yoktur.

Keza, müteselsil birlikte kefillerin her birinin borcun tamamından sorumlu olacakları kuralı da her iki metinde de yer almaktadır.

b) Ancak yeni BK m. 587'de getirilen ilk yenilik, alacaklının tüm müteselsil kefillere karşı aynı anda takibe geçmesi zorunluluğunun öngörülmesi ve alacaklının bu zorunluluğa uymayıp, müteselsil birlikte kefillerden sadece birine takip yapması halinde o kefilin "bölme defii" ile ri sürme hakkının tanınmış bulunmasıdır.

c) Bir diğer önemli yenilik, birlikte kefillerin sorumluluktan kurtulması konusundadır. Yeni BK m. 587/f.3'e göre:

"Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur."

aa. Mevcut metinde sadece kefilin "başka kişilerin de aynı borca kefil olacakları" beklentisinden bahsedilmekte iken yeni metinde hem mevcut kefillerin, hem de ileride kefil olacağı beklenen kişilerin dikkate alınarak kefil olunması hali düzenlenmektedir.

bb. Keza, mevcut metinde, sadece birlikte kefilin beklentisinin boşa çıkması halinde kefaletten kurtulacağı düzenlenmiş iken; yeni metinde kefaletten kurtulma sonucunu doğuracak iki yeni hale daha yer verilmiştir: Kefillerden birinin alacaklı tarafından kefaletten kur-

tarılması ve kefillerden birinin kefaletinin hükümsüz olduğuna Mahkemece karar verilmiş olması.

Ancak bu iki yeni hâlden ikincisi bakımından kaynak kanuna nazaran önemli bir farklılık göze çarpmaktadır: OR Art. 497/Abs.3'ün son cümlesine göre, kefillerden birinin kefaleti geçersiz ise, bu halde hâkim, hakkaniyet gerektiriyorsa diğer kefillerin kefaletten kurtulmaları yerine onların sorumluluklarını hafifletebilmektedir. Bu düzenleme bizim kanunumuza alınmamıştır.

d) Nihayet, birlikte kefaletle ilgili yeni bir düzenleme bir başka hükümde de yer almaktadır: Yeni **BK m. 593/f.1,c.1**'e göre, birlikte kefillerden biri, kendi payından az olmamak üzere, alacaklıya kısmî ödeme teklifinde bulunabilir ve alacaklı da bu teklifi kabul etmek zorundadır. Alacaklının bu teklifi kabul etmemesinin sonucu ise alacaklı temerrüdü değil, doğrudan doğruya kısmî ödeme teklifinde bulunan kefilin kefaletten kurtulması ve müteselsil birlikte kefalette diğer kefillerin sorumluluklarının o oranda azalmasıdır.

IV. Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı Konusunda:

1) Mevcut BK m. 490'a nazaran, yeni BK m. 589/f.2, b.2 ile, kefilin kanunen sorumlu olduğu borç kalemlerine bir yenisi eklenmiş ve alacaklının, kendisine ödemede bulunan kefile rehinli malı teslim etmek ve rehin hakkını devretmek için yaptığı masraflar da kefilin sorumluluğunun kapsamına sokulmuştur. Bu hüküm, kaynak OR Art. 499/Abs.2, Ziff.2'den alınmıştır.

2) Hükümdeki bir başka yenilik, kefilin sorumlu olacağı asıl borcun doğum zamanı konusundadır. Yeni **BK m. 589/f.3**'e göre, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur. Bu hüküm, kaynak OR Art. 499/Abs.3'den alınmıştır.

3) Bir diğer önemli düzenleme, yeni **BK m. 589/f.4**'de yer almaktadır. Buna göre, kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.

Bu düzenleme tümüyle özgün bir düzenlemedir ve bu noktada kaynak kanundan bir sapma mevcuttur. OR Art. 499/Abs.2, Ziff.1'e göre, sözleş-

mede açıkça kararlaştırılmışsa kefil bu zarardan ve cezaî şart tutarından da sorumludur.

4) Yine kefilin sorumluluğunun kapsamı bakımından yeni BK m. 590'da da iki yeni düzenleme göze çarpmaktadır:

a) Yeni BK m. 590/f.2'ye göre, kefaletin türü ne olursa olsun kefil, aynı teminat karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilinece ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınınca veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir.

Bu hükümdeki aynı teminatın türü ve değerinin ne olacağı, teminatın kime verileceği ve ne zaman iade edileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Diğer yönden, bu durdurma kararının, yeni kanunla getirilen, kefalet sözleşmesinin hüküm ifade edeceği 10 yıllık azamî süreye ne şekilde etki edeceği de hiç akla gelmemiş ve bu konuda bir düzenleme öngörülmemiştir. Kanaatimizce, durdurma kararının kesinleşme tarihinde 10 yıllık sürenin de işleminin durması ve durdurma kararı kalktığında, bu sürenin kaldığı yerden işlemeye devam etmesi doğru bir çözüm olacaktır. Esasen, durdurma kararı verilmesinin 10 yıllık sürenin işlemini etkilemeyeceği söylenirse ve karar kalktığında bu süre dolmuş olur ve kefil de buna sığınarak sorumluluğunun sona erdiğini iddia ederse, bu iddia MK m. 2'deki dürüstlük kuralına aykırı düşer.

b) Yeni BK m. 590/f.4'e göre, yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, o yabancı ülkenin kambiyo rejimine ilişkin yasal düzenlemeleri sebebiyle imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye'de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir. Hüküm, kaynak OR Art. 501/Abs.4'den alınmıştır.

V. Kefaletin Sona Ermesi

1) Kanunen sona erme

a) Kefaletin normal sona erme yolu, asıl borcun ifa ile veya başka bir sebeple sona ermesidir. Bu, ferîlik özelliğinin doğal sonucudur. Bu husus gerek mevcut BK m. 492'de, gerekse yeni BK m. 598'de ifade edilmiştir.

b) Yeni kanunla getirilen ve mevcut kanunda yer alamayan çok önemli bir düzenleme, **BK m. 598/f.3'**de yer almaktadır. Buna göre, türü ne olursa olsun, bir gerçek kişi tarafından verilmiş kefalet, kuruluş tarihinden itibaren on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Kefalet 10 yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa bile bunun sadece 10 yıllık kısmı geçerlidir ve kefil sadece 10 yıllık sürenin bitimine kadar takip edilebilir (BK m. 598/f.4). Kefaletin bu çerçevede süresinin bir defaya mahsus olmak üzere en fazla 10 yıllık yeni bir dönem için uzatılması mümkündür; fakat bunun için kefilin ilk 10 yıllık sürenin dolumundan en erken 1 yıl önce, kefaletin tüm geçerlilik şartlarına uygun yeni bir beyanda bulunması gereklidir (yeni BK m. 598/f.5).

Bu hüküm kaynak kanundan alınmıştır; fakat orada süre 20 yıldır (OR Art. 509).

10 yıllık süre, alacaklının kefilin takip hakkına getirilmiş, sona erdirici bir süre sınıridir. Böylece, alacaklının kefilin takip hakkı bir "süreye bağlı hak" (befristetes Recht) niteliği kazanmıştır.

c) Kefilin kefaleti, alacaklının yeni BK m. 592'deki yükümlülüklerine aykırı davranması halinde de kanun gereği sona erer. OR Art. 503'den alınan bu maddede getirilen esasları şöylece özetleyebiliriz:

aa. Alacaklı, kim tarafından verilmiş olursa olsun kefalet sözleşmesinin akdedildiği sırada mevcut olan rehinler ile ve daha sonra asıl borçlu tarafından verilmiş olan rehinleri, diğer teminatları ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, kefilin sorumluluğu da o oranda azalır (f.1).

Bu 1. fıkra hükmünün ifadesi oldukça kötüdür:

Hükümdeki "...rehin haklarını, güvenceyi..." ibaresi başarısızdır; zira her rehin zaten bir güvence (teminat)'dır. Bu durum, kaynak kanundan yapılan hatalı çevirinin eseridir. Kaynak OR Art. 503/Abs.1'de, "... rehin haklarını ve başka türlü teminatları..." denilmektedir.

Keza, hükümdeki "...alacağın özel güvencesi olmak üzere..." ibaresinin de hiçbir anlamı yoktur. Teminat, teminattır; "özel güvence" ibaresi hukuken hiçbir anlam taşımamaktadır. Bu da kaynak kanundan hatalı çevirinin bir sonucudur: Kaynak OR Art. 503/Abs.1'deki ifade "...kefaletle teminat altına alınan alacak için verilmiş olan..." şeklindedir.

bb. Alacaklı, ödemede bulunan kefile, haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmekle; gerekli bilgileri vermekle ve yukarıda anılan teminatları kefile devir ve teslim etmekle yükümlüdür (f.3).

Hükümde, alacaklıya "...rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak..." yükümü getirilmektedir. Burada hem teminatı "teslim etmek", hem de devir için "gerekli işlemleri yapmak" şartlarının bir arada anılması isabetlidir. Çünkü, kıymetli evrak niteliğinde olmayan fakat borç ikrarını içeren senetlerden doğan alacaklarının rehninde rehin hakkı tasarruf işlemi niteliği taşıyan sözleşme ile doğmuş olmaktadır; fakat rehnin geçerliliği için ayrıca "senedin teslimi" de şarttır. İşte kaynak kanundan aynen alınan, yeni kanundaki bu ifade, bu tür alacak rehinlerinin de kapsamak üzere bu şekilde kaleme alınmıştır.

cc. Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın bu yükümlülüklerini yerine getirmese ve ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya teminatları elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir (f.4).

Hükümün kaynak kanundaki karşılığında, "kötü niyetle veya ağır kusurlu olarak" ibaresi yer almıştır ve daha başarılıdır (OR Art. 503/Abs.4).

Ayrıca, 4. fıkra hükmünde, çok kötü ifade biçimi ve çeviri hatası sebebiyle kaynak kanuna göre bir farklılık daha oluşmuştur: Kaynak kanunda iki hâl birbirinden ayrılmaktadır: "Alacaklının yükümlülüklerine aykırı davranması" ve "teminatları elden çıkarması". Bizdeki metinde ise "Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmese, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa..." denilerek, sanki ikisi aynı şeymiş ve rehinleri elden çıkarma özellikle vurgulanan bir hâl durumundaymış gibi bir ifade kullanılmıştır. Oysa OR Art. 503/Abs.4'de "Alacaklı bu yükümlüklerini yerine getirmekte haklı bir sebep bulunmaksızın direnirse veya elindeki belgeleri, rehinleri ve diğer teminatları... elinden çıkarırsa..." denilmektedir.

2) Belirli süreli kefalette

Yeni BK m. 600'e göre, süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur. Oysa mevcut metinde, alacaklıya sürenin sonunda 1 ay içinde

kefil aleyhine takibe geçebilme imkânı verilmekte ve ancak bu yapılmadığı takdirde kefilin sorumluluktan kurtulacağı ifade edilmektedir.

Kaynak OR Art. 510/Abs.3 ise bizim mevcut metindeki gibi 4 haftalık tampon süreyi korumuştur.

3) Belirsiz süreli kefalette

Mevcut BK m. 494'e karşı gelen yeni BK m. 601'de esasa ilişkin bir değişiklik bulunmamaktadır. Fakat yeni metinde, öteden beri savunduğumuz görüşe uygun biçimde, kefilin, alacaklıdan "asıl borçluya karşı" takibe geçmesini isteyeceğine isabetle işaret edilmiştir.

4) Kefaletten dönme yoluyla sona erme

Yeni BK m. 599, mevcut metinde olmayan, tamamen yeni ve isabetli bir hükümdür. Buna göre:

"Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki malî durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya malî durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir.

Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür."

Hüküm, kaynak OR Art. 510/Abs.1'den alınmıştır. Bu düzenleme Türk hukuk uygulamasında, özellikle bankaların genel kredi sözleşmelerine verilen kefaletler bakımından anlamlıdır ve bu konudaki önemli bir ihtiyacı karşılamaktadır. Yeni kanun yürürlüğe girdikten sonra artık bu konuda yargı alanında yaşanan tartışmalar ve farklı uygulamalar da son bulacaktır.

VI. KEFALET HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANI

Yeni BK m. 603, mevcut kanunda olmayan çok önemli ve yeni bir düzenlemedir. Buna göre:

"Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır."

Bu hüküm, özellikle garanti sözleşmeleri bakımından büyük önem taşımaktadır. Kefaletle kıyaslanamayacak derecede ağır yükümlülükler içeren garanti

sözleşmeleri kanunda düzenleme altına alınmadığı için garanti veren her türlü korumadan yoksun durumdadır. Bir yandan garanti vereni dikkate davet edecek herhangi bir şekil kuralının bulunmaması, öte yandan, ödemede bulunan garanti verenin borçluya kanunen rüçû hakkına sahip olmaması ve haliyle yararlanamaması durumu iyice vahim hale getirmektedir.

Yeni kanun yürürlüğe girdiğinde, artık kefaletin tüm geçerlilik şartları garanti sözleşmeleri için de aranacaktır. Bu çok önemli bir gelişmedir. Özellikle, garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilen banka teminat mektuplarında mektubun verilmiş şekli ve uygulama çok değişecektir.

Hüküm esas olarak garanti sözleşmeleri dikkate alınarak konulmuştur. Ancak, kişisel teminat niteliği taşıyan diğer işlemler için de geçerlidir. Acaba bu kapsama başka hangi kişisel teminatlar girer?

Yeni BK m. 603 düzenlemesinin, borca katılma için de uygulanması gerektiğinde şüphe edilmemesi gerektiği kanaatindeyim.

Asıl sorun, aval bakımından ortaya çıkacaktır. Acaba kıymetli evrak üzerine de kefalet için aranan özellikli unsurların aval verenin el yazısıyla dercedilmesi aranacak mıdır? Hüküm bu konuda suskundur ve aval için bir istisna getirmemektedir. Keza, yeni Ticaret Kanununda da bu konuda hiçbir işaret bulunmamaktadır.

Hükümün mutlak ve istisnasız ifadesi karşısında bu soruya olumlu cevap verilmesi ve avalin de hükümün kapsamına sokulması gerekir. Fakat bu sonucun uygulamada ciddi güçlükler yaratacağı ve kıymetli evrak metni üzerine elle bu unsurların yazılmasının tuhaf olacağı da açıktır. Bu tür tereddütleri önlemek için madde metnine “Kıymetli evraka ilişkin hükümler saklıdır.” tarzında bir 2. fıkra ilâve edilmesi yerinde olurdu. Fakat kanun koyucunun böyle bir istisna tanımaması, hükümün aval için de uygulanmasını gerekli kılmaktadır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi

■ **Ayşe HAVUTÇU***

I. Giriş

“İrade Özerkliği” ilkesinin egemen olduğu Borçlar Kanununda kişiler arasında mal ve hizmetlerin mübadelesinde “bireysel sözleşme modeli” temel alınmıştır (BK.m.1 vd). Bireysel sözleşme modeli, sözleşmenin taraflarının karşılıklı görüşme ve pazarlıkları sonucu mutabık kaldıkları içerikle sözleşmenin kurulmasını ifade eder. Başka bir deyişle sözleşmenin içeriğinde yer alan hükümler taraflarca görüşülerek, tartışılarak, karşılıklı ödümler verilerek üzerinde uyuşma-anlaşma sağlanmış hükümlerdir. Ancak, sanayi devrimiyle birlikte sosyal ve ekonomik alanda ortaya çıkan gelişmeler bireysel sözleşme modeli yanında “standart sözleşme” olarak anılan yeni bir sözleşme modelinin doğmasına neden olmuştur. Kitlelere yönelik mal veya hizmet arzında satıcı veya sağlayıcı, tek tek her müşteri ile sözleşme koşullarını görüşme yaparak belirlemek yerine mal veya hizmet arzını önceden hazırlanan tiplendirilmiş koşullara bağlamakta, böylelikle gelecekte belirsiz kişilerle kurulacak sözleşmeler içerik olarak standart hale getirilmektedir. Standart sözleşme modelini bireysel sözleşme modelinden ayıran özellik, standart sözleşmenin içeriğinin bireysel sözleşme modelinde olduğu gibi taraflarca karşılıklı görüşme ve pazarlık sonucu belirlenmemiş olmasıdır. Standart sözleşmelerde sözleşmenin içeriği aynı türdeki çok sayıda sözleşmeye temel olmak üzere önceden tek yanlı olarak hazırlanmış ve bireysel görüşme konusu olmaksızın taraflar arasındaki hukuki ilişkide yürürlük kazanması amaçlanan bu nedenle “genel işlem şartları” olarak adlandırılan sözleşme koşullarından oluşmaktadır.

* Prof. Dr., YDÜ Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

İçeriği önceden tek taraflı olarak belirlenmiş genel işlem şartlarından oluşan standart sözleşmeler, bunları kullananın sözleşmenin içeriğini tek taraflı düzenleme gücü karşısında diğer tarafın içeriğe etki edememesine, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün onun açısından kâğıt üzerinde kalmasına yol açmaktadır. Genel işlem şartlarıyla, taraflarca aksi kararlaştırılmadığında uygulama alanı bulacak olan düzenleyici hukuk kuralları kullanan lehine bertaraf edilirken, yasa koyucunun düzenleyici kurallarda ifadesini bulan objektif adalet anlayışı da bir tarafa itilmektedir.

Genel işlem şartları, modern ekonomik yaşamın bir gerçeğidir. Sözleşme özgürlüğü açısından yarattığı sakıncaya rağmen genel işlem şartları kullanımının yasaklanması, ekonomik yaşamdan uzak tutulması gerçekçi değildir. Ancak, genel işlem şartları kullanımının denetim dışı bırakılması da düşünülemez, hukuk düzeninin, genel işlem şartlarının kullanılmasında çeşitli denetim mekanizmalarına yer vermesi bir ihtiyaçtır. Mukayeseli hukuka bakıldığında başta Almanya olmak üzere birçok Avrupa ülkesinde uzun yıllar önce bu amaçla genel işlem şartlarının denetlenmesine yönelik özel yasal düzenlemeler yapıldığı, Avrupa Birliği tarafından 1993 yılında çıkarılan 93/13 sayılı Direktifin tüketici sözleşmelerinde yer alan kötüye kullanılabilir şartlara ilişkin asgari koruma normlarını düzenleyerek bu alanda ihtiyaç duyulan denetim konusunda önemli ölçütler getirildiği bilinmektedir.

Yaygın kullanımına rağmen genel işlem şartlarının denetimi problemi konusunda yakın zamana kadar Türk Hukukunda pozitif düzenleme bulunmamaktaydı. Bu konuda ilk adım 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da değişiklik yapan 6.3.2003 tarihli 4822 sayılı Kanun ile atılmıştır. 4822 sayılı Kanununun 7.maddesiyle 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen "sözleşmelerdeki haksız şartlar"a ilişkin 6.madde ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik", genel işlem şartlarının denetimi konusunda ihtiyaç duyulan düzenleme eksikliğini kısmen gidermiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla, kanunun kapsamı ve uygulama alanı nedeniyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem şartlarının denetlenmesi mümkün olmuştur. Bu nedenle, tüketici sıfatını taşımayan, yani bir mal veya hizmeti ticari veya amaçlarla edinen, kullanan, yararlanan kişilere karşı kullanılan genel işlem şartlarının denetimi problemi devam etmiştir. İşte bu noktada, 11.01.2011 tarihinde kabul edilen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, genel işlem şartlarının denetimine ilişkin genel düzenlemelere yer vererek, genel işlem şartlarının denetimi konusundaki düzenleme eksikliğini tamamlamıştır.

Biz de bu tebliğde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun getirdiği en önemli yeniliklerden biri olan genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeleri irdeleyeceğiz.

II. Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin uygulama alanı

1. Genel işlem şartını kullanan taraf bakımından

Türk Borçlar Kanununda, genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerin kişi bakımından uygulanmasında herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Bu nedenle, kural olarak kanunda yer alan emredici ve aynı zamanda tüm özel hukuk ilişkileri için genel hüküm niteliğindeki düzenlemeler, bu şartları kullananın kamu hukuku tüzel kişisi- özel hukuk tüzel kişisi veya gerçek kişi olmasına bakılmaksızın kural olarak özel hukuk karakterli borç ilişkilerine uygulanabilir.

2. Karşı taraf bakımından:

Genel işlem şartlarının dayatıldığı diğer sözleşme tarafının 4077 sayılı Kanun anlamında “tüketici” sıfatını taşıması halinde, 4077 sayılı Kanun ve kanunun 6.maddesine dayanılarak çıkarılan Yönetmelikte özel düzenlemeler yer aldığından öncelikle özel düzenlemeler uygulama alanı bulur. 4077 sayılı Kanun ve Haksız Şartlar Yönetmeliğinde düzenleme olmaması halinde genel hükümlerin uygulanması mümkün olduğundan Türk Borçlar Kanununun uygulama alanı bulabileceği düşünülebilirse de, 4077 sayılı Kanun ve Yönetmelik haksız şartlarla ilgili olarak bireysel sözleşme şartları yanında genel işlem şartının denetlenmesini de kapsayacak biçimde kapsamlı hükümlere yer verdiği için uygulamada bu ihtimalin ortaya çıkması hemen hemen yok gibidir.

Genel işlem şartlarının dayatıldığı tarafın 4077 sayılı Kanun anlamında tüketici sayılmaması durumunda, Türk Borçlar Kanunundaki hükümler uygulama alanı bulacaktır. Burada özellikle tacir sıfatını taşıyan kişilerin genel işlem şartına karşı TBK’da getirilen korumadan yararlanıp yararlanamayacakları önem taşır.

Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemeler genel düzenleme olduklarından ve TTK’da genel işlem şartlarıyla ilgili düzenleme bulunmadığından, Borçlar Kanunu-Ticaret Kanunu arasındaki organik bağ, ticari işlere uygulanacak hükümlerin başında emredici düzenlemeler geldiğinden, kural olarak sözleşmenin diğer tarafının tacir olduğu ticari iş niteliğindeki standart sözleşmelerde

de TBK uygulanacaktır. Ne var ki, tacirler yönünden genel işlem şartının kullanılmasında koruma ihtiyacı daha düşük düzeydedir: Tacirlerin tüketicilere nazaran iş hayatı deneyimlerinin olması, genel işlem şartı hükümlerinin doğurabileceği tehlikeleri değerlendirme imkanına sahip olması, içerik olarak menfaatlerini zedeleyici olması halinde pazarlık ve içeriğe etki etme güçlerinin olması, genel işlem şartı kullanımından dolayı uğradıkları zararları üçüncü kişilere, özellikle tüketicilere yansıtabilme, risklere karşı sigorta imkanına sahip olması gibi olgular dikkate alındığında tacirler için büyük ölçüde koruma ihtiyacının olmadığı söylenebilir. Fakat özellikle küçük ve orta ölçekli işletmeler için genel işlem şartı karşısında özel bir koruma ihtiyacı olduğu söylenebilir¹.

3. Sözleşme türü/tipi bakımından

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır(TBK.m.20/f.4).

Gerekçede, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kurumların hazırladıkları sözleşmelerin her durumda tip sözleşme olarak kabul edildikleri belirtilerek, bu sözleşmelerin mutlak surette genel işlem koşullarının emredici düzenlemesine bağlı tutuldukları ifade edilmiştir. Gerekçeye göre genel işlem koşullarının tabi olduğu emredici düzenleme açısından sözleşme ve koşullarını hazırlayan tarafın kamu tüzel kişisi olması, uygulama farklılığı doğurmayacaktır. TBK'nın bu hükmüyle iltihaki sözleşmeler de kanunun kapsamına alınmıştır.

Türk Borçlar Kanununda, genel işlem şartının kullanıldığı sözleşmenin ait olduğu alana göre de GİŞ hükümlerinin uygulama alanı bakımından sınırlama yapılmamıştır. Ancak genel nitelikli bu hükümler diğer özel hukuk ilişkilerine mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceğinden söz gelimi toplu iş sözleşmesi için genel işlem şartı hükümleri uygulama alanı bulmayacak ancak bireysel hizmet akdi açısından farklı değerlendirme yapılabilecektir.

¹ ATAMER, Yeşim, *Türk Borçlar kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi*, sayı:4 Ağustos 2005, s.109; ANTALYA, Gökhan, *Yeni Borçlar kanunu Taslağı'nın Değerlendirilmesi İktisadi Araştırmalar Vakfı-Seminer, İstanbul 2009, s.41*

III. Genel işlem şartları kavramı

1. Kavram

Genel işlem şartları kavramı, gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden tek yanlı olarak hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin dayandığı, görüşme ve pazarlık konusu yapılmadan olduğu gibi sözleşmenin içeriğine dahil olmasını istediği sözleşme koşullarını ifade eder².

Türk Borçlar Kanununun 20. addesinde, genel işlem şartları tanımlanmaktadır. Bu maddeye göre, genel işlem şartları, *“bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.”*(TBK.m.20/f.1)

Türk Borçlar Kanununda yer alan tanım, büyük ölçüde Alman Medeni Kanununun 305. aragrafında yapılan tanıma paraleldir. Türk Hukuk öğretisinde de genel işlem şartları paralel biçimde tanımlanmaktadır. Ancak, genel işlem şartlarının kullanıcısı ile düzenleyenin aynı kişi olması zorunlu değildir. Kavramsal açıdan önemli olan, önceden tek yanlı hazırlanmış sözleşme koşullarının gelecekte yapılacak çok sayıda sözleşmeye temel oluşturması arzusu ve bu şartların kullanılmasıdır. Üçüncü bir kişinin ya da başka bir kurumun düzenlediği, hazırladığı sözleşme koşullarına dayanmak, bunları kullanmak yeterlidir. Düzenleyen ile kullananın ayrı kişiler olması halinde yasa hükümlerinin uygulanma tehlikesi nedeniyle bu konuda tasarı aşamasında yapılan eleştiriler yasa koyucu tarafından dikkate alınmamış, tasarıdaki “düzenleyen” ifadesi aynen muhafaza edilmiştir³. Bu sakıncanın, yasanın uygulanması aşamasında amaçsal yorumla aşılabileceği kanaatindeyim.

2. Unsurlar

Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartlarının denetimine ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için, öncelikle sözleşme hükmünün genel işlem şartı niteliğini taşıması gerektiğinden, ilgili şartın bu nitelikte olup olmadığı tanımda yer alan unsurlar açısından değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Buna göre, bir sözleşme şartının genel işlem şartı niteliğini taşıması için,

2 HAVUTCU, Ayşe, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, İzmir 2003, s.74

3 Bkz: ATAMER, HPD. s.110; HAVUTCU, *Legal Hukuk Dergisi*, Ekim 2005, s.3616

- *Sözleşmenin kuruluşundan önce çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış olması*
- *Tek yanlı olarak hazırlanan şartların sözleşmenin kuruluşu sırasında diğer tarafa sunulması gereklidir.*

Sözleşmenin kuruluşundan önce çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmış olma unsuru, ilerde o türde sözleşmenin kuruluşu sırasında kullanıma hazır durumda olmayı ifade eder. Şartların oluşumu/hazırlanması aşamasında ilerde bu şartlara tabi olacak sözleşme tarafının herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Önceden hazırlanan sözleşme şartlarının genel işlem şartı niteliğini kazanmasında, bireysel bir sözleşme için değil, çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanmış olması da önemlidir. Burada önemli olan, bu şartların belirli bir sözleşmede sadece bir defa kullanılmak amacıyla hazırlanmaması, aynı türde birden fazla sözleşmede kullanılma amacı güdümesidir.

İkinci unsur, tek yanlı hazırlanan şartların sözleşmenin kuruluşu sırasında diğer tarafa sunulması unsuru, önceden hazırlanan sözleşme şartlarının sözleşmenin kuruluşu sırasında bu şartları diğer tarafa sunanın arzusuyla sözleşmeye alınmasını, karşılıklı görüşme, bireysel anlaşma konusu edilmemesini ifade eder. Burada amaç, önceden hazır durumdaki sözleşme şartlarının görüşme ve pazarlık konusu edilmeden, bu şartlara dayanan, bu şartları olduğu gibi kabul edilmek üzere diğer tarafa sunan, kısacası bu şartları diğerine dayatan tarafın isteğiyle sözleşmede bağlayıcılık kazanmasıdır. Daha önce belirttiğimiz gibi, TBK'a her ne kadar "düzenleyenin tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu" sözleşme şartlarından söz edilmekte ise de, amaç, kullanıcının aynı zamanda bunları hazırlayan kişi olması değildir. Amaç, önceden hazır durumdaki sözleşme şartlarına taraflardan birinin dayanması ve müzakerelere imkânı vermeksizin diğer tarafa dayatmasıdır.

Çok sayıda aynı türde sözleşme için önceden tek yanlı olarak hazırlanmış olsa dahi sözleşme hükümlerinin taraflarca karşılıklı görüşülüp tartışılması bu sözleşme hükümlerini genel işlem şartı olmaktan çıkarır. Üzerinde görüşülüp tartışılan şartlar bireysel anlaşma ile sözleşmeye alınmış sayılır. Karşılıklı görüşmenin varlığı için, bu şartların sunulduğu sözleşme tarafının şartların içeriğine etki edebilecek, istediği takdirde değişiklik yapılmasını sağlayabilecek durumda olması aranır. Karşılıklı görüşme/bireysel anlaşma ile sözleşmeye dahil edilme unsuru önceden hazırlanan sözleşme şartlarının her biri için ayrı ayrı aranır. Alman Hukukunda, karşılıklı olarak görüşülmüş olma koşulunun gerçekleşmiş sayılması için sıkı şartlar aranmakta, bu şartlara dayanan tarafın sadece önceden hazır durumdaki şartları görüşmeye hazır olduğunu bildirmesi, sözleşme metninde genel işlem şartlarının görüşülerek kabul

edildiğine ilişkin bir kayda yer verilmesi, genel işlem şartlarını içeren sözleşme metninin her sayfasının tek tek imzalanmış/paraflanmış olması, bazı şartlar bakımından değişik seçenekler sunulması gibi durumlarda karşılık görüşme unsurunun gerçekleşmediği kabul edilmektedir. Uygulamada, standart biçimde hazırlanmış sözleşme metinlerinde “sözleşmenin tüm hükümlerinin okunduğu, tartışılarak kabul edildiği” şeklinde kayıtlara yer verildiği bilinmektedir. Acaba bu durumda anılan kayıt nedeniyle karşılıklı görüşme unsuru gerçekleşmiş sayılacak mıdır? Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin 3. fıkrasında, “*Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların, tek başına onları genel işlem koşulları olmaktan çıkarmayacağı*” belirtildiğinden, böyle bir kayda yer verilerek yasanın dolanılması engellenmek istenmiştir.

3. Genel işlem şartları kavramı bakımından varlığı önem taşımayan hususlar

TBK.m.20/f.1, 2. cümlesine göre, “genel işlem koşullarının “sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.”

Buna göre, önceden hazırlanan koşulların çok kapsamlı olması ya da sadece bir veya birkaç cümleden ibaret olması, basılı ve çoğaltılmış olması, elle veya makineyle yazılmış olması, hatta klasik anlamda yazılı olma dışında, bir bilgisayarda kayıtlı olması, sözleşme ile dış bağlantısı (sözleşme metninde ya da ekinde yer alması), genel işlem şartı nitelemesinde önem taşımamaktadır.

TBK.m.20/f.2'de, “*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içeriği hükümlerin genel işlem koşulu sayılması engellemez*” denilmektedir. Bu hüküm uyarınca, sözleşme metinlerindeki farklılıklar, TBK.m.20/f.1, 1.cümledeki unsurlar bulunmak kaydıyla, sözleşmenin içerdiği hükümlerin genel işlem şartı sayılmasını engellemeyecektir. Bu düzenlemeyle, ilerde aynı türde yapılacak çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla hazırlanan sözleşme koşullarında bazı farklılıklara yer verilerek sözleşme hükümlerinin genel işlem şartı niteliği taşımadığının ileri sürülmesini, böylelikle denetim dışı bırakılmasını engelleme amacı güdülmektedir.

4. Genel işlem şartı-haksız şart kavramı kıyaslaması

Türk Borçlar Kanunu bakımından yukarıda belirtilen unsurların gerçekleşmesi, genel işlem şartı niteliğinin kabulü için yeterlidir. Şartın içeriği, şartın genel işlem şartı niteliğini taşıması açısından belirleyici değildir.

Tüketicinin Korunması hakkında Kanunda ve Yönetmelikte ise “*haksız*

şart” kavramına yer verilmiştir. TKHK.m.6/f.1’e göre; “*Satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları*” haksız şarttır.” Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.” (m.6/f.3) “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.” (m.6/f.4)

Görüldüğü gibi, haksız şartın tanımında da “tüketiciyle müzakere edilmeden tek taraflı olarak sözleşmeye konulma” haksız şartı belirleyici unsurlardan biridir. Ancak, haksız şart nitelemesi içeriği bakımından da değerlendirmeyi gerektirmektedir. Diğer taraftan, TKHK kapsamında haksız şart nitelemesinde müzakere edilmeme, bireysel anlaşma konusu edilmeme” unsuru bakımından “içeriğe etki edememe” ölçütü kanunda açıkça belirtilmektedir. TKHK.m.6’daki bu düzenleme, karşılıklı görüşme konusu edilmeden tek taraflı olarak sözleşmeye konulan, tüketiciye içeriğine etki etme imkânı verilmeyen bireysel sözleşme şartlarını da kapsamına almaktadır. Böylelikle tüketiciler yalnızca içeriği hakkaniyete aykırı düşecek biçimde aleyhlerine olan genel işlem şartlarına karşı değil aynı zamanda bireysel sözleşme şartlarına karşı da korunmuşlardır.

IV. Genel işlem şartlarının denetlenmesi

1. Genel işlem şartı kullanımından doğacak sakıncaların önlenmesinde önlemlerin çeşitliliği

Mukayeseli hukukta, genel işlem şartı kullanımının yarattığı sakıncaların giderilmesi için tarihsel gelişim içinde değişik öneriler ortaya atılmıştır: Madde hukuka ilişkin olarak, yargıca sözleşmeye müdahale yetkisinin tanınması, emredici kuralların artırılması; usul hukukuna ilişkin olarak özellikle tüketicilere karşı kullanılan genel işlem şartında, tüketici birliklerine haksız içerikte genel işlem şartının kullanılmasını önleme davası açma yetkisinin tanınması; idari önlem olarak genel işlem şartı kullanımının izne tabi tutulması; rekabet hukukuna ilişkin olarak, genel işlem şartı alanında rekabetin sağlanması ve korunması ya da genel işlem şartının kolektif biçimde hazırlanması bu önerilere örnektir. Türk Borçlar Kanununda ve TKHK’da yer verilen düzenle-

melerle, hukukumuzda maddi hukuka ilişkin önlemlerin tercih edildiği, yargıca sözleşmenin içeriğine müdahale yetkisi verildiği görülmektedir. TKHK'da değişiklik tasarısı taslağında, yasanın haksız şartlarla ilgili 6.maddesinin son fıkrasının “*Bakanlık ve tüketici örgütleri genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların, bu standart sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının tavsiye edilmesinin önlenmesi için dava açabilir. Bu hallerde mahkeme, durdurma için gerekli tedbirlere hükmeder. Bu davalarda, müteşebbis sözleşme şartının tüketici lehine olduğunu ileri sürse bile tüketici lehine yorum yöntemi uygulanmaz.*” şeklinde değiştirilmesinin öngörüldüğü dikkate alındığında, maddi hukuka ilişkin önlem yanında, usul hukukuna ilişkin önleme de yer verilerek tüketicilere genel işlem şartı /haksız şart karşısında daha etkin bir koruma getirilmek istenildiği görülmektedir.

2. Hukukumuzda benimsenen sistem açısından genel olarak denetim kavramı

Sözleşmelerin kurulmasında içeriğin genel işlem şartlarıyla belirlenmesinde ortaya çıkan ilk temel sorun şudur: Sözleşmenin kuruluşunda karşılıklı görüşme ve pazarlık konusu edilmeyen genel işlem şartları hangi koşullar altında sözleşme ile ilişkilendirilmiş, sözleşmede yürürlük kazanmış sayılır? Bu aşamada yapılacak denetim, “bağlayıcılık denetimi” veya “yürürlük denetimi” olarak adlandırılır. İkinci temel sorun, bu şartların dayatıldığı sözleşme tarafının şartların içeriğine etki edememiş olması nedeniyle ortaya çıkabilecek problemle ilgilidir: Sözleşme ile ilişkilendirilerek sözleşmeye dahil edilmiş olan bu şartlar içerik olarak hangi koşullar altında geçerli sayılacaktır? Bu aşamada gerçekleştirilecek denetim, “içerik denetimi” ni ifade eder.

3. Bağlayıcılık denetimi

a) Genel olarak

Bağlayıcılık denetimi, genel işlem şartlarının denetim sürecindeki ilk aşamadır. Bağlayıcılık denetiminde, genel işlem şartlarının sözleşme ile ilişkilendirilmesine dair tarafların iradelerinin uyuşması ve bu uygunluğun kapsamı araştırılmaktadır.

TBK m.21 genel işlem şartlarının bağlayıcılık denetimiyle ilgilidir. “*Yazılmamış sayılma*” başlığı altında bu madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı

sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”

Bu maddede düzenlenmek istenen, genel işlem şartlarının hangi koşullar altında sözleşme ile ilişkilendirilerek sözleşmenin kapsamına dahil edilmiş sayılacağı, bu şartların sunulduğu karşı tarafın kabul iradesinin kapsamının ne şekilde tayin edileceğidir. Bu sebeple öncelikle, “yazılmamış sayılma” yerine “sözleşmeye dahil edilme”, “sözleşmenin kapsamına dahil olma” ifadelerinin kullanılması daha doğru olurdu. Çünkü bağlayıcılık denetimi aşamasında söz konusu olan genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriği olup olmayacağıdır.

Diğer taraftan, bağlayıcılık denetimi aşamasında yargıç genel işlem şartının karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmadığı üzerinde durmaz. Karşı tarafın menfaatine aykırı olmayan genel işlem şartlarının da sözleşmenin içeriğine alınmamış olması mümkündür. Önemli olan, bu şartlara dayananın karşı tarafı genel işlem şartının varlığı hakkında bilgilendirmesi ve bu şartlar altında sözleşme yapma iradesini diğer tarafa bildirmesi, karşı tarafın da bu şartların varlığından haberdar olarak sözleşmeyi yapma iradesinin varlığının güven kuramı çerçevesinde tespit edilebilmesidir. Yasadaki ifade tarzı diğer tarafın aleyhine olan genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasını düzenlediği, karşı tarafın menfaatine aykırı düşmeyen genel işlem şartının sözleşmeye alınmasında adeta karşı tarafın kabul iradesi aranmaksızın sözleşmeye dahil olacağı, karşı tarafın her halde bunların sözleşmeye alınmasına rızası olduğu izlenimini doğurmaktadır.

b) İlişkilendirme anlaşması:

BK m.21'e göre karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.

Buna göre, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasında BK m.1 ve devamı uyarınca karşılıklı birbirine uygun iradelerle oluşmuş bir ilişkilendirme anlaşmasının yapılması gereklidir.

b.a) İlişkilendirme anlaşması için düzenleyenin yükümlülükleri

Bu ilişkilendirme anlaşmasının kurulmasında düzenleyen, karşı tarafa

- Genel işlem şartlarının varlığı hakkında “açıkça” bilgi verecek,

- Bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlayacaktır.

Yasakoyucu, düzenleyen için karşı tarafı bilgilendirme yükümlülüğü getirmiş, bilgilendirmenin açık olması gerektiğini ifade etmiştir. Bilgilendirmenin açıkça yapıldığının kabulü için, düzenleyenin karşı tarafı tereddüde yer vermeyecek şekilde sözleşmeyi genel işlem şartları çerçevesinde kurma isteği konusunda uyarması gereklidir. Bu anlamda örneğin sözleşme görüşmeleri sırasında düzenleyenin matbu haldeki genel işlem şartı metnini karşı tarafa vermesi ve bu şartlar çerçevesinde sözleşmeyi kurmak istediğini söylemesi yeterlidir. GİŞ metninin teslim edilmesi fakat bundan ayrı başka bir sözleşme metninin düzenlenmesi halinde, sözleşme metninde karşı tarafın görebileceği şekilde açıkça genel işlem şartına yollama yapılması halinde de açıkça uyarma, bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılır. Açık bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğini kabulde, özellikle sözleşme metninde genel işlem şartlarına yollama yapan kaydın açık, okunaklı, anlaşılabilir biçimde kaleme alınmış olması orta vasıflardaki kişilerin normal bir dikkat sarf ettiğinde fark edebileceği, gözden kaçırmayacağı tarzda ve yazı stilinde yazılmış olması gerekir.

Türk Borçlar Kanununda, Alman Medeni Kanununda olduğu gibi “sözleşmenin kurulma şekli nedeniyle genel işlem şartı hakkında açık bir uyarının ölçüsüz güçlüklerin göze alınmasıyla mümkün ise sözleşmenin kurulduğu yerde bunların belirgin şekilde ilanı yoluyla uyarma” imkânına yani ilan yoluyla bilgilendirme konusuna yer verilmemiştir. Örneğin uçakla bir yere seyahat etmek amacıyla bilet alırken ya da otoparka araç bırakırken veya kuru temizlemeye kıyafet bırakırken, hipermarketten alışveriş yaparken düzenleyenin tek tek her müşterinin genel işlem şartı hakkında açıkça bilgilendirilmesi işlem hayatının gerekleri dikkate alındığında ölçüsüz güçlükleri beraberinde getirir. Bu gibi hallerde ilan yoluyla bilgilendirme yapılması bir ihtiyaçtır. Bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemesi kanaatimizce eksikliklerdir. Bu gibi hallerde dürüstlük kuralı uyarınca ilan yoluyla bilgilendirmenin yapılabilmesi yeterli sayılmalıdır.

İlişkilendirme anlaşmasına ilişkin şartları belirlerken yasa koyucu yalnızca açıkça bilgilendirmeyi yeterli görmemiş, ayrıca düzenleyene genel işlem şartının içeriğini öğrenme imkânı sağlama yükümlülüğü de getirilmiştir. Bu yükümlülük, karşı tarafa genel işlem şartlarının içeriğini öğrenmesi için elverişli ortamın sağlanması gereğini ifade eder. Bu anlamda, genel işlem şartının basılı olduğu metnin karşı tarafa verilmesi, metni okuma imkânı sağlanması, metnin orta vasıflardaki kişilerce anlaşılabilir şekilde okunaklı, anlaşılabilir tarzda yazılmış olması gerekir. Şayet metin çok küçük yazı karakteriyle okunamayacak biçimde yazılmışsa, silikse, ağır bir dille kaleme alınmışsa özel

bilgi ve eğitimi gerektiren teknik deyimler kullanılmışsa gerçekte karşı tarafa içeriği öğrenme imkânı verildiği söylenemez.

- Karşı tarafın genel işlem şartı konusunda açıkça uyarılması ve içeriğini öğrenme imkânı sağlanması yükümlülüğü, sözleşmenin kurulmasından önce –sözleşmenin yapılması sırasında- yerine getirilmelidir. Sözleşme kurulduktan sonra karşı tarafın GİŞ. Hakkında bilgi sahibi olması söz konusu ise, bunlar sözleşmeye alınmamış sayılır. Örneğin yolcu ancak anlaşma yapıp bilet verildikten sonra biletin arka yüzüne basılı şartları öğrenebiliyorsa, biletin arka yüzündeki şartlar taşıma sözleşmesinin içeriğine alınmış sayılmaz. Sözleşme bu şartlar olmaksızın akdedilmiş olur.

b.b) Karşı tarafın kabul iradesi

İlişkilendirme anlaşması için genel işlem şartlarının varlığı hakkında uyarılan ve içeriğini öğrenme imkânı sağlanan karşı tarafın bu şartları kabul etmesi gerekir.

Karşı tarafın kabul iradesi tam kabul veya küresel kabul şeklinde olabilir.

Tam kabul, karşı tarafın genel işlem şartının içeriği, anlam ve önemi hakkında bilgi sahibi olmasını, sadece genel işlem şartının varlığını bilerek değil, içeriği ve içerdiği hükümlerin anlamını da idrak ederek bunların sözleşmeye dahil olmasını onaylamasıdır.

Global kabul ise karşı tarafın açıkça uyarıldığı ve içeriğini öğrenme imkânı sunulduğu genel işlem şartını okumadan, içeriği hakkında bilgi sahibi olmadan bunların sözleşmenin içeriğine dahil olmasını kabul etmesidir. Okuma, öğrenme olanağı olmasına rağmen okumadan genel işlem şartına yollama yapılan veya genel işlem şartını ihtiva eden sözleşme metni imzalanmışsa, artık güven teorisi uyarınca beyanıyla bağlı tutulabildiği hallerde, genel işlem şartının sözleşmeye alınmış olması sonucuna katlanacaktır.

b.c) Karşı tarafın kabul iradesinin kapsamı

Genel işlem şartının kullanımında çok sık karşılaşılan durum, karşı tarafın genel işlem şartının sözleşmeye alınmasına global kabul beyanıyla kabul etmesidir. Karşı taraf zaten değiştirme ümidi taşımadığı çoğu zaman okusa da anlayamayacağı şartları okumadan kabul etmektedir. İşte bu gibi durumlarda güven kuramı uyarınca karşı tarafın kabul iradesinin beklenmeyen, şaşırtıcı şartları kapsamadığı kabul edilir. Bu esas, TBK.m.21/f.2'de "Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır" hükmüne yer verilerek konu, pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Böylelikle, ilişkilendirme aşamasında ikinci bir denetim mekanizması devreye sokulmuştur.

Anılan düzenlemeye göre karşı taraf genel işlem şartının sözleşmeye alınmasına onay vermişse, bu onay, beklenmeyen ve şaşırtıcı olan genel işlem şartını kapsamayacaktır. Şaşırtıcı şart, somut olayda söz konusu sözleşme açısından sözleşmenin bütünü dikkate alındığında sözleşmeyi anlamlı, mantıklı biçimde tamamlamayan, sözleşmeye yabancı şartlardır. Burada, sözleşmenin özelliğine, hal ve şartlara göre hesaba katılması karşı taraftan beklenmeyecek şartlar söz konusudur. Amaç, karşı tarafın yapılan sözleşmenin özüne, muhtemel içeriğine uygun düşen şartlarla bağlı olması, karşı tarafın buna ilişkin haklı güveninin korunmasıdır. Örneğin kefalette kefilin sorumluluğunun alıncağının bütün taleplerini karşılayacak şekilde genel işlem şartıyla düzenlenmesi. (Örnek: Gerekçede döviz tevdiat hesabı açıldığında sözleşmede yatırılan yabancı para yerine bankanın istediği başka bir yabancı para birimi veya TL ile ödeme yapabileceğine dair kayıtlar) Bu anlamda hükmün içeriğinin hakkaniyete aykırı düşecek ölçüde karşı tarafın menfaatlerine aykırı olmasına bakılmaz. Ancak karşı taraf, sözleşmenin niteliğine, hal ve şartlara yabancı, alışılmamış, şaşırtıcı şart hakkında özel olarak uyarılmış ise bu durumda sözleşmenin içeriği haline geleceği kabul edilmelidir⁴.

b.d) Sözleşmenin iki tarafının da kendi genel işlem şartlarına dayanması halinde uygunluk sorunu (Battle of the Forms)

Sözleşmeyi yapan taraflardan her ikisi de genel işlem şartı kullanıyor ve sözleşmenin kurulması sırasında kendi genel işlem şartlarına yollama yapıyorsa bunların birlikte uygulanıp uygulanmayacağı ya da içlerinden hangisinin tercih edileceği de bağlayıcılık denetimiyle ilgilidir.

Bu konuda öğretide üç çözüm önerisi savunulmaktadır: Birinci öneri, sözleşmenin kurulmasında son sözü söyleyenin dayandığı işlem şartlarının bağlayıcı olması; ikincisi iki tarafın dayandığı genel işlem şartının da bağlayıcılık kazanamaması ve düzenleyici kuralların uygulanması, üçüncüsü ise sözleşmede tipik edimi yerine getiren tarafın dayandığı işlem şartlarına bağlayıcılık tanınmasıdır.

Benimsediğimiz görüş, ikinci görüştür. Çünkü burada, genel işlem şartlarının sözleşmeye alınmasında irade uygunluğunun olduğu söylenemez.

4 Aksî görüş: ANTALYA, s.49. Yazar, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı nitelikteki genel işlem koşullarının, düzenleyence bunlar hakkında açıkça bilgi verilip içeriğini öğrenme olanağının sağlanması ve diğer tarafın bunu kabul etmesinin yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanmasını engellemeyeceği görüşündedir. Oysa amaçsal açıdan bakıldığında, global olarak kabul eden karşı tarafın sözleşmenin muhtemel içeriğinde yer alması beklenebilen koşullarla bağlı olmasıdır. Eğer karşı tarafın özel olarak alışılmamış koşula dikkati çekilmiş, uyarı yapılmış öğrenme imkanı tanınmışsa, koruma amacı ortadan kalkmaktadır.

b.e) Türk Borçlar Kanununda, ilişkilendirme anlaşmasının ispatı ile ilgili özel bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle TMK.m.6'daki genel ispat kuralı burada da geçerli olacaktır.

c) Genel işlem şartının sözleşme ile ilişkilendirilmemesinin sözleşmeye etkisi

TBK m.22'ye göre "Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez."

TBK'ya göre ilişkilendirme anlaşmasının gerçekleşmesi için aranan şartlar yoksa, genel işlem şartı sözleşmeye alınmamış, sözleşmenin içeriğine dahil edilmemiş olacaktır. Kanun koyucu bu sonucu, "yazılmamış sayılma" olarak ifade etmektedir.

Genel işlem şartı, düzenleyenin karşı tarafı açıkça bilgilendirme ve içeriğini öğrenme olanağı sağlama yükümlülüğünü ihlal ettiği için tümüyle sözleşmeye alınmamış olabilir ya da genel işlem şartı içinde yer alan hüküm alınmamış, şaşırtıcı şart olduğu için sözleşmenin kapsamına dahil olmamış olabilir. Bu durumda, sözleşme genel işlem şartı olmaksızın ya da şaşırtıcı genel işlem şartı dışındaki genel işlem şartı muhtevasiyle birlikte yapılmış sayılacaktır. Kanunda, genel işlem şartının kısmen veya tümüyle sözleşmeye alınmaması halinde düzenleyenin, yazılmamış koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği belirtilerek, kısmi butlana benzer bir çözüm getirilmiştir. Bu hükme gerek yoktur. Burada, bağlayıcılık denetimiyle içerik denetimi birbirine karıştırılmaktadır. Böyle bir hükme burada değil, içerik denetimi sonucu bir genel işlem şartının geçersizliği sonucuna ulaşıldığında yer verilmesi doğru olurdu. Çünkü bağlayıcılık denetiminde söz konusu olan sorun sözleşmenin geçerli olup olmayacağı sorunu değildir, sorun sözleşmenin içeriğini tespit sorunudur. Buna göre, genel işlem şartı Sözleşmenin içeriği olmadığından sözleşmenin kalan içeriğiyle ayakta tutulup tutulmaması konusunda tarafların bir opsiyona sahip olması zaten söz konusu olmamalıdır. Yapılacak şey, kalan içerikte asgari anlaşma şartı olan objektif esaslı noktaların mevcut olup olmadığının tespiti ve genel işlem şartı sözleşmeye alınmamasının yaratacağı sözleşme boşluklarının düzenleyici kurallarla yargıç tarafından doldurularak akdin tamamlanması yoluna gidilmesidir.

Sözleşmede boşluk ortaya çıktığında bu boşluk, yargıç tarafından düzenleyici kurallarla doldurularak akdin tamamlandığında, bu içeriğiyle taraflardan birinin durumu katlanması beklenilmeyecek ölçüde ağırlaşır, yine de söz-

leşme ayakta kalacak mıdır? Bu hususta TBK'da düzenleme yapılmamıştır. Alman Medeni Kanununda (SS306) genel işlem şartının kısmen veya tamamen sözleşmenin içeriğine dahil olmaması ya da (içerik denetimi sonucundaki değerlendirmeye göre) geçersiz olması halinde kalan içeriğiyle sözleşmenin geçerli olacağı ana kural olarak belirtilmiş, genel işlem şartının kısmen veya tamamen sözleşme ile ilişkilendirilmediği ya da geçersiz olduğu hallerde sözleşmenin içeriğinin düzenleyici kurullarla doldurulacağı belirtilmiştir. Ancak, her iki ihtimalde de düzenleyici kurullarla değişen akdin içeriğinin sözleşmenin taraflardan birinin durumunu katlanması beklenmeyecek ölçüde ağırlaştırıyorsa sözleşmenin tamamen geçersiz olacağı belirtilmiştir. Şüphesiz, değişen içerikle sözleşme özellikle düzenleyenin durumunu ölçüsüz biçimde ağırlaştırmışsa, genel işlem şartının sözleşmeye alınmamasından doğan riske katlanması gerektiği de söylenebilir. Fakat katı tutum yerine, Alman Medeni kanunundaki düzenlemeye benzer bir esnekliğe yer verilmemesi kanımızca isabetli olmamıştır.

4. İçerik denetimi

a) Genel norm

İçerik denetimi, sözleşme ile ilişkilendirilerek sözleşmenin kapsamına dahil edilen genel işlem şartlarından, kullanan (düzenleyen) karşısında diğer tarafın menfaatlerini dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak şekilde ölçüsüz biçimde ihlal edenlerin geçersiz sayılması, içerik olarak genel işlem şartlarının geçerliliklerine sınır konulmasını ifade eder. Burada yargıcın sözleşmeye müdahalesi söz konusudur. Geçersizlik, kullanan (düzenleyen) karşısında diğer tarafın menfaatlerini dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak şekilde ölçüsüz biçimde ihlal eden şartlar için söz konusu olacağından burada 93/13 sayılı AB Direktifi anlamında “haksız” veya “kötüye kullanılabilir” içerikteki genel işlem şartı söz konusu olmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda da haksız şartın unsurlarından biri, “ tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olma” olarak belirtilmiştir.

Genel işlem şartlarının denetlenmesinde en önemli husus yargıca sözleşmenin içeriğine müdahale yetkisi veren, haksız, kötüye kullanılabilir GIŞ.nı geçersiz kılma yetkisi veren denetim biçimi olan içerik denetimidir. Ancak Türk Borçlar Kanununda nedense içerik denetimiyle ilgili genel kural beklenen şekilde tatmin edici biçimde düzenlenmemiştir.

TBK'nın 25.maddesinde “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*” denilmektedir. Olduğu gibi yasalaşan TBK tasarısının ge-

rekçesinde maddede yapılan düzenlemeyle ahlaka aykırılık ölçüsünde olmasa bile dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların genel işlem koşulları alanında da önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmekte, bu arada TBK.m.25'in BGB § 307'e benzediğinden söz edilmektedir. Sayın meslektaşım ATAMER'in de söylediği gibi, BGB § 307'e bakıldığında burada benzerlikten söz etmek gerçekten BGB'ye haksızlık olur.

TBK'nın 25. maddesinde genel işlem şartının içerik denetiminde dürüstlük kuralının ölçü alınarak GIŞ.nın içeriğine sınırlama getirilmesi isabetli bir yaklaşımdır. Fakat etkin bir içerik denetimi için genel ölçüt olarak konulan "dürüstlük kuralı" yanında, tereddüt halinde yargıcın yararlanabileceği özel ölçütlere de yer verilmiş olsaydı daha isabetli olurdu kanaatindeyim. Örneğin, Alman Medeni Kanununun 307. paragrafında önce genel ölçüt olarak genel işlem şartının içeriğine dürüstlük kuralıyla sınırlama getirilmiş, "dürüstlük kuralına aykırı olarak diğer tarafın menfaatlerinin ölçüsüz şekilde ihlal edilmesi" geçersizlik sebebi sayılmıştır. Fakat Alman Hukukunda bununla yetinilmemiş, ölçüsüz bir mağduriyetin varlığında tereddüt halinde yargıcın başurabileceği iki özel ölçüte de verilmiştir. Bunlar,

- "Genel işlem şartının, kendisinden saptığı yasal düzenlemenin temelinde yer alan asli ilke, düşünce ile bağdaşmaması"
- "Sözleşmenin doğasından kaynaklanan asli hak ve yükümlülükleri sözleşmenin amacına ulaşmayı tehlikeye düşürecek biçimde sınırlandırması" dır.

Bu değerlendirme ölçütleri İsviçre Hukukunda da mevcuttur. Bu ölçütler yargıca, dürüstlük kuralına aykırılığı değerlendirmede, kendisinden sapılan yedek hukuk kurallarının temelinde yatan düşünceyi, yasa koyucunun bu kurallarda çatışan çıkarları objektif biçimde nasıl dengelemek istediği, sözleşme adaletinin ne şekilde sağlandığına bakma olanağı verecektir. Aynı şekilde yargıç, sözleşmenin doğasından kaynaklanan en uygun hak ve borç dağılımının nasıl olacağı, içeriği denetlenen genel işlem şartının sözleşmenin doğasından kaynaklanan önemli yükümleri sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek şekilde sınırlayıp sınırlamadığını irdeleme imkanına kavuşacaktır⁵.

Türk Borçlar Kanunundaki düzenlemeler, tacirler arasındaki işlemlerde kullanılan genel işlem şartı genel işlem şartı hakkında da uygulanabileceğinden, yasada ayrıca içeriği kötüye kullanılabilir nitelikteki örnek şartlar listesine yer verilmemesi eksiklik olarak değerlendirilmemelidir. Koruma ihtiyacı-

5 Aynı yönde: ATAMER, HPD. s.114

nın yüksek düzeyde olduğu tüketici işlemlerinde esasen yönetmelikte, AB yönergesi esas alınarak yasak şartlar örnekseyici olarak listelenmiştir.

b) Değişirme yasağı:

TBK.m.24'te, "Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır." hükmüne yer verilmiştir.

Burada yasakoyucu, düzenleyene tek taraflı değişiklik yapma yasağı getirmektedir. Genel işlem şartı kullanan tarafa sözleşmeyi diğer taraf aleyhine tek taraflı değiştirme yetkisi veren hükümler ayrıca 25. maddeye göre değerlendirme yapılmasına ihtiyaç olmaksızın kesin olarak geçersiz sayılmıştır. Kuşkusuz bu hüküm olmasaydı da, düzenleyene sözleşmede diğer taraf aleyhine değişiklik yapma yetkisi veren koşul, m. 25 çerçevesinde içerik denetimine takılacak ve geçersiz sayılacaktı. Çünkü bu türden bir koşulun karşı tarafı ölçsüz biçimde mağdur edeceği açıktır. Esasen tüketici sözleşmelerinde yönetmelikte örnekseyici olarak sayılan haksız şartlar listesinde bu türden şartlar yasaklanmıştır: "Satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş olan önemli sebeplerden biri olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar"; "satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin teslim edilecek olan malın veya ifa edilecek hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar" haksız şart sayılmıştır. Türk Borçlar Kanununda ise daha da katı biçimde tek taraflı değiştirme yasağı getirilmiştir.

c) İçerik denetiminin sonucu: Geçersizlik

Genel işlem şartına düzenleyen karşısındaki sözleşme tarafının dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde ölçsüz mağduriyetine neden olan hüküm konulamayacağı yasa da belirtilmiş fakat konursa sonucunun ne olacağı açıkça gösterilmemiştir. Genel işlem şartlarını düzenleyen TBK hükümleri emredici olduğundan, bu türden kayıtlar TBK m.27 uyarınca, emredici kurala aykırılık nedeniyle kesin geçersiz sayılacaktır.

Türk Borçlar Kanununda, içerik denetimi sonucu geçersiz sayılan genel işlem şartı olmasaydı sözleşmenin yapılmayacağı iddiasının düzenleyen tarafından ileri sürülmesi mümkün değildir. Her ne kadar içerik denetimiyle ilgili olarak yasa da kısmi geçersizlikle ilgili bir kurala açıkça yer verilmese de zaten dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle geçersiz sayılan genel işlem şartı olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağının ileri sürülmesi, dürüstlük kuralına aykırı düşer. TBK m.27/II çerçevesinde düzenleyenin subjektif unsur açısın-

dan ortaya koyacağı bu iddianın dürüstlük kuralı süzgecinden geçirildiğinde dinlenmeyeceği açıktır. Ancak, genel işlem şartının sözleşmeye dahil olmaması ile ilgili olarak ortaya çıkan boşluğun doldurulmasında ifade ettiğimiz gibi, burada da boşluğun düzenleyici kurallarla, akdin tamamlanması ilkesi doğrultusunda doldurulması sonucu ortaya çıkan yeni durumda bu kez düzenlenenin ölçüsüz mağduriyeti ortaya çıkarsa sözleşmenin yine de ayakta tutulup tutulmayacağına ilişkin bir esneklik getirilmemiş olması kanaatimizce eksiklik olarak kendisini hissettirmektedir.

V. Genel işlem şartlarının yorumu

Pozitif düzenleme olmaması nedeniyle sözleşmenin içeriğine yargıcın müdahalesinin çekingenlikle karşılandığı dönemlerde yorum müessesesi, içerik denetimi aracı olarak kullanılmıştır. Yorum, genel işlem şartında bir denetim aracı ya da mekanizması değildir. Yorumda, taraflarca farklı anlaşılan akdin muhtevasının ne anlama geldiği yargıç tarafından tespit edilmektedir. Bu anlamda genel işlem şartının yorumu, sözleşmenin içeriğine dahil olmakla birlikte içeriği farklı anlaşılan genel işlem şartının anlamının hakim tarafından tespit edilmesini ifade etmektedir. Genel işlem şartının yorumunda, genel işlem şartının önceden tek taraflı hazırlanması ve sözleşmenin kuruluşunda diğer tarafa tartışma olanağı tanınmaması özelliği nedeniyle, genel yorum ilkeleri dışında, genel işlem şartına özgü bir yorum ilkesine ihtiyaç vardır. TBK’da Avrupa ülkelerindeki mevcut düzenlemelere paralel olarak “Genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacağı” kuralına yer verilmiştir (m.23). Bu kural, Haksız Şartlar Yönetmeliğinde yer verilen kuralla da örtüşmektedir (m.6/f.4).

Sonuç olarak, Yeni Türk Borçlar Kanununun genel işlem şartlarıyla ilgili düzenlemeleri bu alanda önemli bir eksikliği gidermiştir. Bazı aksaklıklarına rağmen bu müessesenin genel nitelikli/emredici hükümlerle yasal düzenlemeye kavuşmuş olmasını son derece yararlı ve olumlu bulmaktayız.

Yeni (6098 sayılı) Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmeleri

■ Cevdet YAVUZ*

İşgörme sözleşmelerinin hemen tümünde müşterek olan nokta, taraflardan birinin (işgörenin) diğer tarafa (işverene) karşı daima bir işgörme borcu altına girmesi ve onun bu borcunu işgörme olarak nitelendirdiğimiz bir faaliyette bulunmak suretiyle yerine getirmesidir. Bu sebeple, işgörme sözleşmeleri (işgörme borcu doğuran sözleşmeler) arasında büyük bir benzerlik vardır ve bu sözleşmeleri birbirinden ayırt etmek, çok defa önemli güçlükler göstermektedir. Zaten TBK.m.502 f.2'de, bu konuya ilişkin olarak, şöyle bir hüküm getirilmiştir: “Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır”. Ancak burada şu hususun belirlenmesinde yarar vardır: İşgörme sözleşmeleri, sadece Türk Borçlar Kanununda düzenlenen hizmet sözleşmeleri ile eser (istisna), yayım (neşir), vekâlet gibi sözleşmeler değildir. Bu sözleşmelerden hangisine girdiği oldukça tartışmalı olan sözleşmeler bulunduğu gibi kanunda düzenlenen bu sözleşmelerin dışında yer alan ve tarafların serbest iradesiyle gerçekleştirdiği başka işgörme borcu doğuran (isimsiz) sözleşmeler de bulunmaktadır. Yine özellikle karma sözleşmelerde taraflardan birinin üstlendiği edimlerden bazılarının da işgörme olarak değerlendirilebilmesi imkânı vardır. Bu açıdan TBK m. 502 f. 2, işgörme sözleşmeleri alanında, önemli bir boşluğu dolduran bir hüküm olarak değerlendirilebilecektir.

(*) Prof.Dr., Avukat, İstanbul Barosu üyesi

Hizmet sözleşmeleri, Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının 6. bölümünde m. 393 vd. hükümlerinde, “genel hizmet sözleşmesi” (m.393-447) “pazarlamacılık sözleşmesi” (m.448-460) ve “evde hizmet sözleşmesi” (m.461-469) şeklinde üç ayırım halinde düzenleme konusu yapılmıştır. Gerçekten birinci ayırımda, genel hizmet sözleşmesi”, “A. Tanımı”, “B. Kurulması”, “C. İşçinin borçları”, “D. İşverenin borçları”, “E. Sınai ve fikrî mülkiyet hakkı”, “F. Hizmet ilişkisinin devri”, ve “G. Sözleşmenin sona ermesi” kenar başlıkları altında bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki İş K., Deniz İş K. ve Basın İş K. gibi uygulama alanı oldukça geniş özel kanun hükümleri karşısında, Borçlar Kanununun bu düzenlemesinin pratik önemi ve uygulanabilme imkânı oldukça azalmıştır. Yine de özel kanun hükümlerinin uygulanmadığı bütün durumlarda Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Örneğin; İş K. m. 4’de hangi işlerde İş Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı sayıldığı gibi İş K. m. 10’da da “nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren” süreksiz işlerde, İş K.nun uygulanmayacak hükümleri sayılmış ve bu nitelikteki işlerin, bu bakımdan Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi olacağı açıkça belirlenmiştir. Ayrıca belirtilmelidir ki, “Genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, kıyas yoluyla çiraklık sözleşmesine de uygulanır” ve “özel kanun hükümleri (de) saklı” tutulmuştur (m.393 f.son). Takip eden ayırımlar olarak, ikinci ayırımda, pazarlamacılık sözleşmesi ve üçüncü ayırımda da, evde hizmet sözleşmesi düzenlenmiştir.

Biz, hizmet sözleşmelerine ilişkin açıklamalarımızı, sadece Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre, önce genel hizmet sözleşmesi olarak, hizmet sözleşmesinde işçinin borçları, hizmet sözleşmesinde işverenin (iş sahibinin) borçları ve hizmet sözleşmesinin sona ermesi konuları çerçevesinde yapacağız; özel kanun hükümlerine çok gerekli olan durumlarda değinme fırsatını bulacağız. Ayrıca yeni sözleşmeler olarak, “pazarlamacılık sözleşmesi” ile “evde hizmet sözleşmesi”ni de -ana hatlarıyla- açıklayacağız. Belirtmelidir ki, sadece “hizmet sözleşmesi” terimini kullandığımızda da “genel hizmet sözleşmesi”ni kastedmekteyiz.

A. GENEL HİZMET SÖZLEŞMESİ

I. Genel hizmet sözleşmesinin tanımı, unsurları ve özellikleri

1. Genel hizmet sözleşmesinin tanımı ve unsurları

TBK m. 393 f.1’de hizmet sözleşmesi, şu şekilde tanımlanmıştır: “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”. 4857 sayılı İş K.m.8 f.1’de, “İş sözleşmesi, bir tarafın

(işçi) bağımlı olarak işgörmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir” tanımı yapılmıştır. Böylece, TBK m. 393 f. 1’de de, bağımlılık unsuruna yer veren bir tanım yapılmış bulunmaktadır. TBK. m 393 f. 2’ye göre, “işçinin işverene bir hizmeti kısmî süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesi” olarak nitelendirilecektir.

Bu tanımlardan hareket ederek bir sözleşmenin genel hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan unsurları şu şekilde sıralayabiliriz:

a. İşçinin (belirli veya belirli olmayan) bir süre işverene bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmet görmesi veya görmeyi vaad etmesi

Hizmet sözleşmesinin konusu, işçinin işverene karşı bir hizmet edimi vaad etmesi veya bir hizmet görmesidir. Burada vaad konusu veya yerine getirilen hizmet edimi, işverenin maddi veya fikri bir ihtiyacının giderilmesine yarayan, onun için değeri olan bir faaliyeti ifade etmektedir. Bu bakımdan faaliyetin türü önemli olmadığı gibi işçi bakımından güç veya yorucu olması da gerekli değildir. Örneğin; belirli bir spor faaliyetinde bulunma, bir hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Hangi faaliyetlerin hizmet sayılacağı konusunda, alışveriş hayatının görüşleri ve en geniş anlamıyla iktisadî düşünceler gözönünde tutulacaktır. TBK’da, işçi yönünden, “işgörmeye edimi”nden söz edilmiş ise de, biz, hizmet sözleşmesinin diğer işgörmeye sözleşmelerinden ayrılmasını sağlama amacıyla, işçi için “hizmet” edimi terimini kullanmayı tercih edeceğiz.

Hizmet ediminin vaad olunması veya hizmetin görülmesi, belirli (muayyen) veya belirsiz (gayrimuayyen) bir süre için olmalıdır. Bu sebeple işçi, tek bir iş yapmadığı gibi belirli bir sonuç meydana getirme borcu altında da değildir. Böylece hizmet sözleşmesi tarafları arasında sürekli bir borç ilişkisi doğmuş olmaktadır. Ancak süresinin kesin olarak belirlenmesi zorunlu değildir; önemli olan belirli, belirlenebilir veya belirli olmayan (gayrimuayyen) bir süre için hizmetin görülmesi ya da hizmet ediminin vaad olunmasıdır.

Diğer taraftan işçinin hizmet edimini ifa etmesi, sözleşmenin tarafı olan işverene bağımlılık ilişkisi içinde ve onun talimatı altında gerçekleştirilmelidir. Bu, hizmet sözleşmesini diğer işgörmeye borcu doğuran sözleşmelerden ayıran önemli ve temel bir özelliktir.

b. Hizmet görülmesinin veya hizmet edimi vaadinde bulunulmasının bir ivaz (ücret) karşılığında olması

Bir hizmetin görülmesinin veya hizmet ediminin vaad olunmasının bir

ivaz (ücret) karşılığında olmadığı durumlarda, bir hizmet sözleşmesinin varlığından değil, çok defa bir vekâlet ilişkisinin bulunduğundan söz edilebilecektir; hizmet ediminin hukuken borçlanılmamasına rağmen yerine getirilmesi de, sadece bir yardım ve nezaket fiili olarak nitelendirilebilecektir. Ancak, karşılık ödenmesinin gerektiğinin durumlardan çıkarılmasının mümkün olması, hizmet sözleşmesinin varlığı için yeterlidir.

Hizmetin karşılığını teşkil eden ivaz, para veya eşya biçiminde tayin edilebilir. Örneğin TBK m. 418 f. 1'e göre, "İşçi işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşıyorsa işveren, yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlamakla yükümlüdür". Böylece işçiye ücretin bir kısmının eşya biçiminde ödendiği bir durum söz konusudur. Para biçiminde karşılığa ücret de denilmektedir. Bazen ise, sadece kazanç fırsatı verme de bir karşılık teşkil edebilir. Örneğin, bir garsona yapacağı iş için alacağı bahşişleri alıkoyma hakkı verilmişse, bu şekilde bir ivaz kararlaştırılması durumu sözkonusudur.

