

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 76 • Temmuz 2011 • Sayı:3 • Üç ayda bir yayınlanır • ISSN 1305-757X

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Sema PEKDAŞ

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Ahmet Haşim ÖZTÜRK

YAYIN KURULU

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

DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

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

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

YÖNETİM YERİ

İZMİR BAROSU

1456 Sokak No:16 K:6 Barohan

35220 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 463 00 14

Faks: 0232 463 66 74

e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr

yayin.kurul@gmail.com

www.izmirbarosu.org.tr

Basıma Hazırlık:

Egetan Bas. Yay. Ltd. Şti.

1469 Sok. No.: 32 D.: 103 Alsancak/İZMİR

Tel: 0232 421 08 96

Basıldığı Yer:

Dilan Matbaası - Gökhan Baki

1456 Sok. No.: 23/A Alsancak/İZMİR

Tel: 0 232 421 86 33

Basım Tarihi: 20/03/2011

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

İçindekiler

Başlarken
Sema PEKDAŞ7

Ye
Na 11

6
A 27

HAKEMLİ MAKALELER

e
De 52

S
A96

KARAR İNCELEMESİ

Bo
M. Ha108

YARGI KARARLARI

İdari Bölüm122
Hukuk Bölümü125

YİTİRDİKLERİMİZ169



İzmir Barosu Dergisine Yazı Gönderecekler İçin Bilgi Notu

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

- olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına asla engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. **“yayımlanması uygundur”, “yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir”, “yayımlanması uygun değildir”**. Yazının hakem tarafından yeter-siz 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 geçire-lecek, raportörler görüşlerini Kurul’a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerekteğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanma-masına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konu-ların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafın-dan düzeltilmek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kuru-larak düzeltilmesi yazarından istenecektir.
 9. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların ya-yımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.
 10. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapıla-rak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.
 11. Dergi’ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın disketteki biçimiyle yazısının yayımlanmasına “olur” verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafın-dan yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.
 12. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe’dir.
 13. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Ku-rulunun kararı ile yer verilecektir.



■ **Sema PEKDAŞ***

* *Avukat, İzmir Barosu Başkanı*

İzmir Barosu Dergisi • Temmuz 2011 • 7





Sema Pekdaş



TBB Disiplin Kurulu Kararları Yasaya Aykırı Olabilir mi? (Avukatlık ücretinin öncelikli oluşu ve hapis hakkı)

■ MEHMET SEYREK M.HAKAN ERİŞ

Giriş

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu 21.05.2010 tarihinde verdiği kararda: **“Avukat, müvekkil adına tahsil ettiği paralarda kendi alacağı için orantılı bir şekilde hapis hakkını kullanmalıdır.”** sonucuna varmıştır.

Söz konusu kararın metni şöyledir: *Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 21.05.2010 tarih ve 2010/5 esas, 2010/233 karar sayılı kararı; Avukatlık yasasının 166 ve TBB Meslek Kurallarınının 45. maddesi avukatın hapis hakkını düzenlemektedir.*

Bu düzenlemelerde yer alan “nispet ve oran” ifadeleri, avukatın müvekkili adına tahsil ettiği para ve sair değerlerde kendi alacağı için orantılı bir şekilde hapis hakkını kullanmasının da gerekli olduğunu açık şekilde belirlemiştir.

Tahsil edilen miktar ile avukatın alacağı arasında uygun bir dengenin muhakkak bulunması, tahsil edilenin tamamının veya tamamına yakınının avukatın alacağı olarak değerlendirilmemesi işin doğası sonucudur.

Ayrıca tahsil edilen miktardan hangi iş ve ne kadarının avukatlık ücreti olarak alındığının avukat tarafından müvekkiline en kısa süre içinde yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir.”

I. Avukatlık Ücretiyle İlgili Düzenlemeler

* Av. İzmir Barosu Üyesi

Avukatlık ücreti konusu, Avukatlık Kanunu (AK) madde (m.) 166 ve Avukatlık Meslek Kuralları (AMK) m. 45'te düzenlenmiştir. Bahsedilen hükümlere göre:

a- Avukatlar, müvekkileri tarafından verilen veya onun namına aldığı malları, parayı ve diğer her türlü kıymetleri, avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar, kendi alacağı nispetinde elinde tutabilmek hakkına sahiptirler (AK m. 166/1).

b- Avukatlar, sözleşme ile kararlaştırılan ve hâkim tarafından takdir olunan ücretinden dolayı, kendi çalışmaları sonucunda müvekkilerinin muhafaza ettiği veya kazandığı mallar ve davadaki diğer taraftan ilam gereğince tahsil edilecek para yahut alınacak mallar üzerinde diğer alacaklılara nazaran rüçhan hakkını haizdirler. Rüçhan hakkında bir sıra söz konusudur. Nitekim sıra, vekaletnamenin düzenlenme tarihine, vekaletname umumi ise müvekkil adına ücret konusu işten dolayı ilk yapılan resmî başvurma tarihine göre sıra alır.

Ayrıca, müvekkilin iflâsı halinde, avukatın vekâlet ücreti alacağı da rüçhanlı alacaklardandır -ancak, 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 206 ncı maddesinin birinci fıkrası hükmü saklıdır (AK m. 166/2).

c- Avukatın ölümü halinde, mirasçılarında intikal eden avukatlık ücreti alacakları da, avukat alacakları gibi rüçhanlıdır (AK m.166/4).

d- **Avukatlar, hapis hakkını alacakları ile orantılı olarak kullanabilirler (AMK m. 45).**

II. Avukatın Ücret Alacağına İlişkin Hapis Hakkı

1. Genel Olarak

Hapis hakkı, genel olarak alacaklının kendisine bir edimde bulunmadıkça elindeki şeyi borçluya vermeme hakkı olarak tanımlanmaktadır¹.

Hukukumuzda hapis hakkı, genel olarak Türk Medenî Kanununun (TMK) 950, 951, 952 ve 953. maddelerinde düzenlenmiştir. TMK m. 950 hükümlerine göre : *“Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zil-*

1 Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara 1982, s.180.

yedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evraki, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir (f.1). Zilyetlik ve alacak ticari ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır (f.2). Alacaklı, borçluya ait olmayan taşınırlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur(f.3).”

Bahsedilen düzenleme, hapis hakkına ilişkin genel hükmü oluşturmaktadır. Ancak, öğretilerde de işaret edildiği gibi, Türk Medenî Kanunu hükümlerine nazaran özel hüküm niteliğindeki AK. m. 166 da düzenlenen Avukatın Hapis Hakkı, genel ilkeden ayrılmıştır; Nitekim: *“Genel hapis hakkı bakımından aranan ilişki Avukatlık Kanununda avukat lehine olarak aranmayarak yumuşatılmıştır. Aksi yönde düşünce, avukatın ücret alacağını ve ödenmeyen giderler dolayısıyla olan alacağını, kanun koyucunun özellikli kıldığı gerçeği ile bağdaşmaz. Avukatlık bakımından hapis hakkı , genel anlamdaki hapis hakkına oranla özelliğidir”*². Ancak bu özellik sayesinde avukat, müvekkil adına yaptığı icra takibi sonucunda elde ettiği para üzerinde, ceza davası nedeni ile meydana gelen ücret alacağı için hapis hakkını kullanabilir³.

2. Avukatlık Ücretinden Kaynaklanan Hapis Hakkının Ölçüsü

Peki bu hapis hakkının kullanılması hangi ölçüde gerçekleşecektir. Meselenin çözümü burada düğümlenmektedir.

Yukarıda da değinildiği gibi, AK. m. 166 hükmünde *“kendi alacağı nispetinde elinde tutabilir”* denilmektedir. AK m. 166'daki özel hükmün niteliği ve konuluş gayesi nazara alındığında, buradaki kendi alacağı nispetinde sözünü *“kendi alacağı(nın tamamı) kadar”* olarak yorumlamak gerekir.

Bu noktada, avukatın müvekkil ile asgari ücret tarifesi üzerinde bir ücret karşılığında anlaşıp anlaşmadığı da önem arz edebilecektir. Zira, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin *“Ücretin tümünü hak etme”* başlıklı 5'inci maddesine göre:

2 Sungurtekin, Meral: Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir 1999, s.197.

3 Aydın, Murat : Avukatlık Ücreti, Ankara 2010, s.91.

“*Hangi aşamada olursa olsun, dava ve icra takibini kabul eden avukat, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır*”. Bu açık düzenleme gereğince, işin takibi karşılığında tarifede belirtilen kadar ücret ile anlaşılan durumlarda, işin kabûlü ile ücretin tümüne hak kazanılacağı için, hapis hakkının konusunu da bu miktarın tamamı oluşturmaktadır.

Ancak, işin takibi konusunda, asgari ücret tarifesi üzerinde anlaşılan durumlarda uygulama ne şekilde olmalıdır? Kanımızca, işi kabûl eden avukat, asgari ücret tarifesini aşan kısım için dahi, hapis hakkını kullanırken, ne kadar alacağı varsa o kadarını elinde tutabilir; daha fazlasını ise AMK m. 43’te belirtilen kurallar çerçevesinde müvekkile aktarması gerekir. Madde metnindeki düzenlenmenin amacı nazara alındığında, yorum ile varılan sonuç bu olmalıdır.

3. TBB Disiplin Kurulu Yorumunun Hukuka Aykırılığı

Peki TBB’nin yaptığı düzenleme olan Avukatlık Meslek Kuralları, Kanun ile belirlenmiş hak ve özgürlükleri daraltıcı yönde olabilir mi?

Bilindiği gibi, Anayasanın 124’üncü maddesi, “*normlar hiyerarşisi*” ilkesini düzenlemektedir. Buna göre, (ikincil veya daha) alt seviyedeki bir norm, ilk veya (kendine nazaran) daha üst seviyedeki bir norma aykırı olamaz; olsa da üst normun önceliği nedeni ile, uygulanmaz! Bunun doğal sonucu, Avukatlık Meslek Kuralları gibi kanuna nazaran alt seviyedeki normların, kanuna aykırı şekilde düzenlenemeyeceği ve yorumlanamayacağıdır. Ancak, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu 21.05.2010 tarihinde verdiği karardaki yorum, AK m. 166’da yer alan düzenleme ile uyumlu değildir. Bunun sonucunda, avukatlar, özellikle devam eden icra takiplerinde tahsil edilen miktarların müvekkile aktarılmasında çeşitli sorunlar ve sonuçta beklenmeyen disiplin cezalarıyla karşı karşıya kalmaktadırlar. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse:

a- Avukat tarafından on bin liralık bir alacak için icra takibi yapılmıştır. Resmî Gazete’nin 3 Aralık 2010 gün ve 27774 sayılı nüshasında yayınlanmış 2010-2011 Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’ne göre, bu işten hak edilen vekalet ücreti 1.200.- TL’dir.

b- Borçlu borcunu biner liralık taksitler halinde ödemeyi kabul ve taahhüt etmiştir. Borçlu borcunun ilk bin lirasını icra dairesine yatırmıştır. Bu durumda avukat tahsil ettiği paranın kaç lirasını elinde tuta-

cak; kaç lirasını AK. m. 166 ve AM K m,45'e göre müvekkile aktaracaktır?

TBB Disiplin Kurulu'nun yukarıda belirttiğimiz kararına göre Avukat bu paranın tamamını değil, ancak 240 lirasını elinde bulundurabilecek geri kalanını müvekkile aktarması gerekecektir.

Elbette düzenlemesi gereken serbest meslek makbuzu da bu kadarlık olacaktır. Karşı yan vekalet ücreti olarak 120 liralık serbest meslek makbuzu düzenleyip icra dosyasına koyacak; 120 liralık bir serbest meslek makbuzu daha düzenleyip müvekkile verecektir.

Bu işlem daha sonra dokuz-on kez daha devam edecek ve avukat başa çıkılmaz bir kırtasiyeciliğin dehlizleri içinde mesleğini yapmaya fırsat ve zaman bulamayacaktır.

Peki söz konusu düzenlemeler böyle anlaşılacak ve böyle yorumlanacaksa Avukatlık ücretinin rüçhan hakkı ve avukatın hapis hakkı kavramları ne anlama geliyor? Avukatlık ücretinin rüçhanlı olması ve avukatın hapis hakkı olmasaydı zaten konu yukarıdaki gibi anlaşılmayacak mıydı. O halde bu kavramlar hiçbir anlam ifade etmiyor mu!

Yani yasa hiçbir şey söylemese ve suskun kalsa zaten genel hak ve nasafet kuralları gereğince yukarıda belirttiğimiz şekilde uygulanırdı. O zaman rüçhan ve hapis hakkı kavramlarının avukatlık mesleğine hiçbir katkı sağlamadığı anlaşılıyor.

Sonuç

TBB Disiplin Kurulunun 21.05.2010 tarihinde, Avukatın müvekkil adına tahsil ettiği ücretten alacağı ile orantılı olarak hapis hakkını kullanabileceği yönünde vermiş olduğu karar AK'nın 166'ncı ve Anayasanın 124'üncü ve TMK 950 ve devamı madde hükümlerine aykırıdır.

Kanımızca avukatın hapis hakkı söz konusu olduğunda, AK m. 166'daki alacağı nispetinde ibaresi alacağı kadar olarak anlaşılmalı. Avukatlık Meslek Kuralları madde 45 düzenlemesi ise yasaya aykırılık taşıdığı gerekçesiyle iptal edilmeli ve yeniden yazılmalı; bu süre içinde TBB Disiplin Kurulu verdiği kararlarda Avukat lehine yorum yapmalı zaten bin bir türlü meşakkat içinde mesleğini yapmakta zorlanan avukat bir de kendi örgütü tarafından zor duruma düşürülmemelidir.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile Encümence Verilecek İdari Para Cezaları

■ İSMAİL HAKKI BULUNMAZ

Belediye encümenine, 5393 Sayılı Belediye Kanununun 34. maddesinde sayılan görevlerinin yanı sıra diğer bir çok kanun ve yönetmelik ile de görevler verilmiştir. Bu kanunlardan birisi de 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunudur.

Bu incelemenin amacı da 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile belediye encümenine verilen yetki çerçevesinde, encümence idari para cezalarının verilmesinde ve bu cezalara karşı itirazların yapılması sırasında görülen hata ve eksikliklere dikkat çekerek bu konuda ilgililere yardımcı olabilmektir.(2)

HUKUKİ DURUM

. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 2 nci maddesi ile “ Kabahat; kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık” olarak tanımlanmış, 16 ncı maddesi ile de “Kabahatler karşılığında uygulanacak idari yaptırımlar; idari para cezası ve idari tedbirler” olarak belirlenmiştir. Bu hükümler gereğince , 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 6.ve 12. maddeleri ile belirlenen fiillerin “kabahat “olarak nitelenmesi ve 5326 sayılı kanun hükümleri de gözetilmek suretiyle değerlendirilmesi gerekmektedir.

5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3.maddesiyle bu kanunun “genel kanun “niteliğinde olduğu belirtilerek, kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı hükme bağ-

* Av., Karşıyaka Belediyesi Vekili, Konak Belediyesi Eski Meclis Üyesi

lanmıştı. Ancak Kabahatler Kanunu'nun "Genel kanun niteliği" başlıklı 3. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin 1.3.2006 gün ve E:2005/108, K:2006/35 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı doğrultusunda Kabahatler Kanununun 3.maddesi 5560 Sayılı Kanununun 31.maddesi ile şu şekilde yeniden düzenlenmiştir.

MADDE 3 – (1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.

Yapılan düzenleme ile 5326 sayılı Kabahatler Kanununun genel kanun olma niteliği korunmakta, sadece idari para cezalarının düzenlendiği özel kanunlarda belirlenmiş olan kanun yollarının uygulanması saklı tutulmaktadır

YASAL DÜZENLEME:

a) 14/07/1934 tarihli ve 2751 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun, konumuzu ilgilendiren 6.ve 12. madde hükümleri şöyledir.

Madde 6 - (Yeniden düzenlenmiş madde RGT:01.12.2004 RGNO: 25657 KANUN NO: 5259/1);

Umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinden;

a) *Faaliyetten geçici olarak men edildiği halde süresinden önce açılan,*

b) *Açık ve kapalı bulunacağı saatlere uymayan,*

c) *Bu Kanunun 12 nci maddesinde belirtilen yasaklara uymadığı tespit edilen,*

d) *Mevzuat hükümlerine aykırı olarak işletilen,*

İş yerlerinin işletmecilerine beşyüzmilyon Türk Lirası ile bir milyar Türk Lirası arasında idarî para cezası verilir.

Bu maddede öngörülen idarî para cezaları, belediye sınırları içinde belediye encümeni, belediye sınırları dışında il daimi encümeni tarafından verilir. Verilen idarî para cezalarına dair kararlar ilgililere 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idarî

re mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir. İtiraz, zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. İdarî para cezaları 6183 sayılı Anime Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.

Bu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır,”

Madde 12 - (Değişik madde RGT: 08.09.2002 KANUN NO : 4771/10)

Kanuni istisnalar saklı kalmak üzere, eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde on sekiz yaşından küçükler çalıştırılmaz.

Polis bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kiraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlere yanlarında veli ve vasileri olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış küçüklerin girmesini meneder.

Bu madde hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında 17 nci, işyerleri hakkında da 6 ıncı madde hükümlerine göre işlem yapılır.

b-2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun konumuzu ilgilendiren 6. ve 12.maddeleri “Umuma açık istirahat ve eğlence yerleri “ ile ilgili olup bu konudaki yasal düzenlemeler 2005/9207 karar sayılı **“İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik”** ile yapılmıştır.

İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 39. madde hükmü şöyledir.

Madde 39- ... Geçici süreyle faaliyetten men ve idarî para cezası:

...

2559 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde belirtilen hususların tespiti halinde, yetkili idare tarafından mezkûr maddede belirtilen usule göre idarî para cezası uygulanır.

c- İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğe göre hazırlanan İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünün 2005/93 sayılı Genelge’sindeki düzenleme de şöyledir:

Madde 8- *Yönetmeliğin “Kolluk denetimi” başlıklı 37’nci maddesinde; kolluğun, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerini genel güvenlik ve asayiş yönünden denetleyeceği, denetimler sırasında tespit*

edilen mevzuata aykırı hususların, yetkili idarelere gereği yapılmak üzere bildirileceği,

Yönetmeliğin 39'uncu maddesi ikinci fıkrasında da; 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 6'ncı maddesinde belirtilen hususların tespiti halinde, yetkili idare tarafından mezkûr maddede belirtilen usule göre idarî para cezası uygulanacağı belirtilmektedir.

Bu Genelgeye göre de ; 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 6'ncı maddesinde belirtilen fiillerin kolluk tarafından tespiti halinde, düzenlenecek tutanak mahallin en büyük mülki amiri vasıtasıyla gereği yapılmak üzere ruhsat vermeye yetkili idareye gönderilecek ve yetkili idarece de en geç yedi gün içerisinde yapılan işlem sonucu mülki makama bildirilecektir.

UYGULAMA:

Yukarıda anılan bu hükümlere göre, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 6'ncı maddesinde belirtilen hususların kolluk tarafından tespiti halinde tutulan tutanak ilgili idareye gönderilecektir.

Yapılan uygulamalara bakıldığında ise idarenin, polis tarafında kendilerine gönderilen tutanaklara adeta "kutsal metin" muamelesi yaparak hemen ceza uygulamasına geçtiği görülmektedir. Ancak,

1- Emniyet kolluk birimlerince yapılan denetimde bir "fiil" tesbit edilerek ilgili tutanakların idareye gönderilmesi halinde, Encümenince idari para cezası verilebilmesi için ilk şart; suça konu edilen fiilin , "2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 6. Maddesinde ve 12.maddesinde sayılan fiillerden" olmasıdır.Bu nedenle,Emniyet tarafından gönderilen tutanakta yazılı fiil, eğer 6. ve 12 madde kapsamında tek tek sayılan fiillerden değil ise, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 6.maddesi hükmü uygulanmamalı, fiil başka bir kanun kapsamında suç teşkil ediyorsa Encümenince o kanun hükümlerine göre idari para cezası verilmesi teklif edilmelidir.

Buna örnek olarak, bu cezalara esas polis tutanaklarında "kaldırılma masa, sandalye konulup servis yapıldığı," hususunun yazılı olduğunu varsayalım. Oysa ki, "kaldırımı işgal" fiili 2559 sayılı kanunun 6. ve 12 madde kapsamında tek tek sayılan fiiller arasında bulunmamaktadır. "Kaldırımı işgal" fiili, 5236 sayılı Kabahatler Kanununun 38.maddesinde düzenlenmiştir ve bu konuda Belediye zabıtası yetkilidir. Bu nedenle burada 2559 sayılı Kanununun 6.maddesi hükmü uygulanmamalı,. Kabahatler Kanununun 38.maddesine göre Encümenince idari para

cezası verilmesi teklif edilmelidir.

2- 2559 sayılı kanunun 6. ve 12 madde kapsamında tek tek sayılan fiiller içinde “muğlak” olarak görünen tek husus, 6.maddenin (d) bendinde yazılı olan “ Mevzuat hükümlerine aykırı olarak işletilen,” hükümdür. Bu nedenle hangi fiillerin “Mevzuat hükümlerine aykırı” olduğu konusu tartışmaya açık olup ,bu hususu ilk önce “kanunîlik’ ilkesi” yönünden değerlendirmemiz gerekmektedir.

KABAHATLERDE KANUNİLİK İLKESİ

Kabahatler Kanununda ‘kanunîlik’ ilkesi şöyle düzenlenmiştir.;

“Kanunîlik ilkesi: Madde 4.- (1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

Bu hüküm gereğince de 6.maddenin (d) bendinde yazılı olan “ Mevzuat hükümlerine aykırılık” hususunun çerçevesi İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünün 2005/93 sayılı Genelgesiyle doldurulmuştur. Bu Genelgenin 8.Maddesinde “Yönetmeliğin “Kolluk denetimi” başlıklı 37’nci maddesinde; kolluğun, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerini genel güvenlik ve asayiş yönünden denetleyeceği, denetimler sırasında tespit edilen mevzuata aykırı hususların, yetkili idarelere gereği yapılmak üzere bildirileceği,” yazılı olmakla, söz konusu “ Mevzuat” hükmünden, 2005/9207 karar sayılı “İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik” ile Emniyet Genel Müdürlüğünün 2005/93 sayılı Genelgesi anlaşılmalıdır. Mevzuat hükümlerine aykırı olarak işletilmeye örnek olarak ,”ruhsat almadan iş yeri açılması, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde çalıştırılacak kişilerin yetkili idareye bildirilmemesi, canlı müzik izni olmadığı halde canlı müzik yapılması gibi fiiller “anlaşılmaktadır..

Buna göre de , 2005/9207 karar sayılı “İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik” ile 2005/93 sayılı Genelge’de belirtilen hükümlere aykırılık halinde 6.maddenin (d) bendinde yazılı olan “ Mevzuat hükümlerine aykırı olarak işletilen,” hükmü gereğince ceza tayini yapılabilecektir

İÇTİMA -TEMADİ- TESELSÜL HÜKÜMLERİ:

5326 sayılı kanunun Madde 15 hükmü şöyledir:

(2) Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahat-

le ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idari yaptırım kararı verilmeye kadar fiil tek sayılır.

Yukarıda yazılı 15.madde hükmünü somutlaştırmakta fayda görülmektedir. Şöyle ki;

İnternette bulunan İzmir Konak Belediyesi Encümen Kararı.

(Karar no: 1122 Karar Trh: 11.05.2006) özetle şöyledir:

“Kabahatler Kanununun 15/2 maddesinin ikinci cümlesine göre, “Kesintisiz fiille işlenebilen “-kabahatlerde, bu nedenle idari yaptırım kararı verilmeye kadar fiil tek sayılır.” Buna göre, tespit tutanağında belirtilen eylem, verilecek cezanın ilgisine tebliğ edilmesine kadar, tek eylem sayılır. Olayımızdaki kons. yapma eylemi kaç defa işlenirse işlensin, işyerini mevzuata aykırı işletmek fiili temadi ettiğinden ceza verilene kadar tek eylem sayılmalıdır. Söz konusu işyerine, son kez verilen ceza kararının tebliğ edilmesinden sonra tutulacak yeni bir tutanakla tespit yapılarak ceza verilebileceği; böyle bir tespit tutanağı olmaksızın, mevcut tutanağa dayanılarak yeniden ceza uygulanmasının mümkün olmadığından 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 15/2. Maddesi hükmüne göre 3.kez idari para cezası verilmesinin uygun olmadığına kabulüne oybirliği ile karar verildi.”

Burada encümen ,başka başka tarihlerde tesbit edilen “garson olarak çalışan bayanların konsimasyon yapması, ”fiillerine ayrı ayrı ceza yazılmaması gerektiğini çünkü fiilin temadi ettiğini karara bağlamıştır.

Burada önemli olan suçun temadi mi ettiği yoksa teselsülün mü olduğu hususudur.

.” Kesintisiz (mütemadi) suçlarda, fiilin icrası bir anda tamamlanamamaktadır, Bir fiilin suç teşkil etmesi için belirli bir süre devam etmesi şarttır.

Oysa müteselsil(zincirleme) suçta birden çok ihlâl, dolayısıyla birden çok suç söz konusudur.Bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak, kanunun aynı hükmünün, başka zamanlarda da olsa, birkaç defa ihlalidir.(1)(Gözübüyük 1976 : s.302

Somut olayda ise ,ceza verilebilmesi için bu fiilin belirli bir süre devam etme şartı bulunmayıp,ani suçtur. Bu nedenle “kesintisiz fiilin “değil, “zincirleme suçun “ söz konusu olduğu düşünülmektedir.

Kabahatlerde “zincirleme suç “konusu için ise 15. maddenin kanundaki gerekçesine bakmak gereklidir. 15. Maddenin” Gerekçesi “

aynen şöyledir.

“Maddenin ikinci fıkrasında, Türk Ceza Kanununun zincirleme suça ilişkin hükümlerinin kabahatler açısından uygulanamayacağı vurgulanmıştır. Bir kabahatin birden fazla işlenmesi durumunda gerçek içtima hükümlerine göre, her bir fiille ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezasına karar verilecektir.”

Bu nedenle somut olayda bize göre , mütemadi değil zincirleme suç söz konusu olduğundan zincirleme suça ilişkin hükümler kabahatler açısından uygulanamayacaktır.Yasa hükmüne göre de, gerçek içtima hükümleri gereğince “Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir” hükmünün uygulanması gerektiği düşüncesiyle, anılan encümen kararına katılmak mümkün olmamıştır.

TEKERRÜR:

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 6. Maddesinde yazılı “Bu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır.” hükmü de çok önemli olup genelde yanlış olarak uygulandığı görülmektedir.

Bu hükümle, “aynı fiil”in “bir yıl içinde” tekrarlanması halinde, en son uygulanan cezanın “bir kat” artırılarak uygulanması öngörülmüştür.

Bu hüküm bir “tekerrür “hükmüdür. Bu nedenle genel “tekerrür “hükümleri de nazara alınarak uygulama yapılmalıdır.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 6. maddesinde yazılı olan “Bu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır.” hükmünün uygulanabilmesi için,” detayları aşağıda izah edileceği şekilde şu 3 şartın bulunması gerekmektedir.

- a- İlk fiil için encümenle verilen para cezasının kesinleşmesi gerekmektedir.**
- b- İkinci fiil, ilk fiil için encümenle verilen para cezasının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde tekrar işlenmelidir.**
- c- İkinci fiil, ilk fiille aynı olmalı yani aynı bentte sayılan aynı fiil olmalıdır.**

Bu hususların açıklaması da şöyle yapılabilir.

- a- 2559 sayılı Kanununun 6. Maddesinde yazılı “Bu maddede

belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır.” hükmünün uygulanabilmesi için ilk şart, encümence verilen ilk idari para cezasının kesinleşmiş olmasıdır. Bu konudaki emsal kararda şöyle denilmektedir.(. 7. Ceza Dairesi 1995/6268 E., 1995/7137 K.)

“Dosya kapsamına göre, muteriz her iki cezaya karşı itiraz ettiğinden, ilk cezanın kesinleşmemesi nedeniyle tekerrür şartlarının oluşması nedeniyle 6.9.1994 günlü yapı tatil zabtında belirtilen eylemin ayrı bir suç olarak kabulü gerekir. İlk cezanın henüz kesinleşmemesi halinde, tekerrür şartları oluşmaz. Bu durumda ikinci kez düzenlenen para cezasına ilişkin zabıttaki belirtilen eylem, ayrı bir suç oluşturur. Dolayısıyla böyle bir durumda tekerrürden söz edilerek katlamalı ceza tayini yasaya aykırıdır.”

Nitekim Anayasa Mahkemesinin: 2009/29 E- 2010/66 K.sayı ve 13.05.2010 günlü kararı da bu yöndedir.Kararda şöyle denilmektedir.

“Umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin 2559 sayılı Yasanın 6. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen kurallara uymamaları ve bu nedenle işletmecilerinin para cezası ile cezalandırılmalarına rağmen aynı hukuka aykırı eylemde bulunmaya devam etmeleri, yasa koyucu tarafından daha ağır bir yaptırıma bağlanmıştır. İlgililerin bilinçli olarak ve ısrarla tekrarladıkları söz konusu hukuka aykırı eylemleri gözetildiğinde, Devletin cezalandırma yetkisi bakımından itiraz konusu kuralda suç ve ceza arasında adil bir dengenin bulunması gereğini esas alan hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.”

Yukarıda sunulan kararlar gereği, ancak ilk verilen cezaya rağmen ısrarla hukuka aykırılığın tekrarlanması halinde “katlamalı ceza” uygulaması yapılabilecektir.

Yukarıdaki içtihatlar nazara alındığında, encümence verilen ilk idari para cezası kesinleşmiş olmadıkça katlamalı ceza tayini yapılamayacak, eğer aynı fiil bu arada tekrar işlenirse arttırma yapılmadan ceza tayini yapılacaktır.

b- 2559 sayılı kanunun 6. Maddesinde yazılı “*Bu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır.*” hükmünün uygulanması için ” bir yıl içinde “ şartı da doğru olarak yorumlanmalıdır.

İnternette de yayınlanan bazı “görüş “yazılarında “ ... idari para cezasının tekrarı halinde hangi zaman diliminin dikkate alınacağı

konulu görüşünün değerlendirme kısmında ilk fiil ile ikinci fiil arasında 1 Ocakla başlayıp 31 Aralıkta sona erecek takvim yılının esas alınmasının belediyelerimiz ve mevzuat açısından daha uygun olduğu" belirtilmektedir ki bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Eğer yasa koyucu," mali yılın" esas alınmasını" isteseydi ya da "aynı yıl "içinde şartı getirmek isteseydi bunu yasa metninde açıkça belirtirdi. Nitekim, Vergi Usul Kanunu md.337 de bu hususu açıkça belirlemiştir.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 6. maddesinde yazılı olan "... aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır." hükmü, gerek hukuk tekniği açısından gerekse Türkçe söz dizimi açısından,gerek genel hükümler açısından değerlendirildiğinde," ilk fiilin kesinleşmesi tarihini takip eden 1 yıl içinde tekrar suçun işlenmesinin" şart koşulduğu çok belirgindir.

c- 2559 sayılı kanununun 6. Maddesinde yazılı "Bu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır." hükmünün uygulanması için üçüncü şart; ikinci fiilin 2559 sayılı kanununun 6. ve 12 madde kapsamında sayılan fiiller içinde yer alması yeterli olmayıp , her iki fiilinde aynı olması yani aynı bentte sayılan fiillerden olması ilk şarttır. "Failin yeni bir fiil ile daha önce ihlal edilmiş olan aynı fiili tekrar etmesi gerekir." Başka başka bentteki fiillerden dolayı artırma yapılması hukuka uygun değildir.

Buna örnek olarak,eğer ilk tutanakla ""iş yerinin kapatma saatlerine uymadığı" gerekçesiyle ceza verilmiş ise katlamalı ceza uygulaması için tekrar aynı fiilin yani ""iş yerinin kapatma saatlerine uymadığı" gerekçesiyle tutanak tutulması şart olup ancak bu takdirde ceza verilirken en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır

Eğer ilk tutanakla "iş yerinin kapatma saatlerine uymadığı" nedeniyle ceza verilirken sonraki fiil "onsekiz yaşını doldurmamış küçüklerin girmesi "ise bu takdirde "aynı fiil" tekrar edilmemiş olduğundan "en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır" hükmü uygulanmamalı ve yeni fiil ilk defa işlendiyse ona göre ceza verilmelidir.

Keza, (d) bendinde yazılı olan "Mevzuat hükümlerine aykırı olarak işletilen,"hükmünden ceza verilmesinde de aynı fiil şartı aranmalıdır.

Buna örnek olarak ilk tutanakla ““Müşteri ile beraber yiyip içerek müşterinin eğlenmesini sağlayan konsomatrisler sadece pavyon ruhsatlı yerlerde çalışabilir.”hükmüne aykırılık nedeniyle ceza verilmiş ise katlamalı ceza uygulaması için tekrar aynı fiilin işlenmesi nedeniyle tutanak tutulması şart olup ancak bu takdirde ceza verilirken en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır. Eğer, sonraki fiil “İşyerinin sorumlularca çalıştırılmadığı” ise, bu fiil de “Mevzuat hükümlerine aykırı” fiiller kapsamında olmakla birlikte ancak “aynı fiil” olmadığından “en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır” hükmü uygulanamaz ve yeni fiil ilk defa işlendiyse ona göre ceza verilir..

