

2014

OCAK

4 AYDA BİR YAYIMLANIR



İZMİR BAROSU DERGİSİ

YAYIN KURULU'NDAN

HAKEMLİ MAKALELER

Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5'inci Maddesi'nin Anayasa'ya Aykırılığı

Yard. Doç. Dr. Z. Özen İNCİ

Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu'nun 17/D Maddesi Çerçevesinde Türk Hukuku'ndaki "Arabuluculuk İle Uzlaştırma" Yöntemlerinin Değerlendirilmesi
Av. Yakup GÜL

MAKALELER

Terditli Davalar Açısından HMK'nın Görev Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Ali TOPALOĞLU

Aynı Tanığın/Tanıkları Yeniden Dinlenilmesinin Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Av. Fatih KARAMERCAN

İşverenin Bildirim Süreleri İçerisinde İşçiye Kullandırmak Zorunda Olduğu Yeni İş Arama İzni

Av. Gözde ZEYİN

"Kira Sözleşmesi" ya da "Tahliye Taahhüdü"nde Belirtilen Taşınmazdan Başka (Farklı) Bir Taşınmaz Hakkında Yapılan Tahliye Takibinde "Maddi Hata" Yapıldığı Savunması Geçerli Olur mu?

Av. Talih UYAR

Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Silahların Eşitliği İlkesinin Georgi Dimitrov'un Yargılanması Üzerinden Değerlendirilmesi

Stj. Av. Metin ESMER

Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Şüphelinin İfade ve Sorgu Srasındaki Hakları

Av. Ceylan ÖZTÜRK

Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerine Göre İş Kanununda Yer Alan İdari Para Cezalarının Hukuki Nitelikleri ve Uygulamaları

Celal ÇALIŞ

AİHM KARARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire Cusan ve Fazzo Davası- İtalya'ya Karşı

Çeviren: Av. Mine ÜNLÜ

YARGI KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları

Yargıtay Hukuk Daire Kararları

Yargıtay Ceza Daire Kararları

YIL: 79

1

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 79 • Ocak 2014 • Sayı: 1 • Dört ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Ercan DEMİR

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Anıl GÜLER

YAYIN KURULU

Av. Aydın SUNELCAN
Av. Dicle ACAR
Av. Fatih KARAMERCAN
Av. Hakan DİMDİK
Av. Hatice ASLAN ATABAY
Av. Gonca RONA
Av. M. Ertuğrul PERİM
Av. N. Cemal ERDEM
Av. Ozan BALIM
Av. Özkan YÜCEL
Av. Özlem ÖNGÖRÜ KARANLIK
Av. Yard. Doç. Dr. Z. Özen İNCİ

DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER	(Lefke Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Füsün SOKULLU AKINCI	(Em. İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ziya AKINCI	(Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mustafa ALP	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN	(İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Oğuz ATALAY	(Gediz Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU	(İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ	(İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM	(İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku)
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM	(Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ	(Lefke Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	(Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI	(İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ	(İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku)
Prof. Dr. Nevzat KOÇ	(İstanbul Medipol Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Huriye KUBILAY	(İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Erdal ONAR	(Bilkent Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Işıl ÖZKAN	(Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk ve AB Hukuku)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	(İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Hakan PEKANİTEZ	(Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Mustafa SAKAL	(Dokuz Eylül Ü. İİBF Maliye Bölümü)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR	(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER
Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN
Prof. Dr. Melda SUR
Prof. Dr. Selma Çetiner ŞEKERCİ
Prof. Dr. Durmuş TEZZCAN
Prof. Dr. Bilge UMAR
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Aydın ZEVKİLİLER
Doç. Dr. Müslüm AKINCI
Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK
Doç. Dr. Çetin ARSLAN
Doç. Dr. Murat AYDOĞDU
Doç. Dr. Herdem BELEN
Doç. Dr. Hacı CAN
Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA
Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ
Doç. Dr. Sevtap METİN
Doç. Dr. Gökçe TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR
Doç. Dr. Muzaffer ŞEKER
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK
Doç. Dr. Ahmet TÜRK
Yard. Doç. Dr. Beşir ACABEY
Yard. Doç. Dr. Eylem APAYDIN
Yard. Doç. Dr. Serkan AYAN
Yard. Doç. Dr. Fatih AYDOĞAN
Yard. Doç. Dr. Sezer ÇABRİ
Yard. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI
Yard. Doç. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ
Yard. Doç. Dr. Ramazan DURGUT
Yard. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR
Yard. Doç. Dr. Emel HANAĞASI
Yard. Doç. Dr. Taylan Özgür KIRAZ
Yard. Doç. Dr. Tuba KUTOĞLU
Yard. Doç. Dr. Muhiş ÖĞÜTÇÜ
Yard. Doç. Dr. Cem ÖZCAN
Yard. Doç. Dr. Yaşar Metin ÖZDEMİR
Yard. Doç. Dr. Meltem ÖZTÜRK
Yard. Doç. Dr. Tijen DÜNDAR SEZER
Yard. Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ
Yard. Doç. Dr. Hüsnü TURANLI
Yard. Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER
Av. Serkan CENGİZ
Av. Talih UYAR

(Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi)
(Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Genel-İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
(İzmir Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
(İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
(Yeditepe Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
(Marmara Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
(Em. Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
(Kocaeli Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
(Ankara Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi)
(Hacettepe Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku)
(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
(Kocaeli Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku)
(Bahçeşehir Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
(Yalova Ü. Hukuk Fakültesi - Avrupa Birliği Hukuku ve Çevre Hukuku)
(İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
(Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi Roma Hukuku)
(İstanbul Ticaret Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
(Kocaeli Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
(İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
(Kocaeli Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
(İzmir Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
(Kara Harp Okulu Ceza Hukuku)
(İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
(Ankara Ü. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
(Maltepe Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
(İzmir Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
(İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
(Dokuz Eylül Ü. İİBF Hukuk Bilimleri)
(İzmir Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
(Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
(İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi)
(İzmir Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
(Uluslararası Antalya Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılaması ve İnsan Hakları Hukuku)
(Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)

YÖNETİM YERİ

İZMİR BAROSU
1456 Sokak No: 14
35220 Alsancak / İZMİR
Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14
Faks: 0232 463 66 74
e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr
yayin.kurul@gmail.com
www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK

Ayna Reklam Yay. Org. San. Tic. Ltd. Şti.
1447 Sokak No: 6 D: 4 Alsancak / İZMİR
Tel: 0232 464 39 32 - 464 25 29
www.aynareklam.com

BASIMA HAZIRLIK

Ayna Reklam Yay. Org. San. Tic. Ltd. Şti.
1447 Sokak No: 6 D: 4 Alsancak / İZMİR
Tel: 0232 464 39 32 - 464 25 29
www.aynareklam.com

Basım Tarihi

07/08/2014

**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.**

İÇİNDEKİLER

YAYIN KURULU'NDAN

..... 7

HAKEMLİ MAKALELER

Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5'inci Maddesi'nin Anayasa'ya Aykırılığı
Yard. Doç. Dr. Z. Özen İNCİ 10

Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu'nun 17/D Maddesi Çerçevesinde Türk Hukuku'ndaki "Arabuluculuk İle Uzlaştırma" Yöntemlerinin Değerlendirilmesi
Av. Yakup GÜL 34

MAKALELER

Terditli Davalar Açısından HMK'nın Görev Hükümlerinin Değerlendirilmesi
Ali TOPALOĞLU 64

Aynı Tanığın/Tanıkların Yeniden Dinlenilmesinin Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi
Av. Fatih KARAMERCAN 101

İşverenin Bildirim Süreleri İçerisinde İşçiye Kullandırmak Zorunda Olduğu Yeni İş Arama İzni
Av. Gözde ZEYİN 121

"Kira Sözleşmesi" ya da "Tahliye Taahhüdü"nde Belirtilen Taşınmazdan Başka (Farklı) Bir Taşınmaz Hakkında Yapılan Tahliye Takibinde "Maddi Hata" Yapıldığı Savunması Geçerli Olur mu?
Av. Talih UYAR 128

Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Silahların Eşitliği İlkesinin Georgi Dimitrov'un Yargılanması Üzerinden Değerlendirilmesi
Stj. Av. Metin ESMER 136

Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Şüphelinin İfade ve Sorgu Sırasındaki Hakları
Av. Ceylan ÖZTÜRK 148

Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerine Göre İş Kanununda Yer Alan İdari Para Cezalarının Hukuki Nitelikleri ve Uygulamaları Celal ÇALIŞ	212
---	-----

AİHM KARARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire Cusan ve Fazzo Davası- İtalya'ya Karşı Çeviren: Av. Mine ÜNLÜ	238
--	-----

YARGI KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları	268
Yargıtay Hukuk Daire Kararları	372
Yargıtay Ceza Daire Kararları	416

Yazı Günderecekler 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 Times New Roman karakterinde 12 punto (dipnot, kaynakça, zet 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve dijital 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, yayım ilkeleri bakımından Yayım Kurulunda n 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. nc 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 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 geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul'a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerekliğinde 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 dijital ortamdaki 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, yabancı makale çevirileri, seminer çözümlenmeleri İzmir Barosu kurul raporları ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

Yayın Kurulu'ndan

Değerli Meslektaşlarımız,

Değerli Hukukçular,

İzmir Barosu Dergisi'nin Ocak 2014 sayısı ile yeniden birlikteyiz. İçerisinde birçok makale ve yargı kararının bulunduğu geniş kapsamlı bir dergi ile karşınızdayız.

Dergimizin "Hakemli Makaleler" bölümünde;

Yrd. Doç. Dr. Z. Özen İnci'nin hazırladığı "**Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5'inci Maddesi'nin Anayasaya Aykırılığı**" ve Av. Yakup Gül tarafından kaleme alınan "**Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17/D Maddesi Çerçevesinde Türk Hukuku'ndaki 'Arabuluculuk ile Uzlaştırma' Yöntemlerinin Değerlendirilmesi**" başlıklı makaleleri yer almaktadır.

"Makaleler" bölümünde ise;

Hakim Ali Topaloğlu'nun hazırladığı "**Terditli Davalar Açısından HMK'nun Görev Hükümlerinin Değerlendirilmesi**", Av. Fatih Karamercan'ın hazırladığı "**Aynı Tanığın/Tanıkların Yeniden Dinlenilmesinin Yargulamaya Hakim Olan İlkeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi**", Av. Gözde Zeytin'in hazırladığı "**İşverenin Bildirim Süreleri İçerisinde İşçiye Kullandırmak Zorunda Olduğu Yeni İş Arama İzni**", Av. Talih Uyar'ın hazırladığı "**Kira Sözleşmesi ya da Tahliye Taahhüdünde Belirtilen Taşınmazdan Başka(Farklı) Bir Taşınmaz Hakkında Yapılan Tahliye Talebinde 'Maddi Hata' Yapıldığı Savunması Geçerli Olur mu?**", Stj. Av. Metin Esmer'in hazırladığı "**Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Silahların Eşitliği İlkesinin Georgi Dimitrov'un Yargılanması Üzerinden Değerlendirilmesi**", Av. Ceylan Öztürk'ün hazırladığı "**Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Şüphelinin İfade ve Sorgu Sırasındaki Hakları**" ve Celal Çalış'ın hazırladığı "**Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre İş Kanunu'nda Yer Alan İdari Para Cezalarının Hukuki Nitelikleri ve Uygulamaları**" başlıklı makaleleri okuyabilirsiniz.

Ayrıca Av. Mine Ünlü tarafından çevirisi yapılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesi'nin "**Cusan ve Fazzo İtalya'ya Karşı Davası**"na ilişkin karar çevirisini ve diğer yargı kararlarını bu sayıda sizlere sunuyoruz.

İzmir Barosu Dergisi'nin daha geniş bir çevreye ulaşması ve dergimize hukuk alanında akademik katkının çoğalması amacıyla TÜBİTAK Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi (ULAKBİM)'e yaptığımız başvuru sonucunda dergimizin gözlem süreci devam etmektedir. Hakemli makalelerin çoğalması, dergimizin ULAKBİM tarafından taranıp paylaşılması sürecini hızlandıracaktır. Bu bağlamda, dergimize gönderilecek hakemli makalelerde aranan şartlar ULAKBİM kriterleri çerçevesinde yeniden düzenlenecek ve gelecek sayımızda yayınlanacaktır.

Dergimizin hazırlanmasında, makaleleri, çevirileri ve gönderdikleri yargı kararları ile katkıda bulunan yazarlarımıza ve meslektaşlarımıza teşekkür ediyoruz.

Yeni bir sayıda tekrar buluşmak üzere...

Saygılarımızla.

**HAKEMLİ
MAKALELER**

OBJEKTİF BİR SORUMLULUK HALİ OLAN TÜRK CEZA KANUNU'NUN 220/5'İNCİ MADDESİ'NİN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI

■ Z. Özen İNCİ*

ÖZ:

Cezaların şahsiliği prensibi bakımından tartışmalara neden olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220'nci maddesinin 5'inci fıkrasında düzenlenen "*Örgüt yöneticileri, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.*" maddesi örgüt yöneticisi olan sanıkların örgüt üyelerinin işlediği suçlar nedeniyle, bilgilerinin, ilgilerinin ve katkılarının olup olmadığına bakılmaksızın salt '*örgüt yöneticisi*' sıfatına sahip olmaları sebebiyle cezalandırılmalarının önünü açmıştır. Bu çalışmada, söz konusu düzenlemenin Türk Ceza Kanunu'na giriş süreci, dayandığı teorik temeller ve Anayasa'ya aykırılığı meselesi üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Objektif Sorumluluk, Cezaların Şahsiliği, İka-me Edilebilirlik, Fiili Hakimiyet, Organize Hakimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik, Anayasa'ya Aykırılık, Anayasa'ya Aykırılığın Ciddiliği.

GİRİŞ

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220/5 maddesinde; "*Örgüt yöneticileri, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

* Yard. Doç. Dr., İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, ozeninci@gmail.com

Söz konusu madde ile örgüt yöneticisi olan sanıkların örgüt üyelerinin işlediği suçlar nedeniyle, bilgilerinin, ilgilerinin ve katkılarının olup olmadığına bakılmaksızın salt 'örgüt yöneticisi' sıfatına sahip olmaları sebebiyle cezalandırılmalarının önü açılmıştır. Bu durum, özellikle çok sayıda suçun söz konusu olduğu dosyalar bakımından örgüt yöneticisi sıfatıyla yargılanan sanıkların onlarca hatta yüzlerce yılı bulan hapis cezalarıyla karşı karşıya kalmalarına yol açmıştır.

Çalışmamızın özünü de cezaların şahsiliği prensibi bakımından tartışmalara neden olan Türk Ceza Kanunu'nun 220'nci maddesinin 5'inci fıkrasında yer alan düzenleme teşkil etmektedir. Bu kapsamda öncelikle düzenlemenin mevzuatımıza giriş süreci aktararak maddenin dayandığı teorik temeller hakkında bilgi verilecektir. Bu açıklamaların akabinde ise maddenin Anayasa'ya aykırılığı meselesi üzerinde durularak bazı çözüm önerileri sunulacaktır.

I. TÜRK CEZA KANUNU'NUN 220/5'İNCİ MADDESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Maddenin Yürürlüğe Girme Süreci

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m.220/5'te yer alan "*Örgüt yöneticileri, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.*" şeklindeki maddeye karşılık gelen bir düzenleme bulunmamakta idi. Buna karşın, 765 sayılı TCK'nın 313/4 maddesinde, örgüt yöneticileri hakkında suç örgütü kurma suçu çerçevesinde verilecek cezada artırıma gidilmesi yolu benimsenmiş idi.¹ 5237 sayılı TCK'nın Hükümet Tasarısı'nda da benzer bir düzenlemeye yer verilmiş ve tasarının 296/4

1 Benzer şekilde Alman Ceza Kanunu'nda da suç örgütü yöneticileri hakkında suç örgütü kurma suçu çerçevesinde verilecek cezada artırıma gidilmesi sistemi benimsenmiştir. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun ilgili 129/4 maddesine göre; "Fail örgütü fiilen yöneten veya arka plandan örgüt üzerinde etkili olan kişilerden biri ise veya sair 'çok ağır bir hal' mevcut bulunursa, altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmedilir; suç işlemek üzere oluşturulan örgütün amacı veya faaliyetleri Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100c maddesinin 2'nci fıkrasının 1 numaralı bendinin a, c, d, e ve 239a ve 239b maddelerinde düzenlenen suçlar istisna olmak üzere, g harfli bendinde, h ile m, 2 ile 5 ve 7 numaralı

maddesinde suç örgütü yöneticileri hakkında suç örgütü kurma suçu çerçevesinde verilecek cezada artırımı gidilmesi kabul edilmiş idi. Buna karşın; Türk Ceza Kanunu Reformu Adalet Alt Komisyonu'ndaki görüşmeler sırasında halen yürürlükte bulunan 220/5 maddesinin bugünkü hali gündeme getirilmiş ve herhangi bir değişikliğe uğramaksızın kanunlaşmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun mimarlarından olan Prof.Dr. İzzet Özgenç maddenin kanunlaşma sürecini şu şekilde açıklamaktadır;

*"Yeni TCK'nın TBMM Adalet Komisyonu'ndaki hazırlık çalışmaları sırasında, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun tanımlandığı 220. maddenin beşinci fıkrasında bu hususla ilgili olarak şu şekilde bir düzenleme önerisinde bulunduk: 'Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti, çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.' Aslında bu öneride bulunurken, tabir yerinde ise dokuzu gösterip sekize razı olmayı amaçlamıştık. Yani aslında kafamızda düşündüğümüz formülasyon 'Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı, ayrıca **duruma göre fail veya şerik** olarak cezalandırılır.' şeklinde idi. Fakat önerdiğimiz fıkra metni komisyon üyesi milletvekilleri ve komisyon toplantılarına katılan Yargıtay temsilcileri tarafından olduğu gibi kabul görünce bilahare düşündüğümüz formülasyonu kabul ettirme yönündeki girişimlerimizden sonuç alınamamıştır."*¹²

Buradan da anlaşıldığı üzere,söz konusu düzenleme maddeyi hazırlayanların dahi gerçek iradesini yansıtmamaktadır. Maddeyi hazırlayan ve öneride bulunanlar, aslında örgüt yöneticilerinin örgütün faaliyeti

bentlerinde anılan suçları işlemeye yönelik ise, altı aydan on yıla kadar hapis cezasına hükmedilir." Madde metninin çevirisi için bkz. **Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried**, Alman Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul 2009, s.197. Bu düzenlemeden yola çıktığında, Alman Ceza Kanunu'nda fail ve fiil hâkimiyetine yer verilmek suretiyle kusur ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin benimsendiğini söylemek gerekir. Bkz. **Şen, Ersan**, Suç Örgütü, Yargın Hukuk Yayınları, İstanbul 2013, s.83.

- 2 **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s.509. Söz konusu maddeyi hazırlayan kişi olarak Özgenç, yapılacak bir kanun değişikliği ile bu eksikliğin bir an önce giderilmesi gerektiğini de düşünmektedir. Bkz. **Özgenç, İzzet**, Suç Örgütleri, 6. Bası, Ankara 2013, s.27.

çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı duruma göre, yani somut olayın şekline ve gelişimine göre fail veya şerik olarak cezalandırılması gerektiğini düşünmelerine ve iradeleri de bu yönde olmasına rağmen, maddeyi kanundaki haliyle önermişler ve madde hiçbir itirazla karşılaşmadan kabul görmüş ve kanunlaşmıştır.

B. Maddenin Temelindeki Teoriler

1. Genel Olarak

Kolektif olarak işlenen suç sayısındaki artış ve bu suçların karmaşık bir yapı alması, klasik ceza hukuku kurum ve kavramlarını da bu suçlarla mücadele ve cezalandırmada yetersiz bırakmıştır. Özellikle karmaşık örgütlü bir yapının olduğu durumlarda bu sorun daha da göze çarpmakta ve sorunlar artmaktadır. TCK m. 220/5 hükmü, örgüt yöneticilerinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacağını öngörerek, örgütlü suçlar bakımından arka plandaki failleri cezalandırma yoluna gitmek suretiyle bu sorunu çözmek istemiştir.³ Bu düzenlemenin aslında Alman hukuku öğretisinde yeşeren bazı teorilere ve görüşlere dayandığını ifade etmek yanlış olmayacaktır.⁴

2. İkame Edilebilirlik Teorisi

TCK m.220/5'in gerekçesinde; "*Maddenin beşinci fıkrasında, örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dola-*

3 **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013, s.375.

4 Arka plandaki kişilerin suça iştirak açısından konumunun ne olduğu sorusuna öğretilerde değişik yanıtlar verilmiştir. Bu konuda ileri sürülen görüşleri esas itibarıyla üç başlık altında toplamak mümkündür: Arka plandaki kişiyi dolaylı fail olarak kabul eden görüş, birlikte fail olarak kabul eden görüş ve azmettiren olarak kabul eden görüş. Bu konuyla ilgili yapılan tartışmaların pratik açıdan çok fazla bir önemi yoktur; çünkü tamamen sorumlu olan doğrudan failin arkasındaki kişinin fail olarak mı, birlikte fail olarak mı, yoksa azmettiren olarak mı sorumlu tutulması gerektiği sorusuna verilecek yanıt, bunlar için öngörülen cezanın aynı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca akademik bir önem taşımaktadır. Bkz. **Öztürk/Erdem**, s.375-376.

yı ayrıca fail olarak cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Örgüt yapısı içinde, kendisine suç işlemek gibi örgütün amacına uygun bir görev verilen kişi bu görevini yerine getirmese, hemen yerine bir diğeri rahatlıkla **ikame edilebilmektedir**. Bu nedenle, örgütün yöneticisi konumunda olan kişiler, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak sorumlu tutulmalıdırlar." denilmiştir. Görüleceği üzere, madde gerekçesinde **ikame edilebilirlik** adı altında bir kavramdan bahsedilmiştir. Başka bir deyişle, TCK m.220/5 esasen ikame edilebilirlik adında bir teoriye dayandırılmıştır. Peki, ikame edilebilirlik kavramından ne anlaşılması gerekir? Bu teorinin temeli nereye dayanmaktadır?

İkame edilebilirlik teorisi, temelini ünlü Alman ceza hukukçusu Claus Roxin'in 1963 yılında doçentlik tezi olarak sunduğu *Faillik ve Fii-li Hâkimiyet* (Täterschaft und Tatherrschaft) adlı eserinde bulmaktadır.

Bu eserinde Roxin, organize suç mekanizmaları çerçevesinde işlenen suçlarda arka planda yer alan failerin sorumluluğunu doğrudan veya dolaylı faillğe ilişkin teorilerle açıklamanın her zaman mümkün ve yeterli olmayacağını ileri sürmüştü⁵ ve *masa başı fail* (*Schreibtischtäter*) olarak adlandırılan suç ortağının yardım eden olarak kabul edilemeyeceğini savunmuştur.⁶

Özellikle büyük çaplı '*devlet içinde devlet*' tipi suç örgütleri bakımından arka planda bulunan ve suç emrini veren yönetici failerin cezai sorumluluğu klasik iştirak hükümleriyle belirlenemez. Aksi takdirde Hitler, Stalin, Musolini gibi '*lider*' konumundaki kişiler, zeminini hazır-

5 **Roxin**, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, Walter de Gruyter Verlag, 4. Auflage, Berlin-New York 1984, s.242.

6 Bu tartışma aslında Alman Federal Mahkemesi'nin 1962 yılında verdiği bir kararla ortaya çıkmıştır. *Stachynskij Olayı* olarak anılan kararda mahkeme, gizli haber alma servisinin görevlendirmesiyle bir başkasını öldüren ajanın fail, arka plandaki kişinin ise yardım eden olarak sorumlu tutulmasına karar vermiştir. Karar için bkz. http://tu-dresden.de/die_tu_dresden/fakultaeten/juristische_fakultaet/jfstraf4/dateien/rspr9_taeterschaft_teilnahme.pdf (Erişim: 25.01.2014). Ayrıca bkz. **Schröder**, Friedrich-Christian, Der Täter hinter dem Täter- Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Duncker&Humboldt/Berlin 1965, s.166 vd.

lamış oldukları suçlardan fail olarak değil, sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır ki bunun adalet duygusunu tatmin etmeyeceği açıktır. Faillik, azmettirme ve yardım etme kuramlarının tek bir fiili esas aldıkları ve bu kuramların kolektif nitelikteki suçları ve bu suça katılanların konumlarını belirlemek bakımından yetersiz kalacağı da ortadadır.⁷

İşte Roxin, klasik iştirak hükümleriyle bu sorunun çözülemeyeceğini ileri sürerek '*organize hâkimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik*' (mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate) adını verdiği kuramı geliştirmiştir.

Bu kurama göre, suçun arka planında, hâkimiyet mekanizmasının kumanda noktasında yer alan ve suç emrini veren kişi bulunur. Suçun icra hareketlerini gerçekleştiren fail, azmettirmede veya yardım etmede olduğu gibi serbest ve sorumlu hareket eden tek bir kişi değil, daha ziyade anonim ve değiştirilebilir bir figürandır. Başka bir söylemle, fiili icra eden ön plandaki fail, organizasyon içerisinde yalnızca çarkın bir dişlisidir. Zira söz konusu hâkimiyet mekanizması, emredilen suçu ön planda icra etmeyi reddeden kişinin yerine geçebilecek yeterli miktarda başka aktöre de sahiptir. Yani suçun icra hareketlerini gerçekleştiren fail, *ikame edilebilir* bir faildir. İcra hareketini gerçekleştiren kişinin bir sebeple bu suçu işlemekten vazgeçmesi halinde örgüt, bu failin yerine geçebilecek ve eylemi gerçekleştirebilecek çok sayıda elemana zaten sahiptir.⁸ Bu sayede arka plandaki fail, suçun icrasını garanti altına almakta ve olayın akışını kendi isteğine göre yönlendirebilmektedir. Deyim yerindeyse, arka plandaki fail, fiile ve faile her şekilde hâkimdir. Bu hâkimiyeti azmettirme ve yardım etme gibi klasik iştirak hükümleri ile açıklamak mümkün değildir. Cezalandırılması gereken de aslında arka plandaki failin fiile olan bu hâkimiyetidir.

7 **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.243.

8 **İsfen**, Osman, "Yeni TCK'da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK m.220/5), Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:7, İstanbul 2006, s.55.

Şüphesiz ki bu tür bir yapılanmanın her türlü suç örgütünde olması mümkün değildir. Roxin, bu teorisinin yukarıda da belirttiğimiz gibi her türlü suç örgütü için değil, 'devlet içinde devlet' oluşturmuş, hukuktan sıyrılmış ve çok sayıda üyeye sahip terör veya mafya tipi organize suç örgütleri bakımından düşünülmesi gerektiğini savunmuştur.⁹ Gerçekten de bu görüşe göre üç-beş kişinin bir araya gelmesiyle organize hâkimiyet mekanizmasının oluştuğu söylenemez.¹⁰ Bilindiği üzere TCK m.220/1-son cümle uyarınca; örgütün varlığı için üye sayısının en az üç olması gereklidir. Diğer koşulların da var olduğu kabul edildiğinde, Türk hukuku bakımından üç kişiden oluşan bir suç örgütünden bahsetmek mümkündür. Buna karşın üç kişiden oluşan bir suç örgütünde örgüt üyelerinin rahatlıkla ikame edilebilir olmadığı (olamayacağı) açıktır. Örneğin, böyle bir örgüt içerisinde iki üyenin suçu işlemek istememesi halinde örgüt yöneticisi bu suçu ya bizzat işleyecek ya da diğer iki üyeyi ikna etmek zorunda kalacaktır. Aksi takdirde suçun icra hareketinin gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır. Burada artık örgüt yöneticisinin fiili hâkimiyetinden bahsetmek mümkün olmadığı gibi suçu icra edecek olan üyenin ikame edilebilirliği de söz konusu değildir.¹¹

Roxin'in bu teorisine bugüne kadar belli başlı bazı yargılamalarda da başvurulmuş veya başvurulması gerekliliği üzerinde durulmuştur. Örneğin Arjantin İstinaf Mahkemesi ve Yargıtay'ı 1976-1983 arası hüküm sürmüş olan askeri cuntanın önde gelen isimlerinin ceza sorumluluğunu Roxin'in bu teorisine dayandırmıştır. Yine Bosnalı Sırların eski başkanı Radovan Karadziç'in yargılamasında da bu teoriden destek alınması gerekliliği ve ceza sorumluluğunun bu öğretiye dayandırılması gerekliliği üzerinde durulmuştur.¹²

9 **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.250. Yazar son dönemdeki eserlerinde bu teorisini desteklemek için ileri sürdüğü ikame edilebilirlik ve hukuktan sıyrılmış olmak ölçütlerine file hazır hale getirme ölçütünü de eklemiştir. Bkz. **Öztürk/Erdem**, s.377. (**Roxin**, Claus, "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, ZIS 2006, s.297'den naklen).

10 **Roxin**, Täterschaft und Tatherrschaft, s.251.

11 **İsfen**, s.59.

12 **İsfen**, s.57.

TCK m.220/5'in dayandığı ikame edilebilirlik teorisinin ceza hukuku öğretisindeki hikâyesini ve anlamını kısaca bu şekilde özetlemek gerekir.

3. Fiili İşlemeye Hazır Olan Failden Yararlanma Teorisi

Söz konusu teori Alman ceza hukukçusu Schröder'in *Fail Arkasındaki Fail* (Der Täter Hinter dem Täter) adlı eserine dayanmaktadır.¹³ Yazar bu eserinde, arka plandaki kişinin dolaylı failliğini kabul etmiş olmakla birlikte bunu başka bir gerekçeye dayandırmıştır. Yazara göre, arka plandaki failin failliği ön plandaki kişinin mevcut fiili işleme konusunda önceden var olan kararlılığına dayanmaktadır. Gerçekten de ön plandaki fail, yani asıl fail esasen eylemi gerçekleştirmeye hazırdır. Onu harekete geçiren ise arka plandaki failin emir ve talimatıdır. Yani arka plandaki fail, ön plandaki failin koşulsuz olarak fiili işlemeye hazır olma durumundan yararlanmaktadır. Başka bir deyişle, arka plandaki kişinin fail sayılmasının altında yatan düşünce, arka plandaki failin zaten eylemi gerçekleştirmek için hazır durumda olan kişiden yararlanarak neticeyi büyük ölçüde garanti altına almasıdır.¹⁴

4. Alman Federal Mahkemesi'nin Konuya İlişkin Kararları

Nasyonel Sosyalist iktidar döneminde işlenen suçlarda sorumluluğu belirlemek için ortaya atılan bu görüşler uzun süre Alman uygulamasında yansımaları bulamamıştır. Bunun nedeni Roxin'in ileri sürdüğü organize hâkimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramının hukuktan sıyrılmış olma ölçütüne dayanması ve bu ölçütün gerçekleşmesinin de çok nadir ve neredeyse olanaksız olmasıdır.¹⁵ Alman Federal Mahkemesi Almanya Ulusal Savunma Konseyi üyelerinin yargılamasında, Doğu ve Batı Almanya arasındaki sınırı kaçak olarak geçmeye çalışan kişilere ateş açılmasında doğrudan ateşi açan ve sınırda görevli

13 Schröder, *Der Täter hinter dem Täter*, s.167.

14 Schröder, *Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis- Zugleich Besprechungsaufsatz zum Urteil des BGH v.26.7.94- 5 StR 98/94, JR 1995*, s.178.

15 Öztürk/Erdem, s.379.

olan askerlerin yanında konsey üyelerini de dolaylı fail olarak bu eylemden sorumlu tutmuştur. Mahkemeye göre konsey üyeleri hukuka aykırı emirlerinin kendilerinin egemen olduğu sınır birliklerince yerine getirileceğinden emindiler.¹⁶ Mahkeme daha sonra verdiği kararlarında organize hâkimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı failliğin kapsamını oldukça genişletmiş ve esasen totaliter devletlerin güvenlik güçlerindeki karar süreci bakımından geliştirilen ve önerilen bu dolaylı faillik türünü yasal düzeyde faaliyet gösteren ekonomik işletmelerin yöneticileri hakkında da uygulamaya başlamıştır.¹⁷ Oysa ulusal savunma konseyi üyelerinin sorumluluğu ile ekonomik işletmelerin yöneticilerinin sorumluluğunu aynı kriterlere bağlı olarak belirlemek hatalıdır. Zira ulusal savunma konseyi genel ve soyut nitelikte bir karar almakta, bu karar savunma bakanı tarafından emre dönüştürülmekte ve askeri hiyerarşi içinde birçok aşamadan geçerek son aşamada sınır bölgesindeki askere ulaşmaktadır. Buna karşın, ekonomik işletmelerde bu türde bir ilişkinin varlığından bahsetmek çoğu zaman mümkün değildir.¹⁸ Nitekim mahkeme de ön plandaki kişinin kusurlu bir eyleminden dolayı arka plandaki faili sorumlu tutmanın her zaman doğru olmayacağını, buna karşın, arka plandaki failin tipikliğin gerçekleşmesindeki katkısına bakılması gerektiğini ifade ederek arka plandaki failin katkısı tipikliğin gerçekleşmesine otomatik olarak yol açıyorsa arka plandaki failin sorumluluğuna gitmek gerektiğini belirtmiştir. Yani arka plandaki failin önceden organizasyon üzerinde oluşturduğu egemenliğin tek bir direktif veya emirle ön plandaki faili harekete geçirdiği durumlarda arka plandaki failin dolaylı failliğini kabul etmektedir.¹⁹ Sonuç olarak Alman Federal Mahkemesi hem Roxin'in hem de *Schröder*'in ileri sürdüğü teorilerinden faydalanarak yeni bir model yaratmıştır.²⁰ Buna göre, organize hâkimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı failliğin kabul edilebilmesi bakımından her somut olay için uygulanacak kesin ve sert kurallar belirlenemez. Her somut olayın özelliğine göre ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır.²¹ Alman uygulaması sorunu Federal Mahkeme içtihatlarıyla çözmüş görünmektedir.

16 Öztürk/Erdem, s.379.

17 Öztürk/Erdem, s.380.

18 Öztürk/Erdem, s.380-381.

19 Öztürk/Erdem, s.381.

20 Rotsch, Thomas, "Neues zur Organisationsherrschaft", NStZ 2005, s.17.

21 Öztürk/Erdem, s.381.

C. Maddede Öngörülen Sorumluluk: Objektif Sorumluluk

Yukarıda açıkladığımız ikame edilebilirlik teorisine TCK m.220/5'in madde metninde yer verilmiş değildir. Bu haliyle TCK m.220/5, suç örgütü yöneticilerinin ayrıca fail olarak sorumlu tutulduğu olaylarda somut incelemelere ve böylelikle belirli istisnalara yer vermeyen kesin bir hüküm getirmiş, suç örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenen tüm suçlardan dolayı aksinin ispatı mümkün olmayan bir fiili hâkimiyet karnesi öngörmüştür.²² Bu yönüyle TCK m.220/5, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olup açık bir objektif sorumluluk halidir.²³

Objektif sorumluluk, herhangi psikik bir bağın varlığı aranmaksızın kişinin icrai veya ihmali hareketinin sonucu olan neticeden maddi nedensellik bağı dolayısıyla sorumlu tutulması demektir.²⁴ İlkel hukuk anlayışının bir ürünü olan objektif sorumluluk halleri modern hukuk sistemlerinde kabul görmemekte ve ceza kanunlarından büyük ölçüde tasfiye edilmektedir.

Türk Ceza Kanunu sistematüğinde de kusur sorumluluğu ilkesi geçerlidir. Gerçekten de TCK m.20/1 uyarınca; "*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.*" denilerek kusur sorumluluğu ilkesine ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine açıkça yer verilmiştir.

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi veya diğer adıyla kusurlu sorumluluk ilkesi, faile verilecek olan cezanın dolaylı olarak başkalarını da etkilememesini kapsamaktadır. Bu kural, bir kişinin eylemine bağlı sonuçtan dolayı sorumluluğun yalnızca kendisine ait olacağını ve onun dışındaki herhangi bir kimsenin sorumlu tutulamayacağını ifade etmektedir.²⁵

22 İsfen, s.59.

23 Aydın, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.279; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükmümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2009, s.411; Hafizoğulları, Zeki/Kurşun, Günal, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, s.10. www.baskent.edu.tr (Erişim:02.05.2013).

24 Özen, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yayıncılık, Ankara 1998, s.18.

25 Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.386-387. Evik'e göre de, "*Örgüt mensupları tarafından amaç suçların işlenmesi halinde sadece iştirak ira-*

Nitekim Yargıtay 9. CD, 14.6.1985 tarih, 1985/2623 E. ve 1985/3431 K. sayılı ilamında²⁶,

*"Bu zorunluluk dayanağını anayasanın 38. maddesinde yer alan 'Ceza sorumluluğunun şahsiliği' temel ilkesinden almaktadır. Bu ilke kişinin ancak serbest iradesi ile oluşturduğu kusurlu fiilden sorumlu tutulması sonucunu doğurur. Bu nedenle bir topluluğun suç işlediğini ileri sürerek topluluktaki kişileri sorumlu tutmak belirtilen temel ilkeye aykırıdır. Kişiler ancak hukuka aykırı neticeye yönelen, **iradi kusurlu fiillerinin** saptanması halinde cezai sorumluluk taşırlar."* şeklinde değerlendirme yapmak suretiyle ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine vurgu yapmıştır.

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi aynı zamanda Anayasal bir hükümdür. Gerçekten de Anayasa m.38/7 uyarınca; *"Ceza sorumluluğu şahsidir."*

Maddeye ilişkin gerekçede de, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu, yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı, kusura dayanan ceza sorumluluğu ilkesinin terki mümkün olmayan temel bir kural olduğuna vurgu yapılmıştır.²⁷

Anayasa Mahkemesi de pek çok kararında ceza sorumluluğunun şahsiliğinin ceza hukukunun temel kurallarından olduğuna dikkat çekerek bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağını, başka bir deyişle bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulamayacağını ifade etmiştir. Gerçekten de Mahkeme'ye göre, asli ve

desi çerçevesinde maddi veya manevi olarak suçun işlenmesine nedensel katkısı olan kişilerin iştirak hükümlerine göre sorumlulukları kabul edilebilir. Herhangi bir örgüte üye olan kişi, sadece üye olması nedeniyle başkaları tarafından işlenen amaç suçlardan sorumlu tutulamaz. Örgüte üye olmak, amaç suçlara iştirak nedeniyle sorumluluk için yeterli değildir. Sorumluluk için suç ortaklığı açısından iştirak iradesi ile nedensel değeri olan uygun bir hareket yapılması gerekir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi ve bir suçun işlenmesine gerçekten katılan kişilerin sorumlu olacağını kabul eden suç ortaklığı kurallarını çiğnememek gerekir." Bkz. **Evik**, Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, İstanbul 2004, s.320.

26 Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

27 T.C. Anayasası Komisyon Raporları ve Madde ve Gerekçeleri, Ankara 1983, s.68 (**Özen**, s.308'den naklen).

feri failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları olanaklı değildir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi ceza hukukuna yerleşmiş, '*kusura dayanan ceza sorumluluğu*' ilkesine dâhil, terki mümkün olmayan temel bir kuraldır.²⁸

II. ANAYASA'YA AYKIRILIK İDDİASININ CİDDİLİĞİ VE TÜRK CEZA KANUNU'NUN 220/5'İNCİ MADDESİNİN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI

A. Anayasa'ya Aykırılık İddiasının Ciddiliğinde Dikkate Alınacak Husus: Hukuken Tartışılabilir Olma

*Şaka olmayan, gerçek, titizlik gösterilen, önem verilen, tehlikeli, endişe veren, ağır, vahim, kritik*²⁹ gibi pek çok anlam ihtiva eden ciddi kelimesine Anayasa'da iki ayrı düzenlemede yer verilmiştir. Bunlardan ilki, m.120'de düzenlenen olağanüstü halin ilan edilmesi ile ilgilidir.³⁰ İkinci ve konumuzu ilgilendiren düzenleme ise 152'inci maddededir. Buna göre; "*Bir davaya bakmakta olan mahkeme taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*" denilerek ciddi kavramına yer verilmiştir. Anayasa'daki bu kullanımdan ciddi kavramına **gerçek** veya **önemli** gibi bir anlam yüklendiği şeklinde sonuç çıkarmak mümkündür.³¹

28 Bkz. AYM, 29.11.2012 tarih, 2012/106 E. ve 2012/190 K. sayılı ilamı ve benzer yönde AYM, 18.06.2009 tarih, 2006/121 E. ve 2009/90 K. ve 19.09.1991 tarih, 1991/1 E. ve 1991/30 K. sayılı ilamları için bkz. www.anayasa.gov.tr

29 Bkz. <http://www.tdk.gov.tr/>

30 Maddeye göre; "*Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.*"

31 **Aydın**, Mesut, "Mahkemelerde Taraflarca İleri Sürülen Anayasa'ya Aykırılık İddialarının Ciddiliği", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62/3, s.29.

İleri sürülen bir Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi bulunması ise, talebin **hukuki bakımdan tartışmaya değer** ya da **savunulabilir** olup olmadığına ilişkindir.³² Buna göre davaya bakmakta olan mahkeme, görülmekte olan bir davada, uygulanacak bir kanun ya da kanun hükmünde kararname ile ilgili olarak bir Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla karşılaştığında, söz konusu iddianın hukuki bakımdan savunulabilirliği, yani hukuki bakımdan tartışılabilir olup olmadığını incelemelidir. Bu bağlamda, ileri sürülen kanıtların hukuki bakımdan tartışmaya değer olması gerekir. İleri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi bir şüphe doğuruyorsa yani iddianın esastan yoksun olmadığı anlaşılıyorsa ya da kamuoyunda o hükmün Anayasa'ya aykırılığı tartışılmakta ise iddianın ciddi olduğuna karar verilmelidir. Kısacası, iddianın ciddiliği belirlenirken tarafların tutumu, o konudaki kamuoyunun yaklaşımı, yargı kararları ve öğretilerde konuyla ilgili ileri sürülen görüşler dikkate alınarak bir karar verilmelidir.³³ Davaya bakmakta olan mahkeme, konuya ilişkin farklı hukuki ve fiili bakış açılarına dayalı bir karşılaştırma ve tartışma yaparak ilgili hükmün tarihi olarak ortaya çıkış sebeplerini göz önünde bulundurmalıdır.³⁴

Buna göre, davaya bakmakta olan mahkeme bu aykırılık iddiasıyla ilgili olumsuz kanaate sahip olsa bile, aykırılık iddiasının hukuken tartışılabilir olması ve/veya söz konusu hükmün kamuoyunda tartışılıyor olması halinde, bu iddia Anayasa Mahkemesi'ne taşınmalıdır.³⁵ Başka bir deyişle, konunun Anayasa'ya uygunluğu konusunda, hukuk öğretisinde veya kamuoyunda beliren şüpheler gibi, tarafların dışındaki sosyolojik gerçekler de bu konuda rol oynar. Söz konusu etkiler, mahkemenin eldeki kanunu tam bir vicdan huzuruyla uygulamasına engel

32 **Tanilli**, Server, Devlet ve Demokrasi, İstanbul 1981, s.625; **Cuhruk**, Mahmut, "Türk Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı, Y:1987, S:4, s.14; **Hekimoğlu**, Mehmet Merdan, Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları, Detay Yayıncılık, Ankara 2004, s.260; **Aydın M.**, s.28.

33 **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi, Türk Anayasa Hukuku, YKY Yayınları, İstanbul 2011, s.496; **Aydın M.**, s.28.

34 **Hekimoğlu**, s. 260.

35 **Kıratlı**, Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1966, s.68-69; **Aydın M.**, s.36.

olacak bir ölçüye varmışsa, iddianın ciddi bulunması gerekir.³⁶ Kısacası davaya bakmakta olan mahkemenin yetkisi itirazın ciddi olup olmadığını belirlemekten ibaret olmalıdır. Aksi takdirde, tarafların Anayasa'ya göre haiz oldukları itiraz hakkı, davaya bakmakta olan mahkemenin aykırılığı resen nazara alma yetkisi ile kaynaşmış ve birleşmiş olur. Gerçekten de böyle bir durumda, davaya bakmakta olan mahkeme tarafların itirazını benimsemediği içinsöz konusu itirazlar ciddi olsa bile asla Anayasa Mahkemesi önüne çıkarılamayacak ve netice itibarıyla yalnız mahkemeler itiraz yoluna başvurabilecektir.³⁷

Sonuç olarak, davaya bakmakta olan mahkemenin iddiayı ciddi bulması, kendisinin de söz konusu kanunu Anayasa'ya aykırı gördüğü anlamına gelmez.³⁸ Mahkemenin o kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varmasına gerek yoktur; taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu (yani hukuken tartışılabilir olduğu) kanısına varması gerekli ve yeterlidir.³⁹

B. Türk Ceza Kanunu m.220/5'in Anayasa'ya Aykırılığının Hukuken Tartışılabilirliği

TCK m.220/5'te yer alan; "*Örgüt yöneticileri, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.*" düzenlemesinin Anayasa'ya aykırılığı son dönemde hukukçular arasında yoğun biçimde tartışılmaktadır. Bu tartışmaların ortak noktası, madde-

36 **Kıratlı**, s.68-69; **Aybay**, Rona, "Anayasa'nın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasaya Aykırılık İddialarının Ciddiliği Sorunu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y: 1967, S:3-4, s.175. Nitekim Anayasa Mahkemesi 14.12.1998 tarih, 1998/E ve 1998/78 K. sayılı ilamında; "*Davacının Anayasaya aykırılığını iddia ettiği yasa kuralının, Anayasa yargısı denetimine tabi tutulmaksızın uyuşmazlığın çözümlenmesi halinde verilecek kararın, adaletin gerçekleştirilmesindeki fonksiyonunu tam olarak yerine getiremeyeceği, kamuoyunu tatmin etmeyebileceği, bazı kuşkuların doğmasına vesile olabileceği inancıyla, Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmış ve salt davacının iddialarına sadık kalınarak dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.*" diyerek iddianın hukuken tartışılabilir olmasını yeterli saymıştır.

37 **Duran**, Lütfi, "İtiraz Yolu ile Anayasa'ya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y:1965, S:1-4, s.296-297.

38 **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s.496.

39 **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1990-1991, s.4194.

nin açık bir objektif sorumluluk hali öngördüğü ve ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırı olduğu yönündedir.

Söz konusu düzenlemenin mimarı olan **Özgenç**, TCK m.220/5 maddesinde kanun değişikliği yoluna gidilmesi gerektiğini⁴⁰, zira kanunun hazırlanması aşamasındaki temel düşüncenin örgüt yöneticilerinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca sorumlu tutulmaları olmadığını, aksine örgüt yöneticilerinin somut duruma göre fail veya şerik olarak cezalandırılmaları gerektiğini ifade etmektedir.⁴¹

İsfen'e göre de TCK m.220/5, somut incelemeye veya herhangi bir istisnaya yer vermeksizin kesin bir hüküm getirmiş, suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı aksinin ispatı mümkün olmayan bir fiili hâkimiyet teorisi öngörmüştür. Gerçekten de söz konusu düzenlemeyle faile ve fiile hâkim olup olmadıklarına bakılmaksızın örgüt yöneticilerinin örgüt bünyesinde işlenen tüm suçlardan dolayı ceza sorumluluğunun önü açılmıştır.⁴²

Şen'e göre; örgüt yöneticisinin işlenen suçtan dolayı sorumluluğuna gidilebilmesi için, yöneticinin fiil ve faille ilgili genel bir hâkimiyetinin veya yönlendirmesinin varlığı tespit edilmelidir. Aksi halde, örgüt yöneticisinin sorumluluğuna gidilmemelidir.⁴³ Maddenin gerekçesinde ikame edilebilirlik teorisi benimsenmiş olmakla birlikte madde metninde bu kriterin esas alınmasını sağlayacak bir düzenleme yapılmamıştır. Kanun koyucu, söz konusu ikame edilebilirlik kıstasını madde metninde değil gerekçede öngörmekle, esas itibarıyla bağlayıcı olmayan ve sadece hükmün anlam ve amacını ortaya koyan bir açıklamada bulunmuştur. Başka bir deyişle, somut olayda ikame edilebilirlik kıstasının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmayacaktır. Bu yönüyle düzenlemenin hatalı olduğu, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesiyle bağdaşmadığı ve Anayasa'ya aykırı olduğu açıktır.⁴⁴

40 **Özgenç**, Suç Örgütleri, s.27.

41 **Özgenç**, Şerh, s.509.

42 **İsfen**, s.59 vd.

43 **Şen**, s.76.

44 Yazara göre, Anayasa m.38/7'nin güvencesi altında olan 'ceza sorumluluğu şahsidir' hükmüne aykırı olan TCK m.220/5, ya kanun koyucu tarafından yürürlükten kaldırılmalı veya 'Anayasa'ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi' başlıklı 152. maddesi uyarınca Anayasa'ya aykırılık iddia ve gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne taşınmalıdır. Şen, s.77 vd.

Aydın da bu konuya değinmiş ve suç örgütü yöneticilerini örgüt üyelerinin işlediği bütün suçlardan sorumlu tutmanın objektif sorumluluk anlamına geleceğini ve bunun ceza hukuku ilkeleriyle uyumlu bir düzenleme olmadığını ifade etmiştir.⁴⁵

Koca/Üzülmez'e göre de örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ikame edilebilirlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın örgüt yöneticilerinin sorumluluğu yoluna gitmek açık bir objektif sorumluluk halidir. Söz konusu düzenleme ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırıdır.⁴⁶

Öztürk/Erдем de TCK m.220/5'in gerekçesinde belirtilen ikame edilebilirlik kıstasının ancak sıkı organizasyon yapısına sahip mafya tipi örgütler ve terör örgütlerinde söz konusu olabileceğini belirtmekte, buna karşın TCK m.220/5'in sıkı hiyerarşik yapıya sahip olmayan suç örgütleri bakımından da uygulanmasına imkân verecek şekilde kalemeye alınmış olmasını eleştirmektedir. Yazarlar, ikame edilebilirlik kıstasının sorgulanmasına dahi imkân vermeyen böylesi bir peşin varsayımın gerçekçi olmadığı ve dolayısıyla söz konusu maddenin kaldırılarak her somut olay açısından doğrudan failin işlediği fiillerin hangi koşullar çerçevesinde arka plandaki kişilere yükleneceğinin davaya bakan mahkeme tarafından değerlendirilmesine olanak sağlayan bir düzenlemenin yapılması gerektiğini ifade etmektedirler.⁴⁷

Özkan da benzer gerekçelerle maddeyi eleştirmiş, düzenlemenin iştirak ve azmettirme kurallarıyla bağdaşmadığını ileri sürerek, yapılacak bir değişiklikle maddeye en azından '**örgüt yöneticilerinin bilgisi dâhilinde olan**' ibaresinin eklenmesini önermiştir.⁴⁸

Hafizoğulları da TCK m.220/5'in örgüt yöneticilerini haberi olsun veya olmasın örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı sorumlu tutmanın, başka bir söylemle kişiyi işlemediği ve hatta bilmediği bir fiilden dolayı cezalandırmanın açık bir objektif sorumluluk hali olduğunu kabul etmektedir.⁴⁹

45 Aydın D.,s.279.

46 Koca/Üzülmez, s.411.

47 Öztürk/Erдем, s.386-387.

48 Özkan, Halid, Ceza Hukukunda Azmettirme, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.286.

49 Hafizoğulları/Kurşun, s.10.

Görüldüğü üzere, TCK m.220/5'te yer alan "*Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.*" şeklindeki düzenlemenin açık bir objektif sorumluluk hali olduğu, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğu ve yürürlükten kaldırılması yahut değiştirilmesi gerektiği konusunda öğretide fikir birliği mevcuttur. O halde söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığının **hukuken tartışılabilir** yani bu aykırılık iddiasının **ciddi** olduğu açıkça ortadadır.

C. Türk Ceza Kanunu m.220/5'in Anayasa'ya Aykırılığı

Türk Ceza Kanunu'nun 220'nci maddesinin 5'inci fıkrası mevcut haliyle Anayasa'nın 2, 11, ve 38'inci maddelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa m. 2'ye göre; "*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*"

Hukuk devleti olmanın temel göstergesi, devletin de kendi koyduğu kurallara bağlılık ve uygun davranmak taahhüdünde bulunmasıdır. Buradan hareketle, yasama organı tarafından yasal düzenlemelerin normlar hiyerarşisine uygun bir biçimde Anayasa'ya uygunluğunun temin edilmesi gerekir. Oysa yukarıda ayrıntıları ile açıkladığımız üzere Anayasanın 38/7'nci maddesinde ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi açıkça belirtilmiş olmasına rağmen 2005 yılında TCK 220/5'nci maddesi ile getirilen düzenleme hukuk devleti ilkesine de açık bir aykırılık oluşturmaktadır. Dolayısıyla TCK m. 220/5 hükmü Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 11'inci maddesinde; "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" hükmü yer almaktadır. Oysa TCK 220/5 maddesi Anayasa 38/7 maddesine açık bir aykırılık oluşturacak biçimde düzenlenmiştir. Anayasa'nın bağlayıcılığı yasama ve yürütme organları ile yargı mer-

cileri açısından da söz konusudur. Bu nedenle yasama faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi sırasında rehber alınacak temel metin Anayasa'dır. Yasaların Anayasa ile belirlenmiş temel hükümlere aykırı olmaması ise bu bağlayıcılığın doğal sonucudur. Açıklandığı biçimiyle Anayasa 38/7'nci maddesindeki amir düzenlemeye aykırı olarak hazırlanan TCK 220/5'inci madde Anayasa'nın 11. maddesine de aykırıdır.

Söz konusu düzenleme Anayasa m.38/7'de öngörülen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

TCK m.220/5'te yer alan "*Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.*" şeklindeki düzenleme modern ceza hukukunun ve Anayasa'nın temel ilkelerinden olan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine açıkça aykırıdır. TCK m.220/5'te öngörülen cezai sorumluluğu, doğrudan veya dolaylı faillik kuramlarıyla açıklamak mümkün değildir. Bu sorumluluk ayrıntılarını yukarıda açıkladığımız Roxin'in ikame edilebilirlik teorisine dayanmaktadır. Nitekim madde gerekçesinde de ikame edilebilirlikten bahsedilmektedir. Ancak söz konusu 'ikame edilebilirlik' kıstasına madde metninde değil, madde gerekçesinde yer verilmiştir. Madde gerekçesinin metne dâhil olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, TCK m.220/5 ile aksinin ispatı mümkün olmayan bir cezai sorumluluk karinesi yaratılmıştır. Diğer bir söylemle, madde metninde ikame edilebilirlik kıstasına yer verilmediği için, somut olayda örgüt yapısı içinde, kendisine suç işlemek gibi örgütün amacına uygun bir görev verilen kişinin (üyenin) bu görevini yerine getirmemesi halinde onun yerine hemen bir diğer üyenin rahatlıkla bu görevi yerine getirebilecek olup olmadığına bakmaksızın örgüt yöneticilerine örgüt bünyesinde işlenen her suçtan dolayı ceza verilecektir.⁵⁰ Böyle bir düzen-

50 Nitekim Yargıtay da 220/5'e ilişkin bu yönde bir değerlendirme yapmamakta, sanığın örgütün yönetici olduğunun tespit edilmesi halinde 220/5 yollamasıyla örgüt faaliyeti kapsamında işlenen bütün suçlar hakkında otomatik olarak cezai sorumluluğunu kabul etmektedir. Bu yönde YCGK, 10.06.2008 tarih, 2008/8-68 E. ve 2008/16812 K.; Yarg.9.CD, 05.05.2010 tarih, 2009/18816 E. ve 2010/4964 K.; Yarg.6.CD, 21.06.2012 tarih, 2012/4830 E. ve 2012/12657 K. sayılı ilamları için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

lemenin hatalı olduğu ve ceza sorumluluğunu aşırı şekilde genişlettiği açıkça ortadadır. Nitekim ülkemizde suç örgütü kapsamında yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda yargılanan ve örgütün kurucusu, lideri veya yöneticisi olmakla suçlanan sanıklar, başkaları tarafından işlenen suçlardan dolayı yüzlerce yıl hapis cezası ile cezalandırılmakta ve/veya cezalandırılması talep edilmektedir.

Şayet kanun koyucunun iradesi ikame edilebilirlik teorisine dayalı bir objektif sorumluluk hali yaratmak idi ise, ikame edilebilirlik kıstasına madde gerekçesinde değil, madde metninde yer vermesi gerekirdi. Kanun koyucu ikame edilebilirlik kıstasına madde metninde yer vermeyip gerekçede bu kıstası öngörmekle, esas itibarıyla bağlayıcı olmayan ve sadece hükmün anlam ve amacını anlatmaya yarayan bir açıklamada bulunmuştur. Bu açıklama, maalesef somut olaylarda bu kıstasın aranacağına dair bir ibare içermemektedir.

SONUÇ

Türk Ceza Kanunu'nun 220/5'inci maddesinde yer alan; "*Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.*" şeklindeki düzenleme Anayasa'nın 2'nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti, 11'inci maddesinde düzenlenen Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ve 38/7'nci maddesinde düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkelerine aykırıdır. Gerçekten de maddede aksinin ispatı mümkün olmayan bir objektif sorumluluk hali öngörülmüş ve suç genel teorisinin temelinde yer alan kusurluluk prensibi göz ardı edilmiştir. Oysa modern ceza hukukunda objektif sorumluluk hali öngören düzenlemeler günümüzde artık terk edilmektedir.

Söz konusu düzenlemenin somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi huzuruna götürülmesi ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptaline karar verilmesi gerekir. Anayasa'nın 152'nci maddesi uyarınca 220/5 hükmü ile ilgili davaya bakmakta olan mahkeme uygulanacak bir kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu görüşünde ise veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varır ise Anayasa Mahkemesi'ne bu konuda bir karar vermesi için başvuracak ve

Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karara kadar davayı geri bırakacaktır. Maalesef ki uygulamada, bu yöndeki talepler '*talebin ciddi bulunmadığından*' reddine şeklindeki yetersiz ve Anayasa'nın metnini tekrardan ibaret gerekçelerle reddedilmekte ve Anayasa'ya aykırılık iddiası tartışılmak üzere Anayasa Mahkemesi'nin önüne dahi gidememektedir. Oysa Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddiliği, davaya bakmakta olan mahkemenin veya hâkimin bu iddiayı haklı bulması ya da kendisinin de aynı görüşte olması anlamına gelmez. Şayet davaya bakmakta olan mahkemenin önüne böyle bir Anayasa'ya aykırılık talebi gelirse yapması gereken, konunun hukuken tartışılabilir ve hukuki olarak savunulabilir olup olmadığına bakmaktır. Gerçekten de iddianın ciddiliği belirlenirken tarafların tutumu, o konudaki kamuoyunun yaklaşımı, yargı kararları ve öğretilerde konuyla ilgili sürülen görüşler dikkate alınarak bir karar verilmelidir.

Türk Ceza Kanunu'nun 220/5 maddesinin Anayasa'ya aykırılık iddiasının davaya bakmakta olan mahkeme tarafından ciddi bulunmadığından bahisle dikkate alınmaması ve konunun Anayasa Mahkemesi'ne taşınmaması halinde sanığın bireysel başvuru yolunu işletmek suretiyle konuyu Anayasa Mahkemesi huzuruna taşıyıp taşıyamayacağı tartışılabilir.

Bilindiği üzere 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un bireysel başvuru hakkını düzenleyen 45/1 maddesine göre; "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*"

Bireysel başvuru hakkının kapsam ve sınırlarını belirleyen söz konusu madde hükmü karşısında; TCK m. 220/5 hükmü işletilmek suretiyle hakkında mahkûmiyet hükmü tesis edilen sanık tarafından 6216 sayılı Kanun'da öngörülen diğer şartlar da yerine getirildikten sonra bireysel başvuru yolu işleterek başvuruda bulunup bulunamayacağı ve böyle bir başvuru yapılmış olmasının TCK 220/5. maddesinin

Anayasa'ya aykırılığı konusunda bir sonuç yaratıp yaratmayacağı hususu ayrı bir tartışma konusu haline gelmektedir.

Öncelikle belirtmek isteriz ki, TCK 220/5 maddesinin Anayasa'ya aykırılık iddiasının ve bu yöndeki bir talebin "ciddi bulunmadığı" gerekçesiyle reddedilerek sanık hakkında TCK 220/5 maddesinin de uygulanması suretiyle ceza tayini yoluna gidildiği durumlarda adil yargılanma ve etkin başvuru hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuru yoluna gidilebilir.

Bu durumda Anayasa Mahkemesi söz konusu ciddi bulmama kararının gerekçesinden başlamak üzere, mevzuatta yer alan tüm normlar üzerinden değerlendirme yapmak suretiyle söz konusu iddianın Anayasa Mahkemesi'ne taşınmamış olmasının yargılamanın bütünü açısından hakkaniyetsiz bir duruma yol açıp açmadığını irdelemelidir.

Adil yargılanma hakkının yalnızca verilen kararın mevzuata uygunluğu üzerinden tartışılmayacağı açıktır. Davaya bakmakta olan mahkemenin söz konusu talebi reddederken kurmuş olduğu gerekçe, başvuru talebi ve eleştirilerinin karşılanmış olup olmadığı da değerlendirmenin konusunu oluşturacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasının ve bu yöndeki bir talebin davaya bakmakta olan mahkeme tarafından reddedilmiş olması bu red kararının keyfilığının tartışılmasını engellemez. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yoluyla inceleyeceği husus söz konusu ret kararının hukuka uygunluğu olacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin bu incelemesinin, davaya bakmakta olan mahkemenin ret kararından sonra TCK 220/5 maddesini uygulamak suretiyle vermiş olduğu ceza miktarına veya cezalandırma yönündeki takdirine ilişkin bir yerindelik denetimi olmadığından da altı çizilmelidir.

Şüphesiz ki bireysel başvurunun olumlu sonuçlanması madde nin otomatik olarak iptalini sağlamayacaktır. Nitekim 6216 sayılı Kanun'un 50/1 maddesinde; *"Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı ve-*

rilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez." şeklinde düzenleme yapılarak Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular sonucunda vereceği kararların niteliği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu durumda bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararı verilmiş olsa dahi bu kararın kendiliğinden TCK m. 220/5'in iptalini sağlamayacağı da tartışmasızdır.

Ancak, bu yolla alınacak ihlal kararları, mahkemelerin aynı nedenlerle Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verilecek kararlarında etkili olacak ve süreç içerisinde somut norm denetiminin sağlanarak maddenin iptalinin yahut yapılacak bir kanun değişikliği ile yürürlükten kaldırılmasının önünü açabilecektir.

Şüphesiz ki burada en büyük rol, maddenin yürürlükten kaldırılması gerektiği konusunda ısrarcı bir tutum içinde bulunan avukatlara ve hâkimlere düşmektedir.

KAYNAKÇA

Aybay, Rona, "Anayasa'nın 151. maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasaya Aykırılık İddialarının Ciddiliği Sorunu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y: 1967, S:3-4, s.155-176.

Aydın, Devrim, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Aydın, Mesut, "Mahkemelerde Taraflarca İleri Sürülen Anayasa'ya Aykırılık İddialarının Ciddiliği", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62/3, s.23-56.

Cuhruk, Mahmut, "Türk Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı, Y:1987, S: 4, s.5-15.

Duran, Lütfi, "İtiraz Yolu ile Anayasa'ya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y:1965, S: 1-4.

Evik, Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, İstanbul 2004.

Hafizoğulları, Zeki/**Kurşun**, Günal, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, s.10. www.baskent.edu.tr (Erişim:02.05.2013).

Hekimoğlu, Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları, Detay Yayıncılık, Ankara 2004.

İsfen, Osman, "Yeni TCK'da Organize Hâkimiyet Mekanizmalarına Dayalı Dolaylı Faillik Kuramı (TCK m.220/5), Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:7, İstanbul 2006, s.53-61.

Kıratlı, Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1966.

Koca, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2009.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1990-1991.

Özen, Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, US-A Yayıncılık, Ankara 1998.

Özgenç, İzzet, Suç Örgütleri, 6. Bası, Ankara 2013. (**Suç Örgütleri**)

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005. (**Şerh**)

Özkan, Halid, Ceza Hukukunda Azmettirme, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Öztürk, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013.

Rotsch, Thomas, "Neues zur Organisationsherrschaft", NStZ 2005, s.13-18.

Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, Walter de Gruyter Verlag, 4. Auflage, Berlin-New York 1984. (**Täterschaft und Tatherrschaft**)

Schröder, "Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis- Zugleich Besprechungsaufsatz zum Urteil des BGH v.26.7.94- 5 StR 98/94, JR 1995, s.177-180.

Schröder, Friedrich-Christian, Der Täter hinter dem Täter- Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Duncker&Humblot/ Berlin 1965. (**Der Täter hinter dem Täter**)

Şen, Ersan, Suç Örgütü, Yargın Hukuk Yayınları, İstanbul 2013.

Tanilli, Server, Devlet ve Demokrasi, İstanbul 1981.

Tanör, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi, Türk Anayasa Hukuku, YKY Yayınları, İstanbul 2011.

Yaşar, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Yenisey, Feridun/**Plagemann**, Gottfried, Alman Ceza Kanunu-Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul 2009.

http://tu-dresden.de/die_tu_dresden/fakultaeten/juristische_fakultaet/jfstraf4/dateien/rspr9_tatterschaft_teilnahme.pdf
(Erişim: 25.01.2014).

HUKUK UYUŞMAZLIKLARI ARABULUCULUK KANUNU'NUN 17/D MADDESİ ÇERÇEVESİNDE TÜRK HUKUKU'NDAKİ "ARABULUCULUK İLE UZLAŞTIRMA" YÖNTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

■ Yakup GÜL*

ÖZ:

Taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların çözümünde geleneksel yöntemlerin dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olan, "arabuluculuk ve uzlaştırma" Türk Hukuku'nda yapılan yasal düzenlemelerle yerini almıştır.

Ancak, Türk Hukuku'ndaki Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) md 17/d ile arabuluculuk konusu uyuşmazlığın uzlaşma kapsamına giren bir suçla ilgili olması halinde, bu uyuşmazlığın çözümünü, HUAK çerçevesinde arabuluculuk faaliyeti olarak sürdürülmek istendiği anlaşılmaktadır.

Çalışmada, Türk Hukuku'ndaki "arabuluculuk ve uzlaştırma" mevzuatı dikkate alınarak her iki kurum arasındaki, özellikle, farklılıklar karşılaştırılarak uzlaştırmanın arabuluculuk faaliyetinden ayrı kendine özgü çözüm yaklaşımları ve ilkelerle yürütülmesi gereken farklı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğunun üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uzlaşma, uzlaştırmacı, arabuluculuk, arabulucu, onarıcı adalet, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri,

* Avukat, İzmir Barosu, ykpgl@mynet.com

Giriş

Özel hukuk uyuşmazlıklarında "arabuluculuk", ceza uyuşmazlıklarında ise "uzlaştırma" alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak Türk Hukuku'nda yerini almıştır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile, arabuluculuk faaliyetini sona erdiren nedenlerden biri olarak, "... veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi**" (HUAK md 17/d) şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Bu düzenlemeden, arabuluculuk konusu uyuşmazlık 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) gereğince, uzlaşma kapsamına giren bir suçla ilgili olsa da, uyuşmazlığın çözümü HUAK çerçevesinde arabuluculuk faaliyeti olarak sürdürülmek istendiği anlaşılmaktadır.

Bu çalışmada HUAK 17/1-d maddesi çerçevesiyle sınırlı olarak ve uyuşmazlıkların çözümünde temel yaklaşımlardaki benzerlikleri de göz ardı edilmeksizin, Türk Hukuku'ndaki arabuluculuk ve uzlaştırma yöntemleri arasındaki farklılıkların belirlenmesi ve değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

1- Genel Olarak

Taraflar arasında bir hukuki uyuşmazlık çıktığında, başvuru ilk yol mahkeme yargılamasıdır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, mahkeme dışı çözüm yöntemi olarak mahkemelerde görülen davalara seçimsel bir yol olarak başvurulabilecek bir yöntemidir.¹

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri genel anlamıyla yargılama dışında kalan uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak da tanımlanmaktadır. Bu tanım, daha etkili bir adalet yönetimi amacıyla, mahkemeler

1 Kısmet Kekeç, Elif, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara, 2011, s. 12; Yazıcı Tıktık, Çiğdem, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, 2013, s. 5; Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2013, s. 167; Özbay, İbrahim, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri" EÜHFD. C. X. S. 3-4, 2006, s. 459.

eliyle dava yolu dışında gerçekleştirilen uyuşmazlık çözümü girişimlerini de kapsamaktadır. Ayrıca bu tanım, dava açılmış olsun ya da olmasın, dava dışında başvurulmuş yöntemleri de kapsamaktadır.²

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, uyuşmazlığın çözümü için; tarafsız üçüncü kişinin varlığı, tarafların kendi iradeleriyle katılımı, seçilen alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin bağlayıcı olamaması, karşılıklı müzakere ve gizlilik aranılan unsurlardır.³

Yargısal yollar dışında ve yanında yer alan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, değişik şekillerde karşımıza çıkabilir. Bunlar içinde en yaygın olanlar müzakere, arabuluculuk ve uzlaşmadır.⁴ Anlaşmaya dayalı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları müzakereye dayanır.⁵ Müzakere, bir sorun hakkında karar vermeden evvel karar verecek kişiler arasında görüşlerin ortaya atılmasıdır.⁶ Arabuluculuk da özünde üçüncü kişi yardımı ile yapılan bir müzakeredir. Müzakere dışındaki alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, taraflara uyuşmazlığı çözme konusunda yardımcı olan üçüncü bir kişinin katılımı vardır. Uyuşmazlığın çözülmesi aşamasında bu üçüncü kişinin oynayacağı role göre alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin adı değişmektedir.⁷

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, üçüncü kişinin müdahalesinin kapsamını belirlemede kullanılan; tarafların müzakere masasına getirtilmesi, müzakere sürecinde taraflara yardım edilmesi, uyuşmazlık konusu hakkında tarafsız bir değerlendirme yapılması, somut çözüm önerilerinde bulunulması, bağlayıcı bir karar verilmesi gibi beş temel ölçüt bulunmaktadır.⁸ Bunlarla birlikte vaka saptanması, bağla-

2 Özbek, s. 168 (Newton, David A. Alternative dispute resolution in Australia (A handbook of dispute resolution, ADR in action), London and New York 1991, s.231-243'den naklen).

3 Özbek, Özer Veli, "Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi" HPD Hukuki Perspektifler Dergisi S. 2, Sonbahar 2004, s.118

4 Özbek, s.194

5 Kekeç, s.42-43

6 <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/> (Erişim tarihi: 22/01/2014).

7 Kekeç, s.18-19; Kekeç, (Heintz, 21; Kovach, s. 6.'dan naklen).

8 Özbek, s.555 vd.; Pekcanitez, Hakan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri HPD Hukuki Perspektifler Dergisi S.5, 2005, s.14

yıyıcı olmayan tahkim, kısa duruşma, tarafsız ön değerlendirme, arabuluculuk tahkim vb. karma alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri de vardır.⁹

Öğretide; "arabuluculuk" ve "uzlaşma" (uzlaştırma) uygulamada da aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Bu iki kavram arasında sınırın çizilmesi çoğu zaman kolay olmadığı için birbiri yerine kullanılabilen ve üçüncü kişinin devreye girdiği bu yöntemler, arabuluculuk olarak adlandırılmaktadır. Üçüncü kişinin uyuşmazlığın hangi sürecinde yer aldığı, tarafsız, aktif ve pasif olduğu yönünde bir ayırım pratik açıdan çok önem ifade etmemektedir. Bu konu, daha çok arabuluculuk modelleriyle ilgili bir tartışmanın konusu olmalıdır. Tarafsız üçüncü kişinin rolü uyuşmazlığın yapısına, tarafların ve şartların özelliğine göre değişebilir. Hedef tarafların kendi çözümlerini kendileri üretmeleri iken, arabulucunun gerekli durumlarda bazı öneriler sunması mümkün olabilir. Bazı durumlarda ise, bu yaklaşım doğru olmayabilir. Sonuçta her durum kendi içinde değerlendirilecektir.¹⁰ Yukarıdaki nedenlerle uzlaştırma ve arabuluculuk gibi bir ayırım yapılmasının gerekli olmadığı ifade edilebilir.

Bununla birlikte; alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk, adalet anlayışı bakımından, uyuşmazlıkların sosyal yönünü dikkate almadığı için uzlaştırmadan ayrılmaktadır. Arabuluculuk yönteminin temel amacı uyuşmazlığı en kısa zamanda ve en az giderle çözüme kavuşturmadır. Dolayısıyla bireyseldir. Uzlaştırmadaki temel amaç ise mağdurun incinen duygularının ifade edilmesi suretiyle iyileştirilmesi ve failin de yasalarda tanımlanan tipe uygun suç görünümündeki hukuka aykırı davranışının sorumluluğunu üstlenmesi ve yeniden topluma kazandırılmasıdır.¹¹

Alternatif uyuşmazlık çözümü usullerinde arabulucunun müdahalesinin amacı, uyuşmazlığın çözümü halinde mümkün olduğu kadar başarılı bir sonuç elde edilebilmesini sağlamaktır. Arabulucunun işlevi

9 Özbek, s.197 vd.; Kekeç s.18 vd

10 Kekeç, s. 26-27 vd.

11 Çetintürk, Ekrem, Ceza Adaletinde Uzlaştırma, Ankara, 2009, s. 51 vd.

uyuşmazlığın yapısına, tarafların kişiliklerine, taraflar arasındaki ilişkilerin bozulma ölçüsüne ve müzakerenin kendi yapısına göre daha çok ya da daha az aktif olabilecektir. Bu nedenle uzlaştırma ile arabuluculuk kelimeleri eş anlamlı olup, bunlar arasında yapılacak bir ayırım faydalı olmayacaktır. Uluslararası terminolijide ve Avrupa'da uzlaştırmanın tercih edildiği görülürken, Kuzey Amerika ve Avusturalya'da arabuluculuk üstün tutulmaktadır.¹²

Batı ülkelerinde ve özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde yaygın bir şekilde uygulama alanı bulan arabuluculuk usulü, arabuluculukta temel olarak alınabilecek modeller arasında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu görüş ayrılıkları, uyuşmazlığa düşen taraflar arasında arabuluculuk faaliyetini yürütecek olan arabulucunun rolünün ne olması gerektiği konusu üzerinde toplanmaktadır.¹³

Arabulucuların, belli baskın tarzları vardır. Pek çoğu, şartların gereğine göre tarzlarından bazen sapabilmektedirler. Uyuşmazlığa, tarafların ihtiyaçlarına ve kişiliklerine bağlı olmak üzere, mevcut soruna belli bir şekilde yaklaşacak arabulucu seçimi yapılabilmektedir.¹⁴

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri için kolaylaştırıcı, değerlendirici, çözüm odaklı, arif, geleneksel, dönüştürücü, öyküsel temel arabuluculuk modeller söz konusudur.¹⁵

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde üçüncü kişinin konumunun önemi açısından ve konumuzla sınırlı olmak üzere Türk Hukuku'nda arabulucular ve uzlaştırmacıların rolü bakımından öngörülen temel modeller üzerinde duracağız.

12 Özbek, s 195-.196 vd.

13 Özmumcu, Seda, Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk İÜHFM C. LXXI, S. 12013, s. 1369

14 Kekeç, s. 218

15 Kekeç, s. 218-225

2-Türk Hukuku'nda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuk ve Uzlaştırma

Uluslararası alanda, uyuşmazlıkların anlaşmaya varmak suretiyle çözümü hakkında pek çok alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi bulunmaktadır. Her ülke kendi toplumsal yapısına, kültürel değerleri ile gerçeklerine uygun olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin düzenlemeler yapmaktadır.¹⁶

Uzlaşma, Avrupa Birliği'nin kazanımları arasında yer alan ilkelerden biri olarak "uyuşmazlığın saptırılması" Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin ceza adaletinin basitleştirilmesi konusundaki 1987 yılı R (87) 18 numaralı Tavsiye Kararı'nda ve 15/09/1999 tarihli R (99) 19 numaralı Tavsiye Kararı'nda, basit suçlarda adli makamların ceza tekliyi yapması ve uyuşmazlığın mahkeme dışında uzlaşma (mediation) yolu ile halledilmesi kabul edilmiştir.¹⁷

Ülkemizde de, Avrupa'daki uluslararası gelişmeler ve uygulamalar çerçevesinde özellikle Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararları doğrultusunda yasal düzenlemeler yapılmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki R (99) 19 Sayılı Tavsiye Kararı'nda¹⁸ belirtilen temel ilkeler çerçevesinde, ceza adaletinde meydana gelen uyuşmazlıkların çözümü için, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 253-254-255 maddeleri ile "uzlaştırma" kurumu getirilmiştir. Ayrıca uygulamayı şekillendirmek için de, 26.07.2007 tarihinde yürürlüğe giren 26594 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (Uz. Yön.) mevzuata dahil edilmiştir. Özel hukuk alanında ise 22/06/2013 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlık-

16 Pekcanitez, Hakan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri HPD Hukuki Perspektifler Dergisi S.5, 2005, s.15

17 Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2006, s. 882

18 Özbek, s.1191-1199 (Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki R (99) 19 Sayılı Tavsiye Kararı çevirisi için)

larında Arabuluculuk Kanunu, 22/06/2013 tarihinde yürürlüğe giren 28540 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ve Mart 2013'te Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular için Model Etik ve Uygulama Kuralları ile özel hukuk alanında yasal düzenlemeler yapılmış ve "arabuluculuk" yönteminin uygulanmasına başlanmıştır.

2.1-Türk Hukuku'nda Arabuluculuk ve Uzlaştırmanın Tanımı

Uzlaşma; *"uzlaşma kapsamına giren bir suç nedeniyle, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve hükümlere uygun olarak uzlaştırma süreci sonunda anlaşdırılmış veya anlaşmış olmaları"* şeklinde tanımlanmıştır (Uz. Yön. md. 4/1-b).

Arabuluculuk ise; *"sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi"* (HUAK'ın 2/1-b) şeklinde tanımlanmıştır.

Uzlaştırma kurumu, denkleştirici adalet anlayışı doğrultusunda, hem şüpheli veya sanığın ve hem de mağdur veya suçtan zarar görenin haklarını korumayı amaçlamaktayken¹⁹, arabuluculuk, uyuşmazlığa düşmüş olan tarafları, (olası) bir anlaşmanın koşullarını müzakere edebilmeleri amacıyla bir araya getirmeye çalışan, tarafların uzlaşmasını ve birbirlerini anlamalarını sağlamak için taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştıran, tarafsız bir üçüncü kişinin (arabulucunun) katılımıyla yürütülen gönüllü bir usul²⁰ olarak öngörülmüştür.

19 Sezer, Ahmet, Öğreti ve Uygulamada Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma, Ankara, 2010, s. 25

20 Özbek, s.555-556

2.2-Türk Hukuku'nda Uzlaştırma ve Arabuluculukta Arabulucular ve Uzlaştırıcıların Rolü Bakımından Öngörülen Temel Modeller

Türk hukuk sisteminde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden "arbuluculuk" açısından "6325 sayılı HUAK"ın 2/b ve HUAK Yön. 4/b ve 19/5 maddelerinde yer alan düzenlemelerde, kabul edilen arabuluculuk modelinin kolaylaştırıcı arabuluculuk olduğu²¹ yönünde ki tespit, bizim de katıldığımız görüştür.

Kolaylaştırıcı arabulucular, daha çok yöntem odaklıdır ve bütünlüyci müzakereyi²² benimsemişlerdir. Arabulucu, yöntemi yürütmekle görevlidir. Uyuşmazlık konusunda uzman olması gerekmez.²³ Yani, arabulucuların sadece yöntemde uzman olması yeterlidir. Bunun dışındaki konularda gerekli olursa dışarıdan uzman yardımına başvurulabilirler.²⁴

Bununla birlikte Türk ceza adaletinde uyuşmazlıkların dava dışı alternatif yöntem olan uzlaştırma ile çözümü esnasında, CMK'nın 253 vd. ile Uz. Yön. 28 maddelerinde belirtilen uzlaştırmacının yükümlülükleri (özellikle 28/ç) dikkate alındığında "uzlaştırma" için de kolay-

21 Özmumcu, s. 1389

22 Bütünlüyci müzakere tarafların ihtiyacı olduğu şeyi almasını öngören ve mevcut çözüm seçeneklerine göre daha iyi seçenekler sunan çözümlere ulaşmaktır. Yani her iki taraf için de avantaj sağlayarak pastanın büyümesini sağlamaktır. Bkz.Kekeç s. 28-29.; Prensipli müzakere veya esasa dair müzakere diye adlandırdıkları bütünlüyci müzakere modelini arabulucuların; kişileri problemlerden ayırmasına, pozisyonlara değil, menfaatlere odaklanmasına, arabulucuların ne yapacağına karar vermeden önce çeşitli seçenekler ortaya koymasına ve sonucun objektif standartlara dayandırılması için ısrar etmeleri şeklinde herbiri müzakerenin bir temel noktasıyla ilgili olan dört unsurla açıklamıştır. Bkz. Fisher, Roger/ Ury,William/ Patton, Bruce 'EVET' Boyun Eğmeden Anlaşmaya Varmak (çeviren Burakreis, Fatma Güven), İstanbul, Mart 2012, s. 15.

23 Kekeç s. 218, Alexander, (Nadja; "The Mediation Meta Model: Understanding Practice", Conflict Resolution Quarterly, vol. XXVI, Issue 1, Fall 2008, s.97-123. 'dan naklen)

24 Kekeç s. 218

laştırıcı arabuluculuk modelinin benimsendiği düşünülebilir. Ancak uzlaştırmacıların, uzlaşmanın temel ilkelerini bilmeleri ve buna uygun davranmaları da amaçlanmıştır (Uz. Yön. md. 28/b).

Uzlaştırmada temel ilkeler, Uz. Yön.'nin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, uyuşmazlık konusunun taraflarından birisinin çocuk olması halinde, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile Çocuk Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik²⁵ ve Çocuk Koruma Kanununa Göre Verilen Koruyucu ve Destekleyici Tedbir Kararlarının Uygulanması Hakkında Yönetmelik²⁶ hükümlerine göre işlem yapılmasını esas almıştır (Uz. Yön. md. 5/7). Burada Çocuk Koruma Kanunu'nun uygulanmasının istenmesi Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesinde belirtilen "**çocuğun korunan üstün yararı**" olmasındandır.

Uzlaştırmacının çocuklara yönelik olarak uygulanması halinde, uzlaştırma sürecine katılan çocuğun bu sürecin amacını ve kendisine yüklediği sorumluluğu anlaması ve uzlaştırma sürecine uygun davranış geliştirmesi açısından uzlaştırmacının çocuklar lehine olan ulusal veya uluslararası düzenlemeleri (güvenceler) göz önünde bulundurma yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmelidir.

Dolayısıyla, çocukların içinde bulunduğu bir uyuşmazlıkta uzlaştırma işlemleri yürütülürken uzlaştırmacı, taraflara yaklaşım açısından "*çocukların üstün yararını*" koruma yükümlülüğü nedeniyle büyüklere nazaran, daha farklı bir yöntem başvurabilecektir. Dolayısıyla, uzlaştırmacı model olarak kolaylaştırıcı uzlaştırmacılıktan ayrılarak ancak uzlaştırmacının etik kurallarını da dikkate alarak, çocuğun üstün yararını (menfaatini) gözeten bir başka modeli ya da karma özellikli uzlaştırmacılık modelini uygulayabilecektir.

25 24/12/2006 tarihli ve 26386 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

26 24/12/2006 tarihli ve 26386 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kaldı ki aşağıda da değineceğimiz gibi; onarıcı adaletin, ilk olarak suça sürüklenen çocukları ceza yargılamasından doğan negatif etkilerden korumak için benimsenmiş²⁷ olması dahi uzlaştırmacıyı, kolaylaştırıcı uzlaştırmacılık modelinden ayrılmasına yeter neden sayılmalıdır.

3-Arabuluculuk ve Uzlaştırmada Onarıcı Adalet Anlayışı

Arabuluculuk, özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümü için öngörülen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi iken, uzlaştırma ceza adalet sisteminde uygulanacak bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uygulamada arabuluculuk ve uzlaştırma terimleri her ne kadar aynı anlama gelecek şekilde kullanılsa da, bu iki alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi arasındaki temel farklılıklardan birisi, ceza adalet sisteminde uygulanan "uzlaştırma" yönteminin "onarıcı adalet" anlayışına dayanmasıdır.

Uluslararası alanda; aile grup konferansları, cezalandırıcı halka (çember modelleri), toplum ıslah kurulları²⁸ gibi onarıcı adalet anla-

27 Batuhan Baytaç , Abdullah, Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış, İÜHFİM C. LXXI, 2013, s. 117

28 Bkz. Uludağ, Şener, Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt : 13 (4) 2011, s. 134-135-138, Aile grup konferanslarında esas olan anlaşmazlığın çözümü, suçun doğurduğu yaraların sarılması ve failin takip edeceği telafi planının şekillenmesi ve realize edilmesinde ailenin rolünün kabul edilmesi ve ailelerin çok aktif bir şekilde sürece dahil edilmesidir. Aile grup konferanslarının geleneksel yargılama sistemi ile onarıcı adalet anlayışını bir araya getiren ve her iki sisteminde birbirlerinden bilgi alış verişinde bulunmalarını sağlayarak en iyi çözümü üretme yolunda adım atmasını sağlayan yapılar olduğu söylenebilir. Cezalandırıcı halka toplum tarafından (fail ve yakınları- mağdur ve yakınları- toplum üyelerinin katıldığı ve büyüklerin işlediği, belirli bir mağduru olan ve ciddi suçlar kapsamına girebilecek «soygun, darp, ihmal sonucu ölüme sebebiyet verme vb.» eylemler cezalandırıcı halka kapsamında halledilmektedir) yönlendirilen ve idare edilen, failin işlediği suçun karşılığının belirlendiği bir mekanizmadır. Toplum ıslah kurulları onarıcı adalet felsefesini yansıtan bir uygulama olup, bu çerçevede gönüllü ve bu programın tatbiki için eğitim almış (3-5 kişi) vatandaşların oluşturduğu bir komite huzurunda, hakim tarafından buraya katılması öngörülmuş failin özrünü beyan edip sorumluluğu kabul etmesi ve süreç sonunda suçun doğurduğu yaraların sarılması için önerilen planı da içeren kontratı imzalaması ve bu anlaşmanın tatbikinin yapılması toplum ıslah kurullarında geçen süreç yansıtmaktadır.

yışına dayanan farklı uygulama programları olmakla birlikte "Uzlaş-tırma" onarıcı adalet anlayışına dayanan alternatif uyuşmazlık çözüm programlarından sadece birisidir.

Onarıcı adalet ile ilgili belli başlı programlar arasında hem katılımcılar hem karar alma süreçleri konusunda ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Gerçekten fail-mağdur uzlaşması, aile konferansı ve çember modellerinin son tahlilde aynı amaca yöneldiğinin veya aynı amacı gerçekleştirmeye matuf olduğunun kabul edilmesi zor görünmektedir. Mağdur perspektifinin baskın olduğu fail-mağdur uzlaşması ile çocuklar için öngörülen aile konferansı modellerinin, bu programlar bakımından dengelenmesi ciddi zorluklar taşıyan menfaatler söz konusu olduğu için aynı kavramsal çerçeve içinde nasıl değerlendirilebilecekleri onarıcı adalet literatürü tarafından henüz tatmin edici biçimde gerekçelendirilememiş²⁹ olduğu unutulmamalıdır.

Onarıcı adalet, teorik bir yaklaşım olarak suç teşkil eden davranışın sebep olduğu ve ortaya çıkardığı zararın onarılmasını ön plana çıkarır ve bu bağlamda klasik ceza adaleti yaklaşımına alternatif veya tamamlayıcı bir yaklaşım olarak görülür. Onarıcı adalet, fazlasıyla resmileştirilmiş bir ceza adalet sistemine bir alternatif olarak, geleneksel yargılamadaki "suçlama" ve "suçluluk"tan ziyade "sorumluluk" ve "zararın onarımı"na odaklanarak, tarafların iletişimi ve insanileştirilmesi aracılığıyla adalete erişimi çabalar. Bu hedeflere ulaşılması tüm paydaşların katkısına imkân sağlayan işbirliğine dayalı süreçler aracılığıyla mümkün olur. Bu yüzden onarıcı adalette temel alınan uygulamalar suç tepki olarak zararın onarılması için gerekli adımları tanımlar ve bu adımları atarak, çatışmaların çözümüne bütün tarafları dâhil eder. Bu şekilde, suçun ele alınmasında ortaya çıkan toplum ve devlet arasındaki geleneksel ilişkiyi başka bir boyuta taşır.³⁰

29 Sevdiren, Öznur, Cezalandırmada Bir Paradigma Değişikliği Olarak Onarıcı Adalet Felsefesi: Bir Sentez Denemesi-I, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı :15 Nisan 2011, s. 111-112

30 Jahic, Galma / Yeşiladalı, Burcu Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım 1 Onarıcı Adalet, Mağdur - Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2008, s. 16

Onarıcı adalet, suça karşı gösterilecek tepki konusunda tamamen farklı bir çerçeve çizmektedir. Burada suç, öncelikle kişiler arasında bir uyuşmazlık olarak kabul edilmekte ve suçun mağduru da devlet değil haksızlığa uğramış olan bir kişi olarak görülmektedir. Fail sürece pasif olarak katılmak yerine, eyleminin sonuçlarını anlayacak ve bu sonuçların sorumluluğunu kabul ederek, ortaya çıkan zararı gidermeye çalışmaktadır.³¹

Onarıcı adalet sisteminde cezalandırma yerine onarma vardır. Onarıcı adalet düşüncesinde pişmanlık, özür, utanma ve duyguların ifadesi önemli yere sahiptir. Onarıcı adalet uygulamaları ile suçun yol açtığı maddi yaraların yanı sıra manevi yaraların da daha kısa sürede ve etkin bir şekilde sarılma imkanı doğabilecektir.³²

Onarıcı adalette odak noktanın mağdur olması, amacın mağdurun zararının giderilmesi olması ve kendisini dilediği gibi ifade edebilme imkanının söz konusu olması nedeniyle, mağdurların ikinci kez mağdur olması gibi bir durum söz konusu olmamaktadır.³³

Bir suç işlendiğinde bunun iki tarafı bulunur: Fail ve mağdur. Ceza Hukuku yüzlerce yıldır hep suç failleri ile ilgilenmiştir. Ancak bir de suçun mağduru vardır. Günümüzde, mağdurlar açısından onarıcı adalet kavramı önem kazanmıştır, zira artık ceza adaleti yalnızca failin etkin bir şekilde cezalandırılmasının, adil bir cezaya mahkûm olmasının hedeflemenin ve suçun önlenmesinin ötesinde, mağdura verilen zararların onarılmasını da amaçlamalıdır. Ancak bu şekilde adaletten söz edilebilir.³⁴

31 Çetintürk, Ekrem, s. 24-25

32 Uludağ, Şener, s. 133-134, (Zerh, 1990; Van Ness, 1996; Hayden ve Gough, 2010; Braithwaite, 1989; Zerh, 1990)'dan naklen

33 Baytaç, s. 117-130

34 Sokullu Akıncı, Füsün, Adaletle Yeni Bir Anlayış: Onarıcı Adalet, <http://www.khaber.com.tr/yazar-yazisi/prof-dr-fusun-sokullu-akinci/adaletle-yeni-anlayis-2405.html>, Erişim tarihi 03/12/2013

Mağdurun özellikle manevi yönden incinmiş olması ve travma sonrası stresle başa çıkabilmesi failin özellikle buna yönelik olarak yaptığı sorumluluğunda ve bilincinde olmasını gerektirir. Göstereceği anlayış, şefkat ve hatta muhabbet yaraların daha çabuk kapanmasını sağlayacaktır. Kısacası "mağdurun duygusal hesabındaki açığı" kapanması ancak bu şekilde sağlanabilir. Onarıcı adalet, özellikle mağdurun yaşadığı acı ve üzüntülerin onarılmasını sağlaması açısından özellikle anlaşılması gereken bir kavramdır.³⁵

Başka bir deyişle, onarıcı adaletin amacı, mağdurun ve toplumun suç nedeniyle uğradığı haksızlığın ve zararın giderilmesi ve bunun yanında failin hayatının sonraki döneminde hukuka uygun bir biçimde yaşayabilmesi için ıslahı ve toplumun suç nedeniyle gördüğü zararın onarılması olarak ifade edilebilmektedir.³⁶

Onarıcı adalet, suç nedeniyle ortaya çıkan zararın en iyi nasıl çözüleceğinin belirlenebilmesi amacıyla suçtan doğrudan etkilenen kişilerin katılımıyla işbirliği içerisinde gerçekleştirilen bir süreçtir.³⁷

Uzlaşma mağdur kökenli, mağdurun tatminini esas alan (ancak faili de rencide etmeyen) bir alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemidir.³⁸

35 Sokullu Akıncı, Füsün, Adaletle Yeni Bir Anlayış: Onarıcı Adalet –III 28/08/2012, <http://www.khaber.com.tr/yazar-yazisi/prof-dr-fusun-sokullu-akinci/adalette-yeni-bir-anlayis-onarici-adalet-iii-2510.html>, Erişim tarihi 03/12/2013

36 Baytaz, s. 118; Çetintürk, Ekrem, s. 25

37 Çetintürk, Ekrem, s. 28-29

38 Dünyada ceza adaleti alanında son zamanlarda suç mağdurlarının yararlarını korumak amacını güden bir duyarlılığın gittikçe güçlenerek ortaya çıktığı görülmektedir. Bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de bugüne kadar ceza adaleti alanında mağdurlara karşı gösterilen özen çok sınırlı kalmıştır. Oysa bugün Avrupa ve Amerika'da özellikle suç mağdurlarının korunmasına ve ceza adaleti sistemi içerisinde haklarının geliştirilmesine büyük önem verilmektedir. XXI. yüzyıl adalet sisteminde, ceza adaleti yerine getirilirken, mağdurun tatmin edilmesini de ön plâna çıkarmış bulunmaktadır: Suça karşı sadece ceza yaptırımını yeterli değildir; zararın giderilmesi ve onarım en başta gelen amaç sayılmalıdır. Bu bağlamda, uzlaşma mağdurun suçtan doğan zararını kısa bir süre içerisinde gidererek, mağdurlar bakımından önemli bir işlev görebilecek potansiyele sahiptir. Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Uzlaşmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in Genel Gereğinden.

Uzlaşma faaliyeti sırasında özellikle taraflardan mağdurun psikolojik tatmininin de dikkate alınması söz konusudur. Bununla birlikte; uzlaşma yolu ile tarafların barıştırılmaları, ikinci ve üçüncü uyuşmazlığı önler. Buna "onarıcı adalet" denilir.³⁹

Onarıcı adalet, gerçekleşen ihlalden dolayı esas zarar görenin devlet olmadığını, burada fiile maruz kalan kişinin birinci derecede zarar gördüğünü, düzeltilmesi gereken hususun mağdurun zararı olduğunu ortaya koymaya çalışan bir kavramdır.⁴⁰

Onarıcı adalet uygulamaları, faile ceza vermekten ziyade suçtan ilişkilere ve kişilere verdiği zararın giderilmesine odaklanarak ceza adalete yeni bir bakış açısı getirmiştir.⁴¹

Onarıcı adalet, ihlal edilen kurala ve failin cezalandırılmasına odaklanmak yerine, öncelikli olarak dikkatini zarar gören kişiye vermekte ve ortaya çıkan zararın mümkün olduğunca giderilmesine çalışmaktadır. Ayrıca faile verdiği zararları giderebilmesi için bir fırsat verilmesi gerektiğini söylemektedir. Bu nedenle fail verdiği zararı kabul etmeye ve ardından bu zararı gidermeye teşvik edilmelidir. Bu fikir onarıcı adaletin temel ilkelerinden birisini teşkil etmektedir.⁴²

Doktrindeki görüşler açısından onarıcı adalet anlayışının tanımlanmasında ve açıklanmasında tam bir fikir birliği bulunmasa da, uzlaştırma faaliyeti sırasında, yasalarda suç olarak tanımlanan haksız eylemin mağdurda meydana getirdiği maddi zararın giderilmesinin yanında, asıl olarak mağdurdaki psikolojik tatmini de sağlayıp, duyguların iyileştirilmesini esas alan, bununla birlikte faile de yaptığı haksız davranışının sorumluluğunu üstlenme fırsatını yaratarak, failin topluma kazandırıl-

39 Yenisey, Feridun, Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Rehberi ve Arabuluculuk Mevzuatı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi IGUL Direktörlüğü, Mart 2013, s.18

40 Baytaç, s.118-119, Eric Gilman, Hands of Restorative Justice Chapter 2, Susan Sharp The Idea of Reparation, Handbook of Restorative Justice, Editorler: Gerry Johnstone & Daniel W. Van Ness, 2007, s.24, naklen

41 Çetintürk, Ekrem, s. 43

42 Çetintürk, Ekrem, s. 27

ması ve bozulan toplumsal barışın devamı onarıcı adalet anlayışının sağladığı kabul edilmelidir.

3.1- Türk Hukuku'nda Onarıcı adalet

CMK'nın 253. maddesinin gerekçesinde; uzlaştırmanın Batı Hukuku'nun kabul ettiği ve Birleşmiş Milletler'ce mevzuata sokulması tavsiye edilen yepyeni bir kurum olduğu ve suç mağdurlarına karşı ceza adalet sisteminde onların yararlarını korumak amacını güden bir duyarlılığın gittikçe güçlenerek ortaya çıktığı, XXI. Yüzyıl adalet sisteminde, ceza adaleti yerine getirilirken, mağdurun tatmin edilmesini de ön plâna çıkararak; suça karşı sadece ceza yaptırımı yeterli olmadığı, zararın giderilmesi ve **onarımın** en başta gelen amaç sayılması gerekliliğinin tespiti yapılmıştır.

Bununla birlikte; uzlaştırma dışındaki bir kısım yollarla tazminatın sağlanması olanağı olsa da, uzlaştırma kurumunda; zararın giderilmesi onarım yanında ayrıca bir **moral unsurun da sağlanmasını da** olanaklı kılmaktadır.

Ayrıca, uzlaştırma ile fail, işlediği suçun sorumluluğunu üstlenerek, suçun sonuçlarını da gidererek toplumla yeniden bütünleşme olanağını elde etmiş olmaktadır. Failin ceza sorumluluğu saptanıp zararın giderilmesi için gereken de yapılmış bulunacağından hem adalet yerine getirilmiş olacak, fiille ihlâl edilmiş olan hukuk kurallarının geçerliliği vurgulanacak ve dolayısıyla kamusal barışın yeniden kurulmasına hizmet edilecek ve ayrıca devlet, yaptırım uygulamak yönünden katlanacağı birçok masraftan da kurtulmuş olacaktır. Bu çeşit uygulamalara "**onarıcı adalet**" denildiği CMK md. 253'ün gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır.⁴³

Uzlaştırmacılar, taraflar (mağdur-fail) arasındaki ve ceza adalet sistemi içerisinde tanımlanan uyuşmazlığı çözerken, öncelikle "onarıcı adalet" anlayışına uygun davranmak yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük gerek CMK md. 253'ün gerekçesinden gerekse Uz. Yön.'nin

43 <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (Erişim tarihi: 08/02/2014).

genel gerekçesinde yer alan "...Suça karşı sadece ceza yaptırımını yeterli değildir; zararın giderilmesi ve onarım en başta gelen amaç sayılmalıdır..." şeklindeki açıklamadan anlaşılmaktadır. Oysa özel hukuk anlaşmazlıklarından doğan bir uyuşmazlığın çözümünde arabulucunun böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Yargıtay; "uzlaşmazlığın taraflarının bu süreçte anlaşılması ve anlaşmaları anlamına gelir. Uyuşmazlığın tarafı devlet olup, fail ve mağdur ise sujedir. Anlaşma, uzlaşmada bunları taraf haline getirmektedir. Sujeler ancak uzlaşmada anlaşır. Fail ve mağdur karar sürecine katılmış olmakla, açıkladıkları irade esas alınıp uyuşmazlık çözümlenmelidir. **"Uzlaşma kurumu onarıcı bir adalettir"**.⁴⁴ Şeklindeki açıklamasıyla, "uzlaşmanın" onarıcı adalet anlayışını içeren bir kurum olduğunu bir çok kararında belirtmiştir.

Bununla birlikte Danıştay da 2011 yılında verdiği bir kararında "uzlaşmanın" mağdurun tatminini esas alan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğuna dikkat çekmiştir.⁴⁵

-
- 44 Yargıtay 6. CD 2007/20502 E.- 2011/44637 K. Sayılı ve 24.10.2011 tarihli kararı, Yargıtay 6. CD 2007/8842 E. - 2011/8104 K. Sayılı ve 07.06.2011 tarihli kararı, Yargıtay 6. CD 2006/16595 E. - 2010/221 K. Sayılı ve 18.01.2010 tarihli kararı, Yargıtay 6. CD 2009/1120 E. - 2011/35635 K. Sayılı ve 18.07.2011 tarihli kararı, Yargıtay 6. CD 2007/16496 E. -2010/3347 K. Sayılı ve 29.03.2010 tarihli kararı, sinerji mevzuat ve içtihat program, <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (Erişim tarihi : 16/12/2013).
- 45 Ceza sisteminde suç mağdurlarının yararlarının korunması biçiminde ve gittikçe güçlenen duyarlılığın gereği olarak, suça karşı yalnızca ceza yaptırımının uygulanması yeterli görülmemekte, suçtan kaynaklanan zararın giderilmesi de önem kazanmaktadır. Bu noktadan hareketle kimi suç fiilleriyle sınırlı olarak, suçun işlenmesinden sonra fail ile mağdur arasındaki çekişmenin uzlaşma yoluyla çözümlenmesine olanak tanınarak, hem adaletin sağlanması, hem mağdurun tatmin edilmesi, hem de yargı yerinin is yükünün azaltılması amacıyla uzlaştırma kurumu geliştirilmiştir. Başka bir ifadeyle, uzlaşma yönteminde fail, suçu işlediğini ve bunun sorumluluğunu kabul ederek suçtan kaynaklanan zararı gidermek suretiyle topluma bütünleşme olanağını kazanmakta, böylece cezalandırmanın suçlunun ıslahı biçimindeki temel amacı elde edilmekte, mağdur ise uğradığı zararın giderilmesi yoluyla tatmin edilmekte, sonuç olarak, ihlal edilmiş hukuk kurallarının geçerliliği vurgulanarak kamu yararı sağlandığı gibi, Devlet hem yargılama faaliyetinden, hem de suçluya yaptırım uygulanmasından kaynaklanan birçok harcamadan kurtulmaktadır 10. Daire Esas No: 2007/6843 Karar No: 2011/2365 K. Sayılı 19.06.2011 tarihli kararı, sinerji mevzuat ve içtihat programı, <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/> (Erişim tarihi : 16/12/2013).

4- Türk Hukuku'nda, Arabuluculuk ile Uzlaştırma Süreçlerinin Farklı Usul Esaslara ve Yönteme Tabi olması

Arabulucu, süreç boyunca arabuluculuktan başka bir uyuşmazlık çözüm yolunu yönetmeyeceğinden, arabuluculukla ilgili kuralların ve mevzuatın uygulanması ve kuruluşların korunması adına da olsa faaliyet gösterirken, diğer bir uyuşmazlık çözüm yolunu arabuluculuk olarak adlandırıp uygulamamalıdır. Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi Ve Arabulucular İçin Model Etik Ve Uygulama Kurallarında (Etik Kurallar md. 8/5)⁴⁶ bu duruma açıkça işaret edilmiş ve değinilmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözümleri ceza yargısı ile idarî yargı alanında da kabul edilmektedir. Ancak, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların niteliği ve arabuluculuk yöntemlerinin de farklı olması nedeniyle, ceza ve idari uyuşmazlıklardan ayrı olarak düzenlenmesinin isabetli olacağı düşünülmüştür (HUAK genel gerekçesinin 7. Paragrafı).

Türk Hukuku'nda, arabuluculuk yönteminin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden farklı olduğunu belirten yukarıdaki açıklamalara rağmen HUAK 17/d maddesiyle uzlaştırma yöntemini de içerecek şekilde düzenleme getirilmesi yerinde olmamıştır.

Bununla birlikte, uzlaştırma kapsamındaki bir uyuşmazlık ceza adalet sistemi içerisinde olması nedeniyle uyuşmazlığın cezai yönü olmakla birlikte özel hukuk içerisinde maddi veya manevi tazmin yönü de bulunmaktadır. Burada HUAK md. 17/d gereğince, uzlaştırma kapsamındaki bir uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle müzakere ederken uyuşmazlığın özel hukuk (maddi veya manevi tazmin) yönünün anlaşmayla çözülmesi mümkündür. Ancak taraflar arasındaki suç ve ceza ilişkisi açısından uyuşmazlığın ceza yargılaması yönünün çözümünde sorunlar yaşanacağı açıktır.

46 Arabuluculuk Sistemi Ve Arabulucular İçin Model Etik Uygulama Kuralları HUAK'ın md. 32/1-a ve HUAY'nin md. 54/1-b gereğince Türkiye Arabuluculuk Kurulu tarafından hazırlanarak 2013/Mart ayında Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın www.adb.adalet.gov.tr sitesinde yayınlanmıştır (Erişim tarihi: 08/02/2014).

Uzlaştırma kapsamındaki bir uyuşmazlığın, ceza yargılaması içerisindeki yönünün mağdurun feragat etmesi veya (diğer şartların varlığının da gerçekleşmesiyle)⁴⁷ şikayetten vazgeçmesi ile çözülebileceğini düşünmek mümkündür. Çünkü şikayet yokluğu ceza muhakemesi engelidir.

Yani, şikayetten feragat veya vazgeçme tek taraflı iradeye bağlı bir hak olarak fail açısından da ceza yargılamasını sona erdirmektedir. Ancak arabuluculuk faaliyetini sona erdiren sebeplerden biri olan HUAK 17/d maddesinde yer alan "... veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi." şeklindeki düzenleme ile tüm uzlaştırma kapsamındaki suçlar için arabuluculuk yönteminin uygulanabileceği öngörülmektedir.

Oysa uzlaştırma kapsamındaki suçların tümü şikâyete tabi değildir. Bu durumda taraflar arasında uzlaştırma kapsamında olan bir uyuşmazlık (suç) şikayete tabi bulunmadığı takdirde uyuşmazlığın özel hukuk kısmı üzerinde tarafların anlaşmaları mümkün olabilecekken, mağdurun şikayetinden vazgeçmesi ceza yargılamasını sona erdirmeyeceği için fail hakkında kovuşturma yapılması ve yapılacak yargılama sonucunda failin ceza alma olasılığı gerçeğini değiştirmeyecektir. Bu durumda da taraflar arasındaki uyuşmazlık tüm yönleriyle çözülmüş ve tam bir barış sağlanmış olmayacaktır.

Dolayısıyla, Türk hukukunda arabuluculuk ile uzlaştırmanın birbirlerinden farklı süreçlere sahip alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olduğunu söyleyebiliriz.

5- Türk Hukuku'na Göre Uzlaştırma ile Arabuluculuk Yöntemlerinin Yasal Düzenlemelerdeki Uygulama Farklılıkları

Hukuk uyuşmazlıklarındaki arabuluculuk faaliyetler yürütülürken HUAK ve HUAK Yönetmeliği'nde belirlenen kurallar (HUAK md.

