

2013

EYLÜL

4 AYDA BİR YAYIMLANIR



YAYIN KURULU'NDAN

HAKEMLİ MAKALELER

Limited Şirket Hukukunda Gizli Kıyas

(The Concept Of Covert Analogy In The Law Of Limited Liability Companies)

Yrd. Doç. Dr. Hüsnü TURANLI

Geçersiz Fesihle Süresinde Başvurmayan ya da İşveren Çağısına Rağmen İşe Başlamayan İşçinin Boşta Geçen Süre Ücretine Hak Kazanamayacağına İlişkin Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi ve Öneriler

Yrd. Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ

Hileli ve Taksirli İflas

Av. Yeşim DAĞOĞLU

MAKALELER

Genelde Hukuk Davalarında, Özeldə İşe Boşanma Davalarında Dava Dışı

3. Şahısların Özel Hayatının Gizliliğini İhlal

Av. Fatma DEMİRER

Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri

(Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları)

Yrd. Doç. Dr. Nebahat KAYAER

Kamulaştırmazsız El Atma Davaları ve İlgili Yasal Düzenlemeler Üzerine Bir Değerlendirilme

Av. M. Efe GENİT

Kamu İhale Rejimine Tabi Yapım Sözleşmelerinde İdareden Kaynaklanan Nedenlerle Süre Uzatımı ve Sonuçları

Doç. Dr. Agah ADAK

Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK. m. 89)

Av. Talih UYAR

İİK. m. 89/IV'a Göre Açılan Tazminat Davası Sonucunda Verilen Karar Hakkında "Tehiri İcra Kararı" Verilmesi İstenebilir mi? (İİK. m. 89; İİK. m. 36)

Av. Talih UYAR

6459 Sayılı Kanun ile Birlikte Yeni Düzenlemeler Uyarınca Tutuklama Kararına İtiraz

Av. Sinem TOP

KARAR İNCELEMESİ

Yargıtay 6. HD, 07.05.2012, E. 2012/3005, K. 2012/6787

Stj. Av. Doğukan ALGAN

AİHM İÇTÜZÜK DEĞİŞİKLİĞİ

AİHM İçtüzük Madde 47 Değişikliği

AİHM KARARI

Yeterli Açıklıkta Olmayan Arama Kararı, İfade Özgürlüğü ve Konuta Saygı Hakkını İhlal Etmektedir

Çeviren: Av. Serkan CENGİZ

YARGI KARARLARI

Hukuk Bölümü

Ceza Bölümü

DİZİN

YIL:78

3

İZMİR BAROSU DERGİSİ

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 78 • Eylül 2013 • Sayı: 3 • Dört ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Ercan DEMİR

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Anıl GÜLER

YAYIN KURULU

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

DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (Gazikent Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Füsün SOKULLU AKINCI (İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Oğuz ATALAY (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU (İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ (İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM (İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku)
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM (Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku)
Prof. Dr. Nevzat KOÇ (İstanbul Medipo Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Bilkent Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Işıl ÖZKAN (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk ve AB Hukuku)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK (İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)

- Prof. Dr. Mustafa SAKAL (Dokuz Eylül Ü. İİBF Maliye Bölümü)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN (İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Melda SUR (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Genel-İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Selma Çetiner ŞEKERCİ (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (İstanbul Kültür Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Bilge UMAR (Yeditepe Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER (Yaşar Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Mustafa ALP (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK (Ankara Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Doç. Dr. Hacı CAN (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku)
Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA (Bahçeşehir Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Sevtap METİN (İstanbul Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Doç. Dr. Gökçe TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR (İzmir Ü. Hukuk Fakültesi Roma Hukuku)
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Doç. Dr. Ahmet TÜRK (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Beşir ACABEY (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD)
Yard. Doç. Dr. Tuba KUTOĞLU (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD)
Yrd. Doç. Dr. Muhlis ÖGÜTÇÜ (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Cem ÖZCAN (İzmir Ekonomi Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Yrd. Doç. Dr. Yaşar Metin ÖZDEMİR (Dokuz Eylül Ü. İİBF Hukuk Bilimleri)
Yard. Doç. Dr. Meltem ÖZTÜRK (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD)
Yrd. Doç. Dr. Tijen DÜNDAR SEZER (Dokuz Eylül Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Yrd. Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ (İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yard. Doç. Dr. Hüsnü TURANLI (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD)
Av. Serkan CENGİZ (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılaması ve İnsan Hakları Hukuku)
Av. Talih UYAR (Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)

YÖNETİM YERİ

İZMİR BAROSU

1456 Sokak No: 14

35220 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14

Faks: 0232 463 66 74

e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr

yayin.kurul@gmail.com

www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK

Ayna Reklam Yay. Org. San. Tic. Ltd. Şti.

1447 Sokak No: 6 D: 4 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 464 39 32 - 464 25 29

www.aynareklam.com

BASILDIĞI YER

Altındağ Grafik Matbaacılık

2839 Sokak No:28 Mersinli/İZMİR

Tel: 0232 457 58 33 (pbx) Faks: 0232 457 89 99

Basım Tarihi

30/04/2014

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

İçindekiler

YAYIN KURULU'NDAN

..... 7

HAKEMLİ MAKALELER

Limited Şirket Hukukunda Gizli Kıyas (The Concept Of Covert Analogy
In The Law Of Limited Liability Companies)

Yrd. Doç. Dr. Hüsnü TURANLI 10

Geçersiz Fesihle Süresinde Başvurmayan ya da İşveren Çağrısına
Rağmen İşe Başlamayan İşçinin Boşta Geçen Süre Ücretine Hak
Kazanamayacağına İlişkin Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi ve Öneriler

Yrd. Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ 48

Hileli ve Taksirli İflas

Av. Yeşim DAĞOĞLU 72

MAKALELER

Genelde Hukuk Davalarında, Özelde İse Boşanma Davalarında Dava
Dışı 3. Şahısların Özel Hayatının Gizliliğini İhlal

Av. Fatma DEMİRER 108

Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri (Aydınlatma
Yükümlülüğünün İstisnaları)

Yrd. Doç. Dr. Nebahat KAYAER 147

Kamulaştırmaz El Atma Davaları ve İlgili Yasal Düzenlemeler Üzerine
Bir Değerlendirilme

Av. M. Efe GENİT 169

Kamu İhale Rejimine Tabi Yapım Sözleşmelerinde İdareden
Kaynaklanan Nedenlerle Süre Uzatımı ve Sonuçları

Doç. Dr. Agah ADAK 185

Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK. m. 89)

Av. Talih UYAR 198

İİK. mad. 89/IV'a Göre Açılan Tazminat Davası Sonucunda Verilen Karar
Hakkında "Tehiri İcra Kararı" Verilmesi İstenebilir mi? (İİK. 89; İİK. 36)

Av. Talih UYAR 271

6459 Sayılı Kanun ile Birlikte Yeni Düzenlemeler Uyarınca Tutuklama Kararına İtiraz Av. Sinem TOP	273
---	-----

KARAR İNCELEMESİ

Yargıtay 6. HD, 07.05.2012, E. 2012/3005, K. 2012/6787 Stj. Av. Doğukan ALGAN	296
---	-----

YARGI KARARLARI

Hukuk Bölümü	320
Ceza Bölümü	372

AİHM İÇTÜZÜK DEĞİŞİKLİĞİ

AİHM İçtüzük Madde 47 Değişikliği	384
--	-----

AİHM KARARI

Yeterli Açıklıkta Olmayan Arama Kararı, İfade Özgürlüğü ve Konuta Saygı Hakkını İhlal Etmektedir Çeviren: Av. Serkan CENGİZ	388
---	-----

DİZİN

.....	394
-------	-----

Yazı Günderecekler İçin Bilgi Notu

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

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

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

Yayın Kurulu'ndan

Değerli Meslektaşlarımız,

Değerli Hukukçular,

İzmir Barosu Dergisi'nin Eylül 2013 sayısı ile yeniden birlikteyiz. Makaleler, karar incelemesi ve yargı kararları ile kapsamlı bir dergi ile karşınızdayız.

Dergimizin "Hakemli Makaleler" bölümünde;

Yrd. Doç. Dr. Hüsnü Turanlı'nın hazırladığı "**Limited Şirket Hukukunda Gizli Kıyas**", Yrd. Doç. Dr. Zeynep Şişli'nin hazırladığı "**Geçersiz Fesihle Süresinde Başvurmayan ya da İşveren Çağrısına Rağmen İşe Başlamayan İşçinin Boşta Geçen Süre Ücretine Hak Kazanamayacağına İlişkin Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi ve Öneriler**" ve Av. Yeşim Dağoğlu'nun hazırladığı "**Hileli ve Taksirli İflas**" başlıklı makaleler yer almaktadır.

"Makaleler" bölümünde;

Av. Fatma Demirer'in hazırladığı "**Genelde Hukuk Davalarında, Özelde İse Boşanma Davalarında Dava Dışı 3. Şahısların Özel Hayatının Gizliliğini İhlal**", Yrd. Doç. Dr. Nebahat Kayaer'in hazırladığı "**Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri (Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları)**", Av. M. Efe Genit'in hazırladığı "**Kamulaştırmasız El Atma Davaları ve İlgili Yasal Düzenlemeler Üzerine Bir Değerlendirilme**", Doç. Dr. Agah Adak'ın hazırladığı "**Kamu İhale Rejimine Tabi Yapım Sözleşmelerinde İdareden Kaynaklanan Nedenlerle Süre Uzatımı ve Sonuçları**", Av. Talih Uyar'ın hazırladığı "**Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK.89)**", yine Av. Talih Uyar'ın hazırladığı "**İİK. mad. 89/IV'a Göre Açılan Tazminat Davası**

Sonucunda Verilen KararHakkında ‘Tehiri İcra Kararı’ Verilmesi İstenebilir mi? (İİK. 89; İİK. 36)” ve Av. Sinem Top’un hazırladığı “6459 sayılı Kanun ile birlikte Yeni Düzenlemeler Uyarınca Tutuklama Kararına İtiraz” başlıklı makaleleri okuyabilirsiniz.

Stj. Av. Doğukan Algan, **Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 07.05.2012 tarihli ve E. 2012/3005, K. 2012/6787 sayılı kararına ilişkin bir inceleme yazısıyla** dergimizin bu sayısında yer almaktadır.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvurularına ilişkin yeni şartlar getiren ve 1 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe giren AİHM İÇtüzük madde 47 değişikliği ile ilgili bir yazıyı ve Av. Serkan Cengiz tarafından çevirisi yapılan Saint-Paul Lüksemburg S. A. / Lüksemburg davasına ilişkin karar özeti çevirisini ve diğer yargı kararlarını bu sayıda sizlere sunuyoruz.

İzmir Barosu Dergisi Danışma Kurulu yeni katılımlarla daha da güçlendi.

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

Yeni bir sayıda tekrar buluşmak üzere...

Saygılarımızla.

HAKEMLİ MAKALELER

Limited Şirket Hukukunda Gizli Kıyas (The Concept Of Covert Analogy In The Law Of Limited Liability Companies)

■ Hüsnü TURANLI¹

ÖZET

Yeni Türk Ticaret Kanunu (YTTK) ile eski Türk Ticaret Kanunu'na (ETTK) göre hem anonim hem de limited şirket hükümleri çok daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Özellikle limited şirketler açısından, yeni düzenlemelerin yanı sıra anonim şirket hükümlerine gönderme yapılmış veya kıyas yoluyla birçok hükmün limited şirketler için de geçerliliği sağlanmıştır. Bu düzenlemelerle birlikte, limited şirket hukuku anonim şirket hukukuna çok yakınlaştırılmıştır. Bununla birlikte, anonim şirketlere ait bazı düzenlemeler, limited şirketler için bilinçli ya da bilinçsiz olarak öngörülmemiştir. Makalede, boşluk bulunan birtakım hususlarda gizli kıyas müessesesi yoluyla anonim şirket hükümlerinin limited şirketlere uygulanabilirliği incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Yeni Türk Ticaret Kanunu, limited şirket, kıyas, anonim şirket.

SUMMARY

With the new Turkish Commercial Code (NTCC) both the provisions on the joint stock and the limited liability companies are regulated in a more detailed way compared to the previous Commercial Code. Especially, a good deal of provisions on joint stock companies have been made applicable for the limited liability companies through the direct

1 Yrd. Doç. Dr., İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

reference or analogy methods. The law of Joint Stock Company has been approximated with the law of limited liability company by means of these provisions. However some provisions on joint stock company have not been envisaged for the limited liability companies either intentionally or unintentionally. In this article, the applicability of the provisions for joint stock companies through covert analogy on some issues creating a gap for limited liability companies has been studied.

Key Words: New Turkish Commercial Code, limited liability company, analogy, joint stock company.

GİRİŞ

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu (YTTK) incelediğimizde, özellikle şirketler hukuku alanında önemli bir değişiklik dikkatimizi çekmiştir. Anonim ve limited şirketlere ilişkin düzenlemeler eskisine oranla hem nicelik hem de nitelik olarak çok daha kapsamlıdır. Örneğin anonim şirketler, ETTK'da 206 madde (269-474), limited şirketler ise 54 madde (503-556) ile düzenlenmişken, YTTK'da anonim şirketler toplam 234 madde (329-563), limited şirketler ise toplam 72 madde (573-644) ile düzenlenmiştir. Şahıs şirketlerine ilişkin hükümlerde ise önemli bir farklılık olmamıştır. Aynı şekilde, sermaye şirketleri arasında sayılan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere ilişkin hükümlerde de fazla bir farklılık yoktur.

Kanun koyucunun sermaye şirketlerine (anonim ve limited) ilişkin bu kadar kapsamlı hüküm öngörmesinin başlıca nedeni, mehz kanunlardaki düzenlemelerin yanı sıra uygulamada da özellikle anonim ve limited şirketlerin nicelik olarak son yıllarda büyük artış göstermeleridir.² Bazı işgal alanlarında faaliyet gösterecek şirketlerin sadece anonim şirket şeklinde kurulmaları özel kanunlarla zorunlu kılınmıştır (5411 sayılı Kanun ile bankalar, 5684 sayılı Kanun ile sigorta ve reasürans şirketleri, 6362 sayılı Kanun ile yatırım kuruluşları, yatırım ortaklıkları, portföy yönetim şirketleri, 6361 sayılı Kanun ile finansal kiralama, faktöring ve finansman şirketleri). Öte yandan KOBİ olarak faaliyet

2 Türkiye'de 2011 yılsonu itibariyle yaklaşık 98 bin adet anonim şirket, 744 bin adet limited şirket olduğu açıklanmıştır. http://www.zaman.com.tr/ekonomi_yeni-turk-ticaret-kanununda-en-cok-elestirilen-39-madde-nasil-degisecek_1290785.html (20.06.2013)

gösteren şirketlerin büyük bölümü limited şirket olarak kurulmuştur.³ Diğer bir deyimle ticari hayat, son yıllarda sermaye şirketleri üzerine tesis edilmektedir. Dolayısıyla sermaye şirketlerine ilişkin hükümlerin ayrıntılı, anlaşılır ve mümkün olduğunca boşluk bırakmayacak şekilde düzenlenmesi önem taşımaktadır.

Eski Kanun döneminde sınırlı sayı ilkesi bağlamında beş tür olarak (ETTK m.136, kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif) ifade edilen ticaret şirketleri, YTTK'da sayısal olarak değişmemiş ancak ticaret şirketlerinin tasnifi daha belirgin biçimde, şahıs (kollektif ve komandit) ve sermaye (anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket) şirketleri şeklinde ifade edilmiştir (YTTK m. 124/2). Limited şirket de bu tasnifte sermaye şirketi olarak yerini almıştır.

Eski Kanun döneminde limited şirket bir "karma şirket" olarak vasıflandırılmıştı.⁴ Bunun nedeni, limited şirketin hem sermaye hem de şahıs şirketlerinin (özellikle kollektif şirket) bazı özelliklerini taşımaları idi.⁵ Esasen eski Kanun döneminde limited şirketin şahıs şirketine özgü unsurları daha ağırlıklıydı. Örneğin, ortaklara yönetim bir hak ama aynı zamanda bir görev olarak yüklenmişti.⁶ Ortakların sayısının yirmi ya da yirmiden az olduğu limited şirketlerde ise şahıs şirketi öğeleri çok daha belirgindi. Bir başka örnekte ise, yönetim hak ve görevi tüm ortaklara ait değilse müdür sıfatına sahip olmayan tüm ortakların ETTK 548/2 uyarınca, EBK m. 531'e uygun olarak şirketi denetleyebilmesi kabul edilmişti. Yeni düzenlemede söz konusu hükümlere yer verilmemiştir. Bununla birlikte şahıs şirketlerine ait bazı özellikleri muhafaza edilmiştir.⁷

YTTK'da limited şirkete ait hüküm sayısı da önemli miktarda artış göstererek, 54'ten 72'ye çıkarılmıştır.⁸ Ayrıca, limited şirketlerde de

3 Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013, s.618.

4 Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 782.

5 Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, s.615.

6 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 783.

7 Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s.316.

8 Bilgili/Demirkapı, s.616.

"özden organ" ilkesi terk edilerek "seçilmiş yönetim ilkesi" benimsenmiştir.⁹

YTTK'da limited şirketlere ilişkin düzenlemelerin temel kaynak İsviçre Borçlar Kanunu olmuştur.¹⁰ İsv. BK'daki limited şirket hükümleri (m.772-827) 2005 yılında yeniden düzenlenmiş ve kabul edilmiş ve 2008 yılında yürürlüğe girmiştir. Adeta reform niteliğindeki bu değişikliklerle limited şirket, anonim şirkete daha çok yakınlaştırılmıştır.¹¹

YTTK hazırlanırken İsv. BK hükümleri esas alınmakla birlikte Türk yazarların ve Yargıtay kararlarının da etkisiyle kendisine özgü bir limited şirket hukuku oluşturulmuştur.¹² Limited şirket, şahıs şirketlerine özgü bazı öğelerden arındırılmış ve sermaye şirketlerine yakın bir yapıya kavuşturulmaya çalışılmıştır.¹³ Bu çerçevede, limited şirket hükümleri sayısal olarak artırılmış, bunun yanı sıra anonim şirketlere ait birçok düzenleme, ya doğrudan gönderme yapılarak ya açık bir biçimde kıyas yolu ile limited şirketler için de geçerli kılınmıştır.¹⁴

Limited şirketler hukukundaki söz konusu değişiklikler büyük oranda ihtiyacı karşılamakla birlikte bir sermaye şirketinde olması gereken bazı düzenlemelerin Kanunda yer almadığı görülmektedir. Örneğin, imtiyazlı pay sahipliği mümkün olmakla birlikte imtiyazlı pay sahibi özel kuruluna ilişkin bir düzenleme yapılmadığı gibi anonim şirketlere de gönderme yapılmamıştır. Kanun koyucunun bilinçli veya bilinçsiz olarak limited şirketlerde, anonim şirketlere gönderme yapılabilecek, kıyasen uygulanabilecek ya da bağımsız olarak düzenlenebilecek bazı hususları açıkta bıraktığı görülmektedir. Diğer bir deyimle bazı kanun boşluklarına rastlamak mümkündür.

-
- 9 Bahtiyar, s. 316, Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Güncellenmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 444. (Yeni Hukuk)
 - 10 Tekinalp, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 345. (Yeni Ortaklık), Tekinalp, s. 455. (Yeni Hukuk)
 - 11 Pulaşlı, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Adalet Kitapevi, Ankara, 2011, s.1992 (Şerh), Tekinalp, s. 333 (Yeni Ortaklık)
 - 12 Tekinalp, s. 455. (Yeni Hukuk), İsviçre limited şirket hukuku ile Türk limited şirket hukukunun kısa bir mukayesesi için bkz. s. 455-456.
 - 13 Tekinalp, s. 444. (Yeni Hukuk)
 - 14 Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, İzmir, 2012, s. 625, Bahtiyar, s. 315, Bilgili/Demirkapı, s.616.

Kanun koyucunun söz konusu boşlukları bilinçli olarak mı yarattığı sorusu, aslında bir başka meseleyi de gündeme taşımaktadır. Limited şirketler, yeni düzenlemeyle sermaye şirketi grubunda yer almakla birlikte şahıs şirketi özellikleri de tamamen bertaraf edilmemiştir. Başka bir deyimle, limited şirket küçük bir anonim şirket değildir.¹⁵ Şahıs şirketlerindeki ortaklar arasındaki bağların sıklığı, ortaklık hak ve sorumlulukları, şirkette çıkma, çıkarılma, pay devrinin denetimi vb. hususlar limited şirketlerde muhafaza edilmiştir. Limited şirketlerde ortakların nicel çoğunluğu hala daha önem taşımaktadır. Örneğin YTTK m. 151/1c gereği birleşme kararının onaylanmasında "sermayenin en az dörtte üçünü temsil eden paylara sahip bulunmaları şartıyla, tüm ortakların dörtte üçünün oylarının" aranması ortak sayısının önemine işaret etmektedir. Dolayısıyla, kanun koyucunun, limited şirketleri anonim şirketlere yakınlaştırmakla birlikte küçük bir anonim şirket oluşturmak gibi bir maksadının olmadığı söylenebilir. Esasen böyle bir ihtiyaç da yoktur.

Limited şirketlerin sermaye şirketi grubuna dâhil edilmesiyle birlikte sermaye şirketlerine ve özellikle anonim şirkete mahsus birçok ögenin limited şirket için de uygulanabilir olması olağandır. Kaynak Kanunda da birçok limited şirket hükmü için anonim şirkete gönderme yapılmıştır. Bununla birlikte kaynak Kanunda kıyas yoluna başvuru yoktur. Oysa YTTK'da hem gönderme hem de kıyas yoluyla uygulama yöntemleri düzenleme içinde yer almıştır. Bununla birlikte, limited şirkete sermaye şirketinin bazı öğeleri yüklenirken bu öğeleri düzenleyen hükümlerde bilinçsiz olarak bazı boşluklar bırakıldığı düşünülmektedir. Bu noktada kanunen öngörülenlerin dışında ilave bazı konularda da kıyasa başvurulabileceği düşünülmektedir.

Makalemizin iki farklı amacı mevcuttur. Birincisi, limited şirketlere ait düzenlemelerin gönderme ve kıyas yolları da göz önüne alınarak gerçek kapsamını ortaya koyabilmek ikincisi ise, mevcut kıyas hükümlerinin yanında boşluk olduğu düşünülen diğer konular için de kıyas yolunun uygulanabilirliğini incelemektir. Bu bağlamda, öncelikle eski Kanunda olup da muhafaza edilen hükümler ve doğrudan veya kıyas

15 Tekinalp, s. 333. (Yeni Ortaklık), Tekinalp daha sonraki kitabında fikrini değiştirmiş ve limited şirketi küçük anonim şirket olarak tanımlamıştır bkz. Tekinalp, s. 444 (Yeni Hukuk).

yoluyla anonim şirketlere yapılan göndermeler ele alınmış, daha sonra da boşluk olan konuların yine kıyas yoluyla doldurulup doldurulamayacağı ele alınmıştır.

1. MUHAFAZA EDİLEN HÜKÜMLER

Limited şirketlere ilişkin hükümlerin bir bölümü, ETTK hükümlerinin aynısı ya da bazı fıkralarının ayrı birer madde olarak aktarılmış şeklidir. Bu çerçevede, şirket sözleşmesini düzenleyen 575. madde, tüzel kişiliğe dair 588. madde, esas sermayenin artırılmasına dair 590. madde, rüçhan hakkını düzenleyen 591. madde ve esas sermayenin azaltılmasını düzenleyen 592. madde hükümleri ETTK'dan aynen alınmış ya da bazı ufak değişiklikler yapılmıştır.

ETTK m. 519'da yer alan pay defteri, YTTK 594. maddesi hükmü ile daha öz bir biçimde düzenlenmiştir. Esas sermaye payı üzerinde paylı mülkiyeti düzenleyen 599. maddesi hükmü, ETTK m. 527'nin tekrarı niteliğindedir. Ortaklara ödenen esas sermaye payı bedelinin geri verilmesini yasaklayan 601. maddesi hükmü, ETTK m. 528'in tekrarıdır.

Limited şirketlerin kuruluşu aşamasında, esas sermaye paylarının ödenmesi konusunda, YTTK'nın kabul edilen ilk düzenlemesinde esas sermaye payının nakit kısmının tamamen ödenmesi öngörülmüştü. Bu nedenle, 602. maddenin gerekçesinde ETTK 529-531. maddeleri hükümlerinin gereksiz olduğu belirtilmişti. Ancak 26.06.2012 tarih ve 6335 S.K. m. 31 ile değiştirilen YTTK 585. maddesi hükmü ile esas sermaye paylarının ödenmesi hususunda anonim şirket hükümlerinin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.

YTTK'da kar payı ve yedek akçeleri düzenleyen 608. maddesi hükmü, ETTK m. 533'e benzemekle birlikte daha ayrıntılı bir hükümdür. Gerekçede de belirtildiği gibi hükmün 2. fıkrası yenidir. YTTK m. 609-611, ETTK m. 533/2, m. 534-535'in tekrarı niteliğindedir. YTTK 616. maddesi hükmü, ETTK 539. maddesi hükmünde olduğu gibi, genel kurulun devredilemez yetkilerini Gerekçe'de de belirtildiği gibi farklı bir sistem çerçevesinde düzenlemektedir. YTTK m. 619, ETTK m. 537/3. fıkrası hükmünü genişleterek düzenlemiştir. YTTK m. 622, ETTK m. 536/4'ün "kararların geçersizliği" halini de içerecek şekilde bir tekrarıdır.

YTTK m. 626/2. fıkrası hükmü, ETTK 547. maddesi hükmünün yerini almakla birlikte, Gerekçede de açıklandığı gibi kazuistik yöntem kullanmak yerine daha genel bir yaklaşım ortaya konulmuştur.

YTTK m. 629/1, ETTK m. 542'nin tekrarıdır. Aynı şekilde, YTTK m. 631, ETTK m. 545'in tekrarı niteliğindedir. Ancak, eski düzenlemelerden farklı olarak, müdüre tevdi edilen ticari temsilciyi (ticari mümessil) ve ticari vekilin görevden alma yetkisi, 623. madde ve genel kurul tarafından atanan ticari temsilci ve ticari vekillerin görevden alınması halini kapsamamaktadır. Gerekçede, YTTK m. 632 ile ETTK m. 542'nin tekrarı olduğu belirtilmekle birlikte, sadece m. 542/2'nin tekrarı olduğu görülmektedir. ETTK m. 542/1'de müdürlerin temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları hakkında anonim şirket yönetim kuruluna ilişkin m. 321 hükmünün uygulanacağı belirtilmişti.

Limited şirketlerde sona erme ve ayrılma konusunu düzenleyen Beşinci Bölüm'de, limited şirketi şahıs şirketine yaklaştıran çıkma-çıkarma gibi özgün konular düzenlenmekle birlikte, YTTK m. 643 ile tasfiye usulü ve tasfiyede şirket organlarının yetkileri hakkında anonim şirket hükümlerine gönderme yapılmıştır.

Görüldüğü gibi limited şirkete ait yirmi madde, ETTK hükümlerinin tekrarı niteliğindedir.

2. ANONİM ŞİRKETLERE DOĞRUDAN GÖNDERME YAPILAN KONULAR

2.1. GENEL OLARAK

Gönderme (atıf-yollama), kanun yapma tekniğinde sıklıkla kullanılan bir yöntemdir. Kimi zaman genel bir gönderme -TMK m. 5 gereğince, TBK genel hükümlerinin diğer özel hukuk ve bu arada medeni hukuk ilişkilerine de uygun olduğu ölçüde uygulanacağı¹⁶- şeklinde, kimi zaman da belirli kanun maddeleri zikredilerek özel biçimde yapılabilir. Örneğin YTTK m.1/2 ile hâkimin, hakkında ticari hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere başvurusu öngörülmüştür.

16 Eren, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanun hükümlerine Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, 2012, s.12.

Şirketler hukukunda ise, hem eski hem de yeni TTK'da gönderme yönteminin uygulandığını görmekteyiz. Örneğin genel hükümleri düzenleyen YTTK Şirketler Hukuku Kitabı Birinci Kısımda, uygulanacak kanun hükümleri bağlamında, TMK'nın tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile TBK'nın adi şirkete ilişkin hükümlerinin, her şirket türünün niteliğine göre ticaret şirketlerine de uygulanacağı öngörülmüştür (YTTK m.126).

Şirketlere ilişkin düzenlemelerde, özellikle limited şirketler bölümünde, anonim şirketlere ilişkin çok sayıda hükme gönderme mevcuttur.¹⁷ **YTTK'da limited şirketler hakkındaki toplam yedi maddede anonim şirketlere ilişkin elli maddeye doğrudan gönderme yapılmıştır.**¹⁸

YTTK'da, anonim şirketlere ilişkin doğrudan yapılan göndermeler iki grupta toplanmaktadır. Bunlardan ilki, belirli bir maddeye değil genel olarak "anonim şirketlere ilişkin hükümler"e gönderme şeklindedir (YTTK m. 578, 609, 634, 635,643). Diğer grupta ise gönderme yapılan kanun maddeleri açık olarak belirtilmiştir (YTTK m. 610, 644). Aşağıda, anonim şirketlere gönderme yapılan konulara yer verilmiştir.

2.2. GÖNDERME YAPILAN HUSUSLAR

2.2.1. Aynı Sermaye, Aynı veya İşletmelerin Devralınması ve Özel Menfaatler

YTTK 578. maddede "aynı sermaye, ayınlara veya işletmelerin devralınması ve özel menfaatler hakkında anonim şirkete ilişkin hükümler uygulanır" hükmü mevcuttur. Buradan yapılan çıkarımla, anonim şirkete ilişkin m. 342 (aynı sermaye konulabilecek mal varlığı unsurları), m. 343 (değer biçme), m. 348 (kurucu menfaatleri) ve m. 356 (kanuna karşı hile) hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varılabilir. Ancak, aynı sermaye konusunu düzenleyen 581. madde, 342. madde nin tekrarıdır.

17 Pulaşlı, s.2026 (Şerh).

18 Kaynak İsv. BK'a bakıldığında, limited şirketlere ilişkin onyedinci hükümde (774, 781, 782, 783, 798/a, 798/b, 799, 800, 801, 808, 816, 818, 819, 820, 821, 826, 827) anonim şirket hükümlerine gönderme yapılmıştır.

Limited şirkete aynı sermaye getirilmesi durumunda aynı sermayeye değer biçilmesi hakkında 343. madde hükmünün uygulanacağı açıktır. Ancak "mal bedelleri ve kurucu menfaatleri" başlıklı 582. madde ile "kurucu menfaatleri" anonim şirketlere ilişkin 348. madde tamamen farklıdır. Bu durumda kurucu menfaatlerine ilişkin olarak ayrıntılı bir düzenleme getiren 348. maddesi hükmünün limited şirketler açısından uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir belirsizlik olduğu düşünülebilir. Oysaki anonim şirketlere ilişkin 348. maddesi hükmü, ETTK m. 298'de olduğu gibi, şirketin faaliyet dönemi açısından "sermayenin korunması" ilkesine hizmet etmektedir.¹⁹

YTTK m. 348/1 son cümlesinde "kurucular için intifa senedi çıkarılabileceği ve şirketin kâr etmesi durumunda dağıtılabılır kârdan kuruculara intifa senedi bağlamında bir ödeme yapılabileceği" öngörülmüştür. Sermayenin korunması ilkesi anonim şirketler için olduğu kadar limited şirketler için de geçerlidir. Bu bakımdan 348. maddenin, elverdiği ölçüde limited şirketlere de uygulanması gerekmektedir. Öte yandan, limited şirketlerde de intifa senedi çıkarılabileceği hükme bağlanmış ve bu hususta anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla limited şirketlere de uygulanabileceği belirtilmiştir (m. 584).

Gönderme yapılan bir başka husus ise, "Kanuna karşı hile" başlığı altında anonim şirketlerde, şirketin tescilini takip eden iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmelerin genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmayacağına ilişkin hükümdür (YTTK m. 356/I). Genel kurulun toplantı nisabı, kıyasen 621. maddede belirtilen önemli kararlara dair nisap olmalıdır. Zira anonim ortaklıklar bakımından da 356. maddenin 3. fıkrası gereğince, toplantı ve karar nisabı hakkında 421 inci maddenin ağırlaştırılmış nisap öngören (payların % 75'inin olumlu oyu) üçüncü ve dördüncü fıkraları uygulanır. Genel kurul onayı bir esas sözleşme değişikliği olmadığından burada 589. madde uygulanamaz. Diğer taraftan, bu düzenleme sermayenin korunması ilkesine hizmet ettiği ve anonim ortaklıklarda da

19 Sermayenin korunması, şirketin kuruluş dönemine ve faaliyet dönemine ilişkin olarak öngörülmüş çeşitli emredici hükümlerle güvence altına alınmıştır. Bu hususta bkz. Türk, Ahmet; Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999, s.57 vd.

ağırlaştırılmış karar nisabına bağlandığı için, burada limited ortaklıkta olağan karar nisabını düzenleyen 620. madde hükmü de uygulanamaz.

2.2.2. Hazırlık Dönemi Faizi

YTTK m. 609'da limited şirketlerde, esas sermayeye ve ek ödemelere faiz verilemeyeceği, şirket sözleşmesiyle hazırlık dönemi faizi ödenmesinin mümkün olduğu ve bu durumda anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.²⁰ Öncelikle vurgulanması gereken husus, anonim şirketlerde de sermaye için faiz ödenmesinin yasak olduğudur (YTTK m. 509/1). Bununla birlikte, işletmenin tam olarak faaliyete geçtiği döneme kadar geçecek süre için hazırlık dönemi faizi ödenebileceği öngörülmüştür (YTTK m. 510/1). Amacı ise, başlangıçta kâr sağlayamayacak şirketlere yatırım yapmayı düşünen pay sahiplerinin teşvik edilmesidir.²¹ Esas sözleşmede faizin en geç ne zamana kadar süreceği belirtilmelidir (YTTK m. 510/1 son). Öte yandan, şirketin yeni paylar çıkararak sermaye artırımına gitmesi durumunda en geç yeni yatırımın işletmeye alındığı güne kadar faiz ödenmesi kabul olunabilir (YTTK 510/2). Her iki durumda da faiz maliyeti "özellikli varlık niteliğindeki yatırımların" maliyetine yüklenmelidir. ETTK 471. maddesinde yer alan "tesisat hesabı" yerine "özellikli varlık niteliğindeki yatırım" kavramı kullanılmıştır. Ayrıca faiz ödenmesi için Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olma koşulu da getirilmiştir.

Limited şirketlerde de şirket sözleşmesi ile ilk kuruluşta işletmenin faaliyete geçtiği döneme kadar, sermaye artırımında ise yeni yatırımın işletmeye alındığı tarihe kadar faiz ödenmesi öngörülebilir.

2.2.3. Finansal Tablolar ve Yedek Akçeler

YTTK m. 610 ile finansal tablolar ve yedek akçeler konusunda anonim şirketlere ilişkin 514 ila 527. maddelere gönderme yapılmıştır.²² ETTK'da da bu konularda anonim şirket hükümlerine gönderme

20 İsv. BK.798a2 ile bu konuda anonim şirket hükümlerine gönderme yapılmıştır.

21 Pulaşlı, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Kitabevi, Ankara, 2012, s. 768.

22 İsv. BK.800 ile yedek akçeler konusunda anonim şirketler hükümlerine gönderme yapılmıştır.

yapılmıştı. Gerekçede de bu husus vurgulanmıştır. Hem anonim hem de limited şirketler, temel olarak sermaye şirketi grubundadır. Her iki şirketin de sermaye şirketi olduğu YTTK m. 124/2'de açıkça ifade edilmiştir. Limited şirketlerin anonim şirketlerden farklı olarak şahıs şirketine özgü birtakım özellikleri de bulunmakla birlikte, YTTK'nın limited şirkete ilişkin hükümleriyle bu şirket tipinin sermaye şirketi özellikleri daha da pekiştirilmiştir. Özellikle YTTK bakımından her iki şirketin finansal yapılarında büyük bir farklılık bulunmamaktadır. Bu bakımdan, finansal tablolar ve yedek akçe konularında anonim şirketlere gönderme yapılması yerindedir.

2.2.4. İflasın Ertenilmesi

Anonim şirketlere doğrudan gönderme yapılan diğer bir husus ise iflasın bildirilmesi veya ertelenmesidir (m. 634). Anonim şirketlerde iflasın bildirilmesi ve ertelenmesi konusundaki düzenleme 377. maddede yer almaktadır. Yönetim kurulu veya bir alacaklı, mahkemeye, bir iyileştirme projesi sunarak iflasın ertelenmesini isteyebilir (m. 377).

2.2.5. Denetim

Limited şirketlerde denetim meselesi de tümüyle anonim şirketlere gönderme yapılarak çözümlenmeye çalışılmıştır (m. 635).²³ Anonim şirketlerde denetim, Üçüncü Bölüm olarak m. 397 ila 406 arasında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, 28.03.2013 tarih ve 6455 Sayılı Kanun'un 80. maddesi ile YTTK m. 397'ye eklenen 5. fıkra hükmü ile limited şirketler denetim dışında bırakılmıştır. Sonuç olarak hâlihazır düzenlemeye göre limited şirketlerin denetimi söz konusu değildir.

2.2.6. Tasfiye

Anonim şirketlere doğrudan gönderme yapılan diğer bir husus ise tasfiye konusudur (m. 643).²⁴ ETTK'da da tasfiye meselesi, anonim şirket hükümlerine gönderme yapılarak çözümlenmişti (ETTK m. 552). Anonim şirketlerde tasfiye, YTTK'nun 533-548 hükümleriyle toplam onaltı madde halinde düzenlenmiştir.

23 İsv. BK. 818'de limited şirketlerde denetçilik için anonim şirket hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

24 İsv.BK.826/II'de sona ermeye ilişkin konular için anonim şirket hükümlerine gönderme yapılmıştır.

2.2.7. Sorumluluk, Fesih, Borçlanma Yasağı, Müdürler Kurulu Kararlarının Geçersizliği

Anonim şirketlere doğrudan gönderme yapılan diğer konular, 644. maddede toplanmıştır. Gerekçede, söz konusu maddenin ETTK 556. maddesini karşıladığı belirtilmektedir. Ancak kapsam itibarıyla bakıldığında, 644. madde, ETTK 556. maddesinden çok daha geniş biçimde, adeta unutulmuş ya da yer kalmadığı için sıkıştırılan birçok hükmün içtiğidir. Bir yandan hukuki ve cezai sorumluluklar, öte yandan fesih, borçlanma yasağı, kâr payı avansı, yönetim kurulu kararlarının butlanı, müdürlerin bilgi alması gibi birbiriyle hiçbir bağı bulunmayan konular aynı maddede toplanmıştır.

YTTK m. 644 bağlamında ilk önce hukuki ve cezai sorumluluklara ilişkin 549, 550, 551, 553, 554 ile 561. maddelere gönderme yapılmıştır (toplam 12 madde) (644/I a). Daha sonra, feshe ilişkin 353²⁵, şirkete karşı borçlanma yasağına ilişkin 358, müdürlerin yakınlarının şirkete borçlanmasına ilişkin 395/II c.1 ve c.2 ile kar payına ilişkin 509/III'e gönderme yapılmıştır (644/I b). Burada vurgulanması gereken husus, 644/1 b ile 358. madde hükmünün uygulanması sonucu ortaklar sermaye taahhüdünden doğan borçlarını yerine getirmedikleri sürece ve şirketin serbest yedek akçeleri ile beraber karı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamazlar.²⁶

Müdür veya müdürler kurulunun kararlarının hükümsüzlüğü için yönetim kurulu kararlarının geçersizliğini düzenleyen 391. maddeye gönderme yapılmıştır (644/I c). Son olarak 549 ile 551. maddelere aykırı hareket edenlerin 562/VIII ile 562/X fıkralarında öngörülen cezalarla cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır.

Sonuç olarak, limited şirketlerle ilgili olarak anonim şirketlere ilişkin toplam elli madde hükmüne doğrudan gönderme yapılmıştır.

25 İsv.BK. 819'da, şirketin kuruluşundaki eksikliklerle ilgili olarak anonim şirket hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

26 Tekinalp, s.449 (Yeni Hukuk).

3. ANONİM ŞİRKETLERE KIYAS YOLUYLA GÖNDERME YAPILAN KONULAR

3.1. Kıyas Kavramı ve Türk Hukukundaki Konumu

Kıyas, Roma Hukukundan bu yana uygulanagelen bir boşluk doldurma yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kıyas, özel hukukta hukuk yaratmanın en önemli araçlarından biridir.²⁷

Kıyas, medeni hukukumuzda, kanunda boşluk olması halinde yorum yanında yargıcın başvurduğu boşluk doldurma yöntemlerinden biridir. Konumuz itibariyle kanun boşluğu ve kural yaratma meselesine de kısaca değinmek gerekecektir.

Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesiyle yargıca, bir boşluk olduğu takdirde yani kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiye ona göre karar verebilme hak ve yetkisi tanınmıştır. Diğer bir deyimle yargıca kural yaratma olanağı sağlanmıştır.²⁸ Böyle bir olanağın tanınmasının temel dayanağı, kanun koyucunun karşılaşılabileceği tüm meseleleri kanunla eksiksiz çözümlemesinin mümkün olmasıdır.²⁹

Medeni hukukta yargıcın somut olayla ilgili kanuni bir düzenleme olmaması durumunda kanun boşluğunun varlığı kabul edilmiştir ve bu boşluğun ne şekilde doldurulması gerektiği konusunda birçok görüş mevcuttur.³⁰ Yargıcın, kanunda boşluk bulunan hallerde boşluk doldurma yoluna başvurulması kabul edilen bir yöntemdir.³¹

27 Yongalık, Aynur, İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi, AÜHK 85.Kuruluş Yılı Açılış Dersi, 05 Kasım2010, AÜHF Dergisi, 2011, s.10.

28 Kırca, Çiğdem, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologischereduktion), AÜHF Dergisi, 2001, s.97.

29 Sözer, Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, Beta Yayınları, İzmir, 2008, s.149.

30 Serozan, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Genişletilmiş 2.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul,2008, s. 122 vd. Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar,15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 106 vd., Hatemi Hüseyin, Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, Vedat Kitapçılık, 2011, s.102 vd., Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Karaman, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 9.Bası, İstanbul, Eylül 2012, s.126.

31 Kırca, s.1.

Boşluk, bir tanıma göre "herhangi bir eylem, davranış veya ilişkinin çözümlenmesine yarayacak bir hükmün kanunda yorum yoluyla dahi çıkarılmadığı durum"dur.³² Bir başka tanımda ise "pozitif hukukun içerisindeki plana aykırı eksiklik" olarak ifade edilmiştir.³³ Boşluk, "çı-karsamanın, olanaklı olmadığı, yani yorum yöntemlerinin olumlu sonuç veremediği hallerde ortaya çıkan durum" olarak da tanımlanmaktadır.³⁴

Boşluk, kasıtlı olabildiği gibi kanun koyucunun ihmali (özen), bilinçli bir olumsuzlama veya bilinçsiz bir savsaklamadan da kaynaklanabilir.³⁵ Kasıtlı boşlukta ise aslında bir yasa boşluğu değil konunun düzenleme kapsamına alınmak istenmemesi söz konusu olmaktadır.³⁶

Öte yandan, yargıcın, kanun boşluğu olduğu hallerde bu boşluğu doldurmak için "dava konusu olayla aynı tipteki olaylara uygulanabilecek genel ve soyut nitelikli bir kural koyma zorunluluğu da" söz konusu olabilmektedir.³⁷ Bu gibi durumlarda yargıç, boşluk doldurma çabasında, gerçekte var olmayan olguları varmış gibi davranmamalı, sadece somut olayın gereklerini karşılayan basit yorum yöntemlerinden kaçınmalıdır.³⁸

Kanunda, uyumsuzluk konusu olaya olumlu ya da olumsuz herhangi bir çözüm getiren kuralın mevcut olmadığı durumda gerçek boşluk söz konusu olmaktadır.³⁹ Gerçek olmayan boşlukta ise, kanunun düzenleme biçiminin yetersizliği söz konusudur.⁴⁰

Yargıç, kanun boşluğu ile karşılaştığında, kanunun benzer durumları düzenlediği ancak uyumsuzluk konusu olayı kapsamayan bir düzenlemeden öncelik (evleviyet) veya kıyas (örnekseme) yoluyla yararlanabilir, diğer düzenlemenin ruhunu göz önünde tutabilir, öğreti ve içtihatlarından yararlanabilir, ayrıca karşılaştırmalı hukuka da başvurabilir.⁴¹

32 Akipek/Akıntürk/Karaman, s.126.

33 Canaris, Kırca'dan aktarma, s.92.

34 Sözer, s.114.

35 Serozan, s.124, Hatemi, s.102, Sözer, s.116.

36 Sözer, s.123. Yazar burada, "vasıflı susma" dan söz etmektedir.

37 Oğuzman/Barlas, s.104.

38 Oğuzman/Barlas, s.105.

39 Hatemi, s.102, Akipek/Akıntürk/Karaman, s.126, Sözer, gerçek boşluk için açık boşluk da terimini de kullanmıştır. Bkz s.118.

40 Akipek/Akıntürk/Karaman, s.126.

41 Oğuzman/Barlas, s.106. vd., Serozan, s.123.

Öte yandan yargıcın yarattığı kural, bir kanun hükmü değildir ve dolayısıyla bu kurala dayanarak verdiği karar da ilke olarak benzer olaylarda bağlayıcı değildir, meğer ki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla bağlayıcı hale getirilsin.⁴²

Hukukumuzda gerçek boşluk yanında bir de örtülü boşluklardan da söz edilmektedir.⁴³ Gerçek boşluk doldurmanın kanuni dayanağı TMK m. 1 iken, örtülü boşluk doldurmanın kanuni dayanağı ise TMK m. 2 olarak ileri sürülmektedir.⁴⁴ Burada açık boşluktan farklı olarak örtülü boşluğa yol açan hükmün daraltılması söz konusu olacaktır. Çünkü kanun koyucu genel kuralı somut olayın özelliklerine göre sınırlayacak bir kural öngörmeyi unutmamıştır.⁴⁵ Yani aslında kanun koyucuya yönelik bir kusura da değinilmektedir.

Açık boşlukların doldurulmasında ilk başvurulan yöntem kıyas (örnekseme) yöntemidir.⁴⁶ Kıyas (analogie), özel hukukta boşluk doldurmada yaygın olarak kullanılan bir yöntemdir.⁴⁷ Kıyas, Arapça kökenli bir sözcük olup "bir tutma, denk sayma, karşılaştırma, örnekseme" gibi anlamlara gelmektedir.⁴⁸ Kıyas, **"kanunda belirli bir olgu için öngörülmiş olan bir kuralın korunan menfaatler açısından ona benzeyen ama şeklen ve lâfzen öngörülmemiş başka bir olguya uygulanmasıdır"**.⁴⁹ Bir başka tanımla da **"bir kanun hükmünün benzer bir olaya uygulanmasıdır"**.⁵⁰

Tanımlardan da anlaşılacağı gibi, kıyas müessesesinin temel unsurları, bir kuralın mevcudiyeti, bu kuralda ortaya konulan ilkenin, hakkında kural olmayan benzer nitelikteki bir olgu için de uygulanmasıdır. Burada söz edilen benzerlik, "bazı bakımlardan aynılık bazı bakımlardan da farklılık olması anlamına gelir".⁵¹

42 Oğuzman/Barlas, s.108.

43 Hatemi, s.105, Kırca s.97.

44 Serozan, s.132.

45 Hatemi, s.105.

46 Kırca, s.97.

47 Serozan, s.126.

48 Bkz TDK Sözlüğü, <http://tdkterim.gov.tr/bts> (20.05.2013).

49 Serozan, s.126, Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2006, s.156, Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 5, Ankara 1987, s.143.

50 Akipek/Akıntürk/Karaman, s.132.

51 Sözer, s.184.

Kıyasa benzeyen bir başka yöntem olarak kanun yapmada kullanılan gönderme (atıf) ile kıyas aslında çok farklı kavramlardır. **Gönderme, kanun koyucu tarafından benzerin benzere bağlanması, kıyas ise uygulayıcı tarafından yapılan benzetme sonucu yapılan uygulamadır.** Gönderme yapıldığında artık boşluk veya kıyastan söz edilemez.⁵²

Kıyası, evleviyetle (öncelikle) uygulama yönteminden ayıran husus ise, kıyasta uygulanacak hükmün somut olaydaki olgularla tümüyle aynı olmasının gerekmeşidir.⁵³ Örneğin "özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin mevcut olduğu hallerde özel kanunda öngörülen kural öncelikle uygulanır".⁵⁴ Bazı durumlarda kıyasa kanunun açık hükmü gereği bazı durumlarda ise yargıcın takdiri ile başvurulabilir.⁵⁵

Kıyas kendi içinde basit kıyas veya hukuki (ilke) kıyası gibi sınıflara ayrılmıştır.⁵⁶ Basit kıyas daha çok münferit kurallara ilişkin iken, hukuki kıyas, yargıcın örnekseme dayanağı oluşturabilecek hiçbir kuralla karşılaşmaması durumunda söz konusu olur. Yargıç bu durumda gerçek anlamda bir kanun boşluğu ile karşı karşıya kalmıştır ve hukukun genel ilkelerinden yararlanması gerekecektir.⁵⁷

Kıyas bir başka ayırmada "yasa kıyası" ve "hukuksal kıyas" olarak da sınıflandırmaya tabi tutulmuştur.⁵⁸ "Yasa kıyası (münferit kıyas), belirli bir yasa kuralının lafzından yola çıkılarak, tümünden gelim yoluyla kapsamına giren olaylara uygulanır".⁵⁹ "Hukuksal kıyas ise, bir dizi kuraldan yola çıkılarak tüme varım yoluyla genel bir hukuki düşünce oluşturulmasıdır".⁶⁰

Kıyas bir boşluk doldurma yöntemi olarak kabul görmektedir. Bununla birlikte hukukun bazı alanlarında kıyas yasağı vardır. Örneğin

52 Serozan, s.126.

53 Akipek/Akıntürk/Karaman, s.132.

54 Edis, Seyfullah, Özel Hukukun Bütünlüğü Üzerine, AÜHFD, 1975, s.171. (Bütünlük)

55 Sözer, s.184.

56 Serozan s.129.

57 Serozan, s.130.

58 Birsenoğul, Hakan, Vergi Hukukunda Kıyas Yasağı Yoluyla Hukuk Güvenliği mi? s.159. 9 no.lu atıftan alıntı. http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_2_7.pdf (01.07.2013), Sözer, s.186.

59 Sözer, s.186.

60 Sözer, s.188.

mali hukukta ve ceza hukukunda kıyas yasağı açıkça ifade edilmiştir.⁶¹ Ancak, ticaret hukukunda kıyas yolu ile bir kanun hükmüne gönderme yapılması YTTK yürürlüğe girene kadar karşılaşılan bir yöntem değildir. Mamafih, YTTK'da, limited şirketlere ilişkin birçok maddede, doğrudan doğruya gönderme yapmanın yanı sıra "kıyas yoluyla" anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanması da öngörülmüştür. Burada, doğrudan doğruya gönderme yapmak ile "kıyas yolu" ile gönderme yapmak arasında ince bir çizgi mevcut olduğu kanaatindeyiz. Doğrudan doğruya gönderme yapılan hükümler, limited şirketlerde bir bütün olarak uygulama alanı bulabilecek, kıyas yoluyla yapılan göndermeler ise uygulanacak olan kanun hükmünün elverdiği ölçüde (niteliğine uygun düştüğü ölçüde) uygulanacağı anlamına gelmektedir. Diğer bir deyimle, kıyas yapılan kanun hükmü bir bütün olarak değil, limited şirketlerin özellikleri göz önüne alınarak ve anonim şirketlerden farkları da dikkate alınarak uygulanmalıdır.

Limited şirket hükümlerinde, anonim şirket hükümlerine çok sayıda doğrudan doğruya veya kıyas yoluyla gönderme yapılmasına rağmen, YTTK'nın limited şirketlere dair hükümlerinin ihtiyacı karşılamadığı, anonim şirketlere ilişkin birçok düzenlemenin limited şirketlerde eksik kaldığı görülmektedir. Bu durumda yapılması gereken şey, şartları mevcut ise, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak yine kıyas müessesesi ile boşlukların giderilmesidir.

3.2. Türk Ticaret Hukukunda Kıyas Yöntemi

Gerek YTTK hükümlerine bakılarak, gerekse ticaret hukuku öğretisinde kanuni kıyas yolunun genel olarak kabul gördüğü sonucuna ulaşılabilir. YTTK'da şirketlere ilişkin hükümlerde özellikle anonim şirket hükümlerinin büyük bir bölümünün, kıyas yoluyla limited şirketlere de uygulanacağı çeşitli hükümlerde yer almıştır.⁶² Kıyas, öğretide de kabul görmüştür. Örneğin, pay bedellerinin çok büyük kısmının ödenmesi halinde payın devri için kanuni bağlamın uygulanmaması gereğini ileri süren Pulaşlı, burada TTK m. 456/I hükmünün kıyasen uygulanması

61 Birsenoğlu, s.165, Taşdelen, Aziz, Genel İcra Hukuk İle Karşılaştırmalı Kamu İcra Hukukunda Hacizde İstihkak İddiaları ve Davaları, s.123. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/278/2517.pdf> (01.07.2013), sözer, s.188.

62 Kaynak İsv. BK limited şirket hükümlerinde kıyas yoluyla anonim şirket hükümlerine gönderme yapılmamıştır.

gerektiğini ifade etmiştir.⁶³ Aşağıda, kanuni kıyasa ilişkin örnekler ele alınmıştır.

3.3. YTTK'da Kıyas Yoluyla Yapılan Göndermeler

YTTK'da limited şirketlere ilişkin sekiz hükümde, kıyas yoluyla anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu şekilde kıyas yoluyla toplam otuz dört maddeye gönderme yapılmıştır.

3.3.1. İntifa Senetleri

Limited şirket hükümlerinin önemli bir bölümünde anonim şirketlere kıyas yoluyla gönderme yapılmıştır. Bunlardan ilki, "intifa senetleri"ne ilişkindir (m. 584). Bilindiği gibi intifa senetleri, sahibine, net kara, tasfiye bakiyesine veya yeni çıkarılacak paya katılma hakkı veren ancak ortaklık hakkı taşımayan senetlerdir.⁶⁴ İntifa senetleri YTTK m. 502-503'de düzenlenmiştir. Buna göre intifa senetleri emre veya hamiline çikartılabilir.

İntifa senetlerinin, kurucu intifa senedi, adi intifa senedi, katılma intifa senedi gibi türleri vardır.⁶⁵ Kurucu intifa senetleri, YTTK m. 348 bağlamında kuruculara, harcadıkları emeğe karşı verilebilecek bir senet türüdür. Adi intifa sendi, YTTK m. 502/I çerçevesinde sonradan çıkarılabilen ve kurucular dışındaki kişilere de verilebilecek senet türüdür.⁶⁶ Katılma intifa senedi ise, 22.06.2013 tarih ve 28685 sayılı RG'de yayımlanan VII-128.1 Sayılı Pay Tebliğine göre, katılma intifa senedi anonim şirketler tarafından düzenlenebilir. Dolayısıyla limited şirketler, intifa senetlerinden sadece kurucu ve adi intifa senetlerini çıkarabilir. Katılma intifa senedi çikartamazlar.

3.3.2. Sermaye Taahhüdünün İfası, İfa Etmemenin Sonuçları, Bedelleri tamamen Ödenmemiş Payları Devrine İlişkin Hükümler

YTTK m. 585'te şirketin kuruluş anı düzenlenmekle birlikte, esas sermaye pay bedellerinin ödenmesi, ödeme yeri, ifa borcu, ifa etmemenin sonuçları ve bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri konularında anonim şirket hükümlerinin kıyasesen uygulanacağı belirtilmiştir.

63 Pulaşlı, C.II. s.1479.

64 Pulaşlı, C.II, s.1573.

65 Pulaşlı, C.II s.1576.

66 Pulaşlı, C.II s.1582.

Anonim şirketlerde, sermaye taahhüdünün ifası, ifa etmemenin sonuçları ve bedelleri ödenmemiş payları devri konuları YTTK'nın 344, 480 ila 484. maddelerinde düzenlenmiştir.

3.3.2.1. Sermaye Taahhüdünün İfası

YTTK 344. maddesi hükmüne göre, nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmibeşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmidört ay içinde ödenir. Payların çıkarma primlerinin tamamı tescilden önce ödenir (m. 344/I). Bu hükümden hareketle, limited şirketlere de sermaye olarak konulacak ve nakden taahhüt edilen esas sermaye paylarının itibari değerlerinin yüzde yirmibeşi tescilden önce, kalan miktar ise tescilden sonra en geç yirmidört ay içinde ödenmelidir. Ödeme yerine ilişkin 345. madde hükmü de limited şirketler kıyasen uygulanabilecek bir maddedir. YTTK'da 6335 Sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, limited şirkete konulması taahhüt edilen nakdi sermayenin tescilden önce tamamının ödenmesi gerektiği öngörülmüştü. Bu kanunla yapılan değişiklikten sonra artık limited şirketlerde de tescilden önce nakdi sermayenin yüzde yirmibeşinin ödenmesi yeterli olacaktır. Sonuç olarak A.Ş.'e ait 345. madde hükmü kıyasen limited şirketler için de geçerli olmalıdır.

3.3.2.2. İfa Etmemenin Sonuçları

YTTK 480 ila 483. madde hükümleri ifa borcu ve ifa etmemenin (temerrüt) sonuçlarını düzenlemektedir. 480 ve 481. maddelerin limited şirketler bakımından uygulama alanı bulabileceği şüphesizdir. Ancak İfa etmemenin sonuçları bakımından 482. madde hükmünün limited şirketler için uygulanması söz konusu değildir. Çünkü anonim şirketlerdeki pay sahipliği ile limited şirketlerdeki ortaklık hak ve yükümlülükleri farklıdır. Her şeyden önce anonim şirketlerde, pay sahipleri ile şirket arasındaki bağ sadece pay sahipliği bağıdır. Limited şirketlerde olduğu gibi bir ortaklık bağı değildir. Dolayısıyla, pay sahibinin ifa borcunu yerine getirmemesi durumunda 482. madde hükmü gereğince yönetim kurulunun, bu kişinin iştirak taahhüdü ve yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklardan yoksun bırakmak, payını satıp yerine başkasını almak gibi hak ve yetkileri vardır. Yönetim kurulunun bu hak ve yetkilerinin kaynağı kanunun açık hükmü olduğu kadar, anonim şirketlerde büyük önem taşıyan sermayenin korunması ilkesidir.

Limited şirketler açısından ele alındığında, ortaklık statüsünün, pay sahipliğinden daha kapsamlı ve etkin bir statü olduğu şüphesizdir. Zaten bu özelliğiyle limited şirketler, sermaye şirketleri arasında sayılmakla birlikte şahıs şirketlerinin birçok unsurunu barındırmaktadır. Dolayısıyla, sermaye borcunu ifa etmeyen bir ortağın, müdürler tarafından payının satılarak limited şirketten çıkarılması mümkün görülmemektedir. Limited şirketlerde, anonim şirketlerden farklı olarak YTTK'da "ortaklıktan çıkarma" başlıklı 640. madde hükmü mevcuttur. Buna göre, şirket sözleşmesinde bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebepler öngörülebileceği gibi, şirketin istemi üzerine haklı sebeple ortağın mahkeme kararı ile de çıkarılabilmesi mümkündür. 616. madde gereğince gerek şirket sözleşmesinde gösterilen nedenlerle çıkarma kararı verilmesi, gerek haklı sebepler dolayısıyla ortağın şirketten çıkarılması için mahkemeye başvurulmasına karar verilmesi genel kurulun devredilemez yetkilerindedir ve bunlar "önemli kararlar" arasında sayılmıştır, nitelikli çoğunlukla karar verilmesini gerektirir (m. 621/1, h). Çıkarmanın ancak genel kurulda nitelikli çoğunlukla alınacak bir kararla mümkün olduğu limited şirketlerde müdürler kurulunun sermaye koyma borcunun ifa edilmemesi nedeniyle ortağı şirketten çıkarması mümkün olmamalıdır. Bu nedenle, esas sermaye taahhüdünü yerine getirmeyen ortağın payının satılıp yerine bir başkasının alınması mümkün görülmemektedir.

3.3.2.3. Bedelleri Tamamen Ödenmemiş Payların Devri

YTTK 585. maddede en son olarak bedelleri ödenmemiş payların devri konusunda kıyasen anonim şirkete ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Anonim şirketlerde paylar hamiline ve nama yazılı pay senedi biçiminde çıkarılmaktadır (YTTK m. 484/1). Hamiline yazılı pay senedi çıkarabilmek için pay bedellerinin tamamen ödenmiş olması gerekir (YTTK m. 484/2). Nama yazılı pay senetlerinin devri açısından, kanunda veya esas sözleşmede öngörülmediği sürece kural olarak devir serbestisi geçerlidir (YTTK m. 490/1). Bedelleri tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devri için şirket onayı zorunludur (YTTK m. 491/1). Buna "kanuni bağlam" adı verilir. Bağlamın amacı, ekonomik durumu iyi olmayan kişilerin şirkette pay sahibi olmasının önlenmesi-

dir.⁶⁷ Kanuni bağlamın istisnası, miras, mirasın paylaşımı, eşler arası mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla devirdir (YTTK m. 491/1 son).

Limited şirketlerde, esas sermaye pay senetleri ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenir (YTTK m. 593/2). Payın devri ise, anonim şirketlerden farklı bir usule tabidir. Buna göre, şirket sözleşmesiyle farklı düzenlenmemişse payın devri için ortaklar genel kurulunun onayı şarttır (YTTK m. 595/2). Buna karşın şirket sözleşmesiyle devir için onay zorunluluğu kaldırılabilir. Anonim şirketlerde öngörülen istisnalar, limited şirketler için de geçerlidir (YTTK m. 596).

Limited şirketlerde, ortakların ekonomik durumu anonim şirketlerdeki pay sahiplerine göre şirket açısından daha fazla önem arz etmektedir. Bu nedenle, bedelleri ödenmemiş esas sermaye paylarının devrinde, devrin mutlaka şirket tarafından onaylanması gerekir. Kanun koyucu, limited şirketlerde de bedelleri tamamen ödenmemiş payların devrinde anonim şirket hükümlerinin kıyasen uygulanacağını öngörmüştür (YTTK m. 585/1). Buna göre, ister ispat aracı isterse nama yazılı olsun bedeli ödenmemiş payların devrinde mutlaka ortaklar genel kurulunun onayı gereklidir. Şirket sözleşmesinde aksi bir düzenleme yapılamaz.

3.3.3. Esas Sermayenin Azaltılması

YTTK m. 592/1'de "Anonim şirketlerin esas sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümlerin limited şirketlere de kıyasen uygulanacağı" öngörülmüştür.⁶⁸ Anonim şirketlerde esas sermayenin azaltılmasına ilişkin düzenlemeler, YTTK 473-476. maddeleri kapsamaktadır.

Esas sermayenin azaltılması, esas sermayenin nominal değerinin azaltılması anlamına gelir.⁶⁹ Sermayenin azaltılması ya itfa edilen veya itibari değerleri düşürülen pay bedellerinin pay sahiplerine ödenmesi (YTTK m. 473/1, efektif sermaye azaltımı) ya da bilanço zararının giderilmesi amacıyla (YTTK m. 474/2, kaydi sermaye azaltımı) muhasebe kayıtlarında değişiklik şeklinde ortaya çıkar.⁷⁰ Limited şirketlerde

67 Pulaşlı, C.II, s.1473.

68 İsv.BK. 782/IV'de, mevcut düzenlemenin yanı sıra anonim şirketlerde sermaye azaltılmasına ilişkin hükümlerin de uygulanacağı belirtilmiştir.

69 Pulaşlı, C.II, s.1708.

70 Pulaşlı, C.II, s.1710.

ikinci tür sermaye azaltılmasının yapılabilmesi için şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme yükümlülüklerinin tamamen ödenmiş olması zorunlu tutulmuştur (YTTK m. 592).

Anonim şirketlerde sermayenin azaltılmasına ilişkin hükümlerin limited şirketlere de kıyasen uygulanacağı öngörülmekle birlikte, bu konuda alınacak genel kurul karar nisabına dair bir gönderme yapılmamıştır. Anonim şirketlerde sermayenin azaltılmasına ilişkin karar ağırlaştırılmış nisaplı kararlar arasındadır (YTTK m. 473/3). Limited şirketlerde ise sermayenin artırılması kararı önemli kararlar arasında yer alırken (YTTK m. 621/1-d) sermayenin azaltılmasına dair bir karar nisabı yer almamıştır. Kanaatimizce sermayenin azaltılması kararı da önemli kararlar arasında sayılmalı ve YTTK m. 621'de belirtilen karar nisabı kıyasen uygulanmalıdır.⁷¹

3.3.4. Genel Kurul Toplantısı

YTTK m. 617/3 hükmü uyarınca, ortaklar genel kurulunun toplantıya çağırılması, azlığın çağrı ve öneri hakkı, gündem, öneriler, çağrısız genel kurul, hazırlık önlemleri, tutanak ve yetkisiz katılma konularında anonim şirketlere ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.⁷² Bu hüküm gereği anonim şirketlerde, YTTK m. 410 ila 418 arasında düzenlenen genel kurul toplantılarına çağrı ve toplantının icrası hususları limited şirketler için de uygulanacaktır. Müdür veya müdürler kurulunun sürekli toplanamaması veya mevcut olmaması durumunda mahkeme izniyle tek ortağın da genel kurulu toplantıya çağırması mümkündür.

YTTK m. 617/3 hükmünde "gündem" için de ilgili A.Ş. hükmünün kıyas yoluyla uygulanabileceği yazılıdır. YTTK m. 413/2'de gündeme bağlılık ilkesi yer alır. Bu durumda "gündeme bağlılık" ilkesinin de limited şirket için geçerli olduğu kabul edilmelidir.⁷³

Kanunda limited şirketler bakımından azlık kavramına ilişkin bir tanım mevcut değildir. Azlık konusunda anonim şirketlerden kıyas yoluyla, esas sermayenin en az yüzde onuna sahip ortak/ortakların azlığı oluşturduğu sonucuna varılabilir. Gizli kıyas yoluyla azlığın da, müdür

71 Aksi görüş için Bkz. Pulaşlı, C II, s.2149.

72 İsv. BK. 808'de, anonim şirketlerin genel kurul kararlarıyla ilgili tüm hükümlerinin limited şirketlere de uygulanacağı öngörülmüştür.

73 Aksi görüş için Bkz. Tekinalp s.414 (Yeni Ortaklık).

veya müdürler kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek ortaklar genel kurulunu toplantıya çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise, karar bağlamasını istediği konuları gündeme koymasını talep edebileceği sonucuna varılabilir.

3.3.5. Genel Kurulu Kararlarının Butlanı ve İptali

YTTK m. 622'de, anonim şirketlerin genel kurul kararlarının butlanına ve iptaline ilişkin hükümlerinin kıyas yoluyla limited şirketler de uygulanacağı hükme bağlanmıştır.⁷⁴ Anonim şirketlerde genel kurul kararlarının iptali ve butlanı konuları YTTK'nın 445 ila 451. maddelerinde düzenlenmiştir.

3.3.6. Müdürlerin Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Sınırlandırılması

YTTK m. 629'da, müdürlerin temsil yetkilerinin kapsamına, yetkinin sınırlandırılmasına, imzaya yetkili olanların belirlenmesine, imza şekli ile bunların tescil ve ilanına, anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiştir.⁷⁵ Anonim şirketlerde yönetim kurulunun temsil yetkisinin kapsamı, sınırları, imza şekli ile bunların tescil ve ilanı konuları YTTK'nın 371 ila 373. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, müdürlerin temsil yetkilerinin sınırları, imza yetkisinin belirlenmesi vb. konularda anonim şirket hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Dolayısıyla, limited şirketlerde de şirket temsilcisinin, işletme konusu dışında yapmış olduğu işler kural olarak şirketi bağlayacaktır.⁷⁶

74 İsv. BK. 816'da, limited şirketlerde müdürlerin kararlarının hükümsüzlüğü konusunda anonim şirketin genel kurulu kararlarının hükümsüzlüğüne ilişki kurallarının aynen uygulanacağı belirtilmiştir.

75 İsv. BK. 814/IV'te, temsil yetkisinin sınırı ve şirketler temsilci arasında sözleşmelere anonim şirket hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

76 Eski TTK m. 137 hükmüyle, şirketlerin şirket sözleşmesinde belirtilen faaliyet alanları içinde kalmak şartıyla hak iktisabı ve borç altına girebilecekleri belirtilmişti. Bu hüküm ile şirketin hak ehliyeti, işletme konusu ile sınırlandırılmıştı. Şirketlerin faaliyet alanları dışında kalan bir hususta örneğin bir sözleşme yapmaları halinde bu sözleşme yok hükmünde sayılmakta ve üçüncü kişileri zor durumda bırakmaktaydı. Bu esasa "ultra vires" adı verilmişti. Yeni TTK m.125/2 hükmü ile şirketlerin tüm haklardan yararlanabilecekleri ve borç altına girebilecekleri hükme bağlanmış ve böylece işletme konusu dışında yapılan işlemlerin de şirketi

3.3.7. Esas Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık Halleri

YTTK m.633'te, esas sermayenin kaybı ya da borca batıklık hallerinde anonim şirketlere ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Anonim şirketlerde sermaye kaybı ve borca batıklık halleri YTTK m. 376'da düzenlenmiştir. 376/3'ün gerekçesinde borca batıklık hali, "şirket aktifleri yıllık bilançoda olduğu gibi defter (iktisap) değerleriyle değil – fakat gerçek (olası satış) değerleriyle değerlemeye tâbi tutulsalar bile alacaklıların, alacaklarını alamamaları, yani şirketin borç ve taahhütlerini karşılayamaması" olarak tanımlanmıştır. Buna göre, şirketin borca batıklık durumuna dair emarelerin olması durumunda aktifleri hem işletmenin devamlılığı hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarılır. Ara bilançodan aktiflerin borçları karşılamaya yetmediğinin anlaşılması üzerine yönetim kurulu şirket merkezinin bulunduğu yer Asliye Ticaret Mahkemesinden şirketin iflasını ister (m. 376/3). Söz konusu hükümlerin kıyasen uygulanması durumunda, yıllık bilançodan aktiflerin şirket borçlarını karşılamaya yetmeyeceğinin anlaşılması halinde müdür veya müdürler kurulu, şirket merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesinden şirketin iflasını istemekle yükümlüdür.

4. LİMİTED ŞİRKET HUKUKUNDA BOŞLUK BULUNAN BAZI ALANLARDA GİZLİ KİYASA BAŞVURULMASI

4.1. Genel Olarak Gizli Kıyas ve Kıyas Yapılması Mümkün Olmayan Haller

Kanun koyucu, kimi zaman, bir kural koyarken benzer bir duruma ilişkin önemli bir hususu gözardı edebilir. Burada gerekli özenin gösterilmemesi nedeniyle bilinçsiz bir boşluk söz konusudur.⁷⁷ Şirketler

bağlayacağı ilke olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla ultra vires ilkesi kaldırılmıştır. Şirketlerin temsilcileri vasıtasıyla üçüncü kişilerle işlem yapacakları dikkate alındığında anonim şirketlerde temsil yetkisinin kapsam ve sınırlarını düzenleyen 371. maddenin ikinci fıkrasında, şirketin işletme konusu dışında yaptığı işlerin de şirketi bağlayacağına dair hüküm, esasen ultra vires ilkesinin artık uygulanmayacağına bir başka göstergesidir. Bunun istisnası ise aynı fıkra da açıklanmış ve şirketin, üçüncü kişilerin, yapılan işin şirketin işletme konusu dışında kaldığını bilmesi veya bilebilecek durumda olmasını ispat edebilmesi durumunda yapılan işle ilgili olmayacağı öngörülmüştür.

77 Sözer, s.165.

hukuku açısından bakıldığında, limited şirket hükümlerinin önemli bir bölümünde anonim şirkete gönderme yapılmış ya da kıyas yoluyla uygulanması öngörülmüş iken bir kısım limited şirket hükümlerinde benzer durumla ilgili olarak anonim şirket hükümlerine gönderme yapılmadığı ya da kıyas yolunun kullanılmadığı görülmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, YTTK'daki düzenlemelerle limited şirketler anonim şirketlere daha da yakınlaştırılmıştır.⁷⁸ Bununla birlikte, anonim şirketlere ilişkin birçok hususun limited şirketler için de uygulanıp uygulanmayacağı soru işaretidir.

Limited şirketlere ilişkin hükümlerde, anonim şirketlere ilişkin toplam 83 madde hükmüne doğrudan gönderme veya kıyas yoluyla düzenleme yapılmıştır. Ancak limited şirketlere ilişkin hükümlerin, anonim şirketlere yapılan gönderme ve kıyas yoluyla düzenlemelere rağmen, yeterli olduğu söylenemez. Örneğin anonim şirketler için düzenlenen ancak limited şirketler faslında yer almayan "imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu" limited şirketlerde de yer almalı mıdır? Hem anonim hem de limited şirketlerde imtiyazlı pay sahipliği kurumu olmasına rağmen, anonim şirketlerde düzenlenen imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin 454. madde hükmüne limited şirketlerde yer verilmemiş veya gönderme yapılmamıştır. Bu durumda, bahse konu özel kurulun limited şirketlerde de uygulama alanı bulup bulmayacağı belirsizdir. Bir başka deyişle, anonim şirketlere ait bazı düzenlemeler, limited şirket hükümlerinde atıf ya da kıyas yoluyla anonim şirket hükümlerine gönderme yapılmadığı takdirde uygulama alanı bulabilmeli midir? Yoksa kanun koyucu bilinçli olarak mı boşluk bırakmıştır?

Kanun koyucunun bazı hallerde bilinçli boşluk bıraktığı kabul edilmekle birlikte, limited şirket hukukunda boşluk bulunan ve kanuni kıyas yapılmayan bazı konularda, "gizli kıyas"a ihtiyaç duyulabilir. Ancak, gizli kıyas yapılırken dikkate edilmesi gerek bazı hususlar mevcuttur. Bu hususlar arasında özellikle, kanun koyucunun kasıtlı (vasıflı) susma (bilinçli boşluk), kuralın istisnai ya da sınırlayıcı olup olmadığı gibi haller önem taşımaktadır.

78 Pulaşlı, Genel, s. 1106: Limited şirket, anonim şirkete nazaran küçük ölçekli bir şirket olarak düşünülmektedir.

4.1.1. Vasıflı Susma Halinde Kıyasa Başvurulamaz.

Vasıflı susmada (bilinçli boşluk), kanun koyucunun konuyu kanun kapsamına almak istemediği hallerde söz konusudur.⁷⁹ Örneğin, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri en çok üç yıl için seçilebilmektedir. (YTTK m. 362/1). Oysa ki limited şirketlerde müdürlerin görev süresine ilişkin bir düzenleme yoktur. Kanun koyucunun, limited şirketlerde müdürlük için bir süre öngörmemesinin bilinçli olduğu kanaatindeyiz. Çünkü anonim şirkette GK'nın görev ve yetkileri dar (m. 408) YK'nın görev ve yetkileri geniş (m. 375), limited şirkette ise GK'nın görev ve yetkileri geniş (m. 616) müdür veya müdürler kurulunun görev ve yetkileri ise (m. 625) dar tutulmuştur. Görüldüğü gibi, limited şirketlerde ortakların şirket yönetimine genel kurul yoluyla müdahalesi çok daha etkindir. Öte yandan ortakların müdür veya müdürler kurulu üzerindeki denetim yetkisi de geniştir. Örneğin, her ortak, haklı nedenlerin varlığı halinde, yöneticilerin (müdürlerin) yönetim hakkının ve temsil yetkisinin sınırlandırılmasını mahkemeden isteyebilir (m. 630). Sonuç olarak, müdürlerin görev süresinin üç yıl ile sınırlı tutulmaması yerinde bir düşüncedir. Dolayısıyla, bu konuda boşluk olduğundan bahisle kıyasa başvurulması doğru olmayacaktır.

4.1.2. İstisnai ve Sınırlayıcı Durumlarda Kıyasa Başvurulamaz.

Gizli kıyasa başvurmadan önce dikkat edilmesi gereken bir başka husus, kuralın istisnai olup olmadığıdır. Örneğin, "sadece" sözcüğü kullanılan bir hükmün kıyas yoluyla bir başka olaya uygulanmaması gerekir.⁸⁰ Çünkü bu hallerde kanun koyucu bilinçli bir sınırlandırma yaparak istisnai bir hüküm öngörmüştür.

Makalemizin bu bölümünde, anonim ve limited şirket hükümlerinin birbiriyle ilişkisi ve limited şirkete uygulanması gereken ancak herhangi bir şekilde açık veya kıyas yoluyla gönderme yapılmayan diğer anonim şirket hükümleri incelenmiştir. Sistematik olarak önce anonim şirketlere ilişkin hükümler ele alınarak limited şirketlerde karşılıklarının olup olmadığı ve olmadığının tespiti durumunda ise gerekli olup olmadığı veya yine gizli kıyas yöntemiyle limited şirketlere de uygulanamayacağı ele alınmıştır.

79 Sözer, s.171.

80 Sözer, s. 196.

4.2. Limited Şirketlere İlişkin Kanun Boşlukları ve Kıyas Yoluyla Doldurulabilmesi

4.2.1. Kuruluş Belgeleri

Anonim şirketlerde kuruluş belgeleri ayrı bir hükümlerle (YTTK m. 336) düzenlenmesine rağmen, limited şirketlerde kuruluş belgelerine dair herhangi bir düzenleme veya gönderme mevcut değildir. Sadece YTTK m. 586/2'de, tescil başvurusuna hangi belgelerin ekleneceği belirtilmiştir. Burada 336 ile 586/2'yi iyi irdelemek gerekir. Her iki düzenlemede de, ticaret siciline başvuru için, esas sözleşme (şirket sözleşmesi) ve kurucular beyanı yer almakla birlikte, limited şirket kuruluşu için gerekli belgeler arasında değerlendirme raporları, ayın ve işletme devralınmasına dair olanlar da dâhil olmak üzere şirketle, kurucular ve diğer kişilerle yapılan sözleşmeler m. 586/2'de yer almamıştır. Buna karşılık, anonim şirketin kuruluşu için gerekli başvuru belgeleri arasında, şirketi temsile yetkili kişileri ve denetçinin seçimini gösterir belge yer almamıştır. Bu durumda, kıyas yoluyla limited şirket kuruluşu için gerekli belgelere, değerlendirme raporlarının, şirketin üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerin birer örneğinin de konulması gerekecektir.

4.2.2. Anonim Şirketlerde Tescil İçin Öngörülen Sürenin Limited Şirketlere de Uygulanması

YTTK m. 345/2 hükmüne göre "şirketin noterden onay tarihinden itibaren üç ay içinde tüzel kişilik kazanamaması durumunda bu hususu doğrulayan bir sicil müdürlüğü yazısının sunulması üzerine bedellerin banka tarafından sahiplerine ödeneceği" belirtilmiştir. Limited şirketlerde de bu hükmün kıyasen uygulanması gerekir.⁸¹

4.2.3. Üçüncü Kişi Hesabına Yapılan İşlemler

Anonim şirketlerde kurucuların üçüncü kişiler hesabına pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalamaları halinde bu kişilerin de kuruluştan doğan sorumluluk açısından sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır (YTTK m. 337). Bu hüküm limited şirketler bakımından da geçerli olmalıdır. Zira YTTK m. 644/1 a'da sorumluluk bakımından anonim şirketlere ilişkin hükümlere gönderme yapıldığına göre, YTTK m. 337'deki sorumluluk hali limited şirketlerde de geçerli olmalıdır.

81 Pulaşlı, C.II, s.2023 (Şerh)

4.2.4. Şirket Sözleşmesindeki Zorunlu Kayıtlar ve Kuruluştan Önce Pay Taahhüdünün Devri

YTTK'nın kabul edilen ilk şekliyle limited şirketlerde esas sermayenin nakdi olan kısmının peşin ödenmesi benimsenmişti. Bu nedenle, şirket sözleşmesinde, esas sermayenin ödenme şekli ve şartlarının yazılması söz konusu değildi. Ancak 6335 S.K.'la yapılan değişiklik sonucunda esas sermayenin ödenme şekli ve şartları konusunda anonim şirket hükümlerine gönderme yapılmıştır (YTTK m. 585/1). Buna paralel olarak, aynı Kanunla m. 576/1'de de değişiklik yapılarak ödeme şekli ve şartları ilave edilmeliyken bu yapılmamıştır. Kanımızca YTTK 339/1-c maddesi hükmünün limited şirketler için de geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda, esas sermaye payı taahhüdünün devri konusunda da anonim şirketlere ilişkin YTTK m. 352 hükmü limited şirketler içinde uygulama alanı bulacak ve pay taahhüdünün tescilden önce devri şirkete karşı geçersiz olacaktır.

4.2.5. Ortaklık Borçlarından Sorumluluk

Anonim şirketlerde, pay sahiplerinin sadece taahhüt ettikleri sermaye payları ile şirkete karşı sorumlu oldukları açıkça düzenlenmiştir (m.329/2). Buna karşılık, limited şirketlerde ortakların sorumluluğuna dair 602. maddede "şirket, borç ve yükümlülükleri dolayısıyla sadece malvarlığı ile sorumludur" hükmüne yer verilmiştir. Bu iki madde mukayese edildiğinde limited şirkete ait 602. madde hükmünde bir boşluk değil ama bir belirsizlik olduğu düşünülebilir. Ancak, kanaatimizce limited şirketlerde de ortakların sorumluluğunda, anonim şirketlerde olduğu gibi, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye payı ile şirkete karşı sorumlu oldukları yani anonim şirketlere ait hükmün gizli kıyasla limited şirketlere uygulanabileceği kabul edilmelidir.⁸²

4.2.6. Müdür Olarak Tüzel Kişinin Atanması Halinde Bu Kişinin Tescil ve İlanı (Kurucu Unsur)

YTTK m. 359/2'de, yönetim kurulu üyesi olarak seçilen tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi tarafından belirlenen sadece bir gerçek kişinin de tescil ve ilan olacağı belirtilmiştir. Limited şirketlerde müdürlüğü düzenleyen YTTK 623. madde hükmünde sadece müdür olarak tüzel

82 Bahtiyar, 318.

kişi seçilmesi halinde bu tüzel kişinin kendi adına bu görevi yerine getirecek gerçek kişiyi seçeceği belirtilmiş, ancak tescil ve ilana değinilmemiştir.⁸³ Kanaatimizce, seçilen bu gerçek kişinin de tescil ve ilanı zorunludur (kurucu unsur). Dolayısıyla AŞ için düzenlenen 359/2 hükmünün limited şirketlerde de kıyasen uygulanması gerekir.

4.2.7. Müdürlerin, Müdürlük İçin Kanuni Şartları Kaybetmesi

YTTK m. 363/2'de, "Anonim ortaklıklarda YK üyelerinin esas sözleşmede ya da kanuni şartları kaybetmesi halinde üyeliğinin kendiliğinden sona ereceği" belirtilmiş ancak limited ortaklıkta müdürler için böyle bir hüküm konulmamıştır. Kanaatimizce, 363/2 hükmünün kıyas yoluyla limited ortaklıkta müdürler için de uygulanması gerekir.⁸⁴

4.2.8. Müdürler Kurulunda Birbirlerini Temsilen Oy Kullanma veya Vekil Aracılıyla Toplantılara Katılım Yasağı

YTTK m. 390/2'de yönetim kurulu üyelerinin birbirlerini temsilen oy veremeyecekleri gibi vekil aracılıyla toplantılara katılamayacakları belirtilmiştir. Müdürlerin birden fazla olması durumunu düzenleyen YTTK m. 624'de müdürler kurulunun karar alma şekline yer verilmekle birlikte, birbirlerinin yerine oy kullanma veya vekil aracılıyla toplantılara katılma konularında bir düzenleme getirilmemiştir. Burada kanun koyucunun bilinçli bir boşluk bırakmadığı, ancak özensiz olduğu düşünülmektedir. Müdürler kurulunda da birbirini temsilen oy kullanma ve vekil aracılığı ile toplantılara girilmesi söz konusu olmamalıdır. Dolayısıyla m. 390/2 hükmünün müdürler kurulu için de kıyasen uygulanabileceği düşünülmektedir.

4.2.9. Müdürlerin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

YTTK m. 392, "bilgi alma ve inceleme hakkı" başlığı altında yönetim kurulu üyelerinin şirketin işleyişi hakkında bilgi alma hakkını düzenlemiştir. Ayrıca aynı maddede, yönetim kurulu başkanının da bilgi alma usulü açıklanmıştır. Limited şirketlerde müdürlere ilişkin hükümlerde (YTTK m. 623-632), benzer bir düzenlemeye gidilmedi-

83 Tekinalp, s. 413 (Yeni Ortaklık). Yazar, bu konuda YTTK m. 629'a atıfta bulunmuştur. Ancak m. 629 hükmü müdürlerin tescil ve ilanı konusunda A.Ş. hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağını belirtmektedir.

84 Tekinalp, s. 414 (Yeni Ortaklık).

ği görülmektedir. Dolayısıyla müdürler kurulunun teşkili halinde kıyas yoluyla 392. madde hükmünün müdürler kurulu üyeleri için de kıyasen uygulanması gerekir.

4.2.10. Müdürlerin Müzakereye Katılma Yasağı

YTTK m. 393 hükmüne göre yönetim kurulu üyelerinin, kendisiyle ilgili ya da şirket ile kendi çıkarlarının çatıştığı konularla ilgili toplantılara katılamaz. Buna kurul karar verecektir. Bu durumdaki bir üyenin toplantıya katılması sonucu bir zararın doğması halinde katılım konusunda olumlu oy veren üyeler bu zararı tazminle yükümlü olurlar (YTTK m. 393/2).

Limited şirketlerde müdürler kuruluna katılım konusunda bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle, YTTK m. 392 gibi 393. madde hükmü de müdürler kurulu için kıyas yoluyla uygulanabilir bir hükümdür.

4.2.11. Müdürlerin Şirkete İşlem Yapma, Şirkete Borçlanma Yasağı

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin, genel kuruldan izin almadan şirketle kendisi veya başkası adına işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı vardır (YTTK m. 395). Limited şirketlerde müdürlerin şirketle bağı, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerininkine nazaran daha sıkı olmasına rağmen böyle bir hüküm öngörülmemiştir. Sonuç olarak, limited şirketlerde de ortaklar genel kurulundan izin alınmaksızın müdürlerin şirketle işlem yapmaları yasak olmalıdır. Dolayısıyla m. 395 hükmünün limited şirketler için de kıyasen uygulanması gereklidir.

4.2.12. Kazanç Payı

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerine kazanç payı verilmesiyle ilgili özel bir düzenleme (YTTK m. 511) olmasına rağmen, limited şirketlerde müdürlere kazanç payı verilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme veya gönderme mevcut değildir.⁸⁵ Öte yandan YTTK m. 611/1 ile müdürlere de kar payı verilebileceği ima edilmiştir (YTTK m.

85 Buna karşın İsv. BK. 798 b ile müdürlere kar payı verilmesi hakkında anonim şirket hükümlerine gönderme yapılmıştır. Aynı şekilde haksız alınan kar paylarını geri verilmesi konusunda İsv. BK. 800 ile anonim şirket hükümlerine gönderme yapılmıştır.

611/1: Haksız yere kar almış ortak ve müdür bunu geri vermekle yükümlüdür). Bu nedenle YTTK m. 511 hükmünün kıyas yoluyla limited şirketlere de uygulanması gerekmektedir.

4.2.13. Şirketin Kendi Paylarını İktisap veya Rehin Olarak Kabul etmesi Konusundaki Düzenleme

YTTK'da anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerde, şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesi konusu, eski Kanuna göre önemli ölçüde değiştirilmiş ve ayrıntılı bir duruma getirilmiştir.⁸⁶ Eski Kanunda anonim şirketlerin kendi paylarını iktisap edemeyeceği gibi rehin olarak da kabul edemeyeceği hükmü yer almaktaydı (ETTK m. 329). YTTK'da ise anonim şirketlerin kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesi konusu, m. 379-385'te düzenlenmiştir.⁸⁷ Buna göre, anonim şirketler, esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde onu oranını aşmayacak miktarda kendi paylarını ivazlı olarak iktisap edebilir veya rehin olarak kabul edebilirler (m. 379/1). Bunun için, GK tarafından YK'ya en çok beş yıl süreli yetki verilmesi gerekir (m. 379/2).

Limited şirketlerde ise, ETTK m. 526'da sermaye koyma borcunun tümüyle yerine getirilmesi durumunda payların şirket tarafından iktisabı veya rehin olarak kabul edilebileceği hükme bağlanmıştır. YTTK'da ise şirketin kendi paylarını iktisabı m. 612'de düzenlenmiştir. Buna göre şirket, serbestçe kullanabileceği öz kaynaklara sahipse esas sermayenin yüzde onunu aşmayacak miktarda kendi paylarını iktisap edebilir. Burada şirketin kendi paylarını rehin kabul etmesi yer almamıştır. Acaba bu kasıtlı bir eksiklik midir yoksa bir özensizlik midir? Gerekçeye bakıldığında "Şirketin kendi esas sermaye paylarının iktisabı anonim şirkete paralel şekilde düzenlenmiştir" şeklinde yer aldığını görüyoruz. Dolayısıyla kasıtlı eksiklik değil özensizlik olduğu kabul edilmeli, anonim şirketlerdeki düzenlemenin kıyas yolu ile limited şirketlerde de uygulanacağı ve şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul edeceği sonucuna ulaşılmalıdır.

86 İsv. BK. 783/IV'te anonim şirketlerde şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin hükümlerin limited şirketlere de uygulanması hükme bağlanmıştır.

87 Gerekçede, söz konusu maddelerin bir bütün olarak değerlendirildiğinde adeta bir reform niteliğinde olduğu vurgulanmıştır.

4.2.14. Kendi Paylarını Taahhüt Yasağı

ETTK'da anonim şirketlerin kendi paylarının taahhüdünün yasak olduğuna ilişkin bir düzenleme yoktu. Sadece m. 285/1'deki "Esas sermayeye tekabül eden payların muvazaadan ari olarak tamamen taahhüt edilmiş olması şarttır" hükmünde yer alan "muvazaadan ari" ibaresinin kendi paylarını taahhüt edemeyeceği kuralına işaret ettiği kabul edilmiş ve esasen bu husus YTTK m. 388'e ilişkin gerekçede de yer almıştır. YTTK uyarınca şirketin kendi paylarını taahhüt etmesi açık olarak yasaklanmıştır (m. 388/1). Böyle bir durumda, kuruluş aşamasında kurucular, sermaye artırımında ise yönetim kurulu üyeleri bu payları taahhüt etmiş sayılır ve kendileri sorumlu olurlar (YTTK m. 388/3). Gerekçede, hükme aykırılığının hukuki sonucunun geçersizlik olduğu da vurgulanmıştır. Şirketin kendi paylarını taahhüt yasağının gerekçesinde, kendi paylarını taahhüt yasağının, payın her türlü aslen iktisabını kapsayacağı özellikle vurgulanmıştır.

Şirketin kendi paylarını taahhüt yasağının en temel gerekçesi, sermaye artırımında ortaya çıkabilecek danişıklı işlemleri önlemektir.

Limited şirketlerde, şirketin kendi paylarını taahhüt yasağına ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi buna dair bir gönderme de yoktur. Kanaatimizce şirketin kendi paylarını taahhüt yasağına ilişkin hüküm kıyas yolu ile limited şirket için de geçerli olmalıdır.

4.2.15. Genel Kurul Toplantısının Ertelenmesi

Anonim şirketlerde finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular azlığın istemi üzerine genel kurulun ayrıca bir karar almasına gerek kalmaksızın toplantı başkanının kararı ile bir ay sonrasına bırakılır. Eğer ilgililer tarafından itiraza uğrayan ve tutanağa geçmiş konularda dürüst hesap verme ölçüsü ilkeleri uyarınca cevap verilemişse azlığın istemiyle tekrar geri bırakılması talep edilebilir (YTTK m. 420). Azlık hakları çerçevesinde benimsenen ve ETTK 377. maddesinin bir tekrarı niteliğinde olan bu düzenleme, limited şirketler için de geçerli olmalıdır.

4.2.16. Bilançonun Onaylanmasına İlişkin Karar

Anonim şirketlerde, bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararının olağan koşullarda yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin

ve denetçilerin ibrası sonucunu doğurduğu hükme bağlanmıştır Ancak bilançoda bazı hususlar hiç veya gereği gibi belirtilmemiş veya gerçek durumun görülmesine engel bazı hususları içeriyorsa ve bu bilinçli bir davranış ise ibra etkisi doğurmayacaktır (YTTK m. 424).

Limited şirketlerde, müdürlerin ibrası konusunda bir düzenleme mevcut değildir. Sadece, şirket yönetimine katılan ortakların müdürlerin ibrasına ilişkin kararlarda oy kullanamayacaklarına dair bir hüküm mevcuttur (YTTK m. 619/1). Kanımızca, YTTK m. 424 hükmünün limited şirketlerde müdürlerin ibrası içinde uygulanabilir olması gereklidir.

4.2.17. Ortakların Oydan Yoksunluğuna İlişkin Diğer Haller

Limited şirketlerde ortakların oydan yoksunluk halleri, YTTK'nın 619. maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, anonim şirketlere ait 436/1. maddede düzenlenen yoksunluk hali 619. maddede yer almamıştır. Buna göre "Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz". Aynı hüküm limited şirket için de uygulanabilir olmalıdır.

4.2.18. Ortakların Bilgi alma ve İnceleme Hakkı

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakları YTTK m. 437 ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Limited şirket ortakları, anonim şirket pay sahiplerine göre şirket içinde çok daha etkin konumdadırlar. Buna rağmen, ortakların bilgi alma ve inceleme hakları ayrıca düzenlenmemiştir. Kanun koyucu, limited şirketin aynı zamanda şahıs şirketine özgü nitelikleri dolayısıyla ayrıca bir düzenleme yapmaya gerek duymamış olabilir (Bilinçli boşluk). Bununla birlikte YTTK m. 473 hükmünün limited şirketlere de uygulanabileceği kanaatindeyiz.

4.2.19. İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu

Limited şirketlerde, anonim şirketlerde olduğu gibi bir kısım ortaklar, imtiyazlı esas sermaye payına sahip olabilir (YTTK m. 621/1, b). Bununla birlikte, anonim şirketlerde imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının korunması amacıyla düzenlenen 454. madde hükmü limited şir-

ketler için öngörülmediği gibi herhangi bir gönderme de yapılmamıştır. Kanun koyucunun açıkça özensiz davrandığı bu kanun boşluğu, gizli kıyas ile giderilmelidir.

4.2.20. İmtiyazlı Paylar

Anonim şirketlerde imtiyazlı pay YTTK'nın 478-479. maddelerinde düzenlenmiştir. YTTK m. 576/1-c ile limited şirketlerde de imtiyazlı pay çıkarılmasına olanak tanınmıştır. Bununla birlikte, imtiyazlı paylara ilişkin olarak anonim şirket hükümlerine doğrudan veya kıyas yoluyla gönderme yapılmamıştır.⁸⁸ YTTK 478-479. maddelerinin limited şirketlere kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Makalemizde limited şirket hükümlerini genel olarak inceledik ve gerek doğrudan gerek kıyas yoluyla anonim şirket hükümlerine yapılan göndermelerin yanı sıra hiç değinilmeyen ama aslında yine anonim şirket hükümlerinin uygulanabileceği konulara da yer verdik.

Limited şirketler, kaynak Kanunda 55 madde, YTTK'da 72 madde ile düzenlenmiştir. Bu maddelerde, anonim şirketlere ait 84 maddeye doğrudan ya da kıyas yoluyla gönderme yapılmış yani aslında limited şirkete ilişkin hükümler yaklaşık 140 maddeye ulaşmıştır. Bunun yanı sıra doğrudan ya da kıyas yoluyla gönderme yapılmayan 20 civarında anonim şirket hükmünün limited şirketler içinde gizli kıyas yoluyla uygulanabileceği kanaatindeyiz. Bahse konu hükümler de eklendiğinde Türk limited şirket hukukunun yaklaşık 160 madde hükmü ile düzenlendiği söylenebilir.

Makalemizde de vurgulandığı gibi, limited şirketler yeni düzenlemelerle daha çok sermaye şirketi modeline kavuşturulmuş ancak şahıs şirketine özgü öğelerden önemli bir kısmı da muhafaza edilmiştir. Ülkemizde ekonomik yapının ağırlıklı bölümünün KOBİ'lerden müteşekkil olduğu ve aile şirketlerinin sayısı dikkate alındığında limited şirketlerin hem şahıs hem de sermaye şirketi unsurlarını bir arada bulundurması olağan bir durumdur. Dolayısıyla, kanun koyucunun, şahıs şirketi öğelerine ilişkin tutumu yerindedir.

88 Buna karşılık İsv. BK. m. 799 ile imtiyazlı paylar konusunda anonim şirket hükümlerine gönderme yapılmıştır.

Yargıcın, limited şirketlere ilişkin karşısına gelen somut olayla ilgili olarak kanunda doğrudan doğruya uygulanacak bir hüküm olmaması halinde kıyas yoluyla anonim şirket hükümlerine başvuracağı aşikârdır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken şey, limited şirketlerin aynı zamanda şahıs şirketi özelliklerini taşıması nedeniyle kıyas yaparken şahıs şirketi özelliklerinin de dikkate alınmasıdır.

KISALTMALAR

AÜHFD:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK:	Borçlar Kanunu
Bkz.:	Bakınız
C.:	Cilt
EBK:	Eski Borçlar Kanunu
ETTK:	Eski Türk Ticaret Kanunu
GK:	Genel Kurul
İsv.:	İsviçre
K.:	Kanun
KOBİ:	Küçük ve Orta Boy İşletmeler
m.:	Madde
SPK:	Sermaye Piyasası Kurulu
SPKa:	Sermaye Piyasası Kanunu
S.:	Sayı
s.:	Sayfa
TBK:	Türk Borçlar Kanunu
TMK:	Türk Medeni Kanunu
vd.:	Ve devamı
YK:	Yönetim Kurulu
YTTK:	Yeni Türk Ticaret Kanunu

KAYNAKÇA

Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Karaman, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku,9.Bası, İstanbul, Eylül 2012.

Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Yeni TTK'ya Göre Yazılmış 7.Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan: Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.

Çeker, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Karahan Kitapevi, Adana, 2013.

Edis, Seyfullah, Özel Hukukun Bütünlüğü Üzerine, AÜHFD, 1975 (Bütünlük).

Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 5, Ankara 1987 (Başlangıç).

Hatemi Hüseyin, Medeni Hukuk'a Giriş, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, Vedat Kitapçılık, 2011.

Kırca, Çiğdem, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologischereduktion), AÜHF Dergisi, 2001.

Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar,15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2006.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Pulaşlı, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Adalet Kitapevi, Ankara, 2011. (Şerh)

Pulaşlı, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Kitapevi, Ankara, 2012.

Serozan, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Genişletilmiş 2.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul,2008.

Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, İzmir, 2012.

Sözer, Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, Beta Yayınları, İzmir, 2008.

Tekinalp, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011. (Yeni Ortaklık)

Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Güncellenmiş 3.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. (Yeni Hukuk)

Türk, Ahmet, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999.

Yongalık, Aynur, İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi, AÜHK 85.Kuruluş Yılı Açılış Dersi, 05 Kasım2010, AÜHF Dergisi, 2011.

İnternet Kaynakları:

Birsenoğul, Hakan, Vergi Hukukunda Kıyas Yasağı Yoluyla Hukuk Güvenliği mi?

http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_2_7.pdf (01.07.2013)

Taşdelen, Aziz, Genel İcra Hukuk İle Karşılaştırmalı Kamu İcra Hukukunda Hacizde İstihkak İddiaları ve Davaları, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/278/2517.pdf> (01.07.2013).

http://www.zaman.com.tr/ekonomi_yeni-turk-ticaret-kanununda-en-cok-elestirilen-39-madde-nasil-degisecek_1290785.html (25.06.2013).

TDK Sözlüğü, <http://tdkterim.gov.tr/bts> (20.05.2013)

Geçersiz Fesihde Süresinde Başvurmayan Ya da İşveren Çağırısına Rağmen İşe Başlamayan İşçinin Boşta Geçen Süre Ücretine Hak Kazanamayacağına İlişkin Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi ve Öneriler¹

■ Zeynep ŞİŞLİ*

Özet

İşverence yapılan feshin geçersizliğine karar verilmesinin hukuki sonuçlarını düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu 21. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen; kararın kesinleşmesine kadar işçinin çalıştırılmadığı süre için en çok dört aylık ücret ve haklarının ödeneceğine ilişkin hükmün uygulanmasında, işçinin işe başlama iradesi esas alınmaktadır. Bu çalışmanın amacı, işverene başvurmayan ya da başvuran ancak işe başlamayan işçinin, "boşta geçen süre ücreti" olarak anılan bu alacaklara hak kazanamayacağına ilişkin Yargıtay ilke kararının, iş hukuku ilkeleri ve uluslararası belgeler ışığında eleştirilmesi ve İş Kanunu 21. madde 3. ve 5. fıkralarının farklı bir bakış açısı ile yorumunun önerilmesidir. Teorik kaynakların taranması yöntemiyle yapılan bu çalışmada, geçersiz feshin sonuçları boşta geçen süre ücretine hak kazanma ile sınırlı olarak ele alınmıştır. Makalenin giriş bölümünde, çalışmanın konusu olan sorun tanımlanmaya, ardından Yargıtay'ın zaman içinde değişen görüşü ile istikrar kazanan ilke kararı ve öğretinin hukuki değerlendirmeleri aktarılmaya ve feshe karşı korumanın hukuki kaynakları temelinde

* Yrd. Doç. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1 16-17 Mart 2012 tarihlerinde İzmir Barosu tarafından düzenlenen "İş Yargılamasında Güncel Sorunlar Sempozyumu"nda sunulan tebliğde ifade edilen görüş temelinde üretilmiştir. Tebliğin hazırlanması aşamasında, işe iade hükmünün uygulanmasında değişilmesi gereken sorunlarla ilgili fikirlerini sorduğum hukukçu meslektaşlarımdan sayın Av. Anıl Güler'e, "akdin feshedildiği tarih"in ne zaman olduğu sorusunu yönelterek, konuya farklı bir yönden bakmamı sağladığı için teşekkür etmek isterim.

farklı açılardan hakkın özünü olumsuz etkileyen sonuçları irdelenmeye çalışılmakta ve sonuç olarak bu hali ile 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı 24. maddesine aykırı olan uygulamanın "feshin geçerli olduğu tarih" temelinde farklı yorumlanarak değiştirilmesi önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler: İş Hukuku, Geçersiz Fesih, İşe Başvuru, İşverence Yapılan Feshin Geçerli Olacağı Tarih, Boşta Geçen Süre Ücreti

CRITICISM AND PROPOSALS PERTAINING TO THE COURT OF CASSATION'S DECISIONS REGARDING ENTITLEMENT TO REIMBURSEMENT OF THE WORKER WHO DOES NOT APPLY IN LEGAL TIME OR DOES NOT RESUME WORK DESPITE THE INVITATION OF EMPLOYER IN CASE OF INVALID TERMINATION

Abstract

Employee's will to resume work is taken as basis by Court of Cassation for deciding whether the employee will deserve the reimbursement by Article 21/3 of Labour Law No. 4857, which states that the employee will be entitled to wages and other rights of four months at most for the duration of unemployment until the finalization of the court's verdict, under the title of "the consequences of termination without a valid reason". The aim of this study is to suggest the interpretation of Labour Law Article 21/3 from a different point of view, in the light of Labour Law principles and international conventions, which bases on the criticism of Court of Cassation's principle decision states that the employee, who does not apply in time or apply in time but does not start working, will not deserve reimbursement for unemployed periods. This study is based on the review of theoretic resources and limited to the entitlement of the reimbursement for unemployed periods upon invalid termination. In the introduction of the article, the problem is tried to be defined. Following this, the changing decisions of Court of Cassation in time before being stable as a principle decision and legal assessments of doctrine are tried to be explained, and to be examined from different point of views depending on the core idea of the law about protection of the employee against unfair termination. As a result, it is recommended that since, the principle decision about application of article 21/5, as it stands, goes against ILO Convention No.158 and Article 24 of the Eu-

ropean Social Charter, and because "applicability date of termination" can be interpreted differently, it should be revised accordingly.