Bu sebeplerle sonuç olarak; 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 6. maddesinde yazılı olan “Bu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır.” hükmünün uygulanabilmesi için,” ilk fiil için encümenle verilen para cezasının kesinleşmesinden itibaren 1 yıl içinde ve ancak aynı bentteki aynı fiilin tekrar işlenmesi durumunda “en son uygulanan para cezasının bir kat artırılarak uygulanabileceği “ görüşündeyiz.

ENCÜMENLE YAPILACAK İŞLEMLER:.

. 2559 sayılı kanunun 6. maddesinde öngörülen idari para cezaları, belediye sınırları içinde belediye encümeni, belediye sınırları dışında il daimi encümeni tarafından verilir

5326 sayılı Kabahatler Kanununun, 16 ncı maddesi ile de kabahatler karşılığında uygulanacak idari yaptırımlar; idari para cezası ve idari tedbirler olarak belirlenmiştir.Bu hükümler gereğince encümenle verilen idari para cezası bir idari yaptırımdır ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 6. maddesinde yazılı özel bir düzenleme bulunmaması halinde Kabahatler Kanununun ilgili hükümleri uygulanmalıdır.

Anayasanın 40.maddesinde; “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” hükmü mevcuttur.

Bu konudaki emsal karar şöyledir:

Danıştay ONUNCU DAİRE 2007/2005 E.09.05.2007 tarihli karar

İDARE, İŞLEMLERİNDE, İLGİLİ KİŞİLERİN HANGİ KANUN YOLLARI VE MERCİLERE BAŞVURACAĞINI VE SÜRESİNİ BELİRTMEK ZORUNDA OLDUĞUNDAN, BU YÜKÜMLÜLÜĞÜN GEREĞİ GİBİ YERİNE GETİRİLMEDİĞİ VE DAVACININ YANLIŞ YÖNLENDİRİLDİĞİ OLAYDA, DAVA AÇMA SÜRESİNİN, DAVACININ, İŞLEMİN İPTALİ İSTEMİYLE 2577 SAYILI YASANIN 11. MADDESİ UYARINCA DAVA AÇMASI GEREKTİĞİNİ ÖĞRENDİĞİ TARİHTEN İTİBAREN İŞLETİLMESİ GEREKTİĞİ HK. karar verilmiştir.

Buna göre de, ilgiliye yapılacak bildirimde ;, idari yaptırım kararı- na karşı kanun yolu (mercii ve süresi), na da yer verilmesi bir zorunlu- luk olarak görülmektedir.

KARARIN TEBLİĞİ:

. Verilen idari para cezalarına dair kararlar ilgililere 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. İdari yaptırım kararla- rına; kararın ilgisine huzurda tebliğ edilmesi veya tebliğ edilmiş sayılması halinde kararın verildiği esnada, 7201 sayılı Tebligat Kanu- nu hükümlerine göre tebliğ edilmesi halinde de idarede kalan nüshala- ra tebligatı müteakip tebliğ tarihi yazılacaktır.

5326 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinde,

“(1) İdari yaptırım kararı, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri- ne göre ilgili kişiye tebliğ edilir. Tebligat metninde bu karara karşı baş- vurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresi açık bir şekilde belirtilir.

(3) Tüzel kişi hakkında verilen idari yaptırım kararları her halde ilgili tüzel kişiye tebliğ edilir.” hükmü yer almaktadır.

Bu hükme göre, idari yaptırım kararlarının ilgililere yukarıda belir- tilen tebliğ usulüne göre tebliğ edilmesi zorunludur.

C - İDARİ PARA CEZALARINA İTİRAZ:

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 6. Maddesine göre, “ Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen ceza- nın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesin- dir. İtiraz, zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapı- larak en kısa sürede sonuçlandırılır.”

Genelde, idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine gidil-

mekte ise de, 2559 sayılı Kanunun 6. Maddesinde kanun yoluna ilişkin özel bir düzenleme bulunması (mercii ve süresi), nedeniyle bu kanunun hükümleri uygulanacaktır. Buna göre de kararın tebliğinden itibaren 7 gün içinde idare mahkemesine itiraz etmek gerekmektedir...

Yapılacak itirazda hem kollukça tutulan tutanağa karşı, hem de encümen kararıyla verilen idari para cezasına karşı itiraz edebilme imkânı bulunmaktadır. Örneğin, tutanakta 3 imza olması gerekirken işyeri sahibinin imzasının tutanakta bulunmamasının bir itiraz sebebi olabileceği düşünülmektedir.

İtiraz üzerine idare mahkemesince verilen karar kesin olup, karar aleyhine temyiz yoluna gidilemeyecektir

İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmaması veya kanun yoluna başvurulması halinde yargılama aşamasının son bulması neticesinde idari para cezasının kesinleşir. Özellikle “katlamalı ceza” için kesinleşme şartı bulunduğu yukarıda izah edilmiştir. Ancak itiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmayacağından ödeme emri gönderilmesi için kararın kesinleşme şartı bulunmamaktadır.

TAHSİLAT: 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 6 ncı maddesi hükmü gereğince idari para cezası belediye sınırları içinde belediye encümeni tarafından verilmekte ve para cezaları belediyeler tarafından tahsil ve gelir kaydedilmektedir.

Maliye Bakanlığınca hazırlanıp 12.5.2007 günlü, 26520 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 442 sayılı "Tahsilat Genel Tebliği"nde;

“Sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kendileri tarafından tahsil olunur.” hükmü yer almaktadır.

2559 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde de “ bu maddede öngörülen idari para cezalarının tahsilinin 6183 sayılı Kanuna göre yapılacağı” hüküm altına alındığından, tahsilat işlemlerinin 6183 sayılı Kanuna göre yapılması gerekir.

Yukarıdaki maddede görüleceği üzere genel bütçeye dahil olan devlet daireleri tarafından kesilecek cezalarda kesinleşme aranır. Buna karşın maddede mahalli idareler (belediyeler ve özel idareler) tarafından kesilen cezalarda kesinleşmeden söz edilmemektedir. Bu nedenle

Belediye Encümeni'nin verdiği cezanın kesinleşmesi beklenmeksizin takip ve tahsil işlemleri sürecektir.

İdari para cezalarının ödeme zamanı ilgili kanunlarında gösterilmemiş ise 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 37 nci maddesine göre ödeme süresinin tayini gerekmektedir.

5326 sayılı Kabahatler Kanununun 5560 sayılı Kanunla değişik 3 üncü maddesi; b fıkrası gereğince de belediye encümeni tarafından verilen para cezalarında taksitlendirmenin Kabahatler Kanunu hükümlerine göre yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Encümen tarafından verilen cezalar mahkemeler tarafından verilen ve ceza mahiyetinde olan amme alacaklarından olmadığından 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu gereğince encümen tarafından verilen idari para cezalarından gecikme zammı alınamaz.

ZAMANAŞIMI:

2559 sayılı polis Vazife ve Salahiyet kanununa göre encümence verilecek idari para cezalarında uygulanacak zamanaşımı konusunda bu kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu nedenle, Kabahatler Kanununun 3/b .maddesi gereğince; Soruşturma zamanaşımı yönünden Kabahatler Kanununun 20.maddesi ve Yerine getirme zamanaşımı yönünden ise Kabahatler Kanununun 21.maddeleri hükümleri uygulanacaktır.

KAYNAKÇA

- 1) GÖZÜBÜYÜK, A. P. ,Türk Ceza Kanunu Açılımı, Cilt 1, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1980
- 2) KABAHAHLER KANUNU'NA GÖRE VERİLECEK BELEDİYE İDARİ PARA CEZALARI (Av.M.Lamih ÇELİK Şanlıurfa Belediyesi Hukuk İşleri Müd.V.)

Köylerde Yapılan Yapıların Hukuki Açından İrdelenmesi (3194 Sayılı İmar Kanunu Madde 27 Üzerine İnceleme)

■ E. BARIŞ GÜLDOĞAN

1- GİRİŞ

Bu çalışmada 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 27.maddesi çerçevesinde köylerde yapılan yapıların hukuki açıdan irdelenmesine çalışılacaktır.

Öncelikle, bu yapıların hangi kurumların görev ve yetki alanına girdiğinin tespitini yapmak gerekir. 27.madde "Belediye ve mücavir alan dışında" kalan yapıların bu madde kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5.maddesine göre, "Mücavir alan sınırları içinde imar mevzuatının yüklediği görevler ve yetkiler Belediyeler tarafından, mücavir alan sınırları dışında ise Valilikler tarafından kullanılır."

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu madde 6/b gereğince Belediye sınırları dışında imar ile ilgili konularda İl Özel İdareleri görevlidir.

5302 sayılı yasanın 6 ve 70.maddelerinde de belirtildiği üzere Belediye sınırları dışında kalan alanlarda 3194 sayılı yasa kapsamında her türlü imar yetkisi İl Özel İdaresine geçmiştir. Bu nedenle, 3194 sayılı yasada "Valilik" veya "İl İdare Kurulu" kelimeleri ile İl Özel İdareleri kastedilmektedir. Buna göre, Belediye ve mücavir alanlar dışında kalan alanlarda imar konusunda görevli olan merci İl Özel İdarele-

* Av., İzmir Barosu Üyesi

ri'dir. Yetkili olan merci ise il idari sınırlarına göre belirlenmektedir.

2- İMAR MEVZUATLARI DÜZENLEMELERİ

A- 3194 SAYILI İMAR KANUNU DÜZENLEMELERİ

a) Madde 21 Düzenlemesi: YAPI RUHSATI

Bu madde ruhsatlarla ilgili ana kaideleri göstermektedir. Buna göre, “Bu Kanunun kapsamına giren bütün yapılar için 26’ncı maddede belirtilen istisna dışında Belediye veya Valiliklerden yapı ruhsatıyesi alınması mecburidir. Ruhsat alınmış yapılarda herhangi bir değişiklik yapılması da yeniden ruhsat alınmasına bağlıdır.”

Buna göre, yapılacak yapılar ile yapılmış yapılarda değişiklik yapılması için ilgili merciden ruhsat alınması kuraldır.

b) Madde 32 Düzenlemesi: RUHSATSIZ VEYA RUHSAT VE EKLERİNE AYKIRI YAPILAR

Madde 32’de ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılar hakkında yapılacak işlemler açıklanmıştır. Maddede “Bu Kanun hükümlerine göre RUHSAT ALINMADAN YAPILABİLİR YAPILAR HARİÇ” denilerek ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı takdirde, bu tür yapılar hakkında yıkım kararı alınması ve izlenmesi gereken işlemler gösterilmiştir.

b-1) İl Özel İdaresi’nin Yıkım Yetkisi Sorunu

Burada tartışılması gereken bir konu da İl Özel İdaresi’nin yıkım ile ilgili bir karar alıp alamayacağıdır. Bu konuda Hayrettin Güngör şöyle demektedir: “5302 sayılı yasanın 6.maddesinin “b” bendi hükmüyle İl Özel İdarelerine verilen “imar hizmetlerinden”, 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında başka bir imar hizmetinin anlaşılması mümkün değildir.

3194 sayılı yasanın 1.maddesinde, bu kanun, yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların, plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlendiği, 2.maddesinde ise Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak planlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapılar bu kanun hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir.

5302 sayılı yasanın 70.maddesi ise, bu yasayla, İl Özel İdaresinin sorumlu ve yetkili kılındığı görev ve hizmetlerle ilgili olarak, 3194



sayılı İmar Kanunu'nda, 5302 sayılı yasa hükümlerine aykırılık bulunması durumunda, 5302 sayılı yasa hükümleri uygulanacağı hükmü dikkate alındığında, Belediye sınırları dışında kalan alanlarda, 3194 sayılı İmar Kanunu'ndan kaynaklanan ve 3194 sayılı yasaya göre Valiliklerin ve İl İdare Kurularının yetkilendirildiği her türlü imar yetkisinin (imar planlaması, ifraz ve tevhit, ruhsat, ceza gibi) İl Özel İdarelerince kullanılacağı açıktır.”¹ Bu görüşe aynen katıldığımı belirtmek isterim.

b-2) Yıkım Kararı Vermeye Yetkili Organ

Ancak, yıkım konusunda karar vermeye yetkili organın hangisi olduğu konusunda da tartışmalarla karşılaşmaktayız. 5302 sayılı yasanın 26.maddesinin “e” bendinde İl Encümenine kanunlarda öngörülen cezaları vermek yetkisi tanınmıştır. Keza bu doğrultuda 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42.maddesinde 09.12.2009 tarihinde yapılan değişiklikle 1.fikrasında İl Encümeninin yetkili olduğu da açıkça belirtilmiştir. Buna göre, İl Encümeninin imarla ilgili idari para cezası vermesi konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

5302 sayılı yasanın 26.maddesinde Encümenin görev ve yetkileri sayılmıştır. Fakat, bu yetkiler arasında imar ile ilgili konularda “yıkım kararı” verebileceğine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Uygulamadaki tartışmalar da buradan kaynaklanmaktadır. Benim bu konudaki fikrim, 5302 sayılı yasanın 70.maddesi gereğince bu yasayla, İl Özel İdaresinin sorumlu ve yetkili kılındığı görev ve hizmetlerle ilgili olarak, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda, 5302 sayılı yasa hükümlerine aykırılık bulunması durumunda, 5302 sayılı yasa hükümleri uygulanacağı hükmü dikkate alındığında, bu konuda Belediye ve mücavir alanlar dışında İl Özel İdaresinin yetkili olduğunu, dolayısı ile de sürekli toplanabilen organ olan İl Encümenince bu yetkinin kullanılması gerektiğini düşünmekteyim.

Zira, Danıştay 1.Dairesi vermiş olduğu bir kararında bu açıklamalarımızı destekler bir bakış açısıyla 3194 sayılı İmar Kanunu ile ilgili olarak “*Belediye ve mücavir alan sınırları dışında kalan yerlerde imar planları yapma konusunun il genel meclisinin görev ve yetkisinde olduğu, bu planlara uygun olarak parselasyon, re'sen veya müracaat*

1 Hayrettin Güngör, İl Özel İdaresi Mevzuatı, 2.Baskı sayfa:18-19



üzerine tevhid, ifraz ve irtifak hakkı tesisi ile bu hakların terkinine ilişkin işlemlerde ise İl Encümeninin yetkili olduğu ...” şeklinde karar vermiştir.”²

Ancak, tüm bu sorunların aşılması ve uygulamada açıklığın sağlanması amacıyla 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu madde 26’da yapılacak bir düzenleme ile sorunun aşılabileceğini belirtmek isterim.

b-3) Yıkımla İlgili Doktrin Görüşü

Çalışma konusunu da yakından ilgilendiren doktrinden Prof. Dr. Halil Kalabalık’ın şu görüşünü de burada paylaşmak doğru olacaktır. **“Bir yapının imar hukukuna aykırı bulunmadıkça ruhsatsız olması yıkma sebebi değildir.** İzinsiz yapılmış yapı, imar hukukuna aykırı değilse ve bu durum yetkili teknik elemanlarca bir tutanakla tespit edilmişse, yapı sahibine, imar mevzuatı ve imar planlarının aradığı şartların yerine getirilmesi suretiyle izin alması gerektiği bildirilir ve kendisine gerekli belge ve bilgileri tamamlamak üzere yeterli bir süre verilir. Bu sürenin sonunda, gerekli belgelerin tamamlandığı, şartların yerine getirildiği ve teknik sorumlunun isminin idareye bildirildiği sonucuna varılırsa izinsiz başlanan yapıya gerekli harçlar cezalı olarak alındıktan sonra yapı izni verilir. Yapı izni alındıktan sonra konulmuş olan mühür kaldırılır ve yapıya devam edilir.”³

b-4) Yıkım Kararının İnfazı

İl Encümeninin aldığı yıkım kararının infazı 5302 sayılı yasanın 30.maddesinin “h” bendi uyarınca Valinin görev ve yetkisindedir. Yıkım masrafları yapı sahibinden tahsil edilir.

c) Madde 27 Düzenlemesi: RUHSATA TABİ OLMAYAN YAPILAR

32.maddenin ilk cümlesinde “Ruhsata Tabi Olmayan Yapılar” bu maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Ruhsata tabi olmayan yapıların hangi yapılar olduklarını incelememiz gerekmektedir.

Yapı Ruhsatı başlıklı 21.maddede, 26.maddede belirtilen istisnalar dışında bütün yapıların ruhsat alması gerektiği belirtilmiştir. 27.madde başlığında ise “Ruhsata tabi olmayan yapılar” yazılmakta

2 Danıştay 1.Dairesi’nin 08.12.2006 tarih, 2006/1186 E. - 2006/1228 K. sayılı kararı

3 Prof.Dr.Halil Kalabalık, Kent ve Toplum Dergisi, 02.2010, s:3

olup, bu yapılar hakkında düzenlemeler gösterilmektedir.

Ancak gerek Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarih ve 1985/11 E – 1986/29 K sayılı kararı ile 3194 sayılı İmar Kanunu'nun iptal edilen 26 ve 27.madde hükümleri ve gerekse de yasa maddelerinin birlikte değerlendirilmesi ile aslında 26.madde kapsamındaki yapıların da ruhsat alması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak, 26.madde kapsamındaki kamu kuruluşlarına Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği madde 37'de belirtilen ruhsat ayrıcalık ve istisnaları tanınmıştır.

Buna karşın, 27.madde metni okunduğunda, bu madde kapsamında kalan yapılar hakkında ruhsat aranmadığı açıkça yazılıdır. Buna göre, ruhsata tabi olmayan yapılar 27.madde kapsamında kalan yapılardır. Madde kapsamında bir yapının ruhsata tabi olmaması için;

1. Belediye ve mücavir alanlar dışında olması;
2. Kişinin köy nüfusuna kayıtlı olması ve köyde sürekli oturması;
3. Yapının köy yerleşik alanlarında veya civarında veya mezralarda yapılmış olması;
4. Yapının konut, hayvancılık veya tarımsal amaçlı yapılar niteliğinde olması;
5. Yapının fen ve sağlık kurallarına uygun olması ve muhtarluktan izin alınmış olması gerekmektedir.

Bu nitelikteki yapılar için **inşaat ve iskan ruhsatı aranmaz**. Burada bu şartları ayrı ayrı inceleyeceğiz.

1. Belediye ve Mücavir Alanlar Dışında Olması

27.madde “Belediye ve mücavir alan dışında” kalan yapıların bu madde kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir. Öncelikle, Belediye ve mücavir alanları belirlememiz gerekir.

5393 sayılı Belediye Kanunu madde 14 gereğince “Belediyenin görev, sorumluluk ve yetki alanı belediye sınırlarını kapsar.” Belediyelerin sınırlarının nasıl tespit edileceği ise 5393 sayılı Belediye Kanunu madde 5,6 ve 7’de açıkça gösterilmiştir.

Mücavir, kelime olarak komşu ve bitişik anlamlarına gelmektedir. Belediye sınırına mücavir bulunan ve belediyenin gelecekteki gelişimi veya turizmi ve tabii güzelliği bakımından korunması yahut planlı olarak gelişmesi gerekli görülen alanlardır. Mücavir alanlar, İmar Kanunu madde 5 gereğince Belediyenin kontrol ve sorumluluğu altına verilmiş

olan alanlardır.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5.maddesine göre, "*Mücvir alan sınırları içinde imar mevzuatının yüklediği görevler ve yetkiler Belediyeler tarafından, mücvir alan sınırları dışında ise Valilikler tarafından kullanılır.*"

Buna göre, bir yapının madde 27 hükmünden yararlanabilmesi için Belediye ve mücvir alan sınırları dışında olması gerekmektedir.

2. Kişinin Köy Nüfusuna Kayıtlı Olması Ve Köyde Sürekli Oturması

Ülkemizde yürürlüğe giren MERNİS (Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi) ile nüfus hizmetlerinin bilişim teknolojileri kullanılarak illerde ve ilçelerde verilmesi ve ilçe nüfus veri tabanlarını merkezde bütünleştirilerek Merkezi Nüfus Veri Tabanının kurulmasını sağlamıştır. Bu sistem nedeni ile ülkemizde vatandaşlarımızın nüfuslarını bir yerden başka bir yere nakil almaları artık mümkün değildir. Ülkemizde vatandaşlarımızın sıklıkla göç ettikleri nazara alındığında ve Mernis Sisteminin 3194 sayılı İmar Kanunu'ndan sonra uygulamaya başlaması göz önüne alındığında, madde 27'de aranan "köy nüfusuna kayıtlı olmak" şartının bu maddeden çıkartılması yerinde olacaktır. Ancak, köyde sürekli oturmak şartının muhafazası, kötüniyetli inşaat sahiplerinin önünü kesecektir.

Bu çerçevede, bu maddenin uygulanması esnasında köyde sürekli oturulması şartının aranması yeterli olmalıdır. Burada kastedilen inşaat yapmak isteyen kişinin köyde ikamet ediyor olmasıdır. Yapı sahibinin köyde sürekli oturduğu, köy muhtarlığınca verilmiş ikametgah belgesi ile kanıtlanması gerekir. Bu ikametın de kesintisiz yani sürekli olması ve bunun makul bir süre devam etmesi gereklidir. Buradaki makul süre, yasada bir değişiklik yapılmıyca kadar bence en az 1 (bir) yıl şeklinde olmalıdır. Böyle bir süre ile bu maddeden yararlanmak isteyen kötüniyetli kişilerin önüne geçilebilecektir.

Köyde sürekli oturmayanların yapacakları yapılar hakkında Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 58.maddesinde düzenlemeler yer almaktadır. Ancak, bu maddenin MERNİS Sistemi ve yukarıda oturma ile ilgili olarak belirttiğimiz açıklamalarımız da dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

3. Yapının Köy Yerleşik Alanlarında Veya Civarında Veya Mezralarda Yapılmış Olması

İmar Kanunu madde 27’de aranan şartlardan biri de, inşaatın köy yerleşik alanlarında, civarında veya mezralarda yapılmasıdır.

Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği madde 4/b.4 gereğince “Belediye ve mücavir alan sınırları dışında kalan köy ve mezraların yerleşik alanı ve civarı: Köy ve mezraların cami, köy konağı gibi köy ortak yapıları ile köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlar tarafından, yapımı tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine uygun olarak inşa edilmiş yapıların toplu olarak bulunduğu yerlerde mevcut binaların en dışta olanlarının dış kenarlarından geçirilen çizginin içinde kalan alan köy yerleşik (meskun) alanını; bu çizgi ile 100 m. dışından geçirilecek olan, valiliklerce tespit edilerek il idare kurulunca karara bağlanan sınırın içinde kalan alan köy yerleşik alanı civarını tanımlar.”

Köy ve mezraların yerleşik alanı ve civarının tespitinin nasıl yapılacağı Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği madde 43’te gösterilmektedir. Buna göre, köy ve mezraların yerleşik alanları ile civarının tespitini yapma görevi Valiliklerde, yani İl Özel İdarelerindedir. Bu maddenin son fıkrasına göre, “Köy ve mezralar ile civarının yerleşik alan tespiti bir defaya mahsus olmak üzere yapılır, bu sınırlar genişletilemez ve genişletilmesine dönük olarak birleştirilemez” hükmü yer almaktadır.

Konu ile ilgili ayrıca Köy Yerleşme Alanı Uygulama Yönetmeliği bulunmaktadır. Bu yönetmelikte köy yerleşme alanlarının uygulama usul ve esasları anlatılmaktadır.

Bayındırlık ve İskan Bakanlığı’nın 05.10.2010 tarih ve 2010/20 sayılı Genelgesi’nde belirtildiği üzere, köylerimizin yaklaşık %31’inin köy yerleşik alan çalışmaları yapılmış; %69’luk kısmının ise yapılamamıştır.⁴ Bu durum iki mahzuru ortaya çıkarmaktadır.

Birincisi köyünde köy ve mezraların yerleşik alanları ile civarının tespiti yapılan köylülerimiz; köyünde köy ve mezraların yerleşik alanları ile civarının tespiti yapılmayan köylülerimize nazaran avantaj sağlamaktadırlar. Köyünde tespit yapılmayan köylülerimiz adeta cezalandırılmaktadır. Tespiti yapma görevinin İl Özel İdarelerinde olduğu

4 T.C.Bayındırlık Ve İskan Bakanlığı Teknik Araştırma Ve Uygulama Genel Müdürlüğü’nün 05.10.2010 tarih ve B.09.0.TAU.0.16.00.07-010.06/9537 sayılı, 2010/20 nolu Genelgesi

nazara alındığında köylülerimizin suçlu olmadıkları da ortadadır.

İkinci mahzur ise, köy ve mezraların yerleşik alanları ile civarının tespitinin bir defaya mahsus olmak üzere yapılması sebebi ile köylülerimizin genişlemesinin önü kapatılmıştır. Köy ve mezraların yerleşik alanları ile civarının tespiti önceden yapılan köylülerimizin, halihazır durumları itibari ile genişlemesi halinde, yapılan inşaatın aslında fiilen köye yerleşik alanının içinde kalmasına rağmen köylümüz İmar Kanunu madde 27 hükmünden yararlanamayacaktır. Bu nedenle, yönetmeliğin bu hükmünün düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu sebeple, yapılan inşaatın kaydi olarak değil, fiilen köy yerleşik alanı içinde veya civarında veya mezrada bulunması halinde 27.madde hükmünden yararlanması, Anayasamızın 5.maddesinde devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılan “Adalet” anlayışının bir gereğidir.

3194 sayılı Kanunda yapılması gösterilen iş ve işlemlerden belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerin imar planlarını yapma görev ve yetkisinin il genel meclisinde; imar planlarına uygun olarak köy yerleşik alan tespiti gibi diğer iş ve işlemlerle ilgili yetkinin 5302 sayılı Yasa’da açıkça ortaya konulmamış ise de, İl Özel İdaresi’nin sürekli toplanabilen yürütme organı olan İl Encümeni’nde olduğu, Danıştay kararında açıkça belirtilmiştir.⁵

Mezra ise, Türk Dil Kurumu’nun sözlüğüne göre “Kırsalda birkaç evden oluşan en küçük yerleşim birimi”dir. Buna göre, bir köye bağlı, birkaç küçük yerleşim biriminden oluşan mezraların da bu madde kapsamında değerlendirilmesi yasa gereğidir. Madde metni dikkate alındığında köy yerleşik alanı ve civarı ile mezraları ayırık tutmuştur. Bu düzenleme ile mezraların köy yerleşik alanı ve civarlarında olması gerekmediği anlaşılmaktadır.

4. Yapının Konut, Hayvancılık Veya Tarımsal Amaçlı Yapılar Niteliğinde Olması

Madde 27 kapsamında ruhsata tabi olmayan yapının konut, hayvancılık ve tarımsal amaçlı yapı niteliğinde olması gerekmektedir.

Madde kapsamında belirtilen konutların zati amaçla kullanılan konut olması gerektiği açıktır. Ancak, madde metnine baktığımızda

5 Danıştay 1.Dairesi’nin 08.12.2006 tarih, 2006/1186 E. - 2006/1228 K. sayılı kararı

hayvancılık ve tarımsal amaçlı yapıların ticari amaçlı olması bu madde kapsamında yararlanması tartışılabilir haldedir. Bu konuda 42.maddenin 5.fıkrası bu madde ile birlikte değerlendirilmelidir. Burada, bu madde kapsamında yapılacak olan tarım ve hayvancılık maksatlı yapıların zati nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir. Bence de, maddenin dar gelirli köylü vatandaşlarımızı koruyucu niteliğini de nazara aldığımızda, zati nitelikte olmayan tarım ve hayvancılık maksatlı yapıların ruhsata tabi yapı olduğunu düşünmekteyim.

Madde kapsamında olmayan fabrika, benzinlik, lokanta vb. yapılar ruhsata tabi olduğundan bu yapılar ruhsata tabidir.

5. Yapının Fen Ve Sağlık Kurallarına Uygun Olması Ve Muhtarlıktan İzin Alınması

Bu şart ilk dört şartı tamamlayan şarttır. Madde kapsamında yapılacak yapının fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair Valilik görüşü alınması ve Muhtarlıkça izin verilmesi ve bu izin çerçevesinde inşaatın yapılması gerekmektedir.

Danıştay konu ile ilgili bir kararında *“3194 sayılı Yasanın 27.maddesi kapsamında kalan ve ruhsata tabi olmayan dava konusu yapının fen ve sağlık kurallarına uygun olmadığı yolunda bir tespite dayanmadan sadece bu konuda Valilik görüşü alınmamış olması nedeniyle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı”*⁶ gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiştir.”

5.a) Yapının Fen Ve Sağlık Kurallarına Uygun Olması

Yapı ile ilgili fen kuralları teknik kurallar olup, mühendislik disiplini ile ilgilidir, can ve mal emniyetinin sağlanmasına yönelik tedbirleri içerir. Yapıya ait tesisat projeleri, statik hesaplar, Deprem Bölgelelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik hükümlerine uygunluk, zemin özellikleri vb. gibi hususlar fen kuralları ile belirlenmektedir.

Yapının sağlık kurallarına uygunluğu ise, yapının insan sağlığına ve insanın yaşama standartlarına uygunluğu ile alakalı olup; binalarda oda yüksekliği, yeterince ışık alması, hava bacası bulunması, tuvaletin ayrı bir bölümde olması, yatak odası ve mutfakın ayrı bölümde olması sağlık kuralları ile ilgilidir. Yine, insan sağlığına etki eden ya da

6 Danıştay 6.Dairesi'nin 13.12.2006 tarih, 2004/8298 E. – 2006/6107 sayılı kararı

zarar veren sanayi üretim tesisi gibi tesisler ile konut alanları arasına sağlık bandı oluşturulması gibi kurallar sağlık kuralları ile ilgilidir.

Fen ve sağlık kurallarına uygunluk denetimi, yapının üzerinde yapıldığı zemin özelliklerinden, taşıyıcı sistem özelliklerine, yapıda bulunması gerekli piyeslerden, kullanılan yapı malzemesi ve yapı çekme mesafelerine kadar birçok hususun irdelenmesini gerektirmektedir. Yapı projesi olmaksızın böyle bir değerlendirme yapılabilmesi mümkün değildir.

Dolayısıyla, yapıya ait mimari, elektrik, tesisat projeleri, statik hesaplar ile Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik hükümlerine uygunluk, zemin özelliklerinin incelenmesi vb. gibi hususların, fen ve sağlık kuralları gereği hazırlatılması gerekmektedir.

5.b) Muhtarlıktan İzin Alınması

Madde kapsamında yapılacak inşaat ile ilgili olarak bağlı oldukları Muhtarlıktan izin almaları gerekmektedir. Maddede bir açıklık olmamakla birlikte Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 57.maddesine göre, yapı projelerinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair İl Özel İdaresi'nin görüşü alınmasından sonra, muhtarlıkça izin verilmesi ve bu izne uygun olarak yapının yapılması gerekmektedir.

Muhtarlık izninin doğrudan köy muhtarı tarafından ve şifahi olarak verilmesi söz konusu değildir. Muhtarlık izninin nasıl olması gerektiği Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği madde 4/b.30'da gösterilmiştir. Buna göre muhtarlık izni; köy ve mezraların yerleşik alanı ve civarında, köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlarca, konut, hayvancılık veya tarımsal amaçlı yapı yapılabilmesi için ilgili köy ihtiyar heyetince verilen "yazılı" izindir.

Hisseli taşınmazlarda ise cins değişikliği için tüm hissedarların rızası gerekmekte olup, muhtarlık tüm hissedarların rızasını aldıktan sonra izin vermelidir.⁷

d) Madde 42 Düzenlemesi: İDARİ MÜEYYİDELER

Madde 42 ile yapılar hakkında "İdari Müeyyideler" düzenlenmiş olup, madde metni 09.12.2009 tarihinde 5940 sayılı yasanın 2.maddesi ile değiştirilmiştir. Bu değişiklikte, "Ruhsat alınmaksızın veya ruh-

7 Danıştay 6. Dairesi'nin 2004/7536 E - 2007/955 K sayılı kararı

sata, ruhsat eki etüt ve projelere veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine, yapı müteahhidine veya aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere yapının mülkiyet durumuna, bulunduğu alanın özelliğine, durumuna, niteliğine ve sınıfına, yerleş-meye ve çevreye etkisine, can ve mal emniyetini tehdit edip etmediğine ve aykırılığın büyüklüğüne göre, beşyüz Türk Lirasından az olmamak üzere ...” yapılan inşaatın yapı, sınıf ve gurupları ile metre-kare hesabına göre ceza miktarları belirlenmektedir.

Çalışmamızın konusuna giren 27.madde kapsamındaki yapılar hakkında, 42.maddenin 5.fıkrasında özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, “27 nci maddeye göre İl Özel İdaresince belirlenmiş köy yerleşme alanı sınırları içinde köyün nüfusuna kayıtlı olan ve köyde sürekli oturanlar tarafından, projeleri il özel idaresince incelenerek fen, sanat ve sağlık şartlarına uygun olmasına rağmen muhtarlık izni olmaksızın konut ve zatî maksatlı tarım ve hayvancılık yapısı inşa edilmesi halinde yapı sahibine üçyüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu yapılardaki diğer aykırılıklar ve ruhsata tabi tarım ve hayvancılık maksatlı yapılardaki aykırılıklar için verilecek olan idari para cezası, üçyüz Türk Lirasından az olmamak üzere, ikinci fıkraya göre hesaplanan toplam ceza miktarının beşte biri olarak uygulanır.”