47 Şikayetten vazgeçme ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2012, s.105-112 bkz.

1/1), ceza uyuşmazlıklarındaki uzlaştırma faaliyetleri yürütülürken ise CMK 253 vd. maddeleri ile Uz. Yön.'nde belirlenen kurallar esas alınacaktır.

Arabuluculuk tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarını kapsamaktadır (HUAK md. 1/2). Uzlaştırma ise ceza adalet sistemi içerisinde CMK md. 253'te belirtilen suçlar nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların giderilmesi için başvuru yöntemidir.

Taraflardan herhangi birinin, uzlaşma teklifini reddetmesi (Uz. Yön. md.8), üç günlük süre içerisinde uzlaştırma teklifine ilişkin kararlarını bildirmemesi (Uz. Yön. md. 10), veya uzlaştırmanın sonuçsuz kalması (Uz. Yön. md. 6/4) hallerinde taraflar soruşturma evresinde bir daha uzlaşma yoluna başvuramayacaklardır. Uz. Yön. md. 17/2' de soruşturma evresi için getirilen düzenleme bu durumun soruşturma evresindeki tek istisnasını oluşturur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, soruşturma evresi için getirilen bu sınırlama Uz. Yön. md 25/1 sayılı istisnai haller dışında kovuşturma aşamasını da kapsayacak ve tarafların kovuşturma evresinde de uzlaştırma yöntemine başvurmaları mümkün olmayacaktır.

Oysa HUAK'ta arabuluculuk yöntemine başvurulma isteği, uyuşmazlığın hiçbir aşamasında kısıtlanmamıştır. Başka bir deyişle, Arabuluculuk yöntemi uyuşmazlığın her aşamasında tekraren başvurulabilecek ve uygulanabilecek bir yöntem iken, uzlaştırma tüketilen ve bir daha başvurulamayacak bir çözüm yöntemi olarak düzenlenmiştir.

Taraflar diledikleri arabulucuyu seçebildiğinden (HUAK md. 14), arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek bir durumun varlığı halinde taraflar, arabulucunun arabuluculuk görevine devam etmesini isteyebilirler (HUAK md. 9). Ancak uzlaştırmacının tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir halin varlığında, uzlaştırma görüşmeleri yapılamaz (Uz. Yön. md. 13/4). Tarafların bu duruma rıza göstermeleri de bu durumda bir değişiklik yaratmaz. Uzlaştırmacı bu durumu tespit ettiği andan itibaren uzlaştırma dosyasını, uzlaştırma görevini kendisine veren kuruma (savcılık/mahkeme) bildirmesi (iade

etmesi) gerekir. Uzlaştırıcının CMK 22 vd. maddelerindeki hakim in reddine ilişkin hallerin varlığına dikkat etme yükümlülüğü söz konusudur. Arabulucunun ise böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Arabuluculukta, fotoğraf çekilemez görüntü kaydı yapılamaz (HUAY md. 6/2). Ancak uzlaştırmada, müzakerelerin görüntülü ve sesli iletişim teknikleri kullanılması suretiyle yapılabileceği düzenlenmiştir (Uz. Yön. md. 18/4).

Arabuluculukta, tarafların anlaşmasının yeterli olduğu, anlaşma metni düzenlenmesinin ise tarafların isteğine bağlı olduğu belirtilmiştir (HUAK md. 17). Bununla birlikte uzlaştırmada; uzlaştırıcının, uzlaştırma raporu düzenlenmesi zorunlu kılınmıştır. Ayrıca uzlaştırma raporunun ilgili kurum (savcılık/mahkeme) tarafından onaylanmasından sonra tarafların uzlaşmış oldukları kabul edilmektedir (Uz. Yön. md. 21).

Arabuluculuk yönteminde, düzenlenen belgenin icra edilebilir olması için taraflardan birinin maktu harç ödemek suretiyle talep etmesi ve uyuşmazlığın çözümünde yetkili ve görevli olan mahkemenin de serh vermesi gerekecektir (HUAK md. 18).

Uzlaştırma yönteminde ise, uzlaştırıcı tarafından düzenlenen uzlaştırma raporunun yine uzlaştırıcı tarafından ilgili kuruma (savcılık/mahkeme) sunulması ve bu kurumca raporun onaylanması ile uzlaşma raporu, İİK md. 38 gereğince ilam mahiyeti niteliğine sahip belge olmaktadır (Uz. Yön. md. 23/6). Yani arabuluculukta anlaşılan belgesini icra edilebilmesini sağlayan nitelikte bir belgeye dönüştürebilmek için taraflardan birisinin iradi olarak başvurusu aranırken, uzlaştırma yönteminde tarafların herhangi bir başvurusu olmadan yasal düzenleme gereğince uzlaşma raporu onaylandığı andan itibaren İİK md. 38 gereğince ilam niteliğine sahip belge haline dönüşmektedir.

Taraflar; arabuluculuk faaliyeti sırasında yapılan açıklamalar ile sunulan bilgi ve belgelerin gizliliğini aleni hale çevirebilirken (HUAK md. 4), uzlaştırma faaliyetinin tüm aşamalarında gizlilik mutlak olarak korunmuştur (Uz. Yön. md. 19).

Arabuluculuk yönteminde, davanın görülmesi sırasında mahkemenin HMK md.137, 140, 320 gereği tarafları arabuluculuk yöntemine başvurmaları konusunda sadece teşvik edebileceği ve fakat arabuluculuk faaliyetini yürütemeyeceği düzenlenmiştir (HUAK md. 13). Buna karşın uzlaştırma yönteminde soruşturma sırasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma sırasında ise mahkeme hakiminin uzlaştırma sürecini yürütebilecekleri düzenlenmiştir Uz. (Yön. md. 13).

Ayrıca uzlaştırma sonrasında taraflar arasında kararlaştırılan edimin ileri tarihli olması, taksite bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde, CMK md. 171'deki şartlar aranmaksızın, soruşturma aşamasında kamu davasının açılmasının ertelenmesine, kovuşturma aşamasında ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir.

Ertelme süresince zamaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır veya hüküm açıklanır (CMK md. 253/19 ve 254/2). Söz konusu hükümler gereğince uzlaştırmanın sonuçlarının yerine getirilip getirilmediği konusunda savcıların veya mahkemelerin, dar anlamda da olsa, gözetim ve denetim yükümlülüklerinin olması arabuluculuk ile uzlaştırma arasındaki diğer bir farktır.

Arabuluculuk sürecine başvurmak ve süreci başlatmak tarafların iradesine bağlı iken (HUAK md. 2), uzlaştırma faaliyetinin Cumhuriyet savcısı veya Cumhuriyet savcısı adına kolluk tarafından, uzlaşmaya tabi suçlar için, taraflara uzlaştırma teklifinin yapılarak başlatılması zorunludur (Uz. Yön. md. 8).

Arabulucunun yaptığı masraflar ile ücreti taraflarca karşılanırken (HUAK md. 7), Uzlaştırmacının ücreti soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcılığı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından karşılanmaktadır (Uz. Yön. md. 31). Bununla birlikte uzlaşmanın gerçekleşmemesi halinde uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, CMK'nın yargılama giderlerine ilişkin hükümleri gereğince mahkum olan sanığa yüklenecektir (CMK md. 253/22 ve Uz. Yön. md. 31/5).

Sanığın beraat etmesi halinde uzlaştırma giderleri yargılama gideri olarak mağdur üzerinde değil hazine üzerinde bırakılmaktadır.

Uzlaştırma teklifinin kamu otoritesinden gelmesi (Uz. Yön. md. 8), uzlaştırmacının kamu otoritesi tarafından atanması (Uz. Yön. md. 13) ve uzlaştırmacının, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilmesi, Cumhuriyet savcısının, uzlaştırmacıya uzlaştırma müzakerelerinin kanuna uygun yürütülmesi amacıyla talimat verebilmesi (Uz. Yön. md. 18/2) şeklindeki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde uzlaştırmacının tam bağımsız olduğunu söylemek söz konusu değildir.

Oysa arabulucunun seçimi tamamen iradidir (HUAK md. 14). Uyuşmazlığın dava olarak mahkemede görülüyor olması halinde ise Mahkeme tarafları, ancak HMK md.137, 140, 320 gereğince arabuluculuk yöntemine başvurmaları konusunda teşvik edebilir (HUAK md. 13). Yani arabulucu taraflarca seçilir ve arabulucu tam bağımsızlığa sahiptir.

Arabulucu ile uzlaştırmacının eğitim içeriği de farklılıklar içermektedir. Şöyle ki; arabulucunun hukuk eğitimi, özel hukuk uyuşmazlıkları için gerekli olan temel hukuk bilgisini kapsamakta olup ceza hukukuna ilişkin herhangi bir düzenlemeyi içermemektedir (HUAK md. 22 ve HUAY md. 26). Oysa uzlaştırma için ayrıca; mağdur, suçtan zarar gören, şüpheli ya da sanık ile birlikte çalışmanın özel koşulları ve ceza adaleti sistemi hakkında bilgi sahibi olmak gerekir (Uz. Yön. md. 30). Ayrıca uzlaştırmacı eğitim programları içeriğinde "onarıcı adalet anlayışına" ilişkin eğitim çalışmaları yer almakta olup arabulucu eğitim programlarında bu husus yer almamaktadır.

Sonuç

Türk Hukuku'nda, "arbuluculuk" ile "uzlaşma" süreçlerinin farklı yöntem ve esaslara tabi olduğu gerek HUAK'ın genel gerekçesinde (7. Paragraf) gerekse Etik Kurallar'da (md. 8/5) belirtilerek açıklığa kavuşturulmuştur.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olan " arabuluculuk" ile "uzlaştırma" arasındaki temel farklılık, ceza adalet sisteminde uygulanan "uzlaştırma" yönteminin "**onarıcı adalet**" anlayışına dayanmasıdır. Yani uzlaştırmacılar, taraflar (mağdur-fail) arasındaki ceza adalet sistemi içerisinde tanımlanan uyuşmazlığın çözüm sürecini yönetirken öncelikle "**onarıcı adalet**" anlayışına uygun davranma yükümlülüğü altındadırlar. Oysa özel hukuk uyuşmazlıklarından doğan bir uyuşmazlığın çözümünde arabulucunun "**onarıcı adalet**" anlayışı ile hareket etme yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu durumun gerek doktrinde gerekse yargısal kararlarla netleştiği kanaatindeyiz.

Gerek Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi'nde ve gerekse Çocuk Koruma Kanunu'nda "**çocukların üstün yararından**" söz edilmektedir. Bu ilke, çocukların içinde bulunduğu tüm uyuşmazlıklarda çocukların hak ve yararının korunmasına yönelik tedbirlerin alınması gereğini içermektedir. Bu nedenle, çocukların içinde bulunduğu uyuşmazlıkların çözümünde "**çocuğun üstün yararı**" ilkesine uygun olarak uzlaştırmacının taraflara yaklaşımında farklı yöntemlere başvurması gerekecektir.

Dolayısıyla çocuğun korunan üstün yararı açısından "uzlaştırmada" model ve yöntem olarak kolaylaştırıcı uzlaştırmacılıktan (arabuluculuktan) ayrılarak çocuğun üstün yararını (menfaatini) gözeten bir başka yada karma özellikli uzlaştırmacılık (arabuluculuk) modeli uygulanabilecektir.

Arabuluculuk eğitim programları içerisinde sadece özel hukuk uyuşmazlıkları için gerekli olan temel hukuk bilgisi mevcuttur. Ancak, Arabuluculuk eğitim programları uzlaştırmacının alması gereken; mağdur, suçtan zarar gören, şüpheli ya da sanık ile birlikte çalışmanın özel koşulları ve ceza adaleti sistemi ve "onarıcı adalet" anlayışı hakkındaki bilgileri kapsamamaktadır. Dolayısıyla "arabuluculuk" yöntemindeki eğitim içeriğinde uzlaştırmacılara yönelik eğitime göre eksiklikler mevcuttur.

Dolayısıyla, arabuluculuk görevini üstlenen kişilerin aynı zamanda uzlaştırmacı olarak da görev yapmaları mümkün değildir. Bu neden-

le, Arabuluculuk ve uzlaştırma uygulamaları sırasında karışıklığına yol açmamak açısından HUAK 17/d maddesinde değişikliğe gidilmesi gerekmektedir. Arabuluculuk faaliyetini sona erdiren düzenlemelerden biri olarak düzenlenen HUAK'nun 17/d maddesinde yer alan *"...4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi"* şeklindeki hükmün HUAK'tan kaldırılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bununla birlikte, uzlaştırma yöntemini diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayıran "onarıcı adalet anlayışı"nın yerleştirilmesi, uzlaştırma yöntemine özgü çözüm yaklaşımlarının uygulanması ve yapılan uygulamaların denetlenebileceği "uzlaştırma kurumunun" sürekliliğini ve kalıcı olmasını sağlayacak ayrı yasal düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yönetmeliği
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Üz. Yön.	: Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
EÜHFD	: Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Etik Kurallar:	Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları
md.	: Madde
vd.	: ve devam
bkz.	: Bakınız
Ör.	: Örnek
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
C.	: Cilt

KAYNAKÇA

- Baytaç, Abdullah Batuhan : Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış, İÜHFİM C. LXXI, S. 1, 124, 2013. s. 117-130.
- Çetintürk, Ekrem : Ceza Adaletinde Uzlaştırma, Ankara, 2009
- Fisher, Roger/ Ury,William/ Patton, Bruce çeviren Burakreis, Fatma Güven : 'EVET' Boyun Eğmeden Anlaşmaya Varmak İstanbul, Mart 2012
- Jahic, Galma / Yeşiladalı, Burcu : Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım 1 Onarıcı Adalet, Mağdur - Fail Arbuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2008
- Kekeç, Elif Kısmet : Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara, 2011
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe : Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2006
- Özbay, İbrahim : Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, EÜHFD. C. X. S. 3-4, 2006.
- Özbek, Mustafa Serdar : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2013
- Özbek, Özer Veli : "Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi" HPD Hukuki Perspektifler Dergisi S. 2, Sonbahar 2004
- Özmumcu, Seda : Arbulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arbuluculuk, İÜHFİM C. LXXI, S. 1, 2013.

- Pekcanitez, Hakan : Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri
HPD Hukuki Perspektifler
Dergisi S.5, 2005
- Sevdiren, Öznur : Cezalandırmada Bir Paradigma
Değişikliği Olarak
Onarıcı Adalet Felsefesi : Sentez Denemesi-I, s. 103- 129
Ceza Hukuk Dergisi Sayı :15, Nisan 2011
- Sezer, Ahmet : Öğreti ve Uygulamada Ceza Usul Hu-
kukunda Uzlaşma Ankara, 2010.
- Tıktık, Çiğdem Yazıcı : Arabuluculukta Gizliliğin Korunması,
İstanbul, 2013
- Yenisey, Feridun/
Çulha, Rıfat : Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Reh-
beri ve Arabuluculuk Mevzuatı, Bahçe-
şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
IGUL Direktörlüğü, İstanbul, 2013
- Uludağ, Şener : Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Para-
digma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar
Polis Bilimleri Dergisi, C. 13 (4), 2011,
s. 127- 151.
- Ünver, Yener/
Hakeri, Hakan : Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara,
2012.

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

<http://www.khaber.com.tr/yazar-yazisi/prof-dr-fusun-sokullu-akinci/adalette-yeni-anlayis-2405.html>, erişim tarihi : 03/12/2013

<http://www.khaber.com.tr/yazar-yazisi/prof-dr-fusun-sokullu-akinci/adalette-yeni-bir-anlayis-onarici-adalet-iii-2510.html>,
erişim tarihi : 03/12/2013

<http://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, erişim tarihi : 16/12/2013

<http://www.sozluk.adalet.gov.tr/>, erişim tarihi : 22/01/2014

<http://www.adb.adalet.gov.tr/>, erişim tarihi : 01/02/2014

MAKALELER

TERDİTLİ DAVALAR AÇISINDAN HMK'NİN GÖREV HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

■ Ali TOPALOĞLU¹

GİRİŞ

Terditli davalar hakkında 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'nda açık bir düzenleme bulunmazken 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ikinci kısmın 1. bölümünde dava çeşitleri başlığı altında 111. maddesinde açık düzenlemeye yer verilmiştir.

Anayasa'nın 141. maddesinde "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*" denilmektedir. Bu hükümle usul ekonomisi ilkesine işaret edilmiştir. Uyuşmazlıkların söz konusu ilkeye göre çözümlenmesinde hem bireyin hem de kamunun yararı söz konusudur.² Bu ilke aynı zamanda HMK 30. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. HMK, Anayasa ve Kanun'da açıkça ifade edilen usul ekonomisi ilkesinin bir gereği olarak hem doktrin hem de uygulama tarafından benimsenen ve uygulaması son derece yoğun olan bu dava kurumunun yasal çerçevede tanımını yapmış ve hukukumuzda bu dava kurumunun caiz olup olmadığı hususundaki tereddütleri de tümüyle gidermiştir.

1 Hâkim, Tarsus Adliyesi, alitopaloglu53@gmail.com

2 AYM, 24.05.2012, E. 2011/134, K. 2012/83. (R.G. tarih 13.02.2013, Sy. 28558.)

Usul ekonomisine uygun olan, doktrin ve uygulama tarafından benimsenen bu dava çeşidine HMK açıkça yer vermiş ise de HUMK döneminde olduğu gibi bu dava çeşidinde görevli mahkemenin nasıl tayin edileceği hususunda açık hüküm sevk edilmemiştir.

Asliye hukuk-sulh hukuk mahkemelerinin ayırımında dava konusunun değerine göre görev ayrımı HMK ile kaldırılmış ve malvarlığına ilişkin davalarda dava konusu mal veya hakkın değeri dikkate alınmaksızın aksine düzenleme olmadıkça asliye hukuk mahkemesinin görevli olacağı benimsenmiştir (HMK md. 2). Bu genel kuralın objektif dava birleşmesi, terditli davalar, seçimlik dava, kısmi dava gibi bazı dava çeşitleri açısından görevli mahkemenin tespitinde HUMK döneminde olduğu gibi tereddüt ve güçlükler göstermeyeceği doktrinde ifade edilmektedir. Ancak terditli davalarda asli talebin sulh hukuk veya özel mahkemeler (örneğin aile mahkemesi) fer'i talebin ise asliye hukuk mahkemesinin görevine girdiği veya tam tersi durumlarda görevli mahkemenin nasıl tayin edileceğine ilişkin HMK'da hükmün bulunmaması tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

HMK 2. maddesiyle getirilen genel kuralın özellikle çalışma konumuzunu oluşturan terditli davalar açısından tereddüt ve güçlükler gösterdiği, bu nedenle de HMK'da görev ile ilgili açık düzenlemelere ihtiyaç olduğu hususu çalışmada çeşitli örnekler ve Yargıtay kararları ışığında ele alınmaktadır.

Çalışmada öncelikle terditli davalar, çeşitleri, bu davaların incelenmesi gibi hususlar kısaca açıklanmakta ve ikinci bölümde bu dava çeşidinde görev hususu hem HUMK hem de HMK açısından değerlendirilmektedir.

I. Terditli Davalar (Kademeli/Basamaklı Davalar)

A. Genel Olarak

Davada belirli bir hukuki sebebe dayanılarak bir hukuki ilişkiden kaynaklanan; edaya, tespite veya inşai hakka ilişkin olan tek bir talep davalıya yöneltilerek mahkemedен hüküm altına alınması istenmektedir. Ancak davacının aynı davalıya karşı birden fazla talebinin bulun-

duğu veya birden fazla talebin farklı şekilde ileri sürüldüğü ya da davacının talebinin birden fazla dayanağının olduğu durumlarda davanın niteliği de değişmektedir.³ Maddi hukukun imkân tanıdığı durumlarda talep sonucunun niceliğine göre davalar; terditli davalar, seçimlik davalar, objektif dava birleşmesi, mütelahik davalar, kısmi dava olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴

Terditli davada, davacı birden fazla talepte bulunmakta ancak bu talepleri terditli (kademeli)⁵ olarak yapmaktadır. Yani asıl talebin kabul edilmediği takdirde yardımcı talep hakkında da karar verilmesi istenmektedir. Yardımcı talep asıl talebin reddedilmesi ihtimali gözetilerek ileri sürülmektedir.⁶ Davacı öncelikle asıl talebin incelenmesini ve bu yönde karar verilmesini, sözkonusu bu talebi kabul edilmediği takdirde yardımcı talebin incelenerek karara bağlanmasını istemektedir.⁷ Örneğin davacının bir malın teslimini mümkün olmadığı takdirde bedelinin ödenmesini; taşınmazın tapusunun iptalini olmadığı takdirde tazminat tahsilini istediği bir dava terditli davadır.⁸ Yine Anonim şirket genel

-
- 3 Hakan Pekcanitez; Oğuz Atalay; Muhammet Özeker; (2011), *HMK Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, 12. bsk, Ankara, Yetkin Yay, s. 311.
 - 4 Baki Kuru; (2001), *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.II, 6. bsk, İstanbul, Demir Demir Yay, s. 1484; Pekcanitez/Atalay/Özeker; **a.g.e**, s. 311 vd.; Abdurrahim Karşlı; (2011), *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, 2. bsk, İstanbul, Alternatif, s. 205 vd.; Baki Kuru; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz; (2011), *Medeni Usul Hukuku*, 22. bsk, Ankara, Yetkin Yay, s. 281 vd.
 - 5 Doktrinde kademeli dava terimi terditli dava için kullanıldığı gibi İsviçre hukukunda Kanunda yer almamasına rağmen uygulama ve doktrinde kademeli/basamaklı dava belirsiz alacak davasının bir türü olarak kabul edilmekte ve objektif dava birleşmesi olarak görülmektedir. Yargıtay 14. HD, 27.10.2011, E. 2011/12069, K. 2011/12841 sayılı ilamında terditli dava için kademeli dava terimini kullanmıştır. (Cemil Simil; (2013), *Belirsiz Alacak Davası*, İstanbul, XII Levha yay, s. 27.)
 - 6 Kuru; **a.g.e**, (C. II), s. 1484; Pekcanitez/Atalay/Özeker; **a.g.e**, s. 311.
 - 7 Karşlı; **a.g.e**, s. 206.
 - 8 Pekcanitez/Atalay/Özeker; **a.g.e**, s. 311; Ejder Yılmaz; (2013), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. bsk, Ankara, Yetkin Yay, s. 775; Yrg. 8. HD, 02.12.2010, E. 2010/2830, K. 2010/5748; "Dava, gizli ayıp hukuki nedenine dayalı ayıplı malın ayıpsız misli ile değiştirilmesine, mümkün olmadığı takdirde sözleşmenin iptali

kurulunda alınan kararların yokluğunun tespiti olmadığı takdirde söz-konusu kararların iptaline karar verilmesi istemli dava terditli davadır.⁹

Terditli davalar dava dilekçesinde terditli olarak birden faza vakiyaya dayanılması durumundan farklıdır.¹⁰

Terditli davalar hakkında 1086 sayılı HUMK'ta açık bir düzenleme bulunmamakta ise de doktrin ve uygulamada davacının terditli dava açmasında korunmaya değer hukuki yararı bulunduğu ve bu dava çeşidinin usul ekonomisine uygun olduğu kabul edilmekteydi.¹¹

6100 Sayılı HMK doktrin ve uygulamanın bu kabulü doğrultusunda ve usul ekonomisinin bir gereği olarak¹² 111. maddesinde bu dava çeşidini şu şekilde düzenlemiştir:

"(1) Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik-ferilik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır.

ile sözleşme bedelinin iadesi istemine ilişkin olup, terditli dava mahiyetindedir." Yargıtay (Yrg.) 13. HD, 14.04.2014, E. 2013/11282, K. 2014/11755; "Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescili, taşınmazların üçüncü kişiler adına tescil edilmiş olması halinde ise davacıya devri gereken taşınmazların rayiç bedelinin tahsili istemine ilişkindir... Dava dilekçesiyle, davacı yüklenici vekili, öncelikle sözleşme gereğince davacı adına tescili gereken bağımsız bölümlerin ferağını talep etmiş, bağımsız bölümlerin üçüncü kişilere devredilmiş olması halinde rayiç değerleri üzerinden tazminat talebinde bulunmuştur. Davacı tarafın istemi bu şekilde bulunmakla ve tapu kayıtlarına göre, davaya konu edilen tüm bağımsız bölümler halen davalı adına kayıtlı iken, 6100 sayılı HMK'nın 111/2. maddesi nazara alınarak, öncelikle tescil isteği hakkında bir değerlendirme yapılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi zorunludur." Yrg. 23. HD, 29.11.2012, E. 2012/4300, K. 2012/7080. (UYAP); (Atıf yapılan kararlarda (UYAP) şeklinde belirtilen kararlar UYAP Hâkim ve Savcı Karar Arama Ekranı'ndan temin edilmiştir.)

9 Yrg. 11. HD, 17.01.2013, E. 2012/6540, K. 2013/875. (UYAP)

10 Kuru; **a.g.e.**, (C. II), s. 1494.

11 Kuru; **a.g.e.**, (C. II), s. 1484; Kuru/Arslan/Yılmaz; **a.g.e.**, s. 281.

12 Yılmaz; **a.g.e.**, s. 775.

(2) *Mahkeme, davacının asli talebinin esaslan reddine karar vermedikçe, fer'î talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz."*

Bu maddeye göre davacı terditli davada davalıya karşı aralarında hukuki veya ekonomik bağlantı bulunan birden fazla talebini aralarında aslilik ve fer'ilik kurmak suretiyle aynı dava dilekçesinde ileri sürecektir.¹³

Davacının dava dilekçesinde aynı davalıya karşı olan birbirinden bağımsız birden fazla talebi arasında bir aslilik ve fer'ilik ilişkisi kurmadığı durumda objektif dava birleşmesi vardır. Doktrinde objektif dava birleşmesi - kümülatif dava olarak ifade edilen kurum HMK'nın 110. maddesinde davaların yığılması terimi kullanılarak düzenlenmiştir.¹⁴ HMK 110. maddeye göre davaların yığılması şu şekilde ifade edilmektedir:

"Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, birlikte dava edilen taleplerin tamamının aynı yargı çeşidi içinde yer alması ve taleplerin tümü bakımından ortak yetkili bir mahkemenin bulunması şarttır."

Davaların yığılmasında tek dava dilekçesinde birden fazla talepte bulunulmakta ise de ortada talep konusunun sayısı kadar dava vardır. Yani görünüşte tek dava var ise de esasında talep sayısınca dava bulunmaktadır. Bu nedenle de her bir talep için dava dilekçesinde vakıaların ayrı ayrı belirtilmesi ve taleplere dayanak vakıaların ayrı ayrı ispat edilmesi gereklidir. Davaların yığılması ile terditli dava arasındaki fark talepler arasında aslilik ve fer'ilik ilişkisi olmamasıdır.¹⁵

B. Terditli Davaların Çeşitleri

Terditli davalar dayandıkları vakıaların aynı veya farklı olmasına göre iki şekilde karşımıza çıkmaktadır.¹⁶

13 Kuru/Arslan/Yılmaz; **a.g.e.**, s. 281; Pekcanitez/Atalay/Özekes; **a.g.e.**, s. 311.

14 Pekcanitez/Atalay/Özekes; **a.g.e.**, s. 311.

15 Yılmaz; **a.g.e.**, s. 773; Pekcanitez/Atalay/Özekes; **a.g.e.**, s. 316.

16 Kuru; **a.g.e.**, (C. II), s. 1484; Kuru/Arslan/Yılmaz; **a.g.e.**, s. 282.

1. Taleplerin Dayandığı Vakıaların Aynı Olması

Bu durumda asıl talep ve fer'i talebin dayanağı olan vakıalar aynı olmakla birlikte bu vakıalara dayandırılan taleplerin hukuki sebepleri ise farklıdır. Örneğin başkasının arsasına inşaat yapan davacının binanın kıymetinin arsa kıymetinden fazla olduğunu sanarak haklı bir tazminat karşılığında arsa ve binanın mülkiyetinin kendisine verilmesini (asıl talep); olmadığı takdirde yani mahkemenin yapacağı kıymet takdiri sonucunda binanın kıymetinin arsanın kıymetinden az olduğu ihtimali için kullandığı malzeme karşılığında tazminat talep etmesi (fer'i talep) durumunda aynı vakıalara dayanma sözkonusudur. Ancak taleplerinden asli talebinin hukuki sebebi TMK 724. madde; fer'i talebinin hukuki sebebi ise TMK 723. madde olarak farklıdır.¹⁷

- 17 Kuru; a.g.e, (C. II), s. 1484; Kuru/Arslan/Yılmaz; a.g.e, s. 282.; "Dava, Türk Medeni Kanununun 724. maddesi dayalı tapu iptali ve tescil; ikinci kademedede tazminat istemlerine ilişkindir. Türk Medeni Kanunu m. 684. ve 718 hükümleri gereğince yapı, üzerinde bulunduğu taşınmazın mütemmim cüzü (tamamlayıcı parçası) haline gelir ve o taşınmazın mülkiyetine tabi olur. Ancak, yasa koyucu somut olaydaki taşınmazların durumunu genel hükümlere bırakmamış, bu konumdaki taşınmazların maliki ile yapıyı yapan kişi arasındaki ilişkiyi Türk Medeni Kanununun 722, 723. ve 724. maddelerinde özel olarak düzenlemiştir. Uyuşmazlığın bu kapsamda değerlendirilmesi gerekecektir. Bir kimsenin kendi malzemesi ile başkasının tapulu taşınmazına sürekli, esaslı ve mütemmim cüzü (tamamlayıcı parçası) niteliğinde yapı yapması halinde diğer koşullar da mevcutsa malzeme sahibi yapının bulunduğu alan ile yapının kullanılması için zorunlu arazi parçasının tescilini mülkiyet hakkı sahibinden isteyebilir. Türk Medeni Kanununun 724. maddesinde yapı sahibine tanınan bu hak, kişisel hak niteliğinde olup, bina sahibi ve onun külli halefleri tarafından, inşaat yapılırken taşınmazın maliki kim ise ona ya da onun külli haleflerine karşı ileri sürülebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, taşınmaza sonradan malik olan kişiye karşı da bu kişisel hak ancak yapı sahibini bu haktan mahrum bırakmak amacıyla arsa sahibi ile el ve işbirliği içinde olduğu iddiası ileri sürülebilir. Somut olayda, davacı TMK'nun 724. maddesine dayanarak tapu iptali ve tescil, bu istemin kabul edilmemesi halinde tazminat talep etmiştir. Mahkemece hükme esas alınan 21.07.2009 tarihli inşaat bilirkişi raporundan, bina değerinin zemin değerinden fazla olmadığı anlaşılmaktadır. Yapı değeri zemin değerinden daha düşük olduğundan tapu iptal ve tescil isteminin reddine karar verilmesinde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Ancak, davacı tapu iptali ve tescil isteminin kabul edilmemesi halinde tazminat isteminde bulunmuştur. Bu istemin dayanağını TMK'nun 723. maddesi oluşturmaktadır. Davacının bu istemi ile ilgili olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken terditli dava açılmayacağı ve bu talep hakkında ayrı bir dava açılabileceği gerekçesi ile istemin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir." Yrg. 14. HD, 27.03.2012, E. 2012/267, K. 2012/4534. (UYAP)

Gayrimenkul satış vaadine dayanarak gayrimenkulün davacı adına tescili, mümkün değilse satış bedelinin geri verilmesi talepli dava; çeyiz listesindeki eşyaların teslimi olmadığı takdirde bedelinin tahsili gibi davalar da aynı vakıalara dayanılarak ikame edilmektedir.¹⁸

Ayrıca davacının asli ve fer'i bir talebi olmaksızın dava dilekçesinde terditli olarak birden fazla vakıaya dayanması terditli dava değildir.¹⁹

2. Taleplerin Dayandığı Vakıaların Farklı Olması

Bu durumda asıl talep ile fer'i talebin dayandığı vakıalar farklı olduğu gibi bunların hukuki sebepleri de farklıdır. Örneğin miras hukukuna dayalı ölüme bağlı tasarrufun iptali (asıl sebep) iptal sebeplerinin kabul görmemesi halinde ölüme bağlı tasarrufla yapılan bağışın tenkisi (fer'i talep) talepli davada her iki talebin dayanağı vakıalar (TMK 558 ve 559'daki vakıalar) ile saklı paya tecavüz edilmiş olduğu vakıası farklı olmakla birlikte bunların hukuki sebepleri de farklıdır (iptal, tenkis).²⁰

Bir gayrimenkulün ortaklığının giderilmesi davası açılmış ve taşınmazın 70 yıldan beri tasarrufu altında bulunduğunu iddia eden bir kişi ortaklığın giderilmesi davasını açan kişiye karşı muarazanın men'i (menfi tespit) ve tapusunun iptali talebiyle bir dava açmış, davacı bu davasında ise davalının dayandığı tapunun bu yere uymadığı, uysa bile tapusunun hukuki kıymetini yitirdiğini iddia etmiştir. Bu davada HGK her iki terditli iddianın incelenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir.²¹

C. Terditli Davaların Şartları

Terditli davaların dinlenebilmesi için asıl talep ile yardımcı talep arasında bir irtibat bulunması ve her iki talebin de hukuki ve ekonomik bakımdan aynı veya benzer amaca yönelmiş olması gerekmektedir.²²

18 Kuru; **a.g.e.**, (C. II), s. 1484-1487.

19 Kuru; **a.g.e.**, (C. II), s. 1494.

20 Kuru; **a.g.e.**, (C. II), s. 1488; Kuru/Arslan/Yılmaz; **a.g.e.**, s. 282.

21 HGK, 04.04.1962, 6/60-11; Bkz. Kuru; **a.g.e.**, (C. II), s. 1493.

22 Kuru; **a.g.e.**, (C. II), s. 1494.

Terditli davadan söz edebilmek için iki şartın bir arada bulunması gerekir:

1) Aynı davalıya karşı ileri sürülecek birden fazla talep arasında bir aslilik-fer'ilik ilişkisinin olması gerekir.

2) Birlikte ileri sürülen bu talepler arasında da hukuki veya ekonomik bağ bulunmalıdır (HMK md. 111/1).

Örneğin Yargıtay işe iade ile fazla çalışma ve hukuksal bayram, genel tatil ücret alacaklarına ilişkin alacak davalarının bu alacaklar feshe bağlı alacaklar olmadığından aralarında hukuki bağ bulunmadığı gerekçesiyle terditli dava yolu ile birlikte talep edilemeyeceğine karar vermektedir.²³

23 "Mahkemece yapılan yargılama sonunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 111. maddesine göre dava konusu işe iade ve alacak talepleri arasında aynı işleme dayandığından aralarında hukuki bağ bulunduğu, işe iade ve alacak talebini, aralarında aslilik ve fer'ilik ilişkisi kurmak suretiyle talepte bulunabileceği gerekçesiyle yapılan yargılama sonunda işe iade talebinin kabulüne ulusal bayram genel tatil ücret isteğinin kabulüne diğer isteklerin reddine karar verilmiştir. 6100 sayılı Kanunu'nun 111. maddesinde terditli dava düzenlenmiş olup anılan kanun maddesinde "Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik-fer'ilik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır. Mahkeme, davacının asli talebinin esaslan reddine karar vermedikçe, fer'i talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz" düzenlemesi getirilmiştir. Dosya içeriğine göre dava dilekçesinde feshin geçersizliğinin tespiti ile davacının işe iadesine, mahkemece aksi kanaatte olunması halinde kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesi talep edilmiştir. Mahkemece dava konusu isteklerin aynı işleme (iş sözleşmesinin feshi) dayalı olduğundan talepler arasında hukuki bağ olduğundan bahisle terditli dava olarak açılıp davanın görülebileceği gerekçesiyle işe iade ve alacak istekleri birlikte görülüp sonuçlandırılmışsa da **dava konusu işe iade ve fazla çalışma ve hukuksal bayram genel tatil ücret alacakları feshe bağlı alacaklar olmadığından aralarında hukuki bağ bulunmadığından terditli dava yolu ile talep edilmesi mümkün değildir.**" Yrg. 22. HD, 30.10.2012, E. 2012/16315, K. 2012/23729. (UYAP)

Yargıtay yargılamanın yenilenmesi (asli talep) olmadığı takdirde tapu iptal ve tescil, bu talebin de kabul edilmediği takdirde sebepsiz zenginleşmeye göre tazminat (terditli fer'i talepler) istemli terditli bir davanın görülemeyeceğini, terditli taleplerin yargılamanın yenilenmesi talebinden ayrılması gerektiğine hükmetmiştir.²⁴

Terditli davanın açılması şarta bağlı dava açılması anlamına gelmemektedir. Davacı aslilik ve fer'ilik ilişkisi içinde birden fazla talep ileri sürerek mahkemece gerçekleştirilecek olan inceleme sırasını belirlemiş olmaktadır.²⁵

Davacının terditli olarak ileri sürdüğü talepler çoğunlukla aynı vakıalara dayanmakta ise de terditli taleplerin farklı vakıalar veya hukuki sebeplere de dayanması mümkündür. İster aynı ister farklı vakıalar ve hukuki sebeplere dayansın terditli talepler arasında bağlantı bulunması gerekmektedir. Yani birbirine yabancı taleplerin terditli olarak dava edilip ileri sürülmesi mümkün değildir.²⁶ Ayrıca karşılık davanın da terditli olarak açılması mümkündür.²⁷

D. Terditli Davanın İncelenmesi

Terditli davada mahkeme öncelikle asıl talebi inceleyecek ve bir kanaate varacaktır. Mahkeme asıl talebin esastan reddi gerektiği konusunda bir kanaate varmadan fer'i talebi incelemeye başlayamaz ve hük-

24 "Yargılamanın yenilenmesi, bir dava gibi açılmakla birlikte, istem uyumsuzluğun özüne ilişkin olmayıp HUMK'da sınırlı olarak belirtilen nedenlere ve şartlara dayalı olarak inceleme yapılmasına ilişkindir. Yargılamanın yenilenmesi yolu, yeni bir dava değil olağanüstü yani kesinleşmiş hükümlere karşı başvuru istisnai ve olağanüstü bir yoldur. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, **bir dava gibi açılıp incelenmesine rağmen niteliği itibarıyla olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi isteminde, ancak bir davada ileri sürülebilecek olan terditli istemin incelenme ve değerlendirilebilme olanağı yoktur.** Belirtilen nedenle mahkemece, davacının aynı dilekçede ileri sürdüğü tapu iptali tescil ile tazminat isteği hakkındaki davanın ayrılmasına karar verilmesi gerekir." Yrg. 14. HD, 25.09.2007, E. 2007/10776, K. 2007/10664. (UYAP)

25 Pekcanitez/Atalay/Özekes; **a.g.e.**, s. 312; Yılmaz; **a.g.e.**, s. 775.

26 Pekcanitez/Atalay/Özekes; **a.g.e.**, s. 313.

27 Kuru; **a.g.e.**, (C. II), s. 1494.

me bağlayamaz. Yani fer'i talebin incelenip hükme bağlanması asli talebin mahkemece esastan reddedilmesi gerektiği konusundaki kanaatin oluşmasına bağlıdır. Ancak mahkemenin bu kanaatini bir ara kararıyla açıklaması gerekmez, bu süreç tamamen hâkimin ya da mahkemenin karar verme sürecinde bir kesit olup herhangi bir kararla taraflara özellikle duyurulmasına gerek yoktur.²⁸

Terditli davada mahkeme ilk önce asıl talep hakkında inceleme yapar bunu yerinde bulursa fer'i talebin incelenmesine gerek kalmaz. Asıl talep yerinde görülmezse o zaman yardımcı talebin incelenmesine geçilir.²⁹ Fer'i talep de aynı vakiya dayandığı veya asıl taleple bağlantılı

-
- 28 Pekcanitez/Atalay/Özekes; **a.g.e.**, s. 312.; HMK 111/2 maddesi "*Mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'i talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.*" olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm mahkemenin yargılama devam ederken asli talep açısından esastan ret kararını vermesi ve bu kararı açıklayıp fer'i talebi incelemeye geçmesi gerektiği şeklinde anlaşılmaya müsait olduğundan kanaatimizce doğru bir şekilde kaleme alınmamıştır.
- 29 "*... Davacılar dava dilekçelerinde, mirasbırakan tarafından davalıya yapılan satış işlemlerinin mirasçılardan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek, öncelikle muris muvazaası nedeniyle taşınmazların tapusunun miras payları oranında iptali ile adlarına tesciline olmazsa tenkisine karar verilmesi istemiyle terditli dava açmışlar ancak, mahkemece muris muvazaası nedeniyle açılan dava hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmeksizin, terditli isteklerden tenkis istemi yönünden hüküm kurulmuştur. Hâl böyle olunca, yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde toplanılan tüm deliller değerlendirilmek suretiyle öncelikle iptal-tescil isteği bakımından bir karar verilmesi gerekirken terditli isteklerden muris muvazaası nedeniyle tapu iptal ve tescil istemi yönünden olumlu veya olumsuz bir karar verilmeksizin tenkis istemi yönünden hüküm kurularak neticeye gidilmiş olması doğru değildir.*" Yrg. 1. HD, 18.03.2014, E. 2013/21779, K. 2014/5820; "*Dava, hile nedeniyle satış sözleşmesinin iptali ile satış bedelinin iadesine, olmadığı takdirde satış bedelinin tenkisi istemine ilişkin olup, terditli dava mahiyetindedir. Terditli davada iki ayrı talep bulunur. Davacı asıl talep reddedilirse yardımcı talep hakkında karar verilmesini ister. Bu nedenle mahkemenin yardımcı talep hakkında karar verebilmesi için asıl talebin reddedilmesi gerekir. Davacının ilk talebi "hile nedeniyle satış sözleşmesinin iptali ile satış bedelinin iadesi" olduğundan mahkemece öncelikle bu talebin değerlendirilmesi ve hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde nesafet farkına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.*" Yrg. 13. HD, 13.10.2013, E. 2013/9468, K. 2013/29142 (UYAP)

olduğu için mahkemenin yardımcı talebinin aynı davada incelenmesi yardımcı talebin ayrı bir dava konusu yapılmasına oranla çok daha kolay, basit ve ucuz olmaktadır.³⁰

Davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) durumunda ise mahkemenin talepleri ayrı ayrı değerlendirmesi, dava şartlarının her bir talep açısından incelemesi ve sonucunda vereceği hükümde her bir talebi ayrı ayrı karara bağlaması sözkonusudur.³¹ Yani taleplerden birinin kabulü diğerinin reddine karar verilebilir. Yani görünüşte tek hüküm gerçekte ise talep sayısınca hüküm bulunmaktadır.³²

Terditli davada davacının dava dilekçesindeki taleplerinin birinden vazgeçerek talebini teke indirmesi için davayı ıslah etmesine gerek yoktur.³³

Davacının asli talebini yerinde görmeyen mahkeme fer'i talebi incelemeksizin davayı reddedemez. Aksi takdirde bu husus Yargıtay tarafından temyiz incelemesinde verilen hükmün bozulması nedenidir. Ayrıca mahkeme asli ve fer'i taleplerin tamamını kabulü şeklinde de hüküm kuramaz.³⁴

Terditli davalarda verilen hüküm asli veya fer'i taleplerden birinin kabulü şeklindedir.³⁵ Terditli taleplerden asıl talebin kabulüne karar ve-

30 Kuru/Arslan/Yılmaz; **a.g.e.**, s. 283.

31 Yılmaz; **a.g.e.**, s. 773.

32 Pekcanitez/Atalay/Özekes; **a.g.e.**, s. 316.

33 Yılmaz; **a.g.e.**, s. 777.; Yrg. 7. HD, 27.02.2007, E. 2006/3847, K. 2007/661. (UYAP)

34 Yılmaz; **a.g.e.**, s. 776.

35 "Hukukumuzda aynı sebebe dayanarak birden fazla taleple dava açılmasına olanak bulunmaktadır. Buna uygulamada terditli dava denilir. Terditli talepte, talepler birden fazla olmakla birlikte taleplerden birinin hüküm altına alınması mümkündür. Somut olayda ise **mahkemeye hem mülkiyet aktarımı istemi kabul edilmiş, hem de (veya) davacının tazminat istemi hüküm altına alınmıştır.** Belirtildiği üzere, bunlardan sadece birinin kabulü mümkün ve yeterlidir." Yrg.14. HD, 18.10.2011, E. 2011/7445, K. 2011/12251; "Dava, gizli ayıp hukuki nedenine dayalı ayıplı malın ayıpsız misli ile değiştirilmesine, mümkün olmadığı takdirde sözleşmenin iptali ile sözleşme bedelinin iadesi istemine ilişkin olup, terditli dava mahiyetindedir.

rildiğinde fer'i talep açısından da karar verilmesine yer olmadığına karar verilir.³⁶ Ayrıca Yargıtay asli talebin kabulüne karar verildikten sonra fer'i talep açısından hiçbir hüküm kurulmamasını (feri talep açısından karar verilmesine yer olmadığı kararının verilmemesini) bir eksiklik olarak kabul etmemektedir.³⁷ Nitekim HMK 111. madde gerekçesinde de asli talep hüküm altına alınmışsa zaten fer'i talep hakkında herhangi bir karar verilmeyeceği belirtilmiştir.³⁸

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4.maddesinde tüketiciye tanınan haklar yenilik doğurucu yani tüketilen haklardan olup tüketici bunlardan ancak birini seçebilir. Ne var ki, **davacı öncelikli olarak ayıplı aracı ayıpsız misli ile değiştirilmesine dair talepte bulunmuş ve mahkemece bu husus karar altına alınmış olmakla, hükmün aynen icrasının mümkün olmaması halinde İcra ve İflas Yasası'nın 24/4. Maddesi gereğince işlem yapılacağıın anlaşılması olmasına göre, mahkemece, değişim mümkün olmadığı takdirde, davacının ödediği bedelin iadesine de karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, kararın bu nedenle bozulması gerekirse de, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden usulün 438/7.maddesi gereğince hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmesi gerekmektedir."** Yrg. 13. HD, 24.12.2013, E. 2013/22382, K. 2013/32596.; Ayrıca bkz. Yrg. 2. HD, 20.01.2014, E. 2013/19418, K. 2014/903; Yrg. 20. HD, 14.11.2013, E. 2013/6289, K. 2013/10089; (UYAP)

- 36 "Asıl talep sözleşmenin geçersizliğinin tespiti ve iptâl, terditli talep ise asıl talebin kabul edilmemesi halinde istenilen tazminatlardır. Bu tip davalarda, terditli olarak ileri sürülen istemin incelenilmesi için asıl talebin kabul edilmemesi gerekir. Asıl talebin esastan reddine karar verilmedikçe, terditli talep incelenemez. Bu durumda, somut olayda mahkemece geçersizliğin tespitine ilişkin **asıl talep kabul edildiğinden terditli olarak ileri sürülen talepler hakkında hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi ile yetinilmesi gerekir"** Yrg. 15. HD, 28.12.2011, E. 2011/2291, K. 2011/8009. (UYAP)
- 37 "Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle terditli taleplerde asıl talebin kabul edilmesi halinde fer'i talep hakkında hüküm kurulamayacak olmasına göre, davacılar vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına" Yrg. 19. HD, 17.10.2012, E. 2012/7885, K. 2012/15209.; Ayrıca bkz. Yrg. 1. HD, 26.09.2013, E. 2013/8630, K. 2013/13437. (UYAP)
- 38 Bkz. HMK 111. madde hükümet gerekçesi.

Terditli davalar pratik zaruretlerin bir ürünü olarak bazı hallerde terditli hüküm olarak sayılabilecek durumlardan (örneğin menkul teslimine ilişkin ilamların icrasında İİK'nın 24/4 düzenlemesinde olduğu gibi) farklılık arz etmektedir.³⁹ Zira terditli davalarda mahkemenin verdiği hüküm terditli bir hüküm olmayıp, tarafların hak ve yükümlülüklerini açık bir şekilde gösterir olacaktır.⁴⁰

Terditli dava türünde iddia edilen taleplerin biri veya birkaçının reddedilmiş olması tüm kademeli talepler reddedilmedikçe karşı taraf lehine avukatlık ücreti takdirini gerektirmez.⁴¹ Yani terditli açılan davaların niteliği gereği ancak isteklerden biri hakkında hüküm kurulabilmekte olup, tek vekâlet ücreti takdir edilir. Ancak davacının talebinin kısmen kabul kısmen reddine karar verilmesi halinde reddedilen miktar bakımından davalı lehine vekâlet ücreti takdir edilmesi mümkündür. Terditli açılan davalar için ayrı ayrı vekâlet ücreti takdiri mümkün değildir.⁴²

II. Terditli Davalarda Görev

A. Genel Olarak

Belirli bir davaya aynı yargı kolundaki ilk derece mahkemelerinden hangisinin bakacağını düzenleyen kurallara görev kuralları denilmektedir.⁴³

39 Bkz. HMK 111. madde hükümet gerekçesi.

40 Baki Kuru; (2001), *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.III, 6. bsk, İstanbul, Demir Demir Yay, s. 3070.

41 Yrg. 14. HD, 11.07.2011, E. 2011/7753, K. 2011/9112; 07.03.2012, E. 2012/1984, K. 2012/3295; 15.10.2012, E. 2012/11573, K. 2012/11781; "Mahkemece, tescil talebi yönünden davanın reddine, alacak yönünden ise davanın kabulüne karar verilmiştir. Terditli taleplerde kabul edilen kısım bulunmaması halinde diğer taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilebilecektir. Davada ise, davacının terditli taleplerinden olan alacak talebi kabul edilmiştir. Bu durumda yazılı şekilde davalı yararına vekâlet ücretine hükmedilmesi doğru değilse de, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün HUMK 438/7 maddesi uyarınca düzelterek onanması uygun görülmüştür." Yrg. 19 HD, 14.09.2011, E. 2011/10417, K. 2011/10778. (UYAP)

42 Yrg. 8. HD, 09.04.2013, E. 2012/10185, K. 2013/5232 (UYAP)

43 Kuru/Arslan/Yılmaz; **a.g.e.**, s. 119; Karlı; **a.g.e.**, s. 194; Pekcanitez/Atalay/Özekes; **a.g.e.**, s. 106; Yılmaz; **a.g.e.**, s. 42.

HMK 1. maddesine göre mahkemelerin görevi ancak Kanunla belirlenir ve göreve ilişkin kurallar kamu düzenindedir.

Usuli müktesep hakkın istisnalarından biri olan görev kurallarının kıyas ve yorum yoluyla genişletilme veya değiştirilme imkânı bulunmamaktadır.⁴⁴ Görev, HMK 114/1-c madde ve fıkrasına göre dava şartlarından olup taraflarca her zaman ileri sürülebileceği gibi mahkeme dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır (HMK md. 115/1).⁴⁵

-
- 44 Yılmaz; a.g.e, s. 45.; "Görev konusu kamu düzenine ilişkin olup kıyas veya yorum yolu ile genişletilemez yahut değiştirilemez. Taraflarca ileri sürülmesi bile mahkeme kendiliğinden dikkate alınmalıdır." Yrg. 21. HD, 26.11.2013, E. 2013/8572, K. 2013/21868; "05.12.1977 tarih, 4/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği gibi mahkemelerin görevi kamu düzeni ile ilgili olup kıyas veya yorum yolu ile genişletilmesi veya değiştirilmesi mümkün değildir." Yrg. 21. HD, 06.03.2012, E. 2010/8278, K. 2012/3031. (UYAP); "Anayasanın 142. maddesine göre de: "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi kanunla düzenlenir". Nitekim bu husus, 6100 sayılı HMK'nun 1. maddesinde: "Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar kamu düzenindedir." Şeklinde düzenlenmiştir. Aynı ilkeye Yargıtay'ın "Mahkemelerin görevi kamu düzeni ile ilgilidir; kıyas veya yorum yolu ile genişletilemez" şeklindeki kararında (YİBK.1977/4-4) de yer verilmiştir. Bu bakımdan mahkemelerin görev ve yetkilerinin kıyas ve yorum yoluyla genişletilmesinin olanaklı olmadığı sonucuna varılmıştır." YİBK, 21.02.2014, E. 2013/1, K. 2014/1. (R.G. tarih. 17.04.2014, Sy. 28975)
- 45 "Bir hususun dava şartı olup olmadığı onun niteliğinden anlaşılır. Bir hususun varlığı veya yokluğu, mahkemenin davayı esastan inceleyip karara bağlamasına engel oluyor ve hâkim o hususu kendiliğinden gözetmekle yükümlü ise, o husus bir dava şartıdır. Dava şartları, medeni usul hukukuna ait bir kurumdur. Bunun amacı, bir davanın esası hakkında incelemeye geçilebilmesi için gerekli bütün şartları ve bunların incelenmesi usulünü tespit etmek, böylece davaların daha çabuk, basit ve ekonomik bir şekilde sonuçlanmasına yardımcı olmaktır. Mahkemenin, davanın esası hakkında yargılama yapabilmesi (davayı esastan inceleyebilmesi) için varlığı veya yokluğu gerekli olan haller, dava (yargılama) şartlarıdır. Davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için varlığı gerekli hollere, olumlu dava şartları (mesela, görev, hukuki yarar gibi); yokluğu gerekli hollere ise olumsuz dava şartları denilmektedir (mesela, kesin hüküm gibi). Dava şartları, dava açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi (davanın esasına girebilmesi) için gerekli olan şartlardır. Buna davanın dinlenebilmesi şartları da denir. Dava şartlarından biri olmadan açılan dava da açılmış (var) sayılır, yani derdesttir. Ancak mahkeme, dava

1086 sayılı HUMK'ta mahkemelerin görevi belirlenirken bazı hal-lerde dava konusunun para ya da para ile değerlendirilebilen bir de-ğeri olup olmamasına veya şahıs hukukuna ait olmasına göre (değeri ve niteliğine göre) bir ayırım yapılmaktaydı.⁴⁶ 6100 sayılı HMK'da ise dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığına ve şa-hıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme aksine bir düzenleme olmadıkça asliye hukuk mahkemesi olarak düzenlenmiştir (HMK md. 2/1).⁴⁷

HUMK'ta yer alan görevli mahkemelerin belirlenmesinde dava ko-nusunun değerinin belirlenmesine ilişkin 2 ve 6. maddelere HMK'da yer verilmemiştir. Bu durum HMK 4. maddede sayılanlar dışında mik-tara bakılmaksızın malvarlığına ilişkin bütün davaların asliye hukuk mahkemesinde görüleceğinden artık dava konusunun miktar ve de-ğeri hesaplamaya gerek bulunmadığı düşüncesinden kaynaklanmakta-dır.⁴⁸ Ancak davanın değerinin gösterilmesi yalnızca görev hususunda

şartlarından birinin bulunmadığını tespit edince, davanın esası hakkında inceleme yapamaz; davayı dava şartı yokluğundan (usulden) reddetmekle yükümlüdür. Dava şartlarının bulunup bulunmadığı davada hâkim tarafından kendiliğinden (re'sen) gözetilir; taraflar bir dava şartının noksan olduğu davanın görülmesine (esastan karara bağlanmasına) muvafakat etseler bile, hakim davayı usulden reddetmekle yükümlüdür." YHGK, 12.02.2014, E. 2013/14-385, K. 2014/100. (UYAP)

46 Karslı; **a.g.e.**, s. 194.

47 HUMK döneminde sulh hukuk mahkemelerinin malvarlığına ilişkin belli bir miktara kadar görevlerini asliye hukuk mahkemesine aktaran bu düzenleme doktrinde eleştirilmektedir. Doktrinde Karslı/Koç/Konuralp; çok küçük mik-tarlı davaların asliye hukuk mahkemesinde yazılı yargılama usulü ile görülmek mecburiyetinde bırakılması nedeniyle yargılama sürecinin çok uzun zamana yayılmış olacağını ve asliye hukuk mahkemelerinin iş yoğunluğunun artacağını, ayrıca sulh hukuk mahkemesinin HMK 4. maddede sayılan işleri yaparken ortaya çıkan ve bu maddede sayılı olmayan ihtilaflarla ilgili asliye hukuk mahkemesinde açılacak davaları bekletici mesele yapacağı bunun da yargılamayı uzatacağını haklı olarak ifade etmektedirler. Bkz. Abdurrahim Karslı; Evren Koç; Cengiz Serhat Konuralp; (2014), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular*, İstanbul, Alternatif, s. 14.

48 Karslı; **a.g.e.**, s. 201.

değil harçlar ve yargılama masraflarının hesaplanmasında, istinaf ve temyiz sınırının belirlenmesinde, temyizde duruşmalı inceleme yapılmasında, vekâlet ücretinin hesaplanmasında halen gereklidir.⁴⁹ Bu nedenle HMK 119/1,d maddesine göre davanın konusu ve malvarlığı haklarına ilişkin davalarda dava konusunun değerinin gösterilmesi dava dilekçesinin zorunlu olmayan unsurlarından olarak düzenlenmiştir.

Dava konusunun değerinin gösterilmesi, konusu para ile değerlendirilebilen davalarda Harçlar Kanunu'na göre bir zorunluluktur (Harçlar Kanunu md. 16/3). Görevli mahkemenin belirlenmesi için olmasa da dava konusu üzerinden harç alınabilmesi için ifade edilen bu zorunluluğa aykırı davranılması halinde davacıya dava değerini belirtmesi için süre verilir. Bu süre içerisinde değer gösterilmemesi halinde ise dava dilekçesi işleme konulmayacaktır (Harçlar Kanunu md. 16/3).⁵⁰

Mahkeme dava şartlarının tamamı hakkında ve özellikle görev konusunda duruşma açmadan dosya üzerinden karar verebilir. HMK 138. madde bu hususu açıkça ifade etmektedir.⁵¹

Doktrinde taraf teşkili sağlanmadan dava dilekçesinin verilmesi üzerine HMK Yönetmeliği 40. maddesi uyarınca düzenlenecek tenzih ile birlikte görevsizlik kararı verilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre hâkim tarafından fark edildiği anda dosya üzerinden taraf teşkili sağlanmadan görevsizlik kararı verilmesi usul ekonomisine hizmet ediyorsa da HMK'daki bazı düzenlemelerin buna engel teşkil ettiği, HMK 141. maddesine göre yazılı yargılama usulünden tarafların iddia ve savunmalarını serbestçe değiştirebileceği, cevaba cevap ve

49 Karşlı/ Koç/ Konuralp; **a.g.e.**, s. 15.

50 Pekcanitez/Atalay/Özekes; **a.g.e.**, s. 108; Karşlı; **a.g.e.**, s. 204; Karşlı/ Koç/ Konuralp; **a.g.e.**, s. 15.

51 Karşlı; **a.g.e.**, s. 196; Pekcanitez/Atalay/Özekes; **a.g.e.**, s. 115.; Karşı görüş için bkz. Bilge Umar, (2011), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara, Yetkin yay, s. 3.; Yargıtay duruşma açmadan dosya üzerinden görevsizlik kararı verilebileceğine dair kararlar vermektedir. Bkz. Yrg. 19. HD, 19.03.2013, E. 2013/1706, K. 2013/4821; Aynı yönde bkz. Yrg. 21. HD, 10.10.2012, E. 2012/19124, K. 2012/16990. (UYAP)

karşı cevap dilekçesi verildikten sonra mahkemenin vermesi gereken kararın değişebileceği; zira iddia ve savunmanın değiştirilmesi ile mahkemenin görevli hale gelebileceği, bu nedenlerle de dilekçelerin teatisi aşaması tamamlanmış olmadıkça görevsizlik kararı verilemeyeceği savunulmaktadır.⁵²

Nitekim Yargıtay'ın bazı daireleri bu görüşü destekler mahiyette kararlar vermektedir.⁵³ Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) ise bir kararında taraf teşkili sağlanmadan tensip ile birlikte görevsizlik kararı verilebileceğine karar vermiştir.⁵⁴

Göreve ilişkin genel açıklamalardan sonra terditli davalarda görevli mahkemenin ne şekilde tespit edileceği hem HUMK hükümleri hem de HMK hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

B. 1086 Sayılı HUMK Açısından

1086 sayılı HUMK'ta terditli davalarda görevli mahkemenin nasıl belirleneceğine dair açık bir düzenleme mevcut değildir.⁵⁵

52 Karşılı/ Koç/ Konuralp; **a.g.e**, s. 61.

53 Yrg. 1. HD, 19.04.2012, E. 2012/1610, K. 2012/4521; 04.03.2013, E. 2012/14492, K. 2013/3121; Yrg. 19. HD, 04.11.2013, E. 2013/11841, K. 2013/17212.(UYAP)

54 "Görüşmeler sırasında bazı üyeler, taraf teşkili sağlanmadan görevsizlik kararı verilmesinin 6100 sayılı HMK 27.maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkına aykırı olduğunu, bazı üyeler de; HMK 137.maddesindeki "dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır, mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler" düzenlemesi ve HMK 141.maddesindeki iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının ikinci cevap dilekçesi ile başlaması hükümleri gözetildiğinde, dilekçeler aşaması tamamlanmadan görevsizlik kararı verilmemesi gerektiği gerekçesiyle hükmün bozulması gerektiğini savunmuş iseler de, bu görüş kurul çoğunluğu tarafından yerinde görülmemiş, davanın tensip ile birlikte dava şartı noksanlığından usulden reddedilmesinde HMK 30.maddesi de gözetildiğinde bir isabetsizlik olmadığı kabul edilmiştir." YHGK, 20.12.2013, E. 2013/4-2247, K. 2013/1667.; Ayrıca bkz. Yrg. 19. HD, 20.03.2014, E. 2014/1318, K. 2014/5430. (UYAP)

55 Baki Kuru; (2001), *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.I, 6. bsk, İstanbul, Demir Demir Yay, s. 195; Karşılı; **a.g.e**, s. 206.

Bu nedenle doktrinde terditli davalarda görevli mahkemenin tespitinde 3 görüş ileri sürülmüştür.⁵⁶ Bir görüşe göre davacının ilk olarak ileri sürdüğü talep asıl önem verdiği talep olmakla görev asıl talebin değerine göre belirlenmelidir.⁵⁷

Diğer görüş ise 1086 sayılı HUMK'ta terditli davaların görevini düzenleyen açık bir Kanun hükmü bulunmadığından ve terditli dava seçimlik davaya çok benzediğinden HUMK md. 3/1, c. 1 ve md. 3/2 hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁵⁸ Üçüncü görüş ise asıl ve fer'i talepler birlikte istenmiş gibi (objektif dava birleşmesi) taleplerin değerinin toplamına göre hangi mahkemenin görevli olduğunun tespit edileceğini savunmaktadır.⁵⁹

05.12.1977 tarih, 4/4 sayılı YİBK'da mahkemelerin görevinin kamu düzeni ile ilgili olup kıyas veya yorum yolu ile genişletilmesi veya değiştirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmişse de⁶⁰ bu İBK'ya rağmen terditli davalarda görevli mahkemelerin tespiti açısından seçimlik davanın terditli davaya olan benzerliği dikkate alınarak HUMK md. 3/1, c. 1 ve md. 3/2 hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği hâkim görüş olarak hem doktrin hem de uygulama tarafından benimsenmiştir.⁶¹

56 Karşlı; **a.g.e.**, s. 206.

57 Naklen Karşlı; **a.g.e.**, s. 206.

58 Kuru; **a.g.e.**, (C. I), s. 195; Baki Kuru; Ramazan Arslan; Ejder Yılmaz; (2007), *Medeni Usul Hukuku*, 18. bsk, Ankara, Yetkin yay, s. 128.

59 Timuçin Muşul; (1984), *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, İstanbul, yy, s. 215-220; Timuçin Muşul; (2009), *Medeni Usul Hukuku*, 2. bsk, Ankara, Yetkin Yay, s. 70.; Muşul, hakim görüşün aksine asıl ve fer'i talebin toplamına göre görevli mahkemenin tespit edilmesi gerektiğini, terditli davanın açılması ile asıl talep gibi fer'i talebin de derhal derdest hale gelip yargılama konusu teşkil edeceğini savunmaktadır.

60 YİBK'nın 21.02.2014, E. 2013/1, K. 2014/1 sayılı ihtiyati tedbirle ilgili kararında da sözkonusu bu İBK'ya atıfta bulunulmuş ve mahkemelerin görevinin kıyas ve yorum yoluyla genişletilemeyeceği ve değiştirilemeyeceği ifade edilmiştir. (R.G. tarih. 17.04.2014, Sy. 28975)

61 Kuru; **a.g.e.**, (C. I), s. 195.; *"Terditli davalarda, davacı iki ayrı talepte bulunur, ancak bu taleplerini terditli (kademeli) olarak yapar. İlk önce, asıl talep hakkında karar verilmesini ister, yardımcı talebini ise, asıl talebin reddedilmesi ihtimali için*

Doktrin ve uygulama tarafından benimsenen bu görüşe göre terditli olarak ileri sürülen taleplerden hangisinin değeri daha fazla ise görevli mahkeme değeri daha fazla olanın değerine göre belirlenmektedir.⁶²

yapar. Terditli davalarda, görevi düzenleyen açık bir kanun hükmü yoktur. Fakat buradaki durum, seçimlik davalara çok benzediğinden, HUMK. m.3,1,c 1 ve m.3.11 hükümlerinin terditli davalar hakkında da kıyasen uygulanması gerekir. Buna göre, terditli olarak ileri sürülen taleplerden hangisinin değeri daha fazla ise, görevli mahkeme buna göre belirlenir." Yrg. 3. HD, 06.02.2007, E. 2007/889, K. 2007/1284; 06.02.2007, E. 2007/894, K. 2007/1281; 06.02.2007, E. 2007/901, K. 2007/1285.; 28.02.2008, E. 2007/21009, K. 2008/3185; "Dava, ilk önce asliye hukuk mahkemesine açılmış, islah sonrası görevsizlik kararı verilmiş, temyiz edilmeden kesinleşen karar ile sulh hukuk mahkemesine gönderilmiştir. Sulh hukuk mahkemesince de işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuştur. Ancak, görev kuralları kamu düzenine ilişkin olup, her aşamada mahkemece dikkate alınması gerekmektedir. Terditli davalarda görevli mahkeme, terditli istenilen taleplerden hangisinin değeri fazla ise ona göre belirlenecektir. Öte yandan, davadan kısmen feragat edilmesi de görevli mahkemeyi değiştirmeyecektir. Somut olayda islah ile dava terditli hale getirilmiştir. Birinci talep itibariyle dava açıldığı tarihte sulh hukuk mahkemesi miktar itibariyle görevli değildir. Ayrıca, davadan kısmen feragat edildiği veya talebin daraltıldığı kabul edilse bile, davanın ilk açıldığı mahkemenin görevi ortadan kalkmayacaktır. Bu durum karşısında, mahkemece iş bu davada asliye hukuk mahkemesinin görevli bulunduğu dikkate alınıp, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde işin esası hakkında hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir." Yrg. 11. HD, 22.02.2010, E. 2008/11531, K. 2010/1945; "Somut olayda dava terditli olarak açılmıştır. Terditli davalarda görevi düzenleyen açık bir kanun hükmü yoktur. Fakat buradaki durum seçimlik davalara çok benzediğinden seçimlik dava ile ilgili hükümlerin, terditli davalar hakkında da kıyasen uygulanması gerekir. Buna göre terditli olarak ileri sürülen taleplerden hangisinin değeri daha fazla ise görevli mahkeme buna göre belirlenecektir." Yrg. 17. HD, 11.03.2011, E. 2010/9751, K. 2011/2158; 02.07.2012, E. 2012/4090, K. 2012/8521; 02.07.2012, E. 2012/4090, K. 2012/8521; Aynı yönde Yrg. 13. HD. 19.09.2011, E. 2011/5842, K. 2011/12747. (UYAP)

62 "Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal-tescil olmadığı takdirde tenkis isteğine ilişkindir. Mahkemece, davadaki isteğin niteliği itibariyle asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiştir. İddiannın ileri sürülüş biçimine göre, anılan nitelikteki tapu iptal-tescil, tenkis davalarında çekişmeli taşınmazın değerinin esas alınarak mahkemenin görevinin tayin edileceği kuşkusuzdur. Bilindiği üzere, görev kamu düzeniyle ilgili olup mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gerekli bir usul kuralıdır. Ne varki, bu yönde bir uygulama ve araştırma yapılmış değildir. Hal böyle olunca; mahkemece mahallinde bilirkişiler aracılığıyla keşif yapılarak dava tarihi itibariyle dava değerinin belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir." Yrg. 1. HD, 07.05.2007, E. 2007/4038, K. 2007/5067. (UYAP)

Ancak terditli taleplerden biri para ise mahkemenin görevi bu paraya göre belirlenir. Örneğin gayrimenkulün tescili talebi ile terditli olarak sulh hukuk mahkemesinin görevine giren bir paranın ödenmesi talep edildiğinde tescili talep edilen taşınmazın değeri asliye hukuk mahkemesinin görevine girse de görev para alacağına göre tayin edilerek davanın sulh hukuk mahkemesinde görülmesi gerekmektedir.⁶³

C. 6100 Sayılı HMK Açısından

HMK'da da terditli davalarda göreve ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Terditli davalarda asli ve fer'i taleplerin aynı mahkemenin görevine girmesi durumunda HMK açısından bir sorun teşkil etmemektedir. Asli ve fer'i talep açısından görevsiz mahkemenin her iki talebinde aynı mahkemenin görevine ait olduğundan bahisle görevsizlik kararı vermesi gerekmektedir.⁶⁴

63 Kuru; **a.g.e.**, (C. I), s. 195.

64 "... dava konusu taşınmazın 6831 sayılı Kanun'un 2/B maddesi uyarınca Hazine adına orman dışına çıkarılması üzerine dilekçesinde belirttiği diğer nedenlerle 865 parsel sayılı taşınmazın 1/2 hisse oranında davacı Y. T. adına, 1/2 hisse oranında İ.S.T.'in mirasçıları adına tespit ve tesciline, bu talepleri kabul edilmediğinde Maliye Hazinesi adına yapılan tespitin iptali ile kadastro tutanağının beyanlar hanesine hak sahibi olarak davacı ve müvekkillerinin zilliyet olduklarını tespiti ile şerh konulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, dava konusu taşınmazın 1975 yılındaki askı ilanı esnasında dava açıldığından kesinleşmediği, tapu kütüğü sayfasının kapatılmadığı bu nedenle 2/B kapsamı dışında bırakıldığı ve kadastroya tabi tutulmadığı sayılan sebeplerle de kadastro tesbit tutanağı düzenlenmediği taşınmazın 2/B uygulama alanı içerisinde bulunmadığı gerekçesiyle mahkemenin görevsizliğine karar verilmiş, hüküm davacı M.T. ile davacı N.T. ve arkadaşları vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava dilekçesindeki açıklamaya göre, dava; terditli dava niteliğinde, kadastro tespitine itiraz ve 2/B uygulaması ile orman sınırları dışına çıkarılan taşınmazda bulunan kullanım durumuna itiraza ilişkindir. İncelenen dosya kapsamına, kararın dayandığı gerekçeye göre, yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile usûl ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına," Yrg., 20. HD, 05.12.2013, E. 2013/8154, K. 2013/11236; 05.12.2013, E. 2013/8154, K. 2013/11236. Ayrıca bkz. Yrg. 18. HD, 14.11.2013, E. 2013/12850, K. 2013/15413. (UYAP)

HMK'da seçimlik davaların görevine ilişkin bir düzenleme de bulunmadığından HUMK döneminde hakim görüş olarak benimsenen seçimlik davalara ilişkin hükümlerin benzerliğinden yararlanarak kıyasen uygulanması görüşü geçerliliğini yitirmiş bulunmaktadır.

Esasında HMK'da konusu para ve para ile ölçülebilen bir şey olan davalar malvarlığından doğan dava olup HMK 2. Maddesi uyarınca aksine bir düzenleme bulunmadıkça bu davalar açısından asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Dolayısıyla asli ve fer'i taleplerin malvarlığına ilişkin olduğu durumlarda terditli davalarda HUMK'taki gibi seçimlik davalara ilişkin maddelerin kıyasen uygulanmasına ihtiyaç bile duyulmaz. Zira asli ve fer'i taleplerin her ikisi de asliye hukuk mahkemesinin görevine girmektedir.

Doktrinde asliye hukuk-sulh hukuk mahkemelerinin ayrımında müddeabihin değerine göre görev ayrımının kaldırılarak malvarlığına ilişkin davalarda dava konusu mal veya hakkın değeri dikkate alınmaksızın aksine düzenleme olmadıkça asliye hukuk mahkemesinin görevli olacağı şeklindeki genel kuralın objektif dava birleşmesi, terditli davalar, seçimlik dava, kısmi dava gibi bazı dava çeşitlerinde uygulanmasında görevli mahkemenin tespiti açısından HUMK'taki gibi tereddüt ve güçlükler göstermeyeceği savunulmaktadır.⁶⁵

HUMK döneminde birden fazla müddeabih olduğunda seçimlik davada, kısmi davada, karşı davada, irtifak haklarından doğan davada görevin tespiti için sevk edilmiş hükümlere HMK'nın öngördüğü görev ayrımı karşısında artık gerek kalmadığı ve bu yönüyle genel kuralın tereddüt ve güçlük göstermeyeceği doğrudur.⁶⁶ Ancak terditli davalarda asli talebin sulh hukuk veya özel mahkemeler (örneğin aile mahkemesi), fer'i talebin ise asliye hukuk mahkemesinin veya asli talebin asliye hukuk fer'i talebin sulh hukuk veya özel mahkemelerin görevine girdiği durumlarda görevli mahkemenin nasıl tayin edileceğine ilişkin HMK'da hükmün bulunmaması tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

65 Pekcanitez/Atalay/Özekes; **a.g.e.**, s. 108.

66 Karşlı/ Koç/ Konuralp; **a.g.e.**, s. 15.

HMK ile mahkemenin değerine göre görev ayrımı kaldırıldığından HUMK döneminde asli ve fer'i taleplerin değeri dikkate alınarak ileri sürülen görüşler artık geçerliliğini kaybetmiş bulunmaktadır. Ayrıca HMK'da terditli davalara benzeyen seçimlik davalarda göreve ilişkin bir düzenleme de olmadığından kıyasa da başvurulamamaktadır.

Bu hususta ilk önce birkaç örnek vererek görevli mahkemenin tespiti de bu örnek üzerinden yapmanın faydalı olacağını düşünmekteyiz.

İlk Örnek: "Kiralayan (A) ve kiracı (B) arasında sözlü kira sözleşmesi bulunmaktadır. HMK 200. madde uyarınca kira parasının yıllık toplamı nazara alındığında kira sözleşmesinin senetle ispatı gerektiğinden davacı (A) kiracısı (B)'ye karşı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 350 vd. maddelerinde düzenlenen sınırlı tahliye sebeplerinden birine dayanarak kiralananın tahliyesi ve kira alacağına ödenmesi (asli talep); davacının kira sözleşmesini inkâr etmesi ve bu davanın reddedilme ihtimalini nazara alarak da olmadığı takdirde elatmanın önlenmesi ve ecrimisil ödenmesi davası olarak açmıştır.⁶⁷

Yargıtay, 1086 sayılı HUMK döneminde öncelikle 6570 sayılı Kanun hükümlerince tahliye ve kira alacağı, olmadığı takdirde elatmanın önlenmesi ve ecrimisil olarak sulh hukuk mahkemesinde açılan terditli bir dava ile ilgili verdiği kararda kira ilişkisinin kanıtlanmadığı ve 6570 sayılı Kanun açısından tahliye koşulları oluşmadığında istem konusu

67 İlk başta kiralananın tahliyesine yönelik alacak davası olarak açılmış daha sonra ıslah dilekçesi ile dava terditli davaya dönüştürülerek davalının tahliyesi ve kira alacağına ödenmesi, kabul edilmediği takdirde davalının taşınmaza olan elatmasının önlenmesi ve ecrimisil ödenmesine karar verilmesi talep edilmiş de olabilir. Nitekim Yargıtay ıslah yoluyla davanın terditli davaya dönüştürülmesini kabul etmektedir. Bkz. Yrg. 14. HD, 09.03.2010, E. 2009/13859, K. 2010/2527.; "Mahkemece, terditli ıslahın usule uygun olmadığı gerekçesiyle, ıslah dilekçesinin reddine karar verilmiş ise de, yukarıda açıklandığı üzere HUMK.nun 83. maddesine göre, iki taraftan her biri usule müteallik olarak yaptığı muameleyi tamamen veya kısmen ıslah edebileceği gibi terditli ıslah isteminde bulunmasına engel yasal bir düzenleme de mevcut değildir." Yrg. 11. HD, 23.11.2010, E. 2009/5491, K. 2010/11905. (UYAP)

yapılan taşınmazın da değerini nazara alarak sulh hukuk mahkemesinin görevsizlik kararı verilmesi ile yetinmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁶⁸ 1086 sayılı HUMK'ta terditli davaların görevini düzenleyen açık bir Kanun hükmü bulunmadığından ve terditli dava seçimlik davaya çok benzediğinden HUMK md. 3/1, c. 1 ve md. 3/2 hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle bu sonuca varılmıştır. Nitekim Yargıtay'ın bu kararı 1086 sayılı Kanun döneminde doktrin ve uygulama tarafından benimsenen hakim görüşe uygundur. Zira Yargıtay kararına konu terditli olarak ileri sürülen taleplerden elatmanın önlenmesi ve ecrimisil alacağıнын ödenmesi taleplerinin değeri daha fazla olmakla görevli mahkeme değeri daha fazla olanın değerine göre belirleneceğinden

68 "Davacılar, dava konusu bağımsız bölümü 09.03.2007 tarihinde satın aldıklarını, davalı kiracıya ihtarname gönderdiklerini, yapılan sözlü anlaşma ile kira bedelini aylık 500,00 YTL olarak belirlediklerini, ancak davalının taşınmazı süresinde teslim etmediğini belirterek, bağımsız bölümün boş olarak teslimi ile alacağın faizi ile birlikte tahsili isteğinde bulunmuşlardır.

12.11.2007 tarihli dilekçeleri ile davalarını ıslah ederek alacak menî müdahale ecrimisil ve 6570 sayılı kanun hükümleri uyarınca tahliye olarak terditli istemde bulunmuşlardır. Mahkemece yanlar arasında kira ilişkisinin bulunduğuunun kanıtlanmadığı, davanın haksız elatmadan kaynaklanan menî müdahale ve ecrimisil olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiş, taşınmazın değeri dikkate alınarak menî müdahale davası yönünden HUMK'nun 1 ve 8. maddeleri uyarınca görevsizlik kararı verilmiş, ecrimisil-alacak davasının kabulüne, tahliye isteminin reddine karar verilmiştir. Hükmü davacı temyiz etmiştir.

Dava, kira ilişkisinden kaynaklanan tahliye ve kira alacağı istemi ile açılmış ise de davacılar 12.11.2007 tarihli dilekçeleri ile istemlerini terditli hale getirerek elatmanın önlenmesi ve ecrimisil isteğinde de bulunmuşlardır. Terditli davada mahkeme ilk önce terditli (kademeli) taleplerden birincisini inceler, bunu yerinde görürse, ikinci talebin incelenmesine gerek kalmaz. Birinci talep yerinde görülmez ise o zaman ikinci talebin incelenmesine geçilir. Mahkemece yanlar arasında kira ilişkisinin kanıtlanmadığı, 6570 sayılı yasa yönünden koşullar oluşmadığı, Türk Medeni Kanununun 618. maddesi uyarınca istem konusu yapılan taşınmazın değerinin 26.000,00 YTL olduğu değer itibariyle Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu saptanmıştır. Yapılan bu saptama ve yukarıdaki açıklamalar ışığında **mahkemece dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi ile yetinilmesi gereken**, kademeli istem yönünden kısmen hüküm kurulmuş olması doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir." Yrg. 14. HD, 16.09.2008, E. 2008/8775, K. 2008/10249. (UYAP)

karara konu olayda da asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır ve bu durumda da sulh hukuk mahkemesi sadece görevsizlik kararı vermekle yetinmesi gerekecektir.

HMK döneminde terditli davalarda göreve ilişkin madde olmadığı gibi kıyasen uygulanacak seçimlik davada göreve ilişkin hüküm de yoktur. O halde bu örnekte olduğu gibi HMK döneminde terditli davalarda görevli mahkemenin tespiti gerekmektedir.

Öncelikle bu davada asıl talep HMK 4/1-a maddesi uyarınca sulh hukuk mahkemesinin görevine girmekte iken fer'i talep ise malvarlığı haklarına ilişkin bulunmakla HMK 2/1 maddesi uyarınca asliye hukuk mahkemesinin görevine girmektedir.

İkinci Örnek: "Taşınmazda hissedar (A) diğer hissedarlara karşı öncelikte tapu iptal ve tescil (asli talep), olmadığı takdirde de ortaklığın giderilmesini (fer'i talep) talep etmiştir." Bu durumda da asıl talep HMK 2/1. maddesi uyarınca asliye hukuk mahkemesinin görevine girmekte iken fer'i talep ise 4/1-b maddesi uyarınca sulh hukuk mahkemesinin görevine girmektedir.⁶⁹

Olayda görevli mahkemenin tespitinde genel anlamda şu üç görüşleri sürülebilecektir.

1) İlk görüş olarak; asıl talep terditli dava kendisine açılan mahkemenin görevine giriyorsa asli talep bu mahkemece değerlendirilip talep esastan kabul edilmezse asli talep HMK 111/2. maddesi uyarınca esastan reddedilecek ve fer'i talebin incelenmesi hususunda da görevsizlik kararıyla dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi gerekecektir.⁷⁰ Yine bu görüşün diğer bir yansıması olarak fer'i talep açısından

69 Yrg. 8. HD, 23.09.2013, E. 2013/1557, K. 2013/12782. (UYAP)

70 İlk örnek açısından sulh hukuk mahkemesi kira sözleşmesi ispat edilmediği ve tahliye koşulları oluşmadığından esastan red ve elatmanın önlenmesi ve ecrimisil yönünden de HMK 2. maddesi uyarınca görevsizlik kararı verilecektir. İkinci örnek açısından ise asliye hukuk mahkemesi tapu iptal ve tescil yönünden esastan karar verecek ve asli talebin esastan reddi gerekiyorsa asli talebin esastan reddi ile fer'i talep olan ortaklığın giderilmesi yönünden görevsizlik kararı verecektir.

görevsizlik kararı verilmesi için ilk talebin incelenmesi beklenmeksizin fer'i talep tefrik edilerek görevli mahkemeye gönderilecek ve görevsizlik kararıyla dosya kendisine gelen mahkeme de davanın terditli dava olmasını nazara alarak tefrik kararı veren ve asli talebi inceleyecek mahkemenin kararını bekletici mesele yapacaktır. Bu durumda fer'i talep yönünden asli talebin görüldüğü mahkemenin kararı HMK 165/2 maddesi uyarınca bekletici mesele yapılacak ve asli talep kabul edilir ve kesinleşirse fer'i talebin artık incelenme imkânı bulunmayacağından bekletici mesele yapan mahkeme de karar verilmesine yer olmadığı kararı vererek yargılamayı sona erdirecektir. Ancak asli talep yönünden esastan red kararı verilir ve bu karar kesinleşirse fer'i talep kendisine gönderilen mahkeme yargılamaya devam edip fer'i talebin kabulü veya reddine karar verecektir.

Nitekim Yargıtay bu görüşe uygun olarak asli talebin kadastro mahkemesinin fer'i talebin ise asliye hukuk mahkemesine girdiği durumda asli talep açısından esastan karar verilmesi fer'i talep açısından da görevsizlik kararı verilmesi gerektiğine dair karar vermektedir.⁷¹

71 "İddia ve savunmaya, mahkemece toplanıp değerlendirilen delillere, duruşma tutanaklarına yansıyan bilgi ve belgelere göre davacı tarafın terditli dava açtığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Dava 103 ada 37 ve 38 parsel sayılı taşınmazların bir bölümüne yöneliktir. Davaya ve temyize konu uzman bilirkişi haritasında (A) harfi ile işaretli 13,06 m2 ve (B) harfi ile işaretli 11,09 m2 yüzölçümündeki kesimlerinin davalılara ait taşınmazlar içerisinde kaldığı, sözü edilen bölümlerin özel nitelikte yol olduğu, davalılar adına tesbit edilen taşınmazlar içerisinde kaldığı saptanan bu yolun davalılar tarafından kullanıldığı, davalılar dışında başkaları tarafından kullanılmış olsa bile iyi komşuluk ilişkilerine ve hoşgörüyeye dayalı olarak kullanıldığı kadim genel nitelikte yol olmadığı mahkemece yapılan keşif, uygulama, toplanıp değerlendirilen delillerle belirlenmiştir. Az yukarıda vurgulandığı gibi davacı taraf terditli dava açmıştır. Açık bir anlatımla davacı tarafın birden fazla hukuksal nedene dayanarak dava açtığı "geçit hakkı" isteminde de bulunduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda hakların telahuk ettiği doktrinde ve yerleşik Yargıtay uygulamasındaki deyimi ile hakların yarıştığı anlaşılmaktadır. Kural olarak geçit hakkı yenilik doğurucu haklardandır. Bu nitelikteki haklara ilişkin uyumsuzlukların kadastro mahkemesinde görülmesi olanaksız, genel mahkemede çözümlenmesi zorunludur. Kadastro Mahkemesinin gerçek görevi, tesbit günündeki hukuksal duruma göre uyumsuzluğu çözümlenektir. Hal böyle olunca, mahkemece davacının kadastro öncesi nedenlere dayanarak, zemine yönelik olarak açtığı davanın reddine, geçit hak-

Yine Yargıtay 8.HD, aile mahkemesinde terditli olarak açılan muvazaa nedeniyle tapu iptal ve tescil, olmadığı takdirde taşınmazla ilgili yasal katılma alacağının tahsili davasında asli talep açısından davanın yasal dayanağının BK 18. madde (TBK md. 19) ve genel mahkemenin görevli olması, fer'i talebin de Aile Mahkemesinin görevine girmesi nedeniyle asli talep açısından görevsizlik kararı verilmesini fer'i talep açısından ise davanın terfik edilerek ayrı bir esasa kaydının sağlanması, daha sonra görevsizlik kararı verilen tapu iptali ve tescil davasının sonucunun beklenmesi ve o davanın sonucuna göre katılma alacağı ile ilgili yargılamaya devam edilerek taraf delilleri doğrultusunda da yargılamaya devam edilerek esas hakkında hüküm kurulması gerektiğine karar vermektedir.⁷²

*kına yönelik davasının genel mahkemede çözümleneceği göreve ilişkin bu hukuksal olgunun ise kamu düzeniyle iç içe olduğu, istek olmasa bile yargılamanın her aşamasında mahkemece resen gözetileceği dikkate alınarak geçit hakkına yönelik davanın **görev yönünden reddine,***

Çekişmeli taşınmazların tesbit gibi tesciline, taşınmazların kadastro tutanakları ve eki belgelerin onaylı örnekleri dosyada alıkonularak asıllarının kütüklerin devri halinde, Tapu Sicil Müdürlüğüne, aksi halde Kadastro Müdürlüğüne geri çevrilmesine, dava dosyasının usulün 27.maddesi hükmü uyarınca görevli hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekirken delillerin takdirinde yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davalıların temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün bozulmasına" Yargıtay 7. HD, 08.11.2007, E. 2007/3591, K. 2007/4005 (UYAP)

- 72 "Davacının boşandığı eşi H. ile C. arasında gerçekleştirildiği ileri sürülen muvazaa işlem davacı yönünden haksız eylem niteliğinde bulunduğu göre, tapu iptali ve tescile yönelik istek bakımından uyumsuzluğun çözüm yeri genel muvazaa kapsamında dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 1086 sayılı HUMK'nun 1 ve devamı maddeleri ile 818 sayılı BK'nun 18. (TBK.m.19) maddesi gereğince Genel Mahkemelerdir. Aile Mahkemeleri'nin bu tür davalara bakma görev ve yetkileri bulunmamaktadır. Katkı payı alacağı ile TMK'nun 241. maddesine dayalı isteğin ise 4787 sayılı Aile Mahkemeleri'nin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 4. maddesinde yazılı; 4721 sayılı TMK'nun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere (TMK'nun m.118-395) maddelerinden kaynaklanan bütün davaların Aile Mahkemesi'nde (veya Aile Mahkemesi sıfatı ile) bakılacağına ilişkin olan düzenleme nedeniyle Aile Mahkemeleri'nde görülmesi gerekir. Görev kamu düzeni ile ilgili olduğundan iddia ve savunma olarak ileri sürülme bile yargılamanın her aşamasında Mahkemece re'sen göz önünde bulundurulur. Mahkemece her iki istek yönünden de Asliye Hukuk Mahkemesi sıfatı ile davaya bakılarak hüküm ku-

Genel muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davaları genel mahkemelerde bakılmaktadır. Aile Mahkemeleri'nin bu tür davalara bakma

*rulmuştur. Bu nedenle, tapu iptali ve tescile ilişkin istek yönünden davaya Asliye Hukuk Mahkemesi olarak bakılması doğru ise de katkı payı alacağı ile TMK'nun 241. maddesine dayalı istek bakımından davanın tefriki ile ayrı bir esasa kaydının yapılması ve tefrik edilecek davaya Aile Mahkemesi sıfatı ile bakılması gerekmektedir." Yrg. 8. HD, 26.03.2013, E. 2012/15067, K. 2013/4298; "Davacı, dava dilekçesinde ve yargılama sırasındaki beyanlarında; davalı eşin kendisi ile evlenmesinin menfaat teminine yönelik olduğunu, kasıtlı olarak aldatıldığını, özürülü olan çocuğuna bakacağı, evliliği sürdüreceği inancı doğurarak elindeki mallarını aldığını, evliliğin fiilen bir hafta sürdüğünü, diğer zamanlarını ise diğer evliliğinden olan çocukları ile geçirdiğini, özürülü çocuğuna bakmadığı gibi evlilik birliğinin yüklediği sorumlulukları dahi yerine getirmedeğini açıklayarak taşınmazın tapu kaydının iptal edilerek yeniden adına tescilini, bunun mümkün olmaması halinde ise edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine ilişkin hükümlerin uygulanmasını istemiştir... Toplanan deliller ve tüm dosya kapsamından iddianın ileri sürülüş biçimine göre, tapu iptali ile tescil isteği bakımından davanın yasal dayanağının, Borçlar Yasası'nın 28. maddesi uyarınca hile nedenine dayalı olduğu anlaşılmaktadır. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 4. maddesi; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere (TMKm.118-395) kaynaklanan bütün davaların Aile Mahkemesinde bakılacağını hükme bağlamıştır. Bu bakımdan anılan istek bakımından 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 4. Maddesi uyarınca Aile Mahkemesi görevli bulunmamaktadır. Görev kamu düzenine ilişkindir. Mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Hal böyle iken, eldeki uyumsuzluk bakımından 6100 sayılı HMK'nun 1 ila 4. maddeleri uyarınca genel mahkemeler görevli bulunduğundan, mahkemece tapu iptali ile tescil isteği yönünden görevsizlik kararı verilmelidir. Terditli dava TMK.231. maddesi uyarınca katılma alacağına ilişkin olup az yukarıda belirtildiği görevli mahkeme Aile mahkemeleridir. Şu halde **birbiri ile bağlantılı her iki isteğin hukuki niteliği bakımından aynı mahkemede görülmesi olanağı bulunmamaktadır. Mahkemece yapılması gereken iş, hile hukuki sebebine dayalı olarak açılmış bulunan tapu iptali ile tescil isteği bakımından HMK'nun 1 ve devamı maddeleri uyarınca genel mahkemeler görevli bulunduğundan görevsizlik kararı verilerek eldeki davadan tefrik edilmesi, terditli talep olan ve Aile Mahkemesinde görülmesi gereken katılma alacağına ilişkin istek yönünden ise HMK'nun 165. Maddesi gereğince, hile nedenine dayalı açılmış bulunan davanın sonucunun bekletici mesele yapılması gerekir."** Yrg. 8. HD, 31.03.2014, E. 2014/2206, K. 2014/5760; Ayrıca aynı yönde bkz. Yrg. 8. HD, 10.04.2012, E. 2012/1634, K. 2012/2640; 20.05.2013, E. 2012/11057, K. 2013/7419. (UYAP)*

görev ve yetkileri bulunmamaktadır.⁷³ Ayrıca YHGK'ya göre mal rejimi davalarında muvazaa nedeniyle açılan davaların sonucunun beklenmesine de gerek bulunmamaktadır. Muvazaa nedeniyle açılan tapu iptali ve tescil davasının olumlu sonuçlanması halinde, davacının mal rejimi nedeniyle alacağı kararla hak ettiği alacağının tahsilini kolayca sağlayabilecektir. Bunun dışında mal rejimi davasına bir etkisi olmayacaktır. Bu nedenle terditli taleplerden tefrik edilerek aile mahkemesinin bacağı mal rejimine ilişkin davanın asliye hukuk mahkemesine gönderilen tapu iptal ve tescil davasını bekletici mesele yapması gerekmemektedir.⁷⁴

Bu tür davaların asliye hukuk mahkemesinde açılması durumunda da Yargıtay aynı sonuca varmakta asli talep açısından esas hakkında karar verilmesini ve fer'i talep açısından da aile mahkemesinin görevli olması nedeniyle görevsizlik kararı verilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁵

73 Davacı muvazaa nedeniyle tapu iptal ve tescil değil de asli talep olarak katılma alacağı nedeniyle tapu iptal ve tescil istenmişse aile mahkemesi görevli olmaktadır. Ancak Kural olarak, edinilmiş mal niteliğindeki taşınmazlar üzerinde sağ kalan eşin artık değerinin 1/2'si oranında katılma alacağı mevcut ise de, yukarıda açıklandığı üzere bu hak şahsi bir alacak hakkı niteliğindedir. Bu alacağa dayanılarak tapunun iptali veya taşınmazda 1/2 pay sahibi olduğunun tespiti istenemez. Davacının 07.10.1953 tarih ve 1953/8 Esas 1953/7 Karar sayılı YİBK uyarınca mülkiyet iddiasında bulunup tapunun iptalini isteyemeyeceği gibi mülkiyet iddiasında bulunamayacak davacının taşınmazda 1/2 payının bulunmuşunun tespitini istemesi de mümkün değildir. Bu nedenle bu şekilde asli talep olarak istenen tapu iptal isteği aile mahkemesince esastan reddedilecektir. Bkz. Yrg. 8. HD, 10.10.2013, E. 2013/2279, K. 2013/14711. (UYAP)

74 YHGK, 26.09.2012, E. 2012/8-192, K. 2012/629; Yrg. 8.HD, 24.12.2013, E. 2013/15146, K. 2013/19840. (UYAP); YHGK kararı eleştirisi için bkz. Fatih Karamercan, (2014), *Katkı-Değer Artış Payı ve Katılma Alacağı Davaları*, Ankara, Seçkin, s. 305-306.

75 Bkz. Yrg. 8. HD, 09.05.2013, E. 2012/12664, K. 2013/6879; 23.09.2013, E. 2013/1557, K. 2013/12782; Yargıtay; davacı hazine ile davalı belediye arasında asliye hukuk mahkemesinde görülen tapu iptal ve tescil olmadığı takdirde tazminat istemli terditli davada yerel mahkemenin tapu iptal ve tescil davasının esastan reddi, terditli tazminat talebi yönünden hakem sıfatıyla görülmesi gerektiğinden bahisle tazminat yönünden verilen görevsizlik kararını onamıştır. Bkz. Yrg. 16. HD, 06.12.2013, E. 2013/11317, K. 2013/12050. (UYAP)

2) **İkinci görüş olarak** HMK açısından asıl talebin esastan reddi halinde fer'i talebin de görevine girmese dahi asıl talebi incelemekle görevli mahkemece değerlendirilmesinin usul ekonomisinin bir gereği olduğu savunulabilir.⁷⁶

Yani asıl talebin esastan reddi halinde fer'i talebin aynı davada aynı mahkemece değerlendirilmesi usul ekonomisinin bir gereği olduğu ileri sürülebilir.⁷⁷

3) **Üçüncü görüş olarak** da terditli davalarda görevle ilgili özel bir düzenleme de bulunmadığından terditli davalarda asli ve fer'i iki talebin aynı mahkemenin görevine girmesi gerektiği; aksi takdirde davanın terditli olarak görülemeyeceği savunulabilir.⁷⁸

D. Görüşümüz

HMK 30. maddesine göre hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür. Usul ekonomisi olarak ifade edilen bu ilkeye

76 İlk örnek açısından sulh hukuk mahkemesi kira sözleşmesi ispat edilmediği ve tahliye koşulları oluşmadığından esastan red kararı verse de elatmanın önlenmesi ve ecrimisil yönünden görevsizlik kararı vermeyecek ve fer'i talep yönünden de yargılama yapıp esastan karar verecektir. İkinci örnek açısından ise asliye hukuk mahkemesi tapu iptal ve tescil yönünden esastan karar verecek ve asli talebin esastan reddi gerekiyorsa asli talebin esastan reddi ile fer'i talep olan ortaklığın giderilmesi yönünden görevsizlik kararı vermeyecek ve fer'i talep yönünden de hüküm kuracaktır.

77 Kuru/Arslan/Yılmaz; **a.g.e**, s. 283.

78 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 350 vd. maddelerinde düzenlenen sınırlı tahliye sebeplerinden birine dayanarak kiralananın tahliyesi ve kira alacağının ödenmesi (asli talep); davacının kira sözleşmesini inkâr etmesi ve bu davanın reddedilme ihtimalini nazara alarak da olmadığı takdirde elatmanın önlenmesi ve ecrimisil ödenmesi davası olarak açılan davada sulh hukuk mahkemesi bu görüşe göre böyle bir davanın terditli dava olarak görülemeyeceğini davacı tarafa bildirip neticeyi talebini netleştirmesi için 1 haftalık kesin süre verilmesi aksi takdirde HMK 119/2 maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği ihtar edilmeli ve davacının netleştirdiği talebe göre mahkeme görevliyse yargılamaya devam etmeli ya da fer'i talep hiç dikkate alınmadan yargılama yapılarak asli talep açısından hüküm kurulmakla yetinilmelidir.

Anayasa 141. maddesinde de işaret edilmiştir. Terditli dava kurumu da usul ekonomisi ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmekte ve son derece yoğun olarak karşımıza çıkmaktadır. HMK 111. maddesiyle davacı aynı davalıya karşı birden fazla talebini aslilik ve fer'ilik ilişkisi kurarak aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. HMK aynı dava dilekçesi ile ileri sürülmesine müsaade ederken aynı vakiya dayanan veya asıl taleple bağlantılı olan taleplerin yargılama sırasında terfik edilerek veya esas hakkında hükme ilave olarak fer'i talep yönünden görevsizlikle başka mahkemeye gönderilmesi başlı başına bu usul ilkesinin ihhalidir. Fer'i talep aynı vakiya dayandığı veya asıl taleple bağlantılı olduğu için yardımcı talebin aynı davada aynı mahkeme tarafından incelenmesi yardımcı talebin incelenmesi için başka mahkemeye gönderilmesine oranla çok daha kolay, basit ve ucuz olmaktadır.⁷⁹

Ayrıca böyle bir uygulama HMK 111/2. maddesi uyarınca asıl talep yönünden esastan red kararı fer'i talep yönünden ise görevsizlik kararı verilmesi gibi esas ve usule ilişkin iki hükmün birlikte kurulmasını beraberinde getirmektedir. Verilen esasa ilişkin hüküm ile fer'i talebe ilişkin görevsizlik kararına karşı kanun yolu açık olacağından bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulması halinde de yargılama uzayacaktır. Terditli davaların amacı usul ekonomisine uygun olması ve yargılamanın daha makul sürede sonuçlanmasıdır. Oysa böyle bir uygulama hem usul ekonomisine hem de yargılamanın makul sürede sonuçlanmasına engeldir. Asli talebi incelerken vakıalara ve delillere de vakıf olan mahkemenin fer'i talebi de değerlendirme imkânı varken sırf görev hükümlerinden dolayı fer'i talep yönünden görevsizlik kararı vermesini kabul etmek HMK'nın ruhuna ve açıkça ifade edilen usul ekonomisi ilkesine

79 Nitekim HUMK döneminde açık düzenleme olmamasına rağmen aslilik ve fer'ilik içindeki taleplerden biri (örneğin asli talep tapunun tescili, fer'i talep sulh hukuk mahkemesinin görevine girecek kadar paranın ödenmesi) olduğunda dahi asliye hukuk mahkemesinin değil sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu seçimlik davalardaki açık hüküm kıyas edilmek suretiyle kabul edilmekteydi. Yani bu hususta HUMK'ta da müddeabihin değerine göre mahkemelerin görevi hususunda keskin sınır olduğu halde böylesi durumda sulh hukuk mahkemesinin davaya bakması sakıncalı görülmemektedir.

aykırıdır. Bu nedenle HMK döneminde Yargıtay'ın benimsediği ilk görüşün usul ekonomisine uygun olmadığını düşünüyoruz.

HMK 111/2. maddesinde "Mahkeme, davacının asli talebinin esas-tan reddine karar vermedikçe, fer'i talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz." denildiğine göre asli ve fer'i talepleri inceleyecek mahkemenin tek bir mahkeme olması gerektiği anlaşılmaktadır. Zira maddenin lafzında da mahkemeler değil mahkemeden bahsedilmesi de bunun açık delilidir. HMK, bir yandan aynı davalıya karşı birden fazla talebin aslilik ve fer'ilik ilişkisi içinde **aynı dava dilekçesinde aynı mahkemeye karşı** dava açabileceğini ifade ederken diğer yandan bu talepleri tefrik ederek farklı mahkemelerde görülmesini istediğini söylemek Kanun koyucunun abesle iştigal ettiğini ifade etmek olur. Olsa olsa terditli davalarda görevle ilgili açık düzenlemeler sevkedilmemesi Kanun koyucunun bir ihmali olarak değerlendirilebilir.

Dolayısıyla fer'i taleplerin incelenmesi için görevsizlik kararı verilmesi gerektiği görüşü maddenin lafzına da HMK'nın ruhuna da uygun değildir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki usul ekonomisi gereği asli talebi inceleyecek mahkemenin görevine girmese dahi fer'i talebi de incelemesi gerektiği görüşü HMK döneminde seçimlik davalardaki göreve ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle söylenmekte idiysen de HMK döneminde bu hususta açık düzenleme olmadığı gibi kıyasen uygulanacak düzenleme de bulunmadığından HMK döneminde bu görüşün de yasal dayanağı bulunmamaktadır. Zira mahkemenin görevi Kanunla düzenlenir ve bu husus kamu düzenine ilişkindir. HMK md. 2 ve 4. maddeler ve özel Kanun'larda mahkemelerin görevine ilişkin hükümler karşısında asli ve fer'i taleplerin aynı mahkemede görülecek şekilde davanın sulh veya asliye hukuk mahkemesinde görülebileceğini söylemek için açık bir hükmün varlığı gereklidir. Bu nedenle de HMK'nın 111. madde lafzına ve Kanun'un ruhuna uygun bir uygulama olan asli ve fer'i taleplerin aynı mahkemede incelenmesi için HMK'da görevle ilgili açık hükümlerin sevk edilmesi gerekmektedir.

Terditli davalarda görevle ilgili açık bir düzenleme olmadığı müddetçe ilk görüş olarak ifade ettiğimiz taleplerin farklı mahkemelerde

incelenmesi gibi bir uygulama devam edecektir. Ancak bu uygulamanın hem HMK 111. maddenin lafzına hem Kanun'un ruhuna hem de HMK 30. maddesinde ifade edilen usul ekonomisine uygun olmadığından isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

HMK'da terditli davalarla ilgili açık düzenlemeler yapılana kadar göreve ilişkin açık ve kıyasen uygulanacak bir hüküm mevcut olmadığından ve HMK 111/2. maddesi uyarınca asli ve fer'i taleplerin aynı mahkemece değerlendirilmesi gerektiği anlaşıldığından "*HMK açısından terditli davanın görülebilmesi için her iki talebin de aynı mahkemenin görevine girmesi gerektiği aksi takdirde davanın terditli olarak görülemeyeceği*" şeklindeki üçüncü görüş de HMK'nın mevcut hükümlerine göre ileri sürülebilecektir.⁸⁰ Bu durumda da asli ve fer'i talepler için farklı farklı mahkemelerde dava açılacak ve fer'i talep aynı vakıya dayandığı veya asıl taleple bağlantılı olduğu için farklı mahkemelerin birbirlerinin kararını bekletici mesele olarak değerlendirmesi sözkonusu olabilecektir. Dolayısıyla üçüncü görüşe dayalı bir uygulamanın Yargıtay'ın HMK döneminde benimsediği fer'i talebin tefrikle başka mahkemeye gönderilmesi veya asli talep hakkında esas hakkında hükümle birlikte fer'i talep için görevsizlik kararı verilmesi şeklindeki uygulamadan pratikte bir farkı olmayacaktır. Bütün bu nedenlerle terditli davalarla ilgili açık görev kurallarının sevk edilmesinin önemli ve gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

80 "*Her iki talebin de aynı mahkemenin görevine girmesi gerektiği aksi takdirde davanın terditli olarak görülemeyeceği*" şeklindeki görüş benimsendiğinde netice-i talebin açık olmaması gibi bir durum var kabul edilip böyle bir davanın terditli dava olarak görülemeyeceğini davacı tarafa bildirilmesi, neticeyi talebini netleştirmesi için HMK 119/2 maddesi uyarınca 1 haftalık kesin süre verilmesi aksi takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceğinin ihtar edilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bu durumda da davacının netleştirdiği talep mahkemenin görevine giriyorsa yargılamaya devam edilecek; netleştirilen talep mahkemenin görevini aşyorsa görevsizlik kararı verilecektir. Ayrıca üçüncü görüşün benimsenmesi halinde farklı bir uygulama olarak fer'i talep hiç dikkate alınmaksızın asli talep hakkında değerlendirme yapılarak asli talep açısından hüküm kurmakla yetinilebileceği de savunulabilecektir.

SONUÇ

HUMK döneminde doktrin ve uygulamanın usul ekonomisinin bir gereği olarak ifade edip benimsediği terditli davalar HMK ile yasal dayanağa kavuşmuştur.

Terditli davalarda görevli mahkemenin tespiti HUMK döneminde tartışmalı olduğu gibi HMK döneminde de açık düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle tartışmalıdır. Mahkemelerin görevinin belirlenmesinde müddebihin değerine göre yapılan ayırımın kaldırılması ile tartışmaların tümüyle sona erdiğini söylemek mümkün gözükmemektedir.

Malvarlığına ilişkin davalarda dava konusu mal veya hakkın değeri dikkate alınmaksızın aksine düzenleme olmadıkça asliye hukuk mahkemesinin görevli olacağı şeklindeki HMK 2. maddesinde ifade edilen genel kural ile birlikte mahkemeler arasında keskin görev ayırımının benimsendiği ve sulh hukuk mahkemesinin adeta özel bir mahkemeye dönüştürüldüğü söylenebilecektir. İşte asli ve fer'i talepleri içinde barındıran ve uygulaması oldukça yaygın dava kurumu olan terditli davalarda asli veya fer'i taleplerin farklı mahkemelerin görev alanına girdiği durumlarda terditli davanın ne şekilde ve hangi mahkeme nezdinde sonuçlandırılacağı tartışmasını HMK tekrar ortaya çıkarmıştır.