Key words: Labour Law, Invalid Termination, Application to Work, Applicability Date of Employer's Termination, Reimbursement for Unemployed Periods

Giriş

4857 sayılı İş Kanunu hükümleri gereği, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshi ancak hukuken geçerli sebeplerin varlığı halinde mümkündür. İşçinin feshe itirazı üzerine yapılan yargılama sonucu feshin geçerli sebebe dayanmadığına, bir diğer deyişle geçersizliğine karar verilmesinin hukuki sonuçları İş Kanunu 21. maddesinde altı fıkradan ibaret olmak üzere düzenlenmiştir. Çalışmanın konusu, beşinci fıkra çerçevesinde işverene başvurmayan ya da başvurmakla birlikte işe başlamayan işçinin, üçüncü fıkrada düzenlenen çalıştırılmadan geçen süre ücretine hak kazanıp kazanamayacağının tartışılmasıdır. Yargıtay ilke kararı, her iki durumda, işçinin kesinleşen feshin geçersizliği kararına rağmen iş ilişkisini sürdürmeme iradesi sonucu, beşinci fıkra gereği işverence yapılan feshin geçerli hale geleceği ve işverenin sadece bunun sonuçları olan kıdem ve varsa ihbar tazminatlarından sorumlu olacağı, sadece işe başlatmama tazminatının değil, boşta geçen süre ücretinin de talep edilemeyeceği yolundadır.

Çalışmanın amacı, iş güvencesi çerçevesinde, yasanın sözünden de açıkça ödenmeyeceği anlaşılmayan, aksine işçinin işe başlamasından hiç söz edilmeden bağımsız bir fıkrada ödeneceği düzenlenen boşta geçen süre ücretinin, feshin mahkemece geçersizliğinin tespiti halinde, her durumda işçi tarafından talep edilebileceği görüşü ile konunun irdelenmesidir. Bu çerçevede, İş Kanunu 21. madde 5. fıkrasının düzenleme amacının, işçinin işe başlamama iradesinin, geçersiz feshe bağlı tazminatlarından mahrum kalmasına yol açacak şekilde yorumlanmasının engellenmesi olduğu düşüncesi ile, bu fıkranın ikinci cümlesinde yer alan işveren feshinin geçerli olduğu tarihin, işçinin başvuru hakkını kullanmadığının ortaya çıktığı; kesinleşen kararın tebliğinden on işgünü sonra veya işe başlamadığı tarih olarak kabul edilmesinin uygun olacağı savunulmaktadır. Çalışmada, işçinin feshe karşı korunmasının hukuki kaynaklarından kısaca söz edildikten sonra, çalışmanın problemi olan ilke kararına gelinen süreçte yargı kararlarındaki değişim ve

öğretideki farklı görüşlere değinilmektedir. Yüksek mahkemenin ilke kararı ve öğretinin konu ile ilgili görüşlerinin temelindeki paradigma- nın, hakkın özüne olumsuz etkileri irdelenerek, hukuka aykırılık neden- leri tartışılmaya çalışılmaktadır. Sonuçta hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğu düşünülen ilke kararının, uluslararası belgelerde ifadesini bulan işçinin feshe karşı korunması amacına ve hakkın özüne uygun olarak, yasanın sözüne de aykırı olmadığı düşünülen farklı bir bakış açısı teme- linde değiştirilmesi önerilmektedir.

1. İşçinin Feshe Karşı Korunması ve Geçersiz Fesihle İşe Baş- vurmayan veya Başlamayan İşçinin Durumu

İş hukukunun varlık sebebi, iş sözleşmesinde ekonomik ve sosyal açıdan güçsüz taraf olan işçinin korunmasıdır. İşçinin yaşamını sürdü- rebilmek için çalışmaya ihtiyacının olması, iş ilişkisinde objektif olarak hukukten korunmasını gerekli kıldığından, sosyal devlet anlayışı teme- linde devlet müdahalesinin öne çıktığı ve kamu düzeni ile ilişkili kural ve kurumların ifadesi olarak "iş hukuku" ortaya çıkmıştır.² İş hukuku kuralları, işçinin sadece iş ilişkisi sürmekte iken değil, iş sözleşmesinin kurulmasından başlayarak fesih süreci dahil olmak üzere en geniş an- lamda korunmasını öngörmektedir.

İş güvencesi mevzuatı, geniş anlamda bildirim süreleri ve kıdem tazminatı gibi işçinin işten çıkarılmasını güçleştirici ve zararlarını gi- derici tüm önlemleri kapsamakla birlikte, dar anlamda işverenin fesih için geçerli sebep gösterme zorunluluğu ve buna bağlı işe iade başta olmak üzere hukuksal yaptırımları ifade etmektedir.³ Dar anlamda iş güvencesi hukukunun amacı, işverenin iş sözleşmesini hukukten geçerli kabul edilen bir neden olmaksızın feshetmesinin engellenmesi yolu ile iş ilişkilerinde sürekliliğin sağlanmasıdır. Öğretide, işverenin fesih hak- kını ortadan kaldırmayan, ancak sınırlayan işçinin feshe karşı korunma- sına ilişkin kuralların, işverenin yönetim hakkını kötüye kullanmasının önlenmesini, aynı zamanda bu hakkı kötüye kullanıp kullanmadığının yargı denetimine tabi tutulmasını amaçladığı belirtilmektedir.⁴

-
- 2 Fevzi Demir, Hukukun Temel Kavramları, Birleşik Matbaa, İzmir 2007, s.221.
 - 3 Mustafa Alp, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2003, (1-40), s.1. <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz5-1/PDF/alp1.pdf>, erişim tarihi 25.12.2013.
 - 4 Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.22.

İşçinin geçerli bir sebep olmaksızın iş sözleşmesinin feshine karşı korunması anlamında iş güvencesi, temel bir sosyal hak olan⁵ çalışma hakkının ayrılmaz bir parçası olarak uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınmıştır. 158 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmesi ve 166 sayılı ILO tavsiye kararı iş sözleşmesinin feshi hakkında işçi açısından güvence oluşturacak kuralları içermektedir. 158 sayılı ILO sözleşmesi, daha sonra kabul edilen uluslararası sosyal haklarla ilgili belgelerin işçinin feshe karşı korunmasına ilişkin hükümlerinin temelini oluşturmuştur. Avrupa Sosyal Şartı'nın 24. maddesi, bu çerçevede 158 sayılı ILO Sözleşmesi esas alınarak düzenlenmiştir. Birçok ülkede ulusal düzenlemelerin de kaynağını oluşturan 1982 tarihli ILO sözleşmesi, Türkiye tarafından 1994'te usulüne uygun yürürlüğe konulmuş, ancak 2003 tarihli 4773 sayılı kanun ile 1475 sayılı İş Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucu ilk kez iç hukukta uygulanabilir hale getirilmiştir.⁶ 4857 sayılı İş Kanunu'na bazı değişikliklerle aktarılan feshe karşı korumaya ilişkin hükümler, 18 ile 21. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Geçersiz feshin sonuçlarını düzenleyen 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinin ilk fıkrasında; işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu, işçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiyi en az dört aylık

5 Nihat Bulut, Sanayi Devriminden Küreselmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları, 1.baskı, İstanbul 2009, s.131-137.; Annie Gruber, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Sosyal Haklar", Anayasal Sosyal Haklar(Ed.İbrahim Ö.Kaboğlu), Legal Yayıncılık, 1.Baskı, Şubat 2012(s.239-252) s. 242.

6 158 sayılı ILO Sözleşmesi 2 Haziran 1982'de kabul edilmiş ve Türkiye tarafından 18 Haziran 1994 tarihli Resmi Gazete(RG)'de yayımlanan 9 Haziran 1994 gün ve 3999 sayılı Kanun ile kabul edilip, 12 Ekim 1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 10 Ağustos gün ve 94-5971 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile iç hukukun bir parçası haline getirilmiştir. Ancak hükümlerinin doğrudan uygulanabilir olmadığı gerekçesi ile, 15 Ağustos 2002 tarihli RG.de yayımlanarak 15 Mart 2003'de yürürlüğe giren 4773 sayılı "İş Kanunu, Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzim Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 2.maddesi ile 1475 sayılı İş Kanunu 13.maddesinde yapılan değişiklik hükümleri ile düzenleme yapıncaya kadar uygulanmamıştır.
<http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/soz158.htm> (erişim tarihi 01.11.2013)

ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olacağı hükmü yer almaktadır. İkinci fıkra, birinci fıkraya konu tazminatın miktarının feshin geçersizliğine karar veren mahkeme veya özel hakem tarafından belirleneceğini öngörmektedir. Üçüncü fıkrada, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir denmektedir. Dördüncü fıkra, işçinin işe başlatılması halinde, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatının, üçüncü fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edileceği, işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelele ait ücret tutarının ayrıca ödeneceğini düzenlemektedir. Maddenin beşinci fıkrasında, işçinin kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorunda olduğu, bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan feshin geçerli sayılacağı ve işverenin sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olacağına ilişkin hüküm yer almaktadır. Altıncı fıkrada, maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemeyeceği ve aksi yönde sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı belirtilmektedir.

İş güvencesi kurallarının temel amacı, işverenin fesih hakkını sınırlandırarak iş ilişkisinin devamlılığının sağlanması yoluyla işçinin korunmasıdır. Ancak iş ilişkisinin niteliği itibarı ile sürdürülmesi mümkün olmayabilir. Bu durumda hukuka aykırı işlem yaptığı tespit edilen işverene, işçinin zararlarının tazmini yolu ile telafi amaçlı yaptırım yüklenmesi, uluslararası sözleşme kuralları ve denetim organlarının kararları ile benimsenmektedir.⁷ Sosyal haklarla ilgili uluslararası belgelerin ilgili hükümlerinde, geçerli sebep olmaksızın iş sözleşmesinin işverence feshedildiği durumda, işe iade yanı sıra/veya işçinin bu sebeple uğradığı zararların giderilmesinin gerekli olduğunu düzenlenmektedir. İşçinin

7 158 sayılı ILO Sözleşmesi 10. maddesi; *"Bu sözleşme'nin 8 inci maddesinde belirtilen merciler son verme işlemini haksız bulurlarsa ve son verme işlemini iptale veya işçinin işe iadesini öngörmeye ya da önermeye ulusal mevzuat ve uygulamalara göre yetkili değillerse veya bunları uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili kılınacaklardır"* (<http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/soz158.htm>, erişim tarihi 01.11.2013)

işverenin hukuka aykırı feshi sonucu uğradığı zararların telafisi, işvereni geçerli sebep olmadığı hallerde fesihden caydırmanın güvencesi ve işin sürekliliğinin sağlanması için zorunlu araçlardır. İşçinin telafisi öngörülen zararları, öncelikle çalıştırılmadığı sürede mahrum kaldığı ücret ve haklarını içermektedir. 158 sayılı ILO Sözleşmesi 10. maddesinde ve Avrupa Sosyal Şartı 24. maddesinde iş sözleşmesi geçerli bir sebep olmaksızın feshedilen işçinin uğradığı zararların tazmini, "*çalışanların iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla*", doğrudan işverenin hukuka aykırı feshinin yaptırımını olarak düzenlenmektedir.⁸ Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, Sosyal Şart'la ilgili yorum kıstaslarını açıklarken, tekrar işe alma ve/ya işe almama tazminatından önce ve bunlardan bağımsız olarak işçinin işten çıkarıldığı tarihten kararın kesinleştiği tarihe kadar maddi kayıplarını, telafisi gereken zararlar arasında saymaktadır.⁹ Avrupa Sosyal Komitesi kararları yargısal nitelikte olmamakla birlikte, Avrupa Sosyal Şartı ile bir bütün olarak ele alınması ve Şart'ı onaylayan devletlerin hukukuna etkili olması gerektiği savunulmaktadır. Bu konuda; nasıl Anayasa tek başına bir metin olarak değil, Anayasa Mahkemesi içtihadı ile birlikte uygulamaya yön veriyorsa, Şart hükümlerini yorumlayarak yaşama geçirilmesini sağlayan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi içtihadının, ulusal yargıçlar tarafından Avrupa Sosyal Şartı

8 Avrupa Sosyal Şartı II. Bölüm, "İş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkı" başlıklı 24.maddesi; "Akit Taraflar, çalışanların iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; a) tüm çalışanların, yetenekleri ya da davranışlarıyla bağlantılı olarak ya da işletmenin, kuruluşun ya da hizmetin işleyişinin gereklerine dayanarak, iş akitlerinin geçerli nedenler olmadan sona erdirilmemesi hakkını; b) iş akitleri geçerli bir neden olmaksızın sona erdirilen çalışanların yeterli tazminat ya da diğer uygun yardımlar alma hakkını tanımayı taahhüt ederler. Bu amaçla Akit Taraflar, iş akdinin geçerli bir neden olmaksızın sona erdirildiğini düşünen çalışanın bağımsız bir organa başvurma hakkını güvence altına almayı taahhüt ederler" hükmünü düzenlemektedir. Bu madde ile ilgili Eklerin 4.bendinde ayrıca geçersiz kılınan haksız fesih nedeniyle işçinin uğradığı zararların telafisi için gerekli tazminat ve diğer yardımların ulusal yasa, yönetmelik ve toplu sözleşmeler gibi araçlarla düzenleneceği belirtilmektedir.

(<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf>
(erişim tarihi; 30.10.2013)

9 Council of Europe: European Committee of Social Rights, *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights(s.154)*, 1 September 2008, available at: <http://www.refworld.org/docid/4a3f52482.html> (erişim tarihi 30.10.2013)

hükümleri yanı sıra, uygulamaya esas alınması gerektiği belirtilmektedir.¹⁰ Bu çerçevede, Yargıtay'ın konu ile ilke kararında somutlaşan yorumunu, Anayasa'nın 90. maddesi gereği, kanun hükmü ile çeliştiği durumda, öncelikle göz önüne alınması gereken Avrupa Sosyal Şartı 24. maddesi yanı sıra denetim organlarının kararlarına yansıyan yorum ve uygulama kıstasları açısından tekrar değerlendirilmesi uygun olacaktır.

İşçinin geçersiz fesih sebebi ile uğradığı zararlar kapsamında boşta geçen süre ücretini, iş ilişkisi sürdürülemez de hak edeceğine ilişkin hükümler, birçok ülke hukukunda uluslararası iş güvencesi kurallarına uygun olarak düzenlenmektedir. Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu hükümleri, feshin geçerli sebebe dayalı bulunmadığına karar veren mahkemeye, taraflardan birinin isteği üzerine, sürdürülemeyeceği kanaatine vardığı takdirde, iş ilişkisini sonlandırarak işçiye tazminat ödenmesine karar verme yetkisi vermekte¹¹, ayrıca yeni bir işe giren ve eski işine dönmek istemeyen işçiye, yeni işe girdiği tarihe kadar boşta geçen süre ücretini, geçersiz feshi yapan işverenin ödeme yükümlülüğünü düzenlemektedir.¹² İtalyan Hukukunda, mahkemece feshin geçersiz olduğuna hükmedildiğinde, işçinin işe iadesine karar verilebilmekte, ancak işçinin bunu reddetmesi halinde, işe iade yerine 15 aylık ücreti tutarında tazminata hükmedilmektedir.¹³ Birçok ülke hukukunda, mahkemenin işin sürdürülemeyeceğine karar vermesi ve/veya tarafların talebi halinde, geçersiz feshin tazminatla yaptırım altına alındığı veya işçiye tercih hakkı tanındığı görülmektedir. Türk Hukukunda, işverenin iradesinin belirleyici olması, geçersiz feshin sonunda işe başlatma keyfiyetinin işverene bırakılması sosyal taraf olarak sendikalarca eleştirilmiştir. Öğretide, mahkemece, iş sözleşmesinin sürdürülmesinin taraflardan beklenemeyeceği sonucuna ulaştığı takdirde işe iade yerine tazminata hükmedilmesinin, ya da işçiye işe başlama zorunluluğu yerine, tazminatları talep edebilme hakkının verilmesinin uygun ola-

10 Luis Jımena Quesada (çev. İbrahim Ö. Kaboğlu), "Avrupa Sosyal Şartı'nın İç Hukukta Uygulanması" Anayasal Sosyal Haklar (Ed.İbrahim Ö. Kaboğlu), Legal Yayıncılık, 1.Baskı, Şubat 2012 (65-71)

11 OECD EPL Database, update 2013, s.34-37, <http://www.oecd.org/els/emp/All.pdf>, erişim tarihi 19.01.2014.

12 Alp, a.g.e., s.27.

13 OECD EPL Database, update 2013, s.51, <http://www.oecd.org/els/emp/All.pdf>, erişim tarihi 19.01.2014.

çağı yolunda görüşler bildirilmektedir.¹⁴ İş Kanunu 21. madde 5. fıkrada düzenlenmesinin, işçinin boşta geçen süre ücretini kaybetmesine neden olduğu ve sözleşme ilk fesih tarihinde sona ermiş sayıldığı için, işçinin feshe bağlı hak ve tazminatları ile ilgili farkları talep edemediği belirtilmektedir. İsbetli bulunmayan bu düzenlemenin yerine, eski işyerine dönmek istemeyen işçinin, mahkemenin geçersizlik kararı sonucu devam etmekte olan sözleşmeyi, işe başlamadığı tarihte feshettiği kabul edilerek tazminat ve diğer haklarının ödenmesinin daha adil bir çözüm olacağı ifade edilmektedir.¹⁵

Türk Hukukunda, 4857 sayılı Yasa 21. maddesinde, işçiye açıkça tercih hakkı tanınmamış olmakla birlikte, işe başlama iradesi olmayan işçinin boşta geçen süre ücretini hak etmeyeceğine ilişkin açık bir hüküm de bulunmamaktadır. Kanun gerekçesinde, birinci fıkrada işverene bir aylık sürede işe başlatma zorunluluğu ve uyulmadığında işe başlatmama tazminatı ödeme yükümlülüğü getirilmekte, beşinci fıkrada ise işçinin çıkarıldığı işinde çalışmayı sürdürmek istediği takdirde başvuru ile yükümlü kıldığı, aksi durumda işverenin feshinin geçerli kabul edilerek, buna göre hak ettiği tazminatların ödeneceğinin düzenlendiği ifade edilmektedir.¹⁶ İşçiye çıkarıldığı işinde çalışmayı sürdürmeyi istediği takdirde, belli süre içinde başvuru koşulu ile işin devamını sağlama hakkının verildiği, aksi durumda feshin geçerli hale geleceği belirtilmektedir. Kanun maddesi ve gerekçesinde, üçüncü fıkrada düzenlenen boşta geçen süreye ilişkin işçi alacağının ortadan kalkacağına dair, herhangi bir açık hüküm bulunmamaktadır. İşçinin başvurmaması veya başvurduğu halde çağrıldığı anda işe başlamaması durumu, sadece 21.

-
- 14 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Gerekçeli-Açıklamalı, DİSK Genel İş Eğitim Yayınları 14, Ankara 2004, s.68; A.Eda Manav (Ali Güzel, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul 2004,s.106'dan aktaran), "İş Hukukunda Geçersiz Feshin Hukuken Geçerli Fesih Sayıldığı Haller", Kamu-İş Dergisi,C.11, S.2/2010 (1-21),s.5-7.
- 15 Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınları, 1.Baskı, İstanbul Mart 2014, s.143.
- 16 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikası Yayınları No.293, 4.baskı, Ankara 2009.s.102 http://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf, erişim tarihi 15.11.2013 ; Fevzi Demir, İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri, Tes-İş Sendikası Yayını, Ankara 2003, s.145, 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Gerekçeli-Açıklamalı, DİSK Genel İş Eğitim Yayınları 14, Ankara 2004, s.67.

maddenin 1. fıkrası çerçevesinde, mahkeme kararında hükmedilen işe başlatmama tazminatını talep edememesine yol açabilecektir. Yargıtay ilke kararı ile yapılan aksine yorumun, açık bir yasal dayanağı bulunmadığı düşüncesindeyim.

İşverenin iş güvencesi kurallarına aykırı davrandığı, hukuken geçerli bir sebep olmaksızın iş sözleşmesini feshettiğine ilişkin mahkeme kararı ile işverenin hukuka ve yasaya aykırı işlem tesis ettiği tespit edilmektedir. İşçinin, hukuka aykırılığı tespit edilen fesih işlemi sebebi ile uğradığı zararların, bu kapsamda evleviyetle işsiz kaldığı sürede mahrum kaldığı ücret ve diğer haklarının, iş ilişkisini sürdürme iradesi göstermediği durumda dahi tazmini, hukuk ve hakkaniyet gereği olacaktır. Yasa koyucunun, feshe itirazla ilgili yargı faaliyetini ve mahkeme kararını yok sayacak şekilde düzenleme yapması, hukuk devleti ilkesi temelinde beklenen bir durum değildir. Mahkemelerin yorumu yaparken uyması gereken kurallar çerçevesinde, Yargıtay ilke kararı ile ulaşılan sonucun gözden geçirilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Medeni Kanun 1. maddesinde düzenlenen, kanunun sözü ve özü ile yorumlanması kuralı gereği, "sözel yorum"un yasa koyucunun iradesini yansıttığı düşünüldüğünden, öncelikle tercih edilmesi gerekse de, varılan sonucun makul olması, ayrıca aranan bir koşuldur. Yorum sonucunun makul olmadığı durumda; sistematik, amaçsal, tarihsel ve en son olarak Anayasa'ya uygunluk yorumu olmak üzere, farklı açılardan değerlendirme yapılması gerekmektedir.¹⁷ Konumuzla ilgili Yargıtay ilke kararlarında, gerekçe dahi tartışılmaksızın, kanunun salt sözüne dayanılmakta, üstelik kanunun sözünde dahi ödenmeyeceği açıkça belirtilmemiş iken, boşta geçen süre ücreti ile ilgili yasa hükmü, hukuken makul olmayan bir sonuç doğuracak şekilde yorumlanmaktadır. Değerlendirme yapılırken, sorunun başlangıç ve nirengi noktasının, işçinin zorunlu olduğu halde başvurmaması veya başvurduğu halde işe başlamaması değil, işverenin hukuka ve yasaya aykırı fesih işlemi olduğu göz ardı edilmediği takdirde, kanunun koruduğu hakkın özüne uygun bir yoruma ulaşılmamasının mümkün olabileceği düşüncesindeyim. Uyuşmazlığın başlangıç noktasının, işverenin hukuka ve yasaya aykırı fesih işlemi olduğunun unutulmaması, yapılacak yorumun hukuken makul olmasında etkili olacaktır. Mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin kararı, iş sözleşmesini huku-

17 Ali Nazım Sözer, "Hukukta Yöntembilim", 2.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.124 vd.

ken geçerli sebep olmaksızın fesheden, hukuka aykırı işlemi tesis eden yanın işveren olduğunu tespit etmektedir. Geçimi için çalışmak zorunda olan işçinin, haklı bir sebep bulunmadığında, işine dönmek istememesi beklenen bir durum değildir. İşçinin aksine iradesi, yönetim hakkının işverende olduğu işyerinde, iş ilişkisinin sürdürülemez olduğunun ve/ya sürdürüleceğine ilişkin güven duygusunun bulunmadığının¹⁸ ifadesidir. Bu durumda, yasa koyucunun sorunun kaynaklandığı kusurlu tarafı ödüllendirecek şekilde, kusursuz yanın zararına düzenleme yapılması beklenemeyeceğine göre, yapılan yorumun gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır.

2. Geçersiz Fesihte İşe Başvurmayan veya Başlamayan İşçinin Boşta Geçen Süreye İlişkin Hakları Konusunda Yargıtay Uygulaması ve Öğreti

Geçersiz feshin sonuçları ile ilgili Yargıtay uygulamasının ilk döneminde işçinin süresinde işverene başvurusu, 21. madde 3. fıkrada düzenlenen çalıştırılmayan sürede hak edilen ücret ve haklarının ödettirilmesi için yeterli bulunmuştur. İşe almama tazminatı yönünden işverenin çağrısının kanun ve iyi niyet kurallarına uygunluğu yargısal denetime tabi tutulmuş, ancak süresinde başvurduğu halde işverenin davetine rağmen işe başlamayan işçinin "boşta geçen süre ücret"ine hak kazanacağı kabul edilmiştir. Yargıtay'ın yerel mahkemenin ret kararlarını bozarak ortadan kaldırdığı kararlarında; *"işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine" denildikten sonra, "davacının yasal sürede başvurusuna rağmen işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin... aylık ücreti tutarında belirlenmesine"* ve *"davacı işçinin işe iadesi için işverene süresi içinde müracaatı halinde hak kazanılacak dört aylık ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine"*¹⁹ matbu olarak hükmedilmiştir.

Yargıtay bir süre sonra bu görüşünü değiştirmiş, İş Kanunu 21. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen alacağı hak kazanılmasını, 5. fıkra hükmü ile ilişkili değerlendirmeye başlamıştır. İşçinin işe iade yönündeki başvurusunun samimi olması gerektiği, işçinin gerçekte işe başlamak

18 Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayınları, 1.baskı, İstanbul, 2007, s.481.

19 Örnek Yargıtay 9.HD.E.2003/18040, K.2003/18119 ve T.27.10.2003, kazancı.com.tr (erişim tarihi 21.11.2013)

niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için başvurduğu durumda, işe iade başvurusunun geçerli olmayacağı kabul edilmiştir. İşe başlama başvurusunu daha sonra geri alan veya haklı bir neden olmaksızın işverenin davetine rağmen işe başlamayan işçi başvuruda bulunmamış gibi değerlendirilmektedir.²⁰ İşçinin bu durumda sadece ihbar ve kıdem tazminatı ile varsa işçilik alacaklarına hak kazanacağı, işe almama tazminatı ile birlikte boşta geçen süre ücretini de hak etmeyeceği²¹ yönünde Yargıtay kararları istikrar kazanarak yerleşmiştir. İş Hukukunda işe iade sonrası isteklerle ilgili Yargıtay ilke kararları aktarılırken; *"işverenin daveti üzerine işe başlamamış olan işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla işçi işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmelidir"*²² yolundaki Yargıtay kararı en başta gelmekte, bunu *"işveren çağrısına rağmen işe başlamayan işçi boşta geçen süre ücretine hak kazanamaz"*²³ kararı takip etmektedir. Her ikisinde de, sonuç olarak İş Kanunu 21. madde 5. fıkra hükmü gerekçe gösterilerek, işçinin boşta geçen süre ücretine hak kazanamayacağı görüşü benimsenmektedir.²⁴

Öğretide, Yargıtay ilke kararının gerekçesi, iş görme ediminde bulunmak amacıyla işçinin başvurusunun zorunlu olduğu, işverenin ancak kabul etmediği durumda temerrüt sebebiyle boşta geçen süre ücretinden sorumlu olacağı şeklinde açıklanmaktadır. 4857 sayılı Kanun ile yapılan feshe itirazla ilgili düzenleme ile işverenin iş sözleşmesini feshi, iptal kabiliyeti olan ve iptal hakkı sahibi işçinin dava yoluyla geçmişe etkili olarak ortadan kaldırayabileceği nispi butlana konu bir hukuki işlem

- 20 Fevzi Demir, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, 7. Baskı, İzmir 2013, s. 317; Sarper Süzek, İş Hukuku, Yenilenmiş 8.Baskı, Beta A.Ş., İstanbul 2012,s.653; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s.522 vd.; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.265.
- 21 Yargıtay 9. HD. 14.10.2008 gün 2007/29383 E, 2008/27243 K, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi 21.03.2012)
- 22 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 19.06.2012 gün ve 2011/14286 E.-2012/13953 K. sayılı kararı (Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2011-2012) Yılları, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2012, s.423)
- 23 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 22/05/2012 gün ve 2012/7933 E.,2012/10834 K.sayılı kararı (Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2011-2012) Yılları, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2012, s.425)
- 24 Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2011-2012) Yılları, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2012, s.423-425.

olarak nitelendirilmektedir. Bu işlemin mahkeme kararına kadar bozucu şarta bağlı askı durumunda olduğu, bir aylık hak düşürücü sürede dava açılması ve geçersizliğine karar verilmesi halinde baştan itibaren ortadan kalkacağı ve mahkemenin kararının bozucu yenilik doğurucu nitelikte olduğu belirtilmektedir. İş Kanunu 21. madde 3. fıkrada yer alan, işçinin çalıştırılmadığı süre için, en çok dört ayla sınırlı olmak üzere ücret ve haklarının ödeneceğine ilişkin hükmün konusunun, taraflar arasında sözleşme devam ettiği durumda, işveren işçinin kanun gereği yaptığı iş görme başvurusunu kabul etmeyerek temerrüde düştüğünde doğan bir alacak olduğu değerlendirilmektedir.²⁵

Bir diğer görüşe göre, mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin kararı tek başına geçersizlik etkisi doğurmamakta, İş Kanunu 21/5. maddesi gereği işçinin başvurusu ile fesih baştan beri tüm hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkmakta ve iş ilişkisi hiç kesilmeksizin devam etmektedir. Bu anlamda başvuru kurucu yenilik doğuran bir haktır ve işverenin işe başlatmadığı durumda yeni bir fesih gerçekleşmektedir. İşçinin başvurusunun şekli olarak boşta geçen süre ücretini almaya yönelik olduğu durumda, bu sebeple geçerli kabul edilemeyeceği ve iş ilişkisinin devamını sağlamayacağı ifade edilmektedir.²⁶

Yargıtay tarafından İş Kanunu 21/5. fıkrasının, işe başvurduğu halde başlamayan işçiye uygulanması, bir diğer görüş ile, eleştirilmektedir. İşverence yapılan feshin geçersizliğinin tespitinin, Yargıtay'ın işverenin işçiyi işe almaması ile sözleşmenin sona erdiği ve işçilik hakları bakımından bu tarihteki ücretin esas alınacağı yolundaki kararlarının doğruladığı üzere, iş ilişkisinin devamı anlamına geldiği belirtilmektedir. İşçinin süresinde başvurmaması ile, yasa gereği bu durumda işveren feshi geçerli olacağından, işçinin fesih iradesi olarak yorumlanamayacağı, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanılacağı, ancak başvurmasına rağmen işverenin işe daveti üzerine işe başlamayan işçinin iş görme borcuna aykırı davranışı sonucu sözleşmenin feshi söz konusu olduğundan ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamayacağı ifade edilmek-

25 Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulanması, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.27.

26 Talat Canbolat, "İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semineri (Ed.Ali Güzel-Deniz Ugan)-29 Mayıs 2010, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s.112-113.

tedir.²⁷ Yasa koyucunun, işverene süresi içinde başvuruda bulunduğu halde, işe davete uymayan işçinin iş sözleşmesinin kendisi tarafından feshedildiğinin kabulü yönünde bir düzenleme yapılmadığı gerekçesi ile işe başvurmamış gibi değerlendirilmesine ilişkin Yargıtay kararları eleştirilmekte, samimi olmayan başvurunun geçerli feshin sonuçlarından yararlandırılmasının isabetli olmadığı yolunda görüş belirtilmektedir.²⁸

Farklı olarak, bir başka görüş ile, İş Kanunu 21. madde 5. fıkrası düzenlemesi ile işçinin süresinde işverene başvurmaması ile feshin geçerli hale gelmesi sonucu, kanun metni ve mantığı çerçevesinde, geçersiz feshin yaptırımı olan boşta geçen süre ücretinin istenemeyeceği fikrinin daha makul olduğu, aksinin savunulabileceği kaydedilerek belirtilmektedir. İşverene işe başlatmama seçeneği tanıyan kanunun, işçiye hiç bir seçim hakkı vermemesinin, işçinin çalışma ve işyerini seçme özgürlüğünü sınırlandırması olduğu ifade edilmektedir.²⁹

Yargıtay'ın işçinin başvurusunu geri alması halini, eski duruma rücu kabul etmesi, işe iade davası açılmamış gibi hukuki sonuca varması ile ilgili olarak, bir diğer görüş, işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmasının doğal olduğu yolundadır. Bu durumun işçinin işverene karşı duyduğu güven ilişkisinin bozulduğu anlamına geldiği ve yasa koyucunun bu yükümlülüğü işe başvuru koşuluna bağlamadığı gerekçesi ile işçiye boşta geçen süre ücret ve diğer haklarının ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir.³⁰ Kanımca, yasa koyucu, boşta geçen süre ücret ve haklarının ödeneneğini, işe başvuru zorunluluğu içeren 5. fıkradan bağımsız ve ilgisiz ayrı bir fıkroda düzenlemiş olmakla, ulaşılmaması gereken sonuç ve gerekçesi gerçekte bu kadar yalındır. İş Kanunu 21. madde 5. fıkroda, işveren feshinin geçerli olacağı zamana ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda, mahkemenin feshin geçersizliği kararının hukuki sonucu olarak, işçinin işe başlama iradesi göstermediği, ya da

27 Gülsevil Alpagut, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", Bankacılar Dergisi, Sayı 65, 2008, (s.89-110), s.103-104, http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/Yargitay_Kararlari_Isiginda.pdf (erişim t. 15.12.2013)

28 Hamdi Mollamahmutoğlu-Muhittin Astarlı, İş Hukuku, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.933-934.

29 Alp, a.g.e, s.27.

30 Kılıçoğlu/Şenocak, a.g.e., s.481-482.

vazgeçtiği tarih itibarı ile işveren feshinin geçerli kabulü, yasaya aykırı olmayacaktır. Hukuka aykırı olduğu yargı kararı ile tespit edilmiş bulunan fesih işleminin muhatabı işçinin, işe başlamama iradesi gösterdiği tarih itibarı ile işveren feshinin geçerli kabulü sonucu, kıdem ve ihbar tazminatı hakları veya ödenmişse farkları ile boşta geçen süre ücretine hak kazanmasının, yargılama faaliyetinin anlamına, iş güvencesi kurallarının amacı ve hakkın özüne uygun olacağı düşüncesindedir.

3. İşçinin Başvurusunun "Samimiyeti"nin "Dürüstlük Kuralı" Temelinde Tartışılması

Yargıtay'ın ilk kararlarında, işçinin işverene başvurusu, işe başlamasa bile boşta geçen süre ücretine hak kazanma açısından yeterli bulunurken, zaman içinde değişerek işe başlamadığı durumda sadece ihbar ve kıdem tazminatlarını talep edebileceği noktasına gelinmiştir. Bu süreçte, konu ile ilgili farklı kararlar ve muhalefet şerhlerinin bulunduğu görülmektedir. İşverence davet edilen işçinin işe başlamaması sebebi ile iş sözleşmesini sonlandırdığından bahisle ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı 2005 yılında verilen bir kararda tartışma konusu olmuştur. Bu kararda oyçokluğu ile; *"Mevzuatımızda işçinin koşulları bulunuyorsa, feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin talepte bulunması zorunlu olmayıp isteğe tabi bulunmaktadır. Bunun sonucunda işverene başvurup işe davet edilse de işe başlamakla yükümlü değildir. Burada MK.2/II. maddesine gitmek de mümkün değildir. Zira işverence işe davet edilmediği takdirde işe başlamama tazminatı ve boşta geçen süre ücreti alabilecek davacının büyük ihtimalle işe girdiğini bildiği işçiyi işverenin işe daveti iyi niyetli olmayabilir... İş Hukukunun temel ilkesi olan "işçi lehine yorum" gereği yasa boşluğu MK.2/II uyarınca 4857 sayılı İş Kanununun 21/5. maddesi kıyasen uygulanmak suretiyle doldurularak geçerli feshin sonuçları olan ihbar ve kıdem tazminatı taleplerinin kabulü yerine reddi hatalı olup kararın bozulmasını gerektirmiştir"* sonucuna varılmaktadır. Karşı oy gerekçesinde, işverenin işe daveti kendisine ulaşıncaya kadar bunu geri alabilecek olan işçinin, işverenin davetinden sonra bundan dönemeyeceği, bu durumda sözleşme baştan itibaren kurulmuş olacağından işçinin ancak haklı neden varsa feshedebileceği, işçinin zarar göreceği düşüncesinin sözleşme hukukunun genel prensiplerinin yok sayılmasını gerektirmeyeceği, tarafların haklarını kullanırken objektif iyi niyet kurallarına uymaları gerektiği görüşlerine yer verilmiştir.³¹ Yargıtay'ın takip eden süreçte, kişilerin

31 Canbolat, a.g.e., s.132 (Yargıtay 9.HD.11.7.2005, E.2005/20810, K.2005/24800)

haklarını kullanırken Medeni Kanun(MK)'un 2. maddesi uyarınca dürüstlük kuralına uymak zorunda oldukları, işçinin amacı işe başlamak olmadığı halde, bu yönde bir irade açıklamasında bulunduğu takdirde MK 2. maddesi uyarınca dürüstlük kuralına uymayan işçinin bu davranışının sonuçlarına katlanması gerektiği³² gerekçesi ile işçinin başvurusunun, işe başlamasa da boşta geçen süreye ilişkin ücrete hak kazanmak açısından yeterli olduğu yolundaki görüşünü değiştirdiği gözlenmektedir. İşçinin işe iade yönündeki başvurusunun samimi, işverenin işe davetinin ciddi olması gerektiği³³ gerekçesi ile istikrar kazanan kararlarda, adeta taraflar arasında "eşitlik" sağlanması noktasında uzlaşmış, işçi davete rağmen işe başlamadığında, İş Kanunu 21. madde 5. fıkrasının kıyasen uygulanması ile ihbar ve kıdem tazminatlarını kaybetmekten "şimdilik" kurtarılmış gibi görünmektedir. Bu noktada tartışılması gereken iki husus ortaya çıkmaktadır; bunlardan ilki iş ilişkisinde objektif olarak korunması beklenen işçi aleyhine sözleşme hukukunun bu kadar yalın uygulanmasının hukuku kabul edilebilir olup olmadığıdır. İkinci ve daha da önemli olan konu ise, işverenin hukuka aykırı feshi sonucu başlayan hukuki süreç sonucu, kanun maddesini ihlal ettiği tespit edilen tarafın yararına olacak şekilde, "dürüstlük kuralı"nın hukuka aykırı işlemde zarar gören aleyhine uygulanmasının mümkün olup olmadığıdır.

Dürüstlük kuralı, MK 2. maddesi 1. fıkrasında, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken uygun davranmak zorunda olduğu davranış biçimi olarak düzenlenmekte, 2. fıkrasında "bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" hükmü ile aksi davranışın yaptırımını yer almaktadır. Öğretide, bir hakkın kötüye kullanıldığının somut olayın özelliklerine göre takdir edilmesi gerektiği, genelleme yapılmaktan kaçınılmasının uygun olacağı önemle vurgulanmaktadır. Hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat olmaması, sırf başkasını zarara sokmak, güç duruma düşürmek ya da gayrimeşru kazanç sağlamak amacıyla kullanılması halleri, kötüye kullanıldığı yönünde önemli işaret teşkil eden unsurlar olarak belirtilmektedir. Ayrıca hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı oransızlık bulunması, kendi ahlaka aykırı davranışına dayanarak hak kullanılması ve uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulma-

32 Kar, a.g.e., s.1264.

33 Kar, a.g.e, s.1270.

sı halleri, hakkın kötüye kullanılmasına örnek olarak gösterilmektedir. Dürüstlük kuralının uygulama alanı kapsamında, hakkın kötüye kullanıldığına karar vermek için, bu durumun tereddüde yer vermeyecek açıklıkta olması, hukuk güvenliği açısından zorunlu kabul edilmektedir.³⁴ Öncelikle, MK 3. maddesi gereği, hukuken aksi ispatlanana kadar herkesin iyi niyetli kabul edilmesini gerektiren "iyiniyet karinesi"nin göz önüne alınması, iyiniyetin asıl olmasına önem verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.³⁵ Kanunu yorumlarken ve tamamlarken hâkime yol gösterici olduğu kabul edilen dürüstlük kuralının, bu kural ve koşullar temelinde hakkın kötüye kullanımının ölçütü olduğu belirtilmektedir.³⁶

Mahkemenin feshin geçersizliğine ilişkin kararının kesinleşmesi ile iş ilişkisinin sürdürülmesi için işçinin başvurusu kanun hükmü ile zorunlu kılınmaktadır. Ancak işe başvuru, boşta geçen süre ile ilgili ödeneceği belirtilen haklarla ilgili fıkrada koşul olarak düzenlenmemiştir. Yargıtay'ın işe iade ile ilgili kararlarında ise, işe başvurma, sadece iş ilişkisini sürdürme açısından değil, boşta geçen süre ücretine hak kazanılması için de bir koşul olarak belirtildiğinden, işçi gerçekte işe başlama iradesi olmasa bile fiilen başvurmak zorunda kalmıştır. Haksızlığı yargı kararı ile tespit edilen bir işlem sebebi ile mağdur olan işçinin, boşta geçen süre ücretine hak kazanabilmek için, Yargıtay kararlarında "koşul" olarak hükmedilmesinin de etkisi ile başvuruda bulunmasında, meşru bir yararının olmadığı söylenemez. Bu nedenle başvurunun samimi olmadığı, hakkın kötüye kullanıldığı ve benzer dürüstlük kuralına bağlanan görüş ve gerekçelerle ulaşılan sonucun, hukuka ve hakkaniyete uygunluk açısından gözden geçirilmesinde yarar vardır. Kullanılmasında özenli olması gerektiği özellikle vurgulanan hakkın kötüye kullanılması ölçütlerinin bu durumda gerçekleşmediği, uyumsuzluğun

34 Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.145-146; Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 31.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.221 vd.

35 Erdem Özdemir, "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semineri(Ed.Ali Güzel-Deniz Ugan)-29 Mayıs 2010, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s.148 (Genel Tartışma)

36 Jale G.Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, I.Cilt, 9.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s.163 vd.

kaynağında işverenin geçerli olmadığı yargı kararı ile tespit edilen yasaya aykırı feshi varken, işçi açısından dürüstlük kuralına aykırılığın ileri sürülmesinin mümkün olmadığı düşüncesindeyim.

İş Hukukunda asıl olarak, sosyal yönden güçsüzleri koruma ve sosyal denkleştirme düşüncesinin ifadesi olan sosyal devlet ilkesinin, yasa koyucu tarafından hukuk kuralı oluşturulmasında, var olan kurumların ve mahkeme içtihatlarının yorumunda etkili olması gerektiği, öğretide önemle belirtilmektedir. Sosyal devlet ilkesinin hizmet ilişkilerine uygulanmasında, Anayasa veya herhangi bir yasanın yorumunda duraksama olursa, iş hukukunun sosyal niteliğini göz önünde tutan bir yorumun yasa koyucunun iradesine uyacağı kabul edilmektedir. Sosyal devlet ilkesinin özel hukukun temel ilkelerine, örneğin MK 2.'deki doğruluk (objektif hüsnüniyet) kuralına, bu temelde somut bir anlam kazandıracağı vurgulanmaktadır.³⁷

Bu çerçevede, başvurduğu halde işe başlamayan işçinin dürüstlük kuralına aykırı davrandığı gerekçesi ile verilen kararların, sorunun sosyal niteliğini gözettiği söylenemeyecektir. Bu durum sonuçta, fesih hakkını yasaya karşı kullandığı Mahkemece tespit edilen işveren lehine, işçinin boşta geçen süre ücretinden mahrum bırakılması anlamına gelmektedir. Hukuk hiç kimsenin kendi kusurundan yarar sağlamasını koruma altına alamayacağından, işverenin fesih hakkını -yasaya aykırı- kötüye kullanması sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıktan yararlanmasına cevaz verilmemesi, "dürüstlük kuralı"nın işçi lehine yorumlanması uygun olacaktır. Yargıtay'ın ilke kararını, "dürüstlük kuralı"nı, iş hukukunun sosyal niteliğini gözetecek bir şekilde yorumlayacak şekilde gözden geçirmesi; uyuşmazlığın kaynağında işverenin hukuka aykırılığı mahkeme kararı ile tespit edilen feshinin olması sebebi ile, işçinin başvurusu boşta geçen süre ücretine hak kazanmaya yönelik olsa dahi, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilemeyeceğinden değişmesinin isabetli olacağı görüşündeyim.

37 Kenan Tunçomağ, İş Hukuku Cilt 1, Fakülteler Matbaası, 2.Bası, İstanbul 1981, s.7-8.

Sonuç

Hukukta yaptırımların düzenlenmesi, sadece telafi amaçlı değildir. Kişileri hukuka aykırı davranıştan caydırıcı etkileri ile kurallara uyulmasını, uyuşmazlıkların en aza indirilmesini hedefler. Bu açıdan bakıldığında, hukukten geçersizliğine karar verilen feshin, uyuşmazlığın kusursuz tarafı işçinin herhangi bir sebeple işe dönmemesi ve iş ilişkisinin sürdürülememesi nedeniyle yaptırımsız bırakılması, genel anlamda feshe karşı koruma kurallarını etkisiz kılma tehlikesini içinde barındırmaktadır.

İş güvencesinin, işçinin verimi ve davranışları ya da işyerinden kaynaklanan genel geçerli fesih sebepleri dışında, geçerli sebep olmayacağı kanunda özellikle düzenlenen sendikal sebepler, ayrımcılık ve benzeri durumların yargısal denetimini de kapsadığı düşünüldüğünde, her durumda yargı kararı ile işe dönen işçinin karşılaşacağı ortam açısından kaygı duyması, tekrar benzer süreçleri yaşamamak için işe dönme başvurusunda bulunmaması, özellikle bir başka işte çalışmaya başlamışsa riske atmak istememesi, anlaşılabilir durumlardır. Geçimini sağlamak için çalışmak zorunda olan işçinin, iki-üç yılı bulan yargılama süresince işsiz oturması beklenemeyeceğinden, özellikle başka bir iş buldu ise, davalastığı işverenin yönetim hakkına sahip olduğu iş ilişkisine dönmek istememesi makul bir durumdur. Aksi durumda işe dönmek istememesi, zaten hayatın doğal akışına uygun olmayacaktır. Yargıtay kararlarında koşul olarak konulduğundan, işe dönmek istemese de, boşta geçen süre ücretine hak kazanmak amacıyla başvuruda bulunması, uyuşmazlığın kaynağının işverenin haksız feshi olduğu göz önüne alındığında, aleyhine değerlendirilmemesi gereken bir durumdur. İşçinin başvurduğu halde işe başlamaması sebebiyle, yargı kararı ile hukuka aykırı bulunarak geçersiz kılınmış işveren feshi nedeniyle mahrum kaldığı, boşta geçen süreye ilişkin ücret ve haklarını talep etmesinin "hakkın kötüye kullanımı" temelinde tartışılmasının uygun olmadığı görüşündeyim.

Uluslararası ve ulusal hukuk çerçevesinde, hakkın özünün ve haksız işleme maruz kalan işçinin korunması asıldır. İş hukuku kural ve kurumlarının, iş hukuku ilkeleri bir yana bırakılarak, yalın Borçlar Hukuku terminolojisi ile değerlendirilmesinin ne denli uygun olduğu ayrı bir tartışma konusudur. Ancak açık olan husus, kanun ve gerekçesine bakıldığında, boşta geçen süre ücretinin hak edilmesi için işe başvurunun

zorunlu olduğunu gösteren bir düzenleme veya açıklama bulunmadığıdır. Kanununun 21/5. fıkrasında işçinin işe başlamaması halinde işverence yapılan feshin geçerli olacağına ve işverenin sadece bunun sonuçlarından sorumlu olacağına ilişkin hüküm, yargılama süresince devam ettiği kabul edilen iş ilişkisi sebebiyle, boşta geçen sürede hak edilen alacağına ilişkin yükümlülüğü ortadan kaldırmamaktadır. Yargıtay'ın ilke kararının, iş hukukunun sosyal niteliğini, sorunun kaynağında işverenin haksız feshinin olduğunu, yargılama faaliyeti ile sonucu mahkeme hükmünün anlam ve değerini dikkate alarak gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Bu noktada, yargı kararlarında dayanılan 21. madde 5. fıkraya hükmünde belirtilen, işverence yapılan feshin gerçekleştiği tarihin, işçinin işe başlamadığı veya başvurduğu halde başlamadığının kesinleştiği tarih olarak kabul edilmesi, feshi geçersiz kılan mahkeme kararı ve yargılama faaliyetini anlamlı kılan, işçinin geçersiz feshe karşı hukuken korumadan etkili yararlanmasını sağlayacak bir çözüm olacaktır. Bu öneriye karşı, işveren feshinin karşı yana ulaştığı anda geçerli olacağına ilişkin genel kurala dayalı itirazların, mahkemeye itiraz yolu ile ve mahkeme kararı ile geçersiz kılınabilen bir feshin söz konusu olduğu, istisnai bir durumun düzenlendiği bu konu açısından, hukuken kabul edilebilir olamayacağı düşüncesindeyim. İşveren feshi, işçinin işe başlamama iradesinin kesinleştiği tarih itibarı ile geçerli olduğunda, bu tarih ayrıca iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olarak, feshe bağlı tazminatlara da esas alınacaktır. Boşta geçen süre ücreti, mahkemenin feshi geçersiz kılan kararı ile ödenmesi gereken bir alacak olarak zaten hak edilmiş durumdadır. İşveren kanunda düzenlendiği üzere sadece feshe bağlı tazminatlarla yükümlü olacak, işe almama iradesi söz konusu olmadığından, işe başlatmama tazminatı ödemek zorunda kalmayacaktır. Ancak elbette, ayrıca işverenin işçinin iradesini etkileyen bir kusuru varsa, bu tazminatların ödettirilmesi de yargı kararı ile mümkün olabilecektir.

Bu çerçevede, işveren feshinin işçinin işe devam etmeme iradesinin kesinleşme tarihi itibarı ile geçerli kabul edilmesinin, işçinin feshe karşı korunmasına ilişkin kuralların yaptırımını ve dolayısı ile iş güvencesi kurumunu, 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı 24. maddesi ile denetim organı yorum kıstasları göz önüne alındığında, etkili hale getireceği ve yargılama faaliyeti ile mahkeme kararını anlamlı kılacağı düşüncesi ile hukuka uygun bir değerlendirme olacağı görüşündeyim.

KAYNAKLAR

- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ
KARAMAN, Derya. Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hü-
kümleri Kişiler Hukuku, I.Cilt, 9. Bası,
Beta Yayınevi, İstanbul 2012.
- ALP, Mustafa. "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Gü-
vencesi Yasası)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5,
Sayı 1, 2003, (1-40), s.1. <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz5-1/PDF/alp1.pdf>, erişim tarihi 25.12.2013.
- ALPAGUT, Gülsevil "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvence-
si ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", Bankacılar Dergisi, Sayı 65,
2008, (s.89-110) http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/Yargitay_Kararlari_Isiginda.pdf, erişim ta-
rihi 15.12.2013.
- BULUT, Nihat Sanayi Devriminden Küreselleşmeye
Sosyal Haklar, XII Levha Yayınları,
1.Baskı, İstanbul 2009
- CANBOLAT, Talat "İşe İade Kararının Uygulanmasında
Dürüstlük Kuralı, Kadir Has Üniversite-
si Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu
İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semi-
neri (Ed.Ali Güzel-Deniz Ugan)-29
Mayıs 2010 (s.85-135), Kadir Has Üni-
versitesi Yayınları, İstanbul 2010, s.151
(Genel Tartışma).
- Council of Europe:
European Committee
of Social Rights, *Digest of the Case Law of the European
Committee of Social Rights*, 1
September 2008, available at:
<http://www.refworld.org/docid/4a3f52482.html>
[accessed 28 January 2014]

- ÇELİK, Nuri İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 26.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- ÇİL, Şahin İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2011-2012) Yılları, YetkinYayınları, 5. Baskı, Ankara 2012.
- 4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, Türkiye İşveren Sendikası Yayınları No. 293, 4. baskı, Ankara 2009. http://tisk.org.tr/tr/e-yayinlar/is_kanunu_yenilenmis_4_baski/pdf_is_kanunu_yenilenmis_4_baski.pdf, erişim tarihi 15.11.2013
- 4857 sayılı Yeni İş Kanunu Gerekçeli-Açıklamalı, DİSK Genel İş Eğitim Yayınları 14, Ankara2004.
- DEMİR, Fevzi En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, Albi Yayınları, 7. Baskı, Eylül 2013, İzmir.
- DEMİR, Fevzi Hukukun Temel Kavramları, Birleşik Matbaa, İzmir 2007.
- DEMİR, Fevzi İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri, Tes-İş Sendikası Yayını, Ankara 2003.
- EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim Bireysel İş Hukuku, Legal Yayınları, 1. Baskı, İstanbul Mart 2014.
- GRUBER, Annie "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Sosyal Haklar", Anayasal Sosyal Haklar (Ed.İbrahim Ö. Kaboğlu), Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Şubat 2012 (s.239-252)

- GÜZEL, Ali "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Yılı Toplantısı, İstanbul 2004 (s.15-145).
- KAR, Bektaş. İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK Kemal İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2007
- MANAV, A. Eda "İş Hukukunda Geçersiz Feshin Hukukun Geçerli Fesih Sayıldığı Haller", Kamu-İş Dergisi, C.11, S.2/2010(s.1-21)
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/
ASTARLI, Muhittin İş Hukuku, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- NARMANLIOĞLU,
Ünal İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2012.
- OECD EPL Database, update 2013, <http://www.oecd.org/els/emp/All.pdf>, erişim tarihi 19.01.2014.
- OĞUZMAN, Kemal/
BARLAS, Nami Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- ÖZDEMİR, Erdem "Feshin Geçerliliğinin Denetiminde Dürüstlük Kuralı-Genel Tartışma", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve İstanbul Barosu İş Güvencesi ve İşe İade Davaları Semineri (Ed. Ali Güzel-Deniz Ugan)-29 Mayıs 2010, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.

- ÖZTAN, Bilge Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- QUESADA, Luis J. Avrupa Sosyal Şartı'nın İç Hukukta Uygulanması" Anayasal (çev. İbrahim. Ö. Kaboğlu) Sosyal Haklar (Ed. İbrahim Ö.Kaboğlu), Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Şubat 2012 (s. 65-71)
- SÖZER, Ali Nazım "Hukukta Yöntembilim", 2.baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- SÜZEK, Sarper İş Hukuku, Yenilenmiş 8.Baskı, Beta A.Ş., İstanbul 2012.
- TUNÇOMAĞ, Kenan İş Hukuku Cilt 1, Fakülteler Matbaası, 2. Bası, İstanbul 1981.

Hileli ve Taksirli İflas

■ Yeşim DAĞOĞLU¹

ÖZET: Kişinin iflas ederek borçlarını ödeyemeyecek hale gelmesi bir suç teşkil etmez. Ancak iflas hileli hareketler sonucu ya da dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucu meydana gelmişse cezalandırılabilir hale gelir. Hileli ve taksirli iflas olarak adlandırılan bu durumlar hem ceza kanununda hem de icra iflas kanununda düzenlenmiştir. Çalışmamızın amacı, suç olan iflas durumlarını inceleyerek bu durumlarda hangi kanunun nasıl uygulanacağını göstermektir.

GİRİŞ

İflas, "borçlunun borçlarını ödemekten aciz olduğunun mahkeme kararı ile belirlenmesi ve ilan edilmesidir".² Görüleceği üzere kişinin

- 1 Avukat, İzmir Barosu Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans öğrencisi
- 2 **Parlar Ali/Parlar Aynur**, Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Suçları, Ankara 2004, s. 13. Kuru/Arslan/Yılmaz iflası, "ticaret mahkemesince iflasına karar verilen borçlunun haczedilebilen bütün malvarlığının cebri icra yoluyla paraya çevrilip bundan bilinen tüm alacaklılarının tatmin edilmesini sağlayan toplu bir cebri icra yolu" olarak ifade etmektedirler (**Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder**, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş, 6352 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenip Değerlendirilmiş 26. Baskı, Ankara 2012, s. 451). **Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku, İİK ve Temel Kanunlardaki Son Değişikliklere Göre Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Ankara 2012, s. 599). Tanımlara bakıldığında iflas halinde; kişinin borçlarını ödeyemez hale geldiği, mahkeme kararıyla kişinin bu durumunun tespit edildiği ve karar üzerine borçların kişinin malvarlığından karşılanarak alacaklıların tatmin edildiği görülmektedir.

iflas etmesi, borçlarını ödeyemediği anlamını taşımaktadır. Bundan alacaklıları zarara uğramaktadır; ancak bu hale gelmekte borçlunun bir kusuru olmadığından ve sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ifa edilmemesinden dolayı kişiyi cezalandırmayı hukuk düzenimiz AY m. 38 gereği kabul etmediğinden kişi cezalandırılmaz.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere normal şartlarda iflas edilmesi bir suç teşkil etmediğinden kişi cezalandırılmaz. Ancak eğer kişi borçlarından kurtulmak için bilerek ve isteyerek iflasına sebep olacak, alacaklıları zarara uğratacak faaliyetlerde bulunursa ya da dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak kendi iflasını hazırlarsa o zaman iflas edilmesi cezalandırılabilir hale gelir. Zira birinci halde TCK m. 161'de düzenlenen hileli iflas, ikinci halde ise TCK m. 162'de düzenlenen taksirli iflas söz konusu olacaktır.

Çalışmamız TCK bağlamında iflas suçlarını kavramayı amaçladığından öncelikle AY m. 38'de yer alan borç için hapis yasağından kısaca bahsedilerek iflasın neden cezalandırıldığı incelenecek; daha sonra ise hileli ve taksirli iflas ayrımı yapılarak bu iflas suçlarının koşullarına bakılacaktır. Konular hakkında verilecek bilgiler ışığında genel bir değerlendirme yapılarak çalışmaya nihayet verilecektir.

I. GENEL OLARAK

Anayasa m. 38/8'e göre; *"hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz"*. Hüküm, Yılmaz'ın yaklaşımıyla "sözleşme, yükümlülük ve yerine getirememe" şeklinde üç kavrama ayrılarak incelendiğinde ifade edilmek istenen kolayca anlaşılabilir.³ Sözleşme(akit); "iki veya daha çok kişinin bir hukuki bağ yaratmak, bu bağı değiştirmek veya ortadan kaldırmak amacıyla karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile yaptıkları hukuki işlemdir".⁴ Yükümlülük, yerine getirilmesi gereken davranış; yerine getirememe ise yapmaya çalışılsa da yükümlülük konusu olan davranışın gerçekleştirilememesi olarak ifade edilebilir. Tanımlardan anlaşılacağı üzere kişiler bir konuda uyuşarak bir sözleşme akdetmekte, bu sözleşmeyle belli davranışları gerçekleştirmeyi

3 **Yılmaz** Ejder, "Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesine İlişkin Anayasa Hükümü ve İcra İflas Suçları", Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 493-494, (İcra İflas Suçları).

4 **Yılmaz** Ejder, (Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş Üçüncü Baskı, Ankara 2005, s. 42, (Hukuk Sözlüğü).

yükümlenmekte ancak kendileri her ne kadar yükümlülüklerini yerine getirmek isteseler de bir nedenle bunu gerçekleştirememektedirler. Bu durumda AY m. 38/8'e göre kişiler cezalandırılmayacaklardır.

TCK m. 161 "*malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişinin, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmesi halinde cezalandırılacağı*"; TCK m. 162 ise "*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişinin cezalandırılacağı*" öngörmüştür. İflas eden kişinin cezalandırılmasını öngördüğünden ilk bakışta, bu hükümlerin yukarıda sözünü etmiş olduğumuz sözleşmeden doğan borç için hapis yasağına aykırılık teşkil ettiği düşünülebilir. Nitekim, hileli ve taksirli iflasın da dahil olduğu icra iflas suçlarının Anayasa'ya aykırı olduğu Anayasa Mahkemesi önünde de ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi icra iflas suçlarında cezalandırılanın borca aykırılık değil, kanundaki koşullara aykırılık olduğuna hükmederek davayı reddetmiştir.⁵ Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin kararı yerindedir. Zira TCK m. 161 ve 162 irdelendiğinde kişinin cezalandırılma sebebinin iflas ederek alacaklılarını mağdur etmesi değil; TCK m. 161 için "*malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunulması*", TCK m. 162 içinse "*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi*" olduğu görülmür. Dolayısıyla iflas, bu koşullar mevcut olmadığı takdirde suç teşkil etmez. Bu nedenle adi(normal), hileli ve taksirli iflas ayrımı yapılır⁶ ve adi iflasta kişinin"ekonomik koşullardaki değişiklik, yüksek enflasyon vb. nedenlerle" iflas ederek borçlarını ödeyemeyecek hale gelmesi söz konusu olduğundan müflis cezalandırılmaz.⁷

-
- 5 AYM, 21.11.2002, E. 2001/415, K. 2002/166(Özbek Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, Cilt II, Ankara 2008, s. 1299-1300). İcra iflas suçlarının AY m. 38'e aykırı olup olmadığı hakkında ayrıca bkz. **Ercan İbrahim**, "İcra ve İflas Suçları Üzerine Bazı Düşünceler", SÜHFD, Cilt:13, Sayı:1, Yıl:2005, s. 19-24; **Çetiner Ufuk**, "Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra ve İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, ABD, 2002/1, s. 179-180.
- 6 **Parlar/Parlar**, s. 4. **Kızılarslan Hakan**, Hileli ve Taksirli İflas Suçları, 5237 Sayılı TCK Uyarınca Gözden Geçirilmiş Haliyle Uygulama ve Doktrinde, Ankara 2006, s. 37.
- 7 **Yılmaz**, İcra İflas Suçları, s. 500; **Bakıcı Sedat**, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 1, Ankara 2008, s. 864; **Dönmezer Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Onaltıncı Bası, İstanbul 2001, s. 494.

Hileli ve taksirli iflas suçları hem icra iflas hukukunu hem de ceza hukukunu ilgilendirdiğinden hangi kanunda ne şekilde düzenleneceği doktrinde ve uygulamada tartışma konusu olmuştur. Bu suçların tamamen icra iflas kanununda, ceza kanununda veya nitelikleri gereği "kara para aklama, bankacılık suçları vb." ekonomik suçlarla beraber ayrı bir kanunda düzenlenmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.⁸ 5237 sayılı TCK kanımızca yerinde bir yaklaşımla suçların hem unsurlarını hem de cezalarını kendi bünyesinde toplamıştır. Zira böylece Adalet Komisyonu Raporu'nda⁹ da ifade edildiği üzere belirlilik ilkesinin gereği yapılmış ve kanımızca uygulama kolaylığı da sağlanmıştır.

II. HİLELİ İFLAS

Hileli¹⁰ iflas suçu TCK m. 161'de düzenlenmiştir.

-
- 8 **Kızılarşan**, s. 26. Karşılaştırmalı hukukta bu konuda nasıl bir yaklaşım benimsendiği hakkında bkz. **Önder** Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 402-403; **Yıldırım** M. Kamil, Hileli İflas Suçları, İstanbul 2000, s. 9-30.
- 9 Adalet Komisyonu Raporu'nda TCK'nın bu şekilde bir düzenleme yapmasının nedeni şöyle açıklanmıştır: "Hangi fiillerin suç oluşturduğunun kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Bu düşüncenin bir sonucu olarak, ancak bir kanunu tanımda belirlenen muayyen fiiller, ceza yaptırımını gerekli kılabilir. Bu bakımdan belirli bir kanuna yollamada bulunmak suretiyle soyut olarak bu kanuna aykırı davranışların ceza yaptırımına bağlanması, suçta kanunilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Suç tanımlarının redaksiyonunda, bu ilkeye bağlı kalmaya büyük bir özen gösterilmiştir. Örneğin, Hükümet Tasarısı'nda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi, dolanlı(hileli) ve taksirli iflas suçlarının sadece yaptırımı belirlenmiştir(m. 224). Buna karşılık hangi fiil ve davranışların bu suçları oluşturacağı konusunda herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bu konuda 9.6.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 310 ve 311'inci maddelerinde yapılan düzenlemelere yollamada bulunulmuştur. Komisyonumuzda yapılan çalışmalarda, ceza hukukunda güvence fonksiyonlarından birini oluşturan belirlilik ilkesinin gereği olarak, hileli ve taksirli iflas suçlarını hangi fiil ve davranışların oluşturduğu açık ve seçik bir biçimde belirlenmiştir"(Yaşar Osman/**Gökcan** Hasan Tahsin/**Artuç** Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt IV, Ankara 2010, s. 4725-4726).
- 10 AY m. 76'da dolanlı iflas tabiri kullanılmaktadır. Dönmezer Anayasa'da kullanılan terimlerin değiştirilmemesi gerektiğini savunur ve hileli iflas yerine dolanlı iflas tabirini kullanır[**Dönmezer**, s. 493, dn. (*)]. Kanaatimizce Anayasa ve TCK arasındaki bu ifade farklılığı yerinde değildir; bu nedenle bu farklılık giderilmez. Ancak "dolanlı" kelimesinde değil, daha yaygın bir kullanıma sahip olması dolayısıyla "hile" kelimesinde karar kılınması kanımızca daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Bu maddeye göre;

"Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hileli iflasın varlığı için;

a) Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması,

b) Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi,

c) Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi,

d) Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanziyiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi gerekir".

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Suçla Korunan Hukuki Değer

Hileli iflas suçu ile "ticari ilişkilerdeki güven" koruma altına alınmak istenmiştir.¹¹ Zira ticari faaliyetlerde bulunanlar; alışveriş yaptıkları kişilerin yaptıkları sözleşmenin gerektirdiği şekilde davranacaklarına, borçlarına sadık kalacaklarına güvenirlir ve bu nedenle o kişilerle ticaret yapmaya devam ederler.¹²

Hileli iflas suçu ile "devletin ekonomik hayatı" da korunmaktadır. Zira hileli iflaslarla ekonomik krizler meydana gelebilmektedir.¹³ Top-

11 **Özbek**, s. 1299, **Önder**, s. 403.

12 Bu nedenle Meran suçla korunan hukuki değer alacaklıların malvarlığı hakları olduğunu ifade eder(**Meran** Necati, Hırsızlık Yağma Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara 2011, s. 312).

13 **Kızılarslan**, s. 39-40; **Önder**, s. 402; **Bakıcı**, s. 867; **Akdoğan Kazım/Köseoğlu Cemal**, Devlet ve Şahıs Mallarına Karşı İşlenen Cürümlerle Sahtecilik Suçları, Ankara 1963, s. 239. Uysal"cebrî icranın daha etkili kılınması amacıyla oluşturulan icra/iflas suçlarının cezalandırılmasının esasen bir çözüm olmadığını, işin çözümünün sağlıklı ve kayıt altına alınmış bir ekonomi olduğunu ve bu suçların kaldırılması gerektiğini" ifade eder(**Uysal** Mehmet,"Yeni Yasaların Işığında İcra ve İflas Suçları İle Yargılama Yöntemine Farklı Bir Bakış", İBD, Cilt:80, Sayı:2006/3, s. 1048). Kanaatimizce yazar haklıdır; ancak ekonominin istenen hale getirilmesi pek kolay olmadığından icra iflas suçlarının varlığı elzemdir.

lum düzeni de bu iflaslardan etkilenmekte; alacaklarına kavuşamayan kişiler mağdur olmakta, bu şekilde iflas edilmesi suç olarak düzenlenmediyse hileli müflislerin cezasız kalması toplum vicdanını sızlatmakta ve bu, ticari faaliyetlerle uğraşanları hileli iflas yoluna başvurup borçlarından kurtulmaya yöneltmektedir.¹⁴

2. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusunu müflisin malvarlığı oluşturur.¹⁵ Zira TCK m. 161'de belirtildiği üzere hileli iflas "*malvarlığını eksiltmeye yönelik tasarrufların varlığı*" halinde söz konusu olur.

Bu nedenle yapılan hileli tasarruflar malvarlığına dahil olan"taşınır, taşınmaz mallar, paralar, alacak hakları, hisse senetleri, paylaşılmamış olsa da miras payı, intifa hakkı, telif hakları vb." üzerinde gerçekleşebilir.¹⁶

Ayrıca İİK m. 184'e göre "*kişi iflas edince haczi kabil bütün malları iflas masasına dahil olur*". Maddeden anlaşılacağı üzere iflas masasına dahil olabilecek mallar haczi kabil olanlardır; bu nedenle haczi kabil olmayan mallar üzerinde yapılan hileli tasarruflar bu suçun konusunu oluşturmaz.¹⁷

3. Suçun Faili ve Mağduru

Hileli iflas suçunun faili; gerekçede ifade edildiği üzere hakkında iflas yolu ile takip yapılabilecek olan borçludur.¹⁸ Her ne kadar gerekçede iflasa yalnız tacirler tabiymiş gibi bir ifade kullanılmış ise de tacir olmadığı halde Türk Ticaret Kanunu gereğince tacirler hakkındaki hüküm-

14 **Kızılarşlan**, s. 41-42.

15 Meran suçun maddi konusunu"iflas kararı öncesi ya da sonrasında yapılan hileli tasarruflara konu olan malvarlığı" olarak ifade eder(**Meran**, s. 314). Kanaatimizce hileli hareketlerle malvarlığının bütününde bir eksilme meydana geldiğinden bu şekilde bir sınırlandırma yerinde değildir.

16 **Bakıcı**, s. 867; **Esen Sinan**, Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerinde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Eylül 2007, s. 394. Kazancı'nın belirttiği üzere borçlunun çalışma gücü ve firmanın adı müflisin malvarlığına dahil değildir(**Kazancı** Behiye Eker,"Hileli ve Taksirli İflas Suçları", HPD, Sayı:9, Aralık 2006, s. 160).

17 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4731; **Bakıcı**, s. 867. Haczi kabil olmayan mallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 271 vd.; **Muşul** Timuçin, 6103, 6217 ve 6352 Sayılı Kanunlar İşlenmiş İcra ve İflas Hukuku, Cilt:I, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2012, s. 580 vd.

18 Gerekçe için bkz. **Yurtcan** Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, Kasım 2004, s. 297.

lere tabi olan kişiler veya tacir olmadığı halde özel kanun hükümleri uyarınca iflasa tabi olan kişiler de hileli iflas suçunun faili olabilirler.¹⁹ Zira gerekçe bir yorum aracıdır.²⁰ Ayrıca TCK m. 161'de geçen "*iflasa karar verilmiş olması*" ifadesi de failin hakkında iflas kararı verilebilecek bir kişi olması gerektiğini göstermektedir.

Tacir, TTK m. 12/1'e göre "*bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişidir*". Ticari işletme ise, TTK m. 11/1'e göre "*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*". Tacirler gerçek veya tüzel kişi olabilir. Ticaretten men edilen gerçek kişiler bir ticari işletme işletirlerse iflasa tabi olurlar (TTK m. 14/1). Tüzel kişi tacirler; ticaret şirketleri, ticari işletme işleten dernekler ve vakıflar, özel hukuk hükümlerine göre işletilmek üzere kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlardır (TTK m. 16/1).

Tacir olmadığı halde Türk Ticaret Kanunu gereğince tacirler hakkındaki hükümlere tabi olanlar ise; fiilen işletmeye başlamasa da bir ticari işletmeyi kurup açtığını tescille veya çeşitli yollarla ilan eden kişiler (TTK m. 12/2), ticari işletme açmış gibi ister kendi adına ister adi bir şirket veya gerçekte var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunanlar (TTK m. 12/3), "birden çok kişinin elbirliği ortaklığı biçiminde sahip oldukları bir gemiyi aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince hepsi nam ve hesabına deniz ticaretinde kullanmaları"²¹ anlamına gelen donatma iştiraki (TTK m. 17/1)dir.

Tacir olmadığı halde özel kanun hükümleri uyarınca iflasa tabi olanlar ise şunlardır:

-Ticareti terk eden tacir (İİK m. 44/2'e göre "*terkin ilanından itibaren bir sene boyunca iflas yolu ile takibe tabidir*"),

-Kollektif şirket ortakları (TTK m. 240/1'e göre "*alacaklı, şirket masasından alacağını tamamen alamazsa kollektif şirkette ortaklara karşı iflas yolu ile takip yapabilir*"),

19 **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 601 vd.

20 **Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2013, s. 402.

21 **Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, s. 175.

-Komandit şirketteki sorumluluğu sınırlı olmayan komandite ortaklar (TTK m. 325/1'e göre "*şirketin varlığı şirket alacaklılarına yetmeyecek olursa komandite ortağa karşı iflas yolu ile takip yapabilirler*") ve koymayı taahhüt ettiği sermaye borcunu hiç ya da tamamen ödemiş olan sorumluluğu sınırlı olan komanditer ortaklar (TTK m. 322/1'e göre ödemedikleri tutarla sınırlı olarak iflasa tabidir),

-Bankaların yönetici ve denetçileri (Bankacılık Kanunu m. 110/1'e göre bu kişiler "*kanuna aykırı karar ve işlemleriyle bankanın iflasına sebep olurlarsa bankaya verdikleri zararlar sınırlı olarak sorumlulukları bağlamında iflaslarına mahkemece karar verilebilir*"),

-Tereke (İİK m. 53/2'ye göre "*iflas takibi sırasında borçlu öldüğünde tereke henüz taksim edilmemiş veya resmi tasfiyeye tabi tutulmamış yahut mirasçılar arasında aile şirketi tesis olunmamışsa takip, terekeye karşı devam ettirilebilir*").²²

Hileli iflas; sadece tacir, tacir olmadığı halde TTK gereğince tacirler hakkındaki hükümlere tabi olanlar ve tacir olmadığı halde özel kanun hükümleri uyarınca iflasa tabi olanlar tarafından işlenebilmesi dolayısıyla fail bakımından özgü suç niteliğini taşır.²³ Failin bu kişilerden olup olmadığının takdiri ceza hakimine ait olup hakim bu konuda iflasa karar veren Ticaret Mahkemesi'nin kararıyla bağlı değildir.²⁴

22 Kızılların bu kişilere sigorta şirketlerinin idare meclisi reis ve azaları ve imzalarıyla şirketi ilzama yetkili müdür ve memurları da dahil eder. Zira Sigorta Şirketlerinin Murakabesi Hakkında Kanun'un 2. Maddesinin 2. fıkrasının a bendinde "*sigorta şirketlerinin anonim ortaklık şeklinde kurulup iflasa tabi olduğu*" ifade edilir. Ayrıca 57. maddesinde "*idare meclisi reis ve azaları ve imzalarıyla şirketi ilzama yetkili müdür ve memurların bu kanunda suç sayılarak cezayı gerektiren fiili işlemiş, fiile iştirak etmiş veya bu hususta emir vermiş olmaları halinde iflasa tabi olacaklarını*" belirtir. Her ne kadar bu kanunda suç sayılan fiiller arasında hileli iflas olmasa da yazar, sigorta şirketlerinde bu kişilerin yetkili ve sorumlu olmaları dolayısıyla fail olacaklarını ya da İİK m. 345'teki hükmi şahısların muamelelerinde belirtilen şahısların cezalandırılacağını öngören genel hükümle sorumlulukları yoluna gidilebileceğini ifade eder (**Kızılların**, s. 73-74). Kanaatimizce yazar haklıdır; hileli iflas bakımından bu özel düzenlemeden yararlanılarak belirtilen kişilerin sorumlulukları yoluna gidilemeyeceği İİK m. 345 ile bu kişiler cezalandırılabilirlerdir. İİK m. 345'e göre "*Bu kanunda yazılı suçlar, hükmi bir şahsın idare veya muamelelerini ifa sırasında işlenmiş ise ceza o hükmi şahsın müdürlerinden, müessil ve vekillerinden, tasfiye memurlarından, idare meclisi reis ve azasından veya murakıp ve müfettişlerinden fiili yapmış olan hakkında hükümlenir*".

23 **Bakıcı**, s. 867; **Yurtcan**, s. 297; **Özgenç İzzet**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, s. 122, (Ekonomik Çıkar).

24 **Dönmezer**, s. 495.

Hileli iflas yukarıda açıklandığı üzere gerçek kişiler ve tüzel kişiler tarafından işlenebilir. Suçun gerçek kişiler tarafından işlenmesi durumunda faili ve faile uygulanacak yaptırımı belirlemek zorluk arz etmezse de suçun tüzel kişi tarafından işlenmesi durumunda tüzel kişiler suç faili olamayacağından ve TCK m. 20/2'de belirtildiği üzere onlara ceza yaptırımı uygulanamayacağından faili ve cezasını belirlemek konu üzerinde düşünmeyi gerektirir. Tüzel kişiler organları vasıtasıyla faaliyet gösterdiğinden organ sıfatıyla hileli tasarruflarda bulunan yetkili kişiler gerekçede de ifade edildiği üzere hileli iflas suçunun faili sayılacaklardır.²⁵ TCK m. 20/2'den anlaşılacağı üzere güvenlik tedbirleri ancak kanunda özel olarak öngörüldüğü takdirde uygulanabileceğinden TCK m. 161'de de bu yönde bir düzenleme olmadığından hileli iflas suçunda tüzel kişiye karşı güvenlik tedbiri uygulanamaz.²⁶

Hileli iflas suçunun mağduru ise "malvarlığını azaltmaya yönelik yapılan hileli tasarruflar nedeniyle alacaklarını tahsil edemeyen ya da tahsil edememe tehlikesine mağruz kalan gerçek ve tüzel kişilerdir".²⁷ Suçla korunan hukuki değer bahsinde ifade ettiğimiz üzere "devletin ekonomik düzeni" hileli iflaslardan zarar gördüğü için bu suçta devletin de mağdur olduğu söylenebilir.²⁸

4. Hareket

Hileli iflas suçunu meydana getirebilecek hareketler TCK m. 161'de sayılmıştır:

- Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması

Teminat olduğundan bahsedilen mallar müflisin iflas masasına dahil olan bütün malvarlığıdır. Zira iflas halinde alacaklılar alacaklarını bu malvarlığından alabileceklerdir.²⁹ Dolayısıyla bu malların rehinle teminat altına alınmış olması zorunlu değildir.³⁰

25 Gerekçe için bkz. **Yurtcan**, s. 297.

26 Özbek ve Bakıcı'nın belirttiği üzere "iflas kararı verilmesiyle tüzel kişi tasfiye sürecine gireceği için müsadere ya da izin iptali gibi güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına gerek kalmaz" (**Özbek**, s. 1301; **Bakıcı**, s. 866).

27 **Özbek**, s. 1301; **Meran**, s. 314; **Esen**, s. 395; **Özgenç**, *Ekonomik Çıkar*, s. 123; **Muşul** Timuçin, *İflas Suçları, Taksiratlı ve Hileli İflas Suçları ile Diğer İflas Suçları*, İstanbul 1998, s. 42, (İflas Suçları).

28 **Kızıllarlan**, s. 79; **Bakıcı**, s. 867.

29 **Özbek**, s. 1301; **Özgenç**, *Ekonomik Çıkar*, s. 111.

30 **Özgenç**, *Ekonomik Çıkar*, s. 111; **Bakıcı**, s. 869.

Malların kaçırılması"alacaklıların bunlara ulaşmalarını zorlaştıracı hareketlerde bulunulmasıdır". Malların gizlenmesi ise"bunların ele geçmeyecek şekilde bir başka yerde saklanmasıdır".³¹ Malların kaçırılması malların gizlenmesinin bir türüdür.³² Kanaatimizce kanun koyucu uygulaması çok olduğundan olsa gerek"kaçırmayı" vurgulama gereği duymuştur. Örneğin; malın değerinin çok altında satılması³³, başka bir yere götürülmesi fiillerinde kaçırılmadan söz edilir.³⁴

Malların değerinin azalmasına neden olmak, "teminat gösterildiği tarihteki değerinden daha az bir değere sahip olmasını sağlamaktır".³⁵ Örneğin; malın bakımsız bırakılması veya malın bir kısmının, kendisinden ayrılarak satılması hallerinde malın değerinin azaldığından söz edilir.³⁶ Ancak malların doğal afet vb. sonucu zarar görmesi halinde kast olmadığından suç oluşmaz.³⁷

Malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması seçimlik hareketler olduğundan³⁸ bunlardan birinin yapılması ile suç oluşur.

- Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi

Hileli iflas suçunun bu şekilde işlenebilmesi için kişi malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarda bulunmuş olmalı ve bu; ticari defter, kayıt ya da belgelerden anlaşılacağından³⁹ bunları gizleme ya da yok

31 **Bakıcı**, s. 868.

32 **Özgenç** İzzet,"İflas Suçları", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt 2, Ankara 2009, s. 341,(İflas Suçları).

33 **Özgenç**, Ekonomik Çıkar, s. 111.

34 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4734.

35 **Hafizoğulları Zeki/Özen** Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2013, s. 417.

36 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4734. Kazancı bu konuda"peynir, sebze-meyve gibi derhal elden çıkarılması gereken malın elden çıkarılmaması suretiyle bozulmasına yol açılması ve ilaç gibi ancak belirli zamanlarda kullanılabilen malların son kullanma tarihleri geçmesine rağmen satılmaması" örneklerini verir (**Kazancı**, s. 160).

37 **Bakıcı**, s. 868.

38 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4734; **Özgenç**, Ekonomik Çıkar, s. 111; **Bakıcı**, s. 868; **Kazancı**, s. 160.

39 **Bakıcı**, s. 869.

etme yoluna gitmelidir. Gizleme, "bu belgelerin bulunmasının engellenmeye çalışılması"; yok etme ise "belgelerin tamamen tahrip edilmesi" anlamına gelir.⁴⁰ Maddede sadece "gizleme veya yok etme" denmesi bunun ne şekilde yapılacağına dair bir belirtme olmaması dolayısıyla serbest hareketli bir suç düzenlemesi yapılmıştır.⁴¹ Örneğin; defterlerin bazı sayfalarının kasıtlı olarak okunamaz duruma getirilmesi⁴² veya bir alacağı gösteren sözleşmenin yok edilmesi halinde hileli iflastan söz edilebilecektir.⁴³ Gizleme ya da yok etmenin bütün defter, kayıt ve belgelerde olması şart değildir, bir kısmı üzerinde bu fiillerin gerçekleşmesi yeterlidir.⁴⁴

- Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi

Hileli iflas suçunun bu şekilde işlenebilmesi halinde kişi, iflas edince iflas masasını oluşturan mallardan gerçek alacaklıların, düzenlediği sahte borç senetleriyle pasif miktarı artıran alacaklıları çoğaldığından, alacaklarını hiç ya da tamamen alamamalarına neden olmakta ve anlaşmalı olduğu alacaklılardan da mallarını geri alabilmektedir.⁴⁵ Maddede belge düzenlenmesi dediği üzere sözlü anlaşmalar yapılması ve borçların artması yönünde olmayan belge düzenlenmesi halinde bu suç oluşmaz.⁴⁶ Örneğin; borçlunun alacaklılarını zarara sokmak amacıyla hatırı senedi düzenlemesi halinde hileli iflastan söz edilir.⁴⁷

- Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi

40 **Özbek**, s. 1302.

41 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4734.

42 **Bakıcı**, s. 869. Kazancı boş defter, kayıt ve belgelerin yok edilmesi durumunda da yapılması gereken işlemlerin yapılmadığını göstermesi mümkün olduğundan, her ne kadar belgelerin boş olduğunun ispatı zor olsa da, suçun oluştuğunu kabul etmektedir (**Kazancı**, s. 161-162). Kanaatimizce yazar haklıdır; ancak defterlerin boş olduğunun ispatı hayli zor gözükmektedir.

43 **Özgenç**, İflas Suçları, s. 341-342.

44 **Bakıcı**, s. 869; **Kazancı**, s. 162.

45 **Meran**, s. 315-316; **Bakıcı**, s. 870. Hafizoğulları/Özen bunu "failin evrakta fikri sahtekarlık yapması gerektiği" şeklinde ifade eder (**Hafizoğulları/Özen**, s. 417).

46 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4735; **Özbek**, s. 1302; **Kazancı**, s. 162.

47 **Esen**, s. 396.

Aktifin az gösterilerek alacaklıları zarara uğratmak maksatlı muhasebe kayıtlarının veya bilançonun gerçeğe aykırı düzenlenmesi halinde hileli iflas suçu oluşur.⁴⁸ Dolayısıyla aktifin az gösterilmesine yönelik olmayan tanzim faaliyetleri bu kapsamda değerlendirilemez.⁴⁹

TCK m. 161'de sayılan bu fiiller gerekçede belirtildiği üzere hileli iflas suçunun seçimlik hareketleridir ve bunlardan birinin yapılmasıyla suç oluşacaktır.⁵⁰

Burada değinilmesi gereken bir durum da İİK m. 311'de hileli iflas halleri olarak belirtilen fiillerdir. Bunlar müflisin;

1. *Alacaklıların müşterek rehini makamında olan malları tamamen veya kısmen kaçırmaması, gizlemesi veya tahrip etmesi,*
2. *Alacaklıların zararına olarak hakikate aykırı makbuzlar vermesi veya yazı ile borç ikrar etmesi,*
3. *Muvazaalı satışlar, muameleler yahut bağışlamalar yapması,*
4. *Evlence mukavelesinde hakikaten getirilmemiş bir çeyizi getirilmiş gibi tanınması ve karının da bu mukaveleyi kocasının alacaklılarına karşı istimaline kalkışması,*
5. *Hakikate aykırı borç ikrar etmek yahut muvazaalı muameleler ve mukaveleler yapmak suretiyle alacaklılarını zarara sokması,*
6. *Borcu mevcudu ile alacağından ziyade olduğunu bildiği halde ehemmiyetli kıymeti haiz ticari mallarını yahut fabrikasının mahsullerini hem satış gününün piyasasından, hem de malolduğu veya satın alındığı kıymetten pek aşağı bir fiyatla satmak suretiyle mevcudunu israf etmesi,*

48 **Meran**, s. 316; **Bakıcı**, s. 870. Hafizoğulları/Özen bunu "işletmenin muhasebe kayıtlarında veya bilançosunda fikri sahtekarlık yapılmış olması" olarak ifade eder (**Hafizoğulları/Özen**, s. 418).

49 Bakıcı'ya göre aktifin olduğundan fazla gösterilmesi de maddeye alınmalıdır. Zira aktif fazla gösterildiğinde alacaklılar kendini güvende hissetmekte, bu arada kişi mallarını kaçırmakta ve aslında olmayan mallar alacaklıya dağıtılamayacağından alacaklılar mağdur olmaktadır (**Bakıcı**, s. 870). Kanaatimizce yazar haklıdır; zira uygulamada söz konusu olabilecek bu halde kanunilik ilkesi uyarınca failin cezasız bırakılması kabul edilemez.

50 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4735; **Bakıcı**, s. 873; **Esen**, s. 396. Gerekçe için bkz. **Yurtcan**, s. 297.

7. *Konkordato mukavelesi haricinde alacaklıya hususi menfaatler temin etmesi,*
8. *Hakikate aykırı muhasebe ve sahte bilançolarla aktifini olduğundan fazla veya noksan göstermesidir.*

Kanaatimizce her ne kadar İİK m. 311 halen varlığını sürdürüyor-muş gibi gözükse de ETCK döneminde cezanın TCK ile suçun unsurlarının ise İİK ile düzenlenip belirlenmesi usulü YTCK' da yukarıda açıkladığımız hileli iflas fiillerinin düzenlenmesiyle terk edilmiştir. Dolayısıyla YTCK m. 161, İİK m. 311'i zımnen yürürlükten kaldırmıştır.⁵¹ Ayrıca YTCK m. 161'de yer verilen fiillere bakıldığında İİK m. 311'de düzenlenen hileli iflas hallerini büyük ölçüde kapsadığı görülür.⁵²

Maddede belirtilen ve yukarıda açıkladığımız seçimlik hareketlerin iflas kararından önce veya sonra yapılmış olması mümkündür. Burada suçun işlenme anının saptanması sorunu gündeme gelir.

Bakıcı; hileli tasarrufların iflas kararından önce yapılması halinde suç tarihinin iflas kararının kesinleştiği, iflas kararından sonra yapılması halinde ise bu tasarrufların yapıldığı tarih olduğunu savunmaktadır.⁵³

Özbek ise suç tarihinin iflas kararının verildiği tarih olduğunu ifade eder.⁵⁴

Kanaatimizce bu görüşler yerinde değildir; zira iflas kararı kişinin malvarlığının tasfiye edilerek mallarından alacaklıların alacaklarını elde edebilmeleri için gereklidir.⁵⁵ Kişi borçlarını ödeyemez hale gelmesiyle

51 Aynı yönde **Özbek**, s. 1299; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4727; **Bakıcı**, s. 865.

52 **Özbek**, s. 1302.

53 **Bakıcı**, s. 872. 11. CD. 25.03.2008 tarih ve E. 2008/352, K. 2008/1731 sayılı kararında iflas kararını objektif cezalandırılabilme şartı kabul etmesine rağmen hileli iflas suçunu oluşturan hareketlerin iflas kararından önce yapılması durumunda suç tarihini iflas kararının kesinleşme tarihi olarak nitelendirmiştir. Bu kararın özeti ve bizim de savunduğumuz üzere suç tarihinin hileli hareketlerin yapıldığı tarih olduğu eleştirisi için bkz. **Evik** Ali Hakan, "Hileli İflas Suçunda Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Yıl:2013, Cilt:19, Sayı:2, s. 1087-1097.

54 **Özbek**, s. 1303.

55 **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 449-450.

iflas etmiş olur zaten. İflas kararı sadece kişinin mali durumunun kötü olduğunu saptar ve alacaklılara kişinin malvarlığından alacaklarını alabilme hakkı tanır. Dolayısıyla iflas kararı suçun unsuru değildir. İflas kararından önce ya da sonra yapıldığına bakılmaksızın hileli tasarrufların yapıldığı tarih suçun işlenme anı olarak kabul edilmelidir.⁵⁶

B. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre mağdurun rızası fiili hukuka uygun hale getirir. Örneğin; fail daha az vergi ödemek amacıyla muhasebe kayıtlarında oynama yaparsa ve bu konuda mağdura bilgi verip mağdurun fikrini aldıysa başka bir suç oluşsa da eylem hileli iflas suçu bakımından hukuka uygun hale gelecektir.⁵⁷

Arslan/Azizağaoğlu'na göre ise bir hakkın doğması veya ızdırır hali hukuka uygunluk sebebi olarak sayılabilir.⁵⁸

Kanaatimizce vergi kaçırılmasına rıza verilmesi halinde hukuka uygunluk sebebi kabul edilemez; zira hukuka uygunluk sebepleri fiili bütün hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale getirir, tek bir suç bakımından değil. Alacaklıların alacaklarını almak istememeleri, alacaklarından vazgeçmeleri halinde, hileli iflas suçunun hukuka uygun hale gelip gelmeyeceği mağdurun rızası bakımından tartışılabilir burada. Ancak TCK m. 26/2'ye göre "*filin hukuka uygun hale gelebilmesi için rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması*" gerekir. Ancak hileli iflas suçundaki mağdurlar yalnızca alacaklılar değildir, devlet ve toplum düzeni de bu suçtan zarar görmektedir. Bu nedenle hem alacaklıların üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hakları söz konusu değildir hem de devlet ve toplumun kendilerine bu seviye zarar veren bir suça rıza göstermeleri düşünülemez.⁵⁹ Ayrıca kişinin alacaklılarını zarara uğratma maksatlı yaptığı malvarlığını eksiltmeye yönelik faaliyetlerde bir hakkın

56 Aynı yönde Meran, s. 317-318; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4734.

57 Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4736.

58 Arslan Çetin/Azizağaoğlu Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 700.

59 Muşul ve Işıka ise konuya "toplumsal bir menfaat olan ticari güvenin zedelenmesi" bakımından yaklaşmakta ve bu durumda alacaklıların vereceği rızanın fiili hukuka uygun hale getirmeyeceğini belirtmektedirler (Muşul, s. 55; Işıka Sertaç, "Hileli İflas Suçu", İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 618). Yazarlar haklılar; zira ticari hayat ve toplum düzeni de zarar gördüğü için salt alacaklıların vereceği rıza fiili hukuka uygun hale getirmez.

kullanılması söz konusu olamaz. Burada ızdırar hali düşünölmeye değerdır. Zira alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetindeki malların kaçırılması halinde zorunluluk hali (örneğin; yangın çıktı, yangından kurtarmak için malları kaçırdınız) söz konusu olabilir. Ancak zorunluluk hali⁶⁰ hukuka uygunluk sebebi değıl, kusuru kaldıran haldır. Zira CMK m. 223/3(b)'ye göre zorunluluk halinde suç işlenmesi durumunda fail hakkında "*kusununun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir*". Ayrıca BK m. 64/2'de "*Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hakim hakkaniyete göre belirler*" demek suretiyle zorunluluk halinde tazminat ödenmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. Hukuka uygunluk sebeplerinde fiil bütün hukuk düzeni bakımından hukuka uygun kabul edilir. Oysa tazminat öngörölmüş olması zorunluluk halinin borçlar hukukunda hukuka uygun kabul edilmediğini gösterir. Bu da zorunluluk halinin kusuru kaldıran hal olduğu savını doğrular.⁶¹

Bu nedenlerle hileli iflas suçu bakımından bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olamayacağı kanaatindeyiz.⁶²

C. Suçun Manevi Unsuru

TCK m. 161 "*malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişinin cezalandırılmasını*" öngörür. Dolayısıyla suç, genel kast ile işlenebilir.

Yani fail hileli tasarrufları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir.⁶³ Oysa İİK m. 311'deki hileli iflas halleri için "*alacaklıları zarara sokmak*

60 Zorunluluk halinin hukuki niteliğı hakkında öne sürölen görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Bekar** Elif, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Mart 2013, s. 60 vd.

61 Aynı yönde **Hakeri** Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013, s. 347-348.

62 Aynı yönde **Özbek**, s. 1303; **Hafizoğulları/Özen**, s. 418.

63 **Hafizoğulları/Özen**, s. 418; **Meran**, s. 318. Yaşar/Gökcan/Artuç bilme ve isteme unsurunun seçimlik hareketlerde nasıl söz konusu olacağını şu şekilde ifade eder: "Fail alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olduğunu bildiğı malları isteyerek kaçırmalı, gizlemeli veya değerinin azalmasına neden olmalı, Bu şekildeki tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için yaptığını bilerek ticari defter, kayıt veya belgeleri isteyerek gizlemeli veya yok etmeli, Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığını bildiğı halde sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi borçlarının artmasına neden olacak şekilde belge düzenlemeyi istemeli,

kastı ile işlenmesi" şartı aranmıştır. Dolayısıyla zımnen ilga edildiğini savunduğumuz İİK m. 311 hileli iflas suçu için özel kast aramaktadır.⁶⁴ Kanun her ne kadar bu kastla hareket etmeyi aramışsa da suçun oluşması için alacaklıların zarar görmesi şart değildir.⁶⁵

Suç genel kastla işlenebildiğinden olası kastla da işlenebileceği söylenebilir.⁶⁶ TCK m. 21/2'ye göre *"kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır"*.

D. Şahsi Cezasızlık Sebepleri-Objektif Cezalandırılabilme Şartları

TCK m. 167 yağma ve nitelikli yağma hariç malvarlığına karşı suçlar için şahsi cezasızlık sebebi ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep öngörmüştür. Hileli iflas da malvarlığına karşı işlenen bir suç olduğundan, madde hileli iflas suçu bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

TCK m. 167/1'e göre hileli iflas suçu;

-Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,

-Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın,

-Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde ilgili akraba hakkında cezaya hükümlenmez.

TCK m. 167/2'ye göre hileli iflas suçu;

-Haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin,

-Aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin,

Muhasebe kayıtlarının veya sahte bilançoların gerçeğe aykırı olduğunu bilerek düzenleyip, aktifin olduğundan az gösterilmesini istemelidir" (**Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4736).

64 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4736; **Özbek**, s. 1303.

65 İİK'nin 311. maddesinin 5. bendi *"müflisin hakikate aykırı borç ikrar etmek yahut muvazaalı muameleler yapmak suretiyle alacaklılarını zarara sokması"*ndan bahseder; bu nedenle burada alacaklıların zarar görmesi suçun oluşması için gereklidir (**Özgenç**, Ekonomik Suç, s. 119).

66 **Özbek**, s. 1303; **Kazancı**, s. 163.

-Aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının zararına olarak işlenmesi halinde ilgili akraba hakkında şikayet üzerine verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.

Şahsi cezasızlık sebebi öngören TCK m. 167/1'in ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep öngören TCK m. 167/2'nin uygulanabilmesi için alacaklıların maddede belirtilen kişilerden olması gerekir.⁶⁷ Ancak kanaatimizce hileli iflas suçuyla korunmak istenenlerin"ticari ilişkilerdeki güven, devletin ekonomik düzeni ve toplum düzeni" olması dolayısıyla bu suçtan mağdur olanlar yalnızca alacaklılar değil; aynı zamanda devlet ve toplum da olduğu için TCK m. 167/1 ve 167/2 yağma ve nitelikli yağmada olduğu gibi hileli iflas suçunda da uygulanmamalı ve alacaklıların maddede belirtilen kişilerden olmaları şahsi cezasızlık sebebi ya da cezada indirimi gerektiren şahsi sebep teşkil etmemelidir.

TCK m. 168/1'e göre "*hileli iflas suçu tamamlandıktan sonra fakat bu nedenle hakkında kovuşturma*⁶⁸ başlamadan önce, failin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir". TCK m. 168/2'ye göre"etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve hüküm verilmeden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir". TCK m. 168/4'e göre"kısmen geri verme ve tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır".

TCK m. 161'de"hileli tasarruflarda bulunan kişinin, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde cezalandırılacağı" öngörülmüştür. Maddede belirtilen iflas kararının hukuki niteliği tartışma konusu olmuş ve bu konuda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.⁶⁹

Bir görüşe göre, iflas kararı suçun bir unsurudur. Bu nedenle iflas kararı olmadan suç oluşmayacağından kişi cezalandırılmaz.

67 **Özbek**, s. 1304; **Bakıcı**, s. 872-873.

68 CMK m. 2/1(f)'ye göre kovuşturma "*iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar olan evreyi*" ifade eder.

69 **Kızılarslan**, s. 80 vd.

Bir diğer görüşe göre ise, iflas kararı hileli iflas suçu için ön şarttır. Dolayısıyla ceza mahkemesinde dava açılabilmesi için kişinin müflis sıfatını almış olması şarttır.

Başka bir görüşe göre ise, iflas kararı bekletici meseledir. Dolayısıyla ceza hakimi her ne kadar mecbur olmasa da kişi hakkında iflas kararının verilmesini bekleyebilir.

Kanaatimizce iflas kararı suçun bir unsuru değildir. Zira iflas kararı inşai değil, tespit edici bir karardır. Kişinin borçlarını ödeyemeyecek hale gelmesi iflas ettiği anlamına gelir; dolayısıyla iflas kararı kişinin bu şekilde olan mali durumunu saptamış olur. İflas kararı ön şart da olmaz. Zira kişinin iflasa tabi kişilerden olup olmadığına takdiri de TCK m. 161 bağlamında ceza hakiminin değerlendirebileceği bir husustur. Bekletici mesele sayıp saymamak da ceza hakiminin takdirindedir, bu nedenle hileli iflas suçu konusunda yapılan yargılama olumsuz etkilenecektir. Bu nedenlerden ötürü kanaatimizce gerekcede belirtildiği üzere iflas kararının objektif cezalandırılabilme şartı sayılması yerinde olmuştur.⁷⁰ Objektif cezalandırılabilme şartları, suç oluşuktan sonra failin cezalandırılabilmesi için gereken şartlardır. Dolayısıyla iflas kararı olmadan kişiye ceza verilemeyecektir.⁷¹ Ayrıca verilen iflas kararının kesinleşmiş olması gerekir.⁷² Ancak iflasın "kapanmış ya da tasfiye edilmiş olması" zorunlu değildir.⁷³

E. Teşebbüs

Bakıcı ve Meran; iflas kararından önce yapılan hileli tasarrufların teşebbüse elverişli olmadığını, iflas kararından sonra yapılanların ise teşebbüse elverişli olduğunu savunmaktadırlar.⁷⁴

Özbek ise objektif cezalandırılabilme şartının varlığı dolayısıyla suçun teşebbüse elverişli olmadığını savunmaktadır.⁷⁵

70 Gerekçe için bkz. **Yurtcan**, s. 297.

71 **Özbek**, s. 1303-1304.

72 **Özbek**, s. 1303; **Işıka**, s. 620.

73 **Alasu Yılmaz**, Hukukumuzda İcra-İflas Suçları, Ankara 1998, s. 854.

74 **Bakıcı**, s. 873; **Meran**, s. 318.

75 **Özbek**, s. 1304.

Bu yaklaşımlar iflas kararını suçun unsuruymuş gibi değerlendirmektedir; bu nedenle yazarların fikirlerine katılmıyoruz. Hileli iflas suçu kanaatimizce hileli tasarrufların hem iflas kararından önce hem de iflas kararından sonra yapılması halinde teşebbüse elverişlidir.⁷⁶ Zira iflas kararı hileli iflas suçunun unsurlarından biri değil, gerekçede ifade edildiği üzere faile ceza verilebilmesi için gerekli olan bir şarttır. Dolayısıyla mallarını kaçırmaya çalışırken yakalanırsa kişi suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir.⁷⁷ İflas kararının henüz verilmemiş olması teşebbüs bakımından bir sorun arz etmeyecektir.

F. Suçluların Çokluğu (İştirak)

Hileli iflas suçu yukarıda açıkladığımız üzere özgü suç olması dolayısıyla bu suça yardım eden ve azmettiren olarak iştirak mümkündür.⁷⁸ Örneğin; gerçeğe aykırı kayıtları hazırlayan muhasebeci yardım eden, failin borçlarından kurtulması için ona hileli iflas yoluna başvurmasını öneren mali danışmanı ise azmettiren olarak sorumlu tutulabilir.⁷⁹

İİK m. 311 "*maddede belirtilen suçları yapanların müflisin ev halkından kimseler olması halinde müflis gibi cezalandırılacağını ve TCK'nın iştirak hükümleri dışında kalsa dahi, müflisin aktifini azaltmak maksadıyla ona ait taşınır ve taşınmaz malları kısmen veya tamamen saklayan veya kaçıran ve muvazaa ile temellük eden veya bu hususlarda yataklık veya tavassut eden veya iflas masasına müracaat ile kısmen veya tamamen asılsız alacaklarını kaydettiren veya müflisin tediye kabiliyetini azaltmak maksadıyla kendi adına veya müstear adla ticari faaliyetlere giren kimseler hakkında dahi aynı cezaların uygulanacağını*" öngörmüştür. Özel iştirak halleri düzenleyen bu hüküm daha önce de belirttiğimiz üzere YTCK m. 161 ile zımnen yürürlükten kaldırılmıştır.