Buna göre, madde 27 kapsamında yapılan bir yapı hakkında para cezası uygulanabilmesi için;

1. Fen, sanat ve sağlık şartlarına uygun olmasına rağmen muhtarlık izni olmaması,
2. Tarım ve hayvancılık maksatlı yapının zati amaçla yapılmaması,
3. Yapılarda diğer aykırılıkların bulunması.

Bu niteliklerin birini veya tamamını karşılayan aykırılıklar halinde yapı sahibine, yapı müteahhidine veya durumu bildirmeyen fenni mesule üstlenilen her sorumluluk için ayrı ayrı olmak üzere madde kapsamında para cezası verilir. Burada bu şartları ayrı ayrı inceleyeceğiz.

1. Fen, Sanat Ve Sağlık Şartlarına Uygun Olmasına Rağmen Muhtarlık İzni Olmaması

1.a) Fen ve Sağlık Kurallarına Uygunluğun Tespiti Ne Zaman Yapılacaktır?

İmar Kanunu madde 27, yapının ruhsata tabi olmayan yapı halini

kazanabilmesi şartları arasında “yapının fen ve sağlık kurallarına uygun olması ve muhtarlıktan izin alınması gerekir” şartını eklemiştir.

Bu hükmün Plansız Alanlar İmar Yönetmeliğinde karşılığı olan 57.maddede “yapı projelerinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair Valilik görüşü alınmasından sonra, muhtarlıkça izin verilmesi ve bu izne uygun olarak yapının yapılması şarttır.” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden yapının fen ve sağlık kurallarına uygunluğunun tespitinin inşaaata başlanmadan önce olacağı anlaşılmaktadır. Buradaki uygunluk aslında projenin fen ve sağlık kurallarına uygunluğunun tespitidir.

İnşa edilen yapı bittiği veya kısmen kullanılması mümkün kısımların tamamlanması halinde, mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının projeye uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin İl Özel İdaresi tarafından tespiti ile Yapı Kullanma İzin Belgesinin verilmesi gerekir. Buradaki uygunluk aslında yapının fen ve sağlık kurallarına uygunluğunun tespitidir. Bu tespit görevi de İmar Kanunu madde 30 gereğince açık bir şekilde İl Özel İdaresine aittir.

1.b) Fen, Sanat Ve Sağlık Şartlarına Uygunluğu Tespit Etme Görevi:

Yapının fen ve sağlık kurallarına uygun olup olmadığını tespit etme görevi konusunda 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 28.maddesinde 5940 sayılı yasa ile 09.12.2010 tarihinde yapılan düzenlemenin 7.fıkrasına göre, “27 nci madde kapsamındaki yapılar ile entegre tesis niteliğinde olmayan ruhsata tabi tarım ve hayvancılık yapılarına ait 22 nci maddede yer alan etüt ve projeler, il özel idarelerince veya Bakanlığın taşra teşkilatınca hazırlanabilir. Bu tarım ve hayvancılık yapılarına dair fenni mesuliyet, il özel idaresinin veya Bakanlığın taşra teşkilatının mimar ve mühendisleri tarafından üstlenilebilir.”

Bu düzenlemede “entegre tesis niteliğinde olmayan ruhsata tabi tarım ve hayvancılık yapıları” ile ilgili olarak İl Özel İdaresinin mimar ve mühendisleri tarafından fenni mesuliyetin üstlenebileceği belirtilmiştir. Ancak, bu düzenlemeden İl Özel İdaresinin madde 27 kapsamında kalan yapılar ile ilgili olarak fenni mesuliyet üstlenebileceğine dair bir açıklık bulunmamaktadır.

Mevzuatlarımızdaki bu boşluklara karşın, Danıştay İdari Dava İdareleri Kurulu, İzmir 1.İdare Mahkemesinin kararının Danıştay 6. Dai-

resince verilen karar doğrultusunda bozulmasına karar vermiş, İzmir 1.İdare Mahkemesi bu bozma kararına uyarak “Bu durumda, dava dosyasındaki bilgi ve belgeler ile bilirkişi raporunun birlikte değerlendirilmesi sonucu, köyde ikamet eden davacının, söz konusu binayı tek katlı yığma türde ve hayvancılık yapmak amacıyla 2001 yılında yaptığı anlaşılmalı olup 3194 sayılı İmar Kanununun 27. maddesi ve Plansız Alanlar Yönetmeliğinin 57. maddesine göre, bu bina inşaatı için yapı ruhsatına gerek olmadığı ve **davalı idare tarafından yapının fen ve sağlık kurallarına uygun olmadığına ilişkin yapılmış bir tespitin de bulunmaması nedeniyle**, anılan yapının ruhsatsız olduğundan bahisle 3194 sayılı Yasanın 32. maddesi uyarınca verilen yıkım kararında anılan mevzuat hükümleri ile hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”⁸ yönünde hüküm kurarak İl Özel İdaresi’nin yıkıma ilişkin kararının iptaline karar vermiştir. İdare Mahkemesi bu kararı ile fen ve sağlık kurallarına uygunluğu tespit görevinin İl Özel İdaresi’ne ait olduğu yönünde karar vermiştir.

Konu ile ilgili olarak Prof.Dr.Halil Kalabalık şöyle demektedir: **Yapı eğer İmar Kanunu 27. madde kapsamında kalan ve ruhsata tabi olmayan yapılardan ise fen ve sağlık kurallarına uygun olmadığı yolunda bir tespit yapıldıktan sonra mühürlenerek durdurulur.** İmar Kanunu’nun 29. maddesi uyarınca geçerliliğini yitiren bir iznin dayanağı projenin geçerliliğinden de söz edilemez. İmar Kanunu 27. maddede kapsamında olup ruhsata tabi olmayan bir yapının fen ve sağlık kurallarına uygun olmadığı yolunda bir tespite dayanmadan sadece Valilik görüşü alınmadığı gerekçesi ile yıkılamaz. Yapının görülebilecek her hangi bir yerine konulacak olan mühür inşaatın tamamını kapsamış sayılır. Tespit edilen aykırılıklar giderilmedikçe inşaatı devam edilemez.⁹

Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği’nin 57.maddesinde “... *yapı projelerinin fen ve sağlık kurallarına uygun olduğuna dair Valilik görüşü alınmasından sonra, muhtarlıkça izin verilmesi ve bu izne uygun olarak yapının yapılması şarttır.*” hükmü ile yukarıdaki Danıştay kararı

8 İzmir 1.İdare Mahkemesi’nin 10.02.2011 tarih, 2010/1279 E. – 2011/129 K. sayılı kararı

9 Prof.Dr.Halil Kalabalık, Kent ve Toplum Dergisi, 02.2010, s:3

ve doktrin görüşünü de dikkate aldığımızda **inşaata başlanmadan önce**, yapı projelerinin fen ve sağlık kurallarına uygunluğunun Valilik yani İl Özel İdaresi tarafından yapılacağı anlaşılmaktadır.

Yukarıda da belirttiğim üzere **inşaat bittikten sonra** yapının fen ve sağlık kurallarına uygunluğunun tespiti İmar Kanunu madde 30 gereğince İl Özel İdaresi'ne aittir.

1.c) Yapı Projesi Sorunu

Yukarıda "5.a"da belirtilen fen ve sağlık kurallarına uygunluğun tespit edilebilmesi için öncelikle yapı projesinin hazırlanması gerekmektedir. Yapı projesi yapılmadan, yapının fen ve sağlık kurallarına uygunluğunun tespiti mümkün değildir.

Bu durumda önemli bir sosyal sorun ortaya çıkmaktadır: "Yapı projesinin hazırlanması". Madde kapsamından yararlanmak isteyen köyde yaşayan vatandaşlarımızın ekonomik gelirleri nazara alındığında, kıt kaynaklarıyla yaptıkları birikimleri ile az az aldığı inşaat malzemeleleriyle inşaatını yapan köylümüzden ayrıca bir de yapı projesi beklemek hem ekonomik ve hem de sosyal olarak pek de olanaklı gözükmemektedir. Zira, yapı projesi hazırlamak hem teknik destek ve hem de bütçe ayrılmasını gerektiren bir konudur. Köyde yaşayan vatandaşlarımızın büyük çoğunluğunun yapı projesi için mimari destek alınması ekonomik açıdan olanaklı değildir.

28.maddenin 7.fıkrası gereğince İl Özel İdarelerinin köylerdeki yapılar için "mimari proje" hazırlatmaları mümkündür. Yine, Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 57.maddesinin 3.fıkrasında "Valilikler, talep halinde köy yerleşik alanlarında yapılacak yapılar için, yörenin geleneksel, kültürel ve mimari özelliklerine uygun olarak üretilmiş projeleri temin edebilirler." hükmü yer almaktadır.

Bu hükümlerin Anayasamızın "Devletin Temel Amaç Ve Görevleri" başlıklı 5.maddesinde ifade bulan "Sosyal Devlet" açısından yerinde olduğunu düşünmekle birlikte, yasanın aradığı şartları taşıyan köyde yaşayan vatandaşlarımız tarafından hazırlanmış projelerin, istem halinde kullanılabilceğini düşünmekteyim.

Bu çerçevede, İl Özel İdareleri tarafından yörenin geleneksel, kültürel ve mimari özelliklerine uygun olarak hazırlanacak veya hazırlatılacak tip projelerin bu konudaki ekonomik ve sosyal soruna çözüm olacağı kanaatindeyim.

1.d) Verilecek İdari Para Cezası

27.madde kapsamında kalan yapıların projeleri il özel idaresince incelenerek fen, sanat ve sağlık şartlarına uygun olmasına rağmen muhtarlık izni olmaksızın konut ve zatî maksatlı tarım ve hayvancılık yapısı inşa edilmesi halinde yapı sahibine 300.-TL (2011 yılı itibariyle 330.-TL) idari para cezası verilir.

2. Tarım Ve Hayvancılık Maksatlı Yapının Zati Amaçla Yapılmaması

3194 sayılı İmar Kanunu madde 27 düzenlemesi özel bir düzenlemedir. Yasakoyucunun bu düzenleme ile hedeflediği amaç, yoksul ve dar gelirli, geçimini zor şartlar altında el emeği ile sağlayan, yaşam standartları şehirde yaşayanlarla kıyasladığımızda daha alt seviyede olan köylülerimizin, orada yaşamaları için gerekli olan inşaat faaliyetlerinin kolaylaştırılmasıdır. Bu madde ile, hem ekonomik olarak ve hem de teknik olarak köylünün külfet altına girmesi istenilmemiştir. Zira, inşaat için gerekli masrafları kıt kanaat temin eden çoğu köylünün, inşaat ruhsatı için gerekli proje ve harç giderlerini karşılamada dahi zorlanacakları açıktır. Bu nedenle de, madde 27 kapsamında kalan bir inşaat için inşaat ve iskan ruhsatı aranmamaktadır.

Maddenin bu amacı ile köylülerimize sağlanan kolaylık sadece kendilerinin zati yani kişisel ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. Bu çerçevede 27.maddenin koruduğu yapılar, köylü vatandaşlarımızın başını sokabileceği bir konut, sadece bir ailenin geçimini sağlayabileceği tarzda ticari amaçlı olmayan hayvancılık ve tarımsal amaçlı yapılardır. Bunu aşan ticari amaç taşıyan veya entegre tesis halini alan tarımsal ve hayvancılık yapılarının bu madde çerçevesinde korunması kanunun özüne aykırıdır.

Bu konu ile ilgili bir Danıştay kararında “köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlarca yapılacak tarım ve hayvancılık amaçlı yapı ve tesislerin arabalık, samanlık, ahır , kümes, ağıl gibi sadece bir ailenin tüketimine yönelik ticari amaçlı olmayan ilgilinin kendi ürettiği ürünü işlemeye yetecek boyut, kapasite ve özellikte yapılar olduğu, bunun dışında yapılacak yapı ve tesisler için valiliklerden ruhsat alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Dosyanın incelenmesinden, kümesin 65.70 x 12.20 metre boyutlarında yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, uyumsuzluk konusu yapının boyutları kapasitesi ve ama-

10 Danıştay 6.Dairesi'nin 05.04.2005 tarih, 2003/5768 E. - 2005/1952 K. sayılı kararı

cı açısından ticari ve entegre nitelikte bir tesis olup olmadığının belirlenebilmesi için keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğini” belirtmiştir.¹⁰

Tarım ve hayvancılık maksatlı yapının zati amaçla yapılmaması halinde yapının sahibine, yapı müteahhidine veya aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere, 300.-TL’den (2011 yılı itibariyle 330.-TL) aşağı olmamak üzere maddenin ikinci fıkrasında belirtilen tarzda yapılacak hesaplama ile belirlenecek olan ceza tutarının 1/5’i tutarında idari para cezası verileceği öngörülmüştür.

3. Yapılarda Diğer Aykırılıkların Bulunması

27.maddenin köyde yaşayan vatandaşlarımıza sağladığı bu kolaylık, onlara istediği şekil ve ebatlarda yapı yapabilme hakkı tanımamaktadır. Köyde yapılacak yapıların nasıl ve hangi şartlarda yapılması gerektiği konusunda öncelikle Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği’ne ve ilgili diğer mevzuatlara bakılması gerekmektedir. Bu konuda aşağıda “B” ve “C” bölümlerinde gerekli açıklamalar yapılmıştır.

Yapılan yapıda 42.maddenin 5.fıkrasında belirtilen bu diğer aykırılıkların bulunması halinde yapının sahibine, yapı müteahhidine veya aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere, 300.-TL’den (2011 yılı itibariyle 330.-TL) aşağı olmamak üzere maddenin ikinci fıkrasında belirtilen tarzda yapılacak hesaplama ile belirlenecek olan ceza tutarının 1/5’i tutarında idari para cezası verileceği öngörülmüştür.

4. Yukarıda Belirtilen Üç Fiilin Tekrar Edilmesi

42.maddenin 6.fıkrasında bu durum düzenlenmiştir. Buna göre, “Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiil ve hallerin, yapının inşa edilmesi süreci içinde tekrarı halinde, idari para cezaları bir kat artırılarak uygulanır.”

5. Yetkili Makam, Karar Süresi ve İnfaz

Yukarıda belirtilen imara aykırılıkların tespit edilmesi halinde hangi makam tarafından ne sürede işlem yapılması gerektiği 42.maddenin 1.fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, “Bu maddede belirtilen ve imar mevzuatına aykırılık teşkil eden fiil ve hallerin tespit edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde ilgili idare encümenince sorumlular hakkında, üstlenilen her bir sorumluluk için ayrı ayrı olarak bu maddede belirtilen idari müeyyideler uygulanır.”

Buna göre, Belediye ve mücavir alanlar dışındaki köylerde yapılacak imara aykırı çalışma konusu yapılar hakkında yetkili olan İl Özel İdaresinin Encümenince, imar mevzuatına aykırılığın tespit edildiği tarihten itibaren 10 iş günü içinde idari müeyyidenin uygulanması gerekmektedir.

İl Özel İdaresi tarafından kesilen bu para cezaları 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsil edilir.

6. Verilen Para Cezalarına Karşı Hangi Mahkemede Dava Açılabilir

İl Encümeni tarafından karar verilen para cezaları kararına karşı ilgililerin Sulh Ceza Mahkemesi'nde mi, yoksa İdare Mahkemesi'nde mi dava (İtiraz) açmaları gerektiği konusu, yargı mercileri arasında uzun süren tartışmalara sebep olmuştur. Her iki mahkemede yetkili olmadıkları yönünde çeşitli kararlar vermişlerdir. Konu birçok kez Uyuşmazlık Mahkemesi'ne intikal etmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin devamlılık kazanan kararları uyarınca, İdari Para Cezalarına karşı görevli mahkeme İdare Mahkemesi'dir.

Konu ile ilgili yakın tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi kararına göre "İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği, ancak; idari para cezasına konu yapı ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararın (yapı tatil zaptı düzenlenmesi) verildiği anlaşıldığından; idari para cezasına ilişkin kararın hukuka aykırılığı iddiasının da, idari yargı yerinde görüleceği kuşkusuzdur."¹¹

B- PLANSIZ ALANLAR İMAR YÖNETMELİĞİ DÜZENLEMELERİ

3194 sayılı İmar Kanunu madde 27 gereğince yapılacak olan yapılar ruhsat konusunda belirtilen ayrıcalıklara sahip olsalar da, bu yapıların yapı koşulları bakımından sonsuz ayrıcalıklara sahip olabilecekleri anlamına gelmemektedir.

11 T.C. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 02.03.2009 tarih, 2008/300 E. – 2009/46 K.sayılı kararı

Yapının yapıldığı köyün bulunduğu bölge hakkında ilgili Bakanlıkça yapılmış bir Çevre Düzeni Planı mevcut ise, ve bu planda Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği'nde aşağıda belirtilen yapı şartlarını değiştiren yapı sahibi lehine arttıran hükümler bulunuyor ise, Çevre Düzeni Planı hükümleri öncelikle uygulanır. Zira, köyün içinde bulunduğu bölge artık planlı bölge haline gelmiş olmaktadır. Aşağıda, sanki yayınlanmış Çevre Düzeni Planı yokmuş farzedilerek yönetmeliğin yapı şartları hükümleri gösterilmiştir.

Yönetmeliğin 7.maddesine göre, “Bu Yönetmelik esaslarına göre yapılacak bütün yapılarda Türk Standartları Enstitüsü standartları dikkate alınarak, fen, sağlık ve çevre şartları ile ilgili diğer kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine uyulmak zorundadır.” Buna göre;

1. Yapının Taban Alanı

Yönetmeliğin 51.maddesine göre, “Köy ve mezraların yerleşik alanlarında ve civarında yapılacak ... yapıların ... müstemilat dahil taban alanı kat sayısı %40 ı geçemez.”

2. Yapının Yüksekliği

Yönetmeliğin 52.maddesine göre, “Köy ve mezraların yerleşik alanlarında 2 kat (6.50) metreden fazla katlı bina yapılamaz. Meyilden dolayı birden fazla kat kazanılamaz. Zemin döşemesi üstü tabii zemine (0.50) metreden fazla gömülü olan hacimler ikamete tahsis edilemez.”

3. Konutta Olması Gereken Odalar

Yönetmeliğin 55.maddesine göre konutta olması gereken odalar şöyledir: “Her müstakil ev veya dairede en az 1 oturma odası, 1 yatak odası, 1 mutfak veya yemek pişirme yeri, 1 banyo veya yıkanma yeri ve 1 hela bulunacaktır.”

4. Konutun Oda Yüksekliği

Yönetmeliğin 56.maddesine göre oda yükseklikleri, “... konutlarda ... binaların taban döşeme kaplaması üzerinden tavan kaplaması altına kadar olan yükseklikleri (2.40) metreden ... az olamaz.”

5. Parsel Üzerindeki İnşaat Şartları

Yönetmeliğin 50.maddesine göre parsel üzerindeki inşaat şartları şöyledir: “İfraz edilmedikçe bir parsel üzerine köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlarca yapılacak konut, tarımsal ve hayvancılık amaçlı yapılar ve bunların lüzumlu müstemilat binaları dışında birden

fazla yapı yapılamaz. Ancak, bir yapıda birden fazla bağımsız bölüm yapılabilir.”

6. Yapının Kot Şartları

Yönetmeliğin 48.maddesine göre yapının kot şartları şöyledir: “Binalara parselin yüz aldığı yolun;

- 1) Bordür taşı konulmuş ise, binanın ön cephe hattı ortası hizasındaki bordür taşı üst seviyesinden,
- 2) Yol kaplaması yapılmış, bordür taşı konulmamış ise, bina ön cephe hattı ortası hizasındaki yol kaplamasının en üst seviyesinden,
- 3) Yol kaplaması yapılmamış, bordür taşı konulmamış ise, yolun halihazır başlangıç ve bitiş noktaları arasında geçirilecek bir kırmızı hatta göre bina ön cephe ortası hizasından, kot verilir.”

7. Diğer Şartlar

Yönetmeliğin 53.maddesine göre çatı şartları şöyledir: “Çatı yapılması halinde kiremit kaplamalı çatıların % 33 meyille yapılması ve civarın karakterine uyulması lazımdır. Saçaklar (1.20) metreyi aşmayacak şekilde lüzumu kadar genişlikte yapılabilir.”

Yönetmeliğin 54.maddesine göre çıkma ve saçaklar, “Parsel dışına taşan çıkma yapılamaz. Çıkmalar, bitişik veya blok nizamında komşu sınırına (2.00) metreden fazla yaklaşamaz.”

Yönetmeliğin 45.maddesine göre ifraz şartları şöyledir: “Köy ve mezraların yerleşik alanlarında ve civarında yapılacak ifraz işlemlerinde parsel genişlikleri (15.00) metreden, parsel derinlikleri de (20.00) metreden az olamaz.”

Yönetmeliğin 46.maddesine göre bina cephe ve istikametleri ile 47.maddesine göre komşu mesafelerini tayin ve tespiti Köy İhtiyar Heyeti yetkilidir.

C- DİĞER MEVZUAT HÜKÜMLERİ

1. Gecekondu konusunda 775 sayılı Gecekondu Kanununun 18.'inci maddesinde "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra, belediye sınırları içinde veya dışında, belediyelere, hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalarda veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak, daimi ve geçici bütün izinsiz yapılar, inşa sırasında olsun veya iskan edilmiş bulun-

sun, hiçbir karar alınmasına lüzum kalmaksızın, belediye veya devlet zabıtası tarafından derhal yıktırılır.”

2. 2863 sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıkları Koruma Kanunu madde 9 gereğince. “Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşai ve fiziki müdahalede bulunulamaz, bunlar yeniden kullanıma açılmaz veya kullanımları değiştirilemez. Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşai ve fiziki müdahale sayılır.”

Yine 16.maddede “Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile bunların korunma alanlarında ruhsatsız olarak inşaat yapmak yasaktır. Buralarda ruhsatsız olarak yapılacak inşaatlar ile, koruma amaçlı imar planlarında, plana; sitlerde, sit şartlarına aykırı olarak inşa edilen yapılar hakkında imar mevzuatına göre işlem yapılır.” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm özel nitelikte bir hüküm olduğundan dolayı bu kanun kapsamında olan taşınmazlarda İmar Kanunu 27.madde uygulanamaz.

3. 3621 sayılı Kıyı Kanunu madde 6 gereğince “Kıyı, herkesin eşitlik ve serbestlikle yararlanmasına açık olup, buralarda hiçbir yapı yapılamaz...”

Yine 5.madde 6.fıkraya göre “Sahil şeritlerinde yapılacak yapılar kıyı kenar çizgisine en fazla 50 metre yaklaşabilir.”

Yine 8.maddeye göre “Uygulama imar planı bulunmayan alanlardaki sahil şeritlerinde, 4 üncü maddede belirtilen mesafeler içinde hiç bir yapı ve tesis yapılamaz.

Ancak bu alanlarda; uygulama imar planı kararıyla altı ve yedinci maddede belirtilen yapı ve tesislerle birlikte toplum yararına açık olmak şartıyla konaklama hariç günü birlik turizm yapı ve tesisleri yapılabilir.”

4. 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun madde 17’ye göre “(1) Erişme kontrolü uygulanan karayolu sınırları içinde Genel Müdürlüğün izniyle kurulacak tesis veya yapılacak faaliyetler dışında tesis kurulması veya faaliyette bulunulması yasaktır.

(3) Erişme kontrolü uygulanan karayolu sınırları içinde ve sınırlarında, Genel Müdürlükten izin alınmaksızın herhangi bir toprak hareketi, inşaat ve tesisat yapılması yasaktır.

(4) Erişme kontrolü uygulanan karayolları dışında kalan diğer karayollarının kenarında yapılacak tesislerin yola uzaklığı, yola giriş ve çıkış bağlantıları 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde Genel Müdürlüğün uygun görüşü ile belirlenir.”

5. 2921 sayılı **Karayolları Trafik Kanunu** madde 17 gereğince Belediye sınırları dışında kalan “Karayollarında her iki taraftan sınır çizgisine elli metre mesafe içinde bağlantıyı sağlayacak geçiş yolları yönünden; ... trafik güvenliğini etkileyecek yapı ve tesisler için, o karayolunun yapım ve bakımı ile sorumlu kuruluştan izin alınması zorunludur.”

3- YARGI KARARLARI

1. Danıştay, “... **kadastral yola tecavüzlü olarak inşa edilen yapının** 3194 sayılı Yasanın 27. maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmadığı yönünde karar vermiştir.”¹²

2. Danıştay bir kararında, “... yasa hükmünde öngörülen istisnadan yararlanan ve madde hükmündeki koşulları taşıyan kişiler tarafından yapılan ve bu şekilde ruhsatlı sayılan bir **yapının devri** halinde ruhsat istisnasının sona erdiğinin düşünülmesi mümkün değildir. Zira ruhsat kişiye değil yapıya verilen bir belgedir. Bu durumda dava konusu yapının yapıldığı tarih itibariyle hukuki durumu irdelenerek karar verilmesi gerekmektedir.”¹³

3. Danıştay bir başka kararında, “... ruhsata uygun olarak yapıldığı tespit edilerek yapı kullanma izni verilmiş olan bir yapı veya bağımsız bölümde bazı ilaveler yapıldığının davalı idarece tespiti halinde 3194 sayılı Kanununun 32. ve 42. maddeleri uygulanmak suretiyle bu durumun ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu ...” gerekçesiyle sadece ruhsatsız ilaveler için 32. Ve 42.maddelerin uygulanması yönünde karar vermiştir.¹⁴

4. Danıştay yine bir kararında “Yapı tatil tutanağının ruhsata aykırı-

12 Danıştay 6.Dairesi'nin 14.11.2006 tarih, 2004/5490 E. – 2006/5233 K sayılı kararı

13 Danıştay 6.Dairesi'nin 15.02.2005 tarih, 2003/4144 E – 2005/852 K sayılı kararı

14 Danıştay 6.Dairesi'nin 25.12.2006 tarih, 2004/7093 E – 2006/6569 K sayılı kararı

15 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 05.05.2005 tarih, 2004/2530 E - 2005/1121 K sayılı kararı

rılıkları somut ve ayrıntılı olarak belirtecek şekilde düzenlenmesi gerekir. **Ruhsat ve eklerine aykırılıkların neler olduğu açık ve net bir şekilde ortaya konulmaksızın yıkım kararı verilemez.**¹⁵ şeklindeki kararı ile verilecek idari yaptırımlar hakkında çok titiz davranılması ve ruhsat ve eklerine aykırılığın açık ve net bir şekilde ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir. Danıştay'ın bu hükmünün 42.madde açısından da kıyas yolu ile uygulanabileceğini söylemek mümkündür.

5. Danıştay bir kararında “Uyuşmazlık konusu olayda, mühürlenmiş yapının muhtarlıktan alınan izin ile yapıldığı, fen ve sağlık kurallarına aykırı olduğu konusunda Valilikçe yapılmış herhangi bir tespitin de bulunmadığı açıktır. Ancak zemin+1+2+çatı olarak yapılan yapının yukarıda anılan **Yönetmelik maddesi hükmüne aykırı olarak fazladan yapılan katları** esas alınmak suretiyle 3194 sayılı Yasanın 42.maddesi uyarınca para cezası verilmesi gerekirken, yapının tümü esas alınarak para cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”¹⁶ şeklinde karar verirken, idari makamların inşaatın mevzuata uygun olarak yapılmış olan kısımları hakkındaki müeyyide uygulanmaması, bu kısımlar çıkarıldıktan sonra kalan kısım ile ilgili olarak yasal işlemlerin yapılması gerektiğini belirtmiştir.

6. Danıştay diğer bir kararında “**Ruhsatsız yapılara mülkiyet durumuna bakılmaksızın 3194 sayılı İmar Kanununun 32. ve 42.maddeleri uygulanabileceğinden**, hazineye ait taşınmaz üzerindeki ruhsatsız inşaatla yönelik olarak 775 sayılı Gecekondu Kanununun 18.maddesi uyarınca işlem tesis edilmeyip, 3194 sayılı Kanunun 32. ve 42.maddelerine göre işlem tesis edilmesinde mevzuata aykırı bir husus bulunmadığı açıktır.”¹⁷ şeklinde hüküm kurmuştur.

7. Danıştay bir başka kararında ““İmar Kanunu'nun 32.maddesi uyarınca, ruhsatsız ve projeye aykırı olarak yapılan **ilave yapılaşmayı ruhsata bağlama imkanı varsa; ilgisine, tadilat ruhsatı için başvurabileceği 1 aylık süre verilmesi** gerekirken, doğrudan yıkım kararı verilmesi isabetsizdir.”¹⁸ şeklinde karar vermiştir.

16 Danıştay 6.Dairesi'nin 14.04.2006 tarih, 2005/7550 E – 2006/1946 K sayılı kararı

17 Danıştay 6. Dairesi'nin 10.11.2004 tarih, 2003/1984 E. - 2004/5538 K.sayılı kararı

18 Danıştay 6. Dairesi'nin 09.12.1997 tarih, 1997/398 E. - 1997/5646 K. sayılı karar

4- SONUÇ

Ülkemizdeki köylerin yaklaşık %31'inin köy yerleşik alanı çalışması yapılmış olduğunu düşündüğümüzde, köy yerleşik alan çalışması yapılmamış olan köylerimizde İmar Kanunu 27.madde imkanının ilgisine uygulanmaması mevzuatlarımız açısından mümkün gözükmese de, hukukun temel dayanağı olan adalet ve eşitlik açısından mümkün gözükmemektedir.

Aksi halde, köy yerleşik alan çalışması yapılmamış köy sınırları içindeki bütün yapılar hakkında ruhsatsız yapıldığından bahisle yıkım ve para cezası müeyyidelerinin uygulanması mümkün hale gelebilecektir. Bu durum ise 442 sayılı Köy Kanununun amaçlarına açıkça aykırıdır. Bu nedenle, İl Özel İdarelerince köy yerleşik alan çalışmaları hızlandırılmalıdır. Köylülerimiz bu konuda bilgilendirilmelidir.

Yine, ülkemizde yürürlüğe giren MERNİS Sistemi nedeni ile ülkemizde vatandaşlarımızın nüfuslarını bir yerden başka bir yere nakil almaları artık mümkün değildir. Ülkemizde vatandaşlarımızın sıklıkla göç ettikleri nazara alındığında ve Mernis Sisteminin 3194 sayılı İmar Kanunu'ndan sonra uygulamaya başlaması göz önüne aldığımızda, madde 27'de aranan "köy nüfusuna kayıtlı olmak" şartının bu maddeden çıkartılması yerinde olacaktır.

Bütün bu veriler birlikte değerlendirildiğinde, özellikle yerleşik alan çalışması yapılmamış olan köylerde, ruhsata tabi olmadan konut, tarımsal ve hayvancılık amaçlı yapılarının yapılabilmesi pek olanaklı değildir. Ve köylerimizdeki pek çok yapının (neredeyse tamamının) mevzuatımıza aykırı olduğunu ve dolayısı ile herhangi bir şikayet halinde bu yapılar hakkında İmar Kanunu madde 32 ve 42 gereğince işlemler yapılabileceğini söylemek mümkündür.

Durumun böyle olmasında, ilgililerin zamanında yetkililere sormadan inşaatla başlamış olmasının ve Muhtarlar tarafından gerekli önlemlerin, uyarıların ve gerektiğinde şikayetin yapılmamış veya yapılamamış olmasının büyük payı vardır.

Ancak, köylerimizdeki bu çarpık ve kaçak yapılaşmanın tüm sorumluluğunun Muhtarlara atılması gerçekleri görmemizi engelleyecektir. Bu zamana kadar bir devlet politikası olarak köyden kente teşvik eden çalışmalar, köylerimizde yapılan imar çalışmalarının görmezden gelinmesine sebep olmuştur. Ayrıca, seçim dönemi vaatlerinin de

bunda etkili olduğunu söylemek mümkündür.

Her ne sebepten olursa olsun ortada bir sorun vardır. Bu sorun iki türlü çözülebilecektir. Bir, köylerimizdeki tüm kaçak binalar hakkında idari müeyyideleri uygulaması. İki, bu konuda bir imar affı çıkarılarak geçmişe bir sünger çekilmesi ve yukarıda da yer yer değindiğim üzere yasalarımızdaki gerekli düzenlemelerin en kısa sürede yapılması.

Bence ikinci tercih daha adil olacaktır. Bütün bunlardan sonra İl Özel İdareleri tarafından en kısa zamanda yerleşik alan çalışmaları tamamlanmalı; kanunların kendilerine verdiği görev ve yetkiye dayanarak yörenin geleneksel, kültürel ve mimari özelliklerine uygun olarak tip projelerin hazırlanması; bu konuda köylülere yönelik olarak gerekli bilgilendirme ve eğitimlerin yapılması; Muhtarlarımızın 442 sayılı Köy Kanunu'nun kendilerine verdiği görev ve sorumlulukları yerine getirmelerini kullanmalarının sağlanması bu konudaki ekonomik ve sosyal sorunlara çözüm olacağı kanaatindeyim.

Tüm bu düzenlemelerden sonra, köylerimizde imara aykırı yani kaçak bina yapılması halinde yasalarımızın tüm gereklerinin aynım yapılmaksızın uygulanması daha adil olacaktır.