Hizmetin karşılığını teşkil eden ivaz, zamana göre (saat, gün, hafta, ay gibi) ya da parça başına veya işin sonucuna göre de (akort ücret, parça başına ücret) hesaplanabilir. Bu iki hesaplama tarzının birleştirilmesi de mümkündür.

c. Tarafların anlaşması veya bir karşılık ödenmesine yol açacak bir hizmet ilişkisinin varlığı

Hizmet sözleşmesinin kurulabilmesi için, kural olarak, yukarıda belirtilen unsurlar üzerinde tarafların (işçinin ve işverenin) anlaşmış olması gerekir. Ancak, bazı durumlarda geçerli bir hizmet sözleşmesinin bulunmamasına rağmen hizmet ilişkisi nedeniyle geçerli bir sözleşme varmış gibi hukuki sonuçların meydana gelmesi mümkündür. Bu konuya ilişkin açıklamalarımız da bu ayırım çerçevesinde olacaktır.

aa) Geçerli bir anlaşmanın varlığı: 818 sayılı BK. m. 319'a göre, "hizmet mukavelesinin şartları kanuna, ahlâka (âdaba) muğayir olmamak üzere istenildiği gibi tâyin olunabilir". Bu hüküm, 818 s.lı BK m. 19 f.1 ve BK m. 20'nin (TBK m. 26 ve TBK m. 27 f.1'in) bir özel uygulama alanını göstermekten öteye giden bir düzenleme getirmemektedir. Bu sebeple, TBK'nın, genel hizmet sözleşmesi düzenlemesinde, böyle bir hükme yer verilmemiştir. Böylece Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin emredici hükümleri yanında, iş mevzuatıyla konulmuş ve sayıları oldukça fazla emredici hükümler, hizmet sözleşmesine ilişkin olarak sözleşme serbestisinin bir sınırını oluşturacaktır. Aynı şekilde TİSGLK m. 6'ya göre, "Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri, toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hü-

kümler alır” (f. 1’de c. 1 ve 2) denilmektedir. Bu hüküm de, hizmet sözleşmesinin konu bakımından bir başka sınırlamasını teşkil etmektedir. Böylece taraflar, ahlâk (âdâb) kurallarına ve kanunların emredici hükümleriyle toplu sözleşme hükümlerine aykırı olmayan her şartı hizmet sözleşmesine koyabileceklerdir. Ancak burada belirtilmelidir ki kanunlarda ve toplu iş sözleşmelerinde yer alan bazı hükümler sadece işçi yararına konulmuşlardır; bu sebeple yine işçi yararına olarak bu hükümlere aykırı bir düzenleme getirilebilecektir. Nitekim, toplu iş sözleşmeleri konusunda, TİSGLK

m. 6 f. 2’de şu şekilde bir hüküm getirilmektedir: “Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir”.

Diğer taraftan “her ne sebeple olursa olsun sona eren toplu iş sözleşmesinin hizmet akdine ilişkin hükümleri, yenisi yürürlüğe girinceye kadar, hizmet akdi hükmü olarak devam eder” (TİSGLK m. 6 f. son). Bu hüküm de, toplu iş sözleşmesinin kanunen (ferdî) hizmet sözleşmesine dönüştüğü bir durumu düzenlemektedir.

Tarafların ehliyet durumuna gelince; hizmet sözleşmesi, bizzat taraflarca yapılacağı gibi temsilcileri aracılığıyla da yapılabilir. Tam fiil ehliyetine sahip kişiler yönünden, bu konu, kural olarak bir özellik göstermez. Ancak sınırlı ehliyetsizleri oluşturan ayırt etme gücüne sahip küçük ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar, kanunî temsilcilerinin izin ya da icazetiyle hizmet sözleşmesi yapabileceklerdir. Aynı şekilde kanunî temsilcilerinin izin ya da icazetiyle bir meslek veya san’atla uğraşanlar ya da aile dışında yaşayanlar, bu izin ya da icazet çerçevesinde tek başlarına geçerli bir şekilde hizmet sözleşmesi kurabilirler.

Diğer taraftan Umumî Hıfzıssıhha Kanunu, İş Kanunu ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun gibi özel kanunlarla çocukların, kadınların ve yabancı uyrukluların bir işte çalışmalarına ilişkin bir ehliyet sınırlaması olarak değerlendirilebilecek sınırlamaların getirildiği görülmektedir. Bu sınırlamalar üzerinde burada durulmayacaktır.

Tarafların hizmet sözleşmesinin esaslı unsurları üzerinde anlaşmalarının geçerli olabilmesi, kural olarak bir şekilde uyulmasına bağlı değildir. Bu husus, TBK m. 394 f. 1’de, açıkça şu şekilde ifade edilmiştir: “Hizmet sözleşmesi, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça özel bir şekilde bağlı değildir”. Hatta “Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır” (TBK m. 394 f. 2). Ancak TBK.

m. 344 f.1'e göre "Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir". İş K m. 8'e göre "süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur" (f. 2); "yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur" (f. 3); İş K. m. 16 f. 2'ye göre "takım sözleşmesinin, oluşturulacak iş sözleşmeleri için hangi süre kararlaştırılmış olursa olsun, yazılı yapılması gerekir. Sözleşmede her işçinin kimliği ve alacağı ücret ayrı ayrı gösterilir". Deniz İş K (m. 5, 6) ve Basın İş K. (m. 4)'nda da benzer hükümlerin yer aldığı görülmektedir. TISGLK m. 4'e göre "toplu iş sözleşmesi yazılı olarak yapılmadıkça geçerli değildir".

bb) Geçerli bir anlaşmanın mevcut olmamasına rağmen fiilî hizmet ilişkisine geçerli bir anlaşma varmış gibi sonuçlar bağlanması: Genel hükümler uyarınca, tarafların ehliyeti ile ilgili noksanlık, şekle aykırılık, imkânsızlık, hukukun emredici hükümlerine ve ahlâka aykırılık sorunları, hizmet sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğurur. Kesin hükümsüzlüğün hizmet sözleşmesinin bir bölümüne ilişkin olması durumunda, sadece bu bölüm hükümsüz sayılır; ancak bu şartlar olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını kabul edilebildiği durumlarda, sözleşmenin tamamı kesin hükümsüz olur (BK. m. 27).

Yargıtay'ın 18.6.1958 gün ve 20/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre "İş Kanunlarının ve işçi sigortaları kanunlarının kabulündeki ilk gaye, işçinin menfaatlerini korumak olmasına, belki işte çalışması yaşı veya kadın olması itibariyle veya işin ağır işlerden bulunması gibi sebeplerle yasak olan bir kimşenin (velev ki hilesiyle durumunu saklayarak) işçi sıfatını kazanmış olması halinde butlan sebebinin taraflardan birisi ileri sürünceye kadar işçi sayılmasının ve işçinin sağladığı hak ve salâhiyetlerden ve bu arada sigortalı olma hakkından istifade etmesinin İş Kanunu ve işçi sigortaları kanunlarının kabul edilmiş gayerine uygun ve bunun aksine olan düşüncenin kanunun gayerine aykırı olacağına ve iş aktinin hükümsüz olmasını gerektiren bir hukuk kaide-

sinin aktin hükümsüz sayılmasıyla korunmak istenilen kimsenin aleyhine neticeler verecek şekilde tatbikinin kanunun gayesine uygun olarak tefsiri lâzım geldiği yollu hukuk kaidesine aykırı düşeceğine ve 255 sayılı tefsir kararıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi dahi batıl olan iş aktinin muteber bir akit gibi işçi lehine hukukî neticeler doğurması gerekeceğini kabul etmiş olmasına göre Ticaret Dairesinin içtihadı kanunun ruhuna uygundur ve doğrudur” denilerek “yaşı veya kadın oluşu gibi sebeple herhangi bir işte çalışması yasak bulunan işçinin yasağa rağmen çalıştırılmış olması halinde işçi sayılacağına ve bundan dolayı işçi sigortaları kanunlarının işçilere tanıdığı haklardan istifade edeceğine, karar verilmiştir”. Bu karar, Alman hukukunda kabul edilen hizmet ilişkisi - hizmet sözleşmesi ayırımına ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan, hizmet sözleşmesinin hükümsüzlüğüne rağmen hizmet ilişkisinden doğan hakların gözönünde tutulması gerektiği esasına uygundur. Doktrinde bu sonucun, sözleşme taraflarından birinin sözleşmeyi tek taraflı irade açıklamasıyla geçmişe etkili olarak hükümsüz kılma hakkına sahip olduğu durumlarda da kabul edilmesi gerektiği ifade edilmekte ve böylece sözleşmenin hükümsüzlüğünün ancak bu hakkın kullanılmasından sonrası için ileriye etkili olması sonucuna ulaşılmış bulunmaktadır. Özellikle irade sakatlıklarında ve gabin iddialarında durum bu şekilde olacaktır. Konu, TBK’da açık bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. TBK m. 394 f. son’a göre, “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur”. Gereğe göre, “Maddenin son fıkrasında, öğreti ve uygulamada da benimsendiği gibi, geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinin, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. İşçi, geçersizliği sonradan ortaya çıkan bir sözleşme gereğince işveren için bir işgördüğü takdirde; sözleşmenin her iki tarafı da, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle hizmet ilişkisine son verilinceye kadar, geçerli bir sözleşme varmışçasına, hizmet ilişkisinden doğan borçlarını ifa etmekle yükümlüdür. -Maddeye göre işçi, hizmet sözleşmesinin geçersiz olduğunu biliyorsa iyiniyetli sayılmayacak; bu durumda ise, fıkrada da belirtildiği gibi geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesinden söz edilemeyeceğinden, bu hükümden yararlanamayacaktır. Belirtilmelidir ki, hizmet sözleşmesinin geçersizliğini bilerek işçi çalıştıran bir işveren, sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyecek ve geçerli bir sözleşme varmışçasına, işçiye karşı sorumlu olacaktır. -Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 320 nci maddesi göz önünde tutulmuş; ancak, işçinin harcadığı emeğin korunması ilkesi gözetilerek, bu maddenin üçüncü fıkrasında aranan “iyiniyetle işgörme” koşuluna yer verilmemiştir”.

2. Hizmet sözleşmesinin hukukî niteliği, özellikleri, çeşitleri ve tâbi olduğu hükümler

a. Hizmet sözleşmesinin hukukî niteliği ve özellikleri

Hizmet sözleşmesinin hukukî niteliği ve özellikleriyle ilgili olarak aşağıdaki hususlar üzerinde durulması gereği vardır:

a) Hizmet sözleşmesi, bir özel hukuk sözleşmesidir. İş sahibinin (işverenin) gerçek kişi, özel ya da kamu tüzel kişisi olması, bu sonucu değiştirmeyecektir.

b) Hizmet sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen (karşılıklı, sinallagmatik) bir sözleşme niteliğindedir. Çünkü bu sözleşmede işçinin işgörme borcuyla işverenin ücret ödeme borcu, bir mübadele ilişkisi içindedir. Ancak sosyal düşüncelerle bazı durumlarda hizmet sözleşmesinin bu özelliğinden ayrıldığı görülmektedir. Örneğin bazı durumlarda işçiye çalışmadığı halde ücret ödenmektedir.

c) Hizmet sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Sürenin belirli ya da belirsiz olması, hizmet sözleşmesinin sürekli borç doğuran sözleşme olma özelliğini bozamaz. Ancak İş K m. 10'da kullanılan ve tanımlanan sürekli iş ve süreksiz iş ayrımıyla sürekli edimli sözleşme ve âni edimli sözleşme ayrımını birbiriyle karıştırmamak lâzımdır. Çünkü sürekli edimli bir sözleşme olan hizmet sözleşmesinin, bazı durumlarda sürekli, bazı durumlarda süreksiz işleri konu edinebilmesi imkânı vardır; bu da, uygulanacak kanun hükümlerinin farklı olması sonucuna yol açacaktır.

d) Hizmet sözleşmesi, işçinin kişiliğine bağlı bir sözleşmedir. Bu özellik, sosyal düşüncelerle kabul edilmiştir. Diğer taraftan, günümüzde, işçinin ediminin hizmeti olması ve bunun da kişiliğiyle yakından ilgili bulunmasına bağlı olarak, hizmet sözleşmesinden doğan işçinin bizzat çalışma ve işverenin (iş sahibinin) işçiye çalışması karşılığında ücret ödeme borçlarına, "sadakat", "düzenlemelere ve talimatlara uyma", "işçinin kişiliğinin korunması" gibi yeni borçlar eklenmiştir.

Yine TBK m. 395'e göre, işçinin, bizzat çalışma borcunu, işin niteliğinin gerektirdiği durumlarda bir başkasına ifa ettirebilme imkânı vardır. Böylece istisnâ olarak işçi, işverenin muvafakati gerekmeksizin, yerine bir başkasını ikame etme yetkisine sahip bulunmaktadır. Aynı şekilde işverenin, işçinin işgörme borcuna karşılık olarak ona (işçiye) karşı işgörmesini talep yönünde bir alacak hakkı vardır. 818 sayılı BK m. 320 f. 2'ye göre, işverenin (iş sahibinin) bu hakkını başkasına bırakabilmesi, işçinin işgörme borcunu bir başkasına ifa ettirebilme (ikame) yetkisi ile aynı sınırlamalara tâbi tutulmuştur. Bu

düzenlemede işveren (işsahibi) de, işin niteliğinin gerektirmesi sonucu, işçiye karşı ileri sürebileceği alacağını bir başkasına devir edebilmekteydi. TBK. ise, işverenin hizmet ilişkisini başkasına devretmesini iki ayrı maddede özel olarak ele almıştır. TBK. m. 428, “işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri”ni konu almakta ve şu şekilde bir düzenleme getirmektedir: “İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukukî bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. -İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır. -Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır”. TBK. m. 429 ise, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından devrine ilişkin bir düzenleme getirmektedir. “sözleşmenin devri” başlıklı bu düzenlemeye göre, “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. -Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır” .

e) Hizmet sözleşmesi, bağımlılık ilişkisine dayanır. Bu sözleşmeyle işçi, ücret karşılığında, belirli ya da belirsiz bir süre için işverenin hizmetinde çalışma borcu altına girer. İşçinin bu çalışması, diğer işgörmeye borcu doğuran sözleşmelerden farklı olarak bir hiyerarşi içinde işverene bağlı olarak yapılır. Böylece işveren, işin yapılması sırasında işçiye talimat verecek ve onu denetleyebilecektir. Genellikle bu bağımlılık ilişkisinin varlığının, işin, işverenin iş yerinde yapılması şartına bağlı olduğu kabul edilmektedir. TBK m. 393 f. 1’de yapılan tanımda, 818 sayılı BK m.313 f.1’deki tanımdan farklı olarak, bağımlılık unsuruna açıkça yer verilmiştir.

b. Hizmet sözleşmesinin çeşitleri

Hizmet sözleşmelerinin çeşitlerinin, bazı özellikleri gözönünde tutulmak suretiyle belirlenmesi imkânı vardır. Şöyle ki:

aa) Borçlar Kanununa ve özel kanunlara tâbi hizmet sözleşmeleri ayırımı: Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulama alanı, özel bazı kanunlar dolayısıyla oldukça daralmıştır. Gerçekten 4857 sayılı İş Kanunuyla 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ve 3308 sayılı Meslek Eğitimi Kanunu hükümleri, kendi uygulama alanlarına gi-

ren bazı hizmet sözleşmelerini düzenlemektedirler. Ancak yine de bu özel kanunların kapsamına girmeyen iş yerlerinde çalışanlarla süreksiz işlerde çalışanlara Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

BK m. 393 f.3'de çıraklık sözleşmesine ilişkin olarak şu düzenleme getirilmiştir: “Genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanır; özel kanun hükümleri saklıdır”. Aynı şekilde Meslek Eğitimi Kanunu ile de, çıraklık sözleşmesinin düzenlendiği görülmektedir (m. 13).

MK m. 462 b. 12'de çıraklık sözleşmesinin yapılması, vesayet altındaki kişiler bakımından vesayet makamının iznine tâbi işler arasında sayılmıştır.

bb) Ferdî (bireysel) iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ve takım sözleşmesi ayrımı

(a) Ferdî (bireysel) iş sözleşmesi ile kastedilen sözleşme türü, her işçinin işveren ile ayrı ayrı ve tek başına gerçekleştirdiği hizmet sözleşmeleridir. Çok defa toplu iş sözleşmesinin karşısında olarak kullanılır. Hatta ferdi iş sözleşmesini düzenleyen hukuk kurallarını topluca ifade etmek için de ferdî (bireysel) iş hukukundan da sözedilmektedir. Bu tür sözleşmeler, Borçlar Kanununa tâbi olabileceği gibi özel iş kanunları hükümlerine de tâbi olabilmektedirler.

(b) Toplu iş sözleşmesi ise esas itibariyle, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu kanunun 2. maddesinde toplu iş sözleşmesi, şu şekilde tanımlanmaktadır: “Toplu iş sözleşmesi, hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmedir” (f. 1); “Toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyumsuzlukların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir” (f. son). “Hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır” (m. 6 f. 1 c. son).

Aynı şekilde “toplular iş sözleşmelerine, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, millî egemenliğe, Cumhuriyete, millî güvenliğe, kamu düzenine, genel asayişe, genel ahlâka ve genel sağlığa aykırı hükümler ile kanunlarda suç sayılan fiilleri teşvik, tahrik veya himaye eden veya kanun veya tüzüklerin emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamaz” (m. 5). Yine TİSGLK. m. 66'ya göre “bu Kanunda hüküm olmayan hallerde Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile hizmet akdini düzenleyen diğer kanunların bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır” (c. 1).

Bunlar ve benzeri hükümler, toplu iş hukukunun bir bölümünü oluşturmaktadır.

(c) Takım sözleşmesi, İş K m. 16'da şu şekilde düzenlenmiştir: "Birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşmeye, takım sözleşmesi denir. Takım sözleşmesinin, oluşturulacak iş sözleşmeleri için hangi süre kararlaştırılmış olursa olsun, yazılı yapılması gerekir. Sözleşmede her işçinin kimliği ve alacağı ücret ayrı ayrı gösterilir. -Takım sözleşmesinde isimleri yazılı işçilerden her birinin işe başlamasıyla, o işçi ile işveren arasında takım sözleşmesinde belirlenen şartlarla bir iş sözleşmesi yapılmış sayılır. Ancak, takım sözleşmesi hakkında Borçlar Kanununun 110 uncu maddesi hükmü de uygulanır. -İşe başlamasıyla iş sözleşmesi kurulan işçilere ücretlerini işveren veya işveren vekili her birine ayrı ayrı ödemek zorundadır. Takım kılavuzu için, takıma dahil işçilerin ücretlerinden işe aracılık veya benzeri bir nedenle kesinti yapılamaz".

İşçi, işe başlamadıkça, takımı temsilen takım kılavuzu ile işveren arasında yapılan sözleşme ile bağlı sayılmamaktadır. Ancak bu durumda işveren, takım kılavuzundan, başkasının edimini taahhüt eden kişinin onun edimini yerine getirmemesi halinde sorumlu tutulmasında olduğu gibi, uğradığı zararın giderilmesini isteyebilecektir. Takım kılavuzunun ve takım sözleşmesinin hukukî nitelikleri doktrinde tartışmalıdır.

cc) Sürekli işleri konu edinen hizmet sözleşmesi ve süreksiz işleri konu edinen hizmet sözleşmesi ayırımı: İş K. m. 10, tarafların iradesine göre değil işin niteliğine göre işleri sürekli ve süreksiz olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Buna göre, "Nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş, bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir. -Bu Kanunun 3 (işyerini bildirme), 8 (tanım ve şekil), 12 (belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ayırımının sınırları), 13 (kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmesi), 14 (çağrı üzerine çalışma), 15 (deneme süreli iş sözleşmesi), 17 (süreli fesih), 23 (yeni işverenin sorumluluğu), 24 (işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı), 25 (işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı), 26 (derhal fesih hakkını kullanma süresi), 27 (yeni iş arama izni), 28 (çalışma belgesi), 29 (toplu işçi çıkarma), 30 (özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma zorunluluğu), 31 (askerlik ve kanundan doğan çalışma), 34 (ücretin gününde ödenmemesi), 53 (yıllık ücretli izin hakkı ve izin süreleri), 54 (yıllık ücretli izne hak kazanma ve izni kullanma dönemi), 55 (yıllık ücretli izne hak kazanma ve izni kullanma dönemi), 56 (yıllık ücretli iznin uygulanması), 57 (yıllık izin ücreti), 58 (izinde çalışma yasağı), 59 (sözleşmenin sona ermesinde izin ücreti), 75 (işçi özlük dosyası), 80 (işçi sağlığı ve güvenliği kurulu))ve geçici 6 ncı maddeleri

(kıdem tazminatı) sözleşmenin sona ermesinde izin ücreti süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmaz. Süreksiz işlerde, bu maddelerde düzenlenen konularda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır”.

dd) Belirli süreli hizmet sözleşmesi ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ayırımı: Yukarıdaki (cc) ayırımında işin niteliği önem taşıdığı halde, bu ayırımda, sözleşme süresinin belirli olup olmadığı önem taşımaktadır. Sözleşme süresi belirli bir tarih olarak tespit edilebileceği gibi gün, hafta, ay, yıl olarak da kararlaştırılabilir veya işin sözleşmede belirtilen amacından da anlaşılabilir.

İş K. m. 11’de, “İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir. -Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. -Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar” denilerek belirli süreli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri çeşidinden söz edilmektedir. Aynı şekilde TBK. m. 393 f. 2’de (“kısmî süreli hizmet sözleşmesi”), m. 430’da (“belirli süreli hizmet sözleşmesi”) ve m. 431-432’de (“belirsiz süreli hizmet sözleşmesi”) belirli ve belirsiz süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümler getirildiği görülmektedir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde bu hükümleri inceleme fırsatını bulacağız.

ee) Deneme süreli hizmet sözleşmeleri: İş K. m. 15’e göre, “Taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir. -Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir. İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır”. Deniz İş Kanununda deneme süresinin en çok bir ay olabileceğinden (m. 10), Basın İş Kanununda ise üç aylık bir deneme süresi kararlaştırılabileceğinden (m. 10) sözedilmektedir.

Türk Borçlar Kanununun 433. maddesinde, “deneme süresi içinde” “fesih bildirim süresi” başlığı ile, getirilen düzenleme ise şu şekildedir: “Taraflar, hizmet sözleşmesine iki ayı aşmamak koşuluyla deneme süresi koyabilirler. Deneme süresi konulmuşsa taraflar, bu süre içinde fesih süresine uymak zorunda olmaksızın, hizmet sözleşmesini tazminatsız feshedebilirler” (f. 1); “İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır” (f. son).

ff) Çıranklık sözleşmesi: Çıranklık sözleşmesinde, bir işte çalışma karşılığında bir meslek ya da san’atı öğretme sözkonusudur. Böylece iş yeri sahibi (us-

ta), bu sözleşmeyle, çırağa bir meslek veya san'atı öğretme ve sözleşmede kararlaştırılan ücreti ödeme borcu altına girmektedir. Çırağın borcu ise, o (sözleşme konusu) işte çalışmaktır; çırak, görünüşte bir işçi gibi çalışmakta fakat aslında çırağın çalışmasının ağırlık noktası, çırağın yetişmesi üzerinde toplanmaktadır. TBK. m. 393 f. 3'e göre "Genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanır; özel kanun hükümleri saklıdır". Böylece işçinin korunmasına ilişkin hükümler, çıraklara da uygulanabilecektir. Zaten 3308 sayılı Meslek Eğitimi Kanunu hükümleriyle çıraklık sözleşmeleri hakkında emredici bir düzenleme getirilmiştir (13 vd.).

Aynı şekilde İş K m. 4 f.1/ f'ye göre, "iş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere çıraklar hakkında" İş Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır.

Bu çalışmada 3308 sayılı Kanun hükümleri üzerinde durulmayacaktır.

gg) Diğer hizmet sözleşmesi çeşitleri: Borçlar Kanunu düzenlemesi içinde başkaca bazı hizmet sözleşmesi çeşitlerine yer verildiğini görmekteyiz. Şöyle ki:

(a) TBK.'nin hizmet sözleşmelerini ele alan altıncı bölümünün ikinci ayırımında, 448-460. maddeler arasında, "pazarlamacılık sözleşmesi" düzenlenmiştir. Bu sözleşme, ayrıca, aşağıda inceleme konusu yapılacaktır.

(b) TBK. m. 461-468'de de, "üçüncü ayırım" konusu olarak "evde hizmet sözleşmesi" düzenlenmiştir. Yine bu sözleşme de, ayrıca, aşağıda inceleme konusu yapılacaktır.

Böylece TBK. ile, bazı hizmet sözleşmesi çeşitleri, kapsamlı bir düzenlemeye kavuşturulmuştur.

c. Hizmet sözleşmesinin tâbi olduğu hükümler

Diğer akdî ilişkiler alanında olduğu gibi hizmet sözleşmeleri alanında da sözleşme serbestisi prensibi geçerlidir. İşçi ile işveren arasındaki çalışma ilişkilerinin önemli bir kaynağını oluşturan hizmet sözleşmesi de bu çerçevede düzenlenmiştir (BK m. 26). Ancak hizmet sözleşmeleri alanında gerek Borçlar Kanununun gerekse diğer özel nitelikli iş kanunlarının emredici hükümleriyle akit serbestisinin geniş ölçüde sınırlandırıldığı görülmektedir. Böylece kanun hükümleri, bazen emredici niteliği dolayısıyla tarafların iradesinden önce uygulama alanı bulacak; bazen ise bu nitelikte olmayan hükümlerin tarafların iradesini tamamlaması ya da yorumlaması sözkonusu olacaktır. Bunlardan ayrı olarak toplu iş sözleşmesi hükümleriyle de tarafların sözleşme serbestisi sınırlanmaktadır. İşyeri iç yönetmelikleriyle işyeri uygulamaları ve işverenin yönetim hakkına dayanarak getirdiği düzenlemeler, hizmet sözleşmesini düzenleyen hükümler olarak sayılabilecektir.

II. Hizmet sözleşmesinde işçinin borçları

TBK m. 395-400 hükümleriyle, işçinin borçları, “bizzat çalışma borcu”, “özen ve sadakat borcu”, “teslim ve hesap verme borcu”, “fazla çalışma borcu” ve “düzenlemelere ve talimata uyma borcu” kenar başlıkları çerçevesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Ayrıca, m.400 ile de, “işçinin sorumluluğu” düzenleme konusu yapılmıştır. Bu hükümlerden de yararlanılarak işçinin başlıca borçlarının tespit edilmesi lâzımdır. Şöyle ki:

1. İşçinin bizzat çalışma borcu

TBK m. 395'e göre “Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklediği işi bizzat yapmakla yükümlüdür”. Bu kural, özellikle işçinin bütün zamanını işverenin emrine hazır tuttuğu hizmet sözleşmesinde istisnasız uygulanacaktır. Böylece bizzat çalışma borcunu kusuru ile yerine getirmeyen işçi tazminatla sorumlu tutulacak; diğer taraftan kusuru olmaksızın bizzat çalışma borcunu yerine getiremeyecek bir hale düşen işçi de, hizmet sözleşmesinin kendisine yüklediği bu borçtan kurtulacaktır.

BK m. 395, emredici nitelikte bir düzenleme getirmemektedir. Böylece hizmet sözleşmesi tarafları, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile aksine bir düzenleme öngörebilecekleri gibi durumun gereğinden de bu sonuç çıkarılabilir. Örneğin işçinin bir tüzelkişi olması durumunda işçinin işi kendisinin yapması, durumun gereği olarak imkânsızdır; böylece burada ifanın tüzelkişinin bu işi yapmakla görevli müted organı tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu olacaktır.

Bu borcuna aykırı hareket eden işçi, TBK m. 112 vd. hükümleri çerçevesinde işverene karşı sorumludur. Zaten TBK m.400'e göre de, “İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur” (f.1).

2. İşçinin genel düzenlemelere ve işverenin talimatına uyma (itaat) borcu

TBK m. 398, işçinin, “düzenlemelere ve talimata uyma borcu”nu ele almaktadır. Buna göre, “işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar”.

İş sahibinin yönetim hakkının karşısında, işçinin işverenin talimatına uyma (itaat) borcunun bulunduğundan sözedilmektedir. Böylece işçi, işverenin yönetim hakkına dayanarak işin yapılması ve işyerinin düzeni ile ilgili verdiği talimata uymak zorunda olacaktır.

Burada işverenin talimat verme hakkı, işyerinin ihtiyaçları ve sözleşme konusu iş ile ilgili âdetlere uygun olarak yapılması gereği ile sınırlıdır. Bu sınırları aşan talimatı, işçi, yerine getirmek zorunda değildir.

3. İşçinin işverenin denetimine katlanma borcu

İşçinin, işverenin talimatına uyma borcu yanında yine işverenin denetimine katlanma borcu da bulunmaktadır. Doktrinde ifade edildiği gibi, “bu, iş satının verimli geçmesini, hammadde ve âletlerin gerektiği şekilde kullanılmasını sağlamak için işverenin yapacağı denetime işçinin rıza göstermesini ifade eder”.

Böylece işveren, sözleşmede hüküm bulunmasa bile, işyeri için özel denetleme tedbirleri getirebilecektir. Ancak bu tedbirlerin, nitelikleri gereği, dürüstlük kuralına ve iş hayatının âdetlerine uygun olması lâzımdır. Bu itibarla, işveren işçinin üzerini araştıramaz, ona gelen mektupları açıp okuyamaz; zira aksi halde işçinin kişilik haklarına zarar vermiş olur. Fakat işçi güven isteyen bir işe alınmışsa, işçi bu güveni sarsabilecek nitelikteki yaşayışının işverence denetimine katlanmak zorundadır; örneğin, işveren, kasada çalışan memurun müsrif bir hayat yaşayıp yaşamadığını; onun borsada spekülasyon yapıp yapmadığını araştırabilmelidir.

4. İşçinin sözleşme konusu işi özenle yapma (ihtimam, özen) borcu

İşçinin işini özenle yapması gerekir. TBK m. 396'ya göre işçinin bu borcu şu şekilde düzenleme konusu yapılmıştır: “İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak (...) zorundadır” (f. 1); işçi, özen borcuna aykırı davranışlarıyla işverene verdiği her türlü zarardan sorumlu olacaktır (TBK m.400 f.1); “Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur” (TBK m.400 f. son).

Böylece işçi, işin ifasını ya da gereği gibi ifasını engelleyen davranışlarından sorumlu olacak ve bu bakımdan onun kusurunun derecesinin önemi bulunmayacaktır. TBK. m. 400 f son'da işçinin göstermekle yükümlü olduğu özen derecesinin tayininde getirilen ölçüyü şu şekilde açıklayabilme imkânı vardır: Öncelikle, madde düzenlemesinde açıklık olmasa da, taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin hükümlerine bakılacaktır. Sonra, sözleşme konusu işin gerektirdiği “işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi” gözönünde tutulacaktır ki, bu, doktrinde -özen ölçüsünün belirlenmesi bakımından- objektif kriter olarak nitelendirilmektedir. Nihayet, özen borcunun kapsamının belirlenmesi bakımından, işverenin bildiği ya da bilmesi lâzım gelen işçinin “yetenek ve nitelikleri” de nazara alınacaktır ki bu, doktrinde -özen ölçüsünün belirlenmesi bakımından- subjektif kri-

ter olarak adlandırılmaktadır. Böylece işçinin özen borcunun derecesi, sözleşme hükümleri, objektif ve sübjektif kriterler çerçevesinde tesbit olunmaktadır. TBK. m. 396'da işçinin özen borcuna değinilmiş; m. 400'de ise, işçinin (özen borcu dâhil olmak üzere) hizmet sözleşmesinden kaynaklanan borçlarına aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğu ele alınmıştır. Böylece, 818 sayılı BK. m. 321 f. son c. son'dan farklı olarak, objektif kriterin konusu olan hususlar bakımından işverenin bilmesi ya da bilmesi gereği aranmamıştır.

BK m. 400'ün getirdiği düzenleme emredici nitelikte değildir. Taraflar, kanuna, ahlâk ve âdâba aykırı olmamak kaydıyla, sözleşmede özen borcunu ve bu borcun ihlâlinden doğan tazminat borcunun kapsamını daha ağır ya da daha hafif olarak belirleyebilirler.

İşçinin, işi için hiç özen göstermemesinden veya eksik özen göstermesinden dolayı, tazminat ödemekle yükümlü olması durumu gerçekleşecektir; bu durum, aynı zamanda işverene hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmeye yetkisini de verecektir. Sözleşmenin veya durumun gerektirdiği ve haklı kıldığı derecede özen göstermeyen işçi bakımından onun eksik özen gösterdiğinden sözedilir. Bu bakımdan TBK m. 400, TBK. m. 112 vd. hükümlerin bir uygulama alanını oluşturmaktadır.

5. İşçinin sadakat (bağlılık) borcu

TBK m.396'ya göre, "İşçi,(..). işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır". İşçinin sadakat (bağlılık) borcunun genel konusu, işverenin (işverenin) menfaatlerini korumak ve bu menfaatlere zarar verebilecek her türlü hareketten kaçınmaktır. Ancak bu borcun konusu ve kapsamı tam olarak tespit olunamaz. Bu bakımdan hizmet ilişkisinin özel durumunun ve alış-veriş hayatının görüşlerinin gözönünde tutulması gerekir.

Sadakat borcunun işçinin bazı hareketleri yapması (olumlu) ve bazı hareketlerden kaçınması (olumsuz) olarak belirtilen iki yanı vardır. Şöyle ki:

a) Sadakat borcunun olumlu yanı, hizmetin işverenin menfaatine uygun biçimde yapılması olarak kendini göstermektedir. Böylece işçi, işin yolunda gitmesi, işverenin şöhret ve itibarının sarsılmaması için gereken bütün hususları yapacak, işverene zarar verebilecek tehlikelerin önlenmesi bakımından gerekli tedbirleri alacak; örneğin işverene zarar veren olayları, bozuklukları, eksiklikleri ve düzensizlikleri ona (işverene) duyuracaktır.

b) Sadakat borcunun olumsuz yanı ise, işvereni zarara uğratacak her türlü zarar verebilecek hareketlerden kaçınma anlamını taşımaktadır. Böylece işçi, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, onun itibarını ve kredisini düşürücü hareketlerde bulunmak, hasta olmadığı halde hasta olduğu-

nu öne sürerek çalışmamak (temaruz), işi bırakıp gazete okumak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunamaz.

İşçinin sadakat borcunun kapsamında mütalâa olunabilecek başka borçlarından da söz edilebilmesi imkânı vardır. Şöyle ki:

(a) İşçinin sır saklama borcu bulunduğu hususu, bazen kendiliğinden anlaşılır. Örneğin bir durumu bir başkasına söylemenin kişinin Medeni Kanun hükümleriyle korunan sır alanına aykırılık teşkil ettiği hallerde, işçinin sır saklama borcu vardır. İşçinin bu borcu, genel olarak kendisini susma şeklinde gösterir ve sadece sözleşme dışı değil sözleşme ile doğmuş (akdî) bir borçtur. Aynı şekilde işçinin ticarî sırlar yönünden de susma borcu vardır. TBK.m.396 f.son'a göre, "İşçi, işgördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür".

(b) İşçinin bilgi ve hesap verme borcu, işin ifasıyla ilgili olduğu kadar sadakat borcunun da bir sonucudur. Böylece işçi, işini yaptığı sırada öğrendiği ve işveren için önemli olduğunu gördüğü bütün olayları ona (işverene) bildirmek zorunda olacaktır.

(c) Aynı şekilde özellikle aile birliği içinde yaşamayı gerektiren hizmet sözleşmelerinde işçinin tehlike anında işverene yardım borcundan söz edilebilecektir. Böylece işçi, bir yangın, su basması veya kazada, gücü oranında işverene yardımla yükümlü olacaktır.

(d) İşçi, hizmet sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu sürede işverene karşı rekabette bulunursa; onun bu davranışı da, sadakat borcuna aykırılık teşkil eder. İşçinin rekabet yapma yasağı hizmet sözleşmesinin yürürlük süresi içinde vardır; yani işçi, işe alındığı andan işten çıkarıldığı veya ayrıldığı ana kadar işverene karşı rekabet edemeyecektir. Çünkü ancak bu zaman parçası içinde yapılmış rekabet, sadakat borcunun ihlâli anlamını taşıyacaktır. Nitekim, TBK.m.396 f.3'e göre, "İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez".

6. İşçinin teslim ve hesap verme borcu

TBK m. 397'ye göre, "İşçi, üstlendiği işin görülmesi sırasında üçüncü kişiden işveren için aldığı şeyleri ve özellikle paraları derhâl ona teslim etmek ve bunlar hakkında hesap vermekle yükümlüdür" (f. 1); "İşçi, hizmetin ifasından dolayı elde ettiği şeyleri de derhâl işverene teslim etmekle yükümlüdür" (f. son).

7. İşçinin fazla çalışma borcu

TBK m. 398'e göre, "Fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır. Ancak, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçi, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür" (f. 1); "Özel kanunlardaki hükümler saklıdır" (f. son). İş K. m. 41'de ise, fazla çalışma ve ücreti, bu Kanunun kapsamına giren hizmet sözleşmeleri bakımından emredici bir düzenlemeye tâbi tutulmuştur. Biz burada sadece TBK. m. 398 düzenlemesi üzerinde kısaca duracağız.

Böylece işçi, sözleşmede öngörülen işi yapma yanında ve bundan ayrı olarak fazla çalışmayı kabul zorunda olmaktadır. Bunun için de:

a) Sözleşme ile belirlenen ya da âdet gereği yapılması lâzım gelen iş miktarından fazla bir işin yapılmasına zorunluluk hâsıl olmalıdır; yani, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğmalıdır. Örneğin ziraat alanında hasat zamanında, mağazalarda bayram ve tatil arefelerinde, malî müesseselerde hesapların kapanması devresinde böyle bir zorunluluğun varlığından söz edilebilecektir.

b) İşçi, fazla çalışmayı kabule muktedir olmalıdır; yani, işçi bunu yapabilecek durumda bulunmalıdır. İşçinin bedensel ya da ruhsal rahatsızlıkları ile bırakamayacağı bazı yükümlülüklerin varlığı, onun fazla çalışmayı kabul zorunluluğunu ortadan kaldıracaktır.

c) İşçinin fazla çalışmayı kabul etmemesi, dürüstlük kurallarına aykırı düşmemelidir. Bu koşul, yasada, "aynı zamanda (işçinin fazla çalışmayı ifadan) kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa" şeklinde ifade edilmiştir. Aksi halde fazla çalışmayı kabul etmeyen işçi işverene tazminat ödemekle yükümlü olabileceği gibi işveren de, bu sebebe dayanarak TBK. m. 435 hükümleri çerçevesinde hizmet sözleşmesine son verebilecektir.

d) İşçiye, fazla çalışması karşılığı için fazla bir ücret ödenmelidir. Bu ücret, yasada, "karşılığı verilmek koşuluyla" denilmekle, özel durumlar nazara alınarak sözleşmede kararlaştırılan ücretle mütenasip bir şekilde tespit ve takdir olunacaktır. Fazla çalışma için işveren tarafından bir emir verilmesine gerek yoktur. İşin iyi yürümesi için zorunlu olan ve hakkaniyet gereği kendisinden beklenen fazla işi kendiliğinden yapan işçinin de fazla çalışması için ücret istemeğe hakkı vardır. Fazla çalışması için hizmet devam ettiği sırada ücret istememiş olan işçi, hizmetin devam edeceği düşüncesiyle fazla çalışma ücretinden vazgeçmiş sayılır. Zamanından önce ve gerekmediği halde sözleşmeye

son verilmesi halinde onun (işçinin) yeniden fazla çalışma ücretine hak kazandığı kabul edilebilecektir. TBK m.402'ye göre, "fazla çalışma ücreti", şu şekilde düzenlenmiştir: "İşveren, fazla çalışma için işçiye normal çalışma ücretini en az yüzde elli fazlasıyla ödemekle yükümlüdür. -İşveren, işçinin rızasıyla fazla çalışma ücreti yerine, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı olarak izin verebilir".

8. İşçinin işverene ait eşyayı usulüne uygun kullanma ve koruma borcu

İşçinin işverene ait eşyayı saklama ve koruma borcu, TBK m.396 f.2 hükmüyle, "İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür" şeklinde düzenlenmiştir. Böylece hizmet sözleşmesinde kural olarak malzeme işveren tarafından verildiğine göre, işçinin, bu malzemeyi özenle kullanmak, bu konuda işverene hesap vermek ve artan malzemeyi de iade etmek yükümlülükleri vardır. Sözleşmeye göre malzemeyi işçinin sağladığı durumlarda, bu malzemenin, sözleşme hükümlerine uygun nitelikler taşıması gerekir.

Sonuçta işverenin denetimi altında bulunmayan işçilerin sorumluluğu, işverenin denetimi altındaki işçilere göre daha fazla ağırlaşmış olmaktadır.

9. İşçinin akdî nitelikteki rekabet yapmama borcu (rekabet yapmama sözleşmesi)

Kanunî rekabet yasağı ile (BK m. 553, 626; TK. m. 172, 250, 547) hizmet sözleşmesinin işçiye yüklediği rekabet yasağı, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin devam ettiği sırada kanun hükmü gereği mevcuttur. Halbuki burada inceleme konusu yaptığımız işçinin akdî nitelikteki rekabet yapmama borcu, hizmet sözleşmesi zımında yapılan ve taraflar arasındaki hizmet ilişkisi sona erdikten sonra hükümlerini meydana getiren bir borçtur. İşçinin bu özellikleri taşıyan bu borcu, TBK m. 444-447 hükümleriyle düzenlenmiştir. Böylece hizmet sözleşmesinde işçi, diğer tarafa (işverene) nazaran zayıf durumda bulunduğu için, kanun, işverenin haksız menfaatler sağlayarak işçiyi ezmesini önlemek amacıyla hizmet sözleşmesine eklenecek rekabet yasağı hakkındaki hükümleri özel bir şekilde düzenlemek gereğini duymuştur.

BK 444-447 düzenlemesinin getirdiği hükümler, sadece hizmet sözleşmesi zımında yapılan rekabet yapmama sözleşmelerine uygulanabilirler. Bağımsız olarak yapılan, satım, kira gibi hizmet sözleşmesinden başka bir sözleşme zımında yapılan veya hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra yapılan rekabet yasağı anlaşmalarına bu düzenleme hükümleri uygulanmazlar. Bu gi-

bi durumlarda rekabet yasağının sınırı, MK m. 23 ve TBK m. 27/I hükümleri ile belli olacaktır.

Aşağıda sırasıyla rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartları, hükümleri ve bu sözleşmenin sona ermesi konuları üzerinde durulacaktır.

a. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartları

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartlarını, işçinin reşit olması, işverenin menfaatinin bulunması, yasağın sınırlı olması ve bu sözleşmenin yazılı olması şeklinde sıralama imkânı vardır. Şöyle ki:

a) TBK m. 444 f. 1'e göre "fiil ehliyetine sahip olan işçi"den sözedilmiştir. Fiil ehliyetine sahip olma da, "ayırt etme gücüne sahip olma", "ergin olma" ve "kısıtlı olmama" ile mümkün olabilecektir (TMK.m.10). Doktrinde kabul edildiğine göre, işçinin -ayırt etme gücünün olmaması sebebiyle- fiil ehliyetine sahip olmaması durumunda (tam ehliyetsizler), bu husustaki sözleşmeye onun kanunî temsilcisinin izin ya da icazet vermiş veya sözleşmeyi bizzat kendisinin yapmış olması, sözleşmenin geçerli olmasını sağlamaz; kanunî temsilcinin böyle bir sözleşme yapmasını, ancak ayırt etme gücü olmakla birlikte ergin olmayan veya kısıtlı olan kişiler (sınırlı ehliyetsizler) adına olduğu durumda, hukuken mümkün görmek gerekir.

b) TBK m. 444 f. 2'ye göre, "Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir". Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olması için, hizmet ilişkisinin, işçiye, "müşteri çevresi" veya "üretim sırları" ya da "işverenin yaptığı işler" hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması yeterli olmayıp; aynı zamanda bu bilgilerin kullanılmasının, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olması aranmıştır. Doktrinde haklı olarak kabul edildiği gibi, işçinin "müşteri çevresi" veya "üretim sırları" ya da "işverenin yaptığı işler" hakkında bilgi edinme imkânı sağlaması yeterli olup, bu üç durumun birlikte gerçekleşmesine gerek yoktur.

Burada işçinin, "müşteri çevresi" veya "üretim sırları" ya da "işverenin yaptığı işler" hakkında bilgi edinme imkânı ile meydana gelecek zarar arasında bir uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Böylece zarar, "müşteri çevresi" veya "üretim sırları" ya da "işverenin yaptığı işler" hakkında bilgi edinme imkânına sahibi olmadan değil de işçinin kişisel yetenek ve maharetinden ileri gelebilecek ise, rekabet yasağı geçerli olmayacaktır. Örneğin hekimlik, avukatlık gibi serbest mesleklerde müşteri ile ilişkiler, daha ziyade kişisel yeteneğe dayandığı için kabul edilen rekabet yasağı şartı, geçerli değildir.

BK m. 444'de sözü edilen "üretim sırları" ya da "işverenin yaptığı işler" kavramlarının geniş anlamda anlaşılması gerekir. Herkes tarafından bilinmemesinde yarar bulunan her özellik "sır" olarak değerlendirilebilecektir. Örneğin bir mamûlün terkibi, müşteri listesi, maliyet fiyatı, gizli anlaşmalar, bir işletmenin herkesce bilinmeyen organizasyonu, şifre sistemi, haberleşme dosyası, birer sır sayılabilir.

c) TBK m. 345'e göre "Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz". Böylece mutlak ve genel nitelikteki rekabet yasağı şartları, geçerli olmayacaktır. İşçi, yasağın kendi iktisadî geleceğini tehlikeye soktuğu iddiasıyla bir tespit davası açabileceği gibi, işverenin ifa davasına karşı yasağın kanunî sınırları aştığı şeklinde savunmada da bulunabilir. Hakimin de, bu hususu dava dosyasından anlayabildiği durumlarda, re'sen gözönünde tutabileceğini düşünmekteyiz. Bu sınırı aşan rekabet yasağı şartı, hakim tarafından kanunî sınırlara indirilebileceği gibi bu şekildeki hafifletmenin işçi için tatmin edici sayılmayacağı hallerde ve işçinin "müşteri çevresi" veya "üretim sırları" ya da "işverenin yaptığı işler" hakkında bilgi edinme imkânı bulunmayan durumlarda da tamamen kaldırılabilir. Bu konuda hakkaniyet düşüncelerine uygun olarak hareket edilmesi gerekir.

Yine TBK m.445/son'a göre, "Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlandırabilir".

d) TBK m. 444 f.1'e göre "Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir". Asıl hizmet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmamış olsa bile, onun zımında yapılan rekabet yasağı şartının yazılı olması lâzımdır. Yazılı bir hizmet sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı, sözkonusu sözleşmenin susma ile yenilendiği durumlarda aynı şartlarla yenilenmiş sayılmalıdır.

Yazılı şeklin yerine getirilmesi şartları, TBK m. 14'e göre belli edilir. Genellikle işçi tek taraflı borç altına gireceği için yalnız onun imzası yeterlidir. Bununla beraber işverenin karşılık vermesi gereken hallerde onun da imzasına gerek olduğu savunulabilecektir.

b. Rekabet yasağı sözleşmesinin hükümleri

Rekabet yasağına uyulmasının kapsamı ve bu yasağına uyulmamasına bağlanabilecek hukukî sonuçlar şu şekilde açıklanabilir:

a) TBK m. 444 f. 1'e göre, rekabet yasağı durumunda, "işçi(nin), işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınması" kararlaştırılmaktadırlar. Hizmet sözleşmesinin devamı sırasında işçinin bu şekilde faaliyetlerde bulunması bizzatıhi hizmet sözleşmesine; hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra ise rekabet yasağı şartına aykırılık teşkil edecektir.

b) İş sahibi, rekabet yasağını ihlâl eden eski işçisine karşı esas itibariyle tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu husus, TBK m. 446 f. 1'de, "Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür" şeklinde ifade edilmiştir. Diğer taraftan, "Yasağı aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır" (BK m. 446 f. 2).

İş sahibi, bazı durumlarda ise, rekabet yasağına aykırı durumun önlenmesini de talep etme imkânına sahiptir. Gerçekten TBK m. 446 f. son'a göre, "İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlâl veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağı aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir".

c. Rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesi

TBK m. 447, rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesini şu şekilde düzenlemiştir:

a) TBK m. 447 f. 1'e göre, "Rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer". Bu hüküm, MK. m.2 f. 2'de öngörülen hakkın kötüye kullanılması yasağı prensibinin bir uygulama alanı görünümündedir. Madde metninde geçen "gerçek yarar" teriminin, "önemli (mühim) menfaat" olarak anlaşılması gerekir.

BK m. 447 f. 1'in uygulama alanına girecek nitelikte örnekler olarak, işverenin işini terk veya başkasına devir etmiş olması, evvelce mevcut olan bir sırrın sonradan herkesçe bilinir hale gelmesi, işçi tarafından zarar verme imkânının ortadan kalkması gibi durumlar gösterilebilir.

b) TBK m. 447 f. son'a göre, "Sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer". Bu hükmün uygulanması açısından haklı sebeple feshe yol açan olayda işçinin ayrıca kusurlu olması aranmamaktadır.

Diğer taraftan işçinin, hizmet sözleşmesini, işverene atfı mümkün bir haklı sebeple feshettiği durumlarla belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde işverenin feshi ihbar suretiyle hizmet sözleşmesini sona erdirdiği durumlarda rekabet yasağı şartının da sona erdiğinin kabul edilmesi uygun olur.

II. Hizmet sözleşmesinde işverenin borçları

Hizmet sözleşmesinin işverene (iş sahibine) yüklediği borçlar, TBK. m. 401 vd. hükümlerle düzenlenmiştir. İş K m.5'e göre, "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz. -İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. -İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. -Aynı veya eşit değerinde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. -İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. -İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31. maddesi hükümleri saklıdır. -20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur" denilmiştir.

Hizmet sözleşmesinde işverenin (işverenin) borçları şu şekilde ortaya konabilecektir:

1. İşverenin ücret ödeme borcu

İşçinin işgörme borcunun karşısında yer alan ve işverenin hizmet sözleşmesinden doğan başlıca borcu, ücret ödeme borcudur. Gerçekten TBK m. 401'de, "İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üze-

re emsal ücreti ödemekle yükümlüdür” denilmektedir. Hizmet sözleşmesinin tanımının yapıldığı TBK. m. 393 f. 1’de de işverenin ücret ödeme borcu altında bulunduğu hususu, hizmet sözleşmesinin bir unsuru olarak belirtilmiştir. İş K.m.32’ye göre, “Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. -Ücret, kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödenir. Ücret yabancı para olarak kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenebilir. -Emre muharrer senetle (bono ile), kuponla veya yurtda geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamaz. -Ücret en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir. -İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur. -Meyhane ve benzeri eğlence yerleri ve perakende mal satan dükkan ve mağazalarda, buralarda çalışanlar hariç, ücret ödemesi yapılamaz. -Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır” denilmiştir.

Aşağıda ücretle ilgili çeşitli hukukî sorunlar üzerinde durulacaktır.

a. Ücretin yüksekliği (miktarı)

BK m. 401’de ücretin yüksekliği (miktarı) konusuna ilişkin olmak üzere hüküm getirilmektedir. Buna göre, ücretin yüksekliğinin (miktarının) belirlenmesinde üç kaynak rol oynamaktadır. Bunlar, hizmet “sözleşme”si ile (önceki) 275 ve (sonraki) 2822 sayılı kanunların yürürlüğe girmesinden sonra bunun üstünde yer alan, bir hukuk kaynağı niteliğine sahip olan ve geniş bir uygulama alanı bulunan “toplular iş sözleşmesi” ve “emsal ücret” olarak sıralanabilir; “emsal ücret”in asgari ücretten az olmaması lazım gelecektir.

Böylece hizmet sözleşmesi, toplu iş sözleşmesinin bulunmaması ya da bizzat hizmet sözleşmesinde toplu iş sözleşmesi ile tesbit olunandan daha yüksek ücret saptanması durumunda önem kazanacaktır.

b. Ücretin hesaplanması ve ödenmesi şekilleri

BK m. 401-412 arası hükümler gözönünde tutulduğunda hukukumuzda hesaplanma ve ödenme tarzları bakımından çeşitli ücret şekillerinin düzenlendiği görülmektedir. Şöyle ki:

a) Ücretin çalışma süresinin uzunluğuna göre (zamana göre) hesaplanması durumunda zamana göre ücret sözkonusudur ve bu anlamda ücret, saat ücreti, gündelik, haftalık, aylık ücret olarak belirir. Burada önemli olan, zaman ölçüsü karşılığında belirli bir paranın ödenmesi olup, belirli bir işin elde edilmiş olması değildir.

Zamana göre ücretin kabulünü gerektiren sebepler arasında, yapılacak işin parça başına veya diğer ücret şekillerinden biriyle hesaplanmasının güç ya da imkânsız olması, işin çeşitlilik ve büyük değişiklikler göstermesi, işin devamlılığının garanti edilememesi gibi sebepler gösterilebilecektir.

b) Yapılan işin sonucuna göre ücret hesaplanması ve ödenmesi imkânı da vardır. Bu durumda karşımıza götürü ücret veya akort ücret kavramları çıkmaktadır. Zaten TBK. m. 411'de düzenlenen ücret şekli, "götürü" sözcüğüne rağmen akort ücret olarak anlaşılmalıdır.

Akort ücret, parça sayısı, büyüklük, uzunluk veya ağırlık gibi birimlere göre saptanır ve belirli bir çalışma dönemine düşen ücret, her birim için tesbit olunan ücretin birim sayısı toplamı ile çarpılması sonucu bulunur. Bir pres işçisinin bastığı kapak sayısına, bir maden işçisinin çıkardığı madenin ağırlığına veya bir işçinin boyadığı bezin uzunluğuna göre ücretin hesaplanması durumlarında akort ücret sözkonusudur.

Parça başına ücrette ise, yapılacak veya işlenecek her bir parça için belirli bir ücret tesbit olunur. Burada önemli olan parça sayısıdır. Götürü ücret de, parça başına ücret gibi bir akort ücret şeklidir. Uygulamada birim saptamasının güç olduğu veya seri olarak yapılması mümkün olmayan yahut birbirine benzemeyen ve genellikle devamlılık göstermeyip bir süre sonra biten işlerde işin sonucuna göre ücretin kararlaştırılması halinde götürü ücretten söz edilir. Uygulanacak kanun hükümleri yönünden bu akort ücret türleri arasında bir fark bulunmamaktadır.

Gerçekten TBK m. 411 f. 1'e göre "İşçi, sözleşme gereğince yalnız bir işveren için sadece parça başına veya götürü iş yapmayı üstlenmişse işveren, ona yeterli iş vermekle yükümlüdür". Böylece bu hükümlerle işçi, götürü iş veya parça başına ücretli iş esasına göre bir işveren için çalışma yaptığında; işveren, bu işçisine yeterli miktarda iş vermekle yükümlü olacaktır. Yine TBK m.411 f.2'ye göre, "İşveren, kendi kusuru olmaksızın sözleşmede öngörülen parça başına veya götürü iş sağlayamayacak durumda bulunduğu veya işletme koşulları geçici olarak gerektirdiği takdirde işçiye, ücreti zaman esasına göre öder. Bu durumda, zamana göre ödenecek ücret, anlaşmada veya hizmet ya da toplu iş sözleşmesinde belirlenmemişse işveren, işçiye parça başına veya götürü olarak daha önce aldığı ortalama ücrete eşdeğer bir ücret ödemekle yükümlüdür". Şayet yeter derecede götürü veya parça başına iş yoksa, "Parça başına veya götürü ya da zamana göre iş sağlayamayan işveren, en azından işgörme edimini kabulde temerrüt hükümleri uyarınca zamana göre işgörmede ödeyeceği ücreti ödemekle yükümlüdür" (TBK m. 411 f. son). TBK m. 411 ise, şu şekildedir: "İşçi, sözleşme gereğince parça başına veya götürü olarak çalışmayı üstlendiği takdirde işveren, her işin başlamasından önce ona ödene-

cek birim ücretini bildirmekle yükümlüdür. -Bu bildirim yapmayan işveren, aynı veya benzer bir iş için belirlenmiş olan birim ücretini ödemekle yükümlüdür”.

c) TBK m. 403'e göre, “Sözleşmeyle işçiye ücretle birlikte üretilenden, cirodan veya kârdan belli bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, hesap dönemi sonunda bu pay, yasal hükümler veya genellikle kabul edilmiş ticari esaslar göz önünde tutularak belirlenir” (f.1); “İşçiye belli bir pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde, payın hesaplanmasında uyusulamazsa işveren, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri incelemesine sunmak; kârdan bir pay verilmesi kararlaştırılmışsa, işveren işçiye, istemi üzerine ayrıca yıl sonu kâr zarar cetvelini vermek zorundadır” (f.son). Böylece, “işin sonucundan pay alma” ve bu kapsamda olarak, “cirodan veya kârdan pay alma” da, bir ücret şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. İşçi, “cirodan veya kârdan pay alma”sına rağmen hizmet sözleşmesiyle işverene bağlı olarak çalışmaktadır. O halde işçinin “cirodan veya kâr”dan aldığı pay, gerçek anlamda ücrettir. “Cirodan veya kâr”dan belirli oranda pay alma, sadece ücretin miktarını belirleyen bir ölçü niteliğindedir. Bu sebeple işçi, işin kötü yönetimi sebebiyle işvereni sorumlu tutamayacaktır.

d) TBK m. 418 f. 1'e göre, “ev düzeni içinde çalışmada”, “İşçi işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşıyorsa işveren, yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlamakla yükümlüdür”. Böylece ücret, bir kısım itibariyle aynı nitelikte olabilmektedir. Hatta “İşçi, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle işgörmeye edimini yerine getiremezse işveren, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan, bir yıla kadar çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün artırılır”; “İşveren, işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da aynı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür” (m.418 f.2 ve f.son).

e) TBK m. 404 ise, işçiye ödenecek “aracılık ücreti”ni ele almaktadır. Bu hükümle getirilen düzenlemeye göre, “İşçiye belli işlerde aracılık yapması karşılığında işverence bir ücret ödeneceği kararlaştırılmışsa, aracılık yapılan işlemin üçüncü kişi ile geçerli olarak kurulmasıyla işçinin istem hakkı doğar. -Borçların kısım kısım ifa edileceği sözleşmeler ile sigorta sözleşmelerinde, her kısma ilişkin ücret isteminin bu kısma ilişkin borcun muaccel olmasıyla veya yerine getirilmesiyle doğacağı yazılı olarak kararlaştırılabilir. -İşçinin aracılığı suretiyle işveren ile üçüncü kişi arasında kurulan sözleşme, işveren tarafından kusuru olmaksızın ifa edilmezse veya üçüncü kişi borçlarını yerine getirmezse, ücret istemine yönelik hak sona erer. Sadece kısmi ifa hâlinde,

ücretten orantılı olarak indirim yapılır. -Sözleşmeyle işçiye, kendisine ödenecek aracılık ücretinin hesabını tutma yükümlülüğü getirilmemişse, işveren işçiye ücretin muaccel olduğu her dönem için, bu ücrete tabi işlemleri de içeren yazılı hesap vermekle yükümlüdür. -Hesabı gözden geçirme ihtiyacı ortaya çıkarsa işveren, işçiye veya onun yerine, birlikte kararlaştırdıkları ya da hâkimin atadığı bilirkişiye bilgi vermek ve bilginin dayanağını oluşturan işletmeyle ilgili defter ve belgeleri onun incelemesine sunmak zorundadır”.

Burada, Borçlar Kanununda düzenlenmeyen fakat uygulamada rastlanılan yüzdeye göre ücret, bahşiş, ikramiye, prim, komisyon ücreti gibi başka ücret ödeme şekilleri üzerinde durmayacağız; sadece TBK'nın 405. maddesiyle “ikramiye” hususunda getirilen düzenlemeye değinmekle yetineceğiz. Buna göre, “İşveren, bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla işçilerine özel ikramiye verebilir. Ancak, işçilerin ikramiyeyi istem hakları bu konuda anlaşmanın veya çalışma şartının ya da işverenin tek taraflı taahhüdünün varlığı hâlinde doğar. -Hizmet sözleşmesi ikramiyenin verildiği dönemden önce sona ermişse, ikramiyenin çalıştığı süreye yansıyan bölümü ödenir”.

c. Ücretin ödenmesi zamanı ve işverenin avans verme borcu

BK m.406'da ücretin ödenmesi zamanı, “ödeme süresi” başlığı ile, şu şekilde düzenlenmektedir: “Aksine âdet olmadıkça, işçiye ücreti her ayın sonunda ödenir. Ancak, hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle daha kısa ödeme süreleri belirlenebilir” (f.1); “Daha kısa bir ödeme süresi kararlaştırılmamışsa veya aksine âdet yoksa, aracılık ücreti her ayın sonunda ödenir. Ancak, işlemlerin yapılması altı aydan daha uzun bir süre gerektirdiği takdirde, aracılık ücreti asıl ücrete ek olarak kararlaştırılmışsa, yazılı anlaşmayla ödeme daha ileri bir tarihe bırakılabilir” (f.2); “Asıl ücrete ek olarak üretilenden pay verilmesi öngörülen hâllerde, ürün payı belirlenir belirlenmez, cirodan veya kârdan pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde ise payın, hesap dönemini izleyen en geç üç ay içinde belirlenerek ödenmesi şarttır” (f.3)

Diğer taraftan normal olarak, günlük kazancıyla geçinmek durumunda olan işçinin, çok defa ücret ödeme günü gelmeden avans isteme yoluna başvurması sözkonusu olabilecektir. TB .m.406'da işçinin avans isteyebilmesi, şu şekilde düzenlenmiştir: “İşveren, işçiye zorunlu ihtiyacının ortaya çıkması hâlinde ve hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise, hizmetiyle orantılı olarak avans vermekle yükümlüdür”. Böylece işçi, zorunlu ihtiyacının bulunması, istediği avans tutarının hizmetiyle orantılı olması, işverenin avansı hakkaniyet gereği ödeyecek durumda olması şartlarının gerçekleşmesi kaydıyla avans isteyebilecektir.

d. Ücretin ödenme yeri, ödemenin kime yapılacağı ve ispatı

Hizmet sözleşmesinde ücretin ödeme yerine ilişkin olmak üzere özel bir kanun hükmü bulunmamakta idi; bu durumda bu konuyla ilgili olarak genel kural niteliğindeki TBK m. 89 f.1 b.1'in (: Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde [..] ifa edilir) uygulanması sözkonusu olmaktadır. Bu uygulamaya göre, çoğu zaman taraflar açık veya zımni surette ödemenin işyerinde yapılacağını kararlaştırabilirler (f. 1 c. 1: "Borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir"). İfa yeri konusunda bir anlaşma yoksa ve edimin niteliği başka bir çözüme gidilmesini gerektirmiyorsa, para borcu niteliğindeki ücretin ifa zamanındaki işçinin yerleşim yerinde ödenmesi gerekir. Ücretin işçinin yerleşim yerine gönderilmesi için gerekli giderleri yükleneyecek kişi de işverendir. Ancak TBK m.407'ye göre, "Çalıştırılan işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde ödenenlerin özel olarak açılan banka hesabına yatırılmak suretiyle ödemesi hususunda; tabi olduğu vergi mükellefiyeti türü, işletme büyüklüğü, çalıştırdığı işçi sayısı, işyerinin bulunduğu il ve benzeri unsurları dikkate alarak iş sahiplerini zorunlu tutmaya, banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın, brüt ya da kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktar üzerinden olup olmayacağını belirlemeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığından sorumlu Devlet Bakanlığı müştereken yetkilidir. Çalıştırdığı işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan iş sahipleri, işçilerinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları dışında ödeyemezler. Her ödeme döneminde, işçiye hesap pusulası verilir. İşçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaklarının özel olarak açılan banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenmesine ilişkin diğer usul ve esaslar, anılan bakanlıklarca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. -İşveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir. -Ücretin işveren lehine kullanılacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir" düzenlemesi getirilmiştir. Aynı düzenlemeye, İş K.m.32'de de yer verilmiştir (5754 s.lı K.m.85/1).

Ücret ödemenin kural olarak işçiye yapılması gerekir. Fakat işçinin ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlı olduğu durumlarda, kanunî temsilciyle birlikte yaşayıp yaşamadığına bakılmalıdır: İşçinin kanunî temsilcisiyle birlikte yaşadığı durumlarda ödemenin kanunî temsilciye, kanunî temsilcisinin

rızasıyla ayrı yaşadığı durumlarda ödemenin bizzat işçiye yapılması lâzımdır (MK m. 359 f.1, ayrıca bkz. TMK m. 453).

Ücret ödendiğinin ispatı da genel hükümlere tâbidir (BK m. 103 vd.). Bu konu üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

e. İş sahibinin fazla çalışma için ücret ödeme zorunda olması

İşçinin TBK m. 402 f. 1'deki esaslar çerçevesinde fazla çalışma yapma borcuna karşılık işverenin de işçinin fazla çalışmasına ayrıca ücret ödeme borcu vardır. Şöyle ki: "İşveren, fazla çalışma için işçiye normal çalışma ücretini en az yüzde elli fazlasıyla ödemekle yükümlüdür".

Yine, TBK m. 402 f. son'a göre "İşveren, işçinin rızasıyla fazla çalışma ücreti yerine, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı olarak izin verebilir".

f. İş yapılmadığı halde (işgörme ediminin ifasının engellenmesi halinde) işverenin ücret ödeme zorunda olması

Türk Borçlar Kanunu düzenlemesi içinde, bazı hallerde, iş yapılmadığı ya da yapılamadığı halde işverenin işçiye karşı ücret ödeme borcu, varlığını sürdürmektedir. Bu durumların şu şekilde açıklanabilmesi mümkündür:

aa) İşverenin temerrüde düşmesi: TBK m. 408'e göre, "İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir".

O halde, öncelikle, işverenin, "(işçinin) işgörme edimini yerine getirmesini kusuruyla engellemesi veya edimi kabulde temerrüde düşmesi" durumunun açıklanması lâzımdır. Burada sözü edilen işverenin temerrüdü, bir alacaklı temerrüdü halidir. Ancak TBK m. 408, bu konuyu, alacaklı temerrüdü hakkındaki genel hükümlerden (TBK m. 106 vd.) ayrı olarak, özel bir şekilde düzenlemiş ve işverenin, "(işçinin) işgörme edimini yerine getirmesini kusuruyla engellemesi veya edimi kabulde temerrüde düşmesi" halinde işçinin çalışma borcunu yerine getirmeksizin ücret isteyebileceğini hükme bağlamış bulunmaktadır. Burada hizmet sözleşmesi sona erdirilmediği halde, işverenin işçisine karşı bazı borçlarını yerine getirmek istememesi ve özellikle ücret ödememesi, işi kabulden kaçınmayı doğurmuş olmaktadır. Ancak bunun doğumu için de işi kabulden kaçınmanın haklı bir nedene dayanmaması gerekir. Doktrinde ve mahkeme kararlarında, bu durumdan ayrı olarak, haksız işten çıkarmaların da işi kabulden kaçınmayı doğurduğu düşüncesi benimsenmiş-

tir. Esasen uygulamada işverenin işi kabulden kaçınmasına ilişkin yasal esasların uygulanması asıl temerrüt durumundan çok haksız işten çıkarma olaylarında sözkonusu olmaktadır. Gerçekten hizmet sözleşmesinin işveren tarafından fesih yoluyla sona erdirildiği, fakat bunun kanuna aykırılığı nedeniyle sözleşmenin geçerli olarak devam ettiği işçi tarafından öne sürüldüğü, işçinin hizmete hazır olduğunu işverene bildirdiği durumlara sık sık rastlanmaktadır. Böylece işçi tarafından sözleşmeye uygun olarak fiilen yapılan ve hukuken mümkün bir ifa teklifinin (işin), işveren tarafından haksız olarak kabul edilmediği her olayda TBK m.408 uygulama alanı bulacaktır.

Bu gibi durumlarda işçi, işi yapmaksızın sözleşmede belirlenen ücreti isteyebilecektir. Ücretin hesaplanması ise, sözleşme süresinin belirli ya da belirsiz olmasına göre değişecektir. Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde işçi, haksız fesih halinde, işten çıkarıldığı tarihten başlamak üzere, normal olarak sözleşmenin süreli fesih bildirim ile bu tarihte sona erdirilmesi halinde gelecek fesih bildirim süresinin sona ermesine kadar olan süreye ait ücreti isteyebilecektir. Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde ise sözleşme süresinin bitimine kadar olan ücret talep olunabilecektir. Burada ücreti geniş yorumlamak ve ikramiye gibi diğer hakları da ücret içinde düşünmek gerekir. İşçinin bu arada bir başka işe girmesi halinde yeni işte aldığı veya yeni bir işe girmemekle beraber kasden yani makul bir sebep olmaksızın işe girmeyerek kazanmaktan bilerek kaçındığı ücret ve diğer yararlar ile işverenin engellemesi sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderlerin mahsup edilmesi gerekir.

bb) Parça başına veya götürü işlerde işverenin iş verme borcuna aykırı hareket etmesi ve işçinin ücreti: TBK m.411'e göre, iş için belirli olan zamanda parça üzerine veya götürü olarak münhasıran bir işveren hesabına çalışmakta olan işçiye, sözleşme süresince her gün için kendisine yeterli miktarda iş verilmesini isteme hakkını tanımış ve bu suretle bu çeşit işçiliği de işverenin temerrüdüne karşı özel bir düzenleme ile korumuştur. Şöyle ki: "İşçi, sözleşme gereğince yalnız bir işveren için sadece parça başına veya götürü iş yapmayı üstlenmişse işveren, ona yeterli iş vermekle yükümlüdür" (f.1).

Gerçekten TBK m. 411 f. 2'ye göre, "İşveren, kendi kusuru olmaksızın sözleşmede öngörülen parça başına veya götürü iş sağlayamayacak durumda bulunduğu veya işletme koşulları geçici olarak gerektirdiği takdirde işçiye, ücreti zaman esasına göre öder. Bu durumda, zamana göre ödenecek ücret, anlaşmada veya hizmet ya da toplu iş sözleşmesinde belirlenmemişse işveren, işçiye parça başına veya götürü olarak daha önce aldığı ortalama ücrete eşdeğer bir ücret ödemekle yükümlüdür"; "Parça başına veya götürü ya da zamana gö-

re iş sağlayamayan işveren, en azından işgörme edimini kabulde temerrüt hükümleri uyarınca zamana göre işgörmede ödeyeceği ücreti ödemekle yükümlüdür” (m.411 f.son).

TBK m.412’de de, “birim ücreti” başlığı ile, şu düzenlemeye yer verilmiştir: “İşçi, sözleşme gereğince parça başına veya götürü olarak çalışmayı üstlendiği takdirde işveren, her işin başlamasından önce ona ödenecek birim ücretini bildirmekle yükümlüdür. -Bu bildirim yapmayan işveren, aynı veya benzer bir iş için belirlenmiş olan birim ücretini ödemekle yükümlüdür”.

Yine İş K m.34’de, “ücretin gününde ödenmemesi” konusu, “Ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, işgörme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak işgörme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır. -Bu işçilerin bu nedenle iş akitleri çalışmadıkları için feshedilemez ve yerine yeni işçi alınmaz, bu işler başkalarına yaptırılamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

cc) İşçinin çalışmamasına rağmen ücrete hak kazanması: TBK m. 409’a göre, “Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, işgördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür”.

Hatta işveren ile birlikte ev düzeni içinde yaşayan işçinin kendi kusuru olmaksızın nispeten kısa bir zaman için işini ifa etmeğe muktedir olamaması durumunda, işveren, bu “işçiyi görüp gözetmek ve muktazi tedaviyi ifa ettirmek üzere iaşesiyle de mükelleftir” (TBK m. 418 f. son). Şöyle ki: “İşçi işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşıyorsa işveren, yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlamakla yükümlüdür. -İşçi, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle işgörme edimini yerine getiremezse işveren, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan, bir yıla kadar çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün artırılır. -İşveren, işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da aynı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür”.