76 Aynı yönde Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4736-4737.

77 Işıka, s. 620.

78 Hafizoğulları/Özen tüzel kişilerin suç faili olamadıkları için onlar adına hareket eden organ ya da temsilci olan kişilerin fiillerinin iştirak olarak değerlendirilemeyeceğini belirtir (Hafizoğulları/Özen, s. 418). Yazarlar şüphesiz ki haklılar; zira tüzel kişi adına hareket eden kişiler suça iştirak eden değil, direkt fail konumdadırlar.

79 Özbek, s. 1304-1305.

G. Suçların Çokluğu (Suçların İçtima)

Hileli iflas suçu içtima bakımından bir özellik arz etmezse de⁸⁰; fail hileli tasarruflarda bulunurken aynı zamanda resmi veya özel belgede sahtecilik de yaptıysa bu durumda "*sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesinde kullanılması halinde her iki suçtan ayrı ayrı ceza verileceğini*" düzenleyen TCK m. 212 gereği gerçek içtima söz konusu olacaktır⁸¹.

Hileli iflas suçu "yapılan hileli tasarruflar dolayısıyla esasen dolandırıcılığın özel bir şeklini ifade etmektedir".⁸² Ancak Yaşar/Gökcan/Artuç'un ifade ettiği üzere "hileli iflas suçu özel bir düzenleme olduğundan failin hileli tasarrufları ile kendine mağdurun zararına olarak fayda sağlaması halinde sadece hileli iflas suçundan hüküm kurulacaktır".⁸³

H. Muhakeme

Hileli iflas suçu şikayete tabi bir suç değildir; bu nedenle soruşturma⁸⁴ ve kovuşturma işlemleri resen Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır.⁸⁵ Dolayısıyla örneğin; ticaret mahkemesinin suç duyurusuyla suçtan haberi olan cumhuriyet savcılığı resen soruşturma başlatacaktır.⁸⁶ Her ne kadar ticaret mahkemesinin iflas kararıyla bağlı ise de iflasın hileli olup olmadığını takdir yetkisi ceza mahkemesine aittir.⁸⁷ Bu ko-

-
- 80 Burada Yaşar/Gökcan/Artuç'un ifade ettiği üzere "tek bir mal kaçırma olayında alacaklılar birden fazla olsa bile tek bir eylem olması dolayısıyla zincirleme suçun söz konusu olamayacağını" vurgulamak gerekir (**Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4738).
- 81 Hafizoğulları/Özen bu konuda hileli tasarruflarda bulunma ticari işletme kayıtlarında sahtekarlığı gerektirdiğinden iki ayrı suçtan söz edilemeyeceğini, bunun suçun bir unsuru olduğunu ifade eder (**Hafizoğulları/Özen**, s. 418). TCK m. 212'nin ifadesi açıktır; bu nedenle yazarlara katılmıyoruz.
- 82 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4738; Gözübüyük Abdullah Pulat, "Dolandırıcılık ve İflas Cürümleri", Adalet Dergisi, Yıl:64, Sayı:9, Eylül 1973, s. 664. Hileli iflas suçu ETCK'da dolandırıcılık bahsi altında düzenlenmişti (Erem Faruk, "Taksiratlı ve Hileli İflas", Adalet Dergisi, Yıl:47, Sayı:10, Ekim 1956, s. 1065).
- 83 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4738.
- 84 CMK m. 2/1(e)'ye göre "*soruşturma kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi*" ifade eder.
- 85 **Meran**, s. 320; **Alasu**, s. 854.
- 86 **Bakıcı**, s. 873; **Artuç** Mustafa/**Bıkmaz** Raif, Açıklamalı-İçtihatlı İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü, Kasım 2005, s. 574.
- 87 **Bakıcı**, s. 871; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4740.

nuda bilirkişi yardımına başvurulması elzemdir; zira bilanço ve ticari kayıtlar teknik mevzuları içerirler.⁸⁸

Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesi gereğince hileli iflas ağır ceza mahkemesinin görevine giren bir suçtur.

İ. Yaptırım

Hileli iflas suçunun cezası TCK m. 161'e göre üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır.⁸⁹ TCK m. 51/1'e göre hapis cezasının ertelenebilmesi için iki yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkumiyet arandığından hileli iflas suçundan alınan ceza ertelenemez. TCK m. 50'ye göre kısa süreli hapis cezası (1 yıl veya daha az süreli hapis cezası) adli para cezasına çevrilebilirse de hileli iflas suçunun cezası en az üç yıl olması dolayısıyla adli para cezasına çevrilemez.

TCK m. 53 gereğince "*hileli iflas suçu kasten işlenen bir suç olduğu için bu suçtan dolayı kişi hapis cezasına mahkum olursa şirket yöneticisi veya denetçisi olmaktan; bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı kendi sorumluluğu altında tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılır ve hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar bu hakları kullanamaz*". Ayrıca TCK m. 53/5'e göre "*şirket yöneticisi veya denetçisi olmanın kötüye kullanılması suretiyle işlenen hileli iflas suçu dolayısıyla hapis cezasına mahkumiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir*".

88 Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4740. 6. CD., E. 2002/3252, K. 2002/5375, "Sanıklara ait şirketin muhasebe kayıtları ve defterleri ile gerekli belgeler üzerinde; Ticaret, İcra İflas ve Ceza Hukuku sahasında uzman üç kişilik bilirkişi aracılığı ile gerekli inceleme yaptırılarak sonucuna göre hukuki durumun takdiri gerekir" (Özbek, s. 1309). Teknik bilgi gerektirdiğinden belgelerle ilgili ticaret ve icra iflas hukukunda uzman bilirkişilerden rapor alınması uygun olacaktır; ancak kanımızca ceza hukuku bakımından bilirkişiye başvurmaya lüzum yoktur. Zira bu konuda hakimin gerekli bilgiye sahip olması gerekir.

89 ETCK'da hileli iflas suçu iki seneden beş seneye kadar ağır hapis cezasını gerektirmekteydi (Esen, s. 397). Kanaatimizce cezanın artırılması suçun koruduğu hukuki değer göz önüne alındığında yerindedir.

Hileli iflas suçu yüz kıvartıcı bir suç olması dolayısıyla AY m. 76'ya göre *"bu suçtan hüküm giyen kişiler affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler"*.⁹⁰

III. TAKSİRLİ İFLAS

Taksirli iflas suçu TCK m. 162'de düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre;

"Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişi, iflasa karar verilmiş olması halinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin ölçüsünü TTK m. 18 *"tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket etmesi gerektiğini"* belirterek ifade eder. Basiret"ileriği görü, seziş, önden görüş" anlamına gelir.⁹¹ Demek ki tacir; ileriği, yaptığın önünü sonunu düşünerek hareket etmelidir.⁹² Tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde göstermesi gereken özen bakımından tacirin kişisel özellikleri değil, yaptığı ticaret göz önüne alınır. Objektif bir özen ölçüsü öngörölmüştür.⁹³ Bu sebeptedir ki TTK m. 22'ye göre *"tacir sıfatını haiz borçlu aşırı ücret veya cezanın indirilmesini talep edemez"*.

90 Buna benzer düzenlemeler içeren kanunlar için bkz. **Özgenç**, Ekonomik Suç, s. 125, dn. 55.

91 **Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, s. 89.

92 Çeker basiretli davranma yükümlülüğünün sonuçlarını üç başlık altında incelemektedir. Bunlar; işlerinde tedbirli davranma, ücret ve cezaların indirilmesini isteyememe, ihtar ve ihbarları belirli şekilde yapmadır (**Çeker** Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, 6335 Sayılı Kanuna Göre Yenilenmiş 6. Baskı, Adana 2013, s. 74-76). Şüphesiz ki yazar haklıdır. Zira tacir iyice düşünerek hareket etmelidir. TTK m. 22'ye tacir göre aşırı ücret veya cezanın indirilmesini isteyemez. Ayrıca TTK m. 18/3'de *"Tacirler arasında, diğer tarafta temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshetme, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafta veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır"* denilerek tacirler arasındaki çeşitli işlemlerin belli şekillerde yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

93 **Çeker**, s. 74; **Karahan** Sami, Ticari İşletme Hukuku, 6335 Sayılı Kanunla Değişik 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu ve 6100 Sayılı Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Güncellenmiş 23. Baskı, Eylül 2012, s. 104; **Poroy Reha/Yasaman** Hamdi, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012, s. 152.

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Suçla Korunan Hukuki Değer

Hileli iflas suçunda yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. Taksirli iflas suçunda da ticari ilişkilerdeki güven, devletin ekonomik düzeni ve toplum düzeni korunmaktadır.

2. Suçun Maddi Konusu

Taksirli iflas suçunun maddi konusunu müflisin haczi kabil ve iflas masasına dahil olan malvarlığı oluşturur. Hileli iflas suçunun maddi konusu hakkında yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

3. Suçun Faili ve Mağduru

Taksirli iflas suçunun faili, hakkında iflas yolu ile takip yapılabilecek olan borçludur. Bu suçun mağduru ise müflisin tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesi dolayısıyla alacaklarına kavuşamayan ya da kavuşamama tehlikesiyle karşı karşıya kalan alacaklı gerçek ve tüzel kişilerdir. Hileli iflas suçunun faili ve mağduru hakkında yaptığımız açıklamalar burası için de geçerlidir.

4. Hareket

TCK m. 162 taksirli iflasın söz konusu olabilmesi için "*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet vermeyi*" aramıştır. Dolayısıyla burada cezalandırılan, tacirliğin gerektirdiği şekilde davranılmamasıdır. Tacir olmanın nasıl davranmayı gerektirdiği konusunda TTK m. 18 bize yardımcı olur. TTK m. 18'e göre "*iflasa tabi bir kişi olan tacir kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmek, ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmek ve Ticaret Kanunu uyarınca gerekli ticari defterleri tutmakla yükümlüdür*".

Burada değinilmesi gereken bir nokta da İİK m. 310'daki taksirli iflas halleri olarak belirtilen fiillerdir. Müflisin;

1. *Ziyanları için makul sebepler gösterememesi,*
2. *Evinin masrafları hadden fazla ise,*
3. *Kumar yahut mücerret baht oyunlarında ve borsa muamelelerinde külliyetli para sarf etmişse,*

4. *Borcunun, mevcudu ile alacağından çok olduğunu bildiği halde bu vaziyetinden haberleri olmayan kimselerden ehemmiyetli miktarda veresiye mal satın yahut borç para almış ise,*
5. *Ticaret Kanunu'nun 64. maddesinin 4. ve 5. bentlerinde sayılan defterleri hiç veya kanunun emrettiği şekilde tutmamış ise,*
6. *Mevcudu ile alacağından çok fazla meblağ için senetler imza etmişse,*
7. *İflas takibi sırasında mahkeme, iflas idaresi veya iflas dairesi tarafından çağrıldığı takdirde makbul bir mazeret olmaksızın gelmemiş ise,*
8. *İşlerini terk ederek kaçmış ise,*
9. *Evvelki bir konkordato şartlarını ifa etmeden yeniden iflasına hükmolunmuş ise,*
10. *İİK'nin 178. maddesine riayet etmeyip de bir sene içinde iflası vuku bulmuşsa, müflis taksirli iflastan dolayı cezalandırılacaktır.*

Kanaatimizce YTCK m. 162, ETCK'dan farklı olarak sadece suçun cezasını düzenleyip unsurlarını İİK' ya bırakmak yerine taksirli iflası kendi tanımlama yolunu seçtiğinden İİK m. 310'u zimnen ilga etmiştir.⁹⁴

TCK m. 162 "*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet veren kişinin, iflasa karar verilmiş olması halinde cezalandırılacağını*" öngörmektedir. İflas kararının hukuki niteliği hakkında yukarıda yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir. İflas kararı objektif cezalandırılabilme şartıdır. Dolayısıyla iflas kararı verilmedikçe kişi taksirli iflastan dolayı cezalandırılmaz.

94 Aynı yönde Özbek, s. 1299; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4727; Bakıcı, s. 865.

Burada iflasa sebep olmaktan bahsedildiği için dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketler sadece iflas kararından önce yapılabilir. Dolayısıyla hileli iflastaki gibi suçu oluşturan hareketlerin iflas kararından sonra da yapılması mümkün değildir.⁹⁵

B. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Taksirli iflas suçu için bir hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz.⁹⁶

C. Suçun Manevi Unsuru

TCK m.162 "*tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflasa sebebiyet verilmesinden*" bahsetmektedir. Burada anlatılmak istenen suçun manevi unsurunun taksir olduğudur. Zira TCK m. 22/2'ye göre "*taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*". Dolayısıyla kişi, taksirde kendisinden beklenen özen ve dikkati göstermemekte, bunun kötü bir sonuç meydana getirebileceğini tahmin edememekte ancak bu kötü sonuç tahmin edilmemiş, istenmemiş olmasına rağmen meydana gelmektedir. Demek ki taksirli iflas suçunun söz konusu olabilmesi için kişi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmalı, iflas edebileceğini tahmin edememeli ancak iflas etmelidir.

Taksirli iflasta tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özen ölçü olarak kabul edilecektir. TTK m. 18 yukarıda açıkladığımız üzere "*tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadami gibi hareket etmesi gerektiğini*" belirterek tacir olmanın ileri görüşlü olmayı gerektirdiğini ifade etmiştir.

95 **Özgenç**, İflas Suçları, s. 366; **Meran**, s. 323. CGK 26.12.2006 tarih ve E.2006/6-328, K. 2006/328 sayılı kararında"...suç tarihi olan taksirli iflas kararının verildiği..."(www.kararara.com, Erişim Tarihi: 28.02.2014). CGK iflas kararını suçun unsuru sayan bir değerlendirme yapmıştır. Zira iflas kararından önce yapılan hareketlerle suç tamamlanmış olur. İflas kararı kişiyi cezalandırabilmek için gerekli olan koşuldur. Dolayısıyla suç tarihi taksirli hareketlerin yapıldığı tarihtir.

96 Erman taksirli iflas suçunda alacaklılar kendi malvarlıkları üzerinde hak sahibi olduklarından mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebinin uygulama alanı bulabileceği görüşündedir (**Erman** Sahir, Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku VII, İstanbul 1993, s. 201). Yazarın görüşüne katılmıyoruz; zira hileli iflas suçu bahsinde de ifade ettiğimiz üzere iflas suçlarında devlet ve toplum düzeni de zarar görür. Yalnızca alacaklıların verdiği rıza yeterli olmayacağı gibi devlet ve toplumun da bu suça rıza vermeleri düşünülemez.

Taksirli iflas suçu neticenin öngörülmediği bilinçsiz taksirle⁹⁷ işlenebildiği gibi neticenin öngörüldüğü bilinçli taksirle de işlenebilir. TCK m. 22/3'e göre "*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır*". Bilinçli taksirin söz konusu olabilmesi için kişi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmalı, bunun kötü bir sonuca yol açabileceğini tahmin etmeli ancak bu kötü sonucun meydana gelmesini istemediği gibi meydana gelmeyeceği yönünde kuvvetli bir inanç sahibi de olduğundan yine de hareketine devam etmeli ve netice meydana gelmelidir. Dolayısıyla kişi iflas edebileceğini tahmin etmesine rağmen nasılsa olmaz, iflas etmem düşüncesiyle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmaya devam eder ve iflas ederse taksirli iflas suçu bilinçli taksirle işlenmiş olacaktır.⁹⁸ Taksirli iflas suçunun hem bilinçsiz hem bilinçli taksirle işlenebilmesi mümkün ise de tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özen ölçüsü TTK m. 18'de belirtildiği üzere basiretlilik yani ileri görüşlülük, yapılan işin önünün sonunun düşünülerek hareket edilmesi şeklinde ifade edilebileceğinden; tacirin, yaptığı hareketlerin kendisini iflasa sürükleyebileceğini öngöreceği kabul edilerek taksirli iflas suçunun bilinçli taksirle işlenmeye daha müsait olduğu söylenebilir.

D. Şahsi Cezasızlık Sebepleri-Objektif Cezalandırılabilme Şartları

TCK m. 167 yağma ve nitelikli yağma hariç malvarlığına karşı suçlar için şahsi cezasızlık sebebi ve cezada indirimi gerektiren şahsi sebep öngörmüştür. Taksirli iflas malvarlığına karşı işlenen bir suç olması dolayısıyla TCK m. 167 bu suç bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bu konu, etkin pişmanlık ve objektif cezalandırılabilme şartı olan iflas kararı için hileli iflas bahsinde yaptığımız açıklamalar burası için de geçerlidir.

97 **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 503.

98 Bakıcı'ya göre normalde taksirle işlenen suçların bilinçli taksirle işlenmesi mümkün ise de taksirli iflas suçunda, failin iflas edebileceğini öngörmesine rağmen hareketine devam etmesi kastı gösterir ve hileli iflas suçu gündeme gelir (**Bakıcı**, s. 879). Kanaatimizce iflas edilebileceği öngörülse de harekete devam edilmesi neticenin istendiğini göstermeyeceğinden bu durumda kast vardır denemez. Ayrıca hileli iflas suçunun oluşması için hileli tasarrufların varlığı gerekir. Öngörmeye rağmen harekete devam edilse de bilinçli taksirle işlenen iflas suçunda hareketler hileli değildir, salt yükümlülüklerle aykırıdır. Bu nedenle yazara katılmamaktayız.

E. Teşebbüs

Taksirde kişinin cezalandırılmasının nedeni gerçekleşmesini istemediği, gerçekleşebileceğini öngörmediği neticenin, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı iradi davranışı sonucu meydana gelmiş olmasıdır.⁹⁹ Netice yoksa ortada cezalandırılacak bir durum da olmadığı için taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir.¹⁰⁰ Taksirli iflas da taksirle işlenebilen bir suç olması dolayısıyla bu suça da teşebbüs mümkün değildir.

F. Suçluların Çokluğu (İştirak)

Taksirli suçlarda failin cezalandırılmasının nedeni daha önce de ifade ettiğimiz üzere öngörülme neticenin meydana gelmiş olmasıdır. Netice öngörülmediğinden iştirak için başlangıçta bulunması gereken iştirak iradesi bu suçlarda söz konusu olamaz; bu nedenle taksirli suçlara iştirak mümkün değildir.¹⁰¹ Bu husus TCK m. 40'ta "*suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı bir failin varlığının aranmasıyla*" da ifade edilmiştir. Dolayısıyla taksirli iflas suçunda da iştirak söz konusu olamaz.

G. Suçların Çokluğu (İçtima)

Taksirli iflas suçu bakımından içtimanın söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz.

H. Muhakeme

Taksirli iflas suçu şikayete tabi değildir; bu nedenle soruşturma ve kovuşturma işlemleri resen Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır.¹⁰² Hileli iflas bahsinde konuyla ilgili yaptığımız açıklamalar burası için de geçerlidir.

99 **Hakeri**, s. 220.

100 **Metiner Haydar/Koç E. Ahsen**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Ankara, Mart 2008, s. 441.

101 **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 508; **Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer**, 5237 Sayılı TCK'da Temel İlkeler Tanımlar-Uygulama Alanı Kast ve Taksir, Tümüyle Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2010, s. 347.

102 **Meran**, s. 324; **Artuç/Bıkmaz**, s. 583; **Kaçak Nazif**, En Son Değişiklerle Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Suçları, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2006, s. 68.

Taksirli iflas suçu için de, tacir olmanın gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilmediği ticari defter ve kayıtlardan anlaşılacağından bilirkişi yardımından yararlanılması elzemdir.¹⁰³

Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesi gereğince taksirli iflas sulh ceza mahkemesinin görevine giren bir suçtur.

İ. Yaptırım

Taksirli iflas suçunun cezası TCK m. 162'ye göre iki aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun bilinçli taksirle işlenmesi durumunda TCK m. 22/2'ye göre bu ceza üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. TCK m. 51/1'e göre hapis cezasının ertelenebilmesi için iki yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkumiyet arandığından taksirli iflas suçundan alınan ceza ertelenebilir. TCK m. 50/1'e göre taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası kısa süreli olması dolayısıyla adli para cezasına çevrilebilir ancak TCK m. 50/4 gereği uzun süreli de olsa taksirli suçlarda adli para cezasına çevirme mümkün olduğundan yine de çevrilebilecekti.

TCK m. 50/1(e)'ye göre *"kısa süreli hapis cezası, gerekli olan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda, mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya çevrilebilir"*. Ayrıca TCK m. 53/6'ya göre *"belli bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen suçtan mahkumiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına karar verilebilir. Yasaklama hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren başlar"*.

103 **Parlar/Parlar**, s. 14.

SONUÇ

Kişinin borçlarını ödeyemeyecek durumda olduğunun mahkeme tarafından tespit ve teyit edilmesi anlamına gelen iflas normal şartlarda suç teşkil etmez. Zira kişi salt borçlarını ödeyemediği için hapse atılmaz.

Kişinin iflas etmekte kusuru varsa o zaman iflas nedeniyle cezalandırılabilir. Bu kusur kast veya taksir şeklinde olabilir. Kişi bilerek ve isteyerek iflasına sebep olacak ya da alacaklılarını zarara uğratacak tasarruflarda bulunursa kasten hareket etmiş ve hileli iflas suçunu işlemiş olacaktır. Kişi gerekli olan dikkat ve özeni göstermeyerek kendi iflasına sebep olursa o zaman da taksirle hareket etmiş ve taksirli iflas suçunu işlemiş olacaktır. Manevi unsur bakımından ayrıldıklarından suçları meydana getiren hareketler de çalışmamızda değindiğimiz üzere farklılaşmaktadır.

Hileli ve taksirli iflas suçla korunan hukuki değer, suçun maddi konusu, fail, mağdur, şahsi cezasızlık sebepleri ve objektif cezalandırılabilme şartları bakımından benzerlik gösterirler. Zira her ikisi de iflasa tabi gerçek ve tüzel kişilerce alacaklıları mağdur ederek malvarlığı üzerinden işlenmekte ve ticari hayattaki güveni sarsmaktadır. Her iki suç da kapsamına alan TCK m. 167 belli akrabalık ve yakınlık ilişkilerini şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirimi gerektiren şahsi hal olarak düzenlemiştir. İflas kararı ise her iki suç açısından da objektif cezalandırılabilme şartıdır ve bu karar olmadan kişiye ceza verilemez.

ETCK döneminde hileli ve taksirli iflasın unsurları İİK'da, cezaları ise TCK'da düzenlenmiştir. YTCK ise suçların hem unsurlarını hem de cezalarını kendi düzenleme yoluna gitmiştir. Kanaatimizce YTCK'nın böyle bir yaklaşım benimsemesi İİK'da halen varlığını sürdüren taksirli ve hileli iflas hallerini düzenleyen maddeleri zımnen ilga ettiğini ortaya koymaktadır.

KISALTMALAR

ABD:	Ankara Barosu Dergisi
AY:	Anayasa
AYM:	Anayasa Mahkemesi
BK:	Borçlar Kanunu
bkz.:	Bakınız
C.:	Cilt
CD.:	Ceza Dairesi
CGK:	Ceza Genel Kurulu
CMK:	Ceza Muhakemesi Kanunu
dn.:	Dipnot
E.:	Esas
ETCK:	Eski Türk Ceza Kanunu
HPD:	Hukuki Perspektifler Dergisi
İBD:	İstanbul Barosu Dergisi
İİK:	İcra İflas Kanunu
İÜHFMD:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.:	Karar
m.:	Madde
s.:	Sayfa
S.:	Sayı
SÜHFMD:	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TCK:	Türk Ceza Kanunu
TTK:	Türk Ticaret Kanunu
vb.:	Ve Benzeri
vd.:	Ve Devamı
YTCK:	Yeni Türk Ceza Kanunu

KAYNAKÇA

Akdoğan Kazım/Köseoğlu Cemal, Devlet ve Şahıs Mallarına Karşı İşlenen Cürümlerle Sahtecilik Suçları, Ankara 1963.

Alasu Yılmaz, Hukukumuzda İcra-İflas Suçları, Ankara 1998.

Arslan Çetin/Azizağaoğlu Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.

Artuç Mustafa/Bıkmaz Raif, Açıklamalı-İçtihatlı İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü, Kasım 2005.

Bakıcı Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 1, Ankara 2008.

Bekar Elif, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Mart 2013.

Çeker Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, 6335 Sayılı Kanuna Göre Yenilenmiş 6. Baskı, Adana 2013.

Çetiner Ufuk, "Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra ve İflas Suçları Bakımından Ortaya Çıkan Hukuksal Durumlar, ABD, 2002/1, s. 173-181.

Dönmezer Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Onaltıncı Bası, İstanbul 2001.

Ercan İbrahim, "İcra ve İflas Suçları Üzerine Bazı Düşünceler", SÜHFD, Cilt:13, Sayı:1, Yıl:2005, s. 7-32.

Erem Faruk, "Taksiratlı ve Hileli İflas", Adalet Dergisi, Yıl:47, Sayı:10, Ekim 1956, s. 1063-1072.

Erman Sahir, Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku VII, İstanbul 1993.

Esen Sinan, Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerinde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Eylül 2007.

Evik Ali Hakan, "Hileli İflas Suçunda Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Yıl:2013, Cilt:19, Sayı:2, s. 1087-1099.

Gözübüyük Abdullah Pulat, "Dolandırıcılık ve İflas Cürümleri", Adalet Dergisi, Yıl:64, Sayı:9, Eylül 1973, s. 655-666.

Hafizoğulları Zeki/**Özen** Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2013.

Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2013.

Işıka Sertaç, "Hileli İflas Suçu", İÜHFM, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 607-624.

Kaçak Nazif, En Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Suçları, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2006.

Karahan Sami, Ticari İşletme Hukuku, 6335 Sayılı Kanunla Değişik 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu ve 6100 Sayılı Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Güncellenmiş 23. Baskı, Eylül 2012.

Kazancı Behiye Eker, "Hileli ve Taksirli İflas Suçları", HPD, Sayı:9, Aralık 2006, s. 152-166.

Kızılarşlan Hakan, Hileli ve Taksirli İflas Suçları, 5237 Sayılı TCK Uyarınca Gözden Geçirilmiş Haliyle Uygulama ve Doktrinde, Ankara 2006.

Kuru Baki/**Arşlan** Ramazan/**Yılmaz** Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş, 6352 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişikler İşlenip Değerlendirilmiş 26. Baskı, Ankara 2012.

Meran Necati, Hırsızlık Yağma Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara 2011.

Metiner Haydar/**Koç** E. Ahsen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Ankara, Mart 2008.

Muşul Timuçin, 6103, 6217 ve 6352 Sayılı Kanunlar İşlenmiş İcra ve İflas Hukuku, Cilt: I, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2012, (İcra ve İflas Hukuku).

Muşul Timuçin, İflas Suçları, Taksiratlı ve Hileli İflas Suçları ile Diğer İflas Suçları, İstanbul 1998, (İflas Suçları).

Önder Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.

Özbek Veli Özer/**Kanbur** Mehmet Nihat/**Doğan** Koray/ **Bacaksız** Pınar/**Tepe** İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2013.

Özbek Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, Cilt II, Ankara 2008.

Özgenç İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, (Ekonomik Çıkar).

Özgenç İzzet, "İflas Suçları", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt 2, Ankara 2009, s. 333-367, (İflas Suçları).

Parlar Ali/**Hatipoğlu** Muzaffer, 5237 Sayılı TCK'da Temel İlkeler Tanımlar-Uygulama Alanı Kast ve Taksir, Tümüyle Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara 2010.

Parlar Ali/**Parlar** Aynur, Son Değişikliklerle Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Suçları, Ankara 2004.

Pekcanitez Hakan/**Atalay** Oğuz/**Sungurtekin** Özkan Meral/**Özeker** Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, İİK ve Temel Kanunlardaki Son Değişikliklere Göre Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Ankara 2012.

Poroy Reha/**Yasaman** Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, İstanbul 2012.

Uysal Mehmet, "Yeni Yasaların Işığında İcra ve İflas Suçları İle Yargılama Yöntemine Farklı Bir Bakış", İBD, Cilt:80, Sayı:2006/3, s. 1013-1048.

Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt IV, Ankara 2010.

Yıldırım M. Kamil, Hileli İflas Suçları, İstanbul 2000.

Yılmaz Ejder, "Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesine İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra İflas Suçları", Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 493-502, (İcra İflas Suçları).

Yılmaz Ejder, (Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş Üçüncü Baskı, Ankara 2005, (Hukuk Sözlüğü).

Yurtcan Erdener, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, Kasım 2004.

MAKALELER

Genelde Hukuk Davalarında, Özelde İse Boşanma Davalarında Dava Dışı 3. Şahısların Özel Hayatının Gizliliğini İhlal¹

■ Fatma DEMİRER²

GİRİŞ

İnsan hem bireysel hem toplumsal bir varlıktır. Toplumdan etkilenip kendisini dönüştürebileceği gibi topluma katkısıyla zamanla toplumu dönüştürür. Bu etkileşim, birey-toplum ilişkisinin kaçınılmaz sonucudur. Sanayi ve giderek bilgi ve teknoloji devrimi, insanları ve toplumları birbirine bağlar ve mesafeleri yok ederken, hem olumlu hem de olumsuz sonuçlar doğurmuştur. Bilgi, emek, fikir, sermaye ve kaynak paylaşımı; yani üst seviyede gerçekleşen iş bölümü sayesinde, insanın doğayla savaşımında ileri adımlar atılırken; toplum-birey ve birey-birey ilişkilerinde karmaşa yaşanmaya başlamış, özel yaşama müdahale imkânları artmış ve dolayısıyla hem hukuksal hem de beşeri güvenlik çok daha önemli bir sorun hale gelmiştir.³ Teknoloji çağı olan 21.yy'da, her şey o kadar teknik ve kolay ulaşılabilir hale geldi ki, günlük yaşamı kolaylaştıran teknoloji, artık insanların aleyhine kullanılıp bu yolla insanların özel hayatları kontrol edilebilmektedir. Ör: Bir kişinin, nerde olduğu cep telefonundan takip edilerek görülebiliyor; kamu güvenliği için kullanılan mobese kameraları, insanların günlük hayatlarında kimle, nerde, neler yaptıklarını kaydedebiliyor ya da hayatı kolaylaştıran kredi kartlarının kullanımıyla kişinin nerde, ne kadar harcama yaptığı, neleri satın aldığı tespit edilebiliyor. Teknoloji, insanın özeline dair alanı o kadar daraltmış ve insanı savunmasız hale getirmiştir ki; çoğu bu-

1 Staj bitiminde İzmir Barosuna sunduğu Staj Bitirme tezi

2 Avukat, İzmir Barosu Üyesi

3 http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1615.htm,(İhsan DARENDE makaleleri)

nun farkında bile değildir. Bu teknik araçlar kullanılarak insanların en mahrem alanlarına çok rahat müdahale edilir hale gelindi. İlginç olan yanı ise; insanlar ne zaman, nerde, kimle olduklarını bizzat kendileri paylaşıp özel hayatlarını gözler önüne seriyor. Birçoğu bunu yaparken bundan zevk alıyor. Ör: Facebook, Twitter'da durum paylaşmak, Instagram'a fotoğraf ve yer imgesi eklemek gibi.

İnsanın hem herkese açık, görülebilen, bilinebilen kamusal yanı hem de sadece kendine ve yakın çevresine ait özel bir hayat alanı vardır. Özel hayat, temel bir kişilik hakkıdır, yasalarca güvence altına alınmıştır. Kişinin özel hayatı; günlük hayatında yaptığı ve herkesin bilemeyeceği, o kişinin rızası olmadan başkalarının öğrenemeyeceği, kişiye özgü yaşam alanıdır. **Ör:** kişinin arkadaşlarıyla yaptığı telefon görüşmeleri, bir kimsenin ailesiyle geçirdiği hafta sonu tatili, kişinin sevgilisiyle bir restorantta yemek yemesi gibi. Kişinin özel hayatı belli bir alan sınırlamasıyla mümkün değildir. Mesela kamuya açık alanlarda yapılan faaliyetler de özel hayat alanına girebilir. *'Özel hayat kavramı; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içerir. Bu nedenle, kamuya açık alanda bulunulması, bu alandaki her görüntü veya sesin dinlenilmesine, izlenilmesine, kaydedilmesine, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterildiği anlamına gelmez.'*⁴

Bu alan herkese açık değildir; kişi kimle isterse onunla belli bir alanda ve belirli bir zamanda paylaşım gerçekleştirir. Bu paylaşımın kamuya açık bir alanda yapılması, yapılan şeyi özel olmaktan çıkarmaz.

İnsanlar, tarihsel süreç içinde salt insan olması sebebiyle elde ettiği vazgeçilmez, dokunulmaz ve devredilmez hakların korumasını ve bu haklara müdahale edilmemesini ister. Toplumun, bireyin sınırlarını zorladığı, haklarını kısıtlayıp özgürlüğüne müdahale ettiği ya da tam tersi bireyin topluma uymadığı, bireyin davranışları toplumun değerleriyle ters düştüğü anda ortaya ciddi sorunlar çıkar. 'Sadece devlet/toplum-

4 YARGITAY 12.Ceza Dairesi, 2012/32005 E. 2013/15770 K. 10.06.2013 tarihli kararı

birey ilişkilerinde değil, uluslararası siyasi örgütler- devlet ilişkilerinde, daha da önemlisi, suça yönelen donanımlı örgütlerle devlet ve birey ilişkilerinde, beşeri/maddi güvenlik kadar, **hukuksal güvenlik de yaşamsal bir önem kazanmıştır. Bu sebeple bu ilişkilerin yeniden tanımlanması; insan hak ve özgürlüklerinin, hem devlete/topluma hem de örgütlü suç gruplarına karşı güvence altına alınması zorunlu hale gelmiştir.**⁵ Mevcut düzende bireyin sahip olduğu haklarının, diğer insanlara ve topluma karşı korunması için devletin müdahalesi şarttır. Kamu gücünü kullanan devletin, kişinin özel hayatına müdahalesi, özünde kamu yararı-özel yarar çatışmasını doğurur. **Ör:** kişinin eşcinsel olması ve cinsel yönelimi doğrultusunda cinsel hayatını yaşamak istemesi Türkiye toplumu açısından problem yaratır. Böyle bir durumda, eşcinsel olan bu kişinin özel hayatı ile toplumun değer yargıları çatışır. Somut olayda kamu gücünü kullananlar, kişiyi koruyup eşcinsellik, kişinin özel yaşamıdır, karışılmaması gerekir mi demeli, yoksa eşcinsellik toplumun ahlak anlayışına terstir bu yüzden kabul edilemez bir şeydir mi demeli?

Bu çalışma (genelde hukuk, özelde boşanma davalarında 3. şahısların özel hayatının gizliliği ihlal) konusunu seçme fikri, çalıştığım ofiste incelediğim bir boşanma (çekişmeli) davasından doğmuştur. Davacı kadının vekili olduğumuz dosyada, karşı tarafın, dava dışı 3. kişilere karşı birden çok hak ihlali yapması ve mahkemenin bu ihlaller karşısında özensiz ve hukuka aykırı tutum sergilemesi, bu konuya odaklanmak ve bu konuyu irdelemek istememde fazlasıyla etkili olmuştur.

Bu çalışmada, özel hayat ve özel hayatın gizliliği, temel bir kişilik hakkı olduğundan, önce kişilik hakkının tanımı ve kapsamından söz edilecek; sonrasında özel hayat ve özel hayatın gizliliğinin ne olduğu, kapsamı, bu tür davalarda delil incelemesi, iç hukukta ve uluslararası hukukta hangi metinlerde düzenlendiği, devamla boşanma davalarında özel hayatın gizliliğinin ihlalinden ve özellikle dava dışı 3. kişilerin haklarına müdahaleden bahsedilecek, ek olarak Yargıtay kararları ve AİHM kararlarından örnekler verilecektir. Gereken yerlerde kişisel düşüncelere yer verip sonuç kısmında da genel bir değerlendirme ve öneri yapıp çalışma sonlandırılacaktır.

5 http://www.turkhukusitesi.com/makale_1615.htm, (İhsan DARENDE makaleleri)

A- KİŞİLİK HAKKI

*Öğretide ağır basan görüşe göre, kişilik hakları, kişinin kişi olması nedeniyle sahip olduğu hak ve fiil ehliyetinin yanında, kişinin hayatı, sağlığı, bedeni bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, itibarı, sırları, adı ve diğer değerleri üzerindeki haklarının tamamını kapsar'*⁶ *'Ve diğer değerleri'* demekle bu kavramın genişletilebileceği, daha geniş yorumlanabileceği görülmektedir. İnsanı insan yapan ve diğer insanlardan ayıran tüm özellikleri kişilik hakkı olarak adlandırılabilir. Ör: Bir kimsenin arkadaşlarıyla çektiği fotoğrafı, imzası, ismi, kişilik hakkı olarak değerlendirilir; bunların izinsiz ve hukuka aykırı bir şekilde kullanımı kişilik haklarının ihlali anlamına gelir. Kişilik hakkı ve özel hayat iç içe olan iki kavramdır. Ör: *'Somut olayda yayınlanan mektuplarla özel hayatın gizliliği ilkesi ihlal edilerek davacının kişilik haklarına saldırılmıőtır'*⁷ demektedir. Doğal olarak özel hayat kavramı kişilik hakkından ayrı düşünülemez.

*'Kişilik kavramını tanımlamada kesin sınırlar konulamamaktadır. Çünkü kavram belli bir kültüre belli bir dünya görüşüne bağlı olduğundan zaman içinde deđiőmektedir.'*⁸

Örneğin: İngiltere'de 2013 yılında eőcinsellerin hakları koruma altına alınıp eşcinsel evlilik yasalaőırken, Türkiye'de birakalım yasalalaőmayı, eőcinselliđin hala hastalık mı yönelim mi olduğu tartıőılmaktadır. Burada toplumların olaylara bakış açılırları temel etkindir. (<http://www.hurriyet.com.tr/planet/23757089.asp>)

Her insanın, sosyal hayatta bir yeri ve buna bağlı olarak sahip olduğu bir **'sosyal kişilik alanı'**⁹ vardır, kiőin özel yaşantısı da bu alana dâhildir. Her ne kadar insan sosyal bir varlık olsa da kendine ait farklı özel ve gizli alanları vardır ve bu alandaki hakları koruma altına alınmıştır.

6 Prof. Dr. Bilge ÖZTAN, Medeni Hukuk'un temel Kavramları, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2005, s. 274

7 YARGITAY 4.Hukuk Dairesi 2004/14296 E. 2005/12839 K. 29.11.2005 Tarihli Karar

8 Prof. Dr. Bilge ÖZTAN, Medeni Hukuk'un temel Kavramları, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2005, s.274

9 Prof. Dr. Bilge ÖZTAN, Medeni Hukuk'un temel Kavramları, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2005, s. 277

Kişinin sosyal hayatta, genelden özele giden yaşam alanları vardır. Bu yaşam alanı kendi içinde bölümlere ayrılır.

B- KİŞİNİN YAŞAM ALANLARI

'Kişinin yaşama alanı, öğretilerde üçe ayrılarak incelenmekte ve buna 'üç alan kuramı' adı verilmektedir.¹⁰ Bu kurama göre kişinin yaşamı,

- *Kamuya mal olmuş /kamuya açık / ortak yaşam,*
- *Özel yaşam ve*
- *Gizlilik alanı / gizli yaşam olmak üzere üç alandan oluşur.*

B.1. Kamuya açık yaşam: Herkesçe bilinen, kişinin sosyal çevresiyle olan genel, toplumsal ilişkilerini kapsar. Ör; okula gitmesi, cadde- de yürümesi, açık komşuluk ilişkileri gibi...

B.2. Özel hayat/yaşam: *'Kişinin birlikte oturduğu, birlikte çalıştığı veya günün olayları üzerinde birlikte konuştuğu ve bu nedenle kişinin kendisine yakın olduğu kişilerle müşterek olan ve sadece bunlarla paylaştığı hayat olaylarının paylaşıldığı alana kişinin özel yaşam alanı denilmektedir.¹¹ 'Özel hayat kavramına kişinin sesi ve resmi üzerindeki hakları dâhildir¹² Bu alana kişinin iş arkadaşlıkları ve okul hayatı örnek verilebilir.*

B.3. Gizlilik alanı: *'Hayatın gizli alanı, sadece bireyin kendisini ilgilendirir. Düşünce özgürlüğü gibi, din ve vicdan özgürlüğü bu alana girer. Birey bu alanda istediği her şeyi düşünebilir ve istediği her şeye inanabilir, bu kimseyi ilgilendirmez. Özel hayat ise bireyin yakın çevresiyle, sosyal çevresiyle olan ilişkilerini ifade eder.¹³ Ör: Kişinin sevgilisiyle yaşadığı ilişki ya da kişinin avukatıyla olan vekil-müvekkil ilişkisi gizlilik alanına girer.*

10 ARASLI, Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, s.4. ZEVKLİLER, Aydın, Medeni Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara 1992, s. 395 vd.

11 TANDOĞAN, Haluk, Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD, C. XX, S.14, s. 26.

12 Prof. Dr. Bilge ÖZTAN, Medeni Hukuk'un temel Kavramları, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2005, s.277

13 Prof. Dr. Bahri Öztürk'ün sunumu (06.01.2005) undan (Çorum Cumhuriyet savcısının notları)

*'Üç alanın birbirinden kesin sınırlarla ayrılması güçtür. Hangi değer özel yaşam alanına, hangi değer kamuya açık alana dâhil olduğunu belirleme bu değerlerin ne olduğuna bakılarak değil bunların gizlilik düzeyinin belirlenmesi ile ilişkilidir.'*¹⁴ *Mesela hastalık genel anlamda sır niteliğinde değildir. Ancak doktor-hasta arasındaki ilişkide sır olabilir; kişinin hastalığını çevresindekilerden saklamak istemesine rağmen doktorunun bu sırrını hastanın yakın çevresiyle paylaşması gizlilik alanına müdahaledir.*

Bahsedilen 3 alan da kişiden kişiye farklılık göstermektedir. Kamuya mal olmuş sanatçılar, siyasiler ve toplumda göz önünde bulunan kişiler açısından özel hayat ve özel hayatın gizliliği, sıradan bir insanınkine göre daha dardır. Bu kişiler, yaptıkları iş veya meslekleri dolayısıyla toplum tarafından bilinen, takip edilen ve örnek alınan kimseler olduğundan özel hayat alanları daha dardır.

Örneğin; fotoğrafçılık yapan bir fotoğrafçı, dükkânına gelen bir çiftin düğün fotoğraflarını çekip daha sonra onların rızaları olmadan bu fotoğrafı dükkânının vitrinine koymuştur. Çift bu fotoğrafçı hakkında özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği iddiasıyla şikâyetle bulunmuş ve fotoğrafçı aleyhine dava açılmıştır. Mahkeme şu şekilde karar vermiştir: *'Buradaki özel yaşam, kişinin cinsel hayatına, ailevi hayatına, ruhsal ve bedensel sağlık durumuna ilişkin "sır" ve "mahrem" şeklinde nitelendirilebilecek hususları içermelidir.. Fotoğrafçılık yapan sanığın, katılanlarca çektirilen, katılanların evlilik resimlerinden bir kısmını, katılanların bilgisi ve rızası dışında, iş yerinin vitrininde ve internet sitesinde, reklam amacı ile bulundurduğu olayda, kişilik hakkının ihlali olabileceği, sanığın eyleminin özel hukuk yaptırımlarını gerektirebileceği, ancak kişilik hakkının ihlalinin, özel hayatın ihlali suçunu oluşturmaya yetmeyeceği, zira olayda sanığa çektirilen fotoğrafların içeriğinin özel hayat kapsamında değerlendirilebilecek, başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyecekleri özel yaşam alanlarına dair görüntüler olmadıkları, bu itibarla suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmelidir.'* Karara karşı temyiz yoluna gidilmiş ve Yargıtay 12. CD 2011/20872 E. 2012/9834 K. 11.4.2012 tarihli kararında yerel mahkemenin verdiği kararı onamıştır.

14 17 SEVİMLİ, İşçinin Özel Yaşamı, s. 9.

Ancak başka bir Yargıtay kararı ise farklı bir olayda şöyle demektedir: *'Kişinin özel yaşamının gizliliğine dokunulamaz. Kişinin sıfatı ve konumu ne olursa olsun rızası dışında kamuya açıklanamaz. Bunlar kişinin gizli alanını oluşturur.'*¹⁵ Karar kesin ve net biçimde **rıza unsurunu** bir eşik olarak belirtmiştir. Önceki kararın aksine, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda kişinin rızasını temel unsur sayılmıştır.

Fotoğrafçı olayında kanaatimce hem alt mahkeme hem Yargıtay, özel hayat kavramını ve alanını çok dar yorumlamış ve bu şekilde yanlış bir karara varmıştır. Kaldı ki *'başkalarının bilmesini ve görmesini istemeyecekleri özel yaşam alanlarına dair görüntüler olmadıkları'* hususunu mahkeme kendi takdir edemez. Eğer davacılar salt bu yönde irade beyan etmişse mahkeme bu iradeleri esas almalı ve bu yönde karar vermeliydi. Ayrıca somut olayda 'rahatsız olunacak özel bir resim olmadığından' bahsedilmiştir; ancak fotoğraf normal bir fotoğraf olsa bile **çiftin rızasının olmaması, bu fiilin** özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşmasına yeterli görülmeliydi. Çalışmanın başında da belirtildiği gibi resim bir insanın kişilik haklarından ve kişiyi temsil eder. Rıza unsuru da, bu hak ihlalinin olup olmadığının belirlenmesinde temel alınması gereken bir unsurdur. Fotoğrafını çektiren çift, ünlü bir sanatçı ya da bir politikacı çift olsaydı belki mahkemenin bu bakış açısı doğru olabilirdi -*bu kişiler göz önünde ve kamuya mal oldukları için özel hayat alanları daha dardır*- ancak burada normal ve sıradan bir çiftin düğün fotoğrafları söz konusudur ve düğün fotoğrafları özel bir güne ait olduğundan önemlidir, düğün ise kamusal alanda değil belli yakın derecedeki insanlar arasında yapılan özel bir kutlamadır. Ticari kaygıları dolayısıyla fotoğrafçının mantığını anlayabilmek mümkündür; ancak burada mahkemenin adil bir karar vermesi ve fotoğrafçının ticari kaygıları yanında çiftin aile ve özel hayatlarını da göz önünde bulundurarak adil bir şekilde karar vermesi gerekirdi. Bu nedenle mahkemenin eksik ve yetersiz inceleme yaptığı kanaatindeyim.

15 YARGITAY 4.Hukuk Dairesi 2004/14296 E. 2005/12839 K. 29.11.2005 Tarihli Kararı

Nitekim benim de hemfikir olduğum Yargıtay üyesinin aynı konuda çoğunluğa karşı görüşteki şerh yazısı durumu çok iyi açıklar niteliktedir.

Şöyle ki: *İnsan hayatının üç farklı alanı bulunmaktadır. Kimsenin bilmesini istemediği gizli sır alanı, özel hayat alanı, üçüncüsü ise kamunun içinde geçirdiği genel alanıdır. Kişinin gizli sır alanı, ancak kendisi açıklayınca bilinebilecek bunun dışında hiçbir şekilde araştırılamayan ve bilinemeyen alandır. Özel hayatı ise yakın çevresince bilinebilen hayat bölümüdür. Yasayla koruma altına alınan sır alanını da kapsar şekilde kişinin özel hayatıdır. Kaldı ki 134. maddenin madde başlığı özel hayatın gizliliğini ihlal olup, kişinin gizli-sır alanının - hayatının gizliliğinin ihlali değildir. Yasanın koruma amacının dar kapsamlı olmadığı madde başlığından dahi anlaşılmaktadır. Teknolojinin - iletişimin ve ulaşımın gelişmesi insanı fiziksel olarak, ihtiyaçlarını giderme konusunda rahatlatmakta ise de ruh dünyasıyla ilgili kısıtlamalar getirmekte, kişinin özgürlüğünü elinden alma tehdidi taşımaktadır. Kameralar, dinleme cihazları ve özel görevli kişiler vasıtasıyla insan kuşatılmış vaziyettedir. Muhatapları, insana rahatına karşı özgürlüğün dayatmasını yapamamalıdır. İnsanın kişiliğini geliştirmesi, inanışlarının korunduğu duygusunu yaşamayı, ailesinin tehdit altında olmadığı inancını taşıması isteniyorsa insanın özeli mutlak olarak korunmalıdır. Kişinin cinsel hayatı, yaşam tarzı, konutu, fotoğrafları, açıklamadığı anıları özel hayatıdır. Bu açıklamalardan sonra çözüme muhtaç olan ihtilaf, kişinin eşiyile birlikte profesyonel bir fotoğrafçıya çektiirdiği ve düğün boyunca gündemde kalacak, daha sonra albüme kaldırılacak eş ve dost eski arkadaşlarla zaman zaman açılıp bakılacak yine düğünde "özel" davetliler tarafından görülebilecek olan fotoğrafları reklama ve ticarete konu edilmek suretiyle ifşasıdır. Böyle bir faaliyet ancak kişinin rızası ve korunan değerinin önemi dikkate alındığında yazılı sözleşme ile olabilmelidir. Kişi fotoğrafını sokakta, rastgele birine değil bu işi meslek edinmiş iş yeri sahibi sanığa çekirmiştir. Bunu yaparken güven duygusuyla hareket etmektedir. Çektiirdiği fotoğrafların kendisine özel olduğunu düşünmektedir. Sadece fotoğrafçının gördüğünü ve sonrada sadece paylaştıkları tarafından görüleceği rahatlığıyla fotoğrafları çektiirmektedir. Dolayısıyla samik fotoğrafçının çektiği fotoğrafları kişiye teslim dışında hiçbir müdahalesi doğru ve haklı kabul edilemez. Bu eylem olsa olsa tazminata konu olabilir demek, para ödemeyi göze alan ve para sorunu olmayan kişilere imtiyaz tanıma*

olacak ve bu kişilerin muhataplarını korumasız bırakacaktır. Kişinin korunmaya muhtaç hayat alanını, "sonra ortaya çıktığında utanacağı eylem ve tavırları" olarak düşünmek koruma alanını oldukça daraltacak, koruma getiren kanunun amacına uygun olmayacaktır. Kısaca olayımızla ilgili belirtmek gerekirse, kişinin düğün fotoğrafları özel hayatı kapsamındadır. Ceza hukukunca korunmaya değer görülüp suçun oluştuğu kabul edilerek sanığın cezalandırılması gerekmektedir; düşüncesiyle Sayın çoğunluğun onama görüşüne katılmamaktayım. Yerel mahkemenin beraat hükmününün bozulması görüşümdedir.'

Bu haliyle yeterli ve ihtiyaca cevap veren **3 alan kuramı** Türk Hukuku'nda daha sık kullanılan bir tanımdır. Günümüz koşullarına uygun bu tanımlama, mutlak ve değişmez olmayıp toplum ve insanlar gibi zaman içinde değişime ve dönüşüme açıktır.

C- ÖZEL HAYAT ve ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

C.1. ÖZEL HAYAT NEDİR?

Özel yaşam hakkı, *"özel, aile ve konut yaşamını, maddi ve manevi bütünlüğü, onur ve saygınlığı, yanlış şekilde tanıtılmamayı, ilgisiz ve utanç kaynağı olabilecek gerçeklerin açık edilmemesini, özel fotoğrafların yetkisiz şekilde basılıp ve dağıtılmamasını, bireyin gizli şekilde alıp verdiği bilgilerin açıklanmamasını kapsar."*¹⁶ 'Bir bireyin cinsel hayatı, özel hayatının önemli bir unsurunu oluşturmaktadır.'¹⁷

*'Kamuya açık alanda bulunulduğunda dahi, <kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik> prensibi geçerli olup, kamuya açık alandaki kişinin, gün içerisinde yaptıkları, gittiği yerler, kiminle niçin, nasıl, nerede ve ne zaman görüştüğü gibi hususları tespit etmek amacıyla sürekli denetim ve gözetim altına alınması sonucu elde edilmiş bilgileri ya da onun başkalarınca görülmesi ve bilinmesini istemeyeceği, özel yaşam alanına girdiğinden şüphe bulunmayan faaliyetleri özel hayat kavramı kapsamına dâhildir.'*¹⁸

16 Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı. S. 19

17 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz, Ursula Kilkelly, İnsan hakları el kitapları, No. 1

18 YARGITAY 12.Ceza Dairesi, 2012/32005 E. 2013/15770 K. 10.06.2013 tarihli kararı

Çok uç bir örnek verecek olursak; mesela cezaevinde tutuklu bir kişinin özel hayatı olabilir mi, olursa özel hayatına müdahale edilmesinin sınırları var mı, varsa nelerdir? Bu konuda 'özgür ve dışarıda olan' bir insanla aynı hakları sahip midir?

AİHM bu konuda çok ufuk açıcı ve çok yerinde bir karar vermiştir:

*McFeeley-Birleşik Krallık*¹⁷ davasında Komisyon, **'başkalarıyla ilişki kurmanın öneminin mahkûmlar için de geçerli olduğunu** ve böylece **cezaevlerindeki kişilerin belirli derecede bir araya gelme hakkına sahip olması gerektiğini** belirtmiştir. **Yani başkalarıyla görüşme hakkı, özel hayatın bir başka sosyal unsurudur.**¹⁹ Yani sıradan ve mahkûm olmayan insanların da başkalarıyla görüşmesi ve başka insanlarla bir araya gelmesi, doğallığında özel hayatın bir başka sosyal unsuru sayılabilir.

C.2. ÖZEL HAYATIN GIZLİLİĞİ

*'Özel hayatın gizliliği kişilik hakları kavramından ayrılması mümkün olmayan daha ikincil bir ayrımdır. Bu yüzden insanın insan olması hasebiyle sahip olduğu hakların tümüne kişilik hakların tümüne kişilik hakları denmektedir.*²⁰

Bu suçun mağduru herkes olabilir ve özel hayatın gizliliği ihlali suçu herkes tarafından işlenebilir. Bu fiili suç olmaktan çıkararak hukuka uygunluk ve rıza unsurlarına aşağıda değinilecektir.

Her insanın özel hayatı aynı derecede korunmaz; sıradan bir insanın özel hayatının gizliliği bir politikacıya, bir sanatçıya göre daha çok korunur. Kişilerin sıfatları, meslekleri gibi nitelikleri bunun belirleyicisidir. *'Kuşkusuz gizlilik herkes bakımından farklılık arz etmektedir; Elbette, herkes kanun önünde eşittir. Ancak toplum hayatı işbölümünü zorunlu kıldığı içindir ki, herkesin kamuda farklı bir konumu bulunmaktadır. Sanatçıların, siyasetçilerin, kamu görevlilerinin, kamu hizmeti yapanların, başkalarına mal ve hizmet sunanların, sade insanların özel hayatlarının gizliliğinin kapsamı ve sınırları birbirinden farklıdır. Sade insanlar bakımından hayatın gizli alanı çok daha genişken, ör:*

19 Appl. No. 8317/78, McFeeley & Ors-Birleşik Krallık, 15 Mayıs 1980, 20 DR 44.

20 Araştırma görevlisi Vahdettin Aydın, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Birimler Fakültesi Dergisi, 1998, S.3, 185-198

Sırasıyla kamu görevlisi, siyasetçi ve sanatçı bakımından bu alan çok daha dardır. Bunların her birinin kamuya açıklığı birbirinden farklıdır. Kimin yüzü kamuya daha fazla açıksa onun özel hayatının gizli yönü o kadar azdır.²¹

'Bir olay ya da bilginin, özel hayat kavramı kapsamına girip girmediği belirlenirken, sadece içinde bulunulan fiziki çevrenin özelliklerine bakılmamalı, kişinin toplum içindeki konumu, mesleği, görevi, kamuoyu tarafından tanınıp tanınmadığı, dışa yansıyan davranışları, rıza ve öngörüler, sosyal ilişkileri, müdahalenin derecesi gibi ölçütler de göz önüne alınmalı; ayrıca, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşup oluşmadığının tespiti için, her somut olayda, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunup bulunmadığı titizlikle araştırılmalıdır.²²

C.2.a. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçunda, Kişinin Rıza Unsuru ve Hukuka Uygunluk

Bu iki olgu fili suç olmaktan çıkarır. Bir boşanma davasında taraflardan birinin, karşı tarafın hukuka aykırı delil kullandığı iddiasına **Yargıtay** şöyle demektedir: '*Bir delilin elde edilişi, kişilerin Anayasa ile tanınmış hakların ihlali suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekeceğinde duraksama bulunmamaktadır. Delilin elde edilmesinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman kanuna aykırılık ortadan kalkar. Kuşkusuz Anayasaya göre; herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Anayasa m,20/1) Ancak, evlilik birliğinde eşlerin, evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları da yasal bir zorunluluktur. (TMK.m.185/3) Eşlerden birinin, bu alana ilişkin özel yaşamı, evlilikle bir araya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisinininkine kadar yakından ilgilendirir. O nedenle, evlilikte, evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının*

21 Ankara Barosu Dergisi • Yıl:67 • Sayı: 4 • Güz 2009 Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar. Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları 1Doç. Dr. Muharrem Özen, s.18

22 YARGITAY 12.Ceza Dairesi, 2012/32005 E. 2013/15770 K. 10.06.2013 tarihli kararı

gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanılan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekânı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirilerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalinin söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz.²³ demıştır.

Hâlbuki yerel mahkeme kararında; "Olayda; davacı-davalı koca tarafından mahkemeye delil olarak sunulan, ses kayıtlarına ilişkin CD'nin, davalının "özel hayatının gizliliği" ihlal edilmek suretiyle hukuka aykırı yolla elde edildiği, bu nedenle delil olarak kullanılmayacağı ileri sürülmüş; mahkeme de: davacı eşin delil olarak sunduğu ses kaydının davalının bilgisi dışında özel hayatın gizliliği ihlal edilerek hukuk dışı yollardan oluşturulduğu, bu sebeple itibar edilemeyeceği" diyerek ses kaydını hukuka aykırı delil olarak nitelendirdiğinden bu delile itibar etmemiş, sadakat yükümlülüğünün ihlalini ispatlayacak başka delil de olmadığından davanın reddine karar vermişti.

Başka bir boşanma davasında, davalı kadının, davacı kocanın erkek kardeşiyle zina yaptığı ve bu durumun kadına ait günlüğe yazdığı -kadının günlüğün kullanılmasına rızası olmadığını mahkemede vekilli aracılığıyla belirtmesine rağmen- günlüğün mahkemede delil olarak kullanılıp kullanılmaması konusunda YARGITAY HUKUK GENEL KURULU şöyle demektedir:

"Zehirli ağacın meyveleri" olarak ifade edilen hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Somut olayda, tarafların birlikte yaşadığı evde evi terk ettikten sonra kilitli olmayan yerden elde edilip mahkemeye sunulan zor ve tehdit ile ele geçirildiği savunulmayan ve davalı tarafından tutulduğu tartışmasız olan bir yaprağında davacının kardeşi A.'nin resmi bulunan ve içinde "aşkı neredesin, neden gelmedin, sensiz bir saat sene gibi iken koskoca bir gece uzun ve karanlık, bir tanem seni özledim, ne olur gel..."

23 T.C. 2. YHD. 2007/17220 E., 2008/13614 K., 20.10.2008 tarihli kararı

(AŞKIM) şu anda aklımdan geçenleri ve yüreğimin sesini bir bilebilsen seni ne kadar sevdiğimi o zaman, ...sensiz olamayacağımı anlayacaksın bir tanem... Sen yanımda olmayınca kendimi savunmasız ve çaresiz hissediyorum... Ne olurdu gitmese idin, biliyorum bana ceza verdin, S. linle görüşmene izin vermediğinden, ama paylaşamam seni asla... Sana hiçbir zaman isteyerek ihanet etmedim... Seni özledim... Ölmek istiyorum... Aldatmak çok ağır geliyor... " (30/1/2000 saat 03.10) "Bana doğum günü hediyen çok acı oldu... Sensizim ve acı doluyum... Aşkım ne olur ara beni alkolün esiri oldum... Seni beklediğin halde aramıyorsun... Artık resminle konuşuyorum... (03/02/2000 saat:02.20) "seni seviyorum sır küpü çocuk" Yazıları bulunan defterin yukarıda anılan görüşler doğrultusunda delil olup olmadığının değerlendirilmesine gelince;

Öncelikli olarak hayatın gizliliğinin korunması esas olmalıdır. Ancak somut olayın özelliği bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içermektedir. Kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada hukuka aykırılık vardır. **Hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş deliller ise yasak bir delil olarak değerlendirilemez.** Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. **Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekânda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir.** Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde ya da **yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekânın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdükleri bir yer olduğundan, kadının gizli mekanı olarak kabul edilemez.** Hiç kimse evindeki bir mekanda bulunduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz.

Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulunduran not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez.

Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir

araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir.'

Kanaatimce Yargıtay üyeleri, aile yapısını ve aile hayatını, bireylerin özgürlüğünden üstün tutarak, insanların evlendikten sonra ayrı ayrı özel hayatlarının olamayacağını söyleyerek topluma uygun ancak insanın manevi bütünlüğüne ve kişilik haklarına aykırı bir bakış açısıyla karar vermiştir. Toplumun büyük çoğunluğunun her ne olursa olsun- aile içi şiddet, aldatma vs. sebepler - aile kurumuna önem verdiği ve aile kurumunu koruduğu bir gerçektir; ancak bu tür fikirlerin meşruluğunun tartışılması gerekliliği de bir zorunluluktur.

Burada önemli olan boşanma sebebi zina olsa dahi bu iddianın ispatlanması sırasında hukuka uygun davranılıp davranılmadığıdır. Yoksa zaten zinanın korunacak ya da savunulacak hiç bir tarafı bulunmamaktadır. Fiil sırf zina olduğu ve ahlaka bu kadar ters düştüğü için herhangi bir şekilde elde edilen delille ispatlanması kabul edilebilir mi? Delili elde etmek için başkasının dokunulamaz vazgeçilmez hakları göz ardı edilebilir mi? Kişinin özel hayatına ait olan ve kadının kullanılmasına rızasının olması bu günlüğün delil olarak kullanılması hukuka uygun mudur? Sorularını sormak gerekir.

Yargıtay eşlerin ortak konutta yaşadığı ve orda bulunan şahsi eşyaların dahi özel alana ilişkin olamayacağını söyleyip, böyle olsa bile ortak konutta diğer eşin bunu bulunabilme ihtimalinin olduğunu ve bunun bilenebileceğini söyleyerek çelişkili beyanda bulunmuştur. Özellikle son cümlede sarf edilen **'Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir.'** ibaresi Yargıtay'ın, zina söz konusu olan davalarda delil elde ederken her yolun mubah olabileceğini vurgulamaktadır. Bu konuda zina fiilinin bu derece yakın biriyle yapılmasından duyulan rahatsızlıkla bu şekilde hukuka uygun olmayan bir karar verildiği kanaatindeyim.

Zira buna benzer ve bu görüşü destekleyen başka mahkeme bulmak zor değildir. Ör: 'Aile, Anayasa'da ve Medeni Kanun'da toplumun temeli olarak kabul edilmektedir. Ailenin korunması konusunda, gerek Anayasa'da gerek Medeni Kanun'da çeşitli düzenlemelere de yer verilmiştir. Aileye bu kadar önem atfedilmesinin sebebi ise aile konusundaki düzensizliklerin doğrudan toplumun yapısına sirayet etmesidir.'²⁴

24 YARGITAY 2. HD 2004/13709 E., 2004/14684 K., 8.12.2004 Tarihli Kararı

Bir başka mahkeme kararı da benzer şekilde şöyle demektedir: 'Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir.'²⁵

Toplum, bireyi; birey toplumu etkilemekte ve istenirse de aile yapısı buna göre şekillenmektedir; çünkü toplum yapısı gereği dinamik ve sürekli değişmekte olan yaşayan bir organizmadır.

Hukuk dairelerinden farklı olarak, bakış açısını anlamak açısından Yargıtay Ceza Dairesi verdiği bir kararı paylaşmakta fayda vardır ki Yargıtay karar verirken çok doğru bir tespitte bulunmuştur:

*'Katılan mağdurenin plajda şezlonga uzanarak güneşlendiği sırada, rızası olmadan, sanık Ö. E. tarafından fotoğrafının çekilip; imtiyaz sahibi, yayıncısı ve kapak sorumlusunun sanık İ. H. olduğu İ... L... isimli derginin Temmuz 2005 sayısının ön kapağında, **bilgisi ve izni olmadan yayınlandığı olayda**, özel hayat kavramının; kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını içermesi karşısında, kamuya açık alanda bulunulduğunda dahi, <kalabalığın içinde dikkat çekmezlik, tanınmazlık, bilinmezlik> prensibinin geçerli olduğu ve kamuya açık alana çıkan her kişinin, bu alandaki her görüntü veya sesinin kaydedilip, sürekli ve izinsiz olarak elde bulundurulmasına rıza gösterdiğinin kabulünün mümkün bulunmadığı nazara alınmadan; **plajda mayolu olmakla, bir dergi kapağında mayolu fotoğrafın yayınlanmasının aynı kapsamda değerlendirilemeyeceği ve olayda kamu yararı da bulunmadığı gözetilmeden, <plajın kamuya açık alan olup, gizli alan olmadığı> şeklindeki, özel hayatı salt mekâna indirgeyen ve yasal olmayan gerekçe ile sanıkların beraatlerine karar verilmesi isabetsizdir.'**²⁶*

25 Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin 9.11.2001 gün ve 2001/14984 Esas, 2001/ 15615 Karar sayılı ilamı

26 YARGITAY 12.Ceza Dairesi 2011/7345 E. 2012/8936 K. 03.04.2012 tarihli kararı

Kamunun haklarını ve bireyin haklarını yarıştırmak ve sonunda kamu haklarının üstünlüğünü korumak, toplum karşısında zaten zayıf olan birey/ler açısından ciddi sorunlar doğurur.

Özel hayatın gizliliği hakkı yasalarca korunmuş ve ihlali halinde de aşağıda detaylı olarak belirtilen yasalarda cezası bulunmaktadır. Kanun, bireyin, özel alanını, kişisel hayatını, dokunulmazlığı ve güvenliğini korumakta ve özel hayata müdahalede de uygulanacak müeyyideleri belirtmektedir. Bu hükümler hem ulusal hem de uluslararası metinlerde düzenlenmiştir.

D- ULUSAL HUKUK METİNLERİNDE

D.1 ANAYASA

Anayasa IV. Özel hayatın gizliliği ve korunması başlığı altında birden fazla hak saymış, m.20'de '*Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*' demekle aile hayatını da özel hayat kapsamı içine dâhil etmiştir. Devamı maddelerinde, konut dokunulmazlığı (m.21), haberleşme hürriyetini (m.22) de bu başlık altında saymıştır. Özel hayat, kişinin günlük yaşamında ve kendisine ait alanlarda zaman geçirdiği evi, işyeri, arkadaşlarıyla yaptığı konuşmaları şeklinde düşünülebilir. Bu bağlamda özel hayatın ne olduğu sayılabilir ama sınırlarını kesin olarak belirlemek zordur. Çünkü insan ilişkileri ve çevresi içi içe geçmiş ve kesin sınırları bulunmamaktadır.

Kişinin evlenerek -belki sonrasında çocuk sahibi olmasıyla- aile hayatı kurması ve **kişinin bireysel olarak ya da ailece belli bir noktta yaşaması** (özel hayatının bir kısmını sürdürdüğu yer olması bakımından) ve **yakın çevresiyle haberleşmesi** (telefon, internet, fax, sosyal medya vs.) **AY tarafından ayrı ayrı güvence altına alınıp korunmaktadır.**

Özel hayatın gizliliği hakkı temel insan haklarından ve bu hak, Anaysa m. 12'de belirtildiği gibi 'kişiyeye sıkı sıkıya bağlı dokunulmaz devredilemez vazgeçilmez temel özgürlüklerdendir.' Bu hak mutlak olarak korunuyor gibi görünse de korumanın istisnaları ile ilgili olarak AY 20. maddenin 2. fıkrası, bu hakkın sınırlanabileceğini belirtmiş ve şöyle demektedir; '**Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının**

hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.' Böylelikle bu hakkın **sınırlama sebepleri belirtilmiş, sınırlamanın nasıl yapılacağı (kanuna uygun) anlatılmıştır.**

D.2. MEDENİ HUKUK ve BORÇLAR KANUNU

Yasa metninde özel hayata ve kişilik haklarına ilişkin genel bir düzenleme mevcuttur. MK md. 23 kişinin, kendi hukuki işlemleriyle özel yaşamını başkalarının müdahalesine açabilme sınırını belirler. MK md.24, 25 ve BK md. 49 ise, **hukuki işlem haricindeki saldırılara karşı koruma sağlamaya yönelik düzenlemeler içermektedir.** Özel yaşama yönelik saldırılar, çoğunlukla haksız fiil niteliğinde değerlendirilip tazminat davasının konusunu oluşturur. Bununla ilgili olarak Yeni BK m. 49, 50, 51 ve 52. de mevcut düzenlemeler bulunmaktadır. Ör: *'Davalıların gizlice ses ve görüntü kaydetme biçiminde gerçekleşen bu eylemi, davacının şeref ve haysiyetine tecavüz etme amacı güdülmemiş olsa bile, kişilik haklarına saldırı oluşturur. İlgili yasal düzenlemeler karşısında davacı lehine manevi tazminat takdiri gerekir.'*²⁷

D.3. TÜRK CEZA KANUNU

DOKUZUNCU BÖLÜM, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar

- Haberleşmenin gizliliğini ihlal (m. 132)
- Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (m.133)
- Özel hayatın gizliliğini ihlal (m. 134)
- Kişisel verilen kaydedilmesi (m. 135)
- Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (m. 136)

27 YARGITAY 4.Hukuk Dairesi, 2006/13723 E. 2007/13089 K. 26.10.2007 Tarihli Kararı

Ve devamı maddelerinde bu suçların nitelikli hali şikâyete bağlı olduğu vs. anlatılmaktadır. Çalışmanın konusu özel hayatın gizliliğini ihlal olduğundan diğer haklarla ilgili bilgilerden gereken yerlerde bahsedilecektir.

TCK Özel hayatın gizliliğini ihlal (Madde 134)

(1) Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

(2) (Değişik: 2/7/2012–6352/81 md.) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükümlenir.

Bu suçun takibi şikâyete bağlıdır. (TCK m. 139)

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını TCK, 134. maddede, iki fıkrada halinde düzenlemiştir. Birinci fıkranın ilk cümlesinde, özel hayatın gizliliğini ihlal, ikinci cümlesinde, gizliliğin görüntü ve seslerin kayda alınması suretiyle bu suç cezalandırılmaktadır. İkinci fıkrada ise kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa etme cezalandırılmaktadır. Örneğin: Bir kimsenin ne yapıp ettiğini kimlerle beraber olduğunu gözetlemek özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluştururken, bu beraberliği kayda almak ayrı, bunların ifşası da ayrı bir cezalandırma konusu olmaktadır.

Bu anlamda özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşabilmesi için,

•Görüntü ve ses kaydı **alınmalı** ya da görüntü ve ses kaydı **ifşa edilmeli** kanunun saydığı fiillerden bir tanesi gerçekleşmeli.

•Bu **fiil HUKUKA AYKIRI** bir durum teşkil etmeli,

•Fail bu suçu ilerken yaptığı şeyin bilincinde olmalı **-KUSUR unsuru** olmalıdır-

BU SUÇUN İŞLENMESİ HALİNDE UYGULANACAK OLAN YAPTIRIM en az 1 yıl hapis cezası olarak belirtilmiştir. (TCK 134. 2. Cümle)

*'Kişilik haklarının, özel yaşam alanı ve sır alanının ihlali sonucu elde edilen teyp bandı, fotoğraf, çalınmış veya el konulmuş aşk mektupları delil olarak değerlendirilemez. Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralı esas alınarak karar verilmeli ve bu konuda her somut olayda değerlendirme yapılmalıdır. Bu konuda ihlal edilen kanun hükmü ile ispatlanmak istenen menfaat arasında amaca uygunluk hususu da esas alınmalıdır.'*²⁸

*Yargıtay bu konuya ilişkin yerinde bir karar vererek şöyle demiştir: 'Dosyadaki kanıtlardan; ses kaydının yasaya aykırı olarak, gizlice elde edildiği anlaşılmaktadır. Gizli yollardan ses kaydedilmesi, davacının gizli kalması gereken ye açıklanmasında kamu yararı bulunmayan özel yaşamı ile ilgili sırların dışarıya yansıtılması, davacının kişilik haklarına saldırı oluşturur. Yerel mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, davalıların kusurlu eylemleri ile Anayasa'ya TCK'ya ve İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı davranışlarıyla davacının kişilik haklarına saldırıda buldukları benimsenip davacı yararına uygun bir tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekir.'*²⁹

E- ULUSLARARASI HUKUKTA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL

E.1. Uluslararası Hukukun İç Hukuktaki Yeri

İç hukukumuzda usulüne göre yürürlüğe konulan uluslararası yasalar kanun hükmündedir. Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bu metinlerle, kanunların çatışması halinde uluslararası metinler esas alınır. (AY m. 90/5)

E. 2. "Özel Yaşam"ın Uluslararası Hukuktaki Tanımı

"Özel Hayata Saygı Hakkı" konusunda, 22-23 Mayıs 1967 tarihlerinde toplanan kongrede, Kuzey Memleketleri Hukukçuları tartışmış-

28 Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 2.Bası, Ankara 2001/s. 390 vd.

29 YARGITAY 4.Hukuk Dairesi, 2009/8119 E. 2010/7573 K. 23.06.2010 Tarihli Kararı

lardır. Kuzey Memleketleri Hukukçuları Kongresi Stockholm'de toplanmış özel hayat, konut dokunulmazlığı, iletişim özgürlüğü ve kişilerin dilediği gibi hareket edebilmeleri gibi konular; ilk kez, bu kongrede etraflıca incelenmiştir."Kararlar" başlığını taşıyan ilk bölümde "Özel Hayata Saygı Hakkının Niteliği" belirlenmiştir. **İnsan yaşamında ve mutluluğunda büyük önem taşıyan özel hayatın gizliliği ve korunması temel insan hakkı kabul edilmiştir. Bu hak kamu makamlarına, topluma ve diğer bireylere karşı korunacaktır. Böylece özel hayata saygı hakkı denilen bu hak, kişinin en ufak dış müdahale olmaksızın, kendi hayatını dilediği gibi sürdürmesi hususunda serbest olması hakkı olarak gösterilmiştir.**³⁰

E.3. Özel Hayatın Gizliliği Kavramının Düzenlendiği Bazı Uluslararası Metinler

- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi md. 12
- Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme md. 17
- İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) md.8

E.4. AİHS'in Tarihsel Gelişimi, Türkiye'de Kabulü ve AİHM

'AİHS, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin yasal yetkisi altında bulunanların belirli insan hakları ve temel özgürlüklerini güvence altına alan uluslararası bir antlaşmadır. Söz konusu Antlaşma 4 Kasım 1950 yılında Roma'da imzalanmış ve 1953 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme ile güvence altına alınan hakların uygulanmasını denetleyecek iki ayrı bağımsız organ kurulmuştur: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (1954) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (1959).³¹ Sonrasında ihtiyaçlar doğrultusunda AİHM işleyişine yeni bir sistem getirilmiştir. 'Yeni Mahkeme, Avrupa Konseyi'nin bir organı olarak, 1 Kasım 1998'de Strasburg'da kurulmuştur.³²

30 Küresel İletişim Dergisi, sayı 2, Güz-2006, Kişilik Hakları - Medyada Etik ve Yargı Kararları Fikret İLKİZ ve Barış GÜNAYDIN, Anadolu Üniversitesi İletişim Bilimleri Fakültesi

31 <http://www.avrupakonseyi.org.tr/akih.htm>

32 A.g.e

Uluslararası hukuk metinlerinde en etkili yaptırım gücüne sahip -Türkiye'ye aleyhine verilen tazminat cezalarıyla bilinen- iç hukukun bir parçası olan AİHM kararlarının ve bu bağlamda da AİHS' in de incelenmesi gerekmektedir. *'Türkiye AK' nin kurucu üyeleri arasında sayılmaktadır. AİHS' in denetim sürecine bireysel başvuru hakkını 1987'de ve AİHM' in zorunlu yargı yetkisini 1990'da kabul etmiştir. Ülkemiz, ulusal düzeyde yürütülen reform çalışmalarında, Sözleşme hükümlerini ve Mahkeme içtihadını temel almaktadır.*³³

*'AİHS hazırlandığından beri aile hayatı kavramında hızlı bir evrim yaşanmıştır ve bu kavram, sosyal ve yasal değişiklikleri göz önünde bulunduracak biçimde gelişmeye devam etmektedir. Bu nedenle Mahkeme özel hayat konusunda olduğu gibi, modern aile düzenlerinin çeşitliliğini, boşanmanın sonuçlarını ve tıbbi gelişmeleri göz önünde bulundurarak, aile hayatının yorumuna karşı esnek bir yaklaşım benimsemektedir.*³⁴

E.5. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması m. 8:

'1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.'

*'2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmiş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.'*³⁵

1. fıkrada özel hayata, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı hakkını belirtip 2. fıkrasında da bu hakka hangi gerekçelerle müdahale edilebileceğini saymıştır. Müdahalenin; yasaya uygun olup olmadığı, meşru amaçları içerip içermediği, demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığı hususları bu maddeden çıkan ve irdelenmesi gereken hususlardır.

33 <http://www.mfa.gov.tr/insan-haklari-ve-avrupa-konseyi.tr.mfa>

34 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz, Ursula Kil Kelly, İnsan hakları el kitapları, No. 1

35 http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/AIHS_tr.pdf

E.6. AİHM' e Göre Taraf Devletin Yükümlülüğü:

AİHM Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) taraf devletlerin sözleşmece korunan hükümlerince korunan hakların ihlali, Sözleşme' den doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini tespit eder. AİHM, taraf devletin Sözleşme hükümlerini ihlal ettiğine karar verirse taraf devleti tazminat mahkûm etme yetkisi vardır. Taraf devletlerin görevleri:

*'(8. Madde) sadece devleti... Müdahale etmekten kaçınmaya zorlamaz: bu aslen negatif taahhüdün yanı sıra, özel hayata ve aile hayatına etkin biçimde saygı gösterilmesinin doğasında olan pozitif yükümlülükler de olabilir... Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile, özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içerebilir.'*³⁶

Devletin pozitif yükümlülüğünden de bahsetmektedir ancak her olayın oluşu ve şekilleri kendine özgüdür. Bu anlamda devletin yükümlülükleri de farklılık gösterebilir.

Devlet bu yükümlülüğü yerine getirirken birey-toplum, birey-birey arasındaki denge unsurunu göz önünde bulundurmalıdır. Şöyle ki: *'Mahkeme'ye göre pozitif bir yükümlülüğün olup olmadığını belirlemek için Devlet, toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakmalıdır.'*³⁷

Türkiye'de AİHS' te güvence altına alınmış hakların korunması ve AİHM içtihatlarını uygulama yükümlülüğü yargı organlarına kalmaktadır. Yargı organlarının vereceği kararların, Sözleşme hükümleri ve AİHM içtihatları doğrultusunda olması, Türkiye'nin insan haklarına verdiği değerin ve gösterdiği saygının bir göstergesi olacağından önemlidir.

36 X & Y-Hollanda davası, 26 Mart 1985 tarihli karar. 35

37 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz, Ursula Kilkelly, İnsan hakları el kitapları, No. 1. S.36.

F- BOŞANMA DAVALARINDA DAVA DIŞI 3. ŞAHSIN ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL

Türk Hukuk Sistemi'nde boşanma davalarında 3. Şahıs dendiğinde (toplumunun yapısı gereği) akla **ALDATMA /ZİNA** fiili gelmektedir. Eski TCK' da suç olarak sayılan ve yaptırımı olan bu fiil günümüzde suç olmaktan çıkarılmış ve müeyyidesi yoktur. Zina, mevcut Medeni Kanun'da sadece boşanma sebeplerinden sayılmakta, ayrıca TCK'da bir yaptırımı bulunmamaktadır.

Ancak son zamanlarda uygulamada yine zina fiili dolaylı olarak cezalandırılmaya başlanmıştır. Şöyle ki: Aldatılan eş, aldatan eşi ve ilişkisi bulunduğunu iddia ettiği 3. kişiye karşı haksız fiilden dolayı tazminat davası açıp maddi anlamda cezalandırmasını sağlayabiliyor. Yargıtay bu konuda şöyle demektedir:

*'Boşanmakla kocanın desteğini yitiren ve davacının bir başka kadınla ilişkisi nedeniyle kişilik hakları zedelenen kadın lehine uygun miktarda maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.'*³⁸

Böylelikle zina fiilinin -doğruluğu savunulmayacak bir olgu olsa dahi- ortada kesin bir şey yokken 3.şahsı dolaylı olarak cezalandıran bir fiil haline gelmesi, dava dışı 3. şahıslar açısından sıkıntılı bir durum yaratmaktadır. Sadece dava açılması bile 3. şahsın kişilik haklarını zedeleyip özel hayatını mahvedebilir. Mesela eşinden sadece intikam almak ya da davayı kazanmak için öfkeyle hareket eden eşin, iftira atıp aldatıldığı iddiasıyla **3. şahıs aleyhine sadece dava açması bile**, 3. şahıs açısından *-bir aile hayatının olduğu ya da aile kurmak üzere olduğu düşünülürse-* vahim bir durum yaratmaya elverişlidir. Kanımca böyle bir davanın 3. şahsa açılmasının koşullarının kanun koyucu tarafından net olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Zina iddiasının ispatlanması çok zor olmakla birlikte, pratikte devam eden bir boşanma davasında aldatılan eş, zina iddiası ile haksız fiilden dolayı Asliye Hukuk Mahkemelerinde 3. kişiye ayrı bir dava açabilmektedir. YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ E. 2004/13709 K. 2004/14684, 8.12.2004 tarihli kararında bu davayı açmanın önünde herhangi bir engel bulunmadığını belirtmiştir.

38 YARGITAY 2. Hukuk dairesi 1999/9947 E. 1999/12050 K. 10.11.1999 Tarihli kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2010/4–129 E. 2010/173 K. 24.3.2010 tarihli kararında ise: **'Evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğinde olduğu gibi, bu eyleme katılan kişinin eylemi de bundan ayrı dışınilemez. Dolayısıyla, bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur. Davalının davacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğinin tarafların ve mahkemenin kabulünde olmasına göre; davalının sorumluluğu ahlaka ve adaba aykırılık nedeniyle gerçekte haksız fiilden kaynaklanmakta; dava da yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hıkümlerden almaktadır.'** demektedir.

Zina iddiasının ispatlanmasının çok zor olduğuna dair YARGITAY 2. H.D. 2008/20278 E. 2010/1423 K. 1.2.2010 tarihli kararında şöyle demiştir. **'Dosyada davacı-davalının zina yaptığına ilişkin yeterli kanıt bulunmamaktadır. Aynı işyerinde çalışan bir başka erkekle telefonla görüşme, mesaj gönderme ve bu kişinin arabasına binmiş olma, zinaya delalet eden davranışlar niteliğinde değildir. Zina sübut bulunmamıştır. Açıklanan nedenle davalı-davacının zina sebebine dayanan boşanma davasının reddi gerekir.'**

YARGITAY HUKUK GENEL KURULUNUN 2010/4–129 E. 2010/173 K. 24.3.2010 Tarihinde **verdiği bir karardan sonra sadece aldatan ese değil aldatma fiilini gerçekteşiren dava dışı 3. şahıs aleyhine de dava açabilmenin yolu açılmıştır. Bu karardan sonra hemen her boşanma davasında her önüne gelen bu davayı açmaktadır. Kamuoyunda da ciddi tartışmalara sebep olan, bu kararın tüm tartışmalarını yansıtmak amacıyla kararın tamamını buraya aktarma zorunluluğu doğmuştur.**

• ALDATAN EŞİN SEVGİLİSİNİN RESMİ NİKÂHLI EŞE MANEVİ TAZMİNAT ÖDEMESİ (Davalının Dava Dışı Eşi Evli olduğunu Bildiği Halde Duygusal ve Cinsel İlişi Kurduğu/Diğer Eşi Sosyal Kişilik Değerlerine Saldırı Olduğu - Aldatan Eşi Ölmesinin Sonucu Değiştirmeyeceği/Haksız Fiil Hıkümleri Kapsamında Manevi Tazminata Hıkmedileceği)

• MANEVİ TAZMİNAT (Davalının Dava Dışı Eşi İle Eşi Evli olduğunu Bildiği Halde Duygusal ve Cinsel İlişi Kurduğu - Haksız Fiil Hıkümleri Kapsamında Tazminata Hıkmedileceği)

• **HAKSIZ FİİL** (Davalının Dava Dışı Eş İle Eşin Evli Olduğunu Bildiği Halde Duygusal ve Cinsel İlişki Kurduğu/Diğer Eşin Sosyal Kişilik Değerlerine Saldırı Olduğu - Haksız Fiil Hükümleri Kapsamında Tazminata Hükmedileceği)

• **EVLİ OLDUĞU BİLİNEREN KİŞİYLE DUYGUSAL VE CİNSEL İLİŞKİYE GİRMEK** (Diğer Eşin Sosyal Kişilik Değerlerine Saldırı Olduğu - Davalının Haksız Fiil Hükümleri Kapsamında Manevi Tazminata Mahkûm Edileceği)

• **SOSYAL KİŞİLİK DEĞERLERİNE SALDIRI** (Davalının Dava Dışı Eş İle Eşin Evli Olduğunu Bildiği Halde Duygusal ve Cinsel İlişki Kurduğu/Diğer Eşin Sosyal Kişilik Değerlerine Saldırı Teşkil Ettiği - Davalının Haksız Fiil Hükümleri Kapsamında Manevi Tazminata Mahkûm Edileceği)

818/m. 47

ÖZET: Dava, haksız eylem nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan dolayı manevi tazminat istemine ilişkindir. Uyuşmazlık; davacının eşi ile duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği tarafların ve mahkemenin kabulünde olan davalının, bu eyleminin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturup oluşturmadığı ve hukuki sorumluluğunu gerektirip gerektirmediği, noktalarında toplanmaktadır. Evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğinde olduğu gibi, bu eyleme katılan kişinin eylemi de bundan ayrı düşünülemez. Dolayısıyla, bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur.

Davalının davacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğinin tarafların ve mahkemenin kabulünde olmasına göre; davalının sorumluluğu ahlaka ve adaba aykırılık nedeniyle gerçekleşen "haksız fiil" den kaynaklanmakta; dava da yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden almaktadır. Sorumlulardan birisi olan davacının eşinin vefat etmesi, teselsül ilişkisinde bulunan davalının sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir olgu olarak kabul edilemez ve davalının haksız eyleminin varlığını ortadan kaldırmaz. Mahkemece davalının açıklanan şekilde gerçekleşen eyleminden sorumluluğu kabul edilerek, bundan kaynaklanan zararın kapsamı belirlenmeli ve varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmelidir.

DAVA: Taraflar arasındaki "manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 6. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 28.04.2008 gün ve 2006/386 E.-2008/161 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekilince istenilmesi üzerine, Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 09.04.2009 gün ve 2009/10692 E.-5303 K. sayılı ilamı ile; (... **Dava, haksız eylem nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan dolayı manevi tazminat isteminde ilişkindir.**

Davacı, davalının kendisi ile evli olduğunu bildiği halde eşi ile gönül ilişkisine girdiğini, davalının bu eyleminin kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu iddia ederek manevi tazminat istemiştir.

Davalı ise, davacının eşinden hamile kaldığını, bu ilişkiyi bilen davacının bu durumu kabullendiğini davacının ileri sürdüğü zarar ile eylem arasında illiyet bağı bulunmadığını ileri sürerek istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

Yerel mahkemece, davacının eşi ile davalının duygusal ve fiziksel ilişkiye girdikleri; ancak, davacının manevi zarara uğramasının davalının eylemi ile bir ilgisinin olmadığı, bir zarar var ise bu zararın evlilik birliğine aykırı davranan davacının eşi tarafından gerçekleştirildiği gerekçesiyle dava reddedilmiş; karar davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davalının davacının eşi ile duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği tarafların ve mahkemenin kabulündedir. Sorun bu durumun davacının kişilik haklarına saldırı oluşturup oluşturmadığı ve saldırı oluşturuyorsa bundan davalının sorumlu olup olmayacağı konularında toplanmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinde yer alan "evlenmeyle eşler arasındaki evlilik birliği kurulmuş olur... Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." biçimindeki düzenleme gereğince, **evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğindedir. Bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur.**

Somut olayda davalı, davacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğine göre Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi gereğince manevi tazminatla sorumlu tutulmalıdır. Yerel mahkemece, açıklanan olgular gözetilerek, davalının manevi tazminat ile sorumlu tutulması gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle istemin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir...)

Gerekçesiyle oyçokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: *Dava, haksız eylem nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir.*

Davacı, davalının kendisinin eşiyle, onun evli olduğunu bildiği halde, duygusal ve cinsel ilişkiye girmek suretiyle gerçekleşen haksız eylemi ile kişilik haklarına saldırıda bulunduğu iddiasıyla eldeki davayı açmıştır.

Davalı, davacının eşiyle duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğini, bu ilişkiden bir de çocuğunun olduğunu kabul etmekle birlikte; bu hususu davacının bilmesine karşın ses çıkarmadığını, tazminat isteme koşullarının olmadığını, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dava reddedilmiş; özel dairenin yukarıda başlık bölümüne aynen alınan ilamıyla kararın bozulması üzerine de önceki kararda direnilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacının eşi ile duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği tarafların ve mahkemenin kabulünde olan davalının, bu eyleminin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturup oluşturmadığı ve hukuki sorumluluğunu gerektirip gerektirmediği, noktalarında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümüne geçilmeden önce, hukukumuzda yer alan sorumluluk kaynaklarının ve buna bağlı olarak da taraflar arasındaki hukuki bağın niteliğinin irdelenmesinde yarar vardır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, "Borçların Teşekkülü" başlığı altında, sözleşmeden doğan borçlar (md.1-40) ile haksız fiilden doğan borçlar (md.41-60) düzenlenmiş; yine aynı başlık altında, borçların üçüncü genel kaynağı olarak, haksız (sebepsiz) İktisaba (md.61-66) yer verilmiştir.

Bunların dışında, ne hukuki bir işlemde açıklanan bir iradeye, ne de hukuka aykırı bir eyleme dayanmayan; kanundan doğan borçlar bulunmaktadır.

Özetle, hukukumuzda borçların kaynağı; sözleşme, haksız fiil, sebepsiz iktisap ya da bir kanun hükmü olarak kabul edilmiştir.

Sözleşme, tek taraflı hukuki işlemde farklı olarak, en az iki irade beyanını içerir; bu irade beyanlarının birbirine uygun ve karşılıklı olması gerekir.

Borçlar Kanunu'nda, sorumluluğun diğer bir genel kaynağı olarak öngörülen sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için; bir taraf zenginleşirken diğerinin fakirleşmesi, zenginleşme ve fakirleşme arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve zenginleşmenin hukuken geçerli bir nedene dayalı olmaması gerekir.

Kanundan doğan borçlarda da, borç kaynağını kanundan almakta ve sorumluluk buna göre belirlenmektedir.

Borçlar Kanunu'nda sorumluluk nedenleri arasında düzenlenen haksız fiil ise hukuka aykırı bir eylemle başkasına zarar verilmesidir.

Haksız fiilden söz edilebilmesi için, şu dört unsurun birlikte bulunması zorunludur. Öncelikle ortada hukuka aykırı bir fiil bulunmalı; bu fiili işleyen kusurlu olmalı; kusurlu şekilde işlenen ve hukuka aykırı olan bu fiil nedeniyle bir zarar doğmalı ve sonuçta doğan zarar ile, hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu unsurların tümünün bir arada bulunmadığı, bir veya birkaç unsurun eksik olduğu durumlarda, haksız fiilin varlığından söz edilemez.

Eldeki dava, açıklanan bu sorumluluk kaynaklarından haksız eyleme dayalıdır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 41.maddesinde "Mesuliyet Şartı" başlığı altında; "Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.

Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararını tazmine mecburdur." Hükmü yer almakta;

Aynı Kanunun "Şahsi Menfaatlerin Haleldar Olması" başlıklı 49. maddesinde ise; "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hâkim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir." Düzenlemesine yer verilmektedir.

Yine aynı Kanunun "Müteselsil Mesuliyet"e ilişkin hükümlerinden, "Haksız Fiil Halinde" başlıklı 50.maddesinde de: "Birden ziyade kimse-ler birlikte bir zarar ika ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer'an methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar. Hâkim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şümulünün derecesini tayin eyler.

Yataklık eden kimse, vaki olan kardan hisse almadıkça yahut iştirakiyle bir zarara sebebiyet vermedikçe mesul olmaz." Şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

Diğer taraftan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 185.maddesinde; "...evlenmeyle eşler arasındaki evlilik birliği kurulmuş olur... Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." Denilmektedir.

Görüldüğü üzere, haksız eylem nedeniyle sorumluluk hallerinden birisi ahlaka aykırı; bir fil ile bilerek başka bir kimsenin zarara uğramasına neden olmaktır.

Yine, müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemeler ile haksız eylemi birlikte gerçekleştirenler birbirinden ayırt edilmeksizin, zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olurlar.

Öte yandan, evlilik birliğinde eşlerin zorunlulukları yasal düzenleme altına alınmış ve sadakat borcu da bunlar arasında sayılmıştır.

Tüm bu açıklamalar ve ortaya konulan yasal düzenlemeler ışığında somut olay irdelendiğinde: Davacı, eşiyle 1990 yılında aşk evliliği yaptıklarını ve uzun süre hiçbir sorun yaşamadan evlilik birliğini sürdürdüklerini, 15 yıl mutlulukla süren evliliğinin eşinin internette sohbet yoluyla; davalı ile tanışıp, onunla ilişkiye girmesinin ardından sarsıldığını, eşi ile ilişkiye giren davalının bunu evli olduğunu bile- rek gerçekleştirdiğini, çocuklarının olmamasını da fırsat bilerek eşini ondan çocuk sahibi olduğuna inandırdığını, bu yolla evinden koparıp kendisiyle yaşamasını sağladığını, ancak eşinin davalı ile birlikteliği sırasında çok çalkantılı bir dönem yaşayıp sonuçta bu yükü kaldırmayarak intihar ettiğini, kendisinin tüm bu olaylar nedeniyle derin sarsıntıya ve ruhsal çöküntüye uğradığını, eşini gerçekten çok sevdiğini ve bu şekilde önce ayrılık ardından ölüm acısı yaşamayı kaldırmadığını, tüm bunların sebebinin ahlaka aykırı davranışı nedeniyle davalı olduğunu, davalının eyleminin kişilik haklarına, manevi varlığına ve aile bütünlüğüne ağır saldırı teşkil ettiğini, ifadeyle eldeki davayı açarak; manevi tazminat istemiştir.

Davalının, davacının eşiyle evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği, ondan çocuk sahibi olduğu yönünde açık kabulü bulunmakta; savunma olarak, davacının da bildiği bu davranışının onun kişilik haklarına saldırı teşkil etmediğini getirmektedir.

Hemen belirtmekte yarar vardır ki, gerek Anayasamızda, gerek Medeni Kanun'umuzda aile toplumun temeli olarak kabul edilmiş ve aileyi koruyan hükümlere yer verilmiştir. Aile sadece mensubu olan kişiler için değil toplum için de önemlidir ve hem yazılı hukuk düzenimizde hem de örf ve adet hukukumuzda özel bir yere sahiptir.Bu nedenledir ki, ailenin korunmasına yönelik düzenlemeler sadece aileyi değil, tüm toplumu ilgilendirmektedir. Aile mensuplarının birbirlerine karşı yükümlülüklerinin ihlali çoğu zaman toplum düzenini de etkilemekte, yasalar nezdinde koruma önlemlerinin alınması yoluna gidilmektedir.

Böylesi öneme sahip aile kurumuna mensup erkekle, evli olduğunu bilerek kurulan duygusal ve cinsel ilişkinin, hatta ondan çocuk sahibi olmanın aile kurumuna ve onun mensubu olan kişilere vereceği zarar kaçınılmazdır ve davalının bunu öngörmemiş olması düşündürülemez.

Bu nedendir ki, evli kişilerle ilişki uzun süre suç sayılmış ve aile kurumu bu yolla da koruma altına alınmak istenmiştir. Bu tür eylemlerin, daha sonraki yasal düzenlemeler sırasında suç olmaktan çıkarılmış olması, bu eylemin ahlaka aykırılığını ve dolayısıyla haksızlığını da ortadan kaldırmayacaktır. Zira bir eylemin ceza kanununa göre suç teşkil etmemesi ve müeyyidesinin düzenlenmemiş olması, borçlar hukuku hükümlerine göre ahlaka ya da hukuka aykırı olarak kabul edilmesine engel teşkil etmemektedir.

*Diğer taraftan, eşler evlilik birliğini kurmakla birbirlerine sadakat borcu altına girdikleri gibi, mensubu oldukları aile birliğine karşı da sorumluluk altına girerler. Davacının eşinin evli olmasına rağmen bir başkası ile cinsel ve duygusal ilişkiye girmesi, evlilik sözleşmesi ile bağlandığı, sadakat borcu altına girdiği eşine karşı haksız eylem niteliğindedir. **Davalı kadın da, evli olduğunu bilerek davacının eşiyle gayri resmi ilişkiye girmek ve ondan çocuk sahibi olmak suretiyle, gerek yasalarca gerek örf ve adet hukukunca korunmayan haksız bir davranış içine girmiştir. Bu davranış da açıkça haksız eylem niteliğindedir.***

Eş söyleyişle, esasen dava dışı eşin, evlilik birliğinin gerektirdiği sadakat yükümü bulunmakla birlikte; onun evli olduğunu bilen ve buna rağmen onunla ilişkiye giren davalı kadının da dava dışı kocanın sadakatsizlik eylemine katıldığında ve her ikisinin de bu haksız eylemlerinden birlikte ve müteselsilen sorumlu olduklarında kuşku bulunmamaktadır.

O halde olayda, Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinde düzenlenen birden fazla şahsın; müşterek kusurlarıyla bir zarara yol açmaları, diğer bir deyimle, tam teselsül hali mevcut olup, davalı doğan zarardan, davacının eşi ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Müteselsilen sorumluluğun bulunduğu durumda da davacı, alacağı sorumluların tamamından isteyebileceği gibi bunlardan biri veya birkaçından da isteyebilir. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.11.2003 gün ve 2003/9-685 E.-690 K. sayılı Kararı). Bunlardan birisinin ölmüş olması diğerini sorumluluktan kurtarmaz. Zarar gören dilerse davasını bu kişiye yöneltebilir.

Şu durumda; sorumlulardan birisi olan davacının eşinin vefat etmesi, teselsül ilişkisinde bulunan davalının sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir olgu olarak kabul edilemez ve davalının haksız eyleminin varlığını ortadan kaldırmaz.

Böylece, evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğinde olduğu gibi, bu eyleme katılan kişinin eylemi de bundan ayrı düşünülemez. Dolayısıyla, bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur.

Sonuç itibarıyla, davalının davacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğinin tarafların ve mahkemenin kabulünde olmasına göre; davalının sorumluluğu ahlaka ve adaba aykırılık nedeniyle gerçekleşen "haksız fiil"den kaynaklanmakta; dava da yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden almaktadır.

Hal böyle olunca, mahkemece davalının açıklanan şekilde gerçekleşen eyleminden sorumluluğu kabul edilerek, bundan kaynaklanan zararın kapsamı belirlenmeli ve varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmelidir.

Yukarıda belirtilen yasal düzenleme ve maddi olguya ilişkin açıklamalar ve aynı hususlara işaret eden Özel Daire kararı dikkate alınmadan, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup; kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: *Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK.'un 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 24.03.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.'*

Bence bu karar hukuk tarihi açısından çok tartışmalı bir karardır. Kararda ahlaka aykırı ve aile kurumunu korumak amaçlansa da amaçlananın kıyısından bucağından geçmeyen bir karara varılmıştır. Kararın esasını iki yönüyle incelemek gerektiği kanaatindeyim:

•**Ahlaki olması yönünden;** *Toplum yapısı gereği kararların ahlaki olması doğal bir durumdur. Ancak ahlakın kimin ahlakın olduğu önemlidir. Şöyle ki; burada boşanma davası söz konusu değildir. Doğrudan*

*zina fiilinden dolayı kişilik hakkının zedelendiği iddiasıyla, davacı kadının aldatma fiilinde katkısı olan 3. şahsa dava açması söz konusudur. **Olayın özeti şu:** Davacı kadın zina fiilini önceden biliyor, kocası 3. şahıs/davalı kadın için evi terk ediyor, davalıyla bir süre birlikte yaşıyor, dava dışı 3. şahıs davacının eşinden hamile kalıyor ve **üstelik davacı da bunu biliyor.** Buna rağmen boşanma davası açılmıyor ve taraflar hayatlarına devam ediyor. Sonra davacı kadının eşi intihar ediyor, davacı da 3. şahıs olan kadına kişilik haklarını zedelediği iddiasıyla tazminat davası açıyor. Bence bu kararı veren yargıçların dayanağı ahlaki korumak değildir; **çünkü zina olayında adı geçen 3 kişi de o süre boyunca toplumun ahlak anlayışına taban tabana zıt bir hayat sürmüşlerdir.** Bu sebeplerle verilen bu karar da hukuka ve mantık kurallarına aykırıdır.*

•Aileyi koruması yönünden incelendiğinde ise; Ortada bir aile kurumu kalmamış dağılan ve başka bir kadınla kurulan bir aile hayatı söz konusudur. Yukarıda bahsedilen özet durum aynen burada da geçerlidir. Sağlıksız ve mutsuz bir evlilik sürmek ve topluma hoş görünmek için evliliği devam ettirmek kişiler için eziyetten başka bir şey değildir görüşündeyim. Davacı kadının dava açması da hali hazırda dağılan aile birliği sonrasında da kocasını kaybetmesi akabinde olmuştur.

F.1. SOMUT DAVA ÖRNEĞİ

Davacı kadının vekili olduğumuz, boşanma davasında karşı taraf ile velayet konusunda anlaşmazlığa düşüldü. Karşı taraf vekili tarafından, boşanma davasını ve özellikle velayeti alma konusunu etkileyebileceği iddiasıyla **müvekkilin babasının** siyasi/sendikal faaliyetlerinden dolayı yargılandığı davanın iddianamesinin dosyaya getirilmesi talep edildi, **davayla doğrudan ilgisi olmayan kişinin belgelerinin dosyaya getirilememesi gerektiği yönündeki** itirazlarımıza rağmen bu talep mahkemece kabul edilerek iddianame dosyaya getirildi. Dava henüz devam etmektedir. Ancak anlaşılmayan nokta dava dışı 3. bir şahsın yargılandığı dava dosyasının boşanma davasına getirilmesinde nasıl bir amaç olabileceğidir. Kaldı ki kadın müvekkil ailesinden uzakta ve ekonomik olarak ailesinden bağımsız yaşamaktadır. Müvekkilin ailesini inkâr edemeyeceği bir gerçek olduğu gibi, müvekkilin ailesinin, kendisi ve çocuk üzerinde fiili olarak etkisinin olamayacağı da gerçektir.