HMK döneminde terditli davalarda görevli mahkemenin tespiti açısından genel anlamda üç farklı görüş ileri sürülebilecektir. İlk görüş asıl talebin davaya bakan mahkemenin görevine giriyorsa asli talep hakkında karar vermesi, mahkemece bu talep esastan kabul edilmezse asli talebin esastan reddi ile fer'i talebin incelenmesi hususunda da görevsizlik kararıyla dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi şeklindedir. Bu görüş ile paralellik arz eden ve aynı kategoride değerlendirilebilecek diğer uygulama ise fer'i talep açısından görevsizlik kararı verilmesi için ilk talebin incelenmesi beklenmeksizin fer'i talep tefrik edilerek görevli mahkemeye gönderilmesi ve görevsizlik kararıyla dosya kendisine gelen mahkemenin asli talebi inceleyecek mahkemenin kararını bekletici mesele yapmasını kabul etmektedir. Nitekim Yargıtay'ın HMK döneminde vermiş olduğu kararlardan bu ilk görüşü benimsediği anlaşılmaktadır.

İkinci görüş olarak HMK açısından asıl talebin esastan reddi halinde fer'i talebin de görevine girmese dahi asıl talebi incelemekle görevli mahkemece değerlendirilmesi; üçüncü görüş olarak ise terditli davalarda görevle ilgili özel bir düzenleme bulunmadığından terditli davalarda asli ve fer'i iki talebin aynı mahkemenin görevine girmesi gerektiği; aksi takdirde davanın terditli olarak görülemeyeceği şeklinde savunulabilir.

HMK 111/2. maddesinde "*Mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'i talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz.*" şeklindeki düzenleme aynı vakiya dayanan veya asıl taleple bağlantılı olan taleplerin aynı mahkeme tarafından inceleneceği intibamı uyandırır da mahkemelerin görevi açıkça Kanunla düzenleneceğini ifade eden HMK 1. maddesi karşısında terditli davalarda görevli mahkemenin nasıl tayin edileceğini gösteren hükümlere ihtiyaç vardır. Bu nedenle kanaatimizce HMK'ya tereddütleri giderecek hükümler ilave edilmelidir. Aksi takdirde aynı vakiya ve delillere vakıf olan mahkemenin asli talebi incelemişken fer'i talebi görev kuralları karşısında değerlendirememesi ve buna bağlı olarak asli ve fer'i taleplerin farklı mahkemelerde birbirini beklemesi gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Oysa terditli davaların kabul edilmesinin mantığı da usul ekonomisine uygun olması, yargılamayı kısaltmasıdır.

HMK 111. maddesinin lafzından tek mahkemeden bahsedilmekte ve bu mahkemenin asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'i talebini inceleyemeyeceği ve hükme bağlayamayacağı ifade edilmektedir. HMK'da terditli davalarda görevle ilgili açık düzenlemeler yapılmadığı takdirde maddenin lafzından terditli davalarda tek mahkemenin davayı görüp hüküm vereceği anlaşıldığından terditli davanın görülebilmesi için her iki talebin de aynı mahkemenin görevine girmesi gerektiği, farklı mahkemelerin görevine girecek şekilde asli ve fer'i talepler içeren terditli davaların görülemeyeceği söylenebilecektir. Ancak Yargıtay'ın asli ve fer'i taleplerin farklı mahkemelerin görevine girdiği durumlarda benimsediği asli talep açısından esastan red kararı ile birlikte fer'i talep açısından görevsizlik hükmünün verilmesi veya fer'i talebin yargılama sırasında tefrikle görevli mahkemeye gönderilmesi görüşünün bu görüşten pratikte bir farkı olmamaktadır. Dolay-

sıyla 05.12.1977 tarih, 4/4 sayılı YİBK ve 21.02.2014 tarih, 1/1 sayılı YİBK'da ifade edildiği üzere kıyas veya yorum yolu ile mahkemenin görevinin belirlenme imkânı bulunmadığından **HMK'da mevcut görev hükümlerine ilave olarak terditli davalarda açık görev kurallarının sevkedilmesi**; aynı vakıa ve delillere vakıf olan mahkemenin asli talebi incelemişken fer'i talebi de inceleyerek karar verebilmesi imkânını getirmesi isabetli ve usul ekonomisine uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- Abdurrahim Karşlı : (2011), *Medeni Muhakeme Hukuku*, 2. bsk, İstanbul, Alternatif.
- Abdurrahim Karşlı
Evren Koç
Cengiz Serhat Konuralp : (2014), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular*, İstanbul, Alternatif.
- Baki Kuru : (2001), *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.I, 6. bsk, İstanbul, Demir Demir Yay.
- Baki Kuru : (2001), *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.II, 6. bsk, İstanbul, Demir Demir Yay.
- Baki Kuru : (2001), *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.III, 6. bsk, İstanbul, Demir Demir Yay.
- Baki Kuru
Ramazan Arslan
Ejder Yılmaz : (2007), *Medeni Usul Hukuku*, 18. bsk, Ankara, Yetkin yay.
- Baki Kuru
Ramazan Arslan
Ejder Yılmaz : (2011), *Medeni Usul Hukuku*, 22. bsk, Ankara, Yetkin Yay.
- Bilge Umar : (2011), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara, Yetkin yay.
- Cemil Simil : (2013), *Belirsiz Alacak Davası*, İstanbul, XII Levha yay.

- Ejder Yılmaz : (2013), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. bsk, Ankara, Yetkin Yay.
- Fatih Karamercan : (2014), *Katkı-Değer Artış Payı ve Katılma Alacağı Davaları*, Ankara, Seçkin.
- Hakan Pekcanitez
Oğuz Atalay
Muhammet Özkes : (2011), *HMK Hükümlerine Göre Medeni Usul*, 12. bsk, Ankara, Yetkin Yay.
- Timuçin Muşul : (1984), *Medeni Usul Hukukunda Terdit İlişkileri*, İstanbul, y.y.
- Timuçin Muşul : (2009), *Medeni Usul Hukuku*, 2. bsk, Ankara, Yetkin Yay.

AYNI TANIĞIN/TANIKLARIN YENİDEN DİNLENİLMESİNİN YARGILAMAYA HÂKİM OLAN İLKELER ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

■ **Fatih KARAMERCAN***

ÖZ:

Uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere, aynı tanığın/tanıkların yeniden dinlenilmemesi, çoğu zaman âdil ve hakkaniyetli kararların verilmesine engel olmakla birlikte usul ekonomisinin de gözardı edilmesine yol açmaktadır. Ancak, ilk bakışta aynı tanığın/tanıkların yeniden dinlenilmemesinin, usul ekonomisine zarar verdiği düşünülse de yargılamaya hâkim olan diğer ilkelerin de sağlıklı işlememesine neden olabilir. Kısacası, medenî yargılama hukukuna hâkim olan ilkeler, birbirleri ile sıkı sıkıya bağlantılı olup birbirlerinin tamamlayıcısı konumdadırlar. Bu yüzden, çalışma konumuzda, aynı tanığın/tanıkların yeniden dinlenilmesini, medenî yargılama hukukuna hâkim olan ilkeler çerçevesinde değerlendirilecektir. Devamında ise, Yargıtay'ın konu ile ilgili vermiş olduğu içtihatları sunduktan ve uygulamaya yönelik olarak yaşanan/yaşanabilecek dava konusu olaylar açısından karşılanan/karşılaşılabilecek durumlara göz attıktan sonra görüşümüzü ifade etmeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: 6100 sayılı HMK, Tanık, Tanıklık, Usul Ekonomisi İlkesi, Hukukî Dinlenilme Hakkı, Doğrudanlık İlkesi, Etkin Hukukî Koruma, Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi.

* Avukat, İzmir Barosu, fatihkaramercan@gmail.com

GİRİŞ

Medenî yargılama hukukunda, hâkime ait görevin, somut olayda maddî gerçeğin tespit edilerek hakkın korunmasını ve bu sonuca da mümkün olan en kısa yolla, en az masrafla, en emniyetli şekilde ve kolaylıkla varılmasını sağlamak olduğu belirtilmektedir.¹ Ancak, en kısa yargılamanın her zaman en iyi yargılama demek olmadığı, mâkul sürenin somut olayın özelliğine göre değişebileceği de unutulmamalıdır.² Tarafların haklılığını ispat etmek için ileri sürdükleri delillerin, toplanması ve değerlendirilmesi aşamasında taraflardan ziyade yargılamayı gerçekleştiren hâkimin daha dikkâtlı olması gerekir. Tanıklık da tarafların iddia ettikleri vakıaların doğruluğunu ve gerçekliğini ispat için çoğu kez başvurdukları deliller arasında yer alan bir kurumdur. Hâkim, tanığın beyanının doğruluğunu tespit için, onu titizlikle sorgulamalı ve çelişkili hususların giderilmesini sağlamalıdır.³ Doğal olarak, taraflar da tanık beyanları arasındaki çelişkiler konusunda ve bu çelişkilerin giderilmesi için mahkemeye bildirimde bulunabilirler. Bir tanığın aynı davada birkaç kez tanıklık yapması da olanaklıdır. Örneğin, tanık hem keşifte hem de mahkeme salonunda dinlenmiş olabileceği gibi, bunlara ilave olarak eksik kalan hususlarda beyanlarını tamamlamak veya yeni ortaya çıkan bir hususta bilgisine başvurulmak üzere de yeniden de dinlenmiş olabilir.⁴ Çalışma konumuz da işte bu noktada başlamaktadır. Çalışmamızda, öncelikle, aynı tanığın/tanıkların yeniden dinlenilmesi, medenî yargılama hukukuna hâkim olan ilkeler çerçevesinde değerlendirilecektir. Devamında ise, Yargıtay'ın konu ile ilgili vermiş olduğu içtihatları sunduktan sonra görüşümüzü ifade etmeye çalışacağız.

- 1 **MERİÇ, Nedim.** Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, DEÜHFD, Y: 2009, C:11, Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan), s. 386.
- 2 **AKKAN, Mine.** Medenî Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER, Y: 2007, S: 6, s. 66.
- 3 **PEKCANITEZ, Hakan; ATALAY, Oğuz; ÖZEKES, Muhammet.** Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara, 2013, s. 774.
- 4 **ERTANHAN, Mesut.** Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara, 2005, s. 267.

1. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELER

1.1. Genel Olarak

Medenî yargılama hukukuna hâkim olan ilkeleri, çalışma konumuz açısından değerlendirmeye tabi tutmaya çalışacağız. Her ne kadar 1086 sayılı HMUK. döneminde söz konusu ilkeler açıkça düzenlenmemiş ise de hem yerel mahkemeler hem de Yargıtay açısından göz önünde tutulmaktaydı. 6100 sayılı HMK.'da ise söz konusu ilkeler açıkça düzenlenmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, önüne gelen bir uyumsuzlukta konuyu şu şekilde açıklamıştır.

*"Hâkimin davadaki yetkileri, bazı ilkeler tarafından belirlenir. **Bu ilkeler, HUMK'da açıkça yazılı değilse de, hemen her hukuk sisteminde kabul edilen bu ilkelerin usul yasasının yorumlanmasından çıkarılmak mümkündür.***

Bu ilkeler kısaca;

- 1. Tasarruf ilkesi,*
- 2. Kendiliğinden (resen) harekete geçme ve araştırma ilkesi,*
- 3. Taraflarca hazırlama ilkesi,*
- 4. Hakimin hukuk kurallarını kendiliğinden uygulaması,*
- 5. Çabukluk, basitlik ve ucuzluk ilkesi(usul ekonomisi), olarak özetlenebilir.*

Bu ilkeler davanın türüne göre uygulama alanı bulacaktır. Tasarruf ilkesi, hâkimin kendiliğinden bir davaya bakamayacağını, ancak talep üzerine davaya bakabileceğini, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkisi bulunduğunu ve hâkimin tarafların talepleri ile bağlı olduğunu ifade eder. Kendiliğinden (re'sen) harekete geçme ilkesi gereğince kamu yararı düşüncesi ile hakim bazı hallerde tarafların talebi olmadan da kendiliğinden harekete geçebilir ve gerekli inceleme ve araştırmalarda bulunabilir.

Taraflarca hazırlama ilkesi, davanın ve savunmanın dayanağı olan vakıaların ve bunların delillerinin taraflarca mahkemeye bildirilmesi demektir. Bu ilke tasarruf ilkesinin doğal bir tamamlayıcısıdır. Hâkim, incelemesini taraflarca kendisine bildirilmiş olan dava malzemesi üzerinde yapar. Hâkim, tarafların bildirmediği vakıaları kendiliğinden inceleyemez ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz. Hâkim, tarafların kendisine bildirdikleri vakıalara göre, dava konusu olayı tespit eder ve ona göre gerekli hukuk kuralını uygular. Hâkim, sadece kendisine usulüne uygun biçimde bildirilmiş olan vakıaları inceleme konusu yapabilir ve bu vakılardan anlaşılan itiraz sebeplerini kendiliğinden gözetmekle yükümlüdür. Buna karşılık hâkim, kendisine usulüne uygun biçimde bildirilmemiş itiraz sebeplerini kendiliğinden gözetemez. Kendiliğinden (re'sen) araştırma ilkesi dava malzemesinin hazırlanmasında, tarafların yanında, hâkimin de görevli olması hali olup, bu ilke kamu yararı gerekçesine dayanır ve taraflarca hazırlama ilkesinin istisnasıdır.

6100 sayılı HMK.nun 24.maddeden itibaren "Yargılamaya Hakim Olan İlkeler", Tasarruf İlkesi (md.24), Taraflarca Getirilme İlkesi (md.25), Taleple Bağlılık İlkesi (md.26), Hukuki Dinlenme Hakkı (md.27), Aleniyet İlkesi (md.28), Dürüst Davranma ve Doğruluğu Söyleme Yükümlülüğü (md.29), Usul Ekonomisi İlkesi (md.30), Hakimın Davayı Aydınlatma Ödevi (md.31) olarak sayılmıştır."⁵

1.1. Hukukî Dinlenme Hakkı İlkesi

HMK. 27. maddesi, "Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenme hakkına sahiptirler." hükmünü içermektedir.

Hukukî dinlenme hakkı, ayrıca Anayasa'nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen **adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur.**⁶ Adil yargılanma hakkı-

5 Y. HGK. 26.03.2014, 2013/13-637 E. - 2014/397 K.

6 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES: s. 387.

nın, pek çok yargılama hukuku ilkesini (bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesi; usul ekonomisi ilkesi; hukukî dinlenilme ilkesi; aleniyet ilkesi) içinde barındıran ilkeler bütünü olduğu da unutulmamalıdır.⁷

Hukukî dinlenilme hakkı ise, kendi içerisinde üç ana başlık altında toplanmaktadır. Bunlar, **Bilgilenme Hakkı, Açıklama ve İspat Hakkı** ve son olarak **Dikkate Alınma Hakkı**'dır. Çalışma konumuz açısından, Açıklama ve İspat Hakkı ve Dikkate Alınma Hakkı'nın irdelenmesi daha da önem arz etmektedir.

Yargılaması yapılan bir davada, taraflardan her biri veya her ikisi daha önce dinlenmiş olan tanığın/tanıklarının yeniden dinlenmesini bu iki ilke çerçevesinde talep edebilir. Zira, yeniden dinlenmesini talep eden taraf, iddia veya savunmasını daha anlaşılır şekilde ispat etmeye çalışarak, yargılamayı gerçekleştiren hâkim tarafından da dikkâte alındığını görmüş bir şekilde, **adil bir yargılama yapıldığını idrak etmiş olacaktır.**

Uygulamada yaşandığı üzere, dinletilmek istenen tanığın daha önce dinlenmiş olması nedeni ile dinletme talebinin reddine karar verilmesi ve söz konusu gerekçenin aslında tam anlamı ile bir gerekçe niteliğini taşımayıp **görünüşte bir gerekçe olması**, bu hakkın açıkça ihlâli anlamındadır. Hemen belirtilmesi gereken husus, yeniden dinletme talebinin, yargılamayı uzatma amacını taşınamaması ve en önemlisi ise aradaki çelişkilerin giderilmesi ve/veya eksik kalan hususların açıklığa kavuşturulması amacını taşımasıdır.

Nitekim, Yargıtay da görüşümüz doğrultusunda bir karar vermiştir.

"... 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 27. maddesinde yer bulan <Hukuki Dinlenilme Hakkı> gereğince davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup, bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları

7 **KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder.** Medenî Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara, 2011, s. 357.

dikkate alarak değerlendirmesini ve **kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir**. Mahkeme, iki tarafa eşit şekilde hukuki dinlenme hakkı tanıyarak hükmünü vermelidir. Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenme hakkı, adil yargılanma hakkı içinde teminat altına alınmıştır. Bu hakka, tarafın hakime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denilmektedir. Ancak, hukuki dinlenme hakkı, bu ifadeleri de kapsayan daha geniş bir anlama sahiptir. Bu hak çerçevesinde, tarafların gerek yargı organlarıncı gerekse karşı tarafca yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir.

Bu kapsamda hukuki dinlenme hakkı, bilgilendirme/bilgilendirme, açıklama yapma, yargı organlarıncı dikkate alınma ve kararların gerekçeli olması gibi hususları içerdği açıktır. Bilgilendirme hakkı, yargılamanın içeriğine dair tam bir bilgi sahibi olmanın yanında gerek karşı tarafın gerekse de yargı organlarının dosya içeriğine yapmış oldukları işlemleri öğrenmelerini kapsar. Bilgilendirme/bilgilendirme hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi için gönderilecek tebligat ve davetiyelerde kanunda öngörülmüş şekil şartlarına sıkı sıkıya uyulması gerekmektedir. Ayrıca bu hak sadece davanın başındaki iddia ve savunmalar açısından değil yargılamanın her aşamasında dikkate alınmalıdır. **Bu kapsamda devam eden bir yargılamada, tarafların açıklamaları için bilgilendirme yeterli olmayıp yargılamada yer alan diğer kişilerin (tanık, bilirkişi gibi) açıklamaları açısından da önemlidir.** Bilgilendirme hakkının usulüne uygun kullanımı ile tarafların haklarında öğrendikleri isnat ve iddialara karşı beyanda bulunabilme, davaya yönelik bilgi ve belge verebilme yani açıklama yapma hakkı da hukuki güvenceye bağlanmaktadır. **Böylece davanın her iki tarafına eşit şekilde açıklama yapma hakkı tanınması ile adaletin görünür kılınması sağlanacaktır.** Açıklamada bulunma hakkı, tarafların, yazılı veya sözlü şekilde iddia ve savunmalara karşı itirazda bulunabilme, davaya ilişkin beyanda bulunmalarını sağlar.⁸

8 Y. 7. HD. 27.12.2013, 15634/23731 sayılı Kararı.

1.2. Usul Ekonomisi İlkesi

HMK. 30. maddesi, "*Hakim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.*" hükmünü içermektedir.

Usul ekonomisi ilkesi, ayrıca Anayasa'nın 141. maddesinde de düzenlenmiştir. Usul ekonomisi ilkesi gereğince yargılama, çabuk, basit ve ucuz bir şekilde yapılmalıdır. Usul ekonomisi ilkesi, yargılamanın, makul giderle ve makul süre içinde, kalite standartlarına uygun bir hizmetle ve düzenli bir biçimde yürütülmesidir⁹ şeklinde tanımlanmıştır. Simgesel olarak kullanılan "basitlik/hızlılık/ucuzluk" ibarelerine bakarak usul ekonomisi ilkesi; yargılamanın tâbi olması gereken şekilciliği (formalizmi) bir yana bırakarak keyfiliğe yol açan veya hatalı karara götürür bir şekilde gereksiz aceleciliği amaçlayan yahut hiç para harcamadan yargılamanın bitmesini hedefleyen bir ilke olarak algılanmamalıdır.¹⁰ Buna göre hâkim, hukuk kurallarını yorumlarken ve uygularken, çeşitli olanakların arasından daha basit, daha çabuk ve daha az masraflı olanı gerçekleştirmek için çaba göstermelidir.¹¹

Etkin hukukî koruma da, bu ilke çerçevesinde değerlendirilebilir. Etkinlik, hukukî korumanın hızlı bir şekilde sonuçlanmasının yanında, aynı zamanda yargılamada maddi hukukla uyumlu, adil bir kararın amaçlanması anlamını da taşır.¹² Etkin hukukî koruma ise, tarafların hukukî dinlenilme hakkının ve fırsat eşitliğinin sağlandığı, adil ve makûl sürede yürütülen bir yargılamayı gerektirir. Bu sebeple özellikle adil yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkı yargılamanın çabuk bir şekilde yürütülmesi ve tarafların silah eşitliği etkin hukukî korumanın gerçekleşebilmesi için gerekli olan yargılama ilkeleridir.¹³ Böylelikle,

9 **RÜZGARESEN, Cumhuriyet.** Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara, 2013, s. 45.

10 **YILMAZ, Ejder.** Usul Ekonomisi, AÜHFCD, C: 57, S:1, (Prof. Dr. Necip Bilge Armağanı), s. 250.

11 **YILMAZ:** s. 252.

12 **AKKAN:** s. 36.

13 **AKKAN:** s. 39, 40.

çalışmamızın başında da belirtildiği üzere, yargılamaya hâkim olan il-kelerin birbirleri ile sıkı sıkıya bağlantılı olup birbirlerinin tamamlayıcı-sı konumunda oldukları izah edilmiş olmaktadır.

Makûl sürede hukukî korumanın sağlanması, en kısa sürede sonuca ulaşılması demek değildir.¹⁴ Adalet, çabuk bir karar uğruna oldu bittiye getirilmemelidir. Önemli olan hızlı bir yargılama yapmak değil, doğru bir yargılamayı, o yargılamanın gerektirdiği sürede tamamlamaktır.¹⁵ Bir yargılama, hem oldukça hızlı bir şekilde yapılmış, hem de maddî gerçeğe ulaşamamışsa, çifte adaletsizlik ortaya çıkar.¹⁶ **Devletlerin özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından sorumluluğu, davacılara engel olmamak, davacılarla eşit imkânlar tanımak ve adil yargılamayı sağlamaktır.**¹⁷

Uygulamada yerel mahkemelerin, Yargıtay'ın deliller arasındaki çelişkilerin giderilmesi yönündeki bozma ilamlarına karşı uyma kararı vermelerine karşın, bozma ilamının gereklerini yerine getirmeyerek yine eksik ve/veya hatalı hüküm verdikleri de gözlemlenmektedir. Doğal olarak, yerel mahkemelerin hızlı bir şekilde karar verme arzusu ile hareket etmesi, verdikleri hükmün tekrar bozulmasına ve de usul ekonomisi ilkesinin açıkça zarar görmesine yol açmaktadır.

"... Davacının satış temsilcisi olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Hükmüne uyulan bozma kararında da davacının satış temsilcisi olması nedeni ile mesai saatlerini kendisinin belirleyip belirlenmediğinin duraksamaya yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi gerektiği belirtilmiş ve bu yönde gerekli araştırmanın yapılması bakımından karar bozulmuştur.

Mahkeme bozma kararına uymuş ise de, bozmanın gereklerini yerine getirmemiş, bu hususta takdiri mahkemeye bırakan bilirkişi raporundaki fazla mesai ücretinin tahsiline karar vermiştir. Mahkeme fazla mesai üc-

14 AKKAN: s. 39.

15 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES: s. 398.

16 RÜZGARESEN: s. 177.

17 AKKAN: s. 45, 46, aynı yönde; MERİÇ: s. 387, 388.

ret alacağını kabulünü de gerekçelendirmemiştir. Bu itibarla hüküm eksik incelemeye dayanmaktadır.

Yapılacak iş, davacının yaptığı işin özelliği gereği sahada çalışan bir işçi olması nedeni ile mesai saatlerini kendisinin belirleyip belirlemediğini araştırmak, tarafların bu konudaki delillerinin nelerden ibaret olduğunu sorarak, bildirilen delilleri toplamak, gerekirse tanıkları yeniden dinlemek ve toplanacak delilleri toplanmış deliller ile birlikte değerlendirerek çıkacak sonuca göre bir karar vermek olmalıdır.

O halde davalı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.¹⁸

Yargılamayı gerçekleştiren hâkimlerin de, usûl hukuku kurallarını, hakkın ihlâline ilişkin talebin incelenemeyeceği sonucuna varacak şekilde engelleyici olarak kullanmamaları gerekmektedir.¹⁹ Çalışma konumuz açısından örnek verecek olursak, aynı tanığın/tanıkların yeniden dinlenilmesi talebinin görünüşte bir gerekçe ile reddine karar verilmesi ve daha sonradan mahkemenin bu ara kararından dönmesi üzerine, söz konusu **tanığın/tanıkların olayı unutmalarına veya olayla ilgili bilgilerinin ve görgülerinin azalmasına** yol açacağından (tanığın/tanıkların ölmesi durumunda da telafisi mümkün olmayan sonuçlar da doğabilir) somut olay adaletine de zarar verilmiş olacaktır. Özetle, yargılamayı gerçekleştiren hâkimlerin, çalışmamızın birçok yerinde de belirtildiği üzere, tarafın yargılamayı uzatma niyeti olmaksızın, tanığın/tanıkların ifadeleri arasındaki çelişkilerin giderilmesi ve eksikliklerin tamamlanması talebini en kısa süre içerisinde yerine getirmeleri, hem somut olay adaletinin gerçekleşmesine hem de yargılamaya hâkim olan ilkelerin birbirleri ile uyum içerisinde çalışmasına sebep olacaktır.

18 Y. 7. HD. 10.09.2013, 17927/14204 sayılı Kararı.

19 **AKKAN:** s. 58.

1.3. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi İlkesi

HMK. 31. maddesi, "*Hakim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili görüldüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.*" hükmünü içermektedir.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak ifade edilen bu düzenleme ile doğru hüküm verebilmesi ve **maddî gerçeğin bulunabilmesi** amaçlanmıştır. Düzenlemede her ne kadar "açıklama yaptırabilir" denilmişse de, bunun, hâkimin davayı aydınlatması için bir "ödev" olduğunu kabul etmek gerekir.²⁰ Eğer hâkim iddialar ve talep sonucu konusunda çelişkiler ve belirsizlikler giderilmeden karar verecek olursa, bu kararın maddî gerçeğe uygun olma ihtimali düşük olacaktır. Burada önemli olan tarafların gerçek irade ve isteklerinin ortaya çıkarılmasıdır.²¹

Nitekim, Yargıtay da aynı görüştedir.

"... Dava dosyasında dinlenen tanıkların anlatımları kendi aralarında çelişkili olup hüküm kurmaya elverişli değildir.

Hakim yeterli bilgi toplamak zorundadır. O halde tanıklardan dava konusu eşyalar hakkında ne şekilde bilgi sahibi oldukları olayların yeri ve zamanı da gözetilerek etraflıca sorulmalıdır.

*Bu yönler gözetilmeden ve tanıklar yeniden dinlenmeden oluşturulan hüküm doğru bulunmamıştır.*²²

"... Davalı vekilinin, bileziklerin gramına yönelik temyiz itirazlarına gelince; davacı vekili dava dilekçesinde hibe senedi başlıklı belge ile müvekkiline hibe edilen 5 adet bileziğin her birinin 20 gram olduğunu iddia ederek bileziklerin aynen iadesini olmadığı takdirde bedelinin tahsilini istemiştir.

20 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES: s. 373.

21 KARAASLAN, Varol. Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara, 2013, s. 29, aynı yönde; YILMAZ: s. 249.

22 Y. 2. HD. 07.05.2007, 2006/14838 E. - 2007/7491 K.

Davalı M.A.T. davalıya takılan bileziklerin 20'şer gram olmayıp, 8'şer gram olduğunu ve ziynetleri giderken üzerinde götürdüğünü bildirmiştir. Davacı, bileziklerin 20'şer gram olduğunu ispat etmek zorundadır. **Dinlenen davacı tanıkları bileziklerin gramajı ile ilgili beyanda bulunmamışlardır. Mahkemece bu konudaki taraf delillerinin toplanması, gerekirse davacı tanıklarının tekrar dinlenmesi ve dosyadaki fotoğraf dikkate alınmak suretiyle yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru değildir.**¹²³

"... Mahkemece bilirkişi raporları arasında kusur oranları yönünden meydana gelen çelişkiler giderilmediği gibi keşif sırasında dinlenen davacı tanığı, yolun sağında davacı ile birlikte yürüdükleri sırada plakasını tespit edemedikleri bir aracın gelerek sol arkasından davacıya vurduğunu belirtmiş olduğundan bilirkişi raporundaki değerlendirme bu yönüyle dahi dosya içeriğine uygun düşmemektedir.

O halde, mahkemece gerektiğinde davacı tanığının olay anına ilişkin bilgi ve görgüsünün tespiti yönünden yeniden dinlenmesi, tanığın önceki beyanlarıyla meydana gelebilecek çelişkilerin giderilmesi, ondan sonra davacı (yaya) ile plakası belirlenemeyen araç sürücüsünün olaydaki kusur oranlarının tespiti için dosyanın Karayolları Genel Müdürlüğü Fen Heyeti gibi kurumlardan seçilecek konusunda uzman bilirkişi kuruluna tevdi ile olayın oluş şekli itibarıyla olay tutanağı, hazırlık soruşturma dosyası, keşif, tanık beyanı, mevcut bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamı birlikte irdelenerek tarafların olaydaki kusur oranlarının duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi ve mevcut çelişkilerin giderilmesi yönünden ayrıntılı, gerekçeli ve denetime açık rapor alınması, kusur yönünden oluşacak duruma göre gerektiğinde aktüer bilirkişiden tazminat yönünden ek rapor alınması ve varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetli görülmemiştir.¹²⁴

Taraflar da tanık beyanları arasındaki çelişkiler konusunda ve bu çelişkilerin giderilmesi için mahkemeye bildirimde bulunabilirler.

23 Y. 6. HD. 16.05.2011, 962/6403 sayılı Kararı.

24 Y. 17. HD. 08.04.2013, 2012/5733 E. - 2013/4993 K.

"... Dosya içeriği ve toplanan delillerden; çekişme konusu 761 parselde bulunan 49 numaralı dubleks meskenin tarafların dava dışı halalarına ait iken 07.08.2001 tarihinde eşit hisse ile taraflara temlik edildiği, davacının, dava konusu taşınmazdan yaralanmasının davalı tarafından engellendiği iddiası ile eldeki davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Somut Olayda, dosyaya sunulan 21.11.2011 tarihli, tarafların ortak tanıkları olan Ö.I. ve Ş.P.'in da imzasının bulunduğu ve "tutanaktır" başlıklı belgede, taşınmazın 2001 yılından beri davalının tek başına kullanarak davacıya kullanımadığının, **sözlü ve yazılı ihtarlara rağmen anahtarının davacıya verilmediğinin, site görevlileri ve komşuların dava konusu evin davalıya ait olduğunu bildiklerinin belirttikleri halde adı geçenlerin 26.01.2012 tarihli celsedeki beyanlarında, dava konusu meskenin anahtarının tanık Ö.I.'da bulunduğunu, fakat davacının anahtar konusunda bir talepte bulunmadığını beyan ettikleri ve böylece tutanak ile ifadeler arasında çelişki oluştuğu, davacının adı geçenlerin yeniden dinlenmesini istediği, mahkemece çelişki giderilmeden karar verildiği sabittir.**

Hal böyle olunca, Tanıklar Ö.I. ve Ş.P.'in beyanları ile 21.11.2011 tarihli tutanak içeriği arasındaki çelişkinin giderilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir."²⁵

Hâkimin, kendisi üzerine düşen aydınlatma ödevini doğru bir şekilde ifa etmesi de tarafların sürpriz kararlar ile karşı karşıya kalmalarını önler. Doktrinde, hâkimin aydınlatma ödevine ilişkin vasıtalarla yazılı ya da sözlü olarak başvurabileceği belirtilmiş ancak medenî yargılamada aleniyetin sağlanması ve hâkimin söz konusu ödevi yerine getirdiğinin anlaşılması adına başvurulacak yollar için yazılılık koşulunun aranması gerektiği belirtilmiştir.²⁶ Kanımca ve uygulamada da yaşandığı üzere, hâkimin, tarafın ara karardan dönülmesi talepli dilekçesine istinaden duruşma günü beklemeksizin söz konusu tanığa/tanıklara dave-

25 Y. 1. HD. 01.11.2013, 18136/15018 sayılı Kararı.

26 MERİÇ: s. 408, 409.

tiye (tebligat) çıkarması da yazılılık koşulunu yerine getirmektedir. Uygulamada da görüldüğü üzere, yargılamayı yürüten hâkim tarafından, davacının veya davalının "başka diyecekleri olup olmadığı" veya "başka delilleri bulunup bulunmadığı" şeklindeki sorular sorması gerçek anlamı ile hâkimin aydınlatma ödevini yerine getirdiği anlamına gelmektedir.²⁷ Zira, hâkimin, bu gibi genel ifadeleri kullanması tarafların yargılamanın sonunda sürpriz bir karar ile karşı karşıya kalmalarına neden olmaktadır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevini doğru bir şekilde kullanması durumunda, nihai hükümle birlikte sürpriz bir karar verilmeyerek adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkı etkin bir şekilde kullanılmış ve bunların yanı sıra hukukî uyumsuzluğun ilk derece mahkemesinde tüm yönleriyle ele alınmasına ve yargılamanın böylelikle hızlandırılmasına hizmet edilmiş olunacaktır.²⁸ Ancak, burada dikkât edilmesi gereken husus, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı bir davada, tarafın hiç ileri sürmediği bir vakıanın, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde tarafça ileri sürülmesi veya getirilmesi istenemez. Zira, bu durum, hem iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına aykırılık teşkil eder hem de hâkimin taraflardan birisine yol göstermesi anlamına geleceğinden hâkimin reddi sebebidir.²⁹ Son olarak, özellikle anlatımlarından dönen ve eski beyanlarında direnmeyen tanık, bunun nedenlerini inandırıcı bir biçimde ve içtenlikle anlatabilirse, tanıkların birleştikleri konuların değerlendirilmesinde yüzleştirme yararlı sonuçlar verebilir.³⁰ Tanıkların beyanları arasındaki çelişkiler tanıklar yüzleştirilerek giderilmeden, herhangi bir tanığın (veya tanıkların) beyanı karara esas alınamaz, beyanlardan birisi tercih edilerek, verilecek karara gerekçe gösterilemez.³¹ Ayrıca yüzleştirme tamamlandıktan sonra, davanın taraflarına diyecekleri veya sormak istedikleri bir hususun olup olmadığı da hatırlatılmalıdır.³²

27 **KARAASLAN:** s. 155.

28 **KARAASLAN:** s. 196.

29 **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:** s. 375.

30 **ERTANHAN:** s. 270, 271.

31 **ERTANHAN:** s. 271.

32 **ERTANHAN:** s. 271 dn. 430.

1.4. Doğrudanlık İlkesi

Doğrudanlık ilkesi, yargılamanın, araya başka bir makam veya kişi girmeden, kararı verecek olan mahkeme önünde yapılmasını ve o mahkemeyi oluşturan hâkim veya hâkimler tarafından yürütülmesini, karara bağlanmasını konu edinen bir yargılama ilkesidir³³ şeklinde tanımlanmıştır.

Doğrudanlık ilkesi, 6100 sayılı HMK.'da açıkça düzenlenmemiş ise de kanun sistematigi incelendiğinde HMK. 197. maddesinde, bu ilke ile ilgili bir düzenleme yer aldığı gözlemlenmektedir. Söz konusu maddenin düzenlemesi şu şekildedir.

"(1) Kanunda belirtilen hâller dışında, deliller davaya bakan mahkeme huzurunda, mümkün olduğu kadar birlikte ve aynı duruşmada incelenir. Zorunlu hâllerde, bazı delillerin incelenmesi başka bir duruşmaya bırakılabilir.

(2) Başka yerde bulunan ve mahkemeye getirilemeyen deliller, o yerde istinabe yoluyla toplanabilir.

(3) Delillerin incelenmesi veya beyanların dinlenmesi sırasında taraflar, istinabe olunan mahkemede hazır bulunabilir ve delillerle ilgili açıklama haklarını kullanabilirler. Bu hususu sağlamak için, taraflara incelemenin yapılacağı tarih ve yer bildirilir. Bu davet üzerine taraflar istinabe olunan mahkemede hazır bulunmasalar dahi deliller incelenir veya beyanlar dinlenir."

Uygulamada da pek çok kez görüldüğü üzere, hâkim değişikliği üzerine dava dosyasının inceleyen yeni hâkimin, delilleri değerlendirme acaba doğrudanlık ilkesini ihlâl eder mi? Bu soruya doktrinde, bu durumun, doğrudanlık ilkesinin istisnası olduğu yönünde görüş bildirilmektedir.³⁴ Her ne kadar, hâkim değişikliği, doğrudanlık ilkesinin istisnası olarak kabul edilse de tarafın, dava dosyasını inceleyecek yeni

33 **ARSLAN, Aziz Serkan.** Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara, 2012, s. 6.

34 **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES:** s. 378, aynı yönde; **ARSLAN:** s. 228.

hâkimin dikkâtini daha önce dinlenmiş olan tanığın/tanıkların ifadeleri arasındaki çelişkiler ve/veya belirsizliklere çekmesi ve bu istemin de yargılamayı uzatma amacı taşımaması durumunda yeniden dinletme talebi kabul edilmelidir. Zira, yeni hâkimin, dava dosyasını daha önce inceleyen hâkimin dinlediği tanıklara ilişkin doğrudan edindiği izlenimleri bulunduramayacağı açıktır.³⁵

2. UYGULAMAYA YÖNELİK OLARAK YAŞANAN/ YAŞANABİLECEK DAVA KONUSU OLAYLAR

Yukarıda izah edildiği üzere, mahkemenin, yeniden dinletme talebini, yargılamayı uzatma amacını taşımamasına ve en önemlisi ise aradaki çelişkilerin giderilmesi amacını taşımamasına rağmen reddetmesi üzerine bu husus temyiz konusu yapıldığında büyük olasılıkla davada verilen karar bu sebepten ötürü bozulacaktır. Ancak, bu durum klasik talepli bir dava için söz konusu olabilir. Dava, talep sonucuna göre terditli bir dava ise mağduriyet bir kat daha artacaktır.

Konu ile yakından ilgisi olan bir konuya da değinmek gerekir. 6100 sayılı HMK. 241. maddesi, "*Mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edildiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir.*" hükmünü içermektedir.

Çalışmamızın pek çok yerinde de belirtildiği üzere, tanığı yeniden dinletmek isteyen tarafın yargılamayı uzatma amacı taşımaması ve tanık ifadeleri arasında çelişki ve/veya eksik bir husus bulunması durumunda bu talebinin yerinde görülmesi gerektiği savunulmuştur. Aşağıda yer verilecek Yargıtay Kararı'nda, hüküm mahkemesince, tanıklarının dinletmek isteyen tarafa, dinlettiği tanıkları ile yeteri derece kanaat edildiği gerekçesi ile geri kalan söz konusu tanıklarının dinlemekten vazgeçerek hüküm verilmiştir. Hükmün temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay, tanık dinletmek isteyen tarafın, bu tanıklar ile ilgili dinlenme talebi açısından ısrarlı olması sebebi ile hüküm mahkemesinin bu kararını bu yönden bozmuştur. **Ayrıca, Yargıtay, tanık dinletmek isteyen tara-**

35 ARSLAN: s. 229.

fin, bu konuda ısrarlı olmasını da davayı uzatma niyetiyle hareket ettiğini göstermediğini ifade etmiştir.

"Davalı koca, 25.04.2011 tarihli tanık listesinde gösterdiği tanıklara ilişkin davetiye giderleri ve tanık ücretlerini süresinde yatırmıştır. Mahkemeye davalı kocanın tüm tanıkları adına davetiye çıkarılmış, tanık listesinde adları bulunan tanıklar Ş.S., A.S. ve B.K. usulüne uygun davetiye tebliğine rağmen duruşmaya icabet etmeyince, haklarında çıkartılan ihzar kararları da adreslerinde ihzar zamanında bulunmadıklarından ikmal edilememiştir. Davalı koca, tanıkların dinlenilmesinden açıkça vazgeçmemiş, **aksine vekili 23.02.2012 havale tarihli dilekçesi ve son celsedeki beyanı ile tanıkların dinlenilmelerini istemiştir.** Bu talebin mahkeme tarafından Hukuk Muhakemeleri Kanununun 241. maddesi uyarınca yeter derecede bilgi edinildiği gerekçesi ile geri kalan tanıkların dinlenilmemesine karar verilmiş ise de, **davalı koca vekilinin bu tanıklarının dinlenilmesinde ısrarlı olması, davayı uzatma niyetiyle hareket ettiğini göstermemektedir.** Bu durumda adı geçen davalı tanıklarının Hukuk Muhakemeleri Kanununun 245. maddesi uyarınca dinlenilerek tüm delillerin birlikte değerlendirilip, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir."³⁶

Kısacası, Yargıtay, davada delillerin tam anlamı ile eksiksiz ve çelişkisiz toplanmasını davanın biraz daha kısa sürmesine tercih etmiştir.³⁷

2.1. TERDİTLİ DAVALAR AÇISINDAN

Dava, talep sonucuna göre, terditli bir dava şeklinde açılmış olabilir. Örneğin; dava dilekçesinde öncelikle zina sebebine dayalı boşanma talep edilmiş ancak yargılama sonucunda mahkemenin aksi kanaatte olabilme durumu da gözetilerek evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanılması durumunda, mahkeme öncelikle özel boşanma sebeplerinden olan zina durumunu sonrasında ise duruma göre genel boşanma sebeplerinden olan evlilik birliğinin temelinden sarsılması durumunu inceleyecektir.

36 Y. 2. HD. 15.01.2013, 2012/12511 E. - 2013/487 K.

37 Bkz. dn. 14-17'de yer alan görüşler.

"Davalı (koca) birleştirilen boşanma davasında, boşanma talebini öncelikle zina (TMK.md.161), bunun kabul edilmemesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayandırdığına göre, **toplanan delillerin öncelikle zina sebebi çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir.** Bu husus nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır."³⁸

"Dava; zina, olmazsa haysiyetsiz hayat sürme, bu da kabul edilmediği takdirde evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma talebine ilişkindir. **Zina ve haysiyetsiz hayat sürme fiilleri özel boşanma sebebi yanında genel boşanma (TMK md. 166/1) sebebi de oluşturur.** Böyle bir durum karşısında kalan eş dilerse bu özel sebeplerin yanında genel sebebe, dilerse birine veya birkaçına birlikte dayanarak boşanma talep edebilir. Davacı öncelikle zina sebebine dayanarak boşanma davası açmış olduğundan, doğuracakları hukuki sonuçların farklı olduğu da gözetilerek, öncelikle zina boşanma sebeplerinin bulunup bulunmadığı belirlenmeli, özel sebep varsa, bu sebebe dayanılarak özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmemesi veya özel sebebe dayalı dava hakkının düşmüş olması halinde, **deliller genel boşanma sebebi (TMK md. 166/1-2) çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir. Toplanan deliller öncelikle özel boşanma sebepleri bakımından değerlendirilip, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, bu husus gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.**"³⁹

Yukarıdaki örnekten yola çıkarsak, mahkemece, tarafın aynı tanığın/tanıkların yeniden dinlenilmesi istemi reddedilerek sürdürülen yargılama sonucunda, zina boşanma sebebine dayalı talep kanıtlanmadığından özel boşanma sebebi reddedilmiş ve genel boşanma sebebine dayalı talebin ise kabulüne karar verilerek tarafların boşanmasına karar verildiğini düşünelim. Yeniden tanık dinletme istemi reddedilen tarafın, zınayı kanıtlamak için dosyayı bu hususa dayalı olarak temyiz ettiğinde, Yargıtay'ın tanık ifadeleri arasındaki eksikliklerin ve çelişkilerin giderilmesi yönünde bozma tesis etmesi durumunda, dosya yine

38 Y. 2. HD. 18.02.2014, 2013/13843 E. - 2014/3106 K.

39 Y. 2. HD. 21.04.2014, 2013/25793 E. - 2014/9349 K.

hüküm mahkemesine gelecektir. Mahkemece, (**usul yönünden**) bozma ilamına uyularak tanık ifadeleri arasındaki eksiklikler ve çelişkiler giderildikten sonra, hüküm mahkemesince, yine zina boşanma sebebine dayalı talep kanıtlanamadığından özel boşanma sebebi reddedilmiş ve genel boşanma sebebine dayalı talebin ise kabulüne karar verilmiş olsun. Zira, bu durumda hüküm mahkemesinin ilk kararı usuli bir eksiklikten bozulmuştur. Yani, mahkeme yapacağı tahkikat sonucu zina sebebine dayalı boşanma kararı vermek zorunda değildir. Bu ihtimalde, özel boşanma sebebine dayanan taraf yine dosyayı temyiz ederek özel boşanma sebebinin kanıtlandığını iddia ettiğinde, Yargıtay, hüküm mahkemesinin kararının hatalı olduğunu, zinaya dayalı iddianın kanıtlanması sebebi ile zinaya dayalı davanın kabulüne karar verilmesi yönünde (**esas yönünden**) bozma tesis etmesi durumunda **ilk başta hüküm mahkemesinin, tarafın aynı tanığın/tanıkların yeniden dinlenilmesi istemini reddetmesi iki bozmaya sebep olacaktır**. Böyle bir durumda, ilk bakışta, en çok usul ekonomisi ilkesinin zarar gördüğü gözlemlense de yargılamaya hâkim olan diğer ilkeler de zarar görecektir.

SONUÇ

Klasik talepli davalarda, mahkemenin, yeniden dinletme talebinin, yargılamayı uzatma amacını taşımama ve en önemlisi ise aradaki çelişkilerin giderilmesi amacını taşıma niyeti olduğunu idrak etmesi durumunda, bu talebi en kısa süre içerisinde kabul ederek yargılamaya hâkim olan ilkelerin birbirleri ile ahenk içerisinde çalışması adına yargılamayı sürdürmesi gerekmektedir.

Yukarıda son olarak yer verilen terditli davalar açısından yaşanabilecek örnekte de görüldüğü üzere, dosyanın ilk temyiz incelemesine giderken veya temyiz incelemesinden dönmesinden sonra tarafın tanıklarının olayı unutmaması veya ölmeleri de muhtemel olduğundan hâkim meslektaşlarımızın **terditli davalar açısından davaya ilişkin asıl talebi reddedecekleri kanaatleri bulursa da** aradaki çelişki ve/veya eksiklik bulunması durumunda mutlaka ve mutlaka tarafın aynı tanığın/tanıkların yeniden dinlenilmesi istemini kabul etmeleri gerekmektedir.

KISALTMALAR CETVELİ

Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
MİHDER	: Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
S	: Sayı
s.	: Sayfa
Y	: Yıl
Y.	: Yargıtay

KAYNAKÇA

AKKAN, Mine. Medenî Usul Hukukunda Etkin Hukukî Koruma, MİHDER, Y: 2007, S: 6, s. 29-68.

ARSLAN, Aziz Serkan. Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara, 2012.

ERTANHAN, Mesut. Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara, 2005.

KARAASLAN, Varol. Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara, 2013.

KURU, Baki; ARSLAN, Ramazan; YILMAZ, Ejder. Medenî Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara, 2011.

MERİÇ, Nedim. Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, DE-ÜHFD, Y: 2009, C:11, Özel Sayı (Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan), s. 377-424.

PEKCANITEZ, Hakan; ATALAY, Oğuz; ÖZEKES, Muhammet. Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara, 2013.

RÜZGARESEN, Cumhuri. Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara, 2013.

YILMAZ, Ejder. Usul Ekonomisi, AÜHFD, C: 57, S:1, (Prof. Dr. Necip Bilge Armağanı), s. 243-274.

İŞVERENİN BİLDİRİM SÜRELERİ İÇERİSİNDE İŞÇİYE KULLANDIRMAK ZORUNDA OLDUĞU YENİ İŞ ARAMA İZNİ

■ Gözde ZEYTİN¹

ÖZ:

İş Kanunumuzun 27. maddesine göre, bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olmamalı ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir, hükmü yer almaktadır. Bu çalışma da kanunda yer almış ve yukarıda belirtilmiş olan yeni iş arama izni, süresi, işverenin işçiye bu izni kullandırmak zorunda olması, bildirim süreleri gibi kavramlar, hukuk kuralları ışığı altında, Yargıtay kararları ile örneklendirerek açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca makalede, işverenin iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırması durumunda, işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı ödeyeceği hükmü de örneklerle açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yeni İş Arama İzni, Bildirim Süreleri, Fesih, İş Arama İzin Ücreti.

İş ilişkisinin tarafları, işçi veya işveren, aralarındaki iş sözleşmesini irade açıklamasıyla, anlaşma yoluyla veya kanunda yer alan diğer sebeplerle sona erdirebilirler. Taraflardan birinin beyanı ile sözleşme geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırılabilir. Sözleşmenin belirli veya

1 Avukat, İzmir Barosu, Maltepe Üniversitesi Öğretim Görevlisi
gzd_zytn@hotmail.com

belirsiz süreli oluşu bu anlamda önem taşımaz. İş sözleşmesi hangi durumda sona ererse ersin, işçinin kendisinin ve ailesinin geçimi için sonradan yeni bir işe ihtiyacı olabilir. İşçi yeni bir işe başlamak ister ise yeni iş arama zorunluluğu ortaya çıkar. İşçinin bildirim süreleri içerisinde işyerinde çalışmakta iken aynı zamanda yeni bir iş araması birtakım zorluklara yol açacaktır. Bu itibarla, kanun koyucu işçinin böyle bir durumla karşılaştığı takdirde ortaya çıkabilecek mağduriyetini gidermek için madde 27'yi kaleme almıştır. İş Kanunu'nun 27. maddesi işçiye işten ayrılmadan önceki döneminde, çalışma saatleri içerisinde, yeni bir iş arama olanağı tanımıştır. Söz konusu madde 27'ye göre, bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İşçi bu hükme göre, yeni iş arama iznini iş saatleri içerisinde, ücretinde hiçbir kesinti olmadan kullanacaktır.

27. madde de yer alan bildirim süreleri, kanunun 17. maddesinde açıklanmış olan sürelerdir. Kanunun 17. maddesinde yer alan bildirim süreleri, işçinin çalışma zamanına göre ayrı ayrı belirtilmiştir. Buna göre, işi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra, işi altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra, işi bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra, işi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılır. Yukarıdaki belirtilen süreler, belirsiz süreli iş sözleşmesinin sona ermesinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi için gerekli olan sürelerdir.

Öngörülen süreler hem işçi hem de işveren tarafından yapılacak olan bildirimli fesihlerde hüküm ifade eder. İşte iş sözleşmesinin feshinde bu iki, dört, altı, sekiz haftalık sürelerden birinin işlemeye başlaması durumunda işveren bu süreler içerisinde işçiye iş arama iznini vermek zorundadır. Sözleşmenin bildirimli feshinin sonuçlarından birisi de kanunda açıklanmış olan işverenin işçiye iş arama izni vermesidir, bu nedenle yeni iş arama izni bildirimli feshin hukuki sonuçları arasında yer almaktadır.

Yeni iş arama iznine ilişkin bu hüküm sözleşmelerle kaldırılamaz, işçinin bu hakkından önceden feragat etmesi geçerli sayılmaz.²

Kanuna göre, iş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabilir. Kanun, burada işçiye seçimlik bir hak tanımıştır. İşveren iznine gerek olmaksızın işçi isterse iş arama iznini toplu olarak da kullanabilecektir. Fakat iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır.

Yeni iş arama izni öneline her bir günü için en az iki saattir ve bu izin, iş bulmaya uygun bir dönemde verilmesi gerekir.³

Örneğin, 6 hafta ihbar süresi olan bir işçinin toplu olarak iş arama iznini nasıl kullanacağını hesaplayalım. İşçinin haftada bir gün hafta tatili olduğunu, çalışmadığını, altı gün işe geldiğini, çalıştığını varsayalım. Bu durumda işçinin altı haftalık bildirim süresi içerisinde çalışması gereken toplam gün sayısı 36 işgünüdür. İşçinin günde iki saat iş arama izni olduğunu, bu süre içerisinde kullanması gerektiğini düşündüğümüzde 36 işgünü 2 saat iş arama izni ile çarptığımızda bulmuş olduğumuz 72 saatlik süre işçinin yeni iş arama izin süresi olacaktır. İşçinin günlük çalışma süresinin 7 saat olduğunu kabul edelim. Bulmuş olduğumuz 72 saatlik süreyi günlük çalışma süresi olan 7 saate böldüğümüzde ortaya çıkan süre yani yaklaşık olarak 10.2 iş günü işçi iş arama iznini kullanacak ve işe gelmeyecektir. 10 gün işçi işe gelmeyecek artakalan 2 saatlik kısmı ise çalıştığı herhangi bir günde iş arama izni olarak kullanabilecektir.

Yeni iş arama iznini kullanmak için işçinin ayrıca talepte bulunmasına gerek yoktur, işveren, kanunda belirtilmiş olan bildirim sürelerinin işlemeye başladığı sırada, işçiye yeni iş arama iznini vermekle yükümlüdür. Bildirim süresi sonunda işçi işten ayrılacağı için, bildirim süreleri içerisinde iş arayarak belki de yeni bir iş bulma şansını yakalayacak, ye-

2 Süzek, Sarper, İş Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2010, s. 464.

3 Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2006, s. 180.

niden çalışabilmek için girişimde bulunabilecektir. Ancak işçi yeni bir iş bulunduğundan dolayı iş sözleşmesini feshetmek isterse ya da bildirim süreleri içinde başka bir işyerinde çalışmaya başlarsa iş arama iznini talep etme hakkına sahip olamayacaktır.

Kanunun öngörmüş olduğu günde iki saatlik sürenin daha da altında işçi aleyhine sonuç doğuracak bir süre kararlaştırılmaz. Ancak taraflar 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesine aykırı olmamak kaydıyla ihbar önelini arttırabilecekleri gibi, günde en az iki saat olan iş arama izin süresini de daha yüksek bir süreye çıkartabilirler.

İşçiye iş arama izinlerinin toplu olarak kullanılması gerektiğinde, çalışılan iş günleri için iki saatten az olmamak üzere hesaplama yapılır ve işçinin iş arama iznini kullanacağı süre belirlenerek sonuca gidilir.⁴

İş arama izin hakkı iş sözleşmesinin, hem işverenin hem de işçinin bildirimli olarak feshetmesi halinde uygulama alanı bulur.⁵ Başka bir deyiş ile yeni iş arama izni bildirimli fesihlerde söz konusu olur. Bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin olarak ödenmesi halinde ise işçiye ayrıca iş arama izni için ödeme yapılmasına gerek yoktur.⁶

İş sözleşmesinin hangi tarafça feshedildiği bu aşamada önem taşımaz. İşçi işyerinden kendi isteği ile ayrılmış olsa dahi yani istifa etmiş olsa dahi iş arama iznini kullanabilir. İşverenin İş Kanununun 25. maddesine dayanarak, yani işverenin haklı neden ile derhal fesih hakkını kullanmış olduğu durumlarda, yapmış olduğu fesihlerde böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca belirsiz süreli iş sözleşmesinin derhal feshinde veya bildirim sürelerine ait ücretin veya ihbar tazminatının peşin ödendiği hallerde yeni iş arama izni verilmez.

İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir. İşveren, iş arama izni esnasında işçiye çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı üc-

4 Yargıtay 9. HD. T. 23.12.2008, E. 2008/42707, K. 2008/34977.

5 Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, 15. Baskı, Konya 2010, s. 90.

6 Sümer, s. 91.

rete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder⁷ (İş K. m. 27/3) . Yeni iş arama izni vermeyen veya eksik kullandıran işveren, o süreye ait ücreti işçiye ödemekle yükümlü olur. Eğer işveren işçiye iş arama iznini kullandırmaz ise, işçi iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkına sahip olur.

Uyuşmazlık halinde işveren ihbar süreleri içerisinde yeni iş arama izinlerini işçiye kullandırdığını ispat etmek zorundadır.⁸

Yeni iş arama izni, işçinin ihbar öneli içinde çalıştırıldığı günler için geçerli olur. İşçinin hafta tatili, bayram ve genel tatil izinlerini kullandığı günler için iş arama izni verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Çalışılmayan günler için iş arama izni verilmesi gerekmediğine göre, bu günler için ayrıca iş arama izin ücretine hak kazanılamaz.⁹

4857 Sayılı Kanun'un 27.maddesinde yer alan işverenin bildirim süreleri içerisinde işçiye vermesi gereken yeni iş arama iznini genel olarak ana hatları ile ele aldık. İşveren iş arama iznini günde en az iki saat olacak şekilde, ücret kesintisi yapmadan işçiye vermek zorundadır. Yeni iş arama izni, iki, dört, altı, sekiz haftalık bildirim süresi içinde verilir.

7 Dava, işçilik alacaklarının tahsiline ilişkindir. Dorsecilik yaparak yurtdışında çalışan şoförün tüm seferlerine ilişkin kayıtlar getirtilerek sonuca gidilmelidir. Feshi ihbar bildiriminde günlük iş arama izniyle ilgili bir açıklamaya yer verilmemiş olması ihbar süresini geçersiz kalmaz. Bu durumda, davacının ihbar süresi içinde hak kazandığı iş arama izninde de çalıştırılmış olduğu dikkate alınarak, bu izin karşılığı hak ettiği ücretin yüzde yüz zamlı olarak hesaplanarak ödenmesine karar verilmelidir, Yargıtay 9.HD. T. 09.10.2012, E. 2012/6548, K. 2012/21732, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

8 Somut olayda davalı işveren, ihbar öneli içinde yeni iş arama izinlerini kullandığını kanıtlayabilmiş değildir. İşçinin ihbar öneli içinde çalıştığı günler bakımından her gün için iki saat iş arama izin ücretinin 4857 Sayılı İş Kanununun 27. maddesi hükmüne uygun olarak %100 olarak hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir. Çalışılmayan hafta tatilleri için de iş arama izin ücreti hesaplanarak sonuca gidilmesi hatalı olup kararın bu yönden de bozulması gerekmektedir, Yargıtay 9.HD. T. 11.03.2010, E. 2008/42568, K. 2010/6437, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

9 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 27.1.2010, E. 2009/9-593, K. 2010/20: Yargıtay 9. HD. T. 10.2.2009, E. 2009/804, K. 2009/2102, Yargıtay 9.HD. T. 11.03.2010, E. 2008/42568, K. 2010/6437, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

İşveren işçinin yeni bir iş bulması için gerekli olan izni, iş bulma imkanı olacak şekilde uygun zamanda vermek durumundadır. İşçi isterse iş arama iznini kullanabilir ya da iş arama iznini kullanmayıp işverenden iş arama izin sürelerinin toplamını ücret olarak da talep edebilir. Fakat işçi iş arama iznini kullanmak isterse bu durumu önceden işverene haber vermek, bildirmek zorundadır. Eğer işveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullandırır ise o süreye ilişkin ücreti işçiye öder. İşveren, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı ödemek durumunda kalır.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 5. Basım, Ankara 2006.
- DEMİRCİOĞLU/CENTEL: İş Hukuku, 17. Bası, 2013.
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.
- Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Baskı 2, İstanbul 2005.
- SÜMER, Haluk Hadi: İş Hukuku, 15.Baskı, Konya 2010.

"KİRA SÖZLEŞMESİ" YA DA "TAHLİYE TAAHHÜDÜ" NDE BELİRTİLEN TAŞINMAZDAN BAŞKA (FARKLI) BİR TAŞINMAZ HAKKINDA YAPILAN TAHLİYE TAKİBİNDE "MADDİ HATA" YAPILDIĞI SAVUNMASI GEÇERLİ OLUR MU?

■ Talih UYAR ^{1,2}

«Kira sözleşmesi» ya da «tahliye taahhüdü» ister *adi şekilde* ister *noterlikçe düzenlenmiş*³ olsun, kiracının «örnek: 14 tahliye emri»ne, süresi (7 gün) içinde «icra dairesi»ne⁴ başvurarak itirazda bulunmasından sonra, takibin devamı için, kiralayanın «*itirazın kaldırılması*» konusunda icra mahkemesine başvurması gerekir. Kiralayan, «tahliye emrinde öngörülen onbeş günlük tahliye süresinin (İİK. mad. 272/II) geçmesini beklemeden»⁵, itirazın kaldırılması için icra mahkemesine başvurabilir. Kiralayan, başvuru sırasında, dilekçesinde «*itirazın iptâli*»ni istemiş dahi olsa, kullandığı bu sözcüklerle «*itirazın kaldırılması*»nı kastetmiş sayılır.⁶

«Tahliye emri»ne icra dairesine başvurarak yedi gün içinde itiraz eden (İİK. mad. 272/IV) kiracı, ayrıca icra mahkemesine «*takibin durdurulması*»⁷, «*takibin iptâli*»⁸ «*itirazın kabulü*»⁹ istemiyle- baş-

- 1 Avukat, İzmir Barosu, Dokuz Eylül Üniv. Huk. Fakültesi E. Öğr. Görv. t.uyar@talihuyar.com
- 2 Bu yazı; bir dosyaya HUKUKİ MÜTALAA (UZMAN GÖRÜŞÜ) "HMK mad. 293" olarak sunulmak üzere hazırlanmıştır.
- 3 Bknz: 12. HD. 12.11.1999 T. 12437/14102 www.e-uyar.com
- 4 Bknz: 12. HD. 6.6.2000 T. 8840/9407 www.e-uyar.com
- 5 Bknz: 6. HD. 6.6.2005 T. 3590/5752; 12. HD. 4.4.1996 T. 4386/4737 www.e-uyar.com
- 6 Bknz: 12. HD. 14.11.2000 T. 16800/17384 www.e-uyar.com
- 7 Bknz: 12. HD. 12.2.1985 T. 11649/1150 www.e-uyar.com
- 8 Bknz: 12. HD. 12.3.1985 T. 12387/2281; 31.1.1984 T. 11383/884; 23.5.1983 T. 2937/4033; 23.5.1983 T. 2963/4048 www.e-uyar.com
- 9 Bknz: 12. HD. 4.11.1982 T. 7882/8017 www.e-uyar.com

vurursa, bu başvuru gereksiz ve yasal dayanaktan yoksun olduğundan reddedilmeli ve harç ve yargılama giderleri başvuruda bulunan kiracıya yüklenmelidir. Eğer kiracı «süresi içinde» itirazda bulunmadığı için, takip kesinleştiği halde, kiralayan gereksiz yere icra mahkemesine «itirazın kaldırılması» için başvurmuşsa, bu gereksiz başvurunun da reddedilmesi ve harç ve yargılama giderlerinin kiralayana yüklenmesi gerekir.¹⁰ Kiracının -süresinde- yaptığı itiraz ile duran takip, ancak icra mahkemesinin olumlu kararı ile yürütülebileceğinden, icra memurunun kendiliğinden vereceği «*takibin devamı*» kararı da geçerli olmaz.¹¹

İcra mahkemesindeki «*itirazın kaldırılması*» duruşmasında, kiralayanın, «kiracısı ile arasında» «*kira sözleşmesi*» -tüm konut ve çatılı işyeri kiralalarında-^{12,13} «*tahliye taahhüdü*» bulunduğunu;

- a) Noterlikçe düzenlenmiş,¹⁴ veya;
- b) Tarih ve imzası noterlikçe onaylanmış,¹⁵ yahut;
- c) Tarih ve imzası¹⁶ kiracı tarafından kabul (ikrar) edilmiş,¹⁷ bir yazılı belge ile kanıtlaması gerekir.¹⁸

10 Bknz: 12. HD. 13.3.1985 T. 355/2332 www.e-uyar.com

11 Bknz: 12. HD. 20.2.1984 T. 12121/1704 www.e-uyar.com

12 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. İİK. Şerhi, C:11, s:18336

13 Bknz: 12. HD. 4.11.1999 T. 11906/13478 www.e-uyar.com

14 Bknz: 6. HD. 03.07.2012 T. 6808/10035; 20.12.2005 T. 9597/12166 - 12. HD. 26.11.2002 T. 23392/25153; 22.3.2001 T. 3900/4813; 12.3.2001 T. 3251/4277 - 12. HD. 17.6.2002 T. 12118/12967 - 12. HD. 12.11.1999 T. 12437/14102 - 12. HD. 15.9.1998 T. 8063/8782 - 12. HD. 4.5.1998 T. 4623/4915 - 12. HD. 8.3.1993 T. 15324/4390 www.e-uyar.com

15 Bknz: 12. HD. 18.3.2002 T. 4801/5521 - 12. HD. 12.2.2002 T. 1985/3015; 23.10.2000 T. 13588/15690; 5.10.2000 T. 12514/14433 www.e-uyar.com

16 İtirazın kaldırılması" talebinin kabul edilebilmesi için -"kira sözleşmesi" ya da "tahliye taahhüdü" altındaki- hem imzanın ve hem de tarihin kiracı tarafından kabul edilmiş olması gerekir. Eğer, kira sözleşmesi ya da tahliye taahhüdü altındaki imza kabul (ikrar) edilmiş olmasına rağmen tarih kabul (ikrar) edilmemişse yani inkar edilmişse, icra mahkemesince "itirazın kaldırılması"na karar verilemez. Bknz: 12. HD. 5.3.1996 T. E:2910/2925; 26.1.1988 T. 53/747 www.e-uyar.com

17 Bknz: 12. HD. 26.3.1984 T. 671/3542 www.e-uyar.com

18 Bknz: 12. HD. 25.9.1997 T. 8542/9341 www.e-uyar.com

«Tarih ve imzası kiracı tarafından kabul (ikrar) edilmiş» kira sözleşmesi'nden (tahliye taahhüdünden) maksat, «kiracı tarafından itiraz sırasında (İİK. mad. 274) açıkça 'tarih ve imzası itiraz konusu edilmemiş' olan» kira sözleşmesi (tahliye taahhüdü)dür. İİK. mad. 63 gereğince, kiracı «itiraz sebepleri ile bağlı» olduğundan¹⁹, itirazı sırasında «kira sözleşmesini» (ve «tahliye taahhüdü»nü) açıkça inkar etmemiş olan kiracı, bu kira sözleşmesini -ve tahliye taahhüdünü- kabul (ikrar) etmiş sayılır.

Alacaklı *imzası* ikrar olursa bile *tarihi* inkar edilen tahliye taahhüdüne dayalı olarak «itirazın kaldırılmasını» isteyemez.²⁰

Kiralayan *noterlikçe re'sen düzenlenmiş veya tarih ve imzası onaylanmış kira sözleşmesine* (ya da *tahliye taahhüdüne*) dayanarak tahliye takibinde bulunmuşsa, kiracının «tahliye emri»ne itirazı üzerine, kiralayan, icra mahkemesine başvurarak «itirazın kaldırılması»nı isteyebilir.

Kiralayan «*kira sözleşmesi*»ni (ya da «*tahliye taahhüdü*»nü) icra mahkemesinde -yukarıda belirtilen şekilde- kanıtlayınca, kiracının «*kira sözleşmesinin yenilendiğini*» veya «*kira süresinin uzatıldığını*» yine aynı nitelikteki belgelerle isbat etmesi gerekir (İİK. mad. 275/II).²¹ Yani, kiracı, icra mahkemesinde «*kira sözleşmesinin yenilendiğini veya uzatıldığını*» *noterlikçe düzenlenmiş veya onaylanmış bir belge ile veya tarih ve imzası kiralayan tarafından icra mahkemesinde ikrar edilmiş bir adi belge* ile ispat edebilir (İİK. mad. 275/II).

Kiracı, takipten önce «*kiralayanın ihtirazi kayıt ileri sürmeden yani kira dönemine (tahliye taahhüdündeki tahliye tarihinden sonraki döneme) ilişkin kira parasını almış olduğunu gösteren bir belge ile*» de, kira sözleşmesinin yenilendiğini ispat edebilir.^{22,23}

19 Bknz: 12. HD. 13.4.1999 T. 4142/4650 www.e-uyar.com

20 Bknz: 6. HD. 27.06.2013 T. 8268/11198; 26.06.2013 T. 9086/11115; 10.04.2013 T. 5180/6520 www.e-uyar.com

21 Bknz: 12. HD. 26.11.2002 T. 23392/25153; 22.3.2001 T. 3900/4813 - 18.2.2002 T. 2517/3530 www.e-uyar.com

22 **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku, C:2, s:1976, 2030 - **KURU, B.** El Kitabı, 2. Baskı, s:878

23 Bknz: 12. HD. 25.4.1983 T. 3241/3208 www.e-uyar.com

"Kira Sözleşmesi" ya da "Tahliye Taahhüdü"nde Belirtilen Taşınmazdan Başka (Farklı) Bir Taşınmaz Hakkında Yapılan Tahliye Takibinde "Maddi Hata" Yapıldığı Savunması Geçerli Olur Mu?

İcra mahkemesinin, kiralayanın «itirazın kaldırılması» istemi üzerine duruşma açarak;²⁴

- Kiralayanın dayandığı «kira sözleşmesi» ve (veya) «tahliye taahhüdü»nün 'noterlikçe düzenlenmiş' veya 'tarih ve imzası noterlikçe onaylanmış' yahut 'tarih ve imzası kiracı tarafından kabul (ikrar) edilmiş bir yazılı belge' niteliğinde bulunup bulunmadığını,

- Kiralayanın «kira süresinin sona erme tarihinden» (tahliyenin tahhüt edildiği tarihten) itibaren -İİK. mad. 272/I gereğince- «bir ay içinde» icra dairesine başvurarak takipte bulunmuş olup olmadığını,²⁵ araştırması gerekir.

İcra mahkemesi, «kiracının tahliye taahhüdünün batıl (TBK. mad. 27) olduğu, hata hile, ikrah (TBK. mad. 30, 36, 37) veya hakkın kötüye kullanılması (MK. mad. 2) nedeniyle geçersiz olduğu»na ilişkin itirazları inceleyemez.²⁶

- İcra mahkemesi «itirazın kaldırılması» talebi hakkında bir karar vermeden İİK. mad. 272 vd. göre «tahliye» kararı veremez.²⁷

İİK. mad. 275 vd. göre «itirazın kaldırılması» talebi, icra hukukuna yönelik bir talep olduğundan, bu konuda icra mahkemesince «görevsizlik kararı» verilemez.²⁸

Taahhütnamedeki *tarihe* itiraz edilmesi halinde -04.12.1957 T. 11/26 sayılı İçt. Bir. K. gereğince- bu itiraz, dar yetkili icra mahkemesinde incelemeye.²⁹

24 Bknz: 12. HD. 12.05.2011 T. 28015/9339 www.e-uyar.com

25 Bknz: 12. HD. 15.11.1984 T. 8790/11800; 23.11.1982 T. 8008/8612 www.e-uyar.com

26 KURU, B. age. C:2, s:2032 - KURU, B. El Kitabı, 2. Baskı, s:879

27 Bknz: 6. HD. 20.02.2012 T. 14092/2436 www.e-uyar.com

28 Bknz: 6. HD. 12.03.2012 T. 545/3824 www.e-uyar.com

29 Bknz: 6. HD. 17.06.2012 T. 5457/8582; 12.03.2012 T. 545/3824; 27.02.2012 T. 13007/1609 www.e-uyar.com

Kiralayan, «kira sözleşmesi»ni (ya da «tahliye taahhüdü»nü) -yukarıda belirtilen nitelikteki belgelerle- kanıtlar ve kiracı da itirazını -aynı nitelikteki belgelerle-³⁰ haklı gösteremezse, icra mahkemesi «kiracının itirazının kaldırılmasına ve takibin devamına» karar verir.³¹ İcra mahkemesinin bu şekilde karar verecek yerde, «kira sözleşmesinin feshine ve kiralananın tahliyesine» karar vermesi hatalı olur.³²

Eğer, kiracı itirazını -aynı nitelikteki belgelerle- kanıtlarsa, o zaman icra mahkemesi «kiralayanın itirazın kaldırılması isteminin reddine» (ve «kiralayanın mahkemeye başvurma hakkının saklı tutulmasına») karar verir.

İcra mahkemesinin vereceği gerek «itirazın kaldırılması ve takibin devamı» gerekse «itirazın kaldırılması isteminin reddi» kararı taraflar için -maddi hukuk bakımından- kesin hüküm (HMK. 303) teşkil etmez, sadece yürütülen takip bakımından kesinlik taşır. Bu nedenle, «itirazın kaldırılması» üzerine (tahliye ve teslim yapıldıktan sonra) veya «itirazın kaldırılması isteminin reddi» üzerine, kiracının veya kiralayanın genel hükümlere göre mahkemeye başvurma hakları saklıdır (İİK. mad. 275/IV).

Ayrıca belirtelim ki, icra mahkemesi «itirazın kaldırılması» veya «itirazın kaldırılması talebinin reddi» kararı ile birlikte -İİK. mad. 275'de öngörülmediği için- kiralayan/kiracı lehine %20 tazminata hükmedilemez.³³

İİK.'nun 272. vd. -özellikle; 275. maddesi- çerçevesinde yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca; kiralayanın "noterlikçe re'sen tanzim veya tarih ve imzası tasdik edilmiş" tahliye taahhüdüne dayalı olarak yaptığı

30 Bknz: 12. HD. 26.11.2002 T. 23392/25153; 22.3.2001 T. 3900/4813 - 18.2.2002 T. 2517/3530 www.e-uyar.com

31 Bknz: 12. HD. 7.10.1980 T. 5827/7181; 22.10.1979 T. 6680/8118 www.e-uyar.com

32 Bknz: 12. HD. 7.10.1980 T. 5827/7181; 22.10.1979 T. 6680/6118 www.e-uyar.com

33 Bknz: 12. HD. 6.12.2007 T. 19792/23045; 2.7.2001 T. 11081/11985; 6.2.2001 T. 1169/2089 www.e-uyar.com

tahliye takibine kiracının İİK.'nun 274. maddesine göre -tahliye emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde, icra dairesine- itirazda bulunup takibi durdurmasından (İİK. mad. 274/II) sonra, icra mahkemesine başvurup "*itirazın kaldırılmasını ve tahliyeye karar verilmesini*" istemesi üzerine, icra mahkemesince "*kiracının itirazının kaldırılmasına ve kiralananın (taşınmazın) tahliyesine*" karar verilebilmesi için;

- a) Hem "*örnek no:1*" TAKİP TALEBİ'nde,
- b) Ve hem de "*örnek no: 14*" TAHLİYE EMRİ'nde,

tahliyesi istenen taşınmazın nev'i ve mevkiinin (taşınmazın adresinin) açık ve doğru olarak belirtilmiş olması gerekir. Aksi takdirde yapılan *tahliye takibi* geçerli olmaz. Gerçekten;

- aa. Eğer "*takip talebi*"nde, tahliyesi istenen ("*tahliye taahhüdü*"nde veya "*kira sözleşmesi*"nde bahsi geçen) taşınmaz (kiralanan) doğru olarak belirtilmemişse takip hatalı yapılmış sayılır ve kiracının -süresiz- şikayeti üzerine icra mahkemesince "*takibin iptaline*" karar verilir.
- bb. Eğer "*takip talebi*"nde tahliyesi istenen taşınmaz (kiralanan) doğru olarak belirtilmiş olmasına rağmen, kiracıya gönderilen "*tahliye emri*"nde yanlış ifade edilmişse kiracının -süresiz- şikayeti üzerine icra mahkemesince "*tahliye emrinin iptali*" karar verilir ve kiracıya yeni bir "*tahliye emri*" gönderilmesi gerekir.
- cc. Eğer hem "*takip talebi*"nde ve hem de kiracıya gönderilen "*tahliye emri*"nde, tahliyesi istenen taşınmaz (kiralanan) doğru olarak belirtilmemişse -yukarıdaki; (aa) şıkında olduğu gibi- kiracının -süresiz- şikayeti üzerine, icra mahkemesince "*takibin iptaline*" karar verilir.
- çç. Eğer "*takip talebi*"nde ya da ("*tahliye emri*"nde) tahliyesi istenen taşınmaz (kiralanan) doğru olarak belirtilmemiş ve kiracı "*tahliye emri*"ni aldıktan sonra -icra mahkemesinden "*takibin iptalini*" (ya da "*tahliye emrinin iptalini*") istemeyip- icra dairesine -7 gün içinde- başvurup "*tahliye emri*"ne itiraz edip, hakkındaki "*tahliye takibi*"ni durdurmuş (İİK. mad. 274/II), kiralanayan da icra mah-

kemesinden "itirazın kaldırılmasını ve kiralanan tahliyesine karar verilmesini" istemişse, icra mahkemesi "gerek 'takip talebi'nde ve gerekse 'tahliye emri'nde tahliye taahhüdünde ve/veya kira sözleşmesinde bahsedilen taşınmaz (kiralanan) yerine başka bir taşınmaz hakkında takip yapılmış olduğunu" saptarsa, kiralaayanın "itirazın kaldırılması ve kiralanan tahliyesine karar verilmesi talebinin reddine" karar verir.³⁴

Kiracı aleyhine yapılan tahliye takibinin "takip talebi"nde (ve tahliye emrinde) kiracıya gönderilen "tahliye emri"nde, kiracı tarafından noterde verilen TAHLİYE TAAHHÜTNAME'Sİ'nde belirtilen tahliyesi taahhüt edilen **taşınmazın 'nev'i ve mevki'i'**nin (adresinin) farklı (yanlış) ifade edilmiş olması, **maddi hata** sayılır mı, yoksa bu yanlışlık **takibi geçersiz kılarak** mahkemece "tahliye kararı" verilmesine engel teşkil eder mi?

Yüksek mahkeme (Yargıtay 6. Hukuk Dairesi) çok yakın (yeni) tarihli bir kararında "gerek dava dilekçesinde ve gerekse noterden gönderdiği ihtarnamede '1475 Sok. No:1, Kat:6/602 Mesta İşhanı' adresindeki taşınmazın tahliyesini istemiş olan davacının, daha sonra maddihata yaptığını bildirerek '1475 Sok. No:1, K:7/702 -Mesta İşhanı'ndaki taşınmazın tahliyesine karar verilmesini isteyemeyeceğini" aşağıdaki şekilde belirtmiştir:

"Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı tahliye davasına dair karar, davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü. Dava, ihtiyaç nedeniyle kiralanan tahliyesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı ve katılma yolu ile davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davacı dava dilekçesinde, davalının kiracı sıfatı ile oturmakta olduğu "1475 Sokak No:1 K:6/602 Mesta İşhanı..." adresindeki taşınmazı 31.01.2012 tarihinde satın aldığı, 01.11.2012 tarihinde de taşınmazın hali hazır durumunu İzmir 6. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2012/19 D.ış dosyası ile tespit ettirdiğini, kendisinin kirada olup kiralanan ihtiyacı olduğunu belirterek davalının kiralananandan ihtiyaç nedeniyle tahliyesine karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece davacının işyeri ihtiyacını samimi görerek ""1475 Sokak

34 Bknz: www.e-uyar.com

No:1" adresinden tahliyesine karar verilmiş, hüküm davalı tarafından davacının tahliye talep ettiği "1475 Sokak No:1 K:6/602 Mesta İşhanı..." adresindeki taşınmazın davacı ile ilgisi olmadığı mülkiyeti dava dışı Ersan Özbelge'ye ait olduğundan bahisle davacı tarafından tahliye talep edilemeyeceğinden temyiz edilmiş, davacı ise kendisinin satın aldığı ve davalının kiracı olarak kullandığı taşınmazın "1475 Sokak No:1 K:7/702 Mesta İşhanı..."adresindeki taşınmaz olduğunu, maddi hata sonucu "K.6/602" no'lu taşınmazın tahliyesini talep ettiğini belirterek maddi hatanın düzeltilerek kararının onanmasını istemiştir.

- 1) Davacı dava dilekçesinde, davalının "1475 Sokak No:1 K:6/602 Mesta İşhanı..." adresinden tahliyesini talep etmiştir. Davalının davacının satın aldığı "K.7/702" no'lu taşınmaz yanı sıra "K.6/602" no'lu taşınmazda da dava dışı Ersan Özbelge'nin kiracısı olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca İzmir 6. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2012/19 D. İş dosyasındaki bilirkişi raporuna göre "K.6/602 no'lu" taşınmazda delil tespiti yapıldığı anlaşılmaktadır. Yine davacı tarafından davalıya İzmir 4. Noterliğinden keşide edilen 26.08.2012 tarih ve 4474 Y.N'lu ihtarnamesinde de " K:6/602 Mesta İşhanı..." adresindeki taşınmazın satın alındığı ve ihtiyaç nedeniyle tahliye edilmesi hususu bildirilmiştir. Bu değerlendirmelere göre davacının "K.7/702" yerine "K.6/602" no'lu taşınmaz ile ilgili dava açması maddi hata olarak görülemez. Bu nedenle davacının katılma yolu ile temyiz itirazları yerinde değildir.
- 2) Davalının temyiz itirazlarına gelince; Davacının tahliyesine karar verilmesini talep ettiği davaya konu "1475 Sokak No:1 K:6/602 Mesta İşhanı..." adresindeki taşınmazda kiraya veren veya malik sıfatı olmadığına göre dava açmakta aktif husumet ehliyeti bulunmamaktadır. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalının temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK.ya 6217 sayılı Kanunla eklenen geçici 3. madde hükmü gözetilerek HUMK.nın 428. maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA...³⁵

ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİNİN GEORGI DİMİTROV'UN YARGILANMASI ÜZERİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

■ **Metin ESMER***

ÖZ:

Bu makalede, insan haklarının yargısal boyutunu oluşturan ve evrensel nitelikte bir insan hakkı olan adil yargılanma hakkı ve adil yargılanma hakkının temel ilkelerinden biri olan silahların eşitliği ilkesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ışığında incelenmiştir. Söz konusu incelemenin ardından ise; adil yargılanma hakkının teorik bir kavramdan ibaret olmadığını ortaya koymak için, 20. yüzyılın en önemli olan savunmalarından birini yaparak, faşizmi ve faşizmin hukuksuz uygulamalarını yargılayan isim olarak tarihe ismini yazdıran Georgi Dimitrov'un 1933 yılındaki "Leipzig Duruşmaları" olarak bilinen yargılanması ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği, Georgi Dimitrov

EVALUATION OF THE EQUALITY OF ARMS PRINCIPLE THROUGH GEORGI DIMITROV'S DEFENCE WITHIN THE FRAMEWORK OF RIGHT TO A FAIR TRIAL

Abstract

In this article a universal human right, the right to a fair trial, and one of the basic principles of the right to a fair trial, equality of arms

* Stajyer Avukat, İzmir Barosu, metinesmer@hotmail.com

principle, is evaluated within the scope of European Human Rights Convention. After the aforementioned evaluation, in order to justify that the right to a fair trial is not merely a theoretical concept, George Dimitrov's trial known as Leipzig trials, where he went down in history as the man who judged fascism and unlawful practices by making one of the most important defences of the 20th century, is discussed.

Keywords: Right to a fair trial, equality of arms, Georgi Dimitrov

GİRİŞ

Adil yargılanma hakkı, bilhassa son yıllarda hukukçuların dilinden düşmeyen bir kavramdır. Durumun böyle olmasının nedenlerini hukuk sistemimizdeki uygulamalarda aramak kuşkusuz yerindedir. Bunun yanı sıra; hukuk nosyonuna sahip genç hukukçuların yetişmesi için gerekli önlemlerin alınması da gerekmektedir. Ünlü hukukçu Schwarz bu durumu şöyle ifade etmektedir: *"Eğer genç hukukçular, fakülte'deki öğrenimleri sırasında hukuki düşünceye sahip olamamışlarsa, hiçbir zaman iyi bir hukukçu ve öncelikle hukukun uygulayıcısı olamayacaklarından, her şey nafiledir."* Hal böyle iken, başta genç hukukçular olmak üzere tüm hukukçuların, hakların özünü iyi bilmeleri ve hukukun teorik yönüne hâkim olmaları gerekmektedir. Ancak bu aşamadan sonra hukukun pratik yönünün daha etkin olabilmesi ve hukuksuzlukların önüne geçilebilmesi mümkündür.

A. GENEL OLARAK ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki adil yargılanma hakkına ilişkin düzenleme incelendiğinde; adil yargılanma hakkının temel ve evrensel bir insan hakkı olduğunu anlamak mümkündür. İHAS ışığında adil yargılanma hakkı; kişinin medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili niza-lar veya kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan mahkemenin yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız olmasını, bu mahkemenin davayı makul bir sürede hakkaniyete uygun ve açık olarak ta-

mamlanmasını isteme hakkı¹ olarak tanımlanabilir. Görüldüğü üzere; İHAS 6. madde bireyin medeni hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi veya suçlanması durumunda açık ve adil yargılanma hakkını teminat altına almaktadır.² Medeni hak ve yükümlülüklerin kapsamına; kişilerin haksız fiilden doğan tazminat işlemleri, sözleşmelerden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri, mülkiyete ve aile hukukuna ilişkin anlaşmazlıklar girebilir. Ceza yargılamasındaki şüpheli/sanık haklarının adil yargılanma hakkı kapsamındaki teminatı ise; sadece son soruşturma aşamaları ile sınırlı olmayıp, savcılık ve kolluk aşamaları da dahildir.³

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere; adil yargılanma hakkı insan haklarının yargısal boyutunu oluşturan özelliği ağır basmaktadır. Bu nedenle, adil yargılanma hakkının teminat altına aldığı adil ve doğru bir hukuki koruma olmaksızın, diğer insan haklarının gerçekleşeceğini düşünmek ve bu hakların güvende olduğunu ifade etmek pek mümkün gözükmemektedir. Özellikle ülkemizin en çok adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası nedeniyle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne şikâyet edildiğini düşündüğümüzde, bu durumun vahameti anlaşılabilir. Çünkü adil yargılanma hakkı; mutlak olarak uygulanması gereken, taviz verilmesinin mümkün olmadığı, temel ve evrensel bir insan hakkıdır. Bu hakkın ihlal edilmesi demek, hukuk devletinin de temelden sarsılması demektir.⁴ Ronald Dworkin'in ifade ettiği üzere; *"Eğer haklar anlam ifade ediyorsa, bu durumda oransal olarak önemli bir hakkın elden alınmasının çok ciddi bir problem olması gerekir."* Hukuk devleti iddiasının sadece kâğıt üzerinde yazılı kelimelerden ibaret kaldığı devletlerde, temel ve evrensel nitelikte olan ve diğer insan haklarını işlevsel

-
- 1 **Cebre**, Ayvaz, *"Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı"*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:5, 20 Nisan 2011, S:381
 - 2 **Mole**, Nuala/**Harby**, Catharina, *"Adil Yargılanma Hakkı"*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları No:3, Ekim 2001, S:9
 - 3 **Koparan**, M. Reşat, *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı"*, İnsan Hakları Seminer Çalışması, <http://www.resatkoparan.com/parcalar/makaleler/AdilYargılanmaHakki.pdf>, Erişim Tarihi:19.11.2013
 - 4 Detaylı bilgiler için bakınız; **Turan**, Hüseyin, *"Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:84, Yıl:2009, S:215-224

kılan adil yargılanma hakkına azami derecede önem verilmesi mümkün olamayacağı gibi, aynı zamanda söz konusu durum bu devlet adına pek de bir sorun yaratmayacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki; adil yargılanma hakkına riayet edilmeksizin tesis edilen yargılamalardan çıkacak olan hüküm de baştan itibaren adil ve hakkaniyetli olamayacaktır.⁵

B. ADİL YARGILANMA HAKKININ TEMEL İLKELERİNDEN BİRİ: SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ

Silahların eşitliği ilkesi, İHAS'ın adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin metninde yer almamaktadır. Bu ilke, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından adil yargılanma hakkının geniş yorumlanması sonucu madde kapsamına dahil edilmiştir.⁶ Sözleşmenin 6. maddesinde belirtilen hakların çerçevesi dışında kalan diğer hususlarda yargılama dengelerinin kurulması İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin silahların eşitliği doğrultusunda geliştirdiği ilkesel sayılan kararlarla sürdürülmektedir.⁷

Adil yargılanma hakkı, taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanmasını ve hakkaniyetin tüm yargılama safhaları boyunca muhafaza edilmesini gerekli kılar. İşte, adil yargılanma hakkının bu özelliği silahların eşitliği ilkesi sayesinde işlevsellik kazanır.⁸ Çünkü silahların eşitliği ilkesinde esas gaye; tarafların birbirine nazaran oldukları gibi muhafaza edilmesi ve bu nedenle doğabilecek oransızlığın olduğu gibi sürdürülmesi değil, taraflar arasındaki eşitsizliğin giderilmesi, gerçekçi ve esaslı bir eşitlik anlayışıyla dengenin kurulmasıdır.⁹ Bu yüzden silahların eşit-

5 **Kartal**, Kaya, "Adil Yargılanma Hakkı", Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, S:62, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerII/117.pdf>, E.T:17.11.2013

6 **Pehlivan**, Ali, "Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi", S:1505 <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/nurcentel/alipehlivan.pdf>, E.T:20.11.2013

7 **Dinç**, Güney, "AİHS'ne Göre Silahların Eşitliği", TBB Dergisi, Sayı:57, 2005, S:285

8 **Atalay**, Esra, "Yargısal Temel Haklar", Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, S:453 (Aktaran; Yeşilova, Bilgehan, "Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği", TBB Dergisi, Sayı:86, 2009, S:50)

9 **Yeşilova**, Bilgehan, "Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği", TBB Dergisi, Sayı:86, 2009, S:96

liği ilkesi, adil yargılanma hakkı madalyonunun diğer bir yüzü gibidir. Peki, silahların eşitliği ilkesinin muhakeme hukukundaki mahiyeti nedir?

Muhakeme hukukuna Hegel'in diyalektik düşünceci hâkimdir. Bu düşünce sayesinde yargılama hukuku, taraflı yani karşılıklı hale gelmiştir. Diyalektik düşünceci muhakeme hukukuna yansıması tez ve anti tez olarak karşımıza çıkar, taraflar serbestçe delil sunabilir ve tüm delillere ulaşma imkânına sahiptir. Mahkeme söz konusu delilleri inceler, karar verirken değerlendirir ve sentez aşamasına ulaşır. Bu, dar anlamda silahların eşitliği ilkesidir.¹⁰ Böylece, yargılamanın tarafı olan birey; talep ve iddialarının ispatına yarayan belgeleri ortaya koyarak tahkikata konu etme ve bu sayede iddia yahut savunmayı çürütme imkânına kavuşur. Bu şekilde kişi karşı tarafın iddia, talep ve savunmalarına karşı da beyan ve açıklamalarda bulunma hakkına sahip olur.¹¹

Geniş anlamda silahların eşitliği ilkesi, yalnızca tarafların delillerini serbestçe ortaya koymasını ve delillerin mahkemece incelenmesini ve değerlendirilmesini muhteva etmekle kalmayıp; tüm yargılama boyunca tarafların eşitliğinin görünümü olup, karşı tarafa nazaran olumsuz olmayacak koşullarda yargılanmayı ifade eder.¹² Ceza muhakemesinde ise; özel hukuk muhakemesinden farklı olarak -ceza yargılamasının niteliğinden ötürü- silahların eşitliği ilkesi taraflara mutlak anlamda bir eşitlik bahşetmez. Ceza muhakemesinde silahların eşitliği ilkesine ilişkin temel kural; iddia ve savunma makamlarına usul hukukuna ilişkin tanınan olanakların dengeli olması, dengenin savunma aleyhine bozulmamasıdır.¹³

10 **Yarsuvat**, Duygun, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukuna Hâkim İlkeler: İtham Sistemi mi Tahkik Sistemi mi?", <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article6.pdf>, E.T:28.11.2013 ve Aynı doğrultuda; Cebre, Ayvaz, "A.g.m.", S:38

11 **Pekcanitez**, Hakan, "Medeni Yargıda Adil Yargılanma", İzmir Barosu Dergisi, 1997/2, S:45-48 (Aktaran; Yeşilova, Bilgehan, "A.g.m.", S:53)

12 **Soydan**, Billur, "Vergi Yükümlüsünün Hakları", Beta Basım Yayın, 2006, S:124-125 (Aktaran; **Kartal**, Kaya, "A.g.m.", S:54)

13 **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide, "Ceza Muhakemesi Hukuku", İstanbul Ekim 2012, S:194, (Aktaran; **Pehlivan**, Ali, "A.g.m.", S:1505)

Silahların eşitliği ilkesine ilişkin değerlendirmelerimizin hukuk hayatına yansımada ve muhakeme sonucunda tesis edilmesi gereken adil ve doğru bir hükmün temelini teşkil eden; adil yargılanma hakkının ve adil yargılanma hakkının yansımada niteliğinde olan silahların eşitliği ilkesinin uygulanmasında en büyük sorumluluklardan biri, kuşkusuz yargıçlara düşmektedir. Yargıçlar, taraflara iddialarını sunmak için imkânlar tanınmalı; bir tarafın diğer taraf karşısında avantajlı konuma sahip olmasını sağlayabilecek uygulamaları önlemeli¹⁴ ve yargılama sürecinde kamusal bir organdan gelse dahi kararlarını etkilemeyi amaçlayan her türlü görüş ve düşünce konusunda tarafları bilgilendirip, bunları yanıtlama olanağı taraflara tanınmalıdır.¹⁵ Böylece -demokratik bir toplumda- yargıçların yaklaşımları ve savunmanın kutsallığına inanan avukatlar sayesinde adaletin adil, hakkaniyetli ve dürüst bir şekilde sağlanması mümkün olabilecektir.

C. LEİPZİG 1933 DURUŞMALARI: DİMİTROV'UN SAVUNMASI¹⁶

1. Reichstag Yangını

1933 senesi Almanya ve belki de tüm dünya için bir dönüm noktası olmuştur. Çünkü Adolf Hitler önderliğindeki Nazi hareketinin ayak sesleri önce Almanya'da duyulmaya başlanacak, ardından bu ideolojik hareket tüm dünyayı içerisine alacak bir ateş topuna dönüşecektir. İşte böylesine bir sürecin fitilini ateşleyen ve Nazi ideolojisinin ilk politikalarından biri olarak kabul edilen olay, Reichstag (Millet Meclisi) yangınıdır. Reichstag yangınının hemen ardından hükümet tarafından olağanüstü hal kararnamesi yayınlanmıştır. Reichstag Yangını Kararnamesi olarak bilinen bu kararnameyle, temel hak ve özgürlüklerin büyük bir çoğunluğu askıya alınmış, Nazi ideolojisine sahip olmayan top-

14 **Mole**, Nuala/**Harby**, Catharina, "A.g.m.", S:11

15 **Dinç**, Güney, "A.g.m.", S:285

16 Bu bölümün derlenmesinde şu kaynaklardan yararlanılmıştır; **Dimitrov**, Georgi, "Faşizmin Yargılanması", Evrensel Basım Yayın, Mayıs 2005; **Verges**, Jacques, "Savunma Saldırıyor", Metis Yayıncılık, 2009 ve **Willard**, Marcel, "Babeuf'tan Dimitrov'a Sosyalist Savunmalar", Evrensel Basım Yayın, 2006, S:77-139

lumsal grupları ve bilhassa o dönem bir hayli güçlü olan komünistleri siyasi hayattan uzak tutmayı amaçlayan sert önlemler ve uygulamalar yürürlüğe konmuştur. Reichstag yangınından sonra Sosyal Demokrat Partililer ve Alman Komünist Partililer, Nazi birliklerince çeşitli tehditlere ve baskılara maruz kalmıştır. Ve yangından kısa bir süre sonra, Reichstag'dan 1933 Yetki Yasası geçirilerek Adolf Hitler Almanya'nın diktatörü olmuştur. Hitler, Almanya'nın diktatörü olmasının ardından ise; tüm partileri feshedip, yenilerinin kurulmasını yasaklamıştır.

2. Dimitrov Tutuklanıyor

Georgi Dimitrov, işçi sendikalarının ve Bulgar Komünist Partisi'nin yöneticisi, Komünist Enternasyonal'in yürütme kurulu üyesi olan bir dava adamıdır. Reichstag yangınından kısa bir süre sonra polis tarafından, Marinus Van der Lubbe adında psikolojik sorunları olan, Dimitrov tarafından faşizmin kötüye kullanılmış bir mağası olarak nitelenen bir komünist yakalanır. Marinus Van der Lubbe yakalandıktan sonra, üç Bulgar göçmen daha tutuklanır. Tutuklanan bu göçmenlerin arasında Dimitrov da bulunmaktadır.

Reichstag yangını Dimitrov'a göre; Hitlerlerin darbesinin, faşist terörün ve Nazi yağmasının işareti olacaktır. Çünkü Dimitrov, tutuklanmasının ilk anından itibaren Reichstag yangınının Alman işçi sınıfına ve onun öncüsü Alman Komünist Partisi'ne yöneltilen en şiddetli saldırı kampanyası için bahane ve başlangıç kıvılcımı olduğunu anlamıştır. Dimitrov bu durumu ilerleyen zamanlarda şöyle ifade edecektir: *"Kundaklamayı hükümet düzenlemişti. Yangını çıkaranlar Nazilerdi. Dava süresince gerçek kundakçılar hiçbir zaman aranmayacaktı çünkü suçluların rejim düşmanları olması gerekiyordu."*

Dimitrov, polis tarafından tutuklanmasının ardından, sözlü ifadelerini tespit için polisin hazırladığı tutanakları imzalamayı reddetmiştir. İfadesinin yazımını polislere bırakmayıp, kendisi yazmış ve dilinin Bulgarca olmasında direniş göstermiştir. Polise verdiği ifadelerde ise; yalnızca söylenmesinin gerekli gördüğü hususları özet olarak vermiştir. Dimitrov polis ifadesi verirken takındığı tutumu, sorgu yargıcı önünde de sürdürmeye devam etmiştir. Dili Almanca olan sorgu tutanağını im-

zalamayı reddetmiş, yalnızca kendisi tarafından ifadelerinin özetlenmiş ve yazılmış olması halinde ifadelerinin sorumluluğunu kabul ettiğini sorgu yargıcına bildirmiştir.

Dimitrov tutuklanmasının ardından kendisini dipsiz bir kuyuya düşmüş gibi hissediyordu. Ancak buna rağmen inancını ve haklılığından ileri gelen kararlılığını asla kaybetmemiştir. Soruşturma öyle yürütülüyordu ki; bir şeyler öğrenmesi, suçlamalar karşısında kendisini savunması imkânsız gibiydi. Çünkü Alman resmi makamlarının atadığı dışında doğru düzgün bir avukatı bile yoktu. Ailesi tarafından tutulan avukatların tümünün vekâletleri mahkemece reddedilmiş ve duruşmalar boyunca savunmasını kendi yürütmek zorunda kalmıştır. Ancak tüm olumsuz koşullara karşın, Dimitrov'un mücadelesi ve savunması Sokrates'in savunması gibi tarihte silinmez bir yer edinmeyi başaracaktır.

3. Dimitrov Yargıl(an)ıyor

Ünlü Fransız avukat Jacques Verges'e göre; ceza davasının üslubunu belirleyen temel özellik, sanığın toplumsal düzen karşısındaki duruşudur. Sanık, düzeni kabul ederse dava mümkündür ve gerekçelerini ortaya koyan sanık ile değerlerine saygı gösterilen yargıç arasında bir diyalog kurulur. Ancak, sanık düzeni reddederse hukuki mekanizma dağılır ve bu bir kopuş davası olur. Dimitrov, kopuş davasını tercih etmek yerine düzeni yargılayabilmek için politik savunmayı seçmiştir. Dimitrov'a göre; iyi bir politik savunma yapabilmek için yasalar çok iyi bilinmeli, büyük bir dikkatle yasalar incelenmeli ve yasalardan ustaca faydalanılmalıdır. Dimitrov'un böyle bir savunmayı seçmesinin nedeni; bu davanın siyasi bir dava olmasından kaynaklanıyordu. Hal böyle iken, Dimitrov, Alman resmi makamları tarafından avukatlığına atanan Dr. Paul Teichert'e güvenemezdi. Çünkü Dimitrov'a göre; siyasi davalarda adalet, siyasetin aleti haline gelmekteydi. Bu yüzden Dimitrov kendisine zorla kabul ettirilmek istenen savunmanın balını da, zehrini de istememiştir. Bu durumu mahkemeye de bildirip kendisi tarafından atanan bir avukatın savunmasını üstlenmesini talep etmesine karşın, Dimitrov'un bu talebi çeşitli gerekçelerle birçok kez mahkemece reddedilmiştir. Dimitrov, mahkemece takınılan bu tutum nedeniyle kendisini bizzat kendisi savunmak durumunda kalmıştır.

Dimitrov, tabiri caizse, direnerek elde ettiği iddianameyi ve Alman Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu'nu detaylı bir şekilde incelemiştir. Dimitrov, öncelikle kanunu inceledikten sonra; tutuklanmasından beri zincire vurulmasının yasadaki hükümle bağdaşmadığını görmüş ve kanunsuz olarak zincire vurulduğunu anlamıştır. Dimitrov, kanunsuz olarak zincire vurulması durumundan kurtulmak için, sorgu hâkiminden defalarca zincirlerin çıkarılmasını talep etmiş ancak bir türlü olumlu sonuç alamamıştır. Bu yüzden en azından zincirlerin idama mahkûm olmuş kişilere uygulandığı gibi yalnızca gece takılmasını sorgu hâkiminden rica etmiş lakin yine bir sonuç alamayarak beş ayı aşkın bir süre ağır tutukluluk koşullarıyla da mücadele etmek zorunda kalmıştır. Kanunun yanı sıra; iddianameyi detaylı bir şekilde inceleyen Dimitrov, düşündüğü gibi soruşturmanın gereken özenle yapılmadığını ve iddianamenin çelişkilerle dolu olduğunu görmüştür. Dimitrov, kendisini hükümlü etmeye yönelik olan bu iddianamenin bir oldu bittiye getirildiğini mahkeme huzurunda müteaddit defalar açıkça dile getirmiştir. Dimitrov'un haklılığına ilişkin kararlı tutuma ve özgüvene sahip olması mahkemeyi zor durumda bırakmıştır. Çoğu duruşmalarda Dimitrov'un tek başına ifa ettiği savunmalar, propaganda yaptığı gerekçesiyle engellenmiş ve yasaklanmıştır. Savunma araçlarını kullanamayan, sahte delil ve tanıklarla mücadele eden, tanık dinletemeyen, ağır tutukluluk koşullarına maruz kalan, basın tarafından kendisine yöneltilen iftiralara ve ahlaksız suçlamalarla karşı karşıya kalan Dimitrov, faşist ideolojinin başlattığı bu oyunda bir an olsun ümitsizliğe kapılmamış ve başını öne eğmeyerek, mücadele yolunu seçmiştir.

4. Yargılama Sonlanıyor

Dimitrov'un bu yargılamadan beraat etmesi normal koşullar altında kesindi. Çünkü Dimitrov'un yer ve zaman kanıtı mevcuttu. Bu kanıt gösteriyordu ki; Dimitrov yangın gecesi Berlin'de değildi ve yangın haberini Münih treninde öğrenmişti. Ancak savcı, Dimitrov ve diğer sanıkların delil yetersizliği nedeniyle beraat etmesine yönelik mütalaa vermişti. Bu mütalaa, Dimitrov'u kati surette memnun etmemiştir. Dimitrov'a göre; delil yetersizliğine dayanan beraat talebi kendilerini kuşku altında bırakmaya devam edecektir. Ancak duruşmalarda, Reich-

stag yangınıyla hiçbir ilişkilerinin olmadığı kanıtlanmış ve hiçbir neden bulunamamıştır. Mahkemece de delil yetersizliğine dayanan beraat kararı okunduğu zaman, Dimitrov bu tepkisini ortaya koymak istemiş, lakin yargıçlar kararı okuyup mahkeme salonundan alelacele uzaklaşmışlardır. Dimitrov kanıt yetersizliğine dayanan bu hükmü, hem kurdun karnını doyurmak hem de kuzuyu kayırmak gibi çözümlenmesi olanaksız olan bir problemi umutsuz bir çözüme çabası olarak nitelendirmiştir.

Sonuç olarak, Dimitrov Leipzig 1933 duruşmalarında adil yargılanma hakkından ve silahların eşitliği ilkesinden uzak bir yargılama sürecine karşın yargılama boyunca mücadele azmini kaybetmeyerek, modern zamanın Sokrates'i olmuştur. Çünkü Dimitrov, Sokrates'in deyişiyle; *"ne mahkemenin karşısında ne savaşta ne de başka bir yerde, ölümden kaçmak için kendini her şeyi yapacak duruma getirmemiş"* ve tüm hukuksuzluklara rağmen dimdik ayakta durabilmiştir. İşte Georgi Dimitrov, bu sayede tarihin ummanına silinmez bir şekilde imza atmaya nail olabilmıştır.

SONUÇ

Adil yargılanma hakkı, yargılamanın adil olmasını tesis eden ve diğer insan haklarının teminatı olan, evrensel niteliği haiz bir insan hakkıdır. Yargılama boyunca tarafların eşit/dengeli ve hakkaniyetli bir muhakeme sürecine tabi olmasını sağlayan ise; silahların eşitliği ilkesidir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin temelini oluşturan adil yargılanma hakkı olmaksızın diğer insan haklarının da korunabilmesi mümkün değildir. Çünkü öz olarak, hakların korunmasını ve dolayısıyla adaletin gerçekleştirilmesini sağlayan haklar ortadan kaldırılırsa, insan hakları, yazılı metinlerden öteye geçemeyecektir. Adil yargılanma hakkının bu önemini gözler önüne sermek amacıyla Georgi Dimitrov'un yargılanması incelenmiştir. Dimitrov, adil yargılanma hakkından ve silahların eşitliği ilkesinden uzak ve tüm hukuksuzlukların çepeçevre sardığı bir dönemde bir hukuk mücadelesinden alınının akıyla çıkabilmeyi başaramıştır. Dimitrov'un yargılanması ve bunun gibi nice hukuksuz yargılanmalardan ders alınabildiği ölçüde, hukuksuz yargılamaların önüne geçilebilmesi mümkündür. İşte o vakit insanoğlu, *"Dünya yıkılsa bile adalet olmalıdır."* cümlesindeki anlamın huzurunu yaşayabilecektir.

KAYNAKÇA*

ATALAY, Esra (1997), "Yargısal Temel Haklar", Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir:453

CEBRE, Ayvaz (20 Nisan 2011), "Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (Cilt:2, Sayı:2, Sayı:5):381

CENTEL, Nur/**ZAFER**, Hamide (Ekim 2012), "Ceza Muhakemesi Hukuku", İstanbul:194

DİMİTROV, Georgi (Mayıs 2005), "Faşizmin Yargılanması", Evrensel Basım Yayın

KARTAL, Kaya, "Adil Yargılanma Hakkı", Genç Hukukçular Hukuk Okumaları:62, <http://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerIII/117.pdf>, E.T:17.11.2013

DİNÇ, Güney (2005), "AİHS'ne Göre Silahların Eşitliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Sayı:57):285

KOPARAN, M. Reşat, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı", İnsan Hakları Seminer Çalışması

<http://www.resatkoparan.com/parcalar/makaleler/AdilYargılanmaHakki.pdf>, E.T:19.11.2013

MOLE, Nuala/**HARBY**, Catharina (Ekim 2001), "Adil Yargılanma Hakkı", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları, (No:3):9

PEHLİVAN, Ali, "Soruşturma Evresinde Müdafî ve Vekilin Evrak İnceleme Yetkisi", <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/nurcentel/alipehlivan.pdf>, E.T:20.11.2013

PEKCANİTEZ, Hakan (1997), "Medeni Yargıda Adil Yargılanma", İzmir Barosu Dergisi:45-48

* Makale dipnotlarında aktaran şekilde gösterilen dolaylı kaynaklar, kaynakçada doğrudan gösterilmiştir.