TBK m. 409 ve m. 418 hükümleri, işçiyi koruyucu nitelikleri dolayısıyla emredici hükümler olarak değerlendirilmelidir.

g. İşçinin ücret alacağıının teminat altına alınması

Gerek Türk Borçlar Kanununda gerekse başka kanunlarda işçinin ücret alacağını teminat altına alan ve koruyucu nitelikte bazı hükümler bulunmaktadır. Şöyle ki:

aa) İşçinin ücret alacağıının haciz, devir ve rehin edilmezliği: TBK m. 410, “Ücret alacağıının haczi, devri ve rehnedilmesi” başlığı altında şöyle bir hüküm getirmektedir: “ İşçilerin ücretinin dörtte birinden fazlası haczedilemez, başkasına devredilemez ve rehnedilemez. Ancak, işçinin bakmakla yükümlü olduğu aile bireyleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktar, bu orana dâhil değildir. Nafaka alacaklılarının hakları saklıdır” (f. 1); “Gelecekteki ücret alacaklarının devredilmesi veya rehnedilmesi geçersizdir” (f. son).

bb) İşçinin ücret alacağıının takas edilmezliği: TBK m. 144, “Alacaklıının rızasıyla takas edilebilir alacaklar”ı düzenlerken, “Aşağıdaki alacaklar takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebilir” denildikten sonra “Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar” (b. 3) da sayılmıştır ve sözü edilen bu hükümde bu çeşit alacaklara örnek olarak işçinin ücret alacağıının verildiği görülmektedir. Nitekim TBK’nın konuya ilişkin 407. maddesinin 2. fıkrası ise, şu şekildedir: “İşveren, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez. Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir”. Bu düzenlemeyi tamamlayıcı nitelikteki TBK m. 407 f. 3’ e göre ise, “Ücretin işveren lehine kullanılacağıına ilişkin anlaşmalar geçersizdir”.

TBK m. 407 f. 2 anlamında kasdî zarar verme, gerek kasdî sözleşmeye aykırılık ve gerekse kasdî (kasda dayanan) haksız fiil halinde sözkonusu olabilir; bu durumlarda ise, takas yasağı bulunmamaktadır. Ancak kasdi zarar verme de yeterli olmayıp bu hususun, yani “işçinin kasten sebebiyet vermesi” nin “yargı kararıyla sabit” olması gerekir. Diğer taraftan takas yasağından feragat edilmesi, işçi bakımından, ancak somut bir durum için ve ücretin muaccel olmasından sonra hukuken caiz ve mümkündür.

cc) İşçinin ücret alacağıının tehlikede bulunmasından dolayı hizmet sözleşmesini feshedebilmesi: TBK m. 436’ya göre “İşverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçi, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi derhâl feshedebilir”.

Böylece işverenin, ödeme gücünü kaybetmesi sebebiyle işçi haklarının tehlikeye düşmesi durumunda, işçinin bizzat belirleyeceği veya hâkim aracılığı ile tayin ettireceği uygun bir süre içinde teminat gösterememiş olması, işçiye,

bu sebebe dayanarak teminat gösterilinceye kadar işi yapmaktan kaçınma ve teminat gösterilmemiş olması halinde de sözleşmeyi derhal ileriye etkili olarak feshetme yetkisi vermektedir.

dd) İşçinin ücret alacağını koruyan diğer mevzuat hükümleri: İşçinin ücret alacağını koruyan diğer mevzuat hükümleri şu şekilde sıralanabilir:

(a) Bir kere iş kanunlarıyla işçinin ücret alacağını koruyucu nitelikte ve oldukça çok sayıda kapsamlı hükümler getirilmiştir. Bu konuda örnek olarak İş K. m. 35 (ücretin saklı kısmı), m. 36 (Kamu makamlarının ve asıl işverenlerin hakedişlerinden ücret kesme yükümlülüğü), m. 38 (ücret kesme cezası), m. 39 (asgari ücret) gibi hükümler sayılabilecektir. Bunların incelenmesi, İş Hukuku çalışmalarına aittir.

(b) İşçinin ücret alacağı, İcra ve İflas Kanunu hükümleriyle de korunmuştur. Bu düzenlemeye göre işçi ücreti imtiyazlı alacaklardandır. İş sahibinin iflâsı halinde, kanun, ücret alacağının öncelikle ödenmesini sağlamak üzere, işçilerin iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde işleyen kanun ve sözleşmelerden doğan ücret ve para ile ölçülebilen menfaatlerini, ihbar ve kıdem tazminatlarını, kamu alacakları ve rehinle temin olunan alacaklardan sonra birinci sırada göstermiş ve ancak bunların tam olarak ödenmesinden sonra, arta kalanların âdi alacaklılara ödeneceğini hükme bağlamıştır (İİK m. 206, m. 207). Aynı sıralara hacizde de riayet olunacaktır ve bu sebeple, ücret alacakları, haciz yoluyla takipte de birinci sırada yer almaktadır (İİK m. 140).

(c) Medeni Kanunun hapis hakkını düzenleyen hükümleri çerçevesinde (MK m. 950-953), işçinin, işverenin kendisine verdiği ve zilyedliğinde bulunan âletler ve eşya üzerinde muaccel ücret alacağı nedeniyle hapis hakkı vardır. Hapis hakkını kullanan işçi muaccel alacağı ödeninceye kadar eşyayı elinde bulundurma ve ödeme yapılmayınca, onu İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre paraya çevirme yetkisine sahiptir.

(b) Yine Türk Borçlar Kanunu'nun "ücretin korunması" düzenleyen hükümleri çerçevesinde (TBK m. 407 f.1 c.1), "Çalıştırılan işçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde ödenenlerin özel olarak açılan banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenmesi hususunda; tabi olduğu vergi mükellefiyeti türü, işletme büyüklüğü, çalıştırdığı işçi sayısı, işyerinin bulunduğu il ve benzeri unsurları dikkate alarak iş sahiplerini zorunlu tutmaya, banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın, brüt ya da kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktar üzerinden olup olmayacağını belirlemeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığından sorumlu Devlet Bakanlığı müştereken yetkilidir" denilmektedir. Ayrıca, "Çalıştırdığı işçi-

lerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan iş sahipleri, işçilerinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını özel olarak açılan banka hesapları dışında ödeyemezler” (m. 407 f.1 c.2); “Her ödeme döneminde, işçiye hesap pusulası verilir. İşçilerin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaklarının özel olarak açılan banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenmesine ilişkin diğer usûl ve esaslar, anılan bakanlıklarca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir” (m. 407 f.1 c.son).

h. Ücret alacağının tâbi olduğu zamanaşımı

BK m. 147 b. 1’de, beş yıllık zamanaşımına tâbi alacaklar arasında belirtilen “dönemsel edimler”e verilen örnekler arasında “ücret” de sayılmıştır. Zamanaşımı, ücret alacağının muaccel olduğu günden işlemeye başlayacak ve işçinin devamlı çalışması, zamanaşımının işlemesini durdurmuyacaktır (BK. m. 149). Hizmet sözleşmesinin devam etmesine bakılmaksızın, zamanaşımı süresi, her ücret alacağı için ayrı ayrı işleyecek ve hesap edilecektir.

Diğer taraftan TBK m. 153 f. 1 b. 4’e göre “Hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için” “zamanaşımı işlemeye başlamaz, başlamışsa durur”. Böylece ev hizmetlerinde çalışanların ücret alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresi, kural olarak, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

TBK 442. maddesinde, hizmet sözleşmesinden doğan bütün borçların kural olarak sözleşmenin sona ermesiyle muaccel olacağını belirtmektedir. Bu düzenlemeye göre, “Sözleşmenin sona ermesiyle, sözleşmeden doğan bütün borçlar muaccel olur. -Muacceliyet anı, işçinin aracılığı suretiyle kurulan hukuki ilişkilerde üçüncü kişinin üstlendiği borç, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra tamamen veya kısmen ifa edilecekse altı aya; dönemsel edimler içeren ilişkilerde bir yıla; sigorta sözleşmelerinde veya ifası altı aydan uzun bir süreye yayılmış olan işlerde ise iki yıla kadar, yazılı bir anlaşmayla ertelebilir. -Üretilenden pay verilmesi öngörülen hâllerde ürün payı belirlenir belirlenmez, cirodan veya kârdan pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde ise pay, hesap dönemini izleyen en geç üç ay sonunda muaccel olur”. Yasadaki bu hüküm çerçevesinde belirlenecek muacceliyet anından önce işçinin ücret alacağı bakımından zamanaşımının işlemesi söz konusu olmayacaktır.

2. İşverenin işçiye iş araç ve malzemeleri verme borcu

TBK m. 413 f. 1’e göre işveren, aksine bir sözleşme veya âdet yoksa çalışması için gerekli âlet ve malzemeyi işçiye vermekle yükümlüdür. Şöyle ki: “Aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa işveren işçiye bu iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür”. Aksi halde işverenin, TBK. m.

408'e göre alacaklı temerrüdüne düşmesi sözkonusu olur. Çünkü âlet ve malzeme verme, işin yapılmasını mümkün kılan hazırlık fiillerindedir. Fakat işçinin götürü ücretle çalıştığı işlerde, işverenin âlet ve malzeme vermesi, gerçek anlamda borç niteliğindedir. Çünkü bu halde işçinin iş yapabilmekte bir çıkarı vardır ve ücretin yüksekliği (miktarı) yapılan işe bağlıdır.

TBK m. 413 f. 2'ye göre ise, "İşçi işverenle anlaşarak kendi araç veya malzemesini işin görülmesine özgülerse, aksi anlaşmada kararlaştırılmadıkça veya yerel âdet bulunmadıkça işveren, bunun için işçiye uygun bir karşılık ödemekle yükümlüdür". Buradaki "uygun bir karşılık"ın belirlenmesinde, işçinin dürüstlük kuralına uygun olarak ödediği para gözönünde tutulmalıdır. Çünkü işçi, bu âlet ve malzeme temini sebebiyle ne kazanç sağlamalı ne de kayba (zarara) uğramalıdır. Burada özellikle işçinin, işverene, âletlerin kullanılmasından doğan aşınma veya yıpranma payını tazmin ettirme imkânı da bulunmaktadır.

3. İşverenin işçinin giderlerini karşılama borcu

TBK'da, konuya ilişkin olarak yer alan 414, 415 ve 416.maddelere işaret etmekte fayda görmekteyiz. Şöyle ki:

a. TBK m. 414'e göre, "İşveren, işin görülmesinin gerektirdiği her türlü harcama ile işçiyi işyeri dışında çalıştırdığı takdirde, geçimi için zorunlu olan harcamaları da ödemekle yükümlüdür. -Yazılı olarak yapılmış bir hizmet veya toplu iş sözleşmesinde, bizzat işçi tarafından karşılanması kararlaştırılan harcamaların, işçiye götürü biçimde günlük, haftalık veya aylık olarak ödemesi öngörülebilir. Ancak bu ödeme, zorunlu harcamaları karşılayacak miktardan az olamaz. -Zorunlu harcamaların kısmen veya tamamen işçi tarafından bizzat karşılanmasına ilişkin anlaşmalar geçersizdir".

b. TBK m. 414'ün, "taşıma araçları" başlığı altında getirdiği düzenleme ise şu şekildedir: "İşçi, işin görülmesi için işverenle anlaşarak işverenin veya kendisinin sağladığı bir taşıma aracı kullanıyorsa, taşıtın işletilmesi ve bakımı için gerekli olağan giderler, hizmet için kullanıldığı ölçüde işverence karşılanır. -İşçi işverenle anlaşarak, işin görülmesinde kendi motorlu aracını kullanıyorsa, işveren ayrıca bu araçla ilgili vergiyi, zorunlu mali sorumluluk sigortası primini ve aracın yıpranması karşılığında uygun bir tazminatı hizmet için kullanıldığı ölçüde işçiye ödemekle yükümlüdür. -İşçi işverenle anlaşarak, hizmetin görülmesinde kendisine ait diğer taşıma araçlarını ve hayvanlarını kullanıyorsa işveren, bunların kullanma ve bakımı için gerekli olan olağan giderleri hizmet için kullanıldığı ölçüde karşılamakla yükümlüdür".

c. "Giderlerin ödenmesi" bakımından ise, TBK. m. 415, şu düzenlemeyi getirmiştir: "İşçinin yapmış olduğu giderlerden doğan alacağı, daha kısa bir

süre kararlaştırılmamışsa veya yerel âdet yoksa, her defasında ücretle birlikte ödenir. -İşçi, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek için düzenli olarak masraf yapıyorsa, kendisine en az ayda bir olmak üzere belirli aralıklarla uygun bir avans verilir”.

4. İşverenin işçinin kişiliğinin korunması ile ilgili borçları

a) İşverenin işçinin kişiliğinin korunması ile ilgili genel nitelikli borçları

aa) İş sahibinin (işverenin) işçinin kişiliğinin korunması ile ilgili borçlarından olarak, TBK m.417 f.1’de şu düzenleme getirilmiştir: “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve (işçinin kişiliğine) saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür”. Hatta bu konuda, “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi ile İlgili 2011/2 Sayılı Başbakanlık Genelgesi”, 19.03.2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. Bu düzenlemeye göre, “Kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör işyerlerinde gerçekleşen psikolojik taciz, çalışanların itibarını ve onurunu zedelemekte, verimliliğini azaltmakta ve sağlığını kaybetmesine neden olarak çalışma hayatını olumsuz etkilemektedir.-Kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik tacizin önlenmesi gerek iş sağlığı ve güvenliği gerekse çalışma barışının geliştirilmesi açısından çok önemlidir. -Bu doğrultuda, çalışanların psikolojik tacizden korunması amacıyla aşağıdaki tedbirlerin alınması uygun görülmüştür. -/1. İşyerinde psikolojik tacizle mücadele öncelikle işverenin sorumluluğunda olup işverenler çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri alacaktır. /2. Bütün çalışanlar psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek her türlü eylem ve davranışlardan uzak duracaklardır. /3. Toplu iş sözleşmelerine işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulmasına özen gösterilecektir. /4. Psikolojik tacizle mücadeleyi güçlendirmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi, ALO 170 üzerinden psikologlar vasıtasıyla çalışanlara yardım ve destek sağlanacaktır. /5. Çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bünyesinde Devlet Personel Başkanlığı, sivil toplum kuruluşları ve ilgili tarafların katılımıyla "Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu"

kurulacaktır. /6. Denetim elemanları, psikolojik taciz şikâyetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandıracaktır. /7. Psikolojik taciz iddialarıyla ilgili yürütülen iş ve işlemlerde kişilerin özel yaşamlarının korunmasına azami özen gösterilecektir. /8. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ve sosyal taraflar, işyerlerinde psikolojik tacize yönelik farkındalık yaratmak amacıyla eğitim ve bilgilendirme toplantıları ile seminerler düzenleyeceklerdir” denilmektedir.

bb) Yine, TB m.417 f.2'ye göre, “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksan-sız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür”. İş sahibinin bu borcunun kapsamına, işçiyi işletme tehlikelerine karşı koruma, işçiye uygun ve sıhhi çalışma yeri ile yatacak yer sağlama gibi çeşitli alt borçlar girmektedir. Nitekim “İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri” başlığı altında 5763 sayılı yasa ile değiştirilen İş K. m. 81, şu düzenlemeye yer vermektedir: “İşverenler, devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları işyerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işçilerin ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, işyerindeki işçi sayısı, işyerinin niteliği ve işin tehlike sınıf ve derecesine göre; a) İşyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmakla, b) Bir veya birden fazla işyeri hekimi ile gereğinde diğer sağlık personelinin görevlendirmekle, c) Sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı olan bir veya birden fazla mühendis veya teknik elemanı görevlendirmekle, yükümlüdürler” (f.1).

cc) İş sahibinin bu borcuna aykırı hareket etmesi sebebiyle işçinin bedensel (cismanî) zarara uğraması durumunda, işçinin tazminat talebi hakkında sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanacaktır. Nitekim 26.10.1932 tarihli ve 30/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında, demiryolu inşası için hükümetle yaptığı sözleşmede çalıştıracağı amelenin (işçinin) sağlığı için gerekli zeminlikleri inşa edeceğini taahhüt eden şirket aleyhine sözleşme hükümlerine uymaması yüzünden sakat kalan amele tarafından açılan tazminat davasının sözleşmeye dayanan bir dava niteliğinde olduğu açıkça belirlenmiştir. Hatta 29.6.1956 tarihli ve 6763 sayılı Kanunla eklenen fıkra ile, daha da ileri gidilerek, “işverenin yukarıki fıkra hükümlerine aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyebilecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat dâvaları hakkındaki hükümlere tâbi olur” (818 sayılı BK m.

332 f. son) denilmiştir. TBK.m.417 f.son'da da, aynı doğrultuda olarak, "İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir" denilmiştir.

Böylece yukarıda açıklanan her iki durumda da TBK m. 146 ile düzenlenen genel zamanaşımı süresinin uygulanması sözkonusu olacaktır.

b) İşverenin, ev düzeni içinde çalışmada, işçinin kişiliğinin korunması ile ilgili borçları

TBKm.418'de, işçinin işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşaması durumuna ilişkin olarak, özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Şöyle ki:

aa) TBK m.418 f.1'e göre, "İşçi işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşıyorsa işveren, yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlamakla yükümlüdür".

bb) TBK m.418 f.2'ye göre, "İşçi, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle işgörmeye edimini yerine getiremezse işveren, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan, bir yıla kadar çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün artırılır".

cc) TBK m.418 f.son'a göre, "İşveren, işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da aynı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür".

c) İşverenin, işçiye ait kişisel verileri kullanması ile ilgili borçları

TBK m.419'a göre, "İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yakınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. -Özel kanun hükümleri saklıdır".

5. İşverenin işçinin tatil ve izin hakkını kullanması ile ilgili borçları

TBK m. 421-425 düzenlemesi içinde, işveren, işçiye, hafta tatili, yıllık izin ve iş arama izni vermek zorunda olacaktır. Şöyle ki:

a) TBK m. 421 f. 1'e göre "İşveren, işçiye her hafta, kural olarak pazar günü veya durum ve koşullar buna imkân vermezse, bir tam çalışma günü tatil vermekle yükümlüdür". Bu konuda, "izin ... günlerinin belirlenmesinde, işverenin ve işçinin haklı menfaatleri göz önünde" tutulması lâzım gelecektir (TBK. m. 421 f. son).

b) TBK m. 422'ye göre, "İşveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür". Ancak, "İşçi, bir

hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmeti yerine getirmediği takdirde işveren, çalışılmayan her tam ay için, yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabilir. -İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle işgörme edimini yerine getiremediği takdirde, işveren yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz. -İşveren, gebelik ve doğum yapma sebebiyle işgörme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz. -Hizmet veya toplu iş sözleşmeleriyle, işçinin aleyhine hüküm doğuracak şekilde, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerine aykırı düzenleme yapılamaz” (TBK.m.423).

TBK. m. 424'e göre, “Yıllık ücretli izinler, kural olarak aralıksız biçimde verilir; ancak tarafların anlaşmasıyla ikiye bölünerek de kullanılabilir. -İşveren, yıllık ücretli izin tarihlerini, işyerinin veya ev düzeninin menfaatleriyle bağdaştığı ölçüde, işçinin isteklerini göz önünde tutarak belirler”. Yine, TBK m. 425'e göre, “İşveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık ücretli izin süresine ilişkin ücretini, ilgili işçinin izne başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermekle yükümlüdür. - İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, işverenden alacağı para ve başka menfaatler karşılığında yıllık ücretli izin hakkından feragat edemez. -Hizmet sözleşmesinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde, işçinin hak kazanıp da kullanamadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı, hizmet sözleşmesinin sona erdiği tarihte işlemeye başlar”.

c) TBK. m. 421 f. 2'ye göre “İşveren, belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin feshi hâlinde, bildirim süresi içinde işçiye ücretinde bir kesinti olmaksızın, günde iki saat iş arama izni vermekle yükümlüdür”. Bu konuda, “izin saatlerinin (...) belirlenmesinde, işyerinin ve işçinin haklı menfaatleri göz önünde” tutulması lâzım gelecektir (TBK. m. 421 f. son).

6. İşverenin işçiye hizmet belgesi (çalışma belgesi, şahadetname, bonservis) verme borcu

TBK m. 426'ya göre, “İşveren, işçinin isteği üzerine her zaman, işin türünü ve süresini içeren bir hizmet belgesi vermekle yükümlüdür” (f. 1); “İşçinin açıkça istemde bulunması hâlinde, hizmet belgesinde onun işgörmedeki becerisi ile tutum ve davranışları da belirtilir” (f. 2); üstelik, “Hizmet belgesinin zamanında verilmemesinden veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören işçi veya işçiye işe alan yeni işveren, eski işverenden tazminat isteyebilir”(f. son).

7. İşverenin işçinin hizmet buluşlarına ilişkin borcu

TBK m. 427’de, “sınâî ve fikrî mülkiyet hakkı” başlığı ile, “Hizmet buluşları üzerinde işçinin ve işverenin hakları, bunların kazanılması ile diğer sınâî ve fikrî mülkiyet hakları konusunda özel kanun hükümleri uygulanır” denilerek, Maddede, işçinin ve işverenin hizmet buluşları üzerindeki hakları ve bunların kazanılması ile diğer sınâî ve fikrî mülkiyet hakları konularında özel kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir; ayrıca, üzerinde durulmayacaktır.

IV. Özel durumlar

1. Ceza koşulu ve ibra

a. TBK m.420 f.1’e göre, “Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir”.

b. TBK m.420 f.2’ye göre, “İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksatsız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür”; “Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur” (f. 3) denilmektedir.

Belirtilmelidir ki, ibraya ilişkin bu hükümler, “destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da” uygulanacaktır.

2. Hizmet ilişkisinin devri

a. İşyerinin tamamının veya bir bölümünün devri

TBK m.428’e göre, “İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. -İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır. -Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken

borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır”.

b. Sözleşmenin devri

TBK m.429'a göre, “Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir. -Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır”.

V. Hizmet sözleşmesinin sona ermesi

Burada Türk Borçlar Kanununun hükümleri çerçevesinde —sadece daha önce üzerinde durulmamış olan hükümlere münhasır olmak üzere— hizmet sözleşmesinin sona ermesi, inceleme konusu yapılacaktır. Şöyle ki:

1. Hizmet sözleşmesinin sona ermesi sebepleri

a. Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde sözleşme süresinin sona ermesi

aa. Kural: Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sürenin bitimiyle kendiliğinden sona ermesi

TBK m. 430'a göre “Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer”. Taraflar, bu düzenlemeden sözleşme ile ayrılarak başka bir düzenleme getirebilirler; örneğin sözleşmenin belirli süreli olmasına rağmen feshi bildirmeyle sona ereceği kararlaştırılabilir.

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin, susma ile, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşürerek, varlığını sürdürmesi imkânı vardır. Gerçekten TBK m. 430 f.2'ye göre, “Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir”. Yine, TBK.m.430 f.son'a göre, “Sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür”.

bb. İstisna: Bazı belirli süreli hizmet sözleşmelerinin fesih bildiriyle sona ermesi

Borçlar Kanunumuz, istisnaen bazı belirli süreli hizmet sözleşmelerinin feshi bildirmeyle sona ermesini kabul etmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi taraf-

ların da, belirli süreye rağmen, sözleşmenin fesih bildiriyle sona ereceğini kabul etmeleri mümkündür. Biz burada bu imkânı veren istisnaî durumları konu edinen kanun hükümleri üzerinde duracağız. Şöyle ki:

(1) TBK m. 430 f.3'e göre, "Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder". Böylece çok uzun süreli hizmet sözleşmelerini, TBK m. 430 f.3 hükmü, kişilik haklarının aşırı sınırlandırılması saymış ve işveren yanında işçiye de, tazminat ödemediği fesih hakkı tanımış olmaktadır.

(2) TBK m. 433'de ise, deneme süreli hizmet sözleşmelerinin fesih bildiriyle sona ermesi düzenlenmiştir. Gerçekten, TBK. m. 433'e göre, "Taraflar, hizmet sözleşmesine iki ay aşmamak koşuluyla deneme süresi koyabilirler. Deneme süresi konulmuşsa taraflar, bu süre içinde fesih süresine uymak zorunda olmaksızın, hizmet sözleşmesini tazminatsız feshedebilirler" denilmektedir. Deneme süresi de, bir hizmet ilişkisinin başlangıç süresine işaret eder. Taraflar, sözleşmenin deneme süreli olduğunu belirlemişler, fakat bir deneme süresi kararlaştırmamışlarsa; deneme süresi, TBK. m. 433 f. 1'de yer alan düzenleme gereği ilk iki aydır. Bu anlamda deneme süreli sözleşme, belirli ya da belirsiz süreli olmasına bakılmaksızın, fesih bildiri ile derhal fesholunabilecektir; bir fesih süresine uyma zorunluluğu bulunmamaktadır; deneme süresi de, en fazla iki ay olarak kararlaştırılabilecektir. Eğer deneme süresi fesih bildiriminde bulunulmaksızın geçirilmişse, artık TBK m. 433 hükmüne göre fesih bildiriminde bulunulamayacaktır. Fesih bildiriminde bulunulduğunda da, denenen işçi, sözleşme uyarınca çalıştığı günlere ilişkin ücrete hak kazanır; "İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır" (m.433 f.son).

b. Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin sona ermesi

TBK. m.431 ve m.432'de belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshi bildiriyle sona ermesi düzenlenmiş bulunmaktadır. Belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesi, TBK m.431'de şu şekilde kurala bağlanmıştır: "Taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı vardır".

Burada tarafların sahip olduğu feshi bildirme hakkı, tek taraflı yöneltilmesi gerekli irade açıklamasıyla kullanılan bozucu yenilik doğuran hak olma hukukî niteliğine sahiptir. Bu hakkın kullanılması, belirli feshi bildirme önellerine uyulmasına bağlıdır; aksi halde kullanılan feshi bildirme hakkı, hukukî sonuç doğurmaz.

TBK m. 432'de öngörülen feshi ihbar önellerine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, tarafların sözleşme ile başka bir ihbar öneli öngörmemiş ol-

ması lâzım geldiği gibi bir özel kanun hükmüyle de bir başka ihbar öneline uyulması aranmamış olmalıdır. Aksi halde TBK. m. 432 yerine sözleşme hükmü veya özel kanun hükmü uygulama alanı bulacaktır. Örneğin İş K. m. 18-19, bu anlamda kanunun kapsamına giren hizmet sözleşmeleri bakımından özel bir düzenleme getirmektedir.

TBK m. 432 f. 3'deki, "Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir" şeklindeki düzenlemenin sonucu olarak taraflar, sözleşmede Borçlar Kanununun öngördüğü ihbar önelerini uzatabilirler, ancak bu süreler kısaltılamaz. Yine, TBK m. 432 f.5' e göre, "Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır".

TBK m. 432 f. 2, kanunî ihbar süresini şu şekilde düzenlemektedir: "Hizmet sözleşmesi; bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer". Ancak, "İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir" (TBK m.432 f.4). "Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hâllerde fesih bildirim süreleri işlemez" (TBK m.432 f.son).

TBK m.434'de de, işverenin fesih bildirim ile hizmet sözleşmesini sona erdirmesinin fesih hakkını kötüye kullanma niteliğini taşıması halinde, işçinin feshe karşı korunması imkanı getirilmiştir. Şöyle ki: "Hizmet sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işveren, işçiye fesih bildirim süresine ait ücretin üç katı tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür".

c. Hizmet sözleşmesinin haklı sebeplerle (derhâl) fesih yoluyla sona erdirilmesi

TBK m. 435 f. 1 c. 1'de, hizmet sözleşmesinin haklı sebeple fesih yoluyla sona erdirilmesine ilişkin kural, şu şekilde belirlenmiştir: "Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir". Ancak, "Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır" (TBK m. 435 f. 1 c. 2). Burada hizmet sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasının bir hukukî önemi bulunmamaktadır.

Bu şekilde hizmet sözleşmesine son verme hakkı veren haklı sebep ise, TBK m. 435 f. 2'de şu şekilde tanımlanmıştır: "Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır". İş Kanunlarında da kendi kapsamlarına giren hizmet sözleşmelerinde haklı sebeple fesih hakkı veren haller ön-

görülmüştür (İş K. m. 24-25; Deniz İş K. m. 14; Basın İş K. m.11).

Haklı nedenle fesih yoluyla hizmet sözleşmesine son verilmesi, olağanüstü ve süresiz (derhâl) bir feshi bildirme şeklidir. Bu hak, yöneltilmesi gerekli tek taraflı irade açıklamasıyla kullanılan bir hukukî muamele niteliğindedir ve kullanılmakla hükümlerini derhal ve kendiliğinden doğurur.

Haklı nedenle fesih yanında tazminat istenebilmesi imkânı da vardır. Gerçekten TBK m. 437'ye göre "Haklı fesih sebepleri, taraflardan birinin sözleşmeye uymamasından doğmuşsa o taraf, sebep olduğu zararı, hizmet ilişkisine dayanan bütün haklar göz önünde tutularak, tamamen gidermekle yükümlüdür" (f. 1); "Diğer durumlarda hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak haklı sebeple feshin maddi sonuçlarını serbestçe değerlendirir" (f. 2).

Feshin haklı sebebe dayanmaması durumunda doğacak sonuçlar ise, TBK m. 438'de ele alınmıştır: "İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürele uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir. -Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir. -Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz".

TBK m. 439 ise, işçinin haksız olarak işe başlamamasının veya işi bırakmasının sonuçlarını düzenlemektedir: "İşçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır. -İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir. -Tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer".

d. Hizmet sözleşmesinin taraflarından birinin ölümü sebebiyle sona ermesi

Türk Borçlar Kanununda, işçinin ve işverenin ölümünün hizmet sözleşmesine etkisi, farklı şekillerde düzenlenmiştir. Gerçekten işçinin ölümü, TBK m. 440'da yer alan "Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer" şeklindeki hükmün gereği olarak tek başına ve kendiliğinden hizmet sözleşmesinin

sona ermesine yol açmaktadır. Halbuki işverenin ölümünün hizmet sözleşmesini sona erdirebilmesi, TBK. m. 441 f. 2'de öngörülen şartın gerçekleşmesine bağlanmıştır. Şöyle ki: "Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer" (c.1).

İşçinin ve işverenin ölümünün hizmet sözleşmesine etkisi konusunda bir başka fark daha mevcuttur. İşçinin ölümüyle hizmet sözleşmesinin sona ermesi üzerine işverenin işçinin mirasçılarında tazminat istemesi sözkonusu olmadığı gibi, üstelik, "İşveren(in), işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlü" (m.440 c.son) olması sözkonusu iken; işverenin ölümünün hizmet sözleşmesinin sona ermesine yol açtığı durumlarda, işçi, işverenin mirasçılarında tazminat isteyebilmektedir. Gerçekten TBK. m. 441 f. 2 c. son'a göre "Ancak, işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, (ölen işverenin) mirasçılar(ın)dan hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunabilir".

Anılan istisnai durum yoksa "İşverenin ölümü hâlinde, yerini mirasçıları alır. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır" (m.441 f.1).

2. Hizmet sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları

a. Borçların muaccel olması

TBK m.442'ye göre, "Sözleşmenin sona ermesiyle, sözleşmeden doğan bütün borçlar muaccel olur. -Muacceliyet anı, işçinin aracılığı suretiyle kurulan hukuki ilişkilerde üçüncü kişinin üstlendiği borç, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra tamamen veya kısmen ifa edilecekse altı aya; dönemsel edimler içeren ilişkilerde bir yıla; sigorta sözleşmelerinde veya ifası altı aydan uzun bir süreye yayılmış olan işlerde ise iki yıla kadar, yazılı bir anlaşmayla ertelenebilir. -Üretilenden pay verilmesi öngörülen hâllerde ürün payı belirlenir belirlenmez, cirodan veya kârdan pay verilmesi kararlaştırılan hâllerde ise pay, hesap dönemini izleyen en geç üç ay sonunda muaccel olur".

b. Geri verme yükümlülüğü

TBK m.442'ye göre, "Sözleşmenin sona ermesi durumunda, taraflardan her biri, diğerinden veya üçüncü bir kişiden diğerinin hesabına, hizmetle ilişkili

olarak almış olduğu şeyleri geri vermekle yükümlüdür. -İşçi, özellikle motorlu taşıtları ve trafik izin belgelerini, alacaklarından fazla olduğu ölçüde ücret ve masraf avanslarını geri vermekle yükümlüdür. -Tarafların hapis hakları saklıdır”.

B. PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİ

I. Tanımı ve kurulması

1. Tanımı ve unsurları

TBK m. 448'e göre, “Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”.

Bu tanımdan hareketle, tarafları, “ticari işletme sahibi işveren” ve “pazarlamacı” olan, pazarlamacılık sözleşmesinin unsurlarını şu şekilde saptayabiliriz:

(i) Genel hizmet sözleşmesi niteliğini taşıması. TBK.m.469'a göre, “Pazarlamacılık sözleşmesine ... ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır”. Pazarlamacılık sözleşmesi de, genel hizmet sözleşmesi gibi, sürekli olma özelliğini taşımaktadır.

(ii) Ticari işletme sahibi işveren hesabına her türlü işlemin yapılmasına aracılık etme veya anlaşmada belirli işlemleri yapma. Pazarlamacı, sadece aracılık faaliyetinde bulunmayı üstlenmiş olabilir. Bu türden pazarlamacıya, kısaca, aracı-pazarlamacı diyebiliriz. Aracı-pazarlamacı, sadece, üçüncü kişilerle ticari işletme sahibi işveren hesabına yapılacak sözleşmelerin görüşmelerini yürütür; ancak, aracı-pazarlamacının sözleşmeyi kurma yetkisi yoktur. Pazarlamacı, yazılı anlaşma varsa ve ancak bu yazılı anlaşmada belirli sözleşmeleri (işlemleri) yapma konusunda yetkili olabilir. Bu ihtimalde, karşımıza, ticari işletme sahibi işveren hesabına işlem yapan pazarlamacı tipi çıkmaktadır.

Bu konu, TBK.m.452'de şu şekilde düzenlenmiştir: “Aksine yazılı anlaşma olmadıkça pazarlamacı, sadece işlemlere aracılık etmeye yetkilidir. -Pazarlamacı, işlem yapmaya yetkili kılınmışsa yetkisi, bu işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri kapsar; özel yetki verilmedikçe müşterilerden tahsilat yapamaz ve ödeme günlerini değiştiremez”.

(iii) Pazarlamacılık faaliyetinin işletme dışında yürütülmesi. Pazarlamacı, sözleşme konusu faaliyetlerini, ticari işletme sahibi işveren hesabına olarak, işverenin işletmesi dışında -işletmenin müşterilerine bizzat ziyarette bulunarak- icra edecektir.

2. Kurulması

TBK m. 449'a göre, "Pazarlamacılık sözleşmesi, sözleşmenin süresini, sona ermesini, pazarlamacının yetkilerini, ücret ve masrafların nasıl ödeneceğini, taraflardan birinin yerleşim yeri yabancı ülkede ise uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin hangisi olduğunu içerir" (f.1); "sözleşmede yer alması öngörülen (bu) hususlar taraflarca belirlenmemişse, kanun hükümleri ve alışılmış hizmet koşulları uygulanır" (f.son).

Sözleşmenin işveren tarafı, "ticari işletme sahibi" olacaktır; gerçek veya tüzelkişi olması mümkündür; ancak pazarlamacının, sözleşme konusu faaliyetin icrasının ortaya koyduğu bir zorunluluk olarak, gerçek kişi olması لازم gelecektir.

Pazarlamacılık sözleşmesinin kurulması, genel hükümlere tabidir ve geçerliliği de, bir geçerlilik şekline uyulmasını gerektirmez; ancak, sadece görüşme yapmakla yetinmeyip işveren hesabına işlem yapacak olan pazarlamacıya, bu işlem yapma yetkisinin yazılı olarak verilmesi ve hatta yapılacak işlemlerin neler olacağını da bu yazılı şekilde açıklanması gerekir; buradaki yazılı şekle uyma zorunluluğu, bu tip pazarlamacılığın geçerliliği için bir geçerlilik şekli olma niteliğini taşımaktadır.

II. Pazarlamacının yükümlülükleri

1. İşletmenin müşterilerini ziyaret etme borcu

TBK m. 450'ye göre, "Pazarlamacı,(...) müşterileri ziyaret etmekle yükümlüdür" (f.1).

2. İşverenin talimatlarına uyma borcu

TBK. m. 450'ye göre (f.1), pazarlamacı, işletmenin müşterilerini ziyaret etme borcunu, işveren tarafından "kendisine verilen talimata uygun olarak" ifa edilecektir. Pazarlamacı, işverenin talimatına uymamasını zorunlu kılan bir haklı sebebin varlığı halinde, işverenin talimatından ayrılacaktır (TBK. m. 450 f.1). Ancak, "Pazarlamacı, işlem yapmaya yetkiliyse, talimatta öngörülen fiyatlara ve diğer işlem koşullarına uymak zorundadır; işveren razı olmadıkça, bunlarda değişiklik yapamaz" (f.2).

3. Rekabet etmeme borcu

TBK m. 450'ye göre, pazarlamacı, "kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz, aracılık edemez" (f.1). İşveren, bir geçerlilik şekline tabi olmayarak vereceği izinle, pazarlamacının rekabet etmeme borcunu kısmen veya tamamen kaldırabilir.

4. Bilgi verme borcu

TBK m. 450'ye göre (f.son), "Pazarlamacı, pazarlama faaliyetleri ile ilgili olarak düzenli biçimde ayrıntılı bilgi vermek, aldığı siparişleri işverene derhâl ulaştırmak ve müşteri çevresini ilgilendiren önemli olayları bildirmekle yükümlüdür".

5. Garanti borcu

TBK m. 451'de, "garanti" başlığı altında getirilen düzenlemede, pazarlamacının, sözleşmede belirli sınırlı durumlar ve koşullarda garanti borcunun olabileceği öngörülmüştür. Şöyle ki:

Öncelikle, "Pazarlamacının, müşterilerin ödememelerinden veya diğer yükümlülüklerini ifa etmemelerinden sorumlu olacağına ya da alacağın tahsili için yapılacak masrafları tamamen veya kısmen karşılayacağına ilişkin anlaşmalar, kesin olarak hükümsüzdür" (f.1). Ancak, "Pazarlamacı, kendi müşteri çevresiyle işlem yapıyorsa, müşterilerin borçlarını ifa etmemesi durumunda, işverenin her bir işlemde uğrayacağı zararın dörtte birini geçmemek üzere karşılamayı, uygun bir ek komisyon kararlaştırılması koşuluyla yazılı olarak üstlenebilir" (f.2). "Sigorta sözleşmelerinde aracılık yapan pazarlamacılar" ise, "bir primin tamamının veya bir kısmının ödenmemesi sebebiyle, bunun tahsili için dava veya icra takibi yoluna başvurulması durumunda, bu amaçla yapılacak masrafların en çok yarısını karşılayacaklarını, yazılı olarak üstlenirler" (f.son).

III. İşverenin (özel) yükümlülükleri

1. İşverenin pazarlamacının faaliyet alanı ile ilgili borçları

TBK m. 453'e göre, "Pazarlamacıya belirli bir pazarlama alanında veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi verilmiş ve aksine yazılı anlaşma da yapılmamışsa işveren, başkalarına aynı alan veya çevrede faaliyette bulunma yetkisi veremez; ancak, kendisi üçüncü kişilerle işlem yapabilir" (f.1); "Sözleşmenin pazarlama alanı veya müşteri çevresine ilişkin hükümünün değiştirilmesini gerektiren bir sebep varsa işveren, söz konusu hüküm, sözleşmede fesih bildirim süresi öngörülmüş olsa bile, bu süreye uyma-

dan tek taraflı olarak değiştirebilir; ancak, bu durumda pazarlamacının tazminat ve hizmet sözleşmesini haklı sebeple sona erdirmeye hakkı saklıdır” (f.son).

2. Ücret ödeme borcu

a. Genel olarak ücret ve/veya komisyon ödeme borcu

TBK m. 454'e göre, pazarlamacıya ödenecek ücret, sadece “belirli bir miktar” olarak “sabit ücret” şeklinde belirlenebileceği gibi; sabit ücret ile birlikte komisyon ödenmesi şeklinde (karma ücret) belirlenebilir. Hatta sadece “komisyon” ödeme şeklinde de ücret kararlaştırılabilir. Şöyle ki: “İşveren, pazarlamacıya sadece belirli bir miktardan veya bu miktarla birlikte komisyondan oluşan bir ücret ödemekle yükümlüdür” (f.1); “Ücretin tamamının veya önemli kısmının komisyondan oluşacağına ilişkin yazılı anlaşma, kararlaştırılan komisyonun, pazarlamacının faaliyetinin uygun karşılığını oluşturması koşuluyla geçerlidir” (f.2).

Deneme süreli sözleşmelerde, deneme süresi için kararlaştırılacak ücret, serbestçe belirlenebilecektir. Pazarlamacılık sözleşmelerinde de, deneme süresi, iki ayı geçemeyecektir. Gerçekten, TBK.m.454/son'da açıklandığı üzere, “Deneme süresi için ödenecek ücret, serbestçe kararlaştırılabilir. Ancak, deneme süresi iki ayı geçemez” ().

Ücretin komisyon olarak belirlendiği durumlarda ise, şu kurallara uyulması lazım gelecektir:

(i) Münhasırlık içeren sözleşmelerde, pazarlamacı, işveren tarafından pazarlamacının münhasırlığı kapsamında yapılan işler için de komisyon ödenmesini isteyebilecektir. Halbuki münhasırlık içermeyen sözleşmelerde, pazarlamacı, sadece aracılık ettiği veya bizzat yaptığı işler için komisyon ödenmesini isteyebilecektir. Gerçekten, TBK.m.455'e göre, “Pazarlamacı, belirli bir pazarlama alanı veya belirli bir müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi sadece kendisine verilmişse, kendisinin veya işverenin bu alan veya çevrede yaptığı bütün işlerde kararlaştırılmış ya da alışılmış olan komisyonun ödenmesini isteyebilir” (f.1); “Belirli bir pazarlama alanı veya belirli müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi pazarlamacıyla birlikte başkalarına da verilmişse pazarlamacıya, sadece kendisinin aracılık ettiği veya bizzat yaptığı işler için komisyon ödenir” (f.2).

(ii) Komisyon şeklinde ücret ödemede, ücretin miktarı, yapılan işin değeri üzerinden hesaplanarak belirlenir; ancak, “Komisyonun muaccel olması anında, yapılan işin değeri henüz kesin olarak belirlenemiyorsa komisyon, önce alışılmış olan en az değeri üzerinden, geri kalanı ise, en geç işin yerine getirilmesinde ödenir” (m.455/son).

b. Pazarlama faaliyetinin engellenmesi halinde ücret

TBK m. 456'ya göre, "Pazarlamacının pazarlama işlerini yürütmesi, kendi kusuru olmaksızın imkânsız hâle gelir ve sözleşme veya kanun gereği bu hâlde bile kendisine ücret ödenmesi gerekirse ücret, sabit ücrete ve komisyonun kaybı sebebiyle ödenebilecek uygun tazminata göre belirlenir. Ancak komisyon, ücretin beşte birinden az ise, komisyon kaybı sebebiyle tazminat ödenmeyeceği yazılı olarak kararlaştırılabilir. -Pazarlamacı, pazarlama işlerini kendi kusuru olmaksızın yürütme imkânını bulamamasına karşın ücretinin tamamını almışsa, işverenin istemi üzerine, kendisinin yapabileceği ve kendisinden beklenebilecek işleri onun işletmesinde yapmakla yükümlüdür".

3. Pazarlamacının harcamalarını karşılama borcu

Öncelikle, belirtilmelidir ki; "Harcamaların tamamen veya kısmen sabit ücrete veya komisyona dâhil edilmesine ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür" (TBK.m.457/son). Ancak, "Pazarlamacı, aynı zamanda birden fazla işveren hesabına faaliyette bulunuyorsa, aksi yazılı şekilde kararlaştırılmadıkça, her işveren, pazarlamacının harcamalarına eşit olarak katılmakla yükümlüdür" (m.457 f.1).

4. Pazarlamacının hapis hakkı

TBK m.458'de, pazarlamacının "hapis hakkı", şu şekilde düzenlenmiştir: "Pazarlamacılık ilişkisinden doğan muaccel alacaklar ile işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, henüz muaccel olmayan alacakların güvence altına alınması için pazarlamacı, taşınırlar, kıymetli evrak ve tahsil yetkisine dayanarak müşterilerden almış olduğu paralar üzerinde hapis hakkına sahiptir" (f.1). Ancak, "Pazarlamacı, araç ve taşıma belgelerini, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtlar ile diğer belgeleri alıkoyamaz" (f.son).

IV. Pazarlamacılık sözleşmesinin sona ermesi

Pazarlamacılık sözleşmesinin sona ermesi, genel hizmet sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen hükümlere (TBK m.430 vd.) tabi olarak sona erecektir. Ancak TBK m.459-460'da, komisyon ödemesi içeren ve belirsiz süreli pazarlamacılık sözleşmelerinde uygulama alanı bulacak şekilde "özel fesih süre"leri ile bu durumda gerçekleşen sona ermenin "özel sonuçlar"ı düzenlenmiştir. Şöyle ki:

1. Özel fesih süreleri

TBK m. 459 f.1'de, işveren yönünden fesih hakkının kullanılmasına yönelik bir özel fesih süresine yer verilmiştir. Şöyle ki: "Komisyon, sabit ücretin en

az beşte birini oluşturuyor ve önemli mevsimlik dalgalanmalardan etkileniyorsa işveren, bir önceki mevsimin sona ermesinden beri kendisiyle çalışmaya devam eden pazarlamacının sözleşmesini, yeni mevsim sırasında iki aylık fesih süresine uyararak feshedebilir". Böylece, bu düzenleme, komisyon ödemesi içeren ve belirsiz süreli pazarlamacılık sözleşmelerinde uygulama alanı bulabilecektir; bunun için de, komisyonun, sabit ücretin en az beşini oluşturması ve önemli mevsimlik dalgalanmalardan etkilenmesi gerekir.

Pazarlamacı da, aynı koşullar altında, "kendisini bir önceki mevsim sonuna kadar çalıştırmış ve bundan sonra da çalıştırmaya devam eden işverene karşı, bir sonraki mevsimin başlamasına kadar olan dönemde, iki aylık fesih süresine uyararak sözleşmeyi feshedebilir" (f.son).

2. Özel feshin sonuçları

TBK m. 460 f.1'de, pazarlamacıya, sona erme anına kadar işverene iletilen bütün siparişler de dahil olarak tüm işlemleri için komisyon ödemesi talep etme hakkı tanınmıştır. Şöyle ki: "Sözleşmenin sona ermesi hâlinde, pazarlamacının bizzat yaptığı veya yapılmasına aracılık ettiği bütün işlemler ile kabul ve yerine getirme zamanına bakılmaksızın, sözleşmenin sona ermesine kadar işverene iletilen bütün siparişler için komisyon ödenir".

Anılan bu sona ermenin doğal sonucu olarak da, pazarlamacı, "pazarlamacılık faaliyetinde bulunması için kendisine verilen örnek ve modelleri, fiyat tarifelerini, müşterilerle ilgili kayıtları ve diğer belgeleri işverene geri vermekle yükümlüdür" (m.460 f.2 c.1.); "Ancak, pazarlamacının hapis hakkı saklıdır" (m.460 f.2 c.son).

C. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİ

I. Tanımı ve çalışma koşulları

1. Tanımı

TBK m. 461'e göre, "Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir".

Bu tanımdan hareketle, tarafları, "işveren" ve "işçi" olan, evde hizmet sözleşmesinin unsurlarını şu şekilde saptayabiliriz:

(i) Genel hizmet sözleşmesi niteliğini taşıması. TBK.m.469'a göre, "evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır".

(ii) İşçinin işgörme borcunu evinde ifa etmesi. Bu sözleşmede, işçi, işverenin verdiği işi, kendi evinde veya kendi belirleyeceği başka bir yerde görebilecektir. Hatta işgörme, işçinin kendisi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi; aile bireyleriyle birlikte de gerçekleştirilebilecektir.

2. Çalışma koşulları

TBK m. 462'ye göre, "İşveren, işçiye her yeni iş verişinde genel çalışma koşulları dışında kalan ve o işe özgü özellikleri bildirir; gerekiyorsa işçi tarafından sağlanacak malzemeyi, bu malzemenin sağlanması için kendisine ne miktarda ödemedede bulunacağını ve iş için ödeyeceği ücreti de işçiye yazılı olarak bildirir" (f.1); "İşin verilmesinden önce malzeme için ödenecek bedel ve iş için ödenecek ücret yazıyla bildirilmemişse, bu işlerde uygulanan alışılmış bedel ve ücret ödenir" (f.son).

Sözleşmenin işveren tarafının, gerçek veya tüzelkişi olması mümkündür; ancak işçinin, sözleşme konusu faaliyetin icrasının ortaya koyduğu zorunluluk olarak, gerçek kişi olması lazım gelecektir.

Evde hizmet sözleşmesinin kurulması, genel hükümlere tabidir ve geçerliliği de, bir geçerlilik şekline uyulmasını gerektirmez; ancak, "işçi tarafından sağlanacak malzeme, bu malzemenin sağlanması için işçiye ne miktarda ödemedede bulunulacağı ve iş için ödenecek ücret" konularındaki bildirim "yazılı" yapılması lazım gelecektir; buradaki yazılı şekle uyma zorunluluğu, bu bildirim geçerliliği için bir geçerlilik şekli olma niteliğini taşımaktadır; yazılı bildirim yoksa, "bu işlerde uygulanan alışılmış bedel ve ücret" miktarında ödeme yapılması sözkonusu olacaktır.

II. İşçinin (özel) borçları

1. İşçinin işin yapılmasına ilişkin borçları

TBK m. 463'e göre, "İşçi, işe zamanında başlamak, işi kararlaştırılan zamanda bitirmek ve çalışmanın sonucunu işverene teslim etmekle yükümlüdür" (f.1); "İş, işçinin kusuruyla ayıplı olarak görülmüşse işçi, giderilmesi mümkün olan ayıpları, masrafı kendisine ait olmak üzere gidermek zorundadır" (f.son).

2. İşçinin malzeme ve iş araçlarına ilişkin borçları

TBK m. 464'e göre, "Malzeme ve iş araçları işveren tarafından sağlanmışsa, işçi bunları gereken özeni göstererek kullanmak, bundan dolayı hesap vermek, ayrıca kalan malzeme ile iş araçlarını da işverene teslim etmekle yükümlüdür" (f.1); "İşçi işi görürken, kendisine teslim edilen malzemenin veya iş

araçlarının bozuk olduğunu belirlerse, durumu hemen işverene bildirir ve işe devam etmeden önce, onun talimatını bekler” (f.2) ve “İşçi, kendisine teslim edilen malzeme veya iş araçlarını kendi kusuruyla kullanılmaz hâle getirirse, işverene karşı onun kullanılmaz hâle geldiği gündeki rayiç bedeli kadar sorumludur” (f.son).

III. İşverenin (özel) borçları

1. İşverenin ürünün kabulü ile ilgili borçları

TBK m. 465'e göre, “İşveren, işçinin üreterek teslim ettiği ürünü inceler; varsa bulduğu ayıpları teslimden başlayarak bir hafta içinde işçiye bildirir. Süresinde bildirim yapılmamışsa, ürün mevcut durumuyla kabul edilmiş sayılır”.

2. Ücret ödeme borcu

a. Genel olarak ücret ödeme borcu

TBK m. 466'ya göre, işçiye ödenecek ücretin ifa zamanı, “Yapılan işin ücreti, işçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, onbeş günde bir veya işçinin rızasıyla ayda bir; aralıklı olarak çalıştırıldığı takdirde, ürünün her tesliminde ödenir” (f.1) şeklinde düzenlenmiştir. Hatta “Her ücret ödenmesinde işçiye, bir hesap özeti verilir. Hesap özetinde, varsa kesintilerin miktarı ve sebebi de gösterilir” (f.son).

b. Çalışmanın engellenmesi halinde ücret

TBK m. 467'ye göre, “İşçiyi aralıksız biçimde çalıştıran işveren, ürünü kabulde temerrüde düştüğü veya işçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle ve kusuru olmaksızın çalışma engellendiği takdirde, hizmet ediminin engellenmesi durumundaki ücret ödenmesine ilişkin hükümler gereğince, ona ücretini ödemekle yükümlüdür” (c.1); “Diğer durumlarda işveren, bu hükümlere göre ücret ödemekle yükümlü değildir” (c.son).

IV. Evde hizmet sözleşmesinin sona ermesi

Evde hizmet sözleşmesinin sona ermesi, genel hizmet sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen hükümlere (TBK m.430 vd.) tabi olarak sona erecektir. Ancak TBK m. 468'de, “işçiye deneme amacıyla iş verme” sözkonusu olduğunda, sözleşmenin deneme süresi için kurulduğu ifade edilmiştir. Şöyle ki: “İşçiye deneme amacıyla bir iş verilmişse, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme deneme süresi için kurulmuş sayılır” (f.1).

Yine, TBK m.468'de, işverenin işçiyi aralıksız çalıştırmasında, belirsiz süreli ve diğer durumlarda, belirli süreli sözleşme nitelendirilmesi yapılmıştır. Şöyle ki: "İşçi, işveren tarafından aralıksız olarak çalıştırıldığı takdirde, aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme belirsiz süreyle yapılmış sayılır; diğer durumlarda sözleşmenin belirli süreyle yapıldığı kabul edilir" (f.son).

ÇALIŞMA PLANI

A. GENEL HİZMET SÖZLEŞMESİ

- I. Genel hizmet sözleşmesinin tanımı, unsurları ve özellikleri/1. Genel hizmet sözleşmesinin tanımı ve unsurları/ a. İşçinin bir süre işverene bağımlılık ilişkisi içinde bir hizmet görmesi veya görmeyi vaad etmesi/b. Hizmet görülmesinin veya hizmet edimi vaadinde bulunulmasının bir ivaz (ücret) karşılığında olması/c. Tarafların anlaşması veya bir karşılık ödenmesine yol açacak bir hizmet ilişkisinin varlığı/aa) Geçerli bir anlaşmanın varlığı/bb) Geçerli bir anlaşmanın mevcut olmamasına rağmen fiilî hizmet ilişkisine geçerli bir anlaşma varmış gibi sonuçlar /2. Hizmet sözleşmesinin hukukî niteliği, özellikleri, çeşitleri ve tâbi olduğu hükümler/a. Hizmet sözleşmesinin hukukî niteliği ve özellikleri/b. Hizmet sözleşmesinin çeşitleri/aa) Borçlar Kanununa ve özel kanunlara tâbi hizmet sözleşmeleri ayırımı /bb)Ferdî (bireysel) iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi ve takım sözleşmesi ayırımı/ (a) Ferdî (bireysel) iş sözleşmesi /(b) Toplu iş sözleşmesi/(c) Takım sözleşmesi /cc) Sürekli işleri konu edinen hizmet sözleşmesi ve süreksiz işleri konu edinen hizmet sözleşmesi ayırımı/ dd) Belirli süreli hizmet sözleşmesi ve belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ayırımı / ee) Deneme süreli hizmet sözleşmeleri / ff) Çıkraklık sözleşmesi /c. Hizmet sözleşmesinin tâbi olduğu hükümler
- II. Hizmet sözleşmesinde işçinin borçları/1. İşçinin bizzat çalışma borcu/2. İşçinin genel düzenlemelere ve işverenin talimatına uyma (itaat) borcu /3. İşçinin işverenin denetimine katlanma borcu /4. İşçinin sözleşme konusu işi özenle yapma (ihtimam, özen) borcu/5. İşçinin sadakat (bağlılık) borcu/6. İşçinin teslim ve hesap verme borcu/7. İşçinin fazla çalışma borcu/8. İşçinin işişverene ait eşyayı usulüne uygun kullanma ve koruma borcu/9. İşçinin akdî nitelikteki rekabet yapmama borcu (rekabet yapmama sözleşmesi)/ a. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartları / b. Rekabet yasağı sözleşmesinin hükümleri / c. Rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesi

- III. Hizmet sözleşmesinde işverenin borçları /1. İşverenin ücret ödeme borcu /a. Ücretin yüksekliği (miktarı) / b. Ücretin hesaplanması ve ödenmesi şekilleri /c. Ücretin ödenmesi zamanı ve işverenin avans verme borcu / d. Ücretin ödenme yeri, ödemenin kime yapılacağı ve ispatı/e. İş sahibinin fazla çalışma için ücret ödeme zorunda olması / f. İş yapılmadığı halde (iş-görme ediminin ifasının engellenmesi halinde) işverenin ücret ödeme zorunda olması /g. İşçinin ücret alacağına teminat altına alınması / h. Ücret alacağına tâbi olduğu zamanlaşımı / 2. İşverenin işçiye iş araç ve malzemeleri verme borcu/3. İşverenin işçinin giderlerini karşılama borcu/4. İşverenin işçinin kişiliğinin korunması ile ilgili borçları /a) İşverenin işçinin kişiliğinin korunması ile ilgili genel nitelikli borçları / b) İşverenin, ev düzeni içinde çalışmada, işçinin kişiliğinin korunması ile ilgili borçları /c) İşverenin, işçiye ait kişisel verileri kullanması ile ilgili borçları/5. İşverenin işçinin tatil ve izin hakkını kullanması ile ilgili borçları/6. İşverenin işçiye hizmet belgesi (çalışma belgesi, şahadetname, bonservis) verme borcu/7. İşverenin işçinin hizmet buluşlarına ilişkin borcu
- IV. Özel durumlar/1. Ceza koşulu ve ibra /2. Hizmet ilişkisinin devri/a. İşyerinin tamamının veya bir bölümünün devri/b. Sözleşmenin devri
- V. Hizmet sözleşmesinin sona ermesi/1. Hizmet sözleşmesinin sona ermesi sebepleri /a. Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde sözleşme süresinin sona ermesi / aa. Kural: Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin sürenin bitimiyle kendiliğinden sona ermesi / bb. İstisna: Bazı belirli süreli hizmet sözleşmelerinin fesih bildiriyle sona ermesi / b.Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin sona ermesi/ c. Hizmet sözleşmesinin haklı sebeplerle (derhâl) fesih yoluyla sona erdirilmesi/d. Hizmet sözleşmesinin taraflarından birinin ölümü sebebiyle sona ermesi/2. Hizmet sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları/a. Borçların muaccel olması/b. Geri verme yükümlülüğü
- B. PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİ/1. Tanımı ve kurulması/ 1. Tanımı ve unsurları/2. Kurulması/II. Pazarlamacının yükümlülükleri /1. İşletmenin müşterilerini ziyaret etme borcu/2. İşverenin talimatlarına uyma borcu/3. Rekabet etmeme borcu/4. Bilgi verme borcu/5. Garanti borcu/III. İşverenin (özel) yükümlülükleri/ 1. İşverenin pazarlamacının faaliyet alanı ile ilgili borçları/2. Ücret ödeme borcu/a. Genel olarak ücret ve/veya komisyon ödeme borcu /b. Pazarlama faaliyetinin engellenmesi halinde ücret/3. Pazarlamacının harcamalarını karşılama borcu/4. Pazarlamacının hapis hakkı/IV. Pazarlamacılık sözleşmesinin sona ermesi /1. Özel fesih süreleri/2. Özel feshin sonuçları

- C. EVDE HİZMET SÖZLEŞMESİ/I. Tanımı ve çalışma koşulları/ 1. Tanımı/ (i) Genel hizmet sözleşmesi niteliğini taşıması /(ii) İşçinin işgörme borcunu evinde ifa etmesi /2. Çalışma koşulları /II. İşçinin (özel) borçları /1. İşçinin işin yapılmasına ilişkin borçları/2. İşçinin malzeme ve iş araçlarına ilişkin borçları/III. İşverenin (özel) borçları/ 1. İşverenin ürünün kabulü ile ilgili borçları/2. Ücret ödeme borcu/a. Genel olarak ücret ödeme borcu /b. Çalışmanın engellenmesi halinde ücret/IV. Evde hizmet sözleşmesinin sona ermesi

İcra ve İflas Hukukunda “İvazsız Tasarruflardan Dolayı” İptâl (İİK. md. 278*)

■ Talih UYAR**

İK. mad. 278’de, ‘borçlu tarafından yapılan “bağışlama” ve “ivazsız” (karşılıksız) tasarruflar’ın hangi koşulların gerçekleşmesi halinde iptâl edilebileceği’ belirtilmiştir.

I- Kanunun öngördüğü belli bir süre içinde, borçlu tarafından yapılan bağışlamalar (BK. md. 234) ve ivazsız (karşılıksız) tasarruflar (İİK. mad. 278) alacaklarının iptâl davasına yol açabilir.

Bu hükmün kabulünü gerektiren düşünce, borçlunun alacaklılarını, borçludan karşılıksız olarak bir hak ya da mal iktisap etmiş olan üçüncü kişilere karşı korumak¹ başka bir deyişle, alacaklıların yararlarını, bu üçüncü kişilerin yararlarına tercih etmektir.

Bu bakımdan, “borçlunun ivazsız tasarrufu yaptığı sırada, aciz halinde bulunup bulunmaması” ve “borçluda alacaklarına zarar verme veya bunlardan bir

** Avukat İzmir Barosu Üyesi

* İvazsız tasarrufların butlanı

MADDE: 278 - «Mûtat hediyeler müstesna olmak üzere hacizden veya haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından haczin veya aciz vesikası verilmesinin sebebi olan yahut masaya kabul olunan alacaklardan en eskisini tesis edilmiş olduğu tarihe kadar geriye doğru olan müddet içinde yapılan bütün bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar batıldır.

Ancak, bu müddet haciz veya aciz yahut iflastan evvelki iki seneyi geçemez.

Aşağıdaki tasarruflar bağışlama gibidir.

1. Karı ve koca ile usul ve fûruu, neseben veya sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinilen evlatlık arasındaki yapılan ivazlı tasarruflar,

2. Akdin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitler,

3. Borçlunun kendisine yahut üçüncü bir şahıs menfaatine kaydı hayat şartile irat ve intifa hakkı tesis ettiği akitler ve ölünceye kadar bakma akitleri.»

1- UMAR, B. Türk İcra ve İflas Hukukunda İptâl Davası, 1963, s: 64 - PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES, M. İcra ve İflas Hukuku, 7. 2009, Bası, s:697-GÜRDOĞAN, B. İflâs Hukuku Dersleri, 1966, s: 224-SARISÖZEN, İ. İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptâl Davalarında Yargılama Usulü (ABD. 1977/1), s:53

kaçını kayırma kastının bulunup bulunmaması” ve “ivazsız tasarruftan yararlananların iyiniyetli olup olmaması (borçlunun durumunu bilip bilmemesi)” açılacak olan iptal davasında herhangi bir rol oynamaz.²⁻³

II- Borçlunun “bağışlama” ve “ivazsız tasarruflarının” iptal konusu olabilmesi için, hacizden (İİK. mad. 86) veya haciz edilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden (İİK. mad. 105) veya iflâsın açılmasından (İİK. mad. 165) itibaren geriye doğru iki sene içinde yapılmış olması gerekir. Aynı zamanda bu sürenin, hacizin veya aciz vesikasının verilmesine sebep olan alacağın yahut iflâs halinde, masaya kaydedilmiş olan alacaklardan en eskisinin doğum tarihinden öteye geçmemesi gerekir.⁴

Kanun bu suretle, geriye doğru gidecek olan süreyi sınırlandırmış olup, ileriye doğru bir süre tayin etmediğinden,⁵ borçlunun kendisi hakkında aciz vesikası verildikten sonraki tasarrufları da iptâl davasına yol açar. Ancak bu durumda beş yıllık genel “hak düşürücü süre” (İİK. mad. 284) saklıdır.

Uygulamada kısaca “son iki sene içinde yapılan tasarruflar” diye nitelendirilen bu tasarrufların, ne zaman yapılmış olanlarının iptâl edileceği İİK. mad. 278/T’de hiç de açık olmayan bir ifade ile belirtilmiştir. Bu ifadeyi şu şekilde açıklayabiliriz:

Bu madde uyarınca bir ivazsız tasarrufun iptâl edilebilmesi için, öncelikle; tasarrufun, “haciz” (İİK. mad. 86) tarihinden veya -haciz edilecek mal bulunmamışsa veya haczedilen malların takdir edilen kıymetlerine göre, borcu karşılamayacağı anlaşılmışsa (İİK. mad. 105/II) yahut malların satış bedeli, alacaklının alacağına tamamen yetmemişse (İİK. mad. 143/I)- “aciz” tarihinden veya “iflâsın açılması” (İİK. mad. 165) tarihinden, geriye doğru iki sene içinde yapılmış olması gerekir.

Şu halde;

a) Alacaklı borçlu hakkındaki takibinin kesinleşmesi üzerine hacize (veya takip kesinleşmeden mahkmeden ihtiyati haciz kararı alarak ihtiyati hac-

2- UMAR, B. a.g.e. s:64 - GÜRDOĞAN, B. a.g.e. s:224 - AKYAZAN, S. İcra ve İflâs Kanunundaki Yargı ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar, 1965, s:183 - OLGAC, S. Yargıtay İçtihatlarının Işığı Altında İcra ve İflâs Hukukunda İptâl Davaları (Recai Seçkin’e Armağan, s:464) - ANSAY, S.Ş. Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri, 1960, s:327 - KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, C:4, 1997, s:3423 - KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2004, s:1200; 1201 - MUŞUL, T. İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, 2008, s:1317 - ALTAY, S. Türk İflâs Hukuku, C:1, 2004, s:677 - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, İ. Tasarrufun İptâli Davaları, 1998, s:135; 138 - ULUKAPI, Ö. İcra ve İflâs Hukuku, 2007, s:285 - KOSTAKOĞLU, C. Takip Hukukunda İptâl Davaları (Ad. D. 1989/6, s:25 - Yasa D. 1989/8, sh:1051) - AKKAYA, T. İcra ve İflâs Hukukunda İptâle Tabi Tasarruflar (İİK. m. 277-284) «Eskişehir Bar. D. Ekim/2006, s:26»

3- Bknz: 17. HD. 25.5.2009 T. 827/3565; 25.5.2009 T. 590/3557; 11.5.2009 T. 364/3009; 4.5.2009 T. 204/2811 vb.

4- Bknz: 15. HD. 11.7.2006 T. 3271/4693; 2.3.2005 T. 5544/1162; 11.6.2004 T. 2584/3054; 21.1.2004 T. 3401/293 vb.

5- BELGESAY, M.R. İcra ve İflâs Hukuku (Sentetik Bölüm), C:2, 1953, s:163 - GÜRDOĞAN, B. a.g.e. s:225 - UMAR, B. a.g.e. s: 63.

ze) gitmiş ve alacağına yeter ölçüde mal haciz etmişse, bu durumda borçlu aciz halinde olmadığı için iptal davası açamayacak, ancak ileride, bu malların satılması üzerine, alacağı tamamen karşılanmazsa, o zaman icra dairesinden "aciz belgesi" (kesin aciz belgesi)⁶ (İİK. mad. 143) alarak, bu belgeye göre iptâl davası açabilecektir. Bu durumda, iki senelik sürenin başlangıcı, "kesin aciz belgesinin düzenlenme tarihi" değil; kesin aciz belgesinin (borç ödemediği aciz belgesinin düzenlendiği (verildiği) icra takibindeki haciz (ihtiyati haciz) tarihi olacaktır.⁷⁻⁸ Yani, bu haciz (ya da ihtiyati haciz) tarihinden geriye doğru iki sene içinde yapılan tasarruflar -takip konusu alacağın doğumundan sonra olmaları koşulu ile- iptale tâbi olacaktır.⁹⁻¹⁰

b) Borçluya hacize giden alacaklı, borçlunun hiç haczi mümkün malına rastlamamış ise, bu durumda düzenlenen "haciz tutanağı" 'kesin aciz belgesi' (İİK. mad. 105/I), hükmünde olacaktır. Buna karşın, alacaklının veya haciz ettirdiği malların kıymeti, alacağını karşılayacak düzeyde değilse, bu durumlarda düzenlenen "haciz tutanağı" 'geçici aciz belgesi'¹¹ (İİK. mad. 105/II) niteliğinde olacaktır. Alacaklı her iki durumda da, yani gerek 'kesin aciz belgesi' hükmünde olan (İİK. mad. 105/I) ve gerekse 'geçici aciz belgesi' niteliğinde bulunan (İİK. mad. 105/II) haciz tutanağına dayanarak iptâl davası açabilecek ve bu takdirde, borçlunun iptâl konusu olabilecek tasarrufları için, geriye doğru hesaplanacak süreye, "geçici aciz belgesi" niteliğindeki haciz tutanağının düzenlendiği tarih, başka bir deyişle "haciz tarihi" başlangıç teşkil edecektir...

c) Eğer borçlu iflâs etmişse, borçlunun iptâl tâbi tasarrufları için yasanın öngördüğü iki senelik süreye "iflâsın açılma tarihi" (İİK. mad. 165) başlangıç olacaktır.

Bu vesile ile şu hususu da belirtelim ki, İİK. mad. 278/I'de "iflâsın açılma tarihi"nin (İİK. mad. 165) "geriye doğru iki yıllık süre"nin başlangıç tarihi olarak öngörülmesi isabetli olmamıştır. Çünkü; borçlu, aleyhine açılan iflâs davasını uzatarak, hakkında "iflâs kararı" verilmesini geciktirerek, İİK. mad. 278'de (3) bent halinde öngörülen tasarrufların iptâl edilmesini önleye-

6- Ayrıntılı bilgi için bkznz: UYAR, T./ UYAR, A./UYAR, C. *İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufların İptali Davaları*, 4. Baskı, 2011, «s: 1544»

7- KURU, B. *İcra ve İflas Hukuku*, C:4, 1997, s:3439, dipn. 80

Karş: AKYAZAN, S. *age. s: 182* - KOSTAKOĞLU, C. *agm (Ad. D. 1989/6, s:25 - Yasa D. 1989/8, s:1051) - AKŞENER, H.S. Tasarrufların İptali Davaları*, 2007, s:360. (Bu görüşe göre; «buradaki aciz tarihi'nden maksat aciz belgesinin alındığı tarihtir...»)

8- Bknz: 15. HD. 11.7.2006 T. 3271/4693

9- Bu konuda ayrıca bkznz: İleride; dipn. 12 civarı

10- Ayrıntılı bilgi için bkznz: UYAR, T./ UYAR, A./UYAR, C. *a.g.e «s: 1544»*

11- GÜRDOĞAN, B. *a.g.e. sh: 225, dipn. 627*

bilir. Bu nedenle, maddedeki “iki yıllık süre”nin, “iflâsın açılma tarihi” bakımından -örneğin; üç ya da dört yıl olarak- uzatılması isabetli olacaktır...

Bu madde uyarınca, borçlunun ivazsız tasarruflarının iptâl edilebilmesi için, ayrıca, tasarrufun -az önce belirttiğimiz “haciz”, “aciz” ve “iflâsın açılma” tarihlerinden itibaren geriye doğru gidilmek suretiyle- “haczin veya aciz belgesi verilmesinin sebebi olan alacaktan yahut iflâs halinde masaya kabul edilen alacaklardan en eskisinin tesis edildiği tarihe kadarki dönem içinde” yapılmış olması da gerekir.

Tasarrufun, bu madde gereğince iptâl edilebilmesinin -zaman bakımından- gerçekleşmesi gereken bu koşulları şöyle bir örnekle¹² açıklamak mümkündür:

1.3.2008 tarihinde doğmuş bir alacak için 1.3.2011 tarihinde borçlunun malları haciz edilmiş ve 1.7.2011 tarihinde bu mallar satılarak alacaklıya açık kalan miktar için “aciz belgesi” verilmiş olsun. İvazsız tasarruf, haciz tarihi olan 1.3.2011 tarihinden geriye doğru iki yıl içinde yani 1.3.2006-1.3.2011 tarihleri arasında yapılmışsa, iptâl davasına konu olur. Alacağın doğum tarihi 1.3.2009 değil de örneğin, 1.3.2010 tarihi olsa idi, ancak; 1.4.2010-1.3.2011 tarihleri arasında yapılanlarla 1.3.2011’den sonra yapılan ivazsız tasarruflar dava konusu olabilecektir...