İtirazın İptali Davasını Açma Süresinin Başlangıcı (İİK. md. 67/1)

■ ALPER UYAR*

Alacaklı, senede dayanan likit alacağına yönelik “itirazın iptali” için genel mahkemeye veya “itirazın kaldırılması” için icra mahkemesine başvurmakta seçimlik hakkına sahiptir.¹ Bu iki yoldan birini seçme serbestisi alacaklıya bırakılmıştır. Bununla beraber, alacaklı, itirazın icra mahkemesinde kaldırılabilmesi için İİK.’nin 68 ve 68/a maddelerinde aranan nitelikteki belgelere sahip değilse, mutlaka itirazın genel mahkemede iptali yolunu izlemek zorundadır.² Bu seçim hakkını genel mahkemede dava açmak suretiyle kullanan alacaklı, böylelikle icra mahkemesine başvurma hakkından zımnen feragat etmiş olduğundan, açtığı “itirazın iptali davası”nı bırakıp, “itirazın kaldırılması” için icra mahkemesine başvuramaz. Buna karşın, alacaklı “itirazın kaldırılmasını” icra mahkemesinden talep ettikten sonra, bu yolu bırakıp “dava” yoluna gidebilir; zira genel bir yetki olması dolayısıyla, dava hakkının kullanılması zımnen tahdit edilemeyeceği gibi, “itirazın kaldırılması” talebini reddeden icra mahkemesi kararının, takip konusu alacak hakkında “kesin hüküm” teşkil etmemesi de, mahkeme-yeye başvurmaya engel olmaz.

Av., İzmir Barosu Üyesi

1 BERKİN, N. M. Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, 1981, s:420

2 ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları, 2004, s:105

İsviçre hukukunda da, “itirazın kaldırılması” yoluna gidilebileceği durumlarda, doğrudan doğruya “itirazın iptali” yoluna gidilebileceği belirtilmekte, hatta “itirazın kaldırılması”na ilişkin dayanakların ve belgelerin şüphe yarattığı durumlarda, doğrudan doğruya “itirazın iptali” yoluna gidilmesi önerilmekte; böylelikle “itirazın kaldırılması” yönteminin, gerekli araçlar mevcut olduğunda pratik bir alternatif olduğu vurgulanmaktadır.³

Alacaklı “itirazın kaldırılması” için icra mahkemesine başvurmuş ve borçlunun itirazı kaldırılmışsa, artık alacaklının “itirazın iptali davası” açmakta hukuki yararı kalmadığından, bu davayı açamaz.⁴

İİK.’nin 67. maddesinde ifadesini bulan itirazın iptali davası, takip talebine itiraz edilen alacaklı tarafından borçluya karşı açılan bir eda davasıdır.⁵

İtirazın genel mahkemede iptali yoluna başvuran alacaklı, takip konusu olan alacak hakkında bir “kesin hüküm” elde etmeye çalışacaktır.⁶ Bu dava bir süreye tabidir. Alacaklı bu davayı, itirazı kendisine veya varsa vekiline tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde açabilir.⁷ Bu davanın açılabilirdiği “bir yıllık süre” hak düşürücü süredir.

Görüldüğü gibi bir yıllık dava açma süresinin başlangıcı “itirazın alacaklıya tebliğ tarihi”dir. Şu halde borçlunun itirazı, alacaklıya tebliğ edilmemişse, bir yıllık dava açma süresi başlamayacaktır.

Ayrıca belirtelim ki, itirazın iptali davasını açma süresi, “itirazın alacaklıya tebliği” tarihinden itibaren başlarsa da, alacaklı henüz bu süre işlemeye başlamadan –yani; itirazın kendisine tebliğini beklemeden- önce de, bu davayı açabilir.

Borçlunun ödeme emrine itiraz edip takibi durdurmasından sonra, icra mahkemesine başvurarak “itirazın kaldırılması”nı istemiş olan alacaklı –bu başvuru dava niteliği taşımadığından ve icra mahkemesinin bu başvuru üzerine vereceği karar “kesin hüküm” (HMK. mad. 303) teşkil etmeyeceğinden- aynı zamanda –daha doğrusu İİK. mad. 67/I’deki bir yıllık süre içinde- mahkemede “itirazın iptali davası” açabilir.⁸

3 POSTACIOĞLU, İ. E./ALTAY, S. İcra Hukuku Esasları, 5. Basım, 2010, s:222

4 OSKAY, M./DEYNEKLİ, A./KOÇAK, C./DOĞAN, A. İİK. Şerhi, C:1, 2007, s:1083

5 ÇAVDAR, S. İtirazın İptali, Borçtan Kurtulma, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2007, s:1

6 ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları, 2004, s:105

7 KURU, B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2004, s:223

8 UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2005, C:3, s:4241-4242

İİK. mad. 67/I’de daha önce yer alan “itirazın kaldırılması için merciye müracaat etmek istemeyen” (alacaklı) ibaresi, 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sırasında madde metninden çıkarılarak, “itirazın kaldırılması talebi reddedilen alacaklıya da” itirazın iptali davası açma hakkı tanınmıştır (Bknz: 4949 sayılı Kanuna ait Hükümet Gerekçesi) (UYAR, T. age, C:3, s:4235 vd.).

Bir yıl içinde itirazın iptali davası açılması ile, derdest olan ve itiraz ile durmuş bulunan icra takibi iptal edilmiş olmaz; bilakis, takip durmakta devam eder. Davayı kazanan alacaklı, mahkemeden, alacağı ilam ile, itiraz üzerine durmuş olan ilamsız takibe devam edilmesini (haciz) isteyebilir. Dava devam ettiği sürece, bir yıllık haciz isteme süresi işlemez.⁹

İtirazın iptali için kanunen kabul edilmiş olan bir yıllık süre kamu düzenindedir; bundan ötürü, bu süreler sözleşme ile uzatılamazlar, kısaltılamazlar; talep bu sürede yapılmazsa ve dava bu sürede açılmazsa, talep ve dava hakkı düşer; icra mahkemesi ve genel mahkeme bu süreyi re’sen göz önünde tutar ve sürenin geçmiş olması halinde, talep ve dava, bu sebeple reddedilir.¹⁰

İtirazın iptali davası açabilmek için kanunun öngördüğü bir yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmiş olması halinde, alacaklı ancak genel hükümlere göre mahkemede alacağını dava edebilir. Bir yıllık sürenin geçmesinden sonra açılan dava, İİK. mad. 67’ye değil genel hükümlere tabi bir “alacak davası” olduğundan icra inkar tazminatına hükmedilemez.¹¹

Yargıtay, “itirazın iptali” davasının açılma süresi ile ilgili olarak;

-“*Borçlunun –genel haciz yolu ile ilamsız takiplerde- ödeme emrine itiraz etmesi üzerine, önce icra mahkemesine başvurarak ‘itirazın kaldırılması’ ni istemiş olan alacaklının daha sonra bu talebinden vazgeçerek –ya da bu talebinin reddedilmesi üzerine- itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde mahkemeye başvurarak itirazın iptali davası açabileceğini*”¹²

-“*İtirazın iptali davasının, borçlunun itirazının alacaklıya tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde açılması gerekirse de, alacaklının itirazı*

9 KURU, B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2004, s:224

10 BERKİN, N. M. age, s:421

11 MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, 2008, s:323

12 Bknz: 19. HD. 14.04.2004 T. E:6648/4385, 30.05.2003 T. E:4743/5799 (UYAR, T. age, C:3, s:4242)

*daha önce öğrenmiş olması halinde bu tarihten itibaren de bir yıl içinde, itirazın iptali davası açılabileceğini*¹³

*-“İcra müdürlüğü itiraz üzerine takibi durdurmamış olsa dahi, itirazın iptali davasının, borçlunun itirazının alacaklıya tebliğ tarihinden itibaren bir yıllık süre içinde açılması gerekeceğini”*¹⁴

*-“Bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra açılan itirazın iptali davasının reddine karar verilmesi gerekeceğini, açılan davaya ‘alacak davası’ olarak bakılamayacağını”*¹⁵

*-“Bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra açılan normal alacak (tahsil) davasını kaybeden borçlunun, icra inkar tazminatına mahkum edilemeyeceğini”*¹⁶

*-“İtirazın alacaklıya tebliğine ilişkin bilgi ve belge yoksa itirazın iptali davasının bir yıllık sürede açıldığının kabulünün isabetli olacağını”*¹⁷

belirtmiştir...

Buraya kadar yaptığımız açıklamalarda, İİK. 67/I’de belirtildiği üzere; itirazın iptali davasının, “borçlunun itirazının alacaklıya tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde açılması gerektiğini” vurguladık. Buradaki “tebliğ tarihi”ni, “öğrenme tarihi” olarak kabul etmek gerekir. Peki, itiraz alacaklıya tebliğ edilmemiş ise, ya da alacaklı tarafından açılan itirazın kaldırılması davasından sonra itiraz tebliğ edilmişse, bu durumda “itirazı öğrenme tarihi” olarak hangisini kabul etmek gerekecektir? Bir yıllık hak düşürücü süre, hangi tarihten itibaren başlayacaktır? **Doktrinde** bu konuda her hangi bir görüşe rastlamak mümkün değildir. Aşağıda sunduğumuz, biri oy birliğiyle diğeri ise oy çokluğu ile kabul edilmiş iki Yargıtay kararı ile bu husus açıklığa kavuşturulmuştur. **Yargıtay**, tam metinlerini ilişikte sunduğumuz kararlarında aynen şöyle demiştir;

Karar No I: Dava, kira alacağı için girişilen icra takibine yönelik itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemine ilişkindir.

13 Bknz: 19. HD. 14.01.2003 T. E:2001-8928/190; 26.02.1997 T. E:828/1806; 07.06.1995 T. E:994-8842/5045 (UYAR, T. age, C:3, s:4242)

14 Bknz: 19. HD. 24.04.1998 T. E:1900/2793 (UYAR, T. age, C:3, s:4242)

15 Bknz: HGK. 26.11.1997 T. E:19-761/989 (UYAR, T. age, C:3, s:4242)

16 Bknz: 13. HD. 11.03.1980 T. E:1226/1617 (YAVUZ, N. Uygulamalı ve Öğretide İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası, 2007, s:169)

17 Bknz: 19. HD. 19.01.2006 T. E:2005-11448/198 (OSKAY, M./DEYNEKLİ, A./KOÇAK, C./DOĞAN, A. İİK. Şerhi, C:1, 2007, s:1177 vd.)

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, benimsenen bilirkişi raporuna göre “davacının kira farkı alacağıının 8.893.38 YTL olduğu, takip talebinde daha az bir miktarın (8,775.00 YTL) istendiği gerekçeleri ile davanın kabulüne, itirazın iptali ile takibin devamına, takip tarihinden sonra yapılan ödemelerin icra müdürlüğünce borçtan mahsubuna, %40 icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline” karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

İİK.’nun 67/I. maddesi uyarınca itirazın iptali davasının, itirazın alacaklıya tebliğ tarihinden itibaren bir sene içinde açılması gerekir. Bu bir dava şartı olup, mahkemece re’sen gözetilmelidir.

Somut olayda her ne kadar itiraz alacaklıya tebliğ edilmemiş ise de, alacaklı vekili tarafından 21.11.2003 tarihinde Çorlu İcra Mahkemesine itirazın kaldırılması talebi ile dava açılmıştır. Hal böyle olunca bir yıllık dava açma süresinin o davanın açıldığı tarihten itibaren başlatılması gerekir.

Zira alacaklı itirazın kaldırılması davasına açtığı tarihte, dava konusu icra takibi ve itirazla ilgili tüm hususları öğrenmiş sayılır. Buna göre; “davanın bir yıllık yasal süre geçtikten sonra açıldığı ve dava şartının gerçekleşmediği” belirtilerek reddine karar verilmesi gerekirken, bu yönler gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yerine BOZULMASINA, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin harcın istek halinde iadesine 01.04.2008 gününde oy birliği ile karar verildi.

KARAR NO II: Davacı, “elektrik abonesi olan davalının elektrik borcunu ödemediğini, yapılan kontroller sırasında da kaçak elektrik kullandığını tespit ettiklerini, gerek tüketilen elektrik ve gerekse kaçak kullanılan elektrik ücretlerini tahsil amacı ile 21.05.2002 tarihinde davalıya karşı icra takibi başlattıklarını, davalının 03.06.2002 tarihinde takibe itiraz ettiğini” ileri sürerek, “ödenmeyen 6 adet fatura borcu ile 13.12.2001 ve 06.03.2002 tarihli kaçak elektrik tutanağından borç toplamı olan 4,013.122.000 TL (4.013,12 YTL) alacağıının dava tarihinden işleyecek yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini” istemiş, bilahare 25.10.2007 tarihli ıslah dilekçesi ile “alacak davasını itirazın iptali davası olarak ıslah ettiğini, davalının takibe itiraz ettiğini” ileri sürerek “itirazın iptaline, %40 tazminatın tahsiline karar verilmesini”

istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece bilirkişi raporu esas alınarak “2552,91 YTL asıl alacak üzerinden kabulüne, bu miktar yönünden itirazın iptaline, asıl alacağın %40 oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline” karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, dava dilekçesinde “borçlunun takibe itiraz ettiğini, bu itirazı 03.06.2002 tarihinde öğrendiğini” duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirttiği gibi, borçlunun itirazı üzerine takibin durduğu belirtilerek 10.03.2003 tarihinde davalının kullanıp ödemediği ve kaçak elektrik kullanımından kaynaklanan 4.013,12 YTL alacağının faizi ile tahsili için eldeki davayı açmıştır. “Alacak davası” ile İİK. 67. maddesine dayalı itirazın iptali davası arasındaki en önemli fark, itiraz iptali davası sonucunda davacı veya davalı lehine tazminata hükmedilmesidir. İtirazın tebliğinden itibaren bir yıl içinde açılan davada alacağın tahsili istenilmişse bu durumda icra inkar tazminatına hükmedilemez (19. HD. 09.02.1996 225/1161). İtirazın iptali davasının, itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren bir yıllık süreden sonra açılması halinde de inkar tazminatına hükmedilemez (11. HD. 28.05.1986 3141/3272). Yasada belirtilen bir yıllık hak düşürücü sürenin, borçlu itirazının alacaklıya tebliği ile başlayacağı belirtilmiştir. Ancak, alacaklı, icra takibine itiraz edildiğini, belli bir tarihte öğrendiğini açıkça beyan eder veya borçlunun itirazı ve bu sürede icra takibini durması üzerine itirazın kaldırılması veya borçlunun itirazından söz edilerek böyle bir tahsil davası açarsa artık, borçlu itirazının tebliğ edildiğinin kabulü zorunludur. Somut olayda davacı, “borçlunun icra takibine itiraz ettiğini, 03.06.2002 tarihinde öğrendiğini” çok açık şekilde kabul ve beyan etmiştir. Buna rağmen, davasını bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra 25.10.2007 tarihli dilekçesiyle ıslah etmiştir. O halde davacının “itirazın iptali davası”nı bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra “itirazın iptali davası” olarak ıslah etmesi mümkün değildir. Hal böyle olunca “ıslah ile ilgili talebin reddine” karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davalı yararına BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde iadesine, 10.06.2009 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

Yukarıda sunulan Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi, alacaklı



icra takibine itiraz edildiğini, itirazın kendisine tebliğinden önce öğrenip “itirazın kaldırılması talebi”nde bulunmuşsa “itirazın kaldırılması talebinde bulunulduğu tarih”i, itirazın öğrenildiği tarih olarak kabul etmek -ve açılacak itirazın iptali davasının bağlı olduğu bir yıllık dava açma süresinin bu tarihten itibaren işlemeye başlayacağını benimsemek- isabetli olacaktır...







HAKEMLİ MAKALE



Türk ve Alman Hukuku'nda Evlenme ve Boşanmanın Kişinin Soyadına Etkisi ve Milletlerarası Özel Hukukta Ortaya Çıkan Sorunlar

■ PAKİZE EZGİ AKBULUT

ÖZET

Çalışmada öncelikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'da soyadı konusu ile ilgili olarak düzenlenen hükümler incelenmiş ardından, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde yapılan düzenlemeler ve değişiklikler açıklanmış ardından soyadı konusunda Alman Hukuku mevzuatı incelenerek Milletlerarası Özel Hukukta soyadı konusunda ortaya çıkan problemlere değinilmiştir.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ

I. Türk ve Alman Hukuku'nda Evlenme ve Boşanmanın Soyadı Üzerindeki Etkisi

A. Türk Hukuku'nda Evlenme ve Boşanmanın Soyadı Üzerindeki Etkisi

1. Evlenme Sonrasında Eşlerin Soyadı

a. Genel Olarak

b. TMK md. 187' nin Tarihçesi

c. "Önceki Soyadı" Kavramı Tartışması

d. Erkek Eşin, Kadın Eşin Soyadını Alıp Alamayacağı Sorunu

e. TMK md. 187 Hükümü Hakkında "de lege ferenda" ve "de lege lata" Görüşler

2. Boşanmanın Soyadına Etkisi

a. Genel Olarak

b. Md. 173 Hükümünde İfade Edilen "Önceki Soyadı" Tartışması

c. Kadının Boşandıktan Sonra Eşinin Soyadını Kullanmaya Devam

* Av., İzmir Barosu Üyesi

Etmesi

B. Alman Hukuku'ndaki Durum

1. Evlenme Halinde Soyadı

2. Boşanma Halinde Soyadı

II. Milletlerarası Özel Hukukta Soyadı

A. Türk Kanunlar İhtilafı Kuralları Uyarınca Evlenme ve Boşanmada Soyadı

B. Alman Kanunlar İhtilafı Kuralları Uyarınca Evlenme ve Boşanmada Soyadı

C. Milletlerarası Özel Hukukta Eşlerin Soyadı Konusunda Ortaya Çıkan Sorunlar

SONUÇ

KAYNAKÇA

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AY.	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz.	: Bakınız
Dp.	: Dipnot
E.	: Esas
EGBGB	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
HD.	: Hukuk Dairesi
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	: Karar
karş.	: Karşılaştırınız
k.g.	: Karşı görüş
md.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TKM	: Türk Kanunu Medenisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
vb.	: ve benzeri
Yarg.	: Yargıtay
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti' nin kuruluş yılından itibaren gerçekleştirilen çağdaşlaşma devrimlerinden biri günümüzde de yürürlükte bulunan Soyadı Kanunu'dur¹. Soyadı Kanunu md. 1 uyarınca her Türk vatandaşı öz adından başka bir soyadı taşımak zorundadır. Böylelikle Soyadı Kanunu, Türk vatandaşlarına soyadı taşıma yükümlülüğü getirmektedir². Soyadı Kanunu md.1' i takip eden hükümlerde, kullanılacak soyadının nasıl seçileceği ve içeriğinin nasıl olacağı belirtilmiştir. Soyadı, kişinin kimliğinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır³. Ancak Türk Hukuku'nda yürürlükteki hükümler incelendiğinde soyadının kişinin ayrılmaz parçası haline gelmesinin sadece erkeğe tanınan bir hak olduğu görülmektedir. Şahıslara sosyal kişiliği ve kimliği veren soyadı, kadının medeni halinin değişmesi ile birlikte sürekli değişime uğramaktadır⁴.

Kişiler soyadlarını çeşitli yollarla kazanabilmektedirler⁵; ancak biz çalışmamızda evlenme halinde sadece kadının soyadının değişmesi sebebiyle, soyadının evlenme yolu ile kazanılması doğrultusunda inceleme yapacağız.

Çalışmamızda öncelikle soyadının evlenme yolu ile kazanılması doğrultusunda çeşitli Yargıtay kararları ışığında Türk ve Alman Hukuku'nda soyadının evlenme ve boşanma sonucundaki hukuki durumu, Avrupa'da Türklerin en çok yaşadığı yer olması sebebiyle Türkiye ile Almanya'nın Milletlerarası Özel Hukuktaki soyadı düzenlemeleri ve ardından Türkiye ile Almanya arasında yabancılik unsuru taşıyan dava konularında soyadı konusunda ortaya çıkabilecek sorunlar üzerinde durulacaktır.

1 Soyadı Kanunu Kanun no. 2525 Kabul Tarihi 21.06.19342741 RG T. 02.07.1934.

2 Abik, Yıldız, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 37

3 Moroğlu, Nazan, Kadının Soyadı, Prof. Dr. Necla Arat' a Armağan, Beta Yayınevi 2004, s. 281.

4 Moroğlu, Armağan., s. 281.

5 Soyadının kazanılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 102 vd., Öztan, Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi 2009, s. 296, Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan, Kişiler Hukuku, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, s. 160 vd.

I. Türk ve Alman Hukuku'nda Evlenme ve Boşanmanın Soyadı Üzerindeki Etkisi

A. Türk Hukuku'nda Evlenme ve Boşanmanın Soyadı Üzerindeki Etkisi

1. Evlenme Sonrasında Eşlerin Soyadı

a. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu⁶ md. 187,

“Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir”.

hükmünü düzenlemektedir. Buna göre, kadın evlenme ile birlikte kocasının soyadını alacaktır. Ancak istediği takdirde ve Nüfus İdaresi'ne yapacağı yazılı başvuru sonucunda kocasının soyadının önüne, daha önceden herhangi bir yolla kazanmış olduğu soyadını (TMK md. 173 uyarınca iki soyadı kullanmakta ise bunlardan birini) ekleyebilecektir. Dolayısıyla TMK md. 187, evlenme sonucunda erkek eşten ziyade kadın eşin hukuki statüsünü değiştiren bir rol oynamaktadır. TMK md. 187 emredici hüküm niteliğine sahiptir. Yani kadın, evlendiği takdirde erkeğin soyadını almakla yükümlüdür⁷. Kadın, evlenmeden önce sahip olduğu soyadını ancak erkeğin soyadının önüne ekleyerek kullanabilecektir.

Aşağıda TMK md. 187'nin temelini oluşturan kısa tarihçesinden bahsedilerek bu hüküm ile ilgili çeşitli tartışmalara değinilecektir.

b. TMK md. 187' nin Tarihçesi

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi⁸ md. 153 uyarınca, kadın evlenmekle kocasının soyadını almaktadır. TMK'nın aksine 1997 değişikliği öncesindeki md. 153 hükmüne göre kadına sadece kocasının soyadını taşıyabilme yükümü verilmiş; bu soyadının önüne evlenmeden

6 Çalışmamızda bundan böyle TMK olarak kısaltılacaktır.

7 Dural/Öğüz, a.g.e., s. 163, Demir, Pınar Özlem, Yeni Medeni Kanun'da Evli Kadınların Hukuki Durumu İle İlgili Yenilik ve Değişiklikler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 20 ve orada dp. 20.

8 Çalışmamızda bundan böyle TKM olarak kısaltılacaktır.

9 T.C. Yarg. 18. H.D. E. 1992/12206, K. 1992/1713, T. 23.11.1992. Kararda “Türk Medeni Kanununun 153. maddesi hükmüne göre karı, kocanın soyadını taşımak zorunda olup, bu zorunluluk başka soyadını (evlenmeden önceki soyadı gibi) yasaklar” sonucuna varılmıştır.

önce sahip olduğu soyadını koyabilme hakkı tanınmamıştır⁹. Hatta dönemin doktrininde kadının, kocasının soyadını taşıması bir yükümlülük olduğu kadar kadına sağlanan bir hak olarak da kabul edilmiştir¹⁰.

Ancak 1997 yılında yapılan kanun değişikliği ile¹¹ evlenen kadına bir seçim hakkı getirilmiştir. Buna göre;

“Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.

Kadın, müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin ve müşaviridir. Eve, kadın bakar”.

TKM md. 153’ün 1997 değişikliğinden sonraki hali, bugün yürürlükte bulunan TMK md. 187’nin temelini oluşturur. Böylece yapılan değişiklik ile kadının evlendiği zaman kocasının soyadını alma zorunluluğu bir nebze olsun yumuşatılmış ve kadına istediği takdirde evlenmeden önce kullandığı soyadını da eşinin soyadının önüne alabilme imkanı tanınmıştır. Kanaatimizce söz konusu değişikliğe yol açan unsurlardan biri hiç şüphesiz batı ülkelerinde kadın ve erkek arasında eşitliğin sağlanmasına yönelik atılan adımlar ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ni (CEDAW) Türkiye’nin de imzalamış olmasıdır¹². Bu sözleşme ile de ileri toplumlarda artık ortak aile adı kavramının ortaya çıktığı ve erkeğin egemen olduğu ataerkil aile yapısı anlayışından vazgeçildiği görülmeye başlanmıştır.

Doktrinde hakim görüş doğrultusunda kişinin soyadı üzerindeki hakkı kişilik hakkıdır¹³. Burada amaçlanan husus da evlenme halinde kişilerin ve özellikle kadının sosyal kişiliğinin korunması olmalıdır¹⁴.

10 Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Cilt II, Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1965, Nurgök Matbaası, Abik, a.g.e., s. 77 ve orada dp. 3.

11 Değişik fıkra: 14/05/1997 - 4248/1, 22996 sayılı RG.

12 1 Mart 1980 tarihinde imzaya açılan ve 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe giren Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Türkiye’de 11.6.1985 tarih ve 3232 Sayılı Kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunca 24.7.1985 tarihinde 85/9722 sayılı kararla onaylanmış ve 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

13 Moroğlu, Nazan, Kadının Soyadı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi 1999, s. 23, Moroğlu, Armağan, s. 281, Demir, a.g.e., s. 21, Abik, a.g.e, s. 38 ve orada dp. 37.

14 Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004, Turhan Kitabevi, s. 461.

Bu görüşten yola çıkıldığında kadının evlenme ya da boşanma ile soyadının değişmesi aslında onun kişilik haklarının ihlali anlamına da gelmektedir. 1997 yılında yapılan değişiklikte kadının soyadının sadece kocasının soyadı olması zorunluluğunun kaldırılarak, kadına önceki soyadını da kullanabilme hakkının tanınması bu bakımdan eski hükme göre daha adil ve arzu edilen düzeyde olmasa da “asgari oranda” eşitlikçi olmuştur¹⁵.

01.01.2002 yılında yürürlüğe giren TMK ise yukarıda da açıklandığı üzere, kadının evlenince eşinin soyadını alması zorunluluğunu öngörerek isterse önceki soyadını da eşinin soyadının önüne ekleyerek kullanabileceğini hükmetmiştir. Böylelikle TKM md. 153’ün 1997 yılında değiştirilmesi ile meydana gelen hüküm, TMK md. 187’de de korunmuştur. Bu hüküm doğrultusunda kadın, evlendirme memuruna ya da nüfus memuruna başvuru yaptığı takdirde artık iki soyadına sahip olmakta ve kadının iki soyadını da tüm resmi işlemlerde kullanma zorunluluğu doğmaktadır¹⁶.

c. “Önceki Soyadı” Kavramı Tartışması

TMK md. 187/I c.1 uyarınca evlenen kadın, evlendirme memuruna ya da nüfus memuruna başvurduğu takdirde “evlenmeden önceki soyadını” kullanabilecektir. Burada kanun koyucunun evlenmeden önceki soyadı kavramında ifade ettiği husus, doktrindeki genel görüş doğrultusunda kadının sadece bekarlık soyadını değil; evlenmeden önce herhangi bir yolla (evlat edinilme, evlenme vb.) kazandığı soyadını kullanabileceğidir¹⁷. Örnek olarak ilk evliliğinden olan Akar soyadını TMK md. 173/II’den¹⁸ yararlanarak kullanmaya devam eden Ayşe Yılmaz Akar ad ve soyadına sahip bir kadın, ikinci evliliğini yaparken Yılmaz ya da Akar soyadının, yeni evliliğinden alacağı soyadının önüne eklenmesini isteyebilir. Zira TMK md. 187/I c.2 evlenmeden önce iki soyadı kullanan kadının, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceğini de ifade etmiştir¹⁹.

15 1997 değişikliği ile TMK’ya getirilen hükmün Anayasa’nın 12. ve 17. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuş; ancak talep oyçokluğu ile reddedilmiştir.(AYM E. 1997/61, K. 1998/59, T. 29.09.1998).

16 Öztan, Aile Hukuku, s. 161, Abik, a.g.e, s. 38.

17 Dural/Öğüz, a.g.e., s.163, Abik, a.g.e., s. 92.

18 Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda, I/A/2/a

19 Kadının yeni evliliğinin, eski eşi açısından TMK md. 173/III uyarına “değişen koşul” sayılıp sayılamayacağı konusundaki tartışmalar için bkz. aşağıda I/A/2/c.

d. Erkek Eşin, Kadın Eşin Soyadını Alıp Alamayacağı Sorunu

TMK, evlenen kişilerin istedikleri takdirde ortak soyadı olarak doğrudan kadının soyadını belirleme imkanı tanımamaktadır. Ancak uygulamada eşler, evlenmeden önce aralarında kararlaştırarak erkeğin soyadını değiştirmesi suretiyle kadının soyadını kullanabilmektedirler²⁰. Eşler bu hususu TMK md. 27/ I' e dayandırarak gerçekleştirmektedirler. Buna göre, kişi adının değiştirilmesini haklı sebeplere dayanarak hakimden talep edebilmektedir. Böylece erkek eşin kendi soyadını, mahkeme kararıyla kadının soyadı yapmasıyla dolaylı yoldan ailenin ortak soyadı kadın eşin soyadı olarak belirlenebilmektedir²¹. Erkek eşin soyadını değiştirmesi ile birlikte kadın eşin ve reşit olmayan çocukların da soyadı değişmektedir.

1587 sayılı Eski Nüfus Kanunu md. 23 ile bu maddeye karşılık gelen 5490 sayılı Yeni Nüfus Hizmetleri Kanunu md. 23 karşılaştırıldığında, erkek eşin kadın eşin nüfus kütüğüne yazılamaması hususunun yumuşatıldığı görülmektedir. Buna göre 1587 sayılı Nüfus Kanunu md. 23/II c. 4, 5;

“Koca, karının aile kütüğüne getirilemez. Evlenen erkek ayrı aile kütüğü açabilir”.

hükmünü düzenlemektedir. Oysa 5490 sayılı Nüfus Hizmetler Kanunu md. 23’de kocanın, karının aile kütüğüne getirilemeyeceği cümlesi kaldırılmıştır. Buna göre md. 23/ (2);

“Evlenen kadının kaydı kocasının hanesine taşınır. Kocasını ölen kadın yeniden evlenmedikçe ölen kocasının aile kütüğünde kalır. Ancak dilerse babasının kütüğüne dönebilir”.

hükmünü düzenlemiştir. Eski Nüfus Kanunu’nda evlenen erkeğin, kadının soyadını taşıyabilmesi; ancak mahkeme kararıyla soyadını değiştirerek kadının soyadını alması suretiyle gerçekleştirebilmektedir. Bugünkü uygulamada da, evlenen erkeğin kadının soyadını alabilmesi ancak yine soyadını değiştirmesi ile mümkün olmakla birlikte, Nüfus

20 Doğan, Murat, Türk Medeni Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, Sayı 4, s. 126, Abik, a.g.e., s. 92.

21 Aksi yönde; T.C. Yarg. E.1997/8141, K. 1997/8859 T. 07.10.1997. “Haklı nedenin varlığı halinde ismin ve soyadın değiştirilmesi mümkündür. Dava konusu olayda davacı, eşinin ailesinin oturduğu yere taşındığından eşinin soyadını almak istemektedir. Davacı soyadlarını taşımaya da karısı ve onun ailesine yakın olabilir. Yakınlık sevgi ve saygı mutlaka aynı soyadının taşınmasını gerektirmez. O nedenle haklı nedenin bu davada mevcut olmadığı sonucuna varılmalıdır”.

Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik md. 19/ (3) uyarınca, aile bireylerinden birinin sonradan soyadını değiştirmesi onun aile kütüğü hanesinden çıkarılmasını gerektirmemektedir. Dolayısıyla henüz uygulamada bir örneğine rastlanmamakla birlikte, kanımızca yukarıda yazılan madde değişiklikleri ile teoride erkeğin evlenerek kadının soyadını alması hususu yumuşatılmaya çalışılmıştır. Ancak pratikte erkek eşin, doğrudan kadın eşin soyadını alarak ailenin ortak soyadının kadın eşin soyadının olması imkanı henüz bulunmamaktadır.

e. TMK md. 187 Hükmü Hakkında “de lege ferenda” ve “de lege lata” Görüşler

Kanımızca, TKM md. 153 hükmünün, yeni Medeni Kanunumuzda aynen korunması (md. 187) isabetli olmamıştır. TMK’ nın kadın eşe erkek eşin soyadını alma zorunluluğu vermesi Anayasa’daki eşitlik ilkesine²² de aykırılık teşkil etmektedir²³. Çünkü sonuç olarak kadın eş yine erkeğin soyadını almak zorunda bırakılmıştır ve bu konuda erkek eşe alenen üstünlük tanınmıştır. Bu konuda kadın eşler tarafından iç hukuk yolları tüketildikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurulmasına ve lehe kararlar alınmasına rağmen mevzuatta herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir²⁴. Burada kanımızca olması gereken; eşlerin evlenirken kadın ya da erkeğin soyadını seçebilme veya her eşin kendi soyadını kullanabilme imkanlarının kanun yolu ile tanınmış olması gerektiğidir. Doktrinde belirtilen, aile adının kadın ve erkeğin (birleşik) ortak soyadından oluşabilmesi yahut eşlerin kendi soyadlarından tamamen farklı bir soyadı seçerek aile adını belirlemeleri imkanlarının tanınması istemi Türk toplumunda karmaşaya yol açacağı düşüncesinde olduğumuz için isabetli bulunmamaktadır. Örneğin eşlerin aile adı olarak soyadlarını birleştirerek kullanmaları halinde bu çiftin çocuklarının da aynı yola başvurması ile uygulamada fazlasıyla zorluk ve karışıklık yaratacak soyadları ortaya çıkacaktır. Elbette aileyi bir arada tutan hususlardan biri de hiç şüphesiz mensup oldukları

22 AY md. 10/1,11 “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz”.

23 Moroğlu, Armağan, s. 302, Abik, a.g.e., s. 96.

soyadıdır. Ancak uluslararası düzeyde kadın erkek eşitliğine ilişkin gelişmeler, eşlerden her birinin kendi soyadını kullanma ya da yeni aile adının seçiminde eşit fikir bildirme hakkının tanınmasına doğru ilerlemektedir. Dolayısıyla Türkiye'nin de iç mevzuatını eşitlikçi anlayışa göre yeniden düzenlemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

2. Boşanmanın Soyadına Etkisi

a. Genel Olarak

TMK md. 173;

“Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir.