SOYDAN, Billur (2006), "*Vergi Yükümlüsünün Hakları*", Beta Basım Yayın:124-125

TURAN, Hüseyin (2009), "*Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi*", TBB Dergisi (Sayı:84, Yıl:2009):215-224

VERGES, JACQUES (2009), "*Savunma Saldırıyor*", Metis Yayıncılık

WILLARD, Marcel (2006), "*Babeuf'tan Dimitrov'a Sosyalist Savunmalar*", Evrensel Basım Yayın:77-139

YARSUVAT, Duygun, "*Türk Ceza Muhakemesi Hukukuna Hâkim İlkeler: İtham Sistemi mi Tahkik Sistemi mi?*", <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article6.pdf>, E.T:28.11.2013

YEŞİLOVA, Bilgehan (2009), "*Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği*", TBB Dergisi (Sayı:86):96

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU KAPSAMINDA ŞÜPHELİNİN İFADE VE SORGU SIRASINDAKİ HAKLARI

■ Ceylan ÖZTÜRK*

GİRİŞ

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeği araştırmak olmakla beraber, bu araştırmanın sınırını kişi hak ve özgürlükleri oluşturur. Ceza muhakemesinin üzerinde şekillendiği şüpheli ve sanık açısından da korunması gereken bu husus, hukuk devleti olmanın ve devamında adil bir yargılamanın gereğidir. Bu noktadan hareketle yasal temel kazandırılan bu (bahsedilen) hakların amacı, esasen şüpheli ve sanığın insan haklarına uygun yargılanabilmesini ve peşinen suçlu ilan edilmelerinin önlenmesini sağlamaktır. Böyle bir amacın önemi, özellikle henüz basit bir şüphleyle yargılama sürecine dâhil edilen şüpheli bakımından daha çok hissedilmektedir. Bu durum, şüphelinin özellikle soruşturma evresinde yaşanabilecek hak kayıplarının önlenmesi ve savunmasını şekillendirebilmesi için haklarının doğru zaman ve yerde kullanılmasını da beraberinde getirmektedir. Bu sebeple, önüne gelen somut olayın çözümünde maddi gerçeği arayan hukuk uygulayıcıları öncelikle bahsedilen hakların uygulama alanına bakmalı ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

Çalışmamızda öncelikle "Şüpheli Hakları" kavramının, ceza muhakemesinin varlık sebebini oluşturan şüpheli ve sanık açısından değerlendirmesi yapılacaktır; şüphelinin ifade ve sorgu sırasındaki hakları

* Avukat, İzmir Barosu, ozturk-ceylan@hotmail.com

ve bu hakları ne şekilde kullanabileceği irdelenecektir. Çalışmamızda ayrıca Ceza Muhakemesi Kanununda açıkça ifade edilmeyen, ancak özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer verilen ve uluslararası hukukta da öncelikli olarak ifade edilen adil yargılanma hakkının temel unsurlarına yer verilecektir. Bu değerlendirmede esas kriter Ceza Muhakemesi Kanunu olmakla birlikte, uygulama sorununu aşmak ve muhakeme adaletini gerçekleştirebilmek açısından Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını da ele alınacaktır. Bununla birlikte karşılaştırmalı hukuk ve doktrin uygulamalarına da ilgili hak çerçevesinde yer yer değinilecektir.

Şüphelinin hakları olarak ele alacağımız bu çalışmada ilgili hakların sanık hakları olarak da kabulünden dolayı, çalışma içerisinde şüpheli ve sanık kavramlarını birlikte kullanılarak bir değerlendirme yapılacaktır.

I. ŞÜPHELİ VE SANIK KAVRAMLARI

Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan önce yürürlükte bulunan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda sanık kavramı tanımlanmamakla beraber isnadın varlığı halinde kişi sanık sayılmaktaydı. Ancak bu durum şüphelilik veya sanıklık sıfatının ne zaman başlayacağına ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmamaktaydı. Bu belirsizlik öğretide sanıklık statüsüne ilişkin yapılan tanımlarla¹ giderilmeye çalışılsa da adil bir yargılamanın gereklerini yeterince sağlayamıyordu. Zira basit bir şüphelinin varlığı sanık sıfatını almak bakımından yeterli görülmediğinden ve belirli işlemlere maruz kalmakla sanık sıfatına sahip olduğundan²

- 1 Sanık, aleyhinde ceza davası açılmış veya henüz açılmadan önce kendisine sanık sıfatını veren bir muamele yapılmış olan kimsedir. Görülüyor ki sanık sadece aleyhinde ceza davası açılmış kimse olmadığı gibi hakkında hazırlık soruşturması dâhil her türlü soruşturma yapılan kimse de değildir. **Kunter**, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4.Bası, s. 296.
- 2 Özellikle hazırlık soruşturması olarak adlandırılan evrede bir kimsenin sanık sıfatına sahip olabilmesi için ona bu sıfatı veren işlemlerden biri yapılmalıdır. Bu işlemlerin başlıcası olarak sulh hâkiminden tutma kararının verilmesinin veya sorguya çekilmesinin istenmesi gösterilebilir. **Kunter**, s. 297; Bu durum öğretilde "adli makamların belli bir kişiye karşı suçlamayı (isnadı) belirten işlemler yapması" olarak da tanımlanmıştır. Bu işlemlere örnek olarak kişinin yakalanması, sorguya çekilmesi, hakkında tutuklama kararının verilmesinin istenmesi veya kamu davasının açılması gösterilebilir. **Centel Nur/Zafer Hamide**: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2008, s. 132.

bu durum özellikle hazırlık soruşturması olarak adlandırılan evrede sanık haklarının uygulanması bakımından da önemli bir sorun oluşturmaktaydı.

Ceza Muhakemesi Kanunu önceki uygulamada var olan kavram belirsizliğini gidermek adına şüpheli-sanık kavramlarının tanımını yapmıştır (CMK m.2; YGİY m.4). Buna göre "şüpheli; *soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişi*, sanık; *kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında olan kişi*" olarak tanımlanmıştır. Bu kavramların soruşturma ve kovuşturma evresiyle birlikte ele alınmasından dolayı kanun koyucu bu evrelerin de tanımına yer vermiştir. Buna göre "yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre" *soruşturma evresi* (CMK m.2/1 e); "iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre" de *kovuşturma evresidir* (CMK m.2/1 f). Bu açıdan Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilen şüpheli sanık ayrımı suç şüphesinin yoğunluğu ve suç şüphesi altında bulunan kişiye yönelik işlemlere göre değil, muhakemenin aşamalarına göre yapılmıştır.³ Diğer bir deyişle; şüpheli ve sanık, değişik muhakeme aşamalarında aynı kişiye verilen hukuki kimliktir.⁴

Sonuç olarak şüpheli-sanık ayrımı iddianamenin kabulüne bağlı olarak kamu davasının açılıp açılmadığına göre belirlenecektir. Kişi, hakkında henüz kamu davası açılmamışsa şüpheli, açılmışsa sanık sıfatını almaktadır.⁵ Şüpheli, henüz sanık sıfatına sahip değildir; ancak her sanık şüphelidir.⁶

3 **Yurtcan** Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku (Yargılama), Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., İstanbul 2005, s.144-145.

4 **Şahin** Cumhuriyet: Ceza Muhakemesi Hukuku (Muhakeme), Şeşkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 134.

5 Alman hukukunda da benzer bir ayırım yapılmakta, bu konuda Beschuldigter-Angeschuldigter-Angeklagter ayrımı bulunmaktadır. Muhakemenin tümü bakımından Beschuldigter terimi kullanılmakta, bu kişi hakkında iddianame düzenlendiyse Angeschuldigter, kamu davası açıldıysa Angeklagter adını almaktadır. Özbek Veli Özer/**Kanbur** Nihat/**Doğan** Koray/**Bacaksız** Pınar/**Tepe** İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara 2010, s. 210, dp. 95.

6 **Özbek**/**Kanbur**/**Doğan**/**Bacaksız**/**Tepe**, s. 210.

Görüldüğü üzere kişi, şüphelilik sıfatını, suç şüphesinin yetkili mercilerce öğrenilmesiyle alacaktır.⁷ Ancak öğrenme hususu kanun bakımından yeterli görülse de soruşturma organlarınca bir kimseyi şüpheli gördüklerine ilişkin iradelerini açıklayan bir soruşturma işlemine de başlanmış olunmalıdır.⁸ Bu sebeple şüpheli kavramına ilişkin "*fail olma ihtimalinin bulunduğu düşünülen ve hakkında suçla arasındaki bağlantıyı gösteren basit dayanak noktaları bulunan kişi veya kişiler*" şeklindeki bir tanım daha açıklayıcı olacaktır.⁹

Belli bir şüpheliye karşı soruşturma işlemine başlanabilmesi için "başlangıç şüphesinin varlığı"¹⁰ maddi koşul olarak aranmaktadır. Ancak madde metninde şüphelinin varlığına değinilmekle birlikte yoğunluğuna ilişkin açık bir ifade kullanılmamıştır. Bu nedenle soruşturma makamlarının soruşturma başlatabilmesi için "*somut olgulara dayanan suç şüphesinin varlığını*" araması yerinde olacaktır.¹¹

II. ŞÜPHELİLİK VE SANIKLIĞIN ŞARTLARI

Ceza muhakemesinin varlık sebebini oluşturan şüpheli ve sanık sürelerinin, bu sıfatı kazanabilmeleri için temel bazı özellikleri taşımaları gerekmektedir. Bu hususta gösterilebilecek ilk koşul şüpheli ve sanığın "*gerçek kişi*" olmasıdır. Zira ancak gerçek bir kişi şüpheli veya sanık olabilir.¹²

7 Ancak suç şüphesi ile şüpheli kavramları her zaman aynı anda ortaya çıkmayabilir. Kolluk bu aşamada bilgi toplamakla yetinecektir. Bu nedenle şüpheli kavramı, şüphe nedenleri belli bir kişi veya kişileri göstermeye başladığında ortaya çıkar. **Centel/Zafer**, s. 131-132.

8 **Turhan** Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara 2006, s. 101.

9 **Şahin** Cumhuriyet: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması (Kolluk), Yetkin Yayınları, Ankara 1994, s. 29.

10 Basit şüphe olarak da adlandırılan bu durum, şüphelinin en hafif derecesidir. Bir suçun işlendiği izlenimini veren haldir. Kamu davası açılabilmesi ve mahkûmiyet için yeterli değildir. Sonuç olarak "soruşturmanın başlayabilmesi için" gereklidir (CMK m.160/1). **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 253.

11 **Turhan**, s. 101-102.

12 **Öztürk** Bahri/**Erdem** Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara 2006, s. 305.

Tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin Türk Ceza Kanunu öncesinde yasal bir düzenleme olmamasına karşın, doktrinde tüzel kişilerin "*cezai sorumluluğu ve dolayısıyla suç faili olamayacakları*"¹³ hususu ağırlıklı olarak savunulmuş ancak, bu durum konuyu tartışmalı olmaksızın çıkaramamıştı. Ancak Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle tartışmalar önemli ölçüde son bulmuştur. Bu anlamda ele alınan en önemli düzenlemelerden biri olarak TCK m. 20/2 gösterilebilir. Madde metninde "*tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı*" belirtilerek aslında tüzel kişilerin fail olarak bir yargılama faaliyeti içerisinde bulundurulamayacağına işaret edilmiştir.¹⁴ Nitekim tüzel kişilerin soruşturma ve kovuşturmada temsili başlığını taşıyan CMK m. 249¹⁵'ün ifadesinde de yer verdiği üzere "*suç bir tüzel kişi tarafından değil, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenebilir. Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suç söz konusu ise sanık ancak tüzel kişinin organı olabilir. Yoksa tüzel kişinin kendisi değil. Görüldüğü üzere sanık olmayan tüzel kişinin şüpheli olabilmesi de mümkün değildir*".¹⁶

-
- 13 Ceza sorumluluğunun subjektifliği prensibi, tüzel kişilerin cezalandırılmalarına ve dolayısıyla sanık sıfatını almalarına manidir. Eğer bir suç varsa, onu işlemiş olan gerçek kişi, yani tüzel kişinin müdürü, memuru, temsilcisi vs. her biri şahsen cezalandırılmalıdır. Kanunlarımızda tüzel kişilerin cezalandırılmasına ilişkin düzenlemeler yer almakta ise de, tüzel kişilerin sanıklık durumunu hâkim karşısında yine gerçek bir şahıs temsil etmektedir. Netice itibarıyla sanık yine gerçek kişi olmakta, fakat ceza aynı zamanda tüzel kişiye de verilmektedir. **Kunter**, s. 297 vd.
- 14 Ancak fıkranın devamında "*suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.*" denilmek suretiyle tüzel kişiler bakımından TCK'nın 60. maddesinde yer alan güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir.
- 15 CMK m. 249: "(1) Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabl edilir. (2) Bu durumda, tüzel kişinin organ veya temsilcisi bu Kanunun katılana veya sanığa sağladığı haklardan yararlanır. (3) Birinci fıkra hükmü, sanığın aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıması halinde uygulanmaz."
- 16 **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.211; Ancak doktrinde tüzel kişilerin şüpheli olup olamayacakları, hususu farklı yazarların olabilecekleri yönünde görüş ileri sürmesiyle tartışmalı bir hal almıştır. Bkz. **Ünver Yener/Hakeri** Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, s. 206, dp. 447.

Şüphelilik veya sanıklık için gerçek kişi olmak yeterli olmamakta; aynı zamanda bu gerçek kişinin "*isnat kabiliyetinin bulunması*" gerekmektedir.¹⁷ Zira bu kişiler işledikleri fiilin "*hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek*" derecede davranışlarını yönlendiremediklerinden, fiillerinin suç olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Kanun koyucunun da "*cezai ehliyeti bulunmayan kişiler*" olarak kabul ettiği bu gruba; *çocuk ve küçüklerle* (TCK m.31), *akıl hastaları* (TCK m.32) örnek gösterilebilir. Ancak cezai ehliyetlerinin bulunmamasından ötürü şüpheli ve sanık olarak ceza yargılamasına dâhil edilemeyen bu kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine başvurulabilir.

Şüpheli ve sanık olabilmek bakımından ele alınması gereken bir diğer koşul ise şüpheli ve sanığın sağ olmasıdır.¹⁸

Bir diğer koşul olarak şüpheli ve sanığın "*belli olması*" şartı gösterilebilir. Sanığın belli olması demek, meçhul olmaması demektir.¹⁹ Meçhul olmak ise şüpheli veya sanığın kimliğinin bilinmemesi değil, fert olarak bilinmemesidir.²⁰ Görüldüğü üzere belli olmak bakımından şüphelinin veya sanığın fert olarak bilinmesi hususu yeterli olacaktır. Zira birey olarak bilinen, ancak kimliği tespit edilemeyen kişiye karşı soruşturma evresinde suç isnat edilebilir.²¹ Ancak isnat olunan fiil bakımından şüpheli veya sanık sıfatının alınabilmesi kimliğin bilinmesini de gerekli kılmaktadır. Çünkü şüphelinin "*kimliği*" kamu davasının açılabilmesi bakımından iddianamede yer alması gereken zorunlu unsurlardan biridir.²²

17 **Öztürk/Erdem**, s. 306.

18 Soruşturma aşamasında ölüm olayının gerçekleşmesi veya tespit edilmesi halinde Cumhuriyet Başsavcılığınca "kovuşturmaya yer olmadığı"; kovuşturma aşamasında ölüm olayının gerçekleşmesi veya tespit edilmesi halinde ise davaya bakan mahkeme tarafından "kamu davasının düşürülmesi" kararının verilmesi gerekmektedir.

19 **Centel/Zafer**, s. 134.

20 **Kunter**, s. 298.

21 Örneğin; "soruşturma evresinde yakalama emri düzenlenmesi bakımından şüphelinin eşkalinin bilinmesi yeterlidir; kimliğinin bilinmesi gerekmez." **Centel/Zafer**, s. 134.

22 Ancak burada "açık kimliği" ifadesi yerine "kimliği" teriminin kullanılmış olması, şüphelinin fert olarak biliniyor olmasını iddianamenin düzenlenmesi bakımından yeterli görüldüğü sonucuna ulaştırmamalı. Zira m.174/1, iddianamede bulunması gereken zorunlu unsurların bulunmamasını iddianamenin iadesi sayarak böyle bir ayırımın gerekli olmadığına işaret etmektedir. Bak. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 472.

III. ŞÜPHELİNİN HAKLARI

A. GENEL OLARAK

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde şüphelilik/sanıklık statüsünün ne zaman başlayacağına ilişkin belirsizlik sanık haklarının uygulanması bakımından önemli bir sorun oluşturmaktaydı.²³ Özellikle hazırlık soruşturması olarak adlandırılan evrede doktrinde ele alınan sanıklık statüsüne ilişkin tanım, sanık haklarının uygulanması bakımından önemli bir yer tutmasına karşın, adil bir yargılamanın gereklerini sağlamak bakımından yeterli değildi. Her ne kadar 3842 sayılı Yasa²⁴ ile CMUK'un 135. maddesinde yapılan değişiklikle, "ifade verenin ve sanığın beyanı" ibaresi eklenerek ifade ve sorgu bakımından yasak sorgu yöntemlerine başvurulamayacağı yasal temele oturtulsa da bu durum sanık haklarının sadece bir kısmını karşılamaktaydı.

Ceza Muhakemesi Kanunu ile kişi ancak kamu davasının açılmasıyla sanık sıfatını almaktadır. Böylece sanık haklarının uygulanacağı sınır belirlenmiş ancak bu durum soruşturma evresinde de bu haklardan yararlanılabiliyor yararlanılamayacağı sorununu da beraberinde getirmiştir. Bu sorunu çözmek adına yasa koyucu şüphelinin de sanık gibi

23 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içtihatlarında, "bir kişiyle ilgili adli işlemler başladığı andan itibaren, isnat olsun veya olmasın, o kişinin Sözleşme'den doğan haklardan yararlanabileceğini" karara bağlayarak sanıklığın hangi andan itibaren başladığı konusundaki tartışmalara pasif haklar bakımından son vermiştir. Mahkemeye göre, soruşturma makamları somut nedenlere dayanarak bir kimseden şüphelenmeye ve o kişi hakkında araştırma yapmaya başlamışlarsa, geniş anlamda sanıklık başlamıştır. Sonuç olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sanıklık kavramını genişleterek şüpheliyi de kapsayacak şekilde yorumlaması dolayısıyla, artık Sözleşme'deki hakları şüpheli hakları şeklinde anlamak gerekir. **Centel/Zafer**, s. 132.

24 1.12.1992 tarihinde yürürlüğe giren 3842 sayılı yasa ile hukukumuzda daha önce doktrinde ele alınan " ifade" ve "sorgu" kavramları bundan böyle yasal temele oturtulmuştur. Ayrıca ifade ve sorgu işlemleri sırasında müdafî yardımından faydalanma olanağı tanınmakla birlikte susma hakkı bir hak olarak açık bir biçimde madde metninde yer almıştır. **Yurtcan** Erdener: CMUK Şerhi (CMUK), Beta, 3.Bası, s. 325-331.

muhakemede aktif rol oynayabilmesi için hak ve yetkilerle donatılması ihtiyacına cevaben sanık hakları olarak adlandırılan bazı hakları soruşturma evresi bakımından şüpheli hakları olarak kabul etmiştir. Zira bireye yönelik hak ihlallerinin en yoğun olduğu ve bu anlamda temel hak ve özgürlüklerin korunmaya en muhtaç olduğu dönem soruşturma evresidir.²⁵

"İfade ve sorgu tarzı" başlığını taşıyan CMK m.147, şüphelinin haklarına ifadesinde yer vermiştir.²⁶ Böylece henüz suç şüphesi altında bulunan kişi bakımından adil yargılamanın önemli bir unsurunu oluşturan savunma hakkı güvence altına alınmıştır.²⁷ Madde metnine dâhil edilmeyen ancak maddenin gerekçesinde ve iç hukukumuz bakımından uygulanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ifadesini bulan adil yargılanma vs. haklar da madde metninde yer alan haklarla birlikte şu başlıklar altında toplanabilir:

B. LEKELENMEME HAKKI

Şüphelilik ve sanıklık kendine özgü bir statüdür. Salt suç şüphesine dayanarak şüpheli ve sanığın ne masum ne de suçlu oldukları yönünde bir kanaate ulaşabiliriz. Ancak somut olay açısından birkaç aleyhe delilin varlığı bile böyle bir kanaatin oluşumunu engellemek bakımından yeterli görülmekte ve dolayısıyla henüz bir şüphe üzerine kurulu yargılamanın hükmü daha baştan verilmiş olmaktadır. Oysa yargılamanın üzerinde şekillendiği şüpheli ve sanığın, temelinde peşinen suçlu ilan edilmelerinin önüne geçmek amacıyla yasal temel kazandırılan lekelenmeme hakkı, şüpheli ve sanığın savunma hakkının bir gereği olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla ancak bu hakkın gerektirdiği düzen çerçevesinde yapılacak bir yargılama şüpheli ve sanığın diğer haklarının da garantisi olacaktır. Bu noktada lekelenmeme hakkının iki yönünün bulunduğunu söyleyebiliriz. Soruşturma evresi ve dolayısıyla şüpheli bakımından bu hak, soruşturma evresinin gizli olması ilkesiyle uygulama alanı bulmaktadır. Bu çerçevede soruşturma süjesi konumundaki

25 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 211.

26 Bu haklar sanık hakları olarak da anlaşılmalıdır.

27 5271 sayılı CMK m.147 gerekçesi.

şüphelinin, aleyhine kamu davası açılana kadar suçlandığının toplum tarafından öğrenilmemesi hakkı bulunmaktadır.²⁸ CMK m. 157'de ifadesini bulan bu ilkenin sınırını şüphelinin savunma hakkı oluşturmakla beraber bu ilkenin gereği olarak şüpheliye bir suçlu gibi davranılmayacaktır. Ancak uygulamaya bakıldığında bu kurala riayet edildiği pek söylenemez. Bu ihlal özellikle basın ve yayın organlarının faaliyet alanları bakımından ve dolayısıyla basın ve yayın organları tarafından daha çok gerçekleştirilmektedir. Ancak bu ihlaller gizliliğin ihlalini meşrulaştırmamaktadır. Zira böyle bir sonuç gizliliğin ihlalinin suç olarak düzenlendiği TCK m. 285 hükmünden de anlaşılmaktadır. Bununla birlikte kovuşturma evresi bakımından da lekelenmeme hakkının varlığından söz edilebilir. Bu evrede bu hak masumiyet karinesiyle ilişkilendirilerek uygulama alanı bulur. Temel uluslararası metinlerde²⁹ ifadesini bulan suçsuzluk karinesi, bugün itibarıyla muhakeme hukukunun ve adil yargılanma hakkının temel bir taşıdır.³⁰ Bu karine çerçevesinde suçluluğu yargı kararıyla sabit olmadıkça hiç kimse suçlu sayılmayacaktır. Dolayısıyla bir kimse kesin hükümle suçluluğu sabit oluncaya

28 **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.215; Bununla birlikte Yargıtay'ın da vermiş olduğu bir kararda lekelenmeme hakkına şu şekilde yer verilmiştir: "Lekelenmeme hakkı ... uyarınca soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının makul sürede bütün delilleri toplamaları ancak sadece mahkumiyetle sonuçlanabilecek hususları değerlendirmeleri ve dava konusu yapmamaları gerekirken ... Cumhuriyet savcısının suça konu malın kime ait olduğunu araştırmadan ve bunu nereden ve ne şekilde aldığını belirlemeden iddianame hazırlaması hukuka aykırıdır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/17629, K.2011/6976, T.30.11.2011; www.kazancı.com.tr) (Erişim Tarihi 05.12.2013)

29 İHEB m. 11 v AİHS m. 6/2'de yer verilen bu karineye Anayasamız bakımından da paralel bir düzenleme getirilmiştir. An. m. 38/4'te ifade bulan karineye göre "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar hiç kimse suçlu sayılmaz." Bununla birlikte AİHM Minelli/İsviçre davasında masumiyet karinesinin genel tanımlamasını yapmıştır. Buna göre; Mahkeme, Sanığın suçluluğu yasal olarak saptanmadan önce ve özellikle kendisinin savunma haklarını kullanma hakkına sahip olmadan onun suçlu olduğu hissini telkin eden adli bir karar, suçsuzluk karinesinin ihlalidir" demektedir. **Çelik Adem**: AİHS ve Türk Hukukunda Masumiyet Karinesi (Suçsuzluk Karinesi), Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:36, Ağustos 2009, s. 65-73.

30 **Çelik**, s. 68 vd.

kadar masumiyet karinesinden faydalanacaktır. Bu karinenin doğal sonucu olarak, sanık, suçu işlemediğini, suçsuz olduğunu kanıtlamakla yükümlü değildir. Bu halde iddiayı kanıtlama görevi, bir kimseyi suçlayan şahıs ve makama aittir. Bu halde sanık hakkında yeterli delil yoksa mahkûmiyet hükmü salt kanaate dayanılarak verilemez. Zira "*şüpheden sanık yararlanır*".

Kovuşturma evresiyle ilişkilendirilerek anlam bulan masumiyet (suçsuzluk) karinesi, adil yargılanma kapsamında sanığa sağlanan güvencelerin, ceza davası açılmadan önce başlaması sebebiyle artık muhakemenin bütünü bakımından uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla "suç işlediği şüphesiyle" hakkında polis soruşturması başlatılan veya gözaltına alınan kişi de bu karineden yararlanabilecektir.³¹ Aynı zamanda kişinin suçsuz olduğu varsayımı ile hareket edilmesini gerektiren ve temel bir hak niteliğinde olan karine gereğince, şüpheli veya sanık salt yargılama sırasında değil, sonrasında da bu karineden yararlanabilecektir.³²

Söz konusu karine, Türkiye'nin her ikisine de taraf olduğu, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde (m. 11/1) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (m. 6/2) zikredilmiştir. Diğer taraftan karine, her ne kadar CMK'da açıkça düzenlenmemiş ise de yasama, yargı ve yürütme bağlayan ilke olarak mevzuattaki yerini, 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*" şeklinde almış bulunmaktadır.

31 Çelik, s. 67vd.

32 Örneğin, AİHM, Sekanina-Avusturya davasında başvuran hakkında beraat kararı kesinleştikten sonra, yerel mahkemenin başvuranın suçuna ilişkin şüphelere dayanmasının masumiyet karinesine aykırı düştüğüne karar vermiştir. Sekanina-Avusturya, 25.06.1993; Bkz. Özbey Özcan, İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesi'nde uygulanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2004, s. 415 (Toksarı Kübra: (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Türk Hukukunda Şüpheli ve Sanık Hakları, Kayseri 2010, s.44 naklen) (İnternet Erişim Tarihi 20.11.2013).

C. ADİL YARGILANMA HAKKI

1. ADİL YARGILANMA KAVRAMI

Anayasa ve uluslararası hukukta, ifadesini bulan insan haklarının, kapsamı oldukça geniştir. Öğretide, yapılan tanımlarla³³ soyut anlamda bir içerik kazandırılan insan hakları, ırk, din, dil ve cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin tüm insanların yararlanabileceği haklar olarak kabul edilmektedir. Bu noktada soyut anlamda "olanı" değil, "olması gerekeni" ele alan insan hakları, devlet güvencesine sahip olmasa bile, onurlu bir yaşam için sahip olunması gereken tüm insan haklarını kapsamaktadır. Diğer taraftan yasal bir temele oturtularak hukuki güvenceye kavuşturulan insan hakları da, somut anlamda insan hakları olarak nitelendirilmektedir.³⁴

"Adil yargılanma" kavramının, insan hakkı olarak kabulünde bir tereddüt olmamakla birlikte söz konusu hakkın nitelendirilmesi hususunda öğretide bir birlik yoktur. Zabunoğlu, söz konusu hakkı, birey için "temel bir hak", yargılama makamı açısından da bir "görev" olarak kabul etmekte; bu nedenle hakkı "adil yargılanma" olarak nitelendirmektedir. Aynı zamanda adil yargılanma hakkının, doğru bir yargılamayı kapsamaması ve görev niteliğinde olması dolayısıyla, esasen hak arama özgürlüğünün uygulama alanındaki uzantısı ve somut örneği olduğuna işaret etmektedir.³⁵ Diğer taraftan Öztürk, Erdem ve Özbek, "dürüst yargılanma hakkı" kavramının daha uygun olduğunu belirtmektedir.³⁶ İnceoğlu ise fair trial³⁷ teriminin dilimizdeki tam karşılığının "hakka-

33 Bu tanımlama, genellikle "İnsanın, sırf insan olması sebebiyle sahip olduğu haklar" şeklinde yapılmaktadır.

34 **Sanıvar** Ramadan: (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Sanığa Tanınan Temel Haklar, Gazimağusa (Kuzey Kıbrıs) 2012, Bkz. s. 9 (İnternet Erişim Tarihi 25.11.2013).

35 **Zabunoğlu** Yahya: Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Ekim 2000, (İnternet Erişim Tarihi 27.11.2013).

36 **Öztürk** Bahri/**Erdem** Mustafa Ruhan/**Özbek** Veli Özer: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Yenilenmiş 11. Baskı, Ankara 2007, s.12.

37 Magna Carta ile doğan ve tarihsel süreç içerisinde gelişen adil yargılanma hakkına ilişkin İngilizce yayınlarda bu ifadeye (veya natural justice ifadesine) yer verilmektedir.

niyetle yargılama" veya "hakkaniyete uygun yargılama" olduğunu; zira Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin bütünü ele alındığında "adil yargılama", maddedeki ilke ve hakların tamamını kapsayan bir hak olarak ifade edildiğinde ise "adil yargılanma hakkı" kavramının kullanılması gerektiğini ifade etmektedir .

Adil yargılanma hakkının, nitelendirilmesi hususunda öğretilerde bir birlik olmasa da hakkın içeriğine ilişkin ortak kanaatler çerçevesinde, söz konusu hak şu şekilde tanımlanabilir: *"Birey açısından temel hak niteliğinde olan adil yargılanma hakkı, kişinin yargılanması sürecinin adil ve hakkaniyete uygun olabilmesi için iddia, savunma ve yargılama makamı açısından uyulması gerekli ilke ve kuralların bir bütünüdür."*

2. ADİL YARGILANMA HAKKININ ÖNEMİ VE KAPSAMI

Birçok uluslararası sözleşme, anayasa ve ulusal yasalarda güvence altına alınan ve insan haklarının, yargılama alanındaki en önemli yan-sıması olan adil yargılanma hakkı; dokunulmaz ve vazgeçilmez bir hak olarak, yargılamanın insan haklarına ve demokratik kurallara en uygun şekilde yapılmasının ve böylece insan hakları ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasının garantisidir.

Adil yargılanma hakkı, pek çok ulusal ve uluslararası belgede çeşitli şekilde yer alsa da, ilk kez Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde açıkça düzenlenmiş ve uluslararası hukukun koruması altına alınarak evrensel bir nitelik kazanmıştır. Anayasamızın 90. maddesi³⁹ uyarınca kanun hükmünde olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 10 Mart 1954 tarih 6366 sayılı kanunla onaylanmıştır. Başka bir deyişle, evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde belirtilen "adil yargı-

38 **İnceoğlu** Sibel: İHAM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, Tıpkı 3. Baskı, İstanbul 2008, s. 2, 3.

39 An.m.90/5'e göre "Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

lanma hakkı" kavramına 1954'ten beri iç hukukumuzda yer verilmektedir.⁴⁰ Onaylanıp yayımlandığı için esasen Anayasamızın 90. maddesi ile zaten kanun hükmünde olmasına rağmen, 03.01.2001 tarih 4709/14 sayılı kanunla yapılan değişiklikle Anayasamızın 36. maddesinde de kavram olarak ifadesini bulan adil yargılanma hakkı, böylece iç hukukta uygulanması bakımından güçlendirilmiştir.

Adil yargılanma hakkı, ceza davaları yanında hukuk davaları ile kısmen de olsa idari davalarda uygulanabilmekte ve bir hukuk devletindeki yargılama usûl ve esaslarına dair ilkeleri belirlemekte ise de, 6. maddede, adil yargılanma hakkına ilişkin tüm hak ve ilkeler açıkça yer almamaktadır. Ancak her ne kadar 6. maddede adil yargılanma hakkına dair tüm hak ve ilkeler açıkça yer almasa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17.01.1970 tarihli Delcourt-Belçika Kararında "...Sözleşmedeki anlamıyla demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkı öylesine öncelikli bir role sahiptir ki, 6/1.fıkranın dar yorumlanması bu maddenin amacına uygun düşmez." diyerek, 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının oldukça geniş bir yoruma sahip olduğunu, açıkça sayılmayan ancak demokratik bir toplumda gerekliliği kabul edilen diğer hakların da adil yargılanma hakkına dâhil olduğunu belirtmiştir.⁴¹

Dolayısıyla ceza yargılamasında, bir kişi, suç ile itham edildiği andan itibaren adil bir yargılamanın güvencesinden yararlanabilecektir. Suç isnadından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin ise Mahkeme, kararlarında, kavramın şekil değil öz açısından değerlendirilmesi gerektiğine yer vermiştir. Zira Dweer v. Belçika kararında suç isnadını "...bir yetkili makam tarafından bir bireye suç işlediğine dair bir iddianın bildirilmesi veya büyük ölçüde şüphelinin etkilendiği bir durumun söz konusu olması" şeklinde ifade etmiştir.⁴² Bu nedenle, 6. madde kapsamındaki garantiler sadece mahkemedeki yargılama sürecine uygulanmaz, bu süreçten önce ve sonraki aşamalarda da uygulanır.

40 Söz konusu hak 03.01.2001 tarih 4709/14 sayılı kanunla yapılan değişiklikle Anayasamıza (36. madde) da girmiştir.

41 **Erdoğan** Gülnur: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 30.

42 **Yüksel** Hatice: (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi) Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2010, s. 42 (İnternet Erişim Tarihi 01.12.2013).

Adil yargılanma hakkının önemi, özellikle en çok başvuru alan ve en kapsamlı madde olmasından kaynaklanmaktadır. Mahkemeye yapılan başvurularda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi, sözleşme sistemi içerisinde bugün itibarıyla en çok başvuru alan hüküm konumuna gelmiştir. Bunun nedenlerinden biri, sözleşmede yer alan herhangi bir hakkın ihlâl edildiği şikâyetinin yanı sıra hakların ele alındığı yargısal sürecin de ihlâl edildiği iddiasının ileri sürülmesidir. Bir diğer neden ise, 6. maddenin hem özel hukuk hem de ceza hukukuna ilişkin konuları kapsamıdır.

Ülkemiz de en çok adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği iddiası nedeniyle şikâyet edilmektedir. Söz konusu madde iç hukuk kuralı hâline geldiğinden, hem ilk derece mahkemelerince hem de temyiz incelemesini yapan yüksek dereceli mahkemelerce yapılan yargılama sırasında, bu hakkın ihlâl edildiği iddiası sık sık ileri sürülmektedir. Zira bu talepler, 6. maddenin hem Sözleşmedeki hakların usûli güvencesini oluşturması hem de iç hukukta bu ihlâl iddiası ileri sürülmezse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde başvurucunun şikâyeti, iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı ile karşılaşacağından yapılmaktadır.⁴³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, Sözleşme'nin temel maddesi olarak kabul edilmekle birlikte aynı zamanda en kapsamlı maddesi olma özelliğini taşımaktadır. Zira maddede, hem genel yargılama ilkelerine hem de ceza yargılamasına ilişkin ayrıntılı kurallara yer verilmektedir.

Kısacası adil yargılanma hakkının kapsamını belirleyen 6. madde, hem iç hukukta, hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde en çok başvuru konusu olma özelliğini taşıması ve sözleşmede düzenlenen hakların en kapsamlısı olması yanında, aynı zamanda bir ülkede diğer temel hak ve özgürlüklerin de teminatıdır.

43 **Turan** Hüseyin: Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmeleri'ndeki Yeri ve Önemi, TBB Dergisi, S. 84, 2009, s. 214, 215.

3. ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI

a. Yasayla Kurulmuş Yetkili, Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı

aa. Mahkeme ve Mahkemeye Başvurma Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 1. fıkrasında herkesin kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde adil ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Aslında, söz konusu fıkra da adil bir yargılama yapmakla görevli olan mahkemenin sahip olması gereken nitelikler üzerinde durulmuştur.

Ancak şüpheli ve sanığın yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının varlığı, mahkeme kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu üzerinde durulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede mahkeme, kendi yetki alanı içindeki meseleleri, hukuk kurallarına ve daha önceden öngörülmüş usûllere göre karara bağlamak üzere kurulmuş, yargısal görevleri yerine getiren bir organ şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise mahkeme kavramını, kanunla kurulan, yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız, tarafsız ve yargılama usûlü güvencesine sahip bir makam olarak ifade etmiştir. Bununla birlikte bazı disiplin kurulları⁴⁵ ve uzmanlık kurul veya mahkemeleri de mahkeme kavramına dâhil edilmektedir.⁴⁶ Bu durum ise mahkeme kavramının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ulusal hukuktan bağımsız bir şekilde yorumlanmasının sonucudur.

44 Bkz. Uluslararası Af Örgütü: Adil Yargılanma Hakkı, Çev. Fadıl Ahmet Tamer ve Erol Kaplan, İletişim Yay., İstanbul 2010, s. 157 (**Sanıvar**, s. 20 naklen).

45 Örneğin AİHM, Campbell ve Fell-İngiltere davasında, klasik anlamıyla mahkeme olmayan disiplin kurulunu, verdiği yargısal kararı dolayısıyla mahkeme olarak kabul etmiştir. Bu dava ile AİHM, idari bir kurulun verdiği kararın mahkeme kararı olarak kabul edilebileceği gibi meslekten hâkim olmayanların da bu şekilde yargısal karar verebileceğini kabul etmiştir. Campbell ve Fell-İngiltere, 28/06/1984; Bkz. Doğru Osman: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Legal Yayıncılık, Cilt 1, İstanbul 2004, s. 722 vd. (**Toksarı**, s. 8. naklen).

46 **İnceoğlu**, s. 159.

Ancak sadece görüş bildirmekle görevli makamlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mahkeme olarak kabul edilmemektedir.⁴⁷ Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkeme üyesinin hâkim mesleğinden olmasını aramamakta; yasayla kurulan ve kanuni bir usûl izleyen mahkeme tarafından verilen kararın nihai karar olmasını yani bir üst kurul tarafından (kararın esas yönünden) gözden geçirilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Zira üst kurul tarafından yapılacak esasa ilişkin bir inceleme ilk derece mahkemesinin bağımsızlığını telafi edeceğinden herhangi bir ihlâlin varlığı da söz konusu olmayacaktır.⁴⁸

"Mahkeme" kavramı konusundaki açıklamalardan sonra "mahkemeye başvuru hakkı"na⁴⁹ da bakılmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça düzenlenmeyen ama sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde "*her şahıs ... yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının ... dinlenmesini istemek hakkını haizdir*" düzenlemesiyle zımnen kabul edilen mahkemeye başvuru hakkı⁵⁰ yani hak arama özgürlüğü, esasen hakkaniyete uygun bir yargılamanın amaçlandığının göstergesidir. Ancak hakkaniyete uygun yargılama, öncelikle tarafların iddialarını hukuken tanınan haklar çerçevesinde ortaya koymasını gerekli kılmaktadır.

47 De Jong, Baljet et Van den Brink-Hollanda, 22.05.1984; Bkz. Gözübüyük Şeref/Gölcüklü Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 280 (**Toksarı**, s. 7. naklen).

48 **İnceoğlu**, s.

49 Anayasanın 36. maddesinde söz konusu hak, "hak arama özgürlüğü" kapsamında değerlendirilmekte ve şu şekilde ifade edilmektedir: "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia e savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*"

50 İlk olarak Golder/Birleşik Krallık davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tanınan bu hakkı, Mahkeme, hakkın zımnî olarak varlığını, sözleşmenin metni ve içeriği ile konu ve amacına, hukuk devleti ve hukukun genel ilkelerine dayanarak kabul eder. **İnceoğlu**, s. 103.

bb. Yasayla Kurulmuş Mahkeme

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "yasanın öngördüğü mahkeme" koşulu, doğal hâkim ilkesinin yargılama alanındaki ifadesidir. Yasal mahkeme, bir uyuşmazlık çıkmadan önce, o uyuşmazlığın hangi mahkeme önünde görüleceğinin bilenebilirliğinin sağlanmasıdır ve hukuk devletiyle yakından alakalıdır.⁵¹ Bunun için de mahkemelerin kuruluş ve yetkileri ile yargılama usûlleri, dava konusu olay ortaya çıkmadan önce yasayla belirlenmelidir. Böylece kişiler, her ne ad altında olursa olsun idari bir tasarrufla kurulan yargı organları karşısında hak aramaya ya da yargılanmaya zorlanamayacaklardır.⁵²

Anayasa'nın 37. maddesinde yer verilen "kanuni hâkim"⁵³ ilkesine göre, hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacak ve bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler⁵⁴ kurulamayacaktır. Ayrıca Anayasa'nın 142. maddesinde de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri ile işleyişi

51 **İnceoğlu**, s. 158.

52 Örneğin AİHM, Coeme, Mazy, Stalport ve Diğerleri-Belçika davasında, bakan sıfatına sahip olmayan suç ortaklarının, kanun tarafından öngörülmemesine rağmen bakanla birlikte temyiz mahkemesinde yargılanmasını "yasayla kurulmuş mahkeme" ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Coeme, Mazy, Stalport ve Diğerleri-Belçika, 22/06/2000; Bkz. Serkan Cengiz/Demirağ Fahrettin/Ergül Teoman/McBride Jeremy/Tezcan Durmuş: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Council of Europe European Union, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s. 103-104 (**Toksarı**, s. 10 naklen).

53 Söz konusu ilkeyi Anayasa Mahkemesi, "tabii hâkim" olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 09/01/1977 tarih, 1977/36 esas ve 1977/30 karar sayılı kararı.

54 Anayasa Mahkemesi, olağanüstü yargı organını, "bir kimseyi yasal olarak tabi olduğu mahkemeden başka bir mahkeme önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip organ" şeklinde tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 06.03.1973 tarih, 1972/56 esas, 1973/11 karar sayılı kararı. (İnternet Erişim 11.12.2013)

ve yargılama usûllerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu da söz konusu ilkenin varlığı üzerinde durmuş; örneğin görevsiz bir mahkemede dava açılması⁵⁵ durumunda nasıl bir yol izleneceği hususunda açık kurallar koyarak, yasal mahkemede yargılanma hakkını ayrı bir güvenceye bağlamıştır.

Ayrıca Anayasa'nın 38. maddesinde ifade edilen suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan yasal mahkeme önünde yargılanma ilkesinin önemi, henüz suç şüphesi altında bulunan şüpheli bakımından daha çok hissedilmektedir. Zira şüpheli hakkında tutukluluk gibi güvenlik tedbirlerinin büyük çoğunluğuna karar verecek ve itirazları inceleyecek makam, hâkim ve mahkemelerdir.

cc. Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme

aaa. Mahkemelerin Bağımsızlığı

Bağımsızlık; bir davada karar mekanizması durumundaki hâkimlerin, önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında herhangi bir kişi, makam ya da organdan⁵⁶ emir almaksızın, yasalar çerçevesinde hukuka uygun olarak yargılama yapabilmesi ve önyargılardan uzak özgürce karar verebilmesidir.

Bağımsızlığı temin için mahkemeler hem iç (ekonomik, sosyal vs. gruplar) hem de dış etki ve baskılara karşı kapalı olmalıdır. Zira bu şekilde hukukun uygulanması sırasında hâkimlerin adalet duygusunun zedelenmeyecek ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmeyecektir. Mahkemenin yargılama sürecine ilişkin şüpheli ve sanığa vermesi gereken güven duygusu, dış etki ve baskılara karşı bağımsızlığının göstergesidir. Ayrıca yargılama sürecinde şüpheli ve sanıkta oluşacak düşünce ile mahkemenin bağımsızlığına ilişkin değerlendirme yapılabilir.⁵⁷

55 CMK m. 5, 6, 7, 10/1, 170, 174; An. m. 158/1...

56 Söz konusu durumun temelinde "kuvvetler ayrılığı ilkesi" yatmaktadır.

57 **Toksarı**, s. 16.

Anayasa'nın, 9. maddesi yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağını ifade etmektedir. 138. maddesinde de mahkemelerin bağımsızlığını temin için birtakım güvencelere yer verilmiştir. Buna göre hâkimler, görevlerinde bağımsız olup Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerdir. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyecek, genelge gönderemeyecek, tavsiye ve telkinde bulunamayacaktır. Aynı maddede sayılan bir diğer güvence ise yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uyması, ayrıca kararları hiçbir surette değiştirememeleri ve yerine getirilmemesini geciktirememeleridir. 139. maddede ise hâkimlik ve savcılık teminatı düzenlenmiştir. Böylece hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen 65 yaşından önce emekliye ayırlamaz, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlü haklarından yoksun kılınamazlar. Ancak bu teminat mutlak değildir. Zira hâkim ve savcılar meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olurlarsa ya da görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılırsa veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilirse meslekten çıkarılabilirler. Hâkim ve savcılarının görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işlemleri ya da meslekle bağdaşmayan davranışlarda bulunmaları durumunda, inceleme ve soruşturma yetkisi, Anayasa'nın 144. maddesine göre Adalet Bakanlığı'nın izniyle adalet müfettişlerine aittir. Soruşturma sonunda disiplin cezaları ile meslekten ihraç kararlarını veren Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'dur. Ancak meslekten çıkarma kararı⁵⁸ dışındaki kararlara karşı yargı mercilerine başvurulamayacaktır. Ayrıca 140. madde de hâkim ve savcılarının, idari faaliyetleri olduğu ve bu görevler yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlı oldukları ifade edilmiştir.

Bir hâkimin özürce karar verebilmesi, sadece yasama ve yürütme organına karşı bağımsızlığı ile değil, aynı zamanda kendi içinde bulunduğu yargı organına karşı da bağımsız olmasını gerektirir.⁵⁹ Zira mu-

58 Söz konusu karar karşı yargı yolu, 7.5.2010 tarihinde Anayasada yapılan değişiklikle açılmıştır.

59 **Gözler** Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, 2000, s. 849.

hakeme sistemimize göre yargı organı birçok yargılama makamından oluşmakta (temyiz, itiraz vs. usûlü ile üst derece mahkemeleri alt derece mahkemelerini veya aynı derecede olup da biri diğerinin kararını hukuki açıdan denetleyebilmekte) ve bunlar arasında bir altlık-üstlük ilişkisi kurulmaktadır.⁶⁰

bbb. Mahkemelerin Tarafsızlığı

Tarafsızlık, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı yokluğu, özellikle mahkemenin veya üyelerinden bazılarının taraflar düzeyinde onların leh ve aleyhinde bir duyguya ya da çıkara sahip olmaması yani taraf tutmama, objektif olabilme ve adil olma demektir.

Mahkemelerin bağımsızlığı ile yakından ilgili olan mahkemelerin tarafsızlığı, mahkemenin, davanın tüm taraflarına eşit mesafede olmasını gerektirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre tarafsızlık, objektif ve subjektif tarafsızlık olarak ikiye ayrılmaktadır.

Sübjektif tarafsızlık, doğrudan doğruya hâkimlere ilişkin olup, kişisel tarafsızlığı ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, hâkimin davanın taraflarına karşı önyargı içerisinde olmaması ve maddi veya manevi çıkar peşinde koşmamasını ifade eder ve aksi sabit oluncaya kadar varsayılır. Ancak karine niteliğinde olan bu hususun ispatı oldukça güçtür. Objektif tarafsızlık ise kurumsal tarafsızlık olarak nitelendirilmekte ve mahkemenin kuruluş şekli ve konumu itibarıyla mahkemenin bağımsızlığı konusunda davanın taraflarında, özellikle şüpheli ve sanıkta, güven hissi uyandırması demektir. Bu sebeple öncelikle davanın taraflarında, mahkemenin tarafsızlığına ilişkin var olan şüphelerin kaldırılması için

60 Mahkeme üyeleri arasında ast-üst ilişkisi bulunan sıkıyönetim mahkemeleri ile askeri mahkemeler, AİHM tarafından bağımsız mahkeme olarak kabul edilmemektedir. Türkiye'de Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri kurulmadan önce faaliyette bulunan ve iki sivil ve bir askeri yargıçtan oluşan Devlet Güvenlik Mahkemeleri, asker üyenin verdiği bağımsız kararlar sebebiyle bağımsız mahkeme olarak kabul edilmemiş ve bu durum, Türkiye'nin birçok davada mahkûmiyetine sebebiyet vermiştir. İncal v. Türkiye; 09.06.1998; Çıraklar v. Türkiye; 28.10.1998. **Yüksel**, s. 51.

mahkeme tarafından makul önlemlerin alınması gerekmektedir.⁶¹ Bu durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tarafsızlık konusunda şüpheli veya sanığın bakış açısına önem vermekte; fakat bu bakış açısını belirleyici görmemektedir.⁶² Örneğin soruşturma aşamasında, savcının talebi doğrultusunda tutuklama tedbirine başvuran hâkimin, söz konusu tedbire başvurmadan önce delil elde etme amaçlı araştırma ve saptamalarda bulunması, (önyargı niteliğinde olmadıkça) tarafsızlığını şüpheye düşürecek nitelikte işlemler olmadığı için, işin esasını inceleyecek mahkemede yer alması, maddenin amacına aykırı düşmemektedir.⁶³ Zira bu aşamada önemli olan tedbirin niteliğidir.⁶⁴

Ayrıca mahkemelerin tarafsızlığını temin için her ülkenin iç hukukunda, hâkimin yasaklılık ve reddi sebepleri ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden biri, hâkimin davaya bakamayacağı hâllerin sayıldığı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 22. maddesidir. Bu haller; suçtan zarar görenin bizzat hâkimin kendisi olması; sonradan kalksa bile hâkimin şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik ya da vesayet veya

-
- 61 Bu da hâkimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatleri çerçevesinde karar vermelerine bağlıdır (An. m. 138/1). AİHM de tarafsızlık sorununu, hakimin, esas dava öncesinde yaptığı görev ve işlemlerle önyargılı hale geldiğinin kabulüne bağlamaktadır. Örneğin, AİHM, Wettstein-İsviçre davasında, mahkeme heyetinde yer alan ve yarı zamanlı olarak hâkimlik mesleğini yapan iki hâkimin, başvuruçunun açtığı fakat söz konusu dava ile somut bir bağı olmayan başka bir davada karşı tarafın vekilliğini üstlenmelerini, tarafsızlığa yakışmayan bir eylem olarak nitelendirmiştir. Wettstein-İsviçre; 21/12/2000.
- 62 Nortier-Hollanda, 24/08/1993; Bkz. Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan, s. 107 (**Toksarı**, s. 24 naklen).
- 63 AİHM, Portekizle ilgili 22.04.1994 tarihli bir kararında, tutuklama kararı veren hâkimin mahkeme heyetinde yer almasının, sanığın nesnel tarafsızlığa ilişkin şüphesine haklı bir gerekçe olmayacağına karar vermiştir. Zira hâkimin soruşturma aşamasında dosyanın esasına girmediğini, sadece dosyayı incelediğini, delillerin sanık (şüpheli) aleyhinde olduğunu görmesi üzerine tutuklama kararı verdiğini belirtmiştir. **Yüksel**, s. 58.
- 64 İnceoğlu, s. 18. Örneğin, AİHM, Hauschildt-Danimarka davasında, tutukluluk için dokuz kez karar veren mahkeme başkanının kararını, her defasında karar gerekçe olarak "özellikle güçlü bir suç şüphesi"nin varlığı gösterilmesinden dolayı, sözleşmeye aykırı bulmuştur. Hauschildt-Danimarka; 24/05/1984. **Toksarı**, s. 25.

kayımlık ilişkisinin bulunması; hâkimin, şüpheli, sanık veya mağdurun kan hısımlığından ya da kayın hısımlığından üstsoy ve altsoy veya bunlarla evlat edinme bağlantısının veya şüpheli, sanık ya da mağdur ile aralarında üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) kan hısımlığının veya kendisi ile kayın hısımlığından ileri gelen evlilik kalksa bile aralarında ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) yansoy hısımlığının olması; aynı davada savcılık, adli kolluk görevlisi ile şüpheli, sanık veya mağdur avukatlığı görevinde bulunmuş yada aynı davada tanık veya birlikişi sıfatıyla dinlenmiş olmasıdır. Bunlar, hâkimin de kendiliğinden gözetmesi gereken ve davanın tüm aşamasında ileri sürülebilen hususlardır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 24. maddesinde ise hâkimin tarafsızlığını şüpheye düşüren sebepler örnekseme yoluyla sayılmış; sebeplerin varlığı ve bunların nesnel ve akla uygun olması halinde hâkimin reddinin istenebileceği belirtilmiştir. Ancak her halükarda söz konusu sebepler, ileri sürüldüğü somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Hâkimin reddi talebi ilk derece mahkemelerinde (şüpheli ve) sanığın sorgusu başlayınca kadar istenebilir. Ret nedeninin sonradan ortaya çıkması veya sonradan öğrenilmesi durumunda ise (şüpheli ve) sanık duruşma bitinceye kadar hâkimin reddini isteyebilir. Ancak bu istemin, ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde yapılması gerekir (CMK m. 25).

Kamu davası açılıp açılmayacağına karar veren ve bu çerçevede soruşturma işlemlerini yürüten iddia makamı ile işin esasını karara bağlayacak olan yargılama makamı arasındaki kesin çizgiyi belirlemek adına Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 23. maddesinde konuya ilişkin açık bir düzenleme getirilmiştir. Bu maddede, bir karar veya hükme katılan hâkimin yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamayacağına, aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkimin kovuşturma evresinde görev yapamayacağına, yargılamanın yenilenmesi halinde önceki yargılamada görev yapan hâkimin aynı işte görev alamayacağına değinilmiştir. Bu düzenlemenin temelinde de işin esasını inceleyecek hâkimin kovuşturma öncesinde söz konusu davaya ilişkin herhangi bir fikir veya düşünce edinmemesi ve böylece tarafsızlığın sağlanılabilirliği yatmaktadır.

b. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen ve "gecikmiş adalet, adalet değildir" mantığı üzerine kurulu olan bu hak, yargılamayı yapan mahkemelerin gecikmeksizin davada nihai karara ulaşmasını gerektirmektedir. Aynı zamanda söz konusu hak, toplumsal adalet duygusunun yaratılmasında gerekli olan hallerden birini oluşturmaktadır.

Hak kayıplarının önlenmesi amacıyla yargılamanın hızlı bir şekilde yapılması gerektiğini ifade eden makul sürede yargılanma hakkı, sadece bu yönüyle değerlendirilmemelidir. Zira yargının, tek başına hızlı karar vermesi yeterli olmamakta; aynı zamanda doğru ve güvenilir bir şekilde karar vermesi gerekmektedir. Bunun için de deliller duruşma öncesinde gerektiği şekilde toplanmalı, yargılamanın belli bir süre içerisinde başlayıp bitirilmesi sağlanmalıdır.⁶⁵ Bu durum, ceza yargılamasının amacını oluşturan toplumsal huzur ve barışın yeniden tesisi için son derece önemlidir.

Ceza yargılamasının makul bir süreyi ifade eden (kısa) sürede yapılmasının en önemli sonucu, henüz suç şüphesi altındaki kişinin haklarının korunmasıdır. Zira yargılama her zaman aleyhine sonuçlanmayan şüpheli, henüz soruşturma evresinde mevcut delillerin takdiriyle savcı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilerek, yargılamanın öznesi olmaktan çıkmakta; yargılama daha bu aşamada sona erdirilmektedir. Yargılama yapılmış olsa bile, sanık sıfatını alan şüphelinin beraat etme imkânı bulunmaktadır. Kaldı ki yargılama şüpheli ve sanık üzerinden devam etse de mağdur/müşteki ve nihayet toplum da söz konusu yargılamadan en az şüpheli ve sanık kadar etkilenmektedir. Bu nedenle adalete olan inancın tesisi ve aynı zamanda devamı için yargılama makul sürede sona erdirilmelidir.⁶⁶ Anayasa'nın 141/4. maddesi

65 **Erdoğan**, s. 123-124.

66 Zira AİHM de makul sürede yargılanma hakkının amacının, özellikle ceza davalarında suçlanan kişilerin uzun süre davasının nasıl sonuçlanacağı endişesi ile yaşamasını önlemek olduğunu belirtmiştir. Stögmüller-Avusturya, 10.11.1969; Bkz. Doğru, Cilt 1, s. 62 vd. (**Toksarı**, s. 36 naklen).

de hakkın varlığını "davaların mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılması gerektiği" şeklinde ifade etmektedir. Yargılamanın sürüncemede bırakılmaması ve hızlı bir şekilde yapılması gereğine Ceza Muhakemesi Kanununda da değinilmiş; 190/1. maddede duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Duruşmaya ara verilmesi ise ancak zorunlu hallerin varlığı ile mümkündür.

Yargılamanın, suç isnadı ile başlayıp⁶⁷, yasal yolların tüketilerek hükmün kesinleşmesi ile son bulduğuna içtihatlarında değinen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁶⁸, aynı zamanda kendisine başvuru koşulu olarak iç hukuk yollarının tüketilmesini aramaktadır. Ancak, makul süre konusuna hassasiyetle yaklaşan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çok uzun süre makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği başvurularda, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını aramamaktadır.⁶⁹

Hangi zaman diliminin makul bir süre olarak ele alınacağı konusunda herhangi bir kural olmamakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, makul sürenin, her somut olayın ayrıntılı özelliklerinin göz önünde bulundurulmasıyla belirlenmesi gerektiğine içtihatlarında yer vermektedir.⁷⁰ Bu aşamada AİHM, dava konusu ve niteliği⁷¹, başvuran⁷² ile

67 Scopelliti-İtalya, 23.11.1993; **Toksarı**, s. 37.

68 Engel et autres-Hollanda, 08.06.1976; Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 285 (**Toksarı**, s. 37 naklen).

69 Neumeister-Avusturya, 27.06.1968; Bkz. Doğru Cilt 1, s. 31 vd. (**Toksarı**, s. 42 naklen).

70 Buchholz-Almanya, 06.05.1981; Bkz. Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Legal Yayıncılık, Cilt 2, İstanbul 2004, s. 410 vd. (**Toksarı**, 38 naklen).

71 Ferrantelli ve Santangelo-İtalya; 07.08.1996; AİHM, söz konusu davada, 16 yıl süren yargılamayı makul sürede yargılanma hakkına aykırı bulmuştur. **Toksarı**, s. 38.

72 Ciricosta ve Viola-İtalya; 04.12.1995; AİHM, müdahalenin önlenmesi talebini içeren davada, başvuranın 17 kez duruşmanın ertelenmesi talebinde bulunduğunu, diğer tarafın yaptığı 6 erteleme talebine itiraz etmediğini belirtire 15 yıllık yargılama süresini makul bulmuştur. Zira burada başvuranın yargılama sürecine ilişkin kötüniyeti dikkate alınmıştır. **Toksarı**, s.39.

yetkili makamların⁷³ tutumlarının da söz konusu makul sürenin tayininde dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.

c. Aleni Yargılanma Hakkı

Aleni yargılanma, yargılamanın, mahkemelerin yargısal işlemleri dışında kalan üçüncü kişilerce görünümünü ifade etmektedir. Söz konusu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında "*Herkes ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan ... bir mahkeme tarafından davasının ... aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir.*" şeklinde yer almaktadır.

Söz konusu hakkın varlığı esasında yargılamanın süjesi konumundaki şüpheli ve sanığın yargılama makamına yönelteceği, yargılama makamı açısından ise yükümlülük arz eden iki noktayı ifade etmektedir: Bu yükümlülüklerden ilkinin şüpheli ve sanığın davasının aleni surette dinlenilmesini (duruşmasının aleni surette yapılmasını), diğerini ise dava neticesindeki kararın yine aleni surette açıklanmasını isteme hakkı oluşturmaktadır.⁷⁴ Bu hak, egemenliğin asıl sahibi olan halkın önünde yargılama yapılması ve böylece yargıya olan güvenin sağlanması esasına dayanmaktadır. Zira aleni yargılanma hakkının varlığı ile amaçlanan "saydamlık"; yani adalet dağıtımında, adli mekanizmanın işleyişinde kamu denetimini sağlamak ve keyfiliğe müsait gizli yargılamayı önlemektir.⁷⁵ Bu nedenle tüm yargılama süreci, taraflar ile üçüncü kişilerin bu sürece katılımlarını kolaylaştıracak nitelikte olmalıdır.

Ancak mutlak nitelikte olmayan bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin (genel ahlak, kamu düzeni vs) sebepler, esasında şüpheli veya sa-

73 Erin-Türkiye; 10.08.2006; AİHM, söz konusu davada yerel mahkemeler arasındaki yargılama yetkisine ilişkin tartışmanın 3 yıl sürdüğü ve adres tespiti ile ilgili bir konunun 7 aydan fazla bir zaman sürdüğü ancak sonuç alınmadığını belirterek ulusal makamların davayla ilgilenirken özen göstermemesinin önemli bir gecikmeye neden olduğu gerekçesiyle adil yargılamanın ihlal edildiğine hükmetmiştir. **Toksarı**, s. 40.

74 **İnceoğlu**, s.337.

75 Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 288 (**Toksarı**, s. 30-31 naklen).

nığın teminat altına alınan haklarının varlığını korumak⁷⁶ ya da kamu güvenliğinin zorunlu kılması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda duruşmaların kısmen veya tamamen gizli yapılmasına karar verilebilir. Ancak duruşma bu sebeplerle gizli yapılıyor olsa bile hüküm mutlaka aleni olarak (açık oturumda) verilmelidir.

İstinaf ve temyiz incelemesi sırasında ise söz konusu hakkın varlığı, yapılan yargılamanın ve bu incelemeye ilişkin talebin niteliğine göre değişmektedir. Zira örneğin, ilk derece mahkemesinin kararı sadece hukuki yönden inceleme konusu yapılmışsa, bu durum, AİHM tarafından ilgilinin de katılacağı açık bir duruşmanın varlığını gerektiren bir sebep olarak görülmemektedir.⁷⁷

Anayasa'nın 141. maddesi de aleni yargılanma hakkına "*mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaları bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde karar verilebilir.*" ifadesiyle yer vermiştir. Ceza Muhakemesi Kanununun 182. maddesinde de benzer bir düzenlemeye, duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hükmün açık duruşmada verileceği ifadesi de eklenerek yer verilmiştir. Ayrıca adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda, her türlü sesli veya görüntülü kayıt ya da nakil olanağı sağlayan aletler kullanılmayacağı ifade edildikten sonra açıklığın kaldırılması istemine ilişkin olarak yapılacak duruşmanın, istem üzerine veya mahkemece uygun görülürse kapalı yapılacağına değinilmiştir. Kapalı duruşmada mahkeme, bazı kişilerin hazır bulunmasına izin verebilir.

76 Örneğin, T.-İngiltere davasında, 11 yaşındaki başvuru, 10 yaşında iken diğer 10 yaşındaki arkadaşı V. ile iki yaşındaki bir çocuğu kaçırmak, öldüresiye dövmek ve tren yoluna atmak nedeniyle yetişkinlerin yargılandığı mahkemede aleni bir biçimde yargılanmışlardır. Ancak sanıklar düşman bir kalabalık tarafından saldırıya uğrayınca, başvurunun avukatı yargılamanın adil olmadığı ve duruşmanın gizli yapılması talebinde bulunmuş; AİHM tarafından da söz konusu talep haklı bulunmuştur. T.-İngiltere, 16.12.1999. Bkz. Cengiz/Demirağ / Ergül/McBride/Tezcan, s.271-272 (**Toksarı**, s. 31-32 naklen).

77 Axen-Almanya; 16.12.1999. Bkz. Doğru Osman: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Legal Yayıncılık, Cilt1, İstanbul 2004, s. 648; (**Toksarı**, s. 32 naklen).

Bu durumda duruşmada hazır bulunmasına izin verilenler, duruşmanın kapalı yapılmasını gerektiren hususları açıklamamaları konusunda uyarılırlar ve bu husus tutanağa yazılır. Kapalı duruşmanın içeriği hiçbir şekilde yayımlanamaz. Ayrıca açık duruşmanın içeriği, milli güvenliğe ve genel ahlaka veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarına dokunacak veya suç işlemeye kışkırtacak nitelikte ise mahkeme, bunları önlemek amacıyla ve gerektiği ölçüde duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasını yasaklar ve kararını açık duruşmada açıklar (CMK m. 187). Ancak şüpheli veya sanığın on sekiz yaşını doldurmamış olması hali duruşmanın zorunlu olarak kapalı yapılma sebebi sayılmış; bu durumda hükmün de kapalı duruşmada açıklanacağı ifade edilmiştir (CMK m. 185).

d. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

Şüpheli veya sanığa böyle bir hakkın tanınmasının temelinde, etkili bir savunma yapabilme imkânının tanınması yer almaktadır. Zira suçun işlendiğine ilişkin iddiaların çürütülmesi özellikle tanık delilinin varlığı halinde etkili bir savunmanın varlığını gerekli kılmakta; böylece mahkemenin algısının istenilen yönde değişmesi sağlanabilmektedir. AİHM de şüpheli veya sanığın duruşmaya katılma hakkının varlığına içtihatlarında değinmektedir. Ancak duruşma yapılmaması, mutlak anlamda adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verildiği sonucunu doğurmamaktadır. Zira şüpheli veya sanığa da, şartların varlığı hâlinde söz konusu haktan feragat yetkisi tanınmıştır. Ancak bu durum müdafilerin de duruşmaya katılamayacağı anlamına gelememektedir. Mümkün olduğu müddetçe katılımları sağlanmalıdır. Zira bu husus önemi ne binaen CMK'da da ifadesini bulmuştur (CMK m. 244-247).

D. HAKLARINI ÖĞRENME HAKKI

1. Genel Olarak

Ceza muhakemesinin varlık sebebini oluşturan şüpheli/sanık süjelerinin savunmalarını şekillendirebilmeleri için hukuken kendilerine tanınan hakların bilincinde olmaları gerekmektedir. Zira varlığından haberdar olunmayan hak hiçbir değer ifade etmeyecek ve haklarını bilmeyen şüpheli/sanık muhakemeye aktif olarak katılamayacaktır.⁷⁸

78 Öztürk/Erдем, s. 186.

İfade ve sorguya⁷⁹ başvurulmasındaki amaç olayın aydınlatılması olmakla birlikte şüpheli/sanık bakımından öncelikli olan kendisini savunmaktır.⁸⁰ Her ne kadar şüphelinin muhakeme ilişkisinde devlet karşısındaki güçsüz konumu hak ve yetkilerle donatılarak güçlendirilse de adil bir yargılamayı tam manasıyla gerçekleştirebilmek açısından, haklarının uygulanabileceği bir ortam oluşturulmalıdır. Bu bakımdan hakların kanun maddesinde yer alması yeterli olmamakta; ifade ve sorguya başvuranlar bakımından hakların öğretilmesi hususunda bir yükümlülük oluşturmaktadır. Zaten, bireyin haklarını bilinçli olarak kullanabilmesi ve bunları bilmesi gerektiği için, suç şüphesi altındaki bireye haklarını öğretmek bir hukuk devletinin temel vazifesidir.⁸¹

a. Şüpheliye Haklarının Öğretilmesi

Şüpheliye hakları, isnat edilen filin bildirilmesinden sonra, fakat esasa ilişkin ifade ve sorguya başvurmadan önce, mutlaka öğretilmeli⁸² ve bu da şüphelinin onların anlamını kavramasını sağlayacak şekilde yapılmalıdır.⁸³ Görüldüğü üzere ne ile itham edildiğini bilen şüpheli,

79 İfade alma, soruşturma evresinde şüphelinin anlatımının C.Savcısı veya kolluk tarafından saptanmasıdır. Sorgu ise soruşturma evresinde sulh ceza yargıcı tarafından şüphelinin, kovuşturma evresinde ise sanığın anlatımlarının hakim veya mahkeme tarafından alınmasıdır.

80 **Şahin** Cumhuriyet: CMK Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 413-414.

81 **Şahin** Cumhuriyet: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 122.

82 Polisin hazırlık soruşturması, mecburi niteliğe sahip olmadığından dolayı kolluğun şüpheliyi haklar konusunda aydınlatma yükümü Fransa'da tanınmamıştır. Hollanda, İtalya ve Danimarka'da ise kolluğun şüpheliyi sadece susma hakkı ile sınırlı bir aydınlatma yükümü vardır. Polisin şüpheliyi hakları konusunda aydınlatma yükümünün en geniş olarak düzenlendiği ülkeler ABD, İngiltere, Avusturya ve Almanya'dır. **Kocaoğlu** Sinan, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:69, 2011, s.29-58.

83 **Demirbaş** Timur: Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin, Ankara 2011, s. 113; Alman hukukunda şüphelinin haklarının öğretilmesi yükümlülüğünün anlamı, özellikle Alman CMK 163a maddesinin Alm. CMK'nın 136. maddesine yollamasıyla, şüpheliye yalnızca soruşturma organlarının herhangi biri tarafından ilk kez ifadesi alınırken haklarının öğretilmesi değil, soruşturmanın bütün evrelerinde kolluk, savcı veya hâkim karşısına ilk çıkışında hakların ilgili makamlarca her defasında yeniden öğretilmesi biçiminde uygulanmaktadır. Hatta, yeni deliller eklendiği için iddianın konusunun değişebilmesi ihtimaliyle aynı soruşturma organı şüphelinin ifadesini veya sorgusunu yapacak olursa, şüpheliye hakları öğretilenektir. **Kocaoğlu**, s. 46-47.

"kanuni haklarının da neler olduğu bilincinde" kendisi aleyhine kullanılacak söylemlerden korunmuş olacak ve kendisi için en uygun savunma metodunu seçebilecektir.

Şüpheliye karşı suç isnat edici her türlü davranış bakımından şüpheli kendisini suçlayıcı beyanda bulunabileceğinden bu durum m.147 çerçevesinde ifade alma sayılır ve haklarının öğretilmesi gerekmektedir.⁸⁴

İfade alma işlemine başvurulmadan önce şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı vardır. Bu çerçevede ister şüpheli çağırсын ister maddi imkânının olmaması halinde talebi doğrultusunda Barodan gönderilsin, şüpheliyle görüşen müdafinin temel görevlerinden biri şüpheliye var olan haklarını ve bunları kullanmasının önemini açıklamak, kullanmaması halinde şüpheliyi karşılaşılabileceği yarar ve zarar konusunda aydınlatmaktır.⁸⁵

CMK m.147'nin ifadesindeki mutlaklık nedeniyle şüphelinin haklarını biliyor olması veya müdafii tarafından hakları konusunda aydınlatılmış olması hallerinde dahi hakların öğretilmesi hususunda ilgili makamlara takdir hakkı verilmemektedir.⁸⁶ Zira kanunda sadece haklarını bilmeyen şüpheli bakımından geçerli olacağına ilişkin bir istisna getirilmemiştir.⁸⁷

84 **Kunter/Nuhoğlu/Yenisey:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Bası, İstanbul Nisan, 2010, s. 154; Soruşturulan fiilin kabahat veya cürüm olduğu ayrımı yapılmaksızın şüpheliyi hakları konusunda bilgilendirme ödevi yerine getirilmelidir. Ancak kişinin kolluğa kendiliğinden veya yön tayin edici sorulara karşılık yaptığı açıklamalar bakımından, öğretme yükümlülüğü yoktur. Bununla birlikte kişinin faillğine ilişkin somut belirtilerin mevcudiyetinde kolluk kişiye haklarını öğretmek zorundadır. **Demirbaş**, s. 115.

85 **Kunter/Nuhoğlu/Yenisey**, s.154-155.

86 Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda bu usule değinmektedir. Bkz. (Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E.2011/12258, K.2012/5262, T.6-2009/1813; www.kazancı.com.tr) (Erişim Tarihi 06.12.2013).

87 **Demirbaş**, s. 114-115.

Haklar konusunda bilgilendirme görevi ancak ifade ve sorguya başvurulduğu sırada geçerli olmakla birlikte muhakemenin ilerleyen aşamalarında ilgili makamlarca bu işlemlere tekrar başvurma ihtiyacı hissedilmesi halinde de devam etmektedir . Bununla birlikte CMK m.90/4 "*yakalama anında kolluk tarafından yakalanan kişiye kanuni hakları derhal bildirilir*" demek suretiyle ifade ve sorgudan önce de hakların bildirilmesi gerektiği hususuna değinmiştir. Benzer bir düzenlemeye Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde de yer verilmiştir (m.6/4).⁸⁹ Kişinin, adli makamlarca suçüstü halinde veya yakalama emri üzerine yakalanması önemli değildir.⁹⁰ Ancak kanuni hakların sadece "*bildirilmesi*" yakalananın o an içinde bulunduğu ruhi durum nedeniyle yeterli olmayabilir. Uygulamada ise kanunun amaçladığı yarardan uzak bir şekilde hareket edilmekte, haklar konusunda çoğu zaman sözlü de olsa bir bildirim yapılmamakta; yapılırsa bile bu bildirim sadece hakların başlıksal olarak aktarımından ibaret olmaktadır. Bu şekilde bir bildirim de şüphelinin ifadesinin yer aldığı "*şüpheli ifade tutanağı*"nda sadece başlıksal olarak ve şüphelinin hakların özünü anlayıp anlamadığı hususu göz önünde bulundurulmaksızın, hakların bir kısmının yer alması şeklinde olmaktadır. Bu sebeple CMK m.90/4 hükmünün, öğretme yükümlülüğünün sınırını belirlemek ve bu şekilde şüphelinin de haklarının özünü anlayabilmesini sağlamak adına "*yakalanan kişiye kanuni haklarını kişinin anlayabileceği bir şekilde ayrıntılı olarak anlatır.*" şeklinde yeniden ele alınmasında muhakeme adaletinin sağlanması bakımından fayda vardır. Şüphelinin haklarının önemini

88 Öğretme görevi ifade alma ve sorguya başvurular bakımından geçerlidir. Bu kişiler kolluk, savcı, soruşturmacı ve sorgu yetkisine sahip olan hâkimdir. Bu yetki üçüncü bir kişiye devredilemez. **Demirbaş**, s. 116.

89 Yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanuni hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, her halde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal bildirilir.

90 **Centel/Zafer**, s. 151.

anlayıp anlamadığı⁹¹ hususu buna ilişkin sorulacak sorularla denetlenmelidir. Böylece devletin temel hak ve özgürlükleri güvence altına aldığı ve bunun da beraberinde huzur ve istikrarı getirdiği bir düzene yaklaşmış olur.

Kolluk tarafından bir kez ifadesi alınan şüphelinin ikinci kez kolluk tarafından ifadesinin alınması CMK m.148/5 çerçevesinde yasaklandığından bu halde ikinci kez savcı tarafından ifadesi alınırken haklarının C.savcısı tarafından ayrıntılı bir şekilde tekrar bildirilmesi gerekmektedir.⁹²

Gözüne alınan şüpheliye, hakları usulüne göre bildirildikten sonra ifade almanın devam eden oturumlarında her seferinde, kapsamlı olarak tekrarlanıp tekrarlanmayacağı ele alınması gereken önemli bir konudur. Bu halde aynı görevliler tarafından başlayan ve aralıklarla devam eden ifade alma süreci, aradan birkaç gün geçmiş olsa bile tam ve kapsamlı bir hak bildirimini gerekli kılmamaktadır. Ancak aradan uzun bir zaman geçmiş ve ifadeyi alanlar değişmişse şüpheliye hakları tekrar bildirilmelidir.⁹³

b. Şüphelinin Haklarını Kullanmaktan Vazgeçmesi

Şüpheli veya sanığın haklarını kullanmaktan vazgeçmesinin hukuken bir anlam ifade edebilmesi, şüpheli veya sanık bakımından hakların özünün anlaşılması olmasına ve vazgeçtiklerine yönelik iradenin özgür olmasına bağlıdır. Vazgeçmenin özgür iradeye dayanıp dayanmadığı, hakların özünün anlaşılıp anlaşılmadığı, o delilin duruşmada hüküm

91 Haklarını anlayıp anlamadığı belirlenirken, şüphelinin yaşı, zeka durumu, eğitim seviyesi, daha önce kolluk ile teması olup olmadığı, Türkçeyi iyi anlayıp anlamadığı gibi hususlara dikkat edilmelidir. Şüphelinin alkol, uyuşturucu madde tesiri altında olması veya aşırı derecede heyecanlanmış olması, kendisine söylenmiş olan haklarını anlamasını zorlaştırmış olabilir. Fakat kendisine yöneltilmiş diğer sorulara mantıklı cevaplar vermiş ise, sırf alkol tesiri altında bulunması, haklarını anlamadığını göstermez. **Kunter/Nuhoğlu/Yenisey**, s. 162.

92 **Kunter/Nuhoğlu/Yenisey**, s. 155.

93 **Demirbaş** Timur; s. 114; **Kunter/Nuhoğlu/Yenisey**, s. 155-156.

verilirken kullanılması aşamasında hâkim tarafından somut olayın unsurlarının irdelenmesiyle yapılacak değerlendirme ile denetlenir. Burada önemli olan nokta, devletin kovuşturma organlarının serbest irade-nin oluşumu üzerinde baskı yapıp yapmadıklarıdır.⁹⁴

Vazgeçme özgür iradeye dayanmakla birlikte CMK m.147/d de yer alan "*yakınlarından istediğine haber verilmesini isteme hakkı*" vazgeçile-meyecek bir hak olarak kanunda ifadesini bulmuştur (CMK m.95/1). Yakalanan veya gözaltına alına yabancı ise konsolosluğuna bildirme-den vazgeçme hakkı vardır (CMK m.95/2).

Gözaltına alınan şüphelinin susma ve müdafiden yararlanma hak-kından vazgeçmeye yönelik iradesi ancak yazılı ve açık olmakla hüküm ifade eder. Müdafî yardımından yararlanmak isteyen şüphelinin ifa-desine, müdafî hazır bulundurulmadıkça geçilemez. Bu halde sadece kimlik tespiti yapılabilir. Zorunlu müdafilik hallerinde şüpheli istese de istemese de müdafîin hazır bulundurulması zorunludur. Eğer şüpheli müdafî talep etmişse bu bütün haklardan yararlanmak istediği anlamı-na gelir. Zira "*hakların bütünlüğü ilkesi*" vardır.⁹⁵

c. Şüpheliye Haklarının Bildirilmemesi

Hakların bildirilmesine ilişkin düzenlemeler mutlak ifadeler içer-diklerinden buna aykırı hareket edilerek yani şüpheliye hakları bil-dirilmeksizin ifadesinin alınması, elde edilen beyana hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil niteliğini vermektedir.⁹⁶ Beyanın hukuka aykırılığı Anayasal düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Zira Anayasa m.38/5'de "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçla-yan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*" denilmek suretiyle şüpheliye hakları bildirilmeden ifadesine başvu-rulması aleyhine delil vermeye zorlama durumu olarak değerlendiril-mekte ve hukuka aykırı bir yöntem olarak görülmektedir. Bir sonraki

94 Kunter/Nuhoğlu/Yenisey, s. 155-156.

95 Kunter/Nuhoğlu/Yenisey, s. 156-157.

96 Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi bir *delil yasağı* oluşturmaktadır. Özbek Veli Özer: İzmir Şerhi, 2005, s. 650.

fıkra (m.38/6) da "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*" ifadesine yer verilerek hakları hatırlatılmaksızın şüpheliden elde edilen beyanın suçun ispatında delil değerinin olmayacağına ve böylece savcı tarafından iddianamede kullanılamayacağına işaret edilmektedir. Sonuç olarak hakların bildirilmemesi şüpheli/sanığın savunma hakkının özünü ortadan kaldırdığı için esaslı bir hukuka aykırılıktır.⁹⁷

E. İSNADI ÖĞRENME HAKKI

1. GENEL OLARAK

İsnat, bir şeyi veya bir işi, birisi için yaptı diyebilme; iftira etme; bir şeye dayandırma; yükleme olarak tanımlanabilir.⁹⁸ Ceza muhakemesinde isnat, bir kimseye suç olarak nitelendirilen bir olayın yüklenmesidir. Bir eşyayı çalanın veya belli bir kimseyi öldürenin o olduğundan şüphelenilmesi gibi. Görüldüğü üzere isnadın varlığı halinde kişi artık muhakemenin aktif süjesi olarak muhakemeye katılabilecektir.

Şüpheliye isnat edilen suçun bildirilmesi savunma hakkı ile yakından ilgilidir. Çünkü hakkındaki isnadı bilmeyen şüpheli kendisini savunamayacak, lehine olan hususları ileri süremeyecek⁹⁹ ve isnadın bildirilmesindeki amaç olan şüphelinin meramını anlatabilme hakkı gerçek anlamda sağlanmış olmayacaktır.¹⁰⁰

Şüpheli veya sanığa hangi suçla itham edildiğinin bildirilmesi, suçlulukla etkin mücadelenin sağlanması bakımından yerinde olmayabilir. Çünkü şüpheli veya sanığa yöneltilen soruların amaç ve sonucunun şüpheli veya sanık tarafından öngörülememesi yani şüpheli veya sanığın belirsizlik içerisinde bırakılması, ona ne isnat edileceğini önceden bilen şüpheli veya sanığa göre daha etkili bir sonuç doğurabilmektedir.

97 **Kunter/Nuhoğlu/Yenisey**, s. 168. Alman, Amerikan ve AİHM Kararları, sadece basit hukuka aykırılıklarda delili kullanmayı kabul etmektedirler.

98 **Ejder Yılmaz**: Hukuk Sözlüğü, 3.Baskı, Ankara 2005, s. 323.

99 **Yaşar Osman**: Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Haziran 2005, s. 563.

100 **Şahin**, (CMK), s. 415.

Ancak bu yolla, şüpheli veya sanık bakımından kendisini suçlayıcı beyanlara ulaşılması olayın aydınlatılması bakımından amaca uygun düşse de hukuk devleti ilkesinin gereklerini amaçlayan bir muhakemeden uzaklaşmış olunacaktır.

2. İSNADI ÖĞRENME HAKKININ DÜZENLENMESİ

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde

AİHS'in 6/3 (a) maddesinde "*kendisine bir suç yüklenen herkes en azından suçlamanın nitelik ve nedenleri konusunda anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak en kısa sürede bilgi edinmek... hakkına sahiptir*" denilmektedir. Sonradan ortaya çıkan değişiklikler de dahil olmak üzere ayrıntının derecesi her somut olayda değişebilmekle beraber, bunların, hiçbir fiili ya da hukuki hataya yer vermeyecek şekilde olması gerekir.¹⁰¹ Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde suç isnadı altındaki kişinin, isnadın nitelik ve nedenleri konusunda en kısa sürede, ayrıntılı olarak en azından anladığı bir dille bilgilendirileceği düzenlenmiş olsa da bu bildirim ne şekilde olacağına yer verilmemiştir. Ancak isnadın bildirilmesindeki amacın kişinin "*kendisini savunabilmesini sağlamak*" olması, bildirimde bu amacı gerçekleştirebilecek şekilde yapılmasını gerekli kılmaktadır.

aa. Suç Isnadının Öğrenilmesi

Sözleşme'de isnadın öğrenilmesi hak olarak düzenlendiğinden isnadı yapan tarafından bu konuda bilgi verilmesi gerekecektir. Şüpheli veya sanık, isnadın nitelik ve nedeninden araştırma yapmaksızın bilgilendirilme hakkına sahiptir. Maddede de ifade edildiği üzere kişi sadece isnadın nedenini (maddi olay) değil, isnadın niteliğini (hukuki nitelik) de bilmelidir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi suçla itham edilen kişinin savunmasını hazırlayabilmesi için gerekli bütün maddi ve hukuki bilgilerin kendisine aktarılmasını istemektedir.¹⁰² Böylece Söz-

101 Campbell et Fell-İngiltere, 28/06/1984; **Demirbaş**, s. 118.

102 **Toksarı**, s. 54.

leşmenin 6/3(b) bendinde yer alan "kişinin savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak" hakkının sınırı, isnadın gerekli unsurlarının bildirilmesiyle çizilmiş olmaktadır.¹⁰³

bb. Suç İsnadının En Kısa Sürede Bildirilmesi

Zamanın savunma bakımından önemini ortaya koyan bu düzenleme isnadın öğrenilmesini yeterli görmemekte, bunun "*en kısa sürede*" gerçekleşmesini belirtmektedir. Zira isnadın en kısa sürede bildirilmesindeki amaç, şüpheli/sanığın savunmasını şekillendirebileceği kadar bir zamanının olmasıdır. Bu sebeple en kısa süre, makul süre olarak algılanmamalı ve somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir.

cc. Suç İsnadının Anladığı Bir Dilde Bildirilmesi

Şüpheli veya sanığa hakkındaki isnat "anlayabileceği bir dilde" bildirilmelidir. Bu durum Sözleşme'nin açık ifadesinden anlaşılmaktadır. Şüpheli veya sanığın konuştuğu dil anlayabilmenin sınırını belirlemekte ve bunun mümkün olmaması halinde tercümandan yararlanma hakkı uygulama alanı bulmaktadır.¹⁰⁴ Zira isnadın kişinin anladığı dilde ya-

103 Örneğin Vaudelle-Fransa davasında, zihinsel yetersizliği nedeniyle oğlunun veyesyeti altında bulunan başvuruçunun müessir fiil suçlarından sadece kendisine tebliğ edilen iddianamenin ardından duruşmaya çıkmadan gıyapta yargılama sonucu hapis ve para cezasına mahkûmiyetini, AİHM, Sözleşme'nin 6/3(a) maddesinde düzenlenen suçlamanın niteliği ve sebepleri hakkında bilgilendirilme hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Vaudelle- Fransa, 30/01/2001; Bkz Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan, s. 171 (**Toksarı**, s. 54 naklen).

104 AİHM, Kamasinski kararında "eğer sanık tercüman huzurunda önceden sorgulanmasına dayanarak kendisine isnad edilen fiil hakkında yeterince aydınlatılmış ve savunma için ileri sürdüğü hususlar, davanın içeriğini anladığı sonucunu ortaya koyuyorsa, iddianamenin çevrilmesinin zorunlu olmadığı" sonucuna ulaşmıştır. Kamasinski, Avusturya, 19/12/1989; **Demirbaş**, s.117.

pılmasındaki amaç, isnadın ne olduğunun açık bir şekilde öğrenilmesi ve savunmanın hazırlanmasının mümkün kılınmasıdır. Bu sebeple kişiye hakkındaki suçlama ayrıntılı olarak anladığı dilde bildirilmelidir.¹⁰⁵

b. CMK'daki Düzenleme

CMK m. 147/1-b de "*kendisine yüklenen suç anlatılır*" ifadesine yer vermek suretiyle hakkın varlığı dile getirilmiştir. Çünkü şüpheli ne ile suçlandığını bilirse, konuşma veya susmanın onun için uygun olup olmadığına ve belirli delilleri talep edip etmemeye karar verebilir.¹⁰⁶ Ancak konunun düzenlenmesi sadece bu hükümle sınırlı değildir. Bu düzenlemeler arasında gösterilebilecek en önemli düzenlemelerden biri CMK m.90/4'dür. Buna göre şüpheli ile *ilk temasa geçildiği anda*¹⁰⁷ kendisine yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar derhal bildirilecektir (YGIY m.6/4).¹⁰⁸

İfade veren ya da sorguya çekilen kişi bakımından kimliğine ilişkin tespitten sonra kendisine suçlamanın bildirilmesi gerekmektedir.¹⁰⁹ Ancak suçlamanın nedeni ve konusunda salt bir bildirim şüpheli veya sanığın nasıl bir suçlama karşısında olduğunu anlaması ve devamında kendisini savunabilmesi bakımından yeterli olmayabilir. Zira isnadın bildirilmesindeki amacın şüpheli veya sanığın kendisini savunabilmesi olması en azından şüphe sebepleri konusunda bir bildirim gerekli kıl-

105 Nitekim Broziecek-İtalya davasında, Çek asıllı Alman vatandaşı olan başvuranın, savcılığın İtalyanca yaptığı tebligatı anlayamadığını ve anadili veya Birleşmiş Milletler'in resmi dillerinden birinde tebligat yapılması talebini açıkça mahkemeye bildirmesine rağmen bildiği dilde tebligat yapılmamasını AIHM, başvuranın bilgilendirilme hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir. Broziecek-İtalya, 19/12/1989; **Toksarı**, s. 56.

106 **Demirbaş**, s. 119; **Şahin**, CMK, s. 416.

107 CMUK zamanında bu zorunluluk ancak ifade ve sorgu sırasında ortaya çıkmaktaydı.

108 Zira AY m.19/6'de "yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı bunun mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir." denilmek suretiyle hakkın varlığına anayasal temel kazandırılmıştır.

109 **Yurtcan Erdener**, CMK Şerhi (CMK), 4.Bası, Kasım 2005, s. 333.

maktadır; ancak bu isnat edilecek fiilin tüm ayrıntılarıyla bildirilmesi anlamına gelmemelidir.¹¹⁰ Öte yandan soruşturmanın selameti ve özellikle olayın aydınlatılabilmesi bakımından şüphelinin aleyhine kullanılacak delillerin isnadın bildirilmesi kapsamına alınması sakıncalı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu bakımdan isnadın kapsamına alındığını düşünürsek olayın en yakın tanığı olan şüphelinin savunmasını şekillendirebileceği en önemli argümanlar elinde bulunduğundan olayın aydınlatılabilmesi ve beraberinde şüpheliden muhtemel bir itirafın beklenmesi mümkün olmayabilirdi. Ayrıca soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesinin muhtemel olduğu durumlarda şüphe sebeplerini müdafiden gizlemenin (CMK m.153/2) de bir anlamı kalmazdı.¹¹¹ Sonuç olarak şüpheli isnat edilecek fiili kendisini savunacak kadar tam bilmelidir ancak bu suçlamanın ne yüzeysel ne de çok ayrıntılı şekilde yapılması ile ulaşılabilecek bir sonuç olmalıdır; yani isnat edilen fiilin adının verilmesi yeterli görülmemeli, olay en azından ana çizgileriyle anlatılmalıdır.¹¹² Dolayısıyla, örneğin sadece hırsızlıkla itham edildiğinin bildirilmesi yeterli görülmemeli; olay en azından, nerede, ne zaman gerçekleştiği gibi, ana hatlarıyla anlatılmalıdır. Zira kanun da, isnat edilen suçun sadece bildirilmesiyle yetinilemeyeceği noktasından hareketle "anlatılır" ibaresini kullanmıştır (CMK m.147/1-b).¹¹³

110 AİHM içtihatları analiz edildiğinde suçlamanın niteliğine ilişkin verilecek bilginin ne derecede ayrıntılı olacağına ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. Bizim uygulamamız bakımından ayrıntıya ilişkin esas alınacak kriter somut olaya göre değişmektedir. Ancak her halde mutlak bir ayrıntıya gidilmeyecektir. Bu bakımdan bu durumun AİHS'e (m.6/3) aykırılık oluşturup oluşturmayacağı konusunda **Şahin**, "suçlama sebebi ve şeklinin bütün ayrıntıları konusunda şüphelinin derhal haberdar edilmesini öngören bu hükmün dava açılmadan önceki işlemler bakımından geçerli olmadığını ve delil kaynakları konusundaki bilgileri de kapsamına almadığını, ancak bu hususların kovuşturma evresi bakımından geçerli olamayacağı" gerekçesiyle oluşturmayacağı yönünde görüş ileri sürmektedir. Bkz. **Şahin**, CMK, s. 416.

111 **Şahin**, CMK, s. 416.

112 **Demirbaş**, s. 118-119.

113 **Şahin**, CMK, s. 415.

İsnadın bildirilmesi kapsamına ilgili kanun hükmünün yani fiile ilişkin cezanın bildirilmesi girmemektedir. Daha doğrusu kanunumuz bakımından bildirilmesi gerektiğine dair bir zorunluluk öngörülmemiştir.¹¹⁴ Bunun sebebi özellikle soruşturma evresinde henüz delillerin toplanamamış olmasından dolayı hukuki vasıflandırmanın yapılamaması veya olayın aydınlatılmasının ön planda tutulmasından dolayı sorunun hukukilikten ziyade fiili olması olabilir. Ancak ceza miktarının şüpheli tarafından yaklaşık olarak bilinmesi, en azından savunmasının şekillendirebilmesi ve beraberinde hukuki yardımından yararlanabileceği bir müdafinin gerekli olup olmadığı konusunda yol gösterici olabilir.¹¹⁵

İsnadın bildirilmesi şüphelinin muhakeme içerisindeki sıfatının belirlenmesi bakımından da önemlidir. Çünkü şüpheli, ceza muhakemesi bakımından aleyhine soruşturma yürütülen kişidir; yoksa tanık olarak olay hakkında bilgisine başvurulmuş kişi değildir. Bu sebeple ifadesine başvurulmadan önce şüpheli sıfatından dolayı ifadesine başvurulacağı kendisine bildirilmelidir.¹¹⁶

F. SUSMA HAKKI

1. GENEL OLARAK

Susma, kişinin konuşmaması veya konuşmaktan çekindiği hali ifade eden bir durumdur. Ceza muhakemesi bakımından ise susma, temel bir hakka işaret eden bir kavramdır. Bu hak, suç şüphesi altındaki kişinin, aleyhine yürütülen soruşturma çerçevesinde suçla ilgili olarak konuşmamasını ve bu tercihe devletin soruşturma ve kovuşturma makamlarının saygı duymasını ve bu hakkın ihlal edilmemesini güvence altına alır.¹¹⁷

114 Alman Kanunu bakımından ise cezanın bildirilmesi gerektiği madde metninde yer alan hususlardan biridir. (Alm. CMUK 136/1) Ancak bu zorunluluk sadece savcılık tarafından ifadenin alınması bakımından öngörülmüştür. (163a/III) İfadenin polis tarafından alındığı durumlarda ise hangi fiilin isnat edildiğinin bildirilmesi yeterli olacaktır (163a/IV). **Demirbaş**, s. 119.

115 **Şahin**, CMK, s. 417.

116 **Demirbaş**, s. 119

117 **Kocaoğlu**, s.30 vd.

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeği araştırmak olmakla birlikte, bu, "her ne pahasına olursa olsun" anlayışından uzak ve yargılama ilkelerine uygun olarak yapılmalıdır. Adil yargılanma hakkının önemli bir unsurunu oluşturan ve savunma hakkının da tamamlayıcısı olan susma hakkının çağdaş hukuk sistemlerinde temel hak olarak kabul edilmesi ancak uzun bir tarihsel mücadeleden sonra mümkün olmuştur. Özellikle tahkik (Engizisyon) sisteminin uygulandığı dönemlerde toplumun çıkarlarının bireyin çıkarlarından üstün tutulması ve maddi gerçeğin mutlak suretle araştırılması gerektiği hususu, günümüzde yargılamanın öznesi olan sanığın delil öznesi olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur. Bu anlamda sanığın ikrarı delil olma bakımından ayrı bir önem kazanmış ve ikrar elde etmek amacıyla sanık zorla konuşurulmuş ve bunun için işkence yapmaktan da kaçınılmamıştır. Ancak yargılama ilkelerinin temelini oluşturan "insan onuru", şüpheli ve sanık bakımından da korunması gereken bir hak olduğundan artık maddi gerçeğin araştırılması bakımından sınır kabul edilmektedir. Yani şüpheli ve sanık, kendi aleyhine delil vermek bakımından zorla konuşurulamayacak ve bu amaçla işkence yapılamayacaktır. Böylece şüpheli veya sanığa cevap vermeme özgürlüğü tanınmakla birlikte bunun yansıması olarak şüpheli ve sanığın ifade hürriyeti de güvence altına alınmıştır. Sonuç olarak şüpheli veya sanık üzerine atılı suç hakkında, savunma özgürlüğü çerçevesinde ifade hürriyetinin olumlu boyutu içerisinde kendisini aktif olarak savunabileceği gibi, ifade hürriyetinin olumsuz boyutu olan susmayı yani kendi mahkûmiyetine yardımcı olmamayı da benimseyebilir.¹¹⁸ Bu aşamada tarihsel süreci artık tersine döndürmek mümkün değildir. Aksi bir uygulama şüpheli veya sanığın tüm haklarının reddi demek olacağı gibi, onun konuşmasını temin edecek her türlü aracın da artık meşru görülmesi anlamını taşıyabilecektir.¹¹⁹

118 **Kocaoğlu**, s. 30-31.

119 **Aydın** Çağrı Kan: "Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak "Susma Hakkı" ", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:23, Sayı:91, Ankara Kasım-Aralık 2010, s. 147-158.

2. SUSMA HAKKININ NİTELİĞİ

Şüpheli veya sanığın yargılamanın öznesi durumunda olması, kendisine tanınan susma hakkı ile ilişkilendirildiğinde, şüpheli ve sanık bu hakkını kullanmakla ne suçunu kabul etmiş sayılacak ne de bu durum şüpheli ve sanığın aleyhine "delil karinesi" veya "suçluluk karinesi" olarak kullanılacaktır.¹²⁰ Zira böyle bir aleyhe delil uygulaması susma hakkının ifadesini bulduğu adil yargılanma hakkına ve temelinde hukuk devleti ilkelerine aykırı olur. Böylece susma hakkının iki yönünün bulunduğunu söyleyebiliriz. Bir taraftan kişi, yetkili makamlar önünde kendini suçlayıcı açıklamalarda bulunmaya zorlanamayacak, diğer taraftan susması aleyhe delil olarak değerlendirilemeyecektir.¹²¹ Bu durum muhakemeye aktif katılımıyla yön verme hakkına sahip şüpheli veya sanık bakımından pasif kalarak da savunmasını gerçekleştirebileceğini öngören ve temeli susma hakkına dayanan "*bireyin kendisi aleyhine aktif olarak muhakemeye katılmaya zorlanamaması (nemo-tenetur se ipsum accusare)*" ilkesinden de ulaşılabilecek bir sonuçtur. Yani şüpheli, pasif kalacağı tüm muhakeme işlemlerine katlanmak zorunluluğu yanında, aktif katılımını gerektiren muhakeme işlemleri bakımından susma ve aleyhe delil vermeme hakkına sahiptir.¹²² Sonuç olarak susma hakkının varlığı, şüpheli veya sanık bakımından bu hakkın kullanımını anlamına gelebileceğinden, susmanın, suçluluğa dair bir karine olarak değerlendirilmesi yani bir hakkın kullanımından aleyhe sonuç doğuracak bir hükme varılması doğru değildir.¹²³

3. SUSMA HAKKININ DÜZENLENMESİ

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde susma hakkı, ayrı bir hak ve özel olarak düzenlenmemişse de Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı adı altında doktrin ve uygulama tarafından

120 **Turhan**, s. 106.

121 **Centel/Zafer**, s. 143.

122 **Centel/Zafer**, s. 145.

123 **Şahin**, Kolluk, s. 112.

yapılan yorumlarla ifadesini bulmuştur. Zira adil yargılanma hakkının birden fazla unsuru içeren bir hak olması ve savunma hakkının tam anlamıyla sağlanabilmesi susma hakkının gerekliliğini ortaya koymaktadır. Aksi halde yani susma hakkının çalıştırılmadığı bir sistemde ne savunma hakkından ne de adil bir yargılamadan söz edilebilecektir.¹²⁴ Bu çerçevede AİHM de verdiği kararlarda, susma hakkının özünün gerektirdiği aleyhe delil vermeye zorlanamama ve kendini suçlamama ilkesinden hareket etmektedir.¹²⁵ Bununla birlikte susma hakkı sadece aleyhe açıklamada bulunmamayı değil, aleyhe belge vermemeyi de kapsamaktadır. Ancak kendini suçlamama hakkı (kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı) hukuken verilen izin dâhilinde (örneğin mahkeme kararı ile) kişinin rızasından bağımsız olarak elde edilen materyallerin muhakemede kullanılmamasını kapsamamaktadır.¹²⁶ Öte yandan AİHM'in içtihatlarında da değindiği üzere Sözleşme'de yer alan pasif haklar şüpheli veya sanık ayrımı yapılmaksızın uygulanacaktır.

124 **Aydın**, s. 148 vd. Bununla birlikte adil yargılanma hakkının tanımı, ne insan hakları hukuku ne uluslararası ceza hukuku, ne de iç hukuk metin ve uygulamalarında yapılmış değildir. Ancak adil yargılanma açısından sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi, adil yargılanma hakkının kapsamında bulunan hakların sayılması ile mümkün olabilmektedir.

125 Örneğin, Heany ve McGuinness-İrlanda davasında, AİHM, yetkililerin, iç hukuktaki bir yasa maddesine dayanarak suç şüphesi altındaki başvuranlara belirli tarihlerdeki hareketleri için açıklamada bulunmadıkları takdirde altı aylık hapis cezası alma risklerinin bulunduğunu bildirmesini, Sözleşmenin 6/2 maddesine aykırı bulmuştur. Heany ve McGuinness-İrlanda, 21/12/2009; Bkz. Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan, s. 95 (**Toksarı** s. 49 naklen). Buna karşılık John Murray-İngiltere davasında başvuranın, gözaltındayken yapılan sorgusunda, sorulan sorulara cevap vermemesinin aleyhe yorumlanmasını, olayda para ve hapis cezasıyla tehdit olmadığı halde, ulusal mercilerin başvuranın yargılama boyunca konuşmamasını suç saymamasını ve ulusal mahkemenin suçlayıcı kanıtlardan, sadece başvuranın cevabının gerektiği durumlarda ve diğer suçlayıcı kanıtlarla değerlendirildiğinde susmasından makul sonuçlar çıkarmasını gerekçe göstererek Sözleşme'nin ihlali sonucunu doğurmadığını belirtmiştir. Murray-İngiltere, 08/02/1996; Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 294 (**Toksarı**, s.50 naklen).

126 Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Funke-Fransa kararında, kaçakçılık suçundan kovuşturulan başvurucunun, suç kanıtı niteliğindeki belgeleri istemesine rağmen teslim etmemesinden dolayı hapis cezasına çarptırılmasını, sus-

b. Anayasal Düzenleme

Susma hakkı, kavram olarak anayasada doğrudan kullanılmasa da değişik maddelerde dolaylı olarak ifade edilmiştir. Bu anlamda değinilebilecek en önemli düzenlemeler arasında Anayasa'nın 38/5. maddesi gösterilebilir. Madde metninde susma hakkının özü yani kendini suçlamama ve aleyhe delil vermeye zorlanamama ilkesi işaret edilerek *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz"* denilmektedir. Söz konusu ilke, kendi suçunun ispatlanması konusunda şüpheli veya sanığı, kovuşturma organlarıyla işbirliğinde bulunup bulunmamakta serbest bırakır.¹²⁷ Bununla birlikte bir önceki bentte (m. 38/4) masumiyet karinesine vurgu yapılarak *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz"* denilmektedir. Ayrıca susma hakkının varlığına dolaylı ve temel olarak işaret eden bir diğer düzenleme de Anayasa'nın 25. maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre *"her ne sebeple ve amaçla olursa olsun hiç kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz."*

ma ve kendini suçlamama (kendi aleyhinde tanıklık etmeme) hakkına aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Ancak burada ihlali oluşturan durum istenen belgelerin verilmemesinden dolayı hapis cezasına çarptırılması değildir. Zira mevzuatları bakımından böyle bir yaptırım uygulanabileceği öngörülmüştür. İhlali oluşturan durum yetkililerin sadece var olduğunu tahmin edip başka yoldan ele geçiremedikleri suç kanıtlarının bizzat zanlı tarafından kendilerine teslimini istemeleri ve bu isteği yerine getirmeyen kişinin sırf bu nedenle cezalandırılmasıdır. Ancak şüphelinin isteğinden bağımsız olarak var olan ve arama emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılması mümkündür. Funke-Fransa, 25/02/1993; **Centel/ Zafer**, s. 143-144; AİHM'in susma hakkına ilişkin verdiği bu kararlarda, susmadan aleyhe sonuç çıkarılıp çıkarılmayacağı hususunun tartışıldığı görülmektedir. Bu tartışmalardan susma hakkının mutlak olmadığı, şüpheli veya sanığın bir ceza tehdidi ile konuşturulması mümkün olmakla birlikte, susmamasından onun aleyhine sonuçlar çıkarılacağı konusunda uyarılmasının mümkün olduğu, güçlü ve açıklanmaya muhtaç deliller olmasına rağmen sanığın susmasının delil değerlendirme aşamasında aleyhe kullanılabileceği, susmanın mahkumiyet için yeterli olmamakla birlikte bu kararın başka delillerle desteklenmesi gerektiği sonucuna ulaşabiliriz. Zira bütün amaç adil bir yargılamanın yapılabilmesidir. **Aydın**, s.161-162.

127 **Öztürk/ Erdem**, s.188

Susma hakkına anayasal temel kazandıran kanun koyucu, kişinin bu hakkını kullanabilmesini bir başka hükümle (An.m.17/3) güvence altına almaktadır. Böylece bu hakkın kullanımını "işkence" yapılarak engellenemeyecektir.

c. CMK'daki Düzenleme

Şüpheli veya sanığa "yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir" (CMK m. 147/1-e) hükmüyle hakkın varlığı dile getirilmiştir.¹²⁸ Ceza yargılamasında susma hakkı olarak adlandırılan bu hak, ifade ve sorguda olayla ilgili açıklamalarda bulunmak zorunluluğunun bulunmadığı şeklinde ifade edilir.¹²⁹ Muhakemenin bütünü bakımından geçerli olan bu hakkın önemi, özellikle aleyhine yürütülen ceza soruşturması sebebiyle soruşturma organları ile muhtemelen ilk defa bu vesileyle karşı karşıya gelmiş bulunan ve hakları konusunda belki de ilk defa bu şekilde haberdar olacak olan şüphelinin kolluktaki ifadesi sırasında ortaya çıkmaktadır.¹³⁰ Bununla birlikte şüphelinin ifade alma sürecinden önce de müdafî yardımından yararlanacağını öngören düzenlemeyle susma hakkı müdafî tarafından da hatırlatılabilecektir. Ancak bu durum, susma hakkının öneminden dolayı ifadeye başvuran organlara hakların bildirilmesi noktasında takdir hakkı vermediğinden hakkın varlığı şüpheliye anlayabileceği bir şekilde bildirilmelidir. Öte yandan CMK m. 90/4'de de ifade edildiği üzere *henüz yakalama anında* yakalanan kişiye susma hakkı hatırlatılacaktır. Aksi halde diğer haklar gibi susma hakkının tanınmasından da beklenen yarar elde edilemez.¹³¹ Zira susma hakkının varlığından za-

128 Susma hakkı bir hak olarak, CMUK'un 135. maddesinde 3842 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle açık bir şekilde yasa metninde yer almıştı. Bu düzenleme CMK'da da korunmuştur.

129 **Yurtcan**, CMUK, s. 330; Benzer bir düzenlemeye Alman Ceza Usul Kanununda da rastlanmaktadır. Buna göre, "şüpheli, isnat hakkında açıklamada bulunma veya olay hakkında ifade vermede serbest olduğu" hususu hatırlatılacaktır. **Demirbaş**, s.124.

130 **Şahin**, CMK, s. 418.

131 **Centel/Zafer**, s.145.

manında haberdar olmayan ve susarsam suç kabul etmiş olurum mantığıyla hareket eden¹³² şüphelinin, olayın sıcaklığıyla kendisini suçlayıcı beyanlarda bulunabileceği kuvvetle muhtemeldir.