Sorulması gereken soru, Mahkemenin davayla doğrudan bağlantısı olmayan 3. bir kişiyle ilgili iddianameyi hangi gerekçeyle boşanma davasına getirttiğidir. Boşanma davasında kapalılık kararı alınmadığına göre duruşma salonunda bulunan herkesin dava dışı 3. şahısla ilgili (müvekkilin babası) yargılandığı dava hakkında fikir sahibi olacağı kesindir. Mahkeme 3. şahsın dosyasını vereceği karara yansıtmasa bile özel hayatın gizliliğini ihlal etmiş sayılır. Mahkemenin böyle bir yetkisini yasalardan aldığı açık olmakla birlikte bu yetkiyi keyfi olarak kullanamayacağı da açıktır. Müdahalenin mahkeme aracılığıyla yapıldığı meşru olsa bile bu müdahale 'demokratik bir toplumda' gerekli midir?

Mahkemenin davayla bağlantısı olmayan 3. bir şahsın iddianamesini dosyaya getirmekle nereye varmak istediğini en erken zamanda açıklama yükümlülüğü vardır.

*'... Gereklilik kavramı, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt verdiğini ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantısız olduğunu ima etmektedir.'*³⁹

*Bu açıdan devletin yapmış olduğu bu müdahaleyi açıklama yükümlülüğü vardır. 'Müdahalenin amacını veya amaçlarını belirlemek, iddiaya yanıt veren Devletin sorumluluğudur ve müdahalenin kapsamının bu kadar geniş olması, Devletin genellikle müdahalenin nedenini mantıklı bir biçimde açıklayabildiği anlamına gelmektedir.'*⁴⁰

Devletin müdahale ettiği alan özelleştikçe müdahalenin açıklama gerekçesi artar.

Devletin yargılama yaparken kamu yararı ve bireyin yararı arasında bir karşılaştırma ve denge oluşturarak adil bir biçimde karar vermelidir. AİHM bunu *Soering-Birleşik Krallık* davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar davasında şöyle dile getirmiştir. *'Sözleşme'nin bütünüün doğasında, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası vardır.'*

39 Olsson-İsveç davası, 24 Mart 1988 tarihli karar.

40 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz, Ursula Kilkelly, İnsan hakları el kitapları, No. 1.s. 52

Aynı dosyada karşı taraf asil, müvekkili teknik takip yoluyla izlemesi, kadın müvekkilin evinin önünde nöbet tutarak ne yaptığını, kimlerle nereye gittiğini, evine kimlerin girip çıktığını gözetlemesi de özel hayata müdahaledir. Her ne kadar taraflar hukuken evli olsa da açılmış bir boşanma davası ve fiili bir ayrılık söz konusudur. Bu konuda gereken yerlere şikâyet edilmiş ve sonucu beklenmektedir.

Mesela karşı tarafın (babanın) çocuğun sesini kaydederek annesi aleyhine sözler söylemesi için yönlendirici soru sorması, küçüğün istediği dışında ses kaydının alınması küçüğün özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmaktadır.

Bunun yanında karşı taraf, dava dışı 3. kişi aleyhine kişilik haklarının zedelendiği iddiasıyla Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmış ve davası devam etmektedir. Bir insan aleyhine bu kadar ciddi bir suçlamadan bu kadar kolay bir şekilde dava açılmaması gerektiği görüşümdedir. Kaldı ki 3. şahıs nişanlıdır ve sadece böyle bir yargılamanın bile hayatını mahvedici ve telafisi imkânsız zararlar doğuracağı açıktır. Tabi ki haksız çıkılması halinde 3. şahsın da başvurabileceği yargısal yollar vardır; ancak o kişinin yaşadığı toplum, ikili ilişkilere verilen önem, aile hayatı ve şeref ve haysiyetin bir insan için önemi düşünüldüğünde açılacak olan davanın pek bir önemi kalmaz.

G- SONUÇ

İnsanlığın ilerlemesiyle birlikte gelişen, tarihsel süreç içerisinde verilen mücadeleler sonucunda yasalarca koruma altına alınan özel hayat kavramı, herkes için olmazsa olmaz nitelikte vazgeçilmez, devredilmez bir haktır. Kişinin yaşam alanı; kamusal alan, özel alan ve gizli alan diye ayrılır. Bunlardan özel ve gizli alanlar koruma altına alınmıştır.

Özel hayatın gizliliği ve korunması temel olarak Anayasa madde 20 ve devamında güvence altına alınmıştır. Özel hayat çerçevesinde kişilik haklarını düzenleyen hükümler, aile hayatına saygı ve evlilik hükümleri Medeni Kanun'da, maddi manevi tazminat ve haksız fiil hükümleri Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. Özel hayatın gizliliğinin ihlali halinde uygulanacak olan müeyyideler de TCK 132 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir.

'Anayasa'nın 20. maddesinde herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip bulunduğu, özel hayatın

*ve aile hayatının gizliliğine dokunulmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu hak Türk Medeni Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerinde koruma altına alınmıştır. Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde de kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda uygulanacak yaptırım belirtilmiştir. Belirtilen bu yasal düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere kişinin özel yaşamının gizliliğine dokunulamaz. Kişinin sıfatı ve konumu ne olursa olsun rızası dışında kamuya açıklanamaz. Bunlar kişinin gizli alanını oluşturur.*⁴¹

Buna ek olarak uluslararası metinlerde de korunan bu hak toplumdan topluma değişebileceği gibi insanların yaptığı işe, sıfatlarına göre değişebilmekte, genişleyip daralabilmektedir.

Bir kişinin özgürlüğü, başka bir kişinin özgürlüğüne müdahale ettiği yerde kısıtlanır. Zira Kanun koyucu'nun önemi burada ortaya çıkar; yasaları uygulayan ve yorumlayan yargıçların tutumları, bakış açıları bu anlamda önemlidir. Çünkü özel hayatın sınırları ve kavramları kesin sınırlarla belirtilmemiş, yoruma açıktır. Burada yorumu yapacak olan da yargıçlardır.

Bir boşanma davasında taraflardan birinin mal kaçırma iddiasına rağmen, dava dışı 3. Şahsın banka hesaplarını getirtme talebi 3.şahsın özel hayatın gizliliğine girdiğinden dolayı mahkemece reddediliyorsa, yukarıda bahsedilen davada, dava dışı 3.şahıs olan babaninyargıladığı siyasi davanın iddianamesinin de boşanma davası dosyasına getirtilmesi gerekmektedir.

Zina fiili ispatlanması zor bir fiildir; sıkı şartlara bağlıdır. Boşanma davalarında zina iddiası doğru olma ihtimalinin yanında davaya delil yaratmak karşı tarafı zora sokma ya da davayı kazanma amaçlarıyla yapılma ihtimalleri de yüksektir. Zina fiiline delil olacak olguların hukuka uygun olup olmadığı ön inceleme aşamasından önce yapılmaz.

Görüşüm ve önerim kısaca şu yöndedir;

• Özellikle; boşanma davalarında ve zina sebebiyle kişilik haklarının zedelenmesine dayalı hukuk mahkemelerinde açılan tazminat davalarında hâkim, delil değerlendirmesini ön inceleme aşamasına geçmeden

41 YARGITAY 4. Hukuk Dairesi 2004/14296 E. 2005/12839 K. 29.11.2005 Tarihli Karar

ilk aşamada yapmalı ve hukuka aykırı delilerin dosyaya girmesinin engellemeli veya dilekçelerle dosyaya sunulmuş hukuka aykırı delileri derhal dosyadan çıkarmalıdır. 6100 sayılı yeni HMK madde 189 burada daha sıkı uygulanmalı, bu deliller karar aşamasına kadar dosyada bırakılmayarak hâkimin konuyla ilgili ön yargısının oluşması engellenmelidir.

- Özellikle delil değerlendirmesinde hâkimler çok hassas davranmalı ve hukuka aykırı hiçbir delile itibar etmemelidir. Pratikte hukuk davalarında ve özellikle de zinaya dayalı boşanma davalarında ahlaki yönde karar veren yargıçların önünü kesmek ve kişilerin özel hayatını ve özel hayatları korumak açısından delil değerlendirmesinde daha sıkı şartlar getirilmelidir.

- Davada zina fiilinin sübut bulunmasıyla boşanma kararı verilir ve bu karar kesinleşirse, bu karardan sonra, kişilik hakları zedelenen taraf, somut olayın şekline göre aldatan eşe ve/veya zinayı yapan dava dışı 3. şahsa karşı manevi tazminat davası açabilir. Bu yolla her boşanma davasında, karşı taraf ve 3. şahıs aleyhine manevi tazminat davası açılarak kişilerin özel hayatının ihlalinin ve kişilik haklarının zedelenmesinin önüne geçilmiş olur. Aksi halde anayasa ve uluslararası mevzuatlarda koruma altına alınan haklar tehlike altına girer bu da Türk hukuku açısından ciddi bir yara açar.

- Ne kadar sıkı şartlar ve kurallar getirilse ya da mükemmel kanunlar yapılsa yapılsın pratikte uygulanmadıktan ya da doğru uygulanmadıktan sonra çok bir anlam ifade etmez. Önemli olan uygulamadır ve son tahlilde karar verecek olan yargıçlar ve onların vicdani kanaatleridir. Yargıçların topluma ayak uydurması, çağın gerisine düşmemesi, çağdaş olması gerekir, aksi halde hukuk, toplumdan kopuk ve ihtiyaçlara cevap veremez hale gelir, kararlar adil olmaktan çıkar, devletin meşruluğu ve varlığı sorgulanır.

KISALTMALAR

A.g.e : Adı geçen eser

AY : Anayasa

AİHS : Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

BK : Borçlar Kanunu

CD : Ceza Dairesi

E. : Esas

HD : Hukuk Dairesi

K. : Karar

m. : Madde

MK : Medeni Kanun

Ör. : Örneğin

S. : Sayı

s. : Sayfa

TC : Türkiye Cumhuriyeti

TCK : Türk Ceza Kanunu

Y. : Yargıtay

H- KAYNAKÇA

Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı: 4, Güz 2009 Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar. Prof. Dr. Zeki Hafizoğulları Doç. Dr. Muharrem Özen.

ARASLI, Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi.

Araştırma görevlisi Vahdettin Aydın, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve idari birimler Fakültesi Dergisi, 1998

Fikret İLKİZ ve Barış GÜNAYDIN Küresel, İletişim Dergisi, sayı 2, Güz 2006, Kişilik Hakları - Medyada Etik ve Yargı Kararları, Anadolu Üniversitesi İletişim Bilimleri Fakültesi.

http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/AIHS_tr.pdf

<http://www.avrupakonseyi.org.tr/akih.htm>

<http://www.mfa.gov.tr/insan-haklari-ve-avrupa-konseyi.tr.mfa>

<http://www.hurriyet.com.tr/planet/23757089.asp>

http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1615.htm

Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 2.Bası, Ankara 2001.

Kazancı İçtihatBankası, Yargıtay Kararları.

Kanunlar (AY, MK, Yeni BK, HMK)

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN, Medeni Hukuk'un temel Kavramları, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2005.

Prof. Dr. Bahri Öztürk'ün sunumu (06.01.2005) undan (Çorum Cumhuriyet savcısının notları).

Sevimli, İşçinin Özel Yaşamı.

TANDOĞAN, Haluk, Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD, C. XX,

ZEVKLİLER, Aydın, Doçentlik Tezi, Medeni Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler.

Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri (Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları)*

■ Nebahat KAYAER**

GİRİŞ

Tıbbi müdahalenin hukuken geçerli olabilmesi ancak hastanın müdahalenin türü, kapsamı riskleri konusunda önceden bilgilendirilmiş serbest iradesiyle rızasının alınmış olmasıyla mümkündür. Hekimin hastasına müdahale edebilmesi için istisnai haller hariç hastadan aydınlatılmış onam¹ alması gerekir.

Günümüz tıp etiği anlayışına baktığımızda, aydınlatılmış onamın hekim hasta ilişkisinde temel oluşturan öğelerden biri olduğu görülmektedir. Hasta çoğu kez, hekimin mesleki bilgisi karşısında, hastalığı hakkında bilgisiz ve çaresizdir. Aydınlatılmış onam bir anlamda hekim ile hasta arasındaki eşitsizliği gidermeye yönelik bir çaba olarak da adlandırılabilir.

Ülkemizde "Aydınlatılmış Onam" adı altında başlı başına temel nitelikte bir kanun ya da diğer bir düzenleme bulunmamaktadır. Ay-

* Bu makale 12. 10. 2012 tarihinde İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde savunulan "Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu" isimli tezden üretilmiştir.

** Yrd. Doç. Dr., İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD Öğretim Üyesi.

1 Sağlık Bakanlığı Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmelik Taslağında *bilgilendirilmiş rıza* terimi kullanılmıştır. Mukayeseli hukuklarda bu ayrıntıya dikkat çekilmiş olup aydınlatılmış onam yerine "aydınlatmadan sonra rıza" kavramı kullanılmaktadır.

dinlatılmış onam, bazı genel ve özel nitelikli kanunlarda direk ve/veya dolaylı olarak dağınık bir biçimde düzenlenmiştir.

Bazı durumlarda hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Bu gibi durumlarda hekim, hastadan aydınlatılmış onam almadan da müdahalede bulunabilecektir. Bu durum, yapılan tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirmeyecektir.

Biz bu çalışmamızda aydınlatılmış onam kavramından bahsettikten sonra aydınlatılmış onam alınmama hallerinden bahsedeceğiz.

I-AYDINLATILMIŞ ONAM

A-Tanım

Onam, kişinin kendisi ile ilgili bir konuda başka bir kişinin tasarrufta bulunmasına izin vermesi halidir. Aydınlatma, bir sorunun ya da bir kavramın tüm içerikleriyle açıklanmasıdır.

Aydınlatılmış onam, öğretide şu şekilde tanımlanmaktadır: "*Resmi ehliyetli kişilerden hekimin, hastasına, gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, içeriği, yan etkileri ve rizikolarının yanı sıra; böyle bir müdahale gerçekleştirilmediği takdirde ortaya çıkması muhtemel olumsuz bir takım sonuçları anlatarak, onu, tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek duruma getirecek bilgilerle donatmasıdır*".²

Aydınlatılmış onam, tıbbi müdahaleye ilişkin verilen bilgilerle hastayı, yapılacak tıbbi müdahaleye serbestçe karar verebilecek hale getirmektir. Kısaca, aydınlatılmış onam, hastanın neye izin verdiğinden haberdar olması anlamına gelmektedir. Aydınlatılmış onam, hekimin hastaya yapılacak tıbbi müdahale konusundaki tıbbi bilgilerini aktarması anlamına gelmemektedir. Hekim, hastasına tıbbi müdahale ile ilgili olarak hastanın yaşamını, sağlığını ilgilendiren, müdahalenin içeriği,

2 Özsunay, Alman, s. 32; Çilingiroğlu, s. 59; Ayan, s. 71; Boran, Aydınlatılmış, s. 85; Gökçen, Ahmet. "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", Milenyum Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, Cilt: 8, Sayı: 1-2, s. 69; Salih Şahiniz, "Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlar arası Organ Nakli", Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 736; Ersöz, Kürşat. "Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Mayıs 2010, Yıl: 5, Sayı: 45ss. 110-111.

sonuçları, yapılması ve yapılmaması halinde neler olabileceği hakkında bilgilendirmesinden ibarettir. Aydınlatılmış onam, hastaya yapılacak olan müdahale için geliştirilmiş bir araç olup "(önceden) geleceği belirleyen onam" olarak da adlandırılabilir.

B-Türk Hukukunda Aydınlatılmış Onam

Aydınlatılmış onamın, diğer bir deyişle hekimin aydınlatma yükümlülüğünün hukuki dayanağını 1982 Anayasası'nın 17/2. maddesi oluşturmaktadır. Söz konusu madde, "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz...*" şeklindedir.

Aydınlatılmış onamın dayanağını oluşturan diğer bir düzenleme, Türk Medeni Kanunu'dur. Kanunun 23. maddesinde kişisel özgürlüklerden vazgeçilemeyeceği, 24. maddesinde kişilik hakkına ve kişiliği oluşturan varlıklara karşı hukuka aykırı müdahalede bulunanlara karşı hangi yaptırımların uygulanacağı düzenlenmiştir. Tüm düzenlemeler çerçevesinde kişinin vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale onun yararına bile olsa kural olarak hukuka aykırıdır. Ancak hastanın tıbbi müdahaleye rızası varsa hukuka aykırılık ortadan kalkacaktır.³ Yine TMK'nın 2. maddesi dürüstlük ilkesini düzenlemektedir. Hekimin hastayı aydınlatması hekim için bir ödev, hasta için bir hak olarak kabul edildiğinde aydınlatılmış onamın maddede belirtilen dürüstlük kuralları çerçevesinde yerine getirilmesi gerekmektedir. Tıbbi müdahaleye rıza konusunda Türk Medeni Kanunu'nda bahsi geçen maddeler dışındaki düzenlemelerden yeri geldikçe ilgili konu başlıkları altında değinilecektir.

BK'nın 505 ve 508. maddelerinden dolayı olarak çıkarabilen hasta hekim arasındaki vekâlet sözleşmesi ilişkisi hekimin aydınlatma görevinin göstergesidir. Söz konusu maddeler, vekilin müvekkilin talimatı konusunda hareket etmesini ve vekilin müvekkiline hesap verme borcunu düzenlemektedir.

Aydınlatılmış onam, "ilgilinin rızası" adı altında TCK'nın 26/2. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde, "*Kişinin üzerinde mut-*

3 Akipek, Jale ve Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Beta Yayınevi, Ankara 2004. s. 380 ve 385; Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, Cilt: 52, Sayı: 3, s. 61.

lak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez." şeklindedir. Kişi, vücut bütünlüğü ile ilgili hakları üzerinde sınırsız bir hakka sahip değildir. Dolayısıyla hiç kimse sağlığına zarar verecek fiillere rıza göstermeye yetkili değildir. Örneğin, on hafta üzerindeki gebeliklerde çocuğun düşürülmesi konusunda kadının rızası hukuka aykırı olacaktır.

Aydınlatılmış onama genel nitelikli kanunlar dışında bazı özel nitelikli düzenlemeler içerisinde de yer verilmiştir. Bunlardan ilki 1219 sayılı kanunun 70. maddesidir. Burada açıkça tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının alınması gerektiği belirtilmiştir. Aydınlatılmış onam ile ilgili diğer özel nitelikli düzenleme Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14/2. maddesidir. Madde metni "*Tabip ve dış tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.*" şeklindedir.

Aydınlatılmış onamdan bahseden özel nitelikli kanunlardan bir diğeri 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'dur.⁴ Kanun, özellikle rızanın koşullarını açık biçimde düzenlemiştir. Yine 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun⁵ ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nde⁶ konuyla ilgili detaylı düzenlemelere yer verilmektedir.

4 **MADDE 6** "*On sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur.*"

5 **MADDE 6** "*5'inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. 4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir. Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir.*"

C-Aydınlatılmış Onamın İşlev ve Önemi

Modern tıbbın teknik olanakları sayesinde insan yaşamı uzamış durumdadır. Söz konusu teknik olanaklar, birçok tanı yöntemi ile tedavi alternatifi sunarken çok çeşitli olumsuz etkileri de beraberinde getirmiştir. Hal böyle olunca hekim neyin "iyi" olduğuna tek başına karar vermemelidir.⁷ Hekim hasta ile görüşüp onun da düşüncelerini aldıktan sonra tıbbi müdahaleye karar verip uygulamalıdır. Bu şekilde davranmanın temelinde hastanın hastalığı ile ilgili geleceğini kendisinin belirlemesi (hasta özerkliği) yatmaktadır. Kişinin kendi geleceğini tayin edebilmesi, içerisinde bulunduğu durumu bilmesi, yapılacak müdahalenin etkilerini ve sonuçlarını öğrenmesi ve bunun sonucunda tedaviyi uygun bulması, buna razı olması ya da tedaviyi sonlandırması kavramlarını içermektedir.⁸ Bu noktada özerklik kavramının ne olduğunda bahsetmek yerinde olacaktır. Özerk, eski Yunancada "kendi kendine" (autos) ile "kural" (nomos) sözcüklerinin birleşmesinden meydana gelmiştir. Sözlük anlamı muhtar, otonom olan özerk, akli iradesi tam ve yerinde olan istediği gibi hareket edebilen anlamına gelmektedir. Özerklik, muhtariyet ve otonomi anlamındadır. Özerklik kavramı, tıbbi müdahaleler açısından hekim hasta ilişkisinin tek belirleyicisinin hekim olmadığını göstermesi bakımından büyük öneme sahiptir. Özerk birey, kendi inanç, değer, yaşam hedefleri, koşulları doğrultusunda

-
- 6 **MADDE 24** "Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu'nun 272 nci ve 431 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır. Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz. Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir. Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır."
- 7 Bockenheimer-Lucius, Gisela. "Onam Verme Yetisi Olmayan Hasta: Geleceği Belirleyen Onama Ait Etik Sorunlar", Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Sempozyum Kitabı, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul 2005, s. 30.
- 8 Köksal Bayraktar, "Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 97.

hiçbir yönlendirme ve baskıya maruz kalmadan seçim yapabilir. İşte, hastanın özerk birey olarak yapacağı seçime, seçim sonucu vereceği karara ve vardığı kararın uygulanmasına saygı gösterilmesi özerkliğe saygı ilkesi olarak adlandırılır.⁹ Herkesin başkasının özerkliğine saygı göstermesi, anayasa hukukunun emri olmanın yanında ceza hukukuna ilişkin bireysel hakların korunmasının bazını oluşturmaktadır.¹⁰ Tıbbi müdahalelerde rızanın (aydınlatılmış onamın) alınması, hastanın özerkliğine saygı¹¹ anlamına gelen ve kendi vücut bütünlüğüne, yaşamını etkileyecek durumlarda kişisel ve hakkı üzerinde karar verme hakkından doğmaktadır.¹² Kişisel özgürlük ve bizzat tercihte bulunma hakkı olarak vurgulanan özerklikle objektif değer arasındaki ilişki, yalnızca özerkliği korunmaya layık olarak değerlendirilecek biçimde anlaşılmalıdır. "*İnsan bizi kendisinin*" ifadesi, kendisi üzerinde tıpkı bir eşya gibi tasarrufta bulunabileceği anlamına gelmemektedir.¹³ Yani özerklik hakkı, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü hakları ile sınırlandırılmaktadır. Örneğin, aktif ötenazinin yasak oluşu, özerkliğin yaşam hakkı ile sınırlandırılmasının bir sonucudur.

-
- 9 Kök, Ahmet Nezihe. "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza", Kamu Hukuku Arşivi-Kasım 2005, Cilt: VIII, Sayı: 2, s. 121.
- 10 Brigitte Tag, "Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik" (Çev. Yener Ünver), 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 196.
- 11 Özerkliğe saygı, tıp etiği kurallarından biri olup hastanın bağımsız olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu ilke gereğince hekim hastasına tüm haklarını kullanabilme olanağı verir. Böylece hasta kendi başına düşünüp değerlendirme yapıp kendisiyle ilgili karar verip eylemde bulunabilecektir. Hekim ve hastane yönetimi hastanın kişilik değerlerine ve bağımsızlığına saygı göstererek buna olanak sağlamalıdır. Özerkliğe saygı ilkesi, aydınlatılmış onamın ortaya çıkmasını sağlamıştır (Köksal Bayraktar, "Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 26).
- 12 Boran, Bedia. "Aydınlatılmış Rıza", Ankara Barosu- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 85; Özsunay, Ergun. "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Ceza Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, 12/13 Mart. 1982, İstanbul 1983 s. 32; Cengiz Kaya, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Adalet Dergisi, Eylül 2008, Yıl: 100, Sayı: 32, s. 93; 32Çakmut, (Yener) Özlem. "Tıpta Aydınlatma ve Rıza", Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007, s. 1 vd. s. 9.
- 13 Tag, s. 196.

İnsanın doğuştan sahip olduğu bu özerklik, özellikle tıbbi müdahaleler konusunda hekim kadar bilgisi olmayan hasta için bir güvencedir. Böylece hastanın yeterli bilgisi olmasa ve bu bilgiyi kullanamasa dahi hekim tarafından hastanın geleceğini belirleme hakkına saygı duyulacak ve hasta hekimin uygun olmayan paternalist davranışından korunacaktır. Böylelikle aydınlatılmış onam hastanın özerkliğini korumanın yanında sağlık çalışanlarının baskıcı ve hileli tutumlardan kaçınmalarını sağlayacaktır. Bu özerkliğin yaşama geçirilebilmesi için hastanın müdahale öncesi yeterli bir şekilde aydınlatılması gereklidir. Böyle bir durumda karşımıza hukuki açıdan iki menfaatin çatışması çıkar. Bir yanda hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı diğer yanda hekimin hastasını tedavi etme yükümlülüğü ve onu müdahaleye dâhil etme çabası.¹⁴ Aydınlatılmış onam, burada her menfaat arasında dengeyi sağlama işlevi görmektedir.

Aydınlatılmış onam, hekim ve hasta arasında gerek hukuki gerekse etik açıdan güven kurulmasında büyük rol oynamaktadır. Aydınlatılmış onam sayesinde hastaya müdahale hakkında serbestçe karar verme olanağı dolayısıyla, geleceğini belirleme hakkı sağlanacak, müdahaleye ilişkin bilgiler aktarılmış olacaktır. Hekim de hasta özerkliğine saygı duyacak ve hukuka aykırı müdahalede bulunmamış olacaktır. Müdahale konusunda bilgilendirilen hasta, ne için rıza gösterdiğini bu sayede açıkça beyan etmiş olacaktır. Hasta kendi geleceğini kendi belirlediği için karar verme sürecinde hekim vicdanen rahatlamış olacaktır. Bu nedenle hekim, hastaya tıbbi müdahale konusunda bilgi vermeli ancak onu hiçbir zaman belli bir davranışta bulunmaya yöneltmemelidir. Müdahaleyi kabul ya da reddetmek hekimin yükümlülüğünde değildir.¹⁵

Hastalığı hakkında yapılan müdahaleye ilişkin olarak yeterince bilgilendirilmeden ve hasta tarafından müdahaleyle ilgili yarar-zarar karşılaştırılması yapılmadan alınan onam serbest iradeyle verilen bir onam sayılmaz. Bu bağlamda, aydınlatılmış onam, serbest iradenin bir göstergesi olarak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan en önemli öğedir.

14 Ozanoğlu, s. 64.

15 Kök, s. 121.

Çağdaş hukuk sistemlerinde, kişiye kendi geleceğini belirleme hakkı tanınmaktadır. Hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi kendi geleceğini serbestçe belirleyebilme hakkından kaynaklanmaktadır.¹⁶ Hastanın yeterince aydınlatıldıktan sonra serbestçe iradesini açıklaması kendi geleceği ile ilgili karar verebilme hakkının sağlanması açısından önemlidir. Hasta kendi vücudu üzerinde gerçekleştirilecek müdahaleye bilgi sahibi olduktan sonra uygun bir karar verebilme olanağına sahip olur.¹⁷

D-Aydınlatılmış Onamın Konusu

Aydınlatılmış onamın konusu, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Genel Olarak Bilgi İsteme" başlıklı 15. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: *"Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir"*.

Öncelikle, rızanın geçerliliği açısından her tıbbi olaya uygulanacak genel bir şablon bulunmamaktadır.¹⁸ Genel olarak, aydınlatılmış onamın konusu; uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin şekli, rizikoları, sonuçları, tarzı ve türüdür. Onamın konusu, olası komplikasyonları, kalıcı hasarları ve ölüm ihtimalini de içermelidir. Yine ameliyat gibi yüksek risk içeren tıbbi müdahalelerde genel risklerin yanında, yapılacak ameliyatın özelliğine göre diğer önemli riskler de hastaya anlatılmalıdır.¹⁹ Buna karşılık her müdahalede görülebilecek hafif geçici zarar ve gerçekleşme ihtimali son derece az olan tehlikelerin bildirilmesi zorunlu değildir. Bununla beraber gerçekleşmesine imkân olmayan literatürde tanımlanmamış rastlanmamış tehlikeler konusunda da hastanın aydınlatılmasının gereği yoktur.²⁰

16 Kaya, s. 96.

17 Sert, Gürkan. Hasta Hakları, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, Babil Yayınları, Erzurum 2004. s. 216.

18 Yener Ünver, "Türk Tıp Hukukunda Rıza", 2. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 238.

19 Ayan, Mehmet. Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991. s. 74; Bayraktar, Bilme Hakkı, s. 98.

20 Ayan, s. 74.

Değişik tedavi yöntemleri, tedavi süreci içerisinde meydana gelen değişiklikler hastaya bildirilmelidir. Yine tedavi ve tıbbi müdahale seçenekleri, hastaya anlatılmalı, hasta özgür iradesiyle tercih yapabilecek şekilde bilgilendirilmelidir. Hekim, hastanın seçtiği tedavi şeklini dikkate almayarak kendi belirlediği tedaviyi uygulayamaz. Bunun temelini kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı oluşturmaktadır.²¹ Sonuç olarak, aydınlatılmış onamda hareket noktası, tıbbi müdahaleye rızayı hukuken geçerli hale getirebilmek için hastanın hangi konularda, ne derecede aydınlatılması gerektiğidir. Aydınlatma ölçüsü, hastanın yapılacak tıbbi müdahaleye serbestçe karar verebilmesini sağlayacak ve hasta bakımından önemli olan faktörler dikkate alınarak, hastanın kararının oluşmasına temel oluşturan tüm bilgileri içerecek şekilde olmalıdır. Hasta aydınlatıldıktan sonra hastalığının ne olduğunu ve bunlara karşı nelerin yapılabileceğini tam anlamıyla kavramış olmalıdır.²²

II-AYDINLATILMIŞ ONAM ALINMAMA HALLERİ

A-Zorunluluk Durumları

Hekimin tıbbi zorunluluk durumlarında aydınlatma yükümlülüğü yoktur. Tıbbi zorunluluk halinin ne olduğu, kapsamının ve sınırlarının tespit edilmesi önemlidir. Gecikmeksizin tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde hastanın ölmesi ya da sağlık yönünden ağır bir zarara uğraması söz konusu ise tıbbi zorunluluk hali vardır. Bu tür durumlarda hekimin tıbbi müdahalede bulunması, hastanın rızasını beyan edeceği anın beklemesi telafisi güç zararların ortaya çıkmasına, hatta hastanın ölmesine yol açacağından tıbbi zorunluluk olarak kabul edilir.

Trafik kazasında bilincini yitirmiş kanamalı bir hastaya müdahale eden bir hekimin aydınlatılmış onam almasına olanak yoktur. Bu gibi durumlarda çoğu kez hasta yakınının ya da kanuni temsilcisinin rızasını da alabilmek mümkün değildir. Hekim böyle bir durumda kaza geçiren kişinin bedensel menfaatlerinin yöneticisi durumundadır. Bu sıfatıyla tıbbi müdahale kararını verir ve uygular.²³ İnsan Hakları ve

21 Kaya, s. 96. Bu durumun istisnası Türk Medeni Kanunu 24/2. maddesidir. '*...daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar bulunması durumlarında, kişinin rızası bulunmasa da, kişilik haklarına müdahaleye izin vermiştir.*'

22 Ozanoğlu, s. 65.

23 Özsunay, s. 43; Çakmut, s. 16.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesine göre, "*Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınmadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbî müdahale derhal yapılabilir*". Ancak bazen zorunluluk durumlarında dahi hastanın iradesine saygı gösterilmeli ve müdahalede bulunulmamalıdır. Örneğin, Yehova Şahitleri Mezhebi'ne mensup kişilere kan transfüzyonu yapılmamalıdır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesinde konuya ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, "*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınmalıdır.*"

Bilinçsiz bir hastanın hekim karşısında bulunması hali, zorunluluk durumudur. Böyle durumlarda hastanın olası iradesi göz önüne alınarak tıbbi müdahalede bulunulabilir.²⁴ Hastanın kaza veya tıbbi müdahale nedeniyle günlerce bilinçsiz kalması halinde kanuni temsilcisi yoksa hastaya kayyım tayin edilmesi gerekir.²⁵ Yine acil müdahalelerde, yani müdahalenin yaşamsal ivedilik taşıdığı hallerde aydınlatma ihmal edilebilir.²⁶ Olaydaki acil müdahale durumu, aydınlatma için vakit kaybedildiği takdirde hemen meydana gelebilecek bir tehlike yani hastasının ölmesi ya da ağır bir zarara uğrama ihtimali varsa acil durum olarak kabul edilebilir. Hekim her somut olayda hastanın acil müdahaleye ihtiyacı olup olmadığını değerlendirecektir.²⁷

B-Kamu Sağlığının Korunması (Üstün Kamu Yararı)

Kişinin rızası olmaksızın yapılan bir tıbbi müdahalede üstün kamu yararı varsa müdahale hukuka uygundur. Başka bir anlatımla, kamu sağlığını korumak için rıza gösterilmemesine rağmen elverdiği ölçüde kişiye tıbbi müdahalede bulunulabilir.²⁸ Burada hukuka uygunluk,

24 Özsunay, s. 43; Ayan, s. 79; Çeker, Mustafa. "Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu", <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/t%C4%B1bbim%C3%BCdahaleler.rtf>, (erişim tarihi: 08.01.2009). s. 7; Kaya, s. 101; Şahiniz, Salih. "Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlar arası Organ Nakli", Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 26 vd s. 743; Boran, s. 95; Deryal, Yahya. "Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 101 vd. s. 141.

25 Ayan, s. 79.

26 Şahiniz, s. 743.

27 Kaya, s. 101.

28 Özgenç, İzzet. "Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk", Hüseyin Ülgen'e Armağan, Yıl: 2007, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 2175 vd., s. 2178.

kanunun verdiği bir yetkinin kullanılmasıdır. Bu gibi durumlarda kişilik hakkına tecavüz edildiği düşünülmez ve müdahaleye maruz kalan kişinin rızasına ihtiyaç yoktur.²⁹ Bazı kanunlarda bu tip düzenlemeler mevcuttur. Türk Medeni Kanunu'nun 24/2. maddesinde "*Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*" şeklinde açık düzenleme mevcuttur. Bu durumlara bulaşıcı hastalıkla mücadelede kamu sağlığının korunmasına yönelik kişilere aşı yapılması ve karantinaya alınması örnek verilebilir.

C-Hastanın İstememesi

Aydınlatılmış onamdan vazgeçmenin diğer bir hali, hastanın subjektif durumundan kaynaklanabilir. Hasta serbest iradesiyle onamdan feragat edebilir. Bu, hastanın kendisi hakkında karar verme hakkına dayanır. Hasta aydınlatılma hakkından vazgeçebilir.³⁰

Böyle bir durumda hasta serbest iradesini açıkça ortaya koymalıdır. Zorla ya da hile ile olan vazgeçme hukuka uygun olmayacaktır.³¹ Vazgeçmenin haklı ve inandırıcı nedenleri bulunmalıdır. Vazgeçme kuşku ya yer vermeyecek biçimde olmalıdır.³² Duraksamaya yer vermeyecek şekilde olmalıdır. Hastanın ifadesinden her şeyi, hekime bırakmış olduğu açıkça anlaşılmalıdır.³³ Hasta için önem taşıyan durumlarda feragat, kabul edilemeyeceği gibi geri dönülmez sonuçlar taşıyan tıbbi müdahalelerde, yeni müdahaleye ilişkin feragat kabul edilemez. Kanıtlama kolaylığı açısından, feragati yazılı olarak alma veya tanıklarla belirleme yararlı olacaktır.³⁴

29 Şahiniz, s. 743; Çeker, s. 6.

30 Özsunay, 44; Çakmut, s. 15; Yenisey, Feridun. "Tedavi Açısından İlgilinin Rızası", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 873; Boran, s. 100; Deryal, Özel, s. 141; Ünver, s. 241.

31 Özsunay, s. 44; Boran, s. 100.

32 Boran, s. 100.

33 Özsunay, s. 44.

34 Aşçıoğlu, Çetin. Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993. s. 35; Ayan, s. 79.

D-Hastanın Hastalığı Hakkında Bilgisinin Bulunması ya da Daha Önceden Aydınlatılmış Olması

Hasta, hekim ya da sağlık çalışanıysa ve hastanın hastalığı hakkında yeterince bilgisi bulunduğu anlaşılıyorsa hekim, hastayı aydınlatmakla yükümlü değildir.³⁵ Örneğin, 20 yıldır tıp alanında çalışan bir hemşirenin beyin ameliyatı hakkında bilgisinin olmamasının ihtimali yoktur. Yargıtay, konuyla ilgili olarak şu kararı vermiştir³⁶: "...davacı ve eşinin sosyal düzeyi itibarıyla bu ameliyatın ağır ve önemli bir ameliyat olduğunu bilmemelerine imkan yoktur. Davacı buna rağmen ameliyat masasına yatmıştır."

Hastanın daha önceden daha başka bir hekim tarafından iyice aydınlatılmış olduğu hallerde kural olarak, onama gerek yoktur. Ancak hastanın birden fazla aydınlatılması gereken hallerde aydınlatma yükümlülüğü devam etmektedir.³⁷ Bundan başka, somut olayda gerçekleşebilecek özel durumlarda aydınlatılmış onama ihtiyaç vardır.³⁸ Yine hasta aynı ameliyatı birkaç defa geçirmişse aydınlatılmış onama ihtiyaç yoktur. Ancak somut olay bakımından yeniden aydınlatıp gerekip gerekmediği araştırılmalıdır.³⁹ Herkesin bilebileceği bir risk söz konusu ise hastanın aydınlatılmasına ihtiyaç yoktur. Hastanın bu tür riskleri bildiği kabul edilir. Örneğin, açık bir yaranın mikrop kapabileceği gibi.⁴⁰ Bahsedilen tüm bu durumlar, mutlaka yazılı belge ve tanıkla ispat edilmelidir. 1998 tarihli YSS kararında, tetanos aşısı olmayı reddeden hastanın ölümünde, durumu kayıt altına alan hekimin kusurlu olmadığına karar verilmiştir.

35 Özsunay, s. 45; Ayan, s. 79; Boran, s. 102; Ersöz, s. 115; Deryal, Özel, s. 141; Karşı görüş için bkz. Ünver, s. 241.

36 Y.4.HD., E. 1964/6458, K. 1964/4925. (Sair Erman, "Mesleki İhmalen Doğan Cezai Sorumluluk", (Çev., Süheyl Donay), İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, s. 148).

37 Özsunay, s. 45; Çakmut, s. 16.

38 Aşçıoğlu, s. 34; Boran, s. 102.

39 Ayan, s. 79; Özellikle yeni bir durumun saptanması halinde aydınlatma zorunludur (Ünver, s. 241).

40 Yenisey, s. 873.

E-Aydınlatılmış Onamın Hasta İçin Önemini Kaybetmiş Olması (Tıbbi ve İnsani Nedenlerle Aydınlatılmış Onamın Alınmaması)

Bu duruma örnek olarak, ölmek üzere olan bir hastanın ağrısını dindirmek amacıyla yapılan tıbbi müdahaleleri verebiliriz. Burada hasta, terminal dönemde olduğu için karar veremeyeceği bir durumu hastaya zorla kabul ettirmek anlamsızdır.⁴¹ Zira bu tür hastalar karar verme yeteneğinden yoksun olduğundan gerçeğin anlatılması bir anlam taşımamaktadır.⁴² Yine aydınlatılmış onam alınması durumunda, korku ve panik halinde bir başkasına zarar verme olasılığı bulunan özellikle psikiyatrik hastalardan aydınlatılmış onam alma zorunluluğu yoktur.

F-Tıbbi Müdahaledeki Tehlike Olasılığının Ender Olarak Gerçekleşmesi

Tıbbi müdahaledeki tehlike olasılığının ender olarak gerçekleşmesi, tehlikenin aynı duruma anlayışlı, akli başında bir hastanın vereceği karara etkili olmaması (objektifleştirme) ve tehlikenin normal ve önemsiz bulunması halidir.⁴³ Bu gibi durumlarda tıbbi müdahaleden doğan bazı risk ve tehlikeler için onam alınmasına gerek yoktur. Bunlardan ilki zarar veya tehlikenin meydana gelme riski genellikle rastlanılan türden değilse veya uzak bir risk ise hekimin hastasını aydınlatmasına gerek yoktur.⁴⁴ Ancak ağır hayati tehlike doğurabilecek nitelikteki uzak riskler ve komplikasyonlar tıp literatüründe bahsediliyorsa gerçekleşme oranı⁴⁵ göz önünde bulundurulmadan hastanın bu konuda bilgilendirilmesi zorunludur.⁴⁶ Yine makul bir hastanın önemli olarak kabul edebileceği uzak riskler hastaya anlatılmalıdır. Yine tehlikenin yapılacak tıbbi müdahalede ender olarak ortaya çıkması (tıp bilimine yapılan müdahale açısından tanınmamış, öngörülmemiş tehlikelerin var

41 Ayan, s. 81; Özsunay, s. 45; Çelen, Ömer. "Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2007, Cilt: II, Sayı: 3-4, s. 64.

42 Özsunay, s. 45; Öztürkler, Cemal. Hukuk Uygulamasında Teşhis ve Tedavi Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.s. 77.

43 Aşçıoğlu, s. 34.

44 Yenisey, s. 873.

45 Alman Hukukunda % 3 lük gerçekleşme olasılığı bulunan tehlikelerin hastaya açıklanması gerekirken yüksek bir rizikonun bulunmadığı durumlarda %1 gibi olasılıkların açıklanmasına gerek yoktur (Aşçıoğlu, s. 30).

46 Boran, s. 101, Yenisey, s. 873.

olması) veya somut olaydaki hasta açısından ortaya çıkma olasılığının az olması durumunda onam alınmasına gerek yoktur.

Ancak ağır hayati tehlike doğurabilecek nitelikteki riskler komplikasyonlar tıp literatüründe bahsediliyorsa gerçekleşme oranı göz önünde bulundurulmadan hastanın bu konuda bilgilendirilmesi zorunludur.⁴⁷

G-Aydınlatılmış Onamın Terapötik İstisnaları (Hekimin Terapötik Nedenlerle Susması)

Hekimin hastanın genel durumunun aydınlatma ile sarsılacağı yönünde bir karar alması durumunda hastayı aydınlatma yükümlülüğü yoktur.⁴⁸ Burada hekime geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Bazen hekim terapötik (iyileştirme) nedeniyle hastayı aydınlatmayabilir. Böyle durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün hangi durumlarda ve ne ölçüde yerine getirilmeyeceği tartışma konusudur.⁴⁹ Aydınlatma yükümlülüğünün terapötik sebeplerle ortadan kalkması, bir taraftan hastanın geleceğini belirlemek ile hekimin tedavi yükümlülüğü diğer taraftan ise hekimin doğru söyleme yükümlülüğü ile meşru yalan hakkı arasındaki çatışmadan doğar. Bu çatışma "*hastanın sağlığı (iradesi) en yüksek kânundur*" prensibiyle giderilebilir.⁵⁰

Aydınlatılmış onamın terapötik istisnasının uygulanmasında sınırlı davranılmalıdır. Hekimden, tam yapılan aydınlatmanın doğurabileceği tıbbi zarar ile hastanın tam olarak aydınlatılma hakkı arasındaki dengeyi kurması beklenir.⁵¹ Hekim, hastasının psikolojik yönden çokmemesi için susabilmektedir. Genel olarak kanser, AIDS gibi hastalıkların açıklanması hastalarda derin üzüntüye, çöküntüye yol açtığı için hekim

47 Boran, s. 101.

48 Yenisey, s. 873; Ersöz, s. 116; Köprülü, Ömer. "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", İstanbul Barosu Dergisi, 1984, Cilt: 58, Sayı: 10-11-12, s. 594; Deryal, Özel, s. 140.

49 Özellikle Almanya'da mahkemeler bu konuda katı bir tutum sergilemekte yalnızca hastanın sağlığının ve yaşamının tehdit altında olduğu hallerde aydınlatmadan vazgeçilebileceği belirtilmiştir. Hastanın psikolojik olarak bunalıma girmesi aydınlatmanın yapılmaması için bir sebep olarak görülmemiştir. Mahkemeler bu yönüyle uygulamada eleştirilmektedir (Özsunay, s. 46).

50 Öztürkler, s. 75.

51 Yenisey, s. 874.

burada hastasını aydınlatmaktan vazgeçebilir. Burada hastasına tanı ve tedavi konusunda bilgi vermemektedir. Gerçekten hastalığın açıklanması hastanın sağlığını ve yaşamını ağır ve önemli bir tehlikeye düşürecekse hekimin bu konuda susma ve hatta gerçek dışı belgelerle hastayı tehlikeli bir durumu olmadığına inandırma hakkı olduğu kabul edilmektedir. Buradaki ciddi tehlikeler, hastanın intihar etme ya da kalp krizi geçirme olasılığı gibi tehlikelerdir. Hastanın moralinin bozulması, huzursuz olması gibi ciddi olmayan durumlarda ağır ve önemli tehlikenin varlığı yoktur. Hastada oluşabilecek tehlikeli psikolojik hal, psikolojik tanı yöntemleriyle belirlenmelidir.⁵² Burada hastalara insani nedenlerle gerçek belgeler yerine düzmece belgeler gösterilebilir. Örneğin, kanser tanısı, birçok hasta için "ölüm fermanı" niteliği taşıdığından bu yola gidilmesi hukuki açıdan bir zorunluluk hali teşkil edecek ve hekim hastayı aydınlatmadığı için sorumlu olmayacaktır. Böyle alınabilecek bir kararın, ancak konulan tanının hastanın yaşama şevkini tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olması durumunda zorunluluk hali oluşturacağı hatırlatılmalıdır.⁵³

Bu gibi durumlarda ortaya çıkabilecek diğer bir husus, hastaya hastalığına ilişkin tıbbi kayıtları ve belgeleri inceleme hakkının tanınmamasıdır. Burada hekime terapötik bir ayrıcalık tanınmalıdır. Hekimin gerçekdışı belgelerle hastayı hasta olmadığına inandırma hakkının varlığı kabul edilmelidir. Bu gibi durumlarda hasta ya hiç aydınlatılmaz ya da sınırlı biçimde aydınlatılır. Bu durum, hasta dosyasına kaydedilmelidir. Hasta yakınlarının aydınlatılması gereklidir. Öğretide bu gibi hallerde hastanın gerçek bilgilerini içeren dosyasını inceleme hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir. Hekimin tıbbi müdahale hakkında verdiği bilgiler hastada aşırı derecede korku, endişe ve paniğe yol açabilir. Bu durum, hastalığın tedavi başarısını büyük ölçüde tehlikeye sokar ve hastanın aydınlatılmış onam vermemesine yol açabilir.

52 Burada klasikleşmiş bir örnek olan "Storm Olayı"ndan bahsetmek gerekir. Kendisine kanser olduğu açıklanan ünlü Alman yazar Storm büyük bir çöküntüye uğramıştır. Ona yardımcı olmak amacıyla kardeşi özel olarak oluşturduğu doktor kurulundan "ilk tanının hatalı olduğu ve hastalığın bir mide rahatsızlığı olduğunu" açıklayan düzmece bir rapor almıştır. Böylece yazar yaşama yeniden bağlanmış, çalışmalarını sürdürmüş ve 1886-1888 yılları arasında "Kır Atlı" eserini tamamlamıştır (Aşçıoğlu, s. 35; Ayan, s. 81; Boran, s. 101).

53 Boran, , s. 101; Çakmut, s. 16; Deryal, Özel, s. 140.

Bu gibi durumlarda psiko terapi yöntemleriyle hastadan rıza alınması sağlanmalıdır. Hekime gerekirse, müdahalenin zorunlu olduğu hallerde takdir yetkisi tanınmalıdır. Hekim böyle durumlarda aydınlatmadan vazgeçmeli ve susmalıdır.⁵⁴ Böyle durumlarda iki menfaat, "hastanın kendisi hakkında karar verme hakkı" ile "hastanın yaşamını koruma hakkı" çatışmaktadır. Hastayı aydınlatmayıp suskun kalmakla hastanın geleceğini belirleme hakkı ihlal edilmekle beraber, yaşamsal önem taşıyan ivedi hallerde tıbbi müdahaleye onam alabilmek için hekime susma hakkı tanınmalıdır.⁵⁵ Bizce de yapılacak müdahale nedeniyle aşırı korkuya kapılan bir hastanın yaşamı, aydınlatılmış onamdan dolayısıyla hasta özerkliğinden çok daha önemlidir.

Bazen hastanın aydınlatılması, üçüncü kişiler bakımından tehlike oluşturmaktadır. Bu gibi durumlarda hekim hastadan aydınlatılmış onam almaktan vazgeçebilir. Bu durum psikiyatri hastaları için geçerlidir. Böyle hastaların tanı konusunda aydınlatıldıktan sonra yakın çevresine saldırıda bulunabileceği, zarar verebileceği tehlikesi olduğundan hekim susmalıdır.⁵⁶

Son olarak, "algılama yeteneğindeki bozukluk" nedeniyle yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermeyen hastadan psiko terapi ile rıza alınmaya çalışılmalıdır. Aydınlatma sonucu hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermeyeceğinin anlaşıldığı hallerde hekim aydınlatmadan vazgeçmelidir.⁵⁷

H-Kanuni Temsilcinin Kötü Niyetle Tıbbi Müdahaleye İzin Vermemesi

Hasta küçük ise veli veya vasisinin rızası alınarak tıbbi müdahale gerçekleştirilir (1219 sayılı kanun md. 70). Bazen kanuni temsilci kötü niyetle tıbbi müdahaleye rıza göstermeyebilir. Böyle durumlarda yetkili ve görevli mahkemeden hasta için kayyım atanması istenir. Gecikmesinde sakınca bulunan ivedi tıbbi müdahale hallerinde rıza aranmaz tıbbi müdahale gerçekleştirilir. Burada hekimin küçüğün kanuni temsilcisine olan aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkar.⁵⁸ Yine acil yaşamsal

54 Öztürkler, s. 76; Özsunay, s. 47; Aşçıoğlu, s. 35.

55 Özsunay, Alman, s. 48.

56 Ayan, s. 81; Özsunay, s. 47; Aşçıoğlu, s. 35.

57 Özsunay, s. 48.

58 Özsunay, s. 45; Ünver, s. 251.

tehlikenin olduğu ve veli ya da vasiden rıza alınmadığı durumlarda hekim gecikmeksizin ilgili yetkili savcıdan gerekli izni almalıdır.⁵⁹

İ-Hastanın Varsayımsal Rızası

Hastanın acil bir şekilde tedavi edilmesi gereken hallerde rızanın var olduğu kabul edilir. Örneğin, hastanın ağır yaralı olması nedeniyle rızasını açıklayamadığı haller veya ağır bir tehlikenin varlığı karşısında zararın önlenmesi amacıyla müdahalede bulunmanın zorunlu olduğu durumlarda hastanın rızasının var olduğu kabul edilir. "Hastanın iradesi açık olsaydı rıza gösterecekti" denilebilen durumlarda hastanın varsayımsal rızasının olduğu kabul edilir. Böyle durumlarda hekim, tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde doğabilecek zarar riski ile tıbbi müdahalenin yapılması ile doğabilecek zarar riskini karşılaştırmalıdır. Müdahalede bulunulmadığı takdirde doğabilecek olan zarar riski fazla ise müdahalede bulunmak makul ve hukuka uygundur.⁶⁰

Hastanın özellikle hastalığın son aşamasıyla ilgili olarak bazı dilekleri varsa göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, yapay solunum cihazına bağlanmaması gibi. Hekim böyle bir durumun olup olmadığını ve tıbbi müdahalenin yapılacağı anda varsayıp sayılmayacağını araştırmakla yükümlüdür.⁶¹ Hastanın varsayımsal rızası araştırılırken, tanınmayan bir hasta için orta düzeyde makul bir kimsenin göstereceği tavır esas alınmalıdır.⁶²

Varsayımsal rızanın varlığına ilişkin bir diğer konu, günlük tedavi uygulamalarına ilişkindir. Hekimler birçok kez günlük tedavi uygu-

59 "Trafik kazası sonucu 5 yaşındaki çocuğun ayağında kangren gelişir. Ayak kesilmek zorundadır. Aksi halde, bu durum ilerleyip çocuğun ölümüne sebep olacaktır. Ancak, çocuğun anne ve babası ayağın kesilmesine izin vermezler ve çocuğu çıkarmak isterler. Bunun üzerine Tabip Odası'ni arayan hekimlere adli makamlara başvurmaları önerilir. Cumhuriyet Savcılığı'ndan durumun ciddiyetine binaen izin istenir. Savcı ise, anne ve babanın izin vermemesi sebebiyle bir şey yapamayacağımı bildirir. Neticede hasta taburcu edilir; iki gün sonra da öldüğü haberi alınır." (Öztürkler, s. 71).

60 Yenisey, s. 875; Sevik, Yokuş Handan. "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 230.

61 Özsunay, , s. 44.

62 Yahya Deryal, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hasta Rızası", <http://hnp.ktu.edu.tr/index.php?sayfa=makale.htm.>; Özsunay, s. 44.

lamalarında ve basit müdahalelerde hastalarına detaylı açıklamalarda bulunmazlar. Eğer hasta bu uygulamalara ses çıkarmıyorsa örtülü rızasının var olduğu kabul edilir.⁶³

Varsayılan rızaya ilişkin bir diğer husus, tıbbi müdahalenin yarıda kesilmesi gereken ya da yeni ortaya çıkan bir duruma müdahale etmemenin hasta açısından yaşamsal bir risk oluşturması halinde, müdahalenin kesilmemesi veya gerekli müdahalenin yapılmaması halidir. Ancak burada her ne kadar varsayılan rıza kurumuna başvurmak doğru bir gerekçeyse de böyle hallerde 3. kişi lehine zorda kalım veya izin verilen risk kurumlarından yaralanmak daha uygun olacaktır.⁶⁴

SONUÇ

- Hastanın iradesinin bulunması halinde tıbbi müdahale hukuka uygun bulunmaktadır. Burada verilen rızanın hukuken geçerli olabilmesi bazı koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Hastanın kendi yaşamı ve sağlığıyla ilgili konularda doğru ve uygun kararı verebilmesi kişinin tıbbi müdahale konusunda yeterli derecede bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Kısaca, hastanın neye izin verdiğini bilmesi gereklidir. Tıbbi müdahalenin şekli, sonucu, riskleri hakkında bilgi sahibi olmayan hastanın müdahale hakkında serbestçe karar vermesi mümkün değildir. Hastanın rızasının hukuken geçerli olabilmesi için tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın hekim tarafından aydınlatılması gereklidir. Bugün için aydınlatma konusunda genel geçer bir formül ortaya koymak olanaksız gözükmektedir. Ancak temel prensip, hastanın neye rıza verdiğini bilmesi gerektiğidir. Söz konusu aydınlatma, müdahalenin nedenini, kapsamını, risklerini, sonuçlarını, başarı şansını, masrafı, alternatiflerini, hastane ve diğer personelin durumunu içerecek şekilde hasta ile bizzat görüşülerek yapılmalıdır.
- Hekim hasta ile görüşüp onun da düşüncelerini aldıktan sonra tıbbi müdahaleye karar verip uygulamalıdır. Bu şekilde davranmanın temelinde hastanın hastalığı ile ilgili geleceğini kendisinin belirlemesi (hasta özerkliği) yatmaktadır. Bu noktada

63 Yenisey, s. 876.

64 Ünver, s. 246.

aydınlatılmış onamın işlevi önem kazanmaktadır. Tıbbi müdahalelerde rızanın (aydınlatılmış onamın) alınması, hastanın özerkliğine saygı anlamına gelen ve kendi vücut bütünlüğüne, yaşamını etkileyecek durumlarda kişisel ve hakkı üzerinde karar verme hakkından doğmaktadır.

- Rızanın geçerliliği açısından her tıbbi olaya uygulanacak genel bir şablon bulunmamaktadır. Onamın konusu, olası komplikasyonları, kalıcı hasarları ve ölüm ihtimalini de içermelidir. Yine ameliyat gibi yüksek risk içeren tıbbi müdahalelerde genel risklerin yanında, yapılacak ameliyatın özelliğine göre diğer önemli riskler de hastaya anlatılmalıdır.
- Bazı istisnai durumlarda hastadan aydınlatılmış onam almak gerekmez. Aslında hekimin bu gibi durumlarda onam alması neredeyse imkansız hale gelmiş veya önemini yitirmiş bulunmaktadır. Aydınlatılmış onamın alınmadığı bu hallerde hekim ileride ortaya çıkabilecek cezai ve hukuki problemleri gidermek adına gerekli önlemleri almalıdır. Bunun için hekim aydınlatılmış onamın alınmamasına ilişkin gerekçeleri gösteren tıbbi kayıtları tutmalı ve özenle muhafaza etmelidir.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale ve Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Beta Yayınevi, Ankara 2004.

Aşçıoğlu, Çetin. Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.

Ayan, Mehmet. Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991.

Bayraktar, Köksal. "Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 20 vd. (Tıp).

Bayraktar, Köksal. "Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 96 vd.(Bilme Hakkı).

Bockenheimer-Lucius, Gisela. "Onam Verme Yetisi Olmayan Hasta: Geleceği Belirleyen Onama Ait Etik Sorunlar", Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Sempozyum Kitabı, Nobel Tıp Kitabevi, İstanbul 2005, s. 30 vd.

Boran, Bedia. "Aydınlatılmış Rıza", Ankara Barosu- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara 2008, s. 85 vd.

Çakmut, (Yenerer) Özlem. "Tıpta Aydınlatma ve Rıza", Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007, s. 1 vd.

Çeker, Mustafa. "Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu", <http://www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/t%C4%B1bbim%C3%BCdahaleler.rtf>, (erişim tarihi: 08.01.2009).

Çelen, Ömer. "Ölüm Yardımı Açısından Hekimin Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2007, Cilt: II, Sayı: 3-4, s. 51 vd.

Deryal, Yahya. "Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 101 vd (Özel).

Deryal, Yahya. "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hasta Rızası", <http://hhp.ktu.edu.tr/index.php?sayfa=makale.htm>. (erişim tarihi:03.03.2004) (Tıbbi).

Erman, Sair. "Mesleki İhmalden Doğan Cezai Sorumluluk", (Çev., Süheyl Donay), İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 34, Sayı: 1-4, 1968, s. 589 vd.

Ersöz, Kürşat. "Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Mayıs 2010, Yıl: 5, Sayı: 45, s. 105 vd.

Gökçen, Ahmet. "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", Milenyum Armağanı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, Cilt: 8, Sayı: 1-2, s. 63 vd.

Kaya, Cengiz. "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Adalet Dergisi, Eylül 2008, Yıl: 100, Sayı: 32, s. 91 vd.

Kök, Ahmet Nezh. "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza", Kamu Hukuku Arşivi-Kasım 2005, Cilt: VIII, Sayı: 2, s.116 vd.

Köprülü, Ömer. "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", İstanbul Barosu Dergisi, 1984, Cilt: 58, Sayı: 10-11-12, s. 589 vd.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin. "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, Cilt: 52, Sayı: 3, s. 55 vd.

Özgenç, İzzet. "Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk", Hüseyin Ülgen'e Armağan, Yıl: 2007, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 2175 vd.

Özsunay, Ergun. "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, 12/13 Mart. 1982, İstanbul 1983, s. 31 vd.

Öztürkler, Cemal. Hukuk Uygulamasında Teşhis ve Tedavi Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

Sert, Gürkan. Hasta Hakları, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, Babil Yayınları, Erzurum 2004.

Sevük, Yokuş Handan. "Sağlık Hakkı Kapsamında Yapılan Müdahalelerin Türk Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluğunu Sağlayan Hükümler", Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler Sempozyumu, 17.11.2006 Marmara Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 239 vd.

Şahiniz, Salih. "Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlar Arası Organ Nakli", Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 26 vd

Tag, Brigitte. "Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik" (Çev. Yener Ünver), 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 187 vd.

Ünver, Yener. "Türk Tıp Hukukunda Rıza", 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, Yıl: 2, Cilt: III, s. 227 vd.

Yenisey, Feridun. "Tedavi Açısından İlgilinin Rızası", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008, s. 868 vd.

Kamulaştırmasız El Atma Davaları ve İlgili Yasal Düzenlemeler Üzerine Bir Değerlendirilme¹

■ M. Efe GENİT*

1) Mülkiyet Hakkı Sınırlandırılması ve Kamulaştırmasız El Atma

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan itibaren yürürlüğe giren tüm anayasalarda evrensel anlayışa uygun olarak mülkiyet hakkı, temel insan haklarından birisi olarak kabul edilmiştir.

Halen yürürlükte bulunan 1982 tarihli Anayasa'nın 35. Maddesi'nde de mülkiyet hakkına herkesin sahip olduğu belirtilmiş ve mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceği ifade edilmiştir. Mülkiyet hakkı, temel hak olarak kabul edildiğinden Anayasa'nın 13. Maddesi'ne göre mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, Anayasa'nın özüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine, laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır.

Anayasa'nın 46. Maddesi'nde de yukarıdaki esaslara uymak kaydıyla kamulaştırma yoluyla mülkiyet hakkının sınırlandırılabilceği hükme bağlanmıştır. Bu madde çerçevesinde kamu yararının gerektirdiği hallerde, devlet ve kamu tüzel kişileri; gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere uymak kaydıyla kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.

* Avukat, Manisa Barosu Üyesi

1 Yazıma olan katkılarından ötürü avukat meslektaşlarım Işıl Palabıyık'a, Ali Sami Er'e, Alper Uyar'a, Nezahat Bölge'ye, Necibe Hasgöre, Recai Kaptan'a, Anıl Güler'e teşekkür ederim.

Özetlemek gerekirse, kamu yararı olması şartıyla Anayasa'nın 46. Maddesi ve kaynağını bu maddeden alan kamulaştırma kanunları ile mevzuatta belirtilen esaslara uymak suretiyle idare özel kişilerin mülkiyet hakkını kamulaştırma yoluyla sınırlandırılabilir.

Diğer taraftan mülkiyet hakkını sınırlandıran kamulaştırmadan önceki atma eylemi, diğer bir deyişle kamu tüzel kişilerinin usulüne uygun kamulaştırma yapmadan özel mülkiyette bulunan taşınmazları kamu hizmetine tahsis etmesi, uygulamada yaygınlıkla görülmektedir. İdare tarafından mülkiyet hakkına yönelik yapılan bu müdahaleler anayasa ve yasalar tarafından izin verilen eylemler değildir.^{2,3} Bu husus, Anayasa Mahkemesi tarafından da aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir.

"Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen ve temel ögesinin "kamu yararı" olduğu kabul edilen kamulaştırma, bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının, kamu yararı için ve karşılığı ödenmek koşuluyla idarece kaldırılmasıdır. Kamulaştırmanın bir başka tanımlaması ise kamu yararı amacıyla, bir taşınmazın takdir edilen bedeli peşin verilmek üzere malikinin rızasına bakılmaksızın elinden alınmasıdır.

Anayasa'nın "kamulaştırmayı" düzenleyen 46. maddesinin birinci fıkrasında; "Devlet ve kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir" denilmektedir.

Mülkiyet hakkının içerik ve sınırlarını belirleme yetkisi yasalara bırakılmışsa da, bu konuda yasa koyucuya mutlak bir yetki de verilmiş değildir. Aksi görüşün kabulü mülkiyet hakkının Anayasa garantisine altına alınmış olmasına aykırıdır. Kamu tüzel kişilerinin her hangi bir şekilde kamulaştırma yapmadan bir taşınmaz üzerine kamu yararı amacıyla köprü, yol veya herhangi bir tesis yapmaları kamulaştırmadan el atmadır.

2 Emel Karabağ, "Kamulaştırmadan El Koyma Davaları Ve Yargıtay İçtihatları"10 Haziran 2010, s2, (Çevrimiçi) http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/rt3/Karabag_Kamulastirmasiz_El_Atma_Davolari.doc sy2, 7 Kasım 2013.

3 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu E. 1958/17 ve K. 1959/15

Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına getirilmiş anayasal bir sınırlamadır. İdare kendisine Anayasa tarafından tanınan olanak ve yetkileri yasaya uygun bir biçimde kullanmaksızın taşınmaza elatarak kamulaştırma ilkelerine aykırı davranamaz."⁴

2) Kamulaştırmaz El Atma Tanımı ve Unsurları

Yasalara uygun bir kamulaştırma işlemi yapılmaksızın, bir şahsın mülkiyetinde bulunan taşınmaz eşyanın sahiplenme kastı ile kamulaştırma yapma yetkisini haiz devlet kamu tüzel kişileri ve kamu kurumları tarafından kalıcı olarak el konulması kamulaştırmaz el atma eylemini oluşturur.⁵

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere kamulaştırmaz el atmanın iki unsuru mevcuttur.

Bunlardan birincisi, müdahalede bulunan tarafın, kamulaştırma yapma yetkisine sahip devlet kamu tüzel kişileri veya kamu kurumu olmasıdır.⁶

İkinci unsur ise, idarenin taşınmazı⁷ sahiplenmek iradesiyle taşınmaza idare tarafından sürekli el konulmuş olmasıdır.

Yargıtay'ın da ifade ettiği üzere *"bir taşınmaza kamulaştırmaz el atıldığından söz edilebilmesi için, öncelikle idarenin, o taşınmaza eylemli olarak el koyup, malikin kullanımını, yasaya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı olması şarttır.*

Eş söyleyişle idare, elkoyma eylemini, o taşınmazı sahiplenme amaç ve kastı ile yapmış olmalıdır. Elkoyma eylemi açıklanan nitelikte

4 Anayasa Mahkemesi: 2002/112 E: 2003/33K.

5 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2004/5-561K. 2004/717T. ;Karabağ , a.y, s.2-3.

6 Taner Özülkü, Cemil Temel, Uygulamada Kamulaştırmadan Doğan Davalar Kamulaştırmaz El Atma Davaları ve Geçici İşgal, Ankara, Bilge Yayıncılık, 2013, s. 363.

7 Kamulaştırmaz El Atma nedeniyle taşınmaz bedelinin tahsili davasının açılabilmesi için taşınmazın öncelikle tapuya kayıtlı olması gerekmektedir. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi E. 2003/12079 K. 2003/14371 K. Dava açılabilmesi için davacı tarafından ya taşınmaza tapu kaydı ile malik olduğu belgelenmeli ya da mahkeme kararıyla taşınmazın davacıya ait olduğu belirlenmelidir. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi E. 2011/16322 K. 2012/1480 K.

değil ve sadece geçici bir kullanım sözkonusu ise, kamulaştırmaz el koyma olgusu mevcut değildir. Bundan dolayı malikin bir zararı olmuştur bile, taşınmaz bedelinin istenilmesine hukuken olanak yoktur. Böyle bir durum, sadece ve ancak, uğranılan zararın tazminini başka hukuksal yol ve kavramlara dayalı olarak isteme olanağı verebilir.”⁸

Yukarıda en temel şekilde açıklanan kamulaştırmaz el atma eylemi değişik şekillerde de ortaya çıkabilir.⁹ Örneğin;

I. Kamu yararı kararı alınan hallerde; kamulaştırma işlemlerinin usulüne uygun tamamlanmaksızın idarenin, taşınmazlara el koyması¹⁰

II. Acele kamulaştırma kararına istinaden taşınmaza el konulmasına rağmen makul süre içerisinde kamulaştırma işlemlerinin devam ettirilmemesi¹¹

III. İdarenin usulüne uygun olarak yapmış olduğu kamulaştırma işleminde kamulaştırılan alanın sınırlarının dışına çıkarak, taşınmazın kamulaştırma projesi dahilinde olmayan bölümlerine de el koyması,¹³

IV. İmar Kanunu çerçevesinde imar uygulamasına tabi tutulan taşınmazların, kamu hizmetleri için ayrılıp üzerinde kamu tesisleri bulunan alanlara hisselendirilmesi ve bu hisselerin kamulaştırılmaması veyahut

8 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2004/5-561K. 2004/717.

9 Karabağ, a.y., sy 3.

10 Örnek Kararlar: Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 2005/391E. 2005/2792 K; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 2007/9494 E. 2007/11926K.; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 1995/11448E. 2011/13661K.

11 Örnek Kararlar Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 2011/7489E. 2011/16045K; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 2011/10590 E. 2011/12721K; Yazar, Yargıtay kararlarında açıkça ifade edilmese de uygulamada acele kamulaştırmadan ötürü 2 sene içinde idare tarafından tescil davası açılmaması halinde fiili atmadan doğan kamulaştırmaz el atma davası açılabileceğini belirtmektedir. Özülkü a.e. s. 404

12 Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 2012/6827E. 2012/13215K.

13 Karabağ, a.y., sy 3; "3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesine göre uygulamaya tabi tutularak davacılar pay tahsis edilen dava konusu imar parseli, imar planında lise alanı olarak ayrıldığından; davacıların taşınmazdan bağımsız yararlanma ve başka türlü kullanma olanağı kalmadığına göre; mahkemenin, kamulaştırmaz el atma koşullarının gerçekleştiği yönündeki direnme kararı yerindedir." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2004/5-555 K. 2005/17.

V. İmar uygulamaları sırasında, İmar Kanunu 18. Madde hükümleri uyarınca düzenlemeye tabi tutulan taşınmazlardan, yasal olarak kesilmesi gereken imar düzenleme ortaklık payının %40'dan fazlasının kesilmesi suretiyle kamu hizmetlerine tahsis edilmesi,¹⁴

durumlarının kural olarak kamulaştırmasız el atma oluşturduğu kabul edilmektedir.

Yukarıda da ikinci unsur başlığı altında ayrıntılı olarak izah edildiği üzere, Yargıtay "*bir taşınmaza kamulaştırmasız el atıldığından söz edilebilmesi için, öncelikle idarenin, o taşınmaza eylemli olarak el koyup, malikin kullanımını, yasaya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı olması*"¹⁵ şartını aramaktaydı.¹⁶ Taşınmaza idarenin fiilen el atmadığı durumlarda "*taşınmaz, mal sahibinin elinde bulunduğu ve kullanma hakkına sahip olduğu sürece, mal sahibi idareden değer karşılığının verilmesini*"¹⁷ isteyemeyeceği Yargıtay tarafından ifade edilmekteydi.¹⁸

Burada kısaca bahsedilmesi gereken diğer bir husus ise Yargıtay'ın sözkonusu uygulamasını 15.12.2010 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ile değişmesidir. Yargıtay, fiili el atma olgusu olmasa bile mülkiyet hakkının aşırı kısıtlanması halinde de hukuki el atma nedeniyle kamulaştırmasız el atma davasının açılabileceğini artık kabul etmiştir. Konuyu dağıtmamak adına hukuki el atmadan doğan kamulaştırmasız el atma davaları aşağıda ayrıntılı olarak ayrı başlık altında incelenecektir.¹⁹

-
- 14 Karabağ, a.y., sy 3.; Halil Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013, s.292.
 - 15 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2004/5-450 K. 2004/454.
 - 16 Taşınmaza imar planına uyumlu olarak el atıldıysa fiili el atmaya sonradan son verilmesi halinde davanın konusuz kaldığına hükmedilmez, taşınmazın bedelinin tahsiline hükmedilmesi gerekir. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi E. 2007/14046 K. 2008/375.
 - 17 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2004/5-450 K. 2004/454.
 - 18 Karabağ, a.y.
 - 19 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2010/5-662 K. 2010/651; Sezer Çabri, "Kamulaştırmasız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması", EÜHFD, C. XV, S 1-2, 2011 sy. 77-104, s.80.

3) Kamulaştırmaz El Atma Kapsamında Değerlendirilemeyecek Durumlar

İdarenin bir taşınmaza kamulaştırma işlemi yapmadan ve taşınmaza sahiplenmek iradesiyle sürekli el koyması her seferinde kamulaştırmaz el atma olarak nitelendirilemez. Aşağıda başlıca ayırık durumlar listelenmiş olup bu durumlar için kamulaştırmaz el atma davası açılmaz.

3.a) 221 Sayılı Yasa bakımından;

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 4. maddesi belirttiği üzere 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 09.10.1956 tarihinden önce kamulaştırma yapılmaksızın idareler tarafından fiilen kamu hizmetine tahsis olunarak el konulan taşınmazlar 221 sayılı yasa uyarınca kamulaştırılmış sayılacağından bu tarihten önceki el koymalar kamulaştırmaz el atma niteliğinde değildir.^{20,21}

3.b) Özel Kanunlar Tarafından Kamu Yararına Uygun Olarak Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması;

Anayasa'nın 35. maddesinde de belirtildiği üzere mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Bu doğrultuda İmar Kanunu, Kamulaştırma Kanunu, Kültür Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu,

20 Karabağ, a.y., s. 6; Fatma Ayhan, "Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. Maddesi ve Türk Hukuku'nda "Dolayısıyla Kamulaştırma" Uygulaması Üzerine Bir Deneme", İÜHFİM, C. LXIX, S.1-2, 2011, sy 1125-1148, s. 1140.; Gürsel Kaplan, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar", TBB Dergisi, 2012, sy 125-149, s. 136-137; "221 sayılı Kanun'un 1. maddesinde "6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 09.10.1956 tarihine kadar kamulaştırma işlerine dayanmaksızın kamulaştırma kanunlarının gözönünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır", 4. maddesinde de; "Gayrimenkulün bedelini dava hakkı, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki sene sonra düşer." hükümleri yer almaktadır. 221 sayılı Yasa 12.01.1961 günü yürürlüğe girdiğinden, davacının dava hakkı, 2 sene sonrası olan 13.01.1963 günü sona ermiş olup, dava konusu taşınmazın 09.10.1956 gününden önce elatılan kısımları yönünden davanın hak düşürücü süre nedeniyle reddi sonucu itibariyle doğrudur." Yargıtay 5. Hukuk dairesi E. 2007/6035 K. 2002/14927.

21 İdare fiilen önce el atmış olsa da mülkiyet hakkı veyahut aktif dava husumeti daha ileriki bir tarihte tescil edilmiş ise 221 sayılı Yasa'nın uygulama alanı bulunmaması olanak dahilindedir. Bknz. Yargıtay 5. Hukuk dairesi E. 2011/5077 K. 2002/11222; Yargıtay 5. Hukuk dairesi E. 2007/5-859 K. 2010/544.

Kıyı Kanunu ve benzeri kanunlarda mülkiyet hakkını sınırlayan hükümler mevcuttur.

Örneğin, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca düzenleme ortaklık payı adı altında bedel ödenmeden ve yasada belirtilen oranları aşmayacak miktarlarda yapılan kesintiler kamulaştırmaz el atma değildir.²²

Diğer bir örnek ise taşınmazın tapu kayıtlarına kamulaştırma şerhi konulmasıdır. Kamulaştırma şerhi konulması fiili bir el atma olgusu yoksa tek başına kamulaştırmaz el atma eylemi değildir.²³ Kamulaştırma Kanunu 7. Madde çerçevesinde İdare tarafından altı ay içinde kamulaştırma bedelinin tespiti amacıyla dava açıldığına ilişkin mahkemeden alınacak belge tapu müdürlüğüne ibraz edilmediği takdirde tapu müdürlüğü sözkonusu şerhi re'sen kaldırmaya yetkilidir. Bu şerhin kaldırılmasından imtina edilmesi halinde malik açacağı dava ile de bu şerhin kaldırılmasını isteyebilir.²⁴

4) Kamulaştırmaz El Koyma Davalarının Hukuki Zeminini Oluşturan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları

Türk hukukunda 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. Maddesi haricinde Kamulaştırmaz el atma davalarına ilişkin belirli bir yasa ile düzenlenme bulunmamakta olup, bu konuda yönlendirici kaynak Yargıtay içtihatları olmuştur.²⁵

-
- 22 Yargıtay uygulamasında imar uygulamasına tabi tutulan taşınmazlardan, düzenleme tarihinde yürürlükte bulunan imar kanununda belirtilen oranlarda yapılan kesintinin kamu hizmeti için ayrılan yerlere rastlayan alanlara yetmemesi nedeniyle fazla kesinti yapılması halinde de kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığı kabul edilmiştir. Karabağ, a.y., s. 6.
 - 23 Yargıtay 5. Hukuk dairesi E. 2002/17955 K. 2002/20473 "Taşınmazın tapu kaydı üzerine Kamulaştırma Kanununun 7. maddesine uygun olarak kamulaştırma şerhi konulması fiili el atma olarak kabul edilmez ve fiili el atmaya başlatmaz."; Aynı doğrultuda bkz. Karabağ, a.y., s. 6.
 - 24 Yargıtay 1. Hukuk Dairesi E. 2003/10434 K. 2003/10931 "Mahkemece, kamulaştırma şerhinin yasal dayanağı kalmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir."
 - 25 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 38. Maddesi kamulaştırmaz el atmaya ilişkindir. Söz konusu madde kamulaştırmaz el atma neticesinde idare tarafından fiili olarak el konularak üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın için 20 yıllık hak düşürücü dava süresi öngörüyordu. Söz konusu madde Anayasa Mahkemesinin 4.11.2003 tarihli E. 2002/112 ve K. 2003/33 sayılı kararında 38. Madde Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 46. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bunun üzerine 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 2010 senesinde eklenen Geçici 6. Madde değişikliklere uğrayarak son halini 24.5.2013 tarihinde almıştır.

Kamulaştırmaz el atma kavramı, ilk olarak Yargıtay'ın 16.05.1956 gün ve 1956/1-6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile tanımlanmıştır. Söz konusu kararda özetle, gayrimenkulü kamulaştırılmaksızın el konulan malikin mülkiyet hakkına dayanarak her zaman müdahalenin menî davası açabileceği veyahut gayrimenkulün devrine razı olarak gayrimenkulün dava tarihindeki bedelini idareden talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. Burada malike bir seçimlik hak tanınmış olup her iki talep birlikte dava edilemez.²⁶

Yine aynı gün alınan Yargıtay'ın 16.05.1956 gün ve 1956/1-7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da kamulaştırma işlemi yapılmaksızın taşınmazına el konulan mal sahibinin mülkiyet hakkına dayanması nedeniyle, mülkiyet hakkının devam ettiği süre boyunca açacağı davanın herhangi bir zamanaşımına tabi olmayacağı kabul edilmiştir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu E. 1958/17 ve K. 1959/15 sayılı Kararı'nda da kamulaştırmaz el atmanın kanunsuz bir eylem olduğunu ve bu sebeple haksız fiil teşkil ettiği açıkça ifade edilmiştir. Kararda, kamulaştırmaz el atma halinde idare tarafından kanuna uygun hareket etmeden özel kişinin malının elinden alınmış olması sebebiyle idarenin kanunsuz bir harekette bulunduğu ifade edilerek bu bakımdan kamulaştırmaz el atmasının Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyet hakkına tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararının tazmini davası olduğunu belirtilmiştir. Bu sebeple, kamulaştırmaz el atma davaları adli yargıda çözümlendirileceği de ayrıca hüküm altına alınmıştır.²⁷

26 Dolayısıyla kamulaştırma olması halinde, yani idarenin kamulaştırmaksızın özel şahsa ait arsanın üzerine bayındırlık eseri yapması halinde malike müdahalenin menî yolunu seçme hakkı tanınması yönündeki Yargıtay uygulaması doktrinde eleştirilmiştir. Bu durumda malikin sadece tazminat isteyebilmesi gerektiği ve müdahalenin menî kararı verilmesi halinde milli servet teşkil eden bayındırlık tesislerinin yıkılması gerekeceği ve bu hususun kamu yararına aykırı olacağı ileri sürülmüştür. Ayhan, a.y.; Gürsel Kaplan, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar", TBB Dergisi, No:99 s.125-149. Diğer taraftan Yargıtay idarenin kamulaştırmaz el attığı taşınmazı kamu hizmeti için her aşamada kamulaştırma yetkisi bulunduğundan, müdahalenin menî ve yıkım kararı verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığı kanaatindedir. Bkz. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi E. 2009/18079 K. 2010/3531

27 Yargıtay 5. Hukuk Dairesi E 2012/3092 K. 2012/10080; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi E 2011/14768 K. 2012/1243;

5) 15.12.2010 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ışığında Hukuki El Atma Nedeniyle Kamulaştırmaz El Atma Davası Açılabilmesi

Yargıtay yakın zamana kadar kamulaştırmaz el atmanın oluşabilmesi için idarenin o taşınmaza eylemli olarak fiili şekilde el koyması gerektiğini ifade etmekteydi. Fiili el koymanın oluşmaması halinde ise kamulaştırmaz el atma davası açılmamaktaydı.

"Kamulaştırmaz el koymanın varlığı için, imar planında yol yeşil alan gibi kamu hizmetine ayrılan imar parseline dahi idarece fiilen el atılması ve mal sahibinin tasarrufunun fiilen engellenmesi koşulu aranmakta olup, taşınmazın salt imar durumu kamulaştırmaz el koyma olgusunun kabulü için yeterli bulunmadığına göre; olduğu gibi bırakılan kadastro parseli niteliğinde olan dava konusu taşınmaz yönünden, böyle bir durumda fiili el koymanın varlığının ve davacının tasarrufunun idarece fiilen engellenip engellenmediğine ilişkin unsurların evleviyetle bulunması gerekli ve zorunludur.

Yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca; davalı idarenin, dava konusu 167 ada, 1 parsel sayılı taşınmaza fiilen el atmadığı, taşınmazı elinde bulunduran tapu maliki davacıyı tasarruftan men etmediği, imar planında park ve yol alanında gösterilmiş olsa dahi bu amaca yönelik olarak taşınmazda fiilen düzenleme yapıp kamu hizmetine tahsis etmediği, bu nedenle kamulaştırmaz el atma olgusundan söz etme olanağı bulunmadığı böylelikle bu durumun mülkiyet hakkı sahibi davacıya bir dava hakkı vermeyeceği sonucuna varılmıştır."^{28,29}

Yargıtay fiili el atma el atmayı dava şartı saydığından 1/1000 ölçekli İmar Planı'nda yol, otopark veyahut diğer kamu hizmetleri için ayrılan taşınmazlara paydaş olan kişiler diğer komşuları imar hakkı elde etmesine rağmen arazilerine inşaat yapamamakta ve taşınmazları kamulaştırılmadıkça arazinin bedelini de tahsil edememekteydiler. Bu sebeple mal sahipleri uzun yıllar boyunca arazinin kamulaştırılmasını beklemekteydiler.³⁰

28 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2007/5-805 K. 2007/826

29 Aynı doğrultuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E: 2003/5-281 K: 2003/284; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E: 2007/5-718 K:2007/805 ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2007/5-933 K. 2007/951

30 Gülşen Akar Pehlivan, "İdari Yargı Açısından Kamulaştırmaz El Atma Sorunu ve Uyuşmazlık Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı" 19 Eylül 2013, s9, (Çevrimiçi) <http://www.uyumazlik.gov.tr/galeri/sempozyum2/gulsenakarpehlivan.pdf> 11 Kasım 2013.

Yargıtay fiili el atmayı şart koşan uygulamasına kademeli olarak son vermiş olup artık hukuki kısıtlamalar konularak taşınmazına hukuken el atılan kişilerin de kamulaştırmaz el atma davası açma hakkı olduğu Yargıtay tarafından kabul görmektedir.

İlk olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 02.02.2005 tarihli E. 2004/5-555 ve K. 2005/17 sayılı kararıyla "*İmar Kanununun 18. maddesine göre uygulamaya tabi tutularak davacılara pay tahsis edilen dava konusu imar parseli, imar planında lise alanı olarak ayrıldığından; davacıların taşınmazdan bağımsız yararlanma ve başka türlü kullanma olanağı kalmadığına göre; mahkemenin, kamulaştırmaz elatma koşullarının gerçekleştiği*" ifade ederek hukuki el atmayı kabul etmiştir. Bu karar istisnai nitelikte olup etkisi kamusal alan olarak ayrılan parsellerin hissedarları ile sınırlı kalmıştır.³¹ Nitekim Yargıtay önceki kararlarını teyit eder şekilde fiili el atmanın kamulaştırmaz el atma için gerekli olduğu yolunda hüküm kurmaya devam etmiştir.³²

Nihayet 15.12.2010 tarihinde Yargıtay uygulamasını tamamen değiştirmiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2010/5-662 K. 2010/651 sayılı kararında idarenin o taşınmaza eylemli olarak el koymasının gerekmediğini ifade ederek, mülkiyet hakkının aşırı halde kısıtlanması durumunda da hukuki el atma nedeniyle kamulaştırmaz el atma davası açılabileceği kabul edilmiştir.³³

"... uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarenin, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir

31 Pehlivan, a.y. s.9.; Aynı doğrultuda Yargıtay 5. Hukuk Dairesi E 2006/4071 K. 2006/7229

32 "Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin taşınmaz malına el koyar ve onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmazı dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, idare taşınmaz mala kamulaştırmaz el koymuş olur. İdarece sahiplenmek amacıyla ve devamlı olarak fiilen el atılma olmadıkça kamulaştırmaz el atmadan söz edilemez. Fiilen el atma olmadıkça taşınmazın imar planında yeşil alan, oyun alanı, park vs. olarak gösterilmesi kamulaştırmaz el atma sayılamaz. Kamulaştırmaz el atmadan söz edilebilmesi için taşınmaza idarece fiilen el atılması ve mal sahibinin tasarrufunun engellenmiş olması gerekir". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2007/5-933 K. 2007/951; Pehlivan, a.y., s.9.

33 Çabri, a.y., s. 86.

süre için kullanılamaz hale getirdiği, dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağı kalmadığı, taşınmaz malikin mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan İdarece engellendiği kuşkusuzdur.

*Yukarıda açıklandığı üzere, malikin taşınmaz üzerindeki egemenliği hukuk düzeninin sınırları içinde üçüncü kişilere karşı korunmuş ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde malike, hukuka aykırı olarak müdahalenin önlenmesini isteme hakkı tanınmıştır. **Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır.***

Ancak, bundan da öte; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı idarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle idarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir.

Bu itibarla, kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, idarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının, dava yoluyla kamulaştırmasız el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği açıktır.³⁴

*Fiilen el atılma hali ile mülkiyet hakkının hukuken sınırlandırılmasını eş tutan Yargıtay'ın son uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile de uyum içindedir.*³⁵

34 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2010/5-662 K. 2010/651

35 Pehlivan, a.y., s.10.

Yargıtay hukuki el atmanın İmar Kanunu haricinde diğer kanunların uygulanmasından da doğabileceğini kabul etmiştir. Nitekim, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 2011/5468E., 2011/15095K. sayılı kararı'nda

"Davaya konu taşınmaz Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulu'nun 12.10.1984 tarih ve 441 sayılı kararı ile 1. Derece Arkeolojik Sit Alanı içine alınmış, bu kararla birlikte taşınmazda hiçbir yapılaşmaya, bilimsel araştırma, restorasyon, konservasyon düzenleme çalışmalarının dışında hiçbir kullanıma, yeni tarımsal alanların açılmasına ve ağaçlandırmaya izin verilmeyeceği belirlenmiştir. Davacının taşınmazı kullanmasının engellendiği anlaşıldığından taşınmaza davalı Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca kamulaştırmasız el atıldığı'nın kabulü gerekir." olduğuna karar vererek Arkeolojik Sit Alanı uygulamasının da hukuki el atmaya yol açabileceği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.³⁶

6) Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. Maddesi'nde Düzenlenen Önemli Hususlar

Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. madde'si ile birçok değişiklik getirilmiştir.³⁷ Geçici 6. madde çerçevesinde getirilen düzenlemeleri kısaca özetlemek gerekirse;

36 Hukuki el atma davaları, Geçici 6. Madde'nin yürürlüğe girmesine kadar olumlu görev uyuşmazlıklarına konu olmuştur. Bu çerçevede hem Danıştay hem de Yargıtay hukuki el atmalarda kendini görevli addetmiştir. Bu sebeple sorun Uyuşmazlık Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda çözümlenmeye çalışılmıştır.

Geçici 6. Madde'nin "Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir." hükmü çerçevesince İmar uygulamalarına nedeniyle hukuki el atmalarda yetkili mahkeme sorunu çözülmüş ise de diğer kanunlar çerçevesinde mülkiyet hakları kısıtlanan taşınmazlara ilişkin yetkili mahkemeler hususunda Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay'ın vermiş olduğu kararlar halen geçerliliğini korumaktadır.

37 Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. Maddesi 24 Mayıs 2013 tarihli 6487 sayılı Bazı Kanunlar İle 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile son halini almıştır. Geçici 6. Madde bu şekilde incelenmiştir.

a) Düzenleme sadece 09.10.1956 - 04.11.1983 tarihleri arası idarece el atılan taşınmazları kapsamaktadır. Bu tarihten sonra idarece el atılan taşınmazlara ilişkin olarak bu madde kısmen uygulanacaktır.

b) 09.10.1956 tarihinden sonra idarece el atılan taşınmazlara ilişkin zamanaşımı bakımından konulan engeller kaldırılmıştır.

c) Mülkiyet hakkından doğan talepler ve bedel talep edilmesi halinde uzlaşma yoluna gidilmesi dava şartı haline getirilmiştir. Taşınmazın tahmini değerinin belirlenmesi, uzlaşma komisyonunca malikin toplantıya çağırılması, uzlaşma görüşmesi, toplantı tutanağı tanzimi uzlaşılması halinde yapılacak işler ile uzlaşmama halinde tutulacak tutanak sair tüm işlemler bu madde çerçevesinde düzenlenmiştir. Uzlaşmada nakdi ödemenin en son çare olması gerektiği düzenlenmiştir.

d) Ödenecek dava harçları, vekalet ücreti, nakdi bedellere ilişkin esaslar madde çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında ödenecek olan bedellerin tahsili sebebiyle idareye karşı icra takibine başka idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemeyeceği hükmü getirilmiştir.^{38,39} Diğer taraftan kamu kurumlarına bütçelerinin bir kısmını bu ödemelere ayırma zorunluluğu getirilmiştir.

Bu yazıda kamulaştırmasız el atma süreci genel hatlarıyla aktarılacak istendiğinden uzun ve açıklayıcı bir düzenleme olan Geçici 6.

38 Uygulaması için bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2011/20069 2012/17587 K.; Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 20112/29353 2012/13824 K.

39 Kamulaştırmasız el atma bedelinin tahsili nedeniyle açılan icra takiplerinde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. Maddesi uygulanmaz. "6352 sayılı Yasanın 58. maddesi ile değişik 2577 sayılı Yasanın 28 inci maddesinin (2) fıkrasına göre "... Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur...". Ancak 2577 sayılı Yasa'nın 1. maddesi uyarınca; "...Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri'nin görevine giren uyuşmazlıkların çözümü, bu Kanun'da gösterilen usullere tabi..." olup, Yasa'nın 28/2. maddesindeki anılan değişikliğin adli yargı mahkemeleri tarafından verilen ilamların infazında uygulanma olanağı bulunmamaktadır."Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E. 2012/12455 2012/13378 K.

madde'nin ana hatlarını aktarmakla yetinilmiştir. Diğer taraftan, Geçici 6. madde çerçevesinde düzenlenen Uzlaşma Usulü ve Zamanaşımına ilişkin sorununa getirilen çözüm biraz daha ayrıntılı şekilde aşağıda irdelenmiştir.

6.1 Uzlaşma Usulü Başvurulması Gerektiği ve Uzlaşmanın Usulünün Uygulanmasının Dava Şartı Oluşu

Geçici 6. Madde ile getirilen yeni bir düzenleme de uzlaşma usulüdür. 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamulaştırmасız el atılmış taşınmazlarda uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır.⁴⁰ Kamulaştırmасız el atılan taşınmazın idarenin daveti veya malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değeri idare tarafından hesaplanmak suretiyle tespit edilir ve idarenin daveti veya malikin müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içinde tebliğ edilecek bir yazı ile malik uzlaşma görüşmelerine davet edilir.

Uzlaşma; idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle veya bunların mümkün olmaması hâlinde nakdi bedel üzerinden yapılabilir.⁴¹

Uzlaşma görüşmeleri, hukuki veya fiili engel bulunmadığı takdirde malikin davete icabet tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılır ve uzlaşmaya varılıp varılmadığı, malik veya temsilcisi ile komisyon üyeleri tarafından imzalanan bir tutanağa bağlanır. Uzlaşmaya varılması hâlinde, bir sözleşme akdedilerek bu sözleşme çerçevesinde işlem yapılır ve uzlaşma konusu taşınmazlar re'sen tapuya tescil veya terkin edilir.

İdare ve malik arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği tarihten itibaren üç ay içinde malik veya

40 4.5.2013 tarihinde değiştirilmeden önce uzlaşma uygulanmasının dava şartı olduğu maddede açıkça ifade edilmiyordu. Bu sebeple, malikler uzlaşmaya başvurmadan da dava açabiliyordu. Yargıtay da bu uygulamaya onay vermekteydi. Örnek kararlar: Yargıtay 5. Hukuk Dairesi E. 2011/17580 K. 2011/20948; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi E. 2011/17065 K. 2012/4278.

41 Nakdi ödemenin diğer opsiyonların gerçekleştirilememesi halinde son çare olarak görülmesi ilgi çekicidir.

idare tarafından bedel tespiti (kamulaştırma veya kamulaştırmasız el atma) davası açılabilir. Üç aylık süre, hak düşürücü süredir.⁴²

Vukuu bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmasız el koymadan dolayı bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce tazmin talebiyle dava açmış olanlar; bu madde hükümlerine göre uzlaşma yoluna gitmeyi isteyip istemediklerini bu maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde idareye ve mahkemeye verecekleri dilekçeler ile bildirebilirler. Uzlaşma talebi üzerine, uzlaşma görüşmelerinin neticesine kadar dava bekletilir; uzlaşmamaması hâlinde, uzlaşmazlık tutanağının mahkemeye sunulmasından sonra davaya devam edilir.

4.11.1983 tarihinden sonra el atılan taşınmazlar için Geçici 6. Madde'nin ilgili fıkralarına atıf yapılmadan uzlaşma şartı aranmadan genel hükümler çerçevesinde kamulaştırmasız el atma davası açılabilir.⁴³

6.2 Zamanaşımı

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. maddesi kamulaştırmasız el atmaya ilişkindi. Söz konusu maddede kamulaştırmasız el atma neticesinde idare tarafından fiili olarak el konularak üzerine tesis yapılan taşınmaz malın sahibi için 20 yıllık hak düşürücü dava süresi öngörülmekteydi. Söz konusu madde, Anayasa Mahkemesi'nin 4.11.2003 tarihli 2002/112 E: -ve: 2003/33 K. sayılı kararında 38. Madde Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 46. maddesine aykırı bulunarak sonradan iptal edilmişti fakat Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yayınlandığı tarihten ileriye etki gösterdiğinden Yargıtay zamanaşımı nedeniyle davaları reddetmeye devam ediyordu.⁴⁴

42 "Müracaat tarihinden itibaren 6 ay içerisinde talep sahibinin hiç uzlaşmaya çağrılmaması, uzlaşma görüşmelerine başlandıktan sonra 6 ay içerisinde sonuçlandırılmaması durumunda, bu tarihlerden itibaren 3 aylık süre içerisinde mahkemede dava açılması gerekmektedir. Yapılan yasal düzenlemelere göre uzlaşmak için idareye başvuru hususunun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114. maddesi kapsamında sonradan giderilemeyecek bir dava şartı ve getirilen 3 aylık sürenin de hak düşürücü bir süre olduğu görülmektedir." Yargıtay 18. Hukuk Dairesi E. 2013/2176 K. 2013/5886

43 Özülkü, a.e., s 454-457.

44 "Kamulaştırma Yasası'nın 38. maddesinde belirlenen 20 yıllık hak düşürücü süre, Anayasa Mahkemesi'nin 04.11.2003 tarihinde yayımlanan kararıyla iptal edilmiştir. Ancak, iptal kararından önce gerçekleşerek kazanılmış hak statüsünü elde eden durumlar için iptal kararının etkili olacağından söz edilemez. Bu nedenle, iptal kararından önce dolmuş olan 20 yıllık hak düşürücü süre dikkate alınarak, artık mülkiyetin davalı idareye geçtiği kabul edilmeli ve idare aleyhine ecrimisile hükmedilmemelidir." Yargıtay 3. Hukuk dairesi E. 2007/11446 K. 2007/11564.

Geçici 6. madde ile yapılan düzenleme ile 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle dava açılabilmesi yolu açılmıştır. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 38. Maddesi 'nin uygulanması artık mümkün değildir. Eskiden süre yönünden red edilen kamulaştırmaz el atma davaları da tekrardan açılabilir. ⁴⁵

4/11/1983 sonra açılan davalarda da ve kamulaştırmaz el atmalarda Geçici 6. Maddenin hükümleri uygulanacak olup zamanaşımı olmaksızın dava açılabilir. ⁴⁶

7) Sonuç

Evrinsel olarak temel insan haklarında bir olarak kabul edilen mülkiyet hakkı, ancak anayasal ilkeler çerçevesinde kanunla sınırlandırılabilir. Diğer taraftan, idare tarafından mülkiyet hakkının haksız olarak sınırlandırılması olarak ifade edilen kamulaştırmaz el atma eylemi uygulamada sıklıkla görülmektedir.

Öncelikle yargı kararları tarafından çözüme ulaştırılmaya çalışılan kamulaştırmaz el atma olgusuna ilişkin mevzuat kısıtlıdır. Bu konuya ilişkin en önemli kanun maddesi ise Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. maddesi'dir.

Geçici 6. madde, her ne kadar ayrıntılı ve uygulamadaki sorunları düzeltme amacıyla getirilen bir düzenleme olsa da idare tarafından haksız şekilde mülklerine el konulan bireyin hak arayış mücadelesini kolaylaştırmak yerine zorlaştırmaktadır. Zamanaşımı sorununun düzenlenmesi haricinde Geçici 6. madde'nin bireyler lehine getirdiği esaslı avantaj bulunmamaktadır. Aksine Geçici 6. madde bireylerin hak arayışını güçleştirmiştir. Bu düzenleme ile yapılan haksız müdahalelerinin giderilmesi uzun bir sürece tabi tutulmuş olup kamulaştırmadaki sürecin aksine hak arama sürecinin tüm külfetleri bireye yüklenmiştir. Bireyin hukuki süreci tamamlayıp haklılığını gösteren mahkeme ilamını elde etmesi halinde dahi haciz yasağı ve bütçe engelleri gibi kısıtlamalar nedeniyle hakkını elde etmesi zorlaştırılmıştır.

45 Özülkü, a.e., s 456-452, s. 619-620; Ayhan, a.y., s. 1144; "Dava, kamulaştırmaz elatma bedelinin tahsili istemidir. 30.06.2010 tarihinde yürürlüğe giren 5999 sayılı Yasa ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen Geçici 6. maddeyle yapılan yasal düzenleme karşısında Kamulaştırma Kanununun 38. maddesindeki 20 yıllık hak düşürücü sürenin uygulanma olanağı kalmamıştır." Yargıtay 5. Hukuk dairesi E. 2011/17065 K. 2002/4278.

46 Yargıtay 5. Hukuk Dairesi E. 2011/10338 K. 2011/19646.

Kamu İhale Rejimine Tabi Yapım Sözleşmelerinde İdareden Kaynaklanan Nedenlerle Süre Uzatımı ve Sonuçları

■ Agah ADAK*

Kamusal işlev ve hizmetleri üstlenmiş olan idareler, gereksinimlerini kamu ihale rejimi içinde karşılamak durumundadırlar. İdareler, sözleşme özgürlüğünden yoksun olarak sözleşmenin karşı tarafını ihale süresince belirleyebilirler. Sözleşme hükümleri de karşılıklı görüşmelerle değil, idarece şartnamelerle tanımlanmış ve ilan edilmiş çerçevede varlık kazanır. İdare, kamu zararından kaçınmayı sağlamaya yönelik olarak kendisine takdir yetkisi tanınan haller dışında, ihale sürecinin her aşamasında sözleşme özgürlüğünden yoksun olarak yapım sözleşmesinin işveren tarafı konumundadır.¹

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 7/e, 7/o maddeleri uyarınca süre ve süre uzatımı konuları sözleşme içeriğinde yer alması zorunlu hükümlerdir. Aynı kanunun 15. maddesiyle de sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılmaması esası getirilmiştir.

Sözleşmenin iş sahibi tarafı olan idarenin, sözleşmenin amacı doğrultusunda uygulanabilmesi için kendisine düşen yükümlülükleri zamanında ve gereği gibi yerine getirerek yüklenicinin edimlerini gerçekleştirilmesine katkıda bulunması gerekmektedir. Kamu ihale rejimine tabi yapım sözleşmelerinde tarafların eşit konumda olarak karşılıklı ve yoğun bir biçimde ilişkilerini sürdürerek uygulamayı yürütmeleri öngörülmüştür. Sözleşmenin uygulanmasında, idarenin zaman faktörünü

* Doç. Dr., GİRNE Amerikan Üniversitesi

1 İdarenin sözleşme özgürlüğünden yoksunluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: Vedat BUZ, Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, s.120 ve devamı

olumsuz etkileyebilecek başkaca davranışlarının neler olduğu ve hangi sonuçlara yol açacağı üzerinde durulmalıdır.

I- SÜRENİN İŞLEVİ VE SÜRENİN DEĞİŞMEZLİĞİ İLKESİ

Kamu ihale rejimi içindeki yapım sözleşmelerinde süre, yapım işleminin tamamlanıp geçici kabule hazır halde teslim edilmesi için öngörülmüş zaman dilimini ifade etmektedir. Bu zaman dilimi, ihale şartnamesinde başkaca hüküm bulunmadığı takdirde Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 6. maddesi uyarınca işyerinin teslimi ile başlayacaktır. Yapım işinin bitirilmesi, sona erdirilmesi gereken gün, Genel Şartname'nin 30. maddesinin 5. fıkrasına göre kesin ve net bir tarihlendirilmez. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, resmi tatil günleri ile meteorolojik açıdan çalışılmayacak günler bu sürenin içinde kabul edilecektir. Sürenin bitimi geçici kabul ile sona erecektir. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 42. maddesinde geçici kabul düzenlenirken "sözleşme konusu iş tamamlandığında" ibaresinin kullanılması bunu ifade etmektedir. Geçici kabul, yapım işinin tamamlandığını gösteren, tarafların birlikte gerçekleştirdiği, kamu ihale rejimine özgü bir teslim yöntemidir.²

Süre, yapım işinin başlama ve sona erme tarihleri arasındaki zaman dilimini ifade etmenin ötesinde, planlanmış edimlerin gerçekleşme sırasını ve sürecini de yansıtan bir işlev taşımaktadır. Genel Şartname'nin 18. maddesi uyarınca hazırlanıp onaylanan iş programı, sürenin nasıl kullanılacağı konusunda tarafların ortak iradesini göstermektedir. İş programı ile süre bölümlendirilerek yapım işinin her aşaması ve ayrıntısı denetimli hale getirilmektedir. İş programına göre gerçekleştirilemeyen her edim, sürenin sonu beklenmeksizin sözleşmeden kaynaklanan yaptırımların ve fesih bildiriminin uygulamasını gündeme getirebilecektir.

Süre, Borçlar Kanunu'nun 2. maddesinde değinilen, sözleşmenin esaslı öğelerinden biridir. Tarafların sözleşmeden beklentilerinin ne zaman karşılanacağı, süre faktörüyle belirli hale gelmektedir. İşveren idare, yapım işinin konusu olan eseri hizmete almak üzere, hangi tarihe kadar bekleyeceğini süre faktörüyle netleştirmiş olmaktadır.