Koca, koşulların değişmesi hâlinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir”.

hükümünü düzenlemektedir. Bu hükümde yer alan “evlenmeyle kazandığı kişisel durumun korunması” ifadesi ile kadının evlenmeyle elde ettiği erginlik, vatandaşlık, kayın hısımlığı gibi haller belirtilmektedir²⁵. Bu hüküm ile evlenirken erkeğin soyadını alan kadın, boşanma sonucunda evlenmeden önce kullandığı soyadını taşımaya başlayacaktır. Ancak belli şartlar dahilinde ve menfaatinin bulunması durumunda boşandığı eşinin soyadını taşıyabilecektir. Böylece evlenirken sosyal kişiliği değişmeye zorlanan kadının çilesi boşanırken de devam etmekte ve belki uzun seneler sonucunda meslek hayatında tanındığı soyadını tekrar değiştirmek durumunda bırakılmaktadır. TMK md. 173 uyarınca kadın, boşandığı eşinin soyadını ancak menfaati bulunduğu ve

24 AİHM, 4.D., Başvuru No. 29865/96, T. 16.11.2004 (AİHM evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının, önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler de nesnel ve makul bir nedeni olmadığı kararına varmıştır. AİHM ayrıca bu kararın getirdiği, başvuran da dahil evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilme ya da aile isminin seçiminde eşit derecede söz sahibi olma hakkını sağlamaya yönelik yükümlülükleri yerine getirmek için gerekli önlemleri almanın Türk Devleti'ne bırakıldığını belirtmiştir).

25 Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, 10.Bası, Beta Yayınları, s. 300, Öztan, Aile Hukuku, s. 459, Ceylan, Ebru, Türk ve İsviçre Hukuku'nda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2006, s. 49.

bunun eşine bir zarar vermeyeceği ispatlandığı takdirde taşıyabilmektedir.

b. Md. 173 Hükmünde İfade Edilen “Önceki Soyadı” Tartışması

TMK md. 173 uyarınca boşanma halinde kadın, evlenmeden önceki soyadını yeniden alacaktır. Buna göre evlenmeden önceki soyadı ifadesi ile belirtilen hususun, kadının sadece bekarlık soyadının olmadığı açıktır²⁶. Kadın evlenmeden önce bekarlık soyadını kullanmış olabileceği gibi, önceki evliliğinden olan soyadını da hakim izni ile taşıyor olabilir. Nitekim TMK md. 187/ c. 3 daha önce iki soyadı kullanan kadının, evlendiği zaman eşinin soyadından önce kullanacağı soyadının ancak önceki iki soyadından birinin olması gerektiğini düzenlemiştir. Böylelikle kadın eş boşanma halinde önceki iki soyadından birini kullanmayı seçme hakkına sahip olacaktır. Örnek olarak ilk evliliğini yapmış bir kadın boşandığı takdirde, şartların oluşması koşulu ile boşandığı eşinin soyadını kullanmaya devam etsin ve Ayşe Yılmaz Akar ad ve soyadına sahip olsun. Ayşe tekrar evlendiği zaman Yılmaz ya da Akar soyadlarından ancak bir tanesini, ikinci evliliğinde eşinin soyadının önünde kullanabilecektir. İkinci evliliğinin de boşanma ile sona ermesi halinde Ayşe tekrardan Yılmaz veya Akar soyadlarından birini alabilecektir. Hatta TMK md. 173/II uyarınca ikinci evliliğinden elde ettiği soyadını da taşıyabilecektir.

c. Kadının Boşandıktan Sonra Eşinin Soyadını Kullanmaya Devam Etmesi

TMK md. 173/II uyarınca, boşanan kadın boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati olduğunu ve bunun kocasına bir zarar vermeyeceğini ispatladığı takdirde hakim kararı ile kocasının soyadını taşıyabilmektedir. Yani şartların gerçekleşmesi halinde talep üzerine, hakimin takdir yetkisi aranmaksızın kadın boşandığı kocasının soyadını kullanabilecektir²⁷. Eski Medeni Kanun md. 141’de 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile getirilen hüküm, Yeni Medeni Kanun md. 173’te de aynen benimsenmiştir²⁸. Böylece yapılan düzenleme ile evli olduğu dönemde mesleki, bilimsel, sanatsal

26 Aynı görüşte bkz. Akintürk, a.g.e., s. 301, Ceylan, a.g.e., s. 51, Abik, a.g.e., 245,

27 Akintürk, a.g.e., s. 301.

28 Akintürk, a.g.e., s. 301.

29 Öztan, Aile Hukuku, s. 460, Akintürk, a.g.e., s. 300, Ceylan, a.g.e., s. 51.

ve ticari yaşamda kocasının soyadı ile tanınmış olan kadın boşandıktan da da sosyal kişiliğinin etkilenmemesi amacıyla, bu soyadını taşımaya devam edebilecektir²⁹. Ayrıca kadının kocasının soyadını kullanmasına izin verilmesi halinde kadın, velayeti kendisinde olan çocukları ile aynı soyadına sahip olma hakkını da elde edebilecektir³⁰. Böylece TMK md. 173 uyarınca gerekli koşulların gerçekleşmesi halinde boşanan kadın, üç soyadını (bekarlık, sondan bir önceki kocasının soyadı, son boşandığı kocasının soyadı) taşıyabilmektedir³¹.

Doktrinde boşanan kadının öncelikle bekarlık soyadına dönme zorunluluğu da eleştirilmektedir³². İsviçre Medeni Kanunu md. 119 uyarınca boşanan kadın kocasının soyadını kullanmaya devam edebilmekte ve ancak bu soyadını kullanmak istemediği takdirde mahkemeden eski soyadını kullanmaya devam etmesine karar verilmesini talep edebilmektedir.

Kanımızca, kadının boşandıktan sonra da sosyal kişiliğinin korunması amacıyla İMK'daki sistemin bizim Medeni Kanunumuza da alınması gerekmektedir. Böylelikle kadın boşandıktan sonra, ayrıca ispata gerek kalmaksızın boşandığı kocasının soyadını devam ettirebilecek, sosyal kişiliğinde herhangi bir farklılık yaratılmayacak ve varsa çocukları ile de aynı soyadına sahip olabilecektir.

Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanabilmesine karar verilmesi hususunda Medeni Kanun, kocanın rıza göstermesi şartını aramamıştır³³. Ancak TMK md. 173/III uyarınca, boşandığı kocasının soyadını kullanmaya hak kazanmış olan kadın, koşulların değişmesi sebebiyle boşandığı kocası tarafından bu haktan mahrum bırakılabilmektedir.

B. Alman Hukuku'ndaki Durum

1. Evlenme Halinde Soyadı

Alman Medeni Kanunu md.1355/ I uyarınca eşler evlendikleri sıra-

30 Kadının annelik rolüne uygun olarak, o evlilikten çocuğunun olması durumunda, boşandığı kocasının soyadını kullanmaya devam etmesinin haklı neden olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Moroğlu, a.g.e., s. 106

31 Kılıçoğlu, Medeni Kanunumuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004, s. 15, Abik, a.g.e., s. 245

32 Kılıçoğlu, a.g.e., s. 16, Abik, a.g.e., s. 246 ve orada dp. 189'da anılan yazarlar.

33 Boşanan kadının, kocanın izni olmadıkça onun soyadını taşıyamaması gerektiği yönünde bkz. Hatemi, Hüseyin, Aile Hukuku I Evlilik Hukuku Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 116

da ortak bir aile soyadı belirlemekle yükümlüdür. Ancak ortak bir soyadı kararlaştıramadıkları takdirde evlilik anındaki soyadlarını sürdürebileceklerdir. BGB md. 1355/II, ailenin ortak soyadı olarak kadın veya erkeğin doğum ile kazandığı soyadının ya da ikisinden birinin evlilikten önce kullandığı soyadının seçilebileceğini düzenlemektedir. Eşlerden her ikisinin soyadının birleştirilerek ailenin ortak soyadı olarak kabul edilebilmesi ise kanun koyucu tarafından çok uzun olacağı gerekçesi ile kabul edilmemiştir³⁴. Ayrıca aile soyadı olarak kendi soyadı seçilmeyen eş, daha önce taşıdığı soyadını evlilik soyadının önüne eklemek istediğini bildirebilmektedir. Ancak eklenen bu soyadı sadece eş için geçerli olmakta ve bu soyadının çocukların soyadı bakımından bir etkisi bulunmamaktadır³⁵.

BGB’de bugün yürürlükte bulunan hükmün tarihçesi incelendiğinde, Türk Medeni Kanunu’ndaki soyadı ile ilgili benzer bazı düzenlemelere de rastlanmaktadır. 1958 yılında yürürlüğe giren Kadın ve Erkeğin Medeni Hukuk Alanında Eşit Haklara Sahip Olmaları Hakkında Kanun ile BGB’de kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması için çeşitli düzenlemeler yapılmıştır³⁶. Böylece 1958 yılından önce kadın, kocasının soyadını almakla yükümlüken bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılan değişikliklerle kadının kendi soyadını da aile soyadının önünde taşıma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir³⁷.

Almanya’da evlilikte kadının soyadı konusu 1976 yılında yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Kanunu ile tekrar gündeme gelmiş ve kadın ile erkek arasında sağlanmaya çalışılan eşitlik, soyadı konusuna da yansımıştır ve BGB md. 1355 yeniden düzenlenmiştir. Buna göre artık sadece erkeğin değil; kadının soyadı da ortak evlilik soyadı olarak alınabilecektir³⁸. Böylelikle kadının evlendiği zaman sosyal kişiliğinin değişerek kimlik sorunu yaşaması engellenmeye çalışılmıştır. Ancak tüm bu değişikliklere rağmen; 1991 tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi’ nin iptal kararına kadar, eşlerin ortak evlilik soyadı seçmedikleri takdirde kocanın soyadının evlilik soyadı olarak belirleneceği hükmü yürürlükte kalmıştır³⁹. İptal kararı, bugün

34 Abik, a.g.e., s. 188

35 Çocuğun soyadı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Abik, a.g.e., s. 189.

36 Moroğlu, Armağan, s. 292, Abik, a.g.e., s. 168.

37 Moroğlu, Armağan, s. 292, Abik, a.g.e., s. 168

38 Abik, a.g.e., s. 173.

39 Abik, a.g.e., s. 185.

yürürlükte olan md. 1355'e büyük ölçüde kaynak oluşturmaktadır. Bugün yürürlükte olan md. 1355 gereğince, eşler; içlerinden birinin doğum soyadını (Geburtsname) ortak aile soyadı (Ehename) olarak belirleyebilirler; ancak belirlemedikleri takdirde her biri evlilikten önceki soyadını kullanmaya devam eder. Bu hüküm uyarınca; önceki evlilikle kazanılmış soyadı ve eşlerin soyadlarının birleşimiyle oluşan çift soyadı aile soyadı olarak belirlenemez⁴⁰. Soyadı ortak aile soyadı olarak seçilmeyen eş, dilerse kendi soyadını aile soyadından önce kullanmaya devam edebilecektir. Böylelikle eşlerin, ortak bir aile adı kullanma zorunluluğu da kaldırılmıştır.

2. Boşanma Halinde Soyadı

BGB md. 1355/ V uyarınca; boşanan kadın evlilik birliği içindeki soyadını kullanmaya devam edebilir; ancak dilerse nüfus memurluğuna yapacağı beyan ile doğum soyadını yahut evlilikten önce kullandığı soyadını alabilir. Bu kural sadece kadın eş için değil, erkek eş için de geçerlidir. Eşler boşandıktan sonra önceki soyadlarına dönebilecekleri gibi, doğum soyadlarını boşandıktan sonra kullanmaya devam ettikleri evlilik soyadlarının önüne ekleyerek de kullanabilirler⁴¹.

Alman Hukuku'nda, Türk Hukuku'nun tersine kadın, boşandıktan sonra sosyal kişiliğinin değişmemesi amacıyla evlilik soyadını devam ettirebilme imkanına sahiptir. Bunun için herhangi bir izin ya da mahkeme kararına gerek yoktur. Ancak kendisi istemediği takdirde evlenmeden önceki soyadını kullanabilmektedir. Kadının sosyal kişiliğinin ve statüsünün boşanma ile zedelenmemesi için TMK md. 173'ün de bu yönde olması gerektiği görüşündeyiz.

II. Milletlerarası Özel Hukukta Soyadı

A. Türk Kanunlar İhtilafı Kuralları Uyarınca Evlenme ve Boşanmada Soyadı

40 Moroğlu, Armağan, s. 293

41 Abik, a.g.e., s. 255, Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta Yayınları 2006, s. 92.

42 Çalışmamızda bundan böyle MÖHUK olarak kısaltılacaktır.

43 Nomer, Ergin/ Şanlı, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, 17. Bası, Beta Yayınları, s. 230., Uyanık Çavuşoğlu, a.g.e., s. 92

Türk kanunlar ihtilafını düzenleyen Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁴²'da soyadının kazanılması ya da kaybedilmesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁴³. Doktrin-deki genel görüş doğrultusunda soyadının kazanılması ve kaybedilmesine ilişkin hususlar çoğunlukla Aile Hukuku ile ilgili olması dolayısıyla Aile Hukuku statüsüne tabi tutulmaktadır⁴⁴. Bu sebeple evlenme ile soyadının kazanılması konusuna, evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuk olan eşlerin müşterek milli hukukları uygulanmaktadır. Buna göre MÖHUK md. 13/ III uyarınca, evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bu da bulunmadığı takdirde Türk Hukuku uygulanmaktadır. Bu düzenlemeye göre soyadı konusunda yabancılık unsurunu ihtiva eden bir anlaşmazlık olduğu takdirde hakim öncelikle eşlerin müşterek milli hukuklarına göre karar verecektir. Eğer eşler ayrı vatandaşlıklara sahipse, müşterek mutad mesken hukukunu uygulayacaktır; ancak eşlerin müşterek mutad meskenlerinin de bulunmaması halinde Türk Hukukunu uygulayacaktır⁴⁵.

MÖHUK'da 2007 yılında yapılan değişiklikten önce de evlenmenin genel hükümlerine eşlerin müşterek milli hukukları uygulanmaktaydı; ancak tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek ikametgah hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk Hukuku uygulanmaktaydı.

MÖHUK'da boşanma halinde eşlerin soyadlarının hangi hukuka tabi olacağı konusunda da bir düzenleme mevcut değildir. Yukarıda evlenme halinde soyadı konusunda açıklanan aynı nedenlerle, boşanmada da eşlerin soyadına uygulanacak hukuk, boşanmaya uygulanana-

44 Nomer/ Şanlı, a.g.e., s. 230, Uyanık Çavuşoğlu, a.g.e., s. 92, Türk Hukuku'nda kişinin adı ve soyadı üzerindeki hakkının kişisel statüye (ilgilinin milli hukuku), kadının soyadı konusunun ise evlenmenin genel hükümleri başlığı altında değerlendirileceği konusunda bkz. Moroğlu, a.g.e., s. 118.

45 T.C. Yarg. 2. H.D. E. 2008/3618, K. 2009/9413, T. 12.05.2009 "Davacının evlenme nedeniyle taşımakta olduğu kocasına ait soyadının değiştirilmesine ilişkin talebinde, öncelikle evlenmenin genel hükümlerine göre uygulanacak hukukun belirlenmesi ve buna göre bir karar verilmesi gerekir. Evlenmede uygulanacak hukuk, taraflar ayrı vatandaşlıktalarsa müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukukudur".

46 Çelikel, Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Bası, Beta Yayınları, s. 239, Uyanık, Çavuşoğlu, a.g.e., s. 93

cak olan hukuk olacaktır⁴⁶. Buna göre; MÖHUK md. 14 uyarınca, boşanma, ayrılık sebepleri ve hükümlerine eşlerin müşterek milli hukukları uygulanacaktır; ancak tarafların ayrı vatandaşlıkta bulunmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bu da bulunmadığı takdirde Türk Hukuku uygulanacaktır⁴⁷.

MÖHUK'da 2007 yılında yapılan değişiklikten önce md. 13 uyarınca boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek milli hukukuna tabi idi. Ancak eşler ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek ikametgah hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanmaktaydı.

B. Alman Kanunlar İhtilafı Kuralları Uyarınca Evlenme ve Boşanmada Soyadı

Alman kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁴⁸ md. 10 uyarınca ada (ve dolayısıyla soyadına) ilişkin hukuki problemler boşanma statüsüne değil; ada ilişkin statüye tabi tutulmaktadır⁴⁹. Bu hükme göre, kişinin adı milli hukukuna tabidir. Ayrıca md. 10' a göre eşler, evlendirme memuruna yapacakları bir beyan ile evlendikten sonra kullanacakları adı (soyadı) eşlerden birinin milli hukukuna göre veya eşlerden birinin mutad meskeninin yurt içinde olması halinde Alman Hukuku'na göre seçebilmektedirler⁵⁰. Böylelikle evlenen kişilerden yabancı olan eşin soyadı, Alman Hukuku'na göre de belirlenebilecektir.

Alman Hukuku'nda boşanmada soyadı ile ilgili hukuki sorunlara da EGBGB md. 10 uyarınca, her bir eşin milli hukuku uygulanacaktır. Eşlerden biri kullandığı soyadını milli hukuktan başka bir hukuka göre kazanmış ise, soyadı ile ilgili boşanmada ortaya çıkan bir hukuki sorunda söz konusu eşin soyadı, milli hukukuna göre mi yoksa seçmiş olduğu hukuka göre mi belirlenecektir? Örnek olarak⁵¹, Almanya' da

47 Çelikel, a.g.e., s. 239, Nomer/ Şanlı, a.g.e., s. 262.

48 Çalışmamızda bundan böyle EGBGB olarak kısaltılacaktır.

49 Henrich, Dieter, Internationales Familienrecht, Verlag für Standesamtswesen Frankfurt am Main, s. 43 vd., Uyanık Çavuşoğlu, a.g.e., s. 93

50 Henrich, a.g.e., s. 43, Uyanık Çavuşoğlu, a.g.e., s. 93, www. cieci1.org Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC) (Çevrimiçi 11.01.2011)

51 Örnek için bkz. Uyanık, Çavuşoğlu, a.g.e.,s. 93

bir Türk kadının, Alman erkek ile evliliğinde eşler BGB md. 1355/ I uyarınca aile soyadına ilişkin bir seçimde (dolayısıyla bir hukuk seçiminde) bulunmamışlar ise kadının (aile) soyadı, milli hukuku uyarınca kocasının soyadı olacaktır. Bu eşler boşandıkları takdirde ise, kadın kendi milli hukuku uyarınca (TMK md. 173) evlenmeden önceki soyadını alacaktır. Ancak eşler evlenirken BGB 1355/ I uyarınca Alman Hukuku'na göre bir aile soyadı seçimi yapmışlar ise (aynı zamanda hukuk seçimi) boşanma halinde de kadının soyadı Alman Hukuku'na göre belirlenecektir. Aynı şekilde bir Türk erkek ile Alman kadının Almanya' da yaptığı evlilikte kadının soyadı aile soyadı olarak seçilmiş ise, bu evlilik boşanma ile sonuçlansa da seçilen hukuk soyadı için uygulanmaya devam edecektir. Yani bu durumda Türk erkek boşandıktan sonra da karısına ait olan aile soyadını kullanabilecektir. Burada Türk Hukuku'nda kadının soyadının aile soyadı olarak seçilememesi, kanımızca dikkate alınmamalıdır⁵².

C. Milletlerarası Özel Hukukta Eşlerin Soyadı Konusunda Ortaya Çıkan Sorunlar

Türk Hukuku'nda yukarıda değindiğimiz konularda çıkan problemlerin başında erkek eşlerin, evlilikte kadının soyadını almaya izin veren Almanya ya da İsviçre'de, evlendikleri kadının soyadını alarak Türkiye'deki nüfus kaydında yer alan soyadını değiştirmek istemeleri gelmektedir. Uygulamada karşımıza çok fazla örnek çıkmamakla birlikte, Yargıtay'ın 1994 tarihli bir kararında İsviçre' de evlendiği kadının soyadını aile soyadı olarak kullanan ve Türkiye'de nüfus sicilindeki kaydını değiştirerek yeni soyadını tescil ettirmek isteyen erkeğin yerel mahkeme tarafından kabul edilmiş davasını öncelikle bu meselemin yabancılık unsuru taşımadığı için bir iç hukuk sorunu olması nedeniyle MÖHUK hükümlerinin uygulanmaması gerektiği ve o yıllarda yürürlükte bulunan Eski Medeni Kanun uyarınca aile soyadının ancak erkeğin soyadı olabileceğinden bahisle bozmuştur⁵³. Aynı şekilde, Türk vatandaşı olan kadının, Alman vatandaşı erkekle evlenmesi ve

52 Uyanık, Çavuşoğlu, a.g.e.,s . 93.

53 T.C. Yarg. 18. H. D. E. 1997/ 288, K. 1997/1496, T. 25.02.1997. (Ekşi, Nuray, Kanunlar İhtilafı Kurallarına Milletlerarası Usul Hukukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları, Beta Yayınları 2007, s. 18 vd.)

aile soyadının erkeğin soyadı olarak belirlenmesi durumunda, kadının bir süre sonra erkeğin soyadı yerine kendi soyadını kullanmak istemesi halinde yerel mahkeme kabul kararı vermesine rağmen, Yargıtay MÖHUK hükümlerine değinmeden hükmü bozmuştur⁵⁴. Halbuki kanımızca, söz konusu olaylarda evliliğin genel hükümleri kapsamında soyadı konusunda yabancılık unsuru olması sebebiyle öncelikle MÖHUK kanunlar ihtilafı kurallarına bakılması gerekmektedir. Çünkü “yabancılık unsuru” sadece, dava taraflarından birinin farklı vatandaşlığa tabi olmasından ibaret değildir. Olaya taraf olan kişilerden en az birinin yabancı olması veya yabancı bir ülkede ikametgahının bulunması ya da orada devamlı oturması da yabancılık unsuru kapsamındadır⁵⁵. Dolayısıyla yukarıda değindiğimiz olaylarda kanunlar ihtilafı kurallarına bakılarak karar verilmesi gerekmektedir. Buna göre, MÖHUK md. 13/ III uyarınca, evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir⁵⁶. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bu da bulunmadığı takdirde Türk Hukuku uygulanmaktadır. Söz konusu olaylarda, eşler ayrı vatandaşlıkta oldukları için varsa öncelikle müşterek mutad mesken hukuklarına bakılmalıdır. Ancak olaylarda bu konuda herhangi bir tahlil yapıldığı anlaşılmamaktadır. Yapılsa dahi yabancı kimseyle evlenen Türk vatandaşı kadının evlenmede kendi soyadını devam ettirmek istemesi halinde ya da Türk vatandaşı erkeğin evlendiği yabancı kadının soyadını almak istemesi halinde kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşılmaktadır⁵⁷.

SONUÇ

Soyadının kişiliğin ayrılmaz bir parçası olması sebebiyle, evlenme yolu ile elde edilecek soyadının da gelişmiş toplumlarda sadece kadının soyadını değiştiren bir olgu olmaması gerekmektedir. Halbuki Türk Medeni Kanunu’nu incelediğimizde her ne kadar Aile Hukuku

54 T.C. Yarg. 18. H. D. E. 2010/6750, K. 2010/10314, T. 06.07.2010. (Kazancı İçtihat Bankası) karş. MÖHUK hükümlerinin ele alınarak verildiği karar için bkz. T.C. Yarg. 2. H.D. E. 2008/3618, K. 2009/9413, T. 12.05.2009.

55 Çelikel, a.g.e., s. 8, Moroğlu, a.g.e., s. 117.

56 Dolayısıyla iki Türk vatandaşının yurtdışında evlenmeleri halinde ise soyadı konusunda bir problem meydana gelmemektedir. Çünkü bu eşlerin müşterek milli hukukları mevcuttur. (Moroğlu, a.g.e., s. 116)

57 Nomer/ Şanlı, a.g.e., s. 231.

Kitabında yer alan hükümler “eşler” olarak düzenlense de soyadını düzenleyen hükümlerde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden “kadın” ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu hükümler kadın açısından soyadını, bireylerin sosyal kişiliğini belirlediği günümüzde sürekli değişken hale getirir durumdadır. Kadının sosyal yaşamında kullanmaya alıştığı soyadı, evlenme ile değişmek zorunda kaldığı gibi boşanması durumunda da yine bir değişikliğe uğramak zorunda bırakılmıştır. Ataerkil anlayış yerine eşitlikçi anlayışı benimsemesi gereken Avrupa Birliği yolundaki Türkiye’de soyadı konusunda kadın ve erkek eşitliğine aykırılık oluşturan TMK hükümlerinin değiştirilmesi gerekmektedir. Kadın ve erkeğin soyadı konusunda da eşit şartlara sahip olması şart olup, evlenmede kullanılacak olan aile soyadının Alman Hukuku’ndaki gibi kadının soyadının da seçilebilme imkanının tanınmış olması gerekmektedir. Bu konudaki amacımız; değişen koşullara ayak uydurması gereken kişinin sadece kadın olmamasının sağlanmasıdır.

Gelişmiş toplumlarda evlenme ve boşanmada kadın ile erkeğe sağlanan eşit şartların Türk Hukuku’nda da sağlanması gerekmektedir. Uygulamada özellikle Almanya’da yaşayan çok sayıdaki Türk’ün, Alman vatandaşları ile evlenme ve boşanmalarında, soyadı konusunda sorunlar meydana gelmektedir. Almanya’da evlenerek BGB’nin sağladığı imkan ile kadının soyadını aile soyadı olarak kullanan erkek, boşandığı zaman yine BGB’nin sağladığı hak uyarınca aile soyadını hiçbir izin ya da hakim kararı almadan devam ettirebilmektedir. Ancak bu hususun Türk Mahkemeleri tarafından kamu düzenine aykırılık kabul edilmesi ihtimal dahilindedir. Nitekim yukarıda da açıklandığı üzere Yargıtay bazı kararlarında yabancılık unsurunu dar yorumlayarak bu tür dava konularında MÖHUK hükümlerini dahi uygulamamaktadır. Aynı şekilde evlenen ve BGB uyarınca, eşinin soyadını aile soyadı olarak kullanan erkek Türkiye’deki Nüfus Sicili’ne bu soyadını tescil ettirmek istediğinde aynı problemlerle karşılaşmaktadır. Dolayısıyla gelişmekte olan Türkiye’nin de bu tür milletlerarası problemleri engellemek ve kadın erkek arasında soyadı konusunda eşitliği sağlamak için lazım gelen düzenlemeleri yapması gerekmektedir. Yargıtay’ın da kararlarında yabancılık unsurunu sadece taraflarla sınırlaması ve MÖHUK md. 13 ve md. 14’ün uygulanması gereken hallerde eşlerin müşterek mutad meskenlerini de dikkate alması, kanımızca daha hakkaniyetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Seçkin Yayinevi, Ankara 2005.
- Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C.2, 8.Bası, Beta Yayınları.
- Ceylan, Ebru: Türk ve İsviçre Hukuku'nda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2006.
- Çelikel, Aysel: Milletlerarası Özel Hukuk, 10. Bası, Beta Yayınları
- Demir, Pınar Özlem: Yeni Medeni Kanun'da Evli Kadınların Hukuki Durumu İle İlgili Yenilik ve Değişiklikler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.
- Doğan, Murat: Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, Sayı 4, (s. 96- 129).
- Dural, Mustafa/
- Öğüz, Tufan: Kişiler Hukuku, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.
- Eksi, Nuray: Kanunlar İhtilafı Kurallarına Milletlerarası Usul Hukukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna ilişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları, Beta Yayınları 2007.
- Hatemi, Hüseyin: Aile Hukuku I Evlilik Hukuku Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- Henrich, Dieter: Internationales Familienrecht, Verlag für Standesamtswesen Frankfurt am Main.
- Kılıçoğlu, Ahmet: Medeni Kanunumuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004.
- Moroğlu, Nazan: Kadının Soyadı, Yüksek Lisans Tezi 1999.
- Moroğlu, Nazan: Kadının Soyadı, Prof. Dr. Necla Arat' a Armağan, Beta Yayınevi 2004, (s. 280- 307) (Armağan).
- Nomer, Ergin/
- Şanlı, Cemal: Devletler Hususi Hukuku, 17. Bası, Beta Yayınları.
- Oğuzman, M. Kemal/
- Seliçi, Özer/
- Oktay-Özdemir Saibe: Kişiler Hukuku, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.
- Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004, Turhan Kitabevi (Aile Hukuku olarak kısaltılmıştır).
- Öztan, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi 2009.
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta Yayınları 2006.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku Cilt II, Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1965, Nurgök Matbaası.
- www. ciecl.org Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC) (Çevrimiçi 11.01.2011).



YARGI KARARLARI AİHM KARARI



Vicdani Red Hakkı Bağlamında Tünelin Ucunda Beliren Işık: Bayatyan/Ermenistan Kararı

Vicdani Red savaşlarla dolu dünya tarihine paralel olarak var gelmişse de devletlerin savunma ve/veya saldırı refleksini zayıflatacağı öngörüsü ve önyargısıyla kolaylıkla kabul görmeyen, çoğu zaman vatana ihanetle bir tutulan ve dolayısıyla da üzerinde konsensüs sağlamamış bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlet örgütlenmesi ve paradigmasının savaş ekonomisine dayanması, dünya kaynaklarının paylaşımında savaşın (her türlü şekliyle) vazgeçilmez bir enstrüman olarak kullanıla gelmesi, Dünyanın tektonik alanlarındaki (savaş sıklığı bağlamında) konumları nedeniyle devletlerin savunma ve/veya saldırı reflekslerini canlı tutma ihtiyaçları, ulus devletle birlikte toplumsal bilincin inşası ve kontrolü bağlamında bir araç olarak kullanılması “zorunlu askerliğe” vazgeçilmez bir değer kazandırmıştır.

Bu yazı meselenin arka planının derinliğine ve vicdani red olgusunun sosyo-politik evrimine değinmeden, konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki yansımalarının tarihsel sürecini ana hatlarıyla ortaya koymayı ve bu sürecin en son merhalesi olan *Bayatyan / Ermenistan* kararının kısa bir analizini yapmayı amaçlamaktadır.

II. Dünya savaşının sonrasında hazırlanan pek çok belge, hazırlanma öncesindeki savaş vahşetinin tekrar yaşanmasını önlemek umudu ve amacıyla pek çok temel hakkı güvence altına almıştır. 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 18.maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9.maddesi tarafından güvence

altına alınan din, inanç ve vicdan özgürlüğü bu haklardan birisi olarak karışımıza çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygunluk denetimi yapmakla yetkili ve görevli olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1959 yılından bu yana vicdani red hakkını konu alan pek çok başvuruyu ele almıştır.

Konuyla ilgili hemen hemen ilk başvuru olan *Grandrath / Almanya* (Başvuru no.2299/64) davasında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu¹, başvuruyu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. (kölelik ve kulluk yasağı), 9.(inanç ve vicdan özgürlüğü) ve son olarak 14. (ayrımcılık yasağı) maddeleri bağlamında ele almıştır. Yehova Şahidi rahibi olan Bay Grandrath bir total retçi olarak hem askerlikten hem de alternatif kamu hizmetinden bağışık tutulmamasının Sözleşmeyi ihlal ettiği iddiasında bulunsa da Komisyon başvurucudan farklı olarak Sözleşme'nin vicdani reddi bir hak olarak tanımadığı sonucuna varmıştır (12.12.1966 tarihli komisyon raporu).

Konuyla ilgili bir sonraki başvuru olan *X / Avusturya* (Başvuru no: 5591/72) davasında başvurucu, Katolik olması nedeniyle askerlik yapmayı reddetmesi sonucunda ulusal mahkeme tarafından mahkum edilmesinin Sözleşme'yi ihlal ettiği yakınmasında bulunmuştur. Komisyon 2 Mart 1973 tarihli kararında başvuruyu incelenemez (kabuledilemez) olarak ilan etmiştir. Komisyona göre Sözleşme'nin 4.maddesinin 3.fıkrasının b bendi, devletler açısından vicdani reddi bir hak olarak tanıma ve dolayısıyla da vicdani retçiler için özel düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirmemektedir.