Buraya kadar yaptığımız açıklamadan ve verdiğimiz örnekten anlaşıldığı gibi, bu madde uyarınca, “borçlunun ivazsız tasarrufları”nın iptâl edilebilmesi için, iptâli istenen ivazsız tasarrufun, davacı-alacaklının alacağının doğumundan sonra yapılmış olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, davası-alacaklı, borçlunun, kendi alacağının doğumundan öncesi ivazsız tasarruflarının iptâlini -bu maddeye dayanarak- isteyemeyecektir. Davacının, borçlunun -zaman itibariyle- bu tür ivazsız tasarruflarının da iptalini isteyebilmesine, az önce açıklanan İHK. mad. 278/I hükmü engel gözükmemektedir...

Buna rağmen, doktrinde bazı yazarlarca¹³ “...Alacaklının alacağının doğum tarihi, iptâle tâbi tasarruftan sonra olsa bile, alacaklının iptâl davası açma hakkı vardır” şeklinde görüş ileri sürülmüştür... Bir dönem, iptal davaları konusunda verilen kararları temyizen incelenmiş olan Yargıtay 13. HD. de bu doğrultuda içtihatla bulunmuştu¹⁴. Buna karşın, doktrinde , bazı yazarlarca¹⁵ “tüm iptâl davalarının açılabilmesi için, davacı -alacaklının alacağının, dava (ip-

12- BERKİN, N. *İflâs Hukuku*, 1972, s: 499 - BERKİN, N. *İflâs Hukuku Rehberi*, 1980, s:110

13- ÜSTÜNDAĞ, S. *İflâs Hukuku 8. Bası*, 2009, s:284

14- Bknz: 13. HD. 25.6.1979 T. 3011/3730

15- KOSTAKOĞLU, C. *Takip Hukukunda İptal Davaları (Ad. D. 1989/6, s: 21 vd.; Yasa D. 1989/8, s:1048 vd.) - KURU, B. age. C: 4, s: 3417 vd. - KURU, B. El Kitabı*, 2004, s: 1199

tâl) konusu tasarruftan önce doğmuş olması gerektiği” de ön koşul olarak ileri sürülmüş¹⁶ ve yakın zamana kadar tasarrufun iptâli davaları sonucunda verilen kararları temyizen incelemiş olan Yargıtay 15. HD.¹⁷ ve bugün bu kararları temyizen inceleyen Yargıtay 17. HD.¹⁸ de bu görüşü benimsemiştir...

Ayrıca, uygulamadaki önemi nedeniyle belirtelim ki;

Yüksek mahkeme¹⁹ “tasarruf tarihi’nden, ‘aciz vesikası’ veya ‘iflâsın açıldığı’ tarihe kadar iki yıllık süre geçmiş olsa dahi, mahkemece hemen davanın bu nedenle reddedilmeyip, İİK 284’deki beş yıllık hak düşürücü sürenin de geçmiş olup olmadığının irdelenmesi gerekeceğini” belirtmiştir...

Buradaki “iki yıllık süre”, “fevkalâde mühlet”in devamı süresince uzatılır (İİK. mad. 323/II). Keza bu süre, borçluya verilen “konkordato mühleti” (İİK. mad. 287) kadar geriye doğru uzatılır.²⁰

III- Maddedeki “bağışlama” sözcüğü ile, “BK. mad. 234 vd’da düzenlenen kurum” kastedilmiş olduğundan, “kumar borcunun ifası” geçerli bir ifa (BK. mad. 505/II) olup,²¹ bu ifa, bir “bağışlama” sayılmadığından,²² borçlunun kumar borcunu ifa etmesinden zarar gören alacaklıları, bu maddeye (İİK. mad. 278/II) dayanarak, bunun iptalini isteyemezler.²³

Bilindiği gibi “bağışlama” “bağışlayanın, bağışlanamı karşılıksız olarak zenginleştirmek amacıyla, kendi malvarlığından kazandırıcı bir işlemde bulunması”dır (BK. mad. 234). Uygulamada çok sık karşılaşılan belli başlı “bağışlama” şekilleri şunlardır: Borçlunun, başka bir kişide olan alacağını, karşılıksız olarak üçüncü bir kişiye temlik etmesi, borçlunun karşılıksız bono ve çek düzenlemesi, danışıklı (muvazaalı) icra takibi üzerine icra dairesine giderek, kanuni sürelerden feragat edip, gerçekte mevcut olmayan bir borcu kabul etmesi, kendi borçlusunu ibra etmesi, başkasının borcunu ödemesi vb.²⁴

Burada iptale tâbi olan “elden bağışlama”lardır (BK. mad. 237). “Bağışlama vaadi”nin iptali için dava açmaya gerek yoktur. Çünkü; “bağışlama vaadi”, bağışlamayı vade eden kişinin (borçlunun) borcunu yerine getirmekten aciz

16- Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T./ UYAR, A./UYAR, C. a.g.e «s: 1562 vd.»

17- Bknz: 15. HD. 17.7.2007 T. 3604/4931; 10.3.2005 T. 6645/1365; 10.3.2005 T. 6646/1364; 14.12.2004 T. 5965/6501; 23.9.2004 T. 3966/4595; 23.6.2004 T. 367/3525 vb.

18- Bknz: 17. HD. 1.7.2010 T. 2225/6230; 28.6.2010 T. 5748/6015; 15.6.2010 T. 4384/ 5517 vb.

19- Bknz: 17. HD. 29.3.2010 T. 1965/2775; 25.2.2010 T. 10674/1656; 25.2.2010 T. 10666/1653; 22.12.2009 T. 9835/8773 vb.

20- KURU, B. age. C:4, s: 3443

21- AKEV, S. Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis, 1964, s: 409 vd.

22- GÜRDOĞAN, B. a.g.e. s: 225

23- Bknz: 15. HD. 14.5.1990 T. 800/2146

24- GÜNEREN, A. age. Tasarruf İptal Davaları, 2008, s:330

olduğunun aciz belgesi ile kanıtlanması ile veya iflas etmesi ile kendiliğinden son bulur (BK. mad. 245/son)²⁵

Maddedeki “ivazsız tasarruf” terimi ile, daha genel olarak “borçlunun hiç bir karşılık olmaksızın başkalarını zenginleştiren tek taraflı hukukî işlemleri” kastedilmiştir.²⁶ Yani bu son durumda, borçlu hiçbir hukukî yükümlülüğü bulunmadığı halde, bir karşı edim almadan, kendisi edimde bulunmakta, daha kısa bir belirtiyle, borçlu malvarlığından çıkan şey karşılığında, mukabil bir şey almamaktadır.²⁷ Örneğin; borçlunun, borcunu ödeyemeyeceği bilinen bir kimse yararına taşınmazında ipotek kurması, böyle bir kimseye kefil olması, bu madde anlamında birer “ivazsız tasarruf” sayılır.²⁸

Bir tasarrufun “ivazlı” mı “ivazsız” mı olduğu konusunda çıkabilecek uyuşmazlıkta, isbat yükü kime düşer? Bir görüşe göre²⁹, isbat yükü, davacı alacaklıya değil, davalıya düşer. Çünkü, tasarrufun dışında kalmış olan davacı, ivazsızlığı isbat hususunda büyük güçle karşı karşıyadır. Halbuki, tasarruf gerçekten ivazlı idi ise, işlemin taraflarından biri olan davalı, bu hususu çok daha kolay isbat edebilir. Diğer bir görüşe göre³⁰ ise, tasarrufun ivazsız olduğunun isbat yükü, davacıdır. Çünkü, tasarrufun ivazsız olduğu olayından, kendi lehine bir hukukî sonuç (yani iptal edilebilirlik durumu) doğduğunu öne süren ve mahkemeden bu sonuca uygun bir istemde bulunan odur. İptâl davası açan alacaklı, iptâlî istenen tasarrufa oranla üçüncü kişi durumunda olduğundan tasarrufun iptâlî tâbi olduğunu her türlü delille –bu arada, tanıklarla– isbat edebilir.³¹

IV- Kanun, bazı tasarrufları, iptâl davasına konu olmak bakımından “bağışlama” ile bir tutmuştur. Böylece, bu tasarrufların “bağışlama” sayılmaları konusunda “aksinin isbatı mümkün olmayan bir kesin karine” kabul edilmiştir.³²

“Bağışlama hükmünde olan ve bu nedenle iptâlî konu olan tasarruflar” şunlardır:

25- KURU, B. age C:4, s:3523 - KURU, B. El Kitabı, s: 1200

26- GÜRDOĞAN, B. a.g.e. s: 225

27- ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 289

28- AKYAZAN, S. age. s: 183

29- JAEGER, C. (Naklen; UMAR, B. a.g.e. sh: 66, dipn. 12). - ŞİMŞEK, E. İcra ve İflâs Kanunu (Açıklamalar ve İçtihatlar), 1989, s: 862

30- UMAR, B. a.g.e. s: 66 - Aynı görüşte: YILDIRIM, M.K. İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları, 1995, s: 182

31- KURU, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:2, 2001, s: 2013

32- GÜRDOĞAN, B. a.g.e. s: 266 - ARAR, K. İcra ve İflâs Hükümleri, C:2, 1944, s:224 - BERKİN, N. Rehber, s:112 - BERKİN, N. İflâs Hukuku, s: 507 - SARISÖZEN, İ. a.g.m. s: 54 - OLGAÇ, S. a.g.m. s: 464 - KURU, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:2, 2001, s:1383 - GÜNEREN, A. a.g.e. s: 336 - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E. age. s: 138 - OLGAÇ, S. Yargıtay İçtihatlarının İşığı Altında İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları (Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, 1974, s:464)

1- Karı ve koca, usul ve fûru, neseben veya sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil)hısımlar ve evlât edinilenle evlâtlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar. (İİK. mad. 278/III-1).

Bu hükmün kabulüne, bu tür tasarrufların çok kez muvazaalı olması ve muvazaanın isbatının alacaklı için çok güç olması gerçeği yol açmıştır.³³

Ayrıca belirtelim ki, madde bu şekilde 3494 sayılı Kanun ile -25.11.1988 tarihinde- yapılan değişiklik sonucunda gelmiştir. Daha önce madde metninde yer alan "ikinci dereceye kadar hısımlar" sözcükleri, "uygulamada borçlunun, üçüncü derece dahil hısımlarıyla da anlaşmak suretiyle mallarının haczinden veya iflâs etmeden önce, alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yaptıkları ivazsız tasarrufları, başka bir isim altında gizledikleri görüldüğünden, bunun önlenmesini teminen akrabalık derecesi ikinci dereceden üçüncü dereceye çıkarılmıştır" gerekçesiyle "üçüncü dereceye kadar hısımlar" şeklini almıştır.

Yüksek mahkeme bu hükümle ilgili içtihatlarında;

- "Borçlu' ile 'kardeşi' arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu"³⁴

- "Borçlu ana (baba)' ile 'oğlu (kızı)' arasındaki tasarrufların iptale tabi olduğunu"³⁵

- "Borçlu' ile 'eniştesi' arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu"³⁶

- "Kayınpeder' ile 'damadı' ve 'gelini' arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu"³⁷

- "İİK.nun 278/III-1 uyarınca, bu bentte belirtilen 'yakın akrabalar' (hısımlar) arasındaki tasarrufların ivazlı dahi olsa 'bağışlama' niteliğinde olup, hükümsüz olduğunu"³⁸

- "Borçlu' (dayı, amca, hala, teyze) ile 'yeğeni' arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu"³⁹

- "Borçlu' ile 'eşi' arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu"⁴⁰

33- UMAR, B. age. s:67

34- Bknz: 17. HD. 8.6.2010 T. 2935/5293; 29.12.2009 T. 8454/9125; 10.12.2009 T. 6297/8203; 24.11.2009 T. 7350/8041 vb.

35- Bknz: 17. HD. 24.6.2010 T. 2105/5924; 23.11.2009 T. 8104/7775; 28.9.2009 T. 6353/5739; 15.9.2009 T. 4443/5401 vb.

36- Bknz: 17. HD. 1.4.2010 T. 987/2958; 30.3.2010 T. 1406/2876; 24.12.2009 T. 6676/8844 vb.

37- Bknz: 17. HD. 23.11.2009 T. 9619/7794; 25.11.2008 T. 3796/5542; 13.11.2008 T. 1909/5307 vb.

38- Bknz: 17. HD. 6.11.2008 T. 1903/5142; 7.10.2008 T. 1702/4470; 24.3.2008 T. 5509/460 vb.

39- Bknz: 17. HD. 22.3.2010 T. 706/2549; 11.2.2010 T. 10736/1045; 28.12.2009 T. 7328/8978 vb.

40- Bknz: 17. HD. 23.2.2010 T. 10103/1439; 1.2.2010 T. 9601/617; 18.1.2010 T. 6390/15 vb.

- “‘Borçlu’ ile ‘kuzeni’ arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca– iptale tâbi olduğunu”⁴¹
- “‘Borçlu’ ile ‘bacanağı’ arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca– iptale tâbi olduğunu”⁴²
- “‘Borçlu’ ile ‘baldızı’ arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca– iptale tâbi olduğunu”⁴³
- “‘Borçlu’ ile ‘dünürü’ arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca– iptale tâbi olduğunu”⁴⁴
- “‘Borçlu’ ile ‘yengesi’ arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca– iptale tâbi olduğunu”⁴⁵
- “‘Borçlu’ ile ‘görümcesi’ arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca – iptale tâbi olduğunu”⁴⁶
- “İİK. 278/III-1’in (ve 280’nin) uygulama alanı bulduğu durumlarda ‘tasarruf konusu taşınır/taşınmazların değerlerinin tesbitlerine gerek (zorunluluk) bulunmadığını”⁴⁷
- “İİK 278/III-1 uyarınca ‘yakın hısımlar’ arasındaki tasarrufların iptâl edilebilmesi için, borçlu ile işlemde bulunan üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunun ayrıca isbat edilmesi olmasına gerek bulunmadığını”⁴⁸
- “İptale tâbi tasarrufun yapılmasından sonra taraflar boşanmış dahi olsalar, karı koca arasındaki tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekeceğini”⁴⁹
- “‘Borçlu’ ile ‘kayınvalidesi’ arasındaki tasarrufların –İİK. 278/III-1 uyarınca– iptale tâbi olduğunu”⁵⁰
- “‘Borçlu’ ile ‘eski bacanağının kardeşi’ arasındaki tasarrufların -taraflar arasında İİK. 278/III-1 maddesinde belirtilenderecede bir akrabalık bulunmadığından- iptale tâbi olmadığını”⁵¹
- “‘Dayı’ ile ‘hala çocukları’ arasındaki akrabalık bağı dördüncü dereceden olduğundan, İİK. 278/III-1 uyarınca iptale tâbi olmadığını”⁵²

41- Bknz: 17. HD. 8.7.2010 T. 1975/6630; 14.9.2009 T. 3526/5318; 25.5.2009 T. 1624/3567; 12.6.2008 T. 738/3226 vb.

42- Bknz: 17. HD. 6.4.2009 T. 5119/2079; 17.4.2008 T. 360/2021; 17.9.2007 T. 3738/2618 vb.

43- Bknz: 17. HD. 13.10.2009 T. 3906/6275; 10.3.2008 T. 4366/1138; 15. HD. 26.1.2005 T. 4752/262 vb.

44- Bknz: 17. HD. 11.2.2008 T. 5526/512

45- Bknz: 17. HD. 8.6.2009 T. 3878/4030; 30.10.2007 T. 4572/3276

46- Bknz: 17. HD. 1.10.2007 T. 3744/2879

47- Bknz: 17. HD. 12.7.2007 T. 2781/2472

48- Bknz: 17. HD. 24.5.2007 T. 1737/1785; 15. HD. 15.9.2004 T. 3861/4166

49- Bknz: 15. HD. 5.6.2003 T. 1856/3025; 18.4.1995 T. 2064/2310

50- Bknz: 15. HD. 11.2.2010 T. 9628/1052; 12.2.2009 T. 4040/585; 15. HD. 25.3.2002 T. 5608/1323

51- Bknz: 15. HD. 21.11.2001 T. 3321/5346

52- Bknz: 15. HD. 22.1.2001 T. 31/332

- "Üçüncü dereceye kadar hısımlar arasında yapılan ivazlı tasarrufların bağışlama hükmünde olup, batıl sayıldığı"53

- "Borçlu ile amcası ve ablası arasındaki satış işleminin 'bağışlama' niteliğinde olup, iptale tabi olduğunu"54

- "Bedeli borçlu tarafından ödendiği halde alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla borçlunun eşi adına yapılan satışın iptalinin, alacaklılar tarafından istenebileceğini"55

- "Baba, oğul ve damat arasındaki tasarrufun 'bağışlama' hükmünde olup, iptale tabi olduğunu"56

- "Borçlu tarafından 'oğlu'na ve onun tarafından da -iyiniyet iddiasında bulunamayacak durumda bulunan- 'yakın komşu'suna yapılan satışın iptale tabi olduğunu"57

--"Borçlu (dede) ile 'torunu' arasındaki tasarrufların -İİK. 278/III-1 uyarınca- iptale tabi olduğunu"58

- "Borçlu tarafından parası ödenerek satın alınan ancak borçlunun isteği üzerine karısı adına tapuya tesçil edilen taşınmaz hakkında iptal davası açabileceğini, çünkü kocanın bu işleminin gerçekte karısı yararına yapılmış 'bağış' niteliğini taşıyacağını"59

belirtmiştir.

2- Yapıldığı sırada borçlu aleyhine ivazlar arasında açık bir nisbetsizlik bulunan akitler. (İİK. mad. 278/III-2). Buradaki "akit" terimi aldatıcıdır. Bunu "tasarruf" olarak anlamak gerekir.⁶⁰ Çünkü, dava konusu olacak işlem, akit gereğince yapılan kazandırıcı işlemdir. Bu nedenle, gerek süre ve gerekse ivazların karşılaştırılması bakımından, kazandırıcı işlemin yapıldığı tarihteki değer esas alınmalıdır.⁶¹

İvazlar arasındaki nisbetsizlik önemli olmalı ve tarafların yeterli bir dikkat

53- Bknz: 15. HD. 22.11.1995 T. 6447/6796; 27.4.1993 T. 1450/1955

54- Bknz: 15. HD. 13.5.1994 T. 1731/3111

55- Bknz: 15. HD. 29.4.1993 T. 2212/2029

56- Bknz: 15. HD. 5.3.1992 T. 917/1106

57- Bknz: 15. HD. 5.3.1992 T. 459/1114

58- Bknz: 17. HD. 13.5.2010 T. 3336/4503; 12.10.2009 T. 4217/6216; 9.2.2009 T. 143/466

59- Bknz: 15. HD. 21.10.1988 T. 2561/3344; 26.4.1984 T. 775/1466

60- KURU, B. a.g.e. s: 381 - GÜRDOĞAN, B. a.g.e. s: 227

61- UMAR, B. a.g.e. s: 64 - GÜRDOĞAN, B. a.g.e. s: 227

ile anlayabilecekleri⁶² ölçüde bulunmalıdır. Fakat, ivazlar arasındaki bu nisbetsizliğin davalı tarafından bilinmiş olması aranmaz.⁶³

Yüksek mahkemeye göre⁶⁴ “tasarrufa konu taşınmazın tapuda belirtilen (gösterilen) satış bedeli ile, taşınmazın tasarruf tarihindeki -serbest piyasa raiyicine göre- belirlenen gerçek değeri arasında bir misli veya daha fazla fark bulunması halinde ‘edimler arasında fahiş farkın bulunduğu’nun kabulü gerekir.”

Yine yüksek mahkeme⁶⁵ “İİK.nun 278/III-2’deki bedeller arasındaki nisbetsizliğe ilişkin hükmün ‘borçlu ile borçludan tasarrufa konu malı satın alan kişi arasındaki tasarruflarda’ iptal nedeni olabileceğini, aynı malı üçüncü kişiden satın almış olan başka kişiler (dördüncü kişiler) hakkında bu hükmün uygulanmayacağını, bu kişilerin ayrıca kötüniyetli oldukları isbat edilmedikçe bu kişilere yapılan tasarrufun iptaline karar verilemeyeceğini” vurgulamıştır...

Buna karşın “borçlu ile üçüncü kişi arasındaki, İİK’nun 278. maddesinde sayılmış olan tasarruflar mutlak olarak iptâl tabi olduğundan, tasarruf konusu malı borçludan satın/devir almış olan üçüncü kişinin iyiniyetli ya da kötüniyetli olması veya alacaklıya zarar verme kasdını taşıyıp taşıyamaması” önem taşımaz...⁶⁶⁻⁶⁷

Borçlunun üçüncü kişi yararına yaptığı “hayat sigortası sözleşmesi” nedeniyle -son iki yıl içinde- ödediği primler de iptâl davasına konu olabilir. Ancak, primlerin ne oranda indirilmesi gerektiği konusunda doktrinde⁶⁸ görüş birliği yoktur.

Sulh sözleşmelerinin varlık ve geçerliliğine ilişkin iddialar, bütün sözleşmelerde de olduğu gibi, ancak onun taraflarınca ileri sürülebilir. Üçüncü kişiler ancak bir haksız eylem olarak kendilerine yönelmiş veya böyle olmasa bile kendilerini zararlandırma amacıyla yapılmış olan sulhlere karşı muarazada bulunabilirler... Sulh bir sözleşme olduğuna göre, İcra ve İflâs Kanununun

62- ANSAY, S.Ş. a.g.e. s: 328 - ARAR, K. a.g.e. s: 224 - GÜRDOĞAN, B. a.g.e. s: 227 - OLGaç, S. a.g.m. s: 464, dipn. 28

63- UMAR, B. a.g.e. s: 67 - GÜRDOĞAN, B. a.g.e. s: 227 - KURU, B. a.g.e. C:4, s: 3437 - KARATAŞ, İ/ ERTEKİN, E. age. sh: 142 - YILDIRIM, M.K. age., s:184 - AKKAYA, T. agm. s:28

64- Bknz: 17. HD. 8.7.2010 T. 4667/6627; 1.7.2010 T. 3110/6224; 24.6.2010 T. 2044/5925; 22.6.2010 T. 3180/5799 vb.

65- Bknz: 17. HD. 15.4.2010 T. 10440/3517; 18.1.2010 T. 7065/16; 15.12.2009 T. 7071/8461 vb.

66- Bknz: 17. HD. 26.4.2010 T. 3086/3835 - 17. HD. 25.5.2009 T. 827/3565; 25.5.2009 T. 590/3557; 11.5.2009 T. 364/3009 vb.

67- Bu konuda ayrıca bknz: ÖZTEK, S. Tasarrufun İptâli Davalarında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar ve Yargıtay’ın Bu Sorunlara İlişkin Uygulaması (Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, 2003, s:319 vd.)

68- Ayrıntılı bilgi için bknz: BOZER A. Sigorta Hukuku, s: 36 vd. - AKYOL, Ş. Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, 1978, s: 165 vd.

277 ve sonraki maddeleri uyarınca üçüncü kişilerin iptâl davası açabilecekleri kabul edilmelidir.⁶⁹

Yüksek mahkeme, bu hükümle ilgili içtihatlarında;

- "Borçlu ile üçüncü kişi arasındaki yapılan satışta 'edimli arasında aşırı fark bulunmaması' ve 'üçüncü kişinin, borçlunun alacaklılarından mal kaçırmak (ya da; alacaklılarına zarar vermek) amacıyla hareket ettiğini bilebilecek kişilerden olduğu' iddia ve ispat edilememesi halinde, açılan tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini"⁷⁰

- "Tapuda gösterilen satış bedeli' ile 'taşınmazın gerçek değeri' arasındaki farkın ödendiği" iddiasının kanıtlanması konusunda ilgili olarak;

- a) "Davalı üçüncü ve dördüncü kişilerin, dava konusu taşınmazların gerçek satış bedelini haricen ödediklerini banka dekontları ile kanıtlamaları (ve bu kişilerin kötüniyetli olduklarının davacı-alacaklı tarafından kanıtlanmamış) olması halinde, açılan tasarrufun iptali davasının reddedilmesi gerekeceğini"⁷¹

--b) "Taşınmazın üzerindeki ipotek ya da haciz ile birlikte satılmış olması ve ipotek veya haciz bedellerinin davalı-üçüncü kişi tarafından ödenmiş olması halinde, tapuda gösterilen satış bedeline bunların da eklenmek suretiyle taşınmazın gerçek satış bedelinin belirlenmesi gerekeceğini"⁷²

--c) "Borçlu' ile 'üçüncü kişi' arasında yapılan satışta, edimler arasında 'aşırı fark' (tapudaki satış bedeli ile gerçek değeri arasında bir misli ya da daha fazla fark) bulunması ve bu farkın ya da; taşınmazın tasarruf tarihindeki, bilirkişilerce saptanan gerçek değerinin) ödendiğinin üçüncü kişi tarafından 'yasal ve inandırıcı delillerle' kanıtlanamaması halinde, tasarrufun iptali davasının kabulüne karar verilmesi gerekeceği"⁷³

--ç) "Dava konusu taşınmazı borçludan satın almış olan üçüncü kişi tarafından, tapudaki satış bedeli dışında ipotek bedelinin de bankaya yatırılmış olması, kalan bedelin kredi kullanılarak borçluya ödenmiş olması ve satış bedelinin rayiç değerlere uygun olması halinde, açılmış olan tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini"⁷⁴

--d) "Dava konusu taşınmazın konut kredisi ile -taşınmaz üzerinde banka lehine ipotek kurularak- satın alındığının ileri sürülmesi halinde, bunun araştırılma-

69- MÜDERRİSOĞLU, F. Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi, 1974, s: 9, 106.

70- Bknz: 17. HD. 29.3.2010 T. 855/2770

71- Bknz: 17. HD. 22.3.2010 T. 506/2544; 23.11.2009 T. 6255/7783; 26.5.2009 T. 591/3624 vb.

72- Bknz: 17. HD. 23.11.2009 T. 6288/7786; 13.4.2009 T. 5903/2309

73- Bknz: 17. HD. 16.11.2009 T. 6122/7526; 9.11.2009 T. 9177/7286; 20.10.2009 T. 4959/6609 vb.

74- Bknz: 17. HD. 15.9.2009 T. 2443/5395

rak, alınan kredinin borçlu-davalıya ödendiğinin saptanması durumunda ‘bedeller arasında fahiş fark bulunmadığı’ göz önüne alınarak delillerin değerlendirilmesi gerekeceğini”⁷⁵

--e) “Aktif tablosunda gösterilen satış bedeli dışında banka havalesi ile ancak satış tarihinden sonraki tarihlerde yapılan ödemeler ve haricen düzenlenen satış protokolünün her zaman düzenlenmesi mümkün olduğundan- alacaklıdan mal kaçırma amacını gerçekleştirmeye yönelik olabileceğinden, açılmış olan iptal davasının reddini gerektirmeyeceğini”⁷⁶

- f) “Borçlu ile üçüncü kişi arasındaki satışın ‘gerçek’ bir satış ve ödenen satış bedelinin ‘gerçek’ bir satış bedeli olduğunun -dosyadaki banka dekontundan ya da bankanın cevabi yazısından- anlaşılması halinde, açılmış olan tasarrufun iptali davasının reddi gerekeceğini”⁷⁷

- g) “Satışa yakın tarihlerde alıcının (davalı üçüncü kişinin) bankadan para çekmek suretiyle yaptığı ödemelerin ‘dava konusu taşınmaz satışına ilişkin olduğu’nun kabulü gerekeceğini”⁷⁸

-- “Mahkemece ‘inşaat mühendisi’, ‘hukukçu’ ve ‘emlak alım satım işlerinde uzman olan kişi’lerden oluşturulacak bilirkişi kurulu aracılığıyla yerinde keşif yapılarak, dava konusu taşınmazın tasarruf tarihindeki gerçek değerinin saptanması gerekeceğini”⁷⁹

- “Davaya konu taşınmaz üzerinde ‘fen memuru’, ‘emlak uzmanı’ ve ‘inşaat mühendisi’nden oluşan bilirkişi kurulu marifetiyle yerinde keşif yapılarak, taşınmazların tasarruf tarihindeki gerçek değerlerinin saptanması gerekeceğini”⁸⁰

- “Dava açıldıktan sonra, tapuda gösterilen satış bedelinin, beyanname verilerek arttırılmasının, sonuca etkili olmayacağını”⁸¹

- “Dava konusu şirket paylarının, tasarruf tarihindeki değerleri saptanarak, satış değeri ile gerçek değeri arasında fahiş fark bulunup bulunmadığı araştırılmadan ‘dava konusu şirketin borca batık olması nedeniyle, satışından alacaklıların zarar görmeyeceği’nin kabul edilerek, davanın reddedilemeyeceğini”⁸²

- “Davalı-üçüncü kişinin kötüniyetli olduğunun kanıtlanmaması ve tasarrufa konu taşınmazın tapudaki satış bedeliyle gerçek bedeli arasında fark bulunma-

75- Bknz: 17. HD. 5.2.2009 T. 3887/415

76- Bknz: 17. HD. 15.11.2007 T. 3238/3665

77- Bknz: 17. HD. 23.10.2007 T. 3598/3170; 20.9.2007 T. 3241/2721

78- Bknz: 17. HD. 17.7.2007 T. 3126/2525

79- Bknz: 17. HD. 11.2.2010 T. 355/1048

80- Bknz: 17. HD. 17.12.2009 T. 6793/8514

81- Bknz: 17. HD. 10.12.2009 T. 3947/8201

82- Bknz: 17. HD. 12.11.2009 T. 8068/7497

ması halinde, tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini"⁸³

- "Davalılar arasında el ve işbirliği kanıtlanmadıkça, rayiç kasko değeri üzerinden yapılan satışın iptaline karar verilemeyeceğini"⁸⁴

- "Dava konusu taşınmazın gerçek değerinin davalı-üçüncü kişi tarafından ödenmiş olduğunun, sunulan belgelerden anlaşılmış olması halinde, tasarrufun iptali davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini"⁸⁵

--"Davalı üçüncü kişi tarafından, üzerindeki intifa hakkı ile birlikte, borçludan satın alınmış olan taşınmazın değerinin intifa hakkı da değerlendirilerek saptanması gerekeceğini"⁸⁶

- "Çıplak mülkiyeti, borçlu tarafından üçüncü kişiye satılmış olan daire hakkında açılan tasarrufun iptali davasında, daire üzerindeki intifa hakkının taşınmazın satış değerine etkisi araştırılmadan karar verilemeyeceğini"⁸⁷

- "Alıcının, satış tarihine yakın tarihlerdeki banka hareketleriyle, 'satış bedelini ödediğini' isbat edebileceğini"⁸⁸

- "Dava konusu aracın gerçek değeri ile satış bedeli arasında fahiş fark bulunmaması halinde –İİK. 278/III-2 uyarınca- tasarrufun iptali davasının reddi gerekeceğini"⁸⁹

- "Davada ileri sürülen maddi olgu ve bulgulara uyan maddeleri bulup uygulamak ve hukuki nitelendirmeyi yapmak, HUMK. 76 uyarınca hakimın doğrudan görevi olduğundan, İİK. 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal nedenlerinin her davada ayrı ayrı değerlendirilerek iptal davasının sonuçlandırılması gerekeceğini"⁹⁰

- "Satış bedeli' ile 'satış tarihindeki gerçek değer' arasında 'pek aşağı bir bedel farkı' bulunmadığından, iptal nedeni olamayacak satışlar"⁹¹

- "Tasarrufa konu taşınmaz üzerinde ipotek (ya da haciz) bulunması halinde, mahkemece tapudan satış bedelinin sorulmasından sonra bu bedele satış tarihinde taşınmaz üzerinde bulunan ipotek bedellerinin de eklenerek bulunacak tutar ile yerine bilirkişi incelemesi yapılarak taşınmazın satış tarihindeki gerçek değere

83- Bknz: 17. HD. 29.9.2009 T. 4693/5796

84- Bknz: 17. HD. 29.9.2009 T. 3364/5794

85- Bknz: 17. HD. 16.6.2009 T. 1309/4305

86- Bknz: 17. HD. 13.4.2009 T. 5562/2306

87- Bknz: 17. HD. 23.3.2009 T. 5899/1629

88- Bknz: 17. HD. 24.2.2009 T. 4728/874

89- Bknz: 17. HD. 9.2.2009 T. 4630/464

90- Bknz: 17. HD. 19.1.2009 T. 2224/10

91- Bknz: 17. HD. 25.12.2008 T. 3555/5754; 2.6.2008 T. 1212/2901; 17.1.2008 T. 3995/128 vb.

rinin tesbit edilerek arada 'aşırı fark' bulunup bulunmadığının araştırılması gerekeceğini"⁹²

- "Verilen kesin süreye rağmen keşif ve bilirkişi incelemesi için gerekli giderlerin davacı-alacaklı tarafından yatırılmaması halinde, mahkemece, 'açılmış olan iptâl davasının reddine' karar verilmesi gerekeceğini"⁹³

- "Tasarrufa konu taşınmazın tapuda gösterilen satış bedeli ile tasarruf tarihindeki gerçek rayiç değeri arasında fahiş bir fark bulunmaması ve dolayısı ile çek İİK 278/III-2 maddesinin uygulanma olanağının bulunmaması halinde, davanın hemen reddedilmeyip olayın İİK. 280 bakımından da irdelenmesi gerekeceğini"⁹⁴

- "Tasarrufa konu taşınmazın tapuda düzenlenmiş olan akit tablosunda belirtilen değeri ile tasarruf tarihindeki keşif sonucu belirlenen değeri arasında büyük fark bulunması halinde, aradaki farkın borçlu davalıya ayrıca ödenmiş olduğunu kanıtlama yükümlülüğünün davalı üçüncü kişiye düştüğünü"⁹⁵

- "Tasarrufa konu taşınmazın tasarruf tarihindeki gerçek değerinin 'emlak piyasasından anlayan uzman bir bilirkişi aracılığı ile' taşınmazın başında keşif yapılarak serbest piyasa rayicine göre belirlenmesi gerekeceğini"⁹⁶

- "Tasarrufun iptali davalarında, dava konusu taşınmazın/taşınır 'keşif tarihindeki' değil, 'tasarruf tarihindeki' gerçek değerinin bilirkişi vasıtasıyla saptanması gerekeceğini"⁹⁷

- "Taşınmaz üzerindeki -ödendiği saptanan- ipotek bedelinin, satış bedeline ilave edilebilmesi için, bu bedelin taşınmazı ipotekli olarak satın alanlar tarafından ödenmiş olması gerekeceğini"⁹⁸

- "Satışın kısa aralıklarla yapılmış olmasının 'satın alan kişinin' (kişilerin) değil, olsa olsa 'onlara satan kişinin' kötüniyetli olduğunu göstereceğini"⁹⁹

- "Tasarrufun iptali davalarında İİK.nun 278/III-2 hükmünün uygulanabilmesi için, yerinde keşif yapılmasının gerektiğini"¹⁰⁰

- "Tasarruf tarihine göre yerinde değer takdiri yapılmadan satışın gerçek de-

92- Bknz: 17. HD. 27.5.2008 T. 337/2835; 13.5.2008 T. 947/2566; 6.5.2008 T. 1515/2403 vb.

93- Bknz: 17. HD. 6.11.2007 T. 3752/3438

94- Bknz: 17. HD. 10.7.2007 T. 3405/2424

95- Bknz: 17. HD. 14.5.2007 T. 2167/1646; 14.5.2007 T. 1713/1644; 15. HD. 5.7.2005 T. 1269/4009; 4.4.2002 T. 5945/1586 vb.

96- Bknz: 15. HD. 23.1.2007 T. 5878/255

97- Bknz: 15. HD. 5.7.2006 T. 2846/4195; HGK. 7.12.2005 T. 15-621/695; 15. HD. 29.1.2004 T. 6565/493 vb.

98- Bknz: 15. HD. 2.3.2006 T. 4452/1184

99- Bknz: 15. HD. 11.5.2005 T. 532/2327

100- Bknz: 17. HD. 5.2.2008 T. 5954/418; 15. HD. 19.1.2004 T. 6490/193; 11.12.2000 T. 4997/5463

ğerde olduğu kabul edilerek, 'davanın reddine' karar verilemeyeceğini"¹⁰¹

- "Dosyadaki tapu kaydı ve akit tablosu örneğinde, dava konusu taşınmazın cinsinin 'arsa' olarak belirtilmiş olmasına rağmen, kıymet takdirine ilişkin bilirkişi raporunda taşınmaza 'bina' olarak kıymet takdir edilmiş olması halinde, satış tarihinde taşınmaz üzerinde 'bina' olup olmadığının mahkemece araştırılması gerekeceğini"¹⁰²

- "Yirmiyedi milyara ipotek edilmiş olan taşınmazlar için, bilirkişi tarafından takdir edilmiş olan sekiz milyarlık değer inandırıcı sayılmayacağını"¹⁰³

- "Davalılar tarafından 'satın alındıktan sonra dava konusu taşınmazda tamiyat yaptırılarak değerinin arttırıldığı'nın ileri sürülmüş olması halinde, mahkemece bu husus araştırılarak bilirkişiden ek rapor alınmadan uyuşmazlığın sonuçlandırılmayacağını"¹⁰⁴

- "Davalı üçüncü kişinin (alıcının), tapuda -araba satışlarından; noter senesinde- gösterilen satış bedelinin üzerinde borçlu-satıcıya bir bedel ödediğini -yani; gerçek satış bedelinin, resmi sözleşmede gösterilen bedel olmadığını- iddia ve ispat edebileceğini"¹⁰⁵

- "Tasarruf tarihine göre yerinde değer takdiri yapılmadan tapudaki değerler esas alınarak, satışın gerçek değerde olduğu kabul edilerek 'davanın reddine' karar verilemeyeceği"¹⁰⁶

belirtmiştir.

3- Borçlunun kendi ve üçüncü kişi yararına, kaydı hayat koşulu ile irat (BK. mad. 507-510) veya intifa hakkı (MK. mad. 794) kurduğu sözleşmelerle, ölünceye kadar bakma sözleşmeleri (BK. mad. 511-519) (İİK. mad. 278/II-I-3)

Eğer borçlu, "ölünceye kadar bakma sözleşmesi" yaparken, gerçekte malvarlığının tümünü ya da bir kısmını alacaklılarından kaçırmak amacıyla hareket etmiş ve böyle yaptığı "ölünceye kadar bakma sözleşmesi" aynı zamanda bir "gizli bağışlama" niteliğinde bulunuyorsa, borçlunun alacaklıları, bu tasarruf hakkında "bağışlama" sebebine dayanarak, bu madde gereğince iptâl davası açabilirler.¹⁰⁷

101- Bknz: 17. HD. 27.9.2007 T. 3228/2830; 15. HD. 17.12.2003 T. 4474/6082; 13.11.1996 T. 4326/6005

102- Bknz: 15. HD. 3.10.2002 T. 2438/4396

103- Bknz: 15. HD. 18.9.2002 T. 3326/3957

104- Bknz: 15. HD. 17.1.2001 T. 5202/285

105- Bknz: 15. HD. 6.12.1995 T. 6650/7242; 28.12.1994 T. 4690/682; 12.10.1993 T. 3466/3982

106- Bknz: 15. HD. 20.12.1994 T. 6154/7729

107- TUNÇOMAĞ, K. Ölünceye Kadar Bakma Akdi, 1959, s: 163 vd.

Yüksek mahkeme¹⁰⁸ “olayda ayrıca muvazaa bulunduğu isbatına gerek kalmadan, ölünceye kadar bakma sözleşmelerinin mutlak olarak iptaline karar verilmesi gerekeceğini”

belirtmiştir...

Bu hükme dayanarak, iptâl davası açılabilmesi için burada da “ivazlar arasında eşitsizlik olmasının gerekip gerekmediği” konusunda duraksama olmuştur. Genellikle, doktrinde,¹⁰⁹ Federal Mahkeme tarafından da benimsenen görüş benimsenerek, “bu konuda böyle bir gereklilik olmadığı” kabul edilmektedir.

Federal mahkeme,¹¹⁰ “lehtarın, borçlunun durumunu bilmese veya bilmesine imkân olmasa ve karşılıklı edimler arasında nisetsizlik bulunmasa dahi, bu işlemin iptâli gerektiğini” belirtmiştir.

V- Yukarıdaki tasarruflar iptâle tâbi ise de, şunlar iptâle tâbi değildir;

a- “Mutad hediyeler” dolayısı ile iptâl davası açılmaz (İİK. mad. 278/1). Örneğin; nişanlanma, evlenme, yaş günü, sünnet vb. ilişkiler nedeniyle verilen hediyeler hakkında iptâl davası açılmaz.

Bir görüşe göre; “borçlunun karısı ve çocukları lehine kendi hayatını sigorta ettirmesi, ahlaki bir görev olduğundan, ‘bağışlama’ olarak kabul edilemez”...¹¹¹

Hediyenin “mutad olup olmadığı” örf ve âdete, ilgililerin kişisel durumlarına ve buldukları çevreye göre tesbit ve takdir edilir. Verilen hediye, borçlunun ekonomik ve sosyal durumu ile orantılı değilse, borçlunun bu tasarrufu iptâl edilir.¹¹²

b- “Bağışlama vaadi veya ifa edilmemiş bir taahhüt” iptale konu olmaz. Sadece “tasarrufi işlemler” iptale konu olduğundan, “borçlandırıcı işlem” olan bağışlama vaadi, İİK. mad. 278/1’de öngörülen iki senelik süreden önce yapılmış ve fakat tasarrufi işlem iki senelik süre içinde yapılmışsa, tasarruf iptal edilir.¹¹³

108- Bknz: 13. HD. 16.4.1974 T. 640/925

109- UMAR, B. a.g.e. s: 68 - YILDIRIM, M. K. a.g.e. s: 185 - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E. a.g.e. s: 143.

110- BRAND, E. (Çev. ARAS, F.A.) İptal Davası (İsviçre Federal Mahkemesi İcra ve İflas Dairesi İçtihatları) s: 9, No. 12.

111- BRAND, E., a.g.e. s: 10, No: 14 - AKYAZAN, S. a.g.e. s: 182.

112- UMAR, B. a.g.e. s: 66 - ÖNDER, A. İptal Davası (Ad. Ceridesi, 1942/6, s: 932) - OLGAÇ, S. a.g.m. s: 463 - YILDIRIM, M. K. a.g.e. s: 177

113- KURU, B. a.g.e.C4, s: 3423 - KURU, B. El Kitabı, s: 1200- ANSAY, S. Ş. Hukuk, İcra ve İflas Usulleri, s: 327 - BERKİN, N. a.g.e. s: 508.

c- “Ahlaki bir borcun ifası için verilen şeyler” (BK. mad. 234/III) de -”ivazsız” sayılamayacağı için- iptal davasına konu olamaz.¹¹⁴

VI- Uygulamadaki önemi nedeniyle ayrıca belirtelim ki; “davada ileri sürülen maddi olgu ve bulgulara uygun maddeleri bulup uygulamak ve hukuki nitelendirmeyi yapmak, HUMK. 76. uyarınca hakimin doğrudan görevi olduğundan, İİK. 278, 279 ve 280. maddelerinde yazılı iptal nedenlerinin her davada ayrı ayrı değerlendirilerek iptal davasının sonuçlandırılması” gerekir (Bu konuda bknz: 17. HD. 25.5.2009 T. 785/3563; 25.11.2008 T. 3756/5534)

VII- İcra ve İflas Kanununda -mad. 278- öngörülen borçlunun “ivazsız tasarrufları”nın iptali için gerçekleşmesi gereken koşullar hakkında yaptığımız yukarıdaki açıklamalar, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında (ki) Kanun’da düzenlenen “ivazsız tasarrufların iptali için”de -kural olarak- aynen geçerlidir.

Gerçekten, bu konu anılan Kanunda “ivazsız tasarrufların hükümsüzlüğü” kenar başlıklı 27. madde* ile “bağışlama sayılan tasarruflar” kenar başlıklı 28. madde** de -İİK. mad. 278 hükmüne paralel şekilde- düzenlenmiştir.

6183 sayılı Kanun açısından da, borçlunun ivazsız tasarruflarının iptal edilebilmesi için, bunların “geriye doğru iki yıl içinde” yapılmış olması gerekir. Ancak, burada iki yıllık sürenin başlangıcı ‘ödeme müddetinin başladığı tarih’ olarak öngörülmüştür. Yani, İİK. mad. 278/1’de yer alan ‘haciz’, ‘aciz’ kavramlarının yerini burada ‘ödeme müddetinin başladığı tarih’ kavramı almıştır.¹¹⁵

“Kamu alacağının ödenmesi” konusu, 6183 sayılı Kanunun 37. maddesi ile Vergi Usul Kanununun 111. maddelerinde düzenlenmiştir.

Bir kamu alacağından dolayı 6183 sayılı Kanuna göre iptal davası açılabilmesi için –ileride; “dördüncü bölüm”, §g’de daha ayrıntılı biçimde açıklayacağımız gibi– herşeyden önce, doğmuş olan kamu alacağının “kesinleşmiş ve

114- BERKİN, N. a.g.e. s: 506 - BERKİN, N. Rehber, s: 112 - ALTAY, S. a.g.e. s: 676 - OLGAÇ, S. a.g.m. s: 413

MADDE: 27 - «Amme alacağını ödememiş borçlulardan, müddetinde veya hapsen tazyikine rağmen mal beyanında bulunmayanlarla, malı bulunmadığını bildiren veyahut beyan ettiği malların borcuna kifayetsizliği anlaşılınların, ödeme müddetinin başladığı tarihten geriye doğru iki yıl içinde veya ödeme müddetinin başlamasından sonra yaptıkları bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar hükümsüzdür.»

** MADDE: 28 - «Yirmi yedinci maddenin tatbiki bakımından aşağıdaki tasarruflar bağışlama hükmün- dedir:

1. Üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan hisimleriyle, eşler ve ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) sıhrî hisimler arasında yapılan ivazlı tasarruflar,
2. Kendi verdiği malın, akdin yapıldığı sıradaki değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitler,
3. Borçlunun kendisine yahut üçüncü bir şahıs menfaatine kaydı irat şartıyla irat ve intifa hakkı tesis ettiği akitler.»

115- ASKAN, F. Kamu İcra Hukukunda İptâl Davaları, 2007, s:37 - TOKTAŞ, M. Kamu Alacağının Korunmasında Tasarrufların İptali Davaları, 2009, s:91

muaccel (ödeme günü geçmiş) olması” gerekir. Kamu alacağının ödeme süresinin son günü, borcun ‘vade tarihi’dir (mad. 37/III). Vade tarihinde ödenmeyen ve böylece muaccel hale gelen kamu alacağı için, kamu idaresince icra takibi yapılabilir.

Borçlunun “ivazsız tasarrufları” hakkında, 6183 sayılı Kanuna göre iptal davası açılabilmesi için, bu tasarrufun sadece “ödeme müddetinin başladığı tarihten itibaren geriye doğru iki yıl içinde yapılmış olması” –‘zaman koşulu’ olarak– yeterlidir.

Acaba ayrıca, ‘kamu alacağının, iptal konusu “ivazsız tasarruf”tan önce doğmuş olması’ gereklidir? Bu konunun doktrinde tartışmalı olduğunu görüyoruz. Bir görüşe göre,¹¹⁶ iptal davası açılabilmesi için –İİK. mad. 278’e göre açılan iptal davalarında olduğu gibi– kamu alacağı, tasarruftan önce doğmuş olmalıdır. Buna karşın katıldığımız diğer bir görüşe göre¹¹⁷ ise “Hükümet gerekçesinde de ifade edildiği üzere, ileride doğacak kamu borçlarını ödemeyecek derecede malvarlığını önceden azaltan kişinin yaptığı bu tasarrufların kamu idaresine karşı geçersiz sayılması kamu yararı yönünden gerekli görülmüştür. Ayrıca kanun tasarının TBMM’de görüşülmesi sırasında da bu husus tartışılmış ve “*kamu alacağını doğuran olayın doğumundan önce yapılan tasarrufların maddenin kapsamı dışında bırakılması*” teklifi reddedilmiş ve madde bugünkü şekilde kabul edilmiştir. Bu nedenle, 6183 sayılı Kanuna göre yapılan icra takiplerine dayalı iptâl davalarında, “kamu borcunun ödenmesi gereken tarihten itibaren geriye doğru iki yıl içinde veya ödeme müddetinden sonra yapılan ivazsız tasarruflar, borcun doğum tarihine bakılmaksızın iptâli konu olur. Kanımızca da, 6183 sayılı Kanunun 27. maddesinde, İİK. mad. 278/T’e paralel bir hüküm yer almadığından ve mutlak olarak “*ödeme müddetinin başladığı tarihten itibaren geriye doğru iki yıl içinde yapılan ivazsız tasarrufların iptâl edileceği*” öngörüldüğünden, kanunda yer almayan bir kısıtlamanın, tasarrufun iptâli koşulu olarak ayrıca aranması hukuk tekniğine de aykırı olur...¹¹⁸

Yüksek mahkeme bu konudaki içtihatlarında -birinci görüş doğrultusunda- “6183 sayılı Kanuna dayanılarak açılan tasarrufun iptali davalarında ‘iptal kararı’ verilebilmesi için, davacı-idarenin kamu alacağının ‘dava konusu tasarruftan önce’ doğmuş olması gerekeceğini” belirtmiştir.¹¹⁹

116- ŞİMŞEK, E. *Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi*, 1990, s: 224. - Aynı görüşte; ÖZMEN, İ. 6183 Yasadan Kaynaklanan Tasarrufun İptali Davaları (Tür. Not. Bir. Huk. D. Mayıs/2009, s: 142, s:52) - GERÇEK, A. *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku*, 2010, s:168

117- KOSTAKOĞLU, C. 6183 sayılı Kanuna Göre Amme Alacaklarının Tahsil Yönünden İptâl Davası (Yarg. D. 1991/1-2, s: 13 vd. - Yasa D. 1990/9, s:1237 vd.)

118- ASKAN, F. a.g.e. tez, s:54

119- Bknz: 17. HD. 9.10.2007 T. 3034/3030; 15. HD. 5.10.2004 T. 2573/4847; 2.4.2002 T. 1363/1549; 1.4.2002 T. 4.10.1999 T. 2389/3628 vb.

6183 sayılı Kanununun 27. maddesinde, İİK. mad. 278/1'den farklı olarak, “mutad hediyeler’in iptâl davasına konu edilemeyeceği” ayrıca belirtilmemişse de, bunların -İcra ve İflâs Kanununa göre açılan iptâl davalarında olduğu gibi- iptâl dışı bırakılması isabetli olur.¹²⁰

6183 sayılı Kanununun 28. maddesinde “bağışlama sayılan tasarruflar” İİK. mad. 278/III hükmüne paralel olarak öngörülmüştür. Bu düzenleme yapılırken, iki kanun arasında üç konuda -içerik bakımından- farklılık meydana gelmiştir:

1) Madde 28/1'de “ikinci dereceye kadar sıhri hısımlar arasındaki” ivazlı tasarruflar, “bağışlama hükmünde” kabul edilmişken, İİK. mad. 278/III-1'de -3494 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonucu- “üçüncü dereceye kadar sıhri hısımlar arasındaki” ivazlı tasarruflar “bağışlama hükmünde” sayılarak, maddenin kapsamı genişletilmiştir. Bu nedenle, İİK. mad. 278/III-1'deki bu değişikliğin, 6183 sayılı Kanununun 28/1. maddesine de yansıtılması -kanunda değişiklik yapılarak- isabetli olacaktır...

2) Madde 28/1'de “evlatlık ile evlat edinen arasındaki” ivazlı tasarrufların, bağışlama hükmünde olduğu” belirtilmemiş, buna karşın, aynı husus İİK. mad. 278/III-1'de yer almıştır.

Bu nedenle, 6183 sayılı Kanununun 28. maddesi açısından, “evlatlık ile evlat edinen arasındaki ivazlı tasarruflar”ı, “bağışlama” sayma olanağı yoktur. Bu kişiler arasındaki ivazlı tasarruflar ancak 6183 sayılı Kanununun 30. maddesindeki koşullar çerçevesinde, iptâl davasına konu olabilecektir.¹²¹

3) Madde 28/3'de borçlunun yaptığı “ölünceye kadar bakma akitleri”nin “bağışlama hükmünde olduğu” belirtilmemişken, aynı husus İİK. mad. 278/III-3'de açıkça öngörülmüştür.

Bu nedenle, borçlunun yaptığı “ölünceye kadar bakma sözleşmeleri”ni, ancak 6183 sayılı yasanın 30. maddesindeki koşullar çerçevesinde iptâl ettirebilmek mümkün olacaktır.

6183 sayılı Kanuna (mad. 28, 29) göre açılan iptâl davaları için yukarıda belirtilen özellikler çerçevesinde, “borçlunun ivazsız tasarruflarının iptâli” konusunda -İİK. mad. 278 bakımından daha önce yapılan açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Özellikle, “borçlunun ivazsız tasarrufu yaptığı sırada aciz halinde bulunup bulunmaması”, “borçluda alacaklılarına zarar verme veya bunlardan bir kaçını kayırma kasdının bulunup bulunmaması” ve “ivazsız tasarruftan yararlananın iyiniyetli olup olmaması”¹²² bu kanuna göre açılacak

120- Aynı görüşte: ŞİMŞEK, E. a.g.e. sh: 225

121- ŞİMŞEK, E. a.g.e. sh: 229

122- GÜNEREN, A. age. s:742 - Aynı doğrultuda; Bknz: 15. HD. 21.12.1987 T. 2436/4535- 13. HD. 25.6.1979 T. 3011/3770

iptâl davalarında da rol oynamaz.

Yüksek mahkeme, konumuzla -yani; 6183 sayılı Kanununun 27 ve 28. maddesi ile- ilgili içtihatlarında;

- “6183 sayılı Kanun uyarınca, kamu alacağından dolayı damat ile kayınvallide arasındaki tasarrufun iptali için dava açılabilceğini”¹²³

- “‘Borçlu’ ile ‘kardeşi’ arasındaki tasarrufların, 6183 sayılı Kanununun 28/1 uyarınca iptale tabi olduğunu”¹²⁴

- “6183 sayılı Kanun uyarınca, kamu alacağından dolayı dede ile torun arasındaki tasarrufun iptali için dava açılabilceğini”¹²⁵

- “Borçlu ile babası arasındaki tasarrufların iptali için, 6183 sayılı Kanuna göre –kamu alacağından dolayı- iptal davası açılabilceğini”¹²⁶

- “6183 sayılı Kanununun 28/2. maddesi uyarınca, tasarrufun iptali davası açılabilmesi için, dava konusu taşınmazın ‘tapudaki satış değeri’ ile ‘gerçek değeri’ arasında ‘bir misli ya da daha fazla fark’ bulunması gerekeceğini (ancak bu durumda, farkın ‘fahiş’ olarak kabul edilerek tasarrufun iptaline karar verilebileceğini)”¹²⁷

- “6183 sayılı Kanununun 28/2. maddesine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, ‘borçlu’ ile ‘üçüncü kişi’ arasında yapılan satışta, edimler arasında aşırı fark (tapudaki satış bedeli ile gerçek değeri arasında bir misli ya da daha fazla fark) bulunması ve bu farkın (ya da; taşınmazın tasarruf tarihindeki bilirkişilerce saptanan gerçek değerinin) ödendiğinin üçüncü kişi tarafından ‘yasal ve inandırıcı delillerle’ kanıtlanamaması halinde, mahkemece, tasarrufun iptali davasının kabulüne karar verilmesi gerekeceğini”¹²⁸

- “6183 sayılı Kanun uyarınca, kamu alacağından dolayı, karı-koca arasındaki tasarrufun iptali için açılan davada, ‘tasarrufun iptaline’ karar verilmesi gerekeceği”¹²⁹

- “‘Borçlu’ ile ‘babası’ arasındaki tasarrufların, 6183 sayılı Kanununun 28/1. maddesi uyarınca iptale tâbi olduğunu”¹³⁰

- “Tapu Sicil Müdürlüğünde düzenlenen akit tablosu suretine göre taşınmaz ipotekle yükümlü olarak satılmış ise de, dosya kapsamına göre ipotek bedelinin

123 Bknz: 17. HD. 16.3.2010 T. 5889/2301; 29.12.2009 T. 8717/9128; 25.5.2009 T. 614/3560

124- Bknz: 17. HD. 18.2.2010 T. 10484/1317; 1.10.2009 T. 7132/5860; 3.7.2008 T. 741/3717 vb.

125- Bknz: 17. HD. 2.2.2010 T. 9900/706

126- Bknz: 17. HD. 24.6.2010 T. 2105/5924; 21.1.2010 T. 14/185

127- Bknz: 17. HD. 24.12.2009 T. 6695/8848; 1.10.2009 T. 4958/5858; 1.10.2009 T. 6872/5869

128- Bknz: 17. HD. 23.11.2009 T. 7917/7792; 14.1.2008 T. 5524/46; 25.9.2007 T. 3274/2799

129- Bknz: 17. HD. 28.9.2009 T. 5861/5737; 9.2.2009 T. 484/467; 15. HD. 20.11.1989 T. 3401/4848

130- Bknz: 17. HD. 25.5.2009 T. 825/3564; 9.10.2007 T. 3034/3030

satıştan önce davalı borçlu tarafından ödendiği anlaşıldığından, bu durumda taşınmazın tapuda gösterilen satış bedeli ile keşifte tespit edilen gerçek bedeli arasında bir mislinden fazla fark bulunması nedeniyle 6183 sayılı Yasa'nın 28/2 maddesi hükmünce yapılan işlem "bağış niteliğinde olduğundan "davanın kabulüne" karar verilmesi gerekeceğini"¹³¹

- "Tasarrufun iptâli davalarında, dava konusu taşınmazın/taşınırın tasarruf tarihindeki gerçek rayiç değerinin ne olduğunun 'keşif' yapılarak ve 'bilirkişi' aracılığı ile belirlenmesi gerekeceğini"¹³²

- "Borçlu" ile 'yeğeni' arasındaki tasarrufların, 6183 sayılı Kanununun 28/1. maddesi uyarınca iptale tâbi olduğunu"¹³³

- "Sihri (kayın) hısımlığının eşlerden biri ile diğerinin kan hısımları arasında karşılıklı olarak kurulan bir bağ olduğu ve evlenmenin ortadan kalkmasıyla bu hısımlık ortadan kalkmayacağından, borçlu ile (önceki) gelini arasındaki tasarruf işleminin -6183 sayılı Kanununun 27. ve 28. maddeleri uyarınca- iptale tabi olduğunu"¹³⁴

- "Borçlu ile işlemde bulunmuş olan üçüncü kişinin 'tapuda gösterilen' miktar dışında ayrıca diğer davalı borçluya ödemedede bulunmuş olduğunu iddia ve isbat etmiş olmadıkça -tapuda gösterilen satış bedeli ile taşınmazın satış tarihindeki gerçek değeri arasında fahiş bir fark bulunması halinde- yapılan satış işleminin iptaline karar verilmesi gerekeceğini"¹³⁵

- "Borçlunun 'ödeme süresinin başladığı tarihten geriye doğru iki yıl içinde' veya 'ödeme süresinin başlamasından sonra' yaptığı bağışlamalar ile ivazsız tasarrufların hükümsüz olup, 6183 sayılı Kanununun 28/2 gereğince de 'kendi verdiği malın akdin yapıldığı sıradaki değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitler'in bağışlama hükmünde olacağını"¹³⁶

- "6183 sayılı Kanununun 28/2 hükmünün 'borçlu' ile 'ondan dava konusu taşınır/taşınmazı devralan üçüncü kişi' hakkında uygulanabileceğini; 'üçüncü kişi' ile 'ondan devralan dördüncü kişi' arasındaki tasarruflarda bu hükmün uygulanamayacağını (Bu durumda ancak dördüncü kişinin kötüniyetli olduğu kanıtlanırsa, tasarrufun iptaline karar verilebileceğini)"¹³⁷

- "Kamu (vergi) borcunun doğumundan sonra, borçluya ait payı, borçludan,

131- Bknz: HGK. 19.3.2008 T. 15/244-252

132- Bknz: 17. HD. 29.1.2008 T. 5645/363; 19.7.2007 T. 1733/2554

133- Bknz: 17. HD. 8.11.2007 T. 3027/3502; 19.7.2007 T. 3713/2548

134- Bknz: 15. HD. 19.11.2003 T. 4277/5571

135- Bknz: 15. HD. 29.5.2002 T. 1468/2870; 15.5.1997 T. 2247/2588; 20.5.1988 T. 1869/2117 vb.

136- Bknz: 15. HD. 11.1.2001 T. 5642/184

137- Bknz: 15. HD. 27.11.1997 T. 5099/5076

akit tablosunda gösterilen bedeli ödemededen geri almış olan üçüncü kişi hakkında açılan iptal davasının kabulü gerekeceğini”¹³⁸

- “Kamu alacağından dolayı- ‘enişte kayınbirader’, ‘kardeş gibi yakın akrabalar arasındaki- ‘bağışlama’ hükmünde olan tasarrufların iptale tâbi olabilmesi için, ‘ödeme süresinin başladığı tarihten geriye doğru iki sene içinde veya ödeme süresinin başlamasından sonra’ yapılmış olması gerektiğini”¹³⁹

- “6183 sayılı Kanununun 27. maddesindeki “ödeme müddetinin başladığı tarihten geriye doğru iki yıl içinde yapılan tasarruflar”dan maksadın ‘Vergi Mahkemesindeki davanın kesinleşmesinden sonra başlayacak olan yeni bir ödeme müddeti olmayıp, ilk normal ödeme müddetinden geriye doğru iki yıl içerisinde yapılmış olan tasarruflar’ olduğu”¹⁴⁰

- “6183 sayılı Kanun uyarınca, kamu alacağından dolayı açılan iptal davalarında, satışa konu aracın, satış tarihindeki gerçek değerinin bilirkişilere tesbit ettirilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini”¹⁴¹

belirtmiştir...

138- Bknz: 15. HD. 6.3.1994 T. 6060/1483

139- Bknz: 15. HD. 18.3.1996 T. 1130/1408; 9.11.1992 T. 5656/5193

140- Bknz: 15. HD. 16.1.1995 T. 6377/76

141- Bknz: 15. HD. 30.11.1988 T. 2727/4089

Değişiklikleri Aşamalı Yürürlüğe Girecek Temel Yasalardan Biri: Yeni Türk Ticaret Kanunu

■ Beydağ (Tıraş) ÖNERİ*

(Sayın meslektaşlarım, aşağıda okuyacağınız metin Türk Ticaret Kanunu'nda yapılan esaslı değişikliklerin bir kısmının salt kanun metni ile genel ve madde gerekçelerinin taranması suretiyle yapılmış bir derleme çalışmasının sonucudur. Metin içinde neredeyse hiç düzeyinde şahsi yorum ve yaklaşıma yer verilmiştir. Zira bu metnin hiçbir akademik iddiası bulunmadığı gibi, şahsım da ticaret davalarıyla fazlasıyla hemhal olmuş bir avukat sayılmam.)

Tarafımdan istenen bir seminer çalışması nedeniyle yaptığım ve sunduğum bu hazırlıktan haberi olan meslektaşlarımın bu çalışmadan yararlanma arzularını dile getirmeleri üzerine bu metni Baro Dergisinde sizlerle paylaşma fikri oluştu.

Yeni Türk Ticaret Yasası ile getirilen değişikliklerin çok genel olarak ana başlıklarını ve kendimce önemli saydığım bazı hususlarını derlemeye çalıştım. Eğer yanlış anladığım veya yorumladığım kısımlar olmuş ise, lütfen bunu pratik eksikliğime veriniz.)

1957 yılında yürürlüğe giren ve yaklaşık 50 yıldır uygulanan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunumuz, döneminin koşulları düşünüldüğünde oldukça modern ve genç Türkiye'nin yeni yeni oturmaya başlayan ekonomik yapısını ve sanayileşmesini hukuksal olarak destekleyen bir metin olarak karşımıza çıkıyor.

* Avukat, İzmir Barosu üyesi.

Ancak son 50 yılda gerek ülkemizde gerekse dünya ekonomisinde ve sosyal yapıdaki değişiklikler, teknolojik ilerleme sonucu ülkeler arasındaki sınırların zorlanması, iletişim çağının yeni kuralları ile iç ve dış ticaret mekanizmaları arasındaki ilişkiler, birçok değişiklik ve yeni düzenlemeyi öngörüyor ve çağırıyordu.

Gerek meslek örgütleri, barolar, mali müşavir odaları, gerekse üniversiteler, ticaret odaları ve diğer yapılanmaların istem, gereksinim, ön çalışma ve katkılarıyla 2000 yılında başlayan komisyon çalışmaları 5 yıl kadar sürmüştür. Bu komisyonca oluşturulan Türk Ticaret Kanunu tasarısı, maalesef son 5 yılını da meclis komisyonları ve bürokratik aşamalarda tamamlayarak, biraz da “raflarda tozlanarak” geçirmiş; deyim yerindeyse daha kullanıma girmeden bazı açılardan eskimiş ve son aşamada revize edilmiştir.

Metnin elverdiği ve engel olmadığı ölçüde yargı kararlarıyla giderilmeye çalışılan uygulama/düzenleme çelişkinin, istikrarlı yargı kararlarının da yasamaya yansıtılması ile ortadan kaldırılması hedeflenmiştir.

Elbette bu kapsamda bir yasa değişikliğinin ilgili tüm resmi ve özel yapının katılım, katkı ve önerilerine ve özellikle eleştirilerine açık şekilde oluşturulması ve çağın gereksinimlerine cevap vermesi için geniş bir zaman gerekirken ise de; bu sürenin fazlaca uzaması yukarıda söz ettiğim sakıncaları da gündeme getirmektedir.

Yine de yeni ticaret kanunumuzun, dilinin arlaşması, işlerliği olmayan ya da kaybolan maddelerin ayıklanması, sistematığın daha anlaşılır hale gelmesi ve ticaret hayatının gereklerine ve yeni oluşumlara olanak tanınması anlamında öncü ve yenilikçi yanını da göz ardı etmemeliyiz.

Elbette bu yasa değişikliğinin tek sebebi iç dinamiklerin gereksinimlerinin karşılanması değildir. Ülkemizin 60 yılından beri üyesi olduğu AET ya da yeni adıyla Avrupa Topluluğu'nun Yönergeleri ve Avrupa Birliğinin katılım ortaklığı anlaşmasının ilgili hükümleri de bu süreci zorlamış ve etkilemiştir.

Şimdi Yeni Türk Ticaret Yasası ile getirilen esaslı değişikliklere kısaca değinelim. Yasanın 1535 maddeden oluştuğu ve bu maddelerin neredeyse % 70inde önemli değişiklikler bulunduğu düşünüldüğünde; hepsine değinmek mümkün değilse de temel değişiklikleri kısaca aktarmaya çalışacağım.

Genel olarak değişiklikler

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 13 Ocak 2011 de kabul edilmiş ve 14 Şubat 2011 de Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Yasanın yürürlük tarihi 1 Temmuz 2012 ise de, bazı maddelerde farklı yürürlük tarihleri öngörülmüştür.

TTK'nın giriş hükümlerinden başlamak gerekirse;

Eski yasanın açık olmayan ifadesi nedeniyle özellikle kredi kartları ve tak-

sitli satışlarda sorun olarak karşımıza çıkan “bileşik faiz” kavramı netleşmiş, bileşik faizin sadece tarafları tacir olan cari hesap ve ödünç sözleşmelerinde kullanılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükme aykırı olan sözleşmeler 3 ay içinde değiştirilecek ya da yok hükmünde sayılacaktır.

Kefalet kavramı, ne zamandır Yargıtay kararları ile istikrarlı bir uygulamaya kavuştuysa da gerek Borçlar Yasası gerekse Ticaret Yasasında da uygunluk sağlanmış; kefaletin geçerli olabilmesi için içeriği ve miktarının belirli olması, temerrüt faizi uygulanabilmesi için ise öncelikle ihbar zorunluluğu düzenlenmiştir.

Tacirler arasındaki her türlü ihbar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla yapılabileceği gibi güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile de yapılabilecektir.

Ticari satışlarda uygulanacak zamanaşımını daha uzun tutan düzenleme Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler hakkında BM Antlaşmasına aykırı olduğundan; aradaki fark kaldırılmıştır.

Ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasına ilişkin usul ve esaslar hakkında –5 ay içinde- bir tüzük çıkartılacak, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde herkesin ulaşımına açık ortak merkezi veri tabanı oluşturulacaktır. 559 sayılı KHK ile ortaya çıkan güvenlik boşluğu da giderilmiş, sicil kayıtlarından doğacak zararlardan Devletin zincirleme sorumlu olmaları esası getirilmiştir.

Vergi Usul Kanununun 153/2 maddesi ile uyumlu olarak artık ticaret sicili memurlukları, tescil için başvuran kurumlar vergisi mükelleflerinin başvuru evraklarının bir suretini ilgili vergi dairesine intikal ettirecek, Böylece mükelleflerin ayrıca işe başlamayı bildirme külfetleri ortadan kalkacaktır.

AT hukukuna ilişkin uluslararası yönergelerde önemle altı çizilen kavramların başında ŞEFFAFLIK gelmektedir. Yeni kanunda buna ilişkin birçok düzenleme mevcuttur.

Ticari işletmeye ilişkin her türlü kâğıt ve belgede, tacirin sicil numarası, ticaret unvanı, işletmesinin merkezi, tacir sermaye şirketi ise taahhüt edilen ve ödenen sermaye, internet sitesinin adresi ve numarası gösterilir.

Anonim, limitet ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde, sırasıyla yönetim kurulu başkan ve üyelerinin; müdürlerin ve yöneticilerin adları ile soyadları gösterilir. Tüm bu bilgiler şirketin internet sitesinde de yayımlanır.

Ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümler FSEK ve Marka Patent mevzuatına eşdeğer şekilde geliştirilmiştir.

Bilindiği gibi “Rekabet Hukuku” uluslar arası arenada son yıllarda hızla

değişen ve gelişen bir hukuk alanıdır. Eski yasanın haksız rekabetin önlenmesine ilişkin düzenlemeleri kaynak İsviçre kanununun yapı ve uygulamasından kaynaklanan yetersizlikler içermekteydi. Yeni yasa ile ekonomi, tüketici ve kamunun her üçünün de menfaatine dürüst ve bozulmamış bir rekabet amaçlanmaktadır.

55. madde bu anlamıyla çok geniş ve detaylı şekilde “haksız rekabet oluşturacak” davranışların başlıcalarını saymış olup; yanıltıcı reklâm, kötölemek, saldırgan satış, gizlemek ya da aydınlatmamak, kampanyalı/armağanlı/yönlendirici satışlar gibi ekonominin ve ticaretin her alanında çokça karşımıza çıkacak en önemli düzenlemelerdendir. Rekabetin gittikçe arttığı ve basın yayın ve bilişim araçlarının kullanımının yaygınlaştığı günümüzde; tüketici örgütlerine “dava açma” hakkının da tanındığını düşünürsek, yargıya çok iş düşeceği açıktır.

Kıymetli evrak (çek) konusundaki değişiklikler

Kıymetli evrak konusunda yasada sistematik ve kapsamlı bir değişiklik bulunmamaktadır. Kuşkusuz bunda 2009 yılı sonunda kabul edilen 5941 Sayılı Çek Kanunu ile zaten çok detaylı düzenlemeler yapılmış olmasının payı vardır.

Bildiğiniz gibi ülkemizde çek kullanımı yaygındır. Ticari hayatta yaygın olarak karşılaşılan ve taraflar arasında bir centilmenlik anlaşmasına dayanan, vadeli çek uygulaması, ekonomik açıdan bir kaydi para oluşturma mekanizmasıdır ve vadeli çek düzenlemekle satın alma gücü yaratılmaktadır.

Ancak son 10 yılın verilerine baktığımızda, karşılıksız çıkan çeklerin ticaret hayatına olumsuz etkilerinin yaşanması, ekonomik krizlerin ödeme koşullarını çok aşağılara çekmesi sonucu çek adeta “ödeme” aracı olmaktan çıkmış, hukuk ve ceza yargılamaları ile icra hukukunun “süjesine” dönüşmüştür.

Bu nedenlerle genel olarak çek kullanım esasları zorlaştırılmış, çek kullanabilecek kişi ve kurum sayısı kısıtlanmıştır. Bankaların çek hesabı açma ve çeklerin tahsil sürecindeki yasal yükümlülükleri artırılmıştır.

Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının kısmen veya tamamen ödenmemiş olması halinde, bu çekle ilgili olarak hukuki takip yapılamayacaktır. Hukuki takip yapılabilmesi için çekin üzerinde yazılı kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksız işlemine tabi tutulması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile çek, vadeli çekerle yaklaştırılmıştır. Ancak, bu hüküm 1 Ocak 2012 tarihinden sonrası için geçerlidir.

Karşılıksız çek keşide eden gerçek ve tüzel kişi hakkında her bir çek ile ilgili olarak adli para cezası verilebilecektir.

Hakkında soruşturma veya kovuşturma başlatılmış ya da kesinleşmiş bir hükümlerle mahkûm olan kişilerden; birinci yılda borcun 1/3 ünü olmak üzere toplam iki yıl içinde ödemeyi taahhüt edenlerin kovuşturma ve soruşturmaların durmasına, hükmün infazının ertelenmesine, ödemelerin gerçekleşmesi halinde soruşturma ve kovuşturmaya yer olmadığına ve davanın düşmesine veya hükmün ortadan kalkacağına karar verileceği, aksi halde soruşturmaya, kovuşturmaya veya infaza devam olunacağı hükme bağlanmıştır.

Ticaret şirketleri (madde 124-210) kavramındaki değişiklikler

Ülkemizde geçmişten gelen geleneksel ticari ilişki biçimleri, Ticaret Kanununun tarif ettiği anlamda sermaye ya da şahıs şirketlerine dönüşeli çok zaman olmasına rağmen, bu şirketlerdeki kurumsal yapının gerçek anlamıyla oturmasında zorluklar yaşandığı malumunuzdur.

Üstelik bu sorunlar sadece halk arasında “aile şirketi” olarak tanımlanan küçük ölçekli işletmelerde değil, yüzlerce çalışanı ve iş hacmiyle göz dolduran “büyük” şirketlerde dahi yaşanabilmektedir. Ekonomik denge ve istikrarın sağlanabilmesi için kuşkusuz sağlam ve kurumsallaşmış yapılara ihtiyaç vardır.

Yeni düzenlemeler ile hedeflenen kurumsal yönetimin dört ana esasını hataya geçirmektedir:

Birincisi, ŞEFFAFLIK: Şirketlerin ortakları, pay sahipleri, menfaat sahipleri, alacaklılar ve her tür ilgililer için önemli olan tüm bilgi, plan, proje ve raporların paylaşımına açılmasıdır. Ticaret sicili ve internet sitesi yoluyla paylaşım kamuya açık hale gelecektir.

İkincisi, ADİLLİK: Sadece pay sahiplerine değil, çalışanlara, alacaklılara, müşterilere yani şirketle menfaat ilkesi bulunan herkese hatta kamuya “eşit işlem” ilkesi ile örtüşür. 1920’lerin “işletmenin kendisi için var olduğuna” ilişkin teorilerinden yola çıkarak geline son noktada Adillik; şeffaflık temelinde iyi yönetim ve denetimle menfaatlerin ideal noktada uyuşturulması gereği şeklinde özetlenebilir.

Üçüncüsü, HESAP VERİLEBİLİRLİK: Şirketlerin kararlarının haklı bir sebebi ve temeli olduğuna, profesyonel niteliğine ve hesap sorma kanallarının açıklığına gönderme yapmaktadır.

Dördüncüsü ve sonuncusu ise, SORUMLULUK’tur. Görevden kaynaklanan yükümlülükler tam bağlılık, gereği gibi ve hesabını verecek şekilde yerine getirme ve sonuçlarının sorumluluğunu taşıma şeklinde tarif edilebilir.

Elbette, bunlar hiç kimsenin karşı çıkacağı değerler değildir. Bu nedenle kurumsal yönetim ilkeleri dünya çapında ilgi görmüş, yaygınlık kazanmış, hemen her Avrupa ülkesi mevzuatını bu yönde geliştirme yoluna girmiştir.

Ancak bu ilkelerin yerleşip yerleşmeyeceği, uygulama içinde kendini gösterecektir.

Maddeler bazında yapılan değişiklikler

Ticaret şirketlerinde ortaklarca sermaye olarak konulabilecek maddi değerler daha detaylı düzenlenmiş ve esasları netleştirilmiştir.

Önemli bir husus sermaye borcunun konusunu oluşturan mülkiyet ve diğer aynı hakların ilgili sicillere tescil istemi ve bildirimının Ticaret Sicil Müdürlüğü tarafından derhal ve resen yapılma zorunluluğunun getirilmesidir.

Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce bir şirkete sermaye olarak konulmuş, ancak şirket adına tescil edilmemiş gayrimenkuller için şirket alacaklıları, ortakları veya pay sahipleri tescil isteminde bulunabilecekleri gibi, tescilin, ticaret sicili müdürlerince yaptırılması talimatını Sanayi ve Ticaret Bakanlığı da verebilir. Tescil harcı ile diğer harç ve masraflar, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde şirketten alınır.

Yine elektronik ortam, alan, ad ve işaretlerin de sermaye olarak konulabilmeleri önemli bir yeniliktir. Zamanında yerine getirilmeyen sermaye borcu “para” ise tazminat hakkı saklı kalmak kaydıyla tescil tarihinden itibaren temerrüt faizi de ödenecektir. Aynı husus, alacak haklarını şirkete sermaye olarak devretmiş ortak açısından da geçerlidir.

Şahıs şirketlerinde; ortaklardan birinin kişisel alacaklısı, şirketin bilançosu gereğince o ortağa düşen/ ya da düşecek kâr payı ve şirket fesholunmuşsa tasfiye payı üzerine haciz koydurabilir. Sermaye şirketlerinde ise; alacaklılar, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payının yanında, borçlularına ait olan, senede bağlanmış veya bağlanmamış payların ve şirketten her tür alacağın haczini isteyebilirler.

Birleşme, bölünme ve tür değiştirme

Ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmeleri yeni 134- 194 üncü maddeler arasında düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeler ile bu yapısal değişikliklerin basit, şeffaf ve güvenli bir işlemler zinciri şeklinde gerçekleşmesi yanında alacaklıların ve diğer hak ve menfaat sahiplerinin korunması için gerekli önlemler alınmıştır. Ayrıca işçilerin “devralan şirkete” geçişleri, hakları ve sorumlulukları da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin ekonomik gelişme ile paralel olarak son zamanlarda sıkça gündeme gelen “şirket evlilikleri”ni sayıca arttırıp arttırmayacağını hep birlikte göreceğiz.

Şirketlerin birleşmesinde; birleşme sözleşmesi ile birleşme raporlarının şirkete ait her detayı şerhetmesi yanında bir de bunların “özel işlem denetçi”si-

ne onaylatılması gereği düzenlenmiştir.

Bölünme ve tür değiştirmelerde uygulanacak sistem de ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve bu işlemlerin tamamlanıp değişikliğin Ticaret Sicil Gazetesinde ilanından itibaren 2 ay içinde ilgililere “iptal davası” açma hakkı tanınmıştır. Birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumludurlar. Kurucuların sorumlulukları saklıdır. Bakanlıkça hazırlanacak tebliğ bu yılın Ağustos ayına kadar yayınlanacaktır.

Şirketler topluluğu

Bu bölümün bir diğer yeniliği “Şirketler Topluluğu” terimi altında bağlı işletmeler hukukunu düzenlemesidir.

“MADDE 195- Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir.

MADDE 197-(1) Birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır.

MADDE 198-(1) Bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmibeşini, otuzüçünü, ellisini, altmışyedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirir. Ayrıca yıllık faaliyet ve denetleme raporlarında ve internet sitesinde ilan edilir.”

Kısmen Alman Hukuku ve Avrupa Forumunun görüşlerinden yararlanan bu hükümlerle yeni pay sahipliği, dava hakları ve sorumluluk halleri öngörülmüştür.

Anonim Şirket

Uluslararası arenada son 15 yılda özellikle pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde pay sahipleri başta olmak üzere tüm ilgililerin menfaatlerini ideal düzeyde korumayan yönelmiş yeni bir kurallar sistemi oturtulmaya çalışılmaktadır.

Başlangıçta 90’lı yılların ekonomik durgunluğunu ve borsa krizlerini aşma amacıyla İngiltere’de harekete geçen bu dinamik, zamanla yayılarak hukuk ve işletme politikalarına yön vermiştir. Uluslararası alanda “corporate governan-

ce¹” olarak anılan bu ilkeler, ticaret yasamızın anonim şirketlere ilişkin yeni düzenlemelerine de yön vermiştir.

Hukukumuzda çok yeni ve alışılmadık olan bir düzenleme, TEK KİŞİLİK AŞ kavramıdır. Bu, bütün dünya uygulamasında gereksinim duyulan yeni bir modeldir. Tek kişiden ibaret olması “şirket “ kavramına aykırı olmadığı gibi, sanıldığıının aksine diğer şirket türlerinden “daha” kötüye kullanılır ya da muvazaaya açık değildir.

Tek sahipli AŞ’de, bu pay sahibi gerçek kişi olabileceği gibi, bir tüzel kişi ya da başka bir sermaye şirketi de olabilir. Batıda bu tür şirketler sadece bir limitet şirket ya da “işletmeci vakıflar” aracılığıyla kurulabilirken, Türk Medeni Yasasında henüz işletmeci vakıflar düzenlenmiş değildir. Ancak önümüzdeki yıllarda ekonomik gerekliliklerin bu yeniliğin de önünü açacağı beklenmektedir.

Başarılı ve yerleşik kimi aile şirketlerinin tek kişilik AŞ’nin sunacağı olanaklarla dağılmak ve kaybolmaktan kurtulmaları olasıdır.

Şirket baştan itibaren tek pay sahipli kurulabileceği gibi, sonradan da pay sahibi sayısı bire düşebilir, ancak bu durumun yedi gün bildirilmesi, tescil ve ilan edilmesi şarttır.

Sermaye Miktarları

Sermaye miktarını arttıran diğer kanunlar ve SPK tebliğleri de dikkate alınarak; MADDE 332 ile esas sermayenin en az ellibin Türk Lirası, halka açık olmayan, kayıtlı sermayeyi kabul etmiş şirketlerde de en az yüzbin Türk Lirası olması kabul edilmiştir. Bu miktarlar Bakanlar Kurulunca artırılabilir.

Şirketler, en geç 3 yıl içinde sermaye miktarlarını bu yasaya uygun hale getirmek zorundadırlar, aksi halde fesholmuş sayılırlar.

Eski düzenlemede mevcut olan ama neredeyse hiç uygulanmayan tedrici-kurucuların dışında payların bir kısmı için halka müracaat edilmesi- kuruluş kaldırılmıştır

Şirket, kurucuların, sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı esas sözleşme ile kurulur. Ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır.

Yeni getirilen 336.madde ile esas sözleşme, kurucular beyanı, değerlendirme raporları, ayın ve işletme devralınmasına ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere, kurulmakta olan şirketle, kurucular ve diğer kişilerle yapılan ve kuruluşla il-

1 “Kurumsal Yönetim” olarak çevrilebilir (Yayın Kurulunun notu).

gili olan sözleşmeler ile işlem denetçisi raporu, kuruluş belgeleridir. Bunlar, sicil dosyasında beş yıl süreyle saklanmalıdır.

Üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz.

Yeni TTK'nın 343. maddesine göre, kuruluş, ister nakdi, ister aynı olsun, kurucular "çok detaylı" bir kuruluş beyanı vermek zorundadırlar. "Dürüst bilgi verme" ilkesi şeklinde tanımlanabilecek bu ilke başta İsviçre, Almanya ve Avusturya olmak üzere Avrupa'da yaygındır, ancak Türkiye için yenidir.

Yeni TTK'nın 353. maddesine göre ise, *Anonim şirketin butlanına veya yokluğuna karar verilemez.* Ancak, önemli yasaya aykırılık ve menfaat ihlalleri varsa yönetim kurulunun, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının, ilgili alacaklılarının veya pay sahibinin istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince şirketin feshine karar verilir. Mahkeme davanın açıldığı tarihte gerekli önlemleri alır. Gerekiyorsa süre verir.

Dava dilekçesine deliller ile gerekli bütün bilgiler eklenir. Dava acele işlere ilişkin usule tâbidir. Yargılama aşamasında başkaca delil sunulamaz. Davanın, şirketin tescil ve ilanından itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde açılması şarttır.

Anonim şirketlerde pay sahipliğinde iki temel ilke açıkça hükme bağlanmıştır:

1. Pay sahiplerine eşit işlem ilkesi
2. Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı

Bu iki yeni hükümden özellikle ikincisi ticaret hayatında yaygın olan ve zararlı sonuçlar doğuran kötü bir uygulamayı ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır.

Buna göre, iştirak taahhüdünden doğan borç hariç, pay sahipleri şirkete borçlanamaz. Bu yasak limitet şirketler için de geçerlidir. Bu şekilde paydaşlarca şirket kasasının kendi iş ve işlemleri hatta kişisel harcamaları için kullanılması ve hatta şirketten para çekilmesi kesin olarak yasaklanmıştır.

Yasağın tek istisnası, pay sahibinin kendi işletmesi yoluyla şirketle iş yapması ve müşteri olması olabilir ki, burada da sıradan müşteri ile aynı şartlara tabi olacaktır.

358. maddeye aykırı şekilde, anonim veya limitet şirkete borçlu olan pay sahipleri ve ortaklar, borçlarını, üç yıl içinde,(2015 Temmuz ayına kadar) nakdî ödeme yaparak tamamen tasfiye etmek zorundadır. Aksi halde 300 günden az olmamak üzere Adli Para Cezasına hükmedilir. Borcun kısmen ve-

ya tamamen başkası tarafından üstlenilmesi, borç için kambiyo senedi verilmesi, ödeme planı yapılması veya benzeri yollara başvurulması tasfiye sayılmaz.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu seçimi

Yeni TTK'nın 359. maddesinde, "Anonim şirketin, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur. Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşme yerinin Türkiye'de bulunması ve Türk vatandaşı olması şarttır. Bir tüzel kişi üye seçildiği takdirde, adına sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur ve internet sitesinde hemen açıklanır. Yönetim kurulu üyelerinin en az ? ünün yüksek öğrenim görmüş olması zorunludur. Tek üyeli yönetim kurulunda bu zorunluluk aranmaz." denmiştir.

Bu kural ile yönetim kuruluna en az 3 üye gerekliliği ile üyelerin pay sahibi olma zorunluluğu kaldırılmış, profesyonelleşmenin önü açılmıştır. Yönetim kurulu üyelerinin yüksek öğrenim görme zorunluluğu ile nitelik yönünden artış hedeflenmişse de, bu tür bir sınırlamanın Anadolu'daki geleneksel aile şirketleri açısından olabilirliği ile bir müteşebbisin kendi kurduğu şirkette yönetime girememesi ve Anayasal bir hak olan "çalışma ve teşebbüs" özgürlüğüne aykırı düşüp düşmeyeceği tartışılmalıdır.

Halihazırda görevde bulunan anonim şirket yönetim kurulları ile limited şirket müdürleri, görevden alınmaları veya yönetim kurulu üyeliğinin başka bir sebeple boşalması hâli hariç, sürelerinin sonuna kadar görevlerine devam ederler. Ancak, tüzel kişinin temsilcisi olarak üye seçilmiş bulunan gerçek kişinin, Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 3 ay içinde istifa etmesi, onun yerine tüzel kişinin ya da başkasının seçilmesi gerekir.

Belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesi (imtiyazlı pay)

Şu anda yürürlükte bulunan kanunda yer almayan bu uygulama Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları ile mevcut uygulamanın yasaya yansıtılmasından ibarettir. Esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz.

Kastedilen "özellikli pay sahibi grupları" şirketin bayileri, şirketin ürettiği ürünle ilgili yan sanayi mensupları, yine konuyla ilgili üreticiler (...) gibi gruplardır. Örneğin, otomobil şirketinde oto boya üreticileri, koltuk döşemecileri, oto elektrik tesisatçıları gibi.

Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri de

yasanın 375.maddesinde 7 bent halinde sayılmıştır. En önemlilerinden biri şudur:

“Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, hemen bir ara bilançoğu denetçiye verir. Denetçi bu ara bilançoğu, en çok yedi iş günü içinde inceler ve değerlendirmeleri ile önerilerini bir rapor hâlinde yönetim kuruluna sunar. Önerilerde 378 inci maddede düzenlenen erken teşhis komitesinin önerilerinin de dikkate alınması şarttır. Rapordan, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister.”

Ancak kaynak İsviçre kanunundan alınan bir düzenleme ile SIRADA SONA GİTME ya da İFLAS ERTELEMESİ son çareler olarak önümüze çıkmaktadır.

Riskin erken saptanması ve yönetimi konusunda uzman bir komite oluşturulması da yeni düzenlemelerden biridir.

Yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır. Bu kural yönetim kurulunun elektronik ortamda yapılması hâlinde de uygulanır.

Yönetim kurulu üyeleri birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri gibi, toplantılara vekil aracılığıyla da katılamazlar.

Oylar eşit olduğu takdirde o konu gelecek toplantıya bırakılır. İkinci toplantıda da eşitlik olursa söz konusu öneri reddedilmiş sayılır.

Üyelerden hiçbiri toplantı yapılması isteminde bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu kararları, kurul üyelerinden birinin belirli bir konuda yaptığı, karar şeklinde yazılmış önerisine, en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayı alınmak suretiyle de verilebilir. Aynı önerinin tüm yönetim kurulu üyelerine yöneltilmesi, alınacak kararın geçerlilik şartıdır. Onayların aynı kâğıtta bulunması şart değildir; ancak onay imzalarının bulunduğu kâğıtların tümünün yönetim kurulu karar defterine yapıştırılması veya kabul edenlerin imzalarını içeren bir karara dönüştürülüp karar defterine geçirilmesi kararın geçerliliği için gereklidir.

Yönetim kurulunun ve üyelerin bilgi alma ve inceleme hakkı ile bu hakkın kullandırılmaması durumunda izlenecek usul ve dava hakkı detaylı olarak düzenlenmiştir.

Bu sevindirici bir gelişmedir, çünkü yasayla tanınmış olan hakların istem mekanizmalarının düzenlenmemiş olması halinde, maalesef bu haklar kâğıt üzerinde kalmaya mahkûm olmaktadır.

Uygulamada sorun yaratan ve Yargıtay'ın kimi çelişkili kararlarına konu olan - yönetim kurulu üyelerinin görevden alınabilmeleri için gündemde madde olması gerekip gerekmediği- hususu yeniden düzenlenmiştir. Elbette ana kural bu kararın verilebilmesi için genel kurul gündeminde madde olarak yer almasıdır. Ancak haklı sebeplerin varlığı halinde, genel kurul “salt gündeme bağlılık” ilkesi nedeniyle güvenini kaybettiği yöneticiyi görevde tutma zorunluluğundan kurtulmuştur. Görevden alınan yöneticinin tazminat talep hakkı saklıdır.

Yine bizim hukukumuzda bir yenilik, yönetim kurulu üyelerinin şirkete vereceği zararlar açısından “isteğe bağlı zarar sigortası” yapılabilmesidir. Zorunlu olmamakla birlikte, bu denli bir risk yükünü Türk Sigorta Sisteminin halihazırda taşıyamayacağı gerekçesiyle uygulama olanağı pek görünmemektedir.

Yönetim kurulunun kararları iptal edilemez (m.391) . Ancak kararın batıl olduğunun tespiti mahkemeden istenebilir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir.

Şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı

Yeni TTK'nın 395. maddesine göre, Yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin almadan, şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz; aksi hâlde, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir. Diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz.

Keza yine aynı maddeye göre, yönetim kurulu üyesi, onun 393. maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz.

Ancak aynı maddenin 3. fıkrasına göre, bağlı şirketlerde “hâkimiyetin kötüye kullanılması” yasağı saklı kalmak şartıyla, şirketler topluluğuna dâhil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti verebilirler.

Yeni Türk Ticaret Yasasının DÖRDÜNCÜ BÖLÜM'ünde yer alan “Denetleme” faslında pek çok değişiklik olmakla birlikte, biz uygulamacı avukatlar açısından pratikte daha az gereksinim duyulacağı düşüncesi ile detaya girmedim.

Ancak bu hükümlerin Ocak 2013'te yürürlüğe gireceğini ve 400. maddede öngörülen denetçi'nin anonim, limitetve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin yetkili organı tarafından en geç 1 Mart 2013 tarihine kadar seçilmesi gerektiğini belirtmekle yetinelim.

Genel Kurul

Yeni Ticaret Kanunu, Genel kurullar bölümünde sistemik bir değişiklik içermemekle birlikte, uygulamada sorun yaşanan konularda düzenlemeler yapılmıştır.

Tek pay sahipli anonim şirketlerde bu pay sahibi genel kurulun tüm yetkilerine sahiptir. Tek pay sahibinin genel kurul sıfatıyla alacağı kararların geçerlilik kazanabilmeleri için yazılı olmaları şarttır.

Yönetim kurulunun, devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması durumlarında, mahkemenin izniyle, tek bir pay sahibi genel kurulu toplantıya çağırabilir. Mahkemenin kararı kesindir.

Azlık hakları açısından önemli iyileştirmeler yapılmıştır. Azlık haklarının etkin biçimde kullanılmasını engelleyen “gündeme bağlılık” ilkesine istisnalar getirilmiş, azlığa şirketin “feshini” isteme, özel denetçi mekanizmasını işletme hakları tanınmıştır. Özel denetçinin mahkemece seçilmesi en önemlisidir. Zira genel kurulca yani çoğunluk tarafından seçilen “denetçi” yoluyla bu mekanizma amaca hizmet etmiyordu. Yeni düzenleme ile; özel denetçi raporu, sorumluluk davasına giden yolu açabilecek, gereğinde bilanço müzakereleri ertelenebilecektir.

Genel Kurul Gündemine madde konulması istemi, çağrı ilanının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanmasına ilişkin ilan ücretinin yatırılması tarihinden önce yönetim kuruluna ulaşmış olmalıdır.

Çağrı ve gündeme madde konulması istemi noter aracılığıyla yapılır. Yönetim kurulu çağrıyı kabul ettiği takdirde, genel kurul en geç kırkbeş gün içinde yapılacak şekilde toplantıya çağrılır; aksi hâlde çağrı istem sahiplerince yapılır.

Pay sahiplerinin çağrı veya gündeme madde konulmasına ilişkin istemleri yönetim kurulu tarafından reddedildiği veya isteme yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmediği takdirde, aynı pay sahiplerinin başvurusu üzerine, genel kurulun toplantıya çağrılmasına şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi karar verebilir. Mahkeme toplantıya gerek görürse, gündemi düzenlemek ve Kanun hükümleri uyarınca çağrıyı yapmak üzere bir kayyum atar. Mahkeme dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir, verilen Karar kesindir.

Bütün pay sahiplerinin hazır olması durumunda çağrısız genel kurul da yapılabilir.

Kanunun bu bölümünde 417, 418 ve 421. maddeler ihdas edilmiştir. Maddelerde genel kurulun toplanma usulüne, toplantı ve karar nisabına ve esas

sözleşmede değişiklik yapılacak ise bu toplantının toplantı ve karar nisaplarına yer verilmiştir.

Anonim ve limitet şirketlerin sözleşmelerini 2013 yılı başına kadar yeni hükümlere uygun şekilde değiştirilmeleri gerekmektedir.

Oybirliği gerektiren kararlar

Bilânço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan ve şirketin merkezini yurt dışına taşınmasına ilişkin kararlar için oybirliği aranır.

Şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi, imtiyazlı pay oluşturulması ve nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmasına ilişkin kararlarda ise sermayenin en az %75'inin

Pay sahibinin kişisel hakları ve bu hakların işletim mekanizmaları net olarak düzenlenmiştir.

Genel Kurula katılma, bizzat ve bireysel ya da kurumsal temsilci atama yoluyla gerçekleştirilebilir. Oy hakkı her pay sahibi, -sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkına sahiptir. Şu kadar ki, birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısı esas sözleşmeyle sınırlandırılabilir. Oy hakkı, payın, kanunen veya esas sözleşmeyle belirlenmiş bulunan en az miktarının ödenmesiyle doğar. Şirketin her türlü finansal bilgisi genel kuruldan 15 gün önce incelemeye açılır. Her pay sahibi, gideri şirkete ait olmak üzere gelir tablosuyla bilançonun bir suretini isteyebilir. Pay sahibi genel kurulda, yönetim kurulundan, şirketin işleri; denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilir.

Bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir. Bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen 10 gün içinde, diğer hâllerde de makul bir süre sonra şirketin merkezini bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Başvuru basit yargılama usulüne göre incelenir. Karar kesindir.

Bilgi alma ve inceleme hakkı, esas sözleşmeyle ve şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz.

Her pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir. Genel Kurulun kabulü halinde doğrudan, reddi halinde ise belli bir çoğunluğun talebi halinde mahkemeden özel denetçi atanması istenir. Mahkemece bir ya da birden çok uzman görevlendirilebilir. Bu yönde verilen kararlar kesindir.

Genel kurul kararlarının iptali

Kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren 3 ay içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açılabilir.

Bu bahiste yapılan değişiklikler ve yeni düzenlemeler Yeni TTK'nın 446 – 531. maddeleri arasında yer almaktadır. Henüz yürürlüğe girmeyen bir düzenlemeyle ilgili afakî yorumlarda bulunmamak amacıyla bu konuya girmeyi tercih ettim.

Bazı yeni başlıklar

Hukuki sorumluluk bahsi

Şirketin tüm kurucu işlem ve belgeleri ile beyan ve garantilerinin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından ve diğer aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanların ve kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanların sorumlu olduğuna dair yapılan düzenlemenin en önemli yanı “kusur” konusunda hukuki netlik getirmiş olmasıdır. Düzenleyenler için “kusursuz” sorumluluk ihdas edilirken, katılanların ancak kusurlu olmaları halinde sorumlu olacakları düzenlenmiştir.

Halktan para toplamayı düzenleyen 552. maddede yeni maddelerden olup, bir şirket kurmak, veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla veya vaadiyle halktan para toplanmasını düzenlemektedir. Halkın kandırılmasının önlenmesi amacıyla, bu tür girişimler için Sermaye Piyasası Kurulundan izin alınması gerekliliği getirilmiştir.

Sermaye Piyasası Kurulu, izinsiz para toplanması girişimini yahut izin alınmasına rağmen 6 ay içinde amaca uygun kullanıma başlanmadığını haber alır almaz Ankara Asliye Ticaret mahkemesine başvurarak önlem alınmasını isteyebilir.

Yine bu bölümde kurucuların ve diğer kişilerin sorumluluğu, denetçi ve işlem denetçilerinin sorumluluğu, ibra ve zamanaşımı gibi konular, 553 -561. maddeler arasından düzenlenmiştir.

Yeni ihdas edilmiş 562.madde ile; bu kanunun ilgili maddelerindeki yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden kaynaklanan cezai sorumluluk halleri ve yaptırımları tek tek düzenlenmiştir. Maddede belirlenen suçlar resen takip olunur.

Yeni bir düzenleme daha: Elektronik işlemler

Elektronik işlemlerin yoğunluğu ve bu yoğunluğa “bilgi toplumu” tanımlaması yakıştırmasının, yasal düzenlemelere yansımaları kaçınılmazdı. UYAP,

MERNİS gibi bilgi ve işlem ağları ile e-imza uygulamalarının kişisel hayatımıza soktuğu elektronik işlem yapabilme olanakları, yeni TTK ile ticari alanda da tanımlanmış oldu. Ekim 2011 ayında yürürlüğe girecek olan Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer verilen teknolojik gelişmeye yönelik düzenlemeler ile yeni TTK'nın 1524-1527 maddeleri bu bağlamda uyumluluk göstermektedir. Tek farkla, -belki şimdilik- kişiler açısından zorunlu olmayan elektronik işlemler, ticaret şirketleri açısından zorunluluk gösterecektir. Çünkü bu düzenlemeler ile ulaşılmak istenen hedef, kamuya açık (şeffaf) şirket yönetimi ile bilginin serbest dolaşımı ve işleyişin denetlenebilir olmasıdır.

1 Temmuz 2013'te yürürlüğe girecek hükümlere göre; her sermaye şirketi, bir internet sitesi açmakla yükümlü tutulmuştur. Bu sitede; ticaret sicili bilgilerinin yanı sıra, ilanlar, yönetim kurulu ve genel kurul kararları, finansal raporlar, denetçi raporları ve bilançolar da dahil olmak üzere şirketlerin her türlü kayıtları yer alacaktır.

Sermaye şirketleri arasındaki hukuki sonuç doğuran ilişkilerin elektronik ortamda gerçekleşmesine ve bunların sonuçlarına ilişkin düzenlemeler de yapılmışsa da, bu hususlar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından beş ay içinde çıkartılacak bir yönetmelikle düzenlenecektir.

Sözleşmede yer alması şartıyla, sermaye şirketlerinin yönetim kurulu, müdürler kurulu ve hatta genel kurul toplantıları tamamen elektronik ortamda yapılabileceği gibi, bazı üyelerin fiziken mevcut olduğu bir toplantıya bazı üyelerin elektronik yolla katılması ve oy kullanması da mümkün olabilecektir.

Sonuç

Dünyada ve Avrupa'da ticaret hukuku alanında reform niteliğinde gelişmeler olurken, Türk ticaret hukukunun bunun dışında kalması elbette düşünülemezdi. AB hukukunu temel alan ve uluslar arası piyasanın bir parçası olmak isteyen Türkiye de, Türk işletmeleri de bu piyasaların rekabet gücüne sahip, etkin ve güvenilir aktörleri olmak zorundadırlar. Bu da ancak Uluslararası işletme, raporlama ve denetleme ölçütlerine uygunluk ile kendini gösterecektir. Yeni Ticaret Kanunu bu açıdan önemlidir.

(Bu çalışmada çok büyük ölçüde Seçkin Yayinevi Libra Mevzuat Dizisi Yeni Türk Ticaret Kanunu 2011 [Hazırlayan: Av. Mutlu Dinç] Basım: Mart 2011'den yararlanılmıştır.)

Yerel Yönetimlerde Çalışan Memurların Toplu Sözleşme Hakkı

■ E. Barış GÜLDOĞAN*

1- Giriş

Yerel yönetimler, yerel kamu hizmetlerinde etkinliği ve verimliliği esas alan, halkın yönetime daha çok katıldığı, demokratik değerlerin daha derin ve yaygın biçimde gelişme ortamı bulduğu özerk kuruluşlar olarak, özellikle gelişmiş ülkelerde çok önemli yerleri olan yönetim birimleridir.

Ülkemizde de, küreselleşme ve Avrupa Birliği sürecinde öne çıkan konulardan birisi bu kuruluşların yapılanmaları ve işlevlerindeki değişimler olmuştur. Avrupa Birliği'nin yerel yönetimlere yaklaşım biçimi ve ilgili düzenlemeleri Türk yerel yönetimlerinde değişimi hızlandırmakta olup, gelecekte bu yöndeki etkilerin daha da artacağı beklentisi kaçınılmaz gözükmektedir¹. Ancak, yapılan yeni düzenlemelerin belediye ve özel idarelerin Türk kamu yönetimi sistemi içindeki konumunu ve işlevlerini ne ölçüde değiştirebildiği, bu kuruluşların kendilerinden beklenen görev ve sorumlulukları hangi oranlarda yerine getirebildiklerini gösterecek veriler henüz yeterli değildir.

2- Yerel Yönetim Kavramı Ve Özellikleri

Yerel yönetim kuruluşları, belirli bir coğrafi alanda (kent, köy, il v.b) yaşayan yerel topluluğun bireyelerine, bir arada yaşamaları nedeniyle kendilerini en çok ilgilendiren konularda hizmet üretmek amacı ile kurulan, karar organları yerel toplulukça seçilerek göreve getirilen, yasalarla belirlenmiş görev-

* Avukat, İzmir Barosu üyesi.

1- Parlak, B. ve Özgür, H. (2002) *Avrupa Birliği'nin Bütünleşme Sürecinde Yerel Yönetimler*, Alfa Yayınları, İstanbul.

lere ve yetkilere, özel gelirlere, bütçeye ve personele sahip, üstlendiği hizmetler için kendi örgütsel yapısını kurabilen, merkez yönetimi ile ilişkilerinde idari özerklikten yararlanan kamu tüzel kişiler olarak açıklamaktadır².

Anayasamızın 127.maddesine göre üç farklı Yerel Yönetim kuruluşu bulunmaktadır. İl, Belediye ve Köy. Buradaki “İl” tabiri ile il özel idarelerini kastedilmektedir. Bu kuruluşlar, yerinden yönetim ilkesine göre kurulur ve yönetilirler. Yerel yönetim kuruluşları belli bir yer, alan içinde, o bölgede yaşayan insanların mahalli, ortak ihtiyaçlarının giderilmesi ile görevlidirler.

Yerel yönetimler, yürütülmesi kendilerine bırakılmış olan kamu hizmetlerine ilişkin kararları almak, tercihleri yapmak ve bunlar için vergi salmak yetkisini de içerecek biçimde, çeşitli yollarla mali kaynak bulmak, bu kaynakları hizmetleri için kullanmak ve bu hizmetleri yürütmek için gerekli örgüt yapılarını kurmak bakımlarından idari özerklikten yararlanırlar³.

Yerel yönetimler, yürütülmesi kendilerine bırakılan kamu hizmetlerine ilişkin kararlar almak, uygulamak, tercihleri yapmak, bunlara ilişkin finansman kaynakları bulmak, bunları hizmette kullanmak, hizmeti yürütmek için teşkilat kurmak gibi konularda idari özerklikten yararlanırlar. Ülkemizin de taraf olduğu Avrupa Konseyinin Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, yerel yönetimlere serbest karar alma ve uygulama için gerekli imkânların sağlanmasını, yerel hizmetlerin o yer halkının katılımı ile yapılmasını önermektedir⁴.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın 3. maddesi yerel özerkliği şöyle tanımlamaktadır: “Özerk yerel yönetim kavramı, yerel makamların kanunlarla belirlenen sınırlar içersinde, kamu işlerinin önemli bir bölümünü kendi sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetme hakkı ve imkânı anlamına gelir. Bu hak, doğrudan, eşit ve genel oya dayanan gizli seçim sistemine göre serbestçe seçilmiş üyelerden oluşan ve kendilerine karşı sorumlu yürütme organlarına sahip olabilen meclisler veya kurul toplantıları tarafından kullanılacaktır.”

Anayasanın “Mahalli İdareler” başlıklı 127. maddesi mahalli idareleri ayırma tabi tutmadan bir bütün olarak değerlendirmiş ve en önemli ortak özelliklerini “Yerinden Yönetim İlkesi” olarak ifade ederek özerkliğini ön plana çıkarmıştır.

3- Memurların Yasal Durumu

Memur tanımı 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 4/A'da şöyle yapılanmıştır: “Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu

2- Ökmen, Özgün. ve Dönmez, Durmuş (2005) Kamu Kurumlarında Mükemmellik, Kalder Yayınları, İstanbul.

3- Dr. Sefa Çetin, Yerel Yönetim Birimi Olarak Türkiye'de İl Özel İdareleri

4- Derdiman, C. (2005) Yerel Yönetimler, Aktüel Yayınları, İstanbul.

tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır.”

Aynı yasanın 1.maddesinde bu kanunun uygulanacağı kurumları göstermiştir. Buna göre, “Bu Kanun, (...) İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda (...) çalışan memurlar hakkında uygulanır.”

657 Sayılı Kanununun 4/B,C,D kapsamına giren memurların durumu nedir?

657 sayılı Yasanın 146.maddesine göre memurların mali hakları bakımından bu yasanın sadece 1.maddesinin 1.fıkrasına giren memurlar, yani bu yasanın 4/A maddesi kapsamına giren memurlar mali hakları bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine tabidir.

657 sayılı Yasanın yine 146.maddesinin yollaması ile 1. maddesinin 2. fıkrasına göre 4/B ve C kapsamına giren Sözleşmeli Personel ve Geçici Personeller hakkında özel kanun hükümleri uygulanır.

657 sayılı Yasanın Geçici 8.maddesi gereğince işçilerin mali haklarının “Kadroya Bağlı Yevmiyeli Personel İle İşçilerin İntibakında Mali Esaslar” çerçevesinde düzenlenmektedir.

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 3. maddesinin “a” bendine göre, bu kanun “Kamu kurum ve kuruluşlarının işçi statüsü dışındaki bir kadro veya sözleşmeli personel pozisyonunda çalışan, adaylık veya deneme süresini tamamlamış kamu görevlilerini” kapsamaktadır.

Bu maddeye göre, 657 sayılı Yasanın 4/A,B,C kapsamında memur, sözleşmeli personel ve geçici personeller hakkında kamu görevlisi kapsamında değerlendirilmekte olup, tüm bu çalışanların, bu çalışma kapsamında olduğunu söylemek mümkündür.

İşçilerin ise sendikal hakları bakımından 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev Ve Lokavt Kanunu ve ilgili diğer kanun hükümleri uygulanır.

4- Ulusal mevzuatımızda memurların sendikal hakları

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 22 ile devlet memurları, Anayasa'da ve özel kanunda belirtilen hükümler uyarınca sendikal örgütlenme hakkına sahiptirler. Fakat aynı kanun devlet memurlarına kamu hizmetlerini aksatma yasağı ve grev yasağı getirmiştir.

Ulusal hukukumuzda memurların sendikal hakları ile ilgili olarak 12.07.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendika Kanunu kabul edilmiştir. Kanunun 2.maddesinde İl Özel İdarelerinin ve belediyelerin bu kanun kapsamında olduğu belirtilmiştir. Ancak, bu kanun ha-

zırlanırken Türkiye'nin onayladığı uluslararası sözleşmelerin hükümlerine aykırı olarak hazırlanmıştır. Zira bu yasada grev hakkı olmadığı gibi, toplu sözleşme hakkı da yer almamıştır.

Anayasanın 51. maddesi ile çalışanlar ve işverenler için sendika kurma ve üye olma hakkı tanınmıştır. 12 Eylül 2010 tarihinde halk oylaması sonucunda kabul edilen anayasa değişikliği ile Anayasanın 53.maddesinde memurlara "Toplu Sözleşme Hakkı" tanınmıştır. Ancak, uluslararası sözleşmelerde memurlara grev hakkı da tanınmasına rağmen yapılan Anayasa değişikliği pake-tinde memurlara grev hakkı tanınmamıştır.

Anayasanın 90.maddesinin 4.fıkrasına göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz."

Bu fıkraya 7 Mayıs 2004 tarihinde 5170 sayılı Yasa ile yapılan ek cümle ile, "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." hükmü eklenmiştir.

5170 sayılı Yasanın Genel Gerekeesinde de bu durum şöyle açıklanmıştır.

"(...) diğer yandan, dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yasamız olan Anayasada da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur."

Madde gerekeesinde ise "Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir." denilmiştir.

Anayasanın 90. maddesinde geçen "uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" cümlesindeki "esas alma" nasıl yorumlanmalıdır? "Esas alma" uluslararası sözleşmeye öncelik verme, belirleyici olanın uluslararası sözleşme olması anlamındadır. Yani, bir yasa "temel hak ve özgürlüklere ilişkin "uluslararası sözleşmelerle" atışiyorsa, hiçbir tereddüde gerek du-yulmadan sözleşme hükümleri esas alınacaktır. Anayasa da zaten bu amaçla değiştirilmiştir.

Görüldüğü zere Türkiye'nin onayladığı uluslararası sözleşmeler i huku-

kumuzun tanıdığı hakların üstünde, memurlara toplu sözleşme ve grev haklarını kapsayan daha geniş bir hak tanımaktadır. Anayasanın ilave bu hükmü de nazara alındığında yerel kanunlarla farklı hükümler içeren uluslararası sözleşmelerin öncelikle uygulanması gerekmektedir.

Memurların grev hakkı var mıdır?

Anayasa'da "bir hak açıkça yasaklanmadığı sürece vardır" ilkesi, temel bir hukuk ilkesidir. "Kuşkulu ya da duraksamalı durumlarda özgürlük yararına yorum yapılması" temel bir ilkedir. Bu ilke sendikal haklar içinde geçerlidir.

Grev hakkı Toplu Görüşme hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Anayasa'da grev hakkının açıkça yasaklamamış ise kullanılmasına engel bir durum yok demektir. Bu nedenle, Anayasal güvenceye alınmayan, Anayasa'nın 90. maddesi gereğince uluslararası sözleşmelerden doğan toplu sözleşme ve grev hakkı kullanılabilir ve buna engel hiç bir durum yoktur.

5- Uluslararası hukukta memurların sendikal hakları

Sendika hakkı bir insan hakkıdır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 23.maddesinin 4.bendinde "Herkes kendi çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikaya girme hakkına sahiptir." şeklinde ifade bulmuştur. Sendika hakkı, toplu pazarlık, Toplu İş Sözleşmesi ve grev hakkını da içeren bir bütünü ifade eder.

Yine, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 23.maddesinin 2.bendinde belirtilen "Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır." hükmü ile memurlarının "Denge Tazminatı" istemeleri bir insanlık hakkıdır.

Türkiye'nin 4 Temmuz 1989 tarihinde onayladığı Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi'nin 5.maddesi "Örgütlenme Hakkı"nı düzenlemektedir. Buna göre;

"Akit Taraflar, çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak, için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya geliştirmek amacıyla ulusal mevzuatın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt ederler."

Yine, Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesinin 6.maddesi "Toplu Pazarlık Hakkı"nı düzenlemektedir. Buna göre;

"Akit Taraflar, toplu pazarlık hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

- 1- Çalışanlar ve işverenler arasındaki ortak görüşmeleri teşvik etmeyi;
- 2- Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme yoluyla ücretlerin

ve iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla işverenlerin ya da işveren oğgtlerinin çalışanların oğgtleriyle isteğe bağlı görüşmelerini sağlayacak yolları teşvik etmeyi;

taahhüt eder ve grev hakkı dahil, toplu eylem hakkını tanır.”

Türkiye'nin 25 Kasım 1992 tarihinde onayladığı Uluslararası alışma Oğgtnn 87 sayılı sözleşmesinin 11.maddesine göre, “Hakkında bu Sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası alışma Oğgtnn her yesi, çalışanların ve işverenlerin oğgtlenme hakkını serbestçe kullanmasını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür.”

Türkiye'nin 8 Ağustos 1951 tarihinde onayladığı Uluslararası alışma Oğgtnn 98 sayılı sözleşmesinin 4.maddesine göre “alışma koşullarını toplu sözleşmelerle düzenlemek üzere işverenler veya işveren oğgtleri ile işçi oğgtleri arasında gönüllü müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve geliştirmek için lüzumu halinde milli Şartlara uygun tedbirler alınacaktır.”

Kamu alışanlarının büyük bölümünü 98 Sayılı Sözleşme'nin kapsamı dışında bırakınca Uluslararası alışma Oğgt oğgtlenme hakkının her türlü kamu görevlisini kapsadığını göstermek, bu konuda ortaya çıkan yorum farklarını ortadan kaldırmak veya azaltmak amacıyla 151 Sayılı Sözleşmeyi çıkartmak gereği duyulmuştur.

Türkiye'nin 11 Aralık 1992 tarihinde onayladığı 151 sayılı sözleşmenin 1.maddesine göre, “Bu Sözleşme, diğer uluslararası çalışma sözleşmelerinde bu kesime uygulanabilecek daha elverişli hükümler bulunmadığı durumlarda kamu makamlarınca çalıştırılan herkese uygulanır.”

5.maddesine göre, “Kamu görevlileri oğgtleri, kamu makamlarından tamamen bağımsız olacaklardır. Kamu görevlileri oğgtleri kuruluş, işleyiş ve ya yönetimlerinde kamu makamlarının her türlü müdahalesine karşı yeterli korumadan yararlanacaklardır.”

Yine aynı sözleşmenin 7.maddesine göre, “Kamu görevlileri ve kamu makamları arasında çalışma koşullarının görüşülmesine olanak veren yöntemlerin ve kamu görevlileri temsilcilerinin anılan koşulların belirlenmesine katılmalarını sağlayan başka her türlü yöntemin en geniş biçimde geliştirilmesi ve kullanılmasını teşvik için gerektiğinde ulusal koşullara uygun önlemler alınacaktır.”

6- Yerel yargı oranları bakımından memurların sendikal hakkı

Danıştay Beşinci Dairesinin 17.11.2005 tarihli kararında “Niğde Ulukişla Belediyesi'nin, Tüm Belediye ve Yerel Yönetim Hizmetleri Emekçileri Sendikası ile sözleşme yaparak memur statüsünde çalışan personele 657 Sayılı Dev-

let Memurları Kanununa aykırı olarak sosyal paket, bayram yılbaşı, öğrenim giyecek ve yakacak yardımları gibi adlar altında ödemeler yapılmasının Uluslararası Çalışma Teşkilatı (ILO)'nun ülkemizce onaylanan 87, 98, 151 sayılı sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı hükümlerinin Anayasanın 53. ve 90. maddeleri uyarınca değerlendirilmesi sonucu suç teşkil eder bir yanının bulunmadığı” yönünde karar verilmiştir⁵.

Danıştay Beşinci Dairesinin bir başka kararında; "Söz konusu hükümlere göre iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulmaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır." denilmektedir⁶.

Ayrıca, Zonguldak İdare Mahkemesinin 14.09.2006 tarihli kararında, "ILO Sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı'na atıfta bulunmuş ve bu sözleşmelerde kamu emekçilerinin toplu sözleşme hakkının bulunduğunu belirtmiş ve Anayasa'nın 90. maddesi gereği bu sözleşmelerin iç hukukta uygulanmasının öncelikli olduğunu" kabul etmiştir, denilmektedir.⁷

Diğer yandan İçişleri Bakanlığının 28.02.1991 gün ve 630 sayılı, "Memurların Sendika Kurma ve Sendikal Faaliyette Bulunmalarının Mümkün Olmadığı"na ilişkin genelgesinin iptali istemiyle Eğitim-İş Sendikası tarafından açılmış olan bir davada, Danıştay 10. Dairesi, uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzda yaratmış olduğu etkiyi Anayasal boyut içerisinde değerlendirdikten sonra, "Çalışanların sendika kurma ve sendikal faaliyette bulunma hakları temel hak ve özgürlükler kapsamında olup (...) temel hak ve özgürlükler kapsamı içindeki bir hakkın sadece Anayasa'da yer almadığı gerekçesiyle kullanılmasının engellenemeyeceği (...)" gerekçesiyle genelgeyi iptal etmiştir⁸.

Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi 12.10.1998 tarihli kararında, "ülkemiz, evrensel boyuttaki insan hakları ile ilgili Uluslararası Sözleşmeleri benimsemiş ve iç hukukumuzun bir parçası olarak yasalaştırmıştır. Anayasamızın 90/son maddesine göre usulünce yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Sözleşmeler kanun hükmündedir" gerekçesini kullanmıştır⁹.

7- Sayıştay bakımından memurların sendikal hakları

Bilindiği üzere, Sayıştay, Anayasa'nın 160. maddesine göre temelde Türkiye Büyük Millet Meclisi adına mali denetim görevini yapan ve özel olarak bu

5- Danıştay Beşinci Dairesi'nin 17.11.2005 tarihli ve 2005/1067 E - 2005/1363 K sayılı kararı

6- Danıştay Beşinci Dairesi'nin 1986/1723 esas ve 1991/992 sayılı kararı

7- Zonguldak İdare Mahkemesi'nin 14.09.2006 tarih ve 2006/633 E - 2006/11142 K sayılı kararı

8- Danıştay 10. Dairesi'nin 10.11.1992 tarih ve,19 91/1282 E - 1992/3911 K sayılı kararı

9- Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi'nin 12.10.1998 tarih ve 1998/10667 E – 1998/12819 K sayılı kararı

denetim çerçevesinde aleyhine hiçbir yargı organına başvurma olanağı bulunmayan, kimi kesin kararlar alan, kendine özgü bir anayasal kurumdur.

Sayıştay'ın konuyla ilgili yaklaşımı; memur statüsünün, akdi düzenlemelerle değiştirilmesi ve dolayısıyla belediyelerin, toplu iş sözleşmeleri akdetmek suretiyle veya başka birtakım tasarruflarla memurlar için yasalarda öngörülen hak ve statülerin dışına çıkılmasına yol açacak hükümlere gitmelerinin mümkün olmadığı yönündedir.

Konuyla ilgili Sayıştay'ın 23.06.1994 tarih ve 4808/1 sayılı Genel Kurul Kararı oldukça önemlidir. Çünkü bu kararda, ILO Sözleşmelerinin iç hukuktaki yeri incelenmiş ve bu karar, daha sonra verilen Sayıştay kararlarına dayanak oluşturmuştur. Söz konusu kararda şu görüşlere yer verilmiştir:

“(...) Memuriyet, kadroya bağlı bir görev olup, kamu hizmetinin asli unsurlarından birini oluşturur. 657 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde de, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenlerin, bu kanunun uygulanmasında memur sayılacakları ifade edilmek suretiyle kamu hizmeti ile memur arasındaki ilişkide bir bütünlük ve devamlılık öngörülmüştür. Objektif hukuk kurallarıyla sağlanmış olan bu bütünlük ve devamlılık, memurla idare arasındaki ilişkiyi özel akdi düzenlemelere dayandırma ve böylece bu ilişkiye kişisel bir mahiyet kazandırmaya engeldir.

Bundan dolaydır ki, kişinin memuriyete girişi atama yoluyla olmaktadır. Atama keyfiyeti, atanan kişi için yeni ve özel bir hukuki durum meydana getirmemekte o kişiyi, kanunlarla objektif ve tek taraflı olarak oluşturulmuş ve görevle ilgili ödemelerin şartlarını da içeren, mevcut hukuki statüye tabi kılmaktadır. Böyle bir durumda ise, tarafların iradeleriyle belirlenen bir hukuki statüden bahsetmeye imkân bulunmamaktadır.

(...) Her ne kadar Anayasanın 90'ıncı maddesinin son fıkrası uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmünde olup, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmamakta ise de, söz konusu sözleşmeyle sağlanan hakların hayata geçirilmesi, ancak bu husustaki mevzuat hükümlerinde gerekli değişikliklerin yapılması ve uygulama esaslarının belirlenmesi halinde mümkün olabilecektir. Esasen 151 sayılı ILO sözleşmesinde de, bu sözleşmenin uygulama alanına ve istihdam koşullarının belirlenmesi yöntemlerine ilişkin bazı konuların, ulusal yasalarla ve ulusal koşullara uygun olarak düzenleneceği vurgulanmıştır.”

Sayıştay bu hükmü ile, özel sözleşmelerle memuriyet kadrosunun tek ta-

raflı oluşturulmuş şartlarını değiştirmenin mümkün olmadığı sonucuna varmaktadır. Diğer taraftan konuyu milletlerarası antlaşmalar açısından incelediğinde ise, bu antlaşmalarla taahhüt altına girilen ve bu çerçevede yararlanılması gereken hakların, iç hukukta bu yönde gerekli düzenlemeler yapılmaksızın uygulanamayacağı sonucuna vardığını görmekteyiz. Ayrıca, Sayıştay, konuyla ilgili İLO Sözleşmelerinin içeriklerini tartışırken sadece 151 sayılı Sözleşmeye yer vermekte, 98 sayılı ve 87 sayılı Sözleşmelere değinmemektedir.

8- Danıştay ve Sayıştay kararlarının değerlendirilmesi

Konuyla ilgili yargı içtihatlarının istikrarlı olmadığını görmekteyiz. Danıştay 5170 sayılı Yasa ile 7 Mayıs 2004 tarihinde yapılan Anayasa Değişikliği öncesinde memur sendikalarıyla toplu iş sözleşmesi yapmanın yasal olmadığı yönünde karar vermektedir. Daha sonra, Danıştay'ın, toplu sözleşmenin suç teşkil etmediği, dolayısıyla memurların toplu sözleşme yapma hakkı olduğu yönünde karar verdiğini görmekteyiz.

Sayıştay ise, yerel yönetimlerle, ilgili sendikalar arasında yapılan toplu sözleşmelerin mümkün olmadığı ve bu nedenle yapılan fazla ödemenin sorumluluk üstlenen ilgili yerel yönetim temsilcisine (genelde belediye başkanına) ödettilmesi yönünde kararlar verilmiştir.

23.07.2010 tarihinde kabul edilen 6009 sayılı Kanunun Geçici 8.maddesindeki, "(...) bu Kanunun yayımı tarihine kadar, memur temsilcileri ile toplu iş sözleşmesi akdederek veya başka bir tasarrufta bulunarak belediye, büyükşehir belediyesi ve il özel idaresinde çalışan kamu personeline her ne ad altında olursa olsun ek ödemede bulunmaları nedeniyle kamu görevlileri haklarında idarî veya malî yargılama ve takibat yapılamaz, başlatılanlar işlemden kaldırılır." hükmü dikkat çekmektedir.

Bu hükümle birlikte yasakoyucunun tavrını Danıştay yönünde kullandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bence bu hükümle birlikte sorun çözülmüştür. Memurların toplu sözleşme hakları kendilerine tanınmıştır.

9- Uluslararası yargı mercilerinin kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Gaziantep Büyükşehir Belediyesi ile Kamu-Sen arasında yapılan Toplu Sözleşme ile ilgili olarak, 21 Kasım 2006 tarihli kararında şu hükümlere varmıştır:

"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi, bir sendikanın üyelerinin mesleki çıkarlarını sendikanın toplu eylemi yoluyla koruma ilkesini içermektedir. Sözleşmeciler Devletler ortak harekete izin vermeli, seyrini ve gelişimini mümkün kılabilenlerdir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kanunların 11. maddeye aykırı olmaya-

cak bir şekilde, sendika üyelerinin çıkarlarını koruyabilmek amacıyla mücadele etmelerine izin verilmesi hususunu içermektedir.

Sözleşmeci Devlet, Avrupa Sosyal Şartı'nın 5. maddesi uyarınca, çalışanların örgütlenme hakkına riayet etmezse, aynı Şart'tun 6. maddesinde ifade edilen toplu pazarlık hakkına da riayet edemez.

AİHM mevcut davada, olayların meydana geldiği dönemde pek çok argümanın, bu davada sözkonusu olan Toplu Sözleşmenin başvuruların sendikal özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıymış gibi değerlendirilmesini sağlayacak yönde olduğu kanısına varmıştır."

AİHM kararında sonuç olarak belediye memurlarının toplu sözleşme hakkının bulunduğunu belirtmiş ve bu hakkın ihlal edilmesi nedeniyle Türkiye'yi 20.500 Euro tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46.maddesine göre AİHM'nin verdiği kararlara taraf devletler uymakla yükümlüdürler.

10- Genelgelerdeki durum

Başbakan Recep Tayyip Erdoğan tarafından imzalanmış 30.01.2010 tarih ve 2010/2 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile yine Sayın Başbakan Recep Tayyip Erdoğan tarafından imzalanmış 14.12.2010 tarih ve 2010/26 sayılı Başbakanlık Genelgesi birlikte incelendiğinde Sayın Başbakanın da sendikal örgütlenme konusunda bahsedilen uluslararası sözleşmelerin üstünlüğünü kabul ettiği açıkça görülmektedir.

11- Doktrinadaki görüşler

Ülkemizde kamu görevlilerinin sendika ve toplu sözleşme haklarının bulunup bulunmadığı ile ilgili başlıca iki görüşün ortaya çıkmış olduğunu belirtiriz.

A-) Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Ve Grev Haklarının Mevcut Olduğu Görüşü: Bazı yazarlara veya hukukçulara göre, kamu görevlileri toplu sözleşme ve grev haklarına sahiptirler. Çünkü Uluslararası sözleşmeler, bu arada ILO Sözleşmeleri de Türkiye tarafından onanmakla i hukukumuzun bir parçası oldukları gibi, bunların Anayasaya aykırılık nedeniyle dava aılamaması ve kurallar hiyerarşisinde en üst düzeyde hukuk normları olduklarından hukuki ilişki ve uyumazlıklarda doğrudan uygulanması gereken kurallardır¹⁰.

10- Gülmez, Mesut. "Aykırılıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendika-ları Yasası" Amme İdaresi Dergisi, Cilt 34, Sayı 3, Eylül 2001, s.5.6. .Gülmez, Mesut. " Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Haklarını Kapsar mı?" Çalışma ve Toplum, 2008/3, s.163 vd. Gülmez, "Mesut. Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu" Ankara 2006, s.83 vd.

B-) Kamu Görevlilerinin Toplu Sözleşme Ve Grev Haklarının Bulunmadığı Görüşü: Bu görüşte olanlara göre, ne 87, ne de 98 sayılı sözleşmelerde, değil grev, grevi çağrıştıran bir söz dahi yoktur. Sadece ILO Uzmanlar Komitesi, İşverenler Grubu tarafından da kabul edilmemiş olan ve grev hakkının, sendika hakkından ayrılmaz bir hak olduğuna ilişkin raporu vardır ki Komite 87 sayılı sözleşmeden böyle bir anlam çıkarmaktadır. Fakat bu raporun bağlayıcılığı yoktur¹¹.

12- Konunun il özel idaresi ve il genel meclisi açısından incelenmesi

Konunun 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu kapsamında değerlendirilmesinde şu sonuçlara varılmıştır:

5302 sayılı yasanın 10.maddesi il Genel Meclisi'nin görev ve yetkilerini düzenlemektedir. İl Özel İdaresi'nin çalışanı olan memurlar ile İdare arasında yapılacak olan Toplu Görüşme ve Toplu Sözleşme konuları İl Genel Meclisi'nin görev ve yetkisinde değildir.

5302 sayılı Yasanın 29.maddesine göre İl Özel İdaresinin başı ve temsilcisidir.

Ancak yasanın 30.maddesinin “j” bendinde İl Özel İdaresi personelini atamak görev ve yetkisi, tüzel kişiliğin başı ve temsilcisi olan Valiye verilmiştir. Bu düzenleme ile İl Özel İdaresinin aynı belediyeler gibi özerk niteliğe sahip yerel yönetim organları olduklarını da gözönüne aldığımızda, Vali'nin işveren niteliğinde olduğunu kabul etmek mümkündür.

Türkiye'nin 21 Ekim 1988 yılında onayladığı Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın 3.maddesinde özerklik kavramı “(...) yerel makamların, kanunlarla belirlenen sınırlar çerçevesinde, kamu işlerinin önemli bir bölümünü kendi sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetme hakkı ve imkânı anlamını taşıdığı” şeklinde açıklanmıştır.

Aynı Şart'ın 4.maddesinde, “Kamu sorumlulukları genellikle ve tercihen vatandaşa en yakın olan makamlar tarafından kullanılacaktır. Yerel makamlara verilen yetkiler normal olarak tam ve özeldir. Kanunda öngörülen durumların dışında, bu yetkiler öteki merkezi veya bölgesel makamlar tarafından zayıflatılmaz veya sınırlandırılmaz.” hükmü yer almaktadır.

13- Konunun belediyeler açısından incelenmesi

İl özel idareleri ile Belediyeler arasında örgütsel yapı açısından çok önemli farklılıklar bulunmamaktadır. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun incelenme-

11- Tuncay, A.Can. "Kamu Görevlilerinin Sendikalaşması ve Toplu Pazarlık Hakkı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, 2007, s.174,175.

sinde Şu sonuçlara varılmıştır. Kanununun 18.maddesinde Belediye Meclislerinin görev ve yetkileri sayılmıştır. Belediyelerin alıŐanı olan memurlar ile Belediye arasında yapılacak olan Toplu Görüşme ve Toplu Sözleşme konuları Belediye Meclislerinin görev ve yetkisinde değildir.

Kanununun 37. maddesine göre, “Belediye baŐkanı, belediye idaresinin başı ve belediye tüzel kiŐilinin temsilcisidir.” Ancak yasanın 38.maddesinin “j” bendinde Belediye personelini atamak görev ve yetkisi, tüzel kiŐilin başı ve temsilcisi olan Belediye Başkanına verilmiştir. Bu düzenleme ile Belediyelerin zerk niteliğe sahip yerel yönetim organları olduklarını da gözönüne aldığımızda, Belediye Başkanının işveren niteliğinde olduğunu kabul etmek mümkündür.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 12.maddesi, Büyükşehir Belediye Meclisinin görev ve yetkileri bakımından 5393 sayılı Belediye Kanunu hükümlerinin geçerli olduğunu söylemektedir. Aynı yasanın 18/i maddesine göre, belediye personelini atamak görevi belediye teŐkilatının en üst amiri olarak Büyükşehir Belediye Başkanına bırakılmıŐtır.

14. Toplu görüşme ve toplu sözleşmelerin konusu ve denge tazminatı

Anayasamızın “crette Adalet Sağlanması” başlıklı 55.maddesinde “Devlet, alıŐanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.” hükmü bulunmaktadır.

Ancak, yapılacak olan toplu görüŐmelerde memurların sadece “Denge Tazminatı Hakları” gibi sınırlı ve dar bir çerçevede tutulmaması gerektiği kanaatindeyim. Zira 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendika Kanunu’nun 28.maddesi yapılacak “Toplu GörüŐmelerin Kapsamı”nı belirtmiştir. Buna göre, “Toplu görüşme; kamu görevlileri için uygulanacak katsayı ve göstergeler, aylık ve ücretler, her türlü zam ve tazminatlar, fazla çalışma ücretleri, harcırah, ikramiye, lojman tazminatı, doğum, ölüm ve aile yardımı ödenekleri, tedavi yardımı ve cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları ile bu mahiyette etkinlik ve verimlilik artırıcı diğer yardımları kapsar.”

12 Eylül 2010 tarihinde halk oylaması sonucunda kabul edilen anayasa değişikliği ile Anayasanın 53. maddesinde memurlara toplu sözleşme hakkının tanınmış olması ve 12 Eylül 2010 tarihinde Anayasanın 128.maddesine ek ikinci fıkrası gereğince, memurların mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşmelerinde kanun ile düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır.

Bu hükümler ışığında, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun 34.maddesinin 2.fıkrasının, yeni düzenlemeler karşısında uygulanması

mümkün değildir. Yani, taraflarca hazırlanacak mutabakat metninin TBM-M'de kanun ile kabul edilmesine gerek bulunmamaktadır. Çünkü taraflar arasında artık doğrudan toplu sözleşme imzalanabilecektir. Toplu sözleşmenin başka bir işleme ihtiyaç olmadan doğrudan uygulanabilmesi mümkündür.

15- Sonuç

Uluslararası sözleşmeler iç hukukumuzla bütünleşerek bağlayıcılık kazanmıştır. Anayasamızın 90.maddesinin 4.fıkrasına göre, uluslararası sözleşmelerin ulusal sözleşmelere nazaran önceliği ve üstünlüğü bulunmaktadır. Bu bilgiler ışığında kamu emekçileri olan memurların toplu sözleşme yapma hakları vardır.

Ulusal ve uluslararası sözleşmeler birlikte değerlendirildiğinde İzmir İl Özel İdaresinin özerk bir yerel yönetim kuruluşu olması ve Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın 4. maddesi gereğince "Yerel makamlara verilen yetkilerin tam ve münhasır" olması birlikte değerlendirildiğinde;

5302 sayılı yasanın 29.maddesine göre, İl Özel İdaresinin başı ve temsilcisi olan Vali ile İl özel idaresi memurlarını temsilen aynı hizmet kolunda en çok üyeye sahip sendika ve/veya bunların bağlı oldukları konfederasyonlar arasında toplu görüşme ve toplu sözleşme yapılmasına engel herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Toplu görüşmeler akabinde hazırlanan toplu sözleşmenin uygulanması konusuna gelince: Anayasanın 12 Eylül 2010 tarihinde değişik 128. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, memurların mali ve sosyal haklarında toplu sözleşme ile yapılacak gelişmelerin kanunla düzenlenmesine gerek olmadığı gibi, toplu sözleşme metinlerinin başka bir işleme ihtiyaç olmadan doğrudan uygulanabilmesi mümkündür.

Buna göre, devlet memurlarının toplu görüşme ve toplu sözleşme yapabilme hakkı bulunmaktadır. Bunun için il özel idaresinin ve belediyelerin merkezi idarenin iznini almasına gerek dahi bulunmadan yetkili sendikalarla doğrudan toplu sözleşme yapabilmesi mümkündür.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı ve hukuki sorumluluğu

■ M. Hakan ERİŞ *

I. Giriş

Bilgi çağı olarak da adlandırılan 21. YY'da, özellikle bilgisayar teknolojisindeki olağanüstü gelişme ve bu gelişmenin baş döndürücü bir ivme ile artan hızı karşısında, gerçek veya tüzel kişiler ile devletlerin her türlü faaliyetleri, giderek bilgisayar kullanılarak yapılan iş veya işlemler haline gelmiştir¹.

Bilindiği gibi ispat hukukumuz açısından, bir kişinin belirli bir borç veya taahhüt altına girdiğinin ispatı, Hukuk Usulü Muhakemesi Kanununda belirli istisnalar dışında, borç veya taahhüt altına girmek iradesine yönelik yazılı (ve imzalı) bir belgenin (senet) varlığı ile mümkündür.

Klasik hukuki ilişkilerdeki güvenliği sağlayan imza, her ne kadar gerçek veya tüzel kişilerce yapılacak işlemler ve bunların sonucunda doğacak hak ve/veya yükümlülükler açısından taşıdığı önemi yitirmemiş olsa da, teknolojik gelişme nedeni ile kaçınılmaz şekilde yaygınlaşan bilgisayar teknolojisi ve internet altyapısı kullanılarak gerçekleştirilen bütün işlemler ise, yazılı metinlerden değil, tamamı ile elektronik verilerden oluşmaktadır.

Teknolojinin ardından giden hukuk düzeni², günlük hayatın bir parçası haline dönüşen bu gelişmelerden kendisini uzak tutamamış ve bilgisayar tabanlı elektronik işlemlerin günlük hayata girmesi ile oluşan ilişkilere hukuki değer atfetmeye başlamıştır. Bu durum, kaçınılmaz olarak bahsedilen ortamda kullanılan verilerin güvenliği sorununu da ortaya çıkartmış³ ve elek-

* Avukat, İzmir Barosu üyesi.

1- TUYGUN, Salih: *Elektronik Sözleşmelerde Edimlerin İfasi*, <http://forum.geliyoo.com/bilisim-hukuku/10291-elektronik-sozlesmelerde-edimlerin-ifasi.html> (e.t. 10.06.2011)

2- Haluk KONURALP : *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, Ankara 2009 s. 98.

tronik verilerin güvenilirliğinin temini açısından bir çözüm olması açısından “elektronik imza” kavramı geliştirilmiştir⁴.

Yasal tanımları itibariyle: “başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi” (Elektronik İmza Kanunu⁵ “EİK” m. 3/b) ifade eden elektronik imzalarda güvenliğin sağlanabilmesi, bu konuda faaliyet gösteren bir kısım kuruluşların varlığını gerektirmiştir. Bir nevi noterlik faaliyeti yapacak bu kuruluşlar; kullanılan imzaların güvenliğini temin açısından belirli bir kısım yetkilerle donatılmıştır. Nitelikleri ve varlık sebepleri gereği “güven” unsuru olan bu kuruluşlar Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı (“ESHS”) olarak adlandırılmaktadır.

Bu incelemede merkezi sistemle yapılan sınavlar, vergi ve sosyal güvenlik uygulamaları, Devlet Kurum ve Kuruluşları arasındaki elektronik yazışmalar, gümrükler, UYAP, vs. gibi internet altyapısı üzerinden yaygın şekilde kullanılmaya başlanan hizmetlerden yararlanmak için gereken güvenli elektronik imzaların oluşturulmasına zorunlu bir unsur olarak katılan ESHS ve hukuki sorumluluğu konusunda bir değerlendirme yapılmıştır.

II. Tanım

ESHS⁶: Elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imzalarla ilgili hizmetleri sağlayan kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişilerdir (EİK m. 8)⁷.

Tanımında bahsedilen unsurlar nazara alındığında, ESHS'lerin kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişi olmaları mümkündür. Ancak bu husus, esasen ESHS'nin bizzat kendisini değil, Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı olarak faaliyet gösterecek kuruluşun, kim tarafından oluşturulacağı ve/veya idare edileceği yönünden anlaşılmalıdır. Zira, Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcılık faaliyeti özü itibariyle, belirli bir

3- ALPTÜRK, Ercan: *İnternet ve Etkin Devlet*, <http://www.xing.com/net/pdb/inovasyon-59113/internet-ve-etkin-devlet-19842695/> (e.t. 10.06.2011)

4- ERTURGUT, Mine: *Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi*, Ankara, 2004, s. 54, vd.

5- 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu için bkz. 23.01.2004 gün ve 25354 sayılı RG; elektronik imzanın kanunlaşma sürecine ilişkin olarak bkz. ORER, Gürsel : *Elektronik İmza ve Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu*, Ankara 2011, s. 34 vd.

6- 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun, Kapsam başlıklı 2. maddesinde “Bu Kanun, elektronik imzanın hukukî yapısını, elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının faaliyetlerini ve her alanda elektronik imzanın kullanımına ilişkin işlemleri kapsar.” hükmü mevcuttur. Kanun, elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarına yönelik belirli bir kısım düzenlemeleri de içermektedir. Kanunun için bkz. 23/01/2004 gün ve 25355 sayılı RG.

7- Ülkemizde Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı olarak adlandırılan kuruluşlar, çeşitli ülkelerde “güven kurumu, onay kurumu, sertifikasyon hizmetleri sunucusu .vs.” gibi çeşitli adlarla anılmaktadır. ERTURGUT, Mine: *Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt : 6, Sayı : 2, 2004, s. 98 vd. (ERTURGUT ESHS); ORER, s. 31 vd.

“işletenin”⁸ varlığına bağlı bir organizasyonu gerektirmektedir.

Yasal tanımı itibariyle ESHS⁹: Elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imzalarla ilgili hizmetleri sağlayan kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişilerdir (EİK m. 8)¹⁰. Uygulamada birden fazla çeşit veya nitelikte elektronik imza mevcut ise de; EİK'daki düzenlemenin içeriğinden, ESHS'nın faaliyet alanının salt güvenli elektronik imza açısından söz konusu olacağı sonucuna varılması mümkündür¹¹.

Tanımında bahsedilen unsurlar nazara alındığında, ESHS'lerin kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişi olmaları mümkündür. Ancak, bu husus, esasen ESHS olarak faaliyet gösterecek kuruluşun, kim tarafından oluşturulacağı ve/veya idare edileceği yönünden anlaşılmalıdır. Zira, ESHS özü itibariyle, belirli bir “işletenin”¹² varlığını gerektiren organizasyon faaliyeti özellikleri de göstermektedir.

III.ESHS'lerin Önemi

Elektronik imzanın kullanıldığı ortam tamamı ile elektronik verilerden oluştuğu için, bu ortamda kullanılan imzaların sıhhati ve böylece işlem güvenliğini sağlayacak kuruluşlar da ESHS'lerdir. Bu nedenle de, elektronik imza ile işleyen sistemin temel unsurudurlar.¹³ Diğer bir deyişle, elektronik imza uygulamalarının güvenliği açısından, dışarıdan ve bağımsız nitelikte faaliyet gösteren bir kuruluşun sistemde bulunması, şarttır.¹⁴

IV.ESHS Sifatının Edinilmesi

Yasal tanımındaki unsurlar gereğince, ESHS sıfatını edinebilmek açısından, ilgili mevzuatın aradığı hususların yerine getirilmesi şartı ile herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir. Diğer bir deyişle, ilgili mevzuatın öngördüğü koşulları taşıyan ve bu hali faaliyetleri boyunca sürdürebilen gerçek veya tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşları ESHS sıfatını edinebileceklerdir¹⁵. Nitekim, EİK m.8/1 ESHS'nın faaliyetine başlayabilmesi

8- ERTURGUT (ESHS), s. 113.

9- EİK'nın Kapsam başlıklı 2. maddesinde “Bu Kanun, elektronik imzanın hukukî yapısını, elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının faaliyetlerini ve her alanda elektronik imzanın kullanımına ilişkin işlemleri kapsar.” hükmü mevcuttur. Kanun, elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarına yönelik belirli bir kısım düzenlemeleri de içermektedir.