2 Agah ADAK, Kamu İhale Rejiminde Yapım Sözleşmeleri S.175 (yayımlanmamıştır)

Süre kavramı yüklenici açısından mali kaynakların edimlerin gerçekleştirilmesi amacıyla temin ve tahsis edileceği dönemi ifade eder. Yüklenicinin ticari faaliyetlerinde kar ve karlılık faktörleri, yapım işine bağlanan sermayenin ne kadar zaman içinde geri döneceği ölçüsüne göre belirlenecektir. Yüklenicinin teklif verirken göz önüne alacağı belirleyici faktörlerden biri de süredir. Bu bakımdan süre uzatımları, yapım işine bağlanan sermayenin geri dönüşümünde gecikmeler yarattığı için yüklenicinin ticari faaliyetindeki kar ve karlılığına ilişkin olumsuz etkenlerdir.³

Sürenin değişmezliği ilkesi sözleşmeyle kurulan kararlı ve dengeli ilişkinin, biri aleyhine bozulmamasını sağlamaya yönelik bir güvence hükmüdür. Bu ilkeye ayrıksılık oluşturan durumlarda da taraflar arasında kurulmuş olan çıkar dengesinin korunması esastır. Değişmezlik ilkesinin iki ayrıksı durumu vardır. Bunlardan biri, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 15. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre taraflar, sözleşme bedelinin aşılması koşuluyla süre kısaltabilecektir. Tarafların sürenin uzatılmasına ilişkin sözleşme özgürlüğü yoktur. Sürenin kısaltılmasına tarafların birbiriyle örtüşen karşılıklı iradeleri varlık kazandırdığından kararlı ve dengeli ilişki devam etmektedir. Sürenin değişmezliği ilkesinin ikinci ayrıksı durumu ise süre uzatımıdır.

II- SÜRE UZATIMI

Sürenin belirli ve kesin bir tarihi göstermesinin aşılabildiği ayrıksı durum, süre uzatımı ile gerçekleşebilir. Süre uzatımı, dışsal nedenlerden veya idareden kaynaklanan ve yüklenicinin kusuruna bağlanmayan etkenler sonucunda işin yürütümünde meydana gelen aksamalar ve artmalarla bağlantılı ve orantılı olarak bitim süresinin yaptırım uygulamaksızın ötelenmesidir.

Süre uzatımının işlevi, yükleniciye bağlanamayan geciktirici olgulardan doğan zaman kaybının sözleşme ilişkilerine zarar vermeksizin hakkaniyete uygun tarzda çözümlenmesidir. Kamu İhale Kanunu'nun 20/a maddesi, işin süresinde yapılması halinde de sözleşmenin feshi

3 İbrahim KAPLAN, İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler Ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, Faruk Erdem Armağanı Ankara, 1999, s.379 İbrahim KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri Ankara 2013, s. 77

yoluna gidilmesini öngörmektedir. Süre uzatımı, gecikmenin makul ve meşru olduğunun kabulüyle kesinti ve fesih yaptırımlarının gereksizliğini gösteren bir sözleşme uygulama mekanizmasıdır.

Süre uzatımını gerektiren olgular gerçekleştiğinde süre kendiliğinden uzamış sayılmaz. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 30. maddesinin 3. fıkrası uyarınca geciktirici olgunun meydana gelmesini izleyen 20 gün içinde yüklenici, geciktirici olgu veya olayı, bunun, işin yürütümünü neden ve ne ölçüde etkilediğini, aksamanın ne kadar zamanda ve nasıl giderilebileceğini tutarlı gerekçelerle yansıtan bir yazılı bildirimini idareye tebliğ etmelidir. Bu bildirimde resmi mercilerden alınmış belgeler de eklenmelidir. Bu düzenlemeden anlaşılacağı gibi, zamanında ve usulüne uygun bir yazılı bildirim, süre uzatımı için yeterli ve geçerli başvuru niteliğindedir. Soyut içerikli ve yalnızca belli süre talep eden, idarenin ikna olmasına yeterli verileri taşımayan bir yazılı bildirim hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Usulüne uygun süre uzatım talebi koruyucu bir hakkın kullanılması demektir.⁴ Usulüne uygun olmayan bir talep ise herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Buna rağmen, idarece kabul edilen ve süre uzatımı ile sonuçlandırılan süre uzatım talebinin sonradan geçersiz sayılması, Kamu İhale Kanunu'nun 5. maddesindeki güvenilirlik ve kararlılık ilkesi gereğince mümkün değildir.

Şartname'nin 30. maddesinin 3. fıkrasının sonunda "*...ancak, idarenin sebep olduğu süre uzatımı gerektiren gecikmelerde, yüklenicinin yirmi gün içinde yazılı bildirimde bulunma şartı aranmaz*" hükmü uygulamada anlaşmazlık yaratabilir niteliktedir. İdarenin proje değişikliği yapması, işyerinin tesliminin gecikmesi gibi durumlarda yükleniciye bağlanabilecek bir kusur bulunmadığı açık olmakla birlikte bunları giderici zaman konusunda taraflar mutabık olmayabilirler. Bu yüzden uzatma süresi üzerinde yazıyla belirtilmiş kesin bir mutabakattan söz edilmeyen durumlarda yüklenici tarafından yazılı bildirim yapılması gerekli olacaktır. Bu bildirim yapılmadığı takdirde, idarenin öngördüğü uzatma süresini yüklenicinin kabul etmiş olacağı sonucuna varılacaktır.

İdare, sözleşmenin tarafı olarak yüklenicinin süre uzatımına ilişkin başvurusunu değerlendirmek, sonuçlandırmak ve yükleniciye yazılı biçimde bildirmekle yükümlüdür. Bu konuda açık bir hüküm bulun-

4 Halil YILMAZ, Borçların İfasında İhtirazi Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulanması, Ankara 2002 s.47

mamakla birlikte, tarafların eşitliği ilkesi gereğince idarenin, ciddi ve objektif bir değerlendirme yaparak gecikme yaratan olgunun bertaraf edilmesi için gerekli zaman dilimini belirleyip karşı tarafa bildirme yükümlülüğü söz konusudur. Süre uzatım başvurusunu idarenin hiç değerlendirmeye almaması ve cevap vermemesi veya geciktirici olgunun niteliği ile orantılı olmayan yetersiz bir ek süre vermekle yetinmesi gibi durumlarda, yüklenici yargı merciinden alacağı bir tespit kararıyla hak ve menfaatlerini koruma altına alabilecektir.

Süre uzatımını gerektiren olguya bağlı olarak meydana gelen gecikme ve aksaklığın ne kadar zamanda giderileceği hususu bildirim yapıldığı sırada net olarak belirlenemiyorsa bu nokta belirtilerek kesin belirleme yapıldığında süre, ayrıca bir ek bildirimle talep edilecektir.

III- İDAREDEN KAYNAKLANAN NEDENLERLE SÜRE UZATIMI

Yapım sözleşmesi, iki tarafa da borç yükleyen hukuksal ilişki yaratıldığından idare, yüklenicinin edimlerini gerçekleştirebilmesi için kendine düşen edimleri ve yükümlülükleri zamanında ve gereği gibi yerine getirmelidir. İdarenin buna uymayan davranışlarla yüklenicinin çalışmalarında aksamalar yaratıcı etken oluşturması halinde süre uzatımı gündeme gelecektir.

İdareden kaynaklanan nedenlerle süre uzatımına gidilmesinde yüklenicinin hangi haklara sahip olacağına ilişkin olarak Kamu İhale Kanununda, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde herhangi bir hüküm yoktur. Süre uzatımının kaç kere tekrarlanabileceği ve toplam sürenin ne zamana kadar uzayabileceği de düzenlenmemiştir. Bu düzenleme boşluğu nedeniyle, sözleşmenin tarafı olan idarenin uygun gördüğü kadar süre uzatımına varlık kazandırabileceği ve sınırsız bir şekilde sözleşmenin bitim süresini erteleyebileceği; buna karşılık yüklenicinin hiçbir talepte bulunmadan sözleşmeye bağlılığının devam edileceği sonucuna varılamaz. Çünkü yükleniciye bu doğrultuda bir katlanma ve kabullenme zorunluluğu getiren bir hüküm olmadığı gibi, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4. maddesinin son fıkrasındaki tarafların eşitliği ilkesi de bu tür yorumlara elverişli değildir. Aynı kanunun 36. maddesi bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını öngörmektedir. Kamu İhale Rejimine tabi yapım sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren

hukuksal ilişkileri içerdiğinden eşit hak ve yükümlülüklerle sahip taraflardan biri olan yüklenicinin de idareden kaynaklanan nedenlerle süre uzatımları karşısında kayıplarının karşılanmasını talep etme hakkını ve süre uzatımlarının sözleşmeyi uygulanmaz hale getirmesi durumunda fesih hakkını kullanabileceğini kabul etmek gerekecektir.

1-) İşyerinin Tesliminde Gecikme

İşyeri, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 4. maddesinde yer alan tanım uyarınca üzerinde inşaat ve imalat yapılacak alanı ve bu amaçla kullanılacak yapı, tesis, zemin, yol ve malzeme ocaklarını kapsayan bir terimdir. İhale yapılırken isteklilerin işyerini görmesi öngörülmesi ise bu amaçla oluşturulan yer gösterme tutanağında belirtilen yer, aynı zamanda işyeri anlamına gelecektir. İşveren idare, gösterdiği yerden bir başka yeri işyeri olarak teslim edemez.

Yapım faaliyetine başlanabilmesi için bu işin yapılacağı alan, mekan ve altyapı gibi fiziksel unsurların yüklenici tasarrufuna aktarılması yanında yapım işini hukuksal açıdan mümkün ve meşru kılan verilerin de idarece temin edilerek yükleniciye teslim edilmiş olması gereklidir. Bu bakımdan işyerinin teslimi kavramı, fiziksel ve hukuksal boyutları birbirini tamamlayan nitelikte, işveren idareye ait bir sözleşme yükümlülüğünü ifade etmektedir. Kamu ihale rejimi açısından işyerinin teslimi her iki boyutun birlikte bulunduğunu gösteren ve yüklenicinin işe başlamasına engel olacak hiçbir nedenin bulunmadığı anlamına gelen, bu yüzden de sürenin işlemeye başlamasını gerektiren bir işlemdir.

İşyerinin teslimi sözleşme uyarınca zamana yayılmış bölümler halinde yapılacaksa her bölüm için teslim koşulları ve zamanı ayrıca göz önüne alınacaktır. İlk ve genel anlamdaki işyeri tesliminin süreyi başlatıcı nitelikte olmasına karşılık daha sonraki teslimler devamlılığı sağlayıcı niteliktedir.

Gecikme olgusu, işyerinin ilk ve genel anlamda tesliminde sözleşmede öngörülen tarihe göre, bunu izleyen diğer bölümlerde ise iş programına göre belirlenecektir.

a. Teslimin Fiziksel Boyutu

Yapım işinin gerçekleşeceği zemin ile bu amaçla kullanılacak bina, yol, malzeme ocaklarıyla bunlara ait alt yapı unsurları bütün halinde

işyeri kavramı içindedir. İşyeri, idareye ait olan ve işin devamı boyunca yüklenici tarafından edimlerin gerçekleşmesi amacıyla kullanılacak zemin, altyapı ve mekanlar toplamıdır. İşyerinin teslimi de sözleşmenin uygulamaya aktarılmasının başlangıç noktasını oluşturur.

Şartname'nin 6. maddesine göre, "...işyeri, eksen kazıkları, someler, röperler vb. zemin üzerinde kontrol edilerek yapı denetim görevlisi tarafından yükleniciye teslim edilir ve bu hususta iki taraf arasında ortak bir tutanak düzenlenir". Bu tutanakla işin yapılacağı yer belirlenmekte ve yüklenicinin kullanımına verilmektedir. İşyerinin koordinatlarının ve konumunun sağlıklı belirlenmemesi veya mülkiyet, imar durumu, jeolojik nedenlerle işyerinin elverişsiz ve yetersiz olduğunun sonradan anlaşılması ve bunların idarece giderilmesi yüzünden zaman kaybedilmesi halinde süre uzatımı gerekecektir. Kamu İhale Kanunu'nun 62/c maddesinde yer alan, "yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan... ihaleye çıkılmaz." şeklindeki hüküm, idarenin işyerinin sözleşmenin uygulanmasına elverişli nitelikte teslim yükümlülüğünü ifade etmektedir. Bu yükümlülüğün eksik veya geç yerine getirilmesi süre uzatımını gerekli kılacaktır.

İşyeri bölümler halinde teslim edilecekse her bölüm için ayrı tutanak düzenlenmelidir. Bölümlerin teslimindeki gecikmelerde de aksamaı karşılayacak ölçüde süre uzatımı verilmesi gerekecektir.

Şartname'nin 6. maddesinin son fıkrasında, zorunluluk halinde idarenin işyerinde değişiklik yapabileceği öngörülmektedir. Zorunluluk hali kavramıyla, sözleşme ilişkisinin sürdürülmesini imkansız hale getiren haller ve Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinde öngörülen gelişmeleri kabul etmek gerekecektir. Ancak, zorunluluk olgusunun varlığı yanında, sözleşme bedelinin aşılması ve yüklenicinin kabulü olmak üzere iki şartın daha gerçekleşmesi lazımdır. Bunlar gerçekleştiği takdirde araç, gereç, malzeme ve şantiyenin yeni işyerine taşınması, yerleştirilmesi ve kullanıma hazır hale getirilmesi için geçecek zaman, süre uzatımı ile karşılanmalıdır.

b. Teslimin Hukuksal Boyutu

Yapım sözleşmesinin konusu ve kapsamı içinde yer alan işler için yetkili kamu makamlarından alınması gerekli izinlerin, aksine bir hü-

küm yoksa idare tarafından sağlanması icap etmektedir. Bu tür izinler, yapım işinin hukuken yerine getirebilir, ifa edilebilir olduğunu göstermektedir. Gerekli izinleri alınmış bir yapım işi, hukuksal imkansızlık söz konusu olmaksızın gerçekleştirilebilir konumda demektir.

Yapım sözleşmesinin konusu ve kapsamı İmar Kanunu'nun 5. maddesindeki yapı kavramını içeriyorsa bu kanunun 21. maddesi uyarınca yapı ruhsatı alınması zorunluluğu vardır. Yapının kurulacağı zemin üzerinde tasarruf yetkisi idareye ait olduğundan İmar Kanunu'nun 22. maddesine göre ruhsat alma yükümlülüğü de idarededir. İdare, ruhsat alma yükümlülüğünü yerine getirmediği sürece yükleniciyi işe başlamaya zorlayamaz ve buna ilişkin yaptırımlar uygulayamaz.⁵ Burada sözü edilen izin ve ruhsatlar zeminin tabi olduğu rejime göre farklı anlamlarla yüklü olarak düşünülmelidir. Zemin, Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'na tabi bir alanda ise yetkili komutanlığın izni ile her türlü sondaj, hafriyat ve inşaat yapılabilecektir. Zemin, sit alanı içinde kalıyorsa Kültür ve Tabiat Varlıklarının Koruma Kanunu'nun öngördüğü ölçekte bir yapılaşma söz konusu olabilecektir.

Yapım işinde kamuya ait malzeme ocaklarının kullanılması söz konusu ise şartnamenin 8. maddesi uyarınca bunların idarece yetkili makamlardan alınmış izin belgeleriyle birlikte yükleniciye teslimi gerekmektedir. Yapım işi kapsamında ya da işin yürütümü zımında su kuyusu açılması söz konusu ise, Yeraltı Suları Hakkında Kanunu'nun 8. maddesine göre Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nden belge alınması, arazi sahibi sıfatıyla idareye ait bir yetki ve yükümlülük olarak değerlendirilecektir.

Yapım sözleşmesinin konusuna göre alınacak izinler farklılık göstermektedir. Konu kaplıca tesisi kurmak ise Kaplıcalar Yönetmeliği'nin⁶ 17. maddesine göre Sağlık Bakanlığı'ndan tesis izni alınması gerekecektir. İçme ve kullanma suyu elde etmeye yönelik bir yapım işi söz konusu ise İnsani Tüketim Amaçlı Sular Hakkında Yönetmelik'in 22. maddesi uyarınca Sağlık Bakanlığı'nca verilmiş tesis izni olmadıkça yüklenicinin işe başlaması istenemeyecektir.

5 Yaşar GÖK, Yapım İşleri ve Hakediş Uygulaması, Ankara 2000, s.188 dipnot128'de belirtilen Yargıtay 15.HD'nin 1155.E, 4160.K sayılı 11.10.1989 tarihli ve 722.E, 5147.K sayılı 11.12.1989 tarihli kararları, İzzet KARAKAŞ, Eser Sözleşmeleri, Ankara 2004, s.232

6 24 Temmuz 2001 tarihli 24472 sayılı Resmi Gazete

Yapım işinin başlatılması ve sürdürülmesi açısından gerekli ve yeterli yasal zeminin mevcut olduğunu gösteren izin, ruhsat, belge, onay gibi argümanlar, daha sonra yüklenicinin kusuru olmaksızın geri alınma, iptal edilme, kaldırılma gibi bir işlemle geçersiz hale geldiğinde yeni bir izin işlemi kuruluncaya kadar yüklenicinin işe devam zorunluluğu söz konusu olamaz. Yeni bir izin alınması için geçecek zaman dilimi süre uzatımını gerektiren faktör sayılacaktır. İdarece yeni bir izin alınamaması halinde ise, Borçlar Kanunu'nun 370. maddesinde hükme bağlanan iş sahibinden kaynaklanan nedenle ifa imkansızlığı yüzünden sözleşmenin yüklenici tarafından feshi gündeme gelecektir.

2-) Proje Tesliminde Gecikme

Proje, Kamu İhale Kanunu'nun 27. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenlemeden anlaşılacağı üzere, teknik şartnamenin kapsamı içinde kalan bir ihale dokümanıdır. Yapım işinin nerede, nasıl ve hangi boyutlarda ne tür malzemeye yapılacağını belirleyen proje⁷, isteklilerin tekliflerine esas olan en önemli dokümandır. Aynı kanunun 62/c maddesiyle de yapım işlerinde uygulama projeleri hazırlanmadan ihaleye çıkılamayacağı; Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 11. maddesinde ise, anahtar teslimi götürü bedel esasına dayalı yapım sözleşmelerinde, uygulama projelerinin, sözleşmenin imzalanması sırasında yükleniciye teslim edileceği hükme bağlanmaktadır. Genel Şartname'nin 12. maddesindeki düzenlemede, birim fiyat esasına dayalı yapım sözleşmelerinde, idarenin ön ve kesin projeleri hazırlamakla yetinip uygulama projesinin hazırlanmasını yükleniciye bırakarak onun tarafından yapılan projeyi onaylamak suretiyle nihai sonucu elde edebileceği öngörülmektedir. Yine Genel Şartname'nin 13. maddesinde idarenin proje değişikliği yapma hakkı saklı tutulmakta ve yüklenicinin buna göre işi devam ettirme yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde idarenin proje hazırlamak veya hazırlattırmak, onaylamak, proje değişikliği yapmak ve projeyi teslim etmek gibi yetki ve yükümlülükleri olduğu sonucuna varılmaktadır. İdarenin bu yükümlülüklerini zamanında yerine getirmemesi proje tesliminde gecikme olarak kabul edilecektir.

7 Projenin hukuksal boyutu ve içeriği hakkında bakınız: Göktürk UYAN, İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul 2006

Anahtar teslimi götürü bedel işlerde, uygulama projelerinin, yükleniciye verilmesi gerekir. Uygulama projelerinin herhangi bir nedenle verilmemesi veya eksik verilmesi halinde süre uzatımı istenebilecektir. Proje kendini oluşturan unsurlarla bir bütün oluşturduğundan bu unsurlardan birinin verilmemesi halinde incelenmesi veya uygulamaya geçilmesi mümkün olmayacaktır.

Borçlar Kanunu'nun 472. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "*...eserin gereği gibi meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici hemen iş sahibine durumu bildirmek zorundadır.*" şeklindeki hüküm, yüklenicinin, özen ve sadakat yükümlülüğünün gereği olarak, iş sahibini aydınlatma ve bilgilendirme borcunu ifade etmektedir.⁸

Yüklenicinin bu yükümlülüğü yerine getirmek için projeyi titizlikle incelemesi, eksik yetersiz veya yanlış bulduğu noktaları idareye yazılı olarak bildirmesi gerekmektedir. Projeden kaynaklanan sorunların çözümünde farklı seçenekler varsa, her seçeneğin olumlu ve olumsuz boyutları irdelenerek idarenin kesin bir tercih yapması istenmelidir. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 15. maddesinin 3. fıkrasında, yüklenicinin, projenin yeterliliğini inceleme yükümlülüğünü taşıdığı belirtilerek, 4. fıkarda yüklenicinin projeyi teslim almasından itibaren on beş gün içinde yazılı olarak idareye, karşı görüşlerini iletmediği takdirde itiraz hakkının kalmayacağı ve projenin eksik ve yetersizliklerinden sorumlu olacağı hükme bağlanmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 472/3. maddesine paralel olarak şartnamenin 15/3. maddesiyle getirilen bu ayrıntılı düzenleme nedeniyle projenin eksik ve yetersizliklerinin giderilmesi için gerekli zamanın da süre uzatım sebebi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Projenin incelenmesi, eksiklik, yanlışlık ve yetersizliklerin giderilmesi konusunda süre uzatımı verilebileceğine dair şartnamede bir hüküm bulunmamakla birlikte, sözleşmenin imzalanması sırasında yükleniciye verilmesi gereken proje, uygulanabilirlik kabiliyetine sahip, yetkin ve tutarlı bir teknik doküman düzeyinde değilse, gerçek anlamda bir proje tesliminden söz edilemeyeceği için, yüklenicinin bu amaçla kaybedeceği zaman dilimi-

8 Fikret EREN, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçlar ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları (İnşaat Sözleşmeleri Ankara 1997. S.76)

nin süre uzatımı yoluyla karşılanması Medeni Kanun'un 2. maddesindeki iyiniyet ilkesi açısından gerekli olacaktır.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 14. maddesinde ise, proje ve diğer teknik belgelerin yükleniciye tesliminde gecikme olması halinde gecikmeyi karşılayacak ölçüde süre uzatımı verilmesi hükmüne bağlanmaktadır. Aynı maddede ve özellikle 13. maddede idarece yapılan proje değişikliklerinden kaynaklı zaman kaybının süre uzatımı yoluyla giderilmesi gerekecektir.

3-) Avans ve Hakediş Ödemelerinde Gecikme

Yapım sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun 97. maddesinde tanımlanan karşılıklı edimler içeren sözleşme türündedir. Bunun doğal sonucu olarak edimini yerine getirmeyen taraf, karşı tarafın edimini yerine getirmesini talep edemez ve bundan kaynaklanan olumsuz sonuçlara katlanmak zorunda kalır.

Avans ve hakediş adı altında yükleniciye bedel ödemekle yükümlü olan idare, bu yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde, yüklenicinin işe devam etmesini isteyemez ve işin durması nedeni ile meydana gelen zaman kaybını süre uzatımı yoluyla gidermek zorunda kalır. Bu durum eşitlik ilkesinin de gereğidir.

Avans, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 7/f maddesinden anlaşılacağı üzere sözleşmede özel hüküm varsa ödenebilecektir. Hakediş ödemeleri ise, şartnamenin 40. maddesindeki usul ve esaslara göre ödenecektir. Bu hükümler uyarınca yüklenici, ödemeye hak kazanmış ve yasal sürelerin dolmasına rağmen kendisine ödeme yapılmamış işe ödeme yapıncaya kadar işi durdurabilecektir. Durdurma olgusu, süre uzatımı sebebi olarak değerlendirilebilecektir.

4-) Denetim ve Talimat Vermede Aksama

Yapım sözleşmesinde yüklenici, edimlerini idarenin gözetimi ve denetimi altında yerine getirmek durumundadır. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 16. maddesinin 1. fıkrasındaki "*Yüklenici, bütün işleri yapı denetim görevlisinin, sözleşme ve eklerindeki hükümlere aykırı olmamak şartı ile vereceği talimata göre yapmak zorundadır*" şeklindeki hükümlerden, idarenin işin yürütümü sürecinde yükleniciyi yönlendirme yetki ve yükümlülüğüne sahip olduğu görülmektedir. Bu yetki

ve yükümlülüğü idareyi temsilen yapı denetim görevlisi taşımaktadır. Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde temsil yetkisinin kamu hukukundan kaynaklanması halinde yetkinin derecelenmesinin, sınır ve kapsamının kanunla belirleneceği öngörülmektedir. Şartname'nin 14, 16, 25 ve 29. maddelerinde yer alan hükümlerden yapı denetim görevlisinin yapım sürecinde idare adına gözetimci ve yönlendirici rol üstlenerek katılan temsilci olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan yapı denetim görevlisinin yanlış ve yetersiz talimatları veya gözetim görevini yapmaması yüzünden doğan aksama ve gecikmelere dayalı zaman kayıpları da süre uzatım nedeni olabilecektir.

İdarenin denetim ve talimat verme yetki ve yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediği takdirde süre uzatımı verileceğine ilişkin açık bir hüküm yoktur. Yapı denetim görevlisinin işin yürütümü ile ilgili talimatlarının sözleşme ve eklerine aykırı, uygulama kabiliyetinden yoksun veya tutarsız olduğu görüşünde olan yüklenici, şartnamenin 52. maddesi uyarınca 15 gün içinde idareye başvurarak anlaşmazlığın çözümünü isteyecektir. İdarenin iki ay içinde vereceği cevap, yüklenici görüşü doğrultusunda ise bundan doğan zaman kaybının süre uzatımı yoluyla giderilmesi hakkaniyete uygun olacaktır. Şartnamenin 52. maddesine göre, idare iki ay içinde hiç cevap vermediği takdirde yüklenici yargıya başvurarak haklarını koruyabilecektir. Borçlar Kanunu'nun 476. maddesi iş sahibinin kusurlu talimatından kaynaklanan sorunlar nedeniyle yüklenicinin sorumlu olmayacağını, bundan doğan olumsuz sonuçlara iş sahibinin katlanacağını öngörmektedir. Bu bakımdan ihale mevzuatındaki denetim ve talimat vermede idareden kaynaklanan aksamalar nedeniyle süre uzatımı verilir verilmeyeceğine ilişkin boşluk genel hükümler doğrultusunda giderilmektedir.

SÜRE UZATIMININ SONUÇLARI

İdare kendinden kaynaklanan bir nedenle sözleşmenin uygulanmasını aksatırsa bu zaman kaybını süre uzatımı vermek yoluyla telafi etmek ve yapım işinin geç tamamlanıp teslim edilmesinden doğan olumsuzluğu kabullenmek zorundadır. Bu nedenle cezai şart ve fesih uygulamaları söz konusu olmayacaktır.

Süre uzatımı, sözleşme koşullarında değişiklik olmaksızın teslim zamanının ötelenmesi olmakla birlikte, yüklenicinin sorumluluk ve işe

başlama süresinde bir artış meydana gelmesi nedeniyle kayıpların karşılanması gerekecektir.⁹

İdareden kaynaklanan nedenlerle süre uzatımı halinde yüklenicinin kayıplarının nasıl karşılanacağına dair açık bir hüküm yoktur. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesinde yer alan "*Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumu'nun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.*" şeklindeki hüküm, konuyu çözümlenmekte yeterli değildir. Bu hüküm belli bir dönemde belirli ürün ve ürün gruplarında beklenmeyen fiyat artışlarından doğan maliyet yükselmelerini karşılayarak sözleşme ilişkisinin sürdürülmesini amaçlamaktadır.¹⁰ Bu nedenle, süre uzatımı ve sonrasında fiyat artışına konu ürünle imalat yapılmışsa bununla ilgili maliyet artışı karşılanabilecektir. Ancak, bu hükümle süre uzatımının yarattığı kaybın tamamının karşılanması söz konusu değildir.

İdareden kaynaklanan nedenlerle süre uzatımı halinde yüklenicinin kayıplarının hesaplanması ve karşılanmasında sözleşme hükümlerinin yorumlanmasıyla çözüm sağlanabilecektir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 7/n maddesiyle, gecikme halinde uygulanacak cezai şartın belirlenmesi öngörülmektedir. Bu düzenleme, yükleniciye yönelik bir sözleşme yaptırımı olmakla birlikte sözleşme ilişkisinde zaman kaybının parasal değerini de göstermektedir. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4. maddesinin son fıkrasında tarafların eşitliği ilkesi kabul edilerek yorum ve uygulamaların buna göre yapılması hükme bağlanmaktadır. Eşitlik ilkesi gereğince aynı hak ve yükümlülükler sahip olan taraflardan biri olan yüklenicinin sözleşmeyle düzenlenen cezai şart ve hükmünden yararlanma hakkından yoksun olduğu düşünülemez. Yüklenici bu haktan yararlanmayı talep ettiğinde, kaybın boyutunu ve idarenin kusurlu olup olmadığını ispat etme yükümlülüğünü de üstlenmeyecektir. İşyeri defter ve kayıtlarına dayalı talep yeterli ve geçerli olacaktır. Cezai şartı aşan kaybın karşılanması söz konusu olduğunda genel hükümlere göre yüklenicinin ispat yükümlülüğünü üstlenmesi gerekecektir.

9 İbrahim KAPLAN, a.g.m, s.393'te bunu finansman zararı kavramıyla açıklamakta ve yapı sahibi tarafından karşılanması gerektiğine değinilmektedir. Damla GÜR-PINAR, Eser Sözleşmesinde Ücretin Araştırılması ve Eksiltilmesi, İzmir, 2006, s.91 ve devamında fazla maliyet kavramını kullanarak bununla orantılı ücret artışı gerekliliğine işaret etmektedir.

10 Nitekim, 24.03.2009 günlü 27179 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Tebliğ'de 2008 yılının ilk dokuz ayını kapsayan dönemdeki imalatlarda fiilen kullanılan demir ürünlerindeki beklenmeyen fiyat artışlarını karşılayacak esaslar belirlenmektedir.

Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK. m. 89)**

■ Talih UYAR*

Bu maddede, *borçlunun üçüncü kişilerde bulunan -kıymetli evraka bağlanmamış- hak ve alacaklarının haczi* konusu ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.¹

I- Borçlunun mallarının haczini isteme aşamasına gelmiş bulunan alacaklı borçlunun yanında bulunan ya da adına tapuda kayıtlı bulunan mallarının dışında, üçüncü kişilerde bulunan borçluya ait mal, hak ve alacakların da haczedilmesini isteyebilir.

Üçüncü kişilerde bulunan borçluya ait bu mal, hak ve alacaklar;

aa) Ya; para, banknot, hâmiline ait senet, poliçe, cirosu kâbil diğer senetler, altın gümüş ve diğer kıymetli şeyler niteliğindedir,

bb) Ya da; kıymetli evraka bağlı olmayan alacak, diğer talep hakları ve yukarıda belirtilen kıymetli şeyler dışında, taşınır mal niteliğindedir.

Birinci guruptaki mal ve hakların haczi, bunların fiilen görülerek, bunlara el konulması ile mümkün olur (İİK. mad. 88/I).²

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

** Alacaklar ve üçüncü şahıs elinde haczedilen mallar hakkında MADDE 89

1 UYAR, T. Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki –Kıymetli Evraka Bağlanmamış Olan-Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK. mad. 89) (Legal Huk. D. Kasım/2005, s:3999-4022 – Aralık/2005, s:4251-4271)

2 Bu konuda ayrıntılı açıklama için bknz: UYAR, T/UYAR, A/UYAR, C. İİK. Şerhi, mad. 88: AÇIKLAMA: I, dipn. 1 civarı –UYAR, T. İİK. Şerhi, C:5, s: 7568

İkinci guruptaki mal ve hakların haczi ise **İİK. mad. 89'**da, ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.³

Uygulamayı en fazla yoran⁴ ve alacaklının, borçlunun malvarlığına etkili bir şekilde el uzatmasını sağlamak amacı ile kabul edilmiş olan⁵ bu maddede, borçlunun üçüncü kişideki -kıymetli evraka bağlanmamış olan- hak ve alacakları ile, taşınır mallarının haczi konusu düzenlenmiştir.

II- Bu maddede, borçlunun üçüncü kişideki;

a) Kıymetli evraka bağlı olmayan alacaklarının,

b) Diğer talep haklarının,

c) Taşınır mallarının,

ne şekilde haczedilebileceği gösterilmiştir.

a- Borçlunun, üçüncü kişideki kıymetli evraka bağlı olmayan alacaklarının haczi: Bunlar maddede; hâmiline ait olmayan ve ciroso kâbil bir senede müstenid bulunmayan alacaklar olarak gösterilmiş de, bir kıymetli evrak türü olan *nama yazılı senetler* burada öngörülmemiş olmasına rağmen, bunların da bu maddenin kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir. İİK. mad. 89/I'de -İİK. mad. 88/I'de olduğu gibi- sadece *hâmiline ve emre yazılı senetler* belirtilmek suretiyle, *nama yazılı senetlerin* bu maddenin kapsamı dışında bırakıldığı izlenimi uyanmakta ise de, kıymetli evrakı; *hakkın senede bağlı olduğu ve senetsiz devir ve tasarrufun mümkün olmadığı senetler* şeklinde tanımlayan ve açıklayan TTK. mad. 645, 646, 647, 655, 656 maddeleri karşısında, aynı tanımlamaya giren *nama yazılı senetlerin haczinin de hâmiline ve emre yazılı senetler* gibi -İİK. mad. 88'e göre- yapılması gerekir.

3 UYAR, T. Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki - Kıymetli Evraka Bağlanmamış - Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fak. Der. Sayı: 2, s: 205-227) – UYAR, T. Borçlunun Üçüncü Şahıslarda Bulunan Alacakları ve Menkul Mallarının Haczi (ABD. 1976/6, s: 1008-1020; İBD. 1977/10-11-12, s: 37-50)

4 İLALAN, F. İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, 1963, s: 21

5 POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku Esasları, s: 451

Başka bir deyişle, *nama yazılı kıymetli evrakta* da, hak senede kesin olarak bağlı ve kural olarak, senetle birlikte olmaksızın hakta -haciz de dahil- tasarruf imkânsız olduğundan, nama yazılı senetlere bağlı hakların da haczi, ya borçlu yanında senetlerin fiilen görülmesi ve el konması (İİK. mad. 88/I) ya da -aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği gibi- mülkiyeti borçluya ait senetleri vedia, rehin, âriyet (hatır senedi) olarak veya vekaleten yahut intifa hakkı sahibi sıfatıyla elinde bulunduran üçüncü kişilerin yokluğunda haciz kararı almak ve ayrıca tedbir niteliğinde olarak bu haczin üçüncü kişiye ihbarı (İİK. mad. 89/I) suretiyle mümkündür. Bu nedenle; bankaya borçlu tarafından tahsil edilmiş ya da rehnedilmiş kambiyo senetlerinin de haczinde İİK. mad. 89 uygulanabilir.^{6,7,8}

Yargıtay, çeşitli içtihatlarında, bonoların,⁹ çeklerin¹⁰ hâmiline yazılı olan ya da cirosu mümkün senetlerin,¹¹ kısacası kambiyo senetlerinin¹² ve anonim şirket hisse senetlerinin,¹³ 89. maddeye göre üçüncü kişi senet borçlusuna (hisse senedini çıkarmış olan şirkete) 'haciz ihbarnamesi' gönderilerek haciz edilemeyeceğini, '*senetlerin fiilen haczedilip, muhafaza altına alınması suretiyle -yani; İİK. mad. 88'e göre- haciz edilebileceğini*¹⁴ belirtmiştir.

Bu kural, kamu düzeni ile ilgili ve emredici bir kural olduğundan buna aykırı olarak yapılan işlem (yani; bu tür senetlerin 89. maddeye göre 'haciz ihbarnamesi' gönderilerek haczedilmesi) *süresiz şikâyet*'e neden olur.¹⁵ Ayrıca belirtelim ki, -hatalı olarak- gönderilen haciz ihbarnamelerine şikâyet ve itirazda bulunmayan üçüncü kişinin (kambi-

6 DOMANİÇ, H. Kıymetli Evrakta Bağlanması Mümkün Hakların Haciz Kabliyeti, (BATİDER, 1970, C: V, S: 4, s: 757) - KURU, B. İcra ve İflas Hukuku C:1, s:773 - YAVAŞ, M. Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, s:147

7 Bknz: 19. HD. 28.11.1996 T. 5571/10662

8 Karş: 12. HD. 16.1.1991 T. 13840/235

9 Bknz: 12. HD. 23.2.1982 T. 684/1362

10 Bknz: 11. HD. 12.10.1984 T. 4507/4666; 12. HD. 24.5.1978 T. 4666/4766

11 Bknz: 11. HD. 12.10.1984 T. 4507/4666; 12. HD. 28.6.1982 T. 5490/5788; 23.2.1982 T. 684/1367

12 Bknz: 12. HD. 18.3.2003 T. 2563/5668

13 Bknz: 8.3.2005 T. 351/4722; 1.11.2004 T. 18478/22744; 11.3.2004 T. 606/5526

14 Bknz: 12. HD. 1.11.2011 T. 4965/20942; 11. HD. 30.3.1982 T. 1157/1386 – 12. HD. 10.7.1985 T. 13946/7878

15 Bknz: 12. HD. 24.5.1978 T. 4666/4766

yo senedi borçlusunun) senedin bedelini icra dairesine ödemiş olması, daha sonra aynı senet bedelini -ikinci kez- senedin iyiniyetli hâminele ödemekten kendisini kurtarmaz.¹⁶

Bu maddeye göre haczi sözkonusu olan alacak, **tâliki koşula bağlı olsa** dahi haczedilebilir.¹⁷ Keza, doğmamış olmakla beraber, **gerçekleşmesi umulan alacaklar** haczedilebilir.¹⁸ **Yüksek mahkeme**, bu konuya ilişkin *kimi kararlarında*¹⁹ ...*Kural olarak, ileride doğması muhtemel bir hakkın haczi mümkün olmadığından, üçüncü kişiye 'borçlunun nezdinde doğmuş ve doğacak hak ve alacakları üzerine haciz konulduğu' şeklinde haciz ihbarnamesi gönderilmesi halinde, üçüncü kişinin sorumluluğunun 'haciz ihbarnamesinin kendisine ulaştığı tarihteki mevcut durumla sınırlı olduğunu'... belirtmişken, kimi kararlarında ise ...Müstakbel (beklenen ya da doğacak) alacaklar için haciz ihbarnamesi gönderilebilmesi üçüncü kişi ile borçlu arasında süregelen bir hukuki ilişkinin varlığına bağlıdır. Hukuki münasebetin varlığı ve bu ilişki nedeniyle borçluya ödenecek ve devamlılık arzeden bir alacağın bulunduğu hallerde, üçüncü kişiye İİK'nin 89. maddesine göre haciz ihbarnamesi gönderilmesi gerekir...*²⁰ ...*Takip borçlusunun üçüncü kişideki müstakbel alacağının haczi mümkündür. Haciz sırasında alacağın doğmuş olması gerekmez, alacağın doğumunun ihtimal dahilinde bulunması yeterlidir...*²¹ demiştir.

Yine **yüksek mahkeme** "*Haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihinde borçlunun davalı/üçüncü kişi banka nezdindeki mevduat hesabında bulunan miktar üzerine haciz uygulandığı, haciz ihbarnamesinde, doğacak alacaklar üzerine de haciz konulmuş olduğu bildirilmiş olmasına rağmen takip borçlusu ile davalı/üçüncü kişi banka arasında, banka nezdinde müstakbel alacak doğuracak (kira, istihkak, maaş vb) bir hu-*

16 Bknz: 12. HD. 19.4.1983 T. 1901/3059

17 BELGESAY, M. R. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, s: 265 – KURU, B. Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, 1977, s: 72 – KURU, B. Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, 2002, s: 129 vd.

18 KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, s: 428 – KURU, B. Bankalardaki Mevduatın Haczi, 1977, s: 71; 2002, s: 127 vd. – ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları, s: 194 - YAVAŞ, M. age. s:168 vd.

19 Bknz: 12. HD. 27.6.2011 T. 32479/13903; 22.10.2004 T. 47928/22583; 19. HD. 6.7.1995 T. 9723/6226

20 Bknz: 12. HD. 8.3.2002 T. 3683/4795

21 Bknz: 19. HD. 23.9.1999 T. 4545/5107

kuki ilişkinin olmadığı, borçlunun banka nezdinde mevduat hesabı bulunmakla birlikte anılan mevduat hesabına düzenli (periyodik) olarak para yatırılmasının da söz konusu olmadığı açık olduğundan davalı/üçüncü kişi banka tarafından sadece haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihinde mevcut hesap bakiyesine haciz uygulanmasına ilişkin işlemin hukuka uygun olduğu"²² nu belirtmiştir.

Kanımızca, üçüncü kişi ile borçlu arasındaki mevcut bir hukuki ilişki nedeniyle, borçlunun ileride (yakın bir tarihte) üçüncü kişi nezdinde doğabilecek alacağının -İİK. mad. 89'a göre- haczinin mümkün olabilmesi gerekir. Doğacak alacağın miktarının önceden bilinmemesi önem taşımaz. Örneğin; borçlu-müteahhidin alacaklıları, borçlunun yaptığı iş karşılığında, üçüncü kişi konumundaki Karayolları Genel Müdürlüğü'nden, belediyeden alacağı istihkakı üzerine -henüz istihkak düzenlenmeden- haciz koyabilirler.

Yine *müstakbel alacakların haczi* konusuyla ilgili olarak **yüksek mahkeme;**

- *3. kişilere haciz ihbarnamesi gönderilebilmesi için, kural olarak 3. kişi nezdinde borçlunun mevcut bir alacağının bulunması gerektiğini, "müstakbel" (beklenen veya doğacak) alacaklar için haciz ihbarnamesi gönderilebilmesi için, 3. kişi ile borçlu arasında süregelen bir hukuki ilişkinin bulunması gerekeceğini²³*
- *Borçlunun henüz doğmamış ve haciz tarihinde borçlu adına tahakkuk edip etmeyeceği bu aşamada bilinmeyen hak ve alacaklarının 3. kişiye haciz ihbarnamesi gönderilerek haczedilemeyeceğini²⁴*
- *Borçlunun ileride doğacağı kuvvetle muhtemel olan "emekli ikramiyesi"nin haczine yasal bir engel bulunmadığını²⁵*
- *Borçlunun henüz doğmamış olan kıdem tazminatı alacağı üzerine haciz konulamayacağını²⁶*

22 Bknz: HGK. 26.09.2012 T.12-139/624

23 Bknz: 12 HD 21.06.2011 T. 2010-3151/12785; 26.11.2007 T. 19312/22086

24 Bknz: 12. HD. 27.06.2011 T. 2010-32479/13903

25 Bknz: 12. HD. 01.04.2011 T. 2010-26273/5262

26 Bknz: 12. HD. 1.4.2004 T. 3125/7838

- *Borçlu ile üçüncü kişi arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, ileride doğması muhtemel haklar için (ileride borçluya ait olacak katlar için) henüz borçlu adına kayıtlı olmayan, üçüncü kişiye (arsa sahibine) ait bulunan taşınmaz (daireler) üzerine haciz konulamayacağını*^{27,28,29}

belirtmiştir.

Doğmuş ve fakat henüz günü gelmemiş (muacceliyet kazanmamış) (=müeccel) bir alacağın da haczi mümkündür.³⁰ Mektubu veren banka ile muhatap arasında bir garanti sözleşmesi niteliğini taşıyan teminat mektubundan muhatap lehine ileride doğacak olan müstakbel alacak 89. maddeye göre, muhatapın alacaklıları tarafından haczedilebilir.^{31,32}

İcra müdürü, 6352 sayılı kanunun kabul edilmesinden önce, *haczedilmesi istenen hak ve alacağın İİK. 82 gereğince haczedilmemesi gereken haklardan olduğunu* ileri sürerek, kendiliğinden birinci haciz ihbarnamesi göndermekten kaçınıyordu.³³ 6352 sayılı kanunla İİK.'nin 82. maddesine son fıkra olarak "*İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir.*" şeklinde yeni bir hüküm eklenmiş olduğundan, artık icra müdürünün birinci haciz ihbarnamesi gönderilmesine yönelik talepler hakkında da kabul veya red kararı vereceğini kabul etmek gerekecektir. Ayrıca belirtelim ki; kendisine birinci haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişi de *kendilerinde bulunan borçluya ait paranın yasalar gereği haciz edilemeyeceğini* belirterek, bu para üzerine haciz koymaktan kaçınmaz.³⁴

27 Bknz: 12. HD. 27.6.2011 T. 32479/13903; 5.4.2010 T. 26340/7981; 2.11.2004 T. 18381/22992; 22.3.2004 T. 1655; 16.3.2004 T. 1479/6106

28 Karş: 4. HD. 5.7.2004 T. 5822/8806

29 Bu konuda ayrıca bknz: DERYAL, Y. Borçlunun Kooperatifteki Daire Alacağının Hacine İlişkin Bir Örnek Olay İncelemesi (Ünal Tekinalp'e Armağan, 2003, C: I, s: 297-322)

30 KURU, B. İcra ve İflâs Kanunu Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, 1963, s: 25

31 KURU, B. age. C: 1, s: 767

32 Ancak hemen belirtelim ki, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (mad. 26/son) idarece alınan teminatların haczedilemeyeceğini öngördüğünden, bu kanun uyarınca, idareye hitaben verilen teminat mektuplarından dolayı, idarenin bankadaki alacağı, idarenin alacaklıları tarafından haciz edilemeyecektir...

33 Bknz: 12. HD. 6.4.1995 T. 5213/5151

34 Bknz: 12. HD. 21.9.2004 T. 15432/19777; 10.6.2004 T. 10752/14712; 7.5.2002 T. 8546/9594

Alacaklının talebini kabul ederek *birinci haciz ihbarnamesi* gönderilmesine karar veren icra müdürünün, bu ihbarnameyi *tüzel kişiliği bulunan* üçüncü kişilere göndermesi gerekir. Örneğin; tüzel kişiliği bulunmayan, *T. Telekom A.Ş. Uşak İl Müdürlüğü'ne, Jandarma Genel Komutanlığı'na, Saymanlık Müdürlüğü'ne, Piyade Alayı Kantin Komutanlığı'na Yatırım Tesisleri Daire Başkanlığı'na, Batı Limanı Mehtin Sabancı Kemik Hastalıkları Hastanesi Başhekimliği'ne, Milli Savunma Bakanlığı İç Tedarik Bölge Başkanlığı Saymanlık Müdürlüğü'ne, Tesisler ve Yatırımlar Dairesi Başkanlığı'na, Türk Hava Kuvvetleri Komutanlığı'na, ... Piyade Tugay Komutanlığı'na, İstanbul Yaş Meyve ve Sebze Toptancı Hal Müdürlüğü'ne, Sağlık Bakanlığı yerine Hastanesi Başhekimliği'ne, Milli Eğitim Bakanlığı yerine İlköğretim Okulu Müdürlüğü'ne* birinci haciz ihbarnamesi gönderilemez.³⁵

Bakanlıkları, buldukları yerlerde hazine vekilleri temsil ettiğinden, bakanlık adına tebligatın bu kişilere, hazine vekili bulunmayan yerlerde *mal müdürlüklerine* tebligat yapılması gerekir.³⁶ Hazine vekilleri (ve mal müdürlükleri) yerine; Karayolları Genel Müdürlüğü'ne, Emniyet Genel Müdürlüğü'ne, Menderes Gümrük Müdürlüğü'ne yapılan tebligat geçersiz olmaz (yapılan bu tebligatla birinci haciz ihbarnamesi kesinleşmiş olmaz).³⁷

Yeni yasal düzenleme ile Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Orman ve Su İşleri Bakanlığı'na bağlı, özel bütçeli bir kuruluş haline getirilmiş olduğundan, 3. kişi sıfatıyla kendisine haciz ihbarnamesi gönderebilecektir.³⁸

Uygulamada önem taşıdığı için ayrıca belirtelim ki; alacaklı, borçlunun hak ve alacakları üzerine -İİK. mad. 78 uyarınca- doğrudan doğruya haciz konulmasını isteyebileceğinden, borçlunun üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının, üçüncü kişiye *haciz yazısı* veya 89. maddeye göre *haciz ihbarnamesi* gönderilerek haczedilmesi mümkündür.³⁹ İcra dairesinin gönderdiği haciz yazısını alan üçüncü kişi, icra mahkemesine

35 Bknz: 12. HD. 07.07.2011 T. 33720/1439; 22.12.2011 T. 11948/30341; 7.7.2011 T. 33720/14639; 29.12.2011 T. 12483/31568; 15.6.2004 T. 10617/7285; 6.5.2004 T. 7032/11456; 8.4.2004 T. 4088/8485; 6.1.2004 T. 22966/399 vb; 4. HD. 03.02.2011 T. 2400/991

36 Bknz: 12. HD. 30.6.2003 T. 12205/15514

37 Bknz: 12. HD. 14.3.2005 T. 1606/5324; 10.2.2005 T. 26348/2244

38 Bknz: 12. HD. 29.12.2011 T. 12483/31568; 22.12.2011 T. 11948/30341

39 Bknz: 12. HD. 5.12.2011 T. 8308/26324; 21.9.2004 T. 15432/19777; 16.3.2004 T. 888/6063; 30.1.2004 T. 23982/1933

başvurarak gönderilen haciz yazısının İİK. mad. 89/I'de öngörülen haciz ihbarnamesinin özelliklerini taşımadığı konusunda şikayette bulunamaz.⁴⁰

b- Borçlunun üçüncü kişideki talep haklarının haczi: Burada haczi sözkonusu olan talep hakkı, *bir şeyin edasına ilişkin talep hakkıdır.*⁴¹ Örneğin; iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan alacaklar, bu maddeye göre haczedilebilir. Mülkiyeti muhafaza koşulu ile yapılan satışta, satıcının alacaklısı, satıcıda olan ve henüz ödenmemiş bulunan semen alacağı için 89. maddeye göre alıcı üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderebilir.⁴²

c- Borçlunun üçüncü kişideki taşınır mallarının haczi: Üçüncü kişide bulunan borçluya ait taşınır mallar da bu maddeye göre haczedilir. Nitekim **yüksek mahkeme haciz ihbarnamesi gönderilerek, üçüncü kişide bulunan borçluya ait kahve makinesinin de haczedilebileceğini**⁴³ belirtmiştir.

Üçüncü kişinin kullandığı taşınmaz malların haczi ise, bu madde kapsamı dışında kalıp, bunların haczi tapu siciline şerh vermekle -İİK. mad. 91'e göre- gerçekleşir.

III- İİK. mad. 89'a göre, borçlunun üçüncü kişideki alacakları, talep hakları yahut taşınır malları, *icra memurunun haciz iradesini açıklaması ile* haczedilmiş olur. Ayrıca üçüncü kişiye durumun bildirilmesi (ihbarı), haczin tamamlanmasında rol oynamaz. Bu bildirim, yasanın öngördüğü bir koruma (muhafaza) tedbiridir.

Borçlunun üçüncü kişideki alacak, talep hakları ya da taşınır malları -açıklandığı şekilde- haczedilince, durumun ayrıca borçluya da bildirilmesi gerekir (İİK. mad. 103, Yön. mad. 45). Ancak, haciz, bu bildirimden önce icra memurunun haciz iradesini açıklaması ile tamamlanmış olduğundan, üçüncü kişideki alacağın haczedildiği hususunun borçluya bildirilmesi sadece İİK. mad. 103 gereğince hacizden sonra yapılan bir

40 Bknz: 12. HD. 5.4.2005 T. 4205/7240; 29.3.2005 T. 2276/6602

41 ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 196

42 UYAR, T. İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 3. Bası, s: 37 – ARSLAN, R. a.g.m. S: 97

43 Bknz: 12. HD. 23.2.1998 T. 375/1968

işlem niteliğindedir. Yoksa haciz bu bildirim borçluya ulaşması ile tamamlanmış olmaz.

Aynı gerekçe ile, borçlunun bankadaki mevduatı, icra memurunun, bunun haczine karar vermesi ile haczedilmiş olur. Haczin tamamlanmış sayılması için bankaya birinci haciz ihbarnamesinin gönderilmiş (tebliğ edilmiş) olması zorunlu değildir. Bankaya haciz ihbarnamesi gönderilmesi, bankadaki mevduatın borçlu tarafından çekilmesini (borçluya ödenmesini) önleyen bir muhafaza tedbiridir.^{44,45}

IV- Borçlunun *maaş ve ücret alacakları*, 89. maddenin kapsamı dışında kalır. Başka bir deyişle, borçlunun maaş ve ücreti, bu maddeye göre değil, İcra ve İflâs Kanunu'nun 355. maddesine göre haczedilir.^{46,47} Fakat **yüksek mahkeme** önce bir kararında *borçlunun üçüncü kişiden almakta olduğu maaşının, İİK'nin 355. maddesi koşullarında haczedilebileceği gibi, İİK. 89/1'e göre haciz ihbarnamesi gönderilerek de haczedilebileceğini*⁴⁸ belirtmişken daha sonra "*maaş ve ücret haczi için İİK.'nin 83.ve 355. maddelerinde özel bir düzenleme bulunduğu için maaş ve ücret hacizlerinde İİK.'nin 89. maddesindeki prosedürün uygulanmayacağı*"⁴⁹ belirtmiştir.

V- Borçlunun -nitelikleri yukarıda belirtilen- üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının ihtiyaten haczinde de, İİK. mad. 89'daki ilkelere uyulur.⁵⁰

VI- Borçlunun üçüncü kişideki -yukarıda belirtilen türden- bir alacağı, talep hakkı ya da taşınır malı haczedilince, icra memuru alacaklının istemi üzerine, 3. kişiye bir haciz ihbarnamesi gönderir. **Birinci haciz ihbarnamesi** denilen bu ihbarname⁵¹ dosya numarasını; *üçüncü kişinin adını, soyadını ve adresini, alacaklının, borçlunun, varsa vekil-*

44 KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, s: 406 – KURU, B. İcra ve İflâs Kanununun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler (Seminer, 2004), s: 28

45 Aynı doğrultuda: HGK. 1.12.1999 T. 12-1003/11017; 12. HD. 7.4.1999 T. 3833/4357

46 Aynı görüşte: KURU, B. El Kitabı; s: 431 - YAVAŞ, M. age. s:10, 183

47 Aynı doğrultuda: 12. HD. 6.10.1983 T. 5307/7092

48 Bknz: 12. HD. 17.6.2003 T. 11029/14490

49 Bknz: 19.HD.15.06.2011 T.13379/8079

50 Bknz: İİD. 26.1.1970 T. 763/7885

51 Bknz: Basılı Örnek No: 20

lerinin adını, soyadını ve adreslerini; alacak tutarı ile faiz ve giderler; haczin neye ilişkin olduğu; haczin hangi miktar için yapıldığı hakkındaki bilgileri içerir.

Ayrıca, üçüncü kişinin alacak tahsil edilinceye kadar borcunu yalnız icra dairesine ödemesi gerektiği; borçluya yapılan ödemenin geçerli olmayacağı veya hacizli malı ancak icra dairesine teslim edebileceği; malı borçluya vermemesi, aksi halde malın bedelini icra dairesine ödemek zorunda kalacağı ihtarını içerir.

Bu ihbarname, üçüncü kişinin borçlu olmadığı veya malın elinde bulunmadığı veya haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce borç ödenmiş; mal istihkak edilmiş, kusuru olmaksızın telef olmuş, malın borçluya ait olmadığı veya malın kendisine rehnedilmiş olduğu veya alacağın borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğu gibi bir iddiası varsa, haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesine yazılı veya sözlü olarak itirazda bulunabileceği ihtarını da içerir.

Bu ihbarname ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin iki, üç, dört ve beşinci fıkraları hükümleri de üçüncü kişiye bildirilir. (Yön. mad. 42)

Üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamesinin, İİK. 89/T'de öngörülen unsurları içermemesi halinde, üçüncü kişinin İİK. 89'a göre tazminat sorumluluğu doğmaz.⁵² Örneğin; haciz ihbarnamesini gönderen icra dairesinin dosya numarasını içermeyen haciz ihbarnamesi geçerli olmaz...⁵³ **Yüksek mahkeme** bir olayda üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamesinin başlığında 'hangi icra dairesinden gönderildiğinin belirtilmemiş olması halinde, üçüncü kişiye gönderilen tebliğ zarfında aynı hususun yazılı olup olmadığının araştırılması gerekeceğini⁵⁴ Üçüncü kişiye gönderilen haciz ihbarnamesinde borç miktarının yazılı olmaması halinde, üçüncü kişinin varlığını kabul ettiği miktarla sorumlu tutulabileceğini⁵⁵ belirtmiştir.

52 Bknz: 12. HD. 7.5.1991 T. 12352/5643

53 Bknz: HGK. 29.9.2004 T. 12-455/455

54 Bknz: 12. HD. 26.5.1992 T. 13194/7248

55 Bknz: 12. HD. 14.11.1990 T. 12009/11493

Bu ihbarnamede yer alan *haczin neye ilişkin olduğu* sözcükleri ile; *borçlunun üçüncü kişide bulunduğu ileri sürülen alacağının miktarı* kastedilmiş değildir. Aşağıda görüleceği gibi, bu madde özellikle borçlunun -üçüncü kişi durumundaki- bankalarda bulunan parasının haczinde uygulanır. Bankaların da, alacaklı olduğunu ileri süren ve bunu kanıtlayan kişilere, müşterilerinin kendilerinde bulunan para ve kıymetli şeylerin miktarını meslek sırrı gerekçesiyle açıklamaktan kaçınacakları doğaldır. Bu durumda, alacaklı, borçlusunun bankadaki parasının miktarını nasıl öğrenip icra memuruna bildirecektir?

Bu nedenle, kanunda (mad. 89/I) öngörülmeyip, İİK. Yönetmeliği'nde (mad. 42/II) belirtilen; *haciz ihbarnamesinde, haczin neye ilişkin olduğunun* bildirilmesi koşulunu fazla sert yorumlamamak gerekir.^{56,57} **Yüksek mahkeme** de *borçlunun üçüncü kişideki alacağının miktar olarak net/belirli olmasa da üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilebileceğini*⁵⁸ belirtmiştir.

İİK. mad. 89'a göre *haciz ihbarnamesi* tebliğ edilmeden borçlunun alacaklı bulunduğu üçüncü kişiye doğrudan doğruya haciz işlemine girilemez.⁵⁹ Girişilirse, üçüncü kişi buna karşı şikâyetle bulunabilir.

VII- İcra dairesi, bulunduğu ilçe sınırları dışındaki üçüncü kişilerle, bu haciz ihbarnamesini kendisi mi gönderecek yoksa istinabe yolu ile, üçüncü kişilerin bulunduğu yer icra dairesi tarafından mı haciz ihbarnamesinin gönderilmesi gerekecektir? Adalet Bakanlığı bu konuda yayınladığı mütalaalarda⁶⁰ *'haciz ihbarnamelerinin istinabe yolu ile üçüncü kişilerin (bankaların) bulunduğu yerdeki icra dairesi tarafından gönderilmesi gerektiğini'* belirtmiştir. Adalet Bakanlığı'nın bu görüşü hatalıdır. Haciz ihbarnamesinin istinabe yolu ile gönderilmesi, takibin yapıldığı icra dairesinin işini kolaylaştırmaz, tersine zorlaştırır. Ayrıca, haciz ihbarnamelerinin istinabe yolu ile gönderilmesi, aradan

56 Aynı görüşte: KURU, B. a.g.e. c:1, s: 694 – ARSLAN, R. a.g.m. s: 98 - YAVAŞ, M. age. s:25

57 Aksi görüş için bkz: POSTACIOĞLU, İ. age. s: 452, 456 – ÜSTÜNDAĞ, S. a.g.e. s: 197 – YÜKSEL, A. S. Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, s: 80

58 Bknz: 12. HD. 15.5.2001 T. 6372/8574; HGK. 24.12.1969 T. İc. İf. - 492/1049

59 knz: 12. HD. 20.2.1986 T. 8352/1982

60 Bknz: Ad. Bak. Huk. İş Gn. Müd. 5.1.1970 T. 98 sayılı, 28.12.1968 T. 28335 sayılı, 26.2.1966 T. 4202 sayılı mütalâaları (Ad. Bak. Mütalâa ve Tamimler, 1974 s: 256 vd.; 1976, 324)

geçen süre içinde, borçlunun üçüncü kişideki -örneğin, bankadaki- alacağını almasına ve dolayısı ile alacaklının bundan zarar görmesine neden olur.⁶¹ Bildiğimiz kadariyle, -Adalet Bakanlığı'nın bu mütalaasına rağmen- uygulamada haciz ihbarnameleri, takibin yapıldığı icra dairesi tarafından doğrudan doğruya üçüncü kişilere gönderilmektedir. **Yargıtay** da "*haciz ihbarnamesinin istinabe yoluyla (talimat icra dairesince) değil, doğrudan doğruya takibin yapıldığı icra dairesince gönderilebileceği*⁶² ve *birinci haciz ihbarnamesine yönelik şikayetin, bu ihbarnamayı doğrudan doğruya banka şubesine gönderen icra müdürlüğünün bağlı olduğu icra mahkemesinin inceleyeceğini*"⁶³ belirtmiştir.

VIII- Yüksek mahkeme, üçüncü kişilere gönderilecek haciz ihbarnameleri ile ilgili olarak;

- Alacaklı vekilinin takip dosyasından ... tarihinde yaptığı talep doğrultusunda, borçluya ait iki adet aracın güncel takyidat bilgilerinin sorgulanması görevinin icra müdürünün görevleri arasında olduğu, Adalet Bakanlığı ile Türkiye Barolar Birliği arasında imzalanan Veri Erişim, Paylaşım ve Kullanım Esaslarına Dair Protokol kapsamında, takip dosyasına taraf vekili olarak kaydedilen avukatlara, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) kapsamında talep konusu olan sorgulamayı yapma imkanı verilmiş ise de, alacaklı vekili olan avukata tanınan sorgulama yapma imkanının, icra müdürünün talep konusu sorgulamayı yapma görevini ortadan kaldırmayacağını⁶⁴
- İcra müdürlüğünün yazısı ile blokenin kaldırıldığı ve paranın serbest bırakıldığı bildirildiğine göre kendisine 89 haciz ihbarnamesi tebliğ edilen şikayetçi üçüncü kişinin borçluya ödeme yapmasında bir yanlışlık bulunmayacağını icra müdürünün paranın serbest kaldığı yönündeki yazısının şikayetçiye tebliğinin borçluya ödeme yapan şikayetçi üçüncü kişiyi icra dosyasına karşı sorumluluktan kurtaracağını⁶⁵

61 KURU, B. Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, 1977, s: 18 - KURU, B. El Kitabı, s:468 - YAVAŞ, M. age. s:33 vd.

62 Bknz: 12. HD. 2.7.2001 T. 10731/11982

63 Bknz: 12. HD. 7.10.1999 T. 10555/11805

64 Bknz: 12. HD. 18.06.2012 T. 5309/20891

65 Bknz: 12. HD. 11.06.2013 T. 14930/21976

- *Haciz işleminin tebliğinden sonraki miktar için hesap üzerinde bloke işleminin gerçekleştirilmesi hususunda, haciz yazısının İİK'nin 89. maddesine aykırı olduğu iddia edilip, şikayet yoluyla işlemin iptal edilmesinin talep edilebileceğini*⁶⁶
- *İcra mahkemesince davalının defter ve kayıtları üzerinde tarafların beyanları doğrultusunda ve Yargıtay denetimine imkan verecek şekilde bilirkişi incelemesi yaptırılıp, 1. haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği tarihte "borçlunun üçüncü kişiden istenebileceği, kesin nitelikte bir alacağının bulunup bulunmadığı"nın belirlenmesinden sonra, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini*⁶⁷

*Açılan iflasın ertelenmesi davası nedeniyle, borçlu hakkında takiplerin durdurulması konusunda verilen tedbir kararından sonra, "takip dosyasından 3. kişilere gönderilen haciz ihbarnamelerinin iptaline" karar verilmesi gerekeceğini*⁶⁸

*İkinci haciz ihbarnamesinin, İİK'nin 89/III. maddesinin emredici hükmüne uygun içerikte düzenlenmemiş olması halinde, süresiz şikayet yoluyla iptalinin icra mahkemesinden istenebileceğini*⁶⁹

*Kooperatif ortaklarının, borçlu kooperatife karşı "3. kişi" konumunda bulunmamaları nedeniyle, kooperatifin borçlarından dolayı ortaklara "haciz ihbarnamesi" gönderilemeyeceğini; gönderilen haciz ihbarnamesinin iptali için borçlu kooperatifin, ortakları adına şikayette bulunmakta hukuki yararının bulunacağını*⁷⁰

*İİK'nin 89/III maddesinde öngörülen menfi tespit davasının açılabileceği; 15 günlük sürenin kesin süre olduğu, bu nedenle mahkemece doğrudan doğruya gözetilmesi gerekeceğini; süresinde menfi tespit davası açmadığı için kendisinden talep edilen parayı icra veznesine yatırmaya mecbur kalan 3. kişinin "takip borçluları aleyhine" sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacak davası açabileceğini, bu durumda 3. kişinin İİK'nin 72. maddesi uyarınca "borçlu olmadığına tespiti" için menfi tespit davası açamayacağını*⁷¹

66 Bknz: 11. HD. 03.04.2012 T. 2010-15003/5229

67 Bknz: 12. HD. 20.12.2011 T. 11196/29542

68 Bknz: 12. HD. 19.12.2011 T. 11104/29530

69 Bknz: 12. HD. 19.12.2011 T. 12403/29434

70 Bknz: 12. HD. 01.12.2011 T. 9206/2517

71 Bknz: 19.HD. 28.11.2012 T. 11571/17838

*Adi komandit şirketlerde komandite ortakların şahsi alacaklılarının, şirkete ait taşınır ve taşınmaz malların haczini isteyemeyeceklerini, sadece borçlunun bilançoya göre şirketteki her yıl sonunda muaccel hale gelen kâr payları ile şirketin tasfiyesi sonunda borçlu ortağa düşecek paya haciz koyabileceklerini*⁷²

*Haciz ihbarnamesine itiraz etmiş olan 3. kişi hakkında alacaklının icra mahkemesine başvurarak 'itirazın kaldırılması ve tazminat' talebinde bulunamayacağını*⁷³

*5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nda haczedilmezliğe ilişkin bir hüküm bulunmadığından, bu kurumun bankadaki hesabında bulunan paraların haczedilebileceğini*⁷⁴

- *Alacaklının, İİK'nin 78 vd. maddeleri gereğince hak, alacak ve malları üzerine doğrudan haciz konulmasını isteyebileceği gibi, İİK'nin 89. maddesi gereğince; borçlunun 3. kişide bulunan hak ve alacaklarının haczi için bu madde koşullarında 3. kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesini talep edebileceğini- Bu durumda İİK'nin 89. maddesinden farklı olarak, İİK'nin 78. maddesine göre talep edilen haciz nedeniyle muhatabın (3. kişinin) doğrudan doğruya herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı, başka bir deyişle 3. kişinin haciz yazısına cevap vermemesi halinde, nezdinde haczin kesinleşmiş sayılmayacağını*⁷⁵
- *Üçüncü kişiye borçlunun borcundan dolayı haciz ihbarnamesi gönderildikten sonra borcun bu şekilde kesinleşmesi üzerine, üçüncü kişinin mal ve alacaklarının haczedilmesi gerekeceğini; üçüncü kişinin bu borcundan dolayı bankalara (başka üçüncü kişilere), tekrar haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceğini*⁷⁶
- *Haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihinde borçlunun davalı/üçüncü kişi banka nezdindeki mevduat hesabında bulunan miktar üzerine haciz uygulandığını, haciz ihbarnamesinde, doğacak alacaklar üzerine de haciz konulmuş olduğu bildirilmiş olma-*

72 Bknz: 12. HD. 24.11.2011 T. 7724/24920

73 Bknz: 12. HD. 21.11.2011 T. 6640/23097

74 Bknz: 12. HD. 17.11.2011 T. 5867/22521

75 Bknz: 12. HD. 02.11.2011 T. 5594/22779; 14.04.2011 T. 2010-25473/6450

76 Bknz: 12. HD. 27.09.2011 T. 1523/16715

sına rağmen takip borçlusunu ile davalı/üçüncü kişi banka arasında, banka nezdinde müstakbel alacak doğuracak (kira, istihkak, maaş vb) bir hukuki ilişkinin olmadığını, borçlunun banka nezdinde mevduat hesabı bulunmakla birlikte anılan mevduat hesabına düzenli (periyodik) olarak para yatırılmasının da söz konusu olmadığı açık olduğundan davalı/üçüncü kişi banka tarafından sadece haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihinde mevcut hesap bakiyesine haciz uygulanmasına ilişkin işlemin hukuka uygun olduğunu⁷⁷

- *Adi ortaklığın sahip olduğu mallar ve alacaklar, şirketin müşterek malı olup, ortaklar bu mallar üzerinde iştirak halinde mülkiyet hükümlerine göre malik olup, adi ortaklardan birinin alacaklısının, adi ortağın şirketteki kâr payının veya tasfiye payının haczini talep edebileceğini; ancak adi ortaklardan biri aleyhindeki icra takibinde, adi ortaklığın üçüncü kişi nezdinde bulunan alacağına haciz konamayacağını⁷⁸*

Borçlunun yaptığı 'arsa bedeli karşılığı kat verilmesi sözleşmesi'nden doğmuş ve doğacak alacaklarının, 3. kişiye haciz ihbarnamesi gönderilerek haczedilemeyeceğini, bu konuda gönderilmiş olan haciz ihbarnamesinin iptaline karar verilmesi gerekeceğini⁷⁹

- *Anonim şirketlerde, şirketten tahsil edilemeyen kamu borçlarından, şirketin yönetim kurulu üyelerinin tamamı kanuni temsilci sıfatıyla ve müteselsilen sorumludur; ancak, ana sözleşmeye hüküm konularak şirketin kanuni temsil yetkisinin, yönetim kurulu üyelerinden birine veya birkaçına verilip, diğer yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulabileceğini, mahkemece, öncelikle ortakların yönetim kurulu üyesi olup olmadıkları ve yönetici olanların görev sürelerinin ne olduğu, dava konusu kamu alacağının bu sürelerle karşılık gelen miktarının araştırılmasından sonra değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini⁸⁰*

77 Bknz: HGK. 26.09.2012 T. 12-139/624

78 Bknz: 12. HD. 04.07.2011 T. 3953/14126

79 Bknz: 12. HD. 27.06.2011 T. 2010-32479/13903

80 Bknz: 11. HD. 14.06.2011 T. 4753/7389

- İkinci haciz ihbarnamesine süresinde itiraz etmiş olan davacının, itiraz dilekçesini başka bir icra müdürlüğüne vermiş olması nedeniyle, itiraz dilekçesinin dosyaya girmemiş olması sonucunda üçüncü kişiye üçüncü haciz ihbarnamesi gönderilmiş olmasından, itiraz dilekçesinin dosyasına ulaşmasını sağlamakla yükümlü olan üçüncü kişinin sorumlu olacağını⁸¹
- Şikayetçi 3. kişiye gönderilen haciz ihbarnamesinin, 'bu kişinin adreste bulunmama nedeninin belirtilmemiş olması ve ayrıca adresten geçici olarak ayrıldığı'nın da bildirilmemiş olması nedeniyle, yapılan tebligat işleminin geçerli olduğunun kabul edilemeyeceğini⁸²
- Borçlunun henüz ölmemiş olan babasından intikal edecek olan hisseye haciz konulamayacağını⁸³
- İİK. 89/V uyarınca geri alma davasının 1 yıl içinde açılabileceğini⁸⁴
- İİK'nin 89. maddesinde üçüncü kişiler aleyhine "itirazın iptali davası" açılacağına dair bir hüküm bulunmadığından, alacaklının, üçüncü kişinin '1. haciz ihbarnamesine yaptığı itirazın iptalini' icra mahkemesinden isteyemeyeceğini⁸⁵
- *Kollektif şirket hakkındaki takibin semeresiz kalması nedeniyle, öncelikle şikayetçi şirket ortağı hakkında yeni bir icra takibi yapılmadan, şikayetçi ortağın mal varlığı üzerine haciz konulamayacağını*⁸⁶
- *Sağlık hizmeti sunucusu olan eczane sahibi takip borçlusunun, Sosyal Güvenlik Kurumu nezdinde olan alacaklarının haczedilebileceğini*⁸⁷

81 Bknz: 4. HD. 20.04.2011 T. 5024/4439

82 Bknz: 12. HD. 18.04.2011 T. 2010-26564/6746

83 Bknz: 12. HD. 04.04.2011 T. 2010-25084/5355

84 Bknz: 4. HD. 24.03.2011 T. 2073/3143

85 Bknz: 12. HD. 14.03.2011 T. 2010-21508/3319

86 Bknz: 12 HD 07.03.2011 T. 2010-22413/2756

87 Bknz: 12. HD. 22.02.2011 T. 2010-20944/1478

- 2. haciz ihbarnamesi ile, 1. haciz ihbarnamesinde istenmiş olan miktarın artırılmayacağı; üçüncü kişinin temerrüt faizinden sorumluluğunun, 2. haciz ihbarnamesi ile ödemenin yapılması gereken tarihte yapılmaması ile başlayacağını, borçlu ile 3. kişi arasında özel bir ilişkinin kanıtlanamaması durumunda, 3095 sayılı kanunun 1. maddesine göre, temerrüt tarihi olan bu tarihten itibaren "yasal faiz" hesaplanacağını⁸⁸
- Borçlu şirketin borcundan dolayı şirket ortaklarına 'haciz ihbarnamesi' gönderilemeyeceğini; şirket ortaklarının kendilerine gönderilen haciz ihbarnamesinin iptalini isteyebileceklerini⁸⁹
- Yasalarımızda usulsüz tebligatların iptalini istemeden İİK. 89/III uyarınca menfi tespit davası açılmasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığından, üçüncü kişinin icra mahkemesinden 'usulsüz tebliğlerin iptalini' isteyebileceği gibi, bu yola hiç başvurmadan, doğrudan 'borçlu olmadığının tespiti için' dava da açabileceğini⁹⁰
- İcra ve İflas Kanunu madde 89 üçüncü kişilerdeki mal ve hakların ne şekilde haczedileceğini göstermekte olup; haciz ihbarnamesi göndermek şeklinde gerçekleşen bu yasal düzenlemenin yerine müzekkere ile alacak üzerine haciz konulmasının da ilgili kanunun 88. maddesindeki menkul haczi hükümlerine tabi olduğunu⁹¹
- Menfi tespit davasının haciz ihbarnamelerine konu 3. şahsa ait bir alacağın bulunmadığının tespiti istemine ilişkin olduğu, ancak "hamiline ait olmayan veya cirosu kabil bir senede müstenit bulunmayan alacak"ın haczedilebileceğini, somut olayda henüz davacıya haciz ihbarnamesi tebliğ edilmeden davacının üç adet çek keşide ederek borçlu üçüncü şahsa verdiğinin bilirkişi raporunda belirtildiğini, o halde mahkemece bu kanun hükmünün somut olaya uygulanabilirliği araştırılıp, varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesinin gerekeceğini⁹² belirtmiştir.

88 Bknz: 12. HD. 15.02.2011 T. 2010-20272/630

89 Bknz: 12. HD. 14.02.2011 T. 2010-20895/435

90 Bknz: 4. HD. 31.01.2011 T. 1740/804

91 Bknz: 19. HD. 26.01.2011 T. 2010-14080/681

92 Bknz: 19.HD. 25.01.2012 T. 2011-8651/767

IX- Kendisine **birinci haciz ihbarnamesi** tebliğ edilen üçüncü kişi, **ya** itiraz etmeyerek bunu açıkça kabul eder **veya** buna itiraz eder ya da itiraz etmeksizin itiraz süresini geçirir:

A- Üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesinde bildirilen alacağın varlığını kısmen ya da tamamen kabul ederse: Üçüncü kişi, *birinci haciz ihbarnamesini* aldıktan sonra -7 gün içinde veya kendisine ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmeden önce- icra dairesine başvurarak, haciz ihbarnamesinde belirtilen kadar veya daha az miktarda, takip borçlusunun kendisinde alacağı olduğunu icra dairesine yazılı ya da sözlü olarak bildirirse, üçüncü kişiye artık *ikinci haciz ihbarnamesi* gönderilemez. Bu durumda, üçüncü kişi, takip borçlusunun kendisindeki alacağını icra dairesine ödemek zorunda kalır, ödemezse zorla kendisinden alınır.

Ayrıca belirtelim ki; üçüncü kişi, *ikinci haciz ihbarnamesi* üzerine; ikinci haciz ihbarnamesinde belirtilen alacak için de, icra dairesine başvurarak alacağın kendisinde bulunduğunu bildirebilir. Bu durumda, kendisine *üçüncü haciz ihbarnamesi* gönderilemez...

B- Üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmezse: Üçüncü kişi, haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde bu ihbarnameyi göndermiş olan icra dairesine itiraz etmezse, mal yedinde, borç zimmetinde sayılır.⁹³ Bunun üzerine, üçüncü kişiye, ikinci bir ihbarname gönderilir. Bu ihbarnameye göre, uygulamada *ikinci haciz ihbarnamesi* denilir.⁹⁴

Yüksek mahkeme, *birinci haciz ihbarnamesine karşı 'takip borçlusuna borcu bulunduğunu ancak henüz vâdesinin gelmediğini, vâdesi geldiğinde borcunu takip dosyasına göndereceğini' beyan eden üçüncü kişiye, üçüncü kişinin 'borçlu bulunmadığı' yönünde bir itirazı söz konusu olmadıgından, ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmesi gerekeceğini*⁹⁵ ifade etmiştir...

Üçüncü kişiye gönderilecek bu ihbarnamede *Yönetmeliğin 42 nci maddesinin ikinci fıkrasındaki bilgiler yer alır. Bunun dışında birinci haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihi; yedi gün içinde itiraz edilmemesi nedeniyle borcun üçüncü kişinin zimmetinde ve malın yedinde sayıldığı bildirilir. Ayrıca, üçüncü kişinin ihbarnamenin kendisine tebliğinden*

93 Bknz: 12. HD. 27.3.1989 T. E: 1988/8974, K: 4279

94 Bknz: Basılı Örnek No: 21

95 Bknz: 12. HD. 5.10.2004 T. 16748/20997

itibaren yedi gün içinde birinci haciz ihbarnamesinde bildirilen sebeplerle yazılı veya sözlü olarak icra dairesine itirazda bulunması; itirazda bulunmadığı takdirde zimmetinde sayılan borcu aynı yedi gün içinde icra dairesine ödemesi veya yedinde sayılan malı icra dairesine teslim etmesi de ihtar edilir.

Bu ihbarname ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 2, 3, 4 ve 5. fıkraları hükümleri de üçüncü kişiye bildirilir. (Yön. mad. 43).

İkinci haciz ihbarnamesi ile icra dairesine yatırılması istenen para, birinci haciz ihbarnamesinde belirtilen miktarı aşamaz.⁹⁶

İkinci haciz ihbarnamesi tebliğ edilmeden, üçüncü kişi hakkında haciz işlemi uygulanamaz.⁹⁷

Ayrıca belirtelim ki, birinci haciz ihbarnamesine herhangi bir itirazda bulunmayan üçüncü kişi, borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkiye dayanarak, taraf olmadığı takibin iptalini isteyemez.⁹⁸

Birinci haciz ihbarnamesi tebliğ edilmeyen (ve buna süresi içinde itiraz etmediği tesbit edilemeyen) üçüncü kişiye ikinci haciz ihbarnamesi gönderilemez.⁹⁹

Üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesinde belirtilen borç miktarına *kısmen itiraz etmişse*, kendisine ancak itiraz edilmeyen borç miktarı üzerinden, *ikinci haciz ihbarnamesi* gönderilebilir.¹⁰⁰

Gönderilen *birinci (ve ikinci) haciz ihbarnamesine* karşı, süresinde itiraz hakkını kullanmayarak (ve dava açmayarak) haciz ihbarnamesinde istenen paranın ödenmesine neden olan görevliler, görevlerini yapmaktan özensiz davranıp, ihmal gösterdikleri için, doğan zararlardan, kendilerini çalıştıran üçüncü kişiye karşı sorumlu olurlar.¹⁰¹

96 Bknz: 12. HD. 26.12.1991 T. 5054/13838; 23.9.1987 T. 6865/9234

97 Bknz: 12. HD. 18.5.1982 T. 4315/4589; 11.2.1981 T. 9148/1241

98 Bknz: 12. HD. 1.5.1986 T. 11252/5143

99 Bknz: 12. HD. 10.4.1992 T. 10664/4659

100 Bknz: 12. HD. 15.4.2002 T. 6193/7856

101 Bknz: 4. HD. 20.5.2002 T. 1610/6057; 18.3.2002 T. 12344/3117

Ayrıca belirtelim ki; *kusuru olmaksızın bir engel nedeniyle 7 gün içinde birinci haciz ihbarnamesine itiraz edememiş olan üçüncü kişi, gecikmiş itirazda (İİK. mad. 65) bulunabilir (İİK. mad. 89/V, c: 1).*

Üçüncü kişi ikinci haciz ihbarnamesine itiraz etmezse ne olur? Üçüncü kişi, gönderilen ikinci haciz ihbarnamesine yedi gün içinde haciz ihbarnamesini gönderen icra dairesine itiraz etmezse, *borcun zimmetinde sayılması* kesinleşir.

Gönderilen *ikinci haciz ihbarnamesine* karşı, süresinde itiraz hakkını kullanmayarak (ve dava açmayarak) haciz ihbarnamesinde istenen paranın ödenmesine neden olan görevliler, görevlerini yapmakta özensiz davranıp ihmal gösterdikleri için, doğan zararlardan, kendilerini çalıştırılan üçüncü kişiye karşı sorumlu olurlar.¹⁰²

Üçüncü kişi, zimmetinde sayılması kesinleşen borcu icra dairesine ödemezse, kendisine **üçüncü haciz ihbarnamesi**^{103,104,105} gönderilir.

Bu ihbarnamede *Yönetmeliğin 42'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki bilgiler yer alır: Bunun dışında ikinci haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihi; malın üçüncü kişinin elinde veya borcun zimmetinde sayıldığı, ayrıca üçüncü kişinin bu ihbarnamenin tebliğinden itibaren onbeş gün içinde borcu icra dairesine ödemesi, malı aynı sürede teslim etmesi, ihbarnamenin tebliğinden itibaren onbeş gün içinde takibin yapıldığı veya kendi yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde menfi tespit davası açabileceği ve bu davayı açtığına dair belgeyi, bu bildirim yapıldığı tarihten itibaren yirmi gün içinde, ilgili icra dairesine vermesi; dava açmaz veya dava açtığını gösterir belgeyi vermezse ihbarnamenin tebliğinden itibaren onbeş gün içinde zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemesi veya elinde sayılan malı icra dairesine teslim etmesi gereği, aksi halde cebri icra yolu ile borcun tahsil edileceği veya malın aynen alınacağı ihtarı yazılır.*

102 Bknz: 4. HD. 20.5.2002 T. 1610/6057

103 Bknz: Basılı Örnek No: 2/a

104 İİK. mad. 89/III'de; üçüncü kişiye bu aşamada gönderilecek bildirim için üçüncü haciz ihbarnamesi terimi yerine bildirim sözcüğü kullanılmış ise de, bundan maksat üçüncü haciz ihbarnamesidir..

105 Bu (yeni) düzenlenenin eleştirisi için bknz: KARSLI, A. İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesinde 4949 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler (Yeditepe Ün. Huk. Fak. D. 2004, c: 1, S: 2, s: 413)

Bu ihbarname ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesinin 3, 4 ve 5. fıkraları hükümleri de üçüncü kişiye bildirilir. (Yön. mad. 44)

Ayrıca belirtelim ki; *kusuru olmaksızın bir engel nedeniyle -7 gün içinde- ikinci haciz ihbarnamesine itiraz edememiş olan üçüncü kişi gecikmiş itirazda (İİK. mad. 65) bulunabilir (İİK. mad. 89/V, C: 1).*

Kendisine *üçüncü haciz ihbarnamesi* gönderilen (tebliğ edilen) -ve ihbarnamede istenen borcu (malı) onbeş gün içinde icra dairesine yatırmayan (teslim etmeyen)- üçüncü kişi onbeş gün içinde **ya** olumsuz tesbit davası açmaz **veya** olumsuz tesbit davası açar.

a) Eğer üçüncü kişi onbeş gün içinde *olumsuz tesbit davası açmazsa*; o zaman borcun zimmetinde, malın yedinde (elinde) sayılmış olması kesinleşir.¹⁰⁶

Hemen belirtelim ki; İİK. m. 89 uyarınca gönderilen haciz ihbarnamelerine süresinde itiraz etmeyen ve dava hakkını süresinde kullanmayarak üçüncü kişinin ödemedede bulunmasına neden olan görevliler, görevlerini yapmakta özensiz davranıp ihmal gösterdikleri için, doğan zarardan kendilerini çalıştıran üçüncü kişiye karşı sorumlu olurlar.¹⁰⁷

Bu durumda, üçüncü kişinin sorumluluğunun -özellikle işleyen faizler bakımından- kapsamı nedir? **Yüksek mahkeme** bu konuyla ilgili olarak;

- *İkinci (şimdi; üçüncü) haciz ihbarnamesinin gönderilmesine rağmen ihbarnamede belirtilen borcu icra dosyasına yatırmamış olan üçüncü kişinin, birinci haciz ihbarnamesinde belirtilen borç tutarına, ikinci (şimdi; üçüncü) haciz ihbarnamesinin tebliğinden sonra tahakkuk edecek yasal temerrüt faizi ile birlikte yatırmak zorunda olduğunu, takip borçlusu açısından geçerli olan faiz oranının üçüncü kişinin zimmetinde sayılan bedele de ayrıca uygulanmayacağını*¹⁰⁸

106 Bknz: HGK. 25.6.1982 T. 11-1578/746

107 Bknz: 4. HD. 20.5.2002 T. 1610/6057; 18.3.2002 T. 12344/3117

108 Bknz: 12. HD. 11.3.2005 T. 1972/5138, 12.2.2004 T. 25067/2503, 22.10.2000 T. 19786/20615

- Alacaklı tarafça üçüncü kişiye çıkarılan birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerinin icra mahkemesince iptali halinde, bu ihbarlara dayalı olarak üçüncü kişinin icra veznesine yatırdığı parayı alacaklıdan muhtıranın kendisine tebliğ tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanunun değişik 2. maddesinde öngörülen avans faizi ile birlikte talep edebileceğini, icra veznesine paranın yatırıldığı tarihten muhtıranın tebliğ tarihine kadar uğradığı zarar için üçüncü kişinin ayrıca mahkemede dava açma hakkının saklı olduğunu¹⁰⁹

- Haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişinin borçlu aleyhindeki takipte istenen faiz oranına şikayet yolu ile itiraz edemeyeceğini¹¹⁰

- Haciz ihbarnamesi üzerine, bankada paranın bloke edilmesi, 'icraya yapılan ödeme' (İİK. 12) niteliğinde olmadığından, alacaklının bankadaki paranın icra kasasına girdiği tarihe kadar faiz talep edebileceğini¹¹¹

- Üçüncü kişinin temerrüt faiz sorumluluğunun, ikinci (şimdi; üçüncü) ihbarname ile istenen ödemenin yapılması gereken tarihte yapılması ile başlayacağını¹¹² belirtmiştir.

Üçüncü kişi, olumsuz tespit davası açma süresi içinde borcu icra dairesine ödemez, malı teslim etmezse, alacaklının istemi üzerine, üçüncü kişinin zimmetinde sayılan borç için, bunu karşılamaya yetecek kadar malı haczedilir¹¹³ ve bu malların paraya çevrilmesi sonucunda elde edilecek paradan takip alacaklısının alacağı ödenir. Eğer, bir taşınır mal, üçüncü kişinin elinde (yedinde) sayılmışsa, bu mal icra dairesi tarafından kendisinden zorla alınır. Taşınır malın aynen teslimi mümkün olmazsa, alacaklı icra mahkemesine başvurarak, malın değerinin üçüncü kişi tarafından ödenmesine karar verilmesini isteyebilir (İİK. m.89/VI). Takip, bir ilâma dayanıyor ve ilâmda, malın aynen olmadığı takdirde, bedelin tahsiline karar verilmişse, yani malın kıymeti ilâmda belirtilmiş bulunuyorsa, artık icra mahkemesine başvurmaya gerek kalmaz.¹¹⁴

109 Bknz: 12. HD. 5.2.2002 T. 940/2284

110 Bknz: 12. HD. 3.7.2001 10918/11992, 22.1.1991 T. 14.231/479

111 Bknz: 12. HD. 6.12.1993 T. 15048/19016

112 Bknz: 12. HD. 14.11.2000 T. 16839/17441, 7.12.1995 T. 15777/17455

113 Bknz: 12. HD. 27.2.1986 T. 8701/2264

114 AKYAZAN, S. İcra ve İflâs Kanununun 89. Maddesi Üzerine Bir İnceleme (Ad. D. 1957/4, s: 354)

Bu belirli kıymet (değer) üzerinden, icra memurunca alacaklının istemi üzerine hacze gidilir.

Alacaklının ikinci haciz ihbarnamesindeki onbeş günlük sürenin bitiminden itibaren bir sene içinde, icra dairesine başvurarak, zimmetinde sayılan borcun üçüncü kişiden zorla alınmasını istemesi gerekir. Aksi halde, üçüncü kişinin zimmetinde sayılan alacak üzerindeki haciz kal- kar (İİK. mad. 106, 110).¹¹⁵

Üçüncü kişi, kendisinden zorla alınıp takip alacaklısına ödenmesi üzerine borçluya karşı ve/veya ancak *alacaklı kötüniyetli ise alacaklı- ya karşı* dava açarak ödemek zorunda kaldığı paranın geri verilmesini isteyebilir (İİK. mad. 89/V, c: 2). Bu olanak, üçüncü kişiye, 4949 sayılı Kanun ile -17.7.2003 tarihinde yapılan değişiklikle- ...*haciz ihbarna- mesine itiraz etmediği için gerçekte borçlunun kendisinde (ya da; tes- lim etmek) zorunda kalan üçüncü kişinin daha sonra hem borçlu hem de kötüniyetli alacaklı hakkında dava açarak ödemek zorunda kaldığı paranın veya teslim ettiği malın iadesini isteyebileceği öngörülmüştür. Bu suretle, basında; 89 mafyası adı verilen bazı kötüniyetli kişilerin pek çok banka şubesine İcra ve İflâs Kanunu'nun 89'uncu maddesine göre haciz ihbarnamesi göndererek, süresi içinde bu ihbarnamelere itiraz etmeyi ihmal eden şubelerin bu ihmalden yararlanarak (ya da; banka şubelerinde görevli bazı personelin gönderilen ihbarnameleri banka- nın yetkili temsilcisine vermemelerini sağlayarak) haksız kazanç temin etme konusundaki çabalarının sonuçsuz kalması istenmiştir.*¹¹⁶

Üçüncü kişinin **kötüniyetli**¹¹⁷ **alacaklıya karşı** açtığı davanın daya- nağı *haksız fiil* (TBK. mad. 49) olduğu halde **borçluya karşı** açtığı da-

115 KURU, B. El Kitabı, s: 412, dipn. 4d. - YAVAŞ, M. age. s:55

116 Bknz: KARSILI, A. tarafından sunulan İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. Maddesinde 4949 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler isimli bildiri hakkındaki SORU ve CE- VAPLAR bölümünde, tarafımızdan yapılan açıklama (Yeditepe Ün. Huk. Fak. D. 2005, c: 1, S: 2, s: 419 vd.)

117 Üçüncü kişiyi temsile yetkili bulunan kişi ile anlaşarak, onu kandırarak süresi içinde, haciz ihbarnamelerine itiraz etmemesini sağlayarak, borcun üçüncü kişi zimmetinde sayılmasını sağlayan alacaklı kötüniyetli sayılır... Haciz ihbarname- lerinin, üçüncü kişiyi temsile yetkili olan kişiye tebliğ edilmiş olması halinde, üçüncü kişi bundan haberdar olunca, yedi günlük şikayet süresi içinde hem haciz ihbarnamelerinin kendisine tebliğ tarihinin, öğrenme tarihi olarak düzeltilmesi için icra mahkemesine başvurmalı ve hem de öğrenme tarihine göre yedi gün içinde icra dairesine itirazda bulunmalıdır...

vanın dayanağı *sebepsiz zenginleşme* (TBK. mad. 77 vd.)'dir.¹¹⁸ Borçlu, alacaklı ile birlikte hareket etmişse, borçluya karşı açılan davanın huku-ki sebebi aynı zamanda haksız fiil olur (TBK. mad. 61)... Ancak, borçlu ile alacaklı zorunlu dava arkadaşı değil ihtiyari dava arkadaşı olduklarından, üçüncü kişi yalnız borçlu veya kötünietli alacaklı aleyhine geri verme davası açabilir.¹¹⁹ **Yüksek mahkeme** "bu davanın bir yıl içinde açılabilceğini"¹²⁰ belirtmiştir.

Doktrinde¹²¹ *üçüncü kişinin, zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemededen önce borçlu ile kötünietli alacaklı (veya sadece kötünietli alacaklı) aleyhine, alacaklıya borçlu olmadığıın tesbiti için genel bir olumsuz tesbit davası açabileceği, bu genel olumsuz tesbit davasının sebebinin (dayandığı vakıanın), bankanın onbeş günlük süreyi kaçırmış olması nedeniyle dava açma hakkını kaybetmiş olduğunu düzenleyen İİK. mad. 89/III, c: 4'deki özel olumsuz tesbit davasının sebebinden (dayandığı vakıalar) farklı olduğu, bu dava, borcun üçüncü kişinin zimmetinde sayılmasından sonra açıldığından, üçüncü kişinin zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödedikten sonra, icra veznesindeki bu paranın alacaklıya ödenmemesi için mahkemeden ihtiyati tedbir kararı verilmesini isteyebileceği (İİK. mad. 72/III), böyle bir ihtiyati tedbir kararı verilmemiş olması nedeniyle, üçüncü kişinin icra dairesine ödediği paranın, olumsuz tesbit davası devam ederken alacaklıya ödenmesi halinde, davanın geri alma davasına dönüşeceği ifade edilmiştir.*

b) Eğer üçüncü kişi onbeş gün içinde olumsuz tesbit davası açarsa (İİK. mad. 89/III, c: 3, c: 4), bu dava sonuçlanıncaya (bu konuda verilen karar kesinleşinceye) kadar, zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemeye zorlanamaz.¹²² Ancak bu sonucun doğması için, üçüncü kişinin, *onbeş gün içinde olumsuz tesbit davası açtığına dair mahkemeden alacağı belgeyi*, üçüncü haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yirmi gün içinde takibin yapıldığı icra dairesine teslim etmesi gerekir (İİK. mad. 89/III, c: 4).¹²³

118 Ayrıntılı bilgi için bkz: YAVAŞ, M. age. s:128 vd.

119 KURU, B. El Kitabı, s: 413 – KARSLI, A. a.g. tebliğ, s: 415

120 Bknz: 4. HD. 24.03.2011 T. 2073/3143

121 KURU, B. El Kitabı, s: 413 vd.

122 Bknz: 12. HD. 12.6.2003 T. 11734/13957

123 Bknz: 12. HD. 1.12.2000 T. 17587/18919; 23.12.1998 T. 963/1972

Açılan bu *olumsuz tesbit davasında*;

aa) Yetkili mahkeme: Bu dava -İİK. mad. 89/III, c: 4'de açıklandığı gibi *takibin yapıldığı yerde*¹²⁴ açılabilceği gibi, *üçüncü kişinin yerleşim yerindeki mahkemede* açılabilir.

Ayrıca belirtelim ki, burada yetki kuralı *kesin yetki* olmadığı için, bu dava "*davalı takip alacaklısının yerleşim yerindeki mahkemede*" de açılabilir.¹²⁵

bb) Görevli mahkeme: Üçüncü kişinin *zimmetinde sayılan borç miktarına* göre, borcu *kısmen kabul etmişse*, itiraz ettiği miktara göre belirleneceğine ilişkin (HUMK. 8/I) kural yürürlükten kalkmış olan 1086 sayılı HUMK açısından geçerliydi... 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6100 Sayılı Yeni HMK'nın 2. maddesinde "dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın mal varlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir" (HMK 2/1) denilmiş olduğundan, bundan böyle itirazın iptali davalarına alacak miktarına bakılmaksızın asliye hukuk mahkemelerinde bakılacaktır... Bu dava, *icra mahkemesinde değil, genel mahkemede* görülür.¹²⁶

Bu dava, genel mahkeme yerine yanlış olarak icra mahkemesinde açılmış ve bu mahkemece görevsizlik kararı verilmişse, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan yeni HMK'nun 20/1 maddesi gereğince **iki hafta** içinde görevli genel mahkemeye (veya görevsizlik kararı vermiş olan icra mahkemesine) başvurulursa, dava süresinde, görevli mahkemede açılmış sayılır.¹²⁷

cc) Harç: Bu dava maktu harca bağlıdır (İİK. mad. 89/III, c: 8). 4949 sayılı Kanun ile 17.7.2003 tarihinde yapılan değişiklikle kabul edilen bu hükümlerle, *iyiniyetli üçüncü kişilerin kolaylıkla olumsuz tesbit davası açmak suretiyle, iddialarını ispatlaması olanağı getirilmiştir*.^{128,129}

124 Bknz: 4. HD. 26.05.2011 T. 5861/5973

125 Ayrıntılı bilgi için bknz: YAVAŞ, M. age. s:128 vd.

126 Bknz: 12. HD. 15.2.2002 T. 1817/3391

127 Bknz: HGK. 19.11.2003 T. 3-737/700

128 Bknz: 4949 sayılı Kanuna ait Hükümet Gerekçesi

129 Bu düzenlemenin eleştirisi için bknz: KARSLI, A. ag. tebliğ, s: 414

dd) Süre: Üçüncü kişi bu davayı, üçüncü haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren onbeş gün içinde açmak zorundadır (İİK. mad. 89/III, c: 3). Bu süre *hak düşürücü* olduğundan,¹³⁰ davanın süresinde açılıp açılmadığı mahkemece doğrudan doğruya araştırılır ve davanın süresinden sonra açıldığını saptayan mahkeme süre yönünden reddine karar verir.¹³¹

Davacı (üçüncü kişi) bu davayı süresi içinde fakat görevsiz mahkemede (örneğin; icra mahkemesinde) açarsa, bu mahkemece verilen görevsizlik kararı üzerine davacı HMK. 20/1 uyarınca **iki hafta** içinde görevli mahkemeye (veya görevsizlik kararı vermiş olan icra mahkemesine) başvurursa, davasını süresinde açmış sayılır.¹³²

dd) Husumet: Bu dava *takip alacaklısına karşı* açılır.¹³³ 4949 sayılı Kanun ile -17.7.2003 tarihinde- yapılan değişiklik sırasında İİK. mad. 89/III hükmünde daha önce mevcut olan açıklık kaldırılmış ise de bunun maksatlı (kasdi) olduğu kabul edilmemeli ve bu davanın takip alacaklısına karşı açılması gerektiğinde tereddüde düşünülmemelidir.¹³⁴

"Davalı" takip alacaklısı bu davayı, 'takip borçlusuna'na ihbar edebileceği gibi, 'takip borçlusuna' da, açılan bu davaya fer'i müdahalede bulunabilir.

ee) İspat yükü ve kanıtlar: Bu davada ispat yükü, davacı-üçüncü kişiye düşer.¹³⁵

Üçüncü kişi açtığı olumsuz tesbit davasında, *takip borçlusuna borcu bulunmadığını (veya malın takip borçlusuna ait olmadığını)* kanıtlamak zorundadır. İspatı gereken husus olumsuz bir olay olduğundan, ispat külfetinin yerine getirilmesi hayli zordur. Bu davada, takip borçlusunun da taraflarca istendiği takdirde, şahit olarak dinlenmesine bir engel yoksa da, hakim onun ifadesini takdir ederken çok dikkatli davranmak zorundadır.¹³⁶ Borçlunun borçlusuna, üçüncü kişiyle anlaşarak, alacaklı-

130 Bknz: 4. HD. 09.05.2012 T. 5008/7144; 19. HD. 30.10.1995 T. 1160/8994; 28.11.2012 T. 11571/17838

131 Bknz: 4. HD. 4.3.2002 T. 11436/2308

132 Bknz: HGK. 19.11.2003 T. 3-737/700

133 Bknz: 12. HD. 28.3.1995 T. 4564/4462 – 19. HD. 22.10.1993 T. 6982/6909; 12. HD. 6.5.1991 T. 11719/5543

134 KURU, B. El Kitabı, s: 417

135 Bknz: 4. HD. 30.10.2003 T. 7256/12482; 10.4.2002 T. 3926/4511; 19. HD. 28.4.1997 T. 2717/4231 vb.

136 POSTACIOĞLU, İ. a.g.e. s: 459 – BERKİN, N. İcra Hukuku Rehberi, s: 254

ya zarar vermek amacı ile, haciz ihbarnamesinden sonra üçüncü kişiye makbuz vermesi mümkün olduğundan, bu davada, üçüncü kişiden ödemeyi kanıtlamak için ileri süreceği adi makbuzlar hakkında, HUMK. mad. 299'daki kesin tarihle ilgili hükümler titizlikle uygulanmaktaydı.¹³⁷ Hemen belirtelim ki, HUMK. 299/II hükmü, yeni HMK.'de yer bulmamışsa da, unutulmuş bu hükmün bugün de aynı şekilde uygulanması gerekmektedir. Davacı durumundaki üçüncü kişi, bir banka ise, onun isbat külfetini yerine getirmesi daha kolay olur. Çünkü, bankalar her türlü işlemleri belgelendirmek ve kayıtlara geçirmek zorundadır. Davacı banka, takip borçlusunun bankada parası olduğunu ve fakat bu paranın birinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce, borçluya ödendiğini ileri sürerse, o zaman, bankanın bu iddiasını ispat etmesi gerekir. Banka, borçlunun parasını, birinci haciz ihbarnamesinin bankaya tebliğ edildiği gün ödemiş ise, bu ödemenin, haciz ihbarnamesinin tebliğinden önceki bir saatte yapıldığını ispat yükü gene bankaya düşer. Banka, birinci haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğ edildiği saati, tebliğ tutanağı üzerine koyduğu tebliğ saati -bankaların, haciz ihbarnamelerini alırken, tebliğ tutanağına (mazbatasına) tebliğ edildiği saat ve dakikayı yazmaları bu nedenle çok yerinde olur- ile kanıtlayabilir. Borçluya yapılan ödemenin, bu saatten daha önce olduğunu ise, o günkü kasa föyü, tekiye fişi numarası ve nihayet tanık ile kanıtlayabilir.¹³⁸

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak; *İİK. 89/III'e göre açılan olumsuz tespit davasında 'birinci haciz ihbarnamesi'nin tebliğinden önce bu borcun haricen alacaklıya ödendiğini' gösteren ibranamenin, ibranameye taraf olmayan üçüncü kişileri bağlamayacağını*¹³⁹ belirtmiştir.

ff) Konusu: *Üçüncü kişi-davacının, takip borçlusuna hiç ya da haciz ihbarnamesi ile haczedilen miktarda borcu bulunmadığı (başka bir deyişle; takip borçlusunun, davacı üçüncü kişide hiç veya haciz ihbarnamesi ile haczedilen miktarda alacağının (parasının, taşınır malının) bulunmadığının tespitine ilişkindir. Bu davada, davacı-üçüncü kişinin, davalı-alacaklıya borcu bulunmadığının tespiti istenemez.*¹⁴⁰

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

137 KURU, B. İcra Hukuku, s: 219, dipn. 18

138 KURU, B. Bankalardaki Mevduatın Haczi, 1977, s: 35 vd. – Bankalardaki Mevduatın Haczi, 2002, s: 73 vd.

139 Bknz: HGK. 9.4.2003 T. 4-267/277

140 Bknz: 19. HD. 20.4.2004 T. 7411/4616

- *İİK. 89/III uyarınca açılan olumsuz tespit davasında, icra mahkemesince ikinci (şimdi; üçüncü) haciz ihbarnamesinin iptaline karar verildiğinin anlaşılması halinde, mahkemece 'istemin kabulüne' değil, 'uyuşmazlıkla ilgili olarak karar verilmesine yer olmadığına' şeklinde hüküm kurulması gerekeceğini¹⁴¹*
- *Bankadaki hesabın borçluya değil de, borçlunun küçük çocuklarına ait olduğunun anlaşılması halinde, küçük de olsalar borçlunun çocuklarının ayrı kişilik sahibi olması nedeniyle, bankanın açtığı olumsuz tespit davasının kabulü gerekeceğini¹⁴¹ belirtmiştir.*

Her davada olduğu gibi, bu davanın da dinlenebilmesi için, davacının olumsuz tespit davasını açmakta hukuki yararının bulunması gerekir. **Yüksek mahkeme;**

- *İİK. 89 gereğince gönderilen haciz ihbarnamelerinin usulüne uygun olmaması halinde, üçüncü kişinin olumsuz tespit davası açmakta hukuki yararının bulunmadığını¹⁴³*
- *Gönderilen birinci haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz etmiş olan üçüncü kişiye gereksiz yere ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmesi halinde, üçüncü kişinin, 'şikayet' yoluyla icra mahkemesine başvurarak ikinci haciz ihbarnamesinin iptal ettirebileceğini ve İİK. 89/III uyarınca genel mahkemeye başvurarak olumsuz tespit davası da açabileceğini, açtığı davanın 'hukuki yarar bulunmadığı' gerekçesiyle reddedilemeyeceğini¹⁴⁴ belirtmiştir...*

gg) Davanın sonuçları:

aaa- Davacı-üçüncü kişi, açtığı olumsuz tespit davasını kazanırsa; zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemekten kurtulur.