Şüpheliyi korumak adına tanınan bu hakka, uygulama bakımından kanun deyimindeki hassasiyetle yaklaşılmamaktadır. Bu hassasiyeti sağlamak, şüpheli veya sanığı ifade vermeye zorlamamak adına, müdafii hazır bulunmaksızın kolluk tarafından alınan ifadenin, şüpheli ve ya sanık tarafından hâkim veya mahkeme huzurunda doğrulanmadıkça hükme esas alınmayacağı (CMK m. 148/4) düzenlemesi getirilmiştir. Böylece doğrulanmayan ifade üzerinden hüküm kurulursa bu durum istinaf ve temyiz incelemesinde mutlak bozma sebebi oluşturacaktır.¹³³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da öğretide "*mutlak delil yasağı*" olarak da adlandırılan bu görüşü paylaşmaktadır.¹³⁴ Zira ifade delil değeri arz etmekle birlikte doğrulanmayan ifade hukuka aykırı delil niteliğini almaktadır.¹³⁵

132 Yargıtay kararlarında da bu durum eleştirilmektedir: "CMUK m. 135 uyarınca susma hakkı bulunan sanığın savunmasının aksini kanıtlaması ondan beklenebilir. Susma hakkını kullanan sanığın suçunu kabul ettiği söylenemeyeceği gibi savunmasını da kanıtlaması beklenemez" (19.04.1993 tarihli 6-81/110). "Ceza Muhakemesi Hukukunda ispat külfeti sorunu yoktur. Gerçekten sanığa susma hakkı tanıyan bir hukuk düzeninde, ispat yükünden söz edilmesi olanaksızdır" (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, Esas: 2004/4-220, Karar:2005/32, Tarih:22.03.2005; www.kazancı.com.tr) (Erişim Tarihi 12.12.2013)

133 **Demirbaş**, s. 318; Sanığın baskıya dayalı olarak kabul etmediği kolluk ifadesi dışında, isnad olunan suç işlediğine ilişkin kuşku sınırlarını aşan yeterli, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E.2004/5988, K. 2005/13086, T. 12.10.2005; www.kazancı.com.tr) (Erişim Tarihi 13.12.2013)

134 Öğretinin mutlak delil yasağı olarak kabul ettiği durumlar ile ilgili görüşe atıfta bulunan bir karar için bkz. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, E.2007/7-147, K.2010/159, T.26.06.2007; www.kazancı.com.tr) (Erişim Tarihi 13.12.2013)

135 Kolluktaki ifade ile hâkim veya mahkeme huzurundaki sorgu arasında çelişki bulunması halinde, bu durum CMK m. 213 ile değerlendirildiğinde, ifade sırasında müdafinin varlığı, ifadeye kovuşturma bakımından delil değeri kazandırmaktadır. Ancak CMUK'un uygulandığı dönemde şüphelinin kolluktaki ifadesi hiçbir şekilde delil değeri taşımamaktaydı (CMUK m. 247). Sonuç olarak CMK'nın bu düzenlemelerle ikrara verdiği önemi ortaya koyduğu söylenebilir. **Kocaoğlu**, s. 46-47, dp. 77.

Susma hakkının varlığı ve devamında ifade verme özgürlüğünün sağlanması, şüpheli veya sanığın özgür iradesine verilen öneme vurgu yapmakla birlikte, bu irade, insan haysiyetinin korunması ilkesi ve işkence yasağıyla güvence altına alınmaktadır.¹³⁶ Zira böyle bir güvencenin olmadığı bir sistemde şüpheli veya sanık, olayın en yakın tanığı olması sebebiyle, işkenceye başvurulmak suretiyle konuşturulacak ve delil aracı olarak değerlendirilecekti. Bu anlamda hukuk sistemimiz işkencenin varlığını suç olarak kabul etmiş ve TCK m. 94' te bu durum düzenlenmiştir.¹³⁷ Şüphelinin beyanının özgür iradeye dayanması gerektiği esası, yasak sorgu yöntemlerine başvurulamayacağını öngören CMK (m. 148/1-2) hükmüyle de ifade edilmiştir. Zira yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemeyecektir (m. 148/3).¹³⁸

Susma hakkının varlığı, şüphelinin kendisini ifadesiyle yükümlülük altına sokmama amacı taşıması yanında bu durum yakınları bakımından da geçerlidir.¹³⁹ Böylece muhakemenin bütünü bakımından şüpheli veya sanığa karar özgürlüğü tanınmış olmaktadır.¹⁴⁰ Tanık olarak bilgisine başvurulacak kişi, cevabı ile kendi aleyhine bir ceza soruşturmasına yani şüpheli sıfatını almaya sebebiyet verebilecek ise, ifade vermekten sorulacak sorulara cevap vermeme şeklinde (CMK m. 48) ve durumla sınırlı olarak kaçınabilecektir. Bu durumun şüpheli veya sanığa tanınan susma hakkı kadar olmasa da tanık bakımından geçici bir korumayı getirdiği söylenebilir. Öte yandan böyle bir sonuç, tanığın, yalan ifadelerinin yaptırımı tabi tutulacağını öngören düzenlemeler-

136 Şahin, Kolluk, s. 75.

137 CMK m. 94'te "Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisinin cezalandırılacağı" düzenlenmiştir. Ayrıca anayasal düzenlemede de işkenceye başvurulamayacağını ele alınması, susma hakkına verilen öneme işaret etmektedir.

138 Bu konuda öğretici görüşlerine atıf yapan Yargıtay kararı için bkz. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, E.2007/7-147, K.2007/159, T.26.06.2007; www.kazanci.com.tr) (Erişim Tarihi 14.12.2013)

139 Bu durum temelini anayasanın 38/5. maddesinden almaktadır.

140 Demirbaş, s.124.

den (TCK m. 272 vd.) çıkarılabilmektedir. Zira şüpheli veya sanık bakımından susma hakkının getirdiği mutlak koruma çerçevesinde doğruyu söylemek gibi bir zorunluluğunun bulunmadığı söylenebilir.¹⁴¹

Her ne kadar doğruyu söyleme zorunluluğu bulunmasa da şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin hususları doğru cevaplandırmak zorundadır (CMK m. 147/1-a).¹⁴² Bu durum, susma hakkının sınırsız olmadığını yani olayla sınırlı olduğunu göstermekle birlikte, bu durumun şüpheli veya sanığa kimliğe ilişkin beyanın doğruluğu konusunda bir ödev yüklediği de söylenebilir. Yani şüpheli veya sanık kimliğine ilişkin hususlarda yalan söyleme hakkına sahip değildir.¹⁴³ Zira böyle bir kimlik

141 Ancak bu durumdan şüpheli veya sanığın yalan söyleme hakkının olduğu gibi bir sonuç çıkarılabilir mi? Bu konuda **Şahin** böyle bir hakkın, hukuk düzeninin bütünlüğü çerçevesinde maddi hukukta da yansımalarının olması gerektiğine ve şüpheli veya sanığın şüpheyi bertaraf adına iftiraya yönelebileceğini ancak bu durumun, şüpheli veya sanık olsa da kanunumuzda iftira suçu bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olarak yer almadığına vurgu yaparak, şüpheli veya sanık bakımından mevcut olmadığını belirtmiştir. Ancak doğruyu söyleme zorunluluğunun olmayışı yalan söyleme ihtimalini de beraberinde getirebileceğinden sırf yalan beyanda bulunmasına dayanarak usulî bir yaptırımın öngörülmesi mümkün değildir. Ancak bu durum delil değerlendirme aşamasında aleyhine bir durum olarak göz önünde bulundurulabilir. Bkz. **Şahin**, CMK, s. 423-424; Bu doğrultuda Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda susma hakkını kullanan ve bu sebeple ifadesini verirken de doğruyu söyleme zorunluluğu bulunmayan şüphelinin ifadesini, salt suçun sübutuna etki eden mevcut bir delil ve bu sebeple iddianamenin iadesi sebebi olarak görmemekte. (Yargıtay 10.Ceza Dairesi, E.2006/13261, K.2007/5170, T.4.5.2007; www.kazancı.com.tr) (Erişim Tarihi 15.12.2013)

142 Yükümlülüğün ihlali yani doğru cevaplamama TCK m. 206; başkasına ait kimlik bilgisi vermek ise TCK m. 268' de suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca kamu görevlisine görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kimliği veya adresiyle bilgi vermekten kaçınma veya gerçeğe aykırı beyanda bulunma bir kabahat olarak düzenlenmiş ve gerekirse bu kişinin gözaltına alınabileceği ve tutuklanabileceği öngörülmüştür (Kabahatler Kanunu m.40/1-2). Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda, bu nedenle gözaltına alınma veya tutuklanma haline derhal son verilir (Kabahatler Kanunu m.40/3).

143 **Kocaoğlu**, s. 48 vd: Bununla birlikte kimliğe ilişkin bilgilerin verilmesinin gerçekte esasa ilişkin açıklama yapmak anlamına gelebileceği hallerde bu yükümlülüğe istisna tanınması gerektiği yönünde aksi bir görüş de ileri sürülmektedir.

tespitinin amacı, hem aleyhine ceza soruşturması yürütülen kişiyi esasa ilişkin ifade ve sorgudan önce belirlemek hem de şüphelinin kimliğinin iddianamede bulunması gereken zorunlu unsurlardan olmasıdır.

G. MÜDAFİ YARDIMINDAN YARARLANMA HAKKI

1. GENEL OLARAK

İnsan hakları eksenli hukuk sistemlerinde suç ithamı altında bulunan kişilerin henüz suçlulukları kesin olarak saptanamadığından bir takım haklara sahip olurlar. Ancak suç ithamı altında olanlar kendilerini savunamadığı, adil ölçüler içinde yargılanmadığı sürece suçsuzlukları objektif ölçüler içinde ispatlanamayacaktır. İşte bu noktada savunmanın suç isnadı altında bulunan kişi bakımından önemi ortaya çıkmaktadır. Ancak savunma hakkının şüpheli veya sanık tarafından bizzat kullanılması özellikle şüpheli veya sanığı tüm hukuk kurallarını çok iyi bilen veya bilmesi gereken iddia makamı karşısında eşit olmayan bir düzeye indirecek hem de adalet mekanizmasının uygun bir şekilde çalışmasını engelleyecektir. Zira şüpheli veya sanıklar genellikle hukuki konularda bilgi sahibi olmayan kişiler olduklarından haklarını nasıl kullanacaklarını ve kendilerini nasıl savunacaklarını bilemezler. Özellikle soruşturma evresi bakımından henüz ne olduğunu bilemeden ve bu anlamda olaya ilişkin konuşmanın mı yoksa susmanın mı lehe olduğu konusunda doğru bir değerlendirme yapamayan şüpheli bakımından hukuki bilgiye sahip ve bu anlamda yardımcı olabilecek bir müdafinin önemi daha çok ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁴ Sonuç olarak müdafî yardımından yararlanma hakkı maddi gerçeğin araştırılması, silahların eşitliği ve adil yargılanma ilkeleri doğrultusunda şüpheli veya sanık bakımından kullanılabilir bir hak olmalıdır.

144 Demirbaş, s. 128.

2. MÜDAFİ YARDIMINDAN YARALANMA HAKKININ DÜZENLENMESİ

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde

AIHS 6/3 (c) maddesinde "suç şüphesi altındaki kişinin kendisini doğrudan savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabileceği" belirtilmektedir. Görüldüğü üzere, şüpheli veya sanık kendisini bizzat savunabileceği gibi bir avukatın yardımından da yararlanma hakkına sahiptir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'ye uygun olarak şüphelinin veya sanığın kendisini bizzat temsil etme hakkının mutlak bir hak olmadığı görüşündedir.¹⁴⁵ Bununla birlikte suç isnadı altındaki kişinin maddi gücü avukat tutmak bakımından yeterli değilse mahkemenin talebi halinde, bu durumunu "yoksulluk belgesi" ile ispatlama görevi vardır.¹⁴⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, savunma hakkının tam anlamıyla ifade bulması bakımından, özellikle soruşturma evresinin ilk aşamalarında yani henüz kolluk tarafından suç isnadı aşamasında avukat yardımından yararlanma hakkının önemine kararlarında vurgu yapmaktadır.¹⁴⁷

145 Nitekim Croissant-Almanya, AIHM, davasında bir kişinin ulusal mahkemedeki yargılaması sırasında bir avukatın yardımından faydalanma hakkını, Sözleşme'nin 6/3-c maddesine uygun olduğunu belirtmiştir. Croissant-Almanya; Bkz. Özbek Özcan, İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması, Adalet Yayınevi, Ankara 2004, s. 412 (**Toksarı**, s. 62 naklen).

146 Croissant-Almanya; **Toksarı**, s. 62.

147 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, John-Murray İngiltere davasında şüphelinin polis karakolunda olduğu sırada ilk kırk sekiz saat içinde, savunma haklarının zarar görebileceği bir durumda avukatla görüştürülmemesini Sözleşmenin 6/3-c maddesine aykırı bulmuştur. Oysa karara konu olay bakımından, davalı devletin terörist eylemlerinin işlenmesi hakkında bilgi toplama faaliyetini zorlaştıracığı gibi bir haklı gerekçesi olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni böyle bir sonuca yönelten sebep, iç hukuk kuralı gereğince şüphelinin susma hakkını kullanmasından dolayı şüpheli aleyhine çıkarımlar yapılabilmesi ih-

Avukat yardımından yararlanma sınırsız olmamakla birlikte önemli olan muhakemenin bütün aşamalarında şüpheli veya sanığın bu yardımdan etkili bir şekilde yararlanmasına imkân verilmesidir. Bu nedenle AİHM demokratik bir toplumda ve adil yargılanmanın bir gereği olarak şüpheli ve sanığın avukatıyla özgürce, denetimsiz ve üçüncü kişilerin duymayacağı bir ortamda haberleşme ve görüşme olanağının bulunması gerektiği düşüncesindedir. Zira AİHM şüphelinin avukatıyla ilk görüşmesi sırasında polis memurunun bulunmasını dahi savunma haklarının etkili bir biçimde kullanma hakkına aykırı görmektedir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre Sözleşme hakları, uygulanabilir ve etkin bir tarzda güvence altına almak için hazırlanmıştır.¹⁴⁸

b. CMK'daki Düzenleme

CMK m. 2/c maddesi gereğince şüphelinin veya sanığın ceza yargılamasında savunmasını yapan avukata "müdafi" denilmektedir. Türk ceza hukuku sisteminde yargılananın kendisinin seçeceği, isteğe bağlı ve zorunlu müdafilik olmak üzere üç tür müdafilik vardır.

timalinin olması, şüphelinin susma hakkını kullanmayı ifade vermesi durumunda ise savunmasında hatalı davranma tehlikesinin bulunmasıdır. John Murrey-İngiltere, 08/02/1996; **Demirbaş**; Buna karşılık AİHM, Brennan-İngiltere davasında şüphelinin, ilk yirmi dört saat içinde avukat yardımından yararlandırılmamasına rağmen, bu zaman dilimi içerisinde herhangi bir itirafta bulunmamış ve susmasından aleyhe sonuçlar çıkarılmamış olması ve bu yirmi dört saatlik süre sonunda avukat yardımından yararlanmasına imkan tanınması sebebiyle Sözleşme'nin 6/3-c maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Brennan-İngiltere, 16/10/2001; Bkz. Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan, s. 177 (**Toksarı**, s. 66 naklen): Bu kararlarla AİHM'in, terör gibi hassas ve delillerin karartılması riskinin yüksek olduğu durumlarda şüphelinin ilk yirmi dört saat içinde avukatıyla görüştürülmemesini adil yargılanma hakkına uygun bulmasına karşın şüphelinin bu süre içinde avukatı olmaksızın ifadesinin alınmasını adil yargılanma hakkına aykırı bulduğu sonucuna ulaşabiliriz.

- 148 Nitekim AİHM, Öcalan-Türkiye davasında, başvuranın avukatları ile ilk görüşmesinin güvenlik güçlerinin bitişindeki odada, kapılar açık bir biçimde, konuşmaların güvenlik güçlerince duyulabileceği bir ortamda gerçekleştirilmesini eleştirmiş ve avukat yardımından yararlanma hakkının büyük ölçüde yitirildiğini ileri sürmüştür. Öcalan-Türkiye, 12/05/2005; Bkz. Cengiz/Demirağ/Ergül/McBride/Tezcan, s. 184 (**Toksarı**, s. 67 naklen).

CMK m. 147/1-c'de "*şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasından veya sorguya çekilmesinden önce şüpheliye veya sanığa müdafî seçme hakkının bulunduğu ve müdafinin hukuki yardımından yararlanabileceği, müdafinin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafîin yardımından faydalanmak istemesi halinde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilebileceği*" düzenlemesiyle söz konusu hakkın varlığı dile getirilmiştir. Ancak her halde yakalama anından itibaren bu hakkın varlığı bildirilmelidir (CMK m. 90/4).¹⁴⁹ Aynı zamanda CMK m. 150/1'de "*şüphelinin veya sanığın müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan etmesi ve istemi halinde bir müdafî görevlendirileceği*" ifade edilmektedir.¹⁵⁰ Bu düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere müdafî yardımından yararlanma şüpheli ve sanığın istemine bağlanmıştır ve isteğe bağlı müdafîlikte şüpheli veya sanığa ilk olarak müdafî yardımından yararlanma hakkının hatırlatılması gerekmektedir. Daha geniş bir ifade ile her halde müdafiden yararlanabileceğine ilişkin bildirim yüklenen suçla ilişkin susma hakkından önce veya en geç onunla birlikte yapılmalıdır, çünkü şüpheli veya sanığın konuşmak isteyip istemediği sorunu, o anda bir müdafîe danışmasını zorunlu kılabilir.¹⁵¹ Bununla birlikte şüpheli veya sanığın müdafî yardımı tale-

149 3842 sayılı Kanun ile hakların bildirilmesi gerekliliği ancak ifade ve sorgu sırasında geçerli olarak düzenlendiğinden özellikle bu durum, önsorgu olarak adlandırılan ve insanların hiç işlemedikleri bir suçtan dolayı sorguya çekilerek damgalanmalarının önüne geçmek, ilgililerin dinlenmeden sanık durumuna düşürülmeden dinlenmelerine imkân vermek, ihbarı yapılan olayla ilgili genel bilgiler toplamak için kabul edilen müessesenin bu amaç dışında kullanılmasına ve sanığın avukatsız dinlenmesine yol açmaktaydı. Ancak CMK m. 90/4'de hakların henüz yakalama anında hatırlatılacağına ilişkin düzenlemeyle bu sorun ortadan kalkmıştır. Bkz. **Öztürk/Erdem**, s. 316-317.

150 Benzer bir düzenleme YGİY 6/4, 20 ve 23/c maddelerinde de vardır. Yönetmeliğin 6/4 maddesi, müdafiden yararlanma hakkının hatırlatılmasını, Yönetmeliğin 23/c maddesi şüpheli veya sanığa müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade sırasında hazır bulunabileceği, müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirileceği, Yönetmeliğin 20. maddesi ise şüphelinin veya sanığın müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan etmesi ve talebi halinde baro tarafından bir müdafî görevlendirileceğini düzenlemektedir.

151 **Şahin**, CMK, s. 417.

binde bulunması halinde sadece bu yöndeki talebini ileri sürmesi yeterli görülmekte maddi durumuna veya isnat edilen suçta -suçun ciddi veya ağır olması gibi- ilişkin ek şartlar aranmamaktadır. Zira kolluk soruşturmasının kısıtlılığı ve polis tarafından yakalanan şüphelinin gözaltı süresinin kural olarak 24 saat içerisinde sona ermesi gerçeği karşısında, şüphelinin mali durumu bakımından yapılacak araştırmanın sonucunu beklemek söz konusu hükmün uygulama niteliğini ortadan kaldırmaz.¹⁵² Sonuç olarak baro şüphelinin talebi halinde müdafii atamakla yükümlüdür.

Yukarıda da değinildiği üzere CMK müdafii yardımından yararlanmayı şüpheli ve sanığın istemine bağlamakla birlikte bu duruma CMK m. 150'de iki istisna getirilmiştir. Zorunlu müdafilik olarak adlandırılan bu kurumun hukuk sisteminde yer edinme nedeni, şüpheli ve sanıktan kaynaklanan nedenler olup şüphelinin ve sanığın kendisini tek başına yeterince savunamayacağı anlayışından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda getirilen ilk istisna şüpheli veya sanığın on sekiz yaşını bitirmemesi ya da sağır, dilsiz veya kendini savunamayacak derecede malul olması halidir. Bu durum, onsekiz yaşından küçük şüpheli veya sanığın veli veya vasisinin atadığı müdafinin görevini yerine getirmemesi hali için de söz konusu olup; böyle bir durumda mahkeme CMK m. 151 gereğince küçük şüpheli veya sanığa yeni bir müdafii tayin etmelidir. Zorunlu müdafiliğin başka bir nedeni ise isnat edilen suçun ağırlığından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda getirilen *ikinci istisna* ise alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalardır.¹⁵³ Bu hallerde şüpheli veya sanığın istemi

152 **Demirbaş**, s. 141.

153 06/02/2006 tarihli 5560 sayılı kanun değişikliğinden önce 5271 sayılı Yasa'nın 150/3 maddesi, alt sınır olarak değil üst sınır olarak beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçları esas almıştı. Nitekim 01/06/2005 tarihli YGİY'nin 20. maddesinde üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada şüphelinin veya sanığın talebi aranmaksızın bir müdafii görevlendirileceği şeklindedir. Kanunun esas alınacağı tartışmasız ise de kanun ile yönetmelik arasındaki çelişkinin giderilmesi ve yönetmeliğin kanuna uygun hale getirilmesinde yarar vardır.; "5271 sayılı Yasa'nın 150. Maddesindeki zorunlu müdafii koşulu, üst sınırı beş yıl hapis olan eylemlerden alt sınırı beş yıl hapis olan eylemlere dönüştürüldüğünden, sanığın yaşının küçük olduğuna, malul, sağır ve dilsiz olduğuna dair bir bilgi ve belge de bulunmadığına göre zorunlu müdafii koşulu gerçekleşmemiştir." Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E.2007/9126, K. 2008/131; **Demirbaş**, s.136, dp. 362.

aranmaksızın soruşturma evresinde, ifadeyi alan merciin veya sorguyu yapan hakimın istemi üzerine, kovuşturma evresinde ise mahkemenin istemi üzerine Baro tarafından bir müdafî görevlendirilecektir. Müdafî görevlendirme yükümlülüğü, soruşturma ve kovuşturmanın yapıldığı yer Barosuna aittir (CMK m. 156/2). Bununla birlikte şüphelinin kendisinin müdafî seçmesi halinde, Baro tarafından görevlendirilen avukatın görevi sona erer (CMK m. 156/3).

Müdafî yardımından yararlanma hakkını öğrenen şüpheli, ifadesi alınmadan evvel de bu hakkını kullanabileceğinden bu hakkını kullanmak istemesi halinde müdafî olmaksızın ifadesi alınamayacaktır. Böyle bir durumda yeni bir tarih belirlenip bu süreye göre ifade alma işlemi gerçekleştirilecektir. Ancak müdafî ile görüşme isteğinin açıklanması hatta fiili imkansızlık nedeniyle kısa zamanda hazır bulunmasının mümkün olamayacağı anlaşılan kendi avukatında ısrarı da esasa ilişkin ifade vermenin reddedilmesi olarak değerlendirilmemelidir.¹⁵⁴ Ayrıca zorunlu müdafiliğin öngörüldüğü bir durumun gerçekleşmesi halinde de Baro tarafından bir müdafîin atanması gerekeceğinden müdafîin hazır bulunmaması halinde de ifade alma işlemi gerçekleştirilemeyecektir. Zira müdafî hazır olmaksızın kolluk tarafından alınan ifadenin, şüpheli veya sanık tarafından hâkim veya mahkeme huzurunda doğrulanmadıkça hükme esas alınmayacağı (CMK m. 148/4) düzenlemesiyle ifadenin hukuka aykırı bir nitelik alacağı da unutulmamalıdır.¹⁵⁵ Ancak her halde ifade ve sorgu sırasında ister istem üzerine ister zorunlu müdafilik gereği baro tarafından atanan müdafîin, CMK m. 150'nin açık hükmü karşısında kanunla kendisine verilen görevi yerine getirmedir-

154 **Demirbaş**, s. 133; **Şahin**, CMK, s. 418.

155 Ancak **Ünver/Hakeri**, kolluk huzurunda müdafî hazır olmaksızın alınan ifadenin mahkeme önünde delil niteliğini alıp almayacağı konusunu sanığın takdirine bırakılmasına daha doğrusu böyle bir delili kullanması bakımından sanığa yetki tanınmasına özellikle savcı ve müdafîin anlaşarak delilleri kendi inisiyatiflerinde ele alabileceği tehlikesi karşısında eleştiri getirmekte ve fıkranın madde metninden çıkarılması gerektiği yönünde bir görüş ileri sürmektedir. Bkz. **Ünver/Hakeri**, s.216.

ğinden hareketle memuriyet görevini ihmalden (TCK m. 257/2)¹⁵⁶ ve kötüye kullanmadan (TCK m. 257/1) sorumlulukları doğar (Av. K. m. 62). Böyle bir sorumluluk baronun müdafii ataması gerektiği halde atamaması halinde baro başkanı bakımından da uygulama alanı bulur.

Şüpheli veya sanığın muhakemenin bütünü bakımından müdafii yardımından yararlanabileceği, kanuni temsilcisi varsa, onun da şüpheliye veya sanığa müdafii seçebileceği öngörülmele beraber (CMK m. 149) soruşturma evresi bakımından ifade almada en çok üç avukatın hazır bulunabileceği belirtilmektedir (CMK m. 149/2).¹⁵⁷ Görüldüğü üzere soruşturma evresi dendiğine göre bu sınırlama sadece şüpheli ve soruşturma evresindeki bütün işlemler için değil sadece ifade alma işlemi bakımından geçerlidir.¹⁵⁸ Bunun sebebi ifade almada disiplini sağlamak olabilir. Zira istenildiği kadar avukatın hazır bulunması ifade alma işleminin gerçekleştirilmesini zorlaştırabilir. Buna karşın 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10/c maddesine göre şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken, ancak bir müdafii hazır bulunabileceği, 10/b maddesinde ise şüphelinin gözaltı süresince yalnız bir müdafii hukuki yardımından yararlanabileceği düzenlenmiştir. Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla 24 saat süreyle kısıtlanabilir; ancak bu süre içinde ifade alınamaz. Terör suçları bakımından sadece soruşturma evresi bakımından bir sınırlama söz konusudur.

156 "... adli bir soruşturma nedeniyle şüphelilerin istemi üzerine zorunlu müdafii olarak atanarak emniyetteki sorgu sırasında hazır bulunmasına karşın Cumhuriyet savcılığındaki sorgu sırasında çağrıldığı halde yasal ve geçerli bir özrü olmaksızın hazır bulunmayarak yerine başka bir müdafii atamasına yol açma biçimindeki görevine aykırı davranma eyleminde... eksik soruşturma ve yasal olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi... yasaya aykırı..." Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2010/9552, K.2010/20261, T.7.12.2010; www.kazancı.com.tr) (Erişim Tarihi 16.12.2013)

157 Benzer bir düzenleme Yönetmelikte de vardır (YGIY m.20/2). Ek olarak 01/06/2005 tarihli YGIY'nin 21. maddesinde ise soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla ve yakalan kişi isterse, vekaletname aranmaksızın en çok üç müdafii ifadede hazır bulunabileceği belirtilmektedir.

158 Ancak **Şahin**, hükmün gerekçesinden hareketle buradaki sınırlamanın sadece ifade alma açısından değil, tüm soruşturma evresi açısından geçerli olduğunu düşünmektedir. Bkz. **Şahin**, CMK, s. 482.

Şüpheli veya sanığın müdafii yardımından yararlanma hakkı savunma hakkının bir gereği olarak öngörülmekle beraber bu hak kapsamında, müdafii, soruşturmanın ve kovuşturmanın her aşamasında şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu sürecinde yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkının engellenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı düzenlemesi getirilmiştir (CMK m. 149). Bu anlamda madde metninde yer alan ve müdafii bakımından da bir yetki olarak kabul edilen müdafii, şüphelinin ifadesi alınırken hazır bulunma yetkisi sadece şüpheli veya sanığın ifadesi alınırken hazır bulunma yönündedir.¹⁵⁹ Zira böyle bir yetki daha önce de vurgulandığı üzere silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁰ Ancak bu yetkiye rağmen kolluktaki ifade sırasında müdafii hazır bulunmasına izin verilmezse müdafii kollukta ifade vermeyi reddedip savcılıkta ifade vermeyi isteyebilir.¹⁶¹ Bununla birlikte müdafii hazır bulunma yetkisi, soru sorma ve itiraz etme hakkını da içerdiği baskın görüş olarak kabul edilmekle beraber¹⁶² ifade alma sırasındaki görevi yalnızca şüphelinin haklarını korumak, hukuka uygun ifade alınmasını ve tutanak tutulmasını sağlamakla sınırlı olduğu da bilinmelidir. Ancak müdafii kendisine soru sorulmadan konuşamayacağı ve bu hakkın da hâkim tarafından yapılan sorguda geçerli olduğu kabul edilse de her halde bunun mutlak bir kısıtlama olduğu sonucuna ulaşılmamalı ve özellikle kolluktaki ifadesi sırasında şüpheliye haklarının hatırlatılmasını isteme ve yasak sorgu yöntemlerinin uygulanmasına engel olma gibi müdafii savunma kişisi olmasından kaynaklanan yetkileri olduğu da unutulmamalıdır.

159 Karşılaştırmalı hukukta da bizde olduğu gibi tanığın polisçe ifadesi alınırken müdafii veya şüphelinin bulunmasına ve muhtemel sorular sormasına izin verilmemiştir. **Demirbaş**, s.156.

160 **Demirbaş**, s.157.

161 **Demirbaş**, s.157.

162 YGİY m. 23/d'de bu durum "müdafii sadece hukuki yardımda bulunabileceği, şüphelinin ifadesi alınırken şüpheliye sorulan sorulara doğrudan cevap vermeyeceği, şüphelinin yerini aldığı izlenimini verecek herhangi bir müdahalede bulunamayacağı, hukuki yardımın maddi olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına gelmeyeceği bununla birlikte müdafii şüpheliye kanuni haklarını hatırlatabileceği ve müdafii her türlü müdahalesinin tutanağa geçireceği" şeklinde düzenlenmiştir.

Müdafiiin şüpheli veya sanığı istenilen ölçekte savunabilmesi ve ona beklenen düzeyde yardımcı olabilmesi için suç isnadı konusunda yeterli ölçüde bilgi sahibi olması gerekmektedir. Bu nedenle CMK m. 153'e göre müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.¹⁶³ Bununla birlikte müdafiiin dosya içeriğini incelemesi ve belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. Ama bu belgeler yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere -örneğin, keşif ya da yer göstermeye ilişkin tutanaklar- ilişkin ise mahkeme kararı olsa bile müdafii bu belgelerin örneklerini alabilir. Ancak yasanın bazı hallerde dosyayı inceleme ve belgelerden örnek almasına kısıtlama getirilmesi özellikle soruşturma evresinin gizli olması (CMK m. 157) sebebiyle makul kabul edilmelidir. Zira gizliliğin bütünüyle ortadan kalkması, şüphelinin kaçması, delillerin yok olması gibi hallere yol açabilmekle beraber muhakemenin tümüyle yapılamaz hale gelmesine de sebebiyet verebilir.¹⁶⁴ Nitekim örgütlü suçlulukla mücadele bakımından belli kısıtlamalar getirilmesi zorunluluk kabul edildiğinden TMK m. 10/d maddesinde müdafiiin, dosya içeriğini incelemesi ve veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisinin kısıtlanabileceği düzenlemesi getirilmiştir.¹⁶⁵

Şüphelinin kendisini suçlamama hakkının bir güvencesi olarak şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı CMK m. 149/3'te düzenlenmekle beraber asıl olarak bu hakka CMK m.154'te yer verilmiştir. Buna göre,

163 Bu yetki müdafie ilk olarak 3842 sayılı kanunla CMUK'da yapılan değişiklikle tanınmıştır.

164 **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 226.

165 Demirbaş m.153/3'deki genel kuralın TMK m. 10/d kapsamında verilen kısıtlamalarda uygulanmamasını, başta "silahların eşitliği ilkesi" olmak üzere AİHS m. 6'daki adil yargılanma ilkesine de aykırı bulmakta ve özellikle tutuklama hali bakımından konunun önemine değinmektedir. Bkz. **Demirbaş**, s.166 vd.

"Şüpheli vekâletname aranmaksızın müdafî ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir ve şüphelinin müdafî ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz."¹⁶⁶ Öte yandan şüpheli veya sanığın müdafî ile görüşmesi kadar görüşmenin içeriğinin özel olması da önemlidir. Bu anlamda şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafîin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında CMK m. 135'in uygulanamayacağı belirtilmiştir (CMK m. 136/1). Bununla birlikte TMK 10/e maddesinde, Terörle Mücadele Kanunu kapsamında yer alan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada müdafîin savunmaya ilişkin şüpheli ile yaptığı konuşmaların kayıtları incelemeye tabi tutulamayacağı, ancak müdafîin terör örgütü mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu ve belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi ve hâkim kararıyla, bir görevlinin görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin müdafîine verdiği veya müdafîince bu kişiye verilen belgelerin hâkim tarafından incelenebileceği öngörülmüştür. Hâkim, belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verebilecektir. Ancak ilgililer bu karara karşı itiraz edebilirler.

H. YAKINLARINA HABER VEREBİLME HAKKI

CMK m. 147/1-d "95'inci madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhal bildirilir" düzenlemesiyle hakkın varlığına ifadesinde yer vermiştir. Bu hak CMK m. 95'te ise "şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir. Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsolosluluğuna bildirilir." şeklinde düzenlenmiştir.¹⁶⁷

166 Ancak burada suçlar arasında bir ayırım yapılmamış olması hususunda en azından CMK m. 250'de yer alan suçlar bakımından bir ayırım getirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 226.

167 Bununla birlikte söz konusu hakkın ne şekilde kullanılacağına YGİY m.8'de ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir.

Ancak CMK m. 147'de yer alan düzenlemenin özellikle gecikmeksizin yakalamanın haber verileceğini öngören ve haber verilecek kişilerin kapsamının daha geniş düzenlendiği CMK m. 95 karşısında pratikte bir işlerliğinin bulunmadığı, bu sebeple bu hükmün CMK m. 95'e göre haber vermenin mümkün olmadığı bir halde uygulanabileceği söylenbilir. Haberin derhal veya gecikmeksizin verileceği düzenlemede yer almakla birlikte bu noktada nasıl hareket edileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak her halde oranlılık ilkesi bağlamında bir değerlendirme yapılmalı ve bu durum makul bir süre olarak anlaşılmalıdır.¹⁶⁸ Bununla birlikte yakınlarına haber verme hakkı bakımından CMK'da herhangi bir sınırlama öngörülmemekle beraber Anayasa'da "soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk" durumlarında bu hakkın sınırlanabileceği belirtilmiştir. Böyle bir durumda CMK'nın konuya ilişkin özel bir sınırlama getirmediğinden hareketle Anayasa bakımından öngörülen sınırlamanın uygulama alanı bulmayacağını söyleyebiliriz.

CMK ve Yönetmelikte yakın kavramına ilişkin bir tanım olmamakla birlikte CMK m. 147 yakınlarından istediğine, CMK m. 95 ve Yönetmelik bir yakını veya belirlediği bir kişiye demek suretiyle söz konusu hakkın yakın kavramıyla sınırlı olmadığına işaret etmiştir. Bu anlamda yakın kavramına şüphelinin eşi, çocukları, ana ve babası gibi kan veya sıhrî ya da evlatlık bağı nedeniyle kendisine yakın olan kimseler ile nişanlısı örnek gösterilebilir.¹⁶⁹

Ancak şüpheli veya sanığın "belirlediği bir kişiye" haber verme hakkının varlığının özellikle örgütlü suçlulukla mücadele bakımından istenilen sonucu veremeyeceğinden hareketle TMK m. 10/a'da "soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise, yakalanan veya gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında Cumhuriyet savcısının emriyle sadece bir yakınına bilgi verileceği" düzenlemesi getirilmiştir.

168 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 215.

169 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 214.

I. MUHAKEMEYE YÖN VERME HAKKI

CMK m. 147/1-f'de "*şüpheli veya sanığın şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır*" düzenlemesiyle hakkın varlığı dile getirilmiştir.¹⁷⁰ Şüphelinin kendisine yöneltilen isnattan kurtulabilmesi bakımından çok önemli olan bu hak, "*meram anlatma ve delil ikame etme hak*"larını kapsamaktadır.¹⁷¹ Zira ifade ve sorgunun savunma aracı olması dolayısıyla en azından şüpheli veya sanığın suç isnadından kurtulabilmesi açısından gerekli delilleri ileri sürebilmesine olanak tanınmalıdır. Bu anlamda bu hakkın iki yönünün bulunduğunu söyleyebiliriz. Şüpheli veya sanık aleyhteki delilleri çürütmek için bazı hususları ileri sürebileceği gibi lehe bir durum oluşturmak için olgulara da dayanabilecektir.¹⁷² Bu durum somut olaya göre değişiklik arz etmekle birlikte önemli olan bu şekilde bir hakkın hatırlatılmasının yasal bir zorunluluk ve ayrıca böyle bir olanağın tanınacak olmasıdır.¹⁷³

Madde metnine dâhil edilen bu haktan beklenen yararın gerçekleştirilmesi için hakkın hatırlatılması gerekliliğine yukarıda vurgu yapılmakla beraber bu hak, susma hakkı hatırlatıldıktan sonra hatırlatılmalıdır. Şüpheli veya sanığın ifade vermeyi reddetmesi halinde de hakkın varlığı hatırlatılmalıdır. Ancak CMK m. 147/1-f'de yer alan düzenlemenin mutlak bir ifade içermesi dolayısıyla şüphe sebepleri konusunda da şüpheli bilgilendirilmelidir. Ancak daha önce suç isnadının öğrenilmesi hakkının kapsamında da değinildiği üzere şüphe sebeplerinin yani soruşturmanın o ana kadarki neticelerinin mutlak olarak bildirimini özellikle soruşturmanın selameti bakımından sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Dolayısıyla ifade alan bakımından, özellikle şüphe sebeplerinin

170 3842 sayılı kanunla CMUK m. 135/5'de yapılan değişiklik CMK'daki düzenlemede de korunmuştur.

171 **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 213.

172 **Demirbaş**, s.179.

173 **Yurtcan**, CMK, s. 336.

bildirilmesinin "*soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek*" (CMK m.153/2) nitelikte olması ihtimali karşısında şüphe sebeplerinin bildirilmesi veya hemen bildirilmesi noktasında bir zorunluluk öngörülmemelidir.

Şüpheliye tanınan bu haktan beklenen yararın gerçekleşebilmesi için hakkın şüpheli tarafından kullanılabilmesine yani şüphelinin şüphe sebeplerini ortadan kaldırmasına ve lehine olan hususları ileri sürebilmesine ifadeye başvuran makamlarca olanak tanınmalıdır. Dolayısıyla şüpheli bu noktada kendisini ifade edebilme bakımından konuşabilecek ortama sahip olmalıdır. Ancak şüphelinin delillerin toplanması talebine ifadeye başvuran makamlar mutlak olarak uymak zorunda değildirler. Bu noktada takdir yetkisi özellikle şüpheli tarafından toplanması talep edilen delillerin soruşturma ile ilgili olmaması veya bunların varlığının sonucu etkilemeyecek derecede önemsiz olması hallerinde, söz konusu talebin reddi şeklinde kullanılacaktır. Ancak talep edilen deliller özellikle şüphelinin suçsuzluğunu ortaya koyabilecek nitelikteyse bu talep şüphelinin savunması bakımından ciddiye alınmalıdır.¹⁷⁴ Bu halde lehe bir durum olarak, şüphelinin olay tarihinde olay yerinde olmadığını pasaportunu ibraz etmek suretiyle suçlama bakımından savunmasını güçlendirmesi örneği verilebilir. Ancak tüm bu düzene rağmen özellikle gözaltı durumlarında, sürelerin kısıtlı olduğu bir ortamda, ileri sürülen delillere ulaşmanın zor olduğu ya da uzun zaman alacağı durumlarda sadece bu talebin tutanağa geçirilmesiyle yetinilecektir.¹⁷⁵ Bununla birlikte böyle bir uygulama yetersiz görülmele beraber en azından şüpheli tarafından ileri sürülen delilin dikkate alındığı izlenimini vermektedir. Zira delillerin dikkate alınmaması daha sonra eksik soruşturmaya dayanan temyiz nedeni olarak ileri sürülebilir.¹⁷⁶

174 **Demirbaş**, s. 180-181

175 **Yurtcan**, CMK, s.336

176 **Demirbaş**, s.

SONUÇ

Ceza yargılamasının amacı, maddi gerçeği araştırarak hukuki düzen ve barışı yeniden tesis etmektir. Ancak mutlak bir anlam taşımayan bu araştırmanın sınırını, hukuki çerçevede ele alınan "*insan haklarının ihlal edilemezliği ilkesi*" oluşturmaktadır. Böylece tüm yargılama boyunca salt bir şüphle yargılama sürecine dâhil edilen şüpheli, kendisine tanınan haklar çerçevesinde muhakemeye katılabilmekte ve kanunların kendisine tanıdığı hak ve yetkileri gereği gibi kullanabildiği bir süreç sonunda ulaşılan gerçeğe, herkesçe değer verilmektedir. Bu durum ise ceza yargılamasının temelini şüphelinin (sanığın) "suçsuz olduğu" karinesine dayanmasının sonucudur. Ancak bu kadar basit bir mantığı faaliyet dahi henüz yargılamanın başında "suçlu bulundu" önyargısıyla hayata geçirilmemekte; henüz tamamlanmayan yargılamanın hükmü, daha baştan verilmektedir. Bu ise ceza muhakemesi faaliyetlerinin sınırını oluşturan hakların, şüphelinin kendisini savunabilmesi adına ileri sürülebilirliğini azaltmaktadır.

İfade alınması ve sorguya başvurulmasındaki temel amaç ve varılmak istenen hedef, somut olayın aydınlatılması iken bu aşamada şüpheli veya sanık açısından öncelikli olan kendini savunabilmektir. Savunma aracı olarak da nitelendirilen bu araçlara, ilgili makamlar tarafından başvurulması halinde, şüpheli veya sanığın konumu ve savunma hakkının gereği göz önünde bulundurularak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ifadesini bulan bu haklar, şüpheli ve sanık tarafından da kullanılabilir haklar olmalıdır. Bu doğrultuda hakların varlığı ilgili makamlara hakların öğretilmesi hususunda bir yükümlülük yüklemekte ve bu yükümlülüğün ihlali, ifade ve sorgunun hukuka aykırı bir nitelik almasına sebebiyet verebilmektedir. Bu hukuka aykırılığın yaptırımını ise böyle bir delilin hükme esas alınmaması ve en önemlisi bu ifade dışında herhangi bir delil yoksa şüphelinin varlığı sebebiyle mahkumiyet kararının verilememesidir.

Bu çerçevede şüpheli ve sanığa tanınan haklardan beklenen yararın gerçekleşebilmesi, henüz "*yakalama anında*" haklar konusunda bilgilendirme (başka bir deyişle aydınlatma) görevinin hakkı ile/gereğince yerine getirilmesine bağlıdır. Böylelikle şüphelinin meramını anlatabil-

me olanağı bakımından ilk olarak *isnadi öğrenme hakkı* bulunmaktadır. Bu hakkın kapsamına, şüphelinin suçlamanın nitelik ve nedeninden anladığı bir dilde bilgilendirilme hakkı da dâhildir. Zira salt bir bildirim şüphelinin lehine ileri sürebileceği hususlar bakımından yetersiz olacağından kanun lafzından hareketle suçun *anlatılması* gerekmektedir.

Bahsedilen uygulamanın sonucunda suçlamanın niteliği ve içeriği hakkında bilgi sahibi olan şüpheliye, sonraki aşamada öncelikli olarak susma hakkının varlığı hatırlatılmalıdır. Susma hakkı salt şüphelinin, kendisini değil, yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı esasına da dayalıdır. Bu sonuca Anayasa'da bu hakkın varlığı, "*hiç kimse kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz*" ifadesinden de ulaşılabilmektedir. Ancak şüpheli, olayla sınırlı olarak doğruyu söyleme zorunluluğundan kurtulsa da, kimliğine ilişkin hususları doğru cevaplandırmak zorundadır.

Yargılamanın aleniliğini sağlamak amacıyla şüpheliye tanınan bir diğer hak da, *yakınlarına haber verebilme* hakkıdır. Ancak bu hak, vazgeçilebilir bir hak değildir. Şüpheli istese de istemese de bu hak kapsamında öngörülen istisnalarla birlikte bir yakını veya belirlediği bir kişi durumdan haberdar edilecektir. Aynı zamanda şüpheli, *muhakemeye yön verme hakkını* kullanarak, (soruşturma veya) yargılama sürecinde lehine bir durum oluşturabilmek amacıyla delilin varlığına dayanabilmektedir.

Şüpheli tüm bu hakları kullanırken bir *müdafiiden de hukuki yardım* alabilir. Müdafinin varlığı, kanunun aradığı şartların varlığı halinde zorunlu iken, diğer hallerde ve kural olarak şüphelinin inisiyatifine bırakılmıştır. Ancak şüpheli istediği halde, salt maddi imkânının olmayışı sebebiyle hukuki yardım alamıyorsa, bu durumunu belgelendirerek kendisine Barodan müdafii atanmasını isteyebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde müdafii varlığına bu kadar önem verilmesinin sebebi, her ne kadar haklar konusunda bilgilendirilse de şüphelinin, hukuki çerçevede doğru adımları ne zaman atacağını bilememesi ve savunmasını hakların varlık sebebine uygun olarak yapamamasıdır. Bu duruma örnek ise, müdafii olmaksızın kollukta alınan ifadenin, sonrasında şüpheli tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmıyor olmasıdır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere tüm yargılama sürecine hâkim olması gereken en önemli hak, *lekelenmeme hakkı*dır. Zira şüpheli ve sanıklık statüsü beraberinde, kesin bir yargının ancak hükümle birlikte ortaya çıkacağını, bundan önceki sürece salt bir şüphenin hâkim olduğu yargısını taşımaktadır. Ancak bu yargı dahi ne iddia makamının, ne mahkemenin, ne de toplumun salt bir şüphenin dahi beraberine hüküm getirdiği algısını değiştirmemektedir.

Son olarak, ifade edilen ve çalışma içerisinde yer verilen bu haklar, adil yargılanma hakkından bağımsız değerlendirilse de esasen tüm bu hakların varlık sebebi, yargılamanın adil bir şekilde yapılabilmesini sağlamak, diğer bir deyişle muhakeme adaletini gerçekleştirmektir.

KAYNAKÇA

Aydın Çağrı Kan: "Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak "Susma Hakkı" ", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:23, Sayı:91, Kasım-Aralık 2010, Ankara, s. 147-180.

Centel Nur/Zafer Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul 2008.

Çelik Adem: AİHS ve Türk Hukukunda Masumiyet Karinesi (Suçsuzluk Karinesi), Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:36, Ağustos 2009, s. 65-73.

Demirbaş Timur: Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin, Ankara 2011.

Erdoğan Gülnur: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Gözler Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi, 2000.

İnceoğlu Sibel: İHAM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, Tıpkı 3. Baskı, İstanbul 2008.

Kocaoğlu Sinan: Susma Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:69, 2011, s. 29-58.

Kunter Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası .

Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Bası, İstanbul, Nisan 2010.

Özbek Veli Özer: İzmir Şerhi, 2005.

Özbek Veli/Kanbur Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2011.

Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara 2006.

Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan/Özbek Veli Özer: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara 2007.

Sanıvar Ramadan: (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Sanığa Tanınan Temel Haklar, Gazimağusa (Kuzey Kıbrıs) 2012.

Şahin Cumhur: CMK Gazi Şerhi (CMK), Ankara 2005.

Şahin Cumhur: Ceza Muhakemesi Hukuku (Muhakeme), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

Şahin Cumhur: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması (Kolluk), Yetkin Yayınları, Ankara 1994.

Toksarı Kübra: (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi) Türk Hukukunda Şüpheli ve Sanık Hakları, Kayseri 2010.

Turan Hüseyin: Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi, TBB Dergisi, S. 84, 2009.

Turhan Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayım Dağıtım Ltd. Şti. Ankara 2006.

Ünver Yener/**Hakeri** Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncel Yargıtay Kararlarıyla Genişletilmiş 3. Baskı.

Yaşar Osman: Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Haziran 2005.

Yılmaz Ejder: Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Ankara 2005.

Yurtcan Erdener: CMK Şerhi (CMK), 4.Bası, Kasım 2005.

Yurtcan Erdener: CMUK Şerhi (CMUK), Beta, 3. Bası.

Yurtcan Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku (Yargılama), Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2005.

Yüksel Hatice: (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi) Uluslararası Sözleşmeler'de ve Türk Hukuku'nda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara 2010.

Zabunoğlu Yahya: Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı, İzmir Barosu Yargı Reformu Sempozyumu, Ekim 2000.

KABAHATLER KANUNUNUN GENEL HÜKÜMLERİNE GÖRE İŞ KANUNUNDA YER ALAN İDARİ PARA CEZALARININ HUKUKİ NİTELİKLERİ VE UYGULAMALARI

■ Celal ÇALIŞ¹

I- GİRİŞ

A- İş Hukuku ve İdari Para Cezaları

Anayasanın 49 ve 50'nci maddelerinde yer alan çalışma ile ilgili temel hak ve hürriyetleri düzenleyen yasalardan, kamu hukuku içinde yer alan 4857 sayılı İş Yasası işçi, işveren ve devlet arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. İş Hukuku uygulamaları kamu düzeni ile ilgili olduğundan, İş Yasasında yer alan hükümler uyulması zorunlu nitelik taşımakta ve bu nedenle Yasada yer alan düzenlemelere uyulmaması halinde idari para cezaları uygulanmaktadır.

30.05.2003 tarihli 5326 sayılı Kabahatler Yasasından önce, İş Yasasında yer alan idari para cezaları ile ilgili uygulamalar; fiilin niteliği, tespiti, cezanın tespiti ve tebliği, zamanaşımı ve benzeri konular Kanunda yer alan düzenlemeler ve genel hükümlere göre oluşan içtihatlarla yön bulmuştur. 5326 sayılı Yasa ile birlikte kabahatler için ceza öngörülen yasalar açısından Kabahatler Yasası genel kanun niteliği taşımaya başlamıştır. Bu husus Yasanın 3'üncü maddesindeki, "*Bu Kanunun idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır.*" hükmü ile düzenlenmiştir.

* Emekli SGK İdari Başmüfettişi, celal52@yahoo.com.tr

Bu nedenle, 5326 sayılı Yasanın Genel Hükümler başlıklı birinci kısmında yer verilen düzenlemelerin tamamı, İş Yasasında yer alan idari para cezaları ile ilgili olarak bağlayıcılık niteliği taşımakta, bu genel hükümlerin İş Yasasında yer alan ve idari yaptırım öngörülen fiillerin tespiti, tebliği, tahsili işlemlerinde idare ve yargı organlarınınca dikkate alınması zorunluluğu bulunmaktadır. Aynı nedenle İş Yasasında yer alan idari para cezasına konu fiiller ve bu fiillere ait yaptırımlarla ilgili **"Kanunilik ilkesi, Zaman ve Yer Bakımından Uygulama, Kast veya Taksir, Sorumluluk, Teşebbüs, İştirak, İçtima, Zamanaşımı, Kanun yolları"** kuralları açısından hukuki değerlendirmelerin Kabahatler Kanununun genel hükümleri arasında yer verilen genel kurallara göre yapılması yasal zorunluluk olup, İş Yasasındaki ceza maddelerinden bu genel kurallara yönelik yorum ve uygulama yaratılmasına da olanak bulunmamaktadır.

İş Yasasında yer alan ve uyulmaması halinde idari para cezası öngörülen yükümlülüklerin uygulamasına ilişkin idarece yapılacak tespitler, devletin kamu düzeni ile ilgili olarak kişilere yüklediği görevlerin yerine getirilip getirilmediğinin kontrolü amaçlı ve İdare Hukuku açısından *kamusal denetim ya da kolluk denetimi* olarak adlandırılan¹ denetim biçimini uygulayan, görev ve yetkileri 4857 sayılı Kanunun 91, 92 ve 93'üncü maddelerinde belirlenmiş iş müfettişlerince yerine getirilmektedir. Bu nedenle, 4857 sayılı İş Yasasında idari yaptırıma bağlanmış fiillerin tespitinde, iş müfettişlerince 5326 sayılı Kabahatler Kanununun genel hükümlerinin dikkate alınması, fiilin hiç bir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde, ceza hukuku ve Kabahatler Kanununun genel hükümlerine uygun olarak delillendirilmesi gerekmektedir. Aksi halde, uygulanacak idari para cezası 5326 sayılı Kanuna aykırı olacak ve itiraz halinde iptali gerekecektir.

1 ÇALIŞ, Celal, Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununda Yer Alan Denetim Yapısının İşyeri ve Kurum Denetimi Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Bitirme Projesi, D.E.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, İnsan Kaynakları Programı, İzmir, 2008, s.30, 43

B- Genel Olarak İdari Para Cezaları

1. İdari para cezaları, idari karar ve düzenlemelere aykırı davranılması halinde uygulanan, toplumsal düzenin sağlanması ve korunmasına yönelik bir **idari yaptırım** türüdür. İdari para cezası, Cezaların İnfazı Hakkında Yasada, Yasada yazılı sınırlara göre tayin edilen, suçludan alınarak Devlet Hazinesine ödenen bir miktar para olarak tanımlanmış Ceza Hukuku uygulamasına konu bir yaptırım iken, son yıllarda bir çok yasal düzenlemede idari para cezalarına yer verilmesi ve adli nitelikteki cezaların idari cezalara dönüştürülmesiyle geniş bir uygulama alanı bulmuştur. İdari para cezalarının hukuksal kapsamı ve niteliği, ceza öngörülen yasalarda yer alan hükümler ve 5326 sayılı Kabahatler Yasası ile belirlenmiştir.
2. İdari para cezaları, kanunlarda yaptırma bağlanmış fiillerin işlenmesi halinde uygulanabildiğinden, **fiillerin hukuki anlamda tespiti, ceza uygulamasının hukukiliği açısından önem taşımaktadır**. Bu fiiller idari suç (idarenin koyduğu kural ya da düzenlemeye aykırı davranış, fiil) kavramı kapsamında idari para cezalarına konu olduğundan, **idari suçu oluşturan fiilin her bir olayda Kabahatler Kanunundaki genel hükümlere uygun olarak belirlenmesi** gerekir.

İdari para cezalarına konu fiiller ile ilgili olarak 5326 sayılı Yasada, Türk Ceza Yasasına paralel olarak, "*Kanunilik ilkesi, Zaman ve Yer Bakımından Uygulama, Kast veya Taksir, Sorumluluk, Teşebbüs, İştirak, İçtima, Zamanaşımı, Kanun yolları*" gibi genel hükümler de yer almaktadır. Bunların bir kısmı Türk Ceza Yasasının genel ilkelerine paralel, bir kısmı da Kabahatler Yasasına mahsus kurallardır.²

Kabahatler Yasası ve Türk Ceza Yasasında ortak olarak yer alan hükümlerin aynı şekilde uygulanmaları, yorum ve değerlendirmelerde aynı kurallara tabi tutulmaları gerekmektedir. Zira, 06.03.2013 tarih-

2 UĞURHüsamettin, Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Kabahatler Kanunu'na Göre Kanun Yolları, Yargıtay Tetkik Hakimi, TBB Dergisi, 2010 (89), s.407

li, 28579 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesi'nin 2012/106 Esas sayılı kararında, *cezaların şahsiliği, kanuniliği prensipleri bakımından Anayasa'nın 38'inci maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezalarının da bu maddede öngörülen ilkelere tâbi oldukları vurgulanmıştır.*³

II. GENEL OLARAK İDARİ PARA CEZALARININ HUKUKİ NİTELİKLERİ

A- Kabahatler Yasasına Göre İdari Para Cezalarının Hukuki Nitelikleri

5326 sayılı Yasada kabahat kapsamındaki fiiller ile ilgili olarak yer alan ve İş Yasasında yaptırıma bağlanan fiillerle ilgili olan genel düzenlemeler şu şekildedir.

1. Yasanın 5'inci maddesi gereğince; *"Kabahat, failin icraî veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılmakta, neticenin oluştuğu zaman, bu bakımdan dikkate alınmamakta"* olup, buna göre kabahat konusu fiilin oluşma tarihi olarak, İş Yasasında belirlenmiş yükümlülüklerin ilk kez yerine getirilmediği tarihin kabul edilmesi ve fiile uygulanacak cezada, Yasada bu tarihte geçerli olan cezanın dikkate alınması gerekmektedir.
2. Yasanın 7'nci maddesi gereğince; *"Kabahat, icraî veya ihmali davranışla işlenebilmekte, ihmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icraî davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğün varlığı gerekmekte"* olup, buna göre Yasalarda belirlenmiş hukuki yükümlülüklere uyma durumunda ihmali davranış söz konusu olmamakta ve kabahat oluşmaktadır.

3 http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000355&content=idari%20para%20cezas%FD,1.02.2014

3. Yasanın 9'uncu maddesi gereğince; "*Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilmekte*" olup, buna göre yasalarda kasıt unsuru aranmadığı durumlarda, taksirin yani failin kusurunun varlığı kabahat fiilinin oluşumu için yeterli olmaktadır.
4. Yasanın 10'uncu maddesi gereğince; "*Türk Ceza Kanununun hata hallerine ilişkin hükümleri, kasten işlenen kabahatler bakımından da uygulanmakta*" olup, buna göre İş Yasasında kasıtle işlenebileceği belirtilen fiillerle ilgili olarak, Türk Ceza Yasasının 30'uncu maddesi gereğince, fiilin icrası sırasında suçun yasal tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kişinin, kasten hareket etmiş sayılmaması, dolayısı ile bu durumdaki fiillere idari para cezası uygulanmaması gerekmektedir.
5. Yasanın 12'nci maddesi gereğince; "*Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanmakta*" olup, buna göre, 5326 sayılı Yasada aksine hüküm yoksa, kabahate konu idari para cezası gerektiren fiilin işlenmesinde failin, Türk Ceza Yasasının 30/(4) maddesinde belirtildiği şekilde, bu fiili işlerken haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşmüş olması halinde, fiile idari ceza uygulanmaması gerekmektedir.
6. Yasanın 15'inci maddesi gereğince; "*Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilmekle birlikte, kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verinceye kadar fiil tek sayılmakta*" olup, buna göre idari para cezasına konu bir fiili işleme kararı alınarak bunun uygulanması nedeniyle, yasada yazılı fiilin birden çok kere işlenmesi ve buna devam edilmesi halinde, bu fiilin tespit edilip idari para cezası verinceye kadar geçen süredeki fiillerin tek fiil sayılması ve ceza uygulamasında tek fiil olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

7. Yasanın 17/7 maddesi gereğince; *"Maktu nitelikteki idarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298'inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanmaktadır."* Bu hükmün uygulanmasında önem taşıyan, idari para cezasının nispi mi, maktu mu olduğunun tespiti ile ilgili olarak, halen genel kabul gören uygulama ve buna ilişkin görüşlerimiz aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

8. Kanunun 20'nci maddesi gereğince; *"Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemez"*. Soruşturma zaman aşımı ise maddede;

"Yüz bin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş yıl,

Elli bin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört yıl,

Elli bin Türk Lirasından az idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç yıl,"

Nispî idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde sekiz yıl",

olarak belirlenmiştir.

Maddenin 4'üncü fıkrasında, *"Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tammadaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlar"* şeklinde hüküm yer almakta olup, Yasanın 5'inci maddesinde *kabahatin, failin icraî veya ihmali davranışının gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılacağı ve neticenin olduğu zamanın, bu bakımdan dikkate alınmayacağı* hükmüne göre, İş Yasasında idari para cezası öngörülen fiillerle ilgili olarak soruşturma zamanaşımı süresinin, 5'inci madde gereğince fiilin işlenmiş sayılacağı ihmali ve icrai hareketin yapıldığı tarihte başlayacağını kabulü gerekmektedir. Genel hüküm niteliğindeki düzenlemelerden 20'nci maddede, zamanaşımının başlangıcı için *fiilin işlenmesi veya neticenin gerçekleşmesi* şeklin-

de iki ayrı unsur öngörülmüş olunması ve Kanunun 5'inci maddesi ile 20'nci maddesindeki hükümler arasında çelişki bulunması, idari yaptırım öngörülen diğer kanunlarla ilgili uygulamalarda sorunlara yol açabilecek nitelik taşımaktadır.

9. Kanunun 25'inci maddesi gereğince, 26'ncı maddeye göre ilgili kişiye tebliğ edilecek idari yaptırım kararına ilişkin tutanakta;
 - a) *Hakkında idarî yaptırım kararı verilen kişinin kimlik ve adresi,*
 - b) *İdarî yaptırım kararı verilmesini gerektiren kabahat fiili,*
 - c) *Bu fiilin işlendiğini ispata yarayacak bütün deliller,*
 - d) *Karar tarihi ve kararı veren kamu görevlilerinin kimliği,*

Açık bir şekilde yazılarak, tutanakta ayrıca kabahati oluşturan fiilin, işlendiği yer ve zamanın gösterilerek açıklanması gerekmektedir. Buna göre, idari para cezası tutanağında, maddede belirtilen bilgilerin bulunmaması ya da fiilin işlendiğine dair delillerin gösterilmemesi halinde, tutanak yasaya uygun düzenlenmemiş olduğundan uygulanabilirliği bulunmayacak ve kişiye tebliğ edilebilir nitelik de taşımayacaktır. Zira, bu durumdaki bir idari para cezası tutanağı, kişinin savunma hakkını kısıtlayacak ve cezaya itiraz hakkı doğru kullanılmayacağından ceza uygulaması açısından hüküm ifade edemeyecektir.

10. Yasanın 25'inci maddesi gereğince; *"İdarî yaptırım kararının, Tebligat Kanunu hükümlerine göre ilgili kişiye tebliğ edilmesi, tebligat metninde bu karara karşı başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresinin açık bir şekilde belirtilmesi, tüzel kişi hakkında verilen idarî yaptırım kararlarının her halde ilgili tüzel kişiye tebliğ edilmesi"* gerekmektedir. Aksi durumda tebliğ geçersiz olduğundan ceza uygulamasına esas alınamayacaktır.

11. 5326 sayılı Kabahatler Yasasının 17. maddesinin birinci fıkraya hükmüne göre, idarî para cezasına ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on

beş gün içinde, Sulh Ceza Mahkemesine başvurulabilmekte, bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşmektedir. Maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre, *mücbir sebebin* varlığı dolayısıyla bu sürenin geçirilmiş olması halinde bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde karara karşı başvuruda bulunma imkanı bulunmakta, bu başvuru, kararın kesinleşmesini engellemekte, ancak, mahkeme yerine getirmeyi durdurabilmektedir.

B- İdari Para Cezasının Maktu mu Nispi mi Olduğunun Tespiti

1. İdari para cezalarının uygulamasında, 5326 sayılı Kanunun 17'nci maddesinde de yer aldığı üzere, cezaların *maktu* ve *nispi* olarak belirlenmesi ve maddede yer alan hüküm gereğince maktu nitelikteki idari para cezalarının 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298'inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanması, buna göre, nispi cezalarda yeniden değerlendirme yapılamaması nedeniyle, Kanunlarda belirtilmiş idari para cezalarının *nisbi* mi yoksa *maktu* mu olduğunun belirlenmesi önem taşımaktadır.
2. Yazılı bir metnin yorumunda, o metnin yazıldığı dili iyi bilmek, o dilin kurallarını gereği gibi uygulamak, kavramların o dildeki anlamlarını doğru belirlemek önem taşımaktadır. Eğer metin içinde yabancı sözcükler varsa, önce o sözcüklerin metin dilindeki anlamlarını ortaya koymak gerekir. Hukuk metinlerinde çok sayıda bulunan yabancı sözcükler, bu nedenle hukuksal yorumlarda daha dikkat ve özenli olmayı gerektirmektedir. Bu bağlamda, idari para cezaları ile ilgili, cezanın *nispi mi*, *maktu* mu olduğunun belirlenmesinde, belirtilen sözcüklerin yabancı sözcükler olmaları nedeniyle önce Türkçe karşılıkları ortaya konulmalıdır. Düşünsel alanda yeri olmayan bir kavram içeriğinin sözcüğe girmesi, sözcük olarak ifade edilmesi söz konusu değildir.⁴ Bu nedenle, Türkçe düşünmek ve yorumlamak için, sözcüğün Türkçe karşılığını esas almak gerekir.

4 EYUBOĞLU İsmet Zeki , Türk Dilinin Etimolojisi Sözlüğü, Sosyal Yayınlar, İstanbul, Mayıs 2004, Önsöz

Arapça kökenli *maktu* sözcüğünün Türkçe sözlükteki anlamı "1. Kesilmiş, kesik. 2. Kesin olarak değeri biçilmiş. 3. Ölçü ile satılmayan, götürü." ve yine Arapça olan *nisbi* sözcüğünün anlamı da⁵; "sf. (nispi:) esk. 1. Birbirine göre (olan), önceki duruma göre 2. fel. Göreceli" şeklindedir.⁶ Buna göre Türkçede *maktu* sözcüğü; "kesin, belirli, belli" ve *nispi* sözcüğü de bunun karşıtı olan; "belirsiz, bir şeye bağlı olan, diğerine göre belirlenen, değişken" anlamlarını taşımakta olup, idari para cezası uygulamasında kanunda rakam olarak miktarı belirlenmiş cezalar *maktu*, rakam olarak belirlenmeyip, örneğin asgari ücretin katı, elde edilen haksız kazancın yüzdesi gibi başka bir değere bağlanmış cezalar ise *nispi* nitelikte cezalar olmaktadır.

3. Bilindiği gibi, Ceza Hukukunda *kanunsuz suç ve ceza olmaz* ilkesi gereğince, önce ceza yaptırımına konu fiil, sonra da bu fiile ilişkin ceza belirtilmektedir. Ceza öngören tüm Kanunlarda belirlenen cezalar, *bir fiil* açısından anlam ifade etmekte ve fiil başına uygulanmakta olup, yasalar bir fiile ilişkin cezanın *miktartarını* belirlemektedir. Cezaların niteliği ile ilgili tespit ve değerlendirmelerde esas alınması gereken kavram, bu nedenle cezanın *miktardır*.

Oysa, cezanın miktarı bir fiil için belirlenmekle birlikte, fiilin birden fazla işlenmesi, uzun süre devam etmesi gibi nedenlerle fiile uygulanacak toplam ceza, yani cezanın *tutarı* değişebilmektedir. Kabahatler Yasasının 4. maddesinde de *Kanunilik* unsuru kabul edilmiş olup, maddede; "Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, idari yaptırıma

5 http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.52f47a58ed8645.36790560

6 http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.52f47a126c6d06.89673145

konu fiil ve bu fiile ilişkin cezanın *miktarında* yukarıda belirtilen değerlendirmelerin dikkate alınması, cezanın *nispi mi yoksa maktu mu* olduğunun tespitine ilişkin olarak yapılacak yorumda da, Yasada yazılı *bir fiile* verilecek cezanın *miktarının* dikkate alınması gerekir. Aksi halde, yapılan yorum hukuki değil, felsefi yorum olur ki, bu durum Yasa Koyucunun amacına ve sonuçta hak kavramına aykırılık oluşturur.

4. Ceza Hukukunda öncelikli ve esas olan yorum, metine bağlı yorumdur. Yargıtay'ın görüşü de bu yönde olup, Hukuk Genel Kurulu'nca "*Ceza hukukunda, yasallık ilkesinin doğal sonucu olarak, metindeki sözlerin, sözcüklerin odak öğeler olması ve yorumda çıkış ve varış noktalarını oluşturmaları, bu nedenle cezada yasallık ilkesi geçerli olduğundan, bu kuralın zorunlu sonucu olarak, "Yazılı ve metinsel (dar) yoruma tabi tutulması, Yasa kuralı olmadan suç olmaması, o yüzden cezada "dar yorum" yani metin içinde kalan yorumun esas alınması.*"⁷ gerektiği vurgulanmıştır.

Ceza Hukukunda genişletici yorum mümkün ise de, Yargıtay'ın kabulüne göre⁸ "*suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 5237 sayılı TCY'nin 2. maddesinin 3. fıkrası gereğince kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaması, suç ve ceza içeren hükümlerin, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaması ve Yasa Koyucunun amacını aşan ve kıyasa yol açacak bir yorum yapılamaması*" gerekmektedir.

Buna göre, yasa metininden açıkça anlam çıkartılamaması, metnin olayı açıklamaya yeterli gelmemesi hali dışında, yorumlarda metine bağlı kalmak hukuki bir zorunluluktur.

5. İş Yasasında idari yaptırıma bağlanmış fiillerin nispi mi, maktu

7 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2004/4-40 - K:2004/113 sayılı ve 25.2.2004 tarihli kararı

8 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E. 2008/6-203 tarihli, K. 2009/3, T. 27.1.2009 tarihli kararı

mu olduğu konusunda genelde kabul edilen görüş, Kanunda yer alan çoğu cezanın nispi nitelik taşıdığı yönündedir. Bu görüşler;

"İş Kanunundaki idari para cezalarının çoğu her işçi için miktarı artan idari para cezası niteliğindedir"⁹,

"İş Kanunu'nun sekizinci bölümünde, bazı maddelerde, işçi sayısı veya aykırılığın devam ettiği süre ile ilgilenilmeksizin tek bir para cezası öngörülmüş, bazı maddelerde ise, "...bu durumdaki her işçi için...", "...işten çıkardığı her işçi için...", "...her bir çocuk için...", "...her ay için..." gibi ibarelerle kişi ve/veya ay başına artan miktarda para cezası uygulanması düzenlenmiştir. Bunlar nispi nitelikteki idari para cezalarıdır."¹⁰

"Verilecek para cezası çalıştırılan işçi sayısına göre değişkenlik göstereceğinden nispi nitelik taşımaktadır. Çalıştırılan işçi sayısının fazlalığına göre işverenler bakımından uygulanacak para cezasının miktarı da daha yüksek olacaktır."¹¹

Şeklinde ve esas olarak cezanın işçi ve ay başına öngörülmesi nedeniyle değişir nitelikte olduğu gerekçesine dayandırılmaktadır. Oysa, aşağıda açıklandığı üzere, bu görüşlere esas alınan değerlendirmeler, Ceza Hukukunda geçerli olan, yorumda metine bağlılık kuralı ve Kabahatler Yasasında yer alan **Kanunilik İlkesine** uygun düşmemektedir.

6. İş Yasasındaki idari para cezalarından, örneğin; ücret ödememe fiiline uygulanan 102'nci maddede yer alan ceza, madde metninde; "bu durumda olan her işçi ve her ay için yüz yirmi beş Türk Lirası idari para cezası" şeklinde ifade edilmiştir. Bu ifadeye

9 ŞAKAR, Müjdat, İş Kanununun Yorumu, Ankara, 2006, s. 597

10 EKMEKÇİ, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Telif Çalişması Kavramı, Koşulları ve Hükümleri, Çimento İşveren D., Kasım 2005, 31.

11 CANİKLİOĞLU, Nurşen, CANBOLAT, TALAT, 4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler Ve Bu Para Cezalarının Özellikleri, Kamu-İs; C:7, S: 3/2004

göre, idari yaptırıma konu olan *bir fiil* (işçiye ücretini ödeme fiili) karşılığı olan ceza 125 TL olarak belirlenmiş olduğuna göre cezanın maktu nitelik taşıdığı açıktır. Bu cezanın nispi olduğu görüşü ve bu görüşe esas alınan, *işçi başına ceza öngörüldüğünden miktarının değişebilir olduğu* şeklindeki gerekçede yer verilen *miktar* sözcüğü, yukarıda açıklandığı üzere esasında cezanın *tutarını* ifade etmekte olup, *miktar* yerine *tutar* sözcüğünün kullanılması hatasına düşüldüğü görülmektedir. Oysa cezanın *nispi* mi yoksa *maktu* mu olduğu belirlenirken esas alınması gerekenin, cezanın *tutarı* değil, *miktarı* olması Kabahatler Kanunundaki *Kanunilik ilkesinin* de gereğidir.

İş Kanununun 102'nci maddesinde belirtilen cezada ve aynı şekilde Kanunda işçi başına ve ay başına uygulanan cezalarda, değişebilir nitelikte olan cezanın *miktarı* değil, *tutarıdır*. Bu nedenle, söz konusu cezaların *nispi* olduğu yönündeki genel kabul edilen görüş, *bir fiile* uygulanacak ceza *miktarının* değil, fiille ilgili uygulanacak toplam cezanın, yani failin ödeyeceği toplam ceza *tutarının* belirsizliğine ilişkin bir gerekçe olduğundan, Yasa metnine ve Yasanın amacına aykırılık oluşturmaktadır. Zira, fiilin tek olması halinde ceza her fail için aynı miktarda olmakta ve *miktarı* da belirli olduğuna göre ceza *maktu* nitelik taşımaktadır. Belirsizlik ve değişkenlik kanunda belirlenmiş *ceza miktarında* değil, fiilin işlendiği işyerindeki işçi sayısına göre ve fiilin işlendiği süreye göre uygulanacak *cezanın tutarında* olabilmekte ise de, aynı durumdaki (aynı zamanda, aynı işçi sayısı ve aynı süre boyunca işlenen fiillerde) *ceza tutarı* da aynı olmaktadır.

Bu arada belirtmek gerekir ki, ceza uygulamasında ve Kabahatler Yasasında da 5'inci maddede belirtildiği şekilde, *kabahat, failin icraat veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayıldığından ve neticenin olduğu zaman, bu bakımdan dikkate alınmayacağından*, fiil olarak kabul edilmesi gereken eylem; icrai ve ihmali davranışın gerçekleştiği, örnek olayda 1 işçiye ücret ödemesi yapılmadığı anda oluşmuş sayılır ve burada cezaya konu fiil *işçiye ücreti ödememe fiili* haline gelir. Fail tarafından o

ay içinde 10 işçiye de ücret ödenmese, fiil tek olup, işlenen fiil işçiye ücretini ödememe fiili ve cezası ise Kanunda öngörül-
düğü üzere, ücret ödenmeyen işçi başına 125 TL olmakta, işçi
sayısı 10 olduğundan fiil için belirlenmiş ceza 10 defa olarak uy-
gulanmakta ve *cezanın tutarı* artmaktadır. Yani fiile uygulanacak
ceza miktarı belirli ve tek, failin ödeyeceği ceza tutarı, fiile konu
cezanın işçi sayısına göre uygulanması nedeniyle *maktu* ceza-
nın işçi sayısı kadar arttırılması ile bulunan (ve yine her olayda
çarpma işlemi ile kolayca bulunabilen) bir tutar olmaktadır.

7. İş Kanununda yer alan cezalardan, işçi ve ay başına uygulanan
(cezaların büyük çoğunluğu bu niteliktedir) cezaların *nispi* ni-
telikte olduğu görüşü, *miktar* ve *tutar* kavramlarının birbirine
karıştırılması, cezanın tespitinde bir *fiil* için Kanunda yer alan
ceza miktarı yerine, Kanunda fiile uygulanacak cezanın unsur-
ları olarak yer alan *bu durumda olan her işçi ve her aya* ceza uy-
gulaması nedeniyle oluşan ceza tutarının nispi ve maktuluk
değerlendirmesinde esas alınması, *miktar* ve *tutar* kavramları-
nın Türkçe kurallarına uygun olarak kullanılmaması nedeniyle
yorumda hataya düşüldüğü değerlendirilmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Türkiye İş Kurumu'nca uygulanan ceza-
lara itiraz üzerine, Sulh Ceza Mahkemelerince, bilirkişi rapor-
ları ve genel kabul gören görüşe uygun olarak, işçi başına ve
ay başına uygulanan cezaların nispi nitelik taşıdığı, bu nedenle
yeniden değerlendirilmesinde arttırılamayacağından cezanın ip-
tali ya da daha düşük olması gerektiği yönünde verilen karar-
lar, Kabahatler Kanununun genel hükümleri ve Ceza Hukukunda
geçerli olan metne bağlı yorum ilkesi gereğince hukuken hatalı
bulunmaktadır.

III- İŞ YASASINDAKİ İDARİ PARA CEZALARININ HUKUKİ NİTELİKLERİ

4857 sayılı İş Yasasında öngörülen idari para cezaları, ya fiil başı-
na, ya fiile maruz kalan işçi sayısı ve ay sayısı başına ya da sadece fiile
maruz kalan işçi sayısı başına olmak üzere düzenlenmiştir. Ceza öngö-

rülen fiiller Yasada uyulması yükümlülük altına alınmış düzenlemelere aykırı davranma fiilleri olup, ceza uygulanabilmesi için her bir fiilde, yasada öngörülen yükümlülüklerle aykırılık halinin Kabahatler Kanununun genel hükümleri ile İş Yasası ve diğer yasalarda yer alan yükümlülüklerle ilişkin gereklilikler göz önünde bulundurulmak suretiyle tespiti, bu tespite göre idari para cezası tutanağının Türkiye İş Kurumu Müdürlüğü'nce düzenlenerek ilgiliye tebliği gerekmektedir.

A- İş Yasasında Fiil Başına Öngörülen İdari Para Cezaları

4857 sayılı İş Yasasının;

1. 3'üncü maddesine göre işyerini bildirme yükümlülüğüne aykırılık fiilinin muvazaalı olarak işlenmesi (md. 98/1),
2. 37'nci maddesine aykırı olarak ücrete ilişkin hesap pusulası düzenlenmemesi veya işçi ücretlerinden 38'inci maddeye aykırı olarak ücret kesme cezası verilmesi veya yapılan ücret kesintisinin sebebinin ve hesabının bildirmemesi, 52'nci maddesine göre yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde, her hesap pusulasının genel toplamını gösteren bir belgenin işçilerin kendi aralarından seçecekleri bir temsilciye verilmesi yükümlülüğüne uyulmaması, (md. 102/b),
3. 63'üncü maddesinde ve bu maddede belirtilen yönetmelikte belirlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerin çalıştırılması veya 68'inci maddesindeki ara dinlenmelerinin bu maddeye göre uygulanmaması, 69'uncu maddesine aykırı olarak işçilerin geceleri yedi buçuk saatten fazla çalıştırılması, gece ve gündüz postalarının değiştirilmemesi, 71'inci maddesine aykırı olarak on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması, on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklardan, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılması yükümlülüğüne uyulmaması, 72'nci maddesi hükümlerine aykırı olarak maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalı-

şılacak işlerde on sekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması, 73'üncü maddesine aykırı olarak çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması veya aynı maddede anılan yönetmelik hükümlerine aykırı hareket edilmesi, 74'üncü maddesine aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınların çalıştırılması veya ücretsiz izin verilmemesi, 75'inci maddesindeki işçi özlük dosyalarının düzenlenmemesi, 76'ncı maddesine göre nitelikleri gereği günlük ve haftalık çalışma sürelerinin 63'üncü maddede öngörüldüğü şekilde uygulanması mümkün olmayan iş ve işyerlerinde çalışma sürelerinin günlük yasal çalışma süresini aşmayacak şekilde ve en çok altı aya kadar denkleştirme süresi tanınarak uygulanmasına ilişkin Yönetmelik hükümlerine uyulmaması, 64'üncü maddeye göre telafi çalışması yaptırılmaması (md. 104),

4. 90'uncü maddesine göre izni almadan özel istihdam bürosu faaliyeti yapılması (md. 106),
5. 92'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan iş müfettişlerinin denetim görevi sırasında uyulması gereken yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, 96'ncı maddesinde yer alan iş müfettişlerinin görevlerini yaparken uyulması gereken yasaklara uyulmaması, iş müfettişlerinin görevlerini yapmalarına ve sonuçlandırmalarına suç oluşturmaya fiillerle engel olunması (md. 107),

Fiillerinin işlenmesi halinde, her bir fiil için Kanunda öngörülen cezalar uygulanacaktır.

B- İş Yasasında İşçi Sayısı ve Ay Başına Uygulanacak Olan İdari Para Cezaları

4857 sayılı İş Yasasının;

1. 3'üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde her işçi için, cezanın kesinleşmesinden sonra bildirim yükümlülüğüne aykırılığın sürmesi halinde takip eden her ay için (md. 98/1, 2),

2. 5'inci maddesindeki eşit davranma ilkesine, 7'nci maddesindeki geçici iş ilişkisi ile ilgili yükümlülükler aykırı davranılması (md. 99/a),
3. 8'inci maddesine göre, süresi bir ayı geçen ve iş sözleşmesi yapılmayan işçiye iş ve ücret koşullarını gösteren belgenin verilmemesi, 14'üncü maddesine göre çağrı üzerine çalışma hükümlerine aykırı davranılması (md. 99/b),
4. 28'inci maddesine göre çalışma belgesi düzenlenmemesi veya bu belgeye gerçeğe aykırı bilgi yazılması (md. 99/c),
5. 29'uncu maddesindeki toplu işçi çıkartma ile ilgili hükümlere aykırı olarak işçi çıkartılması (md. 100),
6. 30'uncu maddesindeki engelli ve eski hükümlü çalıştırma ile ilgili yükümlülükler uyulmaması (md. 101),
7. 32'nci maddesinde belirtilen ücret ile işçinin bu Kanundan veya toplu iş sözleşmesinden veya iş sözleşmesinden doğan ücret ödemelerinin süresi içinde kasten ödenmemesi, 39'uncu maddesinde belirtilen komisyonun belirlediği asgari ücretin ödenmemesi veya noksan ödenmesi, ücret ve benzeri her çeşit istihkakın özel olarak açılan banka hesabına ödenmemesi (md. 102/a),

Halinde bu durumda olan her işçi ve her ay için, yani file maruz kalan kişi olarak her işçi ve fiilin işlendiği her bir aylık dönem için Yasada ilgili maddelerde yazılı cezalar uygulanacaktır.

C- İş Yasasında Sadece İşçi Sayısına Göre Uygulanacak Olan İdari Para Cezaları

4857 sayılı İş Yasasının;

1. 41'inci maddesinde belirtilen fazla çalışmalara ilişkin ücretin ödenmemesi, işçiye hak ettiği serbest zamanın altı ay zarfında kullandırılmaması, fazla saatlerde yapılacak çalışmalar için işçinin onayının alınmaması (md. 102/c),

2. 56'ncı maddesine aykırı olarak yıllık ücretli iznin bölünmesi veya izin ücretinin 57'nci maddede belirtilen usule aykırı olarak ödenmesi veya eksik ödenmesi, 59'uncu maddedeki hak edilmiş izin kullanılmadan iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde bu izne ait ücretin ödenmemesi, 60'ıncı maddesine göre Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğine aykırı olarak izin kullandırılmaması veya eksik kullandırılması (md. 103),
3. 64'üncü maddeye aykırı olarak telafi çalışması yaptırılmaması (md. 104/2),

Halinde bu durumda olan, yani fiile maruz kalmış olan kişi olarak *her işçi* için Kanunda ilgili maddelerde yazılı cezalar uygulanacaktır.

D- İş Yasasındaki Cezalarla İlgili Ortak Hususlar

1. İş Yasasının Sekizinci Bölümünde *İdari Ceza Hükümleri* başlığı altında, 98 ve 107'nci maddeleri arasında idari yaptırım öngörülen fiillerin tamamı için, ilgili maddelerde *ceza miktarları* belirtilmiş olduğundan, tüm cezalar *maktu* nitelik taşımakta olup, fiilin sonraki yıllarda tespiti halinde, fiilin işlendiği tarihteki cezanın tespit tarihindeki güncellenmiş miktarları ceza uygulamasında esas alınacaktır.
2. Fiilin işlendiği tarih olarak, Kabahatler Kanununun 5/(2) maddesine göre *icrai ve ihmali davranışın* gerçekleştiği tarih esas alınacak, *neticenin oluştuğu tarih* dikkate alınmayacaktır. Bu nedenle, uygulamada Türkiye İş Kurumu'nca, düzenlenen iş müfettişi raporlarına göre, fiilin birden çok ve kesintisiz olarak işlenmesi ve birden çok yıla yaygın olması halinde, bu şekildeki fiillerle ilgili olarak, fiilin geçtiği her yıl için o yıla ait cezanın güncellenmiş tutarının esas alınması şeklindeki uygulama Kabahatler Yasasının 5'inci ve 15'inci maddelerine aykırılık oluşturmaktadır. Fiil tek, icrai ve ihmali hareketin gerçekleştiği tarih belirli olduğuna göre, bu tür suçlarda icrai ve ihmali hareketin tespit tarihinde geçerli cezanın güncellenmiş miktarının tüm yıllar için esas alınması gerekir.

3. Fiilin birden çok işlenmesi halinde, eğer fiil kesintisiz olarak işlenmeye devam edilmiş ise, Kabahatler Kanununun 15'inci maddesi gereğince, bu nedenle idarî yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılacak ve ceza buna göre uygulanacaktır.

Bu tür fiillerle ilgili olarak, uygulamada Türkiye İş Kurumu'nca, fiilin Kabahatler Kanununa göre niteliği dikkate alınmaksızın ve bu açıdan bir değerlendirme yapılmaksızın düzenlenen iş müfettişi raporlarına göre, fiilin işlendiği ay sayısının tamamı üzerinden idari para cezası uygulanması; fiilin işlendiği aylarda çalışan tüm işçilerin toplamı üzerinden (ücret ödemesi yapılan işçi sayısı üzerinden) ceza hesaplanması, örneğin Ocak ile Haziran arasında 10 işçi çalıştırılan işyerinde bu sürede ücretin bankadan ödenmemesi halinde 60 işçi x ceza miktarı şeklinde yapılan işlemle ceza hesaplanması Kabahatler Kanununun 15'inci maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu hallerde işverence, kesintisiz fiil tanımına uygun olarak, İş Kanununda belirtilen yükümlülüklerle uymama konusunda alınan bir karar ile fiil işlenmiş ve ara verilmeksizin aynı kararın icrasından olmak üzere *her işçi için her ay* aynı fiil işlenmeye devam edilmiş sayılmakta ve bu nedenle Kabahatler Kanununun 15'inci maddesinde belirtilen düzenleme kapsamına suç olduğundan, bu süredeki fiillerin ceza yaptırım kararı verilinceye kadar tek fiil sayılması gerekmektedir.

Türkiye İş Kurumunca yapılan bu hatalı uygulama ile ilgili olarak Sulh Ceza Mahkemelerine yapılan itirazlar sonucunda, uygulama doğrultusunda düzenlenen bilirkişi raporlarına göre verilen kararlara gerekçe olarak ileri sürülen, İş Yasasında bu konuda özel hüküm olduğu, özel kanunun genel kanunun önünde olduğu ve bu nedenle İş Yasasında yer alan *bu durumda olan her işçi ve her ay için* ifadesinin gereği olarak ceza uygulamasının, fiil süresince işyerinde çalışmış ve ücret almış işçilerin tamamı üzerinden yapılması gerektiği yolundaki görüş, İş Yasasında kabahat konusu fiillerle ilgili usule ilişkin düzenleme bulunmaması, bu nedenle İş Kanununda yer verilen ve sadece fail, fiil ve ceza

miktarlarının belirlendiği kanun maddelerindeki ifadelere usul hükümleri açısından yorum getirilemeyeceği, bu maddelerin kanunilik ilkesi gereğince metin sözüne bağlı kalınarak yorumlanması gerektiği, İş Yasasındaki idari para cezaları ile ilgili olarak usule ilişkin tüm düzenlemeler Kabahatler Yasasında yer aldığından ve zaten Kabahatler Yasasının 3. maddesinde yer alan genel kanun olma niteliğinin de gereği olarak; fiilin niteliği ile failin tespiti, fiilin işlendiği tarihin ve süresinin tespiti gibi ceza usulüne ilişkin hususlarda Kabahatler Kanununun esas alınması gerekliliği karşısında, belirtilen görüşlerin hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

Zira, Türkiye İş Kurumu'nca yapılan uygulama, aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, Türkçe dil bilgisi kurallarına göre, Yasada yazılı olan bu durumda olan her işçi ve her ay için ifadesinin değil, *bu durumda olan her işçiye her ay, ya da bu durumdaki ücret ödemelerinin tamamına* ifadelerine karşılık gelmekte olup, kıyas yolu ile ya da metin sözü dışında dil bilgisi kurallarına aykırı olarak yapılan bu yorumla, Kabahatler Yasasının bağlayıcı olan 15'inci maddesi hükmü de, İş Yasasında öngörülen idari para cezaları için işlevsiz hale getirilmektedir.

4. İş Yasasında idari yaptırıma bağlanan fiillere ait ceza maddelerinde, *işçi sayısı* ve *ay sayısı* başına öngörülen cezalarla ilgili olarak aynı şekilde yer alan; *"bu durumda olan her işçi ve her ay için ... Türk Lirası"* hükmünün uygulamasında, Ceza Hukukunda geçerli metne bağlı yorum ilkesine ve dil bilimi açısından temel zorunluluk olan metin sözünün yorumlanması, yani anlamlandırılmasında, Yasada kullanılan dile ait kurallarının esas alınması ve Yasa dilinin kurallarına göre anlam vermek gerekliliğine uygun davranılmalıdır.

Yasada yer verilen bu ceza metnine göre, yaptırıma bağlanan yükümlülük konusu fiilin işlenmesi halinde uygulanacak ceza iki unsurdan oluşmaktadır; Bunlardan birincisi fiile maruz kalmış olan, *işyerindeki işçi sayısı* ve ikincisi de fiilin işlendiği ay sayısıdır. Zira Türkçede *"ve"* bağlacı cümleleri, anlam ve görev

bakımından benzer veya aynı olan kelimeleri, sözleri ve öğeleri birbirine bağlamakta kullanılmaktadır. Buna göre örneğin İş Kanununun 102'nci maddesinde yer alan;

*"işçinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakını... banka hesabına ödemeyen işveren, işveren vekili ve üçüncü kişiye **bu durumda olan her işçi ve her ay için yüzyirmibeş Türk Lirası idari para cezası verilir**" ifadesinde ceza öngören; bu durumda olan her işçi ve her ay için yüzyirmibeş Türk Lirası idari para cezası verilir cümlesi, "Bu durumda olan her işçi için 125 TL idari para cezası verilir." ve "Bu durumda olan her ay için 125 TL ceza verilir" cümlelerinin "ve" bağlacı ile birleştirilmiş halinden oluşmaktadır. Madde metninde anlatılmak istenen, bankadan ücret ödeme yükümlülüğüne uyulmaması halinde uygulanacak olan ve miktarı belirli olan cezanın tutarının, fiile maruz kalan işçi sayısı ve fiilin işlendiği ay sayısına göre belirleneceği hususudur. Ceza önermesindeki, "bu durumda olan her işçi" ifadesi ücret ödemesi bankadan yapılmayan kişi olarak işçi sayısını, "bu durumda olan her ay" ifadesi de ücret ödemesinin yapılmadığı her bir aylık dönem göstermektedir.*

Zira, ücret İş Kanunu gereğince belli dönemler halinde (haftalık, aylık) ödenmesi gereken bir yükümlülük olduğundan, genellikle aylık olarak yapılan ücret ödeme dönemine göre fiilin işlendiği süre de cezaya bağlanarak, fiil süresine göre işyerleri arasında oluşacak adaletsizlik önlenmiş, yine işyerlerindeki işçi sayıları birbirinden farklılık gösterdiğinden fiile uygulanacak ceza, fiile maruz kalan işçi sayısına bağlanarak işyerleri arasında ceza bakımından adaletsizlik oluşması önlenmiş olmaktadır.

Buna göre, ücretin ödenmesi yükümlülüğüne uyulmayan bir işyerinde, örneğin; 3 ay ard arda ücret ödeme yükümlülüğüne uyulmamış olunması halinde, fiilin işlendiği 3 ay boyunca işten çıkan ve yeni işe giren işçiler dikkate alınarak, işyerinde fiilin işlendiği sürede çalışmış ve fiile maruz kalmış olan kişi olarak işçi sayısı (ücreti bankadan ödenmeyen her işçi) bulunmalı, bu sayı kanunda öngörülen ceza miktarı ile çarpılmalı ve "her işçi" açısından uygulanacak ceza tutarı bulunmalıdır.

Fiil kesintisiz olarak işlenmiş ise, Kabahatler Yasasının 15'inci maddesi gereğince fiilin tek fiil sayılması gerektiğinden, bu fiile uygulanacak ceza *işçi sayısı* yönünden tek fiil olarak kabul edilecek ise de, fiilin işlendiği *ay sayısı* yönünden Kabahatler Kanununun 15'inci maddesi hükmü ile İş Kanununun her ay için ceza öngören hükmü arasında çelişki oluşmakta ve buna göre her ay için ayrıca ceza uygulanmaması sonucu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce kesintisiz olarak işlendiği sabit olan suçlarda Kabahatler Kanununun bağlayıcı hükmünden hareketle, bir aydan fazla süren fiillerde cezanın sadece bir ay için uygulanması uygun yorum olarak görülmektedir.

Fiil, tespit tarihi itibarıyla kesintili olarak işlenmiş ise, yani, 3 ay bankadan ödenmemiş 2 ay ödenmiş, sonra 2 ay daha ödenmemiş ise ya da işçilerden bazıları için yılın bir kaç ayında elden ödeme yapılmış ise kesintisiz fiil söz konusu olmayacağından, fiilin işlendiği sürelerde, her işçi yönünden fiile maruz kalan işçi sayısı ve fiilin işlendiği her ay için de kanunda miktarı belirli ceza uygulanacaktır.

İş Kanununda idari para cezaları ile ilgili olarak aynı şekilde yer alan, *"bu durumda olan her işçi ve her ay için ... Türk Lirası"* hükmünün uygulanmasında, Türkiye İş Kurumunca, fiilin Kabahatler Yasasına göre kesintisiz olarak işlenip işlenmediği araştırılıp değerlendirilmeksizin düzenlenen iş müfettişi raporlarına göre, fiilin işlendiği tüm aylarda işyerinde ücret ödemesi yapılmış toplam işçi sayısının (bordolarda kayıtlı tüm ücret ödemeleri sayısının) ceza miktarı ile çarpılması suretiyle cezai yaptırım uygulandığı, temyizi söz konusu olmayan bu cezalara itirazların Mahkemelerce kabul edilmediği görülmektedir. Bu şekildeki bir uygulama Kanunda; *"...bu durumda olan her işçiye her ay için ...TL idari para cezası uygulanır"* ya da *"...bu durumda olan her aylık ücret ödemesi için ... TL idari para cezası uygulanır"* şeklinde ceza metni yer almış olması halinde yapılabilecek ceza uygulamasına karşılık gelmekte ve Kanunda tanımlanandan farklı ve oldukça fazla tutarlarda ceza uygulaması yapılmaktadır.

Kaldı ki bu şekildeki uygulama, Yasa Koyucunun Kabahatler Kanununun 15'inci maddesinde yer verdiği düzenleme hükmünü de işlevsiz kılan bir anlamlandırma ve yoruma dayanmaktadır. Zira, bu uygulamaya göre, fiilin kesintisiz işlenmesi halinin kabulü mümkün olamamaktadır. Açıklanan nedenlerle Türkiye İş Kurumu'nun uygulaması cezaların iptalini gerektirir nitelik taşımakta ve uygulamaya itiraz üzerine verilen itirazın reddi kararları Ceza Hukukundaki yorum ilkelerine, Kabahatler Yasa-sındaki *Kanunilik* ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

5. İş Kanununda yer alan yükümlülüklerin uyulmaması nedeniyle uygulanacak idari cezalara ilişkin fiillerin tespitinin, Ceza Hukukunun genel ilkeleri ve Kabahatler Kanununun genel hükümlerine uygun olması, fiilin suç oluşturduğunun hiçbir tereddüde meydan verilmeyecek şekilde delillendirilmesi, bu kapsamda; yaptırıma bağlanan yükümlülükler ile ilgili olarak İş Kanununda ve diğer mevzuatta yer verilen kaydi ve şekli unsurların, bunlara ait kayıt ve belgelerin incelenmesi suretiyle fiilin ortaya konması, tüm bunların işverene tebliğ edilecek olan idari para cezası tutanağında gösterilmesi gerekir. Aksi halde, Ceza Hukukunun genel ilkelerine göre savunma hakkının kısıtlanması, Kabahatler Kanununun 4'üncü maddesindeki Kanunilik ilkesinin ve 25'inci maddesindeki idari yaptırım kararının tebliği düzenlemesinin ihlali sonucu ortaya çıkar. Bu bağlamda, uygulamada görüldüğü üzere, örneğin; işyerinde işveren vekili ile tutulan beyana ve çalışanlardan bir kısmının beyanlarına dayalı olarak, ücret ödeme bordroları ve banka hesap ekstreleri tümüyle incelenmeksizin işyerinde ücretin bankadan ödenme yükümlülüğüne uyulmadığı sonucuna varılması ve tüm işçiler üzerinden cezai yaptırım kararı verilmesi, cezanın iptalini gerektiren bir uygulama olmaktadır.
6. İdari para cezalarının caydırıcı unsurunun işverenlere hissettirilmesi bakımından çalışma hayatının denetiminin daha kısa aralıklarla yapılması önem taşımaktadır. Almanya'da 2013 yı-

linda sosyal güvenlik primi ödeyen 29 milyon işçi¹² ve 2750 iş müfettişi¹³ sayısına göre 10000 işçiye bir iş müfettişi düşerken, 2013 yılında Türkiye'de SGK 4/a kapsamında bulunan 12,5 milyon¹⁴ işçi sayısı ve 776 iş müfettişi (yetkili) sayısına¹⁵ göre, iş müfettişi başına 16.000 işçi düşmektedir. Türkiye'de 2013 yılında kayıt dışı istihdam oranı 10. Kalkınma Planında % 37,5 olarak yer almakta olup¹⁶, buna göre iş müfettişi başına düşen işçi sayısı 20.000 kişiyi geçmektedir. Bu nedenle, iş hayatının denetiminde görevli eleman sayısı arttırılmalı, çağın gerekleri ve yeni teknoloji denetimde etkin şekilde uygulanarak idari para cezalarının caydırıcılığı ceza uygulaması yerine, denetimlerle işverenlere hissettirilmelidir.

IV- SONUÇ

İdari para cezalarının hangi hukuk alanında yer alması gerektiği konusundaki tereddütler, 5326 sayılı Kabahatler Yasası düzenlemesi ile kısmen giderilmiş olsa da, idari para cezası öngörülen yasalarda farklı itiraz mahkemelerinin öngörülmesi, bazı idari para cezaları için İdare Mahkemeleri görevli iken, İş Yasasındaki idari para cezaları için 5326 sayılı Yasa hükmüne göre itiraz yerinin Sulh Ceza Mahkemesi olması, oysa cezaya konu fiilin tespitinin kamu hukuku içinde ayrı bir hukuk alanı olan İş Hukuku kapsamında bulunması nedeniyle, Sulh Ceza Mahkemeleri kararlarının çoğunlukla bilirkişi raporlarına bağlı kalması gibi sakıncalar hala devam etmektedir.

-
- 12 <https://ec.europa.eu/eures/main.jsp?ctId=2641&countryId=DE&acro=lmi&lang=en®ionId=DE0&nuts2Code=%20&nuts3Code=®ionName=National%20Level>
 - 13 http://www.epso.org/IMG/pdf/EPSU_Final_report_on_Labour_Inspection_Services.pdf
 - 14 http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/c5663479-92d3-490e-bc68-042e7bbdcacb/2013_10_temel_gostergeler.pdf?MOD=AJPERES&CSRT=4829892272874041299
 - 15 <https://www.csgb.gov.tr/csgbPortal//ShowProperty//WLP%20Repository/itkb/dosyalar/sayilarlaismuffetisligi//mart2013/tablo>
 - 16 www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/07/20130706M1-1-1.doc

Sakıncaların en önemlisi ise, 5326 sayılı Yasa hükmüne göre, Sulh Ceza Mahkemesinin idari para cezaları üzerine verdikleri kararlara karşı sadece itiraz yolu bulunması, temyiz olanağı olmaması nedeniyle genellikle verildiği hali ile kesinleşmeleri, zira itirazların da bir üst Ceza Mahkemesince karara bağlanması ve çoğunlukla bilirkişi raporuna bağlılık nedeniyle cezayı veren mahkeme kararına uyulması işverenler açısından hak kayıplarına ve kişiler arasında eşitsiz uygulamaların doğmasına neden olmaktadır.

Kanımızca, dönemler itibariyle aynı nitelikteki idari para cezalarına itiraz üzerine değişik Sulh Ceza Mahkemelerince verilmiş kararların, Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulacak bir kurul aracılığı ile inceltirilmesi ve kararlarda uygulama birliği sağlanması, bu bağlamda açık olarak hak kaybına uğramış kişilerin haklarının iade edilmesi adalet duygusuna güven bakımından acil olarak yapılması gereken bir uygulama olacak, yine Kabahatler Yasasının uygulama sorumlusu durumundaki Adalet Bakanlığı ile, Kabahatler Yasasını idari para cezaları açısından uygulamakla yükümlü Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı arasında eşgüdüm sağlanması da, uygulamadaki eşitsizlikleri ve gereksiz itirazları en aza indirecek bir yöntem olabilecektir.

AIHM KARARI

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

CUSAN VE FAZZO DAVASI- İTALYA'YA KARŞI

(Dilekçe no.77/07)

KARAR

Çeviren: Av. Mine ÜNLÜ

STRAZBURG

7 Ocak 2014

İşbu karar Sözleşmenin 44. maddesinin 2. paragrafınca tanımlanan şartlar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekle bağlı değişikliklere maruz kalabilir.

CUSAN VE FAZZO İTALYA'YA KARŞI KARARI

Cusan ve Fazzo İtalya'ya Karşı Davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ikinci daire), heyette yer alan;

İşıl Karakaş, *başkan*,
Guido Raimondi,
Peer Lorenzen,
Dragoljub Popovic,
Andras Sajo,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Hellen Keller, *üyeler*,
Stanley Naismith, *daire zabıt katibi*,

26 Kasım 2013 tarihinde Konsey heyetinde yapılan müzakereler sonucunda bu tarihte kabul edilen kararı vermişlerdir.

USUL

1. Davanın temelinde, İtalya Cumhuriyeti'ne karşı yöneltilen (no.77/07) Alessandra Cusan ve Luigi Fazzo isimli İtalyan Devleti uyruklu iki kişinin ("başvuranlar"), İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca 13 Aralık 2006 tarihinde, Mahkeme'ye yaptıkları başvuru yer almaktadır.
2. İtalyan Hükümeti ("Hükümet"), temsilcisi E. Spatafora tarafından temsil edilmiştir.
3. Başvuranlar, kızlarına anne soyadının verilmesine ilişkin taleplerinin, İtalyan yetkili mercileri tarafından reddedilmesinden yakınmaktadır.
4. 7 Şubat 2013 tarihinde, başvuru, Hükümete iletilmiştir. Sözleşme'nin 29. maddesinin 1. paragrafında belirtildiği üzere; heyet, başvurunun kabul edilebilirliği ve esası hakkında karar verecektir.

OLAY

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuranlar, 1964 ve 1958 yılında doğmuşlardır. Milano'da ikamet etmektedirler.
6. Başvuranlar evli bir çifttir. 26 Nisan 1999'da ilk çocukları Maddalena (kız) dünyaya gelmiştir.
7. Başvuran, nüfus memurundan kızının, nüfus kütüğüne soyadı olarak annesinin soyadı (Cusan) ile kaydının yapılmasını talep etmiştir. Bu talep reddedilmiş ve Maddalena, babasının soyadı (Fazzo) ile kaydedilmiştir.

8. Haziran 2000'de başvurular, Milano Mahkemesi huzurunda bu karara itiraz etmişlerdir. Maddalena'yı annesinin soyadı ile kayıt ettirme konusunda hem fikir olduklarını ve İtalyan Hukuku'nun hiçbir hükmünün buna karşı olmadığını savunmuşlardır.
9. Kanun metninin 8 Haziran 2001 tarihinde mahkeme kalemine tevdi edildiği, 6 Haziran 2001 tarihli bir karar ile Milano Mahkemesi başvuruların bu itirazını reddetmiştir.
10. Mahkeme; gerekçesinde, her ne kadar yasal hiçbir düzenleme, evli bir çiftten doğan çocuğun babanın soyadı ile kaydettirilmesini zorunlu kılmasa dahi; bu kuralın, toplum zihniyetinde ve İtalyan tarihinde oldukça köklü bir ilkeye karşılık geldiğini belirtmiştir. Bunun yanı sıra Mahkeme, açık yasal bir düzenlemenin var olup olmadığı sorusunun da gereksiz olduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur. Mahkeme, her ne kadar sonradan, Medeni Kanunun (M.K.) 143. *tekrar* maddesi kocanın soyadının sadece kadınınkine eklenebileceğini öngörmüş olsa dahi; M.K.'nın eski 144. maddesine göre; her evli kadının kocasının soyadını aldığı ve çocukların yalnızca bu soyad ile kaydedilebildiğini, bu soyadın, eşler için ortak olduğunu tespit etmiştir.
11. Başvurular istinaf mahkemesine başvurmuşlardır.
12. Kanun metninin 4 Haziran 2002 tarihinde mahkeme kalemine tevdi edildiği, 24 Mayıs 2002 tarihli bir karar ile Milano İstinaf Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.
13. İstinaf Mahkemesi; gerekçesinde, Anayasa Mahkemesi'nin pek çok defa (28 Ocak 1988 tarihli, 176 sayılı ve 11 Mayıs 1988 tarihli, 586 sayılı Yönetmelikler) anne açısından; "meşru çocuklara" soyadının devredilmesi olasılığının öngörülmemesinin, Anayasa'nın ne 29. maddesini (evliliğin, eşlerin hukuksal ve ahlaksal eşitliği üzerine kurulması) ne de 3. maddesini (vatandaşların kanun karşısında eşitliği) ihlal ettiğini belirttiğini tespit etmiştir. İstinaf Mahkemesi; Anayasa Mahkemesi'nin, soyadının verilmesi konusunda farklı bir sistem uygulanmasında, karar

verme yetkisinin yasama organına ait olduğunu ve en az 6 proje ya da kanun teklifinin Parlamentoda beklediğini bildirdiğini ifade etmiştir. Bu da, İstinaf Mahkemesi nazarında, soyadının verilmesine ilişkin yazılı olmayan kuralın hala yürürlükte olduğunu göstermektedir. Nitekim içtihatlar bu kuralın varlığında şüpheyi yer bırakmamaktadır.

14. İstinaf Mahkemesine göre, bu kuralın uygulanmaması, annenin soyadının verildiği çocukların "gayri meşru çocuk" olarak görülmesine yol açabilecek sonuçlar doğuracaktır.

15. Başvuranlar, kararı temyiz etmişlerdir.

16. Kanun metninin, 17 Temmuz 2004 tarihinde mahkeme kalemine tevdi edildiği, 26 Şubat 2004 tarihli bir düzenleme ile Yargıtay, "meşru çocuklara" babanın soyadını veren kuralın, Anayasaya uygunluğu sorusunun yerinde ve haksız olmadığını tespit etmiş; böylece, usulü durdurarak dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine hükmetmiştir.