X / Almanya (Başvuru no: 7705/06) davasında, resmi makamlarca vicdani retçi olarak kabul edilen Yehova Şahidi başvurucu, alternatif kamu hizmeti çağrısına icabet etmemesi üzerine 4 ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. Cezasının infazı tedbiren durdurulmuş ve bu süre zarfında bir hastanede ve diğer bir kurumda kamu hizmeti yerine getirilmesi önerilmiş, bu öneriyi yanıtsız bırakması üzerine Aralık 1976 tarihinde cezasının infazına başlanmıştır. Başvurucu, infazın tedbiren durdurulması kararının iptalinin Sözleşme'nin 3., 7. ve 9.maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 5 Temmuz 1977 tarihinde, yukarıdaki kararlara benzer gerekçelerle herhangi bir Sözleşme ihlali-

1 Mahkeme, 11 nolu Protokolün yürürlüğe girdiği 1998 yılından önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olarak faaliyet göstermekteydi.

nin olmadığına hükmetmiştir.

N / İsveç (Başvuru no: 10410/83) başvurusu, pasifist olan başvuru-
cunun zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesi nedeni-
le mahkum edilmesi yakınmasını konu almaktadır. Bu davada başvuru-
cunun alternatif kamu hizmeti olasılığından yararlanmayı da talep etme-
miştir. Başvurucu işbu davada çeşitli dini inanışlara mensup olan kişi-
lere, inançları nedeniyle zorunlu askerlikten muaf tutulma hakkının
tanınmış olmasına rağmen, felsefi inanç ve duruşları nedeniyle zorun-
lu askerlik yapmak istemeyenlere böyle bir hak tanınmayışının
Sözleşme'nin 9.maddesiyle bağlantılı olarak 14.maddesini ihlal ettiği
yakınmasında bulunmuştur. Komisyon 14.maddenin 9.maddeyle bağ-
lantılı olarak ihlal edilmediğini belirtmiş ve 11 Ekim 1984 tarihinde
başvuruyu incelenemez (kabuledilemez) olarak ilan etmiştir.

Peters / Hollanda (Başvuru no: 22793/93) başvurusu, vicdani retçi
statüsü tanınan bir felsefe bölümü öğrencisinin alternatif kamu hizme-
tine zorlanmasını konu almaktadır. İlahiyat bölümü öğrencilerinin hem
zorunlu askerlik hem de alternatif kamu hizmetinden muaf tutulma
hakkına sahip olduklarına dayanan başvuru ayırıcı bir muameleye
tabi tutulduğu yakınmasında bulunmuştur. Komisyon her ne kadar
meselenin 9.madde kapsamı dahilinde olduğunu ifade etse de 14.mad-
denin 9.maddeyle bağlantılı olarak ihlal edilmediğini belirtmiş ve 11
Ekim 1984 tarihinde başvuru incelenemez olarak ilan etmiştir.

*Thlimmenos / Yunanistan*² (Başvuru no: 34369/97/98) başvurusun-
da, Yehova Şahidi olan başvuru, Yunanistan'ın alternatif kamu hiz-
metini kabul etmediği tarihlerde, dini inançları nedeniyle askerlik yap-
mayı reddetmesi nedeniyle mahkum edilmiş olması ve sonrasında söz
konusu mahkumiyetinin sonucu olarak, ilgili sınavda çok yüksek bir
not almasına rağmen Yeminli Mali Müşavir olarak tayin edilmemesi-
nin Sözleşme'yi ihlal ettiği yakınmasında bulunmuştur. Mahkeme,
başvurucunun sınavda ilgili başarılı olmasına rağmen, önceki mahku-
miyeti nedeniyle Yemin Mali Müşavir olarak kabul edilmemesinin,
cezanın aşırı orantısız olması nedeniyle, 14.maddeyle bağlantılı olarak
AİHS'in 9.maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır

*Ülke / Türkiye*³ (Başvuru no: 39437/98) kararı Türkiye'deki vicda-

2 AİHM ilgili kararının Türkçe çevirisi için bkz. <http://serkancengiz.av.tr/index.php?id=6&L=2>

3 AİHM'in ilgili basın bülteninin Türkçe çevirisi için bkz.
<http://serkancengiz.av.tr/index.php?id=6&L=2>

ni red hareketinin öncü isimlerinden birisi olan başvuru Osman Murat Ülke'nin yakınmalarını konu almaktadır. Başvuru 1993 yılında Savaş Karşıtları Derneğinin (1992 yılında kurulmuştur) aktif bir üyesi olmuştur. SKD'nin Kasım 1993 tarihinde feshedilmesinden sonra İzmir Savaş Karşıtları Derneği (İSKD) kurulmuş ve başvuru 1994-1998 yılları arasında derneğin başkanı olarak görev yapmıştır. Ağustos 1995 tarihinde askere çağrılmasına karşın pasifist bir düşünceye sahip olduğu gerekçesiyle askerlik hizmetini yapmayı reddetmiş ve bir basın toplantısında çağrı evraklarını yakmıştır. Askeri Mahkeme 28 Ocak 1997 tarihinde başvurucuyu 6 ay hapis ve para cezası ile cezalandırmıştır. Mahkeme başvurucunun kaçak durumda olduğunu belirttikten sonra Askeri Mahkeme Savcısı'na başvurucunun askere alınması emrini vermiştir. Osman Murat Ülke 22 Kasım 1996 tarihinde Bilecik Jandarma Komutanlığına bağlı olan 9. Alay Komutanlığı'na sevk edilmiştir. Başvuru burada askeri üniforma giymeyi reddetmiştir. Osman Murat Ülke, Mart 1997 ve Kasım 1998 tarihleri arasında askeri üniforma giymeyi reddetmesinden dolayı sekiz defa "emre itaatsizlikte ısrar" gerekçesiyle mahkum edilmiştir. Söz konusu süre zarfında ayrıca birliğine katılmaması nedeniyle iki kez firardan mahkum edilmiştir. Yukarıda belirtilen mahkumiyetler nedeniyle başvuru toplam 701 gün cezaevinde kalmıştır. AİHM 24 Ocak 2006 tarihinde yayınladığı kararında, özetle;

"Başvuru aleyhine mevcut olan çok sayıda kovuşturma ve kovuşturmanın sonucu olarak ortaya çıkan mahkumiyetlerin topyekün etkileri ve kovuşturma ve ceza süreleri arasındaki ardıllık ilişkisi ve başvurucunun hayatının geri kalan kısmında kovuşturulabilecek olması olgusu başvurucunun askerlik hizmetini yapmasının sağlanması amacıyla orantılı olmamıştır. Söz konusu işlemler başvurucunun entelektüel kişiliğini ezmeyi, başvurucuyu aşağılayan ve onu alçaltan korku ve tedirginlik hislerinin doğmasına neden olmayı, reddiyetini ve kararlılığını kırmayı amaçlamıştır. Başvurucunun hemen hemen "sivil ölüm" olarak tabir edilebilecek gizli bir yaşam sürmeye zorlanması ve başvurucunun bunu kabul etmek zorunda kalmış olması demokratik bir toplumdaki cezalandırma rejimine aykırıdır."

gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3.maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Karar, Türkiye tarafından bu güne kadar uygulanmamıştır. AİHM kararlarının hayata geçirilme sürecini izlemek ve denetlemekle görevli ve yetkili olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Ülke kararının gerek başvuru Osman Murat Ülke gerekse

de genel anlamda hayata geçirilmediğine dikkat çekerek, Türkiye'ye acilen bireysel ve genel tedbirler alması çağrısı yapmıştır. Türkiye'nin 2007 ve 2009 tarihli bu çağrılarının gereğini yerine getirmemesi üzerine, 7-8 Haziran 2011 tarihli toplantısında, Türkiye'nin çağrılarının gereğini yerine getirmemesinden dolayı üzüntü duyulduğunu belirterek 12 Haziran 2011 tarihli genel seçim sonrasında konuyla ilgili yasal mevzuat değişikliği çalışmalarına hız verilmesi çağrısı yapmıştır. Bakanlar Komitesi, 14 Eylül 2011 tarihli son kararında ise Türkiye'den Aralık 2011'de yapacağı toplantısına kadar konuyla ilgili planlanan yasal değişiklikler (muhtevaları ve öngörülen kabul edilme tarihleri) hususunda bilgi vermesini talep etmiştir⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Büyük Daire), yazımızın devamında özet çevirisini sunmuş olduğumuz *Bayatyan / Ermenistan* (Başvuru no: 23495/03) kararıyla yukarıda aktarmaya çalıştığımız konuya ilişkin evrime kısmen de olsa son noktayı koymuştur. Davayı ilk olarak ele alan AİHM'in 3. Bölümü (Third Section) 27 Ekim 2009 tarihli kararında Yehova Şahidi olan başvuru Vahan Bayatyan'ın Sözleşme'nin 9.maddesi altında ileri sürdüğü vicdani red hakkının Sözleşme tarafından korunamayacağını hüküm altına alsa da, temyiz üzerine kararı inceleyen Büyük Daire;

“Büyük Daire, her türlü zorunlu askeri hizmetin, vatandaşlara ağır külfet yüklediğini kabul etmiştir. Hal böyle olmakla birlikte, zorunlu askerlik hizmeti eşitlikçi bir tutumla paylaşılması ve Sayın Bayatyan'ın vakasında olduğu gibi, askerlik görevinden muaf tutulmanın sağlam ve ikna edici gerekçelere dayandırılması halinde kabul edilebilir.

Büyük Daire çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğün demokratik bir toplumun temel özellikleri olduğunu yinelemiştir. Büyük Daire devamında demokrasinin yalnızca çoğunluğun fikirlerinin her zaman kabul görmesi anlamına gelmediğini; azınlıklara adil ve uygun şekilde davranılmasını temin eden bir dengenin kurulması gerektiğini ve baskın konumda olanların bu durumlarını suiistimal etmekten kaçınmaları gerektiğini de belirtmiştir. Devletin (Yehova Şahitleri gibi) azınlıktaki bir dini topluluğun inançlarına, vicdanlarının gerektirdiği şekilde topluma hizmet etme fırsatı sunarak saygı duyması, Hükümetin öne sürdüğü şekilde haksız eşitsizlikler veya ayrımcılık yaratmaktan daha ziyade, uyumlu ve istikrarlı bir çoğulculuğu sağlayabilir ve bu durum

4 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1829937&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

toplumda dinsel bağlamda ahengi ve hoş görüyü teşvik edebilir.”

gerekçesiyle Sözleşme'nin 9.maddesinin ihlal edildiğini tespit ederek, konuya ilişkin nihai kararını vermiş ve vicdani reddin bir hak olarak Sözleşme'nin 9.maddesi bağlamında korunan bir hak olduğuna hükmetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 22 Kasım 2011 tarihinde yayınladığı *Erçep / Türkiye* (Başvuru no: 43965/04) kararında, *Ülke / Türkiye* kararında ihlal bulmadığı, Sözleşme'nin 9.maddesinin ihlal edildiğine hükmederek Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin hareket alanını iyiden iyiye daraltmıştır. 1969 doğumlu ve bir Yehova Şahidi olan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı Yunus Erçep, bakaya kalması nedeniyle 6 Ekim 2006 yasal değişikliği öncesinde (sivillerin askeri mahkemede yargılanamayacağı düzenleyen yasa değişikliği) Askeri Mahkeme'de yargılanmış ve 7 Mayıs 2004 tarihinde toplam 15 ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. 3 Ekim 2005 tarihinde cezasının infazına başlanılan Yunus Erçep, 5 ay sonra şartlı tahliye nedeniyle serbest bırakılmıştır. Yunus Erçep hakkında, AİHM kararının yayınlanması tarihine kadar 25 ayrı ceza davası açılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Erçep / Türkiye* kararında Türkiye'nin vicdani retçiler açısından alternatif hizmeti kabul etmeyen tek Avrupa Konseyi⁵ üyesi olduğuna vurgu yaparak, vicdani retçilerin hayatlarının sonuna kadar devam edebilecek cezai takibat ve mahpusluk riskiyle karşı karşıya olmaları nedeniyle bir tür “sivil ölüm” anlamına gelen bir sürece mahkum edildiklerine dikkat çekmiştir. Mahkeme, Türkiye tarafından zorunlu askerliğe alternatif bir hizmetin öngörülmemiş olmasını Sözleşme'nin 9.maddesinin ihlali olarak telakki etmiştir. Mahkeme ayrıca Yunus Erçep'in Askeri Mahkeme'de yargılanmasının Sözleşme'nin 6.maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Öncelikle Ülke sonrasında Bayatyan ve son olarak Erçep kararları, Türkiye'nin karşı karşıya olduğu, çözümün derhal üretilmesi ve vicdani retçiler için zorunlu askerlik hizmetine alternatif bir kamu hizmeti yaratılması zaruretini daha fazla ertelenemez bir noktaya taşımıştır. Hükümetin konuyla ilgili son tavırları ise bize *Loizidou / Türkiye* kararının, uygulanma sürecini hatırlatmaktadır.⁶

5 İşbu yazı tarihi itibarıyla 47 üye ülkeden oluşmaktadır.

6 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının icra süreci için bkz. Cengiz, Serkan "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi", Toplum ve Hukuk Dergisi, 2003 Bahar Sayısı

AİHM'in (Büyük Daire) *Bayatyan / Türkiye* kararına ilişkin yayınlamış olduğu karar özetinin aşağıda sunulu Türkçe çevirisi, İzmir Barosu çatısı altında yaklaşık üç yıldır faaliyet gösteren "Mesleki İngilizce Çeviri Grubu"nun üretimlerinden birisidir. Gruptaki tüm arkadaşlarıma bu güne kadar göstermiş oldukları katkıları ve çabaları için çok teşekkür ediyorum.

Saygılarımla

Serkan Cengiz /Avukat⁷

BASIN BÜLTENİ

Mahkeme Yazı İşleri Müdürü tarafından yayınlanmıştır.

İngilizce aslından çevirenler: Av. İsmail Kavak, Av. Nuray Rüzgar, Av. Özlem Başa, Av. Ayşegül Yılmaz, Stj.Av. Handan Küçük, Av. Serkan Cengiz⁸

AİHM 094 (2011)

07.07.2011

Ermenistan'da, Vicdani Retçinin askerlik hizmetini yapmayı reddetmesi nedeniyle hapsedilmesi onun din özgürlüğü hakkını ihlal etmiştir

Büyük Daire (AİHM), *Bayatyan/Ermenistan* davasında, bugün verdiği kesin kararında, oy çokluğuyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9.maddesinin (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Bu dava, Yehova Şahidi olan bir vicdani retçinin askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesi ile ilgilidir. Ermenistan, 25 Ocak 2001 tarihinde Avrupa Konseyi'ne katılırken, üç yıl içerisinde zorunlu askerlik hizmetine alternatif olarak kamu hizmeti getireceğini ve hapis cezasıyla cezalandırılan tüm vicdani retçileri affedeceğini taahhüt etmesine rağmen, başvuruları hapis cezasına mahkum etmiştir.

⁷ İzmir Barosu üyesi

⁸ "İzmir Barosu Mesleki İngilizce Çalışma Grubu" 2009 yılında kurulmuş olup, İzmir Barosu tüzel kişiliğinden bağımsız, gönüllülük temelinde faaliyet gösterir.

Temel Olaylar

Ermenistan vatandaşı olan başvuru Vahan Bayatyan, 1983 doğumludur. (Başvuru) Yehova Şahididir.

17 yaşındayken askerlik yapmaya uygun olduğu tespit edilen sayın Bayatyan, 2001 Sonbahar celb döneminde askerlik sevkine uygun hale gelmiştir.

Başvuran 1 Nisan 2001 tarihinde Ermenistan Başsavcılığı'na, Ermenistan Askeri Komiserliği'ne ve Millet Meclisi İnsan Hakları Komisyonu'na başvurarak bir Hıristiyan olarak askerlik hizmeti yapmayacağını, fakat alternatif bir kamu hizmeti yapmaya hazır olduğunu ifade etmiştir.

18 yaşındayken, askerlik hizmeti için 15 Mayıs 2001 tarihinde teslim olma çağrısı yapılmış olmasına rağmen bu çağrıya uymamıştır.

Millet Meclisi Devlet ve Hukuk İşleri Komisyonu, 29 Mayıs 2001 tarihinde, hem Ermenistan Anayasası ve hem de Askeri Yükümlülük Yasası'nın, 18-27 yaş aralığındaki her sağlıklı erkeğin askerlik hizmetini yapmasını zorunlu kılmasından ve Ermenistan'da alternatif kamu hizmetine ilişkin bir yasa da bulunmamasından dolayı başvurana askerlik hizmetini yapmakla yükümlü olduğunu bildirmiştir.

1 Ağustos 2001 tarihinde, Ceza Yasasının 75. maddesi gereğince, başvuran hakkında bakaya kalması nedeniyle kamu davası açılmıştır.

Sayın Bayatyan, nihayetinde 2003 yılı ocak ayında Temyiz Mahkemesi tarafından da onanan kararla, bakaya kalma suçundan mahkum edilmiş ve 2 yıl 6 ay hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. Sayın Bayatyan yargılanması sırasında, bu zamanı hapiste geçirmektense sosyal olarak faydalı bir iş yapmasının daha verimli olabileceğini ifade ederek alternatif bir kamu hizmeti yerine getirme talebini yinelemiştir.

Başvuran cezaevine gönderilmiş ve cezasının yaklaşık 10 ay 15 gününün infaz edilmesinden sonra 2003 yılının Temmuz ayında şartlı tahliye edilmiştir.

Vicdani retçiler için alternatif hizmete imkan veren Ermenistan Alternatif Hizmet Yasası, 17 Aralık 2003 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Şikayetler, Usul ve Mahkemenin Oluşumu

Sayın Bayatyan, 9.maddeye dayanarak, dini temelli itirazlarına rağmen

men, asker kaçağı olarak mahkum edilmesinden yakınmaktadır.

Başvuru 22 Temmuz 2003 tarihinde Mahkemeye sunulmuş ve 12 Aralık 2006 tarihinde incelenebilir olarak ilan edilmiştir.

Davayı ele alan Daire 27 Ekim 2009 tarihli kararıyla, 9.maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Dosya, Bayatyan'ın istemi üzerine 10 Mayıs 2010 tarihinde, Büyük Daire'ye gönderilmiştir. 24 Kasım 2010 tarihinde, Strasbourg'daki İnsan Hakları Mahkemesi Binasında duruşma yapılmıştır (internet sitesinden izlenebilir).

Karar,

Başkan,

Jean-Paul **Costa** (Fransa),

Hakimler,

Cristos **Rozakis** (Yunanistan),

Nicolas **Bratza** (Birleşik Krallık),

Peer **Lorenzen** (Danimarka),

Françoise **Tulkens** (Belçika),

Nina **Vajiç** (Hırvatistan),

Lech **Garlicki** (Polonya),

Alvina **Gyulumyan** (Ermenistan),

Dean **Spielmann** (Lüksemburg),

Renate **Jaeger** (Almanya),

Sverre Erik **Jebens** (Norveç),

Päivi **Hirvelä** (Finlandiya),

Mirjana Lazarova **Trajkovska** ("eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti"),

Ledi **Bianku** (Arnavutluk),

Mihai **Poalelungi** (Moldova),

Nebojsa **Vucinic** (Karadağ),

Guido Raimondi(İtalya)'den oluşan 17 hakimli Büyük Daire tarafından verilmiş, ayrıca hukukçu danışman olarak Vincent **Berger**'de hazır bulunmuştur.

Mahkemenin Kararı

9. Madde

İncelenebilirlik

Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun yerleşik içtihatlarını benimseyerek, 9.maddenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini

onaylamış olan her bir devlete vicdani reddi tanıma hususunda seçim imkanı sağlayan 4.maddeyle (kölelik ve zorla çalıştırılma yasağı) bağlantılı olarak okunmasının zorunlu olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, bu nedenle, 9.maddenin vicdani ret gerekçesiyle askerlik hizmetini reddetme hakkını garanti altına almadığına ve Sayın Bayatyan'ın davasında uygulanabilir olmadığına hükmetmiştir.

Hal böyle olmakla birlikte, Büyük Daire, yaşayan bir enstrüman olan Sözleşme'nin demokratik devletlerdeki hakim koşullar ve fikirler ışığında yorumlanmasının zorunlu olduğunu yinelemiştir. Başvuranın 9.maddeki haklarına yönelik iddia edilen müdahalenin meydana geldiği tarih olan 2002-2003 yıllarında, Avrupa Konseyi'ne Üye Devletlerden Ermenistan dışında dört tanesi -ki bunlardan üçünün anayasalarında vicdani ret hakkı çoktan var olmakla birlikte uygulama yasaları yürürlüğe konmamıştı - vicdani reddi talep etme olanağı sağlamamışlardır.

Gerek o dönemde gerekse şu anda zorunlu askerlik hizmeti var olsun ya da olmasın üye devletlerin hemen hemen hepsi çeşitli zamanlarda vicdani ret hakkını tanıyan ve uygulayan yasaları kabul etmişlerdir: Bu ülkelerin ilki olan İngiltere'yi (1916), Danimarka (1917), İsveç (1920), Hollanda (1920-1923), Norveç (1922), Finlandiya (1931), Almanya (1949), Fransa ve Lüksemburg (1963), Belçika (1964), İtalya (1972), Avusturya (1974), Portekiz (1976) ve İspanya (1978) izlemiştir.

Vicdani ret hakkını tanımamış olan hemen hemen tüm mevcut ve gelecekteki üye ülkelerin bu hakka ulusal hukuklarında yer vermesiyle birlikte 1980'lerin sonuna ve 1990'ların başına doğru büyük bir tanıma dalgası meydana gelmiştir. Bunlara Polonya (1988), Çek Cumhuriyeti ve Macaristan (1989), Hırvatistan (1990), Estonya, Moldova ve Slovenya (1991), Kıbrıs ve Eski Yugoslavya Cumhuriyeti (2006 yılında Sırbistan ve Karadağ olarak iki üye devlete ayrılmış olup; her ikisi de bu hakkı devam ettirmiştir) ve Ukrayna (1992), Letonya (1993), Slovakya Cumhuriyeti ve İsviçre (1995), Bosna-Hersek, Litvanya ve Romanya (1996), Gürcistan ve Yunanistan (1997) ve Bulgaristan (1998) dahildir.

Geriye kalan üye devletlerden Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, daha 1992 yılında silahsız askerlik hizmetine imkan tanımış, alternatif kamu hizmetini de 2001 yılında yürürlüğe koymuştur. Vicdani ret hakkını anayasal olarak sırasıyla 1993 ve 1998 yıllarında

tanıyan Rusya ve Arnavutluk, 2003 ve 2004 yıllarında da ilgili yasaları çıkarmışlardır. Azerbaycan vicdani ret hakkını anayasal olarak 1995 yılında kabul etmiştir. Vicdani retçiler Türkiye’de tanınmamaktadırlar.

Romanya ve Ukrayna hariç olmak üzere, vicdani ret hakkının tanındığı ve tam olarak uygulandığı üye devletlerin çoğunda, vicdani retçi statüsü, yalnızca dini temelde değil, dini temelli olmayan geniş bir yelpazedeki kişisel inançlara bağlı olarak da talep edilebilir. Polonya, Belçika ve Finlandiya’da olduğu gibi bazı üye devletlerde, vicdani retçi statüsü talebinde bulunma hakkı yalnızca barış zamanı için kabul edilmiş, Karadağ ve Slovak Cumhuriyeti gibi diğer ülkelerde ise, bu statüyü talep hakkı yalnızca seferberlik ve savaş zamanına münhasır kılınmıştır. Son olarak, Finlandiya gibi bazı üye devletler ayrıca, belli kategorideki vicdani retçilerin, alternatif hizmetlerden muaf tutulmasına da imkan tanımıştır.

Sayın Bayatyan’ın davası sırasında, Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin ezici çoğunluğu hali hazırda vicdani ret hakkını, hukuken ve uygulamada kabul etmişlerdi. Akabinde, Ermenistan da bu hakkı tanımıştır. Üye ülkelerin mevzuatları, konuyla ilgili uluslararası metinlerle birlikte, söz konusu zamanda Avrupa içinde ve dışında fiili bir konsensüs oluşmasına neden olacak şekilde evrilmiştir. Bu yüzden, 2002-2003 yıllarında meydana gelen olaylarla bağlantılı olarak 9. maddenin yorumlanmasında bir değişikliğin öngörülebilir olduğu söylenemez.

Büyük Daire, 9.maddenin, bundan böyle Sözleşme’nin 4.maddesinin 3.fıkrasının b bendi ile birlikte değerlendirilmemesi gerektiği sonucuna varmıştır. Sonuç olarak başvurucunun yakınması sadece 9. madde kapsamında ele alınacaktır.

9.madde, vicdani ret hakkına açıkça atıfta bulunmamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, Büyük Daire, askerlik yapma yükümlülüğü ile kişinin vicdani arasında ya da yine askerlik yapma yükümlülüğü ile kişinin sahip olduğu köklü ve samimi dini veya diğer türden inançları arasındaki ciddi ve aşılmaz uyuşmazlıklardan kaynaklanan askerlik hizmeti karşıtlığının, madde 9’un güvence altına aldığı hakları etkileyecek yeterli inandırıcılık, ciddiyet, uyum ve öneme sahip olduğu inancı ya da kanaatini oluşturduğunu düşünmektedir.

Sayın Bayatyan, silahsız bile olsa ordu hizmete karşı olan bir dini grup olan Yehova Şahitleri’nin bir üyesidir. Dolayısıyla, onun askerlik hizmetini reddetmesinin, askerlik hizmetini yerine getirme yükümlülüğü ile sahip olduğu samimi dini inançları arasındaki ciddi ve aşılmaz

uyuşmazlıklardan kaynaklandığı hususunda Büyük Daire'nin şüphe duyması için bir neden bulunmamaktadır. Dolayısıyla 9.madde bu davaya uygulanabilir.

Uygunluk

Büyük Daire, Sayın Bayatyan'ın askerlik hizmeti için hazır bulunmamasını, dini inançlarının açığa vurulması olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla, Sayın Bayatyan'ın bakaya kalması nedeniyle mahkum edilmesi, dini inancını açıklama özgürlüğüne bir müdahale teşkil etmektedir.

Büyük Daire, başvuranın mahkumiyetinin yasal olup olmadığı meselesini açık bırakmaktadır. Mahkumiyet erişilebilir ve karmaşık olmayan kanunlara dayanmaktadır. Hal böyle olmakla birlikte Ermeni makamları hali hazırda alternatif hizmetlere ilişkin bir yasal düzenleme yapma ve bu arada hapis cezasına mahkum edilen vicdani retçiler için af çıkarma yükümlülüğü altına girmişti.

Büyük Daire, Ermeni Hükümeti'nin sayın Bayatyan'ın mahkumiyet hükmünün arkasında, kamu düzeninin ve zımnen diğer kişilerin haklarının korunmasına dair meşru bir amaç bulunduğu iddiaları açısından karar vermeyi gerekli bulmamıştır. Bununla birlikte, Hükümetin iddiaları, özellikle alternatif kamu hizmetini tanıma ve zımnen yeni vicdani retçileri mahkum etmekten kaçınmaya ilişkin taahhütleri göz önüne alındığında ikna edici bulunmamıştır.

Büyük Daire, başvurucunun mahkumiyetinin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususuna ilişkin olarak, halen zorunlu askerlik hizmeti mevcut olsun ya da olmasın, Avrupa Konseyine üye 47 Devletin hemen hepsinde askerlik hizmetine alternatif hizmetlerin kabul görmüş olduğunu kaydetmiştir. Dolayısıyla, bu şekilde hareket etmemiş olan bir devlet, kişinin din özgürlüğü hakkına herhangi bir müdahaleyi haklı kılan zorunlu ve inandırıcı nedenleri ortaya koymak zorundadır.

Büyük Daire, bir Yehova Şahidi olarak sayın Bayatyan'ın, kişisel yararı veya zevkenden ziyade, sahip olduğu samimi dinsel inançları yüzünden askerlik hizmetinden muaf tutulmayı istemiş olduğunu kaydetmiştir. Sayın Bayatyan'ın söz konusu tarihte Ermenistan'da alternatif kamu hizmetinin mevcut olmaması nedeniyle inançlarına sadık kalmak amacıyla askere alınmayı reddetme dışında bir imkanı olmamış ve bu şekilde davranarak cezai yaptırım riskini göze almıştır. Böylesi

bir sistem, Sayın Bayatyan'ın ve bir bütün olarak toplumun menfaatleri arasında adil bir denge sağlayamamıştır. Ayrıca Büyük Daire, Sayın Bayatyan'a ceza verilmesini, onun vicdanına ve inançlarına hoşgörü gösterilmeyen koşullarda, demokratik toplumun gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirmemektedir. Avrupa Devletlerinin ezici çoğunluğunun deneyimlerinin ortaya koyduğu üzere, çatışan menfaatleri bir arada bulundurma imkanına sahip etkin ve uygulanabilir alternatiflerin mevcut olduğu hesaba katılarak, yine bunun gereksiz olduğu görülebilmektedir.

Büyük Daire, her türlü zorunlu askeri hizmetin, vatandaşlara ağır külfet yüklediğini kabul etmiştir. Hal böyle olmakla birlikte, zorunlu askerlik hizmeti eşitlikçi bir tutumla paylaşılması ve Sayın Bayatyan'ın vakasında olduğu gibi, askerlik görevinden muaf tutulmanın sağlam ve ikna edici gerekçelere dayandırılması halinde kabul edilebilir.

Büyük Daire çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğün demokratik bir toplumun temel özellikleri olduğunu yinelemiştir. Büyük Daire devamında demokrasinin yalnızca çoğunluğun fikirlerinin her zaman kabul görmesi anlamına gelmediğini; azınlıklara adil ve uygun şekilde davranılmasını temin eden bir dengenin kurulması gerektiğini ve baskın konumda olanların bu durumlarını suiistimal etmekten kaçınmaları gerektiğini de belirtmiştir. Devletin (Yehova Şahitleri gibi) azınlıktaki bir dini topluluğun inançlarına, vicdanlarının gerektirdiği şekilde topluma hizmet etme fırsatı sunarak saygı duyması, Hükümet'in öne sürdüğü şekilde haksız eşitsizlikler veya ayrımcılık yaratmaktan daha ziyade, uyumlu ve istikrarlı bir çoğulculuğu sağlayabilir ve bu durum toplumda dinsel bağlamda ahengi ve hoş görüyü teşvik edebilir.

Sayın Bayatyan'ın yargılanması ve mahkum edilmesi Ermenistan makamlarının alternatif hizmeti uygulamaya koyacaklarını resmi şekilde taahhüt ettikleri bir dönemde gerçekleşmiştir. Bu dönemde vicdani retçilerin mahkum edilmemesi yönündeki kararlılıkları da, hapse mahkum edilen vicdani retçilerin tamamını affetme taahhütlerinde zımni olarak görülebilir. Dolayısıyla, sayın Bayatyan'ın vicdani ret nedeniyle mahkum edilmesi de bu dönemde Ermenistan'ın uluslararası taahhüdüne paralel olarak yürüttüğü resmi reform politikasıyla ve yasal değişikliklerle doğrudan çelişmektedir ve bu durumun acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı da söylenemez. Ayrıca, askerliğe alternatif hizmetlere ilişkin kanun, sayın Bayatyan'ın mahkumiyetine ilişkin nihai kararın alınmasının üzerinden bir yıldan kısa bir süre geç-



tikten sonra kabul edilmiştir. Bayatyan'ın daha sonra şartlı tahliyeyle serbest bırakılması durumu değiştirmemiştir. Yeni kanunun kabul edilmesi de Bayatyan'ın durumunda bir değişiklik yaratmamıştır.

Mahkeme bu nedenle sayın Bayatyan'ın mahkumiyetinin, demokratik bir toplumda zorunlu olmayacak şekilde, dini özgürlük hakkına müdahale teşkil ettiğini ve 9. maddeye aykırı olduğunu kabul etmiştir.

41. Madde

Mahkeme 41.madde uyarınca (adil tatmin), Ermenistan'ın sayın Bayatyan'a manevi tazminat olarak 10,000 Euro (EUR) ve masraf ve giderler için de 10,000 Euro ödemesine karar vermiştir.

Muhalefet Şerhi

Hakim Gyulumyan'ın muhalefet şerhi karara eklidir.

Karar İngilizce ve Fransızca olarak mevcuttur.







YARGI KARARLARI İDARİ BÖLÜM



Hakim Tarafından Usulünce Düzenlenmiş Muhtıra Yoksa Geçerli Bir Bildirim Yapıldığından Söz Etmeye Olanak Yoktur

YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu
Esas : 2010/19-286
Karar : 2010/330

Özet: Mahkeme yazı işleri müdürünün veya kalem personelini temyiz harcı veya giderinin tamamlanması için temyiz edene süre vermesi usule aykırıdır ve mahkeme yazı işleri müdürünün veya kalem personelinin vermiş olduğu süre üzerine temyiz harcını veya giderini ödemiş olan taraf, temyiz talebinden vazgeçmiş sayılamaz.

Taraflar arasındaki “İtirazın iptali” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; ... Sulh Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 25.09.2007 gün ve 2006/147 E. -2007/983 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 28.10.2008 gün ve 3947-10258 sayılı ilamı ile;

(“... Dava, zamanaşımına uğramış çeki dayanılarak girişilen icra takibine yönelik itirazın iptali ve icra inkar tazminatı istemine ilişkindir.

Davalı vekili, çek bedelinin ödendiğini savunarak %40 tazminatın davacıdan tahsilini istemiştir.