Mahkeme, birinci haciz ihbarnamesine süresinde itiraz etmeyerek davanın açılmasına davacının neden olduğu durumlarda davacı lehine

141 Bknz: 4. HD. 9.7.2003 T. 3716/9093

142 Bknz: 11. HD. 24.11.1987 T. 3903/6520

143 Bknz: 19. HD. 20.9.2004 T. 844/8947

144 Bknz: 4. HD. 10.3.2004 T. 13585/3042; 12.6.2002 T. 2627/7244

-kural olarak- yargılama gideri ve vekalet ücreti hükmetmez. Uygulamada bunun için ayrıca, davalının ilk oturumda aleyhine açılan davayı kabul etmesi de aranmaktadır. Buna karşın, birinci haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz ettiği halde, davalı kanuna aykırı olarak davacı-üçüncü kişiye ikinci ve üçüncü haciz ihbarnamesi göndererek, davanın açılmasına kendisi neden olmuşsa, açılan davayı kabul eden mahkemenin ayrıca davacı lehine *-nisbi- vekalet ücreti*¹⁴⁵ takdir ederek, yargılama giderlerinin de davalıdan tahsiline karar vermesi gerekir.

Ancak, İİK. mad. 89/III'de ayrıca öngörülmediği için, davanın kabulüne karar veren mahkeme ayrıca davacı lehine *%20'den aşağı olmak üzere bir tazminata* hükmedemez.¹⁴⁶

bbb- *Davacı-üçüncü kişi, açtığı olumsuz tesbit davasını kaybederse; zimmetinde sayılan borcu (yedinde sayılan malı) icra dairesine ödemek (teslim etmek) zorunda kalır.*

Mahkeme, davacı-üçüncü kişinin, davalı lehine takdir edilen *nisbi vekalet ücreti ile yargılama giderlerini* ödemesine ve ayrıca -İİK. mad. 89/III, c: 7 uyarınca- *dava konusu alacağın %20'sinden az olmamak üzere bir tazminata da* -kendiliğinden- hükmeder.¹⁴⁷ Mahkemenin bu tazminata hükmedilebilmesi için, davalı-alacaklının bunu talep etmiş olmasına gerek yoktur. Bu tazminat, üçüncü kişinin, kötüniyetle olumsuz tespit davası açıp, takibi sürüncemede bırakmasına engel olmak için¹⁴⁸ kabul edilmiştir.

Olumsuz tespit davasının reddine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar, üçüncü kişi, zimmetinde sayılan borcu (ya da malı) ödemeye (teslim etmeye) zorlanmalıdır. Çünkü, İİK. 89/III, c: 4 hükmü, HMK. mad. 367'e ayırık durum (istisna) teşkil eder.¹⁴⁹

Açtığı olumsuz tespit davasını kaybeden üçüncü kişi, takip borçlusu aleyhine bir sebepsiz zenginleşme (TBK. mad. 77 vd.) davası açabilir.

145 Bknz: 4. HD. 26.04.2011 T. 4708/4679

146 Bknz: 4. HD. 23.1.2001 T. 8753/528

147 Bknz: 19. HD. 7.3.2002 T. 6740/1516; 4. HD. 7.1.2002 T. 9265/506; 31.10.2001 T. 10703/10430

148 Bknz: Adalet Komisyonu Raporu Gerekçesi

149 KURU, B. Bankalardaki Mevduatın Haciz, 1977, s: 39 – age. C: 1, s: 725

Çünkü, olumsuz tespit davasında verilen hüküm, o davada taraf olmayan takip borçlusuna kesin hüküm itirazında bulunma (HMK. mad. 303) hakkını vermez.¹⁵⁰

Asıl borçlu tarafından dava konusu borcun alacaklıya ödenmesi nedeniyle, üçüncü kişinin açtığı olumsuz tespit davası konusuz kalırsa, mahkemenin davanın açılmasına kimin sebebiyet verdiğini yani davanın haksız olarak açılıp açılmadığını araştırıp yargılama giderlerine (ve bu arada vekalet ücretine) ona göre hükmetmesi gerekir. Örneğin, davacı üçüncü kişi, kendisine gönderilen birinci haciz ihbarnamesine -7 gün içinde- itirazda bulunmadığı için -bu kusurlu davranışı sonucunda- ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmesinden sonra olumsuz tesbit davası açmışsa, dava sırasında, asıl borçlu tarafından takip (ve dava) konusu borcun alacaklıya ödenmesi üzerine konusuz kalan olumsuz tesbit davası nedeniyle, davacı üçüncü kişi lehine yargılama giderine hükmedilmemesi, bilakis, yargılama giderlerinin davacı üçüncü kişi üzerinde bırakılması gerekir.¹⁵¹

Yüksek mahkeme, özellikle davanın açılmasına kimin neden olduğunu da irdeleyerek, bu tür uyuşmazlıklarda hükmedilecek (*nisbi*) vekalet ücreti ile yargılama giderleri hakkında;

- *"İİK. 89/III uyarınca açılan menfi tespit davasının 'süre aşımı' nedeniyle reddedilmesi halinde, davalı lehine 'nisbi' değil 'maktu' vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini"*¹⁵²
- *"İİK. 89/III uyarınca açılmış olan menfi tespit davasının mahkemece 'hukuki yarar yokluğu' nedeniyle reddedilmesi halinde, davalı lehine 'nisbi' değil 'maktu' vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini"*¹⁵³
- *"İİK. 89/III uyarınca açılacak menfi tespit davası sonucunda 'maktu' değil 'nisbi' vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini"*¹⁵⁴
- *"Birinci haciz ihbarnamesine süresinde itiraz etmemekle davanın açılmasına davacının kendisinin sebebiyet verdiği durum"*

150 KURU, B. age. C: 1, s: 726

151 Aynı görüşte: PAKEL, N. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin İİK'nin 89. Maddesi Hükümüne İlişkin Bir Kararı

152 Bknz: 4. HD. 14.07.2011 T. 8173/8382

153 Bknz: 4. HD. 14.06.2011 T. 7282/7700

154 Bknz: 4. HD. 26.04.2011 T. 4708/4679

larda, dava sonunda davalının yargılama gideri ve vekalet ücreti ile sorumlu tutulamayacağını"¹⁵⁵

- *"Davacının birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmemesi üzerine, davacıya davalı tarafından ikinci (şimdi; üçüncü) haciz ihbarnamesi gönderilmesinden sonra davacının açtığı olumsuz tespit davasına davalının sebebiyet vermiş sayılmayacağını ancak bu dava sonucunda davalının yargılama gideri ve vekalet ücretinden sorumlu tutulmaması için davalının ilk oturumda davayı kabul etmiş olması gerekeceğini"¹⁵⁶*
- *"Birinci haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz eden üçüncü kişiye ikinci (şimdi; üçüncü) haciz ihbarnamesi gönderen ve bu suretle aleyhine olumsuz tespit davası açılmasına neden olan davalının yargılama giderleri ve vekalet ücretinden sorumlu tutulması gerekeceğini"¹⁵⁷*
- *"Üçüncü kişi tarafından 89/I haciz ihbarnamesinin iptali için şikayet yoluna gidilmiş olması halinde, bu şikayetin sonucu belirlenerek yargılama gideri yönünden bir karar verilmesi gerekeceğini"¹⁵⁸*
- *"İkinci (şimdi; üçüncü) haciz ihbarnamesinin iptaline ilişkin icra mahkemesi kararının kesinleşmesi ile, üçüncü kişiye ikinci (şimdi; üçüncü) haciz ihbarnamesi gönderilmesinin haksız olduğunun anlaşılması nedeniyle, süresi içinde olumsuz tespit davası açmak zorunda kalan davacı yararına yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini"¹⁵⁹*
- *"İcra mahkemesince 'birinci haciz ihbarnamesine yapılan iti-*

155 Bknz: 19. HD. 13.9.2004 T. 745/8640; 24.3.2000 T. 109/2097; 4. HD. 23.12.1999 T. 9391/11484

156 Bknz: 4. HD. 1.7.2004 T. 1361/8720; 17.9.2003 T. 4515/10134; 25.4.2003 T. 15101/5313

157 Bknz: 4. HD. 28.6.2004 T. 1897/8431; 24.6.2004 T. 7157/8324; 26.1.2004 T. 11595/549

158 Bknz: 19. HD. 10.6.2004 T. 10480/6981

159 Bknz: 19. HD. 10.6.2004 T. 5451/7055; 6.7.1995 T. 9934/6235

razın süresinde olduğunu, bu nedenle ikinci (ve üçüncü) haciz ihbarnamesinin iptaline' karar verilen durumlarda, üçüncü kişi tarafından açılan olumsuz tesbit davasının konusunun kalmamış olacağını, bu durumda mahkemece 'davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığı' şeklinde karar verilmesi gerekeceğini, ancak davalının -ikinci (şimdi; üçüncü) haciz ihbarnamesi göndermiş olması nedeniyle- yargılama giderlerinden sorumlu tutulması gerekeceğini"¹⁶⁰

- *"İlk oturumda 'aleyhine açılan olumsuz tesbit davasını kabul etmediğini' bildirmiş olan davalının daha sonra davayı kabul etmiş olmasının, aleyhine yargılama gideri ve vekalet ücreti hükmedilmesini önlemeyeceğini"¹⁶¹*
- *"Yanlış (tüzel kişiliği olmayan) kişiye gönderdiği haciz ihbarnamesinin iptali nedeniyle aleyhine olumsuz tesbit davası açılmasına neden olan davalının yargılama giderleri ve vekalet ücreti ile sorumlu tutulması gerekeceğini"¹⁶²*
- *"Birinci (ve ikinci) haciz ihbarnamesine süresinde itiraz edilmemesi nedeniyle, davacıya ikinci (şimdi; üçüncü) haciz ihbarnamesi göndermiş olan davalının, dava açılmasına sebebiyet vermemiş ise de, duruşmaya gelip ilk oturumda davayı kabul etmemiş olması halinde -HMK. 312/2 gereğince- yargılama giderlerinden sorumlu tutulması gerekeceğini"¹⁶³*
- *"Birinci haciz ihbarnamesine verdiği cevabı, takibin yapıldığı icra dairesi yerine başka bir icra dairesine göndererek kendisine ikinci (ve üçüncü) haciz ihbarnamesi gönderilmesine sebebiyet veren davacının, birinci haciz ihbarnamesine verdiği cevabın hukuki sonuç doğurmayacağını ve davacının açtığı olumsuz tesbit davasını ilk oturumda kabul eden davalının yargılama gideri ve vekalet ücretinden sorumlu tutulamayacağını"¹⁶⁴*

160 Bknz: 4. HD. 22.3.2004 T. 9311/3559

161 Bknz: 4. HD. 23.2.2004 T. 12659/2048

162 Bknz: 4. HD. 19.1.2004 T. 10396/90

163 Bknz: 4. HD. 25.12.2003 T. 10030/15313; 8.7.2003 T. 4411/9062

164 Bknz: 4. HD. 13.11.2003 T. 8215/13328

- *"Kendisine gönderilen birinci haciz ihbarnamesi üzerine hesaplarında mevcut olduğunu bildirdiği miktardan daha fazlası için ikinci haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişinin bu yanlışlığın düzeltilmesi için icra mahkemesine şikayette bulunma imkanının bulunmasının, genel mahkemede alacaklıya karşı olumsuz tesbit davası açmasına engel teşkile etmeyeceğini ve dava sonucunda davacı lehine yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmesi gerekeceğini"*¹⁶⁵
- *"Davanın konusuz kaldığı durumlarda mahkemece 'davanın esası hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına' şeklinde hüküm kurulması ve davanın açılmasına davalının neden olduğu durumlarda yargılama giderlerinin davalıya yüklenmesinin doğru olacağını"*¹⁶⁶
- *"Davacının birinci haciz ihbarnamesine karşı yaptığı itirazın dosyaya süresinde girmemesi nedeniyle, davacıya ikinci (şimdi; üçüncü) haciz ihbarnamesi gönderen davalının eyleminde hukuka aykırılık bulunmadığından ve davalı kendisine karşı olumsuz tesbit davası açılmasına sebebiyet vermediğinden, davalının vekalet ücreti ve yargılama gideriyle sorumlu tutulamayacağını"*¹⁶⁷
- *"İİK. 89/III gereğince üçüncü şahıs tarafından açılan olumsuz tesbit davasında takip borçlusu yasal hasım olmadığından, yargılama gideri ve vekalet ücretinden sorumlu tutulamayacağını"*¹⁶⁸
- *"Üçüncü kişiye ikinci (şimdi; üçüncü) haciz ihbarnamesi gönderen alacaklıya, üçüncü kişinin birinci haciz ihbarnamesine yaptığı itirazın geç tebliğ edilmiş olması halinde, olumsuz tesbit davasının davacının lehine sonuçlanması durumunda davacı lehine yargılama gideri ve vekalet ücreti takdir edilemeyeceğini"*¹⁶⁹

165 Bknz: 4. HD. 22.9.2003 T. 4804/10339

166 Bknz: 4. HD. 14.4.2003 T. 3960/4588

167 Bknz: 4. HD. 20.1.2003 T. 10351/514

168 Bknz: 19. HD. 20.10.2000 T. 7191/6996

169 Bknz: 19. HD. 21.12.1995 T. 3312/11218

- "*Cevap dilekçesinde davayı reddeden davalı tarafın yargılama sırasında davayı kabul etmiş olması halinde, yargılama gideri ve vekalet ücretinden sorumlu olacağı*"¹⁷⁰
- "*Birinci haciz ihbarnamesine itiraz eden borçlunun, itiraz dilekçesini yanlış icra dairesine göndererek, ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmesine neden olduktan sonra, olumsuz tesbit davasının -takip konusu borcun borçlu tarafından ödenmesi nedeniyle- 'konusuz kaldığından reddi' halinde, vekalet ücreti ve yargılama giderlerinin, davanın açılmasına sebebiyet veren davacıya yüklenmesi gerekeceğini*"¹⁷¹ belirtmiştir.

c- Üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesine itiraz ederse: Üçüncü kişi, kendisine gönderilen birinci haciz ihbarnamesine, *yedi gün* içinde itiraz edebilir.

Üçüncü kişinin, birinci haciz ihbarnamesini aldığı tarihten itibaren -aldığı gün sayılmayarak- 7 gün içinde, itirazını icra dairesine ulaştırmak zorundadır. *Posta ile itirazın gönderilmesi halinde*, postada geçecek süre, 7 güne eklenmez.¹⁷² Eğer üçüncü kişi, takibin yapıldığı ve birinci haciz ihbarnamesini gönderen icra dairesinden başka bir yerde (il yada ilçede) ise bulunduğu yerdeki icra dairesine de itirazını -7 gün içinde- yapabilir ve bu itiraz da süresinde sayılır.¹⁷³

Üçüncü kişi itirazını, *dilekçe ile veya icra tutanağına geçirilecek sözlü beyan ile* yapabilir. *Telefonla* yapılacak itiraz geçerli olmaz.¹⁷⁴

Eğer, üçüncü kişi, *icra dairesi yerine -hatalı olarak- icra mahkemesine* başvurursa, bu başvurusu, birinci haciz ihbarnamesinin kesinleşmesini -ve kendisine ikinci haciz ihbarnamesinin gönderilmesini- önlemez.^{175,176}

170 Bknz. 19. HD. 9.11.1995 T. 1322/9476

171 Bknz: 11. HD. 12.3.1984 T. 1296/1390

172 Bknz: 12. HD. 20.9.1990 T. 1718/8826, 4.6.1984 T. 4466/7042

173 Bknz: 12. HD. 12.6.2003 T. 10991/14085

174 Bknz: 12. HD. 30.9.1993 T. 10020/14420

175 Bknz: 12. HD. 26.3.1991 T. 10058/3887; 28.9.1981 T. 5402/7071

176 Karş: KURU, B. C: 1, s: 257 – KURU, B. Bankalardaki Mevduatın Haczi, 2002, s: 39

Üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz etmiş ancak *dosya numarasını belirtmemiş* ya da *yanlış belirtmiş* olması halinde,¹⁷⁷ bu hatalı davranış itiraz eden üçüncü kişi aleyhine sonuç doğurmayacağı gibi, üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine yönelik itirazının *dosyadan kaybolması*¹⁷⁸ veya itiraz dilekçesinin icra dairesine geliş tarihinin icra tutanağına yazılmamış¹⁷⁹ (sadece; dilekçe üzerine havale tarihinin yazılması ile yetinilmiş) olması, itiraz eden üçüncü kişi aleyhine sonuç doğurmaz, itirazı geçersiz hale getirmez.

Üçüncü kişinin bu itirazından hiçbir *harç* alınmaz.¹⁸⁰

Üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi *usulsüz olarak tebliğ edilmişse*; örneğin, haciz ihbarnamesi tüzel kişi olan üçüncü kişiyi temsile yetkili olmayan kişiye tebliğ edilmişse, üçüncü kişinin yetkili temsilcisi bu durumu öğrenir öğrenmez *7 günlük şikayet süresi içinde* hem icra mahkemesine başvurup, haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihinin, bundan haberdar olduğunu bildirdiği tarih olarak düzeltilmesini talep etmeli ve hem de, öğrenme tarihine göre yine *7 günlük itiraz süresi içinde* icra dairesine başvurarak haciz ihbarnamesine itiraz etmelidir.

Yüksek mahkeme, bu konu ile ilgili olarak,

- *İkinci haciz ihbarnamesinin Tebligat Kanunu ile Tebligat Tüzüğüne uygun olarak tebliğ edilmiş olması halinde, sonraki işlemlerin de geçersiz olacağını*¹⁸¹
- *İcra müdürlüğünce dosyanın infaz edilmiş olmasının, üçüncü kişinin 'birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerinin tebliğ işleminin usulsüz olduğu'na ilişkin şikayetinin dinlenmesine engel teşkil etmeyeceğini*¹⁸²
- *Şikayetçinin 89/I ihbarına süresinde itiraz edildiğinden, 89/II ihbarının gönderilemeyeceği yönündeki başvurusu üzerine icra mahkemesince 'tebligatın usulsüzlüğü'nden bahisle, '89/II ihbarının iptaline' karar verilemeyeceğini*¹⁸³

177 Bknz: 12. HD. 12.12.2002 T. 24749/26346; 26.2.2001 T. 2651/3606; 2.2.2001 T. 687/1791

178 Bknz: 12. HD. 15.1.2004 T. 23210/309

179 Bknz: 12. HD. 25.2.1993 T. 12964/3511

180 ÇUBUKGİL, O. İİK'nin 89. maddesinde Bahsolunan Yazılı Beyan İstida Olmayı, Kaydiye Harcına Tâbi Değildir. (ABD. 1956/1, s: 62)

181 Bknz: 12. HD. 14.4.2004 T. 5089/9225

182 Bknz: 12. HD. 21.6.2002 T. 11820/13417

183 Bknz: 12. HD. 21.6.2002 T. 12133/13369; 4.6.2001 T. 8958/9927

- 89/İ'e göre çıkarılmış olan ve usulsüz tebliğ edilen birinci haciz ihbarnamesine ilişkin tebligatın iptali isteminin 'şikâyet' niteliğinde olduğu, istemin reddi halinde şikâyetçinin tazminatla sorumlu tutulamayacağını¹⁸⁴
- 'Haciz ihbarnamelerinin usulsüz olarak tebliğ edilmiş olmaları' nedeniyle 'iptaline karar verilmesi' istemiyle yapılan şikâyet üzerine icra mahkemesince 'usulsüz tebliğ edilen ihbarnamelerin iptaline' değil 'ihbarnamenin tebliğ tarihinin -şikâyetçinin bildirdiği tarih olarak- düzeltilmesine' şeklinde karar verilmesi gerekeceğini ve 'birinci haciz ihbarnamesinin usulsüz tebliğ edildiğini' ileri süren 3. kişinin ayrıca öğrenme tarihine göre 7 gün içinde icra dairesine itirazda bulunmasının zorunlu olduğunu¹⁸⁵
- 'Haciz ihbarnamelerinin usulsüz olarak tebliğ edilmiş olduğu' hususunun, ihbarnamelerin öğrenilmesinden itibaren 7 gün içinde şikâyet yolu ile ileri sürülmesi gerekeceğini¹⁸⁶ belirtmiştir.

Üçüncü kişi, icra dairesine yapacağı itirazda; borcu olmadığını, borcun haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce ödendiğini, borcun zamanlaşımına uğradığını, vadesinin gelmediğini, malın elinde bulunmadığını, istihlâk edildiğini, kusuru olmaksızın telef olduğunu, malın kendisine rehnedilmiş olduğunu, borçlunun kendisine olan borcu nedeniyle kendisindeki alacağın takas edildiğini, haciz konulan alacağın, hacizden önce başka bir kişiye temlik edilmiş olduğunu¹⁸⁷ vb. ileri sürebilir. Üçüncü kişinin ileri süreceği bu itiraz sebepleri, maddede; ...gibi bir iddiada ise şeklinde, -teker teker sayılmayarak- belirtilmiştir.

- Haciz ihbarnamesi gönderilen bankanın 'haczi istenilen hesaptaki para üzerinde kendisinin 'rehin', 'hapis' ve 'takas' hakkından sonra hüküm ifade etmek üzere haczin işlendiğini' bildirmesinin, 'haciz ihbarnamesine itiraz' niteliğinde olduğunu¹⁸⁸

184 Bknz: 12. HD. 29.4.1999 T. 5054/5584

185 Bknz: 12. HD. 13.1.1995 T. 1000/1109; 20.1.1995 T. 37/365

186 Bknz: 12. HD. 23.9.1993 T. 9846/13955; 14.1.1993 T. 10469/321

187 Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bknz: YAVAŞ, M. age. s:81 vd.

188 Bknz: 12. HD. 20.12.2011 T. 10170/29941

- *Borçlunun mevduatının haczi için 'doğrudan haciz yazısı' gönderilen bankanın, bu haciz yazısına karşı 'mevduat üzerinde rehin ve hapis hakları olduğunu' ileri sürmesinin 'istihkak iddiası' niteliğinde olduğu, bu durumda icra müdürünün İİK'nın 99. maddesine göre işlem yapması gerekeceğini¹⁸⁹ belirtilmiştir.*

Yüksek mahkeme de çeşitli içtihatlarında, üçüncü kişinin hangi beyanlarının itiraz niteliğinde olduğunu açıklığa kavuşturmuştur. Gerçekten, **yüksek mahkeme**;

89. maddeye göre gönderilen 'birinci haciz ihbarnamesi'ne karşı 'bankada bulunan mevduatın kullanılan kredinin teminatı olarak kendilerine rehinli olduğunu' bildiren üçüncü kişi bankanın bu beyanının haciz ihbarnamesine karşı 'itiraz' niteliğinde olduğunu¹⁹⁰

Gönderilen birinci haciz ihbarnamesine karşı borçlu belediyeye ait paranın kamuya tahsisli olması nedeniyle bloke konulmadığını belirten bankanın bu beyanının İİK. 89/1 anlamında 'itiraz' niteliğinde olduğunu¹⁹¹

- *89. maddeye göre gönderilen 'birinci haciz ihbarnamesi'ne karşı 'borçlunun bankada ... TL alacağı mevcut ise de bu alacak üzerine başka icra dairelerinin talepleri üzerine haciz talep edildiğini, bunun dışında borçlunun hiçbir hak ve alacağının bulunmadığını' bildiren üçüncü kişi bankanın bu beyanının haciz ihbarnamesine karşı 'itiraz' niteliğinde olduğunu¹⁹²*
- *Birinci haciz ihbarnamesini almış olan üçüncü kişinin icra dairesine verdiği 'borçlu şirketin alacağına karşılık temlikler ve hacizler mevcut olduğundan, ilgili firmanın alacağı kaldığında bahse konu borç ödenmek üzere talebiniz sıraya konulmuştur' şeklindeki beyanın 'haciz ihbarnamesine itiraz' niteliğinde olduğunu¹⁹³*

189 Bknz: 12 HD 03.06.2011 T. 2010-21646/2512; 15.06.2010 T. 2831/15252; 11.03.2010 T. 2009-23799/5702; 22.06.2009 T. 5402/13638; 14.10.2008 T. 13832/17317; 16.05.2008 T. 7745/10420; 03.03.2008 T. 1413/3939

190 Bknz: 12. HD. 23.5.2011 T. 30333/10150; 17.11.2011 T. 5419/22625; 12.4.2005 T. 4671/7900; 8.3.2005 T. 1479/4670; 7.3.2005 T. 681/4626

191 Bknz: 12. HD. 21.9.2004 T. 15432/19777; 28.11.2000 t. 17865/18548

192 Bknz: 12. HD. 24.12.2002 T. 26656/27455

193 Bknz: 4. HD. 6.5.2002 T. 12424/5417

- *Birinci haciz ihbarnamesine karşı üçüncü kişi banka tarafından verilmiş olan 'borçlunun genel kredi sözleşmesine göre kefil olduğu ve muaccel hale gelen borcu nedeniyle teminat riskleri bulunduğu, bu riskler tasfiye olduğunda hesap bakiyesinde kalan meblağ olur ise gönderileceği' şeklinde verilen cevabın 'birinci haciz ihbarnamesine itiraz niteliğini taşıdığı', cevabın doğru olup olmadığının İİK. 89/IV gereğince alacaklının icra mahkemesine yapacağı başvuru sonucunda belli olacağını¹⁹⁴*
- *Gönderilen haciz ihbarnamesine karşı 'anonim ve limited şirket ortaklık payının haciz ihbarnamesi gönderilmek suretiyle haczedilemeyeceğini' bildirerek haciz ihbarnamesine itiraz etmiş olan üçüncü kişiye ikinci haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceğini¹⁹⁵ belirtmiştir...*

Buna karşın, kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişi; kendisinde bulunan borçluya ait paranın kanunen haciz edilemeyeceğini -örneğin; borçlu belediyeye ait paranın kamu hizmetine tahsis edilmiş olduğunu- ileri sürerek, bu para üzerine haciz koymaktan kaçınmaz. Çünkü bu durumda, bu paranın haciz edilebilip edilemeyeceğini takdir yetkisi, borçlunun şikayette bulunması halinde icra mahkemesine aittir. Bu konuda üçüncü kişinin karar verme (takdirde bulunma) yetkisi yoktur.¹⁹⁶

Belirtilen şekilde, *birinci haciz ihbarnamesine* itiraz etmiş olan üçüncü kişiye, *ikinci haciz ihbarnamesi* gönderilmez.¹⁹⁷ Buna rağmen gönderilirse, üçüncü kişinin buna 7 gün içinde itirazda bulunma zorunluğu olmadığı gibi¹⁹⁸ icra memurunun bu hatalı işlemi, *süresiz şikâyet* (İİK. mad. 16/II) neden olur.¹⁹⁹

194 Bknz: 12. HD. 16.4.2001 T. 5552/6520

195 Bknz: 12. HD. 25.2.1998 T. 1642/2237

196 Bknz: 12. HD. 21.9.2004 T. 15432/19777; 10.6.2004 T. 10752/14712; 7.5.2002 T. 8546/9594

197 Bknz: 12. HD. 5.4.2011 T. 25133/5582; 21.6.2011 T. 31513/12785; 1.6.2004 T. 10198/13983; 3.5.2004 T. 6917/10926; 20.10.2003 T. 16572/20419

198 Bknz: 12. HD. 7.6.1999 T. 4441/5275

199 Bknz: 12. HD. 30.3.2004 T. 5294/7520; 16.3.2004 T. 955/6162; 30.5.2002 T. 10213/11420

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

- *Usulsüz tebliğ olunan 2. haciz ihbarnamesinin öğrenildiği tarihin 'tebliğ tarihi' olarak düzeltilmesine icra mahkemesince karar verilmiş olması ve üçüncü kişinin de bu tarihe göre haciz ihbarnamesine itiraz etmiş olması halinde, üçüncü kişiye 3. haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceğini²⁰⁰*
- *Borçlunun üçüncü kişi konumundaki bankadaki mevduatının, İİK'nin 106/II maddesi koşullarında "taşınır" hükmünde olduğu; üçüncü kişi bankaya gönderilen 1. haciz ihbarnamesine karşı, üçüncü kişinin itiraz süresi içinde "borçlunun kendisinde olan alacağı üzerinde rehin hakkı olduğunu" ileri sürmesinin, 1. haciz ihbarnamesine yönelik yapılmış bir "itiraz" niteliğinde olduğunu, yapılan bu itiraza rağmen, üçüncü kişi bankaya "2. haciz ihbarnamesi" veya "haciz müzekkeresi" gönderilemeyeceğini²⁰¹*
- *Üçüncü kişinin gönderilmiş olan haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz etmesi halinde, kendisine bir sonraki haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceği gibi, borç zimmetinde sayılarak sonraki işlemlerin de yapılamayacağını, buna yönelik şikayetin süresiz olarak yapılabileceğini²⁰²*
- *Üçüncü kişi tarafından süresinde 1. haciz ihbarnamesine itiraz edilmiş olması halinde, üçüncü kişiye '2. haciz ihbarnamesi' gönderilemeyeceğini, bu durumda alacaklının İİK'nin 89/IV maddesinde öngörülen haklardan yararlanabileceğini²⁰³*
- *1. haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz etmiş olan 3. kişiye, 2. ve 3. haciz ihbarnamelerinin gönderilemeyeceğini²⁰⁴*
- *Gönderilen birinci haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz etmiş olan üçüncü kişiye, gereksiz yere ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmesi halinde, üçüncü kişinin 'şikayet' yoluyla icra mah-*

200 Bknz: 12. HD. 13.12.2011 T. 10291/28461

201 Bknz: 12. HD. 31.10.2011 T. 4991/20848

202 Bknz: 12. HD. 21.06.2011 T. 2010-31513/12785

203 Bknz: 12. HD. 05.04.2011 T. 2010-25133/5582

204 Bknz: 12. HD. 22.03.2011 T. 2010-23435/4243

kemesine başvurarak ikinci haciz ihbarnamesini iptal ettirebileceği gibi, İİK. 89/III uyarınca genel mahkemeye başvurarak olumsuz tespit davası da açabileceği, açtığı davanın 'hukuki yarar bulunmadığı' gerekçesiyle reddedilemeyeceğini²⁰⁵

- *Birinci haciz ihbarnamesine süresinde itiraz ettiği halde, kendisine ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmiş olan üçüncü kişinin, bu ihbarnamenin iptalini istemekte hukuki yararının bulunduğunu²⁰⁶*
- *Birinci haciz ihbarnamesine süresinde itiraz eden üçüncü kişiden (bankadan), birinci haciz ihbarnamesinde belirtilen parayı icra dairesine yatırmamasının istenemeyeceği, aksi davranışın süresiz şikâyete neden olacağını²⁰⁷ belirtmiştir.*

Burada hemen şu hususu vurgulayayım ki; *birinci haciz ihbarnamesine* süresi içinde itiraz etmiş olan üçüncü kişiye -hemen ya da kısa bir süre sonra -*ikinci haciz ihbarnamesi* gönderilemez ise de, borçlunun daha sonra -birinci haciz ihbarnamesinin gönderilmesinden sonra- üçüncü kişide alacağı doğmuş olabileceğinden, oluşan duruma göre, üçüncü kişiye tekrar birinci haciz ihbarnamesi gönderilebilir.^{208,209}

Üçüncü kişi ikinci haciz ihbarnamesine itiraz ederse ne olur? Üçüncü kişiye, gönderilen *birinci haciz ihbarnamesine* itiraz etmediği için ikinci haciz ihbarnamesi gönderilir ve üçüncü kişi buna, 7 gün içinde itiraz ederse (İİK mad. 89/III, c: 2), birinci haciz ihbarnamesine itirazdaki sonuçlar doğar.²¹⁰

İkinci haciz ihbarnamesine itiraz eden üçüncü kişiye, *üçüncü haciz ihbarnamesi* gönderilemez. Bu durumdaki üçüncü kişi, haciz ihbarnamesi ile kendisinden istenen parayı ödemekten (taşınırı teslimden) kurtulur.

205 Bknz: 4. HD. 10.3.2004 T. 13585/3042; 12.6.2002 T. 2627/7277

206 Bknz: 12. HD. 6.6.2003 T. 10670/13406; 17.3.1997 T. 2767/3191

207 Bknz: 12. HD. 20.5.1993 T. 5136/9468

208 Bknz: 12. HD. 30.12.2002 T. 26908/28046; 25.11.1999 T. 14341/15013; 3.10.1994 T. 10549/11539

209 Karş: YAVAŞ, M. age. s:95

210 Bknz: 12.HD. 13.12.2011 T. 10291/28461; 21.6.2011 T. 31513/12785

Bu durumda, üçüncü kişinin verdiği cevabın doğru olmadığını yani üçüncü kişide borçlusunun alacağı bulunduğunu düşünen alacaklı ya *icra mahkemesinde* veya *genel mahkemede* dava açabilir:

X- Alacaklının icra mahkemesinde ceza ve tazminat davası açması (İİK. mad. 89/IV):

Alacaklı, *üçüncü kişinin itirazının (icra dairesine verdiği cevabın) doğru olmadığını* icra mahkemesinde kanıtlayabilir.

Takibin yapıldığı yerdeki²¹¹ icra mahkemesine²¹² (İİK. mad. 348) *-nisbi harç* yatırarak- başvuran alacaklı;

a- aa) Üçüncü kişinin İİK. mad. 338/I'e göre cezalandırılmasını

bb) Ayrıca, tazminata (yani, takip borçlusuna olan borcunu, mahrum kalman faizi ile birlikte²¹³ icra dairesine yatırmaya) mahkum edilmesini ister.

b- Veya; sadece *tazminata mahkum edilmesini* ister.

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

- *İİK.'nin 89/IV maddesi hükmüne göre haciz ihbarnamesinin gönderildiği tarihte 3. kişi uhdesinde kesinleşen asliye hukuk mahkemesi kararı gereğince borçluya ait alacak bulunduğu anlaşılması halinde, icra mahkemesince alacaklının şikayetine kabulüne karar verilmesi gerekeceğini*²¹⁴
- *Haciz ihbarnamesine verilen cevabın gerçeğe aykırılığı iddiasıyla üçüncü kişinin cezalandırılması ve tazminat talebiyle açılan davaya icra mahkemesi tarafından ceza mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekeğinden; buna rağmen hukuk mahkemesi sıfatıyla yargılamaya devam edilerek sanığın beraatine ve tazminat isteminin reddine karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu*²¹⁵

211 Bknz: 12. HD. 12.11.1981 T. 6862/8284; 15.1.1978 T. 1129/50

212 Bknz: 4. HD. 26.01.2011 T. 637/693; 10.05.2010 T. 9741/5698

213 POSTACIOĞLU, İ. a.g.e. s: 465 – BERKİN, N. İcra Hukuku, s: 10 – KURU, B. Bankalardaki Mevduatın Haczi, 1977, s: 46 – KURU, B. El Kitabı, s: 422

214 Bknz: 12. HD. 04.05.2011 T. 2010-29254/10182

215 Bknz: 16. HD. 26.04.2011 T. 2010-9403/2160

- *Haciz ihbarnamesine verilen cevabın gerçeğe aykırılığı iddiasına dayalı tazminat ve cezalandırma istenen davaya ceza mahkemesi sıfatıyla bakılmasının gerekeceğini*²¹⁶
- *İİK. 89/IV uyarınca asliye hukuk mahkemesinde değil icra mahkemesinde tazminat ve ceza davası açılabileceğini*²¹⁷
- *İİK. 89/IV'de yer alan 'tazminat' sözcüğünün 'üçüncü kişinin yalan beyanından dolayı alacaklının uğradığı zararın karşılığını' ifade ettiğini, İİK. 89/IV'de 'bu tazminat üzerinden %20 inkar tazminatına hükmedilmesine' imkan tanıyan bir hüküm bulunmadığından davalının inkar tazminatı ile sorumlu tutulamayacağını*²¹⁸
- *Ceza hukuku yönünden, alacaklının, şirket temsilcisini şahsen taraf göstererek şikayette bulunabileceğini, ancak tazminatın şirket yerine gerçek şahıstan talep edilemeyeceğini*²¹⁹

*Alacaklının, üçüncü kişinin icra dairesine vermiş olduğu cevabın (yaptığı itirazın) aksini icra mahkemesinde ispat ederek üçüncü kişinin cezalandırılmasını ve ayrıca tazminata mahkum edilmesini isteyebileceğini, bu başvuruyu yerinde bulmayan icra mahkemesinin 'yapılan başvurunun reddi' yerine 'itirazın kaldırılması talebinin reddi' şeklinde karar veremeyeceğini*²²⁰

- *İİK. 89/IV uyarınca icra ceza mahkemesinde açılmış olan davada, cezalandırma isteminden vazgeçilmesinin, tazminat isteminin incelenip sonuçlandırılmasını önlemeyeceğini*²²¹
- *İİK. 89/IV uyarınca icra mahkemesinde alacaklı tarafından açılan davada, üçüncü kişinin cezalandırılması isteğine ayrıca tazminat talebi de eklenebileceği gibi, bu tazminat isteğinin ceza davasından ayrı olarak müstakil bir dava konusu da yapılabileceğini*²²²

216 Bknz: 16. HD. 31.01.2011 T. 2010-9150/365

217 Bknz: 4. HD. 26.01.2011 T. 637/693; 10.05.2010 T. 9741/5698

218 Bknz: 12. HD. 30.5.2011 T. 30379/11093; 22.3.2004 T. 927/6645

219 Bknz: 12. HD. 1.3.2004 T. 27916/4467

220 Bknz: 12. HD. 24.12.2002 T. 26350/27506

221 Bknz: 12. HD. 2.3.1998 T. 1666/2349

222 Bknz: HGK. 24.6.1998 T. 8. CD-537/540; 12. HD. 30.11.1993 T. 14741/18844; 2.3.1989 T. 6998/2929; HGK. 18.10.1972 T. İc. İf. - 326/863

- *İİK. 89/IV uyarınca alacaklının icra mahkemesince üçüncü kişi aleyhine üçüncü kişinin cezalandırılması ve ayrıca tazminata mahkum edilmesi istemiyle açtığı davada % 20 inkar tazminatına da hükmedilmesini de isteyemeyeceğini*²²³ belirtmiştir.

Alacaklının, İİK. mad. 89/IV'e göre icra mahkemesinde açtığı dava, normal bir dava olduğundan, davacı-alacaklı bu davada *üçüncü kişinin itirazının kaldırılmasını*²²⁴ (ve lehine inkar tazminatına hükmedilmesini) talep edemeyeceği gibi, mahkeme de *üçüncü kişinin itirazının kaldırılmasına*²²⁵ ve *inkar tazminatına*²²⁶ hükmedemez. Üçüncü kişinin cevabının gerçeğe aykırı olduğunu ileri sürerek, itirazın kaldırılması istemiyle icra mahkemesine başvuran alacaklı, daha sonra, bu başvurusunu ıslah yoluyla -İİK. mad. 89/IV'e göre- tazminat ve ceza istemine çeviremez.²²⁷

Bu davada *ispat yükü* alacaklıdadır (İİK. mad. 89/IV).

Alacaklı icra mahkemesince duruşmada, üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunu yani takip borçlusunun gerçekte üçüncü kişide alacağı bulunduğu halde, üçüncü kişinin bunu inkâr ederek, yalan söylediğini **nasıl** ispat edecektir? Davacı-alacaklı, davalı-üçüncü kişinin beyanının aksini İİK'nin 68. maddesiyle bağlı olmadan *her türlü delille* -özellikle; tacir olan davalının ve borçlunun defter kayıtları ile ispat edilebilir. **Yüksek mahkeme**, bu konuyla ilgili olarak;

- *İİK'nin 89/IV maddesi uyarınca, icra mahkemesince tarafların göstermiş oldukları deliller toplanıp, gerektiğinde 3. kişi şirketin kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, borçlunun 3. kişide alacağının bulunup bulunmadığı belirlendikten sonra, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini*²²⁸

223 Bknz: 12. HD. 11.7.1996 T. 9401/9842; 25.1.1996 T. 1893/927

224 Bknz: 12. HD. 7.7.2004 T. 13781/17939; 29.6.2004 T. 13062/17159; 21.4.2004 T. 5124/10020

225 Bknz: 12. HD. 21.11.2011 T. 6640/23097; 14.3.2011 T. 21508/3319; 13.3.1997 T. 2617/3042

226 Bknz: 12. HD. 25.1.2005 T. 24531/910; 14.10.2004 T. 17304/21687

227 Bknz: 12. HD. 21.11.2003 T. 19827/23214

228 Bknz: 12. HD. 18.10.2011 T. 3514/19166; 07.06.2011 T. 2010-30749/11897

- İİK.'nin 89/IV maddesine göre icra mahkemesinde tazminat davası açmış olan alacaklının, 3. kişinin beyanının aksini "İİK.'nin 68. maddesinde sayılan belgelere bağlı olmadan, her türlü delille" -gerektiğinde 3. kişi şirketin kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırarak, borçlunun 3. kişide alacağıının var olup olmadığını- her türlü delil ile ispat edebileceğini²²⁹
- İİK.'nin 89/IV. maddesinde geçen 'tazminat' sözcüğünün '3. kişinin yalan beyanından dolayı alacaklının uğradığı zararın karşılığı'nı ifade ettiğini, alacaklının, 'takip borçlusunun 3. kişiden ne kadar alacaklı olduğunu' banka kayıtları ve borçlunun defterleri üzerinde yapılacak bilirkişi incelemesiyle ve genel hükümlere göre ispat edebileceğini²³⁰
- İİK.'nin 89/IV maddesinin İİK.'nin 89/I maddesi uyarınca kendisine haciz ihbarnamesi tebliğ edilen üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine haksız olarak itiraz etmesi halinde, alacaklıya tazminat ve üçüncü kişinin cezalandırılmasını isteme hakkı verdiğini; alacaklıya tanınan bu hakkın, alacaklının genel hükümlere göre (genel mahkemelerde) 'alacak davası' açmasına engel teşkil etmediğini²³¹
- Alacaklının, İİK. m. 89/IV uyarınca 'üçüncü kişinin gerçeğe aykırı beyanda bulunmasından dolayı tazminatla sorumlu tutulması' için, icra mahkemesinde açtığı davada genel hükümlere göre yargılama yapılarak -tacir olan tarafların ya da üçüncü kişi kooperatifin defter ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi de yaptırılarak- sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini²³²
- İİK. m. 89/IV uyarınca icra mahkemesinin, tazminat hakkındaki davayı genel hükümlere göre halledeceği, davacı alacaklının bu davada üçüncü kişinin beyanının aksini yasal delillerle ispat edebileceğini, alacaklının İİK'nin 68. maddesinde belirtilen belgelerle alacağını ispat zorunluluğunun bulunmadığını²³³

229 Bknz: 12. HD. 07.06.2011 T. 2010-30749/11897

230 Bknz: 12. HD. 30.05.2011 T. 2010-30376/11093

231 Bknz: 17. HD. 04.03.2011 T. 2010-1684/1941

232 Bknz: 12. HD. 7.6.2011 T. 30749/11897; 20.12.2011 T. 11196/29542; 30.5.2011 T. 30376/11093; 13.11.2003 T. 19030/22362; 21.10.2003 T. 27839/476

233 Bknz: 12. HD. 16.9.1999 T. 9239/10187; 30.6.1997 T. 7288/7734

- *Alacaklının İİK. m. 89/IV uyarınca, açtığı davada davalı üçüncü kişinin 'takip borçlusuna borcu olmadığını' ileri sürmesi halinde, takip borçlusunun usulüne uygun tutulduğu anlaşılamayan ticari defterlerinde 'üçüncü kişiden alacaklı olduğunu' açıklamasının, alacağın varlığını göstermeyeceğini, her iki tarafa ait ticari defterler getirtilerek bir karşılaştırma ve inceleme yapılması gerekeceğini²³⁴*
- *İİK. m. 89/IV uyarınca üçüncü kişi aleyhine açılan tazminat davasında, icra mahkemesince 'ara kararına rağmen defterlerini ibraz etmeyen üçüncü kişi aleyhine' tazminata hükmedilebileceğini²³⁵*
- *Üçüncü kişi aleyhine İİK. m. 89/IV uyarınca açılan tazminat davasının icra mahkemesi umumi hükümlere göre bakacağından, borçlunun üçüncü kişideki alacağın varlığı ve miktarı konusunda gerekirse tanık dinlenerek soncuna göre karar verilmesi gerekeceğini²³⁶ belirtmiştir.*

Üçüncü kişinin icra dairesine verdiği cevabın doğru olmadığına -az önce belirtilen şekilde- icra mahkemesinde kanıtlanması halinde, üçüncü kişinin gerçekleştirecek olan hukuki sorumluluğunun niteliği haksız fiil sorumluluğu olacaktır.²³⁷

Bu davada, icra mahkemesi hakimi, davanın niteliği gereğince hem hukuk hem de ceza hakimi sıfatını taşımakta ise de, mahkeme sıfatının tespitinde öncelikle cezalandırma isteğinin gözönünde tutulması gerekir. Bu nedenle, davaya icra ceza hakimi sıfatıyla bakılması gerekir.²³⁸ Bunun sonucu olarak da, bu davada İİK. mad. 349-352'deki yargılama usulü uygulanır.

Ceza davası niteliğini taşıyan bu davanın, -İİK. mad. 347 gereğince- 3 ay ve 1 yıllık süre içinde açılması gerekir. Yani alacaklı, bu davayı

234 Bknz: 12. HD. 16.10.1997 T. 9756/10920

235 Bknz: 12. HD. 28.2.1995 T. 1279/2669

236 Bknz: 12. HD. 15.3.1990 T. 9651/2673

237 TANDOĞAN, H. Türk Mesuliyet Hukuku, s: 23 – POSTACIOĞLU, İ. a.g.e. s: 460 – POSTACIOĞLU, İ. Borçlunun Üçüncü Şahsa Karşı Alacaklının Haczi ile İlgili Problemler (BATİDER, 1979, C: X, S: 2, s: 357)-YAVAŞ, M. age. s: 102 vd.

238 Bknz: 16. HD. 26.04.2011 T. 9403/2160; 31.01.2011 T. 9150/365; 12. HD. 2.12.1992 T. 8478/15337; HGK. 11.3.1972 T. 1970/İc. İf. 496-162

üçüncü kişinin birinci (veya ikinci) haciz ihbarnamesine itiraz etmiş olduğunu öğrendiği tarihten itibaren **üç ay içinde** ve herhalde birinci (veya ikinci) haciz ihbarnamesine itiraz tarihinden itibaren **bir sene içinde** açmak zorundadır. Eğer **ceza ve tazminat** davası belirtilen üç aylık şikayet süresi geçtikten sonra fakat birinci (veya ikinci) haciz ihbarnamesine itiraz tarihinden itibaren bir yıl içinde açılmışsa, icra mahkemesinin *ceza davasının* düşmesine karar vermesi buna karşılık, -hukuki niteliği haksız fiile dayanan- diğer *tazminat davasını* görmeye devam etmesi gerekir.^{239,240} Eğer, dava bir sene geçtikten sonra açılmış ve davalı üçüncü kişi de zamanaşımı itirazında (def'inde) bulunmuşsa, icra mahkemesi bu kez, tazminat davasını da zamanaşımından dolayı reddedecektir. Bu halde, alacaklı, TBK: m. 146'daki on yıllık genel zamanaşımı süresi içinde, İİK. mad. 120/II'ye göre, bankaya karşı, takip borçlusunun, bankadaki alacağının tahsili için dava açabilir.²⁴¹

Alacaklı, davalı üçüncü kişinin İİK. mad. 338'e göre cezalandırılmasını istemeden, hakkında icra mahkemesinde sadece tazminat davası da açabilir.²⁴² Bu taktirde, bu davanın *bir yıllık zamanaşımı süresi içinde* açılması gerekir.²⁴³

İİK. mad. 89/IV uyarınca, haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz eden üçüncü kişinin itirazının (verdiği cevabın) gerçeğe aykırı olduğuna karar veren icra mahkemesinin bu kararı kesin hüküm (HMK. mad. 303) teşkil eder mi? **Yüksek mahkeme**²⁴⁴ eski tarihli bir kararında *tetkik merciinin (icra mahkemesinin) bu kararının kesin hüküm teşkil etmeyeceğini, üçüncü kişinin, bu karara rağmen takip borçlusu aleyhine 'olumsuz tespit davası' takip alacaklısı aleyhine de 'muarazanın önlenmesi' davası açabileceğini* belirtmiştir. **Biz** yüksek mahkemenin bu görüşüne katılmıyoruz. Çünkü icra hakimi, tazminat hakkındaki davayı -İİK. mad. 89/IV, c: 2'de açıkça vurgulandığı gibi- genel hükümlere göre sonuçlandırdığından, bu dava sonucunda verdiği karar -tıpkı, İİK. mad. 97/XI gereğince, 'umumi hükümler dairesinde' gördüğü istih-

239 Bknz: HGK. 18.10.1972 T. 1971/İc. İf. 326, K: 863

240 ARSLAN, R. agm. s:100 - POSTACIOĞLU, İ. age. s:460 - KURU, B. Bankalar-daki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, 2002, s:90 - YAVAŞ, M. age. s:100

241 KURU, B. El Kitabı, s: 423

242 Bknz: HGK. 24.6.1998 T. 8-537/540

243 KURU, B. El Kitabı, s: 422 – ARSLAN, R. agm. s: 100

244 Bknz: 11. HD. 7.7.1987 T. 3602/4101

hak davası sonucunda verdiği kararlar gibi- kesin hüküm teşkil eder.²⁴⁵ **Yüksek mahkeme** daha yeni tarihli bir kararında bu görüşünden dönerek, *icra mahkemesinin genel hükümlere göre tazminat hakkında verdiği kararın taraflar arasında, -maddi anlamda- kesin hüküm teşkil edeceğini*²⁴⁶ belirtmiştir.

XI- İcra hukuk mahkemesince, İİK. mad. 89/IV uyarınca verilen tazminat hükmünü temyiz eden davalı üçüncü kişi, icra müdürlüğüne başvurup "mahkemenin verdiği tazminata ilişkin ilamı temyiz ettiğini" belgeleyip, "Yargıtay'dan tehiri icra kararı getirmek üzere" -gerekli teminatı gösterip- kendisine İİK. mad. 36 uyarınca süre verilmesini isteyebilir mi?

Yukarıda belirttiğimiz gibi, "kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişinin, süresi içinde bu haciz ihbarnamesine itiraz etmesi halinde" alacaklı "üçüncü kişinin verdiği cevabın gerçeğe aykırı olduğunu icra mahkemesinde ispat ederek, üçüncü kişinin 338/I'e göre cezalandırılması ve ayrıca tazminata mahkum edilmesini" isteyebilir (İİK. mad. 89/IV, c:1).

a- İcra mahkemesinin, üçüncü kişiye "hem cezaya hem de tazminata" mahkum etmesi halinde icra mahkemesi ceza mahkemesi sıfatıyla karar vermiş olduğundan^{247,248} icra mahkemesinin kararının *tazminata (ve yargılama giderlerine) ilişkin bölümü*, karar kesinleşmedikçe icra edilemez (CGİK. Mad. 4).²⁴⁹

b- İcra mahkemesinin, üçüncü kişi hakkında sadece tazminat kararı vermesi halinde bu karar, "genel hükümlere göre" (İİK. mad. 89/IV, c:2) verilmiş olduğundan hakkındaki bu kararı temyiz eden üçüncü kişi

245 Aynı görüşte: KURU, B. El Kitabı, s: 422 - YAVAŞ, M. age. s:102

246 Bknz: 11. HD. 24.5.1993 T. 3175/3812; 15. HD. 3.2.1992 T. 5949/345

247 UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:5, 2. Baskı, s:7628 – UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İcra ve İflas Kanunu Şerhi El Kitabı, 2. Baskı, s:1295

248 Bknz: 12. HD. 02.12.1992 T. 8478/15337; HGK. 11.03.1972 T. 1970/İc. İf.-496/162

249 KURU, B. İcra ve İflas Kanunu El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s:484 – UYAR, T. Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Kıymetli Evrakla Bağlanmamış Olan Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (Muhittin Alan Armağanı, 1983, s:219) – YAVAŞ, M. Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi"İİK. m. 89", 2005, s:108 – İYİLİKLİ, A. C. Haciz İhbarnameleri (İİK. m. 89), 2012, s:131 – POSTA-CIOĞLU, İ. İcra Hukukunun Esasları, 1982, s:465

İİK. m. 36 çerçevesinde "hükmü temyiz ettiğini" bildirerek icra dairesinden teminat karşılığında, Yargıtay'dan "tehiri icra kararı getirmek üzere" kendisine süre verilmesini isteyebilir.²⁵⁰

Nitekim, Adalet Bakanlığı tarafından –"İcra Dairelerinin Etkinliğinin Arttırılması Eşleştirme Projesi" çerçevesinde- bastırılmış olan 'İCRA DAİRESİ ÇALIŞANLARI İÇİN TAKİP HUKUKU UYGULAMA KILAVUZU'nda²⁵¹ ".....Yargıtay uygulamasına göre....." denilerek, **İİK m. 89/IV'e göre açılmış tazminat davaları sonucunda verilen kararlar hakkında** bu kararların temyizi halinde **tehiri icra kararı verildiği** açıkça vurgulanmıştır.

XII- b- Alacaklının genel mahkemede alacak davası açması (İİK. mad. 120/II): Alacaklı, üçüncü kişinin itirazının icra dairesine verdiği cevabın doğru olmadığını mahkemede genel zamanaşımı (TBK. 146) süresi içinde alacak davası açarak (İİK. mad. 120/II) da kanıtlayabilir.

Bunun için, alacaklı, icra dairesinden, borçlunun üçüncü kişideki nizalı (çekişmeli) alacağın dava edilmesi hakkının kendisine devredilmesini ister ve icra dairesinden alacağı yetki belgesi ile, üçüncü kişiye karşı bir alacak davası açar.²⁵²

Hemen belirtelim ki, uygulamada, bu yol yerine, İİK. mad. 89/IV'de öngörülen tetkik merciinde ceza ve tazminat (ya da sadece tazminat) davası açma yolu, daha etkili ve daha çabuk sonuç doğurduğu için tercih edilmektedir.

İcra mahkemesine bir yıllık başvuru süresini geçiren (veya yaptığı başvuru bu nedenle reddedilen) alacaklılar mahkemede dava açmak yolunu zorunlu olarak izlemektedirler.

XIII- Az önce açıklanan, İİK. mad. 89/IV hükmü, mad. 89/son'daki yollama nedeniyle, **memuriyeti nedeniyle gerçeğe aykırı beyanda bulunan memurlar** hakkında da uygulanır. Yani, borçlunun devlet dairelerinden birinde olan alacağı hakkında gönderilen haciz ihbarnamesi

250 Bknz: 12. HD. 16.04.1996 T. 5137/5300

251 TOPUZ, G./RÜZGARESEN, C./ERDEM, M./DOĞAN, A./AYDIN, M./AKPINAR, A. İcra Dairesi Çalışanları İçin Takip Hukuku Uygulama Kılavuzu, 2012, s:25

252 Bknz: Adalet Komisyonu Raporu Gerekçesi

sine karşı, ilgili memur, gerçeğe aykırı beyanda bulunursa, alacaklı icra mahkemesinden, o memurun, İİK. mad. 338/I'e göre cezalandırılmasını ve tazminata mahkum edilmesini isteyebilir.

XIV- Üçüncü kişi, *birinci (veya ikinci) haciz ihbarnamesine*, kusuru olmaksızın bir engel nedeniyle süresinde itiraz edememiş ise, hakkında gecikmiş itiraza ilişkin İİK. mad. 65 hükmü uygulanır. (İİK. mad. 89/V) Örneğin; birinci haciz ihbarnamesi *Tebliğat Kanunu hükümlerine göre geçerli bir şekilde*, hizmetlilerinden birine tebliğ edilmiş olmasına rağmen, bunun kendisine geç ulaştığını belirten üçüncü kişi, gecikmiş itirazdan yararlanabilir.²⁵³

Gecikmiş itirazdan yararlanacak durumda olan üçüncü kişi süresinde yapmadığı itirazını, İİK. mad. 65'e göre icra mahkemesine bildirir. Üçüncü kişi, gecikmiş itirazında hem *engel ve kanıtlarını* hem de *borçlu olmadığı hakkındaki itirazını* bildirmek zorundadır. İcra hakimi, kanıtları inceledikten sonra, önce gecikmiş itirazın kabulüne karar verecektir. Fakat bundan önce, takibin durdurulmasına karar verme yetkisi İİK. mad. 65 çerçevesinde mümkün olduğundan, burada da ikinci (ya da üçüncü) haciz ihbarnamesinin geçici olarak gönderilmemesi yolunda bir karar verilip, takibin yapıldığı icra dairesine bildirilmesi ve bu suretle, gerektiğinde ikinci (ya da üçüncü) haciz ihbarnamesinin, gecikmiş itirazın reddine karar gönderilmesinin gecikmesi sağlanmalıdır. Eğer, gecikmiş itiraz istemi haklı ve itiraz da süresinde kabul edilirse, alacaklı aynı celsede, üçüncü kişinin cevabının (itirazının) gerçek dışı olduğunu icra mahkemesinde kanıtlayabilir mi? İİK. mad. 65/IV'de *özürün kabulüne karar verildiği celsede, itirazın kaldırılmasını sözlü olarak isteme yetkisini alacaklıya tanıdığından* burada da, alacaklı, üçüncü kişinin özürünün (engelinin) kabul edildiği celsede, üçüncü kişinin cevabının gerçek dışı olduğunu belirterek, üçüncü kişinin cezalandırılmasını ve tazminat ödemeye mahkum edilmesini isteyebilmelidir.

Üçüncü kişi, birinci (veya ikinci) haciz ihbarnamesinden, kusuru olmaksızın haberdar olmayıp, üçüncü ihbarnamenin tebliği üzerine, durumu öğrenirse, bu durumda *gecikmiş itiraz* yoluna başvurmayıp, *olumsuz tespit davası* açmalıdır.²⁵⁴

253 KURU, B. El Kitabı, s: 424, s: 218, dipn. 13 – POSTACIOĞLU, İ. a.g.e. s: 244

254 YAVAŞ, M. age. s:93

XV- 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde; haciz ihbarnamesi, bir tüzel kişinin ya da kurumun -özellikle bankaların- merkez ve şubelerinden hangisine tebliğ edilmiş ise, beyanda bulunma yükümlülüğü de yalnız ihbarnamayı alan merkez ya da şubeye ait idi. İİK. mad. 89/VII'deki "*merkez*" sözcüğünü, "bankanın merkez şubesi" şeklinde anlamak gerekiyordu.²⁵⁵ Böylece, 89. madde hükmünün, özellikle bankalara karşı kötüye kullanılmasının önüne geçilmek istenmişti.²⁵⁶ Ancak, bu hükme rağmen, bir bankaya "merkez şube ve ajanslarına da şamildir" şeklinde bir haciz ihbarnamesi tebliğ edilirse, bankanın kendi merkez şubesi bakımından, haciz ihbarnamesine süresi içinde cevap vermesi gerekiyordu. Banka, şube ve ajanslardan gelecek cevapları bekler ve böylece yedi günü geçirirse, borç zimmetinde sayılıyordu.

Ayrıca şu hususu da belirtelim ki, bankalardaki paraların haczi için, paranın bulunduğu bildirilen banka şubesine haciz ihbarnamesinin gönderilmesi gerekiyordu. Yoksa, ilgili banka şubelerine sorulmak üzere, Türkiye Bankalar Birliği'ne haciz ihbarnamesi gönderilmesi kabul edilmiyordu.²⁵⁷

02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile İİK.'nin 89. maddesinin 7. fıkrası "Haciz ihbarnamesi, borçlunun hak ve alacaklarının bulunabileceği bir tüzel kişinin veya müessesenin şubesine veya tüm şubelerini kapsayacak şekilde merkezine tebliğ edilir. Haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği merkez, tüm şubeleri veya birimlerini kapsayacak şekilde beyanda bulunmakla yükümlüdür." şeklinde değiştirilmiştir. Ancak, bu değişiklik adı geçen kanunun yayım tarihi olan 05.07.2012 tarihinden 6 ay sonra yürürlüğe girecektir. Böylece 6352 sayılı kanunun yürürlüğünden sonra başlayacak olan yeni dönemde haciz ihbarnamelerini bir hükmi şahsın veya müessesenin (bankanın) merkez veya şubelerinin hangisine tebliğ edilmiş ise, beyanda bulunma mükellefiyeti yalnız bu ihbarnamayı tebellüğ eden merkez veya şubeye ait olmayacak, haciz ihbarnamesi tüzel kişinin veya müessesenin tüm şubelerini kapsayacak şekilde merkezine tebliğ edilecek, haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği merkez, tüm şubeleri veya birimlerini kapsayacak şekilde beyanda bulunmakla yükümlü olacaktır.

255 TANDOĞAN, H. İİK. Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, s: 21 – KURU, B. Bankalardaki Mevduatın Haczi, 1977, s: 12

256 KURU, B. a.g. seminer, s: 14 vd. – a.g.e. s: 692

257 Bknz: HİGM. 11.8.1973 T. 87/11/25580 S. Tamim.

Kendilerine haciz ihbarnamesi tebliğ edilen üçüncü kişiler, "meslek ya da banka sırrı" gerekçesiyle, cevaptan kaçınmazlar. Cevap vermeye ve borçlunun hesabındaki parayı (ya da taşınır malı) istendiğinde icra dairesine teslim etmeye mecburdurlar (İİK. mad. 367).

XVI- Üçüncü kişi, borçlunun kendisinde alacağı bulunduğunu icra dairesine bildirdikten sonra, başka bir kişi *bu alacağın -daha önce- kendisine devredilmiş olduğunu* bir temlikname göstererek ileri sürerse, icra memurunun, takip alacaklısına, bu kişiye karşı istihkak davası açması için yedi günlük bir süre vermesi gerekir (İİK. mad. 99). Yani bu durumda temlikname gösteren kişi *alacağı elinde bulunduran üçüncü kişi* sayılıp, İİK. mad. 99 uygulanmalıdır. Aksi takdirde, borçlu alacağı elinde bulunduran sayılır ve dava açma külfeti "alacağın haczine devredildiğini" iddia eden kişiye ait olur (İİK. mad. 96 vd.).²⁵⁸

Üçüncü kişi, birinci ve ikinci haciz ihbarnamesini aldıktan sonra, süresi içinde icra dairesine *haciz konulan taşınırın kendisine rehnedilmiş olduğunu* bildirirse; **bir görüşe göre**²⁵⁹ *alacaklı ya İİK. mad. 89/IV uyarınca üçüncü kişiye karşı ceza ve tazminat davası açar ya da İİK m. 99'a göre üçüncü kişi hakkında istihkak davası açar. Diğer bir görüşe göre*²⁶⁰ *bu durumda üçüncü kişi istihkak iddiasında bulunmuş sayılmalı ve uyuşmazlık İİK. mad. 99'a göre çözümlenmelidir. Katıldığımız başka bir görüşe göre*²⁶¹ *ise bu konuda özel bir düzenleme içeren İİK. mad. 89/IV'e göre, alacaklının üçüncü kişi hakkında ceza ve tazminat davası açması daha isabetli olur.*

Üçüncü kişinin, takas veya hapis hakkı iddiasında bulunması halinde de, bu iddiayı kabul etmeyen alacaklının, İİK. mad. 89/IV'e göre hareket etmesi uygun olur.

XVII- Buraya kadarki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, İİK. mad. 89, borçlunun üçüncü kişilerdeki, kıymetli evraka bağlanmamış olan hak ve alacakları ile taşınır mallarının haczinde uygulanabilir.

258 KURU, B. a.g.e. c: 1, S: 745 - POSTACIOĞLU, İ. age. s:381 - YAVAŞ, M. age. s:84

259 ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 227 vd.

260 POSTACIOĞLU, İ. age. s: 423

261 YAVAŞ, M. age. s: 83 - Aynı doğrultuda: 12. HD. 20.12.2011 T. 10170/29441

Borçlunun adresinde yapılan haciz sırasında karşılaşılan ve borçludan, gelinen adresteki işyerini devraldığını ve borçluya imzalayıp verdiği bonolar gereğince senetli borcu bulunduğunu bildiren üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmemesi gerekir. Eğer, İİK. mad. 89/1'e aykırı olarak önce birinci sonra da ikinci ve üçüncü haciz ihbarnamesi gönderilir ve üçüncü kişi de süresinde bunlara itiraz etmezse, kanımızca, üçüncü kişinin, icra memurunun kendisine 89. maddeye aykırı olarak haciz ihbarnamesi göndermesine ilişkin karar ve işlemine karşı süresiz olarak şikâyet yoluna başvurabileceği kabul edilmelidir. Çünkü, İİK. mad. 89 emredici bir hükümdür.

XVIII- Uygulamayı en fazla yoran madde olduğunu daha önce de belirttiğimiz bu maddenin en sık uygulandığı durumlar şunlardır:

a) Borçlunun bankalardaki mevduatlarının haczinde: Bu madde, borçluların bankalardaki *vâdeli* ve *vâdesiz* mevduatlarının haczinde geniş uygulama alanı bulur.

Bankalar, bu tür hesaplar için gelen haciz ihbarnamelerine "meslek sırrı"²⁶² gerekçesiyle cevap vermekten (ve haczi uygulamaktan) kaçınmazlar.

Borçlunun bankadaki vâdeli mevduatı hakkında, bankaya haciz ihbarnamesi gelince, bankanın yine yedi gün içinde buna cevap verme yükümlülüğü varsa da, bankadan, vadeden önce bu hesaptaki parayı icra dairesine ödemesi istenebilir mi? Banka ile borçlu arasında yapılan anlaşmaya ya da banka mevzuatına göre, borçlunun vâdeden önce -örneğin, vâdeli yerine vâdesiz mevduat faizi hesaplanarak- bankadaki parayı çekmek yetkisi varsa, icra dairesinin, borçlu adına bu yetkiyi kullanabilmesi ve vâdeden önce, bankadaki paranın, icra dairesine ödenmesi gerekir.^{263,264}

Uygulamada bazen, haciz ihbarnamesinin bankaya gönderilmesi halinde, bankanın borçluya hesabı çekmesi için haber göndermesinden çekinilen durumlarda borçlunun bankadaki hesabının haczi için,

262 Bknz: ATABERK, R. Banka Sırrı (BATIDER, 1982, C: XI, S: 4, s: 95 vd.)

263 KURU, B. Bankacılar İçin İcra ve İflâs Hukuku Bilgisi, s: 30 – YÜKSEL, A. S. a.g.m. s: 139 vd. – KURU, B. Bankalardaki Mevduatın Haczi, 1977, s: 59 – KURU, B. a.g.e. C: 1, s: 751

264 Bknz: 12. HD. 28.11.1983 T. 827/9528, 31.5.1983 T. 2703/4317, 17.9.1980 T. 5007/6465

İİK. mad. 89'a göre, haciz ihbarnamesi gönderilecek yerde, doğrudan doğruya bankaya fiili hacze gidilmekte ve borçlunun kartı getirilerek icra memurunca incelenmekte ve borçlunun hesabının olduğu görülürse, tutanak düzenlenip, orada birinci haciz ihbarnamesi bankaya tebliğ edilmektedir.

Yine uygulamada, İİK. mad. 89'a göre, düzenlenmiş basılı örneğin bankalara gönderilmesi yerine, icra daireleri kendileri borçlunun bankadaki mevduatının haczedilmiş olduğunu belirtir bir yazıyı bankaya göndermekle yetinmektedirler.²⁶⁵

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

*Borçlunun üçüncü kişilerdeki (bankalardaki) hak ve alacaklarının haczi için bu kişilere mutlaka İİK. m. 89'a göre haciz ihbarnamesi gönderilmesinin gerekmediğini, bunun yerine haciz müzekkeresi (yazısı) gönderilmesinin de yeterli olduğunu*²⁶⁶

Borçlunun bankadaki mevduatının haczi için bankaya haciz ihbarnamesi veya haciz müzekkeresi (yazısı) gönderilebileceği gibi doğrudan doğruya bankaya gidilerek de fiili haciz yapılabileceğini^{267,268}

*Üçüncü kişiye (bankaya) İİK. m. 89'daki koşulları içermeyen haciz müzekkeresi (yazısı) gönderilmesi ve üçüncü kişinin buna yedi gün içinde cevap vermemesi halinde borcun bankanın zimmetinde sayılmayacağını ancak bu haciz müzekkeresi (yazısı) üzerine bankanın borçlunun mevduatına haciz koyabileceğini*²⁶⁹

Borçlunun bankadaki alacağının ve mevduatının haczinin, menkul haczi gibi yapılacağını, haciz tutanağı düzenlenmesi için bankaya gitmeye gerek bulunmadığı, haciz tutanağının icra dairesinde düzenlen-

265 Örneğin, uygulamada bu amaçla bankaya şöyle yazı gönderilmektedir:

.....Bankası Şube Müdürlüğüne,

Alacaklı ...'o borçlu ...'nın, takip konusu ... TL. borcundan dolayı Bankamızdaki mevduatından borca yeter miktarına haciz konulmuş olup, adı geçen borçlunun mevduatının ... TL. üzerinden haciz konulmasını ve sonuçtan Müdürlüğümüze bilgi verilmesi rica olunur.

266 Bknz: 12. HD. 24.6.2004 T. 13550/16637; 23.3.2004 T. 2554/6767

267 Bknz: 12. HD. 29.4.2004 T. 6537/10591

268 Bknz: 12. HD. 28.3.2002 T. 4568/6335; 17.2.2000 T. 1178/2594; 2.11.1999 T. 12747/13339

269 Bknz: 12. HD. 11.12.2003 T. 20408/24419; 7.5.2002 T. 8527/9593; 27.5.1999 T. 6418/6980

mesi ile borçlunun bankadaki mevduatının haczedilmiş olacağı, daha sonra bankaya haciz ihbarnamesi veya haciz müzekkeresi (yazısı) gönderilebileceğini^{270,271} belirtmiştir.

Kimi kez, bankadaki hesap birden fazla kişi adına açılmış olabilir. **Müşterek hesap**²⁷² adını alan bu hesap iki şekilde açılmaktadır:

aa- Asıl müşterek hesap (teselsüllü müşterek hesap): Bu durumda, müşterek hesap sahiplerinden her birisi, yalnız başına hesabın tamamı üzerinde tasarruf edebilir, yani bankadaki müşterek hesaptan dilediği kadar para çekebilir.

Bu hesap sahiplerinden birisinin alacaklısı, hesap sahibinin bankadaki hesabına, birinci haciz ihbarnamesi gönderirse, hesap sahipleri aksini önceden kararlaştırmamışlarsa, bankadaki paraya eşit hisselerle sahip sayılacaklarından, bankadaki müşterek hesabın borçluya ait hissesi üzerine haciz uygulanmalıdır.^{273,274}

bb- İştirak halinde hesap (teselsülsüz müşterek hesap): Bu durumda, hesap sahipleri ancak müşterek imza ile bankadan para çekmeye yetkilidirler. Bu hesap sahiplerinden birisinin alacaklısı tarafından, bankaya birinci haciz ihbarnamesi gönderilirse, iştirak halinde hesap sahiplerinden birinin borcu için, hesaptaki hissesinin haczi "iştirak halindeki mülkiyet hissesinin haczi" gibi, İİK. mad. 94/1'e göre olacağından, haciz ihbarnamesini alan bankanın yedi gün içinde, icra dairesine, borçlunun başkaları ile birlikte "iştirak halinde hesabı" bulunduğu ve hesaptaki para miktarını bildirmesi gerekir. Bunun üzerine icra memurunun, borçlunun bankadaki iştirak halinde hesap hissesinin icra dairesine ödenmesine karar vermesi için İcra Mahkemesine başvurması gerekir (İİK. mad. 121). İcra Mahkemesi'nin, diğer hesap sahiplerini de

270 Bknz: HGK. 1.12.1999 T. 12-1003/1017

271 Bu kararın tahlil ve eleştirisi için bknz: AKIN, İ. Karar İncelemesi (ABD. 2003/1, s: 59 vd.)

272 Bknz: ATABERK, R. Banka Nezdinde Müşterek Hesap (BATIDER, 1985, C: XIII, S: 2, s: 103 vd.)

273 REİSOĞLU, S. Bankacılık Yönünden Banka Hukuku Kuralları, s: 88 – KURU, B. Bankalardaki Mevduatın Haczi, 1977, s: 64 – ARSEBÜK, E. Borçlar Hukuku, s: 1033 – 2. HD. 11.12.1960 T. 6137/6513 (Naklen, REİSOĞLU, S. a.g.e. s: 87)

274 Farklı görüş için bknz: TANDOĞAN, H. Müşterek Hesaplar, s: 12 – YÜKSEL, A. S. Hesap Açılması ve Hesapta Tasarruf (BATIDER, 1965, C: III, S: 2, s: 144) – KURU, B. a.g.e. C: 1, s: 755

dinledikten sonra, borçlunun hesaptaki hissesinin icra dairesine ödenmesine karar vermesi gerekir.^{275,276}

b) Takip borçlusu, kendisine borcu bulunan kimse hakkında icra takibine geçmişse; dosya üzerine, borçludan alınacak paranın haczedildiği, bunun alacaklıya değil, haciz koydurmuş olan dosyaya ödenmesi bildirildikten sonra, ayrıca, borçlunun, borçlusu ile gizlice anlaşmasının önüne geçmek için, borçlunun borçlusuna da, İİK. mad. 89'a göre, haciz ihbarnamesi gönderilir.²⁷⁷

Borçlunun, üçüncü kişide bulunan alacağının, alacaklı tarafından ihtiyaten haczi halinde de, 89. madde uygulanır (İİK. mad. 261/II).²⁷⁸ Fakat, bu halde, üçüncü kişi, haciz ihbarnamesine itiraz edecek olursa, alacaklının icra mahkemesinde dava açarak, üçüncü kişinin beyanının gerçek dışı olduğunu kanıtlayıp, onun cezalandırılmasını ve tazminata mahkum edilmesini isteyebilmesi için, ihtiyati haczin, kesin hacze dönüşmüş olması gerekir.

c) Takip borçlusunun, bir banka ile arasında cari hesap sözleşmesi (TTK. mad. 91 vd.) varsa, birinci haciz ihbarnamesini alan bankanın, yedi gün içinde, durumu (yani, borçlu ile arasında yapılan cari hesap sözleşmesini) icra dairesine bildirmesi gerekir. Bu halde haciz, borçlunun hesap bakiyesi üzerine konulmuş olur. Çünkü, borçlunun câri hesaptaki alacak kalemleri üzerine tek tek haciz konulamaz, sadece borçlunun hesap bakiyesi üzerine haciz konulabilir. Bundan başka, banka birinci haciz ihbarnamesini kapatarak, hesap bakiyesini tespit eder. Borçlu 15 gün içinde haczi kaldırmazsa, banka câri hesap sözleşmesini feshedebilir, etmezse, haciz koydurmuş olan alacaklının durumu câri hesaba yeni kalemler geçirilmek suretiyle ağırlaştırılmaz, meğer ki, hesaba geçirilen kalemler, haciz tarihinden, birinci haciz ihbarnamesinin bankaya tebliğinden önce doğmuş bulunan hukuki ilişkiden ileri gelmiş olsun. Haciz koydurmuş olan alacaklı (onun yerine icra dairesi) hesap bakiyesinden kendi alacağına düşen kısmın ödenmesini, ancak hesabın 92. maddeye göre kapatılması gereken anda isteyebilir. (TTK. mad. 98).

275 TANDOĞAN, H. a.g.e. s: 12 – KURU, B. Bankalardaki Mevduatın Haczi 1977, s: 65 – KURU, B. a.g.e. C: 1, s: 757

276 Farklı görüş için bkz: YÜKSEL, A. S. a.g.m. s: 244

277 AKYAZAN, S. a.g.m. 356

278 Bknz: İİD. 26.1.1970 T. 763/785

Bu söylenenler, karşılıklı câri hesap sözleşmeleri içindir. Bankalardaki alacaklı câri hesap sözleşmelerinde TTK. mad. 98 hükmü uygulanmaz. Alacaklı, İİK. mad. 89'un, yukarıda gördüğümüz hükümlerine göre, borçlusunun bankadaki câri hesabının tamamı (yani, o câri hesaptaki parası, mevduatı) üzerine haciz koydurabilir. Buna karşın, borçlunun bankadaki borçlu câri hesabına haciz konulamaz, çünkü, borçlunun bankada parası olmayıp tersine, bankaya borcu vardır.²⁷⁹

Uygulamada, bazı kişiler, alacaklılarının bankadaki mevduatlarına haciz koyamamalarını sağlamak için, para çekme yetkisi kendilerinde saklı kalmak koşulu ile, yakını olan bir küçük adına -örneğin, oğlu, torunu, yeğeni adına- hesap açtırmaktadırlar. Bankaya, hesap açtırılan mevduatına haciz konulduğuna ilişkin icra dairesinden birinci haciz ihbarnamesi gelince, kanımızca, bankanın "hesabın küçük adına açılmış olduğu" gerekçesiyle, haczi uygulamaktan kaçınmaması gerekir. Aksi takdirde, alacaklı yukarıdaki ilişkiyi kanıtlayarak, bankayı sorumlu tutabilir. Çünkü, bankaya karşı hesabın alacaklısı, o hesaptan para çekebilme hakkına sahip olan kimsedir.

Böylece, bildirim sırasında mevcut olmayan ve fakat, ileride doğabilecek hesap bakiyesi de haczedilebilmektedir.

d) Mülkiyeti muhafaza koşulu ile devredilen malın satıcısının alacaklıları, satıcının, alıcıda olan ve henüz ödenmemiş bulunan senet alacağı üzerine, bu madde uyarınca haciz koydurabilirler.

e) Poliçe ilişkilerinde, keşidecinin muhataptaki provizyonu (karşılığ), borçlunun üçüncü kişideki alacağı olarak, bu madde gereğince haczedilebilir.²⁸⁰

f) Kıymetli evraka bağlanması mümkün olan hakların da haczi, şu özel durumlara göre, bu madde çerçevesinde mümkün olur.²⁸¹

Borçluya ait ve henüz kıymetli evraka bağlanmamış mal, hak ve alacakları, vedia, ariyet olarak yahut vekâleten üçüncü bir kişinin elinde ve fer'i zilyetliğinde bulunursa, bunların haczi, alacaklının istemi ile

279 KURU, B. Bankacılar İçin İcra ve İflâs Hukuku Bilgisi, s: 31 – YÜKSEL, A. S. a.g.m. s: 142 – KURU, B. Bankalardaki Mevduatın Haczi 1977, s: 61 vd.

280 KARAYALÇIN, Y. Ticaret Hukuku (Ticari Senetler) s: 343

281 DOMANIÇ, H. a.g.m. s: 753 vd.

icra memuru tarafından bu konuda karar verilerek gerçekleştirilir ve bu durum, İİK. mad. 89/I gereğince, birinci haciz ihbarnamesi ile üçüncü kişiye resmen bildirilir.

Bu ihbarname tebliğinin ve dolayısı ile, haczin bir sonuç vermesi, ihbarnameyi alacak üçüncü kişinin, buna İİK. mad. 89/II ve III'e göre itiraz etmemesine veya olumsuz tespit davası açmamasına yahut bu davayı veya İİK. mad. 89/IV'e göre alacaklının açacağı davayı kaybetmesine bağlıdır.

Bu olasılıklardan biri ile, haczin üçüncü kişi aleyhine kesinleşmesinden sonra, hak icra dairesinin emrine verilir. Hacizden sonra düzenlenmesi muhtemel ve mümkün kıymetli senetler de keza icra dairesi emrinde tutulur.

Üçüncü kişi elinde bulunan ve kıymetli evraka bağlanması mümkün iken henüz böyle bir senede bağlanmamış olan haklar, hisseli komandit ve anonim şirketlerde söz konusu olan intifa hakkı (TTK. mad. 502-503) hisse hakları (TTK. mad. 484-501) ve kurucu palları (TTK. mad. 348) ise, İİK. mad. 94'e göre haciz kararı tebliği suretiyle haczedilir.²⁸²

g) İİK. mad. 89, genel bir hükümle, alacak haklarının haczine olanak tanıdığına göre, acaba **limited ortaklık alacaklıları da, bu hükümden yararlanarak, ortaklığın bakiye (ödenmemiş olan) sermaye alacaklarını haczettirebilirler mi? İlk bakışta, İİK. mad. 89 hükmünün, limited ortaklığın ödenmemiş olan sermaye alacaklarına da uygulanması doğal karşılanabilir. Ancak, 89. maddedeki genel hükmün, sermaye alacağına uygulanmasında bir sermaye ortaklığı olan limited ortaklığın bünyesinden doğan bazı engellerle karşılaşılabilir. Nitekim, **ticaret hukuku doktrininde**²⁸³ limited ortaklığın, ortaktaki bakiye ser-**

282 Ayrıntılı bilgi için bkz: İleride; İİK. mad. 94 s: 1322 vd.–UYAR, T. İİK. Şerhi, C:5, s: 7848 vd.

283 Ayrıntılı bilgi için bkz: ÇAMOĞLU, E. Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi (BATIDER, 1971, C: VI, S: 1, s: 60) – POROY-TEKİNALP-ÇAMOĞLU, Ortaklık Hukuku, C: 2, s: 290, dipn. 36

maye alacağının haciz edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Hukukumuzda genellikle savunulan görüş, İİK. mad. 89'un "sermaye alacaklarına da uygulanmayacağı" şeklindedir.²⁸⁴

Kanımızca, bu durumda İİK. mad. 89 uygulanabilmeli yani şirket alacaklıları, sermaye borcunu ödemiş olan şirket ortaklarına haciz ihbarnamesi gönderip bunu haciz ettirebilmelidirler.²⁸⁵ Fakat **yüksek mahkeme**²⁸⁶ bir konudaki kararlarında "*limited şirket ortaklarının, limited şirkete göre 'üçüncü kişi' sayılmayacağını, bu nedenle, ödenmemiş sermaye borcunun, 89. maddeye göre haciz ihbarnamesi gönderilerek haciz edilemeyeceğini*" belirtmiştir.

h) Ticaret şirketleri (kollektif, komandit, anonim, limited) ile kooperatiflerde ve âdi şirketlerde, şirketten ve ortaklardan alacaklı olan üçüncü kişilerin, şirket ve ortaklardaki alacaklarının haczinde de²⁸⁷ İİK. mad. 89 hükmü geniş ölçüde uygulama alanı bulur.

Yüksek mahkeme, bu konu ile ilgili olarak

A)"Anonim ortaklıklarda":

a)"Ortakların kişisel borçlarından dolayı ortakların takibi" konusunda;

- "*Anonim şirket ortaklarının kişisel borçlarından dolayı, şirketin para ve mallarının haczedilemeyeceğini, ancak borçlu ortağın şirketteki 'kâr payı' ile 'tasfiye payı'na haciz konulabileceğini*"²⁸⁸

284 İMREGÜN, O. Anonim Ortaklıklar, s: 28 – ANSAY, T. Anonim Şirketler Hukuku, s: 230 – TEKİNALP (Poroy, Çamoğlu) Ortaklıklar Hukuku, s: 484 – ARSLANLI, H. Anonim Şirketler, s: 20, 191 – EREM, T. S. Ticaret Şirketleri, s: 283 – GÖLE, Ç. Anonim Ortaklıklarda Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt, s: 54 – ANSAY, S. Anonim Ortaklıklar ve Mahkeme Uygulaması (AHF. D. 1970 C: XXVII, S: 1-2, s: 131 vd.)

285 Aynı görüşte: ÇAMOĞLU, E. a.g.m. s: 63 vd. – DOMANIÇ, H. Anonim Şirket Ortaklarının Sermaye Temerrüdüne Terettüp Eden Hükümler (İBD. 1966/4-5-6, s: 123) - YAVAŞ, M. age. s: 166

286 Bknz: 12. HD. 22.11.2011 T. 7359/23592; 12.11.2002 T. 21935/23248; 28.2.1989 T. 6771/2775

287 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. Haciz, 2. Bası, s: 393 vd.

288 Bknz: 12. HD. 19.3.1991 T. 3846/4584; 19.1.2001 T. 20446/612

- *"Borçlu ortağın, hisse senedine bağlanmamış olan anonim şirketteki payının İİK. 94'e göre haczedilebileceğini"*²⁸⁹
- *"Borçlu ortağa ait anonim şirket hisse senedinin, anonim şirkete İİK. m. 89'a göre haciz ihbarnamesi gönderilerek haczedilemeyeceğini (İİK. m. 88 uyarınca hisse senedinin fiilen ele geçirilerek haczedilebileceğini)"*²⁹⁰

b) "Şirket borçlarından dolayı ortakların takibi" konusunda;

- *"Anonim şirketin borçlarından dolayı, hiçbir şekilde ortakları hakkında takip yapılamayacağını"*²⁹¹

B) "Limited ortaklıklarda":

a) "Ortakların kişisel borçlarından dolayı ortakların takibi" konusunda;

(6102 sayılı yeni TTK.'nın 133/(2). maddesiyle *"limited şirketlerde borçlu ortağın payının –taşınırlara ilişkin hükümlere göre- nasıl haczedilebileceği"* özel olarak düzenlenmiştir.²⁹² Uygulamada çok önem taşıyan bu konu hk. bkncz: İİK. mad. 94, AÇIKLAMA §b-dd).

- *"Limited şirket ortağının kişisel alacaklısının ilk başvurabileceği malların, ortağın kişisel malları olduğu; alacaklının, alacağının tamamını bunlardan tahsil edememesi durumunda, ortağın şirketteki kâr payına başvurabileceğini, kâr payının her yıl sonunda bilançoya göre muaccel hale geleceğini"*²⁹³
- *"Limited şirketlerde ortağın şahsi borcundan dolayı ortaklık payının doğrudan haczedilemeyeceğini"*²⁹⁴
- *"Borçlunun limited şirketteki ortaklık payının, İİK. m. 89'a göre doğrudan doğruya haczedilemeyeceğini, ancak şirket orta-*

289 Bknz: 12. HD. 15.2.1994 T. 1248/2057; 30.11.1992 T. 8071/15080

290 Bknz: İİD. 3.11.1992 T. 8071/15080

291 Bknz: 12. HD. 12.4.1988 T. 5974/4714; 21.5.1984 T. 4120/6369

292 Bknz: 12 HD.07.05.2013 T.7955/17423

293 Bknz: 12. HD. 22.09.2011 T. 957/16339

294 Bknz: 12. HD. 25.04.2011 T. 2010-26867/7417

ğrı borçluya isabet edecek kâr payının haczedilebileceğini"²⁹⁵, 6102 sayılı TTK.'nın 133/(2). maddesinde açıkça "limited şirket ortaklarının paylarının, alacaklılar tarafından haciz edilip sattırabileceği" kabul edilmiş olduğundan, bu içtihat artık geçerliliğini yitirmiştir.

b) "Şirketin kamu (vergi) borçlarından dolayı ortakların -6183 sayılı Yasa hükmüne göre- takibi" konusunda;

- *"Limited şirket ortaklarının, şirketten tahsil imkanı bulunmayan kamu alacağından, sermaye hissesi oranında doğrudan doğruya sorumlu olduğunu"*²⁹⁶

c) "Şirket borçlarından dolayı ortakların takibi" konusunda;

- *"Limited şirket ortağının ortaklık ilişkisinden kaynaklanan ve şirkete olan borcu yönünden limited şirkete göre üçüncü kişi sayılamayacağından, şirket ortağına İİK. 89'a göre 'birinci haciz ihbarnamesi' gönderilemeyeceğini, eğer gönderilmişse haciz ihbarnamesinin iptaline ilişkin şikayetin süreye bağlı olmadığını"*²⁹⁷
- *"Limited şirketin borçlarından dolayı ortakların -şirketin kamu borçları dışında- sorumlu olmadığını"*²⁹⁸

ç) "Şirket borçlarından dolayı şirketin takibi konusunda;

- *"Limited şirketin borçlarından dolayı, şirketin sorumlu olduğunu, ortaklar hakkında alacaklı üçüncü kişilerin takip yapamayacağını"*²⁹⁹

295 Bknz: 12. HD. 26.12.2003 T. 22237/26533; 19. HD. 24.9.2001 T. 1947/5801; 12. HD. 24.3.1999 T. 1954/3781

296 Bknz: 21. HD. 12.5.2004 T. 7149/10399; 11. HD. 25.3.2004 T. 8604/3097; 10. HD. 19.1.2004 T. 9474/67

297 Bknz: 12. HD. 14.2.2011 T. 20895/435; 12.11.2002 T. 21935/23248; 28.2.1989 T. 6771/2775

298 Bknz: 21. HD. 25.9.2000 T. 5764/5989

299 Bknz: 12. HD. 4.5.1988 T. 8889/5978; 24.3.1988 T. 2885/3599

C) "Adi ortaklıklarda":

a) "Ortakların kişisel borçlarından dolayı ortakların takibi" konusunda;

- "Adi ortaklığın ortakları, alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm malvarlıkları ile sınırlı olduğu, ancak adi ortaklardan birinin borcu nedeniyle, adi ortaklığın banka nezdindeki parasının borçlu ortağın hissesi oranında haczedilemeyeceğini"^{300,301}
- "*Adi ortaklıklarda, ortağın kişisel alacaklılarının borçlu ortağın şirketteki 'kar payını' ve 'tasfiye payını' İİK. m. 89'a göre haczettirebileceklerini*"³⁰²
- "*Ortakların kişisel borçlarından dolayı, ortaklık mallarının haczedilemeyeceğini, alacaklıların ancak tasfiye payı üzerine haciz koydurabileceklerini (ve daha sonra icra mahkemesinden yetki belgesi alıp, adi ortaklığın tasfiyesini talep etmeleri gerekeceğini)*"^{303,304}
- "*Ortağın kişisel alacaklılarının, alacaklarından dolayı adi ortaklığa ait işyerinde günlük hasılatın borçlu ortağa düşecek payın haczedilmesini isteyemeyeceklerini*"³⁰⁵

b) "Şirket borçlarından dolayı ortakların takibi" konusunda;

- "*Adi şirket adına, idareci ve temsilciler tarafından yapılan işlemlerden -örneğin; düzenlenen bonodan- doğan borçlardan, tüm ortaklar 'doğrudan doğruya', 'sınırsız' ve 'zincirleme olarak' sorumlu olduklarından, şirket alacaklılarının yaptığı takibe ortakların karşı koyamayacaklarını*"³⁰⁶

300 Bknz: 12.HD.13.02.2012 T.12220/3250

301 Karş: 12. HD.28.02.2012 T.25453/5395

302 Bknz: 12. HD. 4.7.2011 T. 3953/14126; 23.6.2003 T. 12043/14967; 17.6.2003 T. 11642/14344; 16.1.2003 T. 27028/154

303 Bknz: 12. HD. 2.12.1992 T. 9349/16873; 20.11.1992 T. 7266/14470; 26.10.1992 T. 5519/ 12557

304 Karş: 15. HD. 31.3.1993 T. 1313/1493; 23.2.1993 T. 161/748

305 Bknz: 12. HD. 9.4.1991 T. 11529/4647; 15.4.1982 T. 3914/3216

306 Bknz: 12. HD. 23.6.1983 T. 12043/14967; 22.3.1982 T. 1882/2236

D) "Kolektif ortaklıklarda":

a) "Ortaklık borçlarından dolayı ortakların takibi" konusunda;

- *"Şirket borcundan dolayı ortaklar hakkında takip yapılabilmesi için TTK. mad. 237/(2)'deki koşullar gerçekleştikten sonra, ortak hakkında takip talebinde bulunulması ve ortağa ödeme emri gönderilmesi gerekeceğini"³⁰⁷*
- *"Kolektif şirketin borçlarından dolayı 'birinci derecede' şirketin sorumlu olduğunu, ortaklar hakkında ancak 'şirket hakkında yürütülen takibin semeresiz kalması' veya 'şirketin herhangi bir sebeple sona ermesi' halinde (şirketin tasfiye sonucu beklenmeden, tüzel kişiliği sona ermeden, ticaret siciline kaydı silinmeden) şirket borçlarından dolayı, şirketle birlikte veya şirketten ayrı olarak takip yapılabileceğini"³⁰⁸*
- *"Kolektif şirket hakkındaki takibin kesinleşmesinden ve şirketin aczi nedeniyle takibin ortaklara yöneltilmesinden sonra, ortakların kesinleşen takipteki borca itiraz edemeyeceklerini"³⁰⁹*
- *"Kolektif şirketin borçlarından birinci derecede şirketin sorumlu olmasının (TTK. mad. 237/(1)), aynı borçtan dolayı ortaklar hakkında ihtiyati haciz kararı alınıp uygulanmasını engellemeceğini (TTK. mad. 237/(2)), ancak şirket sona ermedikçe veya şirket hakkındaki takip semeresiz kalmadıkça, ortaklar hakkında takip açılmayacağını"³¹⁰*
- *"Şirket hakkındaki ihtiyati haczin uygulanması sırasında borcu kabul eden ortağın, daha sonra şirketten ayrılrsa dahi, şirket borcundan kişisel olarak sorumlu olacağını"³¹¹*
- *"Şirket hakkındaki takibin semeresiz kalmasından uzun bir süre -6 yıl- sonra, ortak hakkında -aradan geçen zaman içinde, şirketin durumunda değişiklik olmuş olması muhtemel bulunduğu- takip yapılamayacağını"³¹²*

307 Bknz: 12. HD. 7.3.2011 T. 22413/2756; 21.1.1993 T. 15642/931; 19.10.1989 T. 10161/12507

308 Bknz: 12. HD. 28.12.1992 T. 14356/17205; 14.4.1992 T. 11939/4848; 29.1.1992 T. 12489/1530

309 Bknz: 12. HD. 22.2.1998 T. 4278/1798

310 Bknz: 12. HD. 9.3.1986 T. 11230/5026; 13.3.1984 T. 125/2918

311 Bknz: 12. HD. 21.6.1984 T. 6464/7550

312 Bknz: 12. HD. 12.2.1981 T. 9500/1388

- *"Şirket borcunun doğmasından sonra, şirketten ayrılmanın, ortağı sorumluluktan kurtarmayacağını"*³¹³
- *"Şirket borcundan dolayı ortakların sorumlu tutulabilmesi koşulları'nı öngören TTK. mad. 237/(2) hükmünün, doğrudan doğruya icra mahkemesince gözetilemeyeceğini, bu hususun ortak tarafından süresinde itiraz konusu yapılması gerekeceğini"*³¹⁴
- *"Şirket hakkında yapılan takibin semeresiz kalması üzerine, şirket borcunu ödeyen bir ortağın, payından fazla ödediğini diğer ortaklardan -genel haciz yoluyla takip yapararak- isteyebileceğini"*³¹⁵
- *"Şirket borcundan dolayı önce şirket hakkında takip yapılıp, şirkete ödeme emri göndermeden, şirket ortakları hakkında takip yapılamayacağını"*³¹⁶
- *"Kollektif şirketin borcundan dolayı, şirketin temsilcisi sıfatıyla temsilcinin şahsı hakkında takip yapılıp mallarının haczedilemeyeceğini"*³¹⁷
- *"Kollektif şirket hakkında alınan depo kararının ortaklara tebliğ edilmesi üzerine, depo kararını yerine getirmeyen (şirket borcunu yatırmayan) ortağın iflasına karar verilmesi gerekeceğini"*³¹⁸
- *"Şirkete yeni giren ortağın girme tarihinden önce meydana gelmiş şirket borçlarından ve şirketten çıkan ortağın da çıkmanın tescil ve ilan tarihine kadar meydana gelen şirket borçlarından sorumlu olacağını"*³¹⁹
- *"Ortaklık aleyhine yapılan takiple kesilen zamanaşımının, ortaklık borcu için takip edilen ortaklar bakımından da kesilmiş olacağını"*³²⁰

313 Bknz: 12. HD. 18.12.1980 T. 7172/9014

314 Bknz: 12. HD. 13.12.1978 T. 1103/1187

315 Bknz: 12. HD. 27.3.1978 T. 2471/2759

316 Bknz: 12. HD. 28.11.1977 T. 9868/9917

317 Bknz: HGK. 24.10.1973 T. T-1633/827

318 Bknz: İİD. 24.10.1968 T. 8600/9680

319 Bknz: İİD. 22.2.1968 T. 1973/1855

320 Bknz: İİD. 21.12.1967 T. 12083/11981

- *"Şirket aleyhine alınan ilamın, 'şirketin sona ermesi' veya 'şirket hakkındaki takibin semeresiz kalması' halinde, ortaklar hakkın-da da uygulanabileceğini"*³²¹

b) "Ortakların kişisel borçlarından dolayı ortakların takibi" konusunda;

- *"Ortakların kişisel alacaklarının 'ortağın kişisel mallarına', 'ortağın, ortaklıktaki kâr payına, faiz ve masraf alacaklarına ve ücret alacağına' haciz koydurabileceklerini ve bunlardan alacağını alamamaları halinde borçlu ortağın 'sermaye ve tasfiye payına' haciz koydurabileceklerini ve ayrıca 'altı ay önce haber vermek koşuluyla şirketin feshini isteyebileceklerini'"*³²²

E) "Komandit şirketlerde":

a) "Şirket borçlarından dolayı komandite ortakların takibi" konusunda;

- *"TTK. mad. 319 ve 325'teki koşullar gerçekleşmeden, komandit şirketin borcundan dolayı, ortaklar hakkında takip yapılamayacağı"*³²³
- *"Komandit şirketin iflas etmiş olması halinde, komandit şirketin sona ermiş sayılacağını (ve; şirket borçlarından dolayı komandite ortaklar hakkında takip yapılabileceğini)"*³²⁴
- *"Komandit şirketin borçlarından dolayı -kollektif şirketlerde olduğu gibi- birinci derece şirketin sorumlu olduğunu, komandite ortaklar hakkında ancak 'şirket hakkında yapılan takibin semeresiz kalması' veya 'şirketin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde' şirket borçlarından dolayı takip yapılabileceğini"*³²⁵
- *"Komandit şirketten çıkan veya çıkarılan komandit ortağın, çıkma veya çıkarılmanın tescil veya ilan edildiği tarihe kadar doğan şirket borçlarından sorumlu olacağını"*³²⁶

321 Bknz: TD. 6.12.1963 T. 1595/1684

322 Bknz: 11. HD. 6.2.1979 T. 5906/497

323 Bknz: 12. HD. 26.10.1973 T. 12144/16307

324 Bknz: 12. HD. 19.6.1986 T. 13035/7138; 12.3.1985 T. 12392/2286

325 Bknz: 12. HD. 12.3.1985 T. 12392/2286; 22.10.1981 T. 5911/7630

326 Bknz: 12. HD. 12.3.1985 T. 12392/2286

b) "Şirket borçlarından dolayı komanditer ortakların takibi konusunda;

- *"Komanditer ortağın ancak ortaklığa koymayı taahhüt edip de koymadıkları sermaye miktarı ile sınırlı olarak, şirket borçlarından dolayı sorumlu olacaklarını"³²⁷*

F) "Kooperatiflerde":

a) "Ortakların kişisel borçlarından dolayı ortakların takibi" konusunda;

- *"Ortağın kişisel alacaklılarının, ortağın kooperatifteki payını haczettiremeyip sadece 'faiz ve gelir gider farkından payına düşeni' ve 'kooperatifin dağılması halinde ortağa düşecek payı' haczettirebileceklerini"³²⁸*

b) "Kooperatifin borçlarından dolayı ortakların takibi" konusunda;

- *"Kooperatif ortağı, kooperatife karşı 'üçüncü kişi' sayılmayacağından, kooperatifin ortaktaki alacağından dolayı, ortağa İİK. 89'a göre haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceğini"³²⁹*
- *"Kooperatifin borcundan dolayı, kooperatif adına kayıtlı olan taşınmazın tapu kaydına haciz konulduktan sonra, noter huzurunda çekilen kura sonucu o taşınmazın sahibi durumuna gelen ortağın, taşınmaz üzerindeki haczin kaldırılmasını icra mahkemesinden şikayet yoluyla isteyemeyeceğini"³³⁰*
- *"Kooperatif borçlarından dolayı kooperatif ortaklarının sorumluluğunun ana sözleşme ve Kooperatifler Kanunundaki hükümlerle sınırlı olduğunu, kooperatif hakkında yapılan takipten sonuç alınamaması halinde, sorumluluk durumlarına göre ortaklara başvurulabileceğini"³³¹*

327 Bknz: 11. HD. 29.3.1983 T. 969/1546

328 Bknz: 12. HD. 18.3.2004 T. 1276/6300; 22.4.2003 T. 6408/9053; 5.4.2002 T. 5674/7077

329 Bknz: 12. HD. 22.11.2011 T. 7359/23592; 1.12.2011 T. 9206/25817; 16.9.2004 T. 4115/19287; 20.9.2002 T. 16435/17422

330 Bknz: 12. HD. 5.7.2004 T. 13474/17810; 7.7.2004 T. 14263/17982

331 Bknz: 12. HD. 26.6.2003 T. 13041/15212; 23.3.2000 T. 3933/4347

- *"Kooperatiften alacaklı olan kişilerin, kooperatif ortaklarına haciz ihbarnamesi göndererek 'kooperatife ödeyecekleri aيدات paralarını' haczedemeyeceklerini ve kooperatifin gönderilen haciz ihbarnamelerinin şikayet yoluyla iptalini istemekte hukuki yararının bulunduğunu"*³³²

*"Borçlu kooperatifin taşınmazına konan hacizden, ferdi mülkiyete geçiş sonucunda kooperatif üyesinin sorumluluğunun, yüklendiği sermaye payıyla sınırlı olduğunu"*³³³

- *"Kooperatif borçlarından dolayı kural olarak kooperatifin sorumlu olduğunu, ortakların ancak 'kooperatifin iflas etmesi' veya 'kooperatifin dağılması' hallerinde ve ana sözleşmede 'kooperatif borçlarından dolayı ortakların -sınırlı veya sınırsız sorumluluklarının açıkça öngörülmüş olması durumunda' -ve ikinci derecede- sorumlu olacağını"*³³⁴ belirtmiştir.