Yargıtay; düzenlemenin gerekçesinde; bu kuralın örf ve adet hukukuna ait olmadığını, Medeni Kanunun bazı maddelerinin yorumlanmasından kaynaklandığını belirtmiştir.

17. 16 Şubat 2006 tarihli bir karar (no.6) ile Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk sorusunu kabul edilemez olarak nitelendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, gerekçesinde; yürürlükteki sistemin ataerkil bir aile anlayışı ile kocanın yetkilerinden kaynaklandığını, kökeninin Roma Hukukuna dayandığını ve kadın erkek arasındaki anayasal eşitlik ilkesi ile artık bağdaşmadığını göz önünde bulundurmıştır. Anayasa Mahkemesi ayrıca, kadına yönelik her türlü ayrımcılığı dışarıda tutan, 14 Mart 1985 tarihli 132 sayılı Kanun tarafından onaylanan, Sözleşmenin 16. maddesi 1g paragrafının, sözleşmeye taraf devletleri, evlilik ya da aile ilişkilerine yönelik her türlü hususta; kadına yönelik ayrımcılığa karşı gerekli önlemleri almaları, soyadı seçimi dahil, kadın ve

kocaya aynı hakları sağlamaları konularında yükümlü kıldığını belirtmiştir.

18. Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda, Avrupa Konseyi'nin 1995 yılı 1271 sayılı ve 1998 yılı 1362 sayılı Tavsiye Kararları ile AİHM içtihatlarına (bkz. *Burghartz İsviçre'ye Karşı*, 22 Şubat 1994, seri A no.280-B; *Stjerna Finlandiya'ya Karşı*, 25 Kasım 1994, seri A no. 299-B; ve *Ünal Tekeli Türkiye'ye Karşı*, no. 29865/96, AİHM 2004-X) atıfta bulunmuştur.
19. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay tarafından talep edilen müdahaleyi gerçekleştirmedi kendisini yetkili görmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, gerçekte, bir takım seçeneğin mevcut olduğunu tespit etmiştir.

Şöyle ki; 1) Soyadı seçiminin, tamamıyla eşlerin tercihine tabi tutulup tutulmaması 2) Eşlere, kurala karşı gelmeleri konusunda izin verilip verilmemesi 3) Eşlerin seçiminin bir defaya mahsus olup tüm çocukları için geçerli olması ya da her çocuk için bireysel bir seçim yapılması. Anayasa Mahkemesi, 14. yasama döneminde sunulan kanun tasarılarının (no.1739-S, 1454-S ve 3133-S) değerlendirilebilecek çözüm çeşitliliği getirdiğini gözlemlemiş ve bu çözümler arasında tercihin ancak yasa koyucu tarafından yapılabileceği değerlendirmesinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi; aynı zamanda, uygun iç hükümlere ilişkin anayasaya aykırılık beyanının, hukuksal boşluk yaratabileceğini hatırlatmıştır.

20. Kanun Metninin 16 Temmuz 2006 tarihinde mahkeme kalemine tevdi edildiği, 29 Mayıs 2006 tarihli bir karar ile Yargıtay, Anayasa Mahkemesi kararının yasal olduğunu kabul ederek başvuruların temyizini reddetmiştir.

Yargıtay, gerekçesinde; başvurularca itiraz edilen kuralın, ailenin ataerkil bir anlayışının göstergesi olduğunun, etkin uluslar arası metinlerle zorlukla uyduğunun altını çizmiş; fakat, bu

konuda Anayasaya uygun hukuki bir rejimin getirilmesinin yasa koyucuya ait olduğu değerlendirilmesini yapmıştır.

21. Başvuranlar, 31 Mart 2011 tarihinde, İçişleri Bakanından "meşru çocuklarının" soyadını "Cusan" soyadı eklentisi ile tamamlamak için izin talebinde bulunmuşlardır. Başvuranlar, bu şekilde çocuklarına, 2011 yılında vefat eden ve başvuranların söylemlerine göre bir insan sever olan anneannelerinin manevi mirası ile özdeşleşme imkanı sağlamak istediklerini açıklamışlar; başvuran kadının erkek kardeşinin altsoyunun olmaması sebebiyle, "Cusan" soyadının devam ettirilebilmesinin tek yolunun, Alessandra Cusan'ın çocuklarına geçmesi olduğunu belirtmişlerdir.
22. 14 Aralık 2012 tarihli bir kararname ile Milano Valisi; başvuranlara, çocuklarının soyadlarını "Fazzo Cusan" olarak değiştirmeleri için izin vermiştir.
23. Başvuranlar; bu izne rağmen, Mahkeme nezdinde taleplerini sürdürmek istediklerini belirtmektedirler. Başvuranlar; bu bağlamda, Valinin kararnamesinin adli değil, idari bir prosedür sonucu çıktığına ve kendilerine, Milano Mahkemesi'nden talep ettikleri şekilde, çocuklarına yalnızca annelerinin soyadını vermeleri konusunda izin verilmediğine dikkat çekmektedirler.

II. UYGUN İÇ HUKUK

24. Anayasa'nın 29. maddesi şu şekildedir:

"Cumhuriyet; aile haklarını, evlilik üzerine kurulu doğal toplum olarak tanımaktadır.

Evlilik, aile birliğinin korunabilmesi için; kanun tarafından belirlenen sınırlarda, eşlerin hukuksal ve ahlaksal eşitliği üzerine kurulmuştur."

25. Maddalena'nın doğduğu dönemde yürürlükte olan 9 Temmuz 1939 tarih ve 1238 sayılı Krallık Kararnamesi'nin 153 ila 164 maddeleri; her türlü soyadı değişikliği talebinin Cumhurbaşkanına yöneltilmesi, talebi haklı kılan nedenlerin belirtilmesi ve

resmi gazetede yayınlanması gerektiğini öngörmüştür. Cumhurbaşkanı takdir yetkisine sahiptir.

26. Maddalena'nın doğumundan sonra, 3 Kasım 2000 tarih ve 396 sayılı Başkanlık Kararnamesi yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kararnamenin "soyadı değişikliği" başlıklı 84. maddesi şu şekildedir:

"Her kim, soyadını değiştirmek ya da soyadına başka bir soyadı eklemek ister ise, bu konuda talebini, haklı kılan nedenleri belirterek İçişleri Bakanlığı'na yapmak zorundadır."

HUKUK

I. SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİNİN İHAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA, MADDENİN TEK BAŞINA YA DA 14. MADDE İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

27. Başvuranlar, kızlarına annesinin soyadının verilmesine ilişkin taleplerini, İtalyan yetkili makamlarının reddetmesi ve İtalyan mevzuatının, olayların yaşandığı dönemde yorumlandığı haliyle, "meşru çocuklara" babanın soyadının otomatik ve istisnasız olarak verilmesini zorunlu kılmasından yakınmaktadırlar. Kanunun; çocukların soyadına yönelik, ebeveynlere seçim hakkı tanımış olması gerektiğini gözeterek, Sözleşmenin 8.maddesini tek başına ya da 14. madde ile birlikte değerlendirerek ileri sürmektedirler.

Söz konusu hükümler şu şekilde kaleme alınmıştır:

Madde 8

"1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik

bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörölmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."

Madde 14

"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır."

28. Hükümet bu iddiaya karşı çıkmaktadır.

A. Kabul edilebilirlik hakkında

1. Hükümetin başvuruların "mağdur" sıfatı kaybına yönelik iddiası

29. Hükümet öncelikle; başvurulara, reşit olmayan tüm çocuklarına, annenin soyadını (Cusan), babanın soyadına (Fazzo-yukarıda 22. paragraf) ekleme konusunda Milano Valisi tarafından izin verilmiş olması sebebiyle, başvurunun "kabul edilemez ve (...) dayanaktan yoksun" olduğunu vurgulamaktadır.

30. Başvuranlar, "mağdur" sıfatlarını kaybettiklerini düşünmemektedirler. Başvuranlara göre, annenin soyadını babanın soyadına ekleme izni, yeterli bir önlem olmamıştır; dolaylı da olsa Sözleşmenin ihlal edildiği kabul edilmemiş ve bu izin, Maddalena'ya "Cusan" soyadını doğumundan itibaren vermek için yeterli olmamıştır. Başvuranlar ayrıca, Vali kararından önceki döneme ait, kendilerine hiçbir zarar tazmini yapılmadığını belirtmektedirler.

31. Mahkeme, başvuran lehine olan bir tedbir ya da kararın, kendisinden "mağdur" sıfatını kaldırmaya yetmesinin, ancak ulusal makamların Sözleşme ihlalini açıkça ya da özetle kabul edip sonrasında da bu ihlali tazmin ettiği durumlarda mümkün olduğunu hatırlatmaktadır. (bkz. *Eckle Almanya'ya Karşı*, 15 Temmuz 1982, § 69 seri A no.51; *Amuur Fransa'ya Karşı*, 25 Haziran 1996, § 36, Karar derlemesi 1996-III; *Dalban Romanya'ya Karşı*

(GC), no. 28114/95, §44, AİHS 1999-VI; *Jensen Danimarka'ya Karşı*, no. 48470/99 AİHS 2001-X; ve *Torreggiani ve diğeri İtalya'ya Karşı* no. 57875/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 ve 37818/10, § 38, 8 Ocak 2013)

32. Olayda, başvuranlar, kızlarına, doğumundan itibaren, annesinin soyadını verememiş olmaktan yakınmaktadırlar. İtalyan makamları, Maddalena'yı nüfus kütüğüne, başvuran kadının soyadı ile kaydetmeyi kabul etmemiş ve neredeyse 13 yıl sonra, 2000 yılının 396 sayılı başkanlık kararnamesinin 84. maddesine dayanarak (yukarıda 22 ve 26 numaralı paragraflar), soyadı değişikliğine izin vermekle yetinmişlerdir. Bu değişiklik, başvuranların dilediği gibi yalnız anne soyadının verilmesi şeklinde değil (yukarıda 23. paragraf) annenin soyadının babaninkine basit biçimde eklenmesiyle oluşmuştur.
33. Bu koşullarda, Hükümetin, başvuranların "mağdur" sıfatlarının kaybına yönelik iddiası kabul edilemez.

2. Hükümetin, mühim zarar bulunmadığına ilişkin iddiası

34. Hükümet, aynı zamanda, gözlemlerinin son paragrafında, "başvuranların Sözleşme'nin 35. maddesinin 3 paragrafının b. bendi uyarınca hiçbir mühim zarara maruz kalmadıklarını" ileri sürmektedir.
35. Başvuranlar, bu iddianın desteklenmediğini düşünmektedirler. Herhangi bir maddi kayba maruz kalmamış olsalar dahi, başvuranlar; her halükarda temel haklarından birine yani Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca "özel hayat" kavramından kaynaklanan soyadı hakkına tecavüz edildiğini ve cinsiyete dayalı bir ayrımcılığa maruz kaldıklarını savunmaktadırlar. Bununla beraber; başvuranlara göre talepleri, Mahkeme tarafından henüz çözümlenmemiş ve kendilerinininkine benzer durumda bulunan her kişiyi ilgilendirebilecek genel sorunlar ortaya koymaktadır.
36. Mahkeme, içtihatlarına göre, Sözleşme'nin 35. maddesinin 2. paragrafının b. bendinde öngörülen kabul edilebilirlik kriteri-

nin en önemli unsurunu, başvuranın herhangi bir "mühim zarara" maruz kalıp kalmamış olduğu hususunu hatırlatmaktadır (*Adrian Mihai Ionescu Romanya'ya Karşı*, no. 36659/04 §32, 1 Haziran 2010). *Minimis non curat praetor* ilkesinden doğan "mühim zarar" kavramı, hak ihlalinin, uluslar arası bir mahkeme tarafından incelenmesini haklı kılacak asgari ciddilik eşiğine ulaşması gerektiği düşüncesine atıfta bulunmaktadır. Bu eşiğin değerlendirilmesi, özü itibarıyla, göreceli olup olayın şartlarına bağlıdır (*Korolev Rusya'ya Karşı*, no.25551/05, AIHS 2010). Bu değerlendirme, başvuranın subjektif algılamasını olduğu kadar, davanın objektif seyrini de göz önünde bulundurmalıdır. Söz konusu değerlendirme; böylelikle, uyumsuzluk sorununun maddi etkisi ya da başvuran için dosyanın kapsamı gibi kriterlere atıf yapmaktadır (*Adrian Mihai Ionescu*, yukarıda adı geçen karar §34).

37. Mahkeme, davanın finansal yanının bulunmadığını gözlemlemektedir. Bununla birlikte, sorunun subjektif önemi, başvurular açısından açık ve nettir (karşıt anlamda, bkz. *Shefer Rusya'ya Karşı*, no.45175/04, 13 Mart 2012). Başvurular, gerçekten de, Maddalena'ya annesinin soyadının verilmesini reddeden karara itirazda bulunmuş ve yargılamanın sonuna kadar gitmişlerdir (bkz. *Eon Fransa'ya Karşı*, no. 26118/10, §34, 14 Mart 2013).
38. Bu bilgiler göz önüne alındığında Mahkeme, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. paragrafının b. bendinin ilk şartının (başvurular açısından mühim zarardan yoksunluk), yerine getirilmediği kanaatindedir. Buna rağmen, Hükümetin iddiasını reddetmek gerekmektedir.
39. Mahkeme, dosyanın incelenmesinin sürdürülmesinin, insan haklarına saygı adına da zorunluluk arz ettiğini belirtmektedir (bkz. *Nicoleta Gheorghe Romanya'ya Karşı*, no. 23470/05, § 24, 3 Nisan 2012 ve yukarıda adı geçen Eon, §35). Bu bakımdan, Mahkeme, başvurular tarafından kendisine getirilen talebin; evli bir çift açısından, doğumda çocuklarına anne soyadı verilmesinin olanaksızlığı sorununu ortaya çıkardığını tespit

etmektedir. Söz konusu dava, İtalya açısından, türü itibarıyla, Mahkemenin incelemesine sunulan ilk dava olup Mahkemenin vereceği karar bu ilkesel sorun hakkında, ulusal mahkemeleri yönlendirecektir. Öte yandan, bu sorun, pek çok kanun tasarısına konu olmuş (yukarıda 13 ve 19. paragraflar) ve Hükümet'in de altını çizdiği üzere (devamında 50. paragraf), Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun müdahalesinin gerekli olduğu sonucuna varmıştır.

3. Diğer kabul edilmezlik nedenleri

40. Mahkeme; bu itirazın, Sözleşme'nin 35.maddesinin 3.paragrafının a.bendi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığını gözlemlemektedir. Mahkeme, öte yandan, itirazın başka hiçbir kabul edilmezlik nedenine takılmadığını tespit etmiştir. O halde, itirazı kabul edilebilir olarak değerlendirmek gerekmektedir.

B. İçerik hakkında

1. Taraf beyanları

a) Başvuranlar

41. Başvuranlar; modern toplumlarda aile birliğinin, babanın soyadının aktarılmasına bağlı tutulamayacağı ve çocuğun çıkarlarının korunmasının söz konusu ayrımcılığı daha haklı gösteremeyeceği düşüncesindedirler. Başvuranlar, benzer durumlarda bulunan kişilere, yani kadın ve kocaya, ayrı muamele yapıldığının, çünkü babanın soyadının "meşru çocuklara" dayatıldığının altını çizmektedirler. Onların gözünde, bu ayrımcılık açık ve net bir şekilde cinsiyet üzerine kurulmuştur.

42. Başvuranlar, genel kurallar çerçevesinde, bilhassa, aile birliğinin korunması ve kişilerin soylarına göre kimliklerinin saptanması olasılığında; soyadının belirlenmesi konusundaki hükümlerin, kamu menfaatine ilişkin olduğunu tartışmamaktadırlar. Buna rağmen, olayda, baba soyadının otomatik ve zorunlu olarak verilmesinin, bu amaçlara hizmet etmediğini belirtmektedirler.

43. Aile birliğine ilişkin olarak; başvurulara göre, anne soyadının verilmesi, baba soyadının verilmesi ile aynı etkiye sahip olacaktır; çünkü Maddalena'nın kimliği, ebeveynlerinden yalnızca birinin soyadı ile belirlenebilecekti. Ayrıca, başvuran kadın, kızlık soyadını sürekli olarak kullanmıştır. Öte yandan, Maddalena, ailenin en büyük çocuğu olup başvurular, aynı zamanda "Cusan" soyadının 2001 ve 2003 yıllarında doğan diğer iki çocuklarına da verilmesini talep etmişlerdir. Bu bilgiler doğrultusunda başvurular, itiraza konu önlemin tek amacının, Yargıtay'ın da kabul edebilecek olduğu üzere; babanın, tercih edilen bir konuma sahip olduğu aile anlayışına dayanan bir geleneği korumak olduğunu belirtmektedirler.
44. Her halükarda; haklı bir amaç güdülseydi dahi, bu amaç ve kullanılan araçlar arasında orantısızlık olurdu; çünkü aile birliği, evli bir çiftin tüm çocuklarına aynı soyadını vermesi mecburiyeti gibi daha az zorlayıcı önlemlerle sağlanabilirdi.
45. Annenin soyadının verilmesinin Maddalena'ya zarar verebileceği hususundaki Hükümet'in beyanına gelince (devamında 51.paragraf), başvurular, bu koşulun başvuranı ne şekilde ebeveyn haklarından mahrum bırakacak olmasını anlamamaktadırlar. Bu durum varsayılsa dahi, benzer sonuç, başvurulara göre, açıkça Sözleşme'ye aykırı olacaktır.
46. Başvurular aynı zamanda, Mahkeme'nin, Sözleşme'nin 14.maddesinin ihlal edildiğine karar vermesi halinde; talebin, yalnızca 8.madde açısından da incelenebileceğinin uygun olacağıın altını çizmektedirler çünkü bu madde uyarınca özel hayat ile aile hayatına saygı konusunda, her türlü müdahale kanun tarafından öngörülmelidir. Oysa başvurulara göre iç mahkemeler, baba soyadının verilmesinin yazılı hiçbir kurala dayanmadığını kabul etmişlerdir. İstinaf Mahkemesi'ne göre, örf ve adetler söz konusudur. Yargıtay, bu görüşü reddetmiş ve kuralın, İtalyan hukuk sisteminin birçok hükmünün genel olarak değerlendirilmesinden çıktığını belirtmiştir. Başvurular, bu son görüşü paylaşmamakta ve yazılı, açık bir kuralın yokluğunda,

kuralın örf ve adete değin olduğunu ve ulusal hakimlerin, anayasal ilkelerden cinsiyet eşitliği ve eşler arası eşitlik ilkelerine aykırı olması sebebiyle kuralı uygulamayı reddetmiş olmaları gerektiğini savunmaktadırlar. Öte yandan, her ne kadar Yargıtay tarafından gerçekleştirilen oluşuma, dolaylı olarak katılmış ve resmi bir şekilde iptaline kalkışmamış olsa dahi, Anayasa Mahkemesi, söz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunu açık bir şekilde beyan etmiş; bu da başvuranlar açısından, kişinin temel haklarına müdahaleyi haklı kılan yasal dayanak olarak geçerliliğini şüpheli kılmıştır.

47. Başvuranlar, itiraz edilen müdahalenin, Sözleşme'nin 8.madde-si anlamında, kanun tarafından öngörülmemiş olduğu sonucuna varmışlardır: iç mahkemelerce izlenen farklı yaklaşımların da gösterdiği üzere yazılı, açık ve öngörülebilir bir hüküm bulunmamaktadır.
48. Sonuç olarak, yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü, bu müdahale haklı bir amaca hizmet etmeyecek ve demokratik bir toplumda gerekli olmayacaktır.

b) Hükümet

49. Hükümet, başvuranların, reşit olmayan kızlarına yalnızca anne soyadının verilmesi talebinin reddedilmesini, müdahalede bulunan mülki idarelerin, 3 Kasım 2000 tarihli, 396 sayılı Başkanlık Kararnamesinden haberdar olmaması ile açıklamaktadır; bu kararname 84.maddesinde, her bireyin haklı gerekçelerle isim ya da soyadı değişikliği elde etme imkanına sahip olduğunu (yukarıda 26.paragraf) öngörmektedir. Öte yandan, Hükümet'e göre başvuranlar, hukuk mahkemelerine başvurmak yerine, böyle bir talebi doğrudan valiye yöneltebilirlerdi.
50. Hükümet; Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin, başvuranların iddialarını dikkatle incelemiş olduğunu belirtmekte ve Anayasa Mahkemesi'nin, yasa koyucunun müdahalesinin gerekli olduğu sonucuna ulaştığını gözlemlemektedir. Hükümet; zaten, so-

yadını değiştirme ya da tamamlama imkanının daha önceden, 2000 yılının 396 sayılı Başkanlık Kararnamesi ile getirilmiş olduğunu vurgulamaktadır. Hükümetin açıklamalarına göre; bu yasal değişiklik, çift uyruklu kişiler söz konusu olduğunda, iç adli kararların ortak pazar hukukunun genel ilkelerine atıfta bulunması sonucu gerçekteşmiştir; Danıştay da, annenin babasına karşı duyulan minnetten ötürü, anne soyadının baba soyadı yerine kullanılmasına izin vermiştir. Hükümete göre; İtalya, bunu yaparak günümüz toplumunun gelişmesini ve çok hassas olan bu alanda (aile) insan haklarının korunmasını dikkate almıştır. Hükümet, Vali nezdinde etkili biçimde itirazda bulunma imkanına sahip olan başvuranların; özel hayatı ile aile hayatlarına müdahale edilmediği sonucuna varmıştır.

51. Her halükarda soyadı değişikliği işlemleri, Hükümete göre; bir yandan kişilerin medeni hallerinin belirlenmesindeki kamu menfaati, diğer yandan Medeni Kanun tarafından temel hak olarak korunan şahsi kimlik hakkı arasında adil bir denge sağlanmasını gerektirmektedir. Hükümete göre bu denge, 2000 yılının 396 sayılı Başkanlık Kararnamesi hükümleri ile sağlanabilecektir. Hükümet, anne soyadının babaninkinin yerine kullanılmış olması halinde, başvuranlar arasında, Sözleşme'nin 14.maddesine aykırı bir ayrımcılık olmuş olacağını belirtmektedir. Bunun bir sonucu da Maddalena'nın babası tarafından tanınmamış ve sorumluluğunun yalnızca başvuran kadın tarafından üstlenilmiş olması olurdu. Hükümet, bu bakımdan, çocukların; emin ve teyit edilebilir şahsi kimlik ve hukuksal konumları olması gerekliliği konusunda ısrar etmektedir.
52. Hükümete göre ayrımcılık yasağı ilkesi, ilgili tüm kişiler açısından hak ve özgürlüklerin garanti edilebilmesi için; hem yatay hem de dikey bir şekilde, yani; eşler arasında ve çocuklara karşı uygulanmalıdır; başvuranların hatası, soyadı değiştirme taleplerine ilişkin akla uygun ve objektif ispatlar sunamamış olmalıdır. Bunun kabulü, eşler arası cinsiyete dayalı ayrımcılığa yol açmış olacak, öyle ki 14.madde ihlal edilmiş olacaktır.

2. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

53. Mahkeme, başvuranların itirazının, öncelikle Sözleşme'nin 14. maddesinin 8. maddesi ile birlikte değerlendirilerek incelenmesi gerektiği kanaatinde dir.

a) Sözleşme'nin 14. maddesinin, 8. maddesi ile birlikte uygulanabilirliği konusunda

54. Mahkeme'nin sürekli olarak beyan etmiş olduğu üzere, Sözleşme'nin 14.maddesi, Sözleşme ve Protokollerinin diğer kuralcı şartlarını tamamlamaktadır. Bu maddenin bağımsız bir varlığı bulunmamaktadır; çünkü madde, yalnızca; diğer şartların garanti ettiği "hak ve özgürlüklerin kullanılması" için geçerlidir. Şüphesiz, bu madde, gereklilikleri yerine getirmeme durumunda da devreye girebilir; bu ölçüde, otonom bir içeriğe sahiptir; fakat davaya konu olayların, söz konusu şartların en az birinin etki alanına girmemesi halinde bu maddenin uygulanması söz konusu olmayacaktır (diğer pek çoğu arasından bkz. *Van Raalte Hollanda'ya Karşı*, 21 Şubat 1997, § 33, 1997-I Derlemesi; *Petrovic Avusturya'ya Karşı*, 27 Mart 1998, § 22, 1998-II Derlemesi; ve *Zarb Adami Malta'ya Karşı*, no.17209/02, § 42, AİHS 2006- VIII).

55. Mahkeme, Sözleşme'nin 8.maddesinin, soyadı konusunda açık hüküm içermediğini; fakat şahsi kimliğin tespitinde (*Johansson Finlandiya'ya Karşı*, no.10163/02, § 37, 6 Eylül 2007, ve *Daroczy Macaristan'a Karşı*, no.44378/05, § 26, 1 Temmuz 2008) ve bir aileye bağlanmasında belirleyici araç olarak, bir kişinin soyadının bu kişinin özel hayatı ve aile hayatını kapsadığını hatırlatmaktadır. Devlet ve toplumun, kullanımının düzenlenmesi konusunda menfaati olması, kişilerin soyadı sorusunu, özel hayat ve aile hayatı alanının dışında tutmaya yetmemektedir. Zira bu soru, bir ölçüde, kişinin benzerleri ile bağ kurma hakkını içerir şekilde tasarlanmıştır (yukarıda adı geçen *Burghartz*, § 24; yukarıda adı geçen *Stjerna*, § 37; yukarıda adı geçen *Ünal Tekeli*, § 42, AİHS 2004-X; *Losonci Rose İsviçre'ye Karşı*, no.664/06, § 26, 9 Kasım 2010; *Garnaga Ukrayna'ya Karşı*, no.20390/07, § 36, 16 Mayıs 2013)

56. Olayda, başvurular; Maddalena'nın ebeveynleri olarak, yeni doğan bebeklerinin soyadının belirlenmesi sürecine dahil olma gibi tamamen kişisel bir hakka bağlanan belirgin bir menfaate sahiptirler. İç mahkemeler, Maddalena'ya anne soyadının verilmesinin reddi konusundaki anlaşmazlığa yönelik usulde, sürekli olarak; başvuruların, dava konusunda haklı menfaatlerinin olduğunu kabul etmişlerdir. Aynı zamanda hatırlatmak gerekir ki Mahkeme; çocuğun isminin ebeveynleri tarafından seçilmesinin ebeveynlerin özel alanına girdiğini ifade etmiştir (bkz, özellikle, *Guillot Fransa'ya Karşı* 24 Ekim 1996, § 22, 1996-V Derlemesi, yukarıda adı geçen *Johansson*, § 28). Aynı husus, soyadı için de geçerlidir.

57. O halde başvuru konusu, Sözleşme'nin 8.maddesinin uygulama alanına girmektedir. 14.madde bu durumda uygulanabilmektedir.

b) Sözleşme'nin 14. maddesinin 8. madde ile birlikte uygulanması hakkında

• Genel ilkeler

58. Mahkeme, içtihatlarında ayrımcılığın, objektif ve akla uygun ispat bulunmadan benzer durumlardaki kişilere farklı şekilde muamele edilmesinden kaynaklandığını belirlemiştir (*Willis Birleşik Krallığa Karşı*, no.36042/97, § 48 AİHS 2002-IV). Bununla birlikte, her ayrı muamele, otomatik olarak bu maddenin ihlaline yol açmamaktadır. Bu bağlamda, birbirine yakın ya da benzer durumlarda bulunan kişilerin ayrımcı bir muameleden yararlandığını kanıtlamak gerekmektedir ve bu farklılık ayrımcılık yaratmaktadır (yukarıda adı geçen *Ünal Tekeli*, § 49 ve yine yukarıda adı geçen *Losonci Rose ve Rose*, § 71).

59. Bir ayrımcılık, objektif ve akla uygun gerekçeden yoksun ise, 14. madde kapsamında ayrımcılık teşkil etmektedir. Bu tip gerekçenin varlığı, demokratik toplumlarda genellikle üstün tutulan ilkeler ışığında değerlendirilmektedir. Sözleşme tarafından be-

lirtilen bir hakkın kullanımındaki muamele ayrımı, sadece haklı bir amaç gözetiyor olmamalıdır: "kullanılan araçlar ve hedeflenen amaç arasında uygun orantılılık bağı" yok ise de 14. madde aynı şekilde ihlal edilmektedir (bkz. yukarıda adı geçen *Petrovic*, § 30, ve *Lithgow ve Diğerleri Birleşik Krallığa Karşı*, 8 Temmuz 1986, § 177, seri A no.102).

60. 60. Başka bir deyişle, ayrımcılık kavramı; Sözleşme, daha uygun bir muameleyi gerektirmese de genellikle, bir birey ya da grubun, uygun açıklama olmaksızın, başka birine nazaran daha kötü muameleye maruz kaldığı durumları içermektedir. (*Abdulaziz, Cabales ve Balkandali Birleşik Krallığa Karşı*, 28 Mayıs 1985, § 82, seri A no. 94). Aslında, 14. madde; ayırım, esas itibarıyla olayın farklı koşullarının objektif değerlendirmesine dayanıyor ve kamu menfaatinden esinlenerek, Sözleşme tarafından garanti edilen hak ve özgürlüklere saygı ile topluluğun çıkarlarının korunması arasında adil bir denge sağlıyorsa; muamele ayrımını engellememektedir (bkz. *G.M.B. ve K.M. İsviçre'ye Karşı*, no. 36797/97, 27 Eylül 2001, ve yukarıda adı geçen *Zarb Adami*, § 73)

61. 61. Sözleşmeye taraf devletler, diğer bakımlardan benzer durumlar arasındaki farklılıkların hukuki muamele ayrımlarını hangi ölçüde haklı kıldığını belirlemek açısından belli bir değerlendirme payına sahiptirler (*Gaygusuz Avusturya'ya Karşı*, 16 Eylül 1996, § 42, 1996-IV Derlemesi). Kapsamı; koşullara, alanlara ve genel duruma göre değişmektedir (*Rasmussen Danimarka'ya Karşı*, 28 Kasım 1984, § 40, seri A no.87, ve *İnze Avusturya'ya Karşı*, 28 Ekim 1987, § 41, seri A no.126) fakat, Sözleşme tarafından belirlenen şartların gözlenmesi konusunda nihai karar Mahkeme'ye aittir. Sözleşme'nin her şeyden önce insan haklarını koruma mekanizması olması nedeniyle; Mahkeme'nin, davalı devlet ve genel anlamda taraf devletlerdeki durum gelişimini göz önünde bulundurması; mesela, erişilmesi istenen kurallara yönelik ortaya çıkabilecek mutabakata tepki vermesi gerekmektedir (yukarıda adı geçen *Ünal Tekeli*, § 54; yukarıda adı geçen *Zarb Adami*, § 74; ve yine yukarıda adı geçen *Losonci Rose ve Rose*, § 74)

• **Benzer durumlarda bulunan kişiler arasında muamele ayrımı olup olmadığı hakkında**

62. Yargıtay'ca yapılan iç hukuk değerlendirmesine göre (yukarıda 16. paragraf), "meşru çocuklara", doğumdan itibaren babanın soyadının verilmesi kuralı, Medeni Kanununun bir takım maddelerinin, uygun bir yorumla, birleştirilmesinden kaynaklanmaktadır. İç mevzuat, bu kural için hiçbir istisna öngörmemektedir. Hükümetin de belirttiği üzere (yukarıda 49-51 paragraflar), 2000 yılının 396 sayılı Başkanlık Kararnamesininin 84. maddesinin soyadı değişikliği imkanını öngördüğü ve söz konusu olayda, Milano Valisi'nin, başvuranların, Maddalena'nın soyadını başka bir soy ad eklentisi (annesininkiyle- yukarıda 22. paragraf) ile tamamlamalarına izin verdiği doğrudur. Bununla birlikte, soyadının doğumda belirlenmesi ile hayatın içinde soyadı değiştirme ihtimali arasında bir ayrım yapmak gerekmektedir. Bu bağlamda, Mahkeme, Hükümetin, başvuranların mağdur sıfatlarınının kaybına yönelik iddiası çerçevesinde yapmış olduğu tespitlere atıfta bulunmaktadır (yukarıda 32. paragraf).

63. Bu bilgilerin ışığında, Mahkeme, "meşru çocuklarına" verilecek soyadının belirlenmesi kapsamında, benzer durumda yer alan, yani her ikisi de başvuran olan, karşılıklı olarak çocuğun anne ve babası olan kişilere muamele ayrımı yapıldığı kanaatindedir. Gerçekten de, babadan farklı olarak, anne, kocanın rızasına rağmen; kendi soyadının yeni doğan bebeğe verilmesini sağlayamamıştır.

• **Objektif ve akla uygun bir açıklamanın olup olmadığı hakkında**

64. Mahkeme, bir politika ya da genel bir önlemin, her ne kadar söz konusu grubu özel olarak hedef almasa dahi gruptaki insanlar üzerinde zararlı orantısız etkileri olması halinde, ayrımcı olarak değerlendirilmesi ihtimalinin bertaraf edilemeyeceğini hatırlatmaktadır (*McShane Birleşik Krallığa Karşı*, no. 43290/98, § 135, 28 Mayıs 2002). Ayrıca, çok kuvvetli tespitler ancak, Mahkeme'yi, salt cinsiyete dayalı muamele ayrımınının Sözleşme

ile uyumlu olduğu fikrine ulaştırabilir (yukarıda adı geçen *Willis*, § 39; *Schuler-Zraggen İsviçre'ye Karşı*, 24 Haziran 1993, § 67, seri A no. 263; yukarıda adı geçen *Losonci Rose ve Rose*, § 80)

65. Mahkeme; yukarıda adı geçen *Burghartz, Ünal Tekeli, Losonci Rose ve Rose* Kararlarında kısmen benzer sorunları ele almış olduğunu hatırlatmaktadır. Bunlardan ilki, soyadının önüne karısıninkini koydurmak isteyen kocanın talebine yönelik itiraza ilişkindir. İkcincisinin konusu, Türk Hukukundaki kurala göre, evli kadının, evlilikten sonra kızlık soyadını tek başına kullanamaması, buna rağmen; evli erkeğin evlilikten önceki haliyle soyadını muhafaza etmesi ile ilgilidir. *Losonci Rose ve Rose* Kararı, İsviçre Hukuku'nda, her ikisi de kadının soyadını kullanmak isteyen eşlerin, yetkili makamlara ortak bir talepte bulunması gerektiği yönündedir. Söz konusu olayda kocanın soyadı, evlilikten sonra eşlere, yeni soyadları olarak gıyaben verilmiştir.

66. Tüm bu kararlarda, Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte değerlendirilen 14. maddesinin, ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, soyadı seçiminde, cinsiyete dayalı her türlü ayrımcılığın reddedilmesinin ve cinsiyet eşitliğine doğru bir ilerlemenin önemini özellikle hatırlatmıştır.

Mahkeme; ayrıca, ailenin tüm bireyelerine kocanın soyadının verilmesine ilişkin aile birliğini ortaya koyma geleneğinin, kadına yönelik ayrımcılığı mazur göstermeyeceğini belirtmiştir (özellikle bkz. yukarıda 64-65. paragraflar *Ünal Tekeli*).

67. Mahkeme, "meşru çocukların" soyadının belirlenmesinin, yalnızca ebeveynlerin cinsiyetine ilişkin ayrımcılığa dayalı yapıldığı bu davada, ancak benzer sonuçlara ulaşabilmektedir. Söz konusu kural, eşlerin her türlü ortak farklı isteğine rağmen, aslında verilecek soyadın, istisnasız, babaninki olduğudur. Öte yandan, İtalyan Anayasa Mahkemesi bizzat, yürürlükteki sistemin, kocanın yetkilerinden ve ataerkil aile anlayışından kaynaklandığını; bu durumun anayasal bir ilke olan kadın-erkek eşitliği ilkesi ile artık bağdaşmadığını kabul etmiştir (yukarıda 17. paragraf).

Yargıtay, bunu teyit etmiştir (yukarıda 20. paragraf). "Meşru çocuklara" babanın soyadının verilmesine ilişkin kural, pratikte gerekli olabilse dahi, ki bu kural Sözleşmeye tam olarak ters düşmemektedir (benzer olarak bkz. yukarıda adı geçen *Losonci Rose ve Rose*, § 49) yeni doğanların nüfus kütüğüne kaydı yaptırılırken bu kurala karşı gelme olanaksızlığı, aşırı ölçüde katı olup kadına karşı ayrımcıdır.

• Sonuç

68. Tüm bunlar göz önüne alındığında, Hükümet tarafından getirilen açıklamanın akla uygun olmadığı ve saptanan muamele ayrımının, Sözleşme'nin 14. maddesi uyarınca ayrımcı olduğu görülmektedir. O halde, Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte değerlendirilen 14. maddesinin ihlali söz konusudur.
69. Sonuç olarak, Mahkeme, tek başına ele alındığında 8. maddenin de ihlali olup olmadığının araştırılmasının gerekli olmadığına karar vermiştir (yukarıda adı geçen *Burghartz*, §30, ve yine yukarıda adı geçen *Ünal Tekeli*, §69).

II. EK. 7 NO. LU PROTOKOLÜN 5. MADDESİNİN İHAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA, MADDENİN TEK BAŞINA YA DA 14. MADDE İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

70. Başvuranlar, "meşru çocukların" soyadının belirlenmesi hakkında yürürlükteki yasal hükümlerin, eşler arasında eşitliği garanti etmediğini ve İtalya'nın; bu hususta eşler arasında mutabakata varılması halinde, annenin soyadının verilmesi ihtimalini öngörmüş olması gerektiğini savunmaktadırlar.

Başvuranlar, Ek. 7 no. lu Protokol'ün 5. maddesini (tek başına ya da Sözleşme'nin 14.maddesi ile birlikte değerlendirerek) ileri sürmektedirler.

Söz konusu 5.madde şu şekildedir:

" Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni

haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez."

71. Hükümet bu iddiaya karşı gelmektedir.
72. Mahkeme, bu itirazın yukarıda incelenene bağlı olduğunu ve aynı şekilde kabul edilebilir olarak beyan edilmesi gerektiğini belirtmektedir.
73. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte değerlendirilen 14.maddesi açısından varmış olduğu sonuca bakarak, Ek 7 no.lu Protokol'ün 5. maddesi (ya da bu hükmün tek başına değerlendirilmesi) ile birlikte değerlendirilen 14. maddesinin ihlal edilip edilmediğini incelemenin gerekli olmadığına karar vermiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

74. Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca,

" Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir surette tatmini ne hükmeder."
75. Başvuranlar, uğradıkları zarara ya da iç mahkemeler ve AİHM nezdinde yapmış oldukları harcamalara ilişkin hiçbir meblağ talep etmediklerini; ihlalin basit tespitinin, olayın özel koşullarında kendileri için yeterli bir hakkaniyete uygunluk oluşturacağını belirtmektedirler. Bu sebeple, Mahkeme, Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması hakkında karar vermeye gerek duymamaktadır.

IV. SÖZLEŞME'NİN 46. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

76. Sözleşme'nin 46.maddesi uyarınca,

"1. Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir."

77. Başvuranlar, ileri sürdükleri ihlallerin iç hukuktaki bir boşluktan kaynaklandığını gözlemlemektedirler. 2000 yılında gerçekleşen değişikliklere rağmen; iç hukuk halen, "meşru çocuklara" babanın soyadının verilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu soyadı yerine başka bir soyadının konulması, ancak zorlayıcı nedenlerden ötürü olup valinin takdir yetkisine tabidir. Başvuranlar, Mahkeme'den Hükümet'i bu alanda cinsiyetler ve eşler arasında eşitliği sağlayacak gerekli yasal reformları gerçekleştirmeye davet etmesini talep etmektedirler.

78. Hükümet bu duruma karşı çıkmaktadır. Yürürlükteki mevzuatın; başvuranlara, çocukları için annenin soyadını babanınkinden ekletmeyi sağlayan hukuki bir araç olduğunu, böylelikle, başvuranların iç hukukta hakkaniyet elde ettiklerini ifade etmektedir. Bu yüzden Hükümete göre; başvuranlar, Mahkeme'den davalı devleti bu mevzuatı değiştirmeye zorlamayı talep edememlidirler.

79. Mahkeme, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ettiklerini; Bakanlar Komitesi'nin bu kararların uygulanmasını denetlemekle yükümlü olduğunu hatırlatmaktadır. Bundan çıkan sonuç; özellikle, Mahkeme'nin bir ihlalin varlığı sonucuna ulaşması halinde; davalı devletin, Bakanlar Komitesi denetiminde gözlenen ihlale son vermek ve sonuçlarını mümkün olduğunca ortadan kaldırmak adına kendi iç hukukuna dahil edilecek genel tedbirleri ve/

ya, gerekirse, bireysel tedbirleri belirleme konusunda hukuki yükümlülüğünün bulunmasıdır (bkz. *Xenides-Arestis Türkiye'ye Karşı*, no.46347/99, §§ 39-40, 22 Aralık 2005; *Scordino İtalya'ya Karşı* (no.1) [GC], no. 36813/97, § 233, AİHS 2006-V; *Broniowski Polonya'ya Karşı* [GC], no.31443/96, § 192, AİHS 2004-V; *Bottazzi İtalya'ya Karşı* [GC], no. 34884/97, § 22 AİHS 1999-V; ve *Di Mauro İtalya'ya Karşı*[GC], no. 34256/96, § 23, AİHS 1999-V). Devlet, başvuran(lar) ile aynı durumda olan diğer kişiler için de bu tedbirleri almalıdır; hedefi özellikle, Mahkeme'yi ihlal tespitine götüren sorunları çözümlenmelidir (Scozzari ve Guinta İtalya'ya Karşı [GC], no. 39221/98 ve 41963/98, § 249 AİHS 2000-VIII; *Christine Goodwin Birleşik Krallığa Karşı* [GC], no. 28957/95, §120, AİHS 2002-VI; *Lukenda Slovenya'ya Karşı*, no.23032/02, § 94, AİHS 2005-X; ve *S. ve Marper Birleşik Krallığa Karşı* [GC], no.30562/04 ve 30566/04, § 134 AİHS 2008). Mahkeme'nin kararlarının uygulanmasında, Bakanlar Komitesi sürekli olarak bu yükümlülüğün altını çizmektedir (*Bourdov Rusya'ya Karşı* (no.2), no.33509/04, § 125, AİHS 2009; özellikle bkz. çözüm kararları ResDH(97)336, IntResDH(99)434, IntResDH(2001)65 ve ResDH(2006)1).

- 80.** Genel olarak; Sözleşme'nin 46.maddesi bakımından, davalı devletin yükümlülüklerini yerine getirmesi için alacağı uygun doğrultma tedbirlerinin neler olabileceğini belirlemek Mahkeme'ye ait değildir. Buna rağmen, insan haklarının ulusal sistemde korunmasında bir işlevsizlik meydana geldiğinde, Mahkeme, bu sorunun hızlı ve etkili biçimde ortadan kaldırılmasını kolaylaştırmaktan yanadır (*Driza Arnavutluk'a Karşı*, no.33771/02, § 125, AİHS 2007-XII, ve *Vyerentsov Ukrayna'ya Karşı* no.20372/11, § 94, 11 Nisan 2013).
- 81.** Söz konusu davada; Mahkeme, başvuruların kızlarının doğumunda, çocuğu nüfus kütüğüne annesinin soyadı ile kaydettirmelerinin olanaksızlığından ötürü, Sözleşme'nin 8.maddesi ile birlikte değerlendirilen 14. maddesinin ihlal edildiğine hükmet-

miştir. Bu olanaksızlık, İtalyan hukuk sistemindeki bir eksiklikten kaynaklanmaktadır; bu sisteme göre, her "meşru çocuk" nüfus kütüğüne soyadı olarak babaninki ile kaydedilmektedir, bu koşul, anne soyadı lehine eşler arasında mutabakat sağlansa dahi istisna kabul etmemektedir. Mahkeme, yasal mevzuatta bir eksiklik saptadığında, taraf devlete uygun çözümü bulması ve Bakanlar Komitesine hükmün uygulanmasını denetlemesinde yardımcı olabilmek için, bu eksikliğin kaynağını tespit etmeyi alışkanlık haline getirmiştir (bkz. Maria Violeta Lazarescu Romanya'ya Karşı, no.10636/06, § 27, 23 Şubat 2010; yukarıda anılan Driza, §§ 122-126; ve Ürper ve diğerleri Türkiye'ye Karşı, no.14526/07 ve diğerleri, §§ 51 ve 52, 20 Ekim 2009). Yukarıda saptanan durum dikkate alındığında; mevzuat ve uygulamanın, Mahkeme'nin bu kararda vardığı tespitlere uygunluğunu ve Sözleşme'nin 8.ve 14.maddelerindeki koşullara uyulmasını sağlamak için; Mahkeme, İtalyan mevzuatı ve/ya uygulamasında reform gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir (benzer olarak bkz. yukarıda adı geçen Vyarentsov, §95).

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oy çokluğuyla, başvurunun kabul edilebilirliğine;

2. Bir oya karşılık altı oyla, Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte değerlendirilen 14. maddesinin ihlal edildiğine;

3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 8.maddesi tek başına değerlendirildiğinde ve Ek 7 no.lu Protokol'ün 5.maddesi tek başına ya da 14.maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan itirazları incelemeye gerek olmadığına karar vermiştir.

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve AİHM'in iç tüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. paragraflarına uygun olarak 7 Ocak 2014 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith
Zabıt Katibi

Işıl Karakaş
Başkan

Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. paragrafına ve iç tüzüğün 74. maddesinin 2. paragrafına uygun olarak, bu kararın ekinde Yargıç Popovic'in ayrı görüşü yer almaktadır.

CUSAN VE FAZZO İTALYA'YA KARŞI- FARKLI GÖRÜŞ YARGIÇ POPOVIC'İN AYRILAN GÖRÜŞÜ

Bu dosyada çoğunluğa katılmadığım için üzgünüm. 34. paragrafta, kararın atıfta bulunduğu davalı Hükümet'in iddiası, kanaatimce haklıdır. İtalyan Hükümeti; başvuranların, Sözleşme'nin 35. maddesi 3b paragrafı uyarınca herhangi bir mühim zarara maruz kalmadıklarını ifade etmiştir. Zira başvuranlar kendileri de maddi bir zarara maruz kaldıklarını iddia etmemektedirler. Kızlarına anne soyadını verememekten yakınmaktadırlar. Oysa kararın 22. paragrafının okunmasından, Milano Valisi'nin, başvuranlara, çocuklarının soyadlarını diledikleri gibi değiştirmeleri için izin vermiş olduğu anlaşılmaktadır.

Özetlemiş olduğum olaylar beni;

1) Başvuranların hiçbir mühim zarara maruz kalmadığı 2) Maruz kalmış olsalardı "mağdur" sıfatını kaybetmiş olacakları sonucuna ulaştırmaktadır. Bu son gözlem, kaçınılmaz olarak, kararın 29. paragrafında davalı Hükümet tarafından ileri sürülen ilk iddianın kabul edilebilirliğine götürmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde sunulduğu şekilde; dava, özü itibarıyla soyut olup talebin, bir anlamda herkese başvuru hakkı tanıdığı izlenimi yaratmasından ötürü başvuranların, Mahkememize bu sebeple başvuru yapamaması gerektiği kanaatindeyim.

Bu davada, esas sorunun, üye devletlerin Sözleşme'yi değerlendirme paylarına yönelik olduğunun altını çizmek isterim. Bu sorun, her ülkenin kendi geleneğine ilişkin olup söz konusu uygulama, Avrupa ölçüsünde bir uyuma tabi tutulmamalıdır. Sadece bir örnek vermek gerekirse ki, bilinen bir örnektir; İspanya'da her iki cinsiyet de ailenin her iki tarafından gelen farklı soyadlarını taşımaktadır. İspanyol Devleti'ne uygulamayı değiştirmesi gerektiğini mi söylemek gerekir? Peki hangi sebeple? Bu davada; çoğunluk, sosyal bir olayın herkes için açık olan

algısını değiştiriyor gibi görünmektedir ki bu da insan haklarının korunmasına yabancıdır.

Tüm bu nedenlerden ötürü, Sözleşme'nin 35. maddesi uyarınca, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekirdi görüşündeyim.

YARGI KARARLARI

**YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
KARARLARI**

**İHTİYATİ HACİZ KARARINA İLİŞKİN TAKİP, BORÇLUNUN
İKAMET ADRESİNDEKİ İCRA DAİRESİ TARAFINDAN BAŞ-
LATILMALIDIR.**

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

Esas No : 2013/12-476

Karar No : 2014/5

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "yetki itirazı ve takibin iptali" şikayetinden dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 9. İcra Hukuk Mahkemesi'nce şikayetin kabulüne dair verilen 27.01.2012 gün ve 38/57 E., K. sayılı kararın incelenmesi alacaklı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 09.07.2012 gün ve 7138/23841 E., K. sayılı ilamı ile;

(...Alacaklı tarafından, Ankara 13. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2011/127 D. İş esas 2011/127 karar sayılı ve 26.12.2011 tarihli ihtiyati haciz kararı ile kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine başlandığı, borçluya örnek 10 numaralı ödeme emrinin tebliği üzerine borçlu vekilinin yasal sürede icra mahkemesine başvurarak, icra dairesinin yetkisine ve borca itiraz ettiği anlaşılmıştır.

İİK.nun 261. maddesi uyarınca alacaklı, mahkemedен aldığı ihtiyati haciz kararının infazını on gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden istemek zorundadır. Aksi halde ihtiyati haciz kararı kendiliğinden kalkar.

Buna göre İİK.nun 261. maddesi hükmü doğrultusunda alacaklının ihtiyati haciz kararını veren Ankara Asliye Ticaret Mahkemesinin bulunduğu Ankara İcra Dairesinde icra takibi başlatmasında yasaya aykırılık bulunmadığından, mahkemece borçlunun diğer itirazları incelen-

dikten sonra oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, anılan yasal düzenleme gözardı edilmek suretiyle yetki itirazının kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

Öte yandan 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nun 297. maddesinin (1). fıkrasının (e) bendi gereği hükmünde "gerekçeli kararın yazıldığı tarihin" yer alması zorunlu olup, kanunun bu emredici hükmüne aykırı davranılması da doğru bulunmamıştır...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece gerekçeli kararın yazım tarihine ilişkin bozmaya uyulmuş, yetki itirazına ilişkin olarak ise önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı/alacaklı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Şikayet, icra dairesinin yetkisine itiraz, bu istem kabul edilmez ise borca itiraz nedeniyle takibin iptali istemine ilişkindir.

Şikayetçi/borçlular vekili, müvekkilleri aleyhine Ankara 11. İcra Müdürlüğü'nün 2011/19943 esas sayılı dosyası ile kambiyo senetlerine özgü icra takibi başlatıldığını, ancak takibe konu çek suretinin müvekkillerine tebliğ edilmediğini, bu nedenle takibin dayanağı olan çek hakkında müvekkillerinin hiçbir bilgisi olmadığından borca itiraz ettiklerini, ayrıca, yapılan takibin yetkisiz icra müdürlüğünde yapıldığını, yetkili icra dairesinin Kütahya İcra Müdürlüğü olduğunu, müvekkillerinin Kütahya ilinde oturduklarını, çekin ise İstanbul'da keşide edildiğini, yetki itirazının ret edilmesi halinde ise takibe ve ödeme emrine karşı yapılan itirazın kabulüyle takibin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Duruşma açılmaksızın dosya üzerinden karar verilmiş olup, alacaklı Ali Ö. direnme kararı öncesindeki ilk temyiz dilekçesinde özetle; mü-

vekkilinin hamili olduğu çekin davacı borçlular tarafından ciro edildiğini, ibrazında çekin karşılıksız çıktığını, bunu üzerine dava dışı keşideci Y. Tasarım Ltd. Şti ve davacı cirantalar aleyhine ihtiyati haciz kararı verilmesinin mahkemeden talep edildiğini, Ankara 13. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2011/127 D.İş dosyası üzerinden ihtiyati haciz kararı verilmesi üzerine de şikayete konu icra takibinin başlatıldığını, ihtiyati haciz kararı veren mahkemenin bulunduğu yer icra dairesinde takip başlatılmasında bir yanlışlık bulunmadığını belirtmiştir.

Mahkemece, borçluların Kütahya ilinde ikamet ettikleri, takibe konu çekin ise İstanbul'da keşide edildiği, bu nedenle Ankara 11. İcra Müdürlüğü'nün takipte yetkisiz olduğu gerekçesiyle yetki itirazının kabulüne karar verilmiştir.

Alacaklı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize alacaklı vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; İİK'nun 261. maddesi uyarınca, ihtiyati haciz kararını veren mahkemenin bulunduğu yer icra dairesinin icra takibi yönünden de yetkili olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için icra dairelerinin yetkisini düzenleyen mevzuatın açıklanması gerekmektedir.

Bilindiği üzere icra takiplerinde yetki belirlemesi, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nin 50. maddesi yollaması ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) hükümlerine göre yapılmaktadır.

Ancak, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nin 447. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca; mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK'na yapılan yollamalar, 6100 Sayılı HMK'nın bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır.

İİK'nun 50. maddesi aynen "Para veya teminat borcu için takip

hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yetkiye dair hükümleri kıyas yolu ile tatbik olunur. Şu kadar ki, takibe esas olan akdin yapıldığı icra dairesi de takibe salahi yetlidir.

Yetki itirazı esas hakkındaki itirazla birlikte yapılır. İcra mahkemesi tarafından önce yetki meselesi tetkik ve kati surette karara raptolunur.

İki icra mahkemesi arasında yetki noktasından ihtilaf çıkarsa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 25 inci maddesi hükmü tatbik olunur" düzenlemesini içermektedir.

Anılan bu yasa hükmünden anlaşılacağı üzere; para veya teminat borcu için yapılan takiplerde HUMK'nun yetkiye dair hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu hükümler, HUMK'nın 9. maddesi ile 27. maddeleri arasında düzenlenmiş olup (HMK m.5-18), çok genel bir açıklamayla bunlar; davalının ikamet mahkemesi, akdin kurulduğu yer mahkemesi, gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesi ve diğer yetki belirlemeleri olup, bunların içinde somut olayla ilgili olan 12. maddede düzenlemenin ayrıca açıklanması gerekmektedir. HUMK'nın 12. maddesinde, ihtiyati hacizden sonra haciz kararının dayanağı olan alacak davasının, haciz kararını veren mahkemede de açılabilmesi belirtilmiştir. Bu yasal düzenlemenin bir gereği olarak ihtiyati haciz kararını veren yerde bulunan icra dairesinde de İİK'nun 50. maddesi yollaması ile icra takipleri başlatılabilmekteydi. Ancak; 1086 sayılı HUMK'nu, 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6100 sayılı HMK'nın 435. maddesi uyarınca, ek ve değişiklikleri ile birlikte tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır. 6100 Sayılı HMK'da ise HUMK'nın 12. maddesinin karşılığı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu itibarla, HUMK'nın 12. maddesi ile düzenlenen yetki belirlemesi artık uygulanmayacaktır.

Doktrinde de aynı görüş dile getirilmiş olup; "01.10.2011 tarihinden sonra, eğer ihtiyati haciz kararını veren mahkeme HMK m.5-18 hükümlerine göre yetkili değil (yetkisiz bir mahkeme) ise, bu (yetkisiz) mahkemenin bulunduğu yerdeki icra dairesi, ihtiyati hacizden sonra yapılacak icra takipleri için yetkili değildir. Çünkü, eski HUMK 12. madde hükmü, yeni HMK'na alınmamıştır" (Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. baskı, Ankara 2013, s. 179).

Eş söyleyişle, İİK'nun 50. maddesi yollaması ile kıyasen uygulanması gereken 1086 sayılı HUMK'nın 12. maddesinin karşılığı (HMK'nın 447/2. maddesi atfıyla) 6100 Sayılı HMK da bulunmadığından, ihtiyati haciz kararının uygulanmasından sonra bu kararı veren mahkemenin bulunduğu yer icra dairesi, sırf o yer mahkemesinde ihtiyati haciz kararı verilmesi nedeniyle yetkili hale gelmeyecektir.

Bu aşamada İİK'nun 261. maddesi üzerinde de durulmalıdır. Anılan yasa hükmü aynen:

"Alacaklı, ihtiyati haciz kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden kararın infazını istemeye mecburdur. Aksi halde ihtiyati haciz kararı kendiliğinden kalkar.

İhtiyati haciz kararları, 79 dan 99 uncuya kadar olan maddelerdeki haczin ne suretle yapılacağına dair hükümlere göre icra edilir. (Ek fıkra: 17/07/2003 - 4949 S.K./61. md.) İhtiyati haczin infazı ile ilgili şikayetler infazı yapan icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine yapılır" şeklindedir.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler esnasında bir kısım üyelerce İİK'nun 261. maddesi hükmü uyarınca ihtiyati haciz kararını veren yerde bulunan icra dairesinin de takipte yetkili olduğunu, bu yasa hükmünün İİK'nun 264. maddesi ile birlikte değerlendirilmesinin gerektiğini, icra takibinin ihtiyati haciz kararının infazının devamı niteliğinde olduğunu, ihtiyati haczin bir yerde, icra takibinin ise bir başka yerde yapılmasının infazda ve usul uygulamasında sorunlara neden olacağını, asıl takip ile ihtiyati haczin ayrılmamasının gerektiğini ileri sürmüşler ise de, çoğunluk tarafından bu görüş kabul edilmemiş ve İİK'nun 261. maddesinin ihtiyati haciz kararının infaz edilmesi gereken yeri belirlediğine, icra dairesinin icra takibi yönünden de yetkili olmasını gerektirecek bir hüküm içermediği için icra dairesinin yetkisin de İİK'nun 50. maddesi atfı ile HMK'nın genel yetki kurallarının uygulanmasının gerektiğine karar verilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında somut olaya gelince; icra takibine konu 31.10.2011 keşide tarihli, 11.918,00 TL bedelli çek için alacaklı Ali Ö. tarafından talep edilmesi üzerine Ankara 13. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2011/127 D.İş dosyası üzerinden 26.12.2011 tarihinde ihtiyati haciz kararı verilmiştir. Ankara 11. İcra Müdürlüğü'nün 2011/19943 esas sayılı dosyasında Ankara 13. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2011/127 D.İş dosyasında verilen ihtiyati haciz kararı ibraz edilerek 28.12.2011 tarihinde, borçluların malları üzerine kayden haciz konulması talep edilmiş olup, borçlulardan Ahmet A. ve İbrahim A. aleyhlerine kambyo senetlerine özgü icra takibi başlatılmıştır. Ödeme emri 05.01.2012, tarihinde borçluların Kütahya adreslerinde tebliğ edilmiştir.

Borçluların ikamet adreslerinin Kütahya ilinde bulunduğu ile takibe konu çekin İstanbul'da keşide edildiği ve muhatabın da bu yerde bulunduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamakta olup, ihtiyati haciz kararı Ankara Mahkemesi nezdinde alınmış ve icra takibi Ankara icra dairesinde başlatılmıştır.

Bu durumda; icra dairesinin yetkisinin İİK'nun 50. maddesi atfı ile HMK'nın genel yetki kuralları uyarınca belirlenmesi gerekir. Olayda borçluların ikamet adresi Kütahya ilinde bulunduğundan icra takibinin başlatıldığı Ankara 11. İcra Müdürlüğü işbu takip yönünden yetkisizdir.

O halde, icra takibi yetkisiz icra dairesinde başlatıldığından yetki itirazının kabulü doğru olup, aynı hususa işaret eden direnme kararı usul ve yasaya uygun olup onanması gereklidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekmiştir.

SONUÇ: Davalı/alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle **ONANMASINA**, gerekli temyiz ilam harcı peşin alındığından başka harç alınmasına mahal

olmadığına, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na 5311 sayılı Kanunun 29. maddesi ile eklenen "Geçici Madde 7" atfıyla uygulanmakta olan aynı Kanun'un 366/III. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 15.01.2014 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

BİLGİ: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda bulunan 47 üyenin 27'si ONAMA, 20'si ise BOZMA yönünde oy kullanmışlardır.

MUNZAM ZARAR DAVASINDA TEMEL İLİŞKİDEKİ ZAMANAŞIMI DİKKATE ALINMAZ.

T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu

Esas No : 2013/19-201

Karar No : 2014/58

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 25.05.2010 gün ve 2009/185 E., 2010/249 K. Sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 12.10.2011 gün ve 2011/743-12448 sayılı ilamı ile önce onanmış; davacı vekilinin karar düzeltme istemi üzerine, bu istem kabul edilerek 28.05.2012 gün ve 2012/3678-8961 sayılı ilamı ile;

(...Davacı vekili davalılara akaryakıt satıldığını alacaklarını mahkeme kararı ile 02.08.2006 tarihinde 32.762 TL olarak tahsil ettiklerini oysa tahsil tarihi itibarıyla akaryakıt fiyatlarında meydana gelen artıştan dolayı zarara uğradıklarını ileri sürerek 500.000 TL'nin fazlaya dair hakları saklı kalarak tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı T. vekili alacağın zamanaşımına uğradığını, munzam zarar isteminin de kanıtlanması gerektiğini beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Davalı E. Bankası vekili talebin zamanaşımına uğradığını ve munzam zararın da koşullarının oluşmadığını beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece akaryakıt satış tarihinin 30.01.1999 olduğu ve davanın açıldığı tarih itibarıyla 10 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçe-

siyle davanın reddine karar verilmiş, hükmün davacı vekilince temyizi üzerine yapılan inceleme sonucu Dairemizce 12.10.2011 tarih 743-12448 sayılı kararı ile onanmasına dair verilen karara yönelik davacı vekilinin kararın düzeltilmesi istemi üzerine yeniden yapılan incelemede;

Davanın hukuki yorumu tarafların ileri sürdükleri beyanlar doğrultusunda mahkemeye aittir. Davacının dava dilekçesi ve sonradan ibraz edilen cevaplar ve diğer dilekçeler dikkate alındığında davanın BK'nun 105.maddesi kapsamında yer alan munzam zarara yönelik bulunduğu anlaşılmaktadır.

Munzam zarar asıl temel ilişkiden bağımsızdır. Bu durumda temel ilişkideki zamanaşımına ilişkin tarihler dikkate alınmaz.

Bu durumda mahkemece munzam zarara ilişkin zamanaşımı dikkate alınıp eğer talep zamanaşımına uğramamış ise işin esasının incelenerek bir karar verilmesi gerekirken temel ilişki dikkate alınarak davanın zamanaşımı nedeniyle reddi yerinde görülmemiştir.

Yerel mahkeme kararının açıklanan nedenlerle bozulması gerekirken, Dairemizin 12.10.2011 sayılı 743-12448 sayılı karar ile onandığı anlaşıldığından davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, alacak istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine dair verilen karar davacı vekilinin temyizi üzerine, Özel Daire'ce önce onanmış, daha sonra davacı vekilinin karar düzeltme istemi kabul edilerek, yukarıya belirtilen gerek-

çelerle bozulmuştur. Yerel mahkemece "davacının sözleşmenin 5.maddesine göre alacak talebinde bulunduğu" gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını, davacı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasındaki uyuşmazlığın hangi hukuki nedene göre (sözleşmeye aykırılık çerçevesinde mi yoksa munzam zarar kapsamında mı) çözümleneceği, noktasında toplanmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, munzam zarar mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun 105. maddesinde düzenlenmiştir.

Anılan yasa maddesine göre alacaklının duçar olduğu zarar, geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini isbat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir.

Munzam zarar sorumluluğu kusura dayanan temerrüdün hukuki bir sonucudur ve borçlunun zararının faizi aşan bölümüdür.

Öte yandan, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 76. maddesi uyarınca, olayları ortaya koymak tarafların, uygulanacak kanun hükmünü bulmak, diğer bir anlatımla olayların hukuki sebebinin tayin etmek, kanunları kendiliğinden (re'sen) uygulamakla görevli olan hakimin görevidir (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 33; 04.06.1958 gün ve E:15/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Gerekçesi).

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı taraf, 20.05.1997 tarihli "kalorifer yakıtı temini sözleşmesi" kapsamında davalıların hukuki sorumluluğu altında bulunan konutların yakıt ihtiyacını gidermesine karşın, bedelinin ödenmesi üzerine İstanbul 13. İcra Müdürlüğü'nün 2001/4065 sayılı dosyası üzerinden asıl alacak ve bunun temerrüt faizinin tahsili istemiyle giriştiği icra takibine vaki itiraz üzerine, İstanbul 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin (önce E:2001/1947, K:2004/3781; sonra E:2006/36,

K:2006/87) dosyasında itirazın iptali davasını açtığı, yapılan yargılama sonucunda mahkemece asıl alacağın avans faiziyle birlikte tahsili amacıyla itirazın kısmen iptaline karar verildiği, bunun üzerine davalıların asıl alacak ve faizini icra dosyasına 02.08.2006 tarihinde ödedikleri anlaşılmaktadır.

Davacı taraf eldeki dava ile, davalılara akaryakıt satıldığını, alacaklarını mahkeme kararı ile 02.08.2006 tarihinde 32.762 TL olarak tahsil ettiklerini, oysa satılan akaryakıt dolayısıyla düzenlenen fatura bedellerinin zamanında ödenmemesi nedeniyle aradan geçen süre içerisinde tahsil tarihi itibarıyla akaryakıt fiyatlarında meydana gelen artıştan dolayı zarara uğradığını ileri sürerek, 500.000 TL'nin fazlaya dair hakları saklı kalarak tahsilini istemiştir. Davalı vekillerinin ayrı ayrı verdikleri cevaplarında, somut olayda munzam zararın da yasal şartlarının bulunmadığını belirterek, davanın reddini istedikleri görülmüştür.

Yukarıda vurgulandığı üzere, olayları ortaya koymak tarafların, uygulanacak kanun hükmünü bulmak, diğer bir anlatımla olayların hukuki sebebini tayin etmek, kanunları kendiliğinden (re'sen) uygulamakla görevli olan hakimın görevi olduğundan, dava dilekçesi ve tüm dosya kapsamından, eldeki davanın mülga 818 sayılı BK'nun 105. maddesinde yer alan munzam zarara yönelik bulunduğu kabulü gerekir.

Bu durumda, mahkemece munzam zarara ilişkin zamanaşımı dikkate alınıp, zamanaşımı süresi geçip geçmediğini değerlendirmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, temel ilişki dikkate alınarak davanın zamanaşımı nedeniyle reddi yerinde değildir.

Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmede bir kısım üyeler, eldeki dava ile istenen alacağın, sözleşmenin 5.maddesine dayalı olduğunu, munzam zarara yönelik olmadığını belirterek, zamanaşımı süresi taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirlenmesi gerektiğini, bu bakımdan zamanaşımı süresinin incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerektiğini belirtmiş iseler de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından yukarıda belirtilen gerekçelerle kabul edilmemiştir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile; direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440.maddesi uyarınca karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 05.02.2014 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

**SÖZLEŞME KAPSAMI DIŞINDA KALAN TAŞINMAZ KISMI
HAKKINDA AKDE AYKIRILIK VEYA PEK FENA KULLANIM
NEDENİYLE TAŞINMAZIN TAHLİYESİ İSTENEMEZ.**

T.C.

YARGITAY

Hukuk Genel Kurulu

Esas No : 2013/6-378

Karar No : 2014/83

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "tahliye" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Antalya 6. Sulh Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 19.09.2011 gün ve 2011/128 E.-2011/1302 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 20.02.2012 gün ve 2011/14473 E.-2012/2588 K. sayılı ilamı ile;

(...Dava, akde aykırılık nedeniyle kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı kiracısının; kirası altında bulunan C blokta mutfak olarak kullanılan bölümde ve zemin katta bulunan tuvalette imar planına aykırı birçok ilave ve binada ruhsatlı projesine aykırı uygulama yaptığını, B ve C bloklar arasında kalan ve ortak kullanım alanı olan otoparkın üstünü kapatmak suretiyle lokantaya dönüştürdüğünü, ihtarı tebliğine rağmen davalının akde aykırı kullanıma devam ettiğini belirterek sözleşmeye uymayan kiracı davalının kiralananı tahliyesini istemiştir. Davalı, davacının C Blok'un tamamını lokanta olarak kiraya verdiğini, taşınmazın tadilatı bitinceye kadar ortak kullanım alanı olan oto parkın lokanta olarak kullanılmaya başladığını, davacının akde aykırılığın giderilmesi için süre vermesi gerekirken doğrudan tahliye etmesini bildirir ihtarname gönderdiğini belirterek davanın reddini

talep etmiştir. Mahkemece, davalının kiralananın tahliyesine karar verilmiştir.

Akde aykırılık nedeniyle tahliyeye karar verilebilmesi için akde aykırılığın, kiralananın doğrudan kullanımı ile ilgili olması gerekir. Kira akdi ile kiralanan kısım dışında kalan yerlerin kullanımı, bu yerler ile ilgili kiracının tasarrufta bulunması akde aykırılık oluşturmaz. Ayrıca kira sözleşmesinde kiracının kabul ettiği şartlardan birinin yerine getirilmemesi tahliyeyi gerektirmez.

Olayımıza gelince; Mahkeme gerekçesinde kiraya verilen C blokta bulunan zemin katın bir bölümünün mutfaka, bir bölümünün tuvalete çevrilmesi hususu, davalıya gönderilen ihtarda verilecek süre sonunda giderilecek imalatlar olup, akde aykırılıkların giderilmesi yönünden davacı kiraya veren tarafından davalıya gönderilen süreli ihtarname bulunmamaktadır. Davalıya tebliğ edilen ihtar tahliye isteğine ilişkindir. Kiraya verilen C Blok ile dava dışı üçüncü kişiye kiralanan B blok arasındaki otoparkın üstü ve etrafı kapatılarak tek katlı bir yapıya dönüştürülerek lokanta olarak işletildiği iddiasına gelince; Bu yer mahkemenin de kabul ettiği gibi ortak kullanım alanında kalıp kiralananın dışındadır. Bu bölümlerin imara aykırı olarak yapılması bizatihi kiralananın kullanımıyla ilgili olmadığından kira sözleşmesinden kaynaklanan kira sözleşmesine aykırılık ve açıktan fena kullanım olgusunu oluşturmaz. Bu hususlar gözetilerek istemin reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, akde aykırılık ve açıktan fena kullanım nedeniyle kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir.

Davacı, davalı kiracının, kirası altında bulunan C blokta mutfak olarak kullanılan bölümde ve zemin katta bulunan tuvalette imar planına aykırı ilave ve uygulamalar yaptığını, B ve C bloklar arasındaki ortak kullanım alanı olan otoparkın üstünü kapatmak suretiyle lokantaya dönüştürdüğünü belirterek, davalının kiralanan dan tahliyesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, C bloğun tamamının lokanta olarak kiralandığını, taşınmazın tadilatı bitinceye kadar ortak kullanım alanı olan oto parkın lokanta olarak kullanılmaya başladığını, davacının akde aykırılığın giderilmesi için süre vermesi gerekirken doğrudan tahliye etmesini bildirir ihtarname gönderdiğini belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davalının yaptığı iddia edilen değişikliklerin açıktan fena kullanım olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne davalının kiralanan dan tahliyesine dair verilen karar; davalının temyizi üzerine, Özel Daire'ce metni aynen yukarıda başlık bölümüne alınan ilam ile bozulmuş; mahkemece, önceki gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyize getirmektedir.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyumsuzluk, somut olayda, davacı tarafından davalıya kiraya verilen C Blok ile dava dışı üçüncü kişiye kiralanan B Blok arasındaki otopark niteliğindeki ortak kullanım alanının üstünün ve etrafının kapatılarak lokanta olarak kullanılmasının akte aykırılık veya pek fena kullanım olarak kabul edilip edilmeyeceği; buradan varılacak sonuca göre davalının tahliyesine karar verilip verilmeyeceği noktalarında toplanmaktadır.

Taraflar arasında 15.06.2010 başlangıç tarihli bir yıl süreli kira sözleşmesi düzenlenmiş, kira sözleşmesine göre, davalı G. Mah., B. Bulvarı, No: ... adresinde bulunan "Depolu Bina" cinsindeki C bloğun tamamını kiralamıştır.

Davalının kiraladığı C blokta bulunan zemin katın bir bölümünü mutfaka, bir bölümünü tuvalete çevirdiği, B blok ile C blok arasında bulunan otoparkın üstünü kapatmak suretiyle lokanta olarak kullandığı hususlarında çekişme bulunmamaktadır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 256. maddesinin ikinci fıkrasında, "Müstecir vukubulan ihtara rağmen bu mükellefiyete daimi surette muhalefet eder yahut açıktan açığa fena kullanarak mecura daimi bir zarar iras eylerse mucir tazminat ile birlikte icar akdinin hemen feshini talep edebilir." denilmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere, akde aykırılık nedeniyle tahliyeye karar verilebilmesi için, akde aykırılığın giderilmesi istemi ile kiralayan tarafından kiracıya gönderilmiş ihtarnamenin bulunması ve verilen süreye rağmen akde aykırılığın giderilmemiş olması gerekmektedir.

Eldeki davada kiraya verilen C bloğun zemin katındaki değişikliklerin giderilmesi yönünden davacı kiraya veren tarafından davalıya gönderilen süreli ihtarname bulunmadığı mahkemenin ve Özel Dairenin kabulündedir.

İlke olarak, akde aykırılık veya pek fena kullanım ancak kira konusu yapılan ve kullanmaya terk edilen taşınmaz kısmı ile ilgili olabilir. Oysa, davalı kiracı tarafından C blok ile dava dışı üçüncü kişiye kiralanmış B blok arasındaki otoparkın üstü ve etrafı kapatılarak tek katlı bir yapıya dönüştürülerek lokanta olarak kullanılan kısım sözleşme kapsamı dışında kalmaktadır. **Sözleşme kapsamı dışında kalan taşınmaz kısmı hakkında akde aykırılık veya pek fena kullanım nedeniyle taşınmazın tahliyesi istenemez.**

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 19.09.1990 gün ve 1990/6-267-421 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmiştir.

Bu hususlar gözetilerek istemin reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi hatalı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir.

O halde Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme

kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa eklenen " Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı kanunun 440.maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 05.02.2014 gününde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

**DAVA DİLEKÇESİNDE SIRALANAN MADDİ OLGULARIN
DAVALININ SALT KİŞİSEL KUSURUNA DAYANILDIĞINI
GÖSTERİLMESİ KARŞISINDA DAVANIN DAVALI MEMUR
ALEYHİNE ADLİ YARGIDA GÖRÜLMESİ GEREKİR.**

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

Esas No : 2013/4-417

Karar No : 2014/81

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "kişilik haklarına saldırı dolayısıyla manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 15. Asliye Hukuk Mahkeme'since (Kapatılan Fatih 2. Asliye Hukuk Mah.) davanın kısmen kabulüne dair verilen 17.02.2010 gün ve E:2003/130, K:2010/42 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 29.11.2011 gün ve 2010/10032-2011/12661 sayılı ilamı ile;

(... Dava, kamu görevlisinin yetkilerini kullanırken, kusuru sonucu kişilere zarar vermesinden kaynaklanan, zarar gören tarafından açılan manevi tazminat istemine ilişkindir. Yerel mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken, kusurları sonucu kişilere zarar vermelerinden kaynaklanan ve zarar görenlerin kamu görevlileri aleyhine açtıkları tazminat davasıdır.

Sorun, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken, kişilerin zarar görmesi halinde, zarar görenin kamu görevlisi-

nin şahsına karşı açtığı davada, kamu görevlisinin hizmet kusurundan ayrılabilen kişisel kast ve kusurunun araştırılmasına gerek olup olmadığı ve netice itibariyle davanın esastan mı yoksa husumetten mi reddine veya kabulüne karar verileceği ve bu konuda yorum yolu ile sonuca ulaşmanın ve uygulama yapmanın mümkün olup olmadığına ilişkindir.

Bu durumda, kamu görevlisinin görevini yaparken kusurlu davranışta bulunmasının hizmet kusuru mu yoksa hizmetten ayrılabilen kişisel kusuru mu olacağının tespiti gerekmektedir. Kamu kurumları kamu hizmeti yaparlar. Ancak kamu kurumları tüzel kişilik olduklarından ve bu kişilik maddi değil soyut bir kişilik olduğundan, kamu hizmetini bizzat yerine getiremezler. Kamu hizmeti, gerçek kişi konumunda olan kamu görevlileri ve bunların kullandıkları araç ve gereçlerle yerine getirilir. Bunun sonucu olarak, kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahsetmek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur.

Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur.

Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek gerekirse:

Sabahleyin aracı ile kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur.

Yukarıda açıklanan sorun konusunda sağlıklı bir sonuca ulaşmak için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeleri incelememiz gerekir.

Anayasa'nın 129/5 maddesinde; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken (görevlerini yaparken) işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları rücu edilmek kaydıyla kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ANCAK idare aleyhine dava açılabilir.

657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın (kişilerin uğradıkları zararlar başlıklı) 13. maddesinde; kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine DEĞİL ilgili kurum aleyhine dava açarlar.

Borçlar Yasası'nın (Haksız muamelelerden doğan borçlar başlıklı) 41/1 maddesinde; gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbir-sizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs o zararın tazminine mecburdur.

Anayasa'nın 129/5 maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesinin Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi ışığında yorumlayarak kamu görevlileri aleyhine kişisel kast ve kusurlarının varlığı halinde Adli Yargı'da dava açılabileceğinin kabulü mümkün değildir. Zira: Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi genel bir hüküm olup, yine genel olarak "zarar ika eden şahıs" esas almış olup, kamu görevlisi veya memurdan bahsetmemektedir.

Bir konuda hem genel hüküm, hem de özel hüküm varsa, o takdirde özel hükümlere üstünlük verilerek uygulama yapılması hukukun temel prensiplerindedir.

Yukarıda açıklanan Anayasa'nın 129/5 ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi karşısında Borçlar Yasası'nın 41/1 maddesi esas alınarak kamu görevlilerinin kast ve kusurlarından dolayı kamu görevlileri aleyhine dava açılabileceğinin yorum yoluyla kabul edilmesi de mümkün değildir. Anayasa'nın 129/5 maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi, yorum gerektirmeyecek kadar açık, net ve amirdir. Diğer yandan yasalar iptal edilmedikçe veya değiştirilmedikçe yürürlüktedir. Ve mevcut hükümleri ile uygulanmaları gerekir. Yargı, uygulamaları ve bir kısım sosyal ihtiyaçlar nedeni ile yasaların yetersizliği veya değiştirilmesi gerektiği düşünce ve kanaatinde olsa dahi,

yorum yolu ile yürürlükteki Anayasa ve yasa maddelerini uygulamayarak atıl bırakamaz. Yorum yolu ile Anayasa ve Yasalara aykırı uygulama yapamaz ve karar veremez. İhtiyaç varsa yeni yasal düzenlemeler yapılabilir. Ve yasal düzenleme yapma yetki ve görevi T.B.M.M.'ne aittir.

Sonuç olarak kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlardan ve kusurlarından dolayı doğan tazminat davalarında kamu görevlilerinin aleyhine değil ANCAK kamu idaresi aleyhine dava açılabilmesinin kabulü gerekir.

Nitekim yukarıda sözedilen mevzuat hükümleri doğrultusunda 14/09/1983 tarih 1980/4-1714, 1983/803 Karar sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında da bu görüş benimsenmektedir.

Davaya konu edilen olayda; davalı, Adli Tıp Kurumu Başkanı olup 12/06/2002 tarihinde Adli Tıp Kurum Fizik İncelemeler Dairesinde uzman olarak çalışan davacı ile uzman arkadaşlarını makamına çağırarak tümüne hitaben konuşma yaptığı, konuşmada dairenin işleyişi ile ilgili hakaret ettiği ileri sürülmüş, görevi sırasında ve görevi nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulması istenmiştir.

Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13/1. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. Kamu görevlisi hakkında adli yargı yerinde dava açılmayacağına göre, kamu görevlisi hakkında adli yargıda açılan tazminat davasında kast ve kusur aranmaksızın husumet nedeni ile davanın reddine karar verilmesi gerekir.

Yerel mahkemece açıklanan yasal düzenlemeler gözetilerek, davalı hakkındaki davanın husumet nedeniyle reddedilmesi gerekirken, işin esasının incelenmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

gereğinceyle oyçokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kişilik haklarına saldırı dolayısıyla manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, kurum başkanı olan davalının 12.6.2002 tarihinde Adli Tıp Kurumu Fizik İncelemeler Dairesi'nde uzman olarak çalışan davacıyı makamına çağırıp diğer uzman arkadaşları yanında davacıya hitaben "altı doktor ve uzman kendinizi ne sanıyorsunuz, hepinizin toplam fındık kadar beyinlerinizle ne yapmaya çalışıyorsunuz, benim tayin ettiğim başkana karşı yapılmış tavır ve eylem bana karşı yapılmış sayılır, eşek herifler, hıyarlar, hayvanlar, istediğimi yapmazsanız hepinizi mahvederim, sürerim, aklınızın almayacağı yerlere gönderirim" sözleri ile hakaret ettiğini, davalı hakkında Fatih 1. Asliye Ceza Mah. 2003/26 E. sayılı dosyasında kamu davası açıldığını, bu olaydan davacının üzüntü duyduğunu iddia ederek, 10.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, iddianın gerçekte bir ilgisinin bulunmadığını, açılan ceza davasının bekletici mesele yapılması gerektiğini belirterek, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, "...Davacının, olay tarihinde, Adli Tıp Kurumu'nda uzman olduğu, ceza hakiminin, hakaret suçu olarak kabul ettiği davalının yazılı beyanındaki ifadelerin davacının isim ve şöhretini, onun şeref ve onurunu zedeler ve davacıyı toplum içinde küçük duruma düşürür nitelikte olduğu, davacının bu sözlerden üzüntü duyacağı, bu nedenle, manevi zararının giderilmesi için davacının tazminata hak kazandığı..." gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Daire'ce yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle oyçokluğuyla bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize davalı vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davalarının kamu görevlileri aleyhine açılıp açılmayacağı; buna göre davanın kamu idaresi aleyhine ve idari yargı yerinde açılmasının gerekip gerekmediği; varılacak sonuca göre, somut olayda davanın pasif husumet yokluğundan reddinin gerekip, gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, yerel mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle Anayasa'nın 129/5. maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara ilişkin davaların idare aleyhine dava açılabilmesinin, eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlı bulunmasına; dava dilekçesinde sıralanan maddi olguların davalının salt kişisel kusuruna dayanıldığını göstermesi karşısında, öncelikle bu iddia doğrultusunda delillerin toplanıp değerlendirilerek sonuca varılmasının gerekmesine; Hukuk Genel Kurulu'nun 15.11.2000 gün ve E:2000/4-1650, K:2000/1690; 26.09.2001 gün ve E:2001/4-595, K:2001/643; 29.03.2006 gün ve E:2006/4-86, K:2006/111; 20.09.2006 gün ve E:2006/4-526, K:2006/562; 17.10.2007 gün ve E:2007/4-640, K:2007/725; 31.10.2007 gün ve E:2007/4-800, K:2007/797; 20.02.2008 gün ve E:2008/4-156, K:2008/140; 04.02.2009 gün ve E:2008/4-829, K:2009/44; 11.11.2009 gün ve E:2009/4-411, K:2009/491; 18.11.2009 gün ve E:2009/4-448, K:2009/545; 30.10.2013 gün ve E:2013/4-44, K:2013/1512 sayılı ilamlarında da aynı ilkenin vurgulanmış olmasına göre, yerel mahkemece, Özel Daire bozmasına karşı, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya uygundur.

Ne var ki, bozma nedenine göre, işin esasına ilişkin diğer temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönde inceleme yapılmak üzere dosyanın Özel Daire'ye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun bulunduğundan, davalı vekilinin işin esasına ilişkin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 4. HUKUK DAİRESİ'NE GÖNDERİLMESİNE, 6217 sayılı Kanun'un 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı HUMK'un 440/III-(1). maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 05.02.2014 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

BİLGİ: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda bulunan 47 üyenin 45'i ONAMA, 2'si ise BOZMA yönünde oy kullanmışlardır. Söz konusu Genel Kurul Kararı'nda adı geçen 30.13.2013 gün E:2013/4-44, K:2013/1512 sayılı ilamında ise 47 üyenin 40'ı ONAMA, 7'si ise BOZMA yönünde oy kullanmışlardır.

GEÇERSİZ SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TEMİNATI OLARAK VERİLEN SENEDİN DE DAVACIYA İADESİ GEREKMEKTEDİR. DAVALI BU SENEDE DAYANARAK DAVACI HAKKINDA KAMBİYO SENETLERİNE MAHSUS TAKİP YOLUYLA İCRA TAKİBİ YAPAMAZSA DA TARAFLAR ARASINDAKİ TEMEL İLİŞKİYE DAYANARAK ÖDEDİĞİ SATIŞ BEDELİNİ İSTEYEBİLİR.

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

**Esas No : 2013/13-357
Karar No : 2014/59**

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "menfi tespit" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Samandağ Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 22.05.2008 gün ve 2006/525 E., 2008/318 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 23.03.2010 gün ve 2009/10920 E., 2010/3673 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacı, kendisine ait aracı 2001 yılında dava dışı üçüncü şahsa sattığını, aracın devrinin teminatı olması için de üzerinde sadece miktar kısmında 8.000.000.000 TL yazan, diğer kısımları boş olan senedi imzalayıp verdiğini, aracın daha sonra dava dışı şahıs tarafından davalıya satılıp verdiğini, aracın daha sonra davalıya geçtiğini, davalıya satışa muvafakat verdiğini ve aracın devrini vermeye hazır olduğunu bildirmesine rağmen aracın devrini almayan davalının senedi doldurularak icraya koyduğunu, sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle teminat senedinin de iadesinin gerektiğini, 8000,00 TL'ni ödemeye hazır olduğunu ileri sürerek senetten dolayı borçlu olmadığını tesbitini istemiştir.

Davalı, davaya konu aracı davacıdan 18.000.000.000 TL'na satın aldığı, davacının devri vermediğini, aldığı parayı da geri ödemeyince senedi icraya koyduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, trafikte kayıtlı aracın haricen satışının geçersiz olması nedeniyle, verilen senedinde tahsilinin istenemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulü ile davacının senetten dolayı borçlu olmadığına tesbitine karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir.
2. Davalıya haricen satışı yapılan aracın devrine karşılık 8.000.000.000 TL (8.000,00 TL) bedelli senedin teminat olarak verildiği tarafların ve mahkemenin kabulündedir. Senedin davacının aldığı satış bedeline karşılık verilen senet niteliğinde olduğu da sabittir. Araç davalının yaptığı icra takibi sonunda cebri satış suretiyle de davalıya alacağına mahsuben satılmıştır. Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere araç harici satış suretiyle davalıya satıldığı için ve bu itibarla satış sözleşmesi geçersiz olduğundan davacının aldığı satış bedelini iade mükelleftiyeti bulunmaktadır. Esasen davacı da dava dilekçesinde aldığı satış bedeli olan 8.000,00 TL'nı iadeye hazır olduğunu bildirmiştir. Dava konusu senet davacının aldığı satış bedelinin teminatı olarak davacı tarafından verildiği için, davacı 8000,00 TL ve koşulları var ise bunun işlemiş faizinden sorumludur. Bu itibarla, davacının 8.000,00 TL ile koşulları var ise belirlenecek işlemiş faizinden sorumlu olduğu kabul edilerek bu miktar dışında borçlu olmadığına tesbitine karar verilmesi gerekir. Mahkemece değinilen bu yön gözardı edilerek, davacının aldığı satış bedeli ve koşulları olduğu takdirde işlemiş faizinden de sorumluluğunu ortadan kaldırıcı sonuç doğuran şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. ...)

gerekçesiyle (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın bozulması, dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, davacının 10.02.2002 tanzim 10.02.2003 vade tarihli senetten dolayı borçlu olmadığına tespiti istemine ilişkindir.

Davacı, kendisine ait aracı 2001 yılında dava dışı üçüncü şahsa sattığını, aracın devrinin teminatı olarak miktar kısmında 8.000.000.000 TL yazan, diğer kısımları boş olan senedi imzalayıp verdiğini, aracın daha sonra dava dışı şahıs tarafından davalıya satılıp verildiği teminat senedinin de davalıya geçtiğini, aracın davalıya satışına muvafakat verdiğini ve aracın devrini vermeye hazır olduğunu bildirmesine rağmen aracın devrini almayan davalının senedin boş bırakılan kısımlarını doldurularak hakkında icra takibi başlattığını, resmi şekilde yapılmadığından sözleşmenin geçersiz olduğunu, senedin iadesinin gerektiğini ileri sürerek bu senetten dolayı borçlu olmadığına tesbitine karar verilmesini talep ve etmiştir.

Davalı, davaya konu aracı davacıdan 18.000.000.000 TL'na satın aldığını, davacının aracın devrini vermediği gibi aldığı parayı da geri ödemediğini, senedi takibe koyduğunu, takibin kesinleştiğini ve alacağına mahsuben aracı cebri icra ile kendisinin aldığını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, trafikte kayıtlı aracın haricen satışının geçersiz olması nedeniyle, verilen senedinde tahsilinin istenemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulü ile davacının senetten dolayı borçlu olmadığına tesbitine karar verilmiş; hükmün, davalı tarafından temyizi üzerine; Özel Dairece, metni yukarıda aynen yazılı gerekçeler ile karar bozulmuştur.

Mahkemece, önceki gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını, davalı vekili temyize getirmektedir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacının 10.02.2002 tanzim 10.02.2003 vade tarihli senetten dolayı davalıya borçlu olup olmadığı; buradan varılacak sonuca göre de, eldeki davada davalının geçersiz sözleşme gereğince davacıya ödediği bedel hakkında hüküm kurulup kurulamayacağı noktalarında toplanmaktadır.

Somut olayda, 35 ... 64 plakalı aracın davalıya haricen satıldığı, davalıya haricen satışı yapılan aracın devrine karşılık 8.000.000.000 TL bedelli senedin teminat senedi olarak verildiği hususları tarafların, mahkemenin ve Özel Daire'nin kabulündedir. **Araç harici satış suretiyle davalıya satıldığından, satış sözleşmesi geçersizdir. Geçersiz sözleşmede de herkes aldığı iade ile yükümlüdür. Bu nedenle geçersiz satış sözleşmesinin teminatı olarak verilen senedin de davacıya iadesi gerekmektedir. Davalı bu senede dayanarak davacı hakkında kambiyo senetlerine mahsus takip yoluyla icra takibi yapamazsa da taraflar arasındaki temel ilişkiye dayanarak ödediği satış bedelini isteyebilir.**

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları, dosyadaki tutanak ve kanıtlar, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenler gözetildiğinde, yerel mahkemenin yazılı şekilde karar vermesinde bir isabetsizlik görülmediğinden, usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ: Açıklanan gerekçeyle; davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile temyiz olunan direnme kararının **ONANMASINA**, aşağıda dökümü yazılı (427,68 TL) harcın temyiz edenden alınmasına, 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa eklenen " Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440.maddesi uyarınca 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 05.02.2014 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

CEZA DAVASINDA ŞAHSİ HAK TALEBİNDE BULUNULMAMIŞSA CEZA DAVASINA MÜDAHALE TALEBİ DAVA ZAMANAŞIMI SÜRESİNİ KESMEZ.

T.C.

YARGITAY

Hukuk Genel Kurulu

Esas No : 2013/4-440

Karar No : 2014/115

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "haksız eylem nedeniyle manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Erzincan 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 19.01.2012 gün ve E:2010/395, K:2012/28 sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 30.04.2012 gün ve 2012/4951-7609 sayılı ilamı ile;

(...Dava, haksız eylem nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz olunmuştur.

Dava konusu zararlandırıcı eylem 18/10/2004 tarihinde meydana gelmiş olup, dava ise 16/06/2010 tarihinde ikame edilmiştir. Mahkemece, fail davalının eyleminin TCK'nun 455/1. maddesi kapsamında bulunduğu ve TCK'nun 102/4. maddesi gereğince de ceza davası zamanaşımı süresinin 5 yıl olduğu gerekçesiyle yazılı biçimde karar verilmiştir. Dava tarihi itibarıyla fail davalı hakkındaki ceza davası derdesttir. Davacılar, ceza davasına müdahil olarak şahsi hak isteminde bulunabileceklerine göre uzamış ceza davası zamanaşımı süresinin dolduğundan söz edilemez. Şu durumda, uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi gerekir. Karar, açıklanan nedenle yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece, önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, haksız eylem nedeniyle uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir.

Davacılar dava dilekçesinde özetle, 18.10.2004 günü meydana gelen kazada müvekkillerinin murisinin feci şekilde can verdiğini, Gültekin K.'un sürücü, Güngör K.'un ise işleten sıfatıyla sorumlu olduklarını belirterek, çocuk ve torun sıfatlarına sahip olan davacılarından Elmas ve Halim için ayrı ayrı 2.000 TL, diğer davacılar için ayrı ayrı 3.000,00 TL olmak üzere toplam 16.000 TL manevi tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemişlerdir.

Davalılar, davanın zamanaşımına uğradığını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Yerel Mahkemece, "olayın 18.10.2004 tarihinde meydana geldiği, davanın 16.06.2010 tarihinde açıldığı, eylemin meydana geldiği tarihte yürürlükte olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 455/1. maddesi gereğince davalı G. Koç'un ceza mahkemesinde cezalandırıldığı, ceza davasında verilen kararın temyiz edildiği, davanın zamanaşımına uğradığı" gerekçesiyle manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiştir.

Karar davacılar vekilinin temyizi üzerine, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçelerle bozulmuş; yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiştir.

Hükmü temyize, davacılar vekili getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlık; dava zamanaşımı süresinin dolup, dolmadığı noktasında toplanmaktadır.

Gör÷lmekte olan davanın hukuksal dayanağı haksız fiildir.

Bu nedenle, haksız fiil ve zamanaşımı kavramları ile bu hukuki müesseselerin kanuni düzenlemeleri üzerinde durulmasında yarar vardır.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu(BK)'nun "haksız işlemlerden doğan borçlar"ı düzenleyen 41.maddesinde haksız fiil; "Gerek kasten, gerek ihmal ve kayıtsızlık yahut tedbirsizlik ile haksız surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur" şeklinde tanımlanmıştır.

Buna göre, haksız fiil; hukuka aykırı bir eylemle başkasına zarar verilmesidir.

Haksız fiilden söz edilebilmesi için, şu dört unsurun birlikte bulunması zorunludur: Öncelikle ortada hukuka aykırı bir fiil bulunmalıdır. İkinci unsur, fiili işleyen kusurudur. Üçüncü olarak, kusurlu şekilde işlenen ve hukuka aykırı olan bu fiil nedeniyle bir zarar doğmalıdır. Nihayet, doğan zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu unsurların tümünün bir arada bulunmadığı, bir veya birkaç unsurun eksik olduğu durumlarda, haksız fiilin varlığından söz edilemez.

Öte yandan, özel hukukta teknik bir kavram olan zamanaşımı, bir hakkın kazanılmasında veya kaybedilmesinde kanunun kabul ettiği olduğu sürenin tükenmesi anlamına gelmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nın 125-140'ncı maddeleri arasında düzenlenen zamanaşımı, hakkın ileri sür÷lmesini engelleyici nitelikte olup, alacak hakkı alacaklı tarafından, yasanın öngördüğü süre ve koşullar içinde talep edilmediğinde etkin bir hukuki himayeden, başka bir deyişle, dava yoluyla elde edilebilme olanağından yoksun bırakılmaktadır. Zamanaşımına uğrayan alacağın tahsili hususunda Devlet kendi gücünü kullanmaktan vazgeçmekte, böylece söz konusu alacağın ödenip ödenmemesi keyfiyeti borçlunun iradesine bırakılmaktadır. Şu halde zamanaşımına uğrayan alacak ortadan kalkmamakla beraber, artık doğal bir borç (Obligatio naturalis) haline gelmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, alacağın salt zamanaşımına uğramış olması, onun

eksik bir borca dönüşmesi için yeterli değildir; bunun için borçlunun, kendisine karşı açılmış olan alacak davasında alacaklıya yönelik bir def'ide bulunması gerekir (HGK'nun 05.05.2010 gün ve E:2010/8-231, K:255; 09.10.2013 gün ve E:2013/4-36, K:2013/1457 sayılı ilamları).

İşte, zamanaşımı hukuki niteliği itibariyle, maddi hukuktan kaynaklanan bir def'i olup; usul hukuku anlamında ise, bir savunma aracıdır (Kuru, Baki:Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt:IV, İstanbul 2001, Cilt:2, s.1761;Von Tuhr. A.:Borçlar Hukuku (C.Edege Çevirisi), Ankara 1983, Cilt:1-2, s.688 vd.;Canbolat, Ferhat:Def'i ve İtiraz Arasındaki Farklar ve İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları, EÜHF Dergisi, Cilt:III, Sayı:1, Kayseri 2008, s.255 vd.; HGK'nun 06.04.2011 gün ve E:2010/9-629, K:2011/70; 09.10.2013 gün ve E:2013/4-36, K:2013/1457 sayılı ilamları).

Haksız fiillerde zamanaşımı ise, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir.

Anılan maddenin birinci fıkrasında; "Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, mutazzarın olan tarafın zarar ve failine ıttılay tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren 10 sene mürurundan sonra istima olunmaz." denildikten sonra; aynı maddenin ikinci fıkrasında, ceza dava zamanaşımına yollamada bulunularak; "Şu kadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha da uzun müruruzamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruru zaman tatbik edilir." hükmü getirilmiştir.

Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, haksız fiillere uygulanacak üç ayrı zamanaşımı süresi belirlenmiştir.

Bunlar, zarar görenin 'zarar'ı ve 'fail'i öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak olan 1 yıllık kısa süreli zamanaşımı; fiilin 'vukuundan' itibaren işleyecek 10 yıllık kesin süreli zamanaşımı ve fiilin aynı zamanda suç oluşturduğu durumlarda uygulanacak olan uzamış (ceza davası) zamanaşımı süreleridir.

BK'nun 60. maddesinin 1. fıkrasına göre, haksız fiil nedeniyle tazminat davası açma hakkı zarar görenin, zararı ve haksız eylemi öğrenmesinden itibaren başlayacak ve bir yılda zamanaşımına uğrayacaktır. Burada önemli olan zararı ve tazminat sorumlusunu öğrenmektir. Öğrenebilecek durumda olmak zamanaşımının işlemeye başlamasına sebep olmaz. Zarar ve sorumludan hangisi daha sonra öğrenilirse, zamanaşımı son öğrenme gününden itibaren işlemeye başlar. Eğer zarara uğrayan tüzel kişi ise, dava açmaya yetkili organın öğrenmesi dikkate alınır.

Bir yıllık sürenin başlaması için zarar görenin, zarar ile birlikte tazmin borçlusunu da öğrenmiş olması gerekir. Kusur sorumluluğunda fail, kusursuz sorumlulukta kanunen sorumlu görülen kişinin öğrenilmesi gerekir.

BK'nun, m. 60/2. fıkrasında düzenlenen ceza davası zamanaşımının uygulanabilmesi için öncelikle; zarar veren eylemin Ceza Kanunu ya da ceza hükmü taşıyan özel kanunda suç olarak düzenlenmiş olması gereklidir.

Özel kanunlarda haksız eylem için başka bir zamanaşımı süresi tayin edilmiş olmadıkça, haksız eylemden doğan maddi ve manevi zararların tazmini için açılacak davalarda BK'nun 60. maddesinde öngörülen zamanaşımı uygulanmak gerekir.

Öğretide ve yargısal inançlarda, BK'nun m.60/2'deki hükmünün anlam ve amacı şu şekilde açıklanmaktadır:

Haksız fiillerin bir kısmı, sadece özel hukuk açısından değil, ceza kanununda ya da ceza hükümlerini taşıyan özel kanunlar bakımından da sorumluluğu gerektirebilir. Haksız fiilin faili, yani sorumlusu genellikle daha ağır sonuçları olan ceza kovuşturmasına konu olabileceği sürece, zarar görenin haklarını yitirmesinin mantık dışı olacağı kuşkusuzdur.

Bu bakımdan haksız eylem aynı zamanda ceza kanununda ya da ceza hükümlerini taşıyan özel kanunlarda suç teşkil ediyorsa ve bu yasalarda, bu eylem için daha uzun bir zamanaşımı süresi tayin edilmişse, tazminat davası da ceza davasına ilişkin zamanaşımı süresine tabi olur.

Bu husus, 07.12.1955 gün ve 17/26 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da vurgulanmıştır. Zira, ceza davasının zamanaşımı "suçun türüne göre değişmekle beraber" çoğunlukla, BK'nun m.60/I'deki özel hukuk zamanaşımından daha uzundur.

O halde, fail hakkında açılmış bir ceza davası devam eder ve fakat o davaya şahsi davacı olarak zarar görenin katılma imkanı sağlanmaz ya da o uzun süreye denk olarak hukuk mahkemesinde (hele ceza davası devam ederken) tazminat davası açmasına izin verilmezse, denge bozulmuş olur.

Bu itibarla şayet zarar doğuran eylem aynı zamanda cezayı gerektirir nitelikte ise ve ceza kanununda ya da ceza hükümlerini taşıyan özel kanunlarda bu eylem için kabul edilen zamanaşımı süresi, BK'nundaki 1 yıllık süreden daha kısa ise, o zaman yine BK. m. 60/I olaya uygulanacak; bu Kanunlarda tayin edilen zamanaşımı süresi BK. m. 60/I'deki süreden daha uzun ise, o zaman tayin edilen uzun süre, tazminat davaları için de uygulama yeri bulacaktır. Böyle bir durumda uygulanması söz konusu olan ceza davası zamanaşımı süresi ise, fiilin gerçekleştiği tarihe göre uygulama alanı bulacak olan mülga 765 sayılı TCK'nun 102 (veya halen yürürlükteki 5237 sayılı TCK'nun 66.) maddesine göre belirlenecektir.

Hemen belirtmek gerekir ki; BK. m.60/II'deki zamanaşımı, tamamen özel hukuka ait bir kurum olup, zamanaşımını durduran ve kesen nedenler yönünden ise, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102, 104 ila 107. maddeleri değil, aksine BK'nun, 132 ila 137. maddeleri uygulama alanı bulacaktır.

Öte yandan, tazminat davalarına daha uzun süreli ceza davasına ilişkin zamanaşımının uygulanması için fail hakkında ceza davasının açılmış veya mahkumiyet kararı verilmiş bulunması gerekli değildir; sadece cezalandırılması kabil bir eylemin işlenmiş olması, bir diğer söyleyişle, haksız fiilin suç niteliğini taşıması yeterlidir. Bununla beraber hukuk hakimi, ceza tertibine ilişkin olarak ceza hakimince verilen ve suçun işlendiğini ya da işlenmediğini kesinlikle tespit eden bir hüküm varsa, bununla bağlıdır (BK. m. 53).

Ancak, ceza hakimi eylemin suç olup olmadığı üzerinde durmaksızın delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı vermiş olursa, hukuk hakimi bununla bağlı olmayarak, haksız eylemin suç niteliğini taşıyıp taşımadığını araştırır. Bunun gibi ortada böyle bir hükmün bulunmaması halinde de hukuk hakimi, cezai sorumluluğu gerektiren bir eylemin işlenmiş olup olmadığını serbestçe inceleyip takdir eder ve olaya uygulanacak zamanaşımını belirler.

Bundan başka, işlenen eylemin, kovuşturulması şikayete bağlı bir suç teşkil edip etmemesi de önemli değildir. Zira bu yön, ceza davasının açılabilmesinin bir şartıdır. Bu bakımdan şikayet süresinin (mülga TCK. m. 108) geçirilmesinden ötürü, ceza davasının açılmamış olması, bu davaya ilişkin zamanaşımı süresinin, tazminat davasına uygulanmasına engel değildir (Hukuk Genel Kurulu'nun 03.06.1953 gün ve E:4/71, K:77 sayılı ilamı).

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 60.maddesinin 2.fıkrasıyla, haksız fiilin ceza kanunları gereğince müddeti daha uzun zamanaşımına tabi bir suç teşkil etmesi halinde tazminat davasının ceza davası zamanaşımına tabi olacağı ve ceza davasından önce zamanaşımına uğramayacağı yolunda sevk edilmiş olan hüküm karşısında, ceza davası devam ettiği müddetçe zarar gören ceza mahkemesinden tazminat talep edebileceğinden, haksız fiilin Devlet tarafından takibi mümkün olduğu sürece tazminat davasının açılmasını kabul etmemek, anlamsız olacağı gibi bir çelişkiyi de ortaya çıkaracaktır.

Uzamış ceza davası zamanaşımının uygulanması için, davacıların ceza davasına katılmaları koşul değildir.

Hemen burada, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'ndaki zamanaşımı düzenlemesi üzerinde durulmasında da fayda bulunmaktadır.

Mülga 765 sayılı TCK'nun 102.maddesindeki süreler, "kamu davası açma süreleri" ve 112.maddesindeki süreler, "cezaları ortadan kaldıran süreler" (hükmedilen cezaların zamanaşımına uğrama süreleri) idi.

Halen yürürlükte bulunan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na öncekinden farklı madde başlıkları konulmuş olup, eski 102.maddenin karşılığı olan 66. maddenin başlığı "Dava zamanaşımı" ve eski 112. madde nin karşılığı olan 68.maddenin başlığı "Ceza zamanaşımı"dır.

Tazminat davalarında uygulanacak ceza davası zamanaşımı süreleri, eyleme kişileştirme sonucu verilen ceza miktarına göre değil, eylemin uyduğu maddede öngörülen cezanın yukarı haddine göre belirlenecektir.

Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun (YBGK) 03.06.1942 gün ve E:1941/36, K:1942/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda açıklandığı üzere: "Ceza davası zamanaşımı mahkemece belirtilen ve hükümlenen ceza miktarına göre değil, mülga 765 sayılı TCK'nun 102'nci maddesinin her bendinde sıralandığı üzere cürümlerin ve kabahat eylemlerinin gerektirdiği cezalara göre hesaplanmalıdır."

Daha açık bir anlatımla, hukuk mahkemelerinde açılacak tazminat davalarına uygulanacak ceza davası zamanaşımı süreleri, mahkemece ağırlatıcı veya hafifletici nedenler dikkate alınarak hükmedilen (kişisel) ceza sürelerine göre değil, mülga 765 sayılı TCK m.102'de (5237 sayılı yeni TKC m 66'da) ayrı ayrı gösterilen üst (tavan) süreler üzerinden hesaplanacaktır.

Eski TCK'nun 102.maddesinin ilk dört bendinde cürümlere ve son iki bendinde kabahatlere ilişkin cezalar yer almış ve kamu davasını ortadan kaldıran süreler sıra ile 20, 15, 10, 5 yıl ve 2 yıl ile 6 ay olarak belirlenmiştir.

Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 22.02.2011 gün ve E:2011/4-640, K:2012/89 sayılı ilamında da benimsenmiştir.

Öte yandan, mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)'nun yürürlükte olduğu dönemde (20.08.1929-31.05.2005) şahsi hak talebinde bulunmanın zamanaşımı süresi üzerindeki etkisine de değinmekte yarar vardır.

Mülga 1412 sayılı CMUK'nun 350 ila 358.maddeleri arasında "şahsi dava"; aynı Kanununun 365.maddesinde ise, kamu davasına müdahale ve şahsi hak talebinde bulunma düzenlenmişti. Buna göre, suçtan zarar gören kişi, kamu davasına müdahale etmek suretiyle şahsi hak talebinde bulunma imkanına sahipti.