Mahkemece yapılan yargılama, toplanan deliller neticesinde çek bedelinin ödendiği, takip yapan davacının kötüniyetli olduğu gerekçeleri ile davanın reddine, asıl alacağın %40’ı oranındaki kötüniyet tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm advacı vekiline temyiz edilmiştir.

Davalı ödeme def’inde bulunmuş ve bunun delili olarak tahsilat makbuzu başlıklı bir belgeyi dosyaya sunmuştur. Ancak anılan belge içeriğinden de anlaşılacağı üzere davacıya iki adet çek verildiğine ilişkindir. Belge içeriğinde yazılı çekler ödenmedikçe borcun ödenmiş olduğunun kabulü doğru görülemez. Mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan eksik inceleme ve yanlılgı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”)

gerekçesiyle davacı yararına bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURUL KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, zamanaşımına uğramış çeke dayanılarak girişilen icra takibine yönelik itirazın iptali ve icra-inkar tazminatı istemine ilişkindir.

Davacı vekili, davalı firma ile müvekkili arasındaki alacak ilişkisine binaen zamanaşımına uğramış çek alacağı nedeniyle girişilen icra takibinde davalı tarafın borca itirazının iptali ile takibin devamına, %40'dan aşağı olmamak üzere icra-inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, davanın reddine dair verilen karar, Özel Dairece yukarıda yazılan nedenlerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece; ilk hükümde direnilmiş hükmü temyize davacı vekili getirmiştir.

Davacı vekili hükmü temyiz ederken, gerekli harcı talimat mahkemesi aracılığıyla yatırmış; mahkeme dilekçeyi havale ve temyiz defterine kaydermiştir.

Ne var ki, temyiz posta giderinin temyiz harcı ile birlikte yaratılmadığı da sabittir.

Mahkemece meşruhatlı (ihtarlı) davetiye tebliği ile 7 günlük süre verilmişse de, temyiz posta gideri bu süre geçtikten sonra yatırılmış; mahkemece bu konuda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeyerek, dosya temyiz incelemesi yapılmak üzere Hukuk Genel Kurulu'na gönderilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında işin esasına geçilmeden önce; direnme kararını temyiz eden vekilin, temyiz giderini yatırması için gönderilen ihtarlı davetiyenin usulüne uygun bir muhtıra niteliğinde olup olmadığı; buna bağlı olarak bu davetiyede öngörülen yedi günlük süre geçtikten sonra temyiz posta giderinin yatırılmış olmasının, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (H.U.M.K.)nun 434/3. maddesi uyarınca temyiz isteminden vazgeçilmiş sayılıp sayılmayacağı, ön sorun olarak incelenmiş ve aşağıdaki sonuca varılmıştır.

Konuya ilişkin H.U.M.K.'nin 434. maddesinin 3. fıkrasında; "Temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamı ödenir. Bunların eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, karar veren hakim veya mahkeme başkanı tarafından verilecek yedi günlük kesin süre içinde tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçmiş sayılacağı

hukuku temyiz edene yazılı olarak bildirilir. Verilen süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme kararın temyiz edilmiş sayılmasına karar verir. Bu kararın da temyiz edilmesi halinde 432 nci maddenin son fıkrası hükmü kıyasen uygulanır.”

Hükmü yer almaktadır.

Bu açık ifadeden de anlaşılacağı üzere hakim tarafından “temyiz harç ve giderlerinin tamamlanması için yedi günlük kesin süre” verilmesi ve ayrıca yazılı olarak “aksi halde temyizden vazgeçmiş sayılacağı hususu”nun bildirilmesi gerekmektedir. Şayet bu süre, yasada belirtilen usule uyulmadan ve yazılı altı hakimce imzalanmadan verilmişse, dolayısıyla da hakim tarafından usulünce düzenlenmiş muhtıra yoksa, geçerli bir bildirim yapıldığından söz etmeye de olanak yoktur.

Mahkeme yazı işleri müdürünün veya kalem personelinin temyiz harcı veya giderinin tamamlanması için temyiz edene süre vermesi usule aykırıdır ve mahkeme yazı işleri müdürünün veya kalem personelinin vermiş olduğu süre üzerine temyiz harcını veya giderini ödemiş olan taraf, temyiz talebinden vazgeçmiş sayılamaz.

Yargıtay’ın kararlılık kazanmış uygulamasına göre, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeli Kanunu’nun 434/3. maddesi çerçevesinde hakim kararı ile eksik harç ve giderlerin tamamlanması istemiyle ayrıca, bir muhtıra düzenlenmeli ve bu muhtırada, yapılması gereken işlemin ne olduğu açıkça ve ilgili tarafın yanılmasına neden olmayacak biçimde gösterilmeli; buna yönelik olarak da ikmal edilecek harç ya da giderin miktarı ve yatırılma merci ve süresi, bunun yapılmamasının sonuçları net biçimde açıklanmalıdır.

Bu hususlar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 26.06.1968 gün ve 1968/9-483 E. - 476 K.; 01.10.1069 gün ve 1969/2-417 K.; 19.02.1997 gün ve 1996/2-897 E. -1997/86 K.; 13.04.2005 gün ve 2005/12-237 E.248 K. 30.11.2005 gün ve 2005/5-634 E.630 K.; 09.05.2007 gün ve 2007/12/178 E. 249 K.; 22.07.2009 gün ve 2009/18-348 E. 398 K. sayılı ilamlarında açıkça vurgulanmış; daha sonra verilen kararlarda da kararlılıkla bu uygulama sürdürülmüştür.

Nitekim, doktrinde de aynı görüş benimsenmiştir (Baki, Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası, Cilt 5, Sayfı 4587 vd.)

Oysa somut oyalda mahkeme bu usule uygun muhtıra düzenlemek yerine sicil ve imzasını taşımayan tebligat parçasının üstüne sadece “Tebliğden itibaren 7 (yedi) gün içinde gelerek temyiz masrafı olan 50,00 TL.yı mahkememiz veznesine yatırmanız, aksi takdirde temyizden vazgeçmiş sayılacağı hususu ihtal olunur” ibarelerini yazarak,

tebliğe göndermiş, bu tebligat 14.01.2010 tarihinde temyiz eden vekiline (birlikte çalışan daimi işçisine) tebliğ edilmiştir. Tebligatta yer alan ihtar altında mahkeme mührü bulunmakta ise de, mahkeme hakinin sicil ve imzası yer almamaktadır. Davacı vekilince temyiz posta gideri 28.01.2010 günü yatırılmıştır.

Şu durumda; tebligat üzerine yazılan ve hakimin sicil numarası ve imzasını tayımayan açıklamalar, yasanın aradığı yonteme uygun kabul edilemeyeceği gibi, hakim tarafından verildiğinin kabulüne de olanak yoktur. Bu bakımdan hukuki sonuç doğuracak nitelikte de değildir.

Öyle ise, Mahkemenin hakim tarafından verilmiş; usulüne uygun bir kararı ve tebligatı bulunmadığından; hakim imzasından yoksun bildirimin hukuken geçerli kabul edilmesi mümkün olmadığı gibi; usule aykırı ve geçersiz bu belgenin hak kaybına yol açacak şekilde sonuç doğurması da kabul edilemez.

Dolayısıyla, bu tebligat anılan Kanun hükmüne uygun olmadığından, gerekleri süresi içerisinde yerine getirilmemiş olsa dahi, buna dayanılarak temyiz eden vekilinin hükmü temyizden vazgeçmiş sayılmasına olanak yoktur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İkinci Dairesi tarafından verilen 14.10.2008 tarihli Mesutoğlu/Türkiye davasına ilişkin kararda; yargı mercilerinin usul kurallarını çok sıkı uygulaması ve dar yorumlaması nedeniyle kişilerin, uyuşmazlığın esasının incelenmesinden mahrum bırakılması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (A.İ.H.S.M) 6/1. maddesinin ihlali olarak kabul edilmiştir. Bir iç hukuk kuralı haline gelen A.İ.H.S. ve buna dayanılarak verilen bu karar da göz önüne alındığında, hak kaybının önüne geçilecek şekilde değerlendirme yapılması olayın özelliğine daha uygun düşmektedir (Hukuk Genel Kurulu'nun 22.07.2009 gün ve 2009/18-348 E.-398 K. sayılı ilamı).

Açıklanan bu durum karşısında anılan (tebligat) muhtıra geçersiz olduğundan davacı vekilinin temyiz posta giderini verilen süreden sonra yatırmış olması da sonuca etkili görülmemiş; H.U.M.K.'nun 434/3. maddesinde, "hükmün temyiz edilmemiş sayılmasının koşulu olarak düzenlenen halin" somut olayda gerçekleşmediği anlaşıldığından temyiz isteminin süresinde yapıldığı kabul edilerek, işin esasının incelenmesine geçilmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

Temyiz isteminin süresinde yapıldığı kabul edilerek ön sorun böylece aşıldıktan sonra işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasına gelince;

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; Davalı tarafın dosyaya sunduğu 17.06.2004 tarihli ve "Tahsilat Mak-

buzu” başlıklı belgenin davaya konu edilen çekteki alacağın ödendiğine ilişkin ödeme belgesi niteliğinde olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre bu konuda mahkemece yapılan araştırmanın yeterli olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle anılan belgenin ödeme belgesi niteliği taşımasına göre Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Sonuç: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. Maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 16.06.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi

Gönderen: Yörük Kabalak

YARGITAY**Hukuk Genel Kurulu****Esas** : 2011/19-132**Karar** : 2011/266**Özet:**

Taraflar arasındaki “İtirazın iptali” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesince davanın reddine dair verilen 12.02.2009 gün ve 2008/849 E., 2009/39 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 13.05.2010 gün ve 2009/6378 E. 2010/6051 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacı banka vekili, davalının keşideci olduğu 30.06.2007 tarih 20.600.00 YTL bedelli çekte tahlili amacı ile TTK.nun 644. maddesi uyarınca müvekkili tarafından takibe geçildiğinin, davanın (1) yıllık zamanaşımı süresi içinde açıldığını, davalının çek bedelini yetkili hamil olan müvekkili bankaya ödediğini ispat etmesi gerektiğini bu nedenle takibe karşı yapılan itirazın haksız olduğunu öne sürerek itirazın iptali ile %40 tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, dava konusu çekin mal teslimi karşılığında ciro edildiğini ancak mal müvekkiline teslim edilmediği için bedelsiz kaldığını, davacı bankanın çek üzerinde cirosu olmadığını bu nedenle yetkili hamil sıfatını taşımadığı için çeki dayalı takip yapamayacağını TTK.nun 600. madesi uyarınca davacı bankanın cirosunun tahsil cirosu hükmünde olması nedeniyle keşidecinin cirantaya karşı ileri süreceği def’ileri hamile karşı da ileri sürebileceği, çekin davacı bankaca süresi içinde ibraz edilmediğini belirterek davanın reddi ile %40 tazminata karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda, çekin süresi içinde bankaya ibraz edilmemesi halinde çek hamilinin keşideciye karşı TTK.nun 644. maddesi uyarınca (1) yıl içinde başvurulabileceği, bu sürenin başlangıç tarihinin ibraz süresinin bitiminden itibaren başlayacağı, somut olayda çekin keşide tarihinin 30.06.2007 olup, ibraz süresinin 10.07.2008 tarihinde sona erdiği, davacının takip tarihinin ise 27.08.2008 olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık süresi içinde ibraz edilmeyen çeki

dayalı olarak davacı hamil banka tarafından TTK.nun 644. madesi uyarınca sebepsiz zenginleşme nedeniyle açılacak davada dava açma süresinin başlangıcı konusundadır.

TTK.nun 730/14 maddesi yollaması ile çeklerde de uygulanma imkanı bulunan TTK.nun 644. maddesi uyarınca, hamil keşideciye karşı sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak, çekin zamanışımı süresi dolduktan sonra (1) yıl içinde talep ve dava hakkı bulunmaktadır. Çeklerde zamanışımını düzenleyen TTK.nun 726/1. maddesi “hamilin cirantalarla keşideci ve diğer çek borçlularına karşı haciz olduğu müracaat hakları ibraz müddetinin bitiminden itibaren altı ay geçmekle müruruzamana uğrar” hükmünü haizdir.

Somut olayda dava ve takip dayanağı çek 30.06.2007 keşide tarihli olup TTK.nun 708/1. maddesi uyarınca ibraz süresi 10.07.2007 tarihinde sona ermektedir. Bu tarih göz önüne alındığında (6) aylık zamanışımı süresi ise 10.01.2008 tarihinde dolmaktadır. Davacı hamilin bu tarihten itibaren TTK.nun 644. maddesine dayalı olarak (1) yıl içinde keşideciye karşı müracaat hakkı vardır ve davacı hamil bu süre içinde keşideciye karşı 27.08.2008 tarihinde takibe geçmiştir.

Bu durumda mahkemece açıklanan hususlar göz önüne alınarak uyuşmazlığın esasına girilerek tüm deliller birlikte değerlendirilip, uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, TTK.nun 644. maddesinde öngörülen (1) yıllık zamanışımı süresinin başlangıç tarihini çekin ibraz süresinin bitim tarihi olan 10.07.2007 tarihinden itibaren hesaplanarak bu sürenin sonu olan 10.07.2008 tarihi itibarıyla davacı hamilin takip ve talepte bulunmadığı ve zamanışımı süresinin dolduğu gerekçesiyle yazılı şekilde davanın reddinde isabet görülmemiştir....)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz 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, itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin süresinde ibraz edilmeyen çeke dayalı olarak TTK 644. madesi uyarınca yaptığı ilamsız icra takibine davalının haksız olarak itiraz ettiğini ve takibin durduğunu ileri sürerek yasal dayanaktan yoksun itirazın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden açılacak dava ve takiplerde uygulanacak olan bir yıllık sürenin geçtiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Yerel Mahkemece, çekin keşide tarihinden sonra bankaya ibraz edilmesi için gerekli olan sürenin sonundan itibaren bir yıllık süre içerisinde icra takibine konu yapılmadığı ve süresi içerisinde zaman aşımını itirazında bulunulduğu gerekçesi ile zaman aşımı yönünden davanın reddine karar verilmiş; davacı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmuştur.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık; 818 sayılı Borçlar Kanunu uyarınca uygulanacak bir yıllık zamanaşımı süresinin çekin ibraz süresinden sonra mı yoksa ibraz süresinin bitiminden itibaren altı ay geçtikten sonra mı işlemeye başlayacağı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemelerin ortaya konulmasında yarar vardır:

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)nun “Sebepsiz İktisap” başlıklı 644. maddesinde:

“Keşideci ve poliçeyi kabul etmiş olan muhatap, (Müruruzaman sebebiyle veya senede dayanan hakların muhafazası için kanun hükmünce yapılması gerekli muamelelerin ihmal edilmiş bulunması dolayısıyla poliçeden doğan borçları düşmüş olsa bile) hamilin zararına ve sebepsiz olarak iktisabetmiş oldukları meblağ nispetinde ona karşı borçlu kalırlar.

Sebepsiz mal edilmeye dayanan davay, muhataba ikametgahlı bir poliçeyi ödeyecek olan kimseye ve keşideci poliçeyi başka bir şahıs veya ticarethane hesabına çekmiş olduğu takdirde o kimseye veya ticarethaneye karşı dahi açılabilir.

Poliçeden doğan borcu düşmüş olan cirantaya karşı böyle bir dava açılmaz.”

Hükmü yer almaktadır.

Bu hüküm uyarınca, zaman aşımı nedeniyle veya senede dayanan hakların muhafazası için kanunen yapılması gereken işlemlerin ihmal edilmiş bulunması dolayısıyla düşmüş olan poliçeden doğan alacaklar için sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak ilamsız takip yapılabilir.

Ne var ki, itiraz varsa, 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK'nun 66. maddesinde düzenlenen ve haksız surette mal iktisabına ilişkin bulunan zamanaşımı süresi dikkate alınmalıdır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)nun 726. maddesinde ise:

“Hamilin; cirantalarla keşideci ve diğer çek borçlularına karşı haiz olduğu müracaat hakları ibraz müddetinin bitiminden itibaren altı ay geçmekle müruruzamana uğrar.

Çek borçlularından birinin diğerine karşı haiz olduğu müracaat hakları bu çek borçlusunun çek ödediği veya çekin dava yolu ile kendisine karşı dermeyan edildiği tarihten itibaren altı ay geçmekle müruruzamana uğrar.”

düzenlemesi bulunmaktadır.

Anılan maddede yer alan hükmün uygulanabilmesi için çekin kambyo senedi vasfın kaybetmemesi gerektiği yargısal uygulamada kabul edilmiştir.

Öte yandan, TTK'nun 708. maddesinde çekin ödeme için ibraz süreleri düzenlenmiş; maddenin son fıkrasında da bu sürelerin çekte keşide tarihi olarak gösterilen tarihten başlayacağı, belirtilmiştir.

Açıklanan yasal düzenlemeler karşısında somut olay değerlendirildiğinde;

Dava konusu çekin ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmediği, dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Süresinde ibraz edilmeyen çek, kambyo vasfını yitirmiş olmakla adi belge niteliğindedir.

Bu haliyle davaya konu belge çek vasfı taşımayıp, adi belge niteliğinde olduğundan, somut olayda TTK'nun 726. maddesinin uygulama yeri olduğundan da söz edilemez.

Her ne kadar Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşme sırasında; 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ancak bazı hükümleri yönüyle en erken 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun “Sebepsiz Zenginleşme” başlıklı 732. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “...Zamanaşımı süresi, poliçenin zamanaşımına uğradığı tarih takip eden tarihten itibaren bir yıldır; ispat yükü, sebepsiz zenginleşmediğini iddia edenlere aittir” hükmüdür göz önüne alınması gerektiği, yönünde görüş ileri sürülmüş ise de bu kanuni düzenleme henüz yürürlüğe girmediğinden heyetin çoğunluğunca bu görüşe itibar edilmemiştir.

Sonuç itibarıyla, somut olay yönünden TTK'nun 726 maddesi uygulanamayacağından, BK'nun 66. maddesi uyarınca sebepsiz zenginleşmede uygulanacak olan bir yıllık süre hesabında altı aylık süre dikkate alınmaz.

Hal böyle olunca, çekin ibraz süresi geçtikten bir yıl sonra zamanaşımı süresi dolar. Bu nedenle aynı hususlara işaret eden direnme kararı usul ve yasaya uygun olup; onanması gerekir.

Sonuç: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının keddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA, gerekli ilam harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, 04.05.2011 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı banka, davalının keşideci davacının yetkili hamil olduğu çekin muhatab banka şubesine süresi içinde ibraz olunmadığını belirterek TTKnun 644 maddesine dayalı ve sebepsiz zenginleşen davalıdan çek bedelinin tahsilini talep ve dava etmektedir.

Davalı çekin keşide sebebinin mal alımına ilişkin olup teslim edilmeyen mala göre, davacı, bankaya karşı nisbi def'iyi ve çekin zamanaşımına uğradığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece yapılan yargılama sonunda çekin süresi içinde muhatab banka şubesine ibraz olunmadığı, çek hamilinin keşideci olan davalıya karşı ibraz süresinin bitiminden itibaren bir yıl içinde dava açmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, davacı tarafından temyiz olunması üzerine karar dairemiz tarafından bozulmuştur.

TTK 730/14 maddesi delaletiyle çeklerde de uygulama alanı bulan aynı yasanın 644. maddesi uyarınca hamilin keşideciye karşı sebepsiz zenginleşmeye davalı olarak, çekin zamanaşımı süresi dolduktan sonra bir yıl içinde talep ve dava hakkı bulunmaktadır.

Çeklerde zamanaşımını düzenleyen TTKnun 726. madde hükmü "ibraz müddetinin bitiminden itibaren altı ay geçmekle zamanaşımına uğrar" şeklinde düzenlenmiştir.

Somut olayımızda çek 30.6.2007 keşide tarihli olup, TTK.nun 708. maddesine göre ibraz süresi 10.7.2007 tarihinde sona ermektedir. Bu tarihe göre de altı aylık zamanaşımı süresi 10.01.2008 tarihinde dolmaktadır. Davacı banka TTKnun 644. madde hükmünde açıkça düzenlenmemiş olması sebebiyle bilimsel çalışmalar ve Yargıtay'ın içtihatları ışığında çözüme ulaşılmaya çalışılmıştır. Gerek bilimsel öğreti ve gerekse içtihatlar farklılık göstermektedir.

TTK.nun 726. hükmü açıkça "hamilin cirantalarla, keşideci ve diğer çek borçlularına karşı haiz olduğu müracaat hakları, ibraz müddetinin bitiminden itibaren altı ay geçmekle zamanaşımına uğrar" şeklindedir. Buna göre çekin zamanaşımına uğraması sebebiyle açılacak olan sebepsiz zenginleşme davası çeklerin tabi olduğu altı aylık zamanaşımı süresi geçtikten sonra, TTK. 644. madde hükmünde belirtilen bir yıllık süre içinde açılmalıdır.

Açık yasa boşluğunun bulunduğu doktrin ve Yargıtay tarafından da kabul görmekte olup 6102 sayılı yeni ancak 2012 yılında yürürlüğe girecek olan Ticaret Yasası ile mer'î Türk Ticaret Yasasının ilgili hükümlerinin ve Yargıtay kararlarını ayrı ayrı incelemekte fayda görmektediriz.

B) SEBESİZ ZENGİNLEŞME

Madde 732-(1) Zamanaşımı sebebiyle veya poliçeden doğan hakların korunması için gerekli olan işlemlerin yapılmasının ihmal edilmiş olması dolayısıyla, düzenleyenin veya kabul edenin poliçeden doğan yükümlülükleri düşmüş bile olsa, bunlar poliçenin hamiline karşı, onun zararına zenginleşmiş olabilecekleri kadar borçlu kalırlar.

(2) Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem, muhataba, yerleşim yerli bir poliçeyi ödeyecek olan kimseye ve düzenleyen, poliçeyi başka bir kişi veya ticari işletme hesabına düzenlenmiş olduğu takdirde o kişiye veya ticari işletmeye karşı da ileri sürülebilir.

(3) Poliçeden doğan borcu düşmüş olan cirantaya karşı böyle bir istem ileri sürülemez.

(4) Zamanaşımı süresi, poliçenin zamanaşımına uğradığı tarihi takip eden tarihten itibaren bir yıldır; ispat yükü, sebepsiz zenginleşmediğini iddia edene aittir.

C) Poliçe karşılığının devri

6102 sayılı yasa ile getirilen 732 madde hükmü mer'î TTKnun 644. madde hükmüne paralel olarak ve kanun maddesinin başlığında sebepsiz zenginleşme için düzenlendiği üzerinde bir uyumsuzluk yoktur.

6012 sayılı yasa ile getirilen 814. maddesi mer'î 708. madde hükmünün uzantısı olan aynı yasanın 726. madde hükmü karşılığı için düzenlenmiştir. Bu bağlamda kambiyo senetlerinde sebepsiz zenginleşme davasında zamanaşımı ile ilgili olarak bilimsel çalışmalar ve tartışmalar ve Yargıtay'ın değişik içtihatlarından hareketle sorunun kanun koyucu tarafından belirtilen yasa ile getirilen açık hükümler ile giderilmiştir.

Mer'î yasada kanun koyucunun, hamile sebepsiz zenginleşme müessesesinden yararlanmak olanağı tanırken ağırlaştırılmış ve kısa süreli zamanaşımının benimsenmesi, poliçe borçluları için bir çıkış kapısı ve poliçedeki hakkın kaybı ve ticari hayatın gerektirdiği entegrasyonun ortadan kaldırılması sonucunu sağlar gibi tehlikeli ve adil olmayan bir netice tevhit edecektir.

Yeni yasa ile poliçeye bağlı ve poliçeye dayanan talep hakkını düşmesi, poliçenin zamanaşımına uğraması ya da müracaat hakkının kaybı hallerinde farklılık ortadan tamamen kaldırılmıştır. Tasarıda yer alan

zenginleşme ifadesinin yerine zamanaşımı terimi kullanılmak suretiyle ilmi ve içtihatların uyumsuzluğu giderilmiştir.

Keşideci ya da kabul eden muhatabın, hamilin zamanaşımı sürelerini kaçırmaması veya senede dayanan hakkın muhafazası için gerekli işlemlerin gösterilmesinde ihmalinin bulunması ve kambiyo senetleri hukukunun sertliğinden doğarak, hamilin zararına keşideceinin lehine bir gelişim benimsenmemelidir.

Açık yasa boşluğunun, zamanaşımının başlangıcının gösterilen kararlarda çok açık bir şekilde somut olayda olduğu gibi muhatap banka şubesine ibraz olunmayan çeklerde hamilin keşideciye başvuru hakkının düşmüş olduğu, bu durum karşısında çek başvuru hakkının düşmüş olduğu, bu durum karşısında çek hamilinin çeklerde uygulanması gereken sebepsiz iktisaba dayalı olarak çekin zamanaşım süresi (TTK 726 maddesine göre altı aylık) dolmasından itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi içinde keşideciye karşı ayrı bir talep ve dava hakkı bulunmaktadır.

C) Zamanaşımı

MADDE 814 - (1) Hamilin, cirantalarla düzenleyene ve diğer çek borçlularına karşı sahip olduğu başvurma hakları, ibraz süresinin bitiminden itibaren altı ay geçmekle zamanaşımına uğrar.

(1) Çek borçlularından birinin diğerine karşı sahip olduğu başvurma hakları, bu çek borçlusunun çeki ödediği veya çekin dava yolu ile kendisine karşı ileri sürüldüğü tarihten itibaren altı ay geçmekle zamanaşımına uğrar.

6102 sayılı yasanın yürürlük tarihi nazara alındığında mevcut uyumsuzluk için uygulanması gerekecek bir kanun olmamasına rağmen bilimsel veri tabanına ve bilimsel görüşü niteliğinin kazandığının kabul edilecek olmasına göre ise müracaat kaynağı olduğunu kabul etmek ve sorunun buna uygun çözümü bizce de daha adil ve hakkaniyetli bir netice olacaktır.

Belirtilen yeni yasa hükümlerinin uygulanması ile doktrin ve Yargıtay görüşleri kanun maddesine yansımakta ve böylece zamanaşımının başlangıcı ve bitişi açıkça belirtilmektedir. Tasarının TBMM görüşülmesi sırasında zenginleşmenin olduğu tarih metni açıkça "poliçenin zamanaşımına uğradığı tarihi takip eden tarihten itibaren bir yıldır" demek suretiyle yasa koyucu açık yasa boşluğunu gidermiştir.

Yüksek Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin yerleşik içtihatlarının TTK.nun 708. madde hükmünde belirtilen sürenin ve aynı yasanın 726. maddesindeki yasal altı aylık sürenin bitimi ile birlikte veya bu süre dolmadan dahi TTK.nun 644. maddesine göre sebepsiz zenginleş-

me davasının hamil tarafından çeklerde keşideci, poliçede kabul eden muhatap aleyhine açılabilceğine, Yüksek 13. Hukuk Dairesinin kararları da bu istikamette bulunması sebebiyle, dairemizin adil kalıcı ve yerleşik kararının isabetli bulunması sonucunda yerel mahkeme kararının bozulması gerekecektir.

6102 sayılı yasanın akademik ve bilimsel görüş gibi bir niteliğinin de olduğu yasanın yeni ancak henüz yürürlüğünün gerçekleşmemesi sebebiyle var olduğu, İsviçre Federal Mahkemesinin getirdiği bizim de benimsediğimiz bir içtihatır.m

Bu bağlamda, yerleşik yargısal inançlara, mer'i yasada mevcut açık yasa boşluğuna yara koyucunun ise açık yasa boşluğunu görerek giderdiği ve yeni, ancak yürürlüğü 2012 yılında gerçekleşecek olan TTK 732. madde hükmüne göre ortada açık bir yasa boşluğunun kalmamış bulunmasına yeni yasanın müracaat kaynağı olarak bilimsel doktrin olmasına itibar etmeden ittihaz olunan kararın, geçerlilik hükmünün yeni yasanın yürürlüğe girmesi kalmayacak bulunduğu gözetilmemiştir.

Gelişmiş ülke hukuklarında sert ağırlaştırılmış katı kalıplara sokulmuş sürelerin benimsenmediği ADLİ HAKİKATİN her zaman benimsendiğini görmekteyiz. Zamanaşımı gibi sonuçlara sığınan, çeklerde keşideci poliçede kabul eden muhatabı bu müessesenin varlığına özendirici kararların toplumda adalet duygusunu ortadan kaldığı unutulmalıdır.

Unutmamak gerekir ki adalet duygusunun yaratılması ve devamı ülke hukukunun çağdaş ve toplumun değer yargılarına hizmet eden bir görüşün varlığı ile gerçekleşir. Sürekli değişkenlik gösteren ve günlük olarak ittihaz olunan kararların toplumda adalet duygusunu zayıflatacağını ve nisbi adaletin tecellisine uyumlu bulunmadığı açıktır.

Açık yasa boşluğunun bulunduğu, MK 1. madde hükmü ile yargıca tanınan boşluğu giderme yetkisi için kullanılması gereken enstürmanlar içtihatlar yanında ilmi açıklamalar olduğu kadar yeni ancak henüz yürürlüğe girmeyen yasa maddelerinin öncelikle kullanılması ve uygulanmasıdır. Aksi düşüncenin varlığı halinde bizce MK. 1. madde hükmünün uygulanmadığının kabulü sonucunun doğduğunu gösterir.

Bütün bu açıklamalarımız ışığında sayın çoğunluğun kararına karşı oyumuzdur.

Gönderen: Av. Nail Yılmaz Toksöz



YARGI KARARLARI

Hukuk Bölümü



YARGITAY**3. Hukuk Dairesi**

Esas : 2010/18472

Karar : 2010/21065

Özet: Avukat Kanunu 9. madesi gereğince; avukatlık kimlikleri “Resmi Kimlik” niteliğinde düzenlendiği anlaşılmakla; tüm resmi ve özel kuruluşları bağlamaktadır. Yönetmelikler hiç-

bir zaman yasaya aykırı olarak yorumlanamaz. 4208 sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine dair Yönetmeliğin 6. maddesinde, avukatlık Yasası gereğince tanzim edilen kimliğin sayılması bu kimliğin hukuki geçerliliğine etki etmez. Yasalar normlar hiyerarşisinde, üst norm niteliğinde olup yönetmelikten önce uygulanması gerekir.

YARGITAY İLAMI

İncelenen Kararın Mahkemesi: İstanbul 7. Sulh Hukuk Mahkemesi

Tarihi: 27.04.2010

Numarası: 2009/60-2010/337

Davacı: M.E.G. Vekili Av. H.G

Davalı: Genel Müdürlüğü Vek. Av. Ö.A.

Davalı Dilekçesinde 1.606 TL alacak için itirazın iptali istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına, 21.12.2011 günü oybirliğiyle karar verildi.

TÜRK ULUSU ADINA KARAR VERMEYE YETKİLİ**İSTANBUL 7. SULH HUKUK MAHKEMESİ KARARIDIR**

Mahkememizde görülmekte bulunan itirazın iptali davasının yapılan açık yargılamasının sonunda,

İstem:

Davacı vekili dava dilekçesinde; müvekkilinin davalı kurum nezdinde 162 90 32 numaralı posta çeki hesabı bulunduğunu davacının bu posta çeki hesabında bulunan 1,606,00 TL'nin kendisine ödenmesi için davalı PTT müdürlüğünce kendisine özel olarak verilen ve tüm kimlik bilgileri ve resmi havi PTT Garanti kartı ile avukatlık kimliği ile 18.9.2009 İstanbul Adliye Sarayı PTT merkezi müdürlüğüne müracaat ettiğini, takibe ve davaya konu hesaptaki paranın müvekkilinin ibraz ettiği kimliğin avukatlık kimliği olmaması nedeniyle geçerli kabul edilmediğini paranın kendisine ödenmediğini, müvekkilinin İstanbul 6. icra Müdürlüğünün 2009/34005 esas sayılı dosyası ile icra takibine gittiğini, icra takibinin durdurulduğunu takibin devamı ve alacağın tahsili için bu davayı açmak zorunda kaldıklarını 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 9. Maddesi gereği yasa ile müvekkiline verilen resmi kimlik olarak belirlenen bir belgenin davalı kurum nezdinde geçersiz kabul edilmesine anlam veremediklerini, haksız ve mesnetsiz itirazın iptaline, takibin devamına, davalının %40 oranında icra inkar tazminatına mahkumiyetine, takibe konu alacağa takip tarihinden itibaren yürürlükte olan ticari faiz işletilmesine yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davalıya yükletilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.mm

Yanıt:

Davalı vekili cevap dilekçesinde; davacının müvekkili kuruluş nezdinde 162 90 32 numaralı posta çeki hesabında bulunan 1.606 TL nin kendisine ödenmesi için PTT Müdürlüğüne PTT Garanti kartı ile 1136 sayılı Avukatlık Yasası gereğince kendisine verilen avukatlık kimliği ile 28.9.2009 günü İstanbul Adliye Sarayı PTT Merkez Müdürlüğüne müracaat ettiğini, 9.1.2008 tarih ve 26751 sayılı Resmi gazetede yayımlanan suç gelirlerinin aklanmasının ve terör finansmanının önlenmesine dair tedbirler hakkında yönetmeliği kuruluşlarına getirdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla yapılan 28.3.2008 tarih ve B. 11.2 PTT 0.07.00.01-201-880 sayılı tebliğle de yönetmeliğin 6. maddesine göre resmi kimlik belgesi olarak TC nüfus cüzdanı TC sürücü belgesi veya pasaport kabul edileceği teşkilata duyurulduğunu, söz konusu müracaatın bu nedenle red edildiğini, bu durum üzerine davacının İstanbul 6. İcra Müdürlüğünün 2009/34005 esas sayılı dosyası ile takip başlattığını, anılan yönetmeliğin 5. maddesinde kimlik tespiti zorunluğunun 2.000.00.-TL ve üzeri işlemler için öngörüldüğü iddiasının yersiz olduğunu haksız ve hukuki dayanağı bulunmayan davanın reddine, yargılama giderleri ile ücreti vekaletin

davacıya yükletilmesine karar verilmesini savunmuştur.