10- Ülkemizde ESHS olarak adlandırılan kuruluşlar, çeşitli ülkelerde “güven kurumu, onay kurumu, sertifikasyon hizmetleri sunucusu ,vs.” gibi çeşitli adlarla anılmaktadır. ERTURGUT, Mine: Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt : 6, Sayı : 2, 2004, s. 98 vd.

11- YILDIRIM, Mustafa Fadil : Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukukî Sorumluluğu, Bilişim Hukuku, İstanbul 2006, s. 27-44.

12- ERTURGUT, s. 113; ORER, s. 103.

13- ORTA, Mesut: Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara, 2005, s. 117.

14- ERTURGUT, s. 102.

15- ORER, s. 109.

açısından öncelikle Telekomünikasyon Kurumuna bildirimde bulunulmasını aramaktadır.¹⁶

Yapılacak bildirimde, yine aynı madde gereğince: a) Güvenli ürün ve sistemleri kullanmak, b) Hizmeti güvenilir bir biçimde yürütmek, c) Sertifikaların taklit ve tahrif edilmesini önlemekle ilgili her türlü tedbiri almak ile ilgili şartların sağlandığını, ayrıntılı bir biçimde göstermek gerekmektedir.

Telekomünikasyon Kurumu, yapılan bildirim derhal incelemeye alır ve incelemeyi iki (2) ay içinde sonuçlandırır. Bildirim şartlarını eksiksiz olarak yerine getiren ESHS, bildirim yaptığı tarihten iki (2) ay sonra faaliyete geçebilir (EİK m. 8/1, Yönetmelik m. 7/1). Ancak yapılan bildirimlerin incelenmesi neticesinde Kurum'ca, bildirim şartlarından bir veya birkaçının eksikliği veya yerine getirilmediği tespit edilirse, bu eksikliklerin giderilmesi için ESHS'ye bir ayı geçmemek üzere bir süre verir (Kanun m. 8/3). Her ne kadar faaliyete başlamak için salt bildirimde bulunmak gerekmekte ise de; kanunun anılan hükmü gereğince ESHS bu sürenin sonuna kadar faaliyette bulunamaz.

ESHS, Kurum tarafından verilen süre içinde, kendisine bildirilen eksiklikleri giderdikten sonra; bu hali ispatlayan bilgi ve belgeleri Kuruma sunmalıdır. Şartların sağladığının Kurum tarafından tespit edilmesinden sonra da, tıpkı ilk başvurusu süresinde olduğu gibi; yine bildirim yaptığı¹⁷ tarihten itibaren iki aylık sürenin tamamlanmış olması halinde faaliyete geçebilir (Yönetmelik m. 7/2).

ESHS, kendisine verilen sürenin sonuna kadar bildirim şartlarındaki eksiklikleri gidermemiş veya giderememiş ise, bu takdirde Kurum'ca, müraعاتının ESHS olma vasfını kaybettiğine karar verilir (Yönetmelik m. 7/2).

Kurum'un bahsedilen kararı, niteliği itibariyle bir idari işlem olduğundan, yargı denetimine tâbidir. Nitekim, bu husus, EİK m.8'de "Kurumun bu kararlarına karşı 19 uncu maddenin ikinci fıkrası hükümleri gereğince itiraz edilebilir." şeklinde düzenlenmiştir.

Ancak bahsedilen hüküm, "Kapatma cezası verilmesine ilişkin karar 7201 sayılı Tebligat Kanununa göre ilgililere tebliğ edilir. Bu karara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, yetkili makam tarafından verilen kapatma kararının yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz, zaruret görülmeyen hâllerde, evrak üzerinden inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. İtiraz üzerine verilen kararlara karşı Bölge İdare Mahkemesine başvurulabilir. Bölge İdare Mahkemesinin verdiği kararlar kesindir." şeklinde iken; 23/01/2008 gün ve 5728 sayılı

16- ERTURGUT, s. 122.

17- Yönetmelikteki düzenlemenin silsilesinden; buradaki iki aylık sürenin, noksanlıkların giderildiği ile ilgili ikinci bildirim tarihinden başlayacağı anlaşılmaktadır.

Kanun'un 528. maddesi ile yapılan değişiklikle, "İdarî para cezasını gerektiren eylemlerin işlendikleri tarihten itibaren geriye doğru üç yıl içinde üçüncü kez işlenmesi hâlinde Kurum tarafından elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tüzel kişinin faaliyet izninin iptaline karar verilir." şeklinde dönüşmüştür. Böylelikle, kanunun 8. maddesinde atf yapılan düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır¹⁸.

Mevcut yasal düzenlemeye göre, Kurum kararları aleyhindeki yargısal denetimin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nu hükümlerince yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Tüm bu hükümlerin genel değerlendirilmesi, ESHS sıfatının edinilmesinin izne değil; denetime tâbi olduğu sonucunu doğurmaktadır¹⁹.

V. ESHS'nin Yükümlülükleri

ESHS sıfatını edinmek açısından özel bir kısım nitelikler aranmamakla birlikte; faaliyette bulunulması açısından bir organizasyonun gerekliliği, EİK'nın bu konuya ilişkin düzenlemelerinden anlaşılmaktadır. Nitekim EİK m.10'a göre ESHS'nin yükümlülükleri: a) Hizmetin gerektirdiği nitelikte personel istihdam etmek²⁰, b) Nitelikli sertifika verdiği kişilerin kimliğini resmî belgelere göre güvenilir bir biçimde tespit etmek²¹, c) Sertifika sahibinin diğer bir kişi adına hareket edebilme yetkisi, meslekî veya diğer kişisel bilgilerinin sertifikada bulunması durumunda, bu bilgileri de resmî belgelere dayandırarak güvenilir bir biçimde belirlemek, d) İmza oluşturma verisinin sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından veya sertifika talep eden kişi tarafından sertifika hizmet sağlayıcısına ait yerlerde üretilmesi durumunda bu işlemin gizliliğini sağlamak veya sertifika hizmet sağlayıcısının sağladığı araçlarla üretilmesi durumunda, bu işleyişin güvenliğini sağlamak²², e) Sertifikanın kullanımına ilişkin özelliklerin ve uyumsuzlukların çözüm yolları ile ilgili şartların ve kanunlarda öngörülen sınırlamalar saklı kalmak üzere güvenli

18- Bu durum, 5728 sayılı Kanun'un hazırlanması esnasında, 5070 sayılı Kanun'un 8. maddesinde değişiklik yapılması hususunun, muhtemelen unutulduğu sonucunu akla getirmektedir.

19- ORTA, s. 119.

20- Bahsedilen personelin, özellikle bilgisayar bilimleri, programlama, elektronik imza, vs. konularında gerekli bilgi ve beceriye sahip olmaları ve özellikle bahsedilen unsurlar çerçevesinde herhangi bir mahkumiyetinin bulunmamasının gerektiğine ilişkin açıklamalar için bkz. ORTA, s. 122; OREER, s. 116. Ayrıca, aranmakta olan kriterler açısından bkz. Yönetmelik m. 19.

21- OREER, s. 116. Bahsedilen kimlik tespitine esas belgeler, yönetmelikte düzenlenmiştir. Buna göre, ESHS, nitelikli elektronik sertifika vereceği kişilerin kimliğini; nüfus cüzdanı, pasaport, sürücü belgesi gibi fotoğraflı ve geçerli resmi belgelere göre tespit eder. Nitelikli elektronik sertifika verilecek kişi kimlik tespiti esnasında bizzat hazır bulunur (m. 9/1). Ancak, kurumsal başvurular açısından bir istisna mevcuttur; Yönetmeliğin 9/2. maddesine göre ESHS, nitelikli elektronik sertifika verilecek kişinin kimliğinin birinci fıkraya hükümlerine göre önceden tespit edilmiş olduğu hallerde veya kurumsal başvurularda kimlik tespiti için bizzat hazır bulunma şartını aramayabilir.

22- OREER, s. 117.

elektronik imzanın elle atılan imza ile eşdeğer olduğu hakkında sertifika talep eden kişiyi sertifikanın tesliminden önce yazılı olarak bilgilendirmek²³, f) Sertifikada bulunan imza doğrulama verisine karşılık gelen imza oluşturma verisini başkasına kullandırmaması konusunda, sertifika sahibini yazılı olarak uyarmak ve bilgilendirmek²⁴, g) Yaptığı hizmetlere ilişkin tüm kayıtları yönetmeliğin 14/2. maddesinde belirlenen süre olan en az yirmi yıl süre ile saklamak, h) Faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce durumu Kuruma ve elektronik sertifika sahibine bildirmek²⁵ yükümlülüğü mevcuttur.

Ancak, ESHS'nin yükümlülükleri, sadece yasada belirlenenler ile sınırlı değildir. İlave yükümlülükler, Yönetmelik'te yer verilmiştir. Nitekim Yönetmeliğin 14. maddesine göre ESHS'nin sair yükümlülükleri bilgi vermek ve muhafaza etmek temel başlıkları altında değerlendirilebilir.

ESHS'nin bilgi vermek yükümlülüğü, nitelikli elektronik sertifika verilecek kişiye karşıdır. Bildirim yükümlülüğünün asgari kapsamı ise: a) Kanunda öngörülen sınırlamalar saklı kalmak üzere, güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile eşdeğer olduğuna, b) İmza oluşturma verisini ve aracını başkasına kullandırmamasına, c) Nitelikli elektronik sertifikanın kullanımı ile ilgili usul ve sınırlamaların kapsamına, d) Nitelikli elektronik sertifikanın iptal durumuna, e) Nitelikli elektronik sertifika sahibi ile arasında çıkacak uyuşmazlıklarda başvurulabilecek alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına, f) Sözleşmenin ve/veya taahhütnamelemlerin hüküm ve şartlarında meydana gelecek değişikliklere, ilişkin olmalıdır; bilgilendirmenin geçerli olabilmesi, ancak yazılı olmasına bağlıdır. (Yönetmelik m. 14/1)

ESHS'nin sair bir yükümlülüğü ise, muhafazaya ilişkindir. Bu yükümlülüğün iki farklı görünüm şekli mevcut olup, bunlardan birincisi bilgilerin edinilmesine ilişkin kapsamı, diğeri ise muhafazaya ilişkin süreyi kapsamaktadır. Bu yükümlülükler EİK m. 12 ve Yönetmelik m. 14/2'de düzenlenmiştir.

Bahsedilen düzenlemelere göre ESHS: Elektronik sertifika talep eden kişiden, elektronik sertifika vermek için gerekli bilgiler hariç bilgi talep edemez ve bu bilgileri kişinin rızası dışında elde edemez, elektronik sertifika sahibinin izni olmaksızın sertifikayı üçüncü kişilerin ulaşabileceği ortamlarda bulunduramaz, elektronik sertifika talep eden kişinin yazılı rızası olmaksızın üçüncü kişilerin kişisel verileri elde etmesini engeller. Bu bilgileri sertifika sahibinin onayı olmaksızın üçüncü kişilere iletmez ve başka amaçlarla kullanamaz (EİK m.12); Geçerlilik süresi sona eren nitelikli elek-

23- Ancak, bahsedilen hususların yerine getirilmesi için, nitelikli elektronik imza sertifikasının zilyetliğinin, sertifika talep eden tarafından iktisap edilmesi gereklidir. ORTA, s. 124; OREER, s. 117.

24- Bahsedilen ikazlar, özel anahtarın başkasına verilmesi halinde doğabilecek sorumluluklar açısından olmalıdır. ORTA, s. 124. OREER, s. 119.

25- Bahsedilen bildirimler, yazılı olmalıdır. ORTA, s. 126.

tronik sertifikaları, nitelikli elektronik sertifika başvurusunda talep edilen bilgi, belge ve elektronik verileri, sertifika ilkelerini ve sertifika uygulama esaslarını, zaman damgası ilkelerini ve zaman damgası uygulama esaslarını, geçerlilik süresinin sona ermesinden itibaren kendi sertifikasını, nitelikli elektronik sertifika yönetimine ilişkin tüm işlemlere, bu işlemlerin yapıldığı zamana ve işlemleri yapan kişiye veya kişilere ait bilgileri içeren kaydı, en az yirmi (20) yıl süreyle saklar (Yönetmelik m. 14/2) ; sertifika uygulama esaslarının sertifika sahibini veya üçüncü kişileri ilgilendiren bölümlerini ve sertifika ilkelerini internet sayfasında yayımlamakla, Nitelikli elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imza ile ilgili hizmetlere ait ücretleri, bunları uygulamaya koyduktan sonra en geç onbeş (15) gün içinde Kuruma bildirmekle, Sertifika mali sorumluluk sigortası yaptırmakla,²⁶ nitelikli elektronik sertifika sahibine imza oluşturma aracı vermesi durumunda, bu aracın güvenli imza oluşturma aracı olmasını sağlamakla da yükümlüdür (Yönetmelik m. 14/3).

VI. Nitelikli Elektronik Sertifikaların İptal Edilmesi

ESHS, faaliyetlerine kendisi son verebileceği gibi²⁷, faaliyet göstermeye imkan veren sertifikanın Kurum tarafından iptali de söz konusu olabilir.²⁸ Bu konuya ilişkin yasal düzenleme, EİK m. 11'de düzenlenmiştir. Buna göre ESHS'nın faaliyetleri: Nitelikli elektronik sertifika sahibinin talebi, sağladığı nitelikli elektronik sertifikaya ilişkin veri tabanında bulunan bilgilerin sahteliğinin veya yanlışlığının ortaya çıkması veya bilgilerin değişmesi, nitelikli elektronik sertifika sahibinin fiil ehliyetinin sınırlandırılmasının, iflâsının veya gaipliğinin ya da ölümünün öğrenilmesi, durumlarında sertifikalarının Kurum'ca derhal iptali ile faaliyetlerine son verir.

Ancak, faaliyetlerin sona erdiğinin üçüncü kişilere duyurulması açısından, ESHS, nitelikli elektronik sertifikaların iptal edildiği zamanın tam olarak tespit edilmesine imkân veren ve üçüncü kişilerin hızlı ve güvenli bir biçimde ulaşabileceği bir kayıt oluşturur (m. 11/2). ESHS, faaliyetine son vermesi ve vermiş olduğu nitelikli elektronik sertifikaların başka bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından kullanımının sağlanamaması durumunda vermiş olduğu nitelikli elektronik sertifikaları derhâl iptal etmekle yükümlüdür (m. 11/3).

ESHS'nin faaliyetine Kurum tarafından son verilmesi halinde Kurum, faaliyetine son verilen elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının vermiş olduğu ni-

26- Zorunlu Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, 27 Ocak 2005 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

27- Bu konuyla ilgili uygulama esasları, Yönetmeliğin 30. maddesinde düzenlenmiştir.

28- ORTA, s. 131. ORER, s. 96 vd. Bu konuyla ilgili uygulama esasları, Yönetmeliğin 29. maddesinde düzenlenmiştir.

telikli elektronik sertifikaların başka bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına devredilmesine karar verir ve durumu ilgililere duyurur (m. 11/4). Ancak, işlem güvenliğinin tesisi açısından, ESHS, geçmişe yönelik olarak nitelikli elektronik sertifika iptal edemez (m. 11/5).

VII. Bilgilerin Korunması

ESHS tarafından elde edilecek bilgiler, niteliği itibariyle elektronik imza sahibinin sırlarını da oluşturmaktadır. Diğer yandan ESHS'ler, nitelikleri itibariyle birer güven kurumudurlar²⁹. Bu nedenle, edindikleri bilgilerin korunması, bu konuda gereken her türlü tedbirin alınmasını gerektiren³⁰ bir zaruretler.

Bilgilerin korunması için EİK'da özel düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim EİK m. 12'ye göre ESHS: Elektronik sertifika talep eden kişiden, elektronik sertifika vermek için gerekli bilgiler hariç bilgi talep edemez ve bu bilgileri kişinin rızası dışında elde edemez, Elektronik sertifika sahibinin izni olmaksızın sertifikayı üçüncü kişilerin ulaşabileceği ortamlarda bulunduramaz, elektronik sertifika talep eden kişinin yazılı rızası olmaksızın üçüncü kişilerin kişisel verileri elde etmesini engeller. Bu bilgileri sertifika sahibinin onayı olmaksızın üçüncü kişilere iletmez ve başka amaçlarla kullanamaz.

ESHS'nın bahsedilen yükümlülüğe aykırı davranması hali, EİK m.18'de para cezası ile yaptırıma bağlanmıştır³¹. Nitekim, kanuna göre Telekomünikasyon Kurulu tarafından "12 nci madde hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında onbeşbin Türk Lirasından otuzbin Türk Lirasına kadar" idarî para cezası verilir (m. 18/c).

VIII.ESHS'nın Hukuki Sorumluluğu ve Yasal Dayanağı

Genel niteliği itibariyle sorumluluk kavramı, borç³² olarak tanımlanabilecek bir halin varlığına bağlıdır. Borçlu edimini yerine getirmekten kaçınır ve borcunu ifa etmez ise, alacaklı alacağını veya onun yerine geçecek belirli bir parayı³³, kamu kudreti vasıtası ile tahsil etmek hakkına kavuşur. Bu hal ise genel olarak "borçlunun sorumluluğu" olarak adlandırılmaktadır.³⁴

29- ERTURGUT, s. 98.

30- ORTA, s. 134.

31- ORTA, s. 134.

32- Borçlar Kanunumuz açısından borç, üç sebepten doğmaktadır. Bunlar: sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir.

33- Anayasa'nın 38. maddesine 4709 sayılı Kanun ile eklenen 8. fıkraya hükmüne göre "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz" Bu düzenleme gereğince, borçlunun sorumluluğu salt şahsi mal varlığı ile değildir. Şahıs varlığı ile değildir.

34- REİSOĞLU, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s. 33.

Güvenli elektronik imza söz konusu olduğunda ESHS'nın sorumluluğu, EİK'nın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “ Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının, elektronik sertifika sahibine karşı sorumluluğu genel hükümlere tâbidir (f.1). Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, bu Kanun veya bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümlerinin ihlâli suretiyle üçüncü kişilere verdiği zararları tazminle yükümlüdür. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı kusursuzluğunu ispat ettiği takdirde tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaz (f.2). Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, söz konusu yükümlülük ihlâlinin istihdam ettiği kişilerin davranışına dayanması hâlinde de zarardan sorumlu olup, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, bu sorumluluğundan, Borçlar Kanununun 55 inci maddesinde öngörülen türden bir kurtuluş kanıtı getirerek kurtulamaz (f.3)”.

IX.ESHS Sorumluluğunun Türü

Sorumluluk haksız fiil sorumluluğu veya sözleşmeye aykırılık gibi çeşitli kriterlere göre tasnif edilebilecek olmakla birlikte; hukukumuzda haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmeye aykırı davranıştan doğan sorumluluğu düzenleyen kurallar, temelde birbiri ile aynıdır. Zira, Borçlar Kanununun haksız fiili düzenleyen kuralları, sözleşmeye aykırılık hallerinde de kıyasen uygulanabilecektir³⁵.

Diğer yandan, genel olarak haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek açısından temel ilke kusurluluktur³⁶. Bu çerçevede, bir kişinin sorumluluğunun saptanması açısından öncelikle tespit edilmesi gereken husus da onun kusurudur.

Ancak, yine haksız fiil sorumluluğu açısından, sosyal gerekler veya hakkaniyet düşüncesi ile, bazı hallerde kişiler zararın doğması açısından kusurları olmasa da, giderilmesinden sorumlu kılınabilmektedir. Bu sorumluluk türü ise, kusursuz sorumluluk olarak adlandırılmaktadır³⁷.

Her iki sorumluluk türü açısından da tazminat talebinde bulunulabilmesinin kusurluluk dışındaki müşterek unsurları; fiil, hukuka aykırılık, zarar ve uygun illiyet bağı olarak kabul edilmektedir³⁸. Elektronik İmza Kanununda yer alan sorumluluk prensibi nazara alındığında, ESHS'nın “genel hükümlere tâbi” sorumluluğu, nitelik itibariyle tehlike sorumluluğu olmayıp, sözleşmeler hukukumuzdaki ispat yükünün ters çevrildiği “kusur sorumluluğu” niteliğindedir³⁹.

35- Nitekim, BK m. 98/2 hükmü “Haksız fiillerden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler, kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur.” şeklindedir.

36- REİSOĞLU, 154; KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Genişletilmiş 11. Bası, Ankara, 2009, s. 227.

37- REİSOĞLU, s. 155; KILIÇOĞLU, 226.

38- KILIÇOĞLU, 227.

39- YILDIRIM, s.32; OREER, s. 125 vd.

X. ESHS'nın Genel Yükümlülükleri

EİK m.3'de yer alan yasal tanımları itibariyle elektronik imza: "Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi" imza sahibi: "Elektronik imza oluşturmak amacıyla bir imza oluşturma aracını kullanan gerçek kişiyi" elektronik sertifika ise "imza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik bilgilerini birbirine bağlayan elektronik kaydı" ifade etmektedir.

Bahsedilen çerçevede internet ortamında gerçekleştireceği işlemlerde, güvenli elektronik imza kullanmak isteyen herhangi bir kişinin, bir ESHS ile sözleşme tanzim ve imza etmesi gerekmektedir. Niteliği gereği sürekli bir borç ilişkisi doğuran sözleşmenin hukuki niteliği açısından Elektronik İmza Kanununda özel bir kısım kısıtlamalara gidilmemesi karşısında, tamamen sözleşme özgürlüğüne ilişkin prensipler çerçevesinde tanzim edilebilecektir.⁴⁰ Böylece ESHS, gerek sertifika sahibine ve gerekse üçüncü kişilere karşı bir kısım sorumluluk altına girmektedir⁴¹. ESHS bu sözleşme ile temel olarak, sertifika sahibinin belirli bir ücret ödemesi koşulu ile, biri gizli diğeri ise kamuya açık olmak üzere bir çift şifre (anahtar) tahsis etmek ve bu şifrelerin yönetimini, güvenliğini/gizliliğini sağlamayı ve kamuya açık şifreyi şifreyi üçüncü kişilere duyuracak rehber hazırlamayı üstlenmektedir⁴².

XI. Sertifika Sahibine Karşı Sorumluluğu

Prencip olarak ESHS ile sertifika sahibi arasındaki hukuki ilişki, akdi bir ilişkidir. ESHS'nin sertifika sahibine karşı sorumluluğu da, gerek EİK ve uygulama yönetmeliği ile sair mevzuat hükümleri ve gerekse taraflar arasında, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tanzim edilecek sözleşmede benimsenecek hususlardan kaynaklanacaktır⁴³.

Ancak, sözleşmenin yapılmasına mesnet teşkil eden olay veya ihtiyaçlar nazara alındığında, sözleşmenin özellikle ESHS'nin yükümlülükleri açısından (örneğin iki adet şifrenin üretilmesi, bunların devri ve muhafazası, ilişkinin sürekliliği, vs.) çeşitli sözleşme tiplerinin özelliklerini gösterdiği ve neticede kendine has özellikler taşıyan bir sözleşme olarak değerlendirilmesi mümkündür⁴⁴.

40- YILDIRIM, s.33.

41- ESHS'nin özel yükümlülükleri, EİK m. 10 ve Uygulama Yönetmeliğinin 14. maddesinde belirlenmiştir.

42- YILDIRIM, s.33; ORER, s. 135.

43- YILDIRIM, s.33; ORER, s. 135.

44- Doktrinde sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi açısından eser sözleşmesi, eser teslimi sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, karma nitelikli veya kendine özgü sözleşme olduğu konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. YILDIRIM, s.33.

Bahsedilen niteliği, kuruluşu, yürürlüğü ve neticesinde feshi açısından özellikle Borçlar Kanununun genel hükümleri yanında, tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuatın da sözleşme ile oluşan ilişkiye uygulanmasını mümkün hale getirmektedir. Zira, EK m. 13. deki “Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının, elektronik sertifika sahibine karşı sorumluluğu genel hükümlere tâbidir.” şeklindeki hüküm, Elektronik İmza Kanunu hükümlerinin, bahsedilen hükümlere nazaran özel hüküm niteliğine işaret etmektedir⁴⁵. Sertifika sahibinin hakları, böylelikle haksız sözleşme şartları, vs. yönünden, daha fazla korunma imkanına kavuşmaktadır.

XII. ESHS'nin Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu

Niteliği itibariyle güvenli elektronik imzanın kullanılabilmesi, çift anahtar sistemini gerektirdiği için; ESHS'ler oluşturacakları ve sertifikaya bağlayacakları anahtarlar nedeni ile, sadece sözleşme ilişkisi içinde buldukları kişiler açısından değil, sair bütün üçüncü kişiler açısından da bir kısım yükümlülük altındadırlar.

ESHS'ler in üçüncü kişilere karşı sorumlulukları, Elektronik İmza Kanunundaki düzenleme gereğince, BK m. 41 vd.'da öngörülen haksız fiil sorumluluğuna ilişkin esaslara tâbidir. Ancak, kanun koyucu, bu sorumluluk konusunda haksız fiillerle ilgili genel sorumluluk prensiplerinden farklı bir kısım hususlara da yer vermiştir. Nitekim, EİK 13/2. maddesinin “Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, bu Kanun veya bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümlerinin ihlâli suretiyle üçüncü kişilere verdiği zararları tazminle yükümlüdür. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı kusursuzluğunu ispat ettiği takdirde tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaz.” şeklindeki düzenlemesi, ESHS'nin üçüncü kişilerle olan ilişkilerinden kaynaklanacak zararların tazmini taleplerine ilişkin ihtilaflardaki ispat yükünü, ters çevirmiştir. Diğer bir deyişle, uzmanlık gerektiren bir faaliyet neticesi oluşan zarardan ötürü oluşan tazminat talepleri karşısında, kusursuzluğu ispatlamak, kusuru ispatlamaktan daha kolay kabul edildiğinden, tazminat sorumluluğunu gerektirecek haksız bir fiilin varlığı halinde, zarar gören kişiyi ESHS'nin kusurunu ispatlamak yükünden kurtarmıştır⁴⁶.

Ancak, düzenlemedeki sorumluluk, sınırsız değildir. Nitekim kanun hükümündeki “bu Kanun veya bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümlerinin ihlâli” şeklindeki düzenleme nedeni ile; üçüncü kişilerin, ESHS'nin sair yönlerdeki haksız fiilleri açısından, bahsedilen ispat kolaylığından yararlanmaları söz konusu olamayacaktır⁴⁷.

45- YILDIRIM, BK'nın özel hükümlerinin de EİK'ya nazaran “genel” hüküm sayılarak, BK'nın tüm hükümlerinin EİK'dan kaynaklanan olaylara uygulanabileceği görüşündedir. YILDIRIM, 32.

46- YILDIRIM, s. 36; ORER, s. 144.

47- YILDIRIM, s. 37; aksi fikir için bkz. ORER, s. 144.

Diğer yandan EİK 13/2. maddesinde, “Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, söz konusu yükümlülük ihlâlinin istihdam ettiği kişilerin davranışına dayanması hâlinde de zarardan sorumlu olup, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, bu sorumluluğundan, Borçlar Kanununun 55 inci maddesinde öngörülen türden bir kurtuluş kanıtı getirerek kurtulamaz.” şeklindeki düzenleme ile ESHS'nın haksız fiilinden kaynaklanacak sorumluluklarına, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan borçlara benzer bir etki ile kurtuluş kanıtı getirememeye hali yaratmıştır. Bu yasal düzenleme nedeniyle, ESHS, istihdam ettiği personelinin verilen görevleri yerine getirmeleri esnasındaki fiilleri nedeni ile ESHS'nın gereken özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilme imkanı ortadan kalkmıştır⁴⁹.

Bu noktada ortaya çıkabilecek sair bir ihtimal de; ESHS'nın haksız fiiline maruz kalan üçüncü kişinin; ESHS ile sertifika sahibi arasındaki sözleşmeye dayalı olarak talepte bulunup bulunamayacağı sorunudur.

Konuyla ilgili yasal düzenlemeler, BK m. 111'de yer almaktadır. Bahsedilen hükümlere göre, taraflar düzenleyecekleri sözleşmede, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiler lehine düzenlemelere yer verebileceklerdir. Üçüncü kişiler, böylece sözleşmeden kaynaklanacak alacağı, aslen ve doğrudan edinecektir⁴⁹.

Üçüncü kişinin böyle bir sözleşme hükmünden yararlanması için, sözleşmenin kuruluşu esnasında belirlenmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Doktrinde kabul edilen görüşe göre, üçüncü kişilerin sözleşmenin tanzimi esnasında fiilen kurulmuş bir şirket veya hayatta bir kişi veya müstakbel bir kişi topluluğu dahi olabilecektir⁵⁰.

XIII.Sorumluluğun Sınırlayan Kayıtların Geçersizliği

Nitelikli elektronik sertifikanın içerdiği kullanım ve maddî kapsamına ilişkin sınırlamalar hariç olmak üzere, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının üçüncü kişilere ve nitelikli elektronik imza sahibine karşı sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran her türlü şart geçersizdir (EİK m.13/4).

Kanunun bahsedilen düzenlemesine göre, taraflar güvenli elektronik imzanın kullanım kapsamını, düzenleyecekleri sözleşme ile belirleyebilirler. Bu takdirde, ESHS güvenli elektronik imzanın kapsam dışı kullanımından kaynaklanacak zararlardan sorumlu tutulamaz. Aynı şekilde, tarafların güvenli elektronik imzanın kullanılacağı hukuki ilişkiyi, belirli bir meblağ ile

48- YILDIRIM, s. 37.

49- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı, Ekim 2009, İstanbul, s. 1100.

50- EREN, s. 1096.

de sınırlayabilirler. ESHS, bu takdirde de meblağ sınırını aşan zararlardan ötürü sorumlu tutulamaz⁵¹.

Diğer yandan, Borçlar Kanununun genel hükümleri arasında yer alan 99 ve 100. maddelerin de ESHS'lere uygulanması mümkündür. Zira, ESHS her ne kadar faaliyete geçiş açısından salt bir bildirimde bulunmakla mükellef ise de, faaliyetini Telekomünikasyon Kurumu'nun denetiminde ve bir faaliyet izni ile sürdürebilecektir. Bu hal, ESHS faaliyetlerinin BK m. 99 açısından resmi bir imtiyaza dayalı olarak sürdürüldüğü sonucunu doğurmaktadır. Dolayısı ile ESHS, elektronik imza kullanıcısı ile tanzim edeceği sözleşme ile, hangi derecede olursa olsun, kusur nedeni ile sorumsuzluk kaydı koyamaz⁵².

XIV. Sigorta Yaptırma Zorunluluğu

Genel olarak sigorta denilince akla "aynı türden tehlikeyle karşı karşıya olan kişilerin, belirli bir miktar para ödemesi yoluyla toplanan tutarın, sadece o tehlikenin gerçekleşmesi sonucu fiilen zarara uğrayanların zararını karşılamada kullanıldığı, bir risk transfer sistemi" gelmektedir⁵³.

Sigorta sistemi, kişilerin karşı karşıya buldukları tehlikelerin neden olabileceği ve parayla ölçülebilen zararlarını, sigorta söz konusu olmasaydı yüzleşecekleri sorumluluk miktarına göre oldukça küçük sayılabilecek miktarda ödedikleri primler aracılığı ile paylaşmaktadır. Böylelikle, sigorta ile karşılanması taahhüt (başka bir deyişle garanti) edilen zarar, ekonomik tutar olarak küçülmekte, ortaya bir organizasyon çıkmakta ve biriken miktarlar da sigorta şirketleri tarafından değerlendirilerek, ekonomik gelişme sağlanmaktadır.

Bahsedilen organizasyon, dörtlü bir yapıyı da gerektirmektedir. Bu yapı: sigorta sözleşmesinin konusunu oluşturan "sigortacı", sigorta konusu tehlikeyle karşı karşıya bulunan "sigorta ettiren", "sigortalı sözleşmesi" ve sigorta sözleşmesinden yararlanan (şartlar oluştuğunda, sigorta tazminatını sigortacıdan talep etmek hakkı olan) sigortalıdan oluşur. Çoğunlukla sigorta ettiren ve sigortalı aynı kişidir. Ancak, çeşitli sigorta tiplerinde, farklı kişiler olması da mümkündür.

Genel ve yaygın uygulama, sigorta sözleşmelerinin iradi (yani tarafların rızası ile) yapılmasıdır. Ancak, bazen yasal bir hüküm, kişilerin sigorta yaptır-

51- YILDIRIM, s. 39.

52- YILDIRIM, s. 40.

53- Tanım ve diğer unsurlarla ilgili açıklamalar için bkz. <http://www.tsrbsb.org.tr> (e.t. 11.06.2011); CAN, Mertol : *Türk Özel Sigorta Hukuku*, Ankara 2009, s. 17. Kısaca değinilmesi gereken başka bir ayırım ise, sigortalının sosyal ve özel sigortalar olarak değerlendirilmekte olduğudur. Sosyal sigortalar, buna ilişkin kuruluşlar yardımı ile, vatandaşın geleceğinin güvenceye alınması gayesini güderler. BOZER, Ali : *Sigorta Hukuku*, Ankara 2009, s. 1 vd. Konusu itibarıyla, yazımızda bu konulara değinilmeyecektir.

malarını zorunlu kılar. İşte bu tip sigortalara “zorunlu sigorta” denilmektedir.

Zorunlu sigortalarda, sigorta ilişkisi ve bu ilişkiden doğan sigortalılık sıfatı, çoğunlukla teknolojik gelişme, şehirleşme, vs. gibi sebepler göz önüne alınarak, üçüncü kişilerin zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkaran tehlikelerin önüne geçmek⁵⁴ için yürürlüğe konulan açık bir kanun hükmünden kaynaklanmaktadır⁵⁵.

Ülkemizde mevcut zorunlu (özel) sigortalara örnek olarak: zorunlu trafik sigortası, (trafik kazasında zarara uğrayacak üçüncü kişilerin zararlarını karşılamak maksadı ile yapılır); otobüs zorunlu koltuk kaza sigortası (kazaya maruz kalacak yolcunu zararlarını karşılamak maksadı ile yapılır), vs. gösterilebilir. Diğer yandan, salt doğal afetlerden kaynaklanacak zararları karşılamak için de zorunlu (özel) sigorta öngörülmesi mümkündür.

ESHS faaliyetini belirli bir kısım riskleri üstelenerek sürdürdüğü gibi; niteliği itibariyle bir güven kuruluşudur. Ancak, ESHS'nin faaliyetleri nedeni ile, çeşitli zararların oluşması da söz konusu olabilecektir. İşte bu nedenle, ESHS'lara Elektronik İmza Kanunundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucu doğan zararların karşılanması amacıyla, sertifika malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorunluluğu getirilmiştir (EİK m. 13/5).

Bu çerçevede, Elektronik İmza Kanununun anılan hükmü ile “Zorunlu Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası” başlığı altında bir sigorta branşı oluşturulmuş ve bu sigortaya ait Genel Şartlar da 27 Ocak 2005 tarihinden başlayarak yürürlüğe konulmuştur.

Poliçe genel şartlarına göre: Sigortanın Konusu, ulusal veya uluslararası düzeyde nitelikli elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imzalarla ilgili hizmetleri sağlayan ESHS'nin Elektronik İmza Kanunundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucu oluşan, nitelikli elektronik sertifika sahibi kişi veya kuruluşların ve üçüncü şahısların uğrayacağı zararlara ilişkin sorumluluğu, sözleşmede belirlenen zorunlu sigorta limitlerine kadar teminat altına almaktadır (md. A.1). Ayrıca bu sigorta, sigortalıya karşı yapılan talepler sonucundaki yasal giderler için de teminat verir.

Sigortanın kapsamına, ESHS'nin güvenli ürün ve sistemleri kullanmak, hizmeti güvenilir bir biçimde yürütmek, sertifikaların taklit ve tahrif edilmesini önlemek ile ilgili görevlerini gerektiği biçimde yerine getirmemesi (md. A.2.1), Sertifikaların içeriğinde ESHS'den kaynaklanan yanlış bilgilerin bulunması (md. A.2.2), Sertifikaların oluşturulması sırasında nitelikli elektronik imza sahiplerinin verdikleri bilgilerin ESHS tarafından eksik veya yanlış işlen-

54- ÇEKER, Mustafa : *Sigorta Hukuku*, Adana 2008, s. 57 vd.

55- CAN, s. 21.

mesi sonucu ortaya çıkan hataların bulunması (md. A.2.3), Sertifikaların ESHS ile nitelikli elektronik imza sahipleri arasında yapılan sözleşmeye tam ve uygun olarak hazırlanmaması (md. A.2.4) gibi ESHS'nin ve eylemlerinden sorumlu bulunduğu personelin kusurundan, ihmalden veya gerekli özeni göstermemesinden doğan maddi zararlar girmektedir. Ayrıca Türkiye'de faaliyette bulunan ESHS'nin sigortacının bilgisi dahilinde olan yabancı bir ülkede kurulu başka bir ESHS'ye ait kabul ettiği sertifikalardan doğan maddi zararlar da kapsam dahilindedir.

Sigorta yaptırılmaması halinde, Elektronik İmza Kanununda idari para cezası yaptırımını öngörölmüş olup; ESHS, nitelikli elektronik sertifikayı elektronik imza sahibine sigorta ettirerek teslim etmekle yükümlüdür (EİK m.13/7). Aksi takdirde, bu nedenden ötürü sorumluluğu doğacaktır.

XV. Sonuç

ESHS, tıpkı noterler gibi “güven” kuruluşları olarak faaliyet göstermeleri gereken bir niteliktedirler. Varlıkları, internet kullanımı ile birlikte giderek yaygınlaşan elektronik ticaret ve sair elektronik işlem güvenliği açısından zaruridir.

ESHS'lerin “güven” kuruluşu olmaları, beraberinde bir kısım yükümlülükleri de getirmektedir. Bunlar özellikle güvenlik alt yapısının iyi organize edilmesi ve konusunda uzman personel istihdam edilmesi gibi çeşitli görünümlere sahiptir.

ESHS'ler faaliyetleri konusunda, sözleşme yaptıkları kişilere ve üçüncü kişilere karşı, çift taraflı sorumluluk taşımaktadırlar. Bu sorumluluk hem sözleşmeden ve hem de kanundan kaynaklanan bir kısım yapma veya yapmama yükümlülüklerini bünyesinde barındırdığı için, kapsam itibariyle geniş olduğu gibi; konusunda uzmanlığın gerektirdiği bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özellikle internet üzerinden yapılan işlemlerin ülkemizde giderek yaygınlaşıyor olması karşısında, ESHS'lerin faaliyetlerinin en baştan sıkı denetim altında sürdürmelerinin sağlanması bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Yasal düzenlemenin içeriğindeki faaliyete başlangıç ile ilgili hükümler çerçevesinde gerekli teknik imkanlara sahip işletenlerce kurulan ESHS'lerin salt bir bildirim ertesinde faaliyete geçebilecekleri nazara alındığında, faaliyetlerin denetiminin gerekliliği daha da ortaya çıkmaktadır. Nitekim, EİK'da bu konuda bir adet, tekrar veya sıklık öngörölmeksizin, gerekli görölen hallerde denetimlerin yapılacağıının benimsenmiş olması, ESHS'lerin sürekli olarak kontrol edilebileceklerinin bilinciyle hareket etmelerini sağlamaya yönelik bir tedbir olarak görölmektedir.

HAKEMLİ MAKALE

Hukukta Yorum Metodları

■ Mustafa Emir ÜSTÜNDAĞ *

Bir yorum tarifi yapmaya çalışacak olursak diyebiliriz ki, yorum faaliyeti bir hukuk kuralının adalete ve hakkaniyete azami derecede hizmet edecek mahiyette anlamının tespiti işidir. Bu kısa yorum faaliyetinin şekli tanımından sonra yorum metodlarını incelemekte yarar görüyoruz.

1- Sözel yorum- Bu yorum yöntemini en veciz ifade eden deyim Schnitzere aittir. Her yorum sözcükler ile başlar.¹ Metin yorumu adı da verilen bu yöntem Fransız devriminin bir eseridir.² Fransız devrim felsefesinden etkilenen bu yorum kanununun her ihtimali öngördüğü metnin sözüne bakarak her uyumsuzluğun çözülebileceği gibi varsayımlara dayanmaktadır.³ Bu varsayımların temeli de Fransız devriminde hakim düşünce olan genel iradeyi yansıtan yasanın tek hukuk kaynağı olarak görülmesindedir.⁴ Bu yorum metodu Fransa'da Şerhçi okul mensuplarınınca savunulmuştur.⁵ Kelimelerin sözlük anlamlarına değer atfedilir.⁶ Bu noktada üzerinde durulan husus metnin dil kaide-leri ışığında değerlendirilmesidir.⁷ Ancak şunu belirtmek gerekir ki bu yorum yönteminin amacına ulaşmasının önkoşulu kanunların teknik bir dilde yazılmamış bilakis herkesin anlayabileceği günlük dilde yazılmış olmasıdır.⁸ Hangi hukuk dalı içerisinde değerlendirilmesi gerekiyorsa bir kavram o bağlamda değerlendirilmelidir.⁹ Örneğin talep, defa, feragat gibi¹⁰. Bu kavramların me-

* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

1- Özsunay, E. *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul, 1976, s. 189

2- Keyman, S. *Hukuka Giriş*, Ankara, 2002, s. 47

3- Keyman s. 47

4- Keyman s. 47

5- Edis, S. *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara, 1987, s. 190

6- Dinçkol s. 151

7- Bilge, N. *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, 1992, s. 196

8- Dinçkol, A. *Hukuka Giriş*, İstanbul, 2009, s. 151 Aral s. 193den naklen

9- Dinçkol s. 151

deni usul hukukunda medeni hukukta farklı kavramları ifade ettiği görülmektedir. Sözel yorum belirli bir olaydaki adalete en uygun olanı bulmaya çalışan pratik aklın ve hukuk mantığının işlemesine engel olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹¹ Sözel yorum 19. yüzyılın sonundan itibaren yetersiz kalmıştır. Esas hata kanunkoyucunun her şeyi öngördüğü her yeni uyuşmazlığın çözümünün kanunda yattığı inancıdır¹². Endüstri devriminin getirdiği gelişmeler takip edilememiştir.¹³ Yargıtay kararlarında da metnin sözünün özü ile karşılaştırılmasını aramaktadır.¹⁴ Sözel yorum yönteminin en çok eleştirilen yönü kelimelere aşırı bir değer tanınması ve kanunkoyucunun bütün kelimeleri aynı özenle seçmiş olmasının varsayılmasıdır.¹⁵

2- Sistematik yorum - Bu yorum yönteminde bir hukuk kuralı diğer hukuk kuralları ile ilişkisi bağlamında değerlendirilerek ve genel olarak hukuk düzenindeki yeri araştırılarak bir sonuca varılır.¹⁶ Sistematik yorum kıyas kurumu açısından önem taşır. Örneğin clausula rebus sic stantibus ilkesinin genel bir ilke mi yoksa özel bir ilke mi olduğunun tespiti ve kıyası kabil bir hüküm olup olmadığının tayini bu ilkenin kanundaki yerinden anlaşılacaktır.¹⁷ Sistematik yorum metoduna bir örnek vermek gerekirse, eski Medeni Kanun m. 86-1e göre nişanlılardan her biri diğerine verdiği hediyeği geri isteyebilir denmektedir. Bu madde lafzi olarak yorumlanacak olursa nişanlılardan her birinin diğerinden verdiği hediyeği her zaman geri isteyebileceği anlamı çıkmaktadır. Oysaki bu madde hükmü ile ifade edilmek istenen eğer bu kural bulunduğu yer ile birlikte değerlendirilirse¹⁸ nişanın bozulması halinde söz konusu hükmün uygulama alanı bulabileceğidir.

3- Tarihi yorum - Bu yorum metoduna göre kanunkoyucunun subjektif iradesinin araştırılmasına gerek vardır¹⁹. Bu bağlamda kanunun hazırlık malzemesi incelenir.²⁰ Yani kanunun gerekçesi,parlamentodaki görüşme tutanaklarına dikkat edilir.²¹ Bu noktada belirtilmesi gerekir ki bu yorum metodu kanunun hazırlık malzemesine resmi otoriteyi haiz bir değer vermektedir.²² Öğretide bir görüş²³ tarihi yorum metodunu kanunların yorumunda kabul

10- Alangoya,H.Y.-Yıldırım,M.K.-Deren Yıldırım,N.Medeni Usul Hukuku Esasları,İstanbul,2005,s.33

11- Esener,T.Hukuk Başlangıcı,İstanbul,2002, s.227

12- Keyman s.49

13- Keyman s.49

14- Öztan,B.Medeni Hukukun Temel Kavramları,Ankara,2010, s.136

15- Dinçkol s.152 ,Güriz s.58-59

16- Öztan s.136,Özsunay s.189

17- Hırş,E.Pratik Hukukta Metod,Ankara,1978, s.106

18- Tekinay,S.S.Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku,İstanbul,1982, s.60

19- Güriz,A.Hukuk Başlangıcı,Ankara ,2006, s.60

20- Bilge s.197

21- Güriz s.60

22- Bilge s.197

23- Özsunay s.189

edilmeyen yöntemlerden birisi olarak niteler ve gerekçe olarak birden fazla organın yasama faaliyetine katıldığı zaman kanunkoyucunun iradesinin belirsiz bir anlam taşıyabileceğini ve bu nedenle kanunkoyucunun iradesinin araştırılmasının mümkün olmadığını ifade eder. Hirş, Türk üniversitelerinde Roma Hukuku derslerinin okutulmasının kanunların özününün anlaşılması için bir gerek olduğundan bahseder ve bu durumun batıdaki üniversiteleri bir taklit gayesi güttüğünü ifade eder. Ayrıca hukukçuya göre Türk üniversitelerinde bir Cermen hukuk kürsüsü kurmak gerekir çünkü aynı haklar, kıymetli evrak hukuku, şirketler hukuku ve miras hukuku Cermen hukukuna dayanır. Bu yorum yöntemi artık önemini yitirmeye yüz tutmuştur çünkü günümüz yasaları gereken fikri müzakare olgunlaşma safhasından geçirilmeksizin alelacele meclisten geçirilmektedirler.²⁴

4 - Objektif yorum- Bu yorum yöntemine göre tarih sürecinde kanun yapıldığı andaki iradeden bağımsız bir varlık kazanır.²⁵ Bazı düşünceler bu yorum yöntemine müracaatı zorunlu kılar. Örneğin düzenlenmek ve korunmak istenen menfaatler, hakkaniyet esası,²⁶ yasama organının açıkça hata yapmış olması, menfaatler durumunun aşikar suretle değişmesi gibi²⁷ İsviçre Federal Mahkemesi ve Almanya'da rağbet gören bir yorum türüdür.²⁸ Bu yorum yönteminde kanunun yürürlüğe konuş nedeni amaca uygun şekilde tespit edilir.²⁹ Ancak teknik bir gerekçeyle haklı görülebilecek hallerde objektif yorum başvurulabilir aksi halde yargı ve yürütme organı görevini aşmış ve yasama organına ait yetkiyi kullanmış olur.³⁰

5- Gayi yorum- Gramatik ve mantıki yorum yöntemlerinin yetersiz kalması sonucunda öncülü olan serbest hukuk okulu-Kantarowicz ve yargıcın özgür bilimsel araştırması okulu - Geny gayi yorum yöntemini doğurmuşlardır.³¹ Bu yorum metodu Türk hukukunda yerini MK m.1 de bulur. Bu maddeyi biraz irdeleyecek olursak İsviçre Medeni Kanununda Fransızca metinde esprit kelimesinin kullanıldığını bu kelimenin Türkçe karşılığının ruh olduğu buna karşılık Almanca metninde Auslegung kelimesinin kullanıldığını bu kelimenin karşılığının ise ruh kelimesinden ziyade yorum kelimesi olduğu belirtilmiştir³². Bu yorum yöntemi sosyal gerçeklik somut gerçeklik ve eşyanın tabiatı kavramlarına önem verir. Sistematik araca başvurmayı gerekli kı-

24- Dinçkol s.152

25- Edis s.191jdt 1930 1 465-466dan naklen

26- Esener s.228

27- Karayalçın, Y.Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod, Ankara, 1986, s.88

28- Esener s.229

29- Esener s.229

30- Karayalçın s.88

31- Keyman s.49

32- Tekinay s.58

lar.³³ Bu bağlamda hukuki kurumlar ve normlar arasındaki ilişkilere ve karşılıklı etkilere bakılır.³⁴ Yargıtayın bir kararına göre de kanundaki bir hükmün sözü ile özü birbiriyle çelişik anlamlara geliyorsa kanunun özünden çıkan anlama göre işlem yapılmak gerekir.³⁵ Keymanın zikrettiği örnekte olduğu gibi eski ceza kanununda düzenlenmiş olan zina suçunun sevkindeki amaç nesep ilişkilerini garanti etmek değil eşlerin sadakat yükümünü muhafaza etmektir. Bunun dışında bir örnek vermek gerekirse Esener'in belirttiği gibi MK evlenmenin feshi m.152'yi incelediğimizde kenar başlığıyla birlikte yorum esasına göre burada düzenlenen sürenin her ne kadar metinde zamanaşımı yazsa da bir hakdüşümü süresi olduğu sonucuna varırız. Bir yandan tarihi tahlili gerekli kılarken yani bir kuralın neden konulduğunu- diğer yandan tarih sürecinde oluşmuş menfaatleri düzenleyip düzenlemediği inceleme konusu yapılır.³⁶ Bu açıdan yeni bir menfaat çatışmasına çözüm üretmek gerekir. Yine Keyman'ın zikrettiği örnekte olduğu gibi Türk Medeni Kanununda boşanma halinde velayeti anne veya babadan birine verilen çocuğun şahsi ilişkisi velayeti kendisinden alınmış anne veya baba ile düzenlenmiş ancak çocuğun büyükanne ve büyükbabayla şahsi ilişkisi düzenlenmemiştir. Yargıtay bu durumu yorumlamış ve büyük anne ve büyük babaya da şahsi ilişki hakkını ahlaki ve sosyolojik nedenlerden ötürü ve toplumdaki aile anlayışı gereği tanımıştır. Bir örnek ile amaççı yorumu genişletmek gerekirse mesela nükleer enerjinin, elektrik enerjisinin taşınabilir eşya sayılması örnek olarak gösterilebilir.³⁷ Hakim kanunun statik yapısı ile hayatın dinamik gerçekliği arasındaki çelişkiyi gidermekle görevlidir.³⁸ Hakim bu görüş taraftarlarına göre sosyal mühendis olarak adlandırılmaktadır.³⁹

6- Serbest yorum- Bu yorum metoduna göre hakim adalete aykırı gördüğü kanun hükümlerini düzelterek uygulayacaktır.⁴⁰ Fakat bu durumdan hukuk güvenliğinin ağır zarar görmesi muhtemeldir.⁴¹ Bu yorum yöntemi kanun metnine bağlılığa bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. 20. yüzyılın politik, sosyal, ekonomik, endüstriyel değişikliklere cevap veremez olması nedeniyle ortaya atılmış bir teoridir. Bu teori şerhçi okula karşı bir eleştiri olarak Fransa'da 19. yüzyılın 2. yarısında doğmuştur. Fikir babaları Saleilles ve Geny'dir. Bu ekole göre hakimin Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuka başvurarak

33- Keyman s.50

34- Keyman s.50

35- Önen, M.Hukukun Temel Kavramları, İstanbul, 1991, s.100

36- Keyman s.50

37- Güriz s.63

38- Güriz s.63

39- Güriz s.63

40- Tekinay s.61

41- Tekinay s.61

serbest bilimsel araştırma yapması gerektiğini savunmuşlardır.⁴² Almanya'da bu ekolün izlerinden Freirechtsschule kurulmuştur.⁴³

Yorum metodlarını irdeledikten sonra ise usul hükümlerinin yorumuna geçmeyi uygun görüyoruz. Medeni yargılama hukukunda yorum muhakemenin amacına göre yapılır. Bu konuda Alman İmparatorluk Mahkemesinin verdiği karara göre usul kanunu hükümleri bir tarafın veya diğer tarafın maddi haklarını akamete uğratacak onların haklarının kaybına neden olacak şekilde ne güçlükler ve ne de engel tesis eder. Aksine bu hükümler esas hakkında nasıl maksada en uygun düşecek ve en çabuk olacak tarzda bir karara ulaşılabileceği hakkındaki muhakeme yolunu göstermelidir. Maddi hak usul hükümlerinin egemenliği altında ya hiç ya da mümkün olduğu kadar az ölçüde bir kayba maruz kalmalıdır.⁴⁴ Medeni yargılama hukukunda bu hukuk dalının kamu hukukuna mı özel hukuka mı dahil olduğu sorunu tartışılırken bu soruna verilecek cevaba göre yorumunda kullanılacak ilkelere değişiklik gösterecektir. Örneğin kamu hukukuna dahil sayarsak medeni yargılama hukukunu o zaman medeni yargılama hukukunun anayasa hukukuyla ilişkisine değinmek gerekir. Bu noktada önem arzeden husus medeni yargılama hukuku açısından birer anayasa hukuku konusu olan hukuk devleti sosyal devlet ve insan hakları konularıdır.⁴⁵ Sosyal devlet ile ilişkisine yer vermek gerekirse medeni yargılama hukuku bakımından mahkemeye müracaatın ağır parasal şartlara tabi tutulmaması ve yargılamanın taraf yararını zedeleyecek şekilde uzamasının engellenmesi örnek olarak gösterilebilir. Usul hukukunda dava hakkının niteliği tarih süreci içinde epey tartışılmıştır. Bu konudaki değişik görüşlerden en temel iki yaklaşım şöyledir. Birincisine göre subjektif hakkın ihlali karşısında bireyin devlete karşı maddi hukuka uygun durumun sağlanması yönündeki kamusal hakkıdır. Diğer görüşe göre ise tarafların her birinin de münferit olarak sahip olduğu devlete karşı adaletin sağlanmasına ilişkin kamusal haktır.⁴⁶ Alman Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan etkin hukuki himaye talebi ile sözügeçen ikinci yaklaşımı derinleştirerek yeni bir kavram ortaya koymuştur. Adil yargılanma hakkı ile usul hukuku birlikte düşünülmelidir.⁴⁷

42- Esener s.229

43- Esener s.229

44- Üstündağ, S. Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997, s.79

45- Alangoya-Yıldırım-Deren-Yıldırım s.33

46- Üstündağ, S. Makaleler, İctihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara, 2010, s.565

47- Alangoya-Yıldırım-Deren-Yıldırım, s.33

YARGITAY İŞBÖLÜMÜ

Yargıtay'daki İş Yükü ve Dairelerin Görev Alanı

14 Şubat 2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 9 Şubat 2011 gün ve 6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 8. maddesi ile 2797 sayılı Yargıtay Yasasının 14. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca; Yargıtay Büyük Genel Kurulu önceden belli edilen 12 Mayıs 2011 tarihinde, Yargıtay İşbölümü karar tasarısını görüşmek üzere toplanmış ve daireler arası işbölümünü karara bağlamıştır. Kurul ayrıca, 2009 yılından bu yana dairelere gelen dosya sayısını ve 2011 yılına devredenleri de listelemiştir.

21 adet hukuk dairesinde 2010 yılından devreden (-2011 yılında kaydedilenler hariç-) toplam dosya sayısı 171.814'tür.

Bu kadar dosya içinde 44.049 devreden dosya sayısı ile Yargıtay 9. Hukuk Dairesi başı çekmektedir. İkinci sırada 15.982 dosya ile 11. Hukuk Dairesi ve üçüncü sırada ise 13.700 dosya ile 13. Hukuk Dairesi yer almaktadır.

11 adet ceza dairesinde 2010 yılından devreden (-2011 yılında kaydedilenler hariç-) toplam dosya sayısı 364.500'tür.

69.296 devreden dosya sayısı ile 6. Ceza Dairesi birinci sırada; 59.219 devreden dosya sayısı ile 10. Ceza Dairesi ikinci sırada ve 33.719 dosya sayısı ile 4. Ceza Dairesi üçüncü sırada yer almaktadır.

Hukuk Daireleri İş Bölümü

(Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde)

Birinci Hukuk Dairesi

1. Taşınmaz mallara ilişkin ve mülkiyet hakkına dayanılarak paydaşlar arasındaki veya üçüncü kişilere karşı açılmış müdahalenin önlenmesi, yıkım (kâl) ve müdahalenin önlenmesi ile bağlantılı ecrimisil davaları sonucu Asliye Mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar, (TMK. 683, 688 vd. maddeleri)
2. Hazinesinin “Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlardan olduğu” iddiası ile açtığı davalar nedeniyle Asliye Mahkemeleri tarafından verilen hüküm ve kararlar
(Orman kadastro keskinleşmiş olsun olmasın, orman kadastro ve orman rejimi dışına çıkarma ile ilgili tutanak ve haritalarının uygulanmasını veya orman araştırması yapılmasını gerekli kılan, Hazine ve Orman Yönetiminin taraf olduğu, kadastro tespitine itiraz, tescil ya da tapu iptali-tescil, tapu kayıtları üzerindeki “orman” ve “2-B madde şerhleri” ile, bu alanlardaki “muhtesat ve zilyetlik şerhlerinin” kaldırılması veya konulması, elatmanın önlenmesi istekleri ile ilgili olarak; kadastro, asliye ve sulh hukuk mahkemelerinde verilen kararlar haricindeki)
3. Uygulamada “muris muvazaası” olarak tanımlanan ve 01.04.1974 tarih, 1/2 sayılı Yargıtay İnançları Birleştirme Kararına konu edilen uyuşmazlıklar nedeniyle, Asliye ve Sulh Mahkemelerinden tapu iptali ve tescil davalarına ilişkin olarak verilen hüküm ve kararlar,
4. Mülkiyet hakkına dayanılarak açılmış ve bu hakkın gerçek sahibine hükmen nakledilmesini amaçlayan tapu iptal davaları sonucu Asliye Mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar, (TMK. 705 ve 716. maddesinden kaynaklanan davalar)
5. Batıl ve geçerli olmayan (sahtecilik ve ehliyetsizlik gibi) nedenlerle yok hükmünde olduğu ileri sürülen temlik tasarruflar hakkında açılmış davalar sonucu Asliye Mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar (TMK. md.1025'e dayalı ve aynı Kanunun 15. vd. maddeleri hükümlerinden kaynaklanan davalar),
6. Gabin ve hata, hile, ikrah gibi iradeyi sakatlayan sebeplere dayanılarak açılmış tapu iptal davalarına dair Asliye Mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar (BK'nın 21 ile 23 ve devam eden madde hükümlerinden kaynaklanan davalar),
7. Bağış suretiyle tapuda gerçekleştirilen temlik tasarruflar hakkında bağışlamadan rücu koşullarının gerçekleştiği, koşullu bağıştan koşulun yerine

- getirilmemesi nedeniyle rücu, rücu koşuluyla bağıştan vazgeçme nedenleri ileri sürülerek açılan davalardan dolayı Asliye Mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar (BK'nın 240, 241, 242, 243, 244 ncü maddelerinden kaynaklanan davalar),
8. Ölünceye kadar bakma ve gözetme sözleşmesine bağlanarak yapılan temlikî tasarruflar hakkında açılmış sözleşmeye aykırılık ya da geçersizlik iddiasını taşıyan tapu iptal davaları sonucu Asliye Mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar (BK'nın 511 vd madde hükümlerinden kaynaklanan davalar),
 9. Medeni Kanununun 737 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan komşuluk hukukuna aykırı davranışların yaptırım şeklinde giderilmesi için mülkiyet hakkına dayanılıp açılan davalar nedeniyle asliye mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar,
 10. Tapuda vekil eliyle gerçekleştirilen temlikî tasarruflara yönelik olarak vekâletin hile ile alındığı ve kötüye kullanılması iddiası ile açılan tapu iptal ve tescili davaları sonucu Asliye Mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar (BK. 386. madde ve devam eden hükümleri),
 11. 2981 sayılı kanundan doğan uyuşmazlıklar ile ilgili olarak açılan davalar nedeniyle Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar (kadaastro mahkemelerince verilenler hariç.),
 12. Hazine tarafından açılan TMK'nın 588. maddesine dayalı gaiplik ve buna bağlı tapu iptal ve tescil davaları nedeniyle verilen hüküm ve kararlar,
 13. İmar uygulaması (şuyulandırması) sonucu (3194/18-2981/3290-10/c maddesi hükmü gereğince) oluşan imar parsellerinin hukuki dayanağını (ille-tini) teşkil eden idari işlemin idari yargıda iptal edilmesiyle yolsuz tescil durumuna düşen imar çap kayıtlarının iptali ile eski kadastral mülkiyet ve geometrik durumuna çevrilmesi isteğiyle açılan ve Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen kararlar,
 14. Vakıfların 5737 sayılı Yasanın 17 ve 30. maddesi gereğince açmış oldukları tapu iptal ve tescili davalarıyla ilgili Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen kararlar,
 15. Cemaat Vakıflarınca açılıp Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen tapu iptali ve tescili davaları,
 16. Kadaastro harici bırakılan yerlerin 3402 Sayılı Kanununun 18. maddesi hükmü gereğince Hazine adına tescili istekli davalardan Asliye Hukuk Mahkemelerince karara bağlananlar,
 17. Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen tapu iptali ve tescili davasının kabulüne sonuçlanıp kesinleştikten sonra buna bağlı olarak açılan tazminat davaları,

İkinci Hukuk Dairesi

A- Türk Medeni Kanununun Birinci Kitabında yer alan;

- 1- Kişiler hukuku (Gerçek kişiler) (TMK. m.8-22)
 - a. Hak ehliyeti (TMK. m.8)
 - b. Fiil ehliyeti (TMK. m.9)
 - c. Erginlik ve ergin kılınma (TMK. m.11, 12)
 - d. Fiil ehliyetsizliği (TMK. m. 14-16)
 - e. Kan ve kayın hısımlığı (TMK. m. 17,18)
 - f. Yer leşim yeri ile ilgili davalar,
- 2- Kişiliğin korunması ve ad üzerindeki haklar,
 - a. Adın ve soyadının değişmesi haricindeki ad üzerindeki hakkın korunmasıyla ilgili davalar (TMK.m.26/1)
 - b. Adın korunmasıyla ilgili maddi ve manevi tazminat davaları (TMK. m. 26/1)
- 3- Kişiliğin başlangıcı ve sonu
 - a. Doğum ve ölüm
 - b. Sağ olmanın ve ölümün tespitine ilişkin davalar (TMK. m.29-30)
 - c. Gaiplikle ilgili davalar (TMK. m. 32-35) (Gaiplik kararının iptaline ilişkin davalar dahil- Hazine tarafından açılan TMK.un 588. maddesine dayalı gaiplik ve buna bağlı tapu iptal ve tescil davaları hariç-)
 - d.Kişisel durum sicillerinin tutulmasından kaynaklanan tazminat ve rücu davaları, (TMK. m. 38, 39)
 - e. Cinsiyet değişikliğine izin (TMK. m.40/1) ve verilen izne bağlı olarak cinsiyet değişikliğine ilişkin nüfus kaydının düzeltilmesi davaları (TMK. m.40/2)

B- Türk Medeni Kanununun İkinci Kitabında yer alan:

1. Evlenme ehliyeti ve engelleri (TMK. m.124- 133)
2. Evlenme başvurusunun incelenmesi ve reddi halinde, redde itiraz davaları (TMK. 137-138)
3. Evlenmenin yokluğunun tespitine ilişkin davalar,
4. Batıl olan evlenmelerin butlanına ilişkin iptal davaları
 - a. Evlenmenin mutlak butlan sebebiyle iptali davaları (TMK. m. 145-147)
 - b. Evlenmenin nispi butlan sebebiyle iptali davaları (TMK. m. 148-160)

5. Boşanma davaları (TMK m.161-172) ile bununla birlikte açılan fer'lerine ilişkin davalar,
6. Boşanan kadının, kocasının soyadını kullanmasına izin ve bu iznin kaldırılması davaları (TMK m.173)
7. Boşanmadan sonra açılan boşanma sebebiyle maddi ve manevi tazminat davaları ve bu davalarla birlikte açılan yoksulluk nafakası ve iştirak nafakası verilmesine ilişkin davalar (TMK m.174-175)
8. Evlilik birliğinde temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasına ilişkin davalar ile temsil yetkisinin değiştirilmesine veya geri verilmesine ilişkin davalar (TMK. m.188-191)
9. Aile konutu şerhi konulmasına ilişkin davalar ile konulmuş olan şerhin kaldırılmasına veya terkinine ilişkin davalar (TMK. m.194/3)
10. Aile konutunun devri veya konut üzerindeki hakların sınırlandırılmasına ilişkin işlemlere karşı açılan tapu iptali ve tescil, ipoteğin kaldırılması, intifa hakkının terkinine ilişkin dava ve işler,
11. Aile konutuyla ilgili rızayı sağlayamayan eşin, diğer eşin rızasının gerekmediğine ilişkin hâkimin müdahalesini talep etmesi (TMK. m.194/2),
12. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin eşler birlikte yaşarken veya birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde alınacak önlemlere ilişkin davalar (TMK. 195-198),
13. Tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına veya bu önlemin kaldırılmasına ilişkin davalar (TMK. m.199-200),
14. Soybağının reddi davaları (TMK. m.285-29), (koca, çocuk ve diğer ilgililer tarafından açılan davalar dahil),
15. Sonradan evlenme yoluyla kurulan soybağına itiraz ve iptal davaları (TMK.m.29-294),
16. Tanıma beyanının tespitine ilişkin işler (TMK. m.295),
17. Tanımanın iptali davaları (TMK. m.297-300),
18. Babalık davası ve bu dava ile birlikte açılan veya babalık davasından sonra açılan ananın mali haklarına ilişkin davalar (TMK. m.301-304),
19. Küçüklerin ve ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesine ilişkin davalar (TMK.m.305-316),
20. Evlat edinmede ana ve babanın rızasının aranmamasına ilişkin davalar. (TMK. m.311-312),
21. Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin davalar (TMK. m.317-320),
22. Soybağının hüküm ve sonuçlarına ilişkin davalar (TMK. m.321-334),
 - a. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ve kişisel ilişki hakkının kaldırıl-

- masına veya değiştirilmesine ilişkin davalar (TMK. m.323-326),
- b.Çocukların bakım ve eğitim giderleri için ana ve babanın çocuk mallarını sarfetmesine izin verilmesine ilişkin dava ve işler (TMK. m.327).
- 23.Velayetin tevdi, velayet sahibin değiştirilmesi ve velayetin kaldırılmasına ilişkin davalar ile kaldırılan velayetin iadesine ilişkin davalar (TMK. m. 33-351)
- 24.Çocuk ile ana ve baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasındaki hukuki işlem tesisine ilişkin davalar (TMK. m.345),
- 25.Çocuğun korunmasına ilişkin önlemler (TMK. m.346-347),
- 26.Çocuk mallarının korunmasına ilişkin önlemler (TMK. m.352-361),
- 27.Ana ve babanın çocuk mallarının geri verilmesinden doğan sorumluluklarıyla ilgili davalar (TMK. m.362-363),
- 28.Ana ve baba veya büyük ana ve baba ile birlikte yaşayan ve emeklerini ya da gelirlerini aileye özgüleyen ergin altoylar tarafından açılan denkleştirme alacağına ilişkin davalar. (TMK. m.370-371),
- 29.Aile vakfı kurulmasına ilişkin davalar (TMK. m.372),
- 30.Aile malları ortaklığı sözleşmesinden doğan ortakların birbirleri aleyhine açacakları ortaklığa dâhil malların paylaşımına ilişkin dava ve işler (TMK. 379, 381/2, 382/1, 383) ve aile malları ortaklığının haklı sebeple feshine ilişkin davalar (TMK. m.380),
- 31.Aile yurdu kurulmasına ve aile yurduna son verilmesine ilişkin davalar (TMK.m.387-390, 394),
- 32.Bir taşınmazın aile yurdu haline getirilmesi ve aile yurdu olduğunun tapuya şerh verilmesine ve aile yurdu şerhinin terkinine ilişkin davalar (TMK. m.390, 394),
- 33.Kan hısımlarının aile yurduna alınmasına izin verilmesine ilişkin davalar (TMK. M.392),
- 34.Aile yurdunu yönetmek üzere mahkemece yönetici tayinine ilişkin davalar (TMK. m. 393),
- C. Türk Medeni Kanununun İkinci Kitabının Üçüncü kısmında yer alan;**
1. Aile meclisi kurulmasına ilişkin (özel vesayet) davalar (TMK. m.398-403),
 2. Velayet altında bulunmayan küçüğün vesayet altına alınmasına ilişkin davalar (TMK. m.404),
 3. Kısıtlamaya ilişkin davalar;

- a.Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlama (TMK. m.405, 409/2),
 - b.Savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı ve kısıtlamaya ilişkin davalar(TMK. m.406, 409/1),
 - c.Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkumiyet nedeniyle kısıtlama (TMK. m.407),
 - d.İsteğe bağlı kısıtlama (TMK. m.408)
4. Vasi atanması (TMK. 413-425)
 5. Kayyım atanması (TMK. 426-428) (3561 sayılı Mal Memurlarının Kayyım Atanmasına Dair Kanuna dayanan kayyım atanmasına ilişkin istekler dahil)
 6. Yasal Danışman atanması (TMK. m.429-431)
 7. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin davalar ile bu amaçla özgürlüğün kısıtlanmasına itiraz davaları (TMK. m.432-437)
 8. Vasinin, kısıtlıya ait malvarlığının resmi defterini tutulması ve malvarlığının yönetilmesi ve hesap vermesiyle ilgili dava ve işler (TMK. m.438-457)
 9. Vesayet dairelerinin iznine tabi olan işler (TMK. m.462, 463)
 - 10.Vesayet organlarının sorumluluğuna ilişkin ilgililer tarafından Devlet aleyhine açılan tazminat davaları ile zararı tazmin eden Devletin, kusurlu olanlara karşı açtığı rücu davaları (466- 469. maddeleri)
 - 11.Vesayetin kaldırılmasına ilişkin davalar (TMK. m.472-476)
 - 12.Kayyımlığın kaldırılmasına ilişkin davalar (TMK. m.477-478)
 - 13.Vasinin istek üzerine veya res'en görevden alınmasına ilişkin davalar ile görevden alınma kararına itiraz davaları (TMK. m.483-488)
 - 14.Vasinin son rapor ve kesin hesabını vermesi, son rapor ve kesin hesabın onayı veya reddi ile vasinin görevinin sona ermesine ilişkin davalar (TMK. m.490-491)
 - 15.Vasiye ve kayyıma karşı açılacak tazminat davaları (TMK. m.492-493)
 - 16.Vesayet dairelerinde görevli olanların sebebiyet verdikleri zararlardan dolayı Devlete karşı açılan tazminat davaları ve Devletin rücu hakkına ilişkin davalar (TMK. m.492-493)
- D. Türk Medeni Kanununun "Miras Hukuku" başlığını taşıyan Üçüncü Kitabında yer alan:**
1. Mirasçılıktan çıkarmaya itiraz ve çıkarmanın iptaline ilişkin davalar (TMK. md. 510-513)
 2. Miras sözleşmesine karşı açılacak Türk Medeni Kanununun 527. madde-

19. Miras taksim sözleşmesinin ve miras payının devri sözleşmesinin iptali davaları,
20. Tereke malları arasında bulunan aile konutunun ve ev eşyasının miras hakkına mahsuben sağ kalan eşe özgülenmesine ilişkin Türk Medeni Kanununun 652. maddesinden kaynaklanan davalar,
21. Mirasta (iade) denkleştirme davaları (TMK. md. 669-675),
22. Mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununa ve bu kanun yerine geçen 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununa göre işbu işbölümü cetvelinde gösterilen konularda yabancı mahkemelerden verilen aile hukukuna ve miras hukukuna ilişkin kararların tanınması ve tenfizi davaları,
23. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmeye ve 5717 sayılı yasaya göre açılan çocukların mutad meskeni olan ülkeye iadesine ilişkin davalar,
G. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununa göre korunmaya muhtaç çocuklarla ilgili koruma kararları, bu kararların uzatılmasına veya kaldırılmasına ilişkin davalar ile 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununa göre “korunmaya muhtaç çocuklar” hakkında Aile mahkemelerince veya bu sıfatla Asliye Hukuk mahkemelerince verilen koruyucu ve destekleyici tedbir kararları,
H. 3561 sayılı Mal Memurlarının Kayyım Tayin Edilmesine Dair Kanuna göre verilen kayyım atanması ile ilgili davalar ile kayyımlık kararlarının kaldırılmasına ilişkin davalar,
- I. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanuna dayanılarak alınan tedbirler.