Ne var ki, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda şahsi davaya yer verilmediği gibi, ceza davasına müdahale etmek suretiyle şahsi hak talebinde bulunma imkânına da yer verilmemiştir. Böylece, ceza davasında şahsi hak talebinde bulunma olanağı, 01.06.2005 tarihi itibarıyla ortadan kaldırılmıştır.

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun Geçici 1.maddesinde "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ceza mahkemelerinde açılmış bulunan davalardaki şahsi hak talepleri, görevsizlik kararı verilmeyerek bu mahkemelerce sonuçlandırılır." biçimindeki düzenlemeyle de, uygulamada ortaya çıkabilecek olası sorunlara çözüm öngörülmüştür (Aynı yönde bakınız. Ceza Genel Kurulu'nun 24.06.2008 gün ve E:2008/1-126, K:2008/177 sayılı ilamı).

Görüldüğü üzere, 01 Haziran 2005 tarihinden itibaren ceza mahkemelerinde açılan kamu davalarında kişisel hakka hükmedilemeyeceği gibi, bu talepler hakkında görevsizlik kararı verilmesi gerekmektedir (Aynı yönde bakınız. Ceza Genel Kurulu'nun 27.12.2011 gün ve E:2011/3-267, K:2011/297 sayılı ilamı).

Hemen belirtmelidir ki, kamu (ceza) davasının açılmış olması, bu davaya müdahale talebinde bulunulması ve hatta şahsi hak (tazminat talebi) saklı tutulmak suretiyle kamu davasına müdahale talebi, haksız fiilden (suçtan) doğan tazminat alacağı için, BK'nun 133.maddesi bakımından zamanaşımını kesen bir neden olarak kabul edilemez (Aynı yöndeki görüş için bakınız. Baki, Kuru: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt:II, İstanbul 2001, Sahife:1658 vd.; HGK'nun 11.05.1977 gün ve E:1976/4-3068, K:1977/468 sayılı ilamı).

Nihayet, 1 Haziran 2005 tarihi öncesi yukarıda belirtilen 07.12.1955 gün ve 17/26 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, ceza davası devam ettiği sürece kamu davasına müdahale etmek suretiyle şahsi hak istenebilmesine olanak tanınmaktaydı (Mülga 1412 sayılı CMUK m.365/2). Ne varki, yukarıda vurgulandığı üzere, 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nunda ceza davasına katılmak suretiyle şahsi hak istenebilmesine olanak tanınmadığından, bu tarih itibarıyla somut olayda 07.12.1955 gün ve 17/26 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulama imkanı kalmamıştır.

Nitekim, yukarıda vurgulanan ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 09.10.2013 gün ve E:2013/4-36, K:2013/1457 sayılı sayılı ilamında da benimsenmiştir.

Yukarıda yapılan hukuki açıklama ve saptamalar ışığında somut olayın değerlendirilmesinde; davacıların ileri sürdükleri haksız fiil (taksirle adam öldürme) eyleminin gerçekleşme tarihi 18.10.2004'dür.

Davalı sürücü Gültekin Ö.K. hakkında, Erzincan 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 29.07.2008 tarih ve E:2008/203, K:2008/356 sayılı ilamıyla, taksirle ölüme neden olmak suçundan mülga 765 sayılı TCK'nun 455/1, 647 Sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddeleri uyarınca hükmedilen para cezasının ertelenmesine karar verilmiştir. Ceza davasının, eldeki davanın açıldığı tarihte henüz derdest olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda vurgulandığı üzere, mülga 818 sayılı BK'nun 60/2.maddesi gereğince, zarara yol açan eylemin, aynı zamanda suç oluşturması halinde, uygulanacak zamanaşımı süresi, o suç için öngörülen ceza davası zamanaşımı süresidir. Buna göre, haksız eylemin gerçekleştiği 18.10.2004 tarihinde yürürlükte olan mülga 765 sayılı TCK'nun 455/1.maddesinde öngörülen suça ilişkin cezanın üst sınırı dikkate alındığında, aynı Kanununun 102/4.maddesi uyarınca ceza davası zamanaşımı süresi beş (5) yıldır.

Bu durumda, haksız eylemin gerçekleştiği 18.10.2004 tarihi gözetildiğinde, beş (5) yıllık dava zamanaşımı süresinin 18.10.2009 tarihinde dolduğu; eldeki davanın ise, dava zamanaşımı süresi geçtikten sonra 16.06.2010 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacılar, ceza davasına 29.07.2008 tarihinde katılmış iseler de, şahsi hak talebinde bulunmadıklarından, ceza davasına müdahale talebi dava zamanaşımı süresini kesmez.

Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmeler sırasında: ceza davasının henüz derdest olduğu, bu nedenle de henüz dava zamanaşımı süresinin dolmadığı ileri sürülmüş ise de; bu görüş yukarıda belirtilen gerekçelerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemenin, yukarıda açıklanan hususları gözeterek, dava zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle Özel Daire bozma ilamına karşı önceki kararda direnmesi usul ve yasaya uygundur.

Bu nedenle direnme kararı onanmalıdır.

SONUÇ: Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile; direnme kararının yukarıda gösterilen gerekçe ve nedenlerden dolayı **ONANMASINA**, gerekli temyiz ilam harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 6217 Sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440/III-(1).maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 19.02.2014 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

BİLGİ: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda bulunan 47 üyenin 25'i ONAMA, 22'si ise BOZMA yönünde oy kullanmışlardır.

DAVALI-DAVACI KOCANIN EŞİNİN İLK GECEDE BAKİRE OLMADIĞINI İLERİ SÜREREK EVDEN AYRILMASINI İSTEDİĞİ, DAVACI-DAVALI KADININ DA ORTAK KONUTTAN AYRILDIĞI, ANCAK DAVALI-DAVACI KOCANIN BU SURETLE EŞİNE HAKSIZ SUÇLAMADA BULUNDUĞU; BUNA KARŞILIK DAVACI-DAVALI KADININ EVLENDİKTEN SONRA DA BİR BAŞKA ERKEĞİN FOTOĞRAFINI ÇANTASINDA TAŞIMAYA DEVAM EDEREK GÜVEN SARSICI DAVRANIŞ İÇİNE GİRDİĞİ, BÖYLECE EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASINDA TARAFLARIN EŞİT KUSURLU OLDUĞUNUN KABULÜ GEREKİR.

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

**Esas No : 2013/2-623
Karar No : 2014/97**

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "boşanma vs." davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Antalya 5. Aile Mahkemesi'nce asıl davanın kabulüne; birleşen davanın reddine dair verilen 16.02.2011 gün ve 2010/361 E., 2011/181 K. sayılı kararın incelenmesi davalı-birleşen dava davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 22.03.2012 gün ve 2011/9034 E., 2012/6864 K. sayılı ilamı ile;

(... 1- Toplanan delillerden davalı-davacı kocanın eşinin ilk gecede bakire olmadığını ileri sürerek eşinin evden ayrılmasını istediği, davacı-davalı kadının da ortak konuttan ayrıldığı, ancak davalı-davacı kocanın bu suretle eşine haksız suçlamada bulunduğu; buna karşılık davacı-davalı kadının da evlendikten sonra da bir başka erkeğin fotoğrafını çantasında taşımaya devam ederek güven sarsıcı davranış içine girdiği anlaşılmaktadır. Tarafların evlilik birliği temelinden sar-

sılmıştır. Bu sonuca ulaşılmasında tarafların açıklanan eşit kusurlu davranışları etken olmuştur. Bu durumda, boşanmaya davalı-davacı kocanın davasının da kabulü suretiyle karar verilmesi gerekirken; mahkemece yetersiz gerekçeyle kocanın davasının reddine karar verilmesi isabetsiz olmuş; bozmayı gerektirmiştir.

2- Davacı-davalı kadının maddi tazminat talebi düğün giderleri ile ziynetlere ilişkindir. Bu talep boşanmanın fer'i niteliğindeki maddi tazminata ilişkin olmayıp; bağımsız bir talep olarak nispi harca tabidir. Başvurma harcı dava dilekçesindeki bütün talepleri kapsar. Ancak, davacı-davalının açıklanan nitelikteki maddi tazminat talebiyle ilgili nispi peşin harç yatırılmamıştır. Harca tabi davalarda, harç tamamlanmadan yargılamaya devam edilemez. Bu nedenle, davacı-davalı kadına maddi tazminat talebinin nispi peşin harcını tamamlaması için süre verilmesi (Harçlar Kanunu m.30-32) yatırıldığı takdirde davanın (talebin) esasına girilip, gösterilen delillere göre bir karar verilmesi, yatırılmaması halinde ise anılan 30. madde gereğince işlem yapılması gerekirken; mahkemece hatalı nitelendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı-birleşen dava davacısı Musa vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Asıl ve birleşen davalar evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı iddiasına dayalı boşanma, maddi ve manevi tazminat, nafaka isteklerine ilişkindir.

Davacı yan, davalının evlendikleri gece aşırı derecede alkol aldığını, gece beraber olmalarına rağmen bakire olmadığı iftirasını atarak evden

kovduğunu, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ileri sürerek boşanma, maddi ve manevi tazminat ile nafaka istemiştir.

Davalı yan, karşı dava ve birleşen davası ile, davacı kadının başka bir erkekle ilişkisi olduğunu, bakire olmadığını, düğün gecesi bile çantasında sevgilisinin fotoğrafını taşıdığını, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ileri sürerek boşanma, maddi ve manevi tazminat istemiştir.

Mahkemece; "Taraflar arasındaki geçimsizliğin davalı Musa'nın iddiaları sonucunda oluştuğu, aşırı derecede alkol almış kişinin ilk gece ne yaptığını bilmemesinin mümkün olduğu, davacı Gül'e karşı iftira niteliğindeki bakire çıkmadığı, daha önceden ilişkisi bulunduğu yönelttiği söz ve davranışların evlilik birliğini temelinden sarsacak nitelikte bulunduğu" gerekçesi ile davacı Gül'ün boşanma, maddi ve manevi tazminat ile nafaka davasının kabulüne; birleşen davanın reddine karar verilmiştir.

Davalı-davacı M. vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda metni aynen alınan ilam ile hüküm bozulmuştur. Yerel Mahkeme, önceki kararda direnmiştir.

Direnme kararını temyize davalı-davacı M. vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olup olmadıkları, buna göre birleşen dava davacısı M.'nin davasının da kabulünün gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Dosya içeriği, toplanan deliller ve dinlenen tanık beyanlarından; özellikle davalı-davacı kocanın eşinin ilk gecede bakire olmadığını ileri sürerek evden ayrılmasını istediği, davacı-davalı kadının da ortak konuttan ayrıldığı, ancak davalı-davacı kocanın bu suretle eşine haksız suçlamada bulunduğu; buna karşılık davacı-davalı kadının evlendikten sonra da bir başka erkeğin fotoğrafını çantasında taşımaya devam ederek güven sarsıcı davranış içine girdiği, böylece evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında tarafların eşit kusurlu olduğu anlaşıldığından, boşanmaya davalı-davacı kocanın davasının da kabulü suretiyle karar verilmesi gerekir.

Açıklanan nedenlerle, Özel Daire bozma ilamında belirtilen gerekçelerle, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen bozma ilamına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı-birleşen dava davacısı M. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanun'un 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440.maddesi uyarınca, hükmün tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 12.02.2014 gününde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

DAVALI İDARENİN YÜRÜTMEKLE YÜKÜMLÜ BULUNDUĞU KAMU HİZMETİNE İLİŞKİN OLARAK UYGULAMAYA KOYDUĞU PROJE ÇERÇEVESİNDE YOL ÇALIŞMASI YAPTIĞINDAN VE YOL ÇALIŞMASI SIRASINDAKİ KAZI NEDENİYLE ZARARIN DOĞDUĞU İLERİ SÜRÜLDÜĞÜNDEN, DAVA, HİZMET KUSURUNA DAYANMAKTA OLUP, TAM YARGI DAVASI NİTELİĞİNDEDİR. BÖYLE BİR UYUŞMAZLIĞIN İŞE İDARİ YARGI YERİNDE ÇÖZÜMLENMESİ GEREKİR.

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

**Esas No : 2013/4-415
Karar No : 2014/199**

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 7. Sulh Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 20/03/2012 gün ve 2011/2241 E., 2012/354 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 28/06/2012 gün ve 2012/8274-11407 sayılı ilamı ile;

(...Dava, haksız fiil nedeniyle uğranılan maddi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece istemin kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı A. Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı Büyükşehir Belediyesi tarafından yapılan çalışmalar sırasında kendisine ait kablo TV hattına zarar verildiğini öne sürülerek maddi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalının dava dilekçesinin usulüne uygun tebliğine rağmen dosyaya savunma sunmadığı ve duruşmalara katılmadığı anlaşılmaktadır.

Bir kamu kurumunun görevlerinden olan bir işi yapmayı kararlaştırması idari bir karar olduğu gibi, bu kararı yerine getirmek üzere yaptığı işlemler de verilen kararın neticesi olan birer idari eylemdir. Davacı, davalı A. Büyükşehir Belediyesi'nin yaptığı çalışmalar sırasında Kablo TV hattına zarar verdiğini ileri sürerek, hizmet kusuru niteliğindeki eylemine dayandığına göre bu tür isteklerin, 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Yasasının 2/1-b maddesi gereğince, idari yargı yerinde tam yargı davası olarak ileri sürülmesi gerekir. Bu davalara bakma görevi idari Yargı yerine aittir. Mahkemece; dava dilekçesinin yargı yolu bakımından reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenmesi doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...)

gereğince bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, belediyenin yol çalışmaları esnasında davacıya ait kablolarla verdiği zararın ödetilmesi istemine ilişkindir.

Davacı, davalı Büyükşehir Belediyesi tarafından yapılan çalışmalar sırasında kendisine ait kablo TV hattına zarar verildiğini öne sürülerek maddi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalının dava dilekçesinin usulüne uygun tebliğine rağmen dosyaya savunma sunmadığı ve duruşmalara katılmadığı anlaşılmaktadır.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, davalı vekilinin temyizi üzerine; Özel Dairece yukarıda metni başlık bölümünde alınan ilam ile bozulmuş; yerel mahkeme, davalının eyleminin hak-

sız fiil niteliğinde olduğu, bu davaya bakma görevinin de adli yargıda olduğu gerekçesi ile önceki kararında direnmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı A. Büyükşehir Belediye Başkanlığı tarafından gerçekleştirilen eylemin haksız fiilden mi, yoksa hizmet kusurundan mı kaynaklandığı; varılacak sonuca göre davanın idari yargıda mı yoksa adli yargıda mı görülüp sonuçlandırılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

11.02.1959 gün ve E:1958/17, K:1959/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının 1.bendinde açıkça ifade edildiği gibi; bir kamu kurumu tarafından verilen kararlar üzerine plan ve projesine göre bir yol yapılması dolayısıyla evinin duvarı yıkılan veya bodrumunu sel basan, su tesisinin bozukluğu yahut bakımındaki ihmal yüzünden tarlasını sular basıp, tarlası kullanılamaz hale gelen kimsenin uğradığı zararlar gibi zararlar, idari kararın ve fiilin neticesinde meydana gelen zararlar-
dır.

Zira bir kamu kurumunun görevlerinden olan bir işi yapmayı kararlaştırması idari bir karar olduğu gibi, bu kararı yerine getirmek üzere plan ve projeler yapıp, o plan ve projeler gereğince işi görmesi de kararın neticesi olan birer idari eylemdir. O halde bu fiillerden doğan zararların ödettilmesi istekleri, 2557 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi hükmünce bir tam yargı davasıdır ve bu davalara bakmaya idari yargı yeri görevlidir.

Kısaca; 11.02.1959 gün ve 17/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, kamu kuruluşlarının verdikleri kararlar sonunda plan ve projelerine uygun olarak tesisler yaptırmış olmaları ya da bu tesisleri kullanmaları yahut tesislere bakmaları nedeniyle kişilerin uğramış oldukları zararların ödetilmesine ilişkin davalar idari davalardan olup, bu tür davalara bakmaya idari yargının görevli olduğu benimsenmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 06.12.1999 gün ve E:1999/38 K:1999/40 sayılı kararında ise; "idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu plan ve projeye göre meydana getirdiği yol, kanal, baraj, su yolları, su şebekesi gibi

tesislerin kurulması işletilmesi ve bakımı sırasında kişilere verdiği zararların tazmini istemiyle açılacak davaların görüm ve çözümünün idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılacak tam yargı davaları kapsamında yargısal denetim yapan idari yargı yerine ait olduğu" vurgulandıktan sonra; "Kamu hizmetinin, yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin; kamu yararına uygun şekilde işletilip işletilmediğinin; dolayısıyla, olayda hizmet kusuru ya da başka bir nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının yargısal denetiminin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde 'idari dava türleri' arasında sayılan 'idari işlem ve eylemlerden dolayı zarara uğrayanlar tarafından açılacak tam yargı davası' kapsamında idari yargı yerlerince yapılacağına" işaret edilmiş ve idarenin görevinde olan kamu hizmetini yürüttüğü sıradaki eyleminden doğan zararın giderilmesine yönelik olarak açılan davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Gerçekten, idari eylem ve işlemlerden dolayı zarar gören kişiler tarafından açılacak "tam yargı" davaları idari yargı yerinde görülür ve çözümlenir. İdari eylem, kamu idare ve kurumlarının kamu görevine ilişkin, idare hukuku kural ve gereklerine göre yaptığı olumlu veya olumsuz davranış ve fiillerden ibarettir. İdari işlem ise, idari kanunlara dayanılarak yapılan muamelelere denilmektedir. İdarenin eylem ve işlemleri, onun kamu hukuku alanındaki kamu gücünü (kamu otoritesini) kullanarak, idare hukuku kural ve gerekleri uyarınca yaptığı faaliyetlerin, hukuki ve maddi hayattaki görünümüdür.

Kamu idare ve kurumlarının, kamu otoritesinin (egemenlik hakkının) bir temsilcisi olarak yaptığı faaliyetlerinde veya ondan doğan eylemlerinde hizmet unsuru söz konusudur.

O halde; kamu kurumlarının faaliyet alanı içerisine giren kamu hizmetlerini yerine getirirken sebebiyet verdikleri zararların tazmini için açılan davaların hizmet kusuruna dayanması nedeniyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesi gereğince idari yargı yerinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.

Nitekim aynı ilkeler, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.04.2007 gün ve 2007/4-141-188 sayılı ilamında da benimsenmiştir.

Somut olayda; davalı idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetine ilişkin olarak uygulamaya koyduğu proje çerçevesinde yol çalışması yaptığından ve yol çalışması sırasındaki kazı nedeniyle zararın doğduğu ileri sürüldüğünden, dava, hizmet kusuruna dayanmakta olup, tam yargı davası niteliğindedir. Böyle bir uyuşmazlığın ise idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekir.

Genel Kurulda'ki görüşmeler sırasında bazı üyelerce, davalı idarenin söz konusu işi taşaron bir firmaya yaptırdığı ve davaya konu zararın taşaron firma tarafından meydana getirildiğinden, Borçlar Kanunu'nun adam çalıştırmanın sorumluluğu ilkelerine göre, eldeki uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiği, bu bakımdan görevin adli yargı mahkemelerinde bulunduğu görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir.

Yukarıda belirtilen maddî ve yasal olgular dikkate alındığında; mahkemece dava dilekçesinin yargı yolu bakımından reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenmesi doğru değildir.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının özel daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa eklenen "geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 05/03/2014 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

HAKSIZ ŞİKAYET YA DA HAKSIZ CEZA DAVASI AÇILDIĞI HUKUKSAL SEBEBİNE DAYANAN MANEVİ TAZMİNAT DAVALARINDA, ŞİKAYET YA DA DAVA HAKKININ KÖTÜYE KULLANILIP KULLANILMADIĞI, BİR BAŞKA İFADE İLE ŞİKAYETİN VEYA DAVANIN HUKUKA AYKIRI OLUP OLMADIĞI SORUNU ANCAK, ŞİKAYETÇİNİN VEYA DAVACININ ŞİKAYETİNE DAYANAK YAPTIĞI KANITLARIN HUKUK HAKİMİ TARAFINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ İLE ÇÖZÜMLENMELİDİR.

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

**Esas No : 2013/4-418
Karar No : 2014/200**

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından Dolayı yapılan yargılama sonunda; Bursa 5. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 18/10/2010 gün ve 2010/131 E., 2010/495 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 15/03/2012 gün ve 2011/1743 E., 2012/4167 K. sayılı ilam ile;

"Dava, haksız Şikayet nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan dolayı uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Yerel mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, davalı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, davalı tarafından haksız olarak Şikayet edildiğini, bu yüzden kişilik haklarının zarar gördüğünü iddia ederek manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalı ise, hakkını aramak için dilekçe verdiğini, kendisi yönünden şikayetin haklılığını gerektirecek nedenler olduğunu belirterek istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Yerel mahkemece, davalının şikayet hakkını kullanmasına gerekçe olarak gösterdiği nedenlerin yetersiz ve dayanaksız olduğu, şikayet dilekçesinin anayasal şikayet hakkının kullanılması niteliğinde olmadığı gerekçesi ile istemin bir bölümünün kabulüne karar verilmiştir.

Şikayet hakkı, diğer bir deyimle hak arama özgürlüğü; Anayasa'nın 36. maddesinde; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" şeklinde yer almıştır. Hak arama özgürlüğü bu şekilde güvence altına alınmış olup; kişiler, gerek yargı mercileri önünde gerekse yetkili kurum ve kuruluşlara başvurmak suretiyle kendilerine zarar verenlere karşı haklarının korunmasını, yasal işlem yapılmasını ve cezalandırılmalarını isteme hak ve yetkilerine sahiptir.

Anayasanın güvence altına aldığı hak arama özgürlüğünün yanında, yine Anayasanın "Temel Haklar ve Hürriyetlerin niteliği" başlığı taşıyan 12. maddesinde herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtildikten başka, 17. maddesinde de, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunduğu da düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde, kişilik haklarına yapılan saldırının unsurları belirtilmiş ve hukuka aykırılığı açıklanmıştır. 25. maddesinde ise, kişilik haklarına karşı yapılan saldırının dava yolu ile korunacağı açıklanmış, BK.nun 49. maddesinde ise saldırının yaptırımını düzenlemiştir.

Hak arama özgürlüğü ile kişilik haklarının karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin bu iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Daha az üstün olan yararın, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Hak arama özgürlüğü, diğer özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız olmayıp kişi salt başkasını zararlan-

dırmak için bu hakkı kullanamaz. Bu hakkın hukuken korunabilmesi ve yerinde kullanıldığının kabul edilebilmesi için şikayet edilenin cezalandırılmasını veya sorumlu tutulmasını gerektirecek yeterli kanıtların mevcut olması da zorunlu değildir. Şikayeti haklı gösterecek bazı emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığı yeterlidir. Bunlara dayanarak başkalarının da aynı olay karşısında davalı gibi davranabileceği hallerde şikayet hakkının kullanılmasının uygun olduğu kabul edilmelidir. Aksi halde şikayetin hak arama özgürlüğü sınırları aşarak kullanıldığı, kişilik değerlerine saldırı oluşturduğu sonucuna varılmalıdır.

Somut olayda toplanan kanıtlar ve dosya kapsamından, davalının uzun yıllardır B.O. Belediyesi ile hukuki ihtilaflar yaşadığı, bu ihtilafların halli için sık sık yargıya başvurmak zorunda kaldığı, açtığı davaların çoğunu kazandığı anlaşılmaktadır. En son ise O. Belediyesi tarafından davalıya ait işyerinin yapı ruhsatı ve yapı kullanım izin belgesi iptal edilmiştir. Davalı bu işlemin iptali için Bursa İdare mahkemesinde dava açmış, mahkemece, alınan bilirkişi raporunda ruhsata aykırı imalat olmadığı tespit edilmesi üzerine işlemin iptaline karar verilmiş, davalı O. Belediyesinin temyizi üzerine usulü nedenlerle Danıştay ilgili dairesince karar bozulmuş, mahkemece bozmaya uyularak davanın reddine karar verilmiştir. Davalı tarafından yeniden açılan dava ise süresinde olmadığı gerekçesiyle reddedilince davalı tarafından B.O. Belediyesi Başkanlığına davaya konu şikayet dilekçesi verilmiştir. Şikayet dilekçesi incelendiğinde davalının, 1994 yılından beri haksızlığa uğradığını düşündüğü konularla ilgili olarak tek tek açıklamalar yaptığı, mağduriyetine sebebiyet veren işlemleri tesis eden belediye görevlileri hakkında şikayette bulunduğu, dilekçesine yargı kararlarını da eklediği görülmektedir. Bu durumda, şikayetin az da olsa hukuken korunması gereken emarelere dayandığı ve davalının şikayet hakkını yasal sınırlar içinde kullanarak kullandığı sonucuna varılmaktadır. Yerel mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, istemin tümünden reddedilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle, davalının manevi tazminat ile sorumlu tutulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir..."

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yerel mahkemece yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü.

Dava, haksız şikayet nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan dolayı uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir.

Davacı, davalı tarafından haksız olarak şikayet edildiğini, bu yüzden kişilik haklarının zarar gördüğünü iddia ederek manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalı ise, hakkını aramak için dilekçe verdiğini, kendisi yönünden şikayetin haklılığını gerektirecek nedenler olduğunu belirterek istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Yerel mahkemece, davalının şikayet hakkını kullanmasına gerekçe olarak gösterdiği nedenlerin yetersiz ve dayanaksız olduğu, şikayet dilekçesinin anayasal şikayet hakkının kullanılması niteliğinde olmadığı gerekçesi ile istemin kısmen kabulüne dair verilen karar, davalı vekilinin temyizi üzerine; Özel Dairece, metni aynen yukarıda başlık bölümünde alınan ilam ile bozulmuş; mahkemece, önceki gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını, davalı vekili temyize getirmektedir.

Bozma ve direnme kararlarının kapsamına göre Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalının O. Belediye Başkanlığı'na verdiği, 06.01.2010 tarihli dilekçe ile şikayet hakkını yasal sınırlar içerisinde kullanıp kullanmadığı; buradan varılacak sonuca göre davacı yararına manevi tazminat verilip verilmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Dava, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 24. maddesi ile korunan kişilik haklarına yapılan saldırı nedeniyle mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu(BK)'nun 49. maddesine dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir.

Hukuk Genel Kurulu'nun 09.04.1982 gün ve E:1981/4-56, K:1982/348 sayılı kararında da belirtildiği üzere, kişilik hakları, kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan, herkese karşı ileri sürülebilen ve kaynağını Anayasa'dan alan; yani Anayasa'nın teminatı altında bulunan mutlak bir haktır. Ne var ki, bunun yanında yine kaynağını Anayasa'dan alan başka hak ve özgürlükler de vardır. Anayasa'nın 36. maddesinde "Hak arama hürriyeti" olarak tanımlanan ve "yargı mercileri önünde hak arama, ihbar ve şikayet ve dava açma" özgürlüklerini de kapsayan haklar buna örnek olarak gösterilebilir. Hiç kuşku etmemek gerekir ki, sözü edilen bütün bu hak ve özgürlükler asla sınırsız değildir. Diğer bir anlatımla, toplumda sulh ve huzurun gerçekleşmesi, adil bir dengenin kurulabilmesi için, bu Anayasal hakların gösterdikleri özellikler itibariyle başkalarının hak ve çıkarlarıyla olan ilişkilerine göre daraltılması ve genişletilmesi gerekir. Bu da, bütün haklarda olduğu gibi, kişiliğin korunmasının sınırsız olmadığını gösterir. BK'nun 49. maddesinde açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte, hukuka aykırılık burada da sorumluluğun vazgeçilmez bir ögesidir.

Hukuka aykırılık bir değer yargısıdır. Eylemin hukuka aykırılığı, davranış kurallarının çiğnenmesi ile ortaya çıkar. Burada değer yargısının belirlenebilmesinin ölçüsü olarak, hukuk kuralı gözönünde tutulur (Selim Kaneti, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Kazancı, 1. Basi, İstanbul 2007, s. 34, 92-93).

Kişilik haklarının ihlali kural olarak, hukuka aykırı sayılır. Ne var ki, tecavüz edenin, zarar görenin kişilik haklarına müdahalede bulunmak hususunda bir hakkı mevcut olduğu takdirde, ihlâlin hukuka aykırılığı ortadan kalkacaktır. İşte bu şekilde hak ve çıkarların karşı karşıya gelmesi, yani hukuki çıkarların (yararların) çatışması halinde çatışan çıkarlar arasındaki sınırın TMK'nun 1. maddesindeki ana kural uyarınca, hâkim tarafından büyük bir özenle çizilmesi gerekir (S. Kaneti, age., s. 231, 263).

Hakim, çatışan çıkarlar arasındaki bu sınırı TMK'nun anılan maddesi uyarınca hukuk yaratarak belirlerken, adalete uygun bir sonuca varması için öğretide ve uygulamada kabul edilmiş ve genelleşmiş olan kıstaslardan da yararlanmalıdır. Kabul olunan bu genel kıstaslara göre;

kişilik haklarına vaki saldırının hukuka uygun sayılması için (özellikle hak arama özgürlüğü söz konusu olan hallerde); herşeyden önce kişinin hukukça korunan bir üstün hak ve çıkarının bulunması gerekir. Bir başka söyleyişle, kişilik haklarının ihlali görünümünü taşıyan açıklamalar, başkalarının ya da kamunun üstün çıkarlarını korumak amacıyla yapılmışsa, doğru amaca yönelik olduklarından hukuka aykırı sayılamaz. Bu açıdan zabıtaya ya da suçları kovuşturmaya yetkili makamlara yapılan ceza şikayetleri, ihbarlar, kişisel ceza davaları, yetkili merciler nezdinde yapılan icra kovuşturmaları, açılan hukuk davaları kural olarak hukuka aykırı değildir. Zira, hukukça korunan haklı bir çıkarın elde edilmesi için hareket edildiği sırada bir başkasının kişilik hakkı saldırıya uğramış ise, artık kişilik hakkı üzerindeki hukuki himaye, başkalarının hak ve özgürlüğü yararına ortadan kalkmalıdır. Hiç kuşku yok ki, hukuken korunan varlıklar olarak haysiyet, şeref ve hak arama özgürlüğü soyut kavramlar olarak ele alındığında birinin diğerine üstünlüğü yoktur. Ancak, somut olaydaki nisbi kıymeti nazara alındığında sırf bu tecavüz bakımından kişinin davranış özgürlüğü, saldırıya uğrayan kişilik hakkından üstün olabilir (Haluk Tandoğan, Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XX, 1963, Sayı: 4, Sayfa:1-36).

Ancak, bu sonuca ulaşabilmek, böyle bir değer yargısına varabilmek ve dolayısıyla tecavüzün hukuka uygun olduğunu kabul edebilmek için, hukukça korunan üstün hak ve çıkarın varolması asla yeterli değildir; aynı zamanda bu hak ve çıkarın kötüye kullanılmamış olması da gerekir.

Şikayet hakkı, diğer bir deyimle hak arama özgürlüğü; Anayasa'nın Hakların Korunması ile ilgili Hükümler başlığı altında ve 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu şekli ile yer almıştır. Bu düzenleniş biçimi itibarıyla kişinin hak arama özgürlüğünün güvence altına alındığı görülmektedir. İşte bundan dolayıdır ki kişi, gerek yargı mercileri önünde ve gerekse yetkili kurum ve kuruluşlara başvurmak suretiyle kendisine zarar veren kişilere karşı, haklarının korunmasını, bunun sonucu olarak zarar veren

hakkında yasal işlem yapılmasını ve bu bağlamda cezalandırılmasını isteme hak ve yetkisine sahiptir.

Anayasanın güvence altına aldığı hak arama özgürlüğünün yanında, yine Anayasanın Temel Haklar ve Hürriyetlerin niteliği başlığını taşıyan 12. maddesinde de herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtildikten başka, 17. maddesinde de, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunduğu da düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Medeni Kanununun 24.maddesinde, kişilik haklarına yapılan saldırının unsurları belirtilmiş ve hukuka aykırılığı açıklanmıştır. 25. maddesinde ise, kişilik haklarına karşı yapılan saldırının dava yolu ile korunacağı belirtilmiş, BK.nun 49. maddesinde de saldırının yaptırımını düzenleme altına alınmıştır.

Görüldüğü üzere, Anayasa'da ve yasalarda kişinin hak arama özgürlüğü ile kişilik değerleri güvence altına alınmıştır.

İşte bu noktada, hak arama özgürlüğü ile kişilik hakları karşı karşıya gelmiş olabilir. Sorun bu değerlerden hangisine üstünlük tanınacağı noktasında toplanmaktadır. Bir taraftan kişinin hak arama özgürlüğü güvence altına alınmışken, diğer taraftan kişilik hakları da Anayasal ve yasal güvence altına alınmıştır. Buna karşın kişi, hakkını ararken, karşı yanın kişilik değerlerine saldırıda bulunabilir. Onu hukuka aykırı bir eylemle suçlayabilir.

Hukukun, karşı karşıya gelen bu iki değeri aynı konuda ve zamanda koruma altına aldığı düşünülemez. Aksi halde, hukukun kendisi kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında konu biraz yakından incelendiğinde her iki değer aynı anda birbirine karşı korunmadığı, çatışma durumunda somut olaydaki özelliğe göre birinin diğerine üstün tutulduğu görülecektir.

Şu durumda uyumsuzluğun çözümünde, hak arama özgürlüğünün, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız olmadığı, diğer bir anlatımla kişi, istediği biçim ve koşulda ve salt başkasını zararlandırmak için bu hakkı kullanamayacağı, aksi halde bu hakkı kötüye kullanmış sayılacağı kabul edilerek, Anayasa ve yasaların öngördüğü güvenceden yararlanamayacaktır.

Bu hakkın hukuken korunabilmesi ve yerinde kullanıldığıнын kabul edilebilmesi için, şikayet edilenin cezalandırılmasını veya sorumlu tutulmasını gerektirecek yeterli kanıtların olması zorunlu değildir. Şikayeti haklı gösterecek bazı emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığı yeterlidir. Bu olgu veya emareye dayanılarak, başkalarının da böyle bir olay karşısında, davalı gibi hareket etmesinin uygun görüleceği diğer bir anlatımla orta düzeydeki kişinin de somut olaydaki gibi davranacağı ve bu çerçevenin içinde kalan şikayet hakkının yerinde kullanıldığı kabul edilmelidir. Aksi halde şikayetin hak arama özgürlüğü sınırları aşarak kullanıldığı ve şikayet edilenin kişilik değerlerine saldırı oluşturduğu sonucuna varılmalıdır.

Bu genel açıklamalardan sonra belirtilmelidir ki, 2709 sayılı T. C. Anayasası ve yasalarında kişinin hak arama özgürlüğü ile kişilik değerleri güvence altına alınmıştır.

Bunun yanında kaynağını yine Anayasa'dan alan şikayet hakkı, diğer bir ifade ile hak arama özgürlüğü; 2709 sayılı T. C. Anayasası'nın hakların korunması ile ilgili hükümler başlığı altındaki 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu şeklinde yer almıştır. Bu düzenleniş biçimi itibarıyla kişinin hak arama özgürlüğünün güvence altına alındığı görülmektedir. İşte bundan dolayıdır ki, kişi gerek yargı mercileri önünde ve gerekse yetkili kurum ve kuruluşlara başvurmak suretiyle kendisine zarar veren kişilere karşı, haklarının korunmasını, zarar veren hakkında yasal işlem yapılmasını ve bu bağlamda cezalandırılmasını isteme hakkına sahiptir.

Anayasa'nın güvence altına aldığı hak arama özgürlüğünün yanında, Temel Haklar ve Hürriyetlerin Niteliği başlığını taşıyan 12. maddesinde de, herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtilmekte olup, 17. maddesinde ise herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu da düzenleme altına alınmış bulunmaktadır.

Konuya ilişkin olarak;

4721 sayılı TMK'nun 24. maddesinde;

"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar yada kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

Mülga 818 sayılı BK'nun 49. maddesinde ise;

"Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir." hükümleri yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, 4721 sayılı TMK'nun 24. maddesinde; hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırı karşısında, saldırılan kimseye hukuki koruma sağlanacağı, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu, 818 sayılı BK'nun 49. maddesinde ise, şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişinin, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebileceği hükme bağlanmıştır.

TMK'nun 24. maddesi ile BK'nun 49. maddesinin incelenmesinde diğer yasal düzenlemelere nazaran daha kapsamlı oldukları görülmektedir.

TMK 24'de düzenlenmiş olan şahsiyet hakları da genel olarak korunmuş haklar arasındadır. TMK 24/II gereğince şahsiyet haklarının çiğnenmesinden ötürü, maddi ya da manevi tazminat "ancak kanunun tayin ettiği halde ikame olunur". BK. m. 49, TMK. m.24/II'nin şahsiyet haklarının çiğnenmesinden ötürü tazminat talebine koyduğu sınırı bütünü kaldırmış, maddi tazminat talebini BK. m.41'deki genel şartlara bağlamıştır. Manevi tazminat talebi için ise, genel bir hüküm koymuş olmakla birlikte, ayrıca ihlalin ve kusurun özel ağırlığını da aramıştır. Bu duruma göre, şahsiyet haklarının çiğnenmesi BK. m.41 anlamında hukuka aykırılıktır ve bu hükümdeki şartların gerçekleşmesi halinde, maddi tazminat talebine yer verir. Hakim hangi şahsiyet haklarının korumadan yararlanacaklarını, bu varlıklarının sınırının ne olduğunu, kişinin şahsiyet hakları ile diğer insanların faaliyet hürriyetinin çatışması halinde, hangi menfaatin ağır basacağını, genel hukuk ilkelerine, hayat gereklerine, adalet düşüncesine ve çatışan menfaatlerin değerine göre tespit edecektir (S. Kaneti, age., s. 203-204).

Diğer bir ifade ile, hukuksal alanda, hak arama özgürlüğü ile kişilik hakları karşı karşıya gelmiş olabilir. Sorun bu değerlerden hangisine üstünlük tanınacağı noktasında toplanmaktadır. Bir taraftan kişinin hak arama özgürlüğü güvence altına alınmışken, diğer taraftan kişilik hakları da Anayasal ve yasal güvence altına alınmıştır. Buna karşın kişi, hakkını ararken, karşı yanın kişilik değerlerine saldırıda bulunabilir.

Hukukun, karşı karşıya gelen bu iki değeri aynı konuda ve zamanda koruma altına aldığı düşünülemez. Aksi halde, hukukun kendisi kendi kuralları ile çatışmış olur.

Hiç kuşkusuz bütün bu hak ve özgürlükler sınırsız değildir. Anayasal hakların gösterdikleri özellikler itibariyle; başkalarının haklarıyla olan ilişkilerine göre daraltılması veya genişletilmesi gerekir. Bu kapsamda konu değerlendirildiğinde çatışma durumunda her iki değer aynı anda birbirine karşı korunmadığı, somut olaydaki özelliğe göre birinin diğerine üstün tutulduğu görülecektir.

Kişilik haklarına yapılan saldırının hukuka uygun sayılması için her şeyden önce kişinin hukukça korunan bir üstün hak ve çıkarının bu-

lunması gerekir. Kişilik haklarının ihlali görünümünü taşıyan eylem ve açıklamalar başkalarının veya kamunun üstün çıkarını korumak için yapılmışsa, doğru amaca yönelik olduklarından hukuka aykırı sayılmaz. Bu nedenle zabıtaya ya da suçları kovuşturmakla yetkili makamlara yapılan ceza şikayetleri, ihbarlar, kişisel ceza davaları, yetkili mercilerde yapılan icra takipleri, açılan hukuk davaları hukuka aykırı değildir.

Ancak tecavüzün hukuka uygun olduğunu kabul edebilmek için, hukukça korunan üstün hak ve çıkarın olması yeterli değildir; aynı zamanda bu hak ve çıkarın kötüye kullanılmamış olması da gerekir.

Hak arama özgürlüğünün kullanım şekillerinden biri olan şikayet, yanlışları tartışmanın ve bunlara olası çözümler bulabilmenin bir yolu olduğuna göre serbestçe dile getirilebilmelidir. Hak arama özgürlüğü bağlamında ele alınacak olan şikayet hakkı, meşru bir amaç için kullanılırken, içeriğine konu bilgi (olgular) ile kanaatler (değer yargıları) açısından bir değerlendirmeye tabi tutulabilir. Olgular kanıtlanabilir; oysa değer yargılarının doğruluğu kanıtla başvurulacak ortaya konamaz. Kanaatler, bir olay ya da durum konusunda bir bakış açısını veya kişisel bir değerlendirmeyi dile getirir; bunların doğru ya da yanlış olduklarının kanıtlanması olanaksızdır. Fakat kanaatin temelini oluşturan olguların doğru ya da yanlış olduğunu kanıtlamak mümkündür.

Şikayet, kullanılması bir hak olmasının yanında, kişiye sorumluluk da yüklemektedir. Şikayet hakkının kötüye kullanılmış olup olmadığının tespitinde bakılacak unsur şikayet hakkının amaca uygun olarak kullanılmış olmasıdır. Amaca uygunluk öz çıkarın korunması ile mümkündür. İlgili makamlara yapılan şikayet ve ihbar, açılan ceza davaları, bu hakkın koruduğu çıkarı elde etmek için yapılmışsa amaca uygun bir davranış olarak hukuka da uygundur. Ancak bu hak öz çıkarın korunması yerine başkasını zarara uğratmak için kullanılmışsa artık hukuka uygunluktan söz edilemeyecektir. Başkasını zarara uğratmak için bir hakkın kullanımı iyiniyet kurallarına aykırıdır.

Öte yandan, şikayet hakkı amaca uygun olmak yanında uygun araçlarla da kullanılmalı, hakkın kullanılmasında gerçek olaylara dayanılmalı ve aşırı davranılmamalıdır. Salt kötü düşünce ile yapılan ve

temelindeki olaylar gerçek olmayan şikayet veya ihbar hukuka aykırı davranış niteliğindedir.

Şikayet hakkının kötüye kullanıldığından söz edebilmek için ihbar veya şikayetin karşı tarafın suçsuzluğunu bilerek zararlandırmak veya küçük düşürmek amacıyla yapılması yahut şikayet konusu hakkında delil ve emare olmadığı halde şikayetin yapılmış olması gerekir.

Bu nedenle ihbar veya şikayetin temelini oluşturan maddi olguların ciddi ve inandırıcı kanıtlarla desteklenmesi gereklidir. Bu hakkın hukuken korunabilmesi ve yerinde kullanıldığının kabul edilebilmesi için, şikayet edilenin cezalandırılmasını veya sorumlu tutulmasını gerektirecek yeterli kanıtların olması zorunlu değildir.

Şikayeti haklı gösterecek bazı emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığı yeterlidir. Bu olgu veya emareye dayanılarak, başkalarının da böyle bir olay karşısında, davalı gibi hareket etmesinin uygun görüleceği, diğer bir anlatımla orta düzeydeki kişinin de somut olaydaki gibi davranacağı ve bu çerçevenin içinde kalan şikayet hakkının yerinde kullanıldığı kabul edilmelidir. Aksi halde şikayetin hak arama özgürlüğü sınırları aşarak kullanıldığı ve şikayet edilenin kişilik değerlerine saldırı oluşturduğu sonucuna varılmalıdır.

Haksız şikayet ya da haksız ceza davası açıldığı hukuksal sebebine dayanan manevi tazminat davalarında, şikayet ya da dava hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı, bir başka ifade ile şikayetin veya davanın hukuka aykırı olup olmadığı sorunu ancak, şikayetçinin veya davacının şikayetine dayanak yaptığı kanıtların hukuk hakimi tarafından değerlendirilmesi ile çözümlenmelidir.

Açıklanan ilkeler, Hukuk Genel Kurulu'nun 11.04.2001 gün ve E:2001/4-340, K:2001/354; 24.11.2004 gün ve E:2004/4-604, K:2004/608; 10.10.2001 gün ve E:2001/4-602, K:2001/680; 09.02.2005 gün ve E:2005/4-13, K:2005/37; 21.09.2005 gün ve E:2005/4-468, K:2005/514; 22.03.2006 gün ve E:2006/4-66, K:2006/99; 04.06.2008 gün ve E:2008/4-421, K:2008/422; 30.5.2012 gün ve E:2011/4-728, K:2012/328 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında somut olayın incelenmesinde; davalının uzun yıllardır B.O. Belediyesi ile hukuki ihtilaflar yaşadığı, bu ihtilafların halli için sık sık yargıya başvurmak zorunda kaldığı, açtığı davaların çoğunu kazandığı anlaşılmaktadır. En son ise, O. Belediyesi tarafından davalıya ait işyerinin yapı ruhsatı ve yapı kullanım izin belgesi iptal edilmiştir. Davalı bu işlemin iptali için Bursa İdare mahkemesinde dava açmış, mahkemece, alınan bilirkişi raporunda ruhsata aykırı imalat olmadığı tespit edilmesi üzerine işlemin iptaline karar verilmiş, davalı O. Belediyesinin temyizi üzerine usulü nedenlerle Danıştay ilgili dairesince karar bozulmuş, mahkemece bozmaya uyularak davanın reddine karar verilmiştir. Davalı tarafından yeniden açılan dava ise süresinde olmadığı gerekçesiyle reddedilince davalı tarafından B.O. Belediyesi Başkanlığına davaya konu şikayet dilekçesi verilmiştir. Şikayet dilekçesi incelendiğinde davalının, 1994 yılından beri haksızlığa uğradığını düşündüğü konularla ilgili olarak tek tek açıklamalar yaptığı, mağduriyetine sebebiyet veren işlemleri tesis eden belediye görevlileri hakkında şikayette bulunduğu, dilekçesine yargı kararlarını da eklediği görülmektedir. Bu durumda, şikayetin az da olsa hukuken korunması gereken bazı emarelere dayandığı ve yasal sınırlar içinde kalarak kullanıldığı sonucuna varılmaktadır.

Yerel mahkemece, yukarıda yapılan hukuki ve maddi saptamalar gözetilerek açılan davayı reddetmesi gerekirken, yazılı şekilde manevi tazminata karar vermesi doğru görülmemiştir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440.maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 05.03.2014 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

DAVALININ İŞLETTİĞİ TATİL KÖYÜNDE DAVACILARIN KONAKLADIĞI DÖNEMDEN KISA BİR SÜRE SONRA YAPILAN DENETİMLERDE SAĞLIĞA ZARARLI, SON KULLANMA TARİHİ GEÇMİŞ VE MENŞEİ DE TESPİT EDİLEMİYEN ET ÜRÜNLERİ VE BU ARADA AYRICA DOMUZ ETİNİN DE TESPİT EDİLDİĞİ GÖRÜLMÜŞTÜR. BU DURUMDA DAVACILARIN KALDIKLARI DÖNEMDE KENDİLERİNE DE BU ETLERDEN YEDİRİLDİĞİ KANAATI İLE AÇTIKLARI MANEVİ TAZMİNAT İSTEMİNİN KABULÜNE İLİŞKİN MAHKEME KARARI YERİNDEDİR.

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

**Esas No : 2013/13-492
Karar No : 2014/87**

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki " tazminat " davalarından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 7. Tüketici Mahkemesince davaların kısmen kabulüne dair verilen 21.02.2012 gün, 2007/798 E. – 2012/138 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 24.05.2012 gün, 2012/9272 E. - 2012/13487 K. sayılı bozma ilamı ile;

(...Davacılar asıl ve birleşen davalarında yurtdışından 29.7.2007 tarihinde davalının işlettiği otele her şey dâhil sistemde tatil amaçlı olarak geldiklerini, otel hizmetlerinden yararlandıklarını, ancak 20.9.2007 tarihinde S. TV kanalında yayınlanan "....." programında, kaldıkları otelin de aralarında bulunduğu otellerde domuz eti verildiğine dair haberler yer aldığını, bu olayın kişilerin sağlığını ve inançlarını hiçe saymak olduğunu, maddi ve manevi zararları oluştuğunu ileri sürerek 100'er TL maddi 50.000 TL manevi tazminatın faizi ile tahsilini istemişlerdir.

Davalı, otellerine konaklamak amacıyla gelen davacılara domuz eti yedirilmediğini, yabancı turistler için domuz eti bulundurmanın da doğal olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davalı tarafından ayıplı hizmet sunulduğu gerekçesiyle Borçlar Kanununun 42. 43. ve 49. maddeleri gözetilerek esas ve birleşen davalar yönünden 100,00'er TL maddi 2000,00'er TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Toplanan delillerden, incelenen yayın kasetinden ve Tarım ve Köy İşleri Bakanlığının 4.9.2007 tarihli kontrol ve denetim tutanağından 4.9.2007 itibariyle davalı otelin soğuk hava deposunda mühürsüz ve menşei belli olmayan 200 kg domuz eti bulunduğu, anılan otele idari para cezası uygulandığı, otel genel müdürü hakkında menşei belli olmayan ve denetimi yapılmayan domuz eti bulundurmamak suçundan dolayı ceza mahkemesinde dava açıldığı yapılan yargılama sonucunda TCK 186 maddesinde öngörülen suçun unsurlarının oluşmaması nedeniyle beraat kararı verildiği anlaşılmıştır.

Davacılar her ne kadar 29.7.2007 tarihinde davalının işlettiği otelde konakladıklarını, bu tarihten yaklaşık iki ay sonra bir televizyon programını izlerken anılan otelde domuz eti bulundurulduğunu öğrendiklerini ileri sürerek eldeki davayı açmış iseler de; otelde kaldıkları tarih itibariyle anılan yerde domuz eti bulundurulduğunu, bulundurulan bu etlerden yanılmak suretiyle kendilerine de yedirildiğini ispat etmiş değillerdir. Davacıların otelde kaldığı tarihten 37 gün sonra 4.9.2007 tarihinde yetkililerce otelde domuz eti bulundurulduğuna dair tutanak tutulmuş; anılan haberin TV de yayınlanması üzerine eldeki davalar açılmıştır.

Davacılar davalı tarafından kendilerine 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 4/A maddesinde öngörülen ayıplı hizmetin verildiğini ve Borçlar Kanununun 49. maddesinde öngörülen manevi tazminat şartlarının oluştuğunu ispat edemedikleri gibi hizmetin verildiği tarih itibariyle de kendilerine domuz eti yedirildiğine dair herhangi bir tespit yapılmamıştır. Sonradan otelde domuz eti bulundu-

rulduğunun tespit edilmiş olması davacılara da domuz eti yedirildiği sonucunu doğurmaz. Mahkemece, ispat edilmeyen davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir ...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davalar, tatil amaçlı kalınan otelde sağlığa zararlı yiyecek verilmesi nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacılar vekili; müvekkillerinin yurtdışından davalının işlettiği otele her şey dâhil sistemde tatil amaçlı olarak geldiklerini, otel hizmetlerinden yararlandıktan sonra basın organlarından kaldıkları otelin de aralarında bulunduğu otellerde domuz eti verildiğine dair haberler yer aldığını, bu olay nedeniyle maddi ve manevi zararları oluştuğunu ileri sürerek 100,00'er TL maddi 50.000,00'er TL manevi tazminatın faizi ile tahsili talebinde bulunulmuştur.

Davalı vekili; davacılara domuz eti yedirilmediğini, otellerinde yabancı turistler için domuz eti bulundurulduğunu bildirip davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; davalı tarafından ayıplı hizmet sunulduğu gerekçesiyle Borçlar Kanunu'nun 42. 43. ve 49. maddeleri gözetilerek davaların kısmen kabulü ile 100,00'er TL maddi 2000,00'er TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiş, davalı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda açıklanan nedenlerle karar bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiş, direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 4/A maddesinde öngörülen ayıplı hizmetin verilip verilmediği ve Borçlar Kanununun 49. maddesinde öngörülen manevi tazminat şartlarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere; 4822 sayılı Kanunla Değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4/A. maddesinde: "Sağlayıcı tarafından bildirilen reklam ve ilanlarında veya standardında veya teknik kuralında tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler, ayıplı hizmet olarak kabul edilir.

Tüketici, hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde bu ayıbı sağlayıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, sözleşmeden dönme, hizmetin yeniden görülmesi veya ayıp oranında bedel indirimi haklarına sahiptir. Tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi, durumun gereği olarak haklı görülemiyorsa, bedelden indirim ile yetinilir. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 4 üncü maddede belirtilen şartlar çerçevesinde tazminat da isteyebilir. Sağlayıcı, tüketicinin seçtiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.

Sağlayıcı, bayi, acente ve 10'uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren, ayıplı hizmetten ve ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. Sunulan hizmetin ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

Daha uzun bir süre için garanti verilmemiş ise, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile ayıplı hizmetten dolayı yapılacak talepler hizmetin ifasından itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir. Ancak, sunulan hizmetin ayıbı, tüketiciden sağlayıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz.

Ayıplı hizmetin neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında, ayıplı olduğu bilinerek edinilen hizmetler hakkında yukarıdaki hükümler uygulanmaz.

Bu hükümler, hizmet sağlamaya ilişkin her türlü tüketici işleminde de uygulanır."

Hükmü yer almaktadır.

Aynı Kanununun 30. maddesinde de; "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır." denilmektedir.

Tüketicilere verilen hizmetlerde sağlık koşullarına ve konusunda yasal düzenlemelerde yer alan standartlara uygun şekilde davranma yükümlülüğü vardır. Tüketicide reklam vs yollarla uyandırdığı güveni sarsacak ihmal ya da hatalar içinde de olmamalıdır.

Kanun koyucu bu nedenle tüketicinin ayıplı mal ve hizmetten kaynaklanan yasal başvuru yollarını düzenlerken, "her türlü zarardan dolayı yapılacak talepler" kavramına da yer verip, bu talepler için başvuru süresini daha da uzun tutarak, tüketici diğer haklarını kullansın kullanmasın, zararını bu yolla da giderebilmesi olanağı getirmiştir.

Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilme olup; duyulan acı ve çekilen ızdırap kişinin ruhsal bütünlüğünü bozucu etki yaratacağından bunun manevi zararı oluşturacağına da kuşku bulunmamaktadır.

Diğer taraftan olayda uygulama yeri bulan mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde ise "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir. Hâkim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir." Şeklinde düzenlemelere yer verilmiştir.

Yine, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesi ise "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimşenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır." hükmüne yer verilmiştir.

Tüm bu yasal düzenlemeler göstermektedir ki, hâkim, hem tüketici hukukunu ve hem de açıkça atıf yapılan diğer yasal düzenlemeleri gözeterek, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin eyleyecek; hususi zararı da nazara alarak cismani zarara uğrayan kimseye manevi zarar namıyla adalete uygun tazminat verilmesine karar verebilecektir.

Yine şahsi menfaatleri haleldar olan kimse, hata vukuunda zarar ve ziyan ve hatanın hususi ağırlığı icap ettiği surette manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ itasını da dava edebilecektir.

Daha açık ifadeyle; manevi zarar, teknolojideki gelişmeler, ilişkilerde meydana gelen çeşitlilik, zarar türlerinin artması vs nedenlerle dar yorumlanmaması gereken, günün koşullarına ve olayın özelliğine göre hâkimin serbestçe takdir edeceği, bir zarar çeşididir. Bunun dar yorumlanması yasanın lafzına da ruhuna da uygun düşmeyecektir. Nitekim, yargısal uygulamalarda ve öğretilerde de aynı yaklaşım benimsenmiştir.

Kabul edilen yeni yaklaşıma göre, aralarında sözleşme ilişkisi bulunan taraflardan birisinin eylemi sözleşmeye aykırı olması yanında karşıdakinin ruhsal veya bedensel bütünlüğü açısından zarara da yol açıyorsa, haksız eyleme benzer bir etkinin varlığının kabulü ile oluşan manevi zararın tazmini gerekmektedir.

Aynı ilkelere; Hukuk Genel Kurulu kararlarına da yansımış; 12.12.2001 gün ve 2001/11-1161 esas, 2001/1152 k. sayılı; 13.06.2001 gün ve 2001/15-498 esas, 2001/508 k. sayılı; 11.04.2001 gün ve 2001/15-331 esas ve 2001/331 sayılı; 17.06.2009 gün ve 2009/4-234 esas, 260 k. sayılı ilamlarda da yer verilmiştir.

Gerek yukarıda içerikleri açıklanan yasal düzenlemeler ve gerekse de yapılan tüm açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; **davalının işlettiği tatil köyünde davacıların konakladığı dönemden kısa bir süre sonra yapılan denetimlerde sağlığa zararlı, son kullanma tarihi geçmiş ve menşei de tespit edilemeyen et ürünleri ve bu arada ayrıca domuz etinin de tespit edildiği görülmüştür. Bu durumda davacıların kaldıkları dönemde kendilerine de bu etlerden yedirildiği kanaati ile açtıkları manevi tazminat isteminin kabulüne ilişkin mahkeme kararı yerindedir.**

Yapılan görüşmeler sırasında, bir kısım üyelerce, davacıların otelde kaldıkları dönemde domuz eti yedirildiğini ispat etmeleri gerektiği, haksız fiil iddiasında şüpheli duruma göre tazminata hükmedilemeyeceği, Özel Dairenin bozma kararının yerinde olduğu, mahkemenin önceki kararda direnmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu ileri sürmüş iseler de bu görüş Kurul çoğunluğunca yukarıda belirtilen nedenlerle benimsenmemiştir.

Bu bakımdan, usul ve yasaya uygun olan direnme kararının onanması gerekmiştir.

Ne var ki, bozma nedenine göre tazminat miktarının usul ve yasaya uygun olup olmadığı hususu, Özel Dairece incelenmediğinden, davalı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daireye gönderilmelidir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkemenin **direnmesi yerinde görüldüğünden, davalı vekilinin tazminat miktarına ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 13. HUKUK DAİRESİ'NE GÖNDERİLMESİNE**, 6217 sayılı Kanununun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440/III maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 12.02.2014 gününde yapılan ikinci görüşmede oy çokluğu ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

BİLGİ: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda bulunan 47 üyenin 26'sı ONAMA, 21'i ise BOZMA yönünde oy kullanmışlardır.

BOŞANMA DAVASINDAN SONRA GERÇEKLEŞEN OLAYLARIN KUSUR DEĞERLENDİRMESİNE ESAS ALINAMAYACAĞI, AYRICA DAVALININ SAVUNMASINI ANCAK KARŞI TARAFIN AÇIK MUVAFAKATİ YA DA ISLAHI İLE GENİŞLETMESİNİN MÜMKÜN OLDUĞU VE BÖYLE BİR USUL İŞLEMİNİN DE GERÇEKLEŞMEDİĞİNİ BELİRTEREK DAVALININ DAVA AÇILDIKTAN SONRA GERÇEKLEŞEN BİR VAKIYI DAHA SONRA İLERİ SÜRMESİNİN MÜMKÜN OLMADIĞI İLERİ SÜRÜLEMEZ.

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

**Esas No : 2013/2-604
Karar No : 2014/38**

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "boşanma, velayet, nafaka, maddi ve manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Konya/Ereğli 2. Asliye Hukuk Mahkemesince (Aile Mahkemesi sıfatıyla) davanın kısmen kabulüne dair verilen 07.02.2012 gün ve 2010/640 Esas-2012/53 Karar sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 05.12.2012 gün ve 2012/9585 E-2012/29349 K. sayılı ilamı ile;

(...1- Mahkemece davalı koca tam kusurlu kabul edilerek boşanmaya karar verilmiş ise de; yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davalı kocanın birlik görevlerini yerine getirmediği, eşine hakaret ettiği, davacı kadının ise Türk Medeni Kanununun 185/son maddesi gereğince boşanma davası devam ederken bir başkası ile ilişkiye girip karardan önce 06.09.2011 tarihinde Poyraz isimli bir çocu-

ğunun olduğu, bu durumda sadakatsiz olan davacının boşanmaya neden olan olaylarda daha ziyade kusurlu olup, boşanma davası yönünden Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesi koşullarının olduğu anlaşılmıştır. Hal böyle iken davalı koca tam kusurlu kabul edilmesi doğru olmadığı gibi davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının da reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Toplanan delillerden davacı kadının ağır kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 175. maddesi koşulları oluşmamıştır. Davacı kadının yoksulluk nafakası isteminin reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3- Davacı kadının ağır kusurlu olduğu anlaşılmıştır. Ağır kusurlu eş yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilemez. Davacı kadının maddi ve manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

4- Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz ya da daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini, 186. maddesi, eşlerin evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılacaklarını öngörmüştür. Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade ve eşit kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (TMK. md. 4 TBK. md. 50 ve 52) dikkate alınarak davalı yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir.

Türk Medeni Kanununun 174/2. maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen davalının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu

olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları (TMK. md. 4 TBK. md. 50, 51, 52, 58) dikkate alınarak davalı yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı boşanma, velayet, nafaka, maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, davalı kocadan kaynaklanan nedenlerle evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu kabul edilerek davacı tarafından açılan davanın kabulü ile tarafların boşanmalarına, davacının yoksulluk ve işsizlik nafakası taleplerinin kabulüne, maddi ve manevi tazminat taleplerinin ise kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle bozulmuş; mahkemece, önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararını, davalı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; boşanma davasında dava açıldıktan sonra gerçekleşen sadakatsiz davranışların mevcut davada eşlerin kusur durumlarının belirlenmesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 185/3. maddesi uyarınca "Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." Kanunda belirtilen bu sadakat yükümlülüğü, evliliğin yasal olarak son bulmasına kadar devam edecektir. Başka bir deyişle, mahkemelerce boşanma kararı verilmiş olmasına rağmen bu karar henüz kesinleşmediği sürece evlilik birliği devam ettiğinden bu aşamada eşlerin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarının dikkate alınmasının gerektiği kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmiştir (Aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 26.11.2008 gün ve 2008/2-698 E., 2008/711 K.; 22.12.2010 gün ve 2010/2-636- 680 E., K., 13.07.2011 gün ve 2011/2-403- 509 E., K.; 12.12.2012gün ve 2012/2-526-1102 E., K. sayılı ilamlarında da benimsenmiştir).

Somut olayda; davalı kocanın temyiz aşamasında 29.11.2012 havale tarihli dilekçesine eklediği Konya/Ereğlisi Cumhuriyet Savcılığının 2012/761 soruşturma nolu evrakı içeriğine göre, davacı kadının Cumhuriyet Savcısı tarafından alınan beyanında evlilik birliği sırasında üçüncü kişi ile birlikteliklerinden 06.09.2011 tarihinde bir çocuk dünyaya getirdiğini beyan etmiş, yine doğum raporuna göre de, davacı kadının 06.09.2011 tarihinde çocuk dünyaya getirdiği anlaşılmaktadır.

O halde, sadakat yükümlülüğünün ihlali nedeniyle taraflar arasındaki ortak hayatı temelinden sarsacak ve evlilik birliğinin devamına imkân vermeyecek derecede bir geçimsizlik bulunduğu sabit olduğundan davacı kadının daha fazla kusurlu olduğunun kabulü gereklidir.

Görüşmeler sırasında bir kısım üyeler davadan sonra gerçekleşen olayların kusur değerlendirmesine esas alınamayacağını, ayrıca davalının savunmasını ancak karşı tarafın açık muvafakati ya da ıslahı ile genişletmesinin mümkün olduğunu, böyle bir usul işleminin de gerçekleşmediğini belirterek davalının dava açıldıktan sonra gerçekleşen bir vakıyı daha sonra ileri sürmesinin mümkün olmadığı yönünde görüş beyan etmiş iseler de, bu görüş yukarıda belirtilen nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir.

Bu itibarla; Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen " Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440/1. maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 22.01.2014 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

HAKSIZ OLARAK KULLANILAN TAŞINMAZIN EKONOMİK TAHSİS AMACI İTİBARIYLA GELİR ELDE ETMEYE ÖZGÜLENMEMİŞ OLMASI HAKSIZ İŞGAL TAZMİNATI (ECRİ MİSİL) ÖDENMESİNE ENGEL DEĞİLDİR.

T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu

Esas No : 2013/3-752

Karar No : 2014/334

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "Ecrimisil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Eyüp 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 22.02.2011 gün ve 2010/104 E.-2011/37 K sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 29.11.2011 gün ve 2011/10877 E.-2011/19020 K sayılı bozma ilamı ile;

(...Davacı vekili dilekçesi ile; müvekkillerine ait taşınmazın, 01.12.2001 başlangıç tarihli kira sözleşmesi ile davalıya kiralandığını; kira sözleşmesi gereğince, taşınmazın zemin kat 1 nolu asma katlı dükkan ve 1.katta bulunan 2, 3, 4, 5, 6 ve 7 nolu büro vasıflı bağımsız bölümlerinin kiralanmış bulunduğunu; davalı banka şubesinin, kira sözleşmesine dahil edilmeyen bodrum katı da kiralamış olduğu alanlar ile birleştirerek kullanmaya başladığını, bu kullanıma rızalarının olmadığını davalı tarafa defalarca ihtaratta bulduklarını, buna rağmen davalının kullanımını sürdürdüğünü iddia ederek; füzuli işgal nedeniyle, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere, şimdilik 20.000 TL ecrimisil alacağının dönem sonlarından itibaren işleyecek ticari faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde; haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresinin dolduğunu, taraflar arasındaki kira sözleşmesinin 8 yılı aşkın bir süre öncesine dayandığını ve davaya konu edilen bölümün kira kontratına konu olan dükkânın mütemmim cüzü niteliğinde bulunduğunu savunarak; davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; "Dava konusu taşınmazın davacılar adına kayıtlı olup, kat irtifaklı taşınmazda davacıların 1/2'ser hisselerinin bulunduğu, taraflar arasında tanzim edilen 01.02.2001 başlangıç tarihli kira sözleşmesi ile taşınmazın zemin kat 1 nolu asma katlı dükkan ve 1.katta bulunan 2, 3, 4, 5, 6 ve 7 nolu büro vasıflı bağımsız bölümlerin davacılar tarafından davalı bankaya 10 yıllığına kiraya verildiği, mahkememizce mahallinde yapılan keşifte ecrimisil talep edilen davaya konu bölümün bodrum kat olup projede sığınak olarak yer alan ortak kullanım alanında kaldığı, dışarıya çıkış kapısının bulunmadığı, kiraya verilme ve gelir sağlama olanağı bulunan yerlerden olmadığı anlaşıldığından ecrimisil talep edilmesi mümkün görülmemekle, davanın reddine karar verilmesi gerekmiştir. Gereğesiyle" davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacılar vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Davacılar, malik oldukları binanın bodrum katının davalı tarafından kira sözleşmesi kapsamı dışında kullanıldığını, karşılığında bir ücret ödenmediğini iddia ederek; haksız kullanım karşılığı, ecrimisil talep etmektedirler.

Bilindiği gibi, gerek öğretide ve gerekse yargısal uygulamalarda ifade edildiği üzere, ecrimisil; (diğer bir deyişle işgal tazminatı) hak sahibinin kötünietli zilyetten isteyebileceği bir tazminat olup, 08.03.1950 tarih 22/4 sayılı İnançları Birleştirme Kararında "...fuzuli işgalin kiraya benzetilemeyeceği, haksız bir eylem sayılması gerektiği....bir zarar meydana gelirse bunun tazmin ettirileceği,...Medeni Kanunun (eski) 908.maddesi anlamında zilyedin faydalanmasından doğan bir istem olduğu..." vurgulanmıştır. Ecrimisil, haksız işgal nedeniyle tazminat olarak nitelendirilen özel bir zarar giderim biçimi olması nedeniyle, en azı kira geliri, en çoğu ise tam gelir yoksunluğu karşılığı zarardır.

Somut olayda; davalının, kiraladığı zemin kattaki asma katlı dükkânı, (bina projesinde bağımsız bölüm olarak gösterilmeyen) bodrum katla ilişkilendirerek (ekonomik fayda sağlamak amacıyla) birlikte kullandığı; buna karşılık, davacıların bu kullanım nedeniyle bir zararının doğduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, davalı tarafından yararlanılan ve haksız olarak kullanılan bu yerin, bodrum kat olup projede sığınak olarak yer alan ortak kullanım alanında kaldığı, dışarıya çıkış kapısının bulunmadığı, kiraya verilme ve gelir sağlama olanağı bulunan yerlerden olmadığından bahisle, ecrimisil talebinin reddine karar verilmiştir. Oysa, bir kimsenin başkasına ait olduğunu bildiği taşınmazı; hukuki bir dayanağı olmadan kendi malı gibi kullanması ve dolayısıyla ekonomik yarar sağlamanın bir karşılığı olmalıdır.

Bir nesneye (taşınmaza) haksız olarak kötüniyetle, kendi çıkarına zilyet olan kimse, onu hak sahibine geri vermekle yükümlüdür.

Bundan ayrı olarak, kendi çıkarına haksız olarak başkasının hukuk alanına girip, işine karışıp kazanç elde eden kimse (davalı), hak sahibinin (davacının) tazminat davasındaki gibi zararı ya da nedensiz zenginleşmedeki gibi yoksullaşması aranmaksızın - Bu "haksız karışma kazancı"nı geri vermesi gerekmektedir (Tandoğan, Haluk:Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile İsviçre-Türk Hukuku bakımından Vekaletsiz İşgörme, İst.1957, sh, 56 vd; 60/61, 64/66 da anılan yazarlar. Zimmermann, Schulz, Reichel, E.Wolf, Friedrich...Ayrıca bkz.Burak Özen: haksız Zilyedlikte iade; Doktora Tezi-, İst.2003, sh.249).

Davalı, taşınmazı bizzat kullanmasının objektif değerini ödemeye mahkûm edilmelidir. O kadar ki, haksız olarak kullanılan taşınmazın ekonomik tahsis amacı itibarıyla (somut olayda projede sığınak) gelir elde etmeye örgütlenmemiş olması dahi sonuca etkili görülmemelidir. Öyleyse, dava konusu davalının elinde tuttuğu taşınmazın; kiraya verilmesi halinde piyasa koşullarına göre ne kadar bedel getireceği bilirkişi eliyle belirlenmeli ve sonucuna göre bir hüküm kurulmalıdır.

Mahkemece, yanılığın değerlendirme ve eksik inceleme sonucu yazılı şekilde, davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, haksız işgal iddiasına dayalı ecrimisil istemine ilişkindir.

Davacılar vekili; davalı kiracının kira sözleşmesi dışında kalan bölümü, kiralandan alanlar ile birleştirmek suretiyle kullandığını ileri sürerek ecrimisil isteğinde bulunmuştur.

Davalı vekili; davaya konu edilen bölümün, kira kontratına konu olan dükkânların mütemmim cüz'ü niteliğinde olduğunu, ayrıca kira veya sair gelir elde edilebilecek vasıfta olmadığını bildirerek, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece; davaya konu bölümün projede sığınak olarak gösterildiği, ortak kullanım alanında kaldığı, kiraya verilme ve gelir sağlama olanağı bulunan yerlerden olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, davacılar vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda açıklanan nedenlerle karar bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiş, direnme kararı davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; yapı projesinde sığınak olarak gösterilen ve ortak mülkiyet hükümlerine tabi olan yer için ecrimisil talep edilip edilemeyeceği, buradan varılacak sonuca göre davalının kullanımından dolayı ecrimisil ödemesi noktasında toplanmaktadır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere özellikle, projesinde ortak kullanım alanı (sığınak) olarak gösterilen dava konusu bölümün, davalı tarafından bodrum katla ilişkilendirilerek, ekonomik

fayda sağlamak amacıyla birlikte kullanıldığı; bir kimsenin başkasına ait olduğunu bildiği taşınmazı, hukuki bir dayanağı olmadan kendi malı gibi kullanması ve dolayısıyla ekonomik yarar sağlamasının bir karşılığının olması gerektiği, bu bakımdan bu yeri kullanan kişinin hak sahiplerine haksız işgal tazminatı ödemek zorunda olduğu, **haksız olarak kullanılan taşınmazın ekonomik tahsis amacı itibariyle gelir elde etmeye özgülenmemiş olmasının sonuca etkili bulunmamasına göre, Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, aksine düşüncelerle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.**

Yapılan görüşmeler sırasında, bir kısım üyelerce, dava konusu bölümün projesinde sığınak olduğu, kat mülkiyeti kanununa göre amacı dışında kullanılmayacağı, niteliği itibariyle gelir getiren yer olarak değerlendirilemeyeceğinden davanın reddine karar verilmesinin usul ve yasaya uygun bulunduğu ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğunca yukarıda belirtilen nedenlerle benimsenmemiştir.

O halde, Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Hukuk Genel Kurulu tarafından da benimsenen Özel Dairenin bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı kanunun 440/I.maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 19.03.2014 gününde yapılan görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

TARAFLAR ARASINDA İMZALANAN SÖZLEŞMEDE ANLAŞMAZLIK DURUMUNDA İZMİR MAHKEMELERİNİN YETKİLİ OLACAĞI KABUL EDİLDİĞİ, DAVACI TARAFINDAN SÖZLEŞMEYE İSTİNADEN İCRA TAKİBİNİN İZMİR İCRA DAİRELERİNDE YAPILMIŞ OLDUĞU, İZMİR MAHKEMELERİNİN YETKİLİ KILINMASININ İCRA DAİRELERİNİ DE KAPSAYACAĞI KABUL EDİLMİŞTİR.

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

**Esas No : 2013/15-1021
Karar No : 2014/424**

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "İtirazın iptali " davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 03.03.2011 gün ve 2010/620 E.-2011/62 K sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 25.04.2012 gün ve 2011/5255 E.-2012/2814 K sayılı bozma ilamı ile;

(...Dava eser sözleşmesine dayalı itirazın iptali istemine ilişkin olup, mahkemenin yetkisizliğine dair kararı, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Taraflar arasında imzalanan 15.02.2010 tarihli sözleşmenin 10.maddesinde anlaşmazlık durumunda İzmir mahkemelerinin yetkili olacağı kabul edilmiştir. İcra takibi, İzmir icra dairelerinde yapılmış olduğundan, İİK'nın 50.maddesi yollamasıyla HUMK'nın 22.maddesi uyarınca, özel yetkili icra dairesinde takip yapılabileceğinden, mahkemece davalının yetki itirazının reddine karar verilerek, uyumsuzluğun esasının incelenmesi gerekirken, verilen yetkisizlik kararı usul ve yasa-ya aykırı olduğundan bozulmalıdır...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, eser sözleşmesine dayalı itirazın iptali istemine ilişkindir.

Mahkemece; yetkili icra dairesinde yapılmış icra takibinin mevcut olmadığı, davalı borçlunun yetki itirazının yerinde olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, davacı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda açıklanan nedenlerle karar bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiş, direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; taraflar arasında İzmir Mahkemelerinin yetkili olacağına dair yapılan yetki sözleşmesinin, İzmir İcra Dairelerinin yetkisini de kapsayıp kapsamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Burada "yetki" konusunda genel bir açıklama yapılmasında yarar vardır.

Bir davaya yer itibarıyla bakma iktidarına sahip mahkemeye "yetkili mahkeme", bu hususu düzenleyen kurallara da "yetki kuralları" adı verilir (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım; Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 83; Pekcanitez/Atalay/Özekes; Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2009, s. 114).

Her mahkemenin yargı yetkisi, belli bir coğrafi bölge ile sınırlıdır; buna o mahkemenin "yargı çevresi" denir. Bu yargı çevresinin sınırları, idari teşkilat sınırlarına göre belirlenir. Asliye ve sulh mahkemesinin yargı çevresi, bulunduğu ilçenin veya il merkezindekiler için merkez ilçenin sınırları içinde kalan bölgeyle sınırlıdır (Kuru/ Arslan/ Yılmaz; Medeni Usul Hukuku, Ankara, 1995, s. 137).

1982 Anayasasınının 142. maddesine göre, mahkemelerin yetkilerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir; 37/1. maddesinde ise, hiç kimse, kanunen tabi olduğu (kanunla yetkili kılınan) mahkemeden başka bir mahkeme önüne çıkarılamayacağı teminat altına alınmıştır. Bu nedenle, bir tüzük veya yönetmelik hükmü ile yetki kuralı konulamayacağı gibi, davalı kıyas yoluyla kanunen yetkili olan mahkemeden başka bir mahkeme önünde kendisini savunmaya zorlanamayacaktır (Kuru/Arslan/ Yılmaz; a.g.e, s. 138).

Yetki kuralları, bütün davalar ve bazı davalar için olmak üzere ikiye ayrılır. Bunlardan kural olarak bütün davalar için uygulanan yetki kuralına, "genel yetki kuralı" ve bu mahkemeye de "genel yetkili mahkeme" denilmektedir.

Genel yetkili mahkeme, davalının ikametgâhındaki mahkemedir. Yani her dava, (kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça) açıldığı tarihte davalının (Medeni Kanun gereğince) ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde görülür (Kuru/Arslan/Yılmaz; a.g.e. s. 138; Pekcanitez/Atalay/Özekes: a.g.e, s. 114).

Nitekim belirtilen ilke, mülga 1086 sayılı HUMK'nun 9.maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde aynen; "Her dava, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça açıldığı tarihte davalının Türk Kanunu Medenisi (01.01.2002 tarihinden itibaren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu) gereğince ikametgâhı sayılan yer mahkemesinde görülür" şeklinde ifade edilmiştir. (Aynı ilke 6100 sayılı HMK'nın 6.maddesinde düzenlenmiştir.)

Bundan başka, bazı davalar için davalının ikametgâhı mahkemesinin yanında, başka yer mahkemeleri de yetkili kılınmıştır. Örneğin sözleşmeden doğan davalarda, sözleşmenin yerine getirileceği yerdeki mahkeme de yetkilidir (mülga HUMK. m.10 ve HMK. m.10). İşte, bazı dava veya dava çeşitleri için kabul edilen istisnai nitelikteki yetki kurallarına da "özel yetki kuralları" denir.

Kural olarak, özel yetki, genel yetkiyi kaldırmaz, yani onunla birlikte uygulanır. Bu durumda davacı, isterse genel yetkili (davalının

ikametgâhındaki) mahkemede, dilerse özel yetkili (sözleşmeden doğan davalarda sözleşmenin yerine getirileceği yerdeki) mahkemede davasını açabilir.

Fakat istisnai olarak, bazı davaların mutlaka belli bir yer mahkemesinde açılması kanunla öngörülmüştür ki, bu halde kesin yetki söz konusudur. Örneğin; gayrimenkulün aynına ilişkin davalar, yalnız gayrimenkulün bulunduğu yerde açılabilir (mülga HUMK. m.13 ve HMK. m. 12); davalının ikametgahı mahkemesinde açılmaz. Bu hallerde (kesin yetki hallerinde), genel yetki kaldırılmış olup, dava yalnız bu özel (ve kesin) yetkili mahkemede açılabilir (Kuru/ Arslan/ Yılmaz; a.g.e, s. 138).

Diğer taraftan; İcra dairesinin yetkisi hakkındaki kurallar kesin yetki kuralı olmadığından, icra dairesinin yetkisi hakkında da yetki sözleşmesi yapılabilir.

Taraflar arasında yapılmış yetki sözleşmesinde mahkemeden söz edilmiş ise, bu ifadenin icra dairelerini de kapsayıp kapsamadığı doktrinde tartışmalı ise de Yargıtay genellikle, bu kayıtların icra dairesini de kapsadığını kabul etmektedir. Zira uyumsuzluğun çözümünü için yapılan yetki sözleşmesi sadece mahkemeden karar alınmasını değil, karardan önce veya sonra başvurulacak cebri icrayı da kapsar (Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes; İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2013 s.176).

Somut olayda, taraflar arasında imzalanan 15.02.2010 tarihli eser sözleşmesinin 10.maddesinde, anlaşmazlık durumunda İzmir mahkemelerinin yetkili olacağı kabul edildiği, davacı tarafından sözleşmeye istinaden icra takibinin İzmir icra dairelerinde yapılmış olduğu, İzmir mahkemelerinin yetkili kılınmasının icra dairelerini de kapsayacağı, Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunca benimsenmiştir.

O halde, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Hukuk Genel Kurulu tarafından da benimsenen Özel Dairenin bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı kanununun 440/I. maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 28.03.20134 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

BİLGİ: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda bulunan 47 üyenin 46'sı BOZMA, 1'i ise ONAMA yönünde oy kullanmışlardır.

6100 SAYILI HMK'NUN 137/2. MADDESİ DİKKATE ALINDIĞINDA TARAFLAR ÇAĞRILIP ÖN İNCELEME DURUŞMASI YAPILMADAN TAHKİKAT DURUŞMASINA GEÇİLEMEZ.

T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu

Esas No : 2014/18-431

Karar No : 2014/426

YARGITAY İLAMİ

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nden verilen 10.07.2012 gün ve 2012/1 E.-2012/4 K. sayılı karar temyiz mahkemesi sıfatıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan çıkan 03.04.2013 gün ve 2012/18-1355 E.-2013/413 K. sayılı ilam ile onanmıştır. Davacı tarafından karar düzeltilmesi isteminde bulunulmuştur.

KARAR DÜZELTME İSTEYEN: Davacı

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca dilekçe, düzeltilmesi istenen ilam ve dosyadaki ilgili bütün kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46 ve izleyen maddeleri uyarınca hakim aleyhine açılan tazminat istemine ilişkindir.

Davacı tarafından davalı aleyhine tazminat istemiyle açılan davada, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nce ilk derece mahkemesi sıfatıyla, "davanın reddine" dair verilen 10.07.2012 tarihli karar, davacının temyizi üzerine Hukuk Genel Kurulu'nun 03.04.2013 tarihli kararıyla onanmış olup; davacı tarafça onama kararına karşı karar düzeltme isteminde bulunulmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu'nda 6100 sayılı HMK'nun 137/2. maddesi dikkate alındığında taraflar çağrılıp ön inceleme duruşması yapılmadan tahkikat duruşmasına geçilip geçilmeyeceği ön sorun olarak tartışılmıştır.

Konunun anlaşılabilmesi için dosyadaki inceleme safhası ve ön incelemenin niteliği hakkında kısaca bilgi verilmesi gereklidir.

Dosyadaki inceleme safhası; dava dilekçesinin esasa kayıt edilmesini müteakiben tensip zabtı, dava ve cevap dilekçesinin karşılıklı tebliğinden sonra da dosya üzerinden 28.05.2012 tarihli ön inceleme tutanağı düzenlenmiştir. Heyetçe yapılan görüşme sonunda; "davanın konusu itibarıyla hakim eyleminden kaynaklanan tazminat belirleme talebi olduğu anlaşılmalı tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri bir konu olmadığı ve dolayısıyla tarafların sulhe teşvik edilmesi veya tarafların sulh olabilecekleri miktar belirlemesi söz konusu olamayacağından, bu aşamada tarafların ayrıca ön inceleme duruşmasına davet edilmesine gerek olmadığı" gerekçesi ile ön inceleme duruşmasının yapılmamasına karar verildikten sonra taraflar tahkikat duruşmasına çağrılmış ve esas hakkında karar verilmiştir.

Ön incelemenin niteliğine gelince; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hukukumuzda ilk derece yargılamasının beş temel aşamadan oluşması öngörülmüştür. Bunlar sırası ile; dilekçelerin karşılıklı verilmesi, ön inceleme, tahkikat, sözlü yargılama ve hükümdür. Bu aşamalar içinde yeni olan ise ön inceleme aşamasıdır.

Yargılamanın gereksiz yere uzamasının engellenmesi; mahkemenin ve tarafların yargılamada gereken hazırlığı davanın başında yapmasının sağlanması bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile dilekçelerin verilmesinden sonra ve tahkikat aşamasından önce gelmek üzere "ön inceleme" adıyla yeni bir yargılama aşaması kabul edilmiştir. (H.Pekcanitez/O.Atalay/M.Özkes, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 11 Bası, 2011, s.375-376).

6100 sayılı HMK'nun 137.maddesinde, ön incelemenin kapsamı, HMK 138. maddesinde ön inceleme aşamasında dosya üzerinden dava

şartları ve ilk itirazlar hakkında verilecek kararlar, HMK 139.maddesinde ön inceleme duruşmasına davet, HMK 140.maddesinde ise yapılması zorunlu olan ön inceleme duruşması düzenlenmiştir.

6100 sayılı HMK ön incelemenin kapsamı başlıklı 137.maddesinde; dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılacağı, 138. madde dikkate alınarak öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar vereceği, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebileceği, ön inceleme duruşmasında tarafların iddia ve savunmaları kapsamında uyuşmazlık konularını tam olarak belirleyebileceği, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapacağı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik edeceği ve bu hususların tutanağa geçirileceği belirtilmiştir. Ön inceleme duruşmasında dava şartları ve ilk itirazlar ile sınırlı olmak üzere tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişi görüşü alma, keşif yapma ve yemin teklif etme gibi işlemler yapılabilir, ancak tahkikat yönelik işlemler yapılamaz.

HMK 137. maddenin ikinci fıkrasında ise ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemeyeceği ve tahkikat için duruşma günü verilemeyeceği düzenlenmiştir. Gereksiz duruşmalara ilişkin uygulamadaki eski alışkanlıkların devam etmesinin kesin olarak önüne geçilmesi amacıyla Kanun koyucu, ön inceleme aşaması tamamlanmadan ve bu aşamada alınması gereken kararlar alınmadan tahkikat aşamasına geçilmesini ve tahkikat için duruşma günü belirlenmesini kesin bir ifade ile (emredici nitelikteki bir düzenlemeyle) yasaklamıştır. (H.Pekcanitez/O.Atalay/ M.Özekes, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 11. Bası, 2011, s.375-376).

Görüşmeler sırasında azınlıktan kalan bir kısım üyeler tarafından; dosya üzerinden yapılmış olsa da bir ön incelemenin yapıldığını, bu aşamadan sonra geri dönülerek ön inceleme yapılmak üzere kararın bozulmasının usul ekonomisi açısından doğru olmayacağı savunulmuş ise de, yukarıda belirtilen 6100 sayılı HMK 137/2 maddesi dikkate alındığında, ön inceleme duruşması ve

duruşmada yapılması gerekli olan işlemler yapılmadan tahkikat duruşmasına geçilemeyeceği, bu düzenlemenin emredici nitelikte olduğu gerekçesiyle kabul edilmemiştir.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra öncelikle dosya üzerinden dava şartları ve ilk itirazların incelenmesi; bu konularda yine dosya üzerinden olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi, dosya üzerinden karar verilemeyen dava şartları ile ilk itirazlar hakkında karar verilmek ve diğer ön inceleme işlemlerini yapmak üzere tarafların ön inceleme duruşmasına davet edilmesi, 6100 sayılı HMK 137 ve 140.maddelerine göre ön inceleme duruşmasında gerekli usul işlemleri yapıldıktan sonra, tahkikat duruşmasına geçilmesi gerekirken, ön inceleme işlemlerinin dosya üzerinden yapılarak tahkikat duruşmasına geçilmesi ve esas hakkında karar verilmesi doğru bulunmamış kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

Açıklanan gerekçeyle, davacının karar düzeltme isteminin kabulü ile "onama" yönündeki Hukuk Genel Kurulu'nun 03.04.2013 gün ve 2012/18-1355 E. 2013/413 K. sayılı kararının kaldırılması ve Özel Dairenin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği 10.07.2012 tarihli kararının bozulması gerekir.

SONUÇ: Davacının karar düzeltme isteminin kabulü ile Hukuk Genel Kurulu'nun 03.04.2013 gün ve 2012/18-1355 E.-2013/413 K. sayılı kararının kaldırılmasına, Özel Dairenin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği 10.07.2012 tarihli kararının 6217 sayılı Kanununun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesi gereğince yukarıda açıklanan gerekçeyle **BOZULMASINA, bozma nedenine göre sair hususların şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istek halinde karar düzeltme harcının yatırana geri verilmesine, 02.04.2014 gününde oyçokluğu ile karar verildi.**

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

BİLGİ: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda bulunan 47 üyenin 21'i ÖNSORUN YOK yönünde oy kullanmışlardır.

YARGITAY HUKUK DAİRE KARARLARI

ÖZET: 28738 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren yeni Tapu Sicil Tüzüğü'nün yürürlüğe girdiği 17.8.2013 tarihinden sonra, davacının, tapu kaydında düzeltim istemlerinde, mahkemeye müracaat etmeden, öncelikle ilgili tapu müdürlüğüne prosedüre uygun şekilde başvurması, eğer bu talebinde istediği sonucu alamazsa daha sonra mahkemeye başvurması gerekir.

T.C.
YARGITAY
1. Hukuk Dairesi

Esas No : 2014/6495
Karar No : 2014/7336

YARGITAY İLAMI

İncelenen Kararın

Mahkemesi : Konya 1. Sulh Hukuk Mahkemesi

Tarihi : 21.01.2014

Numarası : 2013/1199-2014/66

Davacılar : M. L.

Davalı : Tapu Müdürlüğü

Dava Türü : Tapu Kaydında Düzeltim

Taraflar arasında görülen tapu kaydında düzeltim davası sonunda, yerel mahkemece davanın, kabulüne ilişkin olarak verilen karar davalı tarafından yasal süre içerisinde temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, Tetkik Hakimi M.A.'in raporu okundu, açıklamaları dinlendi, gereği görüşülüp düşünüldü;

KARAR

Dava, tapu kaydına yanlış yazılan kimlik bilgilerinin düzeltilmesi isteği ile 03.10.2013 tarihinde açılmıştır.

İlgili Tapu Müdürlüğü, reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, yapılan araştırma sonucunda tapu sicilinde hata yapıldığı saptanarak, talebin kabulüyle tapu sicil kayıtlarının nüfus kütüğü kayıtlarına uygun şekilde düzeltilmesine karar verilmiştir.

Hükmü, Tapu Müdürlüğü temyiz etmiştir.

Taşınmazların, kadastro tespiti ya da tapuya tescili sırasında mülkiyet hakkı sahibinin adı, soyadı, baba adı gibi kimlik bilgilerinin kayda eksik ya da hatalı işlenmesi, kayıt düzeltme taleplerinin kaynağını oluşturur. Bu tür taleplerde kimlik bilgileri düzeltilirken, taşınmaz malikinin değişmemesi, diğer bir anlatımla mülkiyet aktarımına neden olmaması gerekir.

Bu talepler, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK'nin) 1027. maddesi gereğince mahkemeye yapılırsa, 6100 sayılı HMK'nin 382/ç-1 maddesi gereğince çekişmesiz yargı usulüne göre sulh hukuk mahkemesinde ve taşınmazın aynına ilişkin bulunduğu, aynı Kanunun 12. maddesi uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülür.

Bunun yanı sıra, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren TMK'nin 702. maddesinin son fıkrası gereğince ortaklardan her birinin topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabileceği ve bu korumadan bütün ortakların yararlanabileceği öngörüldüğünden elbirliği mülkiyetinde, ortaklardan her hangi biri de tek başına tapuda murisin kimlik bilgileri ilgili olarak düzeltme isteyebilir.

Bununla birlikte, Bakanlar Kurulunun 22.7.2013 tarihli ve 2013/5150 sayılı kararı ile kabul edilen, 17.8.2013 tarihli ve 28738 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren yeni Tapu Sicil Tüzüğü'nün 28. maddesinde, kütük sayfası malik sütununda malikin adı ve soyadı, baba adı ile edinme nedeni, tarih ve yevmiye numarasının yazılacağı, tüzel kişilerin unvanlarının tam olarak yazılacağı ve paylı mülkiyette pay miktarı; paydaşların adı, soyadı ve baba adından sonraki kısımda, kesirli olarak gösterileceği ifade edilmiştir.

Aynı Tüzüğün 72. maddesinde, "Tapu sicilinde değişikliğin, hak sahibinin istemine ya da yetkili makam veya mahkeme kararına istinaden yapılabileceği" 74. maddesinde ise "Kütük, yevmiye defteri ve yardımcı sicillerde, belgelere aykırı basit yazım hatası yapıldığının tespit edilmesi hâlinde, müdür tarafından nedeni düzeltmeler sicilinde açıklanarak, re'sen düzeltme yapılacağı, istem belgesinde yapılan yanlışlık veya eksiklik düzeltilerek, belgenin uygun bir yerine yazılmak suretiyle taraflar ve tapu görevlilerince imzalanacağı ve sicilde buna uygun düzeltme yapılacağı, ana veya yardımcı siciller üzerinde yapılmış hata veya eksikliklerin, ilgililerce sunulan veya başka idarelerce düzenlenen belgelerden kaynaklanması hâlinde, ilgililerin gerçek durumu kanıtlayıcı belgelere dayalı başvuruları üzerine, istem, yevmiye defterine kaydedilerek gerekli düzeltme yapılacağı, kütük, yevmiye defteri ve yardımcı sicillerde, belgelere aykırı tescil veya esaslı yazım hatasının düzeltilebilmesi için ilgililerin yazılı olurunun alınması gerektiği, ilgililerden birisinin yazılı oluru olmazsa, bu durum beyanlar sütununda belirtilerek, 26.9.2011 tarih ve 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre işlem yapılacağı, yapılacak düzeltmeler hatalı yazımdan sonra hak sahibi olmuş kişilerin hakkını etkileyici nitelikte ise, bu hak sahiplerinin de yazılı olurlarının aranacağı, müdürlüğün ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri tebliğ etmekle yükümlü" olduğu açıklanmıştır.

Tapu Sicil Tüzüğü'nün 75. maddesine göre, "Kadastro çalışmalarından kaynaklanan malikin veya hak sahibinin adı, soyadı ve baba adına ilişkin tapu kütüğündeki yazım hataları ilgisinin başvurusu üzerine;

(1) a) Senetsizden tespitlerde; nüfus kayıt örneği ve taşınmazın bulunduğu belediye veya muhtarlıktan alınacak fotoğraflı ilmühaber,

b) Kayda dayalı tespitlerde; dayanağı kayıt ve belgeler, incelenmek ve gerektiğinde tanık ve varsa tespit bilirkişileri dinlemek ve zeminde inceleme yapmak suretiyle istemin gerçek hak sahibinden geldiği belirlenirse, istemin yevmiye defterine kaydedilerek,

düzeltiliceği;

(2) Zeminde incelemenin, kadastro müdürlüğü teknik personeli ile birlikte yapılacağı ve inceleme neticesinde teknik rapor düzenleneceği,

zeminde incelemede, komşu parsel malikleri, muhtar ve diğer ilgililer dinleneceği; vergi kaydı ve diğer her türlü bilgi ve belgeden yararlanılacağı,

(3) Tapu sicilindeki bilgilerin güncellenmesi ve eksikliklerin giderilmesinde de yukarıdaki fıkraların uygulanacağı ve

(4) Bu madde hükümleri uyarınca kayıt düzeltmeleri için müdürlüklere başvuru yapılmasının zorunlu olduğu", belirtilmektedir.

Yine aynı Tüzüğün 26. maddesine göre ise mevzuat ve bu Tüzükte yer alan hükümlere uygun olmayan ve 4721 sayılı Kanunun 1011 inci maddesine göre geçici tescil şerhine de imkân bulunmayan istemlerin geciktirilmekten, gerekçesi, itiraz yeri ve süresi de belirtilmek suretiyle reddedileceği, ret kararının, istem sahibine elden veya 11.2.1959 tarih ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edileceği ve ret kararına, tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde müdürlüğün bağlı bulunduğu bölge müdürlüğüne, bölge müdürlüğünün kararına karşı da tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Genel Müdürlüğe itiraz edilebileceği belirtilmektedir.

Yukarıda açıklanan yeni Tapu Sicil Tüzüğü hükümleri ve özellikle 75. maddesi nazara alındığında, tapu müdürlüklerine oldukça geniş yetkiler verilerek tapudaki hataların daha kısa bir sürede, idari yoldan düzeltilmesine imkân verildiği görülmektedir. Yine bu maddenin son fıkrasında ise "Bu madde hükümleri uyarınca kayıt düzeltmeleri için müdürlüklere başvuru yapılması zorunludur." hükmü bulunmaktadır.

Bu hüküm hak arama özgürlüğünü kısıtlamamakta, aksine hak arayanlara haklarını çok daha kısa bir sürede, kolay, ucuz ve basit bir şekilde elde etme imkânı vermektedir. Hal böyle olunca, bu imkânın öncelikle tüketilmesi ve bu yolla bir sonuç alınamaması durumunda ilgilinin 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1027. maddesi gereğince mahkemeye başvurması zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu nedenle, yeni Tapu Sicil Tüzüğü'nün Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği 17.8.2013 tarihinden sonra, davacının, mahkemeye müracaat etmeden, öncelikle ilgili tapu müdürlüğüne yukarıda

açıklanan prosedüre uygun şekilde başvurması, eğer bu talebinde istediği sonucu alamazsa daha sonra mahkemeye başvurması gerekir.

Hal böyle olunca, Tapu Sicil Tüzüğü gereğince davacının öncelikle tapu müdürlüğüne başvurma zorunluluğu getiren yasal prosedür izlenmeden doğrudan dava açtığından, davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur.

İlgili Tapu Müdürlüğü vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 08.04.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Konya 1. Sulh Hukuk Hâkimi Canan KEÇECİ

ÖZET: Ön inceleme aşamasından önce ek tanık listesi verilmesi durumunda ikinci tanık listesi verilmesi yasağı uygulanmaz.

T.C.

YARGITAY

2. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/19835

Karar No : 2014/1007

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm, davacı (koca) tarafından tamamına yönelik olarak temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda tanıkların ne zaman gösterileceği belirtilmemiştir. Ön inceleme duruşmasında taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu belirlendikten sonra taraflara delillerini bildirmeleri için süre verilir. Davacı dava dilekçesinde tanık deliline dayanmış bir tanık ismi bildirmiştir. Ön inceleme duruşmasından önce de 27.04.2012 tarihli delil listesiyle diğer tanıklarının isimlerini bildirdiğinden bu liste ikinci tanık listesi olarak kabul edilemez. Davacı açıkça tanıklarının dinlenmesinden de vazgeçmemiştir. Mahkemece davacı tanıklarının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 243 ve devamı maddeleri gereğince usulen celp edilip dinlenmesi ve tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair hususların incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 21.01.2014 (Salı)

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Davacı, Deniz Harp Okulu mezunu olup deniz yüzbaşı olarak görev yapmakta olduğunu, davalı TV'nin 01.11.2010 günü yayınlanan akşam haber bülteninde "Komutanım çıtır isterim" başlığı ile kadın pazarlığının dakika dakika kayda alındığına dair bir haber yayımlandığını, yine Gazetesi'nin 01/01/2010 tarihli nüshasında haberin aynı başlıkla verildiğini, arkadaşlar arasında yapılan şakanın bir bölümünün gerçekmiş gibi yayınlanmasıyla kamuoyunun yanıltılmasına, kadın pazarlayıcısı durumuna düşmesine ve toplum karşısında rencide olmasına neden olmasına binaen yerel mahkemenin Yayın Holding A.Ş. aleyhine daha alt düzeyde manevi tazminata karar vermesi gerekirken, 8.000 TL.- manevi tazminata hükmetmesi bozmayı gerektirmiştir.

T.C.

YARGITAY

4. Hukuk Dairesi

Esas No : 2012/9744

Karar No : 2013/8790

YARGITAY İLAMI

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacının tüm, davalılardan Yayın Holding AŞ'nin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davalı Yayın Holding A.Ş'nin diğer temyiz itirazlarına gelince:

Dava, basın yoluyla kişilik haklarına saldırı iddiasına dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı ve davalılardan Yayın Holding A.Ş tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, Deniz Harp Okulu mezunu olup deniz yüzbaşı olarak görev yapmakta olduğunu, davalı TV'nin 01.11.2010 günü yayınlanan akşam haber bülteninde "Komutanım çıtır isterim" başlığı ile kadın pazarlığının dakika dakika kayda alındığına dair bir haber yayınlandığını, yine Gazetesi'nin 01/01/2010 tarihli nüshasında haberin aynı başlıkla verildiğini, arkadaşlar arasında yapılan şakanın bir bölümünün gerçekmiş gibi yayınlanmasıyla kamuoyunun yanıltılmasına, kadın pazarlayıcısı durumuna düşmesine ve toplum karşısında rencide olmasına neden olduğunu belirterek ayrı ayrı manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

Davalılar, haberin güncel ve görünürdeki gerçeğe uygun olduğunu, haberin verilmesinde kamu yararı bulunduğunu, öz ile biçim arasındaki dengenin korunduğunu, herkesin kendi oluşturduğu ortam nedeniyle yapılan eleştirilere katlanmak zorunda olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

Mahkemece yapılan yargılama sonucunda; dava konusu gazetede, subay olan davacının aynı işyerinde çalıştığı astsubay ile kadın pazarlığı yaptığı belirtilerek, "Deniz yüzbaşı E.K.'nın sık sık Rusya'ya giderek eğitilmiş kadınlar getirdiği ve üst rütbeli subaylara pazarladığı öne sürülüyor. İddialara göre yüzbaşı Rusya'ya giden üst düzey komutanlara orada da mekan ve kadın ayarlıyordu" şeklinde yorumlar da eklenmek suretiyle davacı ve birlikte çalıştığı astsubay arasında geçen diyalogun, kelime kelime dökümüne yer verildiği, Davalı TV'nin, olayı habere dönüştürürken kullandığı üslup ve olayı yorumlama tarzının basın ve ifade özgürlüğüne uygun olmadığı belirtilerek hakkındaki davanın kısmen kabulüne, diğer davalı Gazetesinin ise; ilk defa televizyonlarda yayımlanan görüntüleri ertesi gün, haberleştirdiği, haber içeriğiyle uyumlu başlık kullanıldığı, basın özgürlüğünün belli dozda abartıya başvurmaya da kapsadığı ve haberi yapan muhabir hakkında takipsizlik kararı verildiği gözetilerek hakkındaki davanın reddine karar verilmiştir.

Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminat ödetilmesini isteyebilir. Yargıç, manevi tazminatın tutarını belirlerken, saldırı oluşturan eylem ve olayın özelliği yanında tarafların

kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Tutarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel durum ve koşulların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde nesnel (objektif) olarak göstermelidir. Çünkü yasanın takdir hakkı verdiği durumlarda yargıcın, hukuk ve adalete uygun karar vereceği Medeni Yasa'nın 4. maddesinde belirtilmiştir. Takdir edilecek bu para, 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.

Dava konusu olayın gelişimi, olay tarihi ve yukarıdaki ilkeler gözönüne alındığında hükmedilen manevi tazminat fazladır. Daha alt düzeyde manevi tazminata karar verilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı Yayın Holding AŞ yararına **BOZULMASINA**, davacının tüm, davalı Yayın Holding AŞ'nin diğer temyiz itirazlarının (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle reddine ve temyiz eden davalıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 14/05/2013 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Basın Hukukunun en temel ilkesine göre "Basın özgürdür." Modern ve demokratik dünyada basın özgürlüğü devletlerin ve toplumların en benimsenmiş ve en vazgeçilmez kurallarından biridir. Bunun böyle olmasının asıl nedeni basının kamusal hizmet görmesidir. Basının kamusal hizmeti özellikle kamusal tasarruflar, devlet yönetimi ve her türlü güncel olayların toplum yararına takip edilmesi, diğer ifadeyle toplumsal denetimin (sivil denetimin) basın vasıtasıyla gerçekleştiriliyor olmasıdır. Bu anlamda basının işlevi haber verme hak ve görevi, eleştiri

ve değerlendirme hakkından ibarettir. Basın fiziki, sosyal ve duygusal kişilik değerleri, özel hayatın gizlilik bölümüne saldırı olmaması kaydıyla, güncel olayları toplumun genel menfaatine ve saydığımız kişilik değerlerine hukuk sınırları içinde kalan ifadelerle eleştirel olarak yaklaşmalıdır. Basının sınır ihlali ise kişilik hakkının ağır veya hafif zedelenmesi şeklinde gerçekleşebilir. Bazen ihlaller olmasına rağmen toplumun menfaati açısından hukuka uygunluk da söz konusu olabilir. Böyle hallerde de saldırı gerçekleşmez.

Somut olayda davaya konu edilen diğer ifadeyle yayınlanması nedeniyle davacı tarafın üzüldüğünü ileri sürdüğü bir takım diyalogların bir kovuşturmaya konu olduğu bütün tarafların kabulündedir. İkinci olarak davacı taraf bu görüntülerin şaka olduğunu ileri sürmektedir. Şu halde ilkin görüntü gerçektir, ikinci olarak bir kovuşturma eki olarak ortaya çıkmıştır. Yargıtay'ın yerleşen uygulamalarına göre bu tür konular haber konusu yapılabilir. Dolayısıyla güncellik ve gerçeklik söz konusudur. Böyle bir durumda güncellik ve gerçekliğin ve kamuoyu ilgisinin mevcut olduğu koşullarda basının haber yapma görevi ve özgürlüğü söz konusudur. Birden çok basın organında bu nedenle dava konusu edilen diyaloglar yayınlanmıştır. Dolayısıyla bu yayında herhangi bir tazminat sorumluluğu söz konusu olmaz. Sadece yayın sırasında veya yayın şeklinde ve içeriğinde veya haberin veriliş biçiminde kişisel haklara saldırı bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Demek ki öncelikle mahkemenin kabul kararı esas alınan nokta itibariyle yanlıştır ve bozulmalıdır.

Basın bu denli kamuoyu ilgisi olan bir haberi verirken yorum ekleme hakkına sahiptir. Ve hatta yer yer bu hak görev niteliğindedir. Örneğin; altın kaçakçılığından tutuklu olan bir kişi hakkında haber verildiği zaman bu kişi altın kaçakçılığı yaptığına göre basın altını hangi ülkelerden temin edildiği yönünde araştırma yapabilir, bilgi sağlayabilir, bunları yazabilir ve bu yönde yorum yaptığı zaman hiçbir şekilde AŞMA sözkonusu olamaz. Davalı basın yayın organı haber verirken haberin içeriğiyle hiçbir şekilde çelişmeyen ve haberin içeriğini doğrulaması olağan olan ve yine haberin içeriğiyle ilgili olan ve ayrıca bu tür yaşam tarzında olanların yabancı olmayacağı yer/kaynak göstermiştir.

Bu ekleme hiçbir şekilde tazminata konu edilemez. Yayının asıl konusu hakkında içerik itibariyle kişilik haklarının ihlali söz konusu olmaz iken bu içeriğe sadece payanda olan ve ancak olasılık dışı olması düşünülemeyecek tarzda bir yorum nedeniyle tazminat talebinin kabul edilmiş olması hukuka aykırıdır.

Kaldı ki kabul edilen miktara bakıldığında aslında ilk derece mahkemesi haberi içeriğini cezalandırma amaçlı tazminat miktarı belirlemiştir. Zira habere eklenen yorum kişilik haklarını ihlal ediyor olsa bile bu denli bir tazminat miktarının benimsenmesi söz konusu olamaz. Bu nedenle miktarın belirlenmesinden de ilk derece mahkemesinin aslında gerçek olan haber içeriğini davacıların kişilik haklarını ihlal ettiği esasını benimsemiş olduğu görülmektedir. Bu da basın özgürlüğü açısından vahim bir tabloyu göstermektedir. Salt bu nedenle dahi bu kararın bozulması gerekmektedir. Açıkladığımız nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz. 14/05/2013

Üye

B.K.

Üye

H.K.

Gönderen: Dr. Ali ALTINTAŞ (HSYK Müfettişi)

BİLGİ: Yerel mahkeme, bozma öncesi gerekçeli kararında Yayın Holding AŞ aleyhine 8.000 TL.- manevi tazminata hükmetmiştir.

ÖZET: Mahkemece, davanın feragat nedeniyle reddi halinde maktu harç alınması gerekirken yazılı şekilde nispi harç alınması doğru olmadığından hükmün karar ve ilam harcına hasren bozulması gerekmiştir.

T.C.