Deliller ve Gerekçe:

Mahkememiz tarafından tarafların delil listesini gösterdikleri tüm deliller celple incelenmiş, icra dosyası getirilmiştir.

Mahkememizde açılan işbu dava İİK'nun 67. maddesine dayalı itirazın iptali davası olup, bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açıldı dosya kapsamına göre sabittir.

Mahkememiz tarafından celple incelenen İstanbul 6. İcra Müdürlüğünün 2009/34005 esas yalılı icra dosyasının incelenmesinden davacı tarafından davalı Genel Müdürlük aleyhine 1.606.-TL asıl alacak üzerinden ilamsız taliplerine ilişkin icra takibi yolu ile takibe geçildiği, borçluya ödeme emrinin tebliği üzerine süresinde borca ve ferilerine, “davacının 18.9.2009 günü itibari ile hesabında 1.606.TL para çekmek için PTT garanti kartı ve avukatlık kimlik belgesi ile çekme talebinde bulunduğunu, İstanbul Adliye Sarayı PTT Merkez Şubesinin suç gelirlerinin aktarılmasının ve terörün finansmanının önlenmesine dair yönetmeliğin 6/2 a bendi gereğince, Türk uyrukluları için TC nüfus cüzdanı, TC sürücü belgesi veya pasaportun kimlik tespitinde kullanılacağı belirtilmekte olduğunu, davacının bu belgeleri sunmaksızın avukatlık kimlik belgesi ve PTT garanti kartı sunmak sureti ile PTT’de bulunan paranın tahsilini talep ettiği oysa bunun mümkün olmadığını” belirterek borca itiraz ederek takibin durmasına sebebiyet verdiği anlaşılmıştır.

Mahkememizce yapılan yargılama sonucunda; davacı tarafından icra takibine konu edilen alacak, davacı avukatın, avukatlık kimliği ile davalı PTT’den talep ettiği PTT şubesindeki posta çeki hesabında bulunan paranın davalı tarafından ödenmemesi nedeni ile, yapılan icra takibine yönelik itirazın iptaline ilişkindir. Davacının icra takibine konu ettiği alacağın varlık ve miktarı tartışma konusu değildir. Davamızda tartışma konusunda olan husus davacı avukata avukatlık kimlik belgesine dayanarak yapılan ödeme talebinin, davalı tarafından red edilmesinin hukuka uygun olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Davalı PTT Genel Müdürlüğünü temsilen İstanbul Adliye Sarayı PTT Şube müdürlüğü tarafından, 9.1.2008 gün ve 26751 sayılı R.G.’de yayınlanan “suç giderlerinin aklanmasının ve terörün finansmanının önlenmesine dair tedbirler hakkındaki yönetmeliğin 6. maddesi gereğince sunulması gereken geçerli kimlik belgesinin sunulmadığı gerekçesi ile red edilmiştir. Mahkememizdeki belge ve bilgiler ile yasal mevzuatın incelenmesinden, 1036 Avukatlık Kanununun 9. Maddesi gereğince; avukatlık kimlikleri “Resmi Kimlik” niteliğinde düzenlen-

diği anlaşılmakla tüm resmi ve özel kuruluşları bağlamaktadır. Yönetmelikler hiçbir zaman yasaya aykırı olarak yorumlanamaz. 4208 sayılı kara paranın aklanmasının önlenmesine dair yönetmeliğin 6. maddesinde, Avukatlık Yasası gereğince tanzim edilen kimliğin sayılmaması bu kimliğin hukuki geçerliliğine etki etmez. Yasalar, normlar hiyerarşisinde üst norm niteliğinde olup yönetmelikten önce uygulanması gerekir. Bu nedenle davalı idarenin, icra takibine konu alacağı ödemesi haklı ve geçerli bir hukuki sebebe dayanmamaktadır. Kaldı ki PTT Genel Müdürlüğü 3 Mart 2006 günlü ve 62đđ2-01 sayılı Türkiye Barolar Birliğine yazdığı yazıda “İş yerlerinde yapılan havale ödemelerinde, Barolar Birliğince verilen avukatlık kimliklerinin geçerli kimlik olarak kabul edilmekte olduğu” hususunun altı çizilmiş ve esasen kimliğin geçerliliği kabul edilmiş bulunmamaktadır. Bu nedenlerle davalının haksız itirazının iptali ile takibin devamına karar verilmesi gerektiği vicdani kanaatine varılmıştır. Ancak dava konusu uyuşmazlığın, geçerli bir kimlik belgesinin ibraz edilip edilmemesi sebebine dayanması bu konuda Yargıtay ve Danıştay kararlarında uygulama birliğinin bulunmaması, yönetmelik hükümleri dikkate alınarak, idarenin parayı ödememesinin Yönetmeliğe göre yapılan işlemde kaynaklanması dikkate alınarak, davalının kötü niyetle yaptığı bir itirazın bulunmadığı ve alacağın tahsili yargılamayı gerektiği mahkememizce benimsendiğinden davacının %40 icra inkar tazminatı talebinin redine karar verilmesi gerektiği vicdani kanaatine varılmış ve aşağıdaki gibi hüküm tesis etmek gerekmiştir.

Hüküm:

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1. Davanın KABULÜ ile, davalının İstanbul 6. İcra Müdürlüğü'nün 2009/34005 esas sayılı dosyasına yaptığı itirazın İPTALİ ile; takibin, takip tarihinden itibaren talep konusu alacağı yıllık %19'u aşmamak üzere avans faizi yürütülmesi sureti ile DEVAMINA,

2. Dava konusu uyuşmazlığının, alacaklının geçerli kimlik belgesi ibraz etmemesi sebebine dayanması bu konuda Yargıtay kararlarında dahi farklılıklar bulunması karşısında, talebin yargılamayı gerektirdiğinin tespiti ile advacının icra inkar tazminatı taleplerinin koşulları oluşmadığından REDDİNE,

3. Alınması gereken 95.40 TL harçdan peşin alınan 15.60 TL'nin mahsubu ile eksik kalan 79.80 TL harcın davalıdan tahsili ile hazirene irat KAYDINA,

4. Davacı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihi As. Av. Üc. Tar. Hükümleri gereğince; taktiren 500.-TL ücreti vekaletin dava-

lıdan tahsili ile davacıya VERİLMESİNE,

5. Davacının yaptığı ilk masraf 35.40 TL nin davalıdan tahsili ile davacıya VERİLMESİNE,

Dair Taraf vekillerinin yüzlerine karşı ilgili Yargıtay dairesinde kararların taraflara tebliğinden itibaren 8 günlük süre içerisinde temyiz yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı.
27.04.2010

Gönderen: Yörük Kabalak

İşverenin İflası

YARGITAY
9. Hukuk Dairesi
Esas : 2010/41382
Karar : 2011/901

Özet: İş mahkemesinde görülmekte olan işçi alacaklarına yönelik dava sırasında, işverenin iflası halinde İİK.'nun 194. maddesi uyarınca, davaya iş mahkemesince devam edileceği, işçi alacaklarına ilişkin dava açılmadan önce işverenin iflası halinde ise, alacağın iflas masasına kaydedilmemesi halinde Asliye Ticaret Mahkemesinde sıra cetveline itiraz davası açılması gerekir.

YARGITAY İLAMI

İncelenen Kararın Mahkemesi: Kadıköy İş Mahkemesi
Tarihi: 30.01.2008
Numarası: 2009/60-2010/337
Davacı: H.M.A Vekili Av. E.Ş.
Davalı: A.Ş. İflas Masası iflas Daire Memurları Adına Av. N.U.
Dava: Davacı, cezai şart (fesih tazminatı), ücret fark, boşta geçen süre fark alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.
Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.
Hüküm süresi içinde advalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi U.O. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Davalı vekili müvekkilinin iş sözleşmesinin haksız fesih edildiğini, Kadıköy İş Mahkemesinde fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak açtıkları davanın lehlerine sonuçlandığını, davalı işverenin iflasına karar verildiğini ileri sürerek bakiye alacaklarının tahsilini istemiştir.

Davalı vekili; işverenin 7.2.203 tarihinde iflasına karar verildiğini, advacının Ticaret Mahkemesinde kayıt kabul davası açması gerektiğini, alacağın zaman aşımına uğradığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, Kadıköy 1. iş mahkemesinin kesinleşen kararı ve bu kararın dayanağı olan bilirkişi raporu esas alınarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Karar, Davalı tarafından temyiz edilmiştir.

İflasın açılması, maddi hukuka ilişkin ilişkileri ve hükümleri cebri şekilde etkilediği gibi Medeni usul ve icra hukuku kuralları üzerinde de etki yaratır. Bu etkilerden biri de görev kurallarında meydana gelen değişikliktir. Görev kurallarındaki değişikliği dava açıldıktan sonra işverenin iflas etmesi hali ve iflas kararı verdikten sonra işçinin işverene dava açması hali bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir.

İflasın açılması ile müflisin taraf olduğu hukuk davalarının ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonrasına kadar duracağı genel kural ise de (İİK. m. 194) yine bu hükmünün müstacel haller, tazminatsız ceza davaları, şeref ve haysiyete tecavüzden ve cizmani zararlardan doğan tazminat davaları ile evlenme, ahvalı şahsiye veya nafaka davalarına uygulanamayacağı kabul edilmiştir. icra ve iflas kanununun 194 üncü maddesinde ayrı tutulan “Müstacel haller”den maksat acele görülmesi gereken ve durdu takdirde verilecek hükmün faydasız kalacağı davalardır. Bu davalarda hakim takdir hakkını kullanarak müstaceliyet kararı vermek suretiyle yargılamaya devam eder. İşçinin alacaklı olduğu iş hukukuna ilişkin bir dava işçinin sosyal durumu itibarıyla İİK. 194 üncü maddenin gayesine uygun görülerek acele işlerden sayılmalı ve ikinci alacaklılar toplantısı beklenmeksizin yargılamaya devam edilmelidir.

Bunun yanında kanunun lafzına göre davacıların müflise karşı davaya devam edeceği izlenimi hasıl olmakta ise de, masaya dahil mal ve haklar bakımından muflisin yetkisiz kalması keyfiyeti kendisinin müstacel de olsa bu davalara taraf olmaya devam etmesine manidir. Bu durum karşısında birinci alacaklılar toplantısı yapılmış ve iflas dairesi teşekkül birinci alacaklılar toplantısı henüz yapılmamış ve işin müstaceliyeti icabı, iflas idaresinin seçimini dahi beklemeye durum müsait değilse, bu takdirde iflas dairesi muflisin yerini alarak davaya iflasın açılmasından önce davanın görüldüğü iş mahkemesinde devam olunur. Böylece işçinin alacağının tahsili amacıyla iş mahkemesinde açılan davadan sonra işverenin iflasına karar verilmesi mahkemenin görevini etkilemez ise de işverenin yerine geçecek olanı etkiler.

İflas kararı verildikten sonra, işçi işçilik hallarından doğan alacağının dayanağını ve miktarını iflas idaresine bildirir. Alacaklıların alacaklarının kaydettirmeleri için İİK'nun 219/2 maddesinde öngörülen 1 aylık sürenin bitiminden sonra, iflas idaresi alacakların doğru olup olmadığını incelemeye başlar. Maddi yönden incelemenin sonucu, kabul edilen her alacak tespit edilen sıraya göre sıra cetvelini iflas dairesine verir ve alacaklıları aynı kanunun 166/2 maddesindeki usule göre ilan yoluyla haberdar eder. Ayrıca iflas masasına müracaat sıra-

sında tebligatı gösterir adres ve tebligat masrafları için avans yatıranlara sıra cetveli tebliğ edilir. Sıra cetveline itiraz davalarında dava açma süresi görev ve yetki İİK'nun 235. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre dava açma süresinin ilandan itibaren başlayacağı belirtildikten sonra, ayrıca İİK'nun 223/3. maddesi hükmünün saklı olduğu belirtilerek, iflas masasına müracaat sırasında tebligatı kabule elverişli adresi gösterir yazı ve tebligat masrafları için avans yatırmış alacaklılar bakımında ise sıra cetveline itiraz davası açma süresi sıra cetvelinin kendilerine tebliğinden itibaren başlar. Sıra cetveline itiraz davasının 15 gün içinde açılması gerekmektedir. Bu süre hak düşürücü süre olup mahkemece kendiliğinden dikkate alınır. İcra ve iflas kanununun 235/1. maddesine göre sıra cetveline itiraz davası iflas kararı veren Ticaret mahkemesinin bulunduğu yerdeki herhangi bir ticaret mahkemesinde açılabilir. Görevin belirlenmesinde dava değerinin önemi olmadığı gibi, buradaki mahkemenin yetkisi de kamu düzenine ilişkindir. Bu durumda iş mahkemesinin görevli olduğu kabul etme olanağı yoktur.

Bu durum karşısında iş mahkemesinde görülmekte olan işçi alacaklarına yönelik dava sırasında, işverenin iflası halinde, İİK'nun 194. maddesi uyarınca, davaya iş mahkemesinde edvam edileceği, işçi alacaklarına ilişkin dava açılmadan önce işverenin iflası halinde ise, yukarıda belirtilen şekilde hareket ile alacağın iflas masasına kaydedilmemesi halinde, Asliye Ticaret Mahkemesinde sıra cetveline itiraz davası (kayıt kabul davası) açılması gerekir.

Somut olayda, davacının işverenin iflasından sonra bakiye alacağının tahsili için dava açmış olmakla, bu dava sıra cetveline itiraz davası niteliğinde olup görevli Mahkeme icra ve İflas Kanununun 235/1 maddesine göre iflas kararını veren Ticaret Mahkemesinin bulunduğu yerdeki herhangi bir Ticaret Mahkemesi olduğundan Mahkemece dava dilekçesinin görevsizlik nedeni ile reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girerek karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 25.01.2011 oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Yörük Kabalak

İşverenin İflası

YARGITAY **Özet:**
10. Hukuk Dairesi
Esas : 2008/19794
Karar : 2010/3637

YARGITAY İLAMI
İncelenen Kararın Mahkemesi: Üsküdar 2. İş Mahkemesi
Tarihi: 11.06.2008
Numarası: 1195-452
Davacı: F.K.(K).
Davalı: 1.... Ltd. Şti. Av. İ.G.
2.SGK Adına Av. H.U.K.

Davacı, davalılardan işveren yanında, 196-20.08.2005 tarihleri arasında, Kurama bildirilmeyen sürelerde, hizmet akdine dayalı olarak, aralıksız çalıştığının tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, ilamında belirtilen gerekçelerle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalılardan SGK Başkanlığı ve ... Ltd. Şti vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi H.Ö. tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

1. Davanın yasal dayanağı 506 sayılı Yasanın 79/10. maddesi olup bu tür sigortalı hizmetlerin tespitine ilişkin davaların, kamu düzeniyle ilgili olduğu ve bu nedenle de özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmesinin zorunlu ve gerekli bulunduğu açıktır. Bu çerçevede, hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek görüldüğünde, re'sen araştırma yapılarak kanıt toplanabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Eldeki dava dosyasına konu olayda; mahkemece, yapılan araştırma ve inceleme, hüküm kurmaya yeterli ve elverişli değildir. Mahkemece,

dinlenen tanık beyanlarına dayanılarak işe giriş ve çıkış tarihleri hari-cinde kalan sürelerle yönelik hüküm kurmuş ise de, tanıkların çalış-ma olgusu konusundaki beyanları, soyut nitelikte olup herhangi bir somut veriye dayanmamaktadır. Hal böyle olunca, mahkemece, yuka-rıda açıklanan ilkeler ışığında, dava konusu dönemde davacı ile birlik-te çalışan ve işverenin bordrolarında kayıtlı kişiler ile aynı yörede komşu işverenler veya benzeri işleri yapan başka işverenler ve bu işve-renlerin çalıştırdığı bordrolara geçmiş kişiler saptanarak, bilgi ve görü-lerine başvurulmalı, bunun dışında sigortalının kayıtlarda gözölmeyen çalışmalarının hangi nedenlerle kayıtlara geçmediği ya da bildirim dışı kaldığı hususu gereğince araştırılmalı, davalı işyerinde tespiti istenen dönemde kurum müfettişlerince inceleme yapıp yapılmadığı sorul-malı, inceleme yapılmışsa, belgeler getirilmeli, yargılama sürecinde dinlenen tanık anlatımlarının değerlendirilmesinde, iş yerinin kapsa-mı, kapasitesi ve niteliği nazara alınmalı, böylece bu konuda gerekli tüm soruşturma yapılarak uyuşmazlık konusu husus, hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmayacak biçimde çözümlenip; deliller hep bir-likte değerlendirilip takdir edilerek, varılacak sonuca göre bir karar verilmelidir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın, eksik inceleme sonucu, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması isabet-sizdir.

2. Kabule göre de, dairesimizce de benimsenen Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.05.2008 tarihli 2008/10-370-410 E.K. sayılı ila-mında ayrıntılı açıklandığı üzere, asıl davanın kısmen kabulüne, birleş-en davanın reddine karar verildiğine göre, birleşen dava yönünden kendisini verile temsil ettiren davalı Kurum yararına, asıl dava yönün-den davada kendisini vekille temsil ettiren davalı Kurum ve işveren yararına vekalet ücreti takdir edilmemesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalılardan SGS Başkanlığı ve ... Ltd. Şti. vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulma-lıdır.

Sonuç

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMA-SINA, temyiz harcının istek halinde davalılardan ... Ltd. Şti'ne iadesi-ne, 15/03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Yörük Kabalak

İhalenin Feshi

YARGITAY
10. Hukuk Dairesi

Esas : 2008/19794

Karar : 2010/3637

Özet: Paydaşlardan birinin satıştan önce ölmesi halinde, onun mirasçılarına satış ilanı tebliği şarttır. Ölen paydaş mirasçılarının avukata vekalet vermeleri ve avukatın satışta pey sürmesi, satıştan haberdar olduğu şeklinde yorumlanamaz. Paydaşın mirasçılarına satış ilanı tebligatın yapılmaması, başlı başına ihalenin feshi nedenidir.

YARGITAY İLAMI

İncelenen Kararın Mahkemesi: Urla Sulh Hukuk Mahkemesi

Tarihi: 08.09.2009

Numarası: 2009/26-2009/531

Davacı: Şikayetçiler; A.ö., F.Ü., H. B., M.A.E, M.T.E., M.D., N.E., R.Ö., M.D., P.K, Z.K.

Davalı: Ltd. Şti. Av. Ş.Ö.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki şikayetçiler vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği düşünüldü:

Alacaklı vekilinin, borçlu H.E.'nin de dahil olduğu (11) borçluya karşı başlattığı icra takibinde, boçluların elbirliği halinde malik oldukları taşınmaz haciz koydurduğu, İİK.nun 121. maddesi uyarınca taşınmazın borçlulara intikal edecek hisselerinin satışının yapılarak ortaklığın giderilmesi hususunda dava açmak için İzmir 8. İcra Mahkemesinden yetki alarak ortaklığın giderilmesi davasını açtığı, dava sonunda taşınmaz ortaklığının satışı sureti ile giderilmesine karar verildiği. 8.1.2009 tarihinde yapılan ihalenin feshinin borçlu hissedarlar vekilince 15.1.2009 tarihinde istendiği görülmektedir.

Takip borçlusu ve taşınmaz paydaşı H.E.'nin 10.10.2008'de vefat ettiği, mirasçı olarak geriye N.E ile Z.K.(E)yi bıraktığı, urla Sulh Hukuk Mahkemesinin 24.12.2008 tarih 2008/739 E. 2008/759 K. sayı-

lı veraset ilamı ile sabittir. Paydaş H.E.'nin vefatından sonra TK'nun 21. maddesi hükümlerine göre kendisine 24.11.2008 de yapılan satış ilanı tebligatı geçersizdir.

Dairemizin süreklilik kazanan içtihatlarına göre paydaşlardan birinin satıştan önce ölmesi halinde onun mirasçılarına satış ilanı tebliği şarttır. Murisin mirasçılarının satıştan haberdar edilmesi halinde ihalede pey sürebilecekleri, müşteri bulabilecekleri ve talebi artırıcı faaliyet gösterecekleri tartışmasıdır. Paydaş H.E.'nin mirasçıları N.E. ve Z.K.'nın da dahil olduğu tüm şikayetçilerin Av. E.K.'a 5.1.2009 tarihli vekaletname vermeleri ve bu vekilin şikayetçiler adına 8.1.2009 tarihli şikayete konu ihalede şikayetçiler adına pey sürmesi anılan mirasçıların satışlarından haberdar olduğu şeklinde yorumlanamaz. Paydaşın mirasçılarına satış ilanı tebligatının yapılmaması başlı başına ihalenin feshi nedeni olup şikayetin kabulü yerine redi isabetsizdir.

Kabule göre de vekille temsil edilen davacılar, yarına maktu mavukatlık ücretine hükmedilmesi gerekirken 47500.10 nisbi avukatlık ücretine hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

Sonuç: Şikayetçiler vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İ.İ.K. 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA 25.05.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Gabil Koç

YARGITAY**Özet:****11. Hukuk Dairesi****Esas : 2011/3662****Karar : 2011/19138****YARGITAY İLAMI**

İncelenen Kararın Mahkemesi: Adana 4. İcra Hukuk Mahkemesi

Tarihi: 19.1.2011

Numarası: 2011/56-2011/54

Davacı: ...Bankası A.Ş.

Davalı: Adana 4. İcra Md. 2010/1226

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı vekilinin icra mahkemesine başvurusunda borçlu aleyhine başlatılan Adana 4. icra Müdürlüğü'nün 2010/1226 ve 2010/1227 esas sayılı icra takiplerinin aynı alacak için ve tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla yapıldığını, borcun 2010/1226 Esas sayılı icra takip dosyasında ödendiği ve bu dosyada tahsil harcı alındığını belirterek 2010/1227 Esas sayılı icra takip dosyasında da bu dosyada borçlu olan Ş.K. adına kayıtlı taşınmazlar üzerindeki hacizlerin tahsil harcı alınmaksızın kaldırılması talebi üzerine icra müdürlüğünce tahsil harcı yatırılması gerektiğine ilişkin verilen kararın iptalini istediği anlaşılmıştır.

492 Sayılı Harçlar Kanununun 23. maddesi uyarınca "Her ne sebep ve suretle olursa olsun, icra takibinden vazgeçildiğinin zabıtnameye yazılması için vazgeçilen mitara ait tahsil harcının yarısı alınır. Ancak haczedilen mal, satılıp paraya çevrildikten sonra vazgeçilirse tahsil harcı tam olarak alınır." Öte yandan, hacizlerin kaldırılması istemi, alacağın haricen tahsil edildiğine teşkil edeceğinden, hacizlerin kaldırılması için anılan yasa hükmüne uygun olarak tahsil harcının ödenmesi zorunludur.

Aynı alacak için tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla birden fazla



takip yapılması mümkündür. Bu durumda icra takiplerinden birinde alacağın tahsil edilmesi halinde, diğer takip dosyası da infaz edilmiş olduğundan tahsil harcı yalnızca tahsilat yapılan takip dosyasından ve bir defaya alınır.

O halde mahkemece borçlu tarafından aynı alacak için tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla yapılan 2010/1227 Esas sayılı icra takip dosyası için tahsil harcı alınması açıklanan nedenlerle yerinde olmadığından şikayetin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi isabetsizdir.

Sonuç: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 18.10.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Nail Yılmaz Toksöz



YARGITAY **Özet:**
15. Hukuk Dairesi
Esas : 2009/4791
Karar : 2010/6856

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi: Karşıyaka Asliye Ticaret Mahkemesi
Tarihi: 13.05.2009
Numarası: 2007/9-2009/127
Davacı: Şikayetçiler; ...Ltd. Şti. Vekili Av. M.Ö.
Davalı: A.Ş. Av. M.E.

Yukarıda tarih ve sayılı hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiş, davalı vekili tarafından duruşma istenmiş olmakla duruşma için tayin edilen günde davacı vekili gelmedi. Davalı vekili Av. M.E. geldi. Temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan davalı avukatı dinlendikten sonra vaktin darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması başka güne bırakılmıştı. Bu kere dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Dava BK'nın 355 maddesinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanan bakıye iş bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Davacının akdi ilişkinin dayanağı olarak ibraz ettiği 25.04.2003 tarihli sözleşme davalı iş sahibi ile dava dışı ... A.Ş. ve davacı şirket imzalamıştır. Sözleşme kapsamına göre dava dışı ... A.Ş. yüklenici, davacı alt yüklenicidir ve dava dışı şirket ile davacı davalıya karşı sözleşme konusu işi birlikte yapmayı üstlenmişlerdir. Her ne kadar sözleşmede açıkça belirtilmemiş ise de işi yapmayı ybirlikte yüklendiklerinden dava konusu işle ilgili olarak davacı ile dava dışı şirket arasındaki ilişki adi ortaklık ilişkisidir. Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyetleri de bulunmamaktadır. (BK. madde 533. 534) Bu

halde adi ortaklık şeklide eser yapımı üstlenilen sözleşmelerle ilgili davaanın görülebilmesi için ortaklığı oluşturan tüm gerçek ya da tüzel kişiler tarafından birlikte açılması veya dava açmayan diğer ortaklığın sözleşmeden doğan haklarını dava açan ortağa temlik etmesi ya da davaya muvafakatının sağlanması gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.10.2003 gün 2003/12-574 Esas, 2003/564 Karar 17.01.1990 gün 1989/13-547 Esas, 1990/2 Karar sayılı ilamları ile Dairemizin 23.06.2005 gün 2004/3211 Esas, 2005/3782 Karar, 11.02.2004 gün 2003/1721 Esas, 2004/647 Karar sayılı ilamları) Dava adi ortaklardan sadece ... Ltd. Şti tarafından açılmıştır. Taraf teşkili ve husumet ehliyeti kamu düzenine ilişkin olduğundan taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi mahkemeler ve Yargıtayca da görevleri gereği re'sen dikkate alınır.

Bu durumda davacıya sözleşmeyi yüklenici olarak birlikte imzaladığı dava dışı ... A.Ş.nin davaya muvafakatlarını sağlamak veya bu şirketten sözleşmeden doğan haklarını temellük ettiğine dair temlik belgesini ibraz etmek, bunlar mümkün olmadığı takdirde o şirket hakkında bu dava ile birleştirilmek üzere dava açmak için süre verilip bu şekilde taraf teşkili tamamlandıktan sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gereken davacının tek başına aktif husumet ehliyetinin bulunmadığı gözden kaçırılarak davanın esası hakkında hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davalı kararına BOZULMASINA bozma sebebine göre tarafların diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, 825.00 TL duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak Yargıtay duruşmasında vekille temsil olunan davalıya verilmesine, ödediği temyiz peşin ve Yargıtay başvurma harcının istek halinde temyiz eden davacıya, fazla alınan temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 13.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen:

YARGITAY **Özet:**
19. Hukuk Dairesi
Esas : 2009/12516
Karar : 2010/2367

YARGITAY İLAMI

Davacı ... A.Ş. vekili Av. N.A. ile davalı 1.Ltd Şti. 2. Y.E vekili Av. M.K aralarındaki itirazın iptali davası hakkında Hakem Heyetince verilen 18.092009 gün ve 2009/659 sayılı kararın süresi içinde davalılar vekiline temyiz edilmesi ve dosyanın İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesince dairemize intikal ettirilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşuldu.

KARAR

Davacı vekilince İstanbul Ticaret Odası Hakem Heyeti Başkanlığına verilen Dilekçede Davalı şirketin müvekkilinin yetkili satıcısı olduğunu ve müvekkilinden satın aldığı ürünlerin bedellerini ödemeyerek temerrüde düştüğünü, bunun üzerine müvekkiline teminat olarak verilen ve diğer davalının malik olduğu taşınmazın üzerinde kurulu bulunan ipotegin paraya çevrilmesi için takibe geçirildiğini, ancak advalıların haksız itirazları sonucu takibin durduğunu, taraflar arasında akdedilen sözleşmede uyuşmaklık halinde İTO Hakem Heyetine başvuru çağının hüküm altına alındığını belirterek, davalıların itirazlarının iptali ile %40 tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, davaya bakma görevinin mahkemeye ait olması nedeni ile görev itirazında bulduklarını, davacının talebinin sözleşmeye dayanmadığından, sözleşmedeki tahkim şartının bu uyuşmazlığı ilgilendirmediğini, bu nedenle davanın mahkemede görülmesi gerektiğini, ayrıca ipotek borçlusu davalı Y.E.'in tahkim şartını içeren sözleşmede imzasının bulunmadığını öne sürerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi Hakem Heyetince 28.07.2009 tarihinde, advacının MK'nun 887. maddesi uyarınca davalı ipotek borçlusu Y.E'e muacceliyet ihtarı keşide etmeden takibe geç-

tiği, bu nedenle ortada geçerli bir takip bulunmadığından davaya alacak davası olarak bakılması gerektiği, yapılan araştırma sonunda, davacı şirketin tek satıcılık sözleşmesi nedeni ile davalı şirketten alacaklı olduğu ve alacak iddiasının kaynağının ipotek akit tablosu olmayıp, tek satıcılık sözleşmesi olduğu gerekçesi ile davanın davalı ipotek borçlusunu Y.E. yönünden husumet nedeni ile reddine, davalı şirket yönünden ise 523.162.38 TL üzerinden davanın kabulüne karar verilmiş, bu karar İstanbul 10. Asliye Ticaret Mahkemesince taraflara tebliğ edilmiş ve davalılar vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı ile davalı ... Ltd. Şti. arasında imzalanan 18.11.2004 tarihli yetkili satıcılık sözleşmesinin 14. maddesi hükmü uyarınca sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü görevi Hakem Heyetine aittir. Davalı ipotek veren Y.E.'in adı geçen bu sözleşmede herhangi bir sıfatı bulunmadığından bu davalı hakkında da Hakem Heyetinin karar vermesi doğru değildir. Asıl borçlu ile ipotek veren ipotek borçlusunu farklı kişiler ise, ipotekli takibe; hem ipotek borçlusunu hem de asıl borçlu hakkında geçilmesi gerekir. Başka bir anlatımla bu kişiler arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır. Bu kişilerden biri hakkında tahkim şartı uygulanamaz ise diğeri hakkında da tahkim şartı uygulanamaz. Hal böyle olunca somut olayda, asıl borçlu davalı şirket hakkında da tahkim yoluna gidilemeyeceğinin kabulü gerekir. Bu durumda, hakem heyetince, açıklanan hususlar üzerinde durulup, görev konusu irdelenmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmadığı gibi, kabul şekli itibari ile de uyuşmazlığın hakem heyetince alacak advasına dönüştürülüp, ayrıca HUMK'nun 74. maddesi hükmüne aykırı olarak davacı talebi aşılma sureti ile karar verilmesinde isabet görülmediğinden HUMK'nun 533/2. maddesi uyarınca hakem heyeti kararının bozulması gerekmiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle advalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Hakem Heyeti kararının BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine 04.03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Haşim Öztürk

YİTİRDİKLERİMİZ

Av. Turan KARACA

Sicil No : 1035
Doğum Tarihi : 10.09.1941
Ölüm Tarihi : 03.05.2011

Av. Ozan TALU

Sicil No : 977
Doğum Tarihi : 07.02.1943
Ölüm Tarihi : 03.05.2011

Av. Bumin KÖKTÜRKSUVARLI

Sicil No : 3602
Doğum Tarihi : 12.09.1964
Ölüm Tarihi : 31.05.2011

**Ölümüne değin mesleklerini onurlu ve saygın biçimde sürdüren değerli meslektaşlarımıza Tanrı'dan rahmet, üzüntülü ailelerine ve meslektaşlarımıza başsağlığı diliyoruz.
İzmir Barosu Yönetim Kurulu**

YİTİRDİKLERİMİZ

Av. İbrahim Okan GÖKDOĞAN

Sicil No : 2925
Doğum Tarihi : 01.01.1948
Ölüm Tarihi : 08.03.2011

Av. Erhan AKGÜN

Sicil No : 1325
Doğum Tarihi : 12.04.1945
Ölüm Tarihi : 08.03.2011

Av. Metin ORHUN

Sicil No : 640
Doğum Tarihi : 21.05.1929
Ölüm Tarihi : 08.03.2011

Av. Cemil İlhan EBCİOĞLU

Sicil No : 10054
Doğum Tarihi : 11.08.1950
Ölüm Tarihi : 12.04.2011

**Ölümüne değin mesleklerini onurlu ve saygın biçimde sürdüren değerli meslektaşlarımıza Tanrı'dan rahmet, üzüntülü ailelerine ve meslektaşlarımıza başsağlığı diliyoruz.
İzmir Barosu Yönetim Kurulu**