Üçüncü Hukuk Dairesi

1. Sulh Hukuk Mahkemelerinden verilen kira tespit davaları,
2. Sulh Hukuk Mahkemelerinden verilen trafik olayından kaynaklanan tazminat davaları,
3. Sulh Hukuk Mahkemelerinden verilen İkinci, Beşinci, Altıncı, Sekizinci, Onbirinci, Onikinci, Ondördüncü, Onbeşinci, Onsekizinci ve Ondokuzuncu Hukuk Dairesi görevi dışında kalan alacak davaları,
4. Asliye ve Sulh Hukuk Mahkemelerinden verilen haksız işgal tazminatı ile ilgili davaları,
5. Asliye ve Sulh Hukuk Mahkemelerinden verilen nişan bozmadan doğan hediyelerin geri alınması ve tazminat davaları,

6. Asliye ve Sulh Hukuk Mahkemelerinden verilen kaynaklara özel ve genel sulara ilişkin davaları,
7. Trafik olaylarına dayananlar hariç, haksız eylemden kaynaklanan Sulh Hukuk Mahkemesince verilen kararları,
8. Aile Mahkemelerinden veya bu sıfatla Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen (bağımsız olarak açılan) her çeşit nafaka davaları ile nafakaların kaldırılması veya artırılması davaları, nafakadan kaynaklanan itirazın iptali davaları,
9. Arada geçersiz de olsa sözleşme ilişkisi bulunmayan BK'nın 61-67.maddelerine temas eden sebepsiz zenginleşmelerden doğan uyuşmazlıklarla ilgili kararlar,
10. Birden çok parsel üzerinde yer alan toplu konut ve diğer yapıların ortak yönetiminden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen kararlar,
11. Her iki tarafı tacir olan kira sözleşmesinden doğan uyarılma davalarına ilişkin kararlar,
12. Vasiyetnamelerden doğan (TMK.,520-526, 542-544, 550-556, 557-559 ve 600-604, 595-597) tüm dava ve işler,
13. Diş tedavi, protez v.s. yapımına dair davalar,
14. Estetik amaçlı ameliyatlardan doğan davalar,
15. Araç tamirine ilişkin davalar,
16. Fotoğraf ve video çekiminden kaynaklanan davalar,

Dördüncü Hukuk Dairesi:

Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen;

1. Tarafların tacir ve işin ticari işletmeyle ilgili bulunmadığı haksız eylemden kaynaklanan kaçak elektrik, kaçak su ve kaçak doğalgaz kullanımına ilişkin olanlar hariç tüm davalar, (Her türlü haksız eylem, haksız haciz, haksız ihtiyati tedbir, haksız şikâyet vs.den kaynaklanan tüm davalar),
2. Tarafların tacir ve işin ticari işletmeyle ilgili bulunmadığı ceza hukuku açısından suç oluşturan eylemlerden kaynaklanan tazminat davaları (hırsızlık, öldürme, yaralama, hakaret vs.den kaynaklanan tüm davalar),
3. Trafik kazası sonucu oluşan cismani zarar ile ölüm nedeniyle destekten yoksun kalmayla ilgili olarak açılan maddi ve manevi tazminat davaları,
4. Taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmayan araç mülkiyetinin tespiti davaları,

YARGITAY İŞBOLUMU

5. Tarafların sıfatına bakılmaksızın basın yolu ile kişilik hakkına saldırıdan kaynaklanan tazminat davaları,
6. MK. 24. madde ve BK. 49. maddeleri gereğince kişilik haklarına saldırı nedeniyle açılan tüm tazminat davaları,
7. Adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin davaları (BK. 55. mad),
8. Hayvan tutucusunun sorumluluğuna ilişkin davaları (BK 56. mad),
9. Bina malikinin sorumluluğuna ilişkin davaları (BK. 58. mad.),
- 10.BK. 18. maddesi gereğince muvazaa iddiasına ilişkin iptal davaları,
- 11.Komşuluk hukukundan kaynaklanan tazminat davaları,
- 12.Aile başkanının sorumluluğuna ilişkin davalar,
- 13.Menkul eşyalara ilişkin alacak ve tespit davaları,
- 14.Tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan tazminat davaları (MK. 1007 mad),
- 15.İmalatçının sorumluluğuna ilişkin davalar, (13.Hukuk Dairesince temyiz incelemesi yapılmakta olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4.maddesine göre sorumlu olan ve sorumlu olmasına rağmen tüketici ile akdi ilişkisi bulunmayan imalatçı, ithalatçı, bayi ve acente arasında doğan davalar hariç),
- 16.Noterlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin davalar,
- 17.Çevre kirlenmesinden kaynaklanan davalar,
- 18.İş akdi ile çalışmayan kamu görevlilerinin çalıştığı kuruma karşı verilen zararlardan kaynaklanan davalar,
- 19.Meslek kuruluşları ve bu kuruluşlarla üyeler arasında çıkan ve dernekler hukuku hükümleri uygulanmayan uyuşmazlıklara ilişkin davalar (Siyasi Partiler, Esnaf Odaları, Ticaret Borsaları gibi),
- 20.2330 sayılı Nakdi Tazminat Kanunundan kaynaklanan davalar,
- 21.Özel yasadan doğan ve diğer hukuk dairelerinin görevi dışında kalan davalar (Maden Kanunu, Taş Ocakları Nizamnamesi, Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu gibi),
- 22.Orman Kanunundan doğan tazminat davaları,
- 23.3530 sayılı Tahkim Kanunundan doğan uyuşmazlıkları,
- 24.İİK. 5. maddesi gereğince icra memurları hakkında açılan davalar,
- 25.Tarafların tacir ve işin ticari işletmeyle ilgili bulunmadığı İİK.nun 89.maddesinden kaynaklanan menfi tespit davaları,
- 26.Yedieminlerin sorumluluğuna ilişkin olup, sözleşmeden kaynaklanmayan davalar,

27. Tapu kayıt maliki ile davacının aynı kişi olduklarının tespitine ilişkin davalar,
28. Tarafların tacir ve işin ticari işletmeyle ilgili bulunmadığı gemi siciline kayıtsız deniz araçlarının çarpışmasından doğan davalar,
29. İdari yargı kararlarının uygulanmamasından doğan maddi ve manevi tazminat davaları,
30. Hâkimlerin sorumluluğundan kaynaklanıp Devlet aleyhine açılacak davalar ile buna ilişkin rücu davaları,
31. Diğer hukuk dairelerinin görevine girmeyen uyuşmazlıklara ilişkin tüm davalar

Beşinci Hukuk Dairesi:

1. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunundan doğan aşağıdaki illerle ilgili (Adıyaman, Ağrı, Amasya, Ankara, Ardahan, Artvin, Bartın, Batman, Bayburt, Bingöl, Bitlis, Bolu, Çankırı, Çorum, Diyarbakır, Düzce, Edirne, Erzincan, Erzurum, Gaziantep, Giresun, Gümüşhane, Hakkari, Iğdır, İstanbul, Karabük, Kars, Kastamonu, Kırıkkale, Kırklareli, Kilis, Kocaeli, Mardin, Muş, Ordu, Rize, Sakarya, Samsun, Siirt, Sinop, Sivas, Şanlıurfa, Şırnak, Tekirdağ, Tokat, Trabzon, Tunceli, Van, Yalova, Yozgat, Zonguldak) davalar,
2. Kamulaştırmaz el atmadan kaynaklanan elatmanın önlenmesi, taşınmaz ve muhtesat bedellerinin tahsili davalar,
3. Çiftçiyi Topraklandırma Kanunundan kaynaklanan davalar,
4. İmar uygulaması sonucu bedele dönüştürülen taşınmaz bedelleri ile imar uygulaması sebebi ile oluşturulan ipotek bedellerinin artırılması ve eksiltilmesi ile ilgili davalar.

Altıncı Hukuk Dairesi:

1. Asliye ve Sulh Mahkemelerinden verilen şufa ve iştirak ve vefa haklarına ilişkin kararlar (TMK.nun 732-733-734-735-736.),
2. Paydaşlar veya mirasçılar arasında taşınır ve taşınmaz malların taksimi ve şüyuunun giderilmesi davaları (TMK.nun 696-699),
3. Asliye, Sulh ve Ticaret Mahkemelerinden verilip de kira bağıntısından doğan tahliye davalarına; tahliye davası ile birlikte görülen kira karşılığı ve tazminat davalarına ilişkin hüküm ve kararlar (6570 Sayılı Yasanın 7. md. Borçlar Kanununun 249- 250- 251- 256- 260 -262-285-287-288),
4. İcra İflas Kanununun 10. Bab'ında düzenlenen itirazın kaldırılması ve

- buna bağılı olarak tahliyeye ilişkin İcra Tetkik Merciiince verilecek kararlar,
5. Kira sözleşmesinden kaynaklanan ve kiralayanın (veya malikinin) açtığı alacak ve tazminat davalarına ilişkin olarak Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen kararlar,
 6. Kira alacağı nedeniyle başlatılan takipler üzerine icra mahkemelerince verilen itirazın kaldırılması kararları,
 7. Elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi davaları ile boşanmadan bağımsız olarak açılan, karı-koca arasındaki Borçlar Kanunundan kaynaklanan eşya davaları,
 8. Kira sözleşmesinden kaynaklanan kiralayan tarafından açılan, erken tahliye ve hor kullanmadan kaynaklanan davalar (tarafına bakılmaksızın),
 9. Tacirler arası kira sözleşmesinden kaynaklanan kiraya ilişkin davaların hüküm ve kararları,

Yedinci Hukuk Dairesi:

1. Kadastro Mahkemelerince verilen tüm kararlar ile, Asliye Hukuk Mahkemelerince, kadastro öncesi tapu kayıtlarına dayanılarak açılan tapu iptali ve tescil davaları (Bu hükümlerin 1/2 sinin incelenmesi, diğer 1/2 sinin temyiz incelemesini yapma görevi ise 16. Hukuk Dairesine aittir),
2. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu diğer genel kanun hükümlerine, 3402 Sayılı Kadastro Kanunu'nun 19 uncu maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 19 uncu maddesinin 12 inci fıkrası hükmüne göre taşınmaz üzerinde bulunan yapı, ağaç ve benzeri muhtesatın, aidiyetinin tespiti istemiyle açılan her türlü davalar sonucunda Sulh veya Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen hükümler,
3. Trafik kazalarından kaynaklanan ve maddi hasara ilişkin tazminat davaları hariç olmak üzere, tacirler arasında haksız fiilden kaynaklanan tazminat, itirazın iptali ve menfi tespit davaları sonucunda Sulh veya Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen hükümler,
4. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 598 inci maddesi hükmüne dayanılarak açılmış mirasçılık belgesi, atanmış mirasçı belgesi veya vasiyet alacaklısı belgesi verilmesi, mirasçılık belgesinin iptali istemiyle açılmış davalar sonucunda verilmiş hükümler,
5. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 56 ila 100 ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nu hükümlerine göre açılmış derneğin feshi, derneğin sona erdiğinin tespiti gibi dernekler hukukundan kaynaklanan her türlü dava sonucunda Sulh ve Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen hükümler,

6. Tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın kaçak elektrik, kaçak su ve kaçak doğalgaz kullanma nedeniyle açılmış tazminat, itirazın iptali ve menfi tespit davaları sonucunda Asliye Hukuk Mahkemelerince verilen hükümler,

Sekizinci Hukuk Dairesi:

1. Kazanmayı sağlayan zilyetlik nedeniyle TMK. 713/1. maddesine dayalı tapusuz taşınmazların tescili hakkında asliye ve sulh hukuk mahkemelerince verilen hükümler,
2. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 14. ve 17. maddesine dayalı, aynı Kanunun 12. maddesi gereğince açılan tescil ile tapu iptali ve tescil davaları,
3. Tapusuz taşınmazların zilyetliğe dayanılarak mülkiyet veya zilyetliğin tespiti hakkında açılan davalar(TMK.m.713/1, 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 14,17),
4. TMK 981 ve devamı maddelerinde düzenlenen yalnızca zilyetliğin korunmasına ilişkin dava ve istekler (orman kadastro keskinleşmiş olsun olmasın, orman kadastro ve orman rejimi dışına çıkarma ile ilgili tutanak ve haritalarının uygulanmasını veya orman araştırması yapılmasını gerekli kılan, Hazine ve Orman Yönetiminin taraf olduğu, kadastro tespitine itiraz, tescil ya da tapu iptali-tescil, tapu kayıtları üzerindeki “orman” ve “2-B madde şerhleri” ile, bu alanlardaki “muhtesat ve zilyetlik şerhlerinin” kaldırılması veya konulması, elatmanın önlenmesi istekleri ile ilgili olarak; kadastro, asliye ve sulh hukuk mahkemelerinde verilen kararlar hariç),
5. TMK. 713/2. maddesine dayalı tapulu taşınmazların tapu iptali ve tescili hakkında asliye ve sulh hukuk mahkemelerince verilen hükümler,
6. Genel Kadastro Komisyonlarınca yapılan tespit ve sınırlandırma, Toprak Komisyonlarınca yapılan belirtmeye dayanılarak keskinleşmiş sicillere karşı açılan tapu iptali ve tescil istekleri hakkında asliye ve sulh hukuk mahkemelerince verilen hükümler (TMK. m.713/1, 3402 sayılı Kadastro Kanunu m. 14),
7. TMK'un 676, 677, 678 maddelerinden kaynaklanan miras taksim sözleşmesi ve miras payının devri sözleşmesine dayanan Tapu İptali ve tescil davaları ile TMK'un 527 ve 528. maddelerinde yer alan miras sözleşmesinden kaynaklanan tapu iptal ve tescil davaları,
8. Eşler arasındaki, gerek 743 sayılı Türk Kanunu Medenisindeki gerekse 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundaki mal rejimlerinden kaynaklanan (TMK. m.202-281) davalar,

Dokuzuncu Hukuk Dairesi:

1.4857 sayılı İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (Kanunun 4.maddesinin a, b, c, d, e, f, g, h, ı bentlerinde istisna edilen işlerde ve iş ilişkilerinde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş sözleşmesinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk davaları (Kanunun 77. maddesine dayalı iş kazası ve meslek hastalığından doğan iş göremezlik ve destekten yoksunluk davalarına ilişkin uyuşmazlıklar hariç):

- a.İşverenin eşit davranma borcuna aykırılıktan doğan tazminat davaları (m.5),
 - b.İşçi veya işverenin birbirleri hakkında açtıkları ihbar tazminatına ilişkin davalar (m. 17),
 - c.İş arama izni ücretine ilişkin davalar (m.27),
 - d.Kıdem tazminatına ilişkin davalar (4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesinin yollamasıyla 1475 sayılı İş Kanunu m. 14)
 - e.Ücrete ilişkin davalar (m. 32-39, 62),
 - f.Fazla mesai alacağına ilişkin davalar (m. 41),
 - g.Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma ücretine ilişkin davalar (m.44),
 - h.Hafta tatili ücretine ilişkin davalar (m. 46),
 - i.Yüzdelerin ödenmesine ilişkin davalar (m. 52),
 - j.Yıllık ücretli izin alacağına ilişkin davalar (m.57),
 - k.İş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınmamasına dayalı iş görmekten kaçınmaya ilişkin ücret ve diğer haklara ilişkin davalar (m.83),
 - l.İş Kanununun uygulanmasından doğan diğer davalar,
2. 4857 sayılı İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işverenler arasında 818 sayılı Borçlar Kanunundan doğan davalar:
- a.İş sözleşmesine aykırılıktan doğan maddi ve manevi tazminat davaları (m.47, 321,344, 345),
 - b.İşverenin temerrüdünden kaynaklanan ücret ve tazminatlara ilişkin davalar (m.325)
 - c.Cezai şarta ilişkin davalar (m.158-161),
 - d.Rekabet yasağına aykırılıktan doğan davalar (m.348-252),
 - e.Toplu iş sözleşmesi veya bireysel iş sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin davalar,
 - f.Borçlar Kanununun uygulanmasından doğan diğer davalar,
3. 2821 sayılı Sendikalar Kanunundan doğan davalar:

- a. İşyerinin dahil olduğu iş kolunun belirlenmesine ilişkin davalar (m. 4, 60),
 - b. Sendika ve konfederasyonların genel kurul kararlarının iptali (m. 10, 11, 13, 14, 52,53; TMK m. 83)
 - c. Sendika ve konfederasyonların yönetim kurulu kararlarının iptali (m. 15,16, 17),
 - d. Sendika disiplin kurulu kararlarının iptaline ilişkin davalar (m. 18),
 - e. Sendika denetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin davalar (m. 19),
 - f. Sendika üyeliğinin reddi kararlarının iptaline ilişkin davalar (m.22),
 - g. Sendika üyeliğinden ihraç kararlarının iptaline ilişkin davalar (m.25),
 - h. Sendika yöneticiliğinin güvencesine ilişkin davalar (m.29),
 - i. İşyeri sendika temsilcisinin güvencesine ilişkin davalar (m.30),
 - j. Sendikaya üye olup olmama özgürlüğü güvencesine ve sendikal tazminata ilişkin davalar (m.31),
 - k. Sendika ve konfederasyonların yönetim kurullarının işten el çektilmesi ve kayyum tayinine ilişkin davalar (m. 53),
 - l. Sendika yöneticilerinin ücret, yolluk, tazminat ve yıllık izin alacağına ilişkin davalar (m. 45),
 - m. Sendika aidat alacağına ilişkin davalar (m. 61),
 - n. Sendikalar Kanununun uygulanmasından doğan diğer davalar.
4. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunundan ve toplu iş sözleşmesinden doğan davalar:
- a. İşletme niteliğinin tespitine ilişkin davalar (m. 3),
 - b. Toplu İş Sözleşmesinin hükmüne ve art etkisine ilişkin davalar (m.6),
 - c. Toplu İş Sözleşmesinde değişiklik yapan protokollerin geçerliliğine ilişkin davalar (m.8),
 - d. İş kolu istatistiklerine ilişkin itiraz davaları (m. 12),
 - e. Yetki tespitlerine itiraz davaları (m. 15),
 - f. Toplu İş Sözleşmesinin hükümsüzlüğünün tespitine ilişkin davalar (m.16),
 - g. Toplu İş sözleşmesinin yorumuna ilişkin davalar (m. 60),
 - h. Toplu iş sözleşmesinden doğan alacak, tazminat ve cezai şartta ilişkin davalar(m.61),
 - i. Grev ve lokavta ilişkin davalar (m. 25 vd.)
5. 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanundan doğan davalar,

6. 854 sayılı Deniz İş Kanunundan doğan davalar,
7. 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunundan doğan davalar,
8. 4857 sayılı İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işverenler arasında 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunundan doğan davalar,
9. 4857 sayılı İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işverenler arasında iş sözleşmesi kapsamında 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanundan doğan davalar,
- 10.2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun Ek 2.maddesi gereğince kurulan Vakıf Üniversiteleri öğretim elemanları ile üniversite arasında İş Kanunu ve iş sözleşmesinden doğan davalar,
11. 4857 sayılı İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işverenler arasında 6772 sayılı Kanunda öngörülen ilave tediye alacağından doğan davalar,
- 12.4857 sayılı İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işverenler arasında İcra ve İflas Kanununun 67.maddesi gereğince açılan itirazın iptali davaları, m.72 gereğince menfi tespit davaları ve istirdat davaları ile iş sözleşmesinin yapılması veya devamı sırasında işçiden alınan senedin iptali davaları.

Onuncu Hukuk Dairesi:

İş mahkemelerince görülen ve kanunlarda aksine hüküm bulunmayan haller (5510 sayılı Kanunun 106. maddesi ile geçici maddelerinde yer verilen geçiş hükümleri) dikkate alınarak;

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu,

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu,

1479 sayılı (Bağ-Kur) Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu,

2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu,

2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu,

2108 sayılı Muhtar Ödenek ve Sosyal Güvenlik Kanunu,

2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun,

2147 ve 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun,

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun (Sosyal Güvenlik "Kurumunun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının

tahsilinde bir kısım maddeleri hariç olmak üzere)

5458 sayılı Sosyal Güvenlik Prim Alacaklarının Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanundan kaynaklanan uyumsuzlukları,

Bu uyumsuzluklar:

1. Sigortalı sayılanlar (Hizmet akdi ile çalıştırılanlar, hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar, tarımsal faaliyette bulunanlar, kamu idarelerinde çalışanlar) ile sigortalı sayılmayanların, bildirimsiz geçen hizmetlerin, sigorta başlangıcının, sigortalılığın sona erdiğinin tespiti; uygulanacak sigorta kolları belirlenmesi, kayda geçmiş çalışmaların ve kimlik bilgilerinin aidiyeti.
2. İşyeri, işyerinin bildirilmesi, devri, intikali ve nakli.
3. İşveren, işveren vekili, geçici iş ilişkisi kurulan işveren ve alt işveren.
4. İş kazası veya meslek hastalığı ile birden çok iş kazası ve meslek hastalığı halinin tespiti.
5. Hastalık ve analık halinin tespiti.
6. İş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortasından sağlanan haklar.
7. Ödenek ve gelirlere esas tutulacak günlük kazancın belirlenmesi.
8. Geçici iş göremezlik ödeneği ile sürekli iş göremezlik gelirin hak kazanma koşulları, hesaplanması, başlangıcı.
9. Hak sahiplerine gelir bağlanması, evlenme ve cenaze ödenekleri.
10. İş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu, süresinde bildirilmeyen sigortalılıktan doğan sorumluluk (Rücu davaları).
11. Malûl sayılma, malûllük sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları, malûllük aylığının hesaplanması, başlangıcı, kesilmesi ve yeniden bağlanması.
12. Yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları, yaşlılık aylığının hesaplanması, yaşlılık aylığının başlangıcı, kesilmesi veya sosyal güvenlik destek primi ödenmesi, yaşlılık toptan ödemesi ve ihya.
13. Ölüm sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları, ölüm sigortasından bağlanacak aylığın hesaplanması, ölüm aylığının hak sahiplerine paylaşılması, hak sahiplerinin aylıklarının başlangıcı, kesilmesi ve yeniden bağlanması, ölüme bağlı toptan ödeme ve ihya.
14. Uzun vadeli sigorta kolları bakımından üçüncü kişinin sorumluluğu,
15. Fiilî hizmet süresi zammı.

- 16.Sigortalıların borçlanabileceği süreler.
- 17.Kamu görevlilerine yaşlılık aylığı bağlanacak haller.
- 18.Kanunları gereğince görevden uzaklaştırılanlar, tutuklananlar veya görevine son verilenlerin sigortalılıkları ve primleri,
- 19.Vazife Malûllüğü.
- 20.İtibarî hizmet süreleri ve itibarî hizmet süresi primi.
- 21.İsteğe bağlı sigorta ve şartları, isteğe bağlı sigorta başlangıcı ve sona ermesi, isteğe bağlı sigorta primleri ve ödenmesi.
- 22.Topluluk sigortası.
- 23.Sigortalılık hallerinin birleşmesi.
- 24.Aylık ve gelirlerin birleşmesi.
- 25.Gelir ve aylıkların düzeltilmesi, yükseltilmesi, alt sınırı, ödenmesi ve yoklama işlemleri.
- 26.Gelir ve aylık bağlanmayacak haller.
- 27.Yaş.
- 28.Genel sağlık sigortalısı sayılanlar, genel sağlık sigortalılığının başlangıcı, bildirimi ve tescili, sağlık hizmetleri ve diğer haklar ile bunlardan yararlanma koşulları.
- 29.Finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri ve süresi, Kurumca finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetleri.
- 30.Yol gideri, gündelik ve refakatçi giderleri.
- 31.Yurt dışında tedavi.
- 32.Sağlık hizmetlerinden yararlanma şartları ve katılım payı, katılım payı alınmayacak haller, sağlık hizmetlerinin ödenecek bedellerinin belirlenmesi, sağlık hizmetlerinin sağlanma yöntemi ve sağlık giderlerinin ödenmesi.
- 33.İşverenin, genel sağlık sigortalısının ve üçüncü kişilerin sorumluluğu.
- 34.Prim alınması, prime esas kazanç, prim oranları ve asgarî işçilik günlük kazanç sınırları.
- 35.Kısa vadeli sigorta kolları prim tarifesi ve işkollarının ve işlerin tehlike sınıf ve derecelerinin belirlenmesi.
- 36.Asgari işçilik uygulaması ve uzlaşma.
- 37.Prim belgeleri ve primlerin ödenmesi, prim ödeme yükümlüsü, prim borçlarına halef olma, gecikme cezası ve gecikme zammı ile iadesi gereken primler, prim ve idari para cezası borçlarının hakedişlerden mahsubu, ödenmesi ve ilişiksizlik belgesinin aranması.

- 38.Kurum nezdinde doğan alacakların devir, temlik ve haczi.
- 39.Kontrol muayenesi.
- 40.Yersiz ödemelerin geri alınması, icra takibine itiraz, itirazının iptali.
- 41.Prim ve diğer borçlarının yapılandırılması.
- 42.Sigorta primlerinin (ve diğer alacakların) tahakkuk, takip ve tahsili.
- 43.İşsizlik ödeneğine hak kazanma koşulları ile miktar ve ödeme sürelerinin belirlenmesi.
- 44.Ücret garanti fonu, kısa çalışma ödeneği.
- 45.Yurtdışında geçen sürelerin borçlanılması, koşulları, yararlanacak kişiler, transferi sağlanacak primler.
- 46.6183 sayılı Kanun uyarınca yapılan takiplerde ödeme emrine itiraz, menfi tespit, haczin kaldırılması, haczedilemezlik.
- 47.Tasarrufu teşvik hesabına ilişkin alacaklar.
- 48.4857 sayılı İş Kanununun 65. maddesinde yer alan kısa çalışma ödeneği ve primleri ile anılan kanunun 33. maddesi uyarınca hükme bağlanan ücret garanti fonu primleri ile ilgili uyuşmazlıklara ilişkin davalar,

Onbirinci Hukuk Dairesi:

1. Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan Ticari İşletme, Ticaret Sicili ve Unvanı, Haksız Rekabet, Ticari Defterler, Cari Hesap İlişkisi, Ticari İşler Tellallığı ve Acente, Şirketler (Anonim, Limitet, Kolektif ve Komandit), Kıymetli Evrak (Police, Bono, Çek ve diğerleri), Yolcu ve Eşya Taşıma, Deniz Ticareti (Gemi, Donatma İştiraki, Deniz Kazaları, Deniz Taşımaları), Sigorta (Hayat, Mal, Sorumluluk ve Deniz Sigortaları) ve ilişkilerinden kaynaklanan davalar. (Tacirler arasındaki haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında verilen kararların temyiz incelemesi Yedinci Hukuk Dairesince, Borçlar Kanunu'ndaki hasılat kirası hükümlerine tabi ticari işletme kiralanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin verilen kararların temyiz incelenmesi Ondördüncü Hukuk Dairesince, TK'nın 1301.maddesinden kaynaklanan ve kasko sigortasıyla ilgili rücu tazminat davaları Onyedinci Hukuk Dairesince, sigortalının kendi trafik ve kasko sigortasına, trafik sigortacısının kendi sigortalısına karşı açtığı tazminat davaları ile taşıma ilişkisi dışındaki ve sigortanın taraf olup olmamasına bakılmaksızın, her türlü cismani ve maddi zararlı trafik kazalarından doğan davaların temyiz incelenmesi Onyedinci Hukuk Dairesince, kira sözleşmesinden kaynaklanan erken tahliye ve hor kullanmadan kaynaklanan davaların taraflarına bakılmaksızın temyiz incelemesinin Altıncı Hukuk Dairesince,ki-

- ra sözleşmesinden doğan uyarılma davalarının temyiz incelemesi Üçüncü Hukuk Dairesince yapılacağından bu davalar hariçtir.),
2. Türk Medeni Kanunu'nda yer alan, rehin karşılığında ikraz ile meşgul olma (TMK'nın876-883) işlerinden kaynaklanan davalar,
 3. Borçlar Kanununda yer alan, işletmenin satılma veya değiştirilmesi (BK'nın 179-180), ticari neşir mukavelesi (BK'nın 372-385), itibar mektubu ve emri komisyonu (BK'nın399-403), ticari mümessil ve vekiller (BK'nın 449-456), ticari nitelikteki havale (BK'nın 457-462), vedia (BK'nın 463 ve devamı) ilişkilerinden kaynaklanan alacak davalar,
 4. 556 sayılı Markaların Korunması, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında kanun Hükmündeki Kararnamelerden ve kaynaklanan davalar ile FSEK'le ilgili davalara ilişkin (tarafların sıfatlarına bakılmaksızın) hüküm ve kararlar,
 5. Bankalar Kanunu, Ticari İşletme Rehni Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, Sigorta Murakabe Kanunu, 5941 sayılı Çek Kanunu'ndan kaynaklanan alacak davaları,
 6. TTK.nun 1460 ncı maddesi kapsamında kalan şirketler hukuku, taşıma hukuku, sigorta hukukundan kaynaklanan İİK'nın 67. maddesine dayalı itirazın iptali ve yine İİK'nın 72. maddesinden doğan borçlu olmadığının tespiti davaları,

Onikinci Hukuk Dairesi:

1. İİK'nın 16. maddesi uyarınca icra müdürlüklerinin işlemlerine karşılık alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin icra mahkemesine şikayet yolu ile başvuruları sonucu İcra Mahkemelerince verilen kararları,
2. Genel haciz yolu ile yapılan icra takiplerine karşı borçluların vaki itirazları üzerine alacaklıların İİK'nın 68, 68/a ve 68/b maddeleri uyarınca itirazların kaldırılması için başvurusu üzerine İcra Mahkemelerince verilen kararları,
3. Kambiyo senetlerine (çek, poliçe, bono) mahsus haciz yolu ile yapılan icra takiplerine karşı borçluların İİK'nın 169, 170 ve 170/a maddeleri uyarınca borca, imzaya itirazları ile şikâyetler nedeniyle icra tetkik mercilerine yazılı başvuruları üzerine İcra Mahkemelerince verilen kararları,
4. İcra İflas Kanunu uyarınca yapılan icra takipleri sonucu icra müdürlüklerince cebri icra yolu ile satılan menkul ve gayrimenkul mallarla ilgili satışlar sonucu borçlu, alacaklı ile üçüncü kişilerin icra tetkik mercilerine yapmış oldukları şikâyet sonucu verilen kararlar ile sulh hukuk mahkemele-

- rince şüyu'un satılarak giderilmesine dair kararlar sonucu satış memurluklarınca satılan gayrimenkullerle ilgili sulh hukuk mahkemelerine açılan ihalenin feshi davaları ve 6183 sayılı Yasanın 99. maddesi uyarınca yapılan şikâyet sonucu İcra Mahkemesince verilen taşınmaz ihalesinin feshi ile ilgili kararlar,
5. Taşınmazın ihalesi üzerine İİK'nın 135/2. maddesine göre borçluya, taşınmaz başkaları tarafından işgal edilmekte ise, bu kişilere çıkarılan tahliye emrine yönelik şikâyetler üzerine İcra Mahkemelerince verilen kararları,
 6. Rehnin (menkul ve gayrimenkul) paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takiplerle ilgili olarak alacaklı, borçlu ve ipotek veren üçüncü kişinin itiraz ve şikâyetleri üzerine İcra Mahkemelerince verilen kararları,
 7. İİK'nın 24 ve müteakip maddelerinde düzenlenen ilamların icrası yolu ile yapılan takiplerle ilgili olarak alacaklılar, borçlu ve üçüncü kişilerin İcra Mahkemelerine yapmış buldukları şikâyet ve itirazları sonucu icra mahkemesince verilen kararları,
 8. İcra İflas Kanunu'nun 71. maddesi uyarınca İcra Mahkemelerince verilen takibin iptali ve taliki ile ilgili kararları,
 9. Borçluların icra takibi ile ilgili icra müdürlüklerince yapılan icra tebliğleri ile ilgili İcra Tetkik Mercilerine açmış buldukları usulsüz tebligatlarla ilgili şikâyetleri nedeniyle verilen kararlarla birlikte ayrıca borçluların İcra Mahkemelerinin, İcra İflas Kanunu'nun 65. maddesi uyarınca vermiş buldukları gecikmiş itiraz talepleri ile ilgili İcra Mahkemelerince verilen kararları,
 10. Hacizle ilgili borçluların icra mahkemesine açmış buldukları haczedilmezlik şikâyetleri ve alacaklıların İcra İflas Kanununun 89. maddesi uyarınca borçluların üçüncü kişilerdeki alacakları ile ilgili 1. ve 2. haciz ihbarnamelerine karşılık üçüncü kişilerin icra mahkemelerine vaki şikâyetleri üzerine icra mahkemesince verilen kararlar ile sözü edilen maddenin 4. fıkrası uyarınca üçüncü kişinin tazminatla mahkûm edilmesi isteği üzerine verilen icra mahkemesi kararları,
 11. Kesinleşen takip sonucu icra müdürlüklerinin haczin uygulanması işlemlerine yönelik şikâyetler üzerine verilen İcra Mahkemeleri kararları (İİK'nın 96, 97, 99. maddeleri),

Onüçüncü Hukuk Dairesi:

1. Borçlar Kanununun 61-67. maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleş-

- melerden (Geçerli yada geçersiz sözleşmelerden) kaynaklanan davalar,
2. Borçlar Kanununun ikinci kısmında yer alan sözleşmelerden (İstisna akdi hariç akdin muhtelif nevilerinden) kaynaklanan davalar,
 3. Özel kanunlara göre yapılan sözleşmelerden doğan 11 ve 15. Hukuk dairelerinin görevleri dışında kalan ve Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen kararlar,
 4. Kira sözleşmesinden kaynaklanıp kiracı tarafından açılan davalar. (Menfi tespit, kiracılığın tespiti, kira bedelinin uyarlanması ve tazminat davaları),
 5. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması hakkındaki kanun kapsamında kalan ve Tüketici Mahkemelerince verilen kararlar (Kredi kartından kaynaklanan ve banka tarafından kart hamiline karşı açılan davalar hariç),
 6. Tarafların sıfatına bakılmaksızın adi ortaklıktan kaynaklanan davalar,
 7. Su, elektrik ve telefon aboneliği (her iki tarafın tacir olmadığı) sözleşmelerinden kaynaklanan davalar
 8. Tarafların sıfatına bakılmaksızın atık su bedelinden kaynaklanan ve Asliye Hukuk Mahkemelerinden verilen kararlar,
 9. Alacağın temliki ve borcun naklinden doğan davalara ilişkin olarak Asliye Mahkemelerinden verilen 11 ve 15. Hukuk daireleri görevi dışında kalan davalar,
 10. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesine göre sorumlu olan ve sorumlu olmasına rağmen tüketici ile akdi ilişkisi bulunmayan imalatçı, ithalatçı, bayi ve acente arasında doğan davalar.

Ondördüncü Hukuk Dairesi:

1. Taşınmaz mallara ilişkin mülkiyet hakkına veya devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmaz mallar hakkında Hazinesinin açtığı davalara ait sulh mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar,
 - a. Tapulu taşınmaza elatmanın önlenmesi davaları,
 - b. Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlere ait Hazinesin sulh hukuk mahkemelerine açtığı tapu iptali ve elatmanın önlenmesi davaları,
 - c. Bir tapu kaydına dayanılarak Hazine tarafından sulh hukuk mahkemelerinde açılan tapu iptali ve tescil davaları.
2. Sınırlı ayni haklara ilişkin asliye ve sulh hukuk mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar (şufa, iştirak, vefa haklarına dayanılarak açılanlar ile diğer hukuk dairelerinin görevlerine giren davalar hariç),

3. Kamu mallarından mera, yaylak, kışlak iddiası ile açılan davalar hakkında asliye ve sulh mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar,
4. Şahsi haklara dayalı taşınmaz ile ilgili davalara ilişkin asliye ve sulh hukuk mahkemelerinden verilen hüküm ve kararlar;
 - a. Satış vaadi sözleşmelerine dayalı tapu iptali ve elatmanın önlenmesi davaları,
 - b. Türk Medeni Kanununun 724, 725. ve 729. maddelerine dayalı tapu iptali ve tescil davaları (temlikten tescil davaları),
 - c. Yükleniciden haricen satın alınan bağımsız bölüme ilişkin olup, 30.09.1988 tarihli 1987/2 E. 1988/2 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına dayalı tapu iptali ve tescil davaları,
 - d. Tahsis kararlarına dayalı elatmanın önlenmesi ve tapu iptali ve tescil davaları,
 - e. İnanç sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil davaları (05.02.1947 tarihli 20/65 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı),
 - f. Ölünceye kadar bakma akdine dayalı tapu iptali ve tescil davaları,
1. Ferman ve hüccet gibi tasarruf belgelerinin sahteliği nedeniyle açılan iptal davalarıyla ilgili hüküm ve kararlar,
2. 5520 sayılı Kanunla değişik Tapu Kanununun 31. maddesi uyarınca açılan tapuda sınır ve yüzölçümü düzeltilmesine ilişkin hüküm ve kararlar,
3. Türk Medeni Kanununun 1027. maddesi gereğince tapuda isim ve soyadı düzeltilmesine ilişkin hüküm ve kararlar,
4. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 41. maddesine dayalı olarak açılan davalar,
5. Tapu kaydına bağlı taşınmazlarda Türk Medeni Kanununun 737. maddesine dayalı komşuluk hukukuna aykırı davranışın giderilmesine ilişkin sulh mahkemelerince verilen hüküm ve kararlar,
6. Karz (ödünç) ipoteklerinin kaldırılması ile ilgili hüküm ve kararlar,
7. Geçit ve mecra hakkı ile ilgili kararlar,
8. Suyoluna vaki müdahalenin menî ve iptal davası ile ilgili hüküm ve kararlar,
9. Mülkiyet hakkına dayalı olup, mülkiyeti uyuşmazlık konusu olmayan tapuda yazılı şerhin ve ipoteğin kaldırılmasına ait davalarla ilgili kararlar,
10. Borçlar Kanunundaki hâsılât kirası hükümlerine tabi ticari işletme kiralanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklara dair verilen kararlar,
11. Sulh Hukuk Mahkemelerince verilen eser sözleşmelerinden kaynaklanan davalara ilişkin hüküm ve kararlar, (Diş tedavi, protez v.s, estetik amaçlı

ameliyatlardan, araç tamirine ilişkin, fotoğraf ve video çekiminden kaynaklanan davalar hariç).

Onbeşinci Hukuk Dairesi:

İşin niteliği ve tarafların sıfatına bakılmaksızın bütün istisna sözleşmelerinden kaynaklanan davalarda Asliye Hukuk Mahkemelerinden yerel mahkeme hakimince eser sözleşmesi kapsamında nitelendirilip BK'nın 355-376. maddelerine göre verilen her türlü hüküm ve kararlar.

Onaltıncı Hukuk Dairesi:

1. 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 24.maddesi uyarınca kurulan Kadastro Mahkemelerinin 3402 sayılı Kanun uygulaması ile ilgili olarak verdikleri hüküm ve kararları,
2. Genel kadastro ile oluşan ve tapu kaydına dayalı olarak kadastrodan önceki nedenlere dayanılarak açılan, Asliye ve Sulh Hukuk Mahkemesince karara bağlanan tapu iptali ve tescil davalarına ait hüküm ve kararları,
3. Genel kadastro ile oluşan ve tapu kaydına dayalı olarak kadastrodan önceki nedenlerle açılan ve Asliye Hukuk Mahkemelerince karara bağlanan ve tutanağı düzenlenen mera, yaylak, kışlak ve genel harman yeri olarak sınırlandırılan taşınmazlara ait davalarla ilgili hüküm ve kararları,
4. Kadastro Mahkemelerinin 2859 sayılı Tapulama ve Kadastro Paftalarının yenilenmesi hakkındaki Kanun uyarınca verilen hüküm ve kararları,
5. Kadastro Mahkemelerinin umumi hayata müessir Afetler dolayısıyla alınacak tedbirler ve yapılacak yardımlarla ilgili olarak verdikleri hüküm ve kararları,
6. 2004 sayılı İcra ve İflas Yasasında öngörülen suçlara ilişkin olarak aynı Yasa'nın 364.maddesi gereğince tetkik mercilerince verilen cezalara ilişkin hüküm ve kararları,
7. Tenkise ilişkin davalarla ilgili hüküm ve kararları,
8. Kadastro harici bırakılan ve tutanağı düzenlenmeyen yerler hakkında tapu kaydına dayalı olarak genel mahkemelerde açılıp, Asliye ve Sulh Hukuk Mahkemesince karara bağlanan ve diğer dairelerin görevi dışında kalan tescil davaları.

Onyedinci Hukuk Dairesi:

1. Trafik kazası sonucu oluşan maddi hasarlı tazminat davaları sonucu Asli-

- ye Hukuk Mahkemelerince verilen kararlar,
2. TTK'nın 1301.maddesinden kaynaklanan ve kasko sigortası ile ilgili rücu tazminat davalarının,
 3. İcra İflas Kanunu ve 6183 sayılı kanundan kaynaklanan tasarrufun iptali davaları sonunda verilen kararlar,
 4. Sigortalının kendi trafik kasko sigortasına, trafik sigortasının da kendi sigortalısına karşı açtığı tazminat davaları ile taşıma ilişkisi dışındaki ve sigortanın taraf olduğu önceden Onbirinci Hukuk Dairesince görülmekte olan her türlü cismani ve maddi zararlı trafik kazalarından doğan davalar,
 5. Mercii Tayini (Yargı yeri belirlemesi) davalarının,
 6. İcra mahkemeleri tarafından genel hükümler çerçevesinde verilen istihkak davasına ilişkin kararların,
 7. 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanundan doğan ve diğer dairelerin görev alanına girmeyen her türlü davalara ilişkin hüküm ve kararların,
 8. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 96 ve devamı maddelerine göre hacizden doğan ve İcra Tetkik Merciiince karara bağlanan istihkak davaları

Onsekizinci Hukuk Dairesi:

1. Adana, Antalya, Afyon, Aydın, Aksaray, Balıkesir, Bilecik, Bursa, Burdur, Çanakkale, Denizli, Elazığ, Eskişehir, Hatay, Isparta, İzmir, İçel (Mersin), Kayseri, Karaman, Konya, Kütahya, Kahramanmaraş, Kırşehir, Malatya, Manisa, Muğla, Nevşehir, Niğde, Osmaniye, Uşak İl ve İlçeleri mahkemelerinden 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa göre açılan davalarla ilgili olarak (Kamulaştırmaz el atma nedeniyle açılan tazminat davaları hariç) verilen kararlar,
2. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili davalara ilişkin kararlar,
3. Paylı mülkiyete ya da elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazlarda paydaşlardan veya birlikte malik olanlardan birinin, taşınmaz mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrilmesini istediği ortaklığın giderilmesi davalarında (634 sayılı Yasanın 12. maddesi) verilen kararlar,
4. Nüfus kayıt düzeltilmesine ilişkin davalar (sadece 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile sınırlı olmak üzere),
5. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 101 ve devamı maddeleri kapsamında kalan Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların kuruluş ve tescil işlemleri, vakıf senedinin düzenlenmesi ve değiştirilmesi, vak-

fın teşkilatı (örgütü), denetimi, yöneticilerin azli, vakıf yönetiminin amacının ve mallarının değiştirilmesi, vakfın sona ermesi ve tasfiyesi; ayrıca, Osmanlı döneminde kurulan ve 5737 sayılı Vakıflar Yasasına tabi olan vakıflarda vakfiye şartı gereği vakıf evladı veya ilgilisi olduğunun ya da tevliyete hak kazandığının tespiti ile vakfın gelir fazlasından yararlanma (infita) haklarıyla ilgili olarak açılan davalara ilişkin kararlar,

6. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 1416 sayılı Ecnebi Memleketlere Gönderilecek Talebe Hakkındaki Kanun ve 5535 sayılı Bazı Kamu Alacaklarının Tahsil ve Terkinine İlişkin Kanun, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 5401 sayılı Askeri Öğrencilerden Başarı Gösteremeyenler Hakkındaki Kanun, 4652 sayılı Polis Yüksek Öğretim Kanunları, 2330 sayılı Maddi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu, 3580 sayılı Öğretmen ve Eğitim Uzmanı Yetiştiren Yüksek Öğretim Kurumlarında Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlaşma Kanunu, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu (vb. kanunlarda) yer alan okutma, eğitim-öğretim ve yetiştirme giderleri ile ilgili olarak yasadan veya sözleşmeden doğan, tarafına bakılmaksızın, her türlü davalar hakkında verilen kararlar.

Ondokuzuncu Hukuk Dairesi:

1. Ticari nitelikteki alım-satım sözleşmesinden kaynaklanan her türlü davalar sonunda verilen hüküm ve kararlar,
2. Deniz Hukuku, Kooperatifler Hukuku, Taşıma Hukuku ve Sigorta Hukuku uygulamasından ve istisna sözleşmelerinden doğan davalar hariç olmak üzere,
 - a. İİK'nın 7. maddesine göre açılan ticari dava niteliğindeki itirazın iptali davaları sonunda verilen hüküm ve kararlar,
 - b. İİK'nın 69. maddesinden kaynaklanan borçtan kurtulma davaları sonunda verilen hüküm ve kararlar,
 - c. İİK'nın 72. maddesine dayanan ticari dava niteliğindeki menfi tespit ve istirdat davaları sonunda verilen hüküm ve kararlar,
3. Banka ticari kredi sözleşmelerinden kaynaklanan itirazın iptali ve menfi tespit davaları sonunda verilen hüküm ve kararlar,
4. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu uyarınca bankalarca genel mahkemelerde açılan itirazın iptali ve menfi tespit davaları sonunda verilen hüküm ve kararlar,
5. Münhasıran kambiyo senetleri hukukundan kaynaklanan menfi tespit ve

- itirazın iptali davaları sonunda verilen hüküm ve kararlar,
6. Finansal Kiralama Sözleşmesinden kaynaklanan her tür dava sonunda verilen hüküm ve kararlar,
 7. Factoring Sözleşmesinden kaynaklanan her tür dava sonunda verilen hüküm ve kararlar,
 8. İİK'nun 89. maddesi uyarınca açılmış ve tarafların tacir sıfatını haiz bulunduğu menfi tespit davaları,
 9. Ticari nitelikteki alım-satım sözleşmesine dayanan ihtiyati haciz talebi üzerine verilen kararlarla, ihtiyati hacze itiraz üzerine verilen kararlar.

Yirminci Hukuk Dairesi:

1. Kadastro, Asliye ve Sulh Hukuk Mahkemelerinde görülen bir davada Orman Yönetimi veya Maliye Hazinesi davacı ya da davalı sıfatıyla taraf ise:
 - a.Bu davada, kesinleşmiş olsun olmasın 3116, 6831 Sayılı Orman Yasaları ve bu yasaları değiştiren yasalar ile 3402 Sayılı Kadastro Yasasının 4. maddesi gereğince düzenlenen orman kadastro harita ve tutanaklarının uygulanması gerekli ise,
 - b.Bu davada; kesinleşmiş olsun olmasın 6831 Sayılı Yasanın 1744, 2896, 3302, 3373 Yasalarla değişik 2 ve 2/B maddeleri uygulaması sonucu orman rejimi dışına çıkartmaya ilişkin harita ve tutanaklarının uygulanması gerekli ise,
 - c.Bu davada; 05.11.2003 gün 4999 Sayılı Yasa ile değişik 6831 sayılı Yasanın 7/1. maddesi gereğince, bu yasanın 2. madde uygulamaları ile ilgili olarak kadastro keskinleşmiş yerler de tespit edilen fenni hataların düzeltilmesi amacıyla Orman Kadastro Komisyonları tarafından düzenlenen harita ve tutanaklarının uygulanması gerekli ise,
 - d.Bu davada; 05.11.2003 gün 4999 Sayılı Yasa ile değişik 6831 sayılı Yasanın 9/7. maddesi gereğince, orman tahdidi veya kadastro yapı- lıp ilan edilen yerlerde aplikasyon, ölçü, çizim ve hesaplamalardan kaynaklanan yüzölçümü ve fenni hataların düzeltilmesi amacıyla Orman Kadastro Komisyonları tarafından düzenlenen harita ve tutanakların uygulanması gerekli ise,
 - e.Bu davada; 15.01.2009 gün 5831 sayılı Yasa ile 3402 sayılı Yasaya eklenen 4'ncü madde gereğince orman rejimi dışına çıkartılan yerlerde yapılan kadastro sonucu düzenlenen harita ve tutanakların uygulanması gerekli ise,

f.Bu davada; 15.01.2009 gün 5831 sayılı Yasa ile 3402 Sayılı Yasaya eklenen 8'nci madde gereğince yapılan kadastro sonucu düzenlenen harita ve tutanakların uygulanması gerekli ise,

g.Bu davada; 2924 sayılı Orman Köylülerinin Kalkındırılması ve Desteklenmesi Hakkındaki Yasa gereğince yapılan kadastroda, tutanağın ve sicilin beyanlar hanesine şerh konulması ya da konulan şerhin kaldırılması veya değiştirilmesi isteniyorsa,

h.Bu davada; 6831 sayılı Orman Yasası ve 3402 Sayılı Kadastro Yasası hükümlerine göre orman incelemesi gerekiyorsa,

i.Orman kadastrosu kesinleşmiş olsun olmasın, orman kadastrosu ve orman rejimi dışına çıkarma ile ilgili tutanak ve haritalarının uygulanmasını veya orman araştırması yapılmasını gerekli kılan, Hazine ve Orman Yönetiminin taraf olduğu, kadastro tespitine itiraz, tescil ya da tapu iptali-tescil, tapu kayıtları üzerindeki “orman” ve “2-B madde şerhleri” ile, bu alanlardaki “muhdesat ve zilyetlik şerhlerinin” kaldırılması veya konulması, elatmanınönlenmesi istekleri ile ilgili olarak; kadastro, asliye ve sulh hukuk mahkemelerinde verilen kararları,

2. Hâkimin reddi kararları.

Yirmibirinci Hukuk Dairesi:

1. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunundan doğan ve rücu davaları dışında kalan her türlü uyuşmazlıkların,
2. 5510 sayılı Yasa'nın 106. maddesi ile yürürlükten kaldırılan ancak 5510 sayılı Yasa'nın geçici maddelerinin yollaması ile 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden önceki sigortalılara bazı maddeleri halen uygulanmakta olan; Mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunundan, mülga 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunundan, mülga 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunundan, mülga 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunundan, mülga 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkındaki Kanunundan, mülga 5454 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunundan, 2108 sayılı Muhtar Ödenek ve Sosyal Güvenlik Yasası'nın mülga 4. ve 5. maddelerinden doğan uyuşmazlıkların,
3. 22.05.1985 tarihinde 3201 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılan ancak bu yasadaki yararlanarak borçlanma yapan sigortalılara halen uygulanan 2147 sayılı Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşlarının, Yurt Dışında Çalışma Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında-

- ki Kanun'dan doğan uyuşmazlıkların,
4. 22.5.1985 tarihli 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkındaki Kanundan doğan uyuşmazlıkların,
 5. 2108 sayılı Muhtar Ödenek ve Sosyal Güvenlik Yasa'sından doğan uyuşmazlıkların,
 6. 4857 sayılı İş Kanununun 77. maddesine dayalı iş kazası ve meslek hastalığından doğan işgöremezlik ve destekten yoksunluk davalarına ilişkin uyuşmazlıkların,
 7. İşçilik alacakları istemiyle birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ve işveren aleyhine açılan hizmet saptaması davalarında verilen hükümlerin,
 8. a. İş kazaları ve meslek hastalığından doğan maddi ve manevi tazminat davalarından kaynaklanan işveren ve işçi arasındaki rücu davaları ile,
b. İş kazaları ve meslek hastalığından doğan maddi ve manevi tazminat istemiyle birlikte açılan işçilik alacaklarına ilişkin davaların,
 9. Hizmet tespiti ve birlikte işçilik hakları istekleriyle Sosyal Sigortalar Kurumu Genel Müdürlüğü ve işveren hakkında açılan davalarla ilgili hükümler.

Yirmiikinci Hukuk Dairesi:

(İş ve Sosyal Güvenlik Dairesi olarak görev yapmak üzere)

1. Temyiz incelemesi Dokuzuncu Hukuk Dairesince yapılan;
 - a. İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshi üzerine feshin geçersizliğinin tespitine ve işçinin işe iadesine ilişkin davalar (İş Kanunu m.18,19,20),
 - b. Feshin geçersizliğine rağmen işe başlatılmayan işçi tarafından açılan iş güvencesi tazminatı ile boшта geçen en çok dört aylık süre ücreti ve aynı süreye ait İş Kanunu'nun 21/3. maddesinde sözü edilen diğer haklara ilişkin davalar (bu isteklerle birlikte diğer işçilik alacaklarının talep edildiği tüm davalar dahil olmak üzere),
 - c. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanununun 21. maddesinde öngörülen iş kaybı tazminatı ile ilgili işçi tarafından Türkiye İş Kurumu aleyhine veya bu kurum tarafından işçi aleyhine açılan davalar ile işçi tarafından işveren aleyhine açılan davalar,
 - d. 4853 ve 5568 sayılı Kanunlar uyarınca işçi tarafından tasarrufu teşvik ve nema alacağı ile ilgili işveren ve Hazine aleyhine açılan davalar.
2. Temyiz incelemesi Onuncu Hukuk Dairesince yapılan;
 - a. 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunundan doğan davalar (Ek Mad-

de 1 kapsamında ücret garanti fonu ve Ek Madde 2 kapsamındaki kısa çalışma ödeneğine ilişkin uyuşmazlıklar dahil olmak üzere),

b.(Mülga) 3417 sayılı Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanun ile 4853 sayılı Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabının Tasfiyesi ve Bu Hesaptan Yapılacak Ödemelere Dair Kanundan doğan davalar,

c.4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanununun 21.maddesi kapsamında iş kaybı tazminatından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin davalar, (tarafların sıfatlarına bakılmaksızın).

Yirmiüçüncü Hukuk Dairesi:

(Ticaret Dairesi olarak görev yapmak üzere)

1. Temyiz incelemesi Onbirinci Hukuk Dairesince yapılan, kooperatifler hukukundan kaynaklanan davalar,
2. Temyiz incelemesi Onbeşinci Hukuk Dairesince yapılan, İİK'nın.94. maddesine göre alınan yetkiye dayalı davalar,
- 3.Temyiz incelemesi Ondokuzuncu Hukuk Dairesince yapılan;
 - a.Genel mahkemelerden verilmiş iflas ve iflasın ertelenmesine ilişkin hüküm ve kararlar,
 - b.Genel mahkemelerden verilmiş (adi ve malvarlığının terki suretiyle) konkordatoya ilişkin hüküm ve kararlar,
 - c.Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması talebine ilişkin hüküm ve kararlar,
 - d.İİK'nın 142. maddesi uyarınca İcra Mahkemeleri ile Genel Mahkemelerde görülen, haciz yolu ile takiplerde düzenlenen sıra cetveline ilişkin şikâyet ve davalar sonunda verilen hüküm ve kararlar,
 - e.İİK'nın 151. maddesi uyarınca rehnin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takiplerde düzenlenen sıra cetveline ilişkin şikâyet ve davalar sonunda verilen hüküm ve kararlar,
 - f.İİK'nın 235. maddesi uyarınca iflas tasfiyesinde düzenlenen sıra cetveline yönelik şikâyet ve davalar sonunda verilen hüküm ve kararlar (kayıt kabul, kayıt terkini davaları ile sıraya yönelik şikâyetler) olmak üzere belirlenen dava ve kararlara ilişkin temyiz incelemesini yapmakla görevlendirilmelerine,

Hukuk Dairelerine İlişkin Ortak Hükümler

1. Bu iş bölümünün yürürlüğe girmesinden önce Yargıtay incelemesinden geçmiş ya da geri çevirme kararına konu olmuş bulunan dosyaların, tekrar Yargıtay'a gelmesi halinde, yürürlüğe giriş tarihi itibarıyla yeni iş bölümüne göre ilgili daire tarafından incelenmesine,

2. 2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 6110 sayılı Yasa'nın 8. maddesi ile değişik 14. maddesinin son fıkrası ve 6110 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, iş bölümüne ilişkin Yargıtay Büyük Genel Kurulu kararının Resmi Gazetede yayımlanmasını izleyen aybaşı itibariyle, daha önce başka dairelerde görülmekte olup da dairesi değiştirilene dava dosyalarının mevcut hâlleriyle ilgili daireye gönderilmesine, devir işlemlerine ilişkin teknik desteğin Yargıtay Bilgi İşlem Merkezi tarafından sağlanmasına,
3. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanununun değişmesi ve değişik şekillerinin yürürlük tarihleri nazara alınarak bu iş bölümünde eski kanunlara yapılan atıfların yeni Kanunların yürürlüğe girmesi ile birlikte yeni kanunların karşılık gelen hükümlerine yapılmış olarak kabulüne, yine aynı şekilde daha sonra kanununda değişiklik yapılan ve iş bölümüne göre inceleyecek daire eski hükme göre belirlenmiş olan uyuşmazlıklarla ilgili temyiz incelemesinin eski kanuna göre görevli bulunan dairece yapılmasına,
4. İş bölümünde dairesi belirlenmeyen uyuşmazlıkların sözleşme dışı ilişkilerden kaynaklananların 4.Hukuk Dairesince incelenmesine,
5. İş bölümünde dairesi belirlenmeyen uyuşmazlıkların sözleşme ilişkilerinden kaynaklananların 13.Hukuk Dairesince incelenmesine,
6. Hukuk Dairelerinin görevlerini belirlemede mahkeme kararındaki nitelendirilmenin esas alınmasına,
7. Bir davadaki uyuşmazlık konusu, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin aslına değil de bu ilişkiden doğan diğer isteklerle ilgili ise, temyiz incelemesinin asıl hukuki ilişkiye ait hüküm ve kararları incelemekle görevli dairece yapılmasına,
8. Bir davada bir kaç hukuk dairesinin görevine giren uyuşmazlık söz konusu ise, temyiz incelemesinin uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişkiye ait hüküm ve kararları inceleyen dairece yapılmasına,
9. Bir davada uyuşmazlık konusu hukuki ilişki bir kaç dairenin görev alanına giren karma sözleşmeye yahut birden ziyade sözleşme türüne ayrı ayrı dayanıyorsa temyiz incelemesinin bunlardan Borçlar Kanunundaki özel sözleşme türüne ilişkin davalara ait hüküm ve kararları incelemekle görevli dairece yapılmasına,
10. Bir sözleşme ile ilgili alacak ve tazminat davalarının temyiz incelemesini yapmakla görevli dairenin, aksine düzenleme yoksa ve açıkça başka bir dairenin görev alanına girmiyorsa bu sözleşme türüne ilişkin tespit davalarının temyiz incelemesini de yapmakla görevli olduğuna,
11. Bir dava dosyasının incelenerek eksikliklerinin giderilmesinden sonra geri

- çevrilmesi için mahalline gönderilmesi veya duruşmasının olmasının o dosyanın görevli daireye gönderilmesine engel teşkil etmeyeceğine,
- 12.Hakemlerce verilen kararların ve hakemlere ilişkin her türlü işlerle ilgili hüküm ve kararların incelenmesinin esas davaya ait hükmü incelemekle görevli Yargıtay Dairesince yapılmasına,
- 13.Ebniye Kanunu, 2510 sayılı İskân Kanunu ve yürürlükten kaldırılmış 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu gibi kanunlardan doğan ve ayın davası açılması imkânı bulunmayan durumlarda açılan tazminat davaları ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 186. maddesi hükümünden yararlanılmak suretiyle tazminata dönüştürülen davalara ilişkin olarak verilen hüküm ve kararların temyiz incelemesinin ayın uyuşmazlığını inceleyecek dairece yapılmasına karar verilmiştir.

Ceza Daireleri İş Bölümü

Birinci Ceza Dairesi:

1. Kasten öldürme (m.81),
2. Nitelikli hâller (m.82),
3. Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (m.83),
4. İntihara yönlendirme (m.84),
5. Kasten yaralama sonucu ölüm meydana gelmesi (m.87/4).

İkinci Ceza Dairesi:

1. Terk (m.97),
2. Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (m.98),
3. Konut dokunulmazlığının ihlâli (m.116),
4. Ortak hüküm (m.119),
5. Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma (m.123)
Şeref Karşı Suçlar
6. Hakaret (m.125),
7. Mağdurun belirlenmesi (m.126),
8. İsnadın ispatı (m.127),
9. İddia ve savunma dokunulmazlığı (m.128),
- 10.Haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret (m.129),
- 11.Kişinin hatırasına hakaret (m.130),

- 12.Soruşturma ve kovuşturma koşulu (m.131),
- 13.Su Hırsızlığı (m.142),
- 14.Elektrik Enerjisi Hırsızlığı (mç142/1-f),
- 15.Usulsüz ölü gömülmesi (m.196),
- 16.Şapka ve Türk harfleri (m.222),
- 17.Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (m.228),
- 18.Dilencilik (m.229).

Üçüncü Ceza Dairesi:

1. Kasten yaralama (m.86),
2. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (m.87, 4. fıkrası hariç),
3. Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (m.88),
4. Cebir (m.108),
5. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması(ortak hüküm)(m.111),
6. Kötü muamele (m.232),
7. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (m.233),
8. 6831 sayılı Yasaya aykırılıktan kaynaklanan işler.

Dördüncü Ceza Dairesi:

1. Tehdit (m.106),
2. Şantaj (m.107),
3. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması (m.111),
4. Eğitim ve öğretimin engellenmesi (m.112),
5. Kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi (m.113),
6. Siyasî hakların kullanılmasının engellenmesi (m.114),
7. İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme (m.115),
8. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (m.117),
9. Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi (m.118),
- 10.Ortak hüküm (m.119),
- 11.Haksız arama (m.120),
- 12.Dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi (m.121),
- 13.Ayrımcılık (m.122),

- 14.Haberleşmenin engellenmesi (m.124)
Çevreye Karşı suçlar
 - 15.Çevrenin kasten kirletilmesi (m.181),
 - 16.Çevrenin taksirle kirletilmesi (m.182),
 - 17.Gürültüye neden olma (m.183),
 - 18.İmar kirliliğine neden olma (m.184),
 - 19.Görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma (m.219).
- Ekonomi, Sanayi ve Ticarete ilişkin Suçlar
- 20.İhaleye fesat karıştırma (m.235),
 - 21.Edimin ifasına fesat karıştırma (m.236),
 - 22.Fiyatları etkileme (m.237),
 - 23.Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma (m.238),
 - 24.Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (m.239),
 - 25.Mal veya hizmet satımından kaçınma (m.240),
 - 26.Tefecilik (m.241),
 - 27.Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması (m.242),
 - 28.Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması (m.256),
 - 29.Görevi kötüye kullanma (m.257),
 - 30.Göreve ilişkin sırrın açıklanması (m.258),
 - 31.Kamu görevlisinin ticareti (m.259),
 - 32.Kamu görevinin terki veya yapılmaması (m.260),
 - 33.Kişilerin malları üzerinde usulsüz tasarruf (m.261),
 - 34.Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi (m.262),
 - 35.Kanuna aykırı eğitim kurumu (m.263),
 - 36.Özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma (m.264),
 - 37.Görevi yaptırmamak için direnme (m.265),
 - 38.Kamu görevine ait araç ve gereçleri suçta kullanma (m.266).
- Adliye Karşı Suçlar
1. İftira (m.267),
 2. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (m.268),
 3. Etkin pişmanlık (m.269),
 4. Suç üstlenme (m.270),
 5. Suç uydurma (m.271),
 6. Yalan tanıklık (m.272),
 7. Şahsî cezasızlık veya cezanın azaltılmasını gerektiren sebepler (m.273),
 8. Etkin pişmanlık (m.274),

9. Yalan yere yemin (m.275),
10. Gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık (m.276),
11. Yargı görevi yapamı etkileme (m.277),
12. Suçu bildirmeme (m.278),
13. Kamu görevlisinin suçı bildirmemesi (m.279),
14. Sağlık mesleği mensuplarının suçı bildirmemesi (m.280),
15. Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (m.281),
16. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (m.282),
17. Suçluyu kayırma (m.283),
18. Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme (m.284),
19. Gizliliğin ihlâli (m.285),
20. Ses veya görüntülerin kayda alınması (m.286),
21. Genital muayene (m.287),
22. Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (m.288),
23. Muhafaza görevini kötüye kullanma (m.289),
24. Resmen teslim olunan mala elkonulması ve bozulması (m.290),
25. Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme (m.291),
26. Hükümlü veya tutuklunun kaçması (m.292),
27. Etkin pişmanlık (m.293),
28. Kaçmaya imkân sağlama (m.294),
29. Muhafızın görevini kötüye kullanması (m.295),
30. Hükümlü veya tutukluların ayaklanması (m.296),
31. İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak (m.297),
32. Hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme (m.298).

Beşinci Ceza Dairesi:

1. Mühür bozma (m.203),
2. Zimmet (m.247),
3. Etkin pişmanlık (m.248),
4. Daha az cezayı gerektiren hâl (m.249),
5. İrtikâp (m.250),
6. Denetim görevinin ihmali (m.251),
7. Rüşvet (m.252),
8. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması (m.253),
9. Etkin pişmanlık (m.254),
10. Yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama (m. 255),

- 11.Yargı yeri belirlemeleri,
- 12.Dava nakli dosyaları.

Altıncı Ceza Dairesi:

1. Hırsızlık (m. 141),
2. Nitelikli hırsızlık (m.142),
3. Suçun gece vakti işlenmesi (m.143),
4. Daha az cezayı gerektiren hâller (m.144),
5. Malın değerinin az olması (m. 145),
6. Kullanma hırsızlığı (m. 146),
7. Zorunluluk hâli (m. 147),
8. Yağma(tamamı) (m.148),
9. Nitelikli yağma, (m.149),
- 10.Daha az cezayı gerektiren hâl (m.150),
- 11.Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (m. 160),
- 12.Karşılıksız yararlanma (m. 163),
- 13.Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (m. 165),
- 14.Ortak hükümler (m. 167, 168 ve 169)

Yedinci Ceza Dairesi:

Özel Ceza Yasalarından doğan ve başka dairelerin görev alanına girmeyen suçlar ile Kabahatler Yasası hükümleri uyarınca verilen kararlar.

Sekizinci Ceza Dairesi:

Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar

1. Soykırım (m.76),
2. İnsanlığa karşı suçlar (m. 77),
3. Örgüt (m. 78).

Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti

4. Göçmen kaçakçılığı (m. 79),
5. İnsan ticareti (m. 80).

İşkence ve Eziyet

6. İşkence (m.94),

7. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence (m.95),
 8. Eziyet (m.96),
 - 9.Hakkı olmayan yere tecavüz (m.154).
- Genel Tehlike Yaratan Suçlar
- 10.Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (m.170),
 - 11.Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (m.171),
 - 12.Radyasyon yayma (m.172),
 - 13.Atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme (m.173),
 - 14.Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi (m.174),
 - 15.Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali (m.175),
 - 16.İnşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama (m. 176),
 - 17.Hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması (m. 177),
 - 18.İşaret ve engel koymama (m.178),
 - 19.Parada sahtecilik (m.197),
 - 20.Paraya eşit sayılan değerler (m.198),
 - 21.Kıymetli damgada sahtecilik (m.199),
 - 22.Para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlar (m.200),
 - 23.Etkin pişmanlık (m.201),
 - 24.Mühürde sahtecilik (m.202).
- Kamu Barışına Karşı Suçlar
- 25.Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (m.213),
 - 26.Suç işlemeye tahrik (m. 214),
 - 27.Suçlu ve suçluyu övme (m.215),
 - 28.Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (m.216),
 - 29.Kanunlara uymamaya tahrik (m.217),
 - 30.Ortak hüküm (m.218).
- Bu işbölümüne göre ceza dairelerinden herhangi birinin görevine girmeyen ve TCY'ndan kaynaklanan tüm suçlar,
- 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Yasaya ilişkin işler,
- 1631 sayılı Askeri Ceza Yasasının 131. maddesinde düzenlenen suçlar,
- 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkındaki Yasaya ilişkin işler,
- 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yasaya ilişkin işler.

Dokuzuncu Ceza Dairesi:

- 31.Mala zarar verme (m.151),
- 32.Mala zarar vermenin nitelikli hâlleri (m.152),
- 33.İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme (m.153),
- 34.Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (m.220),
- 35.Etkin pişmanlık (m.221).
Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar
- 36.Cumhurbaşkanına hakaret (m.299),
- 37.Devletin egemenlik alametlerini aşağılama (m.300),
- 38.Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama (m. 301).
Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar
- 39.Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (m.302),
- 40.Düşmanla işbirliği yapmak (m.303),
- 41.Devlete karşı savaşa tahrik (m. 304),
- 42.Temel millî yararlar karşı faaliyetinde bulunmak için yarar sağlama (m.305),
- 43.Yabancı devlet aleyhine asker toplama (m. 306),
- 44.Askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma (m. 307),
- 45.Düşman devlete maddî ve malî yardım (m. 308).
Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar
- 46.Anayasayı ihlâl (m.309),
- 47.Cumhurbaşkanına suikast ve fiilî saldırı (m.310),
- 48.Yasama organına karşı suç (m.311),
- 49.Hükümete karşı suç (m.312),
- 50.Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı silâhlı isyan (m.313),
- 51.Silâhlı örgüt (m. 314),
- 52.Silâh sağlama (m. 315),
- 53.Suç için anlaşma (m. 316).
Millî Savunmaya Karşı Suçlar
- 54.Askerî komutanlıkların gasbı (m.317),
- 55.Halkı askerlikten soğutma (m.318),
- 56.Askerleri itaatsizliğe teşvik (m.319),
- 57.Yabancı hizmetine asker yazma, yazılma (m.320),
- 58.Savaş zamanında emirlere uymama (m.321),

- 59.Savaş zamanında yükümlülükler (m.322),
 - 60.Savaşta yalan haber yayma (m.323),
 - 61.Seferberlikle ilgili görevin ihmali (m.324),
 - 62.Düşmandan unvan ve benzeri payeler kabulü (m.325).
Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk
 - 63.Devletin güvenliğine ilişkin belgeler (m.326),
 - 64.Devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme (m.327),
 - 65.Siyasal veya askerî casusluk (m.328),
 - 66.Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama (m.329),
 - 67.Gizli kalması gereken bilgileri açıklama (m.330),
 - 68.Uluslararası casusluk (m.331),
 - 69.Askerî yasak bölgelere girme (m.332),
 - 70.Devlet sırlarından yararlanma, Devlet hizmetlerinde sadakatsizlik (m.333),
 - 71.Yasaklanan bilgileri temin (m.334),
 - 72.Yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla temini (m. 335),
 - 73.Yasaklanan bilgileri açıklama (m.336),
 - 74.Yasaklanan bilgileri siyasal veya askerî casusluk maksadıyla açıklama (m.337),
 - 75.Taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi (m. 338),
 - 76.Devlet güvenliği ile ilgili belgeleri elinde bulundurma (m.339).
- Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar
- 77.Yabancı devlet başkanına karşı suç (m. 340),
 - 78.Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret (m. 341),
 - 79.Yabancı devlet temsilcilerine karşı suç (m.342),
 - 80.Karşılıklılık koşulu (m.343),
 - 81.2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkındaki Yasa,
 - 82.2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Yasası,
 - 83.3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası,
 - 84.4959 Sayılı Topluma Kazandırma Yasası,
 - 85.5253 Sayılı Dernekler Yasası,
 - 86.5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Yasaya ilişkin iş-ler ve
 - 87.07.12.1994 gün 4053 sayılı Yasa ile 2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 14. maddesine eklenen fıkra gereğince, 3953 sayılı Yasaya göre Askeri Yar-

gıtay'dan gönderilen dava ve işler ile aynı yasa uyarınca adli yargı mercilerine devredilen dava ve işlerden temyizen intikal edecek olan işler.