XIX- "Borçluya ait olduğu düşüncesi ile üçüncü kişinin elinde haczedilen mallar hakkında açılacak istihkak davasını" düzenleyen İİK. mad. 99 ile, "borçluya ait haczi mümkün herhangi bir malın üçüncü kişinin elinde bulunup bulunmadığını ve eğer mevcutsa bunun haczi konusunu" düzenleyen İİK. mad. 89'un uygulama alanı bir noktada birleşebilir.³³⁵

Gerçekten, borçluya ait olup da, üçüncü kişinin elinde bulunduğu sanılan taşınır bir mal **İİK. mad. 89** uyarınca haczedilirse icra memuru üçüncü kişiye birinci haciz ihbarnamesini gönderir. Bu ihbarnameye karşı, üçüncü kişi mad. 89/II'deki def'ileri ile sürebilir. Eğer, üçüncü kişi haczedilen malın borçluya ait olmadığını ya da malın kendisine rehnedilmiş olduğunu ileri sürerse, haczedilen taşınır mal hakkında istihkak iddia etmiş olur. Bu durumda **bir görüşe göre**³³⁶ alacaklı iki olanağa sahip olur. Ya; İİK. mad. 89/IV'e göre icra mahkemesine başvurup üçüncü kişinin ceza ve tazminata mahkum edilmesini ister ya da **İİK. mad. 99'a** göre icra mahkemesinde istihkak davası açar. Buna karşın

332 Bknz: 12. HD. 1.3.2005 T. 696/3963; 24.1.2005 T. 24084/860; 16.6.2003 T. 10980/14194

333 Bknz: 12. HD. 18.11.1998 T. 12225/13082

334 Bknz: 12. HD. 16.10.1977 T. 9927/10890; 14.11.1991 T. 10542/11886; 27.11.1989 T. 5503/14565

335 UYAR, T. İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 3. Bası, s: 1010

336 ARSLAN, R. a.g.m. s: 109 vd.

diğer bir görüŖe göre³³⁷ ise, alacaklı bu durumda, İİK. mad. 89/IV uyarınca hareket etmek olanağına sahip olmayıp, mutlaka **İİK. mad. 99'a** göre istihkak davası açmak zorundadır.

XX- Yüksek mahkeme, buraya kadar ayrıntılı olarak açıklamaya çalıştığımız özel durumlar dışında İİK. mad. 89'un uygulama alanı ile ilgili olarak;

- *"Alacaklının, borçlunun mal beyanında bulunurken bildirmediği bankadaki mevduatının da haczini isteyebileceğini"*³³⁸
- *"Şirketi temsile yetkisi bulunduğu -ticaret sicili memurluğunun yazısından- anlaşılan kişiye, şirket adına yapılan haciz ihbarnamesi tebligatının geçerli olduğunu"*³³⁹
- *"Bankanın, gönderilen haciz ihbarnamesine itiraz etmesinden sonra, bankaya yeniden 89/I ihbarnamesi gönderilmeden veya doğrudan mevduatın haczi için 'haciz yazısı' tebliğ etmeden, borçluya ait hesaba sonradan gönderilen paranın itiraz edilen ihbarnameye dayanak gösterilerek, icra dairesince istenemeyeceğini"*³⁴⁰
- *"İİK. m. 89'da geçen 'borçlu' tabirinin 'takip borçlusu'nu ifade ettiğini"*³⁴¹
- *"Ticari temsilcinin, gönderilen haciz ihbarnamesine, şirket adına itiraz etme yetkisinin bulunduğunu"*³⁴²
- *"Birinci haciz ihbarnamesi nedeniyle uygulanan haciz işlemi nedeniyle ileri sürülecek 'haczedilmezlik iddiası'nın, bu ihbarnameyi gönderen icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine bildirilmesi gerekeceğini"*³⁴³

337 POSTACIOĞLU, İ. a.g.e. s: 423

338 Bknz: 12. HD. 11.4.2005 T. 4949/7737

339 Bknz: 12. HD. 8.4.2005 T. 4262/7595

340 Bknz: 12. HD. 29.3.2005 T. 3374/6638

341 Bknz: 12. HD. 7.3.2005 T. 1766/4597

342 Bknz: 12. HD. 14.1.2005 T. 23050/600

343 Bknz: 12. HD. 23.12.2004 T. 21676/26554

- *"Borçlunun alacaklı sıfatıyla mahkemede açmış olduğu dava henüz sonuçlanmadan, dava konusu olan alacak için mahkeme muhatap kabul edilerek, mahkemeye 'birinci haciz ihbarnamesi' gönderilemeyeceğini"³⁴⁴*
- *"İİK.'nın -4949 sayılı kanunla değişik- 89. maddesine göre icra müdürlüğüne üçüncü kişiye ' 15 gün içinde paranın ödenmesi veya olumsuz tespit davası açılması için' üçüncü haciz ihbarnamesi gönderilmesi gerekeceğini, bu işlem yapılmadan üçüncü kişiye doğrudan yazı gönderilerek paranın talep edilemeyeceğini"³⁴⁵*
- *"Bankadaki mevduatının haczi için bankaya haciz ihbarnamesi gönderilen borçlu belediyenin haczedilmezlik şikayetinde bulunmada 'hukuki yararı'nın bulunduğunu"³⁴⁶*
- *"İİK. m. 89 uyarınca borçlunun üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının haczedilmesi halinde, gönderilen haciz ihbarnamelerine karşı borçlunun şikayet yoluna başvurmasında hukuki yararının bulunduğunu"³⁴⁷*
- *"İİK. m. 89/IV uyarınca icra mahkemesi yerine asliye hukuk mahkemesine başvurulabileceğini"³⁴⁸*
- *"Belediyenin 'haczedilmezlik şikayetinin kabulü' üzerine icra mahkemesince hacizler kaldırıldıktan sonra, idare mahkemesince alacaklının lehine olarak 'yürütmenin durdurulmasına' karar verilmiş olması halinde, borçlunun bankadaki mevduatlarına bu aşamada yeniden haciz uygulanabileceğini"³⁴⁹*
- *"TMK.'nın 6. maddesi uyarınca iddia sahibi, iddiasını kanıtlamakla yükümlü ise de, somut olayın özelliğine göre ispat yükünün yer değiştirebileceğini"³⁵⁰*

344 Bknz: 12. HD. 11.10.2004 T. 16912/21420

345 Bknz: 12. HD. 8.10.2004 T. 16446/21278

346 Bknz: 12. HD. 27.9.2004 T. 15763/20241

347 Bknz: 12. HD. 7.7.2004 T. 12795/17906

348 Bknz: 4. HD. 7.7.2004 T. 16448/8996

349 Bknz: 12. HD. 30.4.2004 T. 6078/10812

350 Bknz: 4. HD. 8.4.2004 T. 2679/4635

- *"Birinci haciz ihbarnamesi üzerine icra dairesine verdiği cevapta borcu açıkça kabul edip itiraz etmeyen üçüncü kişinin, zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemesi gerekeceğini, takip borçlusu ile arasındaki özel ilişkiye dayanarak 'muarazanın giderilmesi' istemiyle genel mahkemede dava açamayacağını"³⁵¹*
- *"Üçüncü kişinin haciz ihbarnamesine itiraz etmiş olmasının, üçüncü kişiden haciz ihbarnamesine konu borcun istenmesine engel teşkil etmeyeceğini"³⁵²*
- *"İtiraz süresi içinde de olsa üçüncü kişinin 'borçlunun kendilerinden ...TL. tahakkuk etmiş alacağı bulunduğu' dair kabulünden dönemeyeceğini"³⁵³*
- *"Borcun, İcra ve İflas Kanunu mad. 89'a göre haciz ihbarnamesi gönderilmesi sonucunda muhatabı tarafından ödenmiş olmasının, şikayetin esasının incelenmesine etkili olmayacağını"³⁵⁴*
- *"İkinci haciz ihbarnamesinin tebliğinden sonra, üçüncü kişinin takip borçlusuna yapacağı ödemenin, takip alacaklısına karşı geçerli olmayacağını"³⁵⁵*
- *"Hesap devresi sona ermeden ve üçüncü kişinin takip hukuku yönünden kesinleşip icra edilebilir hale gelmeden cari hesap sözleşmesine dayanılarak üçüncü kişi şirkete haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceğini"³⁵⁶*
- *"İİK.'nın 89/I maddesine göre çıkarılan tebligatın, üçüncü kişi tüzel kişinin ticaret sicilindeki adresine çıkarılabileceğini, buraya yapılacak tebligatta Tebligat Tüzüğü'nün 28. maddesindeki koşulların araştırılmasına gerek bulunmadığını"³⁵⁷*

351 Bknz: 4. HD. 24.2.2004 T. 7249/1700

352 Bknz: 12. HD. 16.2.2004 T. 25584/2954

353 Bknz: 12. HD. 10.2.2004 T. 24760/2248

354 Bknz: 12. HD. 27.1.2004 T. 24170/1536

355 Bknz: 4. HD. 19.1.2004 T. 10397/91

356 Bknz: 12. HD. 31.10.2003 T. 17436/21297

357 Bknz: 12. HD. 20.10.2003 T. 16729/20357

- *"Şikayetçi bankanın, takip borçlusu ve icra takibiyle ilgisi bulunmayan üçüncü kişilerin bankadaki mevduatlarının haczi için gönderilen haciz ihbarnamelerinin haczi konusunda süresiz şikayet yoluna başvuruabileceğini"*³⁵⁸
- *"Mahkemece İİK. m. 72/III'e göre alınan tedbir kararı uyarınca, 'icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi karşısında tedbir kararı verilmişse' 89. madde gereğince 'icra veznesinden gönderilen paranın teminat karşılığı alacaklıya ödenmesine' karar verilemeyeceğini"*³⁵⁹
- *"Alacaklının talebi üzerine üçüncü kişiye 'ikinci haciz ihbarnamesi' gönderilmesine karar verildikten ve bu ihbarname gönderildikten sonra, icra müdürlüğünce 'birinci haciz ihbarnamesine itiraz olduğu'ndan bahisle, kendiliğinden ikinci haciz ihbarnamesi gönderilmesi kararından dönülemeyeceğini"*³⁶⁰
- *"Üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi çıkarılması üzerine, bu kişinin zimmetinde sayılan borç için, bu üçüncü kişinin bir başka üçüncü kişiden olan alacağı için haciz ihbarnamesi çıkarılmayacağı"*³⁶¹
- *"Üçüncü kişi tarafından 'haciz ihbarnamesi' uyarınca dosyaya yatırılan paranın alacaklıya ödenmesi için borçluya ayrıca 103 davetiyesinin tebliğine gerek bulunmadığını"*³⁶²
- *"İİK. m. 89'a göre gönderilen 'birinci haciz ihbarnamesi'nin iptalinin, yedi günlük şikayet süresi içinde icra mahkemesine başvuru olarak istenebileceğini"*³⁶³
- *"Teyitli akreditifte lehtarın akreditif alacağının teyit bankasına ibraz edeceği belgeler karşılığında ibraz anında ve ibraz yerinde doğacağını ödeme yerinin belgelerin ibraz edildiği yer olacağını, davalıya haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği tarih itibarıyla takip borçlusu durumundaki lehtar şirketin davalı"*

358 Bknz: 12. HD. 30.6.2003 T. 12321/15477

359 Bknz: 12. HD. 15.4.2003 T. 5879/8347

360 Bknz: 12. HD. 4.2.2003 T. 29396/1950

361 Bknz: 12. HD. 20.1.2003 T. 27550/389; 20.11.2000 T. 7306/17791

362 Bknz: 12. HD. 31.12.2002 T. 26796/28140; 2.3.1989 T. 7336/2960

363 Bknz: 12. HD. 19.12.2002 T. 25980/27001

nezdinde herhangi bir alacağının doğmamış olması halinde, davalının itirazının haklı sayılıp, gerçeğe aykırı bir beyan söz-konusu olmayacağını ve dolayısıyla davacı yararına İİK. 89/V uyarınca tazminata hükmedilemeyeceğini¹³⁶⁴

- "Bir şirketin; müstakil sermayesi, müstakil muhasebesi bulunan veya muhasebesi merkezde tutulduğu ve müstakil sermayesi olmadığı halde kendi başına ticari muamele yapan ve ayrıca bulunduğu yerin ticaret siciline tescil edilmiş olan şubesine haciz ihbarnamesi gönderilebileceğini"¹³⁶⁵
- "İcra (hukuk) mahkemesinin İİK. m. 89/IV uyarınca 'üçüncü kişinin gerçek dışı beyanda bulunduğu' iddiasına dayalı olarak ileri sürülen şikayetleri inceleyebileceğini, bu konuda -uyuşmazlığın icra ceza hakimliği tarafından görülmesi için- 'gönderme kararı' veremeyeceğini"¹³⁶⁶
- "Yasal süresinde itiraz edilmemesi nedeniyle haciz ihbarnamesinin kesinleşerek hacze konu borcun üçüncü kişinin zimmetinde sayılmasının, takip hukuku kapsamında bir kesinleşme olup, bu durumun 'ödeme emrine itiraz' kapsamında üçüncü kişinin SSK aleyhine açacağı 'ödeme emrinin iptali' davasında kurum borçlusuna karşı borcu olmadığını ya da malın yedinde bulunmadığını iddia ve ispat etmesine engel bulunmadığını"¹³⁶⁷
- "Haciz ihbarnamesi ile yatırılması istenmiş olan paranın icra dairesine yatırılmasından sonra icra mahkemesince haciz ihbarnamesinin iptaline karar verilmiş olması halinde, haksız ödenmiş olan paranın İİK. 361 uyarınca icra müdürlüğüne hükme gerek kalmaksızın geri istenebileceğini"¹³⁶⁸
- "Takibin itirazla durmuş olmasının -ihtiyati haciz işlemi bir takip işlemi olmadığından, buna bağlı olarak gerçekleştirilen- İİK.nun 89. maddesi gereğince işlem yapılmasını engellemeyeceğini"¹³⁶⁹

364 Bknz: HGK. 18.12.2002 T. 12-1078/1072

365 Bknz: 12. HD. 1.10.2002 T. 18004/19322

366 Bknz: 12. HD. 26.3.2002 T. 5147/6131

367 Bknz: 10. HD. 11.2.2002 T. 706/884

368 Bknz: 12. HD. 1.2.2002 T. 636/1979

369 Bknz: 12. HD. 15.2.2001 T. 1700/2802

- *"Alacaklının her gerçek ve tüzel kişi için ayrı ayrı birinci haciz ihbarnamesi göndermesi gerekeceğini, dört borçlu için bir tek haciz ihbarnamesi göndermekle yetinilemeyeceğini"*³⁷⁰
- *"Yarış atları ile ilgili tutulan soy kütüğünün, atların mülkiyetini aksettirmedeğinden, yarış atları için konulan kaydi hacizlerin geçerli olmayıp bu hayvanların fiilen haczi gerekeceğini"*³⁷¹
- *"İİK. m. 89/VII hükmünün, tüzel kişiliği bulunmayan şubeye haciz ihbarnamesine itiraz hakkı tanıdığına göre, tüzel kişiliği bulunan genel müdürlüğün de öncelikle bu hakka sahip olduğunu"*³⁷²
- *"İİK. m. 89/IV uyarınca verilmiş olan mahkumiyet kararları ile onun eklentisi olan tazminat kararlarının, kesinleşmeden infaz olunamayacağını"*³⁷³
- *"İcra müdürünün 'üçüncü kişiye 89/I ihbarnamesi gönderilmesi' konusundaki kararından kendiliğinden dönemeyeceğini"*³⁷⁴
- *"İİK. m. 89/III'e göre 'dava' açılarak sağlanacak hususun 'şikayet' yoluyla istenemeyeceğini"*³⁷⁵
- *"Borçlunun üçüncü kişideki ipotekle teminat altına alınmış olan alacağının haczedilebileceğini"*³⁷⁶
- *"Tüzel kişiliğe gönderilen haciz ihbarnamesinin sekretere tebliğ edilmiş olmasının geçersiz olacağını"*³⁷⁷
- *"Gönderilen haciz ihbarnamelerine itiraz etmemiş, menfi tesbit davası da açmamış olan (ve ihbarnamede belirtilen parayı da icra dairesine yatırmayan) üçüncü kişi bankada haciz yapılmak üzere, asıl takibin yapıldığı icra dairesince bankanın bulunduğu yerdeki icra dairesine talimat yazılması gerekeceğini"*³⁷⁸

370 Bknz: 12. HD. 23.12.1999 T. 16451/17817

371 Bknz: 19. HD. 6.2.1997 T. 8698/954

372 Bknz: 12. HD. 24.6.1996 T. 2464/2586

373 Bknz: 12. HD. 16.4.1996 T. 5137/5300

374 Bknz: 12. HD. 22.6.1992 T. 124/8472

375 Bknz: 12. HD. 27.9.1991 T. 2446/9783

376 Bknz: 12. HD. 3.5.1988 T. 7354/5935

377 Bknz: 12. HD. 9.4.1986 T. 10036/4125

378 Bknz: 12. HD. 27.2.1986 T. 8701/2264

- *"Borçlunun bankadaki vadeli mevduatının, vadesinden önce -bankaya haciz ihbarnamesi gönderilerek haciz edilebileceğini ve vadesinden önce paranın icra dairesine getirtilebileceğini"*³⁷⁹
- *"İİK.'nin m. 89. maddesi gereğince çıkarılan haciz ihbarnamelerine karşı gerekli itirazları yapmayan üçüncü kişinin 'takip borçlusuna karşı borçlu olduğunu' ikrar etmiş sayılacağını, bu durumda TBK. 154/1 gereğince zamanaşımının kesileceğini ve bundan alacağı devralan alacaklının da yararlanacağını"*³⁸⁰
- *"Kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen kambiyo senedi borçlusunun, bu ihbarnameyi gönderen alacaklı aleyhine 'borçlu olmadığı' konusunda olumsuz tespit davası açabileceğini"*³⁸¹
- *"Bankadaki mevduatına haciz konan borçlunun takip sırasında ölmesi üzerine, bankaca paranın icra dosyasına yatırılması için mirasçılar hakkında yapılacak takibin keskinleşmesinin zorunlu olduğunu"*³⁸²
- *"İİK. m. 89'un 'borçlunun üçüncü kişi elindeki taşınır malının haczedilmesi halinde yapılacak işlemlerle ilgili', İİK. m. 120'nin ise 'borçlunun alacağının ödeme yerine geçmek üzere takip alacaklısına devri ile ilgili' olduğunu"*³⁸³
- *"İdareden olan alacağını bir başkasına noter senedi ile temlik eden ve durumu idareye bildiren kişi ile idarenin bu alacak sebebiyle her türlü ilişkisinin kesilmiş olacağını, kendisine haciz ihbarnamesi tebliğ edilen idarenin, borçlunun daha önce temlik edilen alacağı üzerine hiçbir işlem yapamayacağını, sosyal sigortalar kurumu ile ilişkisi kesilmediğinden, çözülmeyen teminat için de ileride çözüldüğünde uygulanmak üzere haciz işlemi yapması gerekeceğini"*³⁸⁴
- *"Üçüncü kişinin 'ikinci haciz ihbarnamesi tebligatındaki imzasını inkar etmesi halinde, imzanın kendisine ait olup olmadığını' ileri sürerek takibin durdurulmasını icra mahkemesinden istemesi halinde, imza üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceğini"*³⁸⁵ belirtilmiştir.

379 Bknz: 12. HD. 28.11.1983 T. 8274/9528

380 Bknz: HGK. 25.6.1982 T. 11-1578/746

381 Bknz: 11. HD. 30.3.1982 T. 1157/1386

382 Bknz: 12. HD. 24.11.1981 T. 7073/8882

383 Bknz: 12. HD. 14.1.1981 T. 8430/117

384 Bknz: 4. HD. 3.4.1978 T. 1927/4400; HGK. 21.1.1983 T. 4-670/17

385 Bknz: 12. HD. 21.2.1977 T. 900/1744

İİK. mad. 89/IV'a Göre Açılan Tazminat Davası Sonucunda Verilen Karar Hakkında "Tehiri İcra Kararı" Verilmesi İstenebilir mi? (İİK. 89; İİK. 36)

■ Talih UYAR*

Bilindiği gibi, "kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen üçüncü kişinin, süresi içinde bu haciz ihbarnamesine itiraz etmesi halinde" alacaklı "üçüncü kişinin verdiği cevabın aksini (gerçeğe aykırı olduğunu) icra mahkemesinde ispat ederek, üçüncü kişinin İİK'nin 338/1'e göre cezalandırılması ve ayrıca tazminata mahkum edilmesini" isteyebilir (İİK. mad.89/IV,c:1).

a- İcra mahkemesinin, üçüncü kişiyi "hem cezaya ve hem de tazminata" mahkum etmesi halinde -icra mahkemesi ceza mahkemesi sıfatıyla karar vermiş olduğundan^{1,2} icra mahkemesinin kararının *tazminata (ve yargılama giderlerine) ilişkin bölümü*, karar kesinleşmedikçe icra edilemez (CGİK.mad. 4).³

b- İcra mahkemesinin, üçüncü kişi hakkında sadece tazminat kararı vermesi halinde -bu karar, "genel hükümlere göre" (İİK. mad.89/IV,c:2) verilmiş olduğundan- hakkındaki bu kararı temyiz eden üçün-

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

1 UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:5,2. Baskı,s:7628 – UYAR, T. / UYAR, A./UYAR.C/ İcra İflas Kanunu Şerhi El Kitabı,2. Baskı,s:1295

2 Bknz: 12.HD. 02.12.1992 T. 8478/15337; HGK.11.03.1972 T.1970/İc.İf.- 496/162 (www.e-uyar.com Erişim: 10.07.2013)

3 KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s:484 – UYAR, T. Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Kıymetli Evraka Bağlanmamış Olan Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi (Muhittin Alan Armağanı, 1983, s:219) – YAVAŞ, M. Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi"İİK. m. 89",2005, s:108 – İYİLİKLİ,A.C. Haciz İhbarnameleri (İİK. m. 89), 2012, s:131 – POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukukunun Esasları, 1982, s:465

cü kişi İİK.m.36 çerçevesinde-"hükmü temyiz ettiğini" bildirerek- icra dairesinden teminat karşılığında, Yargıtay'dan "tehiri icra kararı getirmek üzere" kendisine süre verilmesini isteyebilir.⁴

Nitekim, Adalet Bakanlığı tarafından -"İcra Dairelerin Etkinliğinin Arttırılması Eşleştirme Projesi" çerçevesinde- bastırılmış olan İCRA DAİRESİ ÇALIŞANLARI İÇİN TAKIP HUKUKU UYGULAMA KILAVUZU'nda⁵ "..... Yargıtay uygulamasına göre" denilerek, **İİK 89/IV'e göre açılmış tazminat davaları sonucunda verilen kararlar hakkında** -bu kararların temyizi halinde- **tehiri icra kararı verildiği** açıkça vurgulanmıştır. 15.07.2013

4 Bknz: 12. HD. 16.04.1996 T. 5137/5300 (www.e-uyar.com Erişim: 10.07.2013)

5 **TOPUZ, G./RÜZGARESEN, C./ERDEM, M./DOĞAN, A./AYDIN, M./AK-PINAR, A.** İcra Dairesi Çalışanları İçin Takip Hukuku Uygulama Kılavuzu, 2012, s:25

6459 Sayılı Kanun ile Birlikte Yeni Düzenlemeler Uyarınca Tutuklama Kararına İtiraz

■ Sinem TOP*

GİRİŞ

Bu çalışmamızda "Tutuklama" tedbirine karşı başvurulabilecek itiraz kanun yolunu inceleyeceğiz. Tutuklama kararı ve salıverilme talepleri sonrasında yapılan inceleme sonucunda verilen, tutuklama kararı niteliğinde olduğu kabul edilen "tutukluluğun devamına" ilişkin kararlara karşı uygulamada başvurulabilecek yollar, yeni yasal düzenlemeler ile temel haklardan olan kişi özgürlüğünü kısıtlamak pahasına uygulanan tutuklama tedbiri uygulamasına karşı getirilmek istenen yeni güvenceleri ele alacağız.

I. Genel Olarak

Tutuklama tedbiri, doğrudan kişi özgürlüğüne müdahale eden bir yargılama önlemi olduğundan, tüm demokratik toplumlarda bu tedbirin uygulamasına ilişkin olarak özgürlüğün mutlak surette ve keyfi olarak sınırlanmasını engelleme, bu tedbirin uygulamasına karşı kişilere güvenceler getirme arayışları yaşanmıştır. Hukuki açıdan büyük önem arz eden, insan hakları kavramının ortaya çıkmasında büyük rol oynayan bildirgelerde de bu konuda düzenlemelere yer verilmiştir. 1215 tarihinde İngiltere'de yayınlanan Magna Carta Libertatum'un 39. maddesinde ve 1679 tarihinde yayınlanan Habeas Corpus Act'te konuya ilişkin düzenlemeler yapılmış, o zamanın İngiltere'sinde dahi hiç kimsenin kral mahkemesinin kararı olmaksızın cezaevinde tutulamayacağı, hakim kararı olmaksızın özgürlüğü kısıtlanan kişinin durumunun mahkemece

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

inceleneyeceği, tutuklanması gerekmiyorsa derhal salıverileceği ve özgürlüğü kısıtlandıktan sonra bir gün içinde hakim önüne çıkacağı hususları Habeas Corpus Act ile güvence altına alınmıştır.¹

1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 7. maddesi ve devamındaki maddeler, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 9. maddesi, 1967 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme'nin 9. maddesi ve son olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi kişi özgürlüğünün kısıtlanması halinde bu kısıtlamanın keyfi olmaması gerektiğini, özgürlüğü kısıtlananların belirli güvencelelere sahip olduklarını düzenlemiştir.

II. Anayasal Boyutu

Anayasa'nın 19. Maddesinin sekizinci fıkrasında *"Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir."* denilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemenin kaynağı olan söz konusu anayasa hükmü, Eylül 2012 tarihinden sonra daha farklı bir önem kazanmıştır. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Hakkında Kanun'un "Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını" düzenlemesi, 5982 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile Anayasa'nın 148. maddesine eklenen fıkralar ile kişilere, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edilmesi durumunda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Bu süreç için öngörülen Geçiş Hükümleri başlığı altında getirilen düzenlemelerde Anayasa Mahkemesi'nin 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleyeceği belirtilmiştir. Mahkemenin ilk kararlarında da bu düzenlemenin katı bir biçimde uygulandığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin emsal kararları dikkate alınmaksızın, 23.09.2012 tarihinden önce kesinleşen kararlar için Anayasa Mahkemesi'nin zaman bakımından yetkisizlik nedeni ile başvurunun "kabul edilemez" olduğuna karar verdiği dikkati çekmektedir. Oysaki ihlalin etkisinin devam etmesi halinde zaman bakımından yetkisizlik kararının verilmemesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi tarafından yayınlanan T.C. Anayasa Mahkemesi Bireysel

1 Centel, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku.(İstanbul:Beta, 2012)s.329.

Başvuru Formu Kılavuzu'nda da bu husus açıkça belirtilmiştir. *"Başvurunun Anayasa Mahkemesi'nce kabul edilebilmesi için bir temel hakkı şahsen ve doğrudan zedeleyen bir kamu gücü işleminin varlığı ve bu ihlâl nedeniyle meydana gelen mağduriyetin başvuru yapıldığı sırada da devam ediyor olması gerekmektedir."*² Ancak Anayasa Mahkemesi, kişi özgürlüğünün ihlal edildiği konusunda yapılan bireysel başvuru sonucunda hem AİHM içtihadına hem de kendi başvuru kılavuzundaki açıklamalara aykırı şekilde başvurunun zaman bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, 12.02.2013 tarihli 2012/832 sayılı kararında³, başvuru hakkında hiçbir mahkeme kararı bulunmamasına rağmen yetkili amirin kararı ile 6 gün süre ile özgürlüğünden yoksun bırakıldığını, kendisine usulüne uygun bir ceza verilmediğini, bu durumun Anayasa'nın 10., 19. ve 36.maddelerine aykırı olduğunu, söz konusu hürriyetlerinin ihlal edildiğini belirtmiş, ancak başvuru hakkının mahkeme tarafından zaman bakımından yetkisizlik gerekçesi ile kabul edilmez bulunmuştur. Karara konu olayda, TCG(Türkiye Cumhuriyeti Gemisi) Gaziantep Komutanlığı'nda görev yapan topçu astsubay kıdemli çavuş olan başvurucuya 06.04.2012 tarihinde "Nöbet vardiya topçu astsubaylığı" görevi ile "güverte nöbet astsubaylığı" görevini talimat ve yönergelere uygun icra etmediği gerekçesi ile 30.05.2012 tarihinde 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 171. maddesi uyarınca disiplin amiri tarafından 6 gün oda hapsi cezası verilmiş ve aynı gün Askeri Ceza Kanunu'nun 188. Maddesi uyarınca başvuru hakkının yapılmış olduğu itirazı 15.06.2012 tarihinde reddedilerek başvuru hakkında verilen ceza kesinleşmiştir. Ancak başvuru hakkının infazı 30.10.2012-05.11.2012 tarihleri arasında gerçekleştirilmiştir. Başvuru hakkının infazı Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruların incelenmesi konusunda yetkili olduğu tarihler yapılmasına yani ihlale konu işlem her ne kadar daha önceki bir tarihte kesinleşse de ihlalin etkilerinin başvuru tarihinde hala sürdüğü gözetilmeden, AİHM içtihatlarına aykırı şekilde Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruları inceleme konusunda yetkili olmadığı belirtilerek başvurunun "kabul edilemez olduğuna" karar verilmesi ne yazık ki isabetli olmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru

2 T.C. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Formu Kılavuzu, s. 5.
< http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/basvuru_kilavuzu.pdf >

3 T.C. Anayasa Mahkemesi'nin 2012/832 E. 12.02.2013 tarihli kararı.(Karar, 28567 numaralı, 22.02.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.)

ular konusundaki genel yaklaşımını gösteren ve sonraki başvuruçuları da aydınlatıcı nitelikte olan ilk kararlardan birinin bu şekilde verilmesi, Anayasa Mahkemesi tarafından her platformda AİHM içtihatları doğrultusunda karar verileceği söylenmesine rağmen AİHM'in ihlalin etkisinin devam ettiği durumlarda başvurunun kabul edilebilir bulunduğu yerleşik içtihadının Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınmaksızın verildiğini göstermiştir.

III. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi İchtihatları Boyutu

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesinin dördüncü fıkrasına göre "*Yakalama veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde, kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.*" Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi verdiği kararlarında sözleşmenin uygulamasında bu hükmün usuli bir güvence olduğunu, taraf devletlerin yargısal usul güvencelerini de kişi özgürlüğü kapsamında uygulaması gerektiğini belirtmektedir. Nitekim AİHM, *De Wilde, Ooms ve Versyp*⁴ kararında, serseri olmaları nedeniyle tutuklanan başvuruçular hakkında Belçika tarafından uygulanan yargı usulünü basit ve kısa bulmuş, buna karşın başvuruçulara ilk tutuldukları anda verilen tutuklama kararına itiraz hakkı tanınmamasının sözleşmeye aykırı olduğunu belirtmiştir.⁵ AİHM, sözleşmenin 5. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen güvencenin uygulanıp uygulanmadığı hususunu, yapılan başvuruların incelemesinde titizlikle değerlendirmiş, tutulma veya yakalama kararının incelemesi hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi gerektiği hususunu özellikle gözetmiştir. *Luberti*⁶ ve *Bouamar*⁷ kararlarında mahkeme, tüm ulusal yargı makamlarının kişi özgürlüğünün kısıtlandığı durumlarda verdiği kararların yasallığı denetiminin hızlı bir şekilde ye-

4 De Wilde, Ooms, Versyp v. Belçika kararı, başvuru no: 2832/66, 2835/66, 2899/66, Mahkemenin 18 Haziran 1971 tarihli kararı.

5 **Sürücü**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye'de Tutuklama. (Ankara:Seçkin, 2010)s.119.

6 Luberti v. İtalya kararı, başvuru no: 9019/80, Mahkemenin 23 Şubat 1984 tarihli kararı.

7 Bouamar v.Belçika kararı, başvuru no: 9106/80, Mahkemenin 29 Şubat 1988 tarihli kararı.

rine getirilip getirilmediğinin incelenmesi gerektiğini belirterek, önemli bir ilke oluşturmuş ve bu ilke doğrultusunda başvuruları incelemeye başlamıştır.⁸

Bu fıkradaki hak, dört unsur içermektedir: Birincisi tutulmanın hukukilik denetiminin bir "*mahkeme*" tarafından yapılması; ikincisi hukukilik denetiminin "makul aralıklarla" yapılması; üçüncüsü denetimin "*hukukilik*" konusunda yapılması; dördüncüsü denetimin "*süratle*" yapılmasıdır.⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişi özgürlüğünün kısıtlanması konusunda vermiş olduğu kararlarında sözleşmenin 5. maddesinin dördüncü fıkrası sebebiyle yakalama ve tutuklama kararlarına karşı itiraz yolunun açık tutulması gerektiği düzenlemesini mutlak surette gözetirken, başvurular sonucunda itiraz incelemesinin nasıl yapılması gerektiği konusunda da ilke kararlara imza atmıştır. *Erkan İnan*¹⁰ kararında mahkeme, tutukluluğa itiraz incelemesini yapan mahkeme önünde yürütülen yargılamanın çekişmeli şekilde, "silahların eşitliği" ilkesi gözetilerek yürütülmesi gerektiğini, avukatların müvekkilinin tutukluluk halinin yasallığına etkili bir şekilde itiraz edebilmesi için büyük önem taşıyan dosya unsurlarına erişimi talebinin reddinin de sözleşmenin 5/4. maddesinin ihlali anlamına geleceğini belirtmiştir. Mahkeme, tutuklama kararına itiraz incelemesinin üst mahkeme tarafından da duruşmalı olarak yapılmasının gerekliliğini vurgulamış, sanık/şüpheli müdafinin itiraz inceleme makamı tarafından dinlenme imkanı sunulmasının yeterli olmadığını, duruşma yapılmasının mahkemenin takdirine bırakıldığını, duruşma yapılması kararının dava koşulları ile sınırlandırıldığı, itiraz incelemesinin tutuklama veya tutukluluk halinin devamı kararını müteakip yapılması gereken bir başvuruyu teşkil etmediğini gösteren genel bir beyan olarak yorumlanamayacağını ifade ettiği kararında Türkiye'yi mahkum etmiştir.¹¹

8 **Sürücü**, s. 120.

9 **Çalışkan**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre Tutuklama, Adalet Dergisi, Sayı: 37, 2010, s. 21.

10 *Erkan İnan v. Türkiye* kararı, başvuru no: 13176/05, Mahkemenin 23 Şubat 2010 tarihli kararı.

11 **Şen, Özdemir**, Tutuklama Uygulamada Şüpheli ve Sanık Haklarının Korunması, (Ankara:Seçkin,2011) s.88.

Bu çalışmamız sırasında görüşmeleri devam eden dördüncü yargı paketinin içerdiği düzenlemelerden birkaçı da salıverilme istemleri sonrasında verilen kararlara karşı itiraz incelemesinin nasıl yapılacağına ilişkindir. İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un tasarı sürecinde basında yer alan haberlerde tutukluluk konusunda duruşmalı inceleme yapılacağı düzenlemesini getirdiği iddia edilmişse de aslında getirilen düzenleme duruşmalı incelemeyi zorunlu hale getirmemekte aksine silahların eşitliğinin sağlanması ve adil bir yargılama yürütülmesi yerine şüpheli/sanığı hukuki olarak silahlı ve savunmasız şekilde yalnızca hakim vicdanına teslim etmektedir. Söz konusu 6459 sayılı yasa ile değişen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 105. maddesi "*Duruşma dışında bu karar verilirken Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafinin görüşü alınmaz.*" demektir. Değişikliği öngören kanun maddesinin gerekçesi ise tahliye taleplerinde Cumhuriyet savcısının mütalaasının alınmasına karşın, bu mütalaanın sanık, şüpheli veya müdafine tebliğ edilmemesi uygulamalarının, silahların eşitliği ve çekişmeli yargı ilkelerine aykırı olduğu şeklinde açıklanmış; görüldüğü üzere tasarının yasalaşması ile mevcut eksikliğin giderilmesi yerine külli bir uygulama iptali ile şüpheli/sanığın özgürlüğüne ilişkin verilecek karar kadılık sisteminde olduğu gibi yalnızca hakime bırakılmıştır. Aslında mütalaanın tebliğ edilmesi bir sorun olduğu için usuli bir yükümlülüğü yerine getirmekten kurtulmak adına şüpheli/sanık haklarından taviz verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 5/4 maddesine ilişkin *Jablonski*¹² kararında mahkeme, devam eden yargılamalarda, özellikle de tutukluluk uzun bir süredir devam ediyorsa, tutukluların masumiyet karinesinden olduğunca çok yararlandırılması gerektiğini belirtmiştir.¹³ Mahkemenin bu kararı, mümkün tutuklama incelemesinin farklı bir hakim tarafından, uygulamada "özgürlük hakimi" olarak adlandırıldığı üzere, yalnızca kişiler hakkındaki tutuklama kararlarını değerlendiren hakim uygulamasını işaret etmektedir. Nitekim bu konuda özel olarak görevlendirilen Bölgesel Ağır Ceza Mahkemeleri'ni düzenleyen 6352 sayılı Yasa ile eklenen 3713 sayılı Terörler Mücadele Yasası'nın 10. maddesinde "*Yürütülen soruşturmalarda hakim tarafından verilmesi*

12 Jablonski v. Polonya kararı, başvuru no: 33492/96, Mahkemenin 21 Aralık 2000 tarihli kararı.

13 **Sürücü**, s.122.

gerekli kararları almak, bu kararlara karşı yapılan itirazları incelemek ve sadece ve sadece bu işlere bakmak üzere yeteri kadar hakim görevlendirilir." hükmü yer almaktadır. Bu hüküm gereğince soruşturma aşamasında mahkemeden bağımsız, mahkeme heyetinde görevli olmayan bir yargıç soruşturma aşaması için gerek duyulan kararları verecektir. Bu hüküm akıllara "özgürlük hakimi" uygulamasını getirirse de getirilen hükmün anayasaya aykırı bir yönünün olduğunu belirtmek gerekmektedir. Hükmün özel olarak yalnızca soruşturma aşamasındaki hakim kararları için görevlendirilen hakim aynı zamanda kendi kararına karşı yapılacak itirazları da inceleyeceği yolunda doktrin yorumu¹⁴ ortaya konmuş olmasına karşın uygulama bu yönde gelişmemiştir. Örneğin, İzmir uygulamasında özgürlük hakimi olarak görev yapan iki hakim bulunmaktadır. Ancak iki hakim aynı adliye içinde sürekli birbirlerinin kararlarını denetler durumda olmaları bile aslında sistemin ciddi bir sorununu teşkil etmektedir. Çünkü hakimlerin etki altında kalmaksızın, objektif karar vermelerine, içinde buldukları çalışma koşulları engel teşkil etmektedir. Dolayısıyla hükmün bu yönü ile Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu konusunda doktrin görüşüne katıldığımızı belirtmemiz gerekir.¹⁵ Demokratik bir hukuk devletinde bir hakim kararının aynı hakim tarafından ya da etki altında kalması kuvvetle muhtemel bir hakim tarafından denetlenmesi o devlet çatısı altında yaşayan bireylerin sahip olması gereken usuli güvencelerden yoksun bırakılması anlamına gelmektedir. Türkiye, gerek Anayasası ile gerekse de taraf olduğu uluslararası sözleşmeler gereğince (Örneğin, bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. ve 6. maddelerine de aykırılık teşkil etmektedir.) bu hükmü derhal değiştirmeli, özgürlük hakimlerinin verdiği kararlar, itiraz halinde farklı (ayrı bir yargı çevresine mensup), bağımsız ve tarafsız bir yargıç tarafından denetlenmelidir.

III. Ceza Muhakemesi Kanunu Boyutu

A. Tutuklama Kararına Karşı İtiraz

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 101. maddesi uyarınca bir tutuklama kararına karşı (gerek soruşturma aşamasında gerek kovuşturma aşamasında) itiraz mümkündür. Aslında teoride tutuklama-

14 Donay, Ceza Yargılama Hukuku (Beta: İstanbul,2012) s. 129.

15 Donay, Ceza Yargılama Hukuku (Beta: İstanbul,2012) s. 129.

ya ilişkin her türlü karara karşı itiraz mümkündür. (CMK mad. 101/5, 104/2, 105)¹⁶ Tutuklama kararı verilmesi sonrasında karara karşı yapılacak ilk itiraz ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren hakimliğe bir dilekçe veya tutanağa geçirilecek bir beyan ile yapılır, ancak üç gün içinde tutuklama kararını veren hakim tarafından karardan dönülmez ise tutuklama kararını veren hakim tarafından söz konusu itirazın incelenmesi için itiraz bir üst merciye iletilir. Uygulamada itirazın hangi merciye yapılacağı tartışmaları da bu düzenleme ile bir ölçüde çözülmüştür. İtirazın yapılacağı ilk makam tutuklama tedbirine ilişkin kararı veren makamdır.

Soruşturma evresinde en geç otuz günlük sürelerle tutuklama tedbirinin gözden geçirilmesi düzenlenmiştir. Soruşturma evresinde söz konusu otuz günlük denetim Cumhuriyet Savcısının talebi ile tutuklama kararını veren Sulh Ceza Mahkemesi tarafından yapılmalıdır.¹⁷ Denetim sonucunda verilen kararlar da kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte olduğundan bu incelemeler sonucunda verilen kararların da tutuklama kararı olduğu kabul edilmekte, söz konusu kararlara da itiraz edilebileceği kabul edilmektedir. (CMK mad. 108) Çünkü söz konusu düzenlemeye göre tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda CMK mad. 100 koşullarının gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmediği konusunda yapılması gereken otuz günlük incelemenin duruşmalı olarak yapıp yapılmayacağı konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Bu konuda daha önceki açıklamalarımızla birlikte bu bölümde de bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda 1936 yılında yapılan değişiklik öncesinde tutukluluk halinin devamına ilişkin incelemeler, şüpheli/sanığın talebi halinde duruşmalı yapılırken bu düzenlemede 3006 sayılı Kanun'un ile yapılan değişiklik sonucunda duruşma istem hakkı ortadan kaldırılmıştır.¹⁸ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda eski düzenlemenin korunduğu, önceki düzenleme ile paralel hükümler bulunması nedeniyle duruşmalı inceleme yapılma uygulaması görülmesi de açık bir yasaklama bulun-

16 **Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Seçkin: Ankara, 2009) s.226., **Ünver, Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Adalet: Ankara,2010) s. 362.

17 **İnci Uslu**, Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama (Seçkin, Ankara,2011) s. 199.

18 **İnci Uslu**, s. 200.

madığından, mahkemenin duruşmalı inceleme yapmasında da bir engel bulunmamaktadır. Uygulamada birçok yazar tarafından da dile getirilen bu durumun aksi yönünde yani incelemenin duruşmalı yapılamayacağı yönünde verilen kararlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulamasına ve AİHM içtihatlarına uygun olmaması bir yana, en temel insan haklarından olan kişi özgürlüğünün korunmasında bireyin elinden bir güvencenin daha alınması anlamını taşıyacaktır.¹⁹ Yapılan 6459 sayılı yasal düzenleme ile tutukluluk incelemesi sırasında "sanığın ve müdafinin dinlenmesi" yolunda düzenleme yapılmış, bu düzenleme kimi çevrelerce tutukluluk incelemesinin duruşmalı yapılması zorunluluğunu getirdiği şeklinde yorumlanmıştır. Ancak uygulamada yaşanacak zorluklar düşünüldüğünde, bu düzenlemenin "Tutukluluk incelemesinin şüpheli/sanık ya da müdafinin talebi halinde duruşmalı yapılması zorunludur." şeklinde yapılmasının daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

CMK mad. 103/2 düzenlemesi gereğince soruşturma aşamasında devam eden tutukluluğa ilişkin yapılan otuz gün aralı denetimlerde Cumhuriyet Savcısı tutuklama tedbirinin devamına ilişkin mütalaada bulunarak, tedbirin devamına karar verilmesini talep edebileceği gibi aynı zamanda şüpheli hakkında devam eden tutuklama tedbirinin artık gereksiz olduğu kanaatine varması halinde, şüphelinin kendiliğinden serbest bırakılmasına da karar verebilir. Öğretide bu düzenlemeye dair eleştiriler²⁰ olsa da Cumhuriyet Savcısının bu yönde karar vermesi mümkündür. Ancak uygulamada Cumhuriyet Savcıları tarafından kanunun lafzına aykırı şekilde bu yetkinin kullanılması için tutuklama tedbirine dair koşulların ortadan kalkması değil, kovuşturamama kararı verilebilir bir gelişmenin ortaya çıkması beklenmektedir. Cumhuriyet Savcıları kovuşturmaya yer olmadığı(kovuşturamama) kararı verme konusunda bir kaniya varmadıkları müddetçe tutuklama koşullarının varlığı ya da tedbirin gerekliliği değerlendirmesi yapmaksızın tutuklama tedbirini uygulamayı sürdürmekte, söz konusu yetkilerini kullanmayı reddetmektedirler.

B. Tahliye Talebinin Reddi Kararına İtiraz

Tutukluluk hali içinde her zaman tahliye talebinde bulunulması mümkündür. Temel haklardan olan kişi özgürlüğünün sınırlandığı bu

19 İnci Uslu, s. 201.

20 Ünver, Hakeri s. 366, 367.

tedbirin artık gerekli olmadığı belirtilerek şüpheli ya da sanığın her aşamada salıverilmesi istenebilir.(CMK m. 104) Bu istem ile ilgili olarak verilen kararlara karşı da itiraz mümkündür.(CMK m. 105) CMUK döneminde tahliye talebinin reddi kararlarına itiraz mümkün değil iken yeni dönemde bu konudaki kararlara itiraz imkanı açık yasal düzenleme ile tanınmıştır.²¹ Tahliye talebinin içeriğine göre soruşturma aşamasında hakim, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından istemin kabulüne, reddine ya da kişi hakkında adli kontrol tedbiri uygulanarak tahliyeye karar verilebilir.²² Burada çalışmamız açısından önem arz eden karar tahliye isteminin reddi kararıdır. Çünkü böyle bir karar özü itibariyle yeni bir tutuklama kararı niteliğindedir. Tahliye taleplerinin reddi kararlarındaki gerekçelerde aynı doğrultuda olmamalı, gerekçeler ayrıntılı hale getirilerek, koşulların farklılaştığının da dikkate alınarak bir karara varıldığı açıklanmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yerleşik içtihadında bu görüşü benimsemiş, tutuklama önleminin devamı için tutuklu kimseye ayrıntılı gerekçe gösterilmesi gerektiğinin altını çizdiği ihlal kararlarına imza atmıştır.²³

Bu kararlara paralel olan, ancak kanunda açıkça itiraz edilebileceği düzenlenmeyen Tutukluluğun İncelenmesi başlığı ile düzenlenen CMK m. 108 gereğince yapılan inceleme sonucunda verilen tutukluluğun devamı kararlarıdır. Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibariyle tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının ya da şüphelinin istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından karar verilir. Tutukluluk tedbirini gerektiren şartların varlığı bu inceleme ile yeniden sorgulanmalı ve gerekli görülmesi halinde yine ayrıntılı şekilde gerekçelendirilerek yeni bir tutuklama kararı niteliğinde tutukluluğun devamına karar verilmelidir. Böyle bir karara karşı kanun açıkça itiraz edileceğini düzenlememiş olsa da yeni bir tutuklama kararı niteliği bulunan tüm kararlara AİHM içtihatları uyarınca da itirazın mümkün olduğu kabul edilmektedir.6459 sayılı Kanun ile 108. CMK m. 108/1'e eklenen "şüpheli ve müdafii dinlenmek suretiyle" ibaresi ile yalnızca soruşturma aşamasındaki tutukluluk incelemelerinin duruşmalı şekilde yapılması yolunda düzenlemeye gidilmiş, eklenen ibarenin kovuştur-

21 **Çoban**, Adli Yargıda Tutuklama (Vedat, Ankara,2001) s. 119.

22 **Ünver, Hakeri** s. 367.

23 **Ünver, Hakeri** s. 368.

ma aşamasındaki tutukluluk incelemesinde uygulanması yolu açılmamıştır. Bu konuda yasa koyucunun özellikle düzenlemeden kaçındığı da savunulabilir bir görüştür. Bunun sebebi, soruşturma aşamasında hakim karşısında yalnızca bir kez söz hakkı bulunan şüpheliye daha fazla güvence sağlamak, buna karşın kovuşturma aşamasında düzenli olarak mahkeme karşısına çıkan sanığın böyle bir usuli güvenceye ihtiyaç duymayacağı savı olabilir. Ancak unutulmamalıdır ki mahkemelerin duruşma yoğunluğu nedeniyle celse aralıkları itibariyle sanıkların mahkeme önüne çıkması bazen yetmiş günü dahi bulabilmektedir. Bu durumda sanığın soruşturma aşamasındaki şüpheli kadar mağduriyetine yol açmaktadır. Sanığın mahkeme tarafından dinlenme olanağı bulunduğu dikkate alınarak kovuşturma evresi için duruşmalı tutukluluk incelemesinin farklılaştırılarak uygulanması, örneğin duruşma safahatında iki celse tarihi arasının 45 günden fazla olması halinde otuz gün incelemesinin duruşmalı şekilde yapılması hususunda usuli bir güvence getirilmesi şüpheli/sanık hakları ve AİHM içtihatları uyarınca daha uygun olacaktır. Uygulamada kovuşturma evresinde mahkeme tarafından yapılan otuz gün incelemeleri duruşmalı yapılmamakta, bu konudaki talepler düzenlemenin bulunmadığı gerekçesi ile reddedilmektedir. Bu konuda özel düzenlemeye gerek olmadığı, mahkemenin incelemeyi duruşmalı yapmasını engelleyen açık bir düzenlemenin de bulunmadığı nazara alındığında söz konusu gerekçenin mahkemelerce iş yoğunluğu nedeniyle öne sürüldüğü gözden kaçırılmamalıdır.

Uygulamada Yargıtay tarafından temyiz aşamasında ceza muhakemesi sistemimize göre kovuşturma evresi devam etmesine rağmen otuz günlük tutukluluk incelemesi yapılmamakta, Yargıtay sanığı tahliye etme yetkisini yalnızca hükmü bozma kararı verdiğinde istisnai olarak kullanmaktadır.²⁴ İlk derece mahkemesinin hükümlerle birlikte verdiği tutukluluğun devamı kararına karşı itiraz, ilk derece mahkemesine göre belirlenecek itiraz mercii tarafından incelenirken, dosyanın Yargıtay'ın yetkisine geçmesi ile birlikte kişinin özgürlük kısıtlamasına ilişkin re'sen ve düzenli şekilde yapılan hiçbir denetim bulunmamaktadır. Yalnızca sanık ya da müdafinin talebi üzerine gecikmeli olarak inceleme yapılmaktadır. Bu konuda açık bir yasal düzenlemeye gidilmesi ve Yargıtay'ın re'sen inceleme yapma yükümlülüğünün yasa ile getirilmesi, kişi özgürlüğünün korunması açısından son derece önemlidir. Avru-

24 İnci Uslu, s. 204.

pa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının oluşturduğu özgürlük anlayışı da henüz bu konuda verilen açık bir ihlal kararı olmasa da böyle bir düzenlemeyi gerekli kılmaktadır.

C. Yakalama Emri Sonrasında Verilen Tutuklama Kararına Karşı İtiraz

Tutuklama talebinin reddedildiği halde, şüpheli veya sanık salıverilir. Böyle bir durumda, ret kararına karşı Cumhuriyet Savcısı tarafından itiraz edilmesi halinde, tutuklama talebini reddeden hakim tarafından eski kararın kaldırılarak tutuklama kararı verilmesi mümkündür. Ancak bu halde kişinin yokluğunda tutuklama kararı verilmiş olacaktır. Bu nedenle kişi hakkında öncelikle itiraz mercii tarafından yakalama emri düzenlenir.(CMK m.94) Bu emir ile şüpheli/sanığın tutuklama kararı verilmek üzere bir an önce hakim ya da mahkeme önüne çıkarılması amaçlanır. Pratikte "yol tutuklaması" olarak bilinen uygulama ile şüpheli/sanık tutuklama tedbiri konusunda karar verilmesi için yetkili hakim ya da mahkeme önüne çıkarılana kadar tutuklanır. Burada özel bir tutuklama söz konusu olduğundan bu tutuklama kararı da itiraz yolu açık şekilde verilir. Yol tutuklamasına karar veren makama itiraz mümkündür. Ancak kişi derhal yetkili hakim ya da mahkeme önüne götürülmek üzere tutuklandığından uygulamada bu itirazın kişinin özgürlük kısıtlamasını da uzatması, kişinin hakkındaki yol tutuklaması kararına itirazın incelenene kadar tutulması sonucu ortaya çıkacaktır. Kaldı ki dosyayı bilmeyen, yetkili olmayan hakim ya da mahkeme tarafından verilen yol tutuklaması kararına itiraz ile bu kararın itiraz incelemesi, yine dosyayı ve mevcut durumda gerekli koşulları varlığını bilmeyen bir hakim veya mahkeme tarafından yapılacaktır. Bu incelemenin ne kadar sağlıklı olduğu ise tartışılmalıdır. Ancak Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 17. Maddesi ile "Yakalama Halinde Dinleme" başlığı altında doğrudanlık ilkesine riayet eden yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, yakalanan bir kimse hakkında verilen yakalama kararının yerine getirilmesi halinde derhal kararı veren makam ile irtibata geçilir. *"İrtibata geçilen makamın uygun görmesi halinde yakalanan şahıs, SEGBİS ile dinlenilmesi için hazır edilir. Yakalamanın yapıldığı yerde SEGBİS yoksa bu sistemin bulunduğu ve kullanıma hazır olduğu en yakın yer Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemesine götürülür. En geç yirmi dört saat içinde bu işlemler yapılamıyorsa, aynı süre içinde*

en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır; serbest bırakılmadığı takdirde, yetkili hâkim veya mahkemeye en kısa zamanda gönderilmek üzere tutuklanır. Birinci fıkraya göre tutuklanan kişi, işin niteliğine göre yetkili Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemece uygun görülmesi halinde SEGBİS'in kullanılması suretiyle de dinlenebilir."

Bu düzenleme ile şüpheli/sanık haklarının korunması açısından ciddi bir gelişmenin kaydedildiğini görmek sevindirici olmakla birlikte sistemin kullanımı konusunda "irtibata geçilen makama" takdir yetkisi tanınması, bu konuda emredici bir düzenlemeye gidilmemesi nedeniyle yaygın kullanımın sağlanması ve sistemin gerçek anlamda işler hale gelmesi açısından düzenlemenin bu halinin uygun olmadığı görüşündeyiz.

SEGBİS'in kullanılmadığı bir yol tutuklaması sonrasında sevk edilen şüpheli/sanık, yetkili hakim ya da Mahkeme önüne çıktığında hakkında yeniden tutuklama tedbiri uygulanıp uygulanmaması konusunda duruşmalı bir inceleme yapılır. Yakalanan kişinin, yakalama emrini düzenleyen itiraz mercii yerine, tutuklamanın reddine karar vermiş olan hakim veya mahkeme önüne çıkarılması tarafsız ve bağımsız bir değerlendirme yapılamayacağı için doğru değildir. Çünkü hakim veya mahkeme en başında tutuklama isteminin reddi yönünde karar vermiş, itiraz halinde dahi kararından vazgeçmemiş ve itirazı ilgili itiraz merciiine iletmiştir. Böyle bir durumda kararı bozulan yetkili hakim ya da mahkemenin artık tutuklama kararı vermemesi ya da bu şekilde verilen tutuklama kararına yapılan itirazı inceleyecek olan, kişi hakkında öncesinde yakalama emri düzenleyerek tutuklama tedbiri açısından yeniden değerlendirme yapılmasını isteyen mercii tarafından itirazın kabul edilerek kişinin salıverilmesine karar verileceğini düşünmek çok da mümkün görünmemektedir. Bu durum itiraz hakkını etkisiz kılacak olması bakımından ciddi anlamda sakıncalıdır.²⁵

IV. Tutukluluğa İtiraz İncelemesini Yapacak Makam

Kural olarak soruşturma aşamasında Sulh Ceza Mahkemesi Hakimi tarafından verilen tutuklama kararının itiraz mercii yine kararı veren Sulh Ceza Mahkemesi'dir. Çünkü kararın tutuklanan şüpheli ve müdafisine tefhiminden itibaren yedi gün içinde yapılan itiraz sonucunda

25 Şahin, s. 227.

öncelikle kararı veren Sulh Ceza Mahkemesi Hakimi'nin kararını gözden geçirmesi üç gün içinde kararından dönebilmesi imkanı tanınmıştır. Ancak Sulh Ceza Mahkemesi Hakimi'nin üç gün içinde kararından dönmemesi halinde itirazı inceleyecek asıl mercii bir üst merciidir. İtiraz incelemesi kararı veren makama göre değiştiğinden bu konuda CMK madde 268/3 ile yapılan düzenleme konuya açıklık getirmektedir. Bu düzenleme uyarınca,

a) Sulh ceza hâkiminin kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları asliye ceza mahkemesi hâkimine aittir.

b) Sulh ceza işleri, asliye ceza hâkimi tarafından görülüyorsa itirazı inceleme yetkisi ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanına aittir.

c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkan tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.

d) Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre buldukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir.

e) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler.

Uygulamada asliye hukuk mahkemesi hakimi tarafından nöbetçi hakim sıfatıyla karar verilmesi halinde itirazın nereye yapılacağı ya da çocuk ağır ceza mahkemesi üyesi bir hakimin nöbetçi sulh ceza mahkemesi hakimi olarak verdiği tutuklama kararlarına itirazın nerede yapılacağı konusunda karışıklıklar yaşanmaktadır. Böyle bir durumda

kararı veren hakimın üst merciiinin itirazı inceleme makamı olacağı²⁶ söylene de (asliye konumunda görev yapan hakimın verdiği tutuklama kararı için ağır ceza mahkemesi, çocuk ağır ceza üye hakimi tarafından verilen karar için en yakın ağır ceza mahkemesi gibi) bir diğeri görüşe göre hakimın görev yaparken kullandığı sulh ceza hakimi sıfatı sebebiyle itirazı inceleyecek mercii değişmeyecek, itiraz yine asliye ceza hakimi tarafından incelenecektir. Çünkü burada önemli olan itirazın, kararı veren hakim dışında bağımsız ve tarafsız bir hakim tarafından değerlendirilmesidir.

SONUÇ

Bu çalışma ile tutuklama kararına itiraz konusunda gerek Anayasa'mızda gerekse Anayasa'nın 90.maddesine göre doğrudan uygulanabilir olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5.maddesi ile "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı" başlığı altında yapılan düzenlemeye ve bu düzenleme doğrultusunda yön kazanan ve gelişen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına ve son olarak ulusal mevzuatımıza ve uygulamada yaşanan sorunlara değinerek incelemeler ve tespitlerde bulunduk.

Tutuklama tedbirinin toplum vicdanını rahatlatmak için özellikle katalog suçlarda sayılan bir suçlama söz konusu olduğunda bir anlamda ön ceza olarak uygulanması ve ülkemizde mevcut, uzun süredir tutuklu kişilerin sayısı dikkate alındığında tutuklama tedbirinin ve bu tedbirin uygulanmasına ilişkin itirazların önemine binaen bu konuda yasal değişikliklerin devam edeceğini, yeni çözüm arayışlarının süreceğini hep birlikte gözlemleyeceğiz. Nitekim tutuklama tedbiri uygulamasına itirazın etkin olmaması ya da etkin incelenmemesi nedeniyle Yargıtay Hukuk Daireleri'ne dahi taşınan ve görevli yargıçların şahsi sorumluluğuna dahi gidilmesini gerektirecek ölçüde önem taşıyan temel insan haklarından biri olan "kişi özgürlüğü"nin korunması için demokratik bir toplumda özgürlüklerin ası, kısıtlamaların istisna olması ilkesinden hareketle uygulamaya sirayet edecek şekilde koşulların sıkılaştırılması, incelemelerin etkin hale getirilmeye çalışılması yolunda atılan adımlara hız verilmesi zorunludur. Doktrinde yöneltlen ve bizim de çalışmamızda değindiğimiz sorunların bir an önce giderilmesi temennisi ile bu çalışmaya katkı sağlayan başta Av. Dr. Özen İnci Uslu olmak üzere tüm meslektaşlarıma teşekkür ederim.

26 İnci Uslu, s. 207.

İLGİLİ MEVZUAT

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

MADDE 5 - 1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadıkça hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması

zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Madde 9 - Hiç kimse, keyfi olarak tutuklanamaz, alıkonulamaz, sürülemez.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (1982 Anayasası)

III. Kişi hürriyeti ve güvenliği

MADDE 19. – Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen :

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan

yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

(Değişik cümle: 3.10.2001-4709/4 md.) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

Tutuklama kararı

MADDE 101. - (1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanması Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilir. Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağıını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilir.

(2) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

- a) Kuvvetli suç şüphesini,
- b) Tutuklama nedenlerinin varlığını,
- c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir.

(3) Tutuklama istenildiğinde, şüpheli veya sanık, kendisinin seçeceği veya baro tarafından görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanır.

(4) Tutuklama kararı verilmezse, şüpheli veya sanık derhâl serbest bırakılır.

(5) Bu madde ile 100 üncü madde gereğince verilen kararlara itiraz edilebilir.

Şüpheli veya sanığın salıverilme istemleri

MADDE 104. - (1) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir.

(2) Şüpheli veya sanığın tutukluluk hâlinin devamına veya salıverilmesine hâkim veya mahkemece karar verilir. Ret kararına itiraz edilebilir.

(3) Dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtay'a geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki karar, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra verilir; bu karar re'sen de verilebilir.

Usul

MADDE 105. - (1) 103 ve 104 üncü maddeler uyarınca yapılan istem üzerine, merciince Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafinin görüşü alındıktan sonra, üç gün içinde istemin kabulüne, reddine

veya adli kontrol uygulanmasına karar verilir. Duruşma dışında bu karar verilirken Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafinin görüşü alınmaz. Bu kararlara itiraz edilebilir.

Tutukluluğun incelenmesi

MADDE 108. - (1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir.

(2) Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkra da öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir.

(3) Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkra da öngörülen süre içinde de re'sen karar verir.

İtiraz olunabilecek kararlar

MADDE 267. - (1) Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.

İtiraz usulü ve inceleme mercileri

MADDE 268. - (1) Hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35 inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hâkim onaylar. 263 üncü madde hükmü saklıdır.

(2) Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.

(3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:

a) Sulh ceza hâkiminin kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları asliye ceza mahkemesi hâkimine aittir.

b) Sulh ceza işleri, asliye ceza hâkimi tarafından görülüyorsa itirazı inceleme yetkisi ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanına aittir.

c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.

d) Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre buldukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir.

e) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler.

Karar

MADDE 271. - (1) Kanunda yazılı olan hâller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafî veya vekil dinlenir.

(2) İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.

(3) Karar mümkün olan en kısa sürede verilir.

(4) Merciiin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.

Kaynakça

1. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Formu Kılavuzu (2012)
< http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/basvuru_kilavuzu.pdf>
2. **Centel Nur, Zafer Hamide**, (2012) Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları.
3. **Çalışkan Bilal**, (2010) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre Tutuklama, Adalet Dergisi, Sayı: 37, s. 1-34.
4. **Çoban Cengiz**, (2001) Adli Yargıda Tutuklama, Ankara, Vedat Yayıncılık.
5. **Donay Süheyl**, (2012) Ceza Yargılama Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları.
6. **İnci Uslu Z. Özen**, (2011) Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
7. **Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Efser, Alan Akcan Esra, Erdem Mustafa Ruhan, Özaydın Özdem, Sırma Özge, Saygılar Yasemin F.**, (2013) Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
8. **Özbek Veli Özer, Kanbur M. Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker**, (2012) Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
9. **Sürücü A. Sinan**, (2010) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türkiye'de Tutuklama, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
10. **Şahin Cumhuri**, (2009) Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
11. **Şen Ersan, Özdemir Bilgehan**, (2011) Tutuklama Uygulamada Şüpheli ve Sanık Haklarının Korunması, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
12. **Ünver Yener, Hakeri Hakan**, (2012) Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi.
13. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları**, SIM Veritabanı (Documentation SIM), Utrecht School of Law, Netherlands Institute of Human Rights. Son Güncelleme Tarihi: 19.04.2012
< "<http://sim.law.uu.nl/SIM/Dochohome.nsf?Open>">

KARAR İNCELEMESİ

**Yargıtay 6. HD, 07.05.2012, E. 2012/3005,
K. 2012/6787**

■ **Doğukan ALGAN***

"Dava, kesinleşen icra takibi nedeniyle tahliye istemine ilişkindir. Yapılan yasa değişiklikleri sonucunda; daha özel bir kanun olan İİK'daki hükümlerin daha genel bir kanun olan HMK ile değiştirildiği söylenemez. Uygulamada da HMK'daki hükümlerin açıkça bir yollama yapmadıkça İİK'da uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Bu nedenlerle yargılamanın duruşma açılmak suretiyle yapılması gerekirken değerlendirmede yanılıya düşülerek evrak üzerinden karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

İcra mahkemesince verilmiş bulunan karar, davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kâğıtlar okunup, gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava, kesinleşen icra takibi nedeniyle tahliye istemine ilişkindir. Mahkemece dosya üzerinden inceleme yapılarak davanın kabulüne karar verilmiş, karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, 2004 sayılı İİK'nin 10. babında kiralanan taşınmazların tahliyesini düzenleyen 269 ve devamı maddelerine dayanılarak açılan bir davada 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nin 320/1. maddesi karşısında tarafların duruşmaya davet edilmeksizin dosya üzerinden karar verilip verilmeyeceği noktasındadır. Bilindiği gibi icra mahkemeleri icra-iffas işleri için kurulmuş, kendine özgü kuralları olan özel bir yargı organıdır. İİK'nin 18. maddesinde icra mahkemesine

* İzmir Barosu'nda Stajyer Avukat; Gediz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi.

arz edilen hususlarda basit yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmiş, aynı Kanun'un 70. maddesinde icra mahkemesinin itirazın kaldırılması hakkındaki talep üzerine iki tarafı davet ettikten sonra 18. madde hükmüne göre karar vereceği düzenlenmiştir. Öte yandan İİK'nin 269/d maddesinin uygulanması gereken maddeler arasında gösterdiği 70. maddesine göre, 18. maddede düzenlenen, aksine hüküm bulunmayan hallerde icra mahkemesi duruşma yapılmasına gerek olup olmadığını takdir eder hükmü ilamsız tahliye takibinde uygulanmamalıdır. İcra mahkemesinin duruşma yapması zorunludur.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'nın 320/1. maddesinde düzenlenen mahkeme, mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir hükmü, yukarıda açıklanan İİK'nin ilgili maddeleri ile takip hukuku açısından yorumlanmalı ve değerlendirilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, anılan maddeye göre duruşma yapmadan karar verilebilmesi için hukuken bunun mümkün olması gerekir. Başka bir anlatımla ancak hukukun cevaz verdiği <ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz vb.> veya İİK'nin 17-18. maddelerinde öngörülen şikâyet davalarında olduğu gibi Kanun'un duruşma açılmadan dosya üzerinden karar verilmesinde hâkime takdir hakkı tanıdığı hallerde dosya üzerinden karar verilebilir. Kanun'un açıkça duruşma açılarak yargılama yapılmasını emrettiği durumlarda dosya üzerinden karar verilemez. Bu arada HMK'nın hukuki dinlenilme hakkı başlıklı 27. maddesi, T.C. Anayasası'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılama hakkına ilişkin 6. maddesi de dikkate alınmalıdır.

Yukarıda açıklanan kanun hükümleri ve yasa koyucunun takip ettiği amaç gözetildiğinde, daha özel bir kanun olan İİK' daki hükümlerin daha genel bir kanun olan HMK ile değiştirildiği söylenemez. Uygulamada da HMK' daki hükümlerin açıkça bir yollama yapmadıkça İİK' da uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Bu nedenlerle yargılamanın duruşma açılmak suretiyle yapılması gerekirken değerlendirmede yanılıya düşülerek evrak üzerinden karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Karar bu nedenle bozulmalıdır.

Kararın yukarıda açıklanan nedenle BOZULMASINA, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 07.05.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

I. KARARA KONU OLAYIN ÖZETİ

Davacı, kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle ilamsız tahliye yoluyla takipte bulunmuştur. Takibin kesinleşmesi üzerine icra mahkemesinden tahliye talep etmiştir. Mahkeme bu talebe binaen dosya üzerinden inceleme yaparak davayı kabul etmiştir. Davalı ise, inceleme konusu karardan anlaşıldığı kadarıyla, kararı temyiz etmiştir¹

II. MERCİLERİN ÇÖZÜM TARZI

A. Yerel Mahkeme Kararı

Yerel mahkeme, HMK'nın 320/1 maddesi çerçevesinde tarafları duruşmaya davet etmeksizin, dosya üzerinden inceleme yaparak davanın kabulüne karar vermiştir.

B. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Kararı

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi davalının temyiz itirazlarını dikkate alarak yerel mahkeme kararını usul ve yasaya aykırı bulmuş ve bozmuştur. Bozma kararı şu gerekçelere dayandırılmıştır:

- 1 Genel kanun niteliğindeki 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, özel kanun niteliğindeki İcra ve İflas Kanunu hükümlerini değiştirmeyecektir. Keza uygulamada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümlerin açıkça bir yollama olmadığı sürece İcra ve İflas Kanunu'nda uygulanmayacağı kabul edildiği belirtilmektedir.
- 2 İcra ve İflas Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca, icra mahkemesine yöneltilen taleplere ilişkin olarak basit yargılama usulü uygulanmaktadır. Ancak aynı kanunun 70. maddesinde, 18. maddeye atıf yapılmak suretiyle, itirazın kaldırılması hakkındaki taleplerde iki tarafın davet edilerek duruşma yapılması gerektiği ve bu kapsamda basit yargılama usulünün uygulanabileceği belirtilmiştir.

1 Karar metninde davalının temyiz sebeplerine açıkça yer verilmemiştir. Ancak bu durum incelemenin kapsamı açısından bir sorun teşkil etmemektedir.

- 3 Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nun 18. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ve icra mahkemesine duruşma yapıp yapmamakta serbesti tanıyan hüküm, ilamsız tahliye talebinde uygulama alanı bulmayacaktır. İcra mahkemesi, ilamsız tahliye talebine binaen duruşma yapmak zorundadır. Zira burada hâkime duruşma yapıp yapmama hususunda bir takdir hakkı tanınmamıştır.
- 4 Ayrıca, kanunun duruşma açılarak yargılama yapılması gerektiğini belirttiği durumlarda dosya üzerinden karar verilmesi halinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hukuki dinlenilme hakkını düzenleyen 27. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesi göz önünde bulundurulmalıdır.

III. UYUŞMAZIK KONUSUNUN TESPİTİ

Yukarıda verilen olay ve yargı mercilerinin kararları incelendiğinde çözülmesi gerekli temel sorun, önceki özel kanun niteliğindeki 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 269. maddesi ve devamına dayanılarak açılan tahliye davasında, sonraki genel kanun niteliğinde olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 320. maddesinin 1. fıkrasının uygulanması suretiyle, tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verilip verilemeyeceği noktasındadır.

IV. KONUNUN İNCELENMESİ VE DEĞERLENDİRME

A. Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasında Özel Kanun - Genel Kanun İlişkisinin Hukukumuzdaki Durumu

Bir yasanın zaman bakımından kapsayacağı alanı saptanması, bize, belli bir tarihte meydana gelen olaya hangi hukuk kurallarının uygulanacağını gösterir.² Hukukumuzda yasalar, kural olarak, yürürlükte buldukları dönem içerisinde uygulanırlar. Yürürlükte bulunan yasalar kanun koyucunun iradesi ile açıkça yürürlükten kaldırılabileceği³ gibi

2 *Hırş* (Genişletip değiştirerek işleyen Çernis V.), Pratik Hukukta Metot, s. 11.

3 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Bilge*, s. 193-194 ; *Gözübüyük*, s. 70-71 ; *Özekes*, Temel Hukuk Bilgisi, s. 101-102 ; *Teziç*, s. 57-58.

sonradan çıkartılan yasaların marifetiyle üstü kapalı bir biçimde de yürürlükten kaldırılabilecektir.

Yasaların üstü kapalı kaldırılmasında, aynı anda yürürlükte bulunan ve aynı konuyu düzenleyen yeni ve eski yürürlük tarihli yasaların kuralları arasında bir çelişki söz konusu olmaktadır. Bu durumda yasaların niteliği önem taşımaktadır. Yasaların genel yahut özel nitelikte olmaları dikkate alınarak bir çözüme gidilmektedir.⁴

Üstü kapalı kaldırmada dört farklı çelişki durumu ortaya çıkabilecektir. Bunlar⁵;

- 1 Önceki yürürlük tarihli genel yasa ile sonraki yürürlük tarihli genel yasa arasında çelişki meydana gelmesi durumunda sonraki genel yasa, önceki genel yasanın kendisine aykırı kurallarını kaldıracaktır.
- 2 Önceki yürürlük tarihli özel yasa ile sonraki yürürlük tarihli özel yasa arasında çelişki meydana gelmesi halinde sonraki özel yasa, önceki özel yasanın kendisine aykırı kurallarını kaldıracaktır.
- 3 Önceki yürürlük tarihli genel yasa ile sonraki yürürlük tarihli özel yasa arasında çelişki meydana gelmesi durumunda sonraki özel yasa, kendi düzenlediği konuya ilişkin olarak önceki genel yasanın aykırılık teşkil eden kurallarını yürürlükten kaldıracaktır.
- 4 Önceki yürürlük tarihli özel yasa ile sonraki yürürlük tarihli genel yasa arasında bir çelişkinin bulunması durumunda önceki özel yasa, sonraki genel yasayı yürürlükten kaldırmayacaktır. Böylece, sonraki genel yasanın kurallarının düzenlediği hususlarda bu yasa uygulanacaktır. Ancak sonraki genel yasanın düzenlemediği ve düzenlediği hususlara aykırılık oluşturmeyen konularda, önceki özel

4 Yargıtay 2. HD. , 05.12.1995, 10543/13260:"İki kural arasında özellik-genellik ilişkisinin kurulabilmesi için, her iki kuralında aynı konuyu düzenlemesi gerekir" (Yasa Hukuk Dergisi, 1996, C.15, S. 172, s. 461) , *Deryal*, s. 89 ; Ayrıca bkz. *Gözler*, Hukuka Giriş, s. 299.

5 *Bilge*, s. 194-195 ; *Demir*, s. 36-37 ; *Deryal*, s. 89 ; Dinçkol, s. 77 ; *Esener*, s. 225 ; *Gözler*, Hukuka Giriş, s. 302-303 ; *Gözübüyük*, s. 71 ; *Özkes*, Temel Hukuk Bilgisi, s. 105 ; *Özkes*, Zaman Bakımından Uygulanma, s. 2861 ; *Öztan*, Medeni Hukuk, s. 118 ; *Teziç*, s. 58 ; *Umar*, s. 125.

yasanın uygulanmasına devam edilecektir. Bu çerçevede sonraki genel yasanın bünyesinde o konuya ilişkin özel bir kural olup olmadığına dikkat edilmesi gerekir. Keza sonraki genel yasa o konuya ilişkin olarak özel bir kural içeriyorsa, bu kural önceki özel yasa hükmüne nazaran öncelikle uygulanacaktır.⁶

B. Kararın Değerlendirilmesi

1. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin Gerekçeleri Bakımından

a.Yasaların Zaman Bakımından Uygulanması Çerçevesinde Uygulanacak Hükmün Tespiti

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'u genel kanun niteliğinde olup 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu ise 04.10.1932 tarihinde yürürlüğe girdiğinden ötürü önceki tarihli özel kanun niteliğine haizdir.⁷

İnceleme konusu kararda özel kanun - genel kanun ilişkisine temel oluşturan hükümler şunlardır:

-
- 6 "Sorunu çözümlenebilmek için, kanun koyucunun yeni kanunu çıkarmaktaki amacının ne olduğunu araştırmak gerekir. Bunun yanında ayrıca her iki kanunun sisteminin dayandığı ana ilkelerin ne olduğunun bilinmesi de gereklidir. Ancak bunlar yapıldıktan sonra, her iki kanun arasında sistem ve içeriğin dayandığı ilkelere bakımdan benzerlik ve ahenk bulunması ve genel kanunun özel kanunun konusunu oluşturan kurum ve ilişkileri genel biçimde düzenleyerek ayrıntıların düzenlenmesini özel kanuna bırakmak istediği sonucuna varılabilirse, genel kanunun özel kanunu yürürlükten kaldırmadığı kabul edilir. Aksi halde yeni tarihli genel kanunun özel kanunla düzenlenmiş kurum ve ilişkileri içine alarak onları büsbütün farklı bir sistem ve görüşle veya ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmasından ve yeni kanunun genel bir kanun olmasından, özel kanunu yürürlükten kaldırdığı sonucu çıkar. Böyle bir sonuca varılan hallerde ise, artık yeni tarihli genel kanun tek başına uygulanır" *Akipek/Akıntürk*, Türk Medeni Hukuku, s. 103 ; Ayrıca bkz. *Bilge*, s. 195.
- 7 Önceki ya da sonraki yasanın saptanmasında hangi tarihin esas alınacağı konusunda, bu çalışma çerçevesinde, kanunun yürürlük tarihi esas alınmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1965/44 E. , 1966/14 K. , 10.03.1966 tarihli kararında bu doğrultuda görüş bildirmiştir (http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_der_gisi/kd_04.pdf, s. 90) ; Ayrıntılı bilgi için bkz. *Gözler*, Anayasa Hukuku, s. 261 ; *Gözler*, Hukuka Giriş, s. 298-299 ; *Gözübüyük*, s. 71-72 ; *Özkes*, Temel Hukuk Bilgisi, s. 100-101 ; *Teziç*, s. 55-56-59.

Genel kanun niteliğindeki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6. Kısımında düzenlenen ve "Ön inceleme ve tahkikat" başlığını taşıyan 320. maddesinin 1. fıkrasında, "*Mahkeme, mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir*" hükmü yer almaktadır.

Özel kanun niteliğindeki İcra ve İflas Kanunu'nun kiralanan taşınmazların tahliyesini düzenleyen 269 ve devamı maddelerine dayanılarak açılan tahliye davasında, 269/d maddesinde "*62, 63, 65, 66, 68, 70 ve 72'nci maddeler hükümleri kıyas yolu ile burada da uygulanır.*" hükmüne yer verilmiştir.

İcra ve İflas Kanunu'nun, kiralanan taşınmazların tahliyesini düzenleyen 269 ve devamı maddelerine dayanılarak açılan tahliye davasında kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilen 70. maddesinde, "*İcra mahkemesi, itirazın kaldırılması hakkındaki talep üzerine iki tarafı davet eder ve 18'inci madde hükmüne göre kararını verir.*" denilmektedir. Burada kararın 18. madde hükmüne göre verileceği öngörülmüştür. İcra ve İflas Kanunu'nun 18. maddesinde ise, "*İcra mahkemesine arzedilen hususlar ivedi işlerden sayılır ve bu işlerde basit yargılama usulü uygulanır.*" denilmektedir.

İnceleme konusu kararda açılan tahliye davası, yukarıda izah edilen hükümler çerçevesinde, basit yargılama usulüne göre görülmüştür. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 320. maddesinin 1. fıkrası ile kıyasen uygulanan İcra ve İflas Kanunu'nun 70. maddesi arasında bir çelişkinin mevcut olduğu görülmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 320. maddesine göre, basit yargılama usulünün uygulandığı davalarda duruşma yapılmadan dosya üzerinden karar verilebilmesi mümkündür. Ancak İcra ve İflas Kanunu'nun kıyasen uygulanacağı öngörülen 70. maddesinde, tarafların davet edilerek duruşma yapılması zorunlu kılınmıştır.⁸

8 *Ansay*, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, s. 35 ; *Halman Çetin*, İcra Mahkemesinde Yargılama Usulü, s. 40 ; *Kiraz*, İcra Mahkemesinde İtirazın Kesin Kaldırılması, s. 269 ; HMK hükümlerinin ancak İKK' nun açıkça düzenlemediği konularda uygulanabileceğine ilişkin olarak bkz. *Uyar*, Yargılama Usulü, s. 382-383.

Yukarıda izaha kalkışıldığı üzere önceki yürürlük tarihli özel kanun ile sonraki yürürlük tarihli genel kanun arasında çelişki olması durumunda sonraki genel yasanın düzenlediği hususlarda bu yasa uygulanmakla birlikte, sonraki genel yasanın düzenlemediği ve aykırılık oluşturmayan konularda önceki özel yasa uygulanacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 320. maddesinde mümkün olan hallerde tarafların duruşmaya davet edilmeden dosya üzerinden karar verilebileceği belirtilerek, bu yönde bir düzenleme bulunmaması halinde basit yargılama usulüne göre görülen dava ve işlerde duruşma yapılması gerekliliği vurgulanmıştır. Nitekim İcra ve İflas Kanunu'nun 70. maddesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 320. maddesinde yer alan düzenlemeyle bu açıdan örtüşmektedir. Kanaatimizce, Yargıtay'ın gerekçesinde de olduğu gibi, karar konusu olaya İcra ve İflas Kanunu'nun 70. maddesinin uygulanması isabetlidir.

Doktrinde, İİK ve HMK arasındaki özel kanun – genel kanun ilişkisi bağlamında adi senetlerdeki sahtelik iddiası incelemeye tabi tutulmuştur. İncelemede İcra ve İflas Kanunu'nun imzaya itiraz hakkındaki hükümleri (İİK. m.68/a ve m.72, m.170) ile HMK m.209/1 hükmü esas alınmıştır. Adi senetlerdeki sahtelik iddiası konusunun incelenmesi İİK ve HMK arasındaki özel kanun - genel kanun ilişkisi kapsamında iki farklı görüşü de beraberinde getirmiştir. *Kuru*, İcra ve İflas Kanunu icra takip hukuku açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel kanun olup, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin, bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda ise anılan kanuna aykırılık teşkil etmemek koşuluyla genel nitelikte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.⁹

Bizimde katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre, HMK m. 209/1'deki düzenleme, sahtelik iddiası bakımından, İİK. m.72'ye nazaran özel hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla sahtelik iddiası ve sahtelik sebebine dayanılarak açılan menfi tespit davasında HMK m. 209/1 uygulanacağı gibi bu tür bir iddia ya da davanın icra takibin etkisi de HMK m. 209/1 çerçevesinde belirlenecektir.¹⁰

9 *Kuru*, Senetteki İmzanın İnkâr Edilmesi, s. 7-9.

10 *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, Usul Hukuku, s. 626 ; *Umar*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, s. 668 – 670.

Nitekim önceki yürürlük tarihli özel yasa ile sonraki yürürlük tarihli genel yasa arasında bir çelişkinin bulunması durumunda, sonraki yasanın düzenlediği hususların irdelenmesi gerekmektedir. Sonraki genel yasanın düzenlemediği yahut düzenlediği hususlara aykırılık oluşturmayan konularda önceki özel yasanın uygulanması mümkün olacaktır. Uygulanacak hükmün tespitinde sonraki genel yasadaki yer alan özel hükmün, önceki özel yasa hükmüne nazaran evleviyet taşıdığı unutulmamalıdır.

aa. HMK m. 320/1' in Uygulanması

Basit yargılama usulü daha kısa ve basit şekilde sonuçlanmasında fayda görülen dava ve işler için düzenlenmiştir. Kimi durumlarda maddi hukuka ilişkin talebin incelenmesi gereksiz ya da yararsız görülebileceği gibi hukuki korumanın gecikmesi bazı maddi hukuka ait talepleri riske edebilecek, hatta akamete uğratabilecektir. Dolayısıyla hakkın korunması için uyumsuzluğun hızla sonuçlandırılması isabetli olacaktır.¹¹ Bu amaca paralel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 320. maddesinin 1. fıkrasında, mümkün olan hallerde tarafların duruşmaya davet edilmeksizin dosya üzerinden karar verilebileceği düzenlenmiştir.¹²

Bu düzenleme açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hükümet gerekçesinde şu hususlara vurgu yapılmıştır; "*Birinci fıkra ile bazı basit yargılama usulüne tabi dava ve işlere dosya üzerinden de karar verilmesi mümkün hale getirilmiştir. Hatta basit yargılama usulüne tabi dava ve işler sayılırken bu durum ayrıca bir bentte düzenlenmiştir. Bu sebeple, dilekçelerin verilmesi aşamasından sonra, dilekçeler ve dosyada yer alan deliller yeterli görülüyorsa ayrıca ön inceleme yapmadan ve duruşma açmadan da karar verilebilir. Bir tereddüt olmaması için, bu husus birinci fıkroda açıkça belirtilmiştir.*"

Doktrinde¹³, 320. maddenin 1. fıkrasında yer alan "mümkün olan hallerde" duruşma yapılmayacağına ilişkin hükmün, yasalarda duruşma yapılmadan da karar verilmesi mümkün olan haller olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Dosya üzerinden karar verilebilmesi için

11 *Sunar*, s. 42

12 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kuru/Arslan/Yılmaz*, Medenî Usul Hukuku, s. 769 vd.

13 *Kuru/Arslan/Yılmaz*, Medenî Usul Hukuku, s. 770 ; *Pekcanitez/Atalay/Özeker*, Usul Hukuku, s. 733

kanunlarda bu konuya ilişkin ayrıca bir düzenleme olması gerekmektedir.¹⁴ Özel düzenlemelerin olmaması durumunda ise, basit yargılama usulünde asıl olan duruşma yapılmasıdır.¹⁵ Keza Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 316. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, "*Doğrudan dosya üzerinden karar vermek konusunda kanunun mahkemeye takdir hakkı tanıdığı dava ve işler*" ifadesiyle, dosya üzerinden karar verilebilmesi için kanunun mahkemeye takdir hakkı tanıdığı olması gerektiğine vurgu yapılmıştır.

Hâkimin dosya üzerinden karar verebilmesi, Yargıtay'ca da bir takım kıstaslara tabi tutulmuştur.¹⁶ Dosya üzerinden karar verme yetkisine haiz hâkim, hukuki uyumsuzluğun mahiyetini¹⁷ göz önünde bulundurmak zorundadır. Talepte bulunanın ileri sürdüğü gerekçe ve delillerin uyumsuzluğu aydınlatması mümkün ise, duruşma yapılmasına lüzum yoktur. Ancak uyumsuzluğun çözümü bir yargılamayı gerektiriyorsa, yani karşı tarafın sunacağı gerekçe ve deliller uyumsuzluğun çözüme kavuşturulması için zaruri ise, dosya üzerinden karar verilmesi söz konusu olmayacaktır.¹⁸

bb. İİK m. 18, 70 ve 269'un Uygulanması

Kiralanan taşınmazların, kira bedelinin ödenmemesi suretiyle ilamsız tahliyesine ilişkin takip, İcra ve İflas Kanunu'nun 18. maddesi çerçevesinde basit yargılama usulüne tabidir. Yargıtay kararında da belirtildiği üzere icra mahkemelerinin icra - iflas işleri için kurulmuş, kendine özgü kuralları olan mahkemeler olması sebebiyle bir takım farklı düzenlemelere gidilmesi gerekmiştir.

14 Aynı yönde bkz. *Postacıoğlu*, s. 161 ; *Ulukapı*, s. 22-22.

15 "Bu yönüyle uyumsuzluk İİK' nın 96. ve onu izleyen maddelerine dayalı 3. kişinin istihkak davasıdır. İstihkak davalarına İİK' nın 97/11. maddesi hükmü gereği genel hükümler dairesinde basit yargılama usulüne göre bakılır. Bu nedenle, mutlak duruşma açılması taraflara duruşma gün ve saatini bildirir davetiye tebliğ olunarak gösterecekleri kanıtların toplanmasından sonra karar verilmesi gerekirken duruşma açılmaksızın dosya üzerinden inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır" Yargıtay 21. HD. , 19.09.2000, 2000/5467 E. , 2000/5841 K. (YKD, 2002/1, s. 98-99).

16 Yargıtay 11. HD. , 05.02.2001, 2000/9783 E. , 2001/768 K. (YKD, 2001/9, s. 1356-1357).

17 Yargıtay İcra ve İflas Dairesi, 03.04.1969, 3557 E. , 3673 K. (<http://www.ankarabarasu.org.tr/Sitelere/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/1971-4.pdf>).

18 *Sunar*, s. 204.

Diğer bir deyişle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda basit yargılama usulü için öngörülen kurallar, İcra ve İflas Kanunu'nda da uygulama alanı bulacaktır. Ancak bir takım sınırlamalarla icra mahkemelerindeki yargılamaya farklılık bahşedilmiştir.¹⁹

Tahliye talebini basit yargılama usulü çerçevesinde inceleyecek olan icra mahkemesi, İcra ve iflas Kanunu'nun 269/d maddesinin 70. maddeye yaptığı atfa binaen duruşma açmak zorundadır.²⁰ Kıyasen uygulanacağı öngörülen 70. maddede, kararın 18. madde hükmüne göre verileceği belirtilmiştir.

19 İsviçre doktrininde basit yargılama usulü, tipik basit yargılama usulü ve atipik basit yargılama usulü olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu çerçevede icra mahkemelerinde görülen itirazın kaldırılması yargılamasında tipik basit yargılama usulünün uygulanacağı belirtilmiştir. Tipik yargılama usulü, " Tarafların mümkün olan bütün savunma vasıtaları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamadığı; davacının iddiasını ispat için delillerini derhal getirmeye, davalının ise bu iddiaya karşı likit itiraz ve def'ilerini derhal ileri sürmeye mecbur olduğu basit yargılama şekli" olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda sınırlı bir inceleme yapılabileceği, hâkimin maddi hukuka ilişkin talebin en ivedi ve zorunlu şartlarını araştırarak bir karara varacağı ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Sunar*, s. 45.

20 *Karşlı*, s. 345 ; *Kiraz*, s. 193 ; *Kuru*, El Kitabı, s. 262 ; *Kuru*, Usul, C: IV, s. 4147 ; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, İcra ve İflas Hukuku s. 190 ; *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes*, s. 219 ; Aynı yönde bkz. *Uyar*, Tahliye, s. 366 ; *Uyar*, Yargılama, s. 165 ; "İİK' nın 269/d maddesi yoluyla uygulanması gereken, 70. madde uyarınca iki taraf davet olunup dinlenerek ve delilleri toplandıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken, evrak üzerinden yazılı şekilde karar tesisi isabetsizdir" 12 HD, 14.04.1983, 1823 E. , 2911 K. (*Uyar*, Tahliye, s.491) ; " (...) İİK' nın 269/d maddesi yolu ile uygulanması gereken 70 inci madde uyarınca duruşma açılıp taraflar usulüne uygun şekilde davet edilerek iddia ve savunma dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, evrak üzerinden sonuca gidilmesi isabetsizdir" 12. HD. , 07.03.1989 , 1988/7678 E. , 3190 K. (*Uyar*, Şerh, s.18318) ; Ayrıca bkz. 12. HD, 09.10.1981, 6106 E. , 7457 K. (*Uyar*, Tahliye, s.492) ; *Uyar*, Yargılama Usulü, s. 225 ; *Üstündağ*, İcra Hukuku, s. 347 ; Ayrıca bkz. HGK. 15.2.1984, (Yasa Hukuk Dergisi, Mart 84, s. 407, *Üstündağ*, dn. 146d) ; "İİK. 269/d maddesinin gereği mutlaka duruşma açmak zorunda olan merci, takip taleplerinin boşaltma isteğini havi olup olmadığını, ödeme emrinin takip taleplerine uygun düzenlenip düzenlenmediğini, gerekli kayıt ve süreli ihtiva edip etmediğini, otuz günlük ihtar süresinin sona erdiği tarihe kadar kira parasının ödenip ödenmediğini ve nihayet boşaltma ihtarının haklı olup olmadığı keyfiyetini re' sen incelemekle yükümlüdür" HGK, 15.02.1984, 1981/12-753 E. , 1984/103 K. (YKD, 1984/11, s. 1642) ; *Yıldırım/Deren-Yıldırım*, İcra Hukuku, s. 81.

Kanaatimizce, ilgili maddelerden anlaşılması gereken, mahkemenin tarafları davet ederek duruşma açması ve basit yargılama usulünü uygulayarak uyuşmazlığı karara bağlamasıdır. Ancak tereddüde yer vermemek açısından, 18. maddenin 3. fıkrasının Yargıtay kararına konu olaya uygulanıp uygulanmayacağı meselesinin üzerinde durmak gerekmektedir. Mezkûr fıkra, "*Aksine hüküm bulunmayan hallerde icra mahkemesi, şikâyet konusu işlemi yapan icra dairesinin açıklama yapmasına ve duruşma yapılmasına gerek olup olmadığını takdir eder.*" denilmektedir. Bu hükmün ilamsız tahliye takibinde uygulanması mümkün değildir.²¹

b. Kararın İlişkili Olduğu Temel Haklar

Yargıtay, inceleme konusu kararda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hukuki dinlenilme hakkını düzenleyen 27. maddesinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılama hakkına ilişkin 6. maddesinin dikkate alınması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Bu çerçevede kararın söz konusu temel haklar açısından da değerlendirilmesi zarureti hâsıl olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Adil Yargılanma başlıklı 6. maddesinin temelinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti yer almaktadır. Bu çerçevede adil yargılanma hakkını " medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili nizalar " bakımından tanımak suretiyle, adli yargıda hak arama hürriyetinin ihlali durumunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu açık tutulmaktadır.²²

21 Aynı yönde bkz. *Keleş*, s. 176 ;"İtirazın kaldırılması isteği üzerine 70. maddeye göre 18. madde hükümleri dairesinde mürafaa yapılmadan karar verilmesi bozmayı muciptir" Yargıtay İİD.'nin 17.12.1963 T. ve 13193 E. , 13374 K. (*Kiraz*, İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, s. 269, dn. 5) ; Ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcantez*, Şikâyet, s. 140-144 ; *Muşul*, İcra ve İflas Hukuku, s. 345 ; Uyar, Yargılama Usulü, s. 239 ; *Yener*, Taraf Teşkili, s. 82 ; *Yıldırım/Deren-Yıldırım*, İcra Hukuku, s. 81.

22 *Çetin*, s.102 ; *Demircioğlu*, Usul Hukukunda İnsan Hakları, s. 47.

Hak arama hürriyetini düzenleyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesinde, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilmek suretiyle hem adil yargılanma hakkına hem de iddia ve savunma hakkı deyimi başlığında hukuki dinlenilme hakkına yer verilmiştir. Burada ayrıca adil yargılanma hakkının iddia ve savunma(hukuki dinlenilme) hakkından daha geniş bir hak olduğunu belirtmek gerekmektedir.²³

aa. Adil Yargılanma Hakkı Açısından

İnsan onuruna dayanan adil yargılanma hakkı genel olarak, herkesin, bir uyuşmazlık hakkında aleni biçimde, makul sürede, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde hakkaniyete uygun karar verilmesini talep hakkını ifade etmektedir.²⁴

Adil yargılanma hakkına ilişkin kural, ilgili maddelerin lafzından anlaşılacağı üzere, mahkemeler ve gerçek anlamda yargılamalar açısından tereddütsüz olarak kabul edilmektedir.²⁵ Temel hakların mahkemeler önünde korunmasını ve gerçekleşmesini sağlayan adil yargılanma hakkı, bünyesinde gerçek ve etkin bir hukuki korumayı da barındırmaktadır. Adil yargılanma hakkı, davanın açılmasından yargılamanın sonuna değin devam etmekle birlikte cebri icra sürecini de içerisine almaktadır.²⁶ Nitekim bu hakkın ihlali aynı zamanda kişi özgürlüğünün ihlalini teşkil edecektir.²⁷

İnceleme konusu kararda, İcra ve İflas Kanunu'nun 70. maddesinde mahkemenin her iki tarafı da davet ederek 18. madde uyarınca kararını vereceği belirtilmiştir. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' ne paralel olarak, adil bir yargılamanın gerçekleşmesi ve adilane bir hükmün tesisi amacıyla, İcra ve İflas Kanunu'nun 269/d maddesinde 70. maddenin kıyasen uygulanacağını belirtmiştir.

23 *Pekcanitez*, Adil Yargılanma, s. 38 ; *Pekcanitez*, Hukuki Dinlenilme, s. 760.

24 *Demircioğlu*, Usul Hukukunda İnsan Hakları, s. 51 ; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, Medenî Usul Hukuku, s. 357 ; *Özkes*, Temel Haklar ve İlkeler, s. 133 ; *Pekcanitez*, Adil Yargılama, s. 37.

25 *Özkes*, Temel Haklar ve İlkeler, s. 132.

26 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, Usul Hukuku, s. 317.

27 *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, Usul Hukuku, s. 317.

Tarafların davet edilerek duruşma açılması İcra ve İflas Kanunu'nca hüküm altına alınmışken, buna aykırı uygulama adil yargılanma hakkının ihlaline vücut verecektir.

Adil yargılanma hakkının ihlali durumunda kişi olağan kanun yollarını tüketmelidir. Nitekim inceleme konusu kararda, yerel mahkeme kararının temyiz edilmesiyle birlikte Yargıtay, temel hakları da gözetmek suretiyle bir sonuca varmıştır. Şayet olağan kanun yollarının tüketilmesi neticesinde kararın kesinleşmesini takiben bir sonuca varılamamış ise, ilgili kişi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 148. maddesi çerçevesinde temel haklarının ihlali sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilecektir.²⁸ Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulması üzerine bir sonuca varılamaması durumunda ise, adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında (AİHS md. 6) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulması mümkün hale gelecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ihlalin varlığına kanaat getirirse, bu karar hukukumuzda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375/1, (i) bendi uyarınca yargılanmanın iadesi sebebi teşkil edecektir.

bb. Hukuki Dinlenme Hakkı Açısından

Hukuki dinlenme hakkı Anayasa'nın 36. maddesine paralel olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur.²⁹ Bu kapsamda hukuki dinlenme hakkının, Anayasa ile teminat altına alınmış usuli nitelikte bir temel hak olduğunu belirtmek gerekmektedir.³⁰ Bu hak, Anayasa'nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurunu oluşturmaktadır.³¹

28 *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, Usul Hukuku, s. 944 vd.

29 "Yargı faaliyetinin mahkemeler eliyle yürütüldüğü hukuk devletinde herkes mahkemelere başvurarak iddiada ve savunmada bulunabilir. Mahkemeler bu başvuruyu üzerine davaya bakmaya mecburdur(1961 Anayasası m.31)" *Alangoya*, s. 3 ; *Pekcanitez*, Hukuki Dinlenme, s. 754.

30 *Özekes*, Temel Haklar ve İlkeler, s. 139 ; *Pekcanitez*, Hukuki Dinlenme, s. 754 ; *Üstündağ*, Medeni Yargılama, s. 261-262 ; *Yıldırım*, s. 98.

31 *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, Usul Hukuku, s. 324

Hukuki dinlenilme hakkı, "yargılamada hukuki durumu etkilenecek kişilerin, yargılamanın süjesi olarak, yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve yargı mercilerinin bunları dikkate alıp değerlendirerek, gerekçeli şekilde karar vermesini sağlayan, sürpriz kararlar karşılığının önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesidir" şeklinde tanımlanabilir.³²

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da açıkça belirtildiği üzere, hukuki dinlenilme hakkının üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar, (i) bilgilenme hakkı, (ii) açıklama hakkı ve (iii) dikkate alınma hakkıdır.³³

Hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde mutlaka sözlü yargılama ve duruşma yapılması zorunluluğundan bahsedemeyiz. Zira dosya üzerinden karar verilmesi mümkün olan hallerde tarafların dinlenmemesi, karara etki edemeyecekleri anlamına gelmeyecektir. Taraflar bu durumlarda, beyanlarını yargılama usulüne uygun olarak öngörülen araçlarla yargı merciine aktarabileceklerdir.³⁴

İnceleme konusu karar açısından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 269/d maddesinin atfıyla uygulanması icap eden 70. maddede duruşma açılması zorunluluğuna değinilmişken, aksi yöndeki uygulama tarafların hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından olan açıklama ve ispat hakkının ihlali netliğindedir.³⁵

32 *Özkes*, Hukuki Dinlenilme Hakkı Bazı Sorunlar, s. 1296-1297.

33 *Kuru/Arslan/Yılmaz*, Medenî Usul Hukuku, s. 357 vd. ; *Özkes*, Temel Haklar ve İlkeler, s. 140 ; *Özkes*, Hukuki Dinlenilme Hakkı Bazı Sorunlar, s. 1297.

34 *Özkes*, Temel Haklar ve İlkeler, s. 140 ; *Özkes*, Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Bazı Sorunlar, s. 1298 ; *Pekantez/Atalay/Özkes*, Usul Hukuku, s. 331 ; "Hukuki dinlenilme hakkı, medeni yargıda tüm yargılama usullerinde geçerlidir. Yargılama usulleri arasında hukuki dinlenilme hakkının yegâne farkı, bazı yargılama usullerinde süresi bazen daha uzun bazen daha kısa olabilir" *Pekantez*, Hukuki Dinlenilme, s. 763-764.

35 "Normal bir yargılamada hukuki dinlenilme hakkından söz edebilmek için, öncelikle tarafların usulüne uygun olarak davet edilip, yargılamada yer almaları sağlanıp, iddia ve savunmalarını ortaya koyduktan sonra kararın verilmesi gerekir." *Özkes*, İhtiyati Haciz, s. 210.