YARGITAY

6. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/11938

Karar No : 2014/3620

YARGITAY İLAMI

Dava, davacı kiracı tarafından davalı kiralayan aleyhine açılan menfi tespit istemine ilişkindir. Mahkemece, davacının davadan feragat etmesi nedeniyle davanın reddine karar verilmesi üzerine hüküm davacı vekili tarafından karar ve ilam harcına hasren temyiz edilmiştir.

Davacı şirket temsilcisi 25.4.2013 tarihli dilekçesi ile davadan feragat etmiştir. Davadan feragat davacının netice-i talebinden vazgeçmesidir. Feragat kat-i bir kararın tüm sonuçlarını doğurur.

Mahkemece davadan feragat nedeniyle davanın reddine, feragatin delillerin toplanmasına ilişkin ara kararın yerine getirilmesinden sonra yapıldığından Harçlar Yasası gereğince "...26.035,05 TL nispi harcın 2/3'ü olan 17.356,70 TL nispi harçtan peşin yatırılan 5.659,80 TL çıkartıldıktan sonra geriye kalan 11.696,90 TL nispi harcın davacıdan alınarak hazineye irat kaydedilmesine..." karar verilmiştir. Ancak 492 sayılı Harçlar Kanununun 22. maddesi ve aynı Kanunda belirtilen 1 nolu harçlar tarifesi uyarınca davadan feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmesi halinde alınması gereken maktu karar ve ilam harcına 2/3 oranında hükmedilmesi gerektiği ve aynı Kanunun 31. maddesinde ise

peşin alınan karar ve ilam harcının işin hitamında ödenmesi gereken-
den fazla olduğu anlaşıldığı takdirde fazla olan kısmın istek üzerine geri
verileceği hükme bağlanmıştır. Mahkemece, davanın feragat nedeniyle
reddi halinde maktu harç alınması gerekirken yazılı şekilde nispi harç
alınması doğru olmadığından hükmün karar ve ilam harcına hasren bo-
zulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz
itirazlarının kabulü ile hükmün karar ve ilam harcına hasren **BOZUL-**
MASINA, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene ia-
desine, 25.03.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Önalıma konu payın iptali için verilen karar kesinleşmeden bu payın iptalinden söz edilemez. O nedenle mülkiyet tesbiti davasında davalı İ.D. hakkında açılan davanın konusuz kaldığından bahsedilemez. Zira dava açıldığı tarihte ve kararın verildiği tarihte payın iptaline konu karar henüz kesinleşmediğinden tapuda davalı payı mevcudiyetini korumaktadır. Bu nedenle mahkemeye yapılacak iş önalım davası ile birleştirilen Samsun 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/281 esasında açılan mülkiyet tespitine ilişkin davanın tefrik edilerek, davalı İ.D. hakkında açılan önalım konu payın iptali için açılan dava sonucunun beklenilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

T.C.

YARGITAY

6. Hukuk Dairesi

Esas No : 2011/155

Karar No : 2011/4853

YARGITAY İLAMI

Dava, önalım hakkı nedeniyle davalıya satılan payın iptali ve tescili ile muhdesatın aidiyetinin mülkiyet tespiti isteğine ilişkindir. Mahkemeye davanın kısmen kabulüne kısmen reddine karar verilmiş, hüküm davacı ve davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili 7.2.2008 tarihli dava dilekçesi ile Samsun 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/42 esasında açmış olduğu dava ile önalım hakkına konu payın bulunduğu 791, 793, 1167 ve 1169 parsellerde davalı İ.D.'un 2.11.2007 tarihinde pay satın aldığını, önalım hakkını engellemek amacıyla muvazaa yapılarak tüm payların satış bedeli 11.000 TL olmasına rağmen tapuda bedelin 54.000 TL olarak gösterildiğini, önalım hakkının tanınmasını, 21.8.2009 tarihli dilekçe ile de Samsun 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/281 esasında açtığı dava ile 1169 parsel üzerinde bulunan 3 katlı binanın ve ağaçların müvekkillerine ait olduğunun tespitini istemiştir. Her iki dava dosyası 16.4.2009 tarihin-

de birleştirilerek Samsun 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/281 Esas sayılı dosyanın esası kapatılarak Samsun 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/42 Esas sayılı dava dosyası üzerinden yürütülmüştür. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda bedelde muvazaa iddiası kanıtlanamadığından ve davacıların beyanı doğrultusunda dava konusu 1169 parsel yönünden davanın kabulü ile bu parseldeki davalı İ.D. adına kayıtlı payın iptaline, davacılar adına tesciline, diğer parseller hakkında açılan onalım davasının reddine, birleştirilen dosyada davalılar H.Ö. ve A.Ö. yönünden davanın kısmen kabulüne, davalı İ.D. hakkında açılan davanın konusunun kalmaması nedeniyle esas hakkında karar ittihazına mahal olmadığına karar verilmiştir. TMK.nun 705. maddesinde; taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescil ile olur dendiğinden sonra, miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyetin tescilden önce kazanılacağı, ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapılabilmesinin, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olması koşuluna bağlı olduğu öngörülmektedir. Önalıma konu payın bulunduğu taşınmazda davalı payının iptali ancak verilen kararın kesinleşmesine bağlıdır. Önalıma konu payın iptali için verilen karar kesinleşmeden bu payın iptalinden söz edilemez. O nedenle mülkiyet tesbiti davasında davalı İ.D. hakkında açılan davanın konusuz kaldığından bahsedilemez. Zira dava açıldığı tarihte ve kararın verildiği tarihte payın iptaline konu karar henüz kesinleşmediğinden tapuda davalı payı mevcudiyetini korumaktadır. Bu nedenle mahkemece yapılacak iş önalım davası ile birleştirilen Samsun 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/281 esasında açılan mülkiyet tespitine ilişkin davanın tefrik edilerek, davalı İ.D. hakkında açılan önalıma konu payın iptali için açılan dava sonucunun beklenilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu husus göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA** bozma nedenine göre davacı ve davalıların sair temyiz nedenlerinin şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 18.4.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Mirasın reddine göre mirasçılık belgesi istemlerinde yapılacak iş.

T.C.

YARGITAY

8. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/9820

Karar No : 2014/4780

YARGITAY İLAMI

İncelenen Kararın

Mahkemesi : İstanbul 18. Sulh Hukuk Mahkemesi

Tarihi : 18.04.2013

Numarası : 2013/213-2013/274

Davacılar : C.A.

Davalı : Hasımsız

Dava Türü : Mirasçılık belgesi istemi

KARAR

Talep; mirası ret hususu gözetilerek mirasçılık belgesi verilmesine ilişkindir.

Talepte bulunan C.A., mirasbırakanı (babası) M.C.A.'in 31.12.1997 tarihinde öldüğünü kendisi de dahil olmak üzere en yakın mirasçılarının tamamının mirası reddettiklerini; ancak kendisinin daha sonra ret beyanından döndüğünü ve mahkemeden aldığı ilamla ilgili mirası ret işlemini iptal ettirdiğini ileri sürerek; mirası reddeden mirasçıların ve bunlara ait payların durumunu gösterecek şekilde mirasçılık belgesi verilmesini istemiştir.

Mahkemece; nüfus kayıtları ve bir kısım mirasçıların mirası reddetmelerine ilişkin beyanları ile talepte bulunanın mirası ret beyanının

iptaline ilişkin mahkeme kararları değerlendirilerek; mirasın tamamı (16) pay kabul edilerek, ret gözönüne alınmaksızın (4) payının oğlu Cüneyt'e, (4) payının kızı Ceyda'ya (2) payının kendinden önce olan oğlu Tunçay'ın çocuğu Tunç'a, (2) payının kendinden önce olan oğlu Tunçay'ın çocuğu Tuna'ya, (1) payının kendinden sonra olan oğlu Levent Cudi'nin eşi Nuray'a, (3) payının kendinden sonra olan oğlu Levent Cudi'nin çocuğu Pamir'e aidiyeti ile yasal mirasçılarının bu kişiler olduğuna karar verilmiş; yasal mirasçılardan Levent Cudi, Ceyda Tuna ve Tunç'un mirası reddetmiş oldukları belirtilerek; bu reddin hukuki sonuçlarının terekenin paylaşılması sırasında dikkate alınmasına işaretilmiştir.

Talepte bulunan, verilen mirasçılık belgesinde mirası reddedenlerin miras paylarının akıbetinin gösterilmemesi sebebiyle, mirasbırakan adına kayıtlı taşınmazın tapudan intikalini sağlayamadığını mirasçılık belgesinin bu payların akıbetini gösterir şekilde düzenlenmesi gerektiğini, kararın bu yönüyle hatalı olduğunu belirterek; kararı temyiz etmiştir.

Mirasçılık belgesi verilmesi hususu Türk Medeni Kanunu (TMK)'nin 598.maddesinde düzenlenmiştir. Mirasçılık belgesi, aksi ispat edilinceye kadar, adına düzenlenmiş bulunan kişi ve kişilerin mirasçılığı lehine bir karine oluşturur. Bu belge; mirasbırakanla mirasçılar arasındaki irs (soy) ilişkisini göstermesi yanında mirasın (terekenin) mirasçılara intikalini de sağlayıcı bir işleve sahiptir. Bu nedenlerle; mirası reddeden (TMK.m.605/1) mirasçı veya mirasçılar varsa düzenlenecek mirasçılık belgesinde, mirasçılık sıfatına sahip olan kişi veya kişiler ile miras paylarının gösterilmesi ve mirası ret durumuna işaret edilmekle yetinilmemesi; mirası ret nedeniyle, mirasçılık sıfatını kaybedenlerin ve bunların payının akıbetinin (kime kalacağının)'da gösterilmesi gerekir. Bu bakımdan; verilen mirasçılık belgesinde yasal mirasçılar ile bunların miras paylarının gösterilmesi yerinde ise de; "mirası reddin hukuki sonuçlarının terekenin paylaşılmasında dikkate alınmasına" şeklindeki kabul hatalı olmuştur.

Yasal mirasçılar Levent Cudi, Ceyda ve Tuna 1998 yılında mirası reddettiklerine göre; o tarihte yürürlükte olan Türk Kanuni Medenisi

(eMK)'nin 551/1. Maddesindeki, "...vefat edenin mirasçılarında birisi mirası reddederse bunun hissesi murisin vefatında hayatta değil imiş gibi diğer mirasçılara intikal eder..." hükmü uyarınca; mirası reddedenlerin miras paylarının diğer mirasçılara intikal şeklinin kararda gösterilmesi gerekir. Bu hüküm karşısında, mirası reddeden mirasçılardan Levent Cudi, babasından önce ölmüş gibi değerlendirileceğinden, eşi Nuray, ret olmasaydı yasal mirasçı olacağı halde, reddeden mirasın açılması tarihinden geçerli olarak mirasçılık sıfatını kaybedecek ve Levent Cudi'ye ait miras payı tamamen mirası reddetmeyen oğlu Pamir'e geçmiş olacaktır. Sonuç olarak mahkemece, temyize konu kararda olduğu gibi, ret durumu yokmuş gibi yasal mirasçılar ve miras payları gösterildikten ve mirası reddeden mirasçılar işaret edildikten sonra; mirası reddeden mirasçılar gözönüne alındığında mahkemece; " yasal mirasçılar Ceyda A.ğ, Tunç A., Tuna A. ve Nuray A.'in, mirası ret durumu nedeniyle mirasbırakan M.C.A.'in yasal mirasçısı sıfatını kaybetmiş olduklarının ve bunların miras payının diğer mirasçılar Cüneyt A. ve Pamir A.'e intikal etmiş olduğunun; böylece M.C.A.'in mirasının tamamının (2) pay kabul edilerek (1) payının oğlu Cüneyt A.'e, (1) payının torunu Pamir A.'e intikal edeceğinin belirtilmesine " şeklinde karar oluşturulması gerekir. Bu nedenlerle temyiz edilen kararın, açıklanan şekilde karar verilmek üzere bozulması gerekmektedir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen nedenlerle kararının 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK.nun 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, taraflarca HUMK'nun 388/4. (HMK m.297/ç) ve HUMK'nun 440/I maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve 24,30 TL peşin harcın istek halinde davacıya iadesine 20.03.2014 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Davacı vekili, hasımsız olarak açtığı harcı alınan dava dilekçesinde özetle; müvekkilinin miras bırakanı Mehmet C. A.'in 1997 yılında öldüğünü, murisin davacı dahil tüm mirasçılarının mirası ret ettiklerini, buna ilişkin kararların dosyasında bulunduğunu, fakat, vekil edeninin mahkeme kararıyla mirasın reddi kararını iptal ettirdiğini bu durum-

da, davacının mirasçılığının devam ettiğinden muris Mehmet C. A.'in mirasçılarının miras paylarının tespit edilerek mirasçılık belgesi verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, davanın kabulüne, miras bırakan Mehmet C. A.'in mirasının toplam 16 pay kabul edilerek buna göre; 4 payının oğlu (davacı) Cüneyt A.'e, 4 payının kızı Ceyda A..ğ'a, 2 payının torunu Tunç A.'e, 2 payının torunu Tuna A.'e, 1 payının gelini Nuray A.'e ve 3 payının torunu Pamir A.'e aidiyetine, İstanbul 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1998/163-298 Esas ve Karar sayılı kararıyla mirasçılar Levent Cudi A., Ceyda A..ğ, Sevim A. ve Tuna A.'in yine İstanbul 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1999/137-618 Esas ve Karar sayılı kararıyla Tunç A.'in miras bırakan Mehmet C. A.'in mirasını reddettiklerinden reddin hukuki sonuçlarının terekenin paylaşılması sırasında dikkate alınmasına kararı verilmiştir.

Hüküm süresi içerisinde davacı vekili tarafından dilekçesinde yazılı sebeplerle düzeltilerek onanma talebiyle temyiz edilmiştir.

Toplanan deliller, tüm dosya kapsamından; İstanbul 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2.6.1999 tarih 1999/137-618 esas ve karar sayılı hasımsız, mirasın reddine ilişkin onaylı karar fotokopisi dosyadadır. Davacının Tunç A., miras bırakanın: Mehmet C. A. olduğu, davacının mirası kayıtsız şartsız reddettiğinden bu talebin tesciline karar verilmesini istendiği, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin hükmüne uyulan bozma kararından sonra mahkemece davanın kabulüne, 31.12.1997 tarihinde ölen muris Mehmet C. A.'den davacıya intikal eden terekeyi kayıtsız şartsız red ettiğinin tesciline kararı verildiği bu kararın temyiz edilmeksizin 21.06.1999 tarihinde kesinleştiği görülmüştür. İstanbul 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 10.06.1998 tarih 1998/163-298 Esas ve Karar sayılı hasımsız, davacıları Levent Cudi A., Ceyda A..ğ, Sevim A. ve Tuna A. olan karar fotokopisi dosyadadır. Davacılar vekili, davacıların ortak miras bırakanı Mehmet C. A.'in 31.12.1997 tarihinde ölmesi üzerine terekesini kayıtsız, şartsız red ettiklerini talep etmişlerdir. Mahkemece davacıların taleplerinin kabulüne, davacıların muris Mehmet Cihad A.'in terekesini kayıtsız şartsız red ettiklerinin tesciline karar verilmiştir. İş bu karar 30.06.1998 tarihinde kesinleşmiştir.

İstanbul 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarihli 2005/381-524 Esas ve Karar sayılı hasımsız açılan mirasın reddine ilişkin karar sureti dosyadadır. Davacının Pamir A., miras bırakanının Mehmet C. A. olduğu, mahkemece muristen intikal eden mirasın mirasçısı Cüneyt A. dışındaki diğer yasal mirasçılar tarafından reddedildiği, Cüneyt A.'in tek mirasçı olduğu, davacı Pamir'in mirasçı olmaması nedeniyle mirasın resmi tasfiyesine gerek bulunmadığı anlaşıldığından Tuzla Asliye Hukuku Mahkemesi'nin 04.06.2003 gün 2003/509-443 Esas ve Karar sayılı kararı dikkate alınarak bu davanın konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği temyiz edilmekle Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 01.05.2006 tarih 2005/21555 Esas, 2006/6620 Karar sayılı ilamıyla onandığı ve 07.06.2006 tarihinde kesinleştiği şerh edilmiştir. Tuzla Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 4.6.2003 tarih 2//3/509-443 esas ve karar sayılı, hasımsız, açılan davacısı Cüneyt A. olan onaylı karar sureti dosyadadır. Miras bırakan: Mehmet C. A.in 1997 yılında murisin borç batağı içinde olduğu gösterilerek diğer kardeşleri ile birlikte 1998 yılında mirasın reddine kararı alındığı, fakat, davacının bizzat yargılamaya girmediği önceki yargılamada kendisini temsil eden avukatın reddi miras konusunda özel vekaletnamesi olmadığı, bu nedenlerle reddi miras kararının iptaline karar verilmesini talep ettiği görülmüştür. Mahkemece, davanın kabulüne, İstanbul 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2003/168-223 Esas ve Karar sayılı karardaki davacı Cüneyt A.'in reddi miras kararının bu davacı yönünden kaldırılmasına kararı verildiği, kararın 06.06.2003 tarihinde temyizden feragat edilmekle kesinleştirildiği belirlenmiştir. Nüfus Aile kayıt tabloları dosya içerisindedir. Açıklanan olgular tarafların ve mahkemenin bilgisi dahilindedir. Uyuşmazlık davacının yukarıda değinilen hasımsız mirasın reddi kararıyla muristen intikal eden mirası kayıtsız şartsız reddetmesinden sonra yine az yukarıda değinilen hasımsız Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararıyla reddi miras kararının iptal edilmesi sonucunda miras bırakan Mehmet C. A.'in mirasçılarını gösterir vaset belgesinde mirası reddeden kişilerin ve mirasçının paylarının gösterilip gösterilemeyeceği veya temyize konu kararda yazılı olduğu üzere belirtilen kısmın resmi makamlarda işleme esas alınıp alınmayacağında toplanmaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin yerleşmiş içtihatları yerel mahkemenin temyize konu kararında belirttiği üzere. Ancak, böyle bir kararın kamu kuruluşlarında, özellikle de mirasın intikal işlemlerinin yapıldığı Tapu Müdürlüklerinde infaz kabiliyetinin bulunmadığı yada infazda güçlükler yaşandığı bilinen vakalardır. Mahkemelerin bir görevi de anlaşılır, infaza elverişli tereddüte mahal bırakmayacak açık, somut kararlar vermektir.

Tüm bunlardan anlaşıldığı üzere ve özellikle bir örneği dosyada bulunan HGK'nun 12.10.2011 tarih 2011/13-697-610 Esas ve Karar sayılı kararında yazılı olduğu gibi mirası reddeden kişilerin miras paylarının mirası reddetmeyen diğer mirasçılara paylaştırılmak suretiyle vaseset belgesi düzenlenmesi gerekmektedir.

Hal böyle olunca yasal mirasçılar Ceyda A..ğ, Tunç A., Tuna A. ve Nuray A.'in mirası red durumu nedeniyle miras bırakan Mehmet C. A.'in yasal mirasçı sıfatını kaybetmiş olduklarından bunların miras payının öteki mirasçılar Cüneyt A. ve Pamir A.'e intikal etmiş olması nedeniyle kök miras bırakan İsa ve Nuriye'den olma 19.01.1914 doğum tarihli Mehmet C. A.'in mirasının toplam 2 pay kabul edilerek 1 payını (davacı oğlu) Cüneyt A.'e, 1 payının (torunu) Pamir A.'e aidiyetine biçiminde karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu üzere ve infaz kabiliyeti bulunmayacak şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.

Açıkladığım nedenlerle, Dairenin sayın çoğunluğunca benimsenen gerekçelerle ve karar kapsamına yukarıda açıkladığım ve dosyası kapsamında bulunan maddi delillerle örtüşen karşı oy yazısında yazılı nedenlerle bozmada oybirliğiyle gerekçede farklı olarak katılamıyorum. Mahalli mahkeme kararına bu nedenlerle ve gerekçelerle bozulması gerektiği kanaatindeyim.

Üye

S.A.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Alacaklının itirazın iptali ilamını ibraz etmek sureti ile ilk takip dosyası olan ilamsız takip dosyası üzerinden icra emri göndererek veya muhtıra tebliğ ettirerek ilamdan kaynaklanan tüm alacaklarına kavuşma imkanı bulunmaktadır. Buna rağmen yeni bir takip açılması yukarıda yer verilen yasal düzenlemeye bağlanmış usul ekonomisi ilkesine ters düştüğü gibi davetin ve hesaplamanın tek dosya üzerinden yapılabilme imkanı bulunduğu halde yeni dosyaların açılması ve her dosyanın değişik şikayetlere konu edilebilmesi nedeniyle iş yoğunluğuna da neden olmaktadır. Bu nedendir ki, itirazın iptali ilamından kaynaklanan alacak kalemlerinin ayrı bir takibe konu edilebileceği yönündeki içtihadımızdan dönülme gereği hasıl olmuştur.

T.C.

YARGITAY

8. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/12873

Karar No : 2014/62

YARGITAY İLAMI

6100 sayılı HMK'nun 30. maddesinde "Hakim yargılamanın makul süre içinde düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmasını sağlamakla yükümlüdür" şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Somut olayda İzmir 12. İcra Müdürlüğü'nün 2008/..... sayılı dosyasında yapılan ilamsız takibe itiraz edilmiş itirazın iptali istemi üzerine Asliye Ticaret Mahkemesi'nce itirazın iptaline, takibin devamına %40 inkar tazminatı 55.515,60 TL'nin 1.179,70 TL harcın 12.777,34 TL vekalet ücretinin 1.395,85 TL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya verilmesi yönünde karar verilmiştir.

Ticaret Mahkemesi'nin bu kararı da eda hükmünü içeren inkar tazminatı yargılama gideri avukatlık ücreti ve harç alacağı İzmir 4. İcra Müdürlüğü'nün 2013/... Esas sayılı dosyası ile ilamlı takibe konu edilmiştir.

Alacaklının itirazın iptali ilamını ibraz etmek sureti ile ilk takip dosyası olan ilamsız takip dosyası üzerinden icra emri göndererek veya muhtıra tebliğ ettirerek ilamdan kaynaklanan tüm alacaklarına kavuşma imkanı bulunmaktadır. Buna rağmen yeni bir takip açılması yukarıda yer verilen yasal düzenlemeye bağlanmış usul ekonomisi ilkesine ters düştüğü gibi davetin ve hesaplamanın tek dosya üzerinden yapılabilme imkanı bulunduğu halde yeni dosyaların açılması ve her dosyanın değişik şikayetlere konu edilebilmesi nedeniyle iş yoğunluğuna da neden olmaktadır. Bu nedenledir ki, itirazın iptali ilamından kaynaklanan alacak kalemlerinin ayrı bir takibe konu edilebileceği yönündeki içtihadımızdan dönülme gereği hasıl olmuştur.

O halde Mahkemece şikayetin kabulüne takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile sonuca gidilmesi doğru değildir.

SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, taraflarca HUMK'nun 388/4. (HMK m.297/ç) ve İİK'nun 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, 13.01.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: İbranamenin geçerliliğinin şartları.

T.C.

YARGITAY

9. Hukuk Dairesi

Esas No : 2010/42101

Karar No : 2013/3327

YARGITAY İLAMI

A) Davacı isteminin özeti:

Davacı vekili, iş aktinin davalı işverenlik tarafından haksız feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, bayram tatili ücreti, yıllık izin ücreti ve ücret alacaklarını istemiştir.

B) Davalı cevabının özeti:

Davalı vekili, davacının mazeret işi, mazeret bildirmeksizin işi kendisinin terkettiği, bir kısım avanslar aldığı, ibraname verdiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme kararının özeti:

Davacının iş aktinin, davalı işveren tarafından, üretilen malların bozuk olduğu gerekçesiyle yasal bildirim sürelerine uyulmaksızın feshedildiği, davalı işverenin davacının kusurlu davranışları neticesinde hatalı mal üretildiğini kanıtlayamadığı, fazla mesai yapıldığının ve ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışıldığının kanıtlandığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Ç) Temyiz:

Karar süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

D) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerliliği konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Türk Hukukunda ibra sözleşmesi 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, kabul edilen Yasanın 132 inci maddesinde "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekilde bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekilde bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır" şeklinde kurala yer verilmiştir.

İş ilişkisinde borcun ibra yoluyla sona ermesi ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420 inci maddesinde öngörülmüştür. Sözü edilen hükme göre, işçinin 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 noksansız 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 gerekir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420 inci maddesinde, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde yapılan ibra sözleşmelerine geçerlilik tanınmayacağı bildirilmiştir. Aynı maddede, alacağın bir kısmının ödenmesi şartına bağlı ibra sözleşmelerinin (ivazlı ibra), ancak ödemenin banka kanalıyla yapılmış olması halinde geçerli olacağı öngörülmüştür. 4857 sayılı İş Kanununun 19 uncu maddesinde, feshi itiraz bakımından bir aylık hak düşürücü süre öngörülmüş olmakla, feshi izleyen bir ay içinde işçinin işe iade davası açma hakkı bulunmaktadır. Bu noktada feshi izleyen bir aylık süre, işçinin eski işine dönüp dönmeyeceğinin tespiti bakımından önemlidir. O halde feshi

izleyen bir aylık sürede işverenin olası baskılarını azaltmak, iş güvencesinin sağlanması için de gereklidir. Geçerli ve haklı neden iddialarına dayanan fesihlerde dahi ibraname düzenlenmesi için feshi izleyen bir aylık sürenin beklenmesi gerekir. Bir aylık bekleme süresi kısmi ibra açısından işçinin bir kısım işçilik alacaklarının ödenmesinin bir ay süreyle gecikmesi anlamına gelse de temelde işçi yararına bir durumdur. Hemen belirtelim ki bir aylık bekleme süresi ibra sözleşmelerinin düzenlenme zamanı ile ilgili olup ifayı ilgilendiren bir durum değildir. Başka bir anlatımla işçinin fesih ile muaccel hale gelen kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve izin ücreti gibi haklarının ödeme tarihi bir ay süreyle ertelenmiş değildir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun değinilen maddesinde, işverence yapılacak olan ödemelerin banka yoluyla yapılması zorunluluğunun getirilmesi, ibranamenin geçerliliği noktasında sonuca etkilidir. Ancak banka dışı yollarla yapılan ödemelerde de borç ibra yerine tamamen veya kısmen ifa yoluyla sona ermiş olur.

Sözü edilen yasal düzenleme, sadece işçinin alacaklı olduğu durumlar için işçi yararına kısıtlamalar öngörmektedir. İşverenin cezai şart ve eğitim gideri talep ettiği yine işçinin vermiş olduğu zararın tazminine dair uygulamalarda ve hatta sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde işçinin işverene borçlu olduğu durumlarda, taraflar, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın işçinin borçlarını ibra yoluyla sona erdirebilirler.

Değinilen maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri tazminat ve alacaklar dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün haklar yönünden uygulanır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra düzenlenen ibra sözleşmeleri için yasal koşulların varlığı aranmalıdır. Ancak 6098 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olmadığı dönemde imzalanan ibranamenin geçerliliği sorunu, Dairemizin konuyla ilgili ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. İbranamenin feshi izleyen bir aylık süre içinde düzenlenmesi ve ödemelerin

banka kanalıyla yapılmamış oluşu 01.07.2012 tarihinden önce düzenlenen ibra sözleşmeleri için geçersizlik sonucu doğurmaz.

İşçi ve işveren arasında işverenin borçlarının sona erdirilmesine yönelik olarak Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü öncesinde yapılan ibra sözleşmeleri yönünden geçersizlik sorunu aşağıdaki ilkeler dahilinde değerlendirilmelidir:

a) Dairemizin kökleşmiş içtihatları çerçevesinde, iş ilişkisi devam ederken düzenlenen ibra sözleşmeleri geçersizdir. İşçi bu dönemde tamamen işverene bağımlı durumdadır ve iş güvencesi hükümlerine rağmen iş ilişkisinin devamını sağlamak veya bir kısım işçilik alacaklarına bir an önce kavuşabilmek için iradesi dışında ibra sözleşmesi imzalamaya yönelmesi mümkün olup, Dairemizin kararlılık kazanmış uygulaması bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 15.10.2010 gün, 2008/41165 E, 2010/29240 K.).

b) İbranamenin tarih içermemesi ve içeriğinden de fesih tarihinden sonra düzenlendiğinin açıkça anlaşılabilmesi durumunda ibranameye değer verilemez (Yargıtay 9.HD. 5.11.2010 gün, 2008/37441 E, 2010/31943 K.).

c) İbranamenin geçerli olup olmadığı 01.07.2012 tarihine kadar yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanununun irade fesadını düzenleyen 23-31. maddeleri yönünden de değerlendirilmelidir. İbra sözleşmesi yapılırken taraflardan birinin esaslı hataya düşmesi, diğer tarafın veya üçüncü şahsın hile ya da korkutmasıyla karşılaşması halinde, ibra iradesinden söz edilemez.

Öte yandan 818 sayılı Borçlar Kanununun 21 inci maddesinde sözü edilen aşırı yararlanma (gabin) ölçütünün de ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında değerlendirilmesi gerekir.

İbramedeki irade fesadı hallerinin, 818 sayılı Borçlar Kanununun 31 inci maddesinde öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre içinde ileri sürülmesi gerekir (Yargıtay 9.HD. 26.10.2010 gün, 2009/27121 E, 2010/30468 K). Ancak, işe girerken alınan matbu nitelikteki ibranameler bakımından iş ilişkisinin devam ettiği süre içinde bir yıllık süre işlemez.

d) İbra sözleşmesi, varlığı tartışmasız olan bir borcun sona erdirilmesine dair bir yol olmakla, varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi mümkün değildir. Bu nedenle, işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemez. Savunma ve işverenin diğer kayıtları ile çelişen ibra sözleşmelerinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir (Yargıtay 9.HD. 4.11.2010 gün 2008/37372 E, 2010/31566 K).

e) Miktar içeren ibra sözleşmelerinde ise, alacağın tamamen ödenmiş olması durumunda borç ifa yoluyla sona ermiş olur. Buna karşın kısmi ödeme hallerinde, Dairemizin kökleşmiş içtihatlarında ibraya değer verilmemekte ve yapılan ödemenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD 21.10.2010 gün 2008/40992 E, 2010/39123 K.). Miktar içeren ibranamenin çalışırken alınmış olması makbuz etkisini ortadan kaldırmaz (Yargıtay 9.HD. 24.6.2010 gün 2008/33748 E, 2010/20389 K.).

f) Miktar içermeyen ibra sözleşmelerinde ise, geçerlilik sorunu tizlikle ele alınmalıdır. İrade fesadı denetimi yapılmalı ve somut olayın özelliklerine göre ibranamenin geçerliliği konusunda çözümler aranmalıdır (Yargıtay 9.HD. 27.06.2008 gün 2007/23861 E, 2008/17735 K.). Fesihden sonra düzenlenen ve alacak kalemlerinin tek tek sayıldığı ibranamede, irade fesadı haller ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece ibra iradesi geçerli sayılmalıdır (Yargıtay HGK. 21.10.2009 gün, 2009/396 E, 2009/441 K.).

g) Yine, işçinin ibranamede yasal haklarını saklı tuttuğuna dair ihtirazî kayda yer vermesi ibra iradesinin bulunmadığını gösterir (Yargıtay 9.HD. 4.11.2010 gün 2008/40032 E, 2010/31666 K.).

h) İbranameye yer almayan işçilik alacakları bakımından, borcun sona erdiği söylenemez. İbranameye yer alan işçilik alacaklarının bir kısmı yönünden savunma ile çelişkinin varlığı ibranameyi bütünüyle geçersiz kılmaz. Savunma ile çelişmeyen kısımlar yönünden ibra iradesine değer verilmelidir (Yargıtay 9.HD. 24.6.2010 gün, 2008/33597 E, 2010/20380 K.). Başka bir anlatımla, bu gibi durumlarda ibranamenin bölünebilir etkisinden söz edilebilir. Bir ibraname bazı alacaklar ba-

kımından makbuz hükmünde sayılırken, bazı işçilik hak ve alacakları bakımından ise çelişki sebebiyle geçersizlikten söz edilebilir. Aynı ibranamede çelişki bulunmayan ve miktar içermeyen kalemler bakımından ise borç ibra yoluyla sona ermiş sayılabilir.

İbraname savunması, hakkı ortadan kaldırabilecek itiraz niteliğinde olmakla yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir (Yargıtay HGK. 27.1.2010 gün 2009/9-586 E, 2010/31 K. ; Yargıtay 9.HD. 13.7.2010 gün, 2008/33764 E, 2010/23201 K.).

Somut olayda, karar gerekçesinde ibranamenin geçerli olup, olmadığı tartışılmaması hatalıdır.

3- 11/05/2010 tarihli ek bilirkişi raporunda ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağının hesaplanmasında hata yapılarak, 202,02 TL yerine 369,59 TL brüt alacak hesaplanması hatalıdır.

4- Gerekçeli kararda, ücret alacağı açısından, dosyadaki avans belgelerinin tartışılmaması hatalıdır.

5- Gerekçeli kararda, yıllık izin ücreti alacağı açısından Şubat/2007 aya ait bordrosundaki izin kullanma kaydının değerlendirilmemesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Açıklanan nedenler ile temyiz edilen kararın **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 29.01.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. H. Hulki ÖZEL

ÖZET: Davacı, ülkemizde tam ehliyetli birçok insanın yaptığı gibi hisse senedi alım satım işlemi yapmış ve bunun sonucunda bazı hisse senetlerinden kar, bazılarında ise zarar etmiştir. Bütün bu işlemleri yaparken, tam ehliyetli biri gibi hareket eden davacının hisse senedi alım-satım yaptığı tarih itibariyle tüm dünyada var olan ekonomik krizin de etkisi ile zarar etmesi sonucu, bu zararın tazminini, kısıtlandığını ileri sürerek davalı bankadan istemesi, hakkın kötüye kullanılmasıdır.

T.C.

YARGITAY

11. Hukuk Dairesi

Esas No : 2011/5003

Karar No : 2013/7414

YARGITAY İLAMI

Davacı vekili, müvekkili M.A.'in mahkeme kararı ile kısıtlandığını, kısıtlı olduğu dönem içinde davalı bankada açmış olduğu yatırım hesabı ile hisse senedi alım ve satımı yaptığını, ancak bu işlemler nedeniyle zarar ettiğini, kısıtlı olduğu halde davalı banka tarafından müvekkilinin yaptığı bu işlemlere izin verilmesi nedeniyle oluşan zarardan davalının sorumlu olduğunu ileri sürerek, ıslah ile artırılmış olarak 153.635,00 TL'nin temerrüt faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin M.A.'in kısıtlı olduğunu bilmediğini ve buna ilişkin bir ihbarın müvekkiline yapılmadığını, tüm kusurun vasi-de bulunduğunu ve bu nedenle doğan zarardan müvekkilinin sorumlu olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsa-

mına göre, davacı M.'nin kısıtlanmasını gerektirecek derecede akıl hastası olduğu, kendisine annesi A.'nin vasi olarak atıldığı, TMK'nın 14. maddesine göre davacının hukuki ehliyetinin bulunmadığı, bu nedenle anılan Yasanın 15. maddesine göre bankada yapılan işlemlerin hukuki sonuç doğurmadığı, oluşan zarardan davalının sorumlu olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, 98.234,50 TL'nin temerrüt faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davacı vekilinin tüm, davalı vekilinin ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.

2- Dava, kısıtlı olan davacının davalı bankadaki yatırım hesabında yaptığı işlemler nedeniyle uğranıldığı iddia edilen zararın tazmini istemine ilişkin olup, uyuşmazlık, akıl hastalığı nedeniyle kısıtlanan davacının davalı bankada yapmış olduğu hisse senedi alım satım işlemleri sonucu uğranılan zarardan davalı bankanın sorumlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

TMK'nın 15. maddesine göre, "Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz". Buna göre, kural olarak tam ehliyetsizlerin hukuki işlemleri hükümsüz ise de, bu kuralın istisnaları da mevcuttur. Bunlardan biri TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmaması ilkesidir. Buna göre "Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz".

TMK'nın 2. maddesi çerçevesinde 15. maddenin değerlendirilmesine geçmeden önce, aynı Yasa'nın 1/1. maddesi uyarınca anılan hükmün getirilmesindeki asıl gayenin ne olduğunun açıklanmasında fayda görülmektedir.

Kanun, tam ehliyetsizlerin yaptıkları hukuki işlemleri batıl sayarken, bu gibi kimseleri korumak, kendi menfaatlerine aykırı işlemleri yapmak, üçüncü kişilerce sömürülmelerine engel olmak amacını gütmüştür. Bu tehlikenin ortadan kalktığı, normal zekâlı bir insanla eşdeğer tarzda hareket ettiği durumlarda, hukuki muamelenin hükümsüzlüğünü ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması olacaktır ki, kanun bunu himaye etmez. 09.03.1955 tarih 1954/22 Esas, 1955/2 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği gibi, mümeyiz olmayan kimse temyiz kudretini haiz olsa idi aynı surette hareket edecek, yani normal zekâlı bir insan dahi aynı tarzda muamelede bulunabilecek idi ise, ehliyetsiz olduğundan bahisle muamelenin hükümsüzlüğünü ileri sürememelidir.

Somut olayda davacı, ülkemizde tam ehliyetli birçok insanın yaptığı gibi hisse senedi alım satım işlemi yapmış ve bunun sonucunda bazı hisse senetlerinden kar, bazılarından ise zarar etmiştir. Bütün bu işlemleri yaparken, tam ehliyetli biri gibi hareket eden davacının hisse senedi alım-satım yaptığı tarih itibarıyla tüm dünyada var olan ekonomik krizin de etkisi ile zarar etmesi sonucu, bu zararın tazminini davalı bankadan istemesi, hakkın kötüye kullanılmasıdır.

Tam ehliyetsizlere ilişkin TMK'nın 15. maddesi hükmüne getirilen ikinci sınırlama, BK'nın 54. maddesi hükmüdür. Belirtilen yasa hükmüne göre, "Hakkaniyet iktiza ediyorsa hakim, temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkum eder" BK'nın 98/2. maddesi yollaması ile akde aykırılık hallerinde de uygulaması mümkün olan BK'nın 54/1. maddesi uyarınca, hakkaniyet elverdiği takdirde tam ehliyetsiz olan kişi, diğer tarafın batıl hukuki işleminin hüküm ifade ettiğine güveni nedeni ile doğan zarardan sorumludur.

Öte yandan TMK'nın 452/2. maddesinde; "Vesayet altındaki kişinin fiil ehliyetini haiz olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış olması halinde, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olacağı" öngörülmüştür. Buna göre, kendisini ehil bir kişi gibi gösterip hukuki işlem yapan ve bu suretle karşı tarafı zarara uğratan ehliyetsiz kişinin bu zarardan sorumlu olacağı da kabul edilmelidir.

Bu durumda, mahkemece yukarıdaki açıklamalar dikkate alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenle, davacı vekilinin tüm, davalı vekilinin ise diğer temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, takdir olunan 990,00 TL duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, aşağıda yazılı bakiye 05,90 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davalıya iadesine, 16.04.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: İİK.nun 89/1. gereğince haciz ihbarnameleri gönderilmesi durumunda üçüncü kişi ödeme yapmakla borçlu borcundan kurtulacağından ve böyle bir haciz işlemi borçlu değil üçüncü kişiye külfet yükleyeceğinden borçlunun söz konusu haciz işleminin iptali istemi bulunmasında hukuken korunmaya değer bir hakkının bulunmadığı muhakkaktır.

T.C.

YARGITAY

12. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/33933

Karar No : 2013/40505

Borçlular tarafından doğmamış alacaklarının haczi yönünde çeşitli kurumlara İİK.nun 89/1. gereğince haciz ihbarnameleri gönderilmesi nedeniyle doğmamış alacakların haczi işleminin iptali istemi ile icra mahkemesine başvurulduğu, mahkemece, istemin kabulü ile takip dosyasında idarelere gönderilen tüm İİK 89/1 haciz ihbarname-lerinin doğacak hak ve alacaklar yönünden iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

Borçluların üçüncü kişi nezdinde doğmuş ve doğacak alacaklarının haczi için İİK. 89. maddesine göre haciz ihbarnamesi gönderilmesi, üçüncü kişinin hukukunu ilgilendiren bir durum olup, borçlular, ancak, İİK. 82 veya 83. maddesine dayalı haczedilmezlik iddiasında bulunabilir. Üçüncü kişiye, doğacak alacakların haczi yönünden gönderilen haciz ihbarnamesi, haciz müzekkeresinin sonuçlarını doğurur. Bu nedenle üçüncü kişinin, haciz müzekkeresinin gereğini yerine getirerek daha sonra doğacak paraların icra dosyasına gönderilmesinde yasal bir engel yoktur. Bu şekilde borçlu borcundan kurtulacağından ve böyle bir haciz işlemi borçlu değil üçüncü kişiye külfet yükleyeceğinden borçlunun böyle bir şikayette bulunmasında hukuken korunmaya değer bir hakkının bulunmadığı muhakkaktır.

O halde mahkemece, Şikayetin reddi yerine yazılı Şekilde kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 17.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Nail Yılmaz TOKSÖZ

ÖZET: Futbolcu ile kulüp arasındaki uyuşmazlıklarda tahkim itirazı söz konusu olmadığı takdirde eldeki davanın esasına girilerek çözümlenmelidir. tahkim itirazında bulunulması durumunda ise, tarafların ihtilafın doğmasından sonra yazılı bir kabulü bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre görev hususu çözümlenmelidir. Eksik incelemeyle ve hatalı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

T.C.

YARGITAY

13. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/10619

Karar No : 2013/18280

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalı spor kulübü ile 31/05/2012 bitiş tarihli profesyonel futbolcu sözleşmesi düzenlendiğini, sözleşme gereğince asgari ücretin dışında 15.000,00 TL peşinat ve maç başı 735,00 TL ödeneceğini, maç başı ödemelerin ilk 11'de yer alması halinde tam, oyuna sonradan girmesi halinde % 50 oranlarında, her resmi müsabakanın sonunda yapılacağını kararlaştırılmış olduğunu, sözleşmenin kendisi tarafından tek tarafı olarak fesh edildiğini, 45.997,54 TL alacağının muaccel hale geldiğini, bir kısmının ödendiğini, ödenmeyen 19.897,54 TL'nin sözleşmede belirtilen vade tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalıya tebligat yapılmamıştır.

Mahkemece ön inceleme aşamasında, uyuşmazlığın Futbol Federasyonu bünyesinde oluşturulan uyuşmazlık Çözüm Kurulunda çözümlenmesi gerektiğinden bahisle görevsizlik kararı verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın futbolcu olan davacının ücret alacağından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Öyle olunca, uyuşmazlığın bu niteliği itibariyle görev hususunda yasal düzenlemelerin irdelenmesi gerekmektedir. 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un Tahkim Kurulu ve görevlerini düzenleyen 13 ve 14. maddesi, 4.12.2007 tarihi ve 26720 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 29.11.2007 tarih ve 5719 sayılı kanunun 10. ve 11. maddeleri ile değiştirilmiş, yine bu kanunun 9. maddesi ile de kanunun 12. maddesinden sonra gelmek üzere 12/A maddesi eklenmiştir. 3813 sayılı kanuna 5719 sayılı kanunla eklenen "Uyuşmazlık Çözüm Kurulu" başlıklı 12/A maddelerinde önce bu kurulun oluşumu usulü ve çalışma usulleri açıklandıktan sonra, "Uyuşmazlık Çözüm Kurulu" Kulüpler İle kulüpler, kulüpler ile futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, oyuncu temsilcileri, masörler ve müsabaka organizatörleri, oyuncu temsilcileri ile futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, arasında her türlü sözleşmeden doğan veya futbolla ilgili olan uyuşmazlıkları, tarafların başvurusu üzerine münhasıran yetkili olarak inceler ve karara bağlar." hükmüne yer verilmiştir. 5719 sayılı kanunla değişik 3813 sayılı kanun, 167.5.2009 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5894 sayılı kanunla uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak İlk Derece Hukuk Kurulları (ki bunlar arasında uyuşmazlık Çözüm Kurulu da yer almaktadır) ile bunların üstünde olmak üzere Tahkim Kurulu gösterilmişse de, bu kurulların görevine girecek uyuşmazlıkların nelerden ibaret olduğu konusunda açık bir düzenleme getirilmemiş, bu düzenleme TFF ana statüsüne bırakılmıştır. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun görev ve yetkileri Futbol Federasyonunun ana statüsünde belirlenmiştir.

TFF ana statüsünde TFF Genel Kurulu'nca yapılan değişiklik 21.7.2011 tarih ve 280001 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Ana Statünün 21.7.2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe giren değişik 56.maddesinde, 1. Kulüpler, futbolcular teknik direktörler, antrenörler, futbolcu temsilcileri, sağlık personelleri ve müsabaka organizatörleri aralarındaki futbolla ilgili her türlü sözleşmeden doğan ihtilafların çözümü için uyuşmazlık çözüm kurulunun yetkisini kabul edip etmemekte serbesttirler. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun yetkili olabilmesi için tarafların ihtilafın ortaya çıkmasından sonra kurulun yetkisini yazılı olarak kabul etmeleri şarttır. Bununla birlikte sportif cezalarla, yetiştirme tazminatına ilişkin ihtilaflar münhasıran uyuşmazlık Çözüm Kurulu önünde çözülür. Bu kararlara karşı ancak Tahkim Kurulu'na itiraz edilebilir. Şeklinde düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme ile, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun mecburi tahkim ve ihtiyari tahkim şeklinde iki ayrı görevi bulunduğu, sadece sportif cezalarla yetiştirme tazminatlarına ilişkin uyuşmazlıkların mecburi hakem olarak Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nda görülebileceği, diğer uyuşmazlıkların ise genel hükümlere ve 1. madde uyarınca tarafların anlaşmalarına bağlı olduğu ve uyuşmazlığın doğmasından sonra yazılı olarak kabul etmeleri halinde Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun ihtiyari tahkim sıfatıyla bakıp sonuçlandırabileceği ve bu kararlara karşı Genel Hükümler uyarınca yargı yoluna başvurulabileceği anlaşılmaktadır.

Yine geçici 1. madde uyarınca da, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nca henüz karar bağlanmamış ihtilaflarda taraflara uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun ihtiyari yetkisini kabul edip etmediklerini 10 günlük kesin süre içerisinde bildirmeleri, tarafların kurulun yetkisini yazılı olarak kabul etmeleri halinde, dosyanın yeni teşekkül ettirilecek hakem heyeti tarafından karara bağlanacağı, söz konusu süre içerisinde taraflarca kurulun yetkisinin yazılı olarak kabul edilmemesi halinde taraflara hakları da hatırlatılmak suretiyle dosyalarının ve harçlarının iade edileceği kararlaştırılmıştır.

Görev hususu kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece her aşamada re'sen nazara alınması gerekmektedir.

Somut uyuşmazlık, 13.7.2011 tarihinden sonra muaccel hale gelen alacaklara ilişkin olup, dava açılmadan önce ana statüde değişiklik gerçekleştirilmiştir. Henüz ihtilaf doğmadan önce statü değişikliği yürürlüğe

girdiğine göre artık statü uyarınca tarafların yazılı olarak Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun görevini benimsemesi gerekir. Bu hususta davalı yanın herhangi bir beyanı bulunmamaktadır. Zira, davalıya tebligat yapılmadan karar verilmiştir. Ancak mahkemece bu hususta bir araştırma yapılmamıştır. Statü değişikliğinin 21.7.2011 yürürlüğe girmesinden sonra tarafların yazılı olarak uyuşmazlık çözüm kurulunun görevini kabul edip etmedikleri de Futbol Federasyonundan sorulmamıştır. Kaldı ki, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu bu tür uyuşmazlıklarda ihtiyari tahkim olup, mecburi tahkime ilişkin hükümler uygulanmaz. Önceki kararların uyuşmazlık çözüm kurulunda karara bağlanması da eldeki dava için kesin hüküm ya da kesin delil teşkil etmez ve görev hususu kamu düzeyine ilişkin olduğu için kazanılmış hak da söz konusu olamaz. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, davalı yana tebligat yapılmak suretiyle davalının cevabi dilekçesi nazara alınmalı ve tahkim itirazı söz konusu olmadığı taktirde eldeki davanın esasına girilerek çözümlenmelidir. Tahkim itirazında bulunulması durumunda ise, tarafların ihtilafın doğmasından sonra yazılı bir kabulü bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre görev hususu çözümlenmelidir. Eksik incelemeyle ve hatalı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, temyiz olunan kararın **BOZULMASINA**, peşin alınan 24.30 TL temyiz harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 3.7.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Kural olarak, borçluya ait müstakil payın satışı, ortaklığın giderilmesi davası yolu ile istenemez. Ancak, davacı (alacaklı), 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesi uyarınca haczedilen payın satışının mümkün olmadığından bahisle icra mahkemesinden yetki alarak taşınmazın tamamının satılması suretiyle ortaklığın giderilmesini isteyebilir.

T.C.

YARGITAY

14. Hukuk Dairesi

Esas No : 2014/2107

Karar No : 2014/4973

YARGITAY İLAMI

Dava, borçlu paydaş A.U.'ın alacaklısı davacı M.S. tarafından yapılan icra takibi sonucu İcra Hukuk Mahkemesinden alınan yetki belgesine dayanılarak açılan ortaklığın giderilmesi isteğine ilişkindir.

Davalılar, yargılamaya katılmamışlardır.

Mahkemece, dava konusu taşınmazda davalı borçlu A.U.'ın müstakil payının bulunduğu, taşınmazın paylı mülkiyete tabi olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, hükmü davacı vekili temyiz etmiştir.

Borçlu ortağın alacaklısı İcra Hakimliğinden 2004 sayılı İİK'nın 121. maddesine göre alacağı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Bunun için icra hakiminden yetki belgesi alınması zorunludur. İcra hakiminden yetki belgesi almadan doğrudan doğruya veya yetkisi olmayan icra müdürünün verdiği yetki belgesine dayanılarak dava açılması halinde dava hemen reddedilmeyip davacı tarafa icra hakiminden yetki belgesi almak üzere süre verilmelidir.

İcra mahkemesinden alınan yetkiye dayalı olarak açılan davalar-

da kural olarak borçlu ortağın mülkiyet hakkının elbirliği mülkiyetine konu olması gerekir. Paylı mülkiyette ise yine kural olarak borçlu paydaşın alacaklısı, borçlunun payının icra yoluyla satışını isteyebileceğinden İİK'nın 121. maddesi uyarınca yetki belgesine dayanarak ortaklığın giderilmesini isteyemez. Ancak 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesi hükmündeki yasal sınırlama nedeniyle parsel büyüklüğü uygun bulunmadığından borçlunun payının icra müdürlüğüne satışını mümkün olmayan, tarımsal nitelikli parsellerde alacaklı İİK'nın 121. maddesi uyarınca aldığı yetki belgesine dayalı olarak taşınmazın tamamının satılması suretiyle paydaşlığını giderilmesini isteyebilir.

Somut olayda; dava konusu 919 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının incelenmesinde, Aydın İli, Nazilli İlçesi, S. Köyü, Kavaklı Kuyu Mevkiinde 14.800 m2 tarla vasfıyla 714/2400 payının borçlu adına tapuda kayıtlı olduğu anlaşılmaktadır. Davacı 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesi uyarınca haczedilen payın satışını mümkün olmadığından icra mahkemesinden yetki alarak bu davayı açmıştır. İcra dosyasındaki 03.05.2012 tarihli İlçe Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü yazısından dava konusu taşınmazın bölünemez büyüklüğün altında olduğu tarımsal niteliği itibariyle pay satışının mümkün olmadığı anlaşıldığından mahkemece işin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde yatırana iadesine, 10.04.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Namık Kemal KARAMERCAN

ÖZET: Her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili olmayan adi ortaklık sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemlerinin ihtilafında asliye hukuk mahkemeleri görevlidir.

T.C.
YARGITAY
17. Hukuk Dairesi

Esas No : 2014/537
Karar No : 2014/4015

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki davada Denizli 3. Asliye Ticaret Mahkemesi ile Denizli 1. Asliye Hukuk Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belirlenmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Dava, alacak istemine ilişkindir.

Asliye Ticaret Mahkemesince, taraflar arasındaki uyuşmazlığın adi ortaklık sözleşmesinden kaynaklandığı kaynaklandığı ve ticari dava olmadığı belirtilerek görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

Asliye Hukuk Mahkemesi ise; uyuşmazlığın ticari araç kiralananından kaynaklandığı, her iki tarafın da tacir olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4/1. maddesinde her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işlerinin ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı

iŖi sayılacağı hüküm altına alınmıŖtır. Buna göre bir uyuŖmazlıđın ticari nitelikte olabilmesi için, her iki tarafın da ticari iŖletmesini ilgilendirmesi yahut aynı maddenin alt bentlerinde düzenlenen istisnalardan birine dahil olması gerekmektedir.

Somut olayda uyuŖmazlık, taraflar arasında düzenlenen adi ortaklık szleŖmesinden kaynaklanan alacak istemine iliŖkin olup her iki tarafın da ticari iŖletmesi ile ilgili olmadığı anlaŖıldıđından, ticari dava niteliğinde bulunmayan davanın genel hükümler çerçevesinde Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 Sayılı HMK.'nın 21. ve 22. maddeleri gereğince Denizli 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE**, 20.03.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Her yıl sonunda bir önceki yıla dair ceza koşulunun istenebilmesi, takip eden yılda henüz ifaya başlanmadan önce çekince (ihtirazi kayıt) bildirilmesi veya ihtar çekilmesine bağlıdır. Bunlar yapılmadan müteakip yılın ifası gerçekleşmişse artık bir önceki yıla ait ceza koşulu istenemez. Çekince konmuş veya ihtar çekilmiş olan yıllarla ilgili ceza koşulunun istenebileceği ise kuşkusuzdur.

T.C.

YARGITAY

19. Hukuk Dairesi

Esas No : 2014/720

Karar No : 2014/3105

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, taraflar arasındaki 01.01.2000 tarihli bayilik sözleşmesi kapsamında davalının münhasıran müvekkilinin madeni ve sentetik yağlarını satmasının kararlaştırıldığını, ayrıca davalının yılda asgari 30 ton ürün satın alma taahhüdünde bulunmasına ve taahhüde aykırılık halinde eksik alınan ton başına 750-USD üzerinden hesaplanacak kar mahrumiyetinin ödeneceği hususunda anlaşıldığını, müvekkili tarafından ariyeten verilen demirbaşların da anlaşmanın sona ermesi halinde iade edileceğinin belirlendiğini, ancak davalının başka firma ürünlerini satmak suretiyle sözleşmeyi ihlal ettiğinin Ümraniye 2. Sulh Hukuk Mahkemesi' nin 2007/381 D.ış sayılı dosyasından tespit edildiğini ve 14.01.2008 tarihli ihtar ile müvekkili tarafından sözleşmenin feshedildiğini belirterek, fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla kar mahru-

miyetinden kaynaklanan 127.127-USD zararın şimdilik 5.000-USD' sine, demirbaş malların aynen iadesine, mümkün olmaz ise 27.900-USD' lik demirbaş mal bedelinin en yüksek döviz faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin daha önce S. Otomotiv'in servisi iken bu şirketin baskısı ile davacıyla bayilik sözleşmesi imzaladığını, ancak 2003 yılında S.'in müvekkilinin kiracı olarak bulunduğu binayı sattığını, müvekkilinin davacının monteli malzemelerini söküp alması mümkün olmadığından boşaltılan o binada kaldığını, bu durumu davacı yetkililerinin de bildiğini, eldeki ariyetlerin ise iadesine hazır olduklarını, müvekkilinin S. ve diğer markaların servisliğini kaybedince davacıdan mal alımının da azaldığını, Rekabet Kurulu tebliğlerine göre sözleşmenin 01.01.2005 tarihinde sonlandığını, sözleşme boyunca davacının eksik kotaya dair hiçbir talebinin olmayıp zımni icazet gösterdiğini beyanla, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece yapılan yargılama sonucunda, davalının sözleşmede belirtilen asgari miktarda ürünü hiçbir zaman almamasına rağmen davacının davalı ile olan bayilik ilişkisini sürdürdüğü, 9-10 yıllık suskunluk döneminde davalıya ürün sağlamaya devam ederek davacının sözleşmedeki hakkından zımnen vazgeçtiği, davalıda asgari alım taahhüdünün uygulanmayacağı ve cezai şart istenmeyeceği konusunda güven oluşturulduğu, bu güven ilkesi gereğince de artık sözleşme bittikten sonra geriye dönülerek feshedilen sözleşmeden dolayı kar kaybı adı altında cezai şart talebinde bulunulamayacağı, aksinin dürüstlük kuralına da aykırı olacağı, alınan raporların bilimsel ve denetime elverişli olduğu, buna göre ve tespit raporu ile de sabit olduğu üzere, sözleşme kapsamında iadesi kararlaştırılan demirbaş ve teçhizatın davalı elinde bulunmadığı, amortisman değerinin de düşümü neticesinde davacının ariyet malların bedeli olarak ancak 3.976,49-USD' yi isteyebileceği belirtilerek, davanın kısmen kabulü ile, davacının kar mahrumiyeti ve cezai şart istemlerinin reddine, teçhizat bedeli olarak 3.976,49-USD'nin davalı taraftan alınarak davacıya verilmesine, bu miktara dava tarihinden itibaren 3095 S. Yasanın 4/a maddesi gereğince değişen oranlarda dolar döviz faizinin uygulanmasına, fazla talebin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, akaryakıt bayilik sözleşmesinde öngörülen yıllık asgari ürün alımı taahhüdüne aykırı davranıldığı iddiasına dayalı cezai şart alacağından kaynaklanmaktadır.

Davaya konu uyuşmazlığın çözümünde, cezai şartla ilişkin hükümlerin tartışılıp değerlendirilmesi gerekmektedir.

Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaad ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir. Cezai şartın amacı, borçluyu borca uygun davranmaya sevkettirir. Cezai şart, asıl alacağı kuvvetlendirme amacı güder. Bu bakımdan cezai şart, kuvvetlendirilecek asıl borcun mevcut olmasını gerektirir. Asıl borç yoksa cezai şart da söz konusu olamaz. Bu niteliği itibarıyla cezai şart asıl borca bağlı fer'i bir borçtur. Asıl borç, mevcut ve geçerli ise, cezai şart da borç doğurur. Asıl borç sona ermiş ya da geçersiz doğmuşsa, cezai şart bağımsız bir borç oluşturamaz. Cezai şart, asıl borcun bağlı olduğu şekle tabidir. Asıl borç bir geçerlilik şekline bağlanmışsa, cezai şartın borç doğurabilmesi aynı şekilde kararlaştırılmış bulunmasına bağlıdır. Ancak, geçerlilik şekline bağlı olan bir sözleşme bu şekle uygun olarak yapılmadığı halde, şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kurallarıyla bağdaşmaması nedeniyle dinlenmediği hallerde, sözleşme geçerli sayıldığından, onun fer'i nitelikte olan cezai şart da geçerli sayılacaktır. Cezai şartın fer'ilik niteliği asıl borca bağlı olduğu sürece devam eder. Başka bir anlatımla cezai şartın fer'iliği, muaccel olduğu ana kadar devam eder. Borçlu borca aykırı davrandığında cezai şart muaccel hale geldiğinden artık fer'i değil, asli (bağımsız) bir alacak niteliğini kazanır. Cezai şart, sağlararası hukuki işlemlerde ve özellikle sonuçlarını hayatta doğuran sözleşmelerde kararlaştırılır. (Bkz.Tunçomağ Kenan; Türk Borçlar Hukuku I.Cilt Genel Hükümler İstanbul 1976 Sh.853 vd., Eren Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler 5.Bası, Cilt 2 Sh.1169-1171; Kılıçoğlu M.Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler 4.Bası Sh.575-577; Reisoğlu Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler 12. Bası Sh. 362.)

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 158. maddesinin başlığı "cezai şart" iken 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Ceza Koşulu" başlığı altında üç çeşit ceza koşulu düzenlenmiştir. Bunlar öğretilde ortaya atılan

kavramlara göre seçimlik ceza koşulu (TBK. md. 179/I), ifaya eklenen ceza koşulu (TBK md. 179/II) ve ifayı engelleyen ceza koşulu (dönme cezası) (TBK md. 179/III) dur.

Akaryakıt bayilik sözleşmelerinde (veya sözleşme eki taahhütnmelerde) yer alan "yıllık asgari alım taahhüdü"ne uymama halinde öngörülen ceza koşulu (cezai şart) hükümleri TBK'nun 179/II. (BK. md. 158/II) maddesindeki ifaya ekli ceza koşulu (cezai şart) niteliğinde olduğundan burada bu tür ceza koşulu üzerinde durulması gerekmektedir.

TBK'nun 179/II maddesine göre; "ceza borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir."

Anılan yasa hükmünden de açıkça anlaşılacağı gibi, ifaya eklenen ceza koşulunda, şart gerçekleştiği takdirde alacaklı, hem ifayı hem de cezayı talep edebilecektir. Buna öğretide "taleplerin birleşmesi" veya "toplanması" denmektedir. TBK, "borcun belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemesi" hali için kararlaştırılmış ceza koşulunun, ifaya eklenen ceza koşulu niteliğinde olacağına dair bir karine koymuştur. Bu iki olasılık dışında kalacak eksik ifa hallerinde TBK'nun 179/II. md. değil, 179/I. md. hükmü uygulanacaktır. Zira, Kanun, 179. maddenin ikinci fıkrasında bütün eksik ifa hallerini değil, bunlardan sadece zaman veya yer itibarıyla ayrıklık teşkil edenlerin ifaya eklenen ceza koşulu olduğunu kabul etmiştir. TBK'nun 179/II. md. hükmü emredici yapıda olmayıp düzenleyici nitelikte olduğundan taraflar, yukarıda belirtilen iki hal dışında kalan eksik ifalarla, bütün ifa etmeme hallerinde de ifa ile birlikte cezai şartın istenebileceğini kararlaştırabilirler. (Bkz. Tunçomağ Kenan; age sh. 875 vd.; Eren Fikret age sh. 1173 vd.; Kılıçoğlu M. Ahmet age sh. 579 vd.; Günay Cevdet İlhan, Cezai Şart Ankara 2002 sh. 83 vd.; Uygur Turgut; Açıklamalı – İtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, İkinci Cilt 1990 sh. 740)

TBK.'nun 179/II. maddesine göre, iki halde alacaklı, ceza koşulunu isteyemez. Eğer alacaklı, ceza koşulunu isteme hakkından açıkça vaz-

geçmişse artık bu yönde bir talepte bulunamaz. Diğer yandan alacaklı, çekince koymadan ifayı kabul etmiş veya sözleşmeden doğan edimlerini ifa etmeye devam etmişse bu takdirde de ceza koşulunu isteyemez.

Örneğin; beş yıl süreli bir "akaryakıt bayilik sözleşmesinde (veya eki taahhütnamede) bayinin yıllık asgari ürün alımı taahhüdü bulunmasına rağmen yıllar itibarıyla bu taahhüde uyulmamış ise tedarikçi (sağlayıcı) firmanın, TBK'nun 179/II. md. uyarınca hem ifayı hem de ceza koşulunu talep edebilmesi için takip eden yılda henüz bayie mal vermeden önce ceza koşulu ile ilgili "çekince" (ihtirazi kayıt) bildirmesi ya da bu konuda bayie noterden bir ihtarname göndermesi gerekir. Çekince için bir şekil şartı getirilmemiştir. Tedarikçi, taahhüde aykırı davranılmış olan yılı takip eden yeni yıldaki ilk fatura ve irsaliyeye koyacağı bir açıklama (şerh) ile bu koşulu yerine getirebilir. Bu şekilde bir çekince (ihtirazi kayıt) konulduktan veya ihtar çekildikten sonra tedarikçi (sağlayıcı) firma, mal vermeye (ifaya) devam etse bile önceki yıla ilişkin ceza koşulu alacağını sözleşme zamanı süresi içinde her zaman talep edebilir. Sonraki yıllarda da aynı kural geçerlidir. Tekrarlamak gerekirse, her yıl sonunda bir önceki yıla dair ceza koşulunun istenebilmesi, takip eden yılda henüz ifaya başlanmadan önce çekince (ihtirazi kayıt) bildirilmesi veya ihtar çekilmesine bağlıdır. Bunlar yapılmadan müteakip yılın ifası gerçekleşmişse artık bir önceki yıla ait ceza koşulu istenemez. Çekince konmuş veya ihtar çekilmiş olan yıllarla ilgili ceza koşulunun istenebileceği ise kuşkusuzdur. TBK'nun 179/II. Maddesinde öngörülen hüküm, emredici nitelikte olmadığından taraflar, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince aralarında farklı bir düzenleme yapabilirler. Örneğin, sözleşmenin feshi halinde hem cezai şart hem de kar mahrumiyeti ödeneceğini kararlaştırabilirler. Ancak sözleşmenin feshi halinde cezai şart ödeneceğinin kararlaştırılmış olduğu hallerde, Yargıtay HGK'nun 20.01.2013 T. 2012/19-670 E. 2013/171 K. sayılı kararında da açıklandığı üzere, sözleşme süresi içinde çekince konmadan uzun süre ifaya devam edilmesi üzerine borçluda, "ceza koşulu istenmeyeceği" ne dair haklı bir güven oluşmuş ise oluşan bu haklı güven ve dürüstlük ilkesi nedeniyle önceki yıla veya yıllara ait ceza koşullarının talep edilemeyeceğinin kabulü gerekir.

Mahkemece somut olay bakımından yukarıda açıklanan ilkelere çerçevesinde inceleme ve değerlendirme yapılarak, sözleşmenin 14.01.2008 tarihinde davacı tarafından noterlik aracılığıyla gönderilen ihtarname ile feshedilmesi nedeniyle dönem sonu olan 01.01.2008 ile fesih tarihi arasında ihtirazi kayıtsız mal teslimi olmadığını saptanması halinde, geçmiş son yıla ait yani 01.01.2007 ile 01.01.2008 tarihleri arasındaki yıla ait cezai şart istenebileceği gözetilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına BOZULMASINA, bozma nedenine göre öteki temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine, 18.02.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Yargıtay 19. HD. Üyesi Abdullah YAMAN

ÖZET: İş ve çalışma yeri değişikliğinin araştırma yöntemi ile fazla çalışmanın ispatının şartları.

T.C.
YARGITAY
22. Hukuk Dairesi

Esas No : 2012/21887
Karar No : 2013/17324

YARGITAY İLAMI

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haklı bir sebebe dayanmaksızın feshedildiğini belirterek kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil, hafta tatili, yıllık izin ücreti alacaklarının tahsilini istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının çalışmakta olduğu petrol nakliyesi işi bitince Ankara Şereflikoçhisar'da tuz nakliye işinde görevlendirildiğini, ancak davacının bu işte çalışmadığını ve kendi isteği ile istifa ederek işten ayrıldığını, davacının tüm alacaklarının ödenmiş olduğunu belirterek, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihle haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davalı temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

2- Taraflar arasında davacının ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanıp kazanmadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Taraflar arasında imzalanmış olan iş sözleşmesinin 2. ve 3. maddelerinde davacının işinin ve görev yerinin işverence değiştirilebileceği düzenlenmiştir. Gerek davacı ve gerekse de davalı şahitleri, işverenin petrol taşıma işi bittikten sonra davacıya Ankara ilinde tuz taşıması işinde çalışması gerektiğini bildirdiğini beyan etmişlerdir.

Dosya kapsamından işverenin sözleşme hükümlerine göre davacının iş ve çalışma yerini değiştirmeye yetkili olduğu anlaşılmakta ise de bu görev talimatının samimi olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Bu bağlamda davacının yeni çalışma yeri olarak gösterilen Şereflikoçhisar'da davacıya çalışması söylenen davalı şirkete ait işyeri bulunup bulunmadığı, varsa bu yerde davacı işçinin istihdamına imkan olup olmadığı hususunun araştırılarak çıkacak sonuca göre işçi feshi hakkında değerlendirme yapılması gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olmuştur.

3- Öte yandan, davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı, ulusal bayram ve genel tatillerde çalışıp çalışmadığı konularında da taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp ispatlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağıının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle ispatlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları şahit beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada gözönüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağından daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenen daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille sözkonusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille ispatlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Yukarıda fazla çalışmanın ispatı konusunda anlatılan ilkeler, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde yapılan çalışmaların isbatı açısından da geçerlidir.

Somut olayda, hükme esas alınan bilirkişi raporunda fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları konusunda hesap yapılırken davacı ile birlikte işten çıkarılan ve menfaat birliktelikleri olan şahit anlatımları dikkate alınmıştır. Mahkemece, fazla çalışma ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları konusunda sadece bu şahitlerin anlatımlarına dayanılarak hüküm kurulması hatalıdır. Davacı tanker şoförü olarak çalıştırılmaktadır. Bu tür çalışanların araç kullanma saat sınırlaması mevcuttur. Davacının kullandığı tankerin akaryakıt dolum tesisine giriş ve çıkış kayıtları ile ayrıca takometre kayıtları getirtilip, bilirkişi incelemesi yaptırılarak, davacının çalışma gün ve saatleri tam olarak belirlenmeli, sonucuna göre tüm deliller birlikte değerlendirilmelidir.

lerak davacının fazla çalışma yapıp yapmadığı, ulusal bayram ve genel tatillerde çalışıp çalışmadığı açıkça saptanmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12.07.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. H. Hulki ÖZEL

ÖZET: Genel kurul kararları, üyeler ile kooperatif arasında yapılmış bir sözleşme niteliğinde olup, kooperatif ve üyeler arasında ayrıca faiz oranları ile ilgili sözleşme yapılmasına gerek yoktur. Ayrıca genel kurullarca kararlaştırılan faiz oranları daha sonraki yıllarda değiştirilmediği ve iptal edilmediği sürece genel kurula katılmasa dahi tüm üyeleri bağlar. Bu durumda, 818 sayılı BK'nın 101/2. (6098 sayılı TBK'nun 117.) maddesi hükmü karşısında, genel kurulun belirlediği tarih kesin vade olup, üyenin bir ihtarla ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek kalmadan, borcun ifasının istenebileceği kuşkusuzdur.

T.C.

YARGITAY

23. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/4682

Karar No : 2013/6101

YARGITAY İLAMI

Davacı vekili, müvekkili kooperatifçe ortağı olan davalı hakkında ödenmeyen aidat, şerefiye ve gecikme faizi toplamı olarak 7.813,22 TL'nin tahsili amacıyla başlatılan icra takibine davalının itirazının haksız olduğunu ileri sürerek, vaki itirazın iptali ile %40 oranında icra inkar tazminatının tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; davalının takip tarihi itibarıyla 7.154,00 TL asıl alacak ve 640,00 TL gecikme faizi olmak üzere toplam 7.794,00 TL borcu bulunduğu, alacağın varlığının yargılamayı gerektirdiği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile bu miktarlara ve işleyecek faize yönelik itirazın iptali ile takibin bu miktar üzerinden devamına, icra inkar tazminatı talebinin reddine karar verilmiştir.

Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1- Davalı vekilinin temyiz itirazları yönünden;

a- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde değildir.

b-Dava, aidat ve şerefiye bedellerinin faizi ile birlikte tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir. Davalı vekili bilirkişi raporuna itiraz dilekçesinde 542 ada 1 parsel sayılı arsadaki müvekkiline ait 1/3 hissenin 17.08.2012 tarihinde satışından elde edilen ve davalı kooperatifçe teminat olarak tutulan 8.000,00 TL'nin dikkate alınmadığını ileri sürmüştür ise de, bilirkişi tarafından ek raporda bu itirazı cevaplandırılmadığı gibi, mahkemece de bu itiraz üzerinde durulmamıştır. Mahkemece, davalının 542 ada 1 parseldeki payının satış bedelinin davacı kooperatif tarafından bloke edildiği yolundaki itirazı araştırılıp, davacı tarafa bu konudaki açıklama ve delilleri sorulduktan ve gerekenlerin celbi sağlandıktan sonra kooperatif defter, kayıt ve belgeleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak ek rapor alındıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Davacının bu itirazının yerinde olmadığı sonucuna varılması halinde; bilirkişi raporunda işlemiş faiz hesabında aylık %3,%2 ve %1 oranları üzerinden hesaplama yapılmıştır. Mahkemece karar verilmenden önce 01.07.2012 tarihinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmiş olup, Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki 6101 sayılı Kanunu'nun 7. maddesinde aynen "Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76'ncı, faize ilişkin 88'nci, temerrüt faizine ilişkin 120'nci ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138'nci maddesi görülmekte olan davalarda da uygulanır. " hükmüne yer verilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 88. maddesinin "Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre

belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranını yüzde elli fazlasını aşamaz." hükmünü içermesinin yanı sıra, temerrüt faizine ilişkin 120. maddesinde de aynen; "Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur." düzenlemesine yer verilmiştir.

Kooperatif genel kurullarında kararlaştırılan faiz oranının anılan yasal düzenlemedeki yerine gelince; para borçları açısından borçlu temerrüdüne bağlanan sonuçlardan birisi, temerrüt faizi ödeme yükümlülüğüdür. Temerrüt faizi borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetince varlığını sürdüren bir karşılık olması itibariyle, zamanında ifa etmeme olgusuyla doğrudan bir bağlantı içindedir. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 42. maddesine göre genel kurul bütün üyeleri temsil eden en yetkili organ olup, kanun veya anasözleşme ile genel kurula tanınmış olan konular hakkında karar verme yetkisini haizdir. Konut Yapı Kooperatifi Tip Anasözleşmesi'nin 23/1. maddesinin 6. bendi uyarınca ortaklardan tahsil edilecek taksit miktar ve ödeme şartları ile gecikme halinde uygulanacak esasları tespit etmek genel kurulun yetkisi dahilindedir.

Genel kurulca, ödeme günü belirlenerek, (belirlenmemişse ayın sonu ödeme günü olup) aidat bedelinin süresinde ödenmesine, süresinde ödenmemesi halinde ise temerrüt faizi uygulanmasına ilişkin alınan kararın kesinleşmesi halinde, bu kararın tüm ortakları bağlayacağı açıktır. Genel kurul kararları, üyeler ile kooperatif arasında yapılmış bir sözleşme niteliğinde olup, kooperatif ve üyeler arasında ayrıca faiz oranları ile ilgili sözleşme yapılmasına gerek yoktur. Ayrıca genel kurullarca kararlaştırılan faiz oranları daha sonraki yıllarda değiştirilmediği ve iptal edilmediği sürece genel kurula katılmasa dahi tüm üyeleri bağ-

lar. Bu durumda, 818 sayılı BK'nın 101/2. (6098 sayılı TBK'nun 117.) maddesi hükmü karşısında, genel kurulun belirlediği tarih kesin vade olup, üyenin bir ihtarla ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek kalmadan, borcun ifasının istenebileceği kuşkusuzdur. Anapara faizi ise, borçlunun henüz temerrüde düşmeden ödemesi gereken sözleşmeyle kararlaştırılan faizdir. Bu durumda, kooperatif genel kurullarında kararlaştırılan faiz oranı, TBK' nın 88. maddesinde düzenlenen anapara faizi olmayıp, 120. maddede düzenlenen temerrüt faizine ilişkindir. Kooperatif ile üyesi arasında ticari ilişki bulunmadığından yasal oranda temerrüt faizi uygulanmalıdır. 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun' un 2/1. maddesi gereğince, bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1. maddede belirlenen yasal faiz oranına göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur. Maddenin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere temerrüt faizinin, yasal faiz oranından fazla alınması taraflarca kararlaştırılabilir. Anılan maddeler birlikte değerlendirildiğinde kooperatif genel kurulunca belirlenen aidatların ödenmesinde gecikme durumunda alınacak temerrüt faizinin yasal temerrüt faiz oranından daha fazla miktarda kararlaştırılabileceği anlamı çıkmaktadır. Ancak taraflar, uygulanacak temerrüt faizi oranını belirlerken, yukarıdaki paragrafta belirtilen 6098 sayılı TBK'nın 120/2. maddesinde öngörülmüş olan sınırlamayı dikkate alınmak zorundadırlar.

Somut olayda, dava konusu aidat miktarı kooperatif genel kurul kararlarıyla belirlendiğinden ve genel kurul kararları da sözleşme niteliğinde olduğundan davacının takip konusu alacak kalemlerine uygulanması gereken azami faiz oranı TBK'nun 120/2. maddesinde düzenlenmiş yıllık temerrüt faiz oranı olup, davacı kooperatifin genel kurullarında kabul edilmiş temerrüt faiz oranı, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuata yani 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 2/1. maddesine göre belirlenen yasal faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacaktır.

Ancak davacı kooperatifçe, icra takibinde, yıllık %18 olan anılan sınırın altında kalan yıllık %15 oranı üzerinden işlemiş ve işleyecek faiz talep edilmiş olup, işleyecek faiz oranına itirazın iptaline karar verile-

rek %15 işleyecek faizin devamı anlamına gelen hükmün bu yönünde bir isabetsizlik yok ise de, aylık %3 ve %2 oran üzerinden işlemiş faiz hesabı yapan bilirkişi raporu yasa değişikliği karşısında tekrar tartışılmalıdır. Bu durumda mahkemece, karar verilmeden önce yürürlüğe giren anılan yasal düzenleme bu açıklamalar çerçevesinde somut olay bakımından işlemiş temerrüt faizi oranı ve miktarı bakımından değerlendirilip, aylık %3 (yıllık %36) ve %2 (yıllık %24) oranı üzerinden hesaplama yapılan dönemler yönünden, taleple bağlı kalınarak yıllık %15 oranı üzerinden işlemiş temerrüt faizi miktarının tespiti için gerektiğinde bilirkişiden denetime elverişli rapor alınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, talebi aşarak hesaplama yapan bilirkişi raporunun hükme esas alınması ve anılan yasa değişikliğinin tartışılmaması doğru olmamıştır.

2- Davacı vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Davalı ortak yönünden genel kurul kararları ile belirlenen aidat miktarı, şerefiye bedeli ve gecikme faizi oranları, genel kurul kararına dayanmakta olup, genel kurul kararlarının katılsın ya da katılmamasın ortaklara ayrıca tebliğinin gerekmediği, toplantıya katılmayan üyeler için de bağlayıcı olduğu, kesinleşmiş olması ve yok hükmünde olmaması halinde bu kararın alacağın dayanağı durumunda olduğu hususları gözetildiğinde; miktarı önceden bilinebilir, hesap edilebilir, belirlenebilir yani likit alacak niteliğinde olduğu kuşkusuzdur. Mahkemece, dava konusu alacağın likit nitelikte olduğu gözetilerek, İİK'nın 67/2. maddesi uyarınca davalı borçlunun itirazında haksızlığına karar verilen tutar üzerinden icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde yanılığın gerekçe ile reddine karar verilmesi de doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda (1a) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (1b) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalının (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle de davacının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, taraflar yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harçların istek halinde temyiz edenlere iadesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 04.10.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Bilal EYÜBOĞLU

YARGITAY CEZA DAİRE KARARLARI

ÖZET: Sanık S.'in kendisine olan borcunu ödemesi nedeniyle tartışmanın ve kavganın başladığını belirtmesine göre sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağıın karar yerinde tartışılmaması bozmayı gerektirmiştir.

**T.C.
YARGITAY
3. Ceza Dairesi**

**Esas No : 2011/42447
Karar No : 2013/28873**

**TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY İLAMI**

Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunarak;

Gereği görüşülüp düşünüldü;

1. Sanık S.A. hakkında kurulan beraat hükmüne yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Yapılan yargılamaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, mahkemenin kovuşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, gösterilen gerekçeye ve uygulamaya göre o yer Cumhuriyet savcısının temyiz itirazlarının reddiyle hükmün istem gibi **ONANMASINA,**

2. Sanık A.Ş.Ç. hakkında yaralama suçundan kurulan mahkumiyet hükmüne yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Sanığın aşamalarda savunmalarında; sanık S.'in kendisine olan borcunu ödemesi nedeniyle tartışmanın ve kavganın başladığını belirtmesine göre sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar yerinde tartışılmaması,

Bozmayı gerektirmiş, o yer Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan, hükmün bu nedenle 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi ile yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca istem gibi **BOZULMASINA**, 10.07.2013 gününde oy birliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Suça konu senedin Ticaret Kanunu'nun 688/6. maddesinde belirlenen zorunlu unsurlarından olan "düzenleme tarihini" içermediği bu nedenle kambiyo senedi vasfı taşımadığı anlaşılacakla eylemin TCK'nın 207/1. maddesinde tanımlanan "özel belgede sahtecilik" suçunu oluşturacağı dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.

T.C.
YARGITAY
15. Ceza Dairesi

Esas No : 2012/5648
Karar No : 2014/1028

TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY İLAMI

Dosya incelenerek gereği düşünüldü;

Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kimseyi, kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir.

Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır.

Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır.

TCK'nın 158/1-d bendinde belirtilen, kamu kurum ve kuruluşlarının, kamu meslek kuruluşlarının, siyasi parti, vakıf veya dernek tüzel kişiliklerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi, nitelikli hal kabul edilmiştir. Söz konusu kurum yada kuruluşların konumunun suçun işlenmesinde kolaylık sağlayacağı düşüncesi, bu kurum ve kuruluşların bu suçta araç olarak kullanılmasının, ağırlaştırıcı neden olmasını gerektirmiştir.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, bunların isminin kullanılması yeterli olmayıp maddi varlığının kullanılması gerekmektedir. Araç olarak kullanılma, bu kurum veya kuruluşlara ait yazı veya belgeleri amaç dışı olarak kullanmak şeklinde olabilir. Bu kurumlara ait kimlik belgesinin gösterilmesi, basılı evraklarının, kıyafetlerinin, taşıtlarının kullanılması mağdurda güven oluşumunu sağlayacaktır.

D.Ç. Makine... Ltd. ticari ünvanlı şirketin Bornova 1. Noterliği'nin 01.08.2000 tarihli ana sözleşmesine göre kurucu ortaklarının katılan E. (abi) ile onun kardeşleri şüpheliler G. ve E. olduğu, 09.08.2005 tarihli 2005/1 sayılı ortaklar kurulu kararına göre her üç kurucu ortağın 10 yıl süre ile şirket müdürü olarak seçilip, bunlardan her ikisinin müştereken şirket ünvanı altında atacakları imzalarıyla şirketi temsil ve ilzam edeceklerinin belirlenmesini müteakip, katılan tarafın itirazları çerçevesinde ihtilâflı olmakla birlikte, kurucu ortak G.'in payını 06.12.2005 tarih ve 2005/5 sayılı ortaklar kurulu kararı ile kardeşi E.'a devrettiği ve aynı tarihli 2005/6 sayılı ortaklar kurulu kararı ile bu kez şirket müdürlüğüne 10 yıl süreyle şüpheli E.'in seçildiği anılan şirketin, şüpheli G.'in yakın arkadaşı şüpheli C. ile hiç bir ticari ilişkisi olmadığı halde, şüphelilerin birlikte hareket ederek adli emanetin 2007/9305 sırasında aslı olan, (düzenleme tarihi bulunmayan) ön yüz yazı ve rakamları şüpheli C. tarafından tanzim edilen, suça konu 11.02.2007 ödeme tarihli, 250.000 TL bedelli, alacaklısı şüpheli C., borçlusu yukarıda ünvanı yazılı şirket görünen, şirket yetkilisi E.'a atfen atılı "taklit" imzalı senedin Karşıyaka 3. İcra Müdürlüğü'nün 2007/1852 E, sayılı dosyasında şüpheli C. vekili tarafından icraya konulması ve şirket aleyhine takibin kesinleşmesi üzerine haciz işlemlerine girişilmesi eylemlerinin "nitelikli dolandırıcılık" ve "resmi belgede sahtecilik" suçlarını oluşturduğu iddia edilen somut olayda;

1) "Nitelikli dolandırıcılık" suçundan sanıklar G.Ç. ve E.Ç. haklarını-

da verilen "beraat" hükümlerine yönelen katılan vekili ile aynı suçtan sanık C.H. hakkında verilen "mahkumiyet" hükmüne yönelen sanık müdafinin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Sanıklar G. ve E.'in savunmalarının aksini gösterir mahkûmiyetlerine yeter derecede delil bulunmadığını, bu nedenle haklarında "beraat" kararı verilmesi gerektiğini, taklit imza ile sahte düzenlediği senedi icra takibine konu ettiği anlaşılan sanık C.'in ise atılı suçu işlediğini, bu nedenle "mahkûmiyetine" hükmolunması gerektiğini takdir eden mahkemenin kabul ve uygulamalarında bir isabetsizlik görülmemiştir.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekili ile sanık C. müdafinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, hükümlerin **ONANMASINA**,

II) "Resmi belgede sahtecilik" suçundan verilen "mahkumiyet" hükmüne yönelen sanık C. müdafinin temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine, ancak;

19.11.2008 tarihli duruşmada incelenen suça konu senedin Ticaret Kanunu'nun 688/6. maddesinde belirlenen zorunlu unsurlarından olan "düzenleme tarihini" içermediği bu nedenle kambiyo senedi vasfı taşımadığı anlaşılmakla eylemin TCK'nın 207/1. maddesinde tanımlanan "özel belgede sahtecilik" suçunu oluşturacağı dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, 23.01.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Hakan DİMDİK

DANIŞTAY KARARLARI

ÖZET: 213 sayılı Yasanın 3'üncü maddesinin (B) bendinde yazılı kural, davacı anlatımını içeren 5.12.2007 günlü inceleme tutanağının maddi delil olarak kabulünü gerektirir. Tutanağa alınan anlatım, davacının ticaretini yaptığı madeni yağı, daha yüksek vergiye tabi motorin olarak kullanılmak üzere sattığı yolunda olduğundan, açık anlatımına göre düzenlenen inceleme raporu uyarınca 4760 sayılı Kanununun 13'üncü maddesinin 2'nci bendi uyarınca kayba uğrayan özel tüketim vergisinin davacıdan aranmasında hukuka aykırılık bulunmadığından, vergi mahkemesince davacının 1.6.2009 tarihinde anlatımına başvurulduğunda verdiği ifadesini içeren tutanakta yer alan; satışını yaptığı emtianın % 8-10 oranındaki kısmının akaryakıt olarak kullanıldığı yolundaki anlatımı da göz önünde bulundurularak tarh edilen cezalı verginin tutarı yönünden inceleme yapılarak karar verilmesi gerekirken, kanıt yükü davalı idareye yüklenerek tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen karar hukuka uygun görülmemiştir.

T.C.
DANIŞTAY
ÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2013/621
Karar No : 2013/3477

İstemin Özeti: Madeni yağ ticareti yapan ve 19.10.2006-31.12.2006 dönemine ilişkin işlemleri incelenen davacı adına, G. Petrol Ürünleri Otomotiv Geri Dönüşüm Kimya Nakliye Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinden satın aldığı 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa ekli (1) sayılı listede yer alan on numaralı yağı akaryakıt olarak kullanmak üzere kamyon ve otobüs işletmelerine sattığının saptanması üzerine 4760 sayılı Yasanın 13'üncü maddesinin 2'nci bendi uyarınca Ekim, Kasım, Aralık 2006 dönemleri için re'sen salınan vergi ziyayı cezalı özel tüketim vergisine karşı dava açılmıştır. Konya Vergi Mahkemesinin 28.7.2009 gün ve E:2008/530, K:2009/1103 sayılı kararı ile; davacı adına, vergi incelemesi sırasında düzenlenen 1.6.2009

günlü tutanağa alınan; ticaretini yaptığı on numaralı yağın akaryakıt olarak kullanılmak üzere kamyon ve otobüs işletmesine satıldığı yolundaki anlatımına dayanılarak daha düşük vergi oranına tabi yağın daha yüksek oranlı akaryakıt olarak kullanılmak üzere teslimi nedeniyle motorin için uygulanan özel tüketim vergisi oranı esas alınarak vergilendirme yapılmış ise de, davacının teslim ettiği yağın ne kadarlık kısmının akaryakıt olarak kullanıldığıının tam olarak tespitinin mümkün olmadığı, her ne kadar davacı tarafından emtianın % 8-10'unun akaryakıt olarak kullanımı dışında başka amaçlarla kullanıldığı ifade edilmiş ise de; inceleme raporunda davacının emtiayı akaryakıt olarak sattığı ya da işlemden geçirmek suretiyle niteliğini değiştirdiği ve yeni bir emtia olarak sattığı yolunda yapılmış somut bir tespit bulunmadığı, davacı anlatımının ise teslim ettiği yağın alıcılar tarafından akaryakıt olarak kullanılmış olabileceğine yönelik genel ve tahmini bir ifade içerdiği anlaşıldığından hukuka uygun görülmediği gerekçesiyle tarhiyat kaldırılmıştır. Davalı idarece; piyasada on numaralı yağ olarak tanımlanan emtiayı özel tüketim vergisi ödemediği satın alarak kamyon ve otobüs işletmelerine akaryakıt olarak teslim eden davacının emtianın motorin olarak kullanımından dolayı vergi kaybına neden olduğu, bu nedenle yapılan tarhiyatta kanuna aykırılık bulunmadığı ileri sürülerek bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi: S.K.

Düşüncesi: Davacının ticaretini yaptığı madeni yağı daha yüksek oranda özel tüketim vergisine tabi motorin olarak kullanılmak üzere kamyon ve otobüs işletmelerine sattığı, inceleme sırasında alınan ifadesi ile sabit olduğundan, vergi mahkemesince tarhiyatın noksan incelemeye dayandığı gerekçesiyle kaldırılması yolunda verilen kararın, cezalı verginin tutarı yönünden inceleme yapılmak üzere bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı: M.A.

Düşüncesi: Temyiz başvurusu; davacı adına inceleme raporuna dayanılarak uyuşmazlık dönemlerine ilişkin olarak salınan özel tüke-

tim vergisi ile kesilen vergi ziyayı cezasını kaldıran Mahkeme kararının bozulması istemine ilişkindir.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinin 2'nci bendinde, (1) sayılı listedeki malları teslim alanların bu malları daha yüksek tutarda vergiye tabi bir mal olarak kullanmak veya üçüncü kişilere satmak suretiyle vergi ziyasına sebebiyet vermeleri halinde, ziyasına uğratılan verginin bunlar adına tarh olunacağı ve tarhiyata 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344'üncü maddesine göre vergi ziyayı cezası uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; madeni yağ alım-satım faaliyetinde bulunan davacı tarafından inceleme elemanına verilen ifadede, özel tüketim vergisi ödenmeden satın alınan on numaralı yağların, otobüs ve kamyoncular tarafından satın alınarak kendisinden araçların da motorin olarak kullandıklarının, bir kısım müşterilerin ise yağı makinelerinde kullandıklarının beyan edildiği, Mahkemece verilen ara kararı üzerine vergi dairesi müdürlüğünce istenilen defter ve belgeler üzerinden yapılan inceleme sonucu düzenlenen ve davacı tarafından da itirazsız imzalanan tutanakta da; davacının satışını yaptığı yağların tamamını on numaralı yağ tabir edilen madeni yağ olduğu, tamamının kamyon ve otobüs işletmelerine satıldığı, bu kişiler tarafından ne kadarlık kısmının akaryakıt olarak kullanıldığının tam olarak söylenmesinin zor olduğu, otobüs ve kamyoncular tarafından söz konusu bu yağın yakıt dışında hidrolik yağ olarak da kullanıldığını, ancak bu kullanım alanının oldukça düşük olduğu, satışı yapılan yağların yakıt dışında otobüsde kamyonlarda kullanılan miktarının % 8 veya % 10 oranında olduğunun beyan ve ifade edilmesi karşısında, mahkemece davacının beyanı dikkate alınmak suretiyel gerçekte ödenmesi gereken verginin saptanması gerekirken, davacı beyanının genel ve tahmini bir ibareyi içerdiğinden bahisle cezalı tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen kararda isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin kabulüyle, mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava konusu vergilendirme, madeni yağ ticareti yapan davacı tarafından 2006 yılının Ekim, Kasım, Aralık aylarının muhtelif tarihlerinde G. Petrol Ürünleri Otomotiv Geri Dönüşüm Kimya Nakliye Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nden teneke ve varil olarak ambalajlanmış halde satın alınan 49.882 litre madeni yağın, aynı ambalajla kamyon ve otobüs işletmelerine motorin olarak kullanılmak üzere satıldığından bahisle 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinin 2'nci bendi uyarınca bu teslimlerden dolayı motorinin tabi olduğu oranda özel tüketim vergisinin ziyaa uğratılmasına sebebiyet verildiği sonucuna ulaşılarak yapılmıştır.

Dosyadaki belgelerden, davacının 4760 sayılı Kanuna ekli (I) sayılı listeye dahil madeni yağın ticaretini yaptığı ve İzmir'de faaliyet gösteren Gür-Pet Petrol Ürünleri Otomotiv Boya Sanayi Ticaret Limited Şirketi hakkında yapılan inceleme sırasında, bu şirket tarafından üretilen ve teneke ve variller halinde ambalajlı bir şekilde piyasaya sürülen madeni yağın kamyon ve otobüs sahiplerince satın alınıp doğrudan motorin olarak kullanıldığı, davacının da bu şekilde üretilen 49.882 litre madeni yağ aynı ambalajlarla G. Petrol Ürünleri Otomotiv Geri Dönüşüm Kimya Nakliye Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nden 2006 yılının muhtelif tarihlerde satın alıp, aynı ambalajla kamyon ve otobüs işletmelerine sattığının tespit edildiği ve 4760 sayılı Yasanın 13'üncü maddesi uyarınca kayba uğradığı sonucuna ulaşılan özel tüketim vergisinin müteselsil sorumluluk esasına göre davacıdan arandığı anlaşılmaktadır.

Yasa koyucu 4760 sayılı Yasanın 13'üncü maddesinin 2'nci bendi uyarınca (I) sayılı listedeki malları düşük tutarlı vergiye tabi bir mal olarak kullanılmak amacıyla satın alan mükelleflerin söz konusu fıkra uyarınca tarhiyata muhatap alınabilmesini, satın alınan bu malları daha yüksek tutarlı vergiye tabi bir mal olarak kullanması veya satması koşuluyla bağlamıştır.

İnceleme sırasında, anlatımına başvurulmuş davacı tarafından; piyasada on numaralı yağ olarak bilinen madeni yağ G. Petrol Ürünleri Otomotiv Geri Dönüşüm Kimya Nakliye Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nden satın aldığı, malların kamyon ve otobüs işletmelerine motorin olarak kullanılmak üzere satıldığı, bazı müşterilerin ise makinelerinde kullandığı, malları kamyonlarda motorin olarak kullanılması için teslim ettiği ancak teslimin özel tüketim vergisine konu olduğunu bilmediği, varil ve teneke ambalajıyla satılan emtianın kamyon ve otobüslerde yakıt olarak kullanıldığı yolundaki ifadesi 5.12.2007 günlü tutanağa alınmıştır.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun, vergi kanunlarının uygulanması ve ispatı düzenleyen 3'üncü maddesinin (B) bendinde; vergilendirme, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu ve yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği, vergiyi doğuran olayla ilgisi doğal ve açık olmayan tanık anlatımının kanıtlama aracı olarak kullanılamayacağı, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin bunu iddia eden tarafa ait olduğu kurala bağlanmıştır.

213 sayılı Yasanın 3'üncü maddesinin (B) bendinde yazılı kural, davacı anlatımını içeren 5.12.2007 günlü inceleme tutanağının maddi delil olarak kabulünü gerektirir. Tutanağa alınan anlatım, davacının ticaretini yaptığı madeni yağ, daha yüksek vergiye tabi motorin olarak kullanılmak üzere sattığı yolunda olduğundan, açık anlatımına göre düzenlenen inceleme raporu uyarınca 4760 sayılı Kanunun 13'üncü maddesinin 2'nci bendi uyarınca kayba uğrayan özel tüketim vergisinin davacıdan aranmasında hukuka aykırılık bulunmadığından, vergi mahkemesince davacının 1.6.2009 tarihinde anlatımına başvurulduğunda verdiği ifadesini içeren tutanakta yer alan; satışını yaptığı emtianın % 8-10 oranındaki kısmının akaryakıt olarak kullanıldığı yolundaki anlatımı da göz önünde bulundurularak tarh edilen cezalı verginin tutarı yönünden inceleme yapılarak karar verilmesi gerekirken, kanıt yükü davalı idareye yüklenerek tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen karar hukuka uygun görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile Konya Vergi Mahkemesinin 28.7.2009 gün ve E:2008/530, K:2009/1103 sayılı kararının bozulmasına, 492 sayılı Harçlar Kanununun 13'üncü maddesinin (j) bendi parantez içi hükmü uyarınca alınması gereken harç dahil olmak üzere yargılama giderlerinin yeniden verilecek kararda karşılanması gerektiğine, 17.9.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Nazlı Gaye ALPASLAN

ÖZET: İdari işlem ve tasarruflarla kişilerin hukukunda haricen değişiklik yapma yetki ve imtiyazına sahip olan idarenin, bu yetkisini kullanırken öncelikle yetkinin kullanılmasına ilişkin şekil ve koşullarının belirlendiği usul kanunlarının kendi üzerine yüklediği görevler çerçevesinde hareket etmesi gerekir. Zira Anayasada yer alan hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu da idarenin işlem ve eylemlerini, hukuk kuralları çerçevesinde ve yine bu kuralların yüklediği görev ve yetki kapsamında yürütmesidir. Bu nedenle yukarıda belirtilen mevzuat uyarınca, davacının defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmediğinden bahisle takdir komisyonuna sevk edilmesi üzerine, katma değer vergisi indirim reddi yetkisi bulunmayan takdir komisyonunca alınan karara istinaden davacı adına yapılan dava konusu cezalı tarhiyatta hukuka uyarlık bulunmadığından, vergi mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.

T.C.
DANIŞTAY
DOKUZUNCU DAİRE

Esas No : 2013/6993
Karar No : 2013/8837

İstemin Özeti: Davacı adına, 2006 yılına ilişkin defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmediğinden bahisle vergi tekniği raporu done alınmak suretiyle takdir komisyonu kararına dayanılarak 2006/Haziran dönemi için re'sen tarh edilen katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyayı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden İstanbul 8. Vergi Mahkemesi'nin 25/04/2013 tarih ve E:2012/2880, K:2013/1248 sayılı kararının; dilekçede ileri sürülen sebeplerle bozulması istenilmektedir.

Cevabın Özeti: Yasal dayanaktan yoksun olan temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Tetkik Hakimi G.B.'ın Düşüncesi: Davacı adına, defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmediğinden bahisle vergi tekniği raporu done alınmak suretiyle takdir komisyonu kararına dayanılarak dava konusu cezalı tarhiyat yapılmış ise de; mükelleflerin gerek sahte fatura kullan-

maları gerekse defter ve belgelerini ibraz etmemeleri gibi durumlar, matrah takdirini gerektiren durumlar değil, katma değer vergisi indirim mekanizması içinde değerlendirilmesi icabeden ve katma değer vergisi indirimlerinin reddini gerektiren durumlardır. Bu gibi hallerde, mükelleflerin matrah takdiri için takdir komisyonlarına sevk edilmesi ve kendisine matrah, servet ve kıymet takdiri görevi verilmiş olan ve katma değer vergisi indirim reddi yetkisi bulunmayan takdir komisyonlarının takdir edilen matrah üzerinden cezalı tarhiyat yapılması mümkün olmadığından davacı adına takdir komisyonu kararına istinaden yapılan dava konusu cezalı tarhiyatta hukuka uyarlık bulunmadığından, vergi mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince dava dosyasının tekemmül ettiği görüldüğünden yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeyerek işin gereği görüldü:

Davacının duruşma istemi, 2577 sayılı Kanununun 17. maddesi uyarınca yerinde görülmemekle işin esasına geçildi;

Davacı adına, 2006 yılına ilişkin defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmediğinden bahisle vergi tekniği raporu done alınmak suretiyle takdir komisyonu kararına dayanılarak 2006/Haziran dönemi için re'sen tarh edilen katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun "Re'sen Vergi Tarhı" başlıklı 30. maddesinde, re'sen vergi tarhı, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitine imkan bulunmayan hallerde takdir komisyonları tarafından takdir edilen veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenmiş vergi inceleme raporlarında belirtilen matrah veya matrah kısmı üzerinden vergi tarh olunması şeklinde tanımlanmış ve maddenin 6. bendinde; tutulması zorunlu olan defterlerin veya verilen beyannamelerin gerçek durumu yansıtmadığına dair delil bulunursa, bu bir re'sen tarh nedeni olarak belirlenmiştir.

Aynı Kanunun "Takdir Kararı" başlıklı 31. maddesinde, takdir komisyonunca belli edilen matrah veya matrah kısmının takdir kararına bağlanılacağı belirtilmiş, "Komisyonların Görevleri" başlıklı 74. mad-

desinin 'a' fıkrasının 1. bendinde, yetkili makamlar tarafından istenilen matrah ve servet takdirlerini yapmak; 2.bendinde ise vergi kanunlarında yazılı fiat, ücret veya sair matrah ve kıymetleri takdir etmek komisyonun görevleri olarak belirlenmiştir.

Bilindiği üzere, katma değer vergisi, mal ve hizmetlerin üretiminden tüketimine kadar geçen üretici, tüketici, yarı toptancı, perakendeci gibi her aşamada katılan değer üzerinden alınan, her aşamada matrahı katma değer olan ve sonunda tümü tüketici üzerine kalan bir vergi olup katma değer vergisini, diğer vergilerden ayıran en önemli özellik, vergi indirimi mekanizmasıdır. Mekanizmanın işleyişi, satışlar üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu satışların girdilerine ilişkin olarak ödenen katma değer vergisinin indirilmesi esasına dayanmaktadır. Vergi mükellefi, katma değer vergisi sistemi içinde, aracı görevi yapar. Sattığı mal ve hizmetler üzerinden tahsil ettiği vergiden mal ve hizmet alışında ödediği vergiyi indirir, bakiyesini devlete öder. Bu işlem her safhadaki mükellef tarafından tekrarlanmaktadır.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinde de, katma değer vergisi indirim mekanizması düzenlenmiş, 29. maddenin (a) bendinde; mükelleflerin, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri belirtilmiştir. aynı Kanunun 34. maddesinin 1. bendinde, yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Görüldüğü üzere, 3065 sayılı Kanunun 29. maddesine göre mükellefler kendilerine yapılan teslim ve hizmetler nedeniyle düzenlenen fatura ve benzeri vesikalardaki katma değer vergisini indirim konusu yapabilirler. Ancak, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3. maddesinin (B) bendinde ifade edildiği üzere vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır. Bu kuralın gereği olarak mükelleflerin Katma Değer Vergisi Kanununun yukarıda sözü edilen 29. maddesi hükmünden yararlanabilmelerinin ön şartı, fatura ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtması, indirim konusu yapılacak verginin fatura veya benzeri belgeler ile gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmesi ve söz konusu belgelerin kanuni defterlere kaydedil-

miş olmasıdır. Mükelleflerin yapmış oldukları katma değer vergisi indirimlerinin hukuka uygun olup olmadığını incelemek amacıyla defter ve belgelerin incelemeye ibrazının vergi dairesi tarafından istenilmesine rağmen ibraz edilmemesi durumunda ise, vergi dairesince, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29. ve 34. maddelerinde düzenlenen indirim şartlarının yerine getirilmediği kabul edilerek, indirim konusu vergilerin reddi ve resen vergi tarhiyatı yapılabileceği açıktır.

Bu kapsamda 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134. maddesinde, vergi incelemesinden maksadın, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamak olduğu; aynı maddenin 2. fıkrasında ise, incelemeye yetkili olanlar tarafından lüzum görüldüğü takdirde inceleme, işletmeye dahil iktisadi kıymetlerin fiili envanterinin yapılmasına ve beyannamelerde gösterilmesi gereken unsurların tetkikine de teşmil edilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının 2006 yılına ilişkin defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmediği gerekçesiyle 213 Sayılı Vergi Usul Kanununun 30. maddesi uyarınca Takdir Komisyonuna sevk edilerek vergi tekniği raporunda tespit edilen matrah üzerinden tarh edilen üç kat vergi ziyai cezalı katma değer vergisinin davacıya tebliğ edilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Yukarıdaki kanun hükümlerinin değerlendirilmesinden, mükelleflerin defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmemeleri durumunda 3065 sayılı Kanun ile getirilen ve katma değer vergisine özgü bir mekanizma olan indirim mekanizmasından yararlanamayacakları, ancak defter ve belge ibraz etmeme durumunda 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29. ve 34. maddelerinde düzenlenen katma değer vergisi indiriminden yararlanma şartlarının yerine getirilmediği hususunun ise, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134. maddesi uyarınca usulüne uygun olarak yapılacak vergi incelemesi sonucunda düzenlenecek vergi inceleme raporu ile tespit edilebilecek bir durum olduğu, zira, burada tespit edilecek hususun, matrahın beyan edilmemesi veya eksik beyan edilmesi değil, mükelleflerin katma değer vergisi indirimi için Kanunun aradığı koşulları yerine getirip getirmediği olduğu, söz konusu koşulların yerine getirilmemesi durumunda ise, vergi dairesince, mükellefin katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle hakkında tarhiyat yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Takdir komisyonlarının görevi ; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca, yetkili makamlar tarafından istenilen matrah ve servet takdirlerini yapmak ile vergi kanunlarında yazılı fiat, ücret veya sair matrah ve kıymetleri takdir etmektir. 3065 sayılı Yasada öngörülen indirim mekanizması ise, vergilendirme tekniği açısından, matrah takdirinden farklı bir müessese olup mükelleflerin; gerek sahte fatura kullanmaları gerekse defter ve belgelerini ibraz etmemeleri gibi durumlarda, matrah takdirini gerektiren bir husus bulunmaması nedeniyle, bu tür fiillerin, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29. ve 34. Maddelerinde düzenlenen, indirim mekanizması içinde değerlendirilmesi suretiyle, katma değer vergisi indirimleri yönünden yapılacak vergi incelemesi ile bir sonuca bağlanması gerekmektedir. Bu nedenle, bu gibi hallerde, mükelleflerin matrah takdiri için takdir komisyonlarına sevk edilmesi ve kendisine matrah, servet ve kıymet takdiri görevi verilmiş olan ve katma değer vergisi indirim reddi yetkisi bulunmayan takdir komisyonlarınca takdir edilen matrah üzerinden cezalı tarhiyat yapılması mümkün değildir.

İdari işlem ve tasarruflarla kişilerin hukukunda haricen değişiklik yapma yetki ve imtiyazına sahip olan idarenin, bu yetkisini kullanırken öncelikle yetkinin kullanılmasına ilişkin şekil ve koşullarının belirlendiği usul kanunlarının kendi üzerine yüklediği görevler çerçevesinde hareket etmesi gerekir. Zira Anayasada yer alan hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu da idarenin işlem ve eylemlerini, hukuk kuralları çerçevesinde ve yine bu kuralların yüklediği görev ve yetki kapsamında yürütmesidir. Bu nedenle yukarıda belirtilen mevzuat uyarınca, davacının defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmediğinden bahisle takdir komisyonuna sevk edilmesi üzerine, katma değer vergisi indirim reddi yetkisi bulunmayan takdir komisyonunca alınan karara istinaden davacı adına yapılan dava konusu cezalı tarhiyatta hukuka uyarlık bulunmadığından, vergi mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, İstanbul 8. Vergi Mahkemesi'nin 25/04/2013 tarih ve E:2012/2880, K:2013/1248 sayılı kararının bozulmasına, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 gün içinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 24.10.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Nazlı Gaye ALPASLAN