Onuncu Ceza Dairesi:

Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar

1. Zehirli madde katma (m.185),
2. Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti (m.186),
3. Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma (m.187),
4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m.188),
5. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması (m.189),
6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (m.190),
7. Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak (m.191),
8. Etkin pişmanlık (m.192),
9. Zehirli madde imal ve ticareti (m.193),
10. Sağlık için tehlikeli madde temini (m.194),
11. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (m.195),
12. 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkındaki Yasaya ilişkin işler,
13. 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Yasaya ilişkin işler,
14. 5898 sayılı Uçucu Maddelerin Zararlarından İnsan Sağlığının Korunmasına Dair Yasaya ilişkin işler ve
15. 5941 sayılı Çek Yasasından kaynaklanan işler, (3167 sayılı Yasa 1/4 oranında).

Onbirinci Ceza Dairesi:

1. Resmî belgede sahtecilik (m.204),
2. Resmî belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek (m.205),
3. Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (m.206),
4. Özel belgede sahtecilik (m.207),
5. Özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek (m.208),
6. Açığa imzanın kötüye kullanılması (m.209),
7. Resmî belge hükmünde belgeler (m.210),
8. Daha az cezayı gerektiren hâl (m.211),

9. İçtima (m.212).

Bilişim Alanında Suçlar

1. Bilişim sistemine girme (m. 243),
2. Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme (m.244),
3. Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması (m.245),
4. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması (m.246),
5. 213 sayılı Vergi Usul Yasasından kaynaklanan işler,
6. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Yasasına ilişkin işler.

Onikinci Ceza Dairesi:

1. Taksirle öldürme (m.85),
 2. Taksirle yaralama (m.89),
 3. İnsan üzerinde deney (m.90),
 4. Organ veya doku ticareti (m.91),
 5. Zorunluluk hâli (m.92),
 6. Etkin pişmanlık (m.93).
- Özel hayata ve Hayatın Gizli Alanına karşı suçlar
7. Haberleşmenin gizliliğini ihlâl (m.132),
 8. Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (m.133),
 9. Özel hayatın gizliliğini ihlâl (m.134),
 10. Kişisel verilerin kaydedilmesi (m.135),
 11. Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (m.136),
 12. Nitelikli hâller (m.137),
 13. Verileri yok etmeme (m.138),
 14. Şikâyet (m.139),
 15. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması (m.140),
 16. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma (m.179),
 17. Trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma (m.180),
 18. 2863 sayılı Tabiat ve Kültür Varlıklarını Koruma Yasasından kaynaklanan işler,
 19. 5271 sayılı CMK'nun 141-144 maddelerinde düzenlenen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat,
 20. 5941 sayılı Çek Yasasından kaynaklanan işler, (3167 sayılı Yasa 1/4 oranında).

Onüçüncü Ceza Dairesi:

1. Hırsızlık (m.141),
2. Nitelikli hırsızlık (m.142),
3. Suçun gece vakti işlenmesi (m.143),
4. Daha az cezayı gerektiren hâller (m.144),
5. Malın değerinin az olması (m. 145),
6. Kullanma hırsızlığı (m.146),
7. Zorunluluk hâli (m.147),
8. Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (m.160),
9. Karşılıksız yararlanma (m.163),
- 10.Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (m.165),
- 11.Ortak hükümler (m.167, 168 ve 169).

Ondördüncü Ceza Dairesi:

- Çocuk Düşürtme, Düşürme veya Kısırlaştırma
1. Çocuk düşürtme (m. 99),
 2. Çocuk düşürme (m.100),
 3. Kısırlaştırma (m.101),
- Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar
4. Cinsel saldırı (m.102),
 5. Çocukların cinsel istismarı (m.103),
 6. Reşit olmayanla cinsel ilişki (m.104),
 7. Cinsel taciz (m. 105),
 8. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (tamamı) (m.109),
 9. Etkin pişmanlık (m.110),
 - 10.Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması (m.111),
- Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar
- 11.Ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (m.223),
 - 12.Kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali (m.224),
- Genel Ahlâka Karşı Suçlar
- 13.Hayâsızca hareketler (m.225),
 - 14.Müstehcenlik (m. 226),
 - 15.Fuhuş (m.227),
- Aile Düzenine Karşı Suçlar

16. Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören (m.230),
17. Çocuğun soybağını değiştirme (m. 231),
18. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (m.234),
19. 5941 sayılı Çek Yasasından kaynaklanan işler (3167 sayılı Yasa 1/4 oranında).

Onbeşinci Ceza Dairesi:

1. Güveni kötüye kullanma (m. 155),
2. Bedelsiz senedi kullanma (m.156),
3. Dolandırıcılık (m.157),
4. Nitelikli dolandırıcılık (m.158),
5. Daha az cezayı gerektiren hâl (m.159)
6. Hileli iflâs (m.161),
7. Taksirli iflâs (m.162)
8. Şirket veya Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi (m.164),
9. Bilgi Vermeme (m.166),
10. Ortak hükümler (m.167, 168 ve 169),
11. 5941 sayılı Çek Yasasından kaynaklanan işler (3167 sayılı Yasa 1/4 oranında).

Ceza Dairelerine İlişkin Ortak Hükümler

1. Özel Ceza Yasalarından doğan ve başka dairelerin görev alanına girmeyen suçlar ile Kabahatler Yasası hükümleri uyarınca verilen kararlara ilişkin işlere Yargıtay 7. Ceza Dairesi tarafından bakılmasına,
2. Bu işbölümüne göre ceza dairelerinden herhangi birinin görevine girmeyen ve 5237 sayılı TCY'den kaynaklanan tüm suçlara ilişkin işlere Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından bakılmasına,
3. Bu işbölümü yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCY'de yer alan suçlara göre yapılmış bulunduğu, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCY'den kaynaklanan işlere, bunların 5237 sayılı TCY'deki karşılığını oluşturan işlere bakmakla görevli daire tarafından bakılmasına,
4. Bu işbölümünün yürürlüğe girmesinden önce Yargıtay incelemesinden geçmiş bulunan dosyaların, tekrar Yargıtay'a gelmesi halinde, yeni işbölümüne göre ilgili daire tarafından incelenmesine,
5. Yargıtay 16. Hukuk Dairesi tarafından bakılmakta olunan 2004 sayılı İcra ve İflas Yasasından doğan suç veya kabahatlere ilişkin işlere, Yargı-

- tay 16. Hukuk Dairesi tarafından bakılmaya devam edilmesine,
6. 2797 sayılı Yargıtay Yasasının 6110 sayılı Yasanın 8. maddesi ile değişik 14. maddesinin son fıkrası ve 6110 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, işbölümüne ilişkin Yargıtay Büyük Genel Kurulu Kararının Resmi Gazetede yayımlanmasını izleyen aybaşı itibariyle, daha önce başka dairelerde görülmekte olup da dairesi değiştirilen dava dosyalarının mevcut halleriyle ilgili daireye gönderilmesine, devir işlemlerine ilişkin teknik desteğin Yargıtay Bilgi İşlem Merkezi tarafından sağlanmasına,
 7. 2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 6110 sayılı Yasa'nın 8. maddesi ile değişik 14. maddesinin son fıkrası ve 6110 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, iş bölümüne ilişkin Yargıtay Büyük Genel Kurulu Kararının Resmi Gazetede yayımlanmasını izleyen aybaşı itibariyle Yargıtay 10. Ceza Dairesinin elindeki henüz incelenmemiş bulunan 5941 (3167 sayılı) Çek Yasasından kaynaklanan dava dosyalarının tamamının Yargıtay 15. Ceza Dairesine devredilmesine,

Devir tarihinden sonra gelecek 5941 (3167 sayılı) sayılı Çek Yasasından kaynaklanan dava dosyalarının sayısının Yargıtay 15. Ceza Dairelerine devredilen dosya sayısına ulaşınca kadar 1/3'ünün (üçte birinin) Yargıtay 10. Ceza Dairesine, 1/3'ünün (üçte birinin) Yargıtay 12. Ceza Dairesine ve diğer 1/3'ünün (üçte birinin) ise Yargıtay 14. Ceza Dairesine verilmesine,

Dosya sayılarının eşitlenmesinden sonra gelecek dava dosyalarının ise Yargıtay 10., 12., 14. ve 15. Ceza Dairelerine eşit sayıda paylaştırılmasına,

Gerek dosyaların Yargıtay 10. Ceza Dairesinden Yargıtay 15. Ceza Dairesine devredilmesi, gerek daha sonra gelecek dosyaların yukarıda belirtilen ilkelere göre dağıtılması işlemlerinde teknik desteğin Yargıtay Bilgi İşlem Merkezi tarafından sağlanmasına,

8.2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 6110 sayılı Yasa'nın 8. maddesi ile değişik 14. maddesinin son fıkrası ve 6110 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, işbölümüne ilişkin Yargıtay Büyük Genel Kurulu Kararının Resmi Gazetede yayımlanmasını izleyen aybaşı itibariyle, Yargıtay 6. Ceza Dairesinin elindeki henüz incelenmemiş bulunan yağma suçları dışında kalan, Yargıtay 6. Ceza Dairesinin görev alanına giren malvarlığına karşı (hırsızlık, kaybolmuş veya hata sonucu edle geçmiş eşya üzerinde tasarruf, karşılıksız yararlanma, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi) itibariyle, Yargıtay Büyük Genel Kurulu kararının Resmî Gazetede yayımlanmasını izleyen aybaşı itibariyle Yargıtay 6. Ceza Dairesinin elindeki henüz incelenmemiş bulunan, yağma suçları dışında kalan Yargıtay 6. Ceza Dairesinin görev alanına giren malvarlığına karşı (hırsızlık, kaybolmuş veya hata sonucu

ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf, karşılıksız yararlanma, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi) suçlara ait dava dosyalarının 1/2'sinin (yarı oranında) Yargıtay 13. Ceza Dairesine devredilmesine,

Devir tarihten sonra gelecek dava dosyalarının Yargıtay 6. ve 13. Ceza Dairelerine eşit sayıda paylaşılmasına,

Gerek dosyaların Yargıtay 6. Ceza Dairesinden Yargıtay 13. Ceza Dairesine devredilmesi, gerek daha sonra gelecek dosyaların yukarıda belirtilen ilkelere göre dağıtılması işlemlerinde teknik desteğin Yargıtay Bilgi İşlem Merkezi tarafından sağlanmasına,

6110 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 8. maddesi ile 2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 14. ve 58. maddeleri uyarınca kararın Resmi Gazetede yayımlanmasına, bunu müteakip kararın bir örneğinin tüm mahkemelere duyurulmak üzere Adalet Bakanlığına; bilgi ve gereği için Yargıtay Daire Başkanlıklarına, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına; Yargıtay Kararları Dergisinde yayımlanması için Yayın İşleri Müdürlüğüne; Barolara ve Avukatlara duyurulmasını sağlamak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanlığına gönderilmesine, 12/05/2011 tarihinde, oybirliğiyle karar verildi.

YARGI KARARLARI İDARİ BÖLÜM

Bir işleme tabi tutularak granül hale getirilen plastik teslimlerinin KDV'den istisna tutulması gerekmektedir.

DANIŞTAY
Dokuzuncu Dairesi
Esas: 209/5034
Karar: 2010/624

- 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu m. 17/4-g
- KDV istisnası kapsamında olan plastik teslimleri yönünden madde herhangi bir ayırım yapmamıştır. Bundan dolayı, bir işleme tabi tutularak granül hale getirilen plastik teslimlerinin de KDV'den istisna tutulması gerekmektedir.
- Davacının yaptığı granül plastik teslimlerinin önce hurda teslimi niteliğinde bulunduğu ve KDV'ye tabi olmadığı görüşüyle vergilendirmeyen İdare tarafından, bu görüşün hatalı olması nedeniyle daha sonra davacı şirkete salınan KDV'de hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

İstemin Özeti: Davacı şirketin 2004 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu aynı yılın Ocak-Aralık dönemleri için adına re'sen salınan Katma Değer Vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı; dosyanın incelenmesinden, davacı şirketin hurda plastikten imal edilen plastik granül teslimlerinin katma değer vergisine tabi olmasına karşın katma değer vergisi hesaplanmadığından bahisle adına dava konusu tarhiyatın yapıldığının anlaşıldığı, davacı şirketin davalı idareden alınan görüşler doğrultusunda katma değer vergisi hesaplamadığının, daha sonra idarenin görüş değiştirmesi üzerine, davacıdan düzeltme beyanemesi vermesinin istenildiğinin, bu isteğin yerine getirilmemesi üzerine idarece re'sen yapılan düzeltme ile dava konusu katma değer vergisi salındığının ve davacıyı kendilerinin yanıltması nedeniyle salınan vergiye ceza kesilmediğinin anlaşıldığı, katma değer vergisinin yansıtılabilir bir vergi olduğu, vergi yükünün ürünü satan değil alan kişide kaldığı, idare görüşü doğrultusunda hareket eden davacı şirketin bu aşamadan sonra emtiayı satın alan kişilere katma değer vergisini yansıtmasının mümkün olamayacağı, davacıdan tahsili halinde de haksız yere malvarlığında eksilmeye neden olunacağı, bu nedenle salınan katma değer vergisinde isabet bulunmadığı gerekçesiyle kabul eden İzmir 2. Vergi Mahkemesi kararını; olayda, davacı şirketin yaptığı fa-

İDARİ BÖLÜM

aliyetin hurda plastik atıklarının eritilmesi suretiyle plastik esya imalatında kullanılan hammadde (granül)nin elde edilmesi olduğundan, davacı şirketin yaptığı teslimlerin hurda plastik teslimi sayılması mümkün olmayıp katma değer vergisi istisnası getirilmiş bulunan hurda plastik tesliminden ayrı tutularak katma değer vergisine tabi olduğu, idarenin hatalı görüşünden dönerek yeni bir işlem yapmasının her zaman mümkün olduğu, olayda davacının yaptığı granül plastik teslimlerinin katma değer vergisine tabi olmadığı şeklinde verilen hatalı görüş davacının tahsil etmesi gereken katma değer vergisini ödemesi gerektiği sonucunu değiştirmeyeceği, aksi halde katma değer vergisi hesaplaması gerekirken bunu yapmayan yükümlülere bu vergiyi alıcılara yansıtamayacağından sonradan vergileme yapılamayacağını kabul etmek, katma değer vergisi uygulamasının satıcıların keyfiyetine bırakılması ve olayda olduğu gibi satıcı yükümlülere sonradan hiç bir şekilde vergi salınamaması sonucu doğuracağı, bunun da hukuka ve vergileme ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle bozan Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 20.1.2009 tarih ve E: 2007/2911, K: 2009/33 sayılı kararının; katma değer vergisinin özü itibarıyla yansıtılarak nihai tüketicide kalması gerektiği, olayda katma değer vergisinin nihai tüketicinin üstünde kalması gerektiğinin gözardı edildiği ileri sürülerek düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Karar düzeltme isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Savcısı Filiz Z. Gürmeriç'in Düşüncesi: Kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

Tetkik Hakimi Feyza Ünsal'ın Düşüncesi: Karar düzeltme istemi kabul edilerek vergi mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Düzeltilme istemi 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54. maddesine göre yerinde görüldüğünden, Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 20.1.2009 tarih ve E: 2007/2911, K: 2009/33 sayılı kararı kaldırıldıktan sonra dosya yeniden incelendi:

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 17. maddesinin 5036 sayılı Kanunun 8. maddesiyle değiştirilen ve 1.1.2004 tarihinden geçerli olmak üzere 2.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren 4/g bendinde; külçe altın, külçe gümüş, döviz, para, damga pulu, harç pulu, değerli kağıtlar, hisse senedi tahvil ile metal, plastik, kağıt, cam hurda ve atıklarının tesliminin katma değer vergisinin

YARGI KARARLARI

den istisna olduğu, aynı maddenin 5228 sayılı Kanununun 15. maddesiyle değiştirilen ve 1.8.2004 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 4/g bendinde ise; külçe altın, külçe gümüş, kıymetli taşlar (elmas, pırlanta, yakut, zümrüt, topaz, safir, zebercet, inci, kübik vircünia) döviz, para, damga pulu, değerli kağıtlar, hisse senedi, tahvil ile metal, plastik, lastik, kauçuk, kağıt, cam hurda ve atıklarının (hurda metalden elde edilen külçeler dahil) tesliminin katma değer vergisinden istisna olduğu hükmüne bağlanmıştır.

Yukarıda anılan hükmün değerlendirilmesinden, katma değer vergisi istisnası kapsamında olan, plastik teslimleri yönünden anılan maddede herhangi bir ayırım yapılmadığından, bir işleme tabi tutularak granül hale getirilen plastik teslimlerinin de katma değer vergisinden istisna tutulması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden davacının yaptığı granül plastik teslimlerinin, önce hurda teslimi niteliğinde bulunduğu ve katma değer vergisine tabi olmadığı görüşü ile vergilendirilmeyen idare tarafından, bu görüşün hatalı olması nedeniyle daha sonra ve dava konusu işlemle vergi ziyai cezası uygulamadan katma değer vergisi tarhiyatı yapıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, davacı şirketin yaptığı faaliyetin hurda plastik atıklarının eritilmesi suretiyle plastik eşya imalatında kullanılan hammadde plastik teslimlerinin istisna kapsamına alınmış olması nedeniyle davacının yaptığı granül plastik teslimleri katma değer vergisine tabi olması sözkonusu değildir.

Bu itibarla katma değer vergisine tabi olamayan teslimlerde bulunan davacı şirket adına salınan katma değer vergisinde hukuka uyarlık bulunmayıp, Vergi Mahkemesince yazılı gerekçeyle verilen karar sonucu itibarıyla yerindedir.

Açıklanan nedenlerle karara düzeltme isteğinin kabulüne; davalı idarenin temyiz isteminin reddine İzmir 2. Vergi Mahkemesinin 15.3.2007 tarih ve E: 2006/930, K: 2007/211 sayılı kararının onanmasına 9.2.2010 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Cengiz	E. Işın	S. Zehra	Aypar	Yakup
Divanlıoğlu	Ezen	Birden	Göktuna	Kaya

Karşı Oy: Karar düzeltme isteminin reddi gerektiği oyuyla karara katılmıyorum

Üye S. Zehra Birden

Gönderen: Dr. Mustafa Alpaslan, SMMM

YARGI KARARLARI HUKUK BÖLÜMÜ

Vekalet görevinin kötüye kullanılması

YARGITAY

1. Hukuk Dairesi

Esas : 2010/9891

Karar : 2011/1400

Tarih : 11.02.2011

- Vekil, vekalet görevini kötüye kullansa bile, vekaleten iş yapılan üçüncü kişi/kişilerin kazandığı haklara etkili olmaz.
- BY m. 390/2: Vekilin sadakat ve özen borcu
- MY m.3: Objektif iyiniyet kuralı

Taraflar arasında görülen davada;

Davacılar, davalılardan M.İ.'yi adlarına kayıtlı 11 parsel sayılı taşınmaz ile ilgili inşaat işlerini yapmak, talimatları doğrultusunda satmak ...vs. üzere vekil tayin ettiklerini, ancak vekili talimatları olmaksızın vekalet yetkisinin kötüye kullanarak, muvazaalı olarak eşi olan diğer davalıya 11 parseldeki 4 nolu bağımsız bölümü satış suretiyle devrettiğini ileri sürerek, tapu iptali-tescil, olmazsa tazminat isteğinde bulunmuşlardır.

Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davacıların iddialarını kanıtlayamadıkları gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacılar vekili tarafından süresinde duruşma istekli temyiz edilmiş olmakla, duruşma günü olarak saptanan 11.2.2011 cuma günü için yapılan tebligat üzerine temyiz eden vekili Avukat İ. B. geldi, davetiye tebliğine rağmen temyiz edilen vd. vekili avukat gelmedi, yokluğunda duruşmaya başlandı, süresinde verildiği ve kayıt olunduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra gelen vekilin sözlü açıklamaları dinlendi, duruşmanın bittiği bildirildi, iş karara bırakıldı. Bilahare Tetkik Hakimi Berna Dizdaroğulları Koç tarafından düzenlenen rapor okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelenerek gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Dava, tapu iptal ve tescil olmadığı takdirde tazminat isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davacıların iddialarını kanıtlayamadıkları gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; çekişmeye konu 11 parsel sayılı taşınmazdaki 4 nolu bağımsız bölümün paylı mülkiyet üzere olup, 3/4 pa-

HUKUK BÖLÜMÜ

yının davacı S.'a 1/4 payın davacı M.'e ait olduğu, davacıların 5.6.1979 tarihinde önceden tanıdıkları ve sosyal ve beşeri ilişkileri olan, aile dostları davacılarından Avukat olan M.İ.Ö'ye çekişmeli 11 sayılı parseldeki bağımsız C bölüm ve paylarını satma, vergilerini ödeme, teminat ipotekleri verme vs. yetkilerini içerir vekaletname verdikleri ve vekil M.İ.Ö'nin söz konusu taşınmazdaki 4 nolu bağımsız bölümdeki davacı paylarını kendi eşi olan diğer davacı T.'e 30.11.1984'de satış suretiyle temlik ettiği anlaşılmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, HUMK'nun 76. maddesi uyarınca olayları bildirmek taraflara, hukuki nitelendirmeyi tesbit ederek, uygulanması gerekli kararın hükmünü de saptayıp, çekişmeyi gidermek hakime aittir.

Dava dilekçesinin içeriği ve özellikle, iddianın ileri sürülüş biçimine göre; davada dayanılan hukuki sebebin muvazaa olmayıp, vekalet görevinin kötüye kullanılması olduğu tartışmasız ve sabittir.

Bilindiği üzere; Borçlar Kanununun temsil ve vekalet bağıntısını düzenleyen hükümlerine göre, vekalet sözleşmesi büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayanır. Vekilin borçlarının çoğu bu güven unsurundan onun vekil edenin yararına ve iradesine uygun davranış yükümlülüğünden doğar.

Borçlar Kanununda sadakat ve özen borcu, vekilin vekil edene karşı en önde gelen borcu kabul edilmiş ve 390/2 maddesinde "vekil, müvekkiline karşı vekaleti hüsnüniyetle ifa ile mükelleftir..." hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Sözleşmede vekaletin nasıl yerine getirileceği hakkında açık bir hüküm bulunmasa veya yapılan işlem dış temsil yetkisinin sınırları içerisinde kalsa dahi vekilin bu yükümlülüğü daima mevcuttur. Hatta malik tarafından vekilin bir taşınmazın satışında, dilediği bedelle dilediği kimseye satış yapabileceği şeklinde yetkili kılınması, satacağı kimseyi dahi belirtmesi, ona dürüstlük kuralını, sadakat ve özen borcunu gözardı etmek suretiyle, makul sayılacak ölçüler dışına çıkarak satış yapma hakkını vermez. Vekil edenin yararı ile bağdaşmayacak bir eylem veya işlem yapan vekil değinilen maddenin birinci fıkrası uyarınca sorumlu olur.

Öte yandan vekil ile sözleşme yapan kişi Medeni Kanunun 3. maddesi anlamında iyi niyetli ise yani vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını bilmiyor veya kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen bilmesine olanak yoksa, vekil ile yaptığı sözleşme geçerlidir ve vekil edeni bağlar. Vekil vekalet görevini kötüye kulansa dahi bu husus vekil ile vekalet eden arasında bir iç sorun olarak kalır, vekil ile sözleşme yapan kişinin kazandığı haklara etkili olamaz.

Ne var ki, üçüncü kişi vekil ile çıkar ve işbirliği içerisinde ise veya kötü ni-

YARGI KARARLARI

yetli olup vekilin vekalet görevini kötüye kullandığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa vekil edenin sözleşme ile bağlı sayılmaması, Medeni Kanununun 2. maddesinde yazılı dürüstlük kuralının doğal bir sonucu olarak kabul edilmiştir. Söz konusu yasa maddesi buyurucu nitelik taşıdığından hakim tarafından kendiliğinden (resen) göz önünde tutulması zorunludur.

Aksine düşünce kötü niyeti teşvik etmek en azından ona göz yummak olur. Oysa bütün çağdaş hukuk sistemlerinde kötü niyet korunmamış daima mahkum edilmiştir. Nitekim uygulama ve bilimsel görüşler bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır.

Mahkemece, temlikin yapıldığı tarih ile davanın açıldığı tarih arasında çok uzun bir sürenin geçtiği ve ses çıkartılmadığı gerekçe yapılarak davanın reddine karar verilmiştir. Oysa davacılar S.'in yurtdışında yaşadığı, M.'in de yaşlı ve yatalak olduğu (ve sonucunda da yargılama sırasında ölümü ile tek mirasçısı S.'in kaldığı) kendilerinin satıştan haberdar edilmedikleri ve satışı öğrendikleri zaman şaşırarak dinlenen tanık beyanları ile yurtdışında yaşama keyfiyeti de dosyaya mübrez belgelerle sabittir. Öte yandan; taşınmazın gerçek değeri ile akitte gösterilen değeri arasında fahiş fark olduğu, bedelin ödendiğinin de herhangi bir belge ile belgelendirilmediği görülmektedir.

Öyle ise, anılan bu somut olgular, yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde iddianın subut bulunduğu kabul edilmelidir. Ne var ki, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ile yazılı olduğu üzere karar verilmesi isabetsiz olduğu gibi, kabul tarzı itibarı ile bedelden kaynaklanan alacağın (tazminatın) B.K. 126. maddesi hükmü uyarınca 5 yıllık zamanaşımına tabi olduğu ve bu sürenin geçtiği benimsenerek tazminat isteğinin reddedilmiş olması da isabetsizdir. Zira, davacıların talep ettiği bedelden kaynaklanan tazminat isteği tapu iptal tescil davasının sonucuna bağlıdır. Başka bir ifade ile iptal ve tescil isteğinin reddi kararının kesinleşmesi ile zamanaşımı süresinin başlayacağı tartışmasızdır.

Davacıların, temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK.'nun 428 maddesi gereğince BOZULMASINA, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 03.12.2010 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Ücret Tarifesinin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden vekili için 825.00.-TL duruşma avukatlık parasının temyiz edilenden alınmasına, 11.02.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. İlhan Bozcalı

Faiz alacağı fer'i alacaktır ve asıl alacağa bağlıdır. Bu niteliği gereği ayrı bir dava konusu olabilir.

YARGITAY

4. Hukuk Dairesi

Esas : 2010/9787

Karar : 2010/11772

Tarih : 11.11.2010

- Faiz alacağı fer'i alacaktır ve asıl alacağa bağlıdır. Bu niteliği gereği ayrı bir dava konusu olabilir.
- BY m. 131'e göre asıl alacak hakkında zamanaşımı süresi gerçekleşmiş ise faiz ve diğer fer'i alacaklar hakkında da zamanaşımı gözetilerek karar verilmelidir

Davacı A.B. vekili Avukat F. P. tarafından, davalı K. İnş.Ltd Şti. ve diğeri aleyhine 22/6/2007 gününde verilen dilekçe ile faiz alacağının istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 25/12/2007 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi taraflar vekillerince süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, faiz alacağına ilişkin olup yerel mahkemece, istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, taraflarca temyiz olunmuştur.

Davacı, haksız eylem nedeniyle desteğin ölümünden dolayı uğradığı maddi ve manevi zararın ödenmesi amacıyla açtığı davada faiz konusunda karar verilmediğini ileri sürerek, önceki davada kabul edilen tazminatların faizinin davalılardan alınmasını istemiştir.

Davalılar ise, faiz alacağının zamanaşımına uğradığını, bu konuda icra dosyasında ileri sürülen şikayet kabul edilerek faiz isteminin iptaline ilişkin olarak verilen kararın kesin hüküm oluşturduğunu, ilk davada fazlaya ilişkin hak saklı tutulmadığından faiz isteminden vazgeçildiğini belirterek, istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Yerel mahkeme, fer'i bir alacak olan faiz alacağının, Borçlar Yasası'nın 113. maddesi gereğince, asıl alacak ödeninceye kadar her zaman istenebileceği gerekçesiyle istemin bir bölümü kabul edilmiştir.

Faiz alacağı fer'i nitelikte alacaklardan olup asıl alacağa bağlı, onun varlığı ile doğup işleyen ancak, ondan bağımsız bir alacaktır. Bu niteliği gereği de ayrı bir davanın konusunu oluşturabilir. Borçlar Yasası'nın 131. maddesinde asıl alacağın fer'i niteliğindeki alacaklara ilişkin zamanaşımı süresi düzenlenmiş-

YARGI KARARLARI

tir. Buna göre, asıl alacak hakkında zamanaşımı süresi gerçekleşmiş ise, faiz ve diğer fer'i alacaklar hakkında da zamanaşımı gerçekleşir.

Yerel mahkemece, haksız eylem niteliğindeki olayın bağlı olduğu zamanaşımı süresi gözetilerek, faiz alacağının da zamanaşımına uğradığı sonucuna varılıp istemin zamanaşımı nedeniyle reddedilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmektedir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle davalılar yararına bozulmasına, bozma nedenine göre davacının temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına ve temyiz eden davalılardan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 11.11.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderenler: Av. Talih UYAR - Av. Alper UYAR

Baz İstasyonlarının Kaldırılmasına Yeni Görüş

YARGITAY

4. Hukuk Dairesi
Esas : 2010/8796
Karar : 2010/9677
Tarih : 4.10.2010

- Davacı hukuki yararı olunan
- Sağlığa ve çevreye zarar vermesi
- Yönetmelik hükümlerine aykırılık bulması halinde mümkün

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi : Gölbaşı (Ankara) Asliye Hukuk Mahkemesi

Tarihi : 17.05.2010

Davacı : S.S. İ. Konut Yapı Koop. vekili Av. M. S.K.

Davalı : ... İletişim Hizmetleri A.Ş. vekili E.K.

Birleşen Dava Davacısı: M.A. ve diğerleri

Birleşen Dava Davalısı: ... İletişim Hizmetleri A.Ş.

Davacı S.S. İ. Konut Yapı Koop. vekili Av. S.K. tarafından, davalı ... İletişim Hizmetleri A.Ş. aleyhine 22/01/2009 gününde verilen dilekçe ile baz istasyonunun kaldırılması istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; asıl davanın reddine, birleşen davanın kabulüne dair verilen 17/05/2010 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.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmesine göre yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA ve aşağıda yazılı onama harcının temyiz eden davalıya yükletilmesine 04/10/2010 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
M. Kıcıoğlu	K. Kancabaş	S. Demircioğlu	S. Bellek	A.T. Çevikbaş

Harç: 17.15 TL. OH.

KARŞI OY YAZISI

Dava; çevreye ve insan sağlığına zarar verdiği iddiası ile davalı şirket tarafından kurulan baz istasyonunun kaldırılması istemine ilişkindir.

Yerel mahkemeler; uygulamada genellikle, ilgili yönetmelik hükümlerine ve buna istinaden verilen sertifikalardaki limit değerlere uygun olarak kurulan baz istasyonlarının kaldırılmasına ilişkin davaları ret etmekte, limit değerlere uygun olmayan baz istasyonları ile ilgili davaları da kabul ederek baz istasyonlarının kaldırılması yönünde hüküm kurmaktadır.

Dairemizin sayın çoğunluğu ise; "... yönetmelik ve bu yönetmelikteki ölçülere göre düzenlenen sertifikanın soyut bir belirlemeyi içerdiğini, sertifikada belirtilen limitlerin yönetmelikte öngörülen limitlere uygun ve hatta altında olsa bile, bir zararın olmayacağı kabul edilemez. Dar anlamda para ile ölçülebilen bir zarar olmasa da, çevre binalardan ve bu bağlamda davacı meskeninde bulunanların sağlık bakımından büyük endişeler taşımaları, aynı bölgede yaşayan insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratması karşısında, davacının zarar göreceğinin kabulü gerekir..." Gerekçesi ile baz istasyonlarının kaldırılması istemiyle açılan davaları kabul ederek, kaldırılması yönünde kararlar vermek suretiyle uygulama yapmaktadır.

İlk derece mahkemelerinin görevleri, yürürlükte olan ve iptal edilmemiş bulunan kanunlar ile bunların aykırı olmayan tüzük ve yönetmeliklere uygun karar vermek, Yargıtay'ın görevi ise, yerel mahkeme hükümlerinin yasa, tüzük ve yönetmelik hükümlerine uygun olup olmadığını denetlemektir.

İlk derece mahkemeleri yasa, tüzük ve yönetmelik hükümlerini uygularken, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde, HUMK'nun 275. maddesi gereğince konusunda uzman bilirkişi veya bilirkişi kurulunun oy ve görüşlerini alması yasal bir zorunluluktur.

Davalarımızın konusunu teşkil eden ve cep telefonlarının kullanılabilmesi için kurulmaları zorunlu olan ve geniş bir kitleyi ilgilendiren baz istasyonlarının nerede, nasıl hangi ölçü ve limitler dahilinde kurulması gerektiği hususu, şüphesiz teknik bir konudur. Dolayısıyla ilk derece mahkemeleri önüne gelen bu uyuşmazlıklarda, konu ile ilgili kuralları uygularken keşif, bilirkişi veya bilirkişi kurulunun oy ve görüşlerine başvurması ve elde edeceği sonuçta göre karar vermesi gerekir.

Davalı GSM şirketlerince baz istasyonları, 5809 sayılı Yasaya göre hazırlanan "Mobil Telekomünikasyon Şebekelerine ait Baz İstasyonlarının Kuruluş Yeri, Ölçümleri, İşletilmesi ve Denetlenmesi Hakkındaki" Yönetmelikteki yer, ölçü ve limit değerlere göre verilen sertifika gereğince kurulmaktadır. İlk derece mahkemeleri de önüne gelen ihtilaflarda, uygulamakla görevli oldukları

HUKUK BÖLÜMÜ

yönetmelik ve sertifikada gösterilen ölçü ve limit değerlere göre keşif ve bilirkişi incelemesi yapmak suretiyle uyumsuzlukları çözmektedir.

Baz istasyonlarının nerede, nasıl, hangi ölçü ve limitler dahilinde kurulması halinde sağlığa ve çevreye zarar vermeyeceğini belirlemek ve kurallarını koymak ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görevidir. Mevzuatı uygulamakla görevli olan yargı mercilerinin şekil, ölçü ve limit değerler yönünden kural koyma veya konmuş olan kuralları değiştirme ve uygulamama gibi bir görev ve yetkileri bulunmamaktadır.

Yüksek yargı olarak, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların kurallara uygun olup olmadığını denetlemekle görevli olan Dairemizin sayın çoğunluğu, önüne gelen bu tür uyumsuzluklarda, davaya konu baz istasyonunun davacıya zarar verdiği iddiasının kanıtlanıp kanıtlanmadığını denetlemekten, ilk derece mahkemelerinin keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu verdiği kararlara esas alınan bilirkişi raporundaki şekil, ölçü ve limit değerlerini yok sayarak, baz istasyonları ile ilgili şekil, ölçü ve limit değerleri gösterilmeksizin, sadece “gelecekte insan sağlığına ve çevreye zarar vereceği” gibi hiç bir şekilde kanıtlanmamış farazi gerekçeyle baz istasyonlarının kaldırılmasına karar vermektedir.

Dairemiz sayın çoğunluğunun bu uygulaması ve gerekçesi karşısında, ellerinde araştırmaya yönelik hiçbir kural, ölçü ve değer olamayacak olan ilk derece mahkemelerinin hiçbir araştırma yapmadan, baz istasyonlarının kaldırılması ile ilgili açılacak her davayı kabul edip, baz istasyonlarının kaldırılmasına karar vermeleri gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Hiçbir kurala, ölçüye ve değere dayanmayan, farazi gerekçe ile oluşturulan böyle bir kararın hukuka uygun olmadığını düşünmekteyiz.

Uyumsuzlukla ilgili olarak, kanun ile yasaya uygun iptal edilmemiş yönetmelik ve bu yönetmeliğe uygun verilmiş sertifika vardır. Yürürlükte olan bu kuralları uygulamakla görevli olan ilk derece mahkemelerini, amir hükümleri bir tarafa bırakarak varsayımına göre karar vermeye yönlendirmenin yasal dayanağı yoktur.

Baz istasyonlarının kaldırılması ile ilgili dava ve uyumsuzluklarda; ilk derece mahkemelerince, öncelikle davacının dava açmakta hukuki yararının olup olmadığı araştırılmalı, dava açmakta hukuki yararın varlığı belirlendikten sonra, dava baz istasyonunun sağlığa ve çevreye zarar verdiği iddiası ile açıldığından taraflardan bu konudaki delil ve belgeleri istenmeli, ardından konu ile ilgili “Mobil Telekomünikasyon Şebekelerine ait Baz İstasyonlarının Kuruluş Yeri, Ölçümleri, İşletmesi ve Denetlenmesi Hakkında” Yönetmelik hükümleri ile bu yönetmelik gereğince baz istasyonunun kurulması ile ilgili ser-

YARGI KARARLARI

tifika değerlerinin denetlenmesi bakımından konusunda uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile mahallinde keşiş ve uygulama yapılmalı, alınacak bilirkişi raporu ile tüm delil ve belgeler birlikte değerlendirilerek, baz istasyonunun yönetmeliğe ve verilen sertifikaya aykırı olarak kurulduğu, sağlığa ve çevreye zarar verdiği sonucuna varıldığında, davanın kabulü ile baz istasyonunun kaldırılmasına, aksi halde davanın reddine karar verilmelidir.

Tüm bu nedenlerle, sayın çoğunluğun aksi yöndeki görüş ve kararına katılmıyoruz. 4.10.2010

Üye

Kamil Kancabaş

Üye

Sadık Demircioğlu

Gönderen: Av. Onur GÜVEN

Davalı İdarenin hizmet kusurundan doğan tam yargı davalarında idari yargı yetkilidir

YARGITAY

4. Hukuk Dairesi

Esas : 2010/411

Karar : 2010/12220

Tarih : 29.11.2010

- Borçlar Yasasına göre hükmedilecek tazminatta hak ve nispet ölçüsü.
- Haksız eylemden doğan tazminat istemlerinde yasal faiz uygulanır

Davacı F.M. vekili Avukat B.B.Ü. tarafından, davalı Sağlık Bakanlığı ve diğeri aleyhine 24/07/1998 gününde verilen dilekçe ile yanlış tedavi uygulaması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesinin istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; istemin bir bölümünün kabulüne ilişkin 14/07/2009 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili, davalılar vekilleri tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davalılardan Sağlık Bakanlığının diğer temyiz itirazına gelince; 30.04.1997 günü kalçası kırılan davacı, davalı Doktor A.G. tarafından Edremit Devlet Hastanesi'nde ameliyat edildiğini, ameliyattan sonra bir türlü iyileşmemesi ve ağrılarının artması nedeni ile başka hastanelerde tedavisinin devam ettiğini, davalı doktorun ameliyat bölgesinde yabancı cisim unutulması nedeni ile iki kez daha ameliyat olmak zorunda kaldığını belirterek, uğradığı maddi ve manevi zararın davalılardan alınmasını istemiştir.

Davalı Sağlık Bakanlığı, hakkındaki davaya idari yargı yerinde bakılması gerektiğini belirterek, görev itirazında bulunmuştur.

Davalı Doktor A.G. ise, ameliyat bölgesinde gazlı bez unutulmasının ağır hata olarak değerlendirilemeyeceğini, davacıya maddi ve manevi yardımda bulunduğunu ileri sürerek, istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Yerel mahkemece, davalı doktorun davacıyı ameliyat ederken ameliyat bölgesinde yabancı cisim unutmaması nedeni ile kusurlu olduğu, davacının iki kez daha ameliyat olmak zorunda kalması nedeni ile sürekli iş göremezlik oranının arttığı belirlenerek istemin bir bölümü kabul edilmiştir.

Sağlık Bakanlığı, bir kamu tüzel kişiliği olup kamu kuralları çerçevesinde işlerini yürüten hastanelerin eylem ve işleri de kamusal nitelikteki kamu hizmeti kavramı içerisinde değerlendirilir. Dava konusu olayın ileri sürülüş ve gerçekleşme biçimine göre, davanın anılan davalıya yönelmesinin nedeni de kendisine bağlı hastanenin hizmet kusuru nedeniyle zarara uğranıldığı iddiasıdır. Davalı idarenin hizmet kusurundan doğan tam yargı davası niteliğindeki davaları görüp ve çözüm yeri ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Yasası'nın 2/1-b maddesi gereğince idari yargı yeridir.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davalılardan Sağlık Bakanlığı yönünden yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava dilekçesinin reddedilmesi gerektiği gözetilmeyerek için esasının incelenmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

3- Diğer davalı Doktor A.G.'nin öteki temyiz itirazına gelince; Borçlar Yasası'nın 47. maddesi gereğince yargıcın, özel durumları göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Takdir edilecek bu tutar, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir işlevi (fonksiyonu) olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek tutar, var olan durumda elde edilmek istenilen doyum (tatmin) duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22/06/1966 gün ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel durum ve koşullar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden yargıç, bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde nesnel (objektif) ölçülere göre uygun (isabetli) bir biçimde göstermelidir.

Dava konusu olayın oluş biçimi, olay tarihi, davalının kusur oranı ve yukarıdaki ilkeler gözetildiğinde, davacı yararına takdir edilen manevi tazminat tutarı fazladır. Davacı yararına daha alt düzeyde manevi tazminat takdir edilmek üzere karar bozulmalıdır.

4- Davacının diğer temyiz itirazına gelince; davacı, dava dilekçesi ile kabul edilecek maddi ve manevi tazminat tutarlarına en yüksek banka mevduat faizi uygulanmasını istemiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık haksız eylem niteliğinde olup istek bulunması durumunda, kabul edilen tazminata yasal faiz uygulanması gerekir.

HUKUK BÖLÜMÜ

Yerel mahkemece, davacının manevi tazminat isteminin bir bölümün kabulüne karar verildiği halde faiz istemi hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemiş olması doğru olmadığından karar bu nedenle de bozulmalıdır.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı benette gösterilen nedenle davalılardan Sağlık Bakanlığı yararına; (3) sayılı bentte gösterilen nedenle diğer davalı A.G. yararına; (4) sayılı bentte gösterilen nedenle davacı yararına BOZULMASINA; tarafların öteki temyiz itirazlarının ilk bentteki nedenle reddine ve temyiz eden Sağlık Bakanlığı'ndan gayri taraflardan peşin alınan harçların istekleri halinde geri verilmesine 29/11/2010 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
M. Kıcıoğlu	Ş. Öztürk	S. Demircioğlu	S. Bellek	A.T. Çevikbaş

KARŞI OY YAZISI

Dava, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken (görevlerini yaparken) kusurları sonucu şahıslara zarar vermelerinden kaynaklanan ve zarar gören şahısların kamu görevlileri aleyhine adli yargıda açtıkları tazminat davasıdır.

Anayasa'nın 129/5. maddesindeki "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilir" hükmü ile buna paralel olarak düzenlenmiş olan 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi hükmünün açık, net ve amir olması, bu düzenlemeler gereğince kamu görevinden dolayı zarar gören kişilerin ancak idare aleyhine idari yargıda dava açabileceği, kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açılmasının ve açılacak bu davalarda kamu görevlisinin kişisel kast veya kusurunun araştırılmasının mümkün olmaması, yasa hükümlerine aykırı yorum ve uygulama yapılamayacağı, idari yargının görevine giren davaların kamu düzenine aykırı sonuç doğuracak şekilde adli yargıda görülemeyeceği, kamu görevlileri hakkında adli yargıda kişiler tarafından açılan tazminat davalarının kast ve kusur araştırması yapılmaksızın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesinde olduğumdan davalı A.G. yönünden sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum. 29.11.2010

Üye

S. Demircioğlu

Gönderenler: Av. Talih UYAR - Av. Alper UYAR

Ortaklığın giderilmesinden kaynaklanan satış işlemleri sırasında, paydaşlardan birinin satıştan önce ölmesi halinde, ölenin mirasçılarının satış ilanının tebliği şarttır

YARGITAY

12. Hukuk Dairesi

Esas : 2010/720

Karar : 2010/12655

Tarih : 25.05.2010

- Paydaşın mirasçılarının satış ilanı tebligatının yapılmaması başlı başına ihalenin feshi nedenidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki şikayetçiler vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı vekilinin borçlu H.E.'nin de dahil olduğu (11) borçluya karşı başlattığı icra takibinde, borçluların elbirliği halinde malik oldukları taşınmaza haciz koydurduğu, İİK'nun 121. maddesi uyarınca taşınmazın borçlulara intikal edecek hisselerinin satışının yapılarak ortaklığın giderilmesi hususunda dava açmak için İzmir 8. icra Mahkemesinden yetki alarak ortaklığın giderilmesi davasını açtığı, dava sonucunda taşınmaz ortaklığının satışı sureti ile giderilmesine karar verildiği, 8.1.2009 tarihinde yapılan ihalenin feshinin borçlu hissedarlar vekilince 15.1.2009 tarihinde istendiği görülmektedir.

Takip borçlusu ve taşınmaz paşdaşı H.E.'nin 10.10.2008'de vefat ettiği, mirasçı olarak geriye N.E. ile Z.K.'yi (E'yi) bıraktığı, ... Sulh Hukuk Mahkemesinin 24.12.2008 tarih 2008/739 E, 2008/759 K. sayılı veraset ilamı ile sabittir. Paydaş H.E.'nin vefatından sonra TK'nun 21. maddesi hükümlerine göre kendisine 24.11.2008'de yapılan satış ilanı tebligatı geçersizdir.

Dairemizin süreklilik kazanan içtihatlarına göre paydaşlardan birinin satıştan önce ölmesi halinde onun mirasçılarının satış ilanı tebliği şarttır. Mürisin mirasçılarının satıştan haberdar edilmesi halinde ihalede pey sürebilecekleri, müşteri bulabilecekleri ve talebi artırıcı faaliyet gösterecekleri tartışmasızdır. Paydaş H.E.'nin mirasçıları N.E. ve Z.K.'nin de dahil olduğu tüm şikay-

HUKUK BÖLÜMÜ

çilerin Av. E.K.'ya 5.1.2009 tarihli vekaletname vermeleri ve bu vekilin şikayetçiler adına 8.1.2009 tarihli şikayete konu ihalede şikayetçiler adına pey sürmesi anılan mirasçılarının satışlarından haberdar olduğu şeklinde yorumlanamaz. Paydaşın mirasçılarının satış ilanı tebligatının yapılmaması başlı başına ihalenin feshi nedeni olup şikayetin kabulü yerine reddi isabetsizdir.

Kabule göre de vekille temsil edilen davacılar yararına maktu Avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekirken 47500.10 nisbi avukatlık ücretine hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Şikayetçiler vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme tutarının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428 maddeleri uyarınca (BOZULMASINA) 25.05.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Gabil KOÇ

İhale ilan müddetlerine uymama fesat olgusu delillerinin tahkikini yapmama

YARGITAY
12. Hukuk Dairesi
Esas : 2010/16330
Karar : 2010/29327
Tarih : 9.12.2010

ÖZET: Taşınmaz satışında satış ilanların yapılmamasında sürelerle uyulmaması, aynı zamanda ihalede fesat iddiasında bulunulmuş, delil listesi de verilmiş ise tahkikat yapılması bozma sebebidir.

YARGITAY İLAMI

İncelenen Kararın

Mahkemesi : Bayındır İcra Hukuk Mahkemesi

Tarihi : 17.03.2010

Numarası : 2010/1-2010/26

Davacı : Şikayetçi İ.C.

Davalılar : Y.E, İ.Ö., ...Bank, Bayındır İcra Müdürlüğü

Dava türü : İhalenin Feshi

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki şikayetçi vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

Şikayetçi vekili, ihale ile ilgili olarak icra müdürlüğünce karar alınmasına rağmen belediye ve köy ilanlarının süresinde yapılmadığını ve ayrıca ihaleye fesat karıştırıldığını ileri sürerek ihalenin feshini istemiştir.

İİK'nun 126. maddesi taşınmaz ihalelerinde artırma ilanının ne şekilde yapılacağını düzenlemiştir. Anılan maddede satışın en az 1 ay önce yapılacağı açıklanmıştır. Anılan maddenin son fıkrası göndermesi ile taşınmaz ihalelerinde de uygulanması zorunlu olan 114. maddenin 2. fıkrası gereğince, ilanın şekli artırmanın tarzı, yer ve günü ve gazete ile yapılıp yapılmayacağı icra müdürlüğünce alakadarların menfaatlerine en uygun olanı dikkate alınarak tayin

HUKUK BÖLÜMÜ

edilir. Bu nedenle, icra müdürlüğünce taşınmazın satış ilanının köyde ve belediyede de ilanına karar verilmesi halinde, bu hususun yerine getirilmesi zorunludur. Taşınmazların ihalesi ile ilgili olarak 18.11.2009 tarihinde alınan satış kararının 6. maddesinde ilanın belediyede ve muhtarlıkta yapılmasına karar verilmiş, ancak bu hususun süresinde yerine getirilmediği, taşınmazların 1. satış gününün 11.1.2010 olduğu, belediye ilanının ise 14.12.2009-08.1.2010 tarihleri arasında yapıldığı, yine taşınmazlardan 600 parsel no'lu taşınmazın ilanının Yakacık köyünde 12.12.2009 tarihinde yasal 1 aylık süreden sonra muhtarlık binasında asılmak suretiyle yerine getirildiği anlaşılmıştır. Mahkemece bu husus dikkate alınarak ihalenin feshine karar vermek gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle şikayetin reddine karar verilmesi isabetsiz olduğu gibi, kabule göre de; borçlu tarafça İİK.nun 134/4. maddesi gereğince ihalede fesat olgusuna dayanılmış ve tanık listesi de sunulmuş olmakla, mahkemece gösterilen tanıkların dinlenip oluşacak sonuca göre bir karar verilmemesi de doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA 9.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi,

Gönderenler: Av. Süleyman COŞKUN - Av. Ruhi ILGAZ

Yüksek Mahkeme tarafından bozulan karar geçerliliğini ve yerine getirilme niteliğini yitirdiğinden bozmadan sonra erteleme kararının yasada öngörülen sonuçlarını sürdürme olanağı kalkmıştır

YARGITAY

12. Hukuk Dairesi

Esas : 2010/33382

Karar : 2011/7803

Tarih : 28 Nisan 2011

ÖZET: Yüksek Mahkeme tarafından bozulan karar, geçerliliğini ve yerine getirilme niteliğini yitirdiğinden bozmadan sonra erteleme kararının yasada öngörülen sonuçlarını sürdürme olanağı ortadan kalkmıştır. Bu bağlamda alacaklının, icra takibine devam etmesinde bir engel bulunmamaktadır.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının onanmasını mutazammın 26.10.2010 tarih, 2010/26039-24954 Karar sayılı daire ilamının müddeti içinde tashihen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görülüp düşünüldü:

Borçluların talebi üzerine Denizli Asliye ticaret Mahkemesi'nin 2008/198 Esas sayılı dosyasından 13.5.2009 tarihinde verilen iflasın ertelenmesine yönelik kararın Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 9.11.2009 tarih ve 2009/8514-10264 sayılı kararı ile bozulduğu anlaşılmaktadır. İncelenen bozma kararı içeriğine göre, bozmanın esasla ilgili olduğu anlaşılmış, az aşağıda yapılacak hukuki nitelendirmenin bozmanın bu özelliği de gözetilerek sonuçlandırılmasının gerekli olduğu düşünülmüştür. Ticaret Mahkemesince İİK'nun 179/b maddesi uyarınca verilen erteleme süresinin 1 yıl olduğu görülmektedir. Bu sürenin dolmasından sonra ticaret mahkemesince ayrıca yeniden aynı Kanun'un 179/b-4 fıkrası gereğince tedbir içeren bir başka karar da bulunmamaktadır. Esasen iflasın ertelenmesi şirketler hukukuna özgü geçici bir koruma olduğuna göre, bozmadan sonra bu yönde bir karar oluşturulmasının olanağı da yoktur. Bundan başka HGK'nun 19.06.1991 gün 323,391, HGK'nun 10.09.1991 281-415 ve yine HGK'nun 25.09.1991 gün ve 955 ve 440 sayılı kararlarında da vurgulandığı üzere bozulan karar geçerliliğini ve yerine getirilme niteliğini yitirdiğinden bozmadan sonra erteleme kararının yasada öngörülen sonuçlarını sürdürmesi olanağı ortadan kalkmış bulunduğundan, ala-

HUKUK BÖLÜMÜ

çaklının icra takip işlemlerine devam etmesine artık bir engel bulunmamaktadır. O halde mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsiz olduğundan, kararın bozulması gerekirken onandığı anlaşılmalı alacaklının karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ

Alacaklının karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 26.10.2010 tarih ve 2010/26039-24954 sayılı onama kararının kaldırılarak mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 28.04.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Nail Yılmaz TOKSÖZ

88 Yıldır kayıta bulunan ipotek yüküne, maliklerin bilinmeyen bir tarihe kadar katlanmasını beklemek hukukun genel kurallarına aykırıdır

YARGITAY

14. Hukuk Dairesi

Esas : 2007/6770

Karar : 2007/7192

Tarih : 11.6.2007

- Rehin alacaklısının kim ya da kimler olduğu belirlenmediği bu gibi durumlarda, husumetin kanunun tapu sicilini tutmakla görevlendirdiği Devleti temsil eden Tapu Sicil Müdürlüğüne yöneltilmesi yeterlidir.

Dava, ipoteğin fekki istemine ilişkindir.

Davacı, 26 parsel sayılı taşınmaz kaydında bulunan 1335 tarihli 10.000 Osmanlı Lirası Karşılığı İzmir İhracaat ve İthalat Türk A.Ş. yararına konulan ipoteğin fekki isteğinde bulunmuştur. Mahkemece, davanın ipotek alacaklısına yöneltilmesi gerektiği belirtilerek davalının pasif husumet ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Hükmü, davacı temyiz etmiştir.

Bilindiği gibi ipotek kişisel bir alacağın teminat altına alınması amacını güden ve bir taşınmaz değerinden alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan sınırlı bir ayni haktır. İpotek, taşınmaz maliki ve alacaklının rehin sözleşmesi düzenlemeleri ve bunu Türk Medeni Kanununun 856. maddesi gereğince tapu siciline tescil edilmesi ile tesis edilir. İpotek bedelinin rehin sözleşmesinde kararlaştırılan koşullarda ödenmesi halinde, ipoteğin terkinin gerekir. Alacaklı ipoteği terkin ettirmezse, ona karşı yöneltilecek davada, ipoteğin fekki istenebilir. Eldeki davada da 10.000 Osmanlı Lirası karşılığı davacı taşınmazı üzerinde ipotek tesis edilmiştir. Ne var ki, 1919 (1335) yılında tesis edilen ipotek alacaklısının halen var olup olmadığı saptamadığı gibi, ticaret sicilinde kaydına da rastlanmamıştır. Bunun doğal sonucu olarak da bedelin ödenip ödenmediğinin belirlenmesi olanağı da bulunmamaktadır. Hal böyle olunca da 88 yıldır kayıta bulunan ipotek yüküne, maliklerin bilinmeyen bir tarihe kadar katlanmalarını beklemek, davacının Tapu Sicil Müdürlüğünü hasım olarak gösterdiği davada Tapu Sicil Müdürlüğüne husumet yöneltilemeyeceğini kabul etmek, genel hukuk kuralları ile bağdaşmayacaktır. Şöyle ki;

HUKUK BÖLÜMÜ

Davayı açmakta hukuki yararı bulunan ve mahkemeden hukuki koruma isteyen davacının, yargı yerinde çözüm araması hakkının, varlığı saptanmayan kişi ya da kişileri bulmaya zorlanması düşünülemez.

Rehin alacaklısının kim veya kimler olduğunun belirlenmediği bu gibi durumlarda kanun tapu sicilini tutmakla görevlendirdiği devleti temsil eden Tapu Sicil Müdürlüğüne yöneltilmesi yeterlidir.

O halde, mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmalı, kayıtlara 1919 yılında konan ipotek şerhinin davanın açıldığı tarihe göre ilgisine bir yarar sağlayıp sağlamadığı, günümüze taşınmasının bir anlamının kalıp kalmadığı yönü üzerinde durulmalı ve sonucuna göre bir karar verilmelidir. Tüm bu olgular üzerinde durulmadan davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. Karar açıklanan bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda yazılı nedenlerle, temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BÖZÜLMESİNE, peşin alınan temyiz harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, 11.06.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Nurdan (AKKOL) ANLI

İflasın ertelenmesi, borca batık durumda olan bir sermaye şirketinin mali durumunun ıslahının mümkün olması halinde o şirketin iflasının önlenmesini sağlayan bir kurumdur

YARGITAY

19. Hukuk Dairesi

Esas : 2010/14957

Karar : 2011/1909

Tarih : 16.02.2011

- Bu durumun saptanması ve iflasın ertelenmesi sırasında uygulanan iyileştirme tedbirlerinin sürdürülmesinin şirketin mali durumunu düzeltmeye uygun olup olmadığının belirlenmesi özel ve teknik bir bilgiyi gerektirmektedir. Bu nedenle konu hakkında bilirkişi görüşüne başvurulması ve kararın buna göre verilmesi gereklidir.

Davacı tarafından hasımsız olarak açılan iflasın ertelenmesinin uzatılması davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde Maliye Bakanlığı ... Kimya Tic. Ltd. Şti. Bankası, ... Bankası, ...Varlık Yönetim AŞ, ... Kimya San. Tic. Ltd. Şti. ve ... A.Ş. vekillerince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

İflasın ertelenmesinin uzatılması talebinde bulunan vekili, 10.10.2007 tarihli karar ile müvekkili şirketin iflasının bir yıl süreyle ertelenmesine karar verildiğini, iyileştirme projesinin uygulanması suretiyle olumlu gelişmeler kaydedildiğini, kayyum raporlarında da bu olumlu gelişmelerin ifade edildiğini belirterek, iflas erteleme kararının bir yıl süreyle uzatılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, bilirkişi raporlarına göre borca batıklığın 7 ayda %65 azaldığı, 2005 yılından 2010 yılına kadar ortak borçların ödenmesi nedeniyle şirketin borca batıklığının azalmasında grup şirketlerinin katkı sağladığı, şirket ortaklarının yapacağı katkılarla bir boyunca kamu borçlarının arttığı, bir yıl süre verilmesi halinde şirketin borca batıklıktan çıkabileceği belirtilerek iflas erteleme kararının 13.10.2010 tarihinden itibaren bir yıl süreyle uzatılmasına

HUKUK BÖLÜMÜ

karar verilmiş, hüküm Maliye Bakanlığı ... Kimya, ... Kimya AŞ, ... AŞ, ... Bank, ...Bank ... AŞ. vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

İflasın ertelenmesi, borca batık durumda olan bir sermaye şirketinin mali durumunun ıslahının mümkün olması halinde o şirketin iflasının önlenmesini sağlayan bir kurumdur. İflasın ertelenmesinin uzatılmasının talep edilmesi halinde mahkemece bu şirketin öncelikle borca batık durumda olup olmadığı tespit edilmeli, borca batık durumda ise bu kez iflasın ertelenmesinin uzatılmasının mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Bunun için bilirkişi incelemesi yaptırılarak bir sonuca giderilmelidir. Zira iflasın ertelenmesi sırasında uygulanan iyileştirme tedbirlerinin devam ettirilmesinin şirketin mali durumunu düzeltmeye elverişli olup olmadığı belirlenmesi özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden, bu konuda bilirkişinin görüşüne başvurulması icap etmektedir. Bilirkişi kurulunun 2.3.2010 tarihli kök raporunda şirketin borca batıklığının artarak devam ettiği, şirketin iflas erteleme süresince kar etmeyip zarar ettiği, grup şirketleri ve ortaklara borcunun iki kat, kamu borçlarının 10 kat arttığı, grup şirketleri ve ortakların karşılıksız girdi sağlaması halinde iki yılda borca batıklıktan kurtulabileceği belirtilmiştir. 20.7.2010 tarihli ek raporda, banka hesapları bloke edildiğinden hesap özetlerinin alınmaması nedeniyle borca batıklık hesabında bankalara olan faiz borcunun dikkate alınmadığı, son 7 ayda grup şirketleri ve ortaklardan ciddi katkı sağlandığı, bu katkının devam edeceğinin düşünüldüğü, ancak bu katkıların karşılıksız olması halinde borca batıklık miktarında azalma olacağı, son dönemde şirketin kara geçtiği, borca batıklığın bir yılda düzelebileceği belirtilmiştir. Müdahil itirazları üzerine alınan 27.9.2010 tarihli bilirkişi ek raporunda ise ortakların ve grup şirketlerinin borç olarak verdiği paranın borca batıklığı azaltmadığının bilincinde bulunduğu, grup şirketlerine ait taşınmazların icra yoluyla satışı neticesinde banka borçlarında azalma sağlandığı, borca batıklığın 1.093.000 TL olduğu belirtilmiştir. Mahkemece bu bilirkişi raporları hükme esas alınarak iflasın ertelenmesinin uzatılmasına karar verilmiştir.

Somut olayda 17.6.2005 tarihinde iflas erteleme talebinde bulunulmuş, 17.6.2005'te iflas erteleme tedbirlerine karar verilmiş, 19.10.2005'te verilen iflasın ertelenmesi kararının 9.2.2006 tarihinde bozulması üzerine 10.10.2007'de yeniden verilen iflas erteleme kararı Dairemizce onanmış olup, iflas erteleme talebinde bulunan vekili 9.10.2008 tarihinden itibaren iflasın ertelenmesinin uzatılması isteminde bulunmuştur. Kısaca özetlenen ve beş yıllık aşan bu yargılama süreci içerisinde bilirkişi kök ve ek raporlarına göre kamu borcu 2005 yılında 435.000 TL iken yaklaşık 10 kat artışla 4.143.062 TL'ye ulaşmış olup, iflas erteleme talebinde bulunan şirketin alacaklılarına

YARGI KARARLARI

eşit davranma yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği anlaşılmaktadır. Öte yandan iflas erteleme talebinde bulunma tarihi itibarıyla (-825.824.-TL) olan borca batıklık miktarı (-1.093.000) TL'ye yükselmiştir. En son hesap edilen bu borca batıklık miktarına, borç arasında ağırlıklı bir grubu oluşturan banka alacaklarının faizlerinin, bankaların hesap özeti vermemesi nedeniyle dahil edilmediği dikkate alındığında, borca batıklık miktarının daha yüksek olacağı şüphesizdir.

Sonuç itibarıyla beş yıla aşkın bir süreden beri uygulanan iyileştirme tedbirlerine rağmen borca batıklığın arttığı, alacaklılara eşit davranılmayarak kamu borçlarının yaklaşık on kat yükseldiği bilirkişilerin verdiği özel ve teknik bilgilerden anlaşılmaktadır. Bu durumda somut bir taahhüde dayalı olmayan grup şirketleri (ve ortaklar) ile iflas erteleme talebinde bulunan şirket arasındaki birtakım fon hareketlerine, özel ve teknik bilgilere değil de varsayımlara ve yorumlara dayalı olarak anlamlar yükleyen, bilirkişi görüşüne itibar edilemez. Özel ve teknik bir konuda hakimin bilirkişi yerine geçerek olayı çözmesi usule uygun düşmez ise de hakimin hüküm kurmak için yeterli özel ve teknik bilgi ihtiyacı mevcut bilirkişi raporlarıyla giderilmişse, somut olayın tüm özellikleri gözetilerek uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesine engel bulunmamaktadır. Mahkemece bu yön gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle müdahiller vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 16.2.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Nail Yılmaz TOKSÖZ

YARGI KARARLARI CEZA BÖLÜMÜ

Etkin pişmanlıkta bulunulduğunda, mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. Bu nedenle maddede belirtilen hususlar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden önkoşul olarak ileri sürülemez.

YARGITAY

4. Ceza Dairesi

Esas : 2010/7302

Karar : 2010/7699

Tarih : 21.04.2010

- Ceza Yargılaması Yasanın 231. maddesinde 5660 sayılı Yasanın 23. maddesiyle yapılan değişikliğin uygulanma şekli.

İmar kirliliğine sebep olmak suçundan sanık İ.H.Ö.'nün 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 184/1, 62. maddeleri uyarınca 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231/5-6. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair ... Asliye Ceza Mahkemesinin 03.06.2009 tarihli ve 2008/788 esas, 2009/405 sayılı kararına yönelik itirazın kabulüne, ... Asliye Ceza Mahkemesince verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına ilişkin İzmir ... Ağır Ceza Mahkemesinin tarihsiz ve 2009/749 müteferrik sayılı kararının Adalet Bakanlığınca 04.03.2010 gün ve 12851 sayılı yazı ile yasa yararına bozulmasının istenmesi üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 23.03.2010 gün ve 54468 sayılı tebliğnamesiyle dava dosyası Daireye gönderilmekle incelendi:

Tebliğnamede "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.02.2008 tarihli ve 2006/6 YD-346 esas, 2008/25 sayılı ilamında da belirtildiği üzere, herhangi bir zararın doğmadığı veya zarar doğurmaya elverişli bulunmayan suçlar yönünden 5271 sayılı Kanun'un 231/6 c maddesinde yer alan koşulun aranmayacağı cihetle, sanığa atılı suçun işlenmesiyle somut bir zararın oluşmadığı gözetilmeden itirazın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesinde isabet görülmemiştir" denilmektedir.

Gereği düşünüldü;

İncelenen dosyada, imar kirliliğine neden olma suçundan yargılanan sanığın 5237 sayılı TCY'nın 184/1. 62. maddeleri gereği 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, 5271 sayılı CYY'nın 231. maddenin 5 vd. fıkraları uyarınca

CEZA BÖLÜMÜ

hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve 5 yıl süre ile denetim süresine tabi tutulmasına ilişkin olarak ... Asliye Ceza mahkemesince verilen hükme, C. savcısının ruhsata uygun hale getirerek zararı giderme koşulu aranmadan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği gerekçesiyle itirazı üzerine merci İzmir ... Ağır Ceza Mahkemesinin yaptığı inceleme sonucunda, zararın giderilip giderilmediği araştırılmadan karar verilmesi nedeniyle itiraz kabul edilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

5560 sayılı Yasanın 23. maddesi ile CYY.nın 231. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda kabul edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu; zarar suçlarında mağdurun zararının karşılanmasını sağlaması ve daha önce kasıtlı bir suçtan mahkumiyeti bulunmayan sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki davranışlarının gelecekte tekrar suç işlemeyeceği kanısını uyardırması durumunda, belirlenecek denetim süresi sonuna kadar başka bir suç işlememesi koşuluyla, verilen hükmün sonuçlarının doğmasını önlemesi ve böylece kişiye işlediği suçun sonuçlarıyla yüzleyip pişmanlık duyarak mağdur, zarar görenler ve toplum karşısında hukuk kurullarına uygun ve barış içerisinde yaşamaları için yeni bir olanak sunulması amacıyla düzenlenen hukuksal bir kurumdur.

CYY.nın 231/9. maddesinde; sanığın suçla mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödeyerek tamamen gidermek koşuluyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesine olanak tanınmış ise de, anılan düzenleme uyarınca eylemin doğrudan maddi bir zarara neden olmasının zorunlu bulunması gerekmekte olup, incelenen dosyada sanığın kendi mülkü üzerinde işlediği imar kirliliğine neden olma suçu dolayısıyla kişilere veya kamuya yönelik olarak doğrudan neden olduğu maddi ve ekonomik bir zararın bulunmaması karşısında, sözü edilen 231/9 maddenin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, 5237 sayılı TCY.nın 184. maddesinin 5. fıkrasında; “kişinin ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkûm olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar” hükmü yer almaktadır. Etkin pişmanlık niteliğindeki bu düzenleme uyarınca, etkin pişmanlıkta bulunulduğunda mahkûm olunan cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkmasının söz konusu olması nedeniyle, maddede belirtilen hususların hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden koşul olarak öne sürülmesi yasaya aykırı olduğundan ve somut olayda mahkemece sabıkasız olan sanığın kişiliğine göre tekrar suç işlemeyeceği kanısına ulaşılarak objektif ve sübjektif koşulların gerekçe olduğu kanısıyla verilen karara yönelik itirazı inceleyen merciin, itirazı

reddetmek yerine kabulüne karar vermesi hukuka aykırı görüldüğünden, 5271 sayılı CYY'nın 309/4-a. maddesi uyarınca; İzmir ... Ağır Ceza Mahkemesinin ve 2009/749 değişik iş sayılı kararının YASA YARARINA BOZULMASINA, bozma doğrultusunda yeniden karar verilmek üzere müteakip işlemlerin merciince yerine getirilmesine, 21.4.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

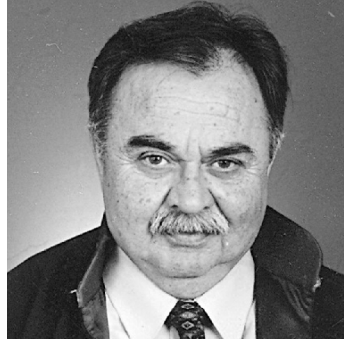
Gönderen: Av. Bilal EYÜBOĞLU

YİTİRDİKLERİMİZ



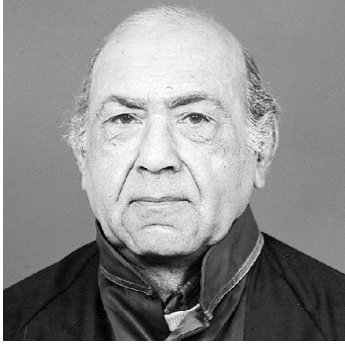
**Av. İbrahim Okan
GÖKDOĞAN**

Sicil No : 2925
Doğum Tarihi : 01.01.1948
Ölüm Tarihi : 08.03.2011



Av. Erhan AĞÜN

Sicil No : 1325
Doğum Tarihi : 12.04.1945
Ölüm Tarihi : 08.03.2011



Av. Metin ORHUN

Sicil No : 640
Doğum Tarihi : 21.05.1929
Ölüm Tarihi : 08.03.2011



**Av. Cemil İhan
EBCİOĞLU**

Sicil No : 10054
Doğum Tarihi : 11.08.1950
Ölüm Tarihi : 12.04.2011

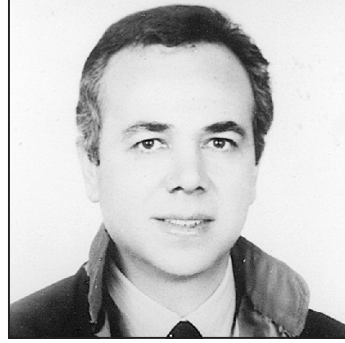
Ölümüne değin mesleklerini onurlu ve saygın biçimde sürdüren değerli meslektaşlarımıza Tanrı'dan rahmet, üzüntülü ailelerine ve meslektaşlarımıza başsağlığı diliyoruz.

İzmir Barosu Yönetim Kurulu

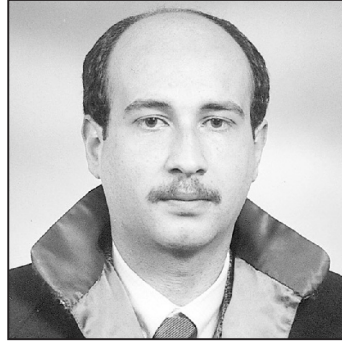
YİTİRDİKLERİMİZ



Av. Turan KARACA
Sicil No : 1035
Doğum Tarihi : 10.09.1941
Ölüm Tarihi : 03.05.2011



Av. Ozan TALU
Sicil No : 977
Doğum Tarihi : 07.02.1943
Ölüm Tarihi : 03.05.2011



**Av. Bumin
KÖKTÜRKSUVARLI**
Sicil No : 3602
Doğum Tarihi : 12.09.1964
Ölüm Tarihi : 31.05.2011

Ölümüne değin mesleklerini onurlu ve saygın biçimde sürdüren değerli meslektaşlarımıza Tanrı'dan rahmet, üzüntülü ailelerine ve meslektaşlarımıza başsağlığı diliyoruz.

İzmir Barosu Yönetim Kurulu