Anayasa'nın 36. maddesi çerçevesinde teminat altına alınan iddia ve savunma hakkı ile adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkını da içerdiğinden³⁶ bahisle, bu hakkın ihlali durumunda adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin olarak yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlilik arz edecektir.

C. Sonuç

Yargıtay'ın vermiş olduğu kararın, dayandığı gerekçeler çerçevesinde doğru olduğu kanısındayız.

(i)Yargıtay öncelikle kararında önceki özel kanun – sonraki genel kanun ilişkisine temas etmiştir. Bu yaklaşım çerçevesinde sonraki genel kanun niteliğinde olan HMK m. 320/1'in uygulanamayacağı kanaatine varmıştır. Önceki özel kanun niteliğinde olan İİK' nın 269/d maddesinin 70. maddeye yapmış olduğu atıf dikkate alınarak, bu madde uyarınca duruşma açılmasının zorunluluğuna dikkat çekilmesini yerinde bulmaktayız. Keza, Yargıtay'ın kiralanın taşınmazların tahliyesi davasına ilişkin olarak verdiği kararlarında da uygulamasının bu yönde olduğunu görmekteyiz.

(ii)Mümkün olan hallerde taraflar duruşmaya davet edilmeksizin dosya üzerinden karar verilebileceğini öngören HMK m. 320/1'in uygulanabilmesi için bu yönde bir düzenleme olması gerektiği gerekçede belirtilmiştir. Nitekim basit yargılama usulünün uygulandığı durumlarda da asıl olan duruşma yapılmasıdır. Özel kanun niteliğindeki İİK' da kıyasen uygulanacağı öngörülen maddede, tarafların davet edilmesi gerektiğine ilişkin açık hüküm bulunması karşısında, HMK m. 320/1 dayanak gösterilerek dosya üzerinden karar verilmesi, Yargıtay'ın da belirttiği üzere, usul ve yasaya aykırıdır.

(iii)Yargıtay gerekçesinde, icra mahkemesinde yargılama usulünün 18. maddede yer alan düzenleme doğrultusunda basit yargılama usulü olduğunu belirtmiştir. Ancak burada 70. maddenin kıyasen uygulanacağını öngördüğü 18. maddeye yapmış olduğu atfın maddenin 3. fıkrasını da kapsayıp kapsamadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. İcra ve İflas Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasında, şikâyet mevzuuna ilişkin

36 *Pekantez/Atalay/Özeker*, Usul Hukuku, s. 324.

olarak, icra mahkemesinin duruşma açmamakta takdir hakkı olduğunu düzenlemektedir. Bu konuda Yargıtay, mezkûr hükmün yalnızca ilamsız takiplerde uygulanacağını belirtmiştir. Doktrindeki düşünceler de bu yönde olmakla birlikte, kıyasen uygulanacağı belirtilen İİK' nın 70. maddesinde yer alan hâkimin tarafları davet edeceğine ilişkin hükmün tatbik edileceği 269/d maddesinin atfı neticesinde ortaya çıkmaktadır.

(iii)Yargıtay, yerel mahkemenin HMK m. 27'de düzenlenen hukuki dinlenilme hakkını, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetini ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını dikkate alması gerektiğini vurgulamıştır. Uyuşmazlığa uygulanması gereken İİK. m.70 'de açıkça duruşma yapılması zorunluluğundan bahsedilmesine rağmen mahkemenin buna aykırı tutumu temel hakların ihlaline neden olacaktır. Dolayısıyla insan onuruna yaraşır adil bir yargılamanın yapılarak adilane bir karar verilebilmesi yasanın bu doğrultuda öngördüğü hükümlerin tatbikiyle mümkün olacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

AIHS:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (4 Kısım 1950 tarihli İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme)
bkz.:	Bakınız
C.:	Cilt
dn.:	Dipnot
HD:	Hukuk Dairesi
HGK:	Hukuk Genel Kurulu
HMK:	6100 sayılı, 01.10.2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK:	2004 sayılı, 09.06.1932 tarihli İcra ve İflâs Kanunu
m.:	Madde
MHMÖHB:	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
s.:	Sayfa
S.:	Sayı
SBE:	Sosyal Bilimler Enstitüsü
YKD:	Yargıtay Kararları Dergisi

BİBLİYOGRAFYA

- Akipek G. Jale/
Akıntürk Turgut,** Türk Medeni Hukuku, C:1, Beta Yayınevi, 6. Bası, İstanbul 2007.
- Alangoya Yavuz,** Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi, MHMÖHB 1981/2.
- Ansay Ş. Sabri,** Hukuk İcra Ve İflas Usulleri, İstiklal Matbaası, 5. Bası, Ankara 1960.
- Bilge Necip,** Hukuk Başlangıcı, 28. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Çetin Onur,** Hak Arama Hürriyeti, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilimdalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2007.
- Çetin Halman Emine,** İcra Hukukunda Tahliye Davaları, Güncel Yayınevi, İzmir 2007.
- Demir Fevzi,** Hukukun Temel Kavramları, Birleşik Matbaacılık, İzmir 2007.
- Demircioğlu Yaşar,** Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2007. (*Usul Hukukunda İnsan Hakları*)
- Deryal Yahya,** Hukukun Temel Kavramları, Derya Kitabevi, 7. Bası, Trabzon 2011.
- Dinçkol Abdullah,** Temel Hukuk Bilgisi, Der Yayınları, 6. Bası, İstanbul 2010.
- Esener Turhan,** Hukuk Başlangıcı, Alkım Yayınevi, 4. Bası, 2001.
- Gözler Kemal,** Hukuka Giriş, Ekin Kitabevi, 8. Bası, Bursa 2011.
- Gözler Kemal,** Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Kitabevi Yayınları, 14. Bası, Bursa 2009. (*Anayasa Hukuku*)

- Gözübüyük Şeref,** Hukuka Giriş, 30. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Hırş E. Ernest,** (Genişletip değiştirerek işleyen Çernis V.), Pratik Hukukta Metot, 7. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2012.
- Karşlı Abdurrahim,** İcra Hukuku Ders Kitabı, Alternatif Yayınevi, 1. Bası, İstanbul 2010.
- Keleş Sanver,** Kiralanan Taşınmazların İlamsız Tahliyesi, Turhan Yayınevi, 1. Bası, Ankara 2009.
- Kiraz T. Özgür,** Genel Haciz Yolu İle Takipte Ödeme Emrine İtirazın Kesin Kaldırılması, Adil Yayınevi, Ankara 1997.
- Kiraz T. Özgür,** İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, Kartal Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2007.
- Kuru Baki,** Hukuk Davasında Adi Senetteki İmzanın İnkâr Edilmesinin İcra Takibine Etkisi, Medenî Usul ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi, Legal Kitabevi, C: 8, S: 23, 2012/3.
- Kuru Baki,** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: IV, Demir-Demir Yayınevi, 6. Bası, İstanbul 2001. (*Usul*)
- Kuru Baki,** Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt:V, Demir-Demir Yayınevi, 6. Bası, İstanbul 2001. (*Usul*)
- Kuru Baki,** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2004. (*El Kitabı*)
- Kuru Baki/
Arslan Ramazan/
Yılmaz Ejder,** Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, 22. Bası, Ankara 2011.

- Kuru Baki/
Arslan Ramazan/
Yılmaz Ejder,** İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 25. Bası, Ankara 2011.
- Muşul Timuçin,** İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınevi, 4. Bası, Ankara 2010.
- Özekes Muhammet,** İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2009. (**Temel Haklar ve İlkeler**)
- Özekes Muhammet,** Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları, Legal Hukuk Dergisi, 2005/3. (Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Bazı Sorunlar)
- Özekes Muhammet,** Temel Hukuk Bilgisi, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Özekes Muhammet,** İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999. (**İhtiyati Haciz**)
- Özekes Muhammet,** Özel Hukuk - Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C: 2, Ankara 2010. (**Zaman Bakımından Uygulanma**)
- Öztan Bilge,** Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 31. Bası, Ankara 2009. (**Medeni Hukuk**)
- Pekcanitez Hakan,** Medeni Yargıda Adil Yargılanma, İzmir Barosu Dergisi, 1997/2. (**Adil Yargılanma**)
- Pekcanitez Hakan,** Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2000. (**Hukuki Dinlenilme**)

- Pekcanitez Hakan,** İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1. Bası, Ankara 1986. (**Şikâyet**)
- Pekcanitez Hakan/
Atalay Oğuz/
Özekes Muhammet,** Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 13. Bası, Ankara 2012. (**Usul Hukuku**)
- Pekcanitez Hakan/
Atalay Oğuz/
Sungurtekin Özkan/
Özekes Muhammet,** İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 10. Bası, Ankara 2012.
- Postacıoğlu İlhan E.,** İcra Hukuku Esasları, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2901 , 4. Bası, İstanbul 1982.
- Sunar Gülcan,** Medeni Usul Hukukunda Basit Yargılama Usulü, Marmara Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilimdalı Doktora Tezi, İstanbul 2002,
- Teziç Erdoğan,** Anayasa Hukuku, Beta Basımevi, 13. Bası, 2009.
- Ulukapı Ömer,** Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi, Mimoza Yayınevi, 1997.
- Umar Bilge,** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.
- Umar Bilge,** Hukuk Başlangıcı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 79, İzmir 1997.
- Uyar Talih,** İcra Hukukunda Tahliye, Şafak Yayınevi, 2. Bası, Manisa 1987. (**Tahliye**)
- Uyar Talih,** İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt: 11, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2009. (**Şerh**)

- Uyar Talih,** İcra Hukukunda Yetki - Görev ve Yargılama Usulü, Şafak Yayınevi, Manisa 1991. (*Yargılama Usulü*)
- Uyar Talih,** Tetkik Merciiinde Yargılama Usulü, İstanbul Barosu Dergisi, 1992/1-2-3. (*Yargılama*)
- Üstündağ Saim,** Medeni Yargılama Hukuku, Nesil Yayınevi, 7. Bası, İstanbul 2000. (*Medeni Yargılama*)
- Üstündağ Saim,** İcra Hukukunun Esasları, Vedat Yayınları, 8. Bası, İstanbul 2004. (*İcra Hukuku*)
- Yargıtay Kararları Dergisi,** Yargıtay Yayınları, C: 28/1, 2002; C: 27/9, 2001; C: 10/11, 1984.
- Yener Orhan,** Hukuk ve Ceza Davalarında Taraf Teşkili ve Dava Ehliyeti Davaya Vekalet, Yetkin Yayınevi, Ankara 1997. (*Taraf Teşkili*)
- Yıldırım M. Kamil,** Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları: 84, İstanbul 1990.
- Yıldırım M. Kamil/
Deren-Yıldırım Nevhis,** İcra Hukuku, Beta Yayınevi, 4. Bası, İstanbul 2009.

YARGI KARARLARI HUKUK BÖLÜMÜ

**TEKEL NİTELİĞİNDE BULUNAN HİZMET ÇERÇEVESİNDE,
HİZMET VERENE BORÇLARI ÖDEMEMEKLE BİRLİKTE
HİZMETİN DEVAM ETMESİNİ BEKLEMELİK DÜRÜSTLÜK
KURALINA AYKIRIDIR.**

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

Esas No : 2012/3-1927

Karar No : 2013/1406

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "kaçak su bedelinin tahsili" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bakırköy 6.Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 21.05.2009 gün ve 2008/800 E- 2009/580 K. sayılı kararın incelenmesi davacı İSKİ vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 10.06.2010 gün ve 2010/8157 E-2010/10301 sayılı ilamı ile;

(...Davada, su abonesi iken tükettiği su bedelini ödemeyen ve bu nedenle aboneliği iptal edilen davalının sayaçsız ve sözleşmesiz olarak kullandığı kaçak su bedeli olan 2.313,29 liranın 16.06.2008 tarihinden itibaren işleyecek faizi ile davalıdan tahsili talep ve dava edilmiştir.

Mahkemece, tekel şeklinde hizmet yürüten kamu kuruluşlarının sözleşme yapma serbestisi olmadığı gibi sözleşme fesih özgürlüğü de bulunmadığı gerekçe gösterilerek davanın reddine, davacı İSKİ Genel Müdürlüğünün davalı ile abonelik sözleşmesini devam ettirip abonelik uyarınca tüketilen su bedelini tahakkuk ettirerek tahsili için davalı aleyhine yasal yollara başvurmakta muhtariyetine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Kaçak su tutanaklarının (6 adet) düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan İSKİ tarifeler Yönetmeliğinin 51. maddesi hükümlerine göre, borcunu ödemeyen abonelerin suları kapatılır. Su kapanmasına rağmen, borç ödenmez ise ve su kapama tarihinden 6 ay sonra borç tahsil edilemezse hesap tasfiye edilerek sözleşme iptal edilir ve sayacı kaldırılır. Tasfiyesi mümkün olmayan alacaklar için yasal yollara başvurulur.

HGK'nun 10.10.2001 tarih 930/710 sayılı kararı uyarınca, kaçak kullanım tespit tutanağının aksi inandırıcı delillerle kanıtlanmadığı sürece sözü edilen belgeye göre hüküm kurulmak gerekir.

Davacı, sözleşme yapmak ve böylece karşı edim borçlanmak şartıyla kamuya hizmet veren bir kuruluştur. Davalı taraf bu kamu hizmetinden sözleşme vasıtasıyla yararlanacağı yerde, böyle bir sözleşme yapmaksızın veya var olan sözleşmeden doğan borçlarını ödemeksizin sözleşmenin iptaline sebep olup, karşılıksız ve kaçak kullanımla bu hizmetten yararlanmaktadır. O halde, taraflar arasında dürüstlük ilkesine uygun olarak (sözleşme benzeri) bir borç ilişkisinin kurulduğunu kabul ile davacı idarenin bu gibi durumlarda yönetmelik ve tarife hükümlerine uygun olarak belirlediği bedelin davalı tarafından ödenmesi gerekir.

Davalı, sözleşmeden doğan ve ödenmediği için sözleşmenin iptali ve sayacın kaldırılmasına neden olan borçlarını ödediği taktirde davacı kurum, davalının yeni abonelik tesisi talebini yerine getirmek durumunda olup getirmediği taktirde davalının bu muarazanın giderilmesini isteme hakkı her zaman mevcuttur.

Açıklanan nedenlerle, fiilen ortada bir kaçak-kullanım bulunmasına, buna ilişkin tutanaklara ve davalının yeni abonelik başvurusu bulunmamasına göre, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporuna göre karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, kaçak olarak kullanılan su bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemenin, davanın reddine dair verdiği karar, davacı İSKİ vekilinin temyizi üzerine, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçelerle bozulmuş; yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiştir. Hükmü davacı İSKİ vekili, temyiz etmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; davacı İSKİ ile davalı arasındaki hukuki ilişkinin "sözleşme yapma mecburiyeti" kapsamında çözümlenmesi gerekip gerekmediği; buradan varılacak sonuca göre de bilirkişi raporunda hesaplanan davacı alacağının hükmü altına alınması gerekip gerekmediği, noktasında toplanmaktadır.

Bu noktada, sözleşme özgürlüğüne ilişkin genel bir açıklama yapılmasında yarar vardır:

Genel olarak kişiler, özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda, diledikleri kişiler ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak, Borçlar Kanununda öngörülen sözleşme özgürlüğü (akit serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği (sözleşme hürriyeti) prensibi ile Anayasa (m.48) tarafından teminat altına alınmıştır. Bu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişiler kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır (kendine özgü) sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, buyurucu ve yasak koyan kurallara, ahlâk ve âdaba aykırı olmamak şartıyla Kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkına haizdirler. Dolayısıyla bu özgürlük, sözleşmeyi yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme ya da değiştirme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve nihayet sözleşmenin tabi olacağı şekli belirlemeyi de kapsar.

Bu genel açıklamalara göre Türk-İsviçre Hukukunda kural, sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü kuralı, sözleşmeyi kurma ve değiştirme özgürlüğü kadar sözleşme ile bağlı kalmama özgürlüğünü de içerir.

Sözleşme özgürlüğü kuralının istisnasını "sözleşme yapma mecburiyeti" veya "sözleşme yapma yükümlülüğü" oluşturur. Piyasa ekonomisinin hâkim olduğu hukuk sistemlerinde, sözleşme özgürlüğünden doğabilecek bazı sakıncalı durumlara ve özellikle de ekonomik gücün kötüye kullanılmasına engel olmak amacıyla sözleşme yapma mecburiyeti kabul edilmiştir. Tekelci ekonomik güçlerin haksız kazançlarını veya bu güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bir dereceye kadar bu dengesizlik ve haksızlığı düzeltmek için işletme ve kuruluşlara tekel mahiyetindeki madde ve hizmetleri talep eden fertlerle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir.

Sözleşme yapma mecburiyeti, bazı kişi, kuruluş ve kurumların hukuk düzeninde hak sahibi sayılan kişilerin talebi üzerine bunlarla belirli bir sözleşmeyi yapma yükümlülüğünü ifade eder. Sözleşme yapma mecburiyetinin mevcut olduğu hallerde, sözleşmeyi yapmaktan kaçınma, hukuka aykırı bir davranış oluşturur. Böyle bir kaçınmaya karşı iki türlü yaptırım uygulanabilir. İstenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişi, kuruluş ve kuruma karşı ya aynen ifa davası açılarak sözleşmenin yapılması sağlanır ya da onun aleyhine tazminat davası açılarak uğranılan zararın tazmini istenebilir.

Özel hukuk ilişkilerini düzenleyen kanunlarda sözleşme özgürlüğü kural, sözleşme yapma mecburiyeti istisnai niteliktedir. Sözleşme yapma mecburiyeti, ancak kanunla öngörülebilir.

Örneğin; zorunlu geçit ve zorunlu kaynak haklarında belirli şartların bulunması halinde taşınmaz maliki, komşusuyla bir irtifak sözleşmesi yapmak zorundadır. Malik sözleşmeyi yapmazsa, açılacak dava üzerine hâkimin vereceği karar ile sözleşmenin kurulması sağlanabilir.

Diğer bir örnek olarak; 2918 sayılı Kanun'un 101.maddesi uyarınca Trafik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası yapılması yasal bir zorunluluk olarak getirilmiş ve bu kural uyarınca sigorta ettiren ile sigortacı arasında sigorta sözleşmesi yapılmak suretiyle yasal zorunluluğun yerine getirilmesi sağlanmıştır.

Avukatlık Kanunu'nun 42'nci maddesi, bir avukatın ölmesi veya iş yapamaz duruma gelmesi gibi hallerde onun elindeki işleri yürütmek üzere, baro başkanına bir avukatı görevlendirmek yetkisi vermektedir. Bu halde görevlendirilen avukat, iş sahibi ile vekalet sözleşmesi yapmaktan (mazeretsiz olarak) kaçınamaz.

Fiili tekel durumunda bulunan özel kişilerden bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallarla, arz edecekleri hizmet yönünden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve bilhassa ahlâka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapmak yükümlülüğü söz konusu olur (Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11.Baskı, İstanbul 2009, sahife:267 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: Tekinay Borçlar Hukuku, 7.Bası, İstanbul 1993, sahife:364 vd.; Hukuk Genel Kurulu'nun 10.12.2003 gün ve E:2003/4-693, K:740; 22.02.2012 gün ve E:2011/11-693, K:2012/88 sayılı ilamları).

Sözleşmede taraflardan birinin borcunu oluşturan edim, tekel niteliğinde ise, bu edimi yerine getirmekle yükümlü olan borçlu taraf, haklı (sözleşmeden veya kanundan kaynaklanan) bir neden olmadan sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedemez.

Öyleyse, sözleşmede taraflardan birinin borcunu oluşturan edimin tekel niteliğinde olması hali varsa ya da kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan aynen ifayı talep hakkı söz konusu ise, sözleşme feshedilemez. Zira, ortada bir sözleşme yapma ve sözleşme ile bağlı kalma zorunluluğu vardır.

Yukarıda belirtildiği üzere, sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu hallerde (tekel durumunda), iltihaki sözleşmenin devamını engelleyen yasal veya fiili bir engelin bulunmaması gerekir (Hukuk Genel Kurulu'nun 13.05.1977 gün ve E:1976/4-1976, K:1977/480 sayılı ilamı). Aynı durum, sözleşmede veya kanunda aynen ifayı talep hakkının tanındığı haller için de geçerlidir. Dolayısıyla, yasal veya fiili bir engelin bulunmaması halinde, belirtilen bu hallerde, sözleşmenin feshi yoluna gidilemez.

Buna göre, tekel niteliği gereği sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu veya aynen ifayı talep yetkisinin tanındığı hallerde, tek taraflı olarak herhangi bir neden olmaksızın sözleşmenin feshi yoluna gidildiğinde karşı taraf, yasal veya fiili bir engelin bulunmaması şartıyla sözleşmenin konusu gereği aynen ifanın mümkün olduğu hallerde, feshin geçersizliğini ileri sürerek, bir ifa davası açabileceği gibi, bundan vazgeçerek bir zarara uğramış ise, tazminat da isteyebilir.

Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 22.02.2012 gün ve E:2011/11-693, K: 2012/88 sayılı ilamında da benimsenmiştir.

Yukarıda yapılan hukuki saptama ve açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde:

Davalı gerçek kişi su abonesi iken, borcunu ödemediği için davacı İSKİ tarafından, aboneliği iptal edilmiş; davalı da bunun üzerine, sözleşme olmaksızın ve sayaçsız olarak kaçak su kullanmıştır.

Davacı eldeki dava ile, davalının sayaçtan geçirilmeksizin kaçak olarak kullandığı su bedelinin tahsilini istemiştir.

Davacı İSKİ'nin sunduğu hizmetin (su temini) tekel niteliğinde olduğu tartışmasızdır.

Şu halde, tekel niteliğinde bir hizmette bulunan İSKİ'nin fiili veya yasal bir engel bulunmayan hallerde, bu hizmetten yararlanmak isteyen kişilerle sözleşme yapma mecburiyeti vardır. Sözleşmenin kurulmasıyla İSKİ, karşı taraf abonenin hizmetine suyun kullanımını sağlamakla yükümlü olup, anılan hizmetten yararlanan kişinin de kullandığı suyun bedelini ödemesi gerekir. Sözleşme gereğince, kullanılan suyun bedelinin ödenmemesi, hizmeti sunan İSKİ'ye su aboneliğini (sözleşmesini) haklı nedene dayalı olarak feshetme hakkını verir.

Öyleyse, davacı İSKİ'nin su abonesi olan davalının kullanmış olduğu suyun bedelini ödemediği gerekçesiyle sözleşme ve Tarifeler Yönetmeliği 51. maddesi uyarınca aboneliğini iptal etmiş olmasında hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. **Hem suyu kullanıp, hem de bedelini ödmeden aboneliğin devam edilmesini gerektiğini ileri sürmek, tipik bir hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Böylesi bir duruma ise, hukuk düzeninin izin vermeyeceği aşıkardır (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.2).**

Sonuç itibariyle; sözleşmesiz ve sayaçsız kaçak olarak su kullanan davalının, yasal mevzuat uyarınca anılan suyun bedelini ödemesi gerektiği her türlü kuşkudan uzak olduğuna göre, yerel mahkemece, yargılama sırasında aldırılan bilirkişi raporunda belirtilen davacı alacağına hükmetmek gerekirken, hatalı değerlendirme ve yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı İSKİ vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanunun 440. maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 25.09.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

**RÜCU ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN BAŞLANGICININ
TAZMİNATIN TAMAMININ ÖDENDİĞİ VE BİRLİKTE
SORUMLU KİŞİNİN ÖĞRENİLDİĞİ TARİHTEN İTİBAREN
İŞLEMENE BAŞLAR.**

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

**Esas No : 2012/4-1488
Karar No : 2013/809**

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Trabzon 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine 13.05.2010 gün ve 2007/231 E-2010/146 K. sayılı kararın incelenmesi davacı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü vekili ile davalı E. Ö. vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 16.01.2012 gün ve 2010/12504 E-2012/207 K. Sayılı ilamı ile;

(...1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacının diğer temyiz itirazlarına gelince; dava, rücu tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, karar davalılardan E. Ö. ve davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı idareye ait yüzme havuzunda hayatını kaybeden kişinin yakınları tarafından tazminat davası açılmış, davacı tarafından hükmolunan miktar ödenmiştir. Bu dava ile, olayda kusurları olan personelden ödenen miktar rücu talep edilmektedir.

Bir kısım davalılar zamanaşımı savunmasında bulunmuş, mahkemece, davalılardan S. U. hakkındaki davanın zamanaşımı yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı idarenin tazminata mahkum olduğu Trabzon İdare Mahkemesi kararı 02/03/2007 tarihinde kesinleşmiştir. Eldeki dava 14/11/2007 tarihinde açılmıştır. Şu durum karşısında ödeme daha önceki bir tarihte olsa bile, davacının sorumluluğu ve zarar miktarı 02/03/2007 tarihinde kesinleşmiş olduğundan ve dava bu günden başlayarak bir yıllık süre içinde açılmış bulunduğundan zamanaşımı def'inin reddi gerekir. Mahkemece bu yön gözetilmeden davanın zamanaşımından reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.

3- Davalılardan E. Ö.'in diğer temyiz itirazlarına gelince; davacı, hizmet kusuru nedeniyle ödediği tüm tazminat miktarını davalılardan rücu istemiştir. Mahkemece kusurları oranında davalılardan tahsile karar verilmiştir.

Olayda davalı E. Ö. kusuru oranında sorumlu olsa da, idarenin de personeli yeterince eğitmemek ve kazanın olmaması için ciddi önlemler almamakla kusuru bulunmaktadır. Davacı idarenin bu hizmet kusuru gözetilerek hükmolunacak tazminat miktarından uygun bir indirim yapılması gerekir. Mahkemece bu yönün gözardı edilerek karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir...)

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

TEMYİZ EDEN: Davacı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, rücu tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkili tarafından işletilen Trabzon Mehmet Akif Ersoy kapalı yüzme havuzunda, 10.02.2001 tarihinde E. B.'nin boğularak ölmesi nedeniyle mirasçıları tarafından müvekkili aleyhine Trabzon İdare Mahkemesi'nin 2001/529 esas sayılı dosyası ile tam yargı davası açıldığını, anılan mahkemenin 23.10.2002 tarihli kararı ile olayın müvekkili idarenin hizmet kusurundan kaynaklandığı kabul edilerek, maddi ve manevi tazminat ödemeye mahkum ettiğini ve kararın Da-

nıştay incelemesinden geçerek kesinleştiğini; ayrıca davalılar hakkında Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nde açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonucunda davalıların kusurlu olduklarının hükme bağlanıp, kusur oranları yönüyle yerel mahkeme kararının kesinleştiğini belirterek, fazlaya ilişkin talep ve dava haklarının saklı kalması kaydıyla müvekkili idarenin E. B. miraslarına tazminat ödemesine sebebiyet veren davalıların kusurları oranında 32.525,46 TL tazminatın icra dosyasına yapılan ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı S. U. vekili cevabında, davanın zamanaşımına uğradığını, bu nedenle öncelikle esasa girilmeden davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Davalılar E. . ile B. . cevaplarında, meydana gelen ölüm olayında kusurlarının bulunmadığını ileri sürerek, davanın reddini dilemişlerdir.

Davalı E.K.'na dava dilekçesi usulüne uygun olarak tebliğ edilmesine rağmen, davaya cevap vermediği gibi duruşmalara da katılmamıştır.

Mahkemece, davalı B. . aleyhine açılan davanın sübuta ermediğinden, S. U. aleyhine açılan davanın ise, zamanaşımı nedeniyle reddine, diğer davalılar E. . ve E. K. hakkında açılan davanın kabulü ile, kusurları oranında olmak üzere 12.197,04 TL'nin davalı E. .'den, 8.136,36 TL'nin davalı E. K.'ndan 20.10.2004 ödeme tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiştir.

Karar davacı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü vekili ile davalı E. . vekilinin temyizleri üzerine, zel Daire'ce sair temyiz itirazlarının reddine karar verildikten sonra, ikinci bentte davacı idare yararına, nc bentte ise, davalı E. . yararına yukarıda yazılı gerekellerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece, bozma ilamının nc bendine davalı E. . yönünden uyulmasına, ancak ikinci bendi yönünden ise, davalı S. U. yararına "davacı kurumun ödeme tarihinden itibaren iki (2) yıl içinde dava açması gerekirken, ödeme tarihinden itibaren isteyebileği alacağı bu sürede talep etmediği, davalı S.'in zamanaşımı def'inin kabulü gerektiği" gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

Hükmü temyize, davacı idare vekili getirmiştir.

I. Davalı S. U. hakkındaki temyiz itirazlarının incelenmesinde:

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlık; zamanaşımı süresinin başlangıcına ilişkin olup, rücu zamanaşımı süresinin tazminatın ödendiği 19.10.2004 tarihinden mi yoksa tazminata ilişkin sorumluluğun ve zarar miktarının kesinleştiği 02.03.2007 tarihinden itibaren mi işlemeye başlayacağı; burada varılacak sonuca göre, davalı S. U. hakkında zamanaşımı nedeniyle verilen ret kararının yerinde olup olmadığı, noktalarında toplanmaktadır.

Dosya kapsamından, davaya konu olan olayın 10.02.2001 tarihinde meydana geldiği, yüzme havuzunda hayatını kaybeden kişinin mirasçıları tarafından idare mahkemesinde açılan tam yargı davasının 02.03.2007 tarihinde kesinleştiği, eldeki davanın ise, 14.11.2007 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır.

Rücu zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için, zararın tamamının ödenmesi yeterli olmayıp, rücu edilebilecek sorumlu kişilerin de bilinmesi gerekir.

Somut olayda, davacı idare, dava dışı ölen kişinin yakınlarına, tazminatın tamamını 19.10.2004 tarihinde ödemiş ise de, rücu edebileceği sorumlu kişiler, idare mahkemesi kararının kesinleştiği 22.01.2007 tarihinde öğrenmiştir.

Eldeki davanın 14.11.2007 tarihinde açıldığı gözetildiğinde, davanın yasal bir (1) yıllık süre içerisinde açıldığı anlaşıldığına göre, mahkemenin, davalı S.U. hakkındaki davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar vermesi usul ve yasaya aykırıdır.

Hal böyle olunca; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle rücu zamanaşımı süresinin başlangıcının "tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği" tarihten itibaren işlemeye başlayacağına ve aynı ilkenin 28.09.2012 gün ve E:2012/4-426, K:2012/639 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında da benimsenmiş olmasına 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.

II. Davalı E. Ö. hakkındaki temyiz itirazlarının incelenmesinde ise:

Yerel Mahkemece, bozma ilamının üç (3) numaralı bendinde yer alan "davacı idarenin hizmet kusuru gözetilerek hükümlenilecek tazminat miktarından uygun bir indirim yapılması" hususuna işaret eden bozma nedenine uyularak bozma doğrultusunda oluşturulan hüküm de açıkça direnme olmayıp, yeni hüküm niteliğinde olmakla temyiz inceleme mercii Hukuk Genel Kurulu değil, Özel Daire'dir.

Bu nedenle, yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daire'ye gönderilmelidir.

SONUÇ

- A. Yukarıda (I) nolu bentte davacı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü vekilinin davalı S. U. hakkındaki temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,
- B. Yukarıda (II) nolu bentte gösterilen nedenlerle davacı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü vekilinin davalı E. Ö. hakkındaki yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 4. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,

6217 Sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı HUMK'nun 440/III-(1).maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 31.05.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

DAVALI AVUKATIN, YETKİLİ MAHKEMEYE SÜRESİNDE BAŞVURMAMASI NEDENİYLE DAVALARIN AÇILMAMIŞ SAYILMASINA KARAR VERİLMESİNE NEDEN OLMASI TEK BAŞINA MANEVİ TAZMİNATIN TAKDİR EDİLMESİNİ GEREKTİRMEZ.

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

**Esas No : 2013/3-56
Karar No : 2013/1525**

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "maddi ve manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kadıköy 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 20.07.2011 gün ve 2009/1360 E- 2011/1342 K. sayılı kararın incelenmesi davalı asil tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 14.02.2012 gün ve 2011/19450 E-2012/3473 K. Sayılı ilamı ile;

(...Davacı dava dilekçesinde, çalıştığı işyerinden haksız olarak çıkarılması nedeniyle işe iade ve kıdem-ihbar tazminatı davaları açması için davalı avukata vekalet verdiğini, davalının davaları yetkisiz mahkemede açtığını, mahkemenin yetkisizlik kararı üzerine yetkili mahkemeye süresinde başvurmadığını, bu nedenle hak kaybına uğradığını belirterek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 100 TL maddi ve 5.000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı cevabında, davacının tüm tazminatlarını aldığını, zararı olmadığını beyan etmiştir.

Mahkemece, davanın kabulü ile 100 TL maddi ve 5.000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiş, hükmü davalı temyiz etmiştir.

Dosya kapsamına göre, davacının yönetici sıfatıyla çalıştığı dava dışı şirketten 18.08.2008 tarihinde işten çıkarılması nedeniyle gerekli davaların açılması için davalı avukata 28.08.2008 tarihinde vekaletname verildiği, davalının süresinde davaları açtığı, ancak davaların görüldüğü İstanbul 2. İş Mahkemesi ve 7. İş Mahkemesinin yetkisizlik kararlarına rağmen davalının HUMK'nın 193/3. maddesi gereğince yetkili mahkemeye başvurmadığından, davacının hak kaybına uğramasına neden olduğu ve davalının bu konuda İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanıp ceza aldığı anlaşılmaktadır.

Davada, vekalet akdine dayalı maddi ve manevi tazminatın davalı avukattan tahsili talep edilmektedir.

Vekil, müvekkiline karşı vekaleti iyi bir suretle ifa ile mükellef olup, yürürlükteki mevzuatı bilmek, müvekkilinin haklarını gözetmek, yüklendiği görevi özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek zorundadır. BK'nun 390. maddesi gereğince vekilin vekaleti icrada özen ve sadakat göstermek borcu bulunmaktadır.

Vekalet sözleşmesi ile avukat işini doğruluk kurallarına göre özenle yapıp, mesleğinin gerektirdiği biçimde yerine getirdiği takdirde ancak o zaman sorumluluktan kurtulur. Davalı avukatın HUMK'nın 193/3. maddesine göre süresinde yetkili mahkemeye başvurmaması nedeniyle davacının maddi zarara uğradığı açıktır.

Davacının uğradığı maddi zararın bilirkişi marifetiyle 1.200 TL olduğu belirlenip taleple bağlı kalınmak suretiyle hüküm altına alınmasında bir isabetsizlik yoktur.

Ancak, BK'nun 49. maddesi gereğince manevi tazminatın istenebilmesi için davacının kişilik haklarının hukuka aykırı olarak saldırıya uğramış olması gerekir. Davada, davalı tarafından davacının kişilik haklarının ihlal edildiği ispatlanamamıştır.

Bu durumda, mahkemece; manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...)

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

TEMYİZ EDEN: Davalı.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, vekalet akdine aykırılık nedeniyle maddi ve manevi tazminat davalı avukattan tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne dair verilen karar davalının temyizi üzerine, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece, önceki kararda direnilmiştir. Direnme hükmünü, davalı temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı avukatın (vekilin), davacı müvekkili adına açtığı iki ayrı davayı takip etmeyerek, sözkonusu davaların açılmamış sayılmalarına karar vermesinden ötürü, davacı yararına manevi tazminata hükmedilmesi gerekip gerekmediği, noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu'nun 09.04.1982 gün ve E:1981/4-56, K:1982/348 sayılı ilamında da belirtildiği üzere, kişilik hakları, kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan, herkese karşı ileri sürülebilen ve kaynağını Anayasa'dan alan; yani Anayasa'nın teminatı altında bulunan mutlak bir haktır.

Hemen belirtilmelidir ki, 2709 sayılı T.C.Anayasası ve yasalarında kişinin kişilik değerleri güvence altına alınmıştır.

Anayasa'nın "Temel Haklar ve Hürriyetlerin Niteliği" başlığını taşıyan 12. maddesinde, herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtilmekte olup, 17. maddesinde ise herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu da düzenleme altına alınmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 24. maddesinde;

"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelene kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar yada kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

Aynı Kanun'un 25. maddesinde de;

"Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir."denilmiştir.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun 49. maddesinde ise;

"Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ika-me veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle

yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir." hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, 4721 sayılı TMK'nun 24. maddesinde; hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırı karşısında, saldırılan kimseye hukuki koruma sağlanacağı, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu belirtilmiş; aynı Kanunun 25. maddesinde de, hukuka aykırı bir şekilde kişilik haklarına saldırı karşısında hangi hukuki çarelere başvurulabileceğine işaret edilmiş; mülga 818 sayılı BK'nun 49. maddesinde ise, şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişinin, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebileceği hükme bağlanmıştır.

Kanunda kişilik hakkının tanımı yapılmadığı gibi, nelerin kişilik haklarına dahil olduğunu da belirtmemiştir.

Kişilik hakları, hukuki bir işlemle ya da haksız bir fiil ile saldırıya uğrayabileceği gibi, sözleşmenin ihlali (borca aykırılık) dolayısıyla da ihlal edilebilir.

Nitekim, Türk ve karşılaştırmalı hukuk öğretisinde, sözleşmenin ihlalinin (borca aykırılığın), kişilik haklarına saldırı oluşturması halinde, manevi tazminatı gerektireceği kabul edilmiştir (S.Sulhi Tekinay:Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, Sahife:265 vd.;K. Emre Gökyayla:Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara 2007, Sahife:119; Hatemi/Gökyayla: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, Sahife:171 vd.; Arzu Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, XII.Levha Yayınları, İstanbul 2008, sh.99-100; Serozan, Rona:İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5.Bası, İstanbul 2009, Sahife:202; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop:Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7.Baskı, İstanbul 1993, Sahife:857 vd.; Saymen/Elbir:Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1958, Sahife:711; Oğuzman/Öz: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1, İstanbul 2012, Sahife:435;Aral, Fahrettin:Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, Sahife:194; von Tuhr, Andreas:Borçlar Hukukunun Umumi Kıs-

mı, Cilt:1-2, Çeviren:Avukat Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, Sahife:569; Becker, Herman:İsviçre Medeni Kanunu Bern Şerhi, VI. Cilt, Borçlar Kanunu, I.Kısım, Genel Hükümler, III.Fasikül (Madde:64-103), Dr. Saim Özkök Tercümesi, Ankara 1972, Sahife:529 vd.).

Bunun yanında, İsviçre Federal Mahkemesi de, sözleşmeye aykırı davranışların, kişilik haklarını ihlal edebileceğini kabul etmektedir (BGE 87 II 290=JdT 1962 I 290; BGE 87 II 249=JdT 1962 I 245. Aktaran S.Sulhi Tekinay:Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 267).

Manevi tazminat isteminde bulunmak için, bir manevi zararın doğması şarttır. Bunun için, kişilik haklarına saldırı sonucunda kişinin ruhsal çöküntüye uğraması, elem ve üzüntü duyması gibi durumlarla karşılaşması gerekir. Ayrıca, uğranılan manevi zararın usulünce ispatlanması da gerekir.

Sonuç itibariyle; yalnızca sözleşmenin ihlali, manevi tazminat için yeterli olmayıp, kişilik haklarının hukuka aykırı bir biçimde saldırıya uğraması sonucu manevi bir zarar doğmalı ve bu durum da usulünce ispatlanmalıdır.

Yukarıda yapılan hukuki saptama ve açıklamalar ışığında somut olayın değerlendirilmesinde; davacının, çalıştığı dava dışı şirketten işten çıkarılması nedeniyle gerekli davaların açılması için davalı avukata vekaletname verildiği, davalının, süresinde davaları açtığı, ancak davaların görüldüğü İstanbul 2. İş Mahkemesi ve 7. İş Mahkemesi'nin yetkisizlik kararlarına rağmen, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 193/3. maddesi gereğince yetkili mahkemeye süresinde başvurmaması nedeniyle davaların açılmamış sayılmasına karar verilerek, davacının hak kaybına uğramasına neden olduğu dosya kapsamından anlaşılmakta olup, davacının bu eylem nedeniyle kişilik haklarının manevi zarar gördüğü kanıtlanamamıştır. Bu bakımdan, bu eylemin yalnız başına manevi tazminatı gerektirmeyeceği kabul edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmede bir kısım üyelerce, "iş edinmenin, hayatı onurlu bir birey olarak yaşamak için gerekli olduğu, işe iade edilme hakkını yitiren davacının bu durumdan manevi zarar gördüğü, bu nedenle davacının manevi tazminat talebinin kabul edilme-

si gerektiği" ileri sürülmüş ise de; bu görüş, Kurul çoğunluğu tarafından yukarıda belirtilen gerekçelerle kabul edilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; mahkemece yukarıda yapılan açıklamalar göz ardı edilerek, yerinde bulunmayan gerekçeyle yazılı biçimde hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı G. D.'in temyiz itirazlarının kabulü ile; direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 1086 sayılı HUMK'nun 440/III-1. maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 06.11.2013 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

25 YILDIR AYRI YAŞAMAK TEK BAŞINA BOŞANMA SEBEBİ SAYILAMAZ.

T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu

Esas No : 2013/2-581

Karar No : 2013/1692

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki "boşanma" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 11. Aile Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 13.04.2011 gün ve 2009/611 E., 2011/514 K. sayılı kararın incelenmesi davalı/kadın vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 02.05.2012 gün ve 2011/14928 E., 2012/11616 K. sayılı ilamı ile;

(...Fiili ayrılık başlı başına boşanma nedeni değildir.

Türk Medeni Kanununun 166/1-2 maddesi uyarınca; boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığının sabit olması gerekir. Oysa dinlenen davacı tanıklarının sözlerinin bir kısmı Türk Medeni Kanununun 166/1 maddesinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar olup, bir kısmı ise, sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzak izahlardan ibarettir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin takdirinde hataya düşülerek yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır...)

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

TEMYİZ EDEN: Davalı/kadın vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, boşanma istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkili kocanın, davalı eşi ve çocukları ile birlikte gittiği Almanya'dan işlerini Türkiye'de devam ettirme kararı alarak, 1986 yılında kesin dönüş yaptığını, ancak davalının davacı ile birlikte Türkiye'ye dönmediğini, önce müvekkilinin düzen kurmasının gerektiğini, daha sonra geleceğini söylediğini, müvekkilinin defalarca eşini çağırmasına rağmen davalının Türkiye'ye gelmediğini, çocuklarının da konuşmalarında annelerinin dönmeyeceğini ve babalarının da Almanya'ya geri gelmemesini istediklerini, 23 yıldır tarafların bu nedenle ayrı yaşadıklarını, müvekkilinin 67 yaşında olduğunu ve bu zor yaşlılık döneminde eşinin yanında olmasını istemesinin doğal hakkı olduğunu, aile birliğinin temelinden sarsıldığını ve evli kalmanın hiçbir fayda sağlamayacağını anlaşıldığını ileri sürerek, tarafların boşanmalarına karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, tarafların 50 yılı aşkın bir süredir evli olduklarını, Almanya'da işçi olarak çalışan ve oraya yerleşerek dört çocuk sahibi olan tarafların ayrılmalarını gerektirecek hiçbir olay yaşanmadığı halde, müşterek çocukları B. F.'nin Almanya'da vefatından sonra davacının bir takım ruhsal sıkıntılar yaşayarak, ortada hiçbir sebep yok iken eşi ve dört çocuğunu Almanya'da bırakarak ani bir kararla Türkiye'ye döndüğünü, davacı kocanın iki ayrı Alman Bankasından kullandığı kredi borçlarını da ödemediği aceleyle Almanya'dan ayrıldığını ve bu borçları müvekkiline bıraktığını, müvekkilinin dört küçük çocuğuyla yalnız kaldığını, kredi borçlarını kapatma sıkıntısı yaşadığını, Almanya'daki ailesinin sürekli davacının Almanya'ya döneceği ümidiyle yaşamakta olduğunu, bu sebeplerle, dava dilekçesinde izah edilen aksine davalı müvekkilinin yaşanan bu süreçte herhangi bir kusurunun bulunmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacı kocanın 1986 yılında davalı eşini ve müşterek çocuklarını terk ederek aniden Türkiye'ye gelmesi şeklindeki kusurlu davranışı ve tarafların dava tarihi itibarıyla 25 yıla yakın bir zamandır

ayrı yaşıyor olmaları nedeniyle, evlilik birliğinin tarafların ortak hayatı sürdürmelerini olanaksız kılacak biçimde temelden sarsıldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı/kadın vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize davalı/kadın vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelden sarsıldığının dosya kapsamı ve tanık beyanları ile sabit olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 166. maddesi:

"Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir..." hükmünü içermektedir.

Anılan maddeye göre, boşanmayı talep edebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için, diğer tarafın az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa, bu halin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olmaz. Az kusurlu eşin davaya karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, evlilik birliğinin devamında bu eş ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır.

Somut olayda, tarafların dava tarihi itibarıyla 25 yılı aşkın bir süredir ayrı yaşadıkları ve Almanya'daki müşterek haneyi davacı kocanın terk ederek Türkiye'ye döndüğü hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Tanık anlatımları ve dosya kapsamı ile taraflar arasında vuku bulmuş ve boşanma sebebi olarak ileri sürülerek ispatlanmış olan herhangi bir başka vakıa da bulunmamaktadır. Eş söyleyişle; ortak hayatı sürdürmelerinin taraflardan beklenmeyecek derecede temelinden sarsılması sonucunu doğuracak ve davalı kadına yüklenilecek az dahi olsa bir kusur ispatlanmamıştır.

Bu itibarla, yukarıda açıklanan ilke göz önüne alındığında; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve **özellikle davalı kadına yönelik herhangi bir kusurun iddia ve ispat edilmemiş olmasına 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: Davalı/kadın vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıdaki ilave gerekçede gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanunun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 25.12.2013 gününde yapılan görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

**EŞİNE HASTALIK BULAŞTIRAN EŞE KARŞI TAZMİNAT
İSTEMLERİNDE GÖREVLİ MAHKEME AİLE
MAHKEMESİDİR.**

**T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu**

**Esas No : 2013/2-384
Karar No : 2013/1701**

YARGITAY İLAMİ

Taraflar arasındaki "maddi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bakırköy 1. Aile Mahkemesi'nce mahkemenin görevsizliğine dair verilen 17.03.2010 gün ve 2009/354 E.-2010/176 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 02.03.2011 gün ve 2010/13605 E.-2011/3652 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacının talep ettiği maddi tazminatın Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesinden kaynaklandığı, bu nedenle tefrik kararı verilmesinin yanlış olduğu; Bakırköy 1. Aile Mahkemesinin 2007/589 esas 2009/316 karar sayılı ilamının temyizi üzerine Dairemizce verilen 18.10.2010 tarih ve 2009/15612 esas sayılı bozma ilamından anlaşılmaktadır. Görevli mahkemenin, Aile Mahkemesi olduğu anılan bozma kararında da, belirtildiğine göre davanın esası ile ilgili karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir...)

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

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, maddi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı (kadın) vekili, müvekkili ile davalının yaklaşık 20 yılı aşkın süredir evli olduklarını, davalının evliliğin yüklediği sorumlukları yerine getirmediği gibi başka kadınlarla ilişkisinin bulunduğunu, bu nedenle kondilom hastalığına yakalandığını, bu hastalığı müvekkiline de bulaştırdığını, aids hastalığının bir çeşidi olan kondilom hastalığının tedavisinin ömür boyu sürdüğünü belirterek, hastalığın tedavisinde harcanılmak üzere 100.000.00 TL maddi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı (koca) vekili, istenilen tazminatın çok yüksek olduğunu, davacının tedavisinin tamamlandığını, tedavi masraflarının müvekkili tarafından karşıladığını, davalının aldığı maaştan başka bir geliri bulunmadığını belirterek, davanın reddini talep etmiştir.

Dava ilk olarak boşanma, nafaka, velayet, maddi ve manevi tazminat istemleri ile açılmış olup, Bakırköy 1. Aile Mahkemesi'nin 2007/589 E.-2009/316 K. sayılı dosyası ile yapılan yargılama sonunda maddi tazminata ilişkin dava tefrik edilerek ayrı esasa kaydedilmiştir. Eldeki dava tefrik edilen maddi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, gelecekteki tedavi masraflarına ilişkin açılmış olan davanın dayanağının Borçlar Kanunu hükümleri olduğu, bu nedenle davada Asliye Hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesi ile görevsizliğe dair verilen karar, davacı vekilinin temyizi üzerine, Özel Daire'ce yukarıda belirtilen nedenlerle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlık; eldeki tazminat davasında görevli mahkemenin aile mahkemesi mi yoksa asliye hukuk mahkemesi mi olduğu noktasında toplanmaktadır.

Bu noktada, aile mahkemelerinin görevi üzerinde durulmalıdır.

Bilindiği üzere, aile mahkemelerinin görevi ve görevine giren işlerdeki yargılama usulü, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'da düzenlenmiştir.

4787 sayılı Kanun'un 4.maddesinde; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere, TMK.nun 118 ila 395. maddelerinden kaynaklanan bütün davalara, aile mahkemesinde bakılacağı hükme bağlamıştır.

Aile mahkemesi kurulmayan yerlerde, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemelerinde davanın aile mahkemesi sıfatı ile görülüp karara bağlanması gerekir (Yargıtay HGK.nun 16.11.2005 tarih ve 2005/2-673 E 2005/617 K.sayılı kararı).

Bu aşamada uyumsuzluğun çözümü için, boşanma nedeniyle hükmedilecek maddi tazminat hakkında kısa bir açıklama yapılmasında yarar vardır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 174/1. maddesi; "Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini..." hükme bağlamıştır. Bu hüküm gereğince, maddi tazminata hükmedilebilmesi için temel koşul, tazminat isteyen tarafın boşanmada kusursuz veya daha az kusurlu olması ve boşanma yüzünden mevcut veya beklenen menfaatlerinin zedelenmiş bulunmasıdır.

Hukuka aykırı ve kusurlu bir davranış sonucu hakkı ihlal edilenin zararının giderilmesi, menfaatinin denkleştirilmesi hukukun temel ilkesidir. Ancak, Türk Medeni Kanunu'nun 174/1. maddesi, genel tazminat esaslarından ayrılmış ve kendisine özgü kural getirmiştir.

Haksız fiil tazminatının temel unsuru olan "gerçek zararın belirlenmesi" koşulu, Aile Hukukunda, Borçlar Hukuku'ndaki düzenlemeden farklıdır. Eşler arasındaki ilişkinin özelliği itibarıyla burada gerçek zararını tam olarak belirlemek zordur.

Bu özelliği nedeniyle ki, yasa, menfaati zedelenene, uygun bir tazminat verileceğini açıklamıştır. Hakim, tazminat miktarını takdir ederken, kusurun ağırlığını, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını,

evlenme şanslarını, ortalama yaşam sürelerini, yaşam seviyelerini ve geçim koşullarını göz önünde tutarak, makul ve herkesçe kabul edilebilir bir miktar belirlemelidir.

Kanun, mevcut veya beklenen menfaatin neler olduğunu göstermemiştir. Mevcut menfaatin belirlenmesinde ölçü, genel olarak evlilik birliğinin eşlere sağladığı yararlarıdır. Mevcut menfaate örnek olarak, karı veya kocanın karşılıklı nafaka ve bakım haklarının ortadan kalkması, yasal mal rejiminden doğan hakların kaybedilmesi, kusursuz ya da daha az kusurlu olan tarafın boşanma sonucunda diğerine ait malları ve sermayeyi geri vermesi, ticarethaneyi tasfiyeye mecbur olması gösterilebilir. Buna karşılık, evlenme sırasında yapılan masraflar ile evlenme münasebetiyle verilen hediyeler, maddi tazminat olarak istenemez (Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku, II. Cilt, Aile Hukuku, 14. Baskı, Ocak 2012, İstanbul, s.297).

TMK.'nun 174/1. maddesinde düzenlenen beklenen menfaatler ise, evliğin devamı halinde eşlerden birinin diğerine gelecekte sağlaması muhtemel olan çıkarlardır. Bunlara örnek olarak nafaka, eşler arasındaki ölüme bağlı tasarruflardan veya sigortadan doğacak bir alacak, sosyal güvenlik kurum veya sandıklarından eş dolayısıyla bağlanacak aylık ile karının kocasının işyerinde çalışmasından elde ettiği gelir gibi menfaatler gösterilebilir (Akıntürk/Karaman, a.g.e., s.297).

Aile birliği, eşler arasında eşitliğe dayanır (Anayasa m.41). Başka bir ifade ile eşler, evlilik birliğinde eşit hak ve yükümlülükler sahiptir. Eşler, birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar (TMK.m.185/3). Birliği beraberce yönetirler (TMK.m.186/2). Evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıklarıyla katılırlar.

Boşanma halinde eşlerden birinin, diğerine, emek veya malvarlığıyla sağladığı katkı ve desteği yitirmesi, yoksun kalınan bu desteğin maddi değeri kadar mevcut menfaatin ihlalidir (TMK.m.186/3). Türk Medeni Kanunu'nun 174/1. maddesinde maddi tazminat talebi için kadın ve erkek yönünden bir ayırım yapılmamıştır (Hukuk Genel Kurulu'nun 24.10.2007 gün ve E:2007/2-787, K:2007/766 sayılı kararı). Boşanma sonucu eş en azından diğerinin maddi desteğini yitirecektir.

Somut olayda; davacı (kadın), davalı (koca)'nın sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığını ve başka kadınlarla ilişkisinin bulunduğunu, bu nedenle kondilom hastalığına yakalandığını, bu hastalığı kendisine de bulaştırdığını belirterek, bu hastalığın tedavisinde harcanılmak üzere 100.000.00 TL maddi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmektedir. Az yukarda belirtildiği üzere tedavi giderleri evlilik birliğinin eşlere sağladığı mevcut yararlar arasında olup eldeki dava, TMK. 174/1 maddesi kapsamında açılmış tazminat davası niteliğindedir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemece 4787 sayılı Kanun'un 4.maddesi gereğince TMK.'nun 174/1. maddesi kapsamında açılan tazminat davalarında aile mahkemelerinin görevli olduğu gözetilerek işin esasına girilmesi yerine görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının bozma ilamında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440. maddesi uyarınca, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 25.12.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.

YARGITAY

1. Hukuk Dairesi

Esas No : 2012/14492

Karar No : 2013/3121

Özet: O halde, HMK'nın 115. maddesi uyarınca, dava şartlarından olan görev konusunda yargılamanın her aşamasında karar verilebilecek ise de, HMK'nın 27. ve 122. maddeleri uyarınca taraflara dava dilekçesi ve duruşma gününü içerir tebligat çıkartılmadan, bir başka deyişle taraflar davadan haberdar edilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

YARGITAY İLAMI

Dava, bağımsız bölüme elatmanın önlenmesi isteğine ilişkindir.

Mahkemece, 6100 sayılı HMK'nın 2. maddesi gözetilerek görevsizlik kararı verilmiştir.

Ne var ki; dava 28.12.2011 tarihli dilekçe ile açılmış, mahkemece taraflara tebligat yapılmaksızın evrak üzerinden karar verilmiştir. HMK'nın 122. maddesi "Dava dilekçesi, mahkeme tarafından davalıya tebliğ edilir. Davalının iki hafta içinde davaya cevap verebileceği tebliğ zarfında gösterilir" hükmünü içermektedir.

Öte yandan, HMK'nın 27. maddesi de; "davanın tarafları, müdahilleri ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Bu hak yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini" ifade etmektedir. HMK'nın 138. maddesi ise; "mahkeme öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir; gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebilir." hükmünü getirmiştir. Bu durumda, mahkemenin HMK'nın 122. maddesi uyarınca taraflara tebligat yapması, bu aşamadan sonra HMK'nın 115. maddesi uyarınca dava şartlarının incelenmesi yasal bir zorunluluktur.

O halde, HMK'nın 115. maddesi uyarınca, dava şartlarından olan görev konusunda yargılamanın her aşamasında karar verilebilecek ise de, HMK'nın 27. ve 122. maddeleri uyarınca taraflara dava dilekçesi ve duruşma gününü içerir tebligat çıkartılmadan, bir başka deyişle taraflar davadan haberdar edilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

Davalının, temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü (6100 sayılı Yasanın geçici 3. maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK.'nın 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre işin esası hakkında inceleme yapılmasına yer olmadığına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 04.3.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

T.C.

YARGITAY

2. Hukuk Dairesi

Esas No : 2011/2627

Karar No : 2012/866

Özet: Davacı koca tarafından, reddedilerek kesinleşen boşanma davasından sonra ikinci bir boşanma davasının açılmış olması ilk davanın kesinleşmesinden itibaren işleyen süreyi kesmeyeceği gibi, ilk davanın fiili ayrılık nedenine dayalı olarak açılan boşanma davasına (TMK. md. 166/son) esas alınmasını da engellemez.

YARGITAY İLAMI

1. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davacının nafakanın kaldırılması ve azaltılması davasının reddine yönelik temyiz itirazları yersizdir.
2. Davacının boşanma davasının reddine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

Davacı koca tarafından açılan ve ret ile sonuçlanan ilk boşanma davasının (Konya 1. Aile Mahkemesinin 2003/394 esas, 2003/2161 karar sayılı dosyası) 30.01.2004 tarihinde kesinleştiği, davacının bu davaya dayanarak 16.03.2009 tarihinde Türk Medeni Kanununun 166/son maddesi gereğince eldeki davayı açtığı, ilk boşanma davasının kesinleşme tarihi ile bu davanın açılma tarihi arasında yasanın aradığı üç yıllık sürenin dolduğu anlaşılmaktadır.

Davacı koca tarafından, reddedilerek kesinleşen boşanma davasından sonra ikinci bir boşanma davasının açılmış olması (Konya 3. Aile Mahkemesinin 2007/1008 Esas, 2008/795 Karar sayılı dosyası) ilk davanın kesinleşmesinden itibaren işleyen süreyi kesmeyeceği gibi, ilk davanın fiili ayrılık nedenine dayalı olarak açılan boşanma davasına (TMK. md. 166/son) esas alınmasını da engellemez. Türk Medeni Kanununun 166/son maddesindeki boşanma koşulları gerçekleşmiştir. Açıklanan nedenlerle davanın kabulü gerekirken, yazılı şekilde ret kararı verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün, yukarıda 2. bentte açıklanan sebeplerle **BOZULMASINA**, bozma kapsamı dışında kalan temyizle konu diğer bölümlerinin ise yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple **ONANMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 23.01.2012 (Pzt.)

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

T.C.
YARGITAY
3. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/12156
Karar No : 2013/14691

Özet: Yoksulluk nafakası alacaklısı eşin SGK lı olarak çalışması, somut olaya göre nafakanın kaldırılması için yeterli olmayıp ancak nafakanın uygun bir miktarda indirilmesine sebep olabilir.

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasında görülen yoksulluk nafakasının kaldırılması davasının yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

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

Davacı vekili dava dilekçesi ile, tarafların boşandıklarını, boşanma ilamı ile davalıya aylık 150 TL nafaka bağlandığını, ancak davalının SGK'lı olarak çalıştığını, davalının sigortalı olarak çalışması ve TMK 175. maddesi gereği yoksulluk nafakası koşullarının ortadan kalktığını belirterek müvekkili tarafından ödenen nafakanın kaldırılmasını talep etmiştir.

Davalı cevabında; kiracı olarak oturduğunu, çocuğu ile ilgilendiğini, nafaka miktarının yetersiz olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davanın kabulü ile, tarafların ekonomik durumunun aynı seviyede olduğu gerekçesiyle, davalı lehine bağlanan yoksulluk nafakasının kaldırılmasına karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, yoksulluk nafakasının kaldırılması talebine ilişkindir.

TMK'nun 176/3. maddesi uyarınca; irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi

ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkar; alacaklı tarafın evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi halinde mahkeme kararıyla kaldırılır.

Davacı; yukarıdaki yasa hükmü gereğince; davalının yoksulluğunun zail olduğu iddiasıyla nafakanın kaldırılmasını istemektedir. Bu durumda, öncelikle yoksulluk kavramı üzerinde durmak gerekir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.10.1998 tarih ve 1998/2-656-688 sayılı kararında da kabul edildiği gibi yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür (eğitim) gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek gerekir.

Hemen belirtmek gerekir ki; Hukuk Genel Kurulu'nun yerleşik kararlarında "asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması" yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu kabul edilmediği gibi asgari ücretin üzerinde gelire sahip olunması da yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu olarak kabul edilmemiştir. (HGK.07.10.1998 gün, 1998/2-656 E, 1998/688 K. 26.12.2001 gün 2001/2-1158-1185 sayılı ve 01.05.2002 gün 2002/2-397-339 sayılı kararları). Bu durumda ancak nafakanın miktarını tayinde etken olarak dikkate alınmalıdır.

Somut olayda tarafların 12.03.2012 tarihinde boşandıkları, davacının perdecide asgari ücretle çalıştığı, evli olduğu, eşinin çalışmadığı, davalının boşandıktan sonra öğrenci yurdunda çalıştığı, asgari ücret düzeyinde gelir elde ettiği ve 3 yaşındaki çocuğu ile birlikte yaşadığı dosya kapsamında anlaşılmaktadır.

Nafaka alacaklısı kadının, aldığı asgari ücretin yukarıda belirtilen zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılaması beklenemez. Başka bir anlatımla, davalının eline geçen toplam gelir miktarı, onu yoksulluktan kurtaracak mahiyette değildir.

Bu nedenle davalının geliri yoksulluğu ortadan kaldırmayıp, bu durumun sadece nafaka miktarının tayininde nazara alınacağı hususu gözetilmeksizin davanın tümünden kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.

O halde, mahkemece yapılacak iş; tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözetilip, nafaka takdir edilirken taraflar arasında mevcut olan denge durumu da dikkate alınarak, TMK'nın 4. maddesinde vurgulan hakkaniyet ilkesi gereğince, nafakanın uygun bir miktarda indirilmesine karar vermek olmalıdır.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA** ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 23.10.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

T.C.
YARGITAY
6. Hukuk Dairesi

Özet: Davanın ve uyuşmazlığın esasını halleder şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemez.

Esas No : 2013/10632

Karar No : 2013/12038

YARGITAY İLAMI

DAVA TÜRÜ: Kira uyarlaması (ihtiyati tedbir konulması kararına itiraz)

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı kira uyarlaması (ihtiyati tedbir konulması kararına itiraz) davasına dair karar, davalı Hazine tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüştülüp düşünüldü.

Davacı vekili mülkiyeti Maliye Hazinesine ait olan hastanenin zemin katındaki bir bölümün restaurant ve kafeterya olarak kullanılmak üzere 13/05/2010 tarihli kira sözleşmesi ile yıllık 1.125.000 TL bedelle kiralandığını, davalıların kiralananın kiralama amacına uygun olarak kullanılmasını engellediğini, bu nedenle müvekkilinin zarara uğradığını belirterek yıllık 1.125.000 TL olan kira bedelinin 13/5/2010 tarihinden itibaren 450.000 TL'ye indirilmek suretiyle tespit edilmesini ve kira bedellerinin ödenmemesi yönünden ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep etmiştir. Mahkemece istemin kabulü ile kira bedellerinin taksitlerinin 1/2 oranında ödenmesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmiştir. Mahkemece davalı Hazine vekilinin tedbirin kaldırılmasına yönelik itirazının reddine karar verilmiştir.

İhtiyati tedbir; 6100 sayılı HMK'nın 389/1 maddesinde "mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkansız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir" şeklinde düzenlenmiş olup,

davanın devamı sırasında ve verilecek hükmün kesinleşmesine kadar olan süreç içerisinde dava konusu şey üzerine yeni bir takım ihtilafların çıkmasını da önleyici niteliği itibariyle geçici bir hukuki korumadır. **Mahkemece, davanın ve uyuşmazlığın esasını halleder şekilde ihtiyati tedbir kararı verilmesi HMK'nu 394/5'ne aykırı olduğundan**, mahkemece davalı vekilinin itirazının kabul edilerek ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, itirazın reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK.ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3. madde hükmü gözetilerek HUMK.nın 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 09.09.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

T.C.
YARGITAY
8. Hukuk Dairesi

Esas No : 2012/4064
Karar No : 2012/12961

Özet: Eşler arasında paylı mülkiyet ilişkisinde ileride açılacak olan ortaklığın giderilmesi davası sebebiyle mal rejimi tasfiyesi isteğinde görevli mahkeme aile mahkemesidir.

YARGITAY İLAMI

C.D. ile İ.Y. aralarındaki katkı payı alacağı davasının kabulüne dair Balıkesir 2. Asliye Hukuk Mahkemesinden verilen 04.05.2011 gün ve 393/172 sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili ile davalı taraflarından süresinde istenilmiş olmakla dosya incelendi gereği düşüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalı ile vekil edeninin 1/2'ser paylı olarak adlarına kayıtlı bulunan 5062 ada 6 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan binanın 2. katının vekil edeninin katkıları ile yapıldığını açıklayarak bu bölümün değerinin belirlenerek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, dava konusu taşınmazın yapımı sırasında vekil edeninin daha fazla katkısı bulunduğunu, kendisine ait arazilerini ve miras yoluyla kalan köyde bulunan evdeki hissesini satmak suretiyle elde edilen paralarla anılan dairenin yapıldığını, bu bölümde davacının hak ve payı bulunmadığını açıklayarak davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kabulüne, 16.076,07 TL alacağın dava tarihinden itibaren davalıdan tahsiline karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı vekili ile davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya arasında yer alan tapu kaydına göre 5062 ada 6 parsel sayılı taşınmaz imar yoluyla 17.10.1995 tarihinde 170,77 m² yüzölçümlü kar-gir iki katlı ev niteliğinde 1/2'ser paylı olarak davacı ile davalı adlarına tescil edilmiştir.

Davacı, evlilik birliği içerisinde adlarına paylı olarak kayıtlı bulunan taşınmaza inşa ettikleri binanın 2. katının yapımı sırasında katkısı olduğunu, ancak davalı ile boşandıklarını, **ileride ortaklığın giderilmesi isteğinde bulunacağını**, ancak davalının sebepsiz zenginleşeceğini, bu nedenle alacak isteğinde bulunduğunu bildirmiştir. HUMK.nun 74 ve 76. maddeleri (6100 sayılı HMK.nun 26, 33 m.) uyarınca olayları bildirmek taraflara, hukuki nitelendirme hakime aittir. **Somut olayda; iddianın ileri sürülüş biçimi davalının savunması ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, davanın, mal rejiminin tasfiyesi isteğine ilişkin bulunduğu anlaşılmaktadır.**

TMK.nun 179. maddesi hükmüne göre, mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı olduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır. Aynı Kanunun 225/2. maddesine göre de; evliliğin boşanma ile sona ermesinde, mal rejimi; boşanma davasının açıldığı tarihte sona erer. 19.09.1975 tarihinde evlenen eşler arasındaki mal rejimi, 4721 sayılı TMK.nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra açılan boşanma davasıyla 09.02.2004 tarihinde sona ermiştir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 4. maddesi; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere aile hukukundan (TMK.nun m. 118-395) kaynaklanan bütün davaların Aile Mahkemesinde bakılacağını hükme bağlamıştır.

Az yukarıda belirtilen kanun maddeleri uyarınca, mal rejiminin sona erdiği tarihte 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlükte olduğundan görülmekte olan davada Aile Mahkemesi görevlidir. Görev kamu düzeniyle ilgili olduğundan mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gerekir. **Açıklanan nedenle davaya Aile Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken**, bu husus düşünülmeden Asliye Hukuk Mahkemesi olarak yargılamaya devam edilip, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekili ile davalının yerinde görülen temyiz itirazlarının kabulüyle usul ve kanuna aykırı bulunan yerel mahkeme hükmünün 6100 sayılı HMK.nun Geciği 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK.nun 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, 24.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

T.C.
YARGITAY
17. Hukuk Dairesi

Esas No : 2011/9734
Karar No : 2012/5908

Özet: Davalı Ergo Sigorta A.Ş. aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olup sigorta genel şartlarının B.2 maddesi 5. fıkrası uyarınca, hükmolunan tazminat sigorta bedelini geçerse, sigortacı yargılama giderleri ile avukatlık ücretini sigorta bedelinin tazminata oranı dahilinde ödemekle yükümlüdür. Davalı sigorta şirketi sadece maddi tazminattan sorumlu tutulmuş olmasına rağmen, hükmedilen maddi ve manevi tazminatlar için belirlenen yargılama gideri ve harç miktarlarının tamamından diğer davalılar ile birlikte sorumluluğuna karar verilmesi doğru değil bozma nedeni ise de; bu yanlışlığın giderilmesi yargılamanın tekrarını gerektirir nitelikte görülmediğinden hükmün 6100 sayılı HMK'nun geçici 3/2 maddesi delaletiyle 1086 sayılı HMK'nun 438/7 (HMK 370/2) maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda verilen hükmün duruşmalı olarak temyizden tetkiki davalı Axa Oyak Sigorta A.Ş. dışındaki davalılar ve davacı tarafından temyiz edilmiş, davalı Ergo İsviçre Sigorta A.Ş. vekilince duruşma talep edilmiş olmakla duruşma için tayin edilen 8.5.2012 Salı günü davacı A. E. vekili Av. S. Ç. ile davalı Ergo İsviçre A.Ş. vekili Av. C. K. geldi. Diğer davalılar tarafından gelen olmadı. Temyiz dilekçelerinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan davacı ve davalı Ergo İsviçre Sigorta A.Ş. vekilleri dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği düşünüldü.

Davacı vekili, davalı tarafa ait araç sürücüsünün kusurlu hareketi ile meydana gelen kazada davacının yaralandığını açıklayıp, fazlaya dair haklarını saklı tutarak 136.405,68 TL iş görmezlik ve 5.000 TL manevi tazminatı kaza tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müşterek ve müteselsilen (davalı sigorta şirketleri sadece maddi tazminattan sorumlu olarak) tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar vekilleri, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre; davanın kısmen kabulü ile, 75.944 TL maddi ve 3.000 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen (davalı sigorta şirketleri limit dahilinde ve sadece maddi tazminattan sorumlu olarak) tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacı vekili, davalı Ergo Sigorta A.Ş. vekili, davalı B. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1. Mahkemece toplanıp değerlendirilen delillere, özellikle oluşa ve dosya içeriğine uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi raporunda belirtilen kusur oranının ve tazminata ilişkin hesaplamasının hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına ve manevi tazminatın takdirinde B.K.'nin 47. maddesindeki özel haller dikkate alınarak hak ve nesafet kuralları çerçevesinde hüküm kurulmuş olmasına, yargılama sırasında ileri sürülmeyen hususların daha sonra ileri sürülemeyeceğine göre, davacı vekili ile davalı B. vekilinin tüm, davalı Ergo Sigorta A.Ş. vekilinin ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.
2. Dava, trafik kazasından kaynaklanan iş göremezlik ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

SONUÇ

Yukarıda 1 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekili ile davalı Bilal vekilinin tüm, davalı Ergo Sigorta A.Ş. vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, 2 numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı Ergo Sigorta A.Ş. vekilini temyiz itirazlarının kabulü ile hüküm fıkrasının 5. ve 7. bentlerinin sonuna gelmek üzere, "(davalı Ergo Sigorta A.Ş.'nin sigorta bedelinin, hükmedilen toplam maddi tazminata oranı

dahilinde sorumlu tutulmasına)" ibaresinin eklenmesine, hükmün bu şekilde DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 900.00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak duruşmada vekille temsil olunan davalı Ergo İsviçre Sigorta A.Ş'ye verilmesine, aşağıda dökümü yazılı 2,75 TL kalan onama harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, aşağıda dökümü yazılı 5.516,27 TL kalan onama harcının temyiz eden davalı B.'den alınmasına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı Ergo İsviçre Sigorta A.Ş'ye geri verilmesine 08.05.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. H. Hulki ÖZEL

T.C.
YARGITAY
17. Hukuk Dairesi

Esas No : 2012/4777
Karar No : 2013/2421

Özet: Borçlunun murisinden kendisine kalacak mirası reddetmesi durumunda alacaklı tarafından tasarruf iptali davası açılması durumunda mahkemece yapılacak iş.

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine dair verilen hükmün süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalılardan B.G.'nin müvekkiline olan borcu nedeniyle hakkında yaptıkları icra takibi sırasında borcunu karşılayacak haczi kabil malının bulunmadığını, ancak alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla murisinden kendisine kalan mirası reddettiğini öne sürerek yapılan tasarrufun iptalini talep etmiştir.

Davalılar davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davanın borçlu B.G.'nin borcunu karşılayacak mal varlığının bulunmaması ve borçlu B.G.'nin babasından kendisine intikal eden mirası reddetmesi ve bu durumda davacının alacağına kavuşmamasından kaynaklı tasarrufun iptali davası olduğu, bu davayı açabilmenin ön şartının davacının, borçlunun mirası ret işlemini iptal ettirmesi olduğu, bu doğrultuda davacının Küçükçekmece 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2009/61 Esas sayılı dosyasında dava açtığı, bu dosyada davacının talebinin reddedildiği ve verilen kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği, davacının borçlunun yapmış olduğu mirasın reddi işlemini iptal ettirmeden reddedilen miras üzerinde tasarrufun iptali

davası açması mümkün olmadığından davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, İİK'nin 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

Davacı taraf, davalılardan B.G.'nin babası A.'in ölümü ile mirasını reddettiğini ve alacaklıdan mal kaçırmaya yönelik olan bu işlem sonucu kendisine intikali gereken mal varlığının kardeşi olan diğer davalıya kaldığını öne sürerek, yapılan işlemin İİK'nin 277 ve devamı maddeleri, kapsamında değerlendirilmesi gereken bir tasarruf olduğunu öne sürmüştür. İİK'nin 277 ve devamı maddeleri borçlunun alacaklısına zarar vermek amacıyla yaptığı tüm tasarrufların iptale tabi olduğunu düzenlemiştir. Dava bu amaca yönelik olarak açılmıştır. Mirasın reddi, reddeden mirasçı yönünden yasal bir haktır. Ancak herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz (Medeni Kanun md. 2). Borçlu B.G., babası A.'in ölümü ile kendisine intikal edecek taşınmazdaki miras payının intikalini önlemek için mirası reddetmiştir. Mirasın reddi şeklinde gerçekleşen tasarruf tarihinden itibaren 5 yıl içinde dava açılmıştır. Bu durumda mahkemece, davanın İİK'nin 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkin olduğu kabul edilmeli, alacaklı tarafından ileri sürülen iptal isteminin, mirasın reddi ile ilgili mahkeme ilamı olmayıp, mirasın reddi suretiyle borçluya geçecek malvarlığının karşılıksız olarak diğer kardeşin malvarlığına aktarması sonucunda oluşan değer şartları varsa alacaklının alacağı kadar bölümün iptal edilmesi olduğu düşünülmeli, kardeşler arasında gerçekleştirilen bu tasarrufta davalı borçlunun yasal yönden yararı bulunup bulunmadığının üzerinde durulması, bu cümleden murisin terekesinin borca batık olup olmadığının belirlenmesi, diğer bir anlatımla murisin ölüm tarihi itibarıyla malvarlığını oluşturan taşınır ve taşınmaz malları, alacakları, varsa nakit mevcudu, borçları ilgili yerlerden araştırılarak belirlenmesi ve davalının mirası reddetmekte haklı bir nedeninin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi, araştırmaların sonucuna göre davalı borçlunun alacaklılarına zarar verme kastının bulunup bulunmadığının irdelenmesi, diğer davalının keza reddeden mirasçının kötü niyetini bilebilecek durumda olduğunun değerlendirilmesi, tarafların delillerinin toplanması ondan sonra

toplanan ve toplanacak tüm delillerin birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere davanın reddine karar verilmiş olması doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Yukarda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 28.2.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

T.C.
YARGITAY
21. Hukuk Dairesi

Esas No : 2012/18733
Karar No : 2013/14739

Özet: Davacının % 100 oranında ve bakıma muhtaç şekilde iş göremezliğe uğradığı uyuşmazlık konusu olmayıp mahkemece asgari ücretin brütü üzerinden bakıcı gideri hesaplaması da doğrudur. Ne var ki davacının tüm yaşam süresi içinde bakıcı ücreti ödeyeceği varsayımına dayalı olarak asgari ücretin brütü esas alınarak hesap yapılmış olması karşısında davacının halen ve bakiye ömrü içerisinde de sürekli bakıcı çalıştırmayıp aile içi bakım dayanışmasından yararlanacağı açık olmakla, hesaplanan bakıcı giderinden uygun bir oranda indirim yapılması gerekirken, hesaplanan bakıcı gideri tazminatının tamamının hüküm altına alınması da isabetsiz olmuştur.

YARGITAY İLAMI

Davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle 253.737.27 TL. maddi ve manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine ilişkin hükmün süresi içinde temyizden incelenmesi davacı ile davalılardan Z. Mad. Ltd.Şti. Vekillerince istenilmesi ve davalılardan Z. Mad. Ltd. Şti. vekilince de duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 09/07/2013 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalılardan Z. Mad. Ltd. Şti. Vekili Avukat H.Y. ile karşı taraf vekili Avukat M.P. geldiler. Diğer davalı adına kimse gelmedi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan Avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek aynı gün Tetkik Hakimi B.M.Ş. tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okundu, işin gereği konuşulup düşünüldü, ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenlere göre davacının tüm davalı Z. Madencilik Ltd Şti vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,
2. Dava 08/10/2007 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu yardıma muhtaç % 100,00 oranında sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece davacının maddi tazminat isteminin kabulüne, manevi tazminat isteminin ise kısmen kabulüne karar verilmiş ve bu karar süresinde davacı ve davalılardan Z. Madencilik Ltd Şti vekillerince temyiz edilmiştir.

Davacının % 100 oranında ve bakıma muhtaç şekilde iş göremezliğe uğradığı uyumsuzluk konusu olmayıp mahkemece asgari ücretin brütü üzerinden bakıcı gideri hesaplaması da doğrudur. Ne var ki davacının tüm yaşam süresi içinde bakıcı ücreti ödeyeceği varsayımına dayalı olarak asgari ücretin brütü esas alınarak hesap yapılmış olması karşısında davacının halen ve bakiye ömrü içerisinde de sürekli bakıcı çalıştırmayıp aile içi bakım dayanışmasından yararlanacağı açık olmakla, hesaplanan bakıcı giderinden uygun bir oranda indirim yapılması gerekirken, hesaplanan bakıcı gideri tazminatının tamamının hüküm altına alınması da isabetsiz olmuştur.

Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuksal olgular dikkate alınmadan, yazılı şekilde hüküm kurması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı Z. Madencilik Ltd Şti vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul olunmalı ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ: Hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, davalılardan Z. Ltd. Şti. yararına takdir edilen 990.00. TL. duruşma Avukatlık parasının karış tarafa yükletilmesine, temyiz harcının istek halinde davalılardan Z. Mad. Ltd. Şti. iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlerden davacıya yükletilmesine, 09.07.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

T.C.
YARGITAY
22. Hukuk Dairesi

Esas No : 2013/33077
Karar No : 2013/23263

Özet: Basit yargılama usulünde yargılamanın sona ermesi üzerine verilen karar, gerekçesi ile birlikte tefhim edilmemişse temyiz süresi tefhim ile değil gerekçeli kararın tebliği ile başlar.

YARGITAY İLAMI

Davacı vekili, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek kıdem, ihbar tazminatı ve bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı vekili, yetki itirazında bulunmuş ve davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, İskenderun İş Mahkemesi tarafından verilen yetkisizlik kararının taraf vekillerine tefhiminden itibaren hesaplanan kesinleşme tarihinden sonra iki haftalık süre içerisinde göndermeye dair dilekçenin verilmediği gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

Hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 321/2. maddesine göre basit yargılama usulüne tabi davalarda kararın tefhimi, hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklanması ile gerçekleşir. Somut olayda yargılamanın sona ermesi üzerine verilen kararın gerekçesi ile birlikte tefhim edilmediği anlaşıldığından, temyiz süresinin tefhim-

den değil gerekçeli kararın tebliğ tarihinden başlatılması ve kesinleşme tarihinde buna göre belirlenmesi gerekir. Davacıya gerekçeli karar 17.07.2012 tarihinde tebliğ edilmiş davacı 20.07.2012 tarihinde ve süresi içinde dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmiştir. Bu durumda yetkili mahkemeye başvuru yapıldığında işin esasına girilerek inceleme yapılması gerekirken davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan hükmün yukarıda açıklanan sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04.11.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

T.C.
YARGITAY
23. Hukuk Dairesi

Esas No : 2012/3277
Karar No : 2012/5154

Özet: Somut olayda, takip ve dava konusu istemin dayanağı olan, sözleşmede yer olan anılan hüküm, taraflarca "tazminat" olarak nitelendirilerek kaleme alındığından davacının uğradığı gecikme zararına karşılık kararlaştırılan "gecikme tazminatı" olup, BK'nun 158/2. maddesinde hüküm altına alınan ve gecikme zararı oluşmasa da istenebilecek olan "ifaya ekli cezai şart" nieteliğinde olmadığından, bağımsız bölümler teslim alınırken, ihtirazı kayıt ileri sürülmesine gerek yoktur.

YARGITAY İLAMI

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacılar vekili, 17.11.2010 tarihinde davalı yüklenici tarafından teslim edilmesi gereken iki dairenin, 18.09.2008 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince 89 günlük geç tesliminden doğan günlük 10 Euro tazminatın tahsili istemiyle müvekkillerinin murisi İbrahim Sağlam tarafından girilen takibin, haksız itirazlar nedeniyle durduğunu ileri sürerek, itirazın iptaline, takibin devamına ve icra inkar tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, arsa sahibinin kiracısının, taşınmazı tahliye etmemesi sebebiyle inşaata süresinde başlanmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; davacıların murisinin teslim sırasında çekinceli olarak

ifayı kabul ettiğinin ispatlanamadığı, BK'nun 158/2 maddesi gereğince cezai şart talep edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir.

Dava, geç teslimden kaynaklanan gecikme tazminatının tahsili amacıyla girişilen takibe itirazın iptali istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 6. maddesinde inşaat tesliminin gecikmesi durumunda müteahhitin her daire karşılığı günlük 10 Euro tazminat ödeyeceği düzenlenmiştir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimini süresinde yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin gecikmeden doğan tazminatı talep hakkı kanundan doğan bir haktır. (BK'nun m. 106/II) Gecikme tazminatına, işin sözleşmesine göre teslimi gereken tarihten, bağımsız bölümün teslim edildiği tarihe kadarki süre için ihtirazi kayıt aranmaksızın hükmolunur. Gecikme tazminatı, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, zararın kanıtlanması koşuluyla, zamanaşımı süresi içerisinde, her zaman, rayiç üzerinden istenebilir; sözleşmede kararlaştırılmışsa, ayrıca zararın kanıtlanmasına gerek yoktur; çünkü, taraflar gecikme zararını baştan kabul ettikleri için, bu kabul hükmü tarafları bağlar. Oysa, BK'nun 158/2. fıkrasında düzenlenen gecikme cezası (ifaya ekli cezai şart), ortada zarar olmasa dahi (BK m. 159/I), sadece sözleşmede kararlaştırılmış ise, istenebilir; aksi takdirde talep edilemez. Cezai şart, asıl borca bağlı olup, muaccel olmadan önce fer'i niteliktedir. Dolayısıyla, eserin teslimi ile asıl borç düşünce, fer'i borç olan gecikme cezası da düşer (BK m.113/I). Onun için eseri teslim alırken ihtirazi kayıt (çekince) dermeyeran etmek gerekir (BK m.158/II, son). Yani, cezayı isteme hakkı saklı tutularak, eser teslim alınmalıdır.

Oysa, gecikme tazminatı, asıl edim borcunun yanında bağımsız bir borç olup, fer'i nitelikte değildir. Bu nedenle, gecikme tazminatını talep edebilmek için eseri teslim alırken ihtirazi kayıt (çekince) koymaya gerek yoktur.

Bu durumda, mahkemece, işin esasına girilerek tarafların ileri sürdüğü hususlar ve savunmalar değerlendirilerek, gerektiğinde bilirkişiden rapor alınarak, geç teslim olup olmadığı ve geç teslimin varlığının tespiti halinde tazminat miktarı konusunda bir karar vermek gerekirken, davacının işi teslim alırken ihtirazi kayıt ileri sürmediği gerekçesiyle

davanın reddine karar verilmesi açıklanan nedenlerle hatalı olmuş ve kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacılar vekilinin diğer temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, davacılar yararına BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 17.09.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih UYAR

YARGI KARARLARI

CEZA BÖLÜMÜ

T.C.
YARGITAY
Ceza Genel Kurulu

Esas No : 2013/13-243
Karar No : 2013/376
İtirazname : 2007/163013

Özet: "5237 sayılı TCK'nun 64. maddesinde; sanığın ölümü durumunda kamu davasının düşürüleceği, sadece niteliği itibarıyla müsadereye tabi olan eşya ve yararlar hakkında yargılamaya devam edileceği, hükümlünün ölümü halinde ise cezanın ortadan kaldırılmasına karar verilmekle birlikte, müsadere ve yargılama giderlerine ilişkin hükmün infaz edileceği belirtilmek suretiyle hükümlü ile sanığın ölümüne farklı sonuçlar yüklenmiştir.

Buna göre, kamu davası açılmadan önce şüphelinin ölmesi halinde kovuşturma imkanının bulunmaması nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı, kamu davası açıldıktan sonra sanığın ölmesi halinde ise mahkemece düşme kararı verilecektir. Ölümün ceza ilişkisini sadece ölen kişi bakımından sona erdirdiğinden iştirak halinde işlenen suçlarda diğer sanıklar hakkında davaya devam edilecek, sanığın ölümü niteliği itibarıyla müsadereye tabi eşya ve maddi menfaatler hakkında davaya devam olunarak müsadere kararı verilmesine engel olmayacaktır. Sanığın ölümü ceza ve infaz ilişkisini düşürürken , hakkındaki mahkumiyet hükmü kesinleşmiş olan hükümlünün ölümü sadece hapis ve henüz infaz edilmemiş adli para cezalarının infaz ilişkisini ortadan kaldıracaktır. Buna bağlı olarak ölümden önce tahsil edilmemiş bulunan para cezaları da mirasçılardan istenmeyecek, bunun yanında müsadereye ve yargılama giderlerine ilişkin hükümler ölümden önce kesinleşmiş olmak kaydıyla infaz olunacaktır.

Görüldüğü gibi, suç teşkil eden bir fiilin işlenmesiyle fail ile devlet arasında doğan ceza ilişkisi, bu fiili işleyen sanığın ya da hükümlünün ölümüyle cezaların şahsiliği ilkesi nedeniyle başkası sorumlu tutulamayacağından, düşmektedir. Ölüm, bir vakıa olan suçu ortadan kaldırmayacak, suçtan sorumlu tutulacak kişi olmadığından, devletin suçla birlikte ortaya çıkan cezalandırma sorumluluk ve yetkisini sona erdirecektir."

YARGITAY İLAMI

Hırsızlık suçundan sanık Necmettin Turan'ın 5237 sayılı TCK'nun 141/1, 143 ve 62. Maddeleri uyarınca üç kez 1 yıl 15 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin, İzmir 23. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 22.02.2007 gün ve 188-102 sayılı hükmün sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 13. Ceza Dairesince 05.11.2012 gün ve 17977-22995 sayı ile;

"Sanığın suç tarihinde gece vakti saat 01:30 sıralarında müştekiler Bahattin Akbaba, Hıfzullah Erdem ve Şaban Demetgül'ün çalıştıkları inşaatın 2. Bodrum katında bulunan bina vasfındaki yatakhaneye girip, ayrı yataklarda yatan müştekilerin yastıkları altına veya bitişiğine koydukları 3 adet farklı modeldeki cep telefonlarını alıp, kapıdan çıkarken uyanan müştekilerin kesintisiz takibi sonucu inşaat içinde yakalandığı ve cep telefonlarından 2 tanesinin sanığın üzerinde ele geçirildiğinin, 1 tanesinin ise atmış olduğu yerde bulunduğu anlaşıldığı karşısında; sanığın eylemlerinin teşebbüs aşamasında kaldığı ve 5237 sayılı TCK'nun 142/1-b maddesine uyduğu gözetilmeden; yine her üç müştekiye ait telefonun aynı anda ve aynı koğuş içerisinde alınması nedeniyle sanığın bir fülle birden fazla kişiye yönelik aynı suçu işlediği anlaşıldığından müteselsilen nitelikli hırsızlık suçundan sorumlu tutularak TCK'nun 43/2. maddesinin uygulanması ile yetinilmesi gerekirken, üç ayrı hırsızlık suçunun varlığı kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 25.12.2012 gün ve 163013 sayı ile;

"...Sanığın gece vakti saat 01:30 sıralarında müştekiler Bahattin Akbaba, Hıfzullah Erdem ve Şaban Demetgül'ün çalıştıkları inşaatın 2. Bodrum katında bulunan bina vasfındaki yatakhaneye girip, ayrı yataklarda yatan müştekilerin yastıkları altına veya bitişiğine koydukları 3 adet farklı modeldeki cep telefonlarını alıp, kapıdan çıkarken uyanan müştekilerin kesintisiz takibi sonucu inşaat içinde yakalandığı sabit olup, sanığın ikrarı ile de cep telefonlarının üç ayrı müştekiye ait olduğu bellidir. Bu durumda ortada üç ayrı netice olup, sanığın herbir hareketi ile üç ayrı fiil dolayısıyla da üç ayrı netice meydana geldiğinden, yerel mahkemenin oluşa uygun düşen kabulünün doğru kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bu sebeplerle özel dairenin sanık hakkında TCK'nun 43/2. maddesinin uygulanması gerektiğine ilişkin bozması hatalı olmuştur.

Sonuç ve İstem: Yukarıda arz ve izah edilen nedenlerle itirazın kabulü ile Yüksek Yargıtay 13. Ceza Dairesinin 05.11.2012 gün ve 17977-22995 sayılı hükmünün bozma ilamında yer alan da 'yine her üç müşteriye ait telefonun aynı anda ve aynı koğuş içerisinde alınması nedeniyle sanığın bir fiille birden fazla kişiye yönelik aynı suçu işlediği anlaşıldığından müteselsilen nitelikli hırsızlık suçundan sorumlu tutularak TCK'nun 43/2. maddesinin uygulanması ile yetinilmesi gerekirken, üç ayrı hırsızlık suçunun varlığı kabul edilerek hükmünün kaldırılmasına karar verilmesi' kısmının hükümden çıkartılmasına karar verilmesi gerektiği" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurulmuştur.

CMK'nun 308. Maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 13. Ceza Dairesince 11.02.2013 gün ve 27088-2411 sayı ile, itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp, uygulanmayacağıın belirlenmesine ilişkin ise de, Ceza Genel Kurulunca yapılan incelemede sanığın hükümden önce 19.08.2006 tarihinde öldüğünün anlaşılması karşısında yapılması gereken işlem öncelikle belirlenmelidir.

İncelenen dosya içeriğinden;

CMK'nun 308. Maddesi uyarınca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan itiraz üzerine Ceza Genel Kurulunca yapılan inceleme sırasında UYAP (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi) kullanılarak çıkarılan nüfus kayıt örneğinde, sanığın yerel mahkemece hüküm verilmesinden önce 19.08.2006 tarihinde öldüğü bilgisinin yer aldığı anlaşılmaktadır.

"5237 sayılı TCK'nun 64. maddesinde; sanığın ölümü durumunda kamu davasının düşürüleceği, sadece niteliği itibarıyla müsadereye tabi olan eşya ve yararlar hakkında yargılamaya devam edileceği, hükümlü-

nün ölümü halinde ise cezanın ortadan kaldırılmasına karar verilmekle birlikte, müsadere ve yargılama giderlerine ilişkin hükmün infaz edileceği belirtilmek suretiyle hükümlü ile sanığın ölümüne farklı sonuçlar yüklenmiştir.

Buna göre, kamu davası açılmadan önce şüphelinin ölmesi halinde kovuşturma imkanının bulunmaması nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı, kamu davası açıldıktan sonra sanığın ölmesi halinde ise mahkemece düşme kararı verilecektir. Ölümün ceza ilişkisini sadece ölen kişi bakımından sona erdirdiğinden iştirak halinde işlenen suçlarda diğer sanıklar hakkında davaya devam edilecek, sanığın ölümü niteliği itibarıyla müsadereye tabi eşya ve maddi menfaatler hakkında davaya devam olunarak müsadere kararı verilmesine engel olmayacaktır. Sanığın ölümü ceza ve infaz ilişkisini düşürürken, hakkındaki mahkumiyet hükmü kesinleşmiş olan hükümlünün ölümü sadece hapis ve henüz infaz edilmemiş adli para cezalarının infaz ilişkisini ortadan kaldıracaktır. Buna bağlı olarak ölümden önce tahsil edilmemiş bulunan para cezaları da mirasçılardan istenmeyecek, bunun yanında müsadereye ve yargılama giderlerine ilişkin hükümler ölümden önce kesinleşmiş olmak kaydıyla infaz olunacaktır.

Görüldüğü gibi, suç teşkil eden bir fiilin işlenmesiyle fail ile devlet arasında doğan ceza ilişkisi, bu fiili işleyen sanığın ya da hükümlünün ölümüyle cezaların şahsiliği ilkesi nedeniyle başkası sorumlu tutulamayacağından, düşmektedir. Ölüm, bir vakıa olan suçu ortadan kaldırmayacak, suçtan sorumlu tutulacak kişi olmadığından, devletin suçla birlikte ortaya çıkan cezalandırma sorumluluk ve yetkisini sona erdirecektir."

Temyiz aşamasında sanığın öldüğüne ilişkin bir iddianın ortaya çıkması ya da UYAP (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi) vasıtasıyla alınan nüfus kaydında öldüğü bilgisinin yer alması veya sanık adına tebliğnamenin tebliğ edilmesi için çıkarılan tebligatın sanığın öldüğünden bahisle iade edilmesi gibi durumlarda, ölümün kamu davasının düşürülmesini gerektiren bir neden olduğu da göz önüne alınarak, ölüm nedeniyle düşme kararının temyiz merciince dosya üzerinde yapılan inceleme sırasında verilmesi yerine, ölüm bilgisi nedeniyle diğer yönleri incelenmeyen hükmün bozulmasına karar verilerek yerel mahkemelerce mahallinde yapılan araştırmada sanığın öldüğünün kesin olarak

belirlenmesinden sonra düşme kararı verilmesinin sağlanması gerekmektedir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 05.03.2013 gün ve 1560-81, 05.03.2013 gün ve 131-75, 13.03.2012 gün ve 360-95, ile 06.05.2008 gün ve 97-101 sayılı kararları başta olmak üzere birçok kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazı üzerine Ceza Genel Kurulunca, UYAP (Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi) kullanılarak alınan nüfus kayıt örneğinde sanığın hükümden önce 19.08.2013 tarihinde öldüğü bilgisi yer aldığından, yerel mahkemece gerekli araştırma yapılarak sonucuna göre TCK'nun 64 sayı ile 5271 sayılı CMK'nun 223. maddeleri uyarınca karar verilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçeyle kabulüne, sanığın hüküm tarihinden önce öldüğü bilgisine ulaşıldığından, gerekli araştırma yapılarak sonucuna göre karar verilmek üzere yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçeyle **KABULÜNE**,
2. Yargıtay 13. Ceza Dairesinin 05.11.2012 gün ve 17977 – 22995 sayılı bozma kararının **KALDIRILMASINA**,
3. İzmir 23. Asliye Ceza Mahkemesinin 22.02.2007 gün ve 188-102 sayılı hükmünün, sanığın 19.08.2006 tarihinde öldüğü bilgisine ulaşılması nedeniyle gerekli araştırma yapılarak sonucuna göre karar verilmek üzere **BOZULMASINA**,
4. Dosyanın, mahalline gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİDİNE**, **17.09.2013** günü yapılan müzakerede oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Atilla ERTEKİN

**T.C.
YARGITAY
5. Ceza Dairesi**

Esas No : 2012/11277
Karar No : 2013/9815
Tebliğname No : 5-2012/167079

Özet: Polis memuru olan sanığın, diğer sanıkların talepleri üzerine bu kişiler ile yakınları hakkında yakalama emri, adli soruşturma bulunup bulunmadığı ve aranıp aranmadıkları ile ilgili telefonla ya da mesaj göndermek suretiyle bilgi vermek şeklinde gerçekleşen eylemler, kamu görevlisi sanık yönünden , zincirleme şekilde görevi kötüye kullanma, diğer sanıklar yönünden ise bu fiile azmettirme niteliğindedir.

YARGITAY İLAMI

Mahalli mahkemece verilen hükümler temyiz edilmekle dosya incelendi;

Sanıklar hakkında rüşvet suçundan kamu davası açıldığı, 3628 sayılı Yasanın 17 ve 18. maddelerine göre Hazinesinin bu suçun zarar göreni olduğu ve bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 233 ve 234. maddeleri gereğince davaya katılma hakkı bulunduğu, kararın tebliğ edilmesi üzerine haberdar olan Hazine vekilinin hükmü temyiz ettiği anlaşılmakla, CMK'nın 237/2. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Hazinesinin sadece rüşvet alma ve verme suçları yönünden katılan olarak kabulüne, incelemenin başvurusunun kapsamına göre O yer Cumhuriyet Savcısı ile Hazine vekilinin rüşvet alma ve rüşvet verme suçlarından kurulan beraet hükümlerine yönelik temyiz itirazları ile sınırlı olarak yapılmasına karar verildikten sonra gereği düşünüldü:

Dairemizce de benimsenen Yargıtay CGK'nın 18/09/2012 tarihli, 2012/420 Esas, 2012/1771 sayılı Kararı da nazara alınarak 6352 sayılı Yasanın geçici 2. maddesinin sadece karşılıksız yararlanma suçlarını

kapsadığı anlaşılacakla aynı Yasanın rüşvet suçu yönünden getirdiği düzenlemeler de gözetilerek yapılan incelemede;

Suç tarihlerinde İzmir III Gültepe Karakolunda polis memuru olarak görev yapan sanık Salih Erdoğan'ın diğer sanıklar Yılmaz Sürget, İbrahim Görmüş ve Muhittin Alınca'nın talepleri üzerine görevinin gereklerine aykırı hareket ederek bu kişiler ile yakınları hakkında yakalama emri, adli soruşturma bulunup bulunmadığı ve aranıp aranmadıklarıyla ilgili telefonla ya da mesaj göndermek suretiyle bilgi vermek şeklinde gerçekleştiği anlaşılan eylemlerin kamu görevlisi sanık yönünden zincirleme şekilde görevi kötüye kullanma, diğer sanıklar yönünden ise bu fiile azmettirme niteliğinde olduğu ve bu suçlara ilişkin tüm unsurların gerçekleştiği gözetilmeden dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde beraet kararları verilmesi,

Kanuna aykırı, Hazine vekili ve O yer Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. Maddesi gözetilerek CMUK'nın 321. Maddesi uyarınca BOZULMASINA, 09/10/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Atilla ERTEKİN

T.C.
YARGITAY
5. Ceza Dairesi

Esas No : 2012/8010
Karar No : 2013/6263
Tebliğname No : 4-2012/147478

Özet: Tefecilik suçunda sanıklardan faiz karşılığı borç para alan kişi suçun zarar göreni olmakla katılma kararı doğru ve yerindedir. Hazine'nin tefecilik suçunun mağduru olduğu, bu sıfatı gereği kovuşturma evresinde CMK 233 ve 234. maddeleri gereğince katılma ve diğer haklarını kullanabilmeleri açısından verilen dava ve duruşmalar bildirilmeden yargılamaya devamla hüküm kurulması bozmayı gerektirir.

YARGITAY İLAMI

Mahalli mahkemece verilen hükümler temyiz edilmekle dosya incelenerek, gereği düşünüldü:

Sanıklardan faiz karşılığı borç aldığı iddia edilen Murat Tek'in suçun zarar göreni olduğundan mahkemece verilen katılma kararı doğru ve yerinde görülmele tebliğnamedeki katılan Murat Tek vekilinin temyiz talebinin reddine dair düşünceye iştirak edilmemiştir.

Sanıklar hakkında tefecilik suçundan davayı açıldığı, Hazinesinin bu suçun mağduru olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğünün duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve Ceza Muhakemesi Kanununun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı biçimde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, katılan Murat Tek ve Hazine vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülümüş olduğundan, esası incelenmeyen hükümlerin 5230 sayılı Kanununun 8/1. Maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321. Maddesi uyarınca BOZULMASINA, 06/06/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. H. Hulki ÖZEL

T.C.
YARGITAY
15. Ceza Dairesi

Esas No : 2013/6107
Karar No : 2013/11784
Tebliğname No : 9-2011/168976

Özet: 1- Mala zarar verme suçu başkasının mülkiyetinde bulunan taşınır veya taşınmaz malın kısmen veya tamamen yıkılması, tahrip edilmesi, yok edilmesi, bozulması, kullanılamaz hale getirilmesi veya kirletilmesiyle oluşur.

2- Haksız hareket otobüs şoförü tarafından gerçekleştirilmiş olup, kamu malı niteliği taşıyan otobüse yönelik eylem nedeniyle suçun vasfı itibarı ile haksız tahrik hükümleri uygulanamaz,

3- Fiili işlediği sırada 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını doldurmamış çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından, sosyal yönden inceleme yaptırılması gereklidir.

YARGITAY İLAMI

Dosya incelenerek gereği düşünüldü;

Mala zarar verme suçu başkasının mülkiyetinde bulunan taşınır veya taşınmaz malın kısmen veya tamamen yıkılması, tahrip edilmesi, yok edilmesi, bozulması, kullanılamaz hale getirilmesi veya kirletilmesiyle oluşur. Bu bakımdan, söz konusu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Yıkma, yalnızca taşınmazlar için söz konusudur. Taşınmazın önceki kullanım biçimine uygun olarak bir daha kullanılamaz duruma getirilmesini ifade eder. Yok etme, suça konu şeyin maddi varlığını ortadan kaldırmaktır. Bozma, suça konu şeyin, amacına uygun kullanılması olanağını ortadan kaldırmaktır. Kirletme, başkasının binasının duvarına yazı yazmak, resim yapmak, afiş ve ilan yapıştırmak şeklinde gerçekleştirilmektedir.

Yukarıdaki ilkeler ışığında somut olay incelendiğinde;

Arkadaşları ile birlikte yolda karşıdan karşıya geçen suça sürük-

lenen çocuk İsmet Yalur'un, belediye otobüsünün arkadaşının koluna çarpmasına sinirlenip otobüs şoförü şikayetçi Ender Kayıkçı ile tartışıp olayın kızgınlığı ile yerden aldığı taşı otobüse atıp belediyeye ait otobüsün kapısının camını kırması şeklinde gelişen olayda, mahkemenin "kamu malına zarar verme" suçunun oluştuğuna yönelik kabulünce isabetsizlik görülmüştür.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

1. Suça sürüklenen çocuğun, yayalara yeşil ışık yanarken geçen otobüsün arkadaşına çarpması ve otobüs şoförünün kendilerine küfür etmesinin kızgınlığı ile hareket edip, haksız tahrik altında otobüse zarar verdiği kabulü ile cezasından indirim yapılmış ise de, haksız hareket otobüs şoförü olan şikayetçi Ender tarafından gerçekleştirilmiş olup, kamu malı niteliği taşıyan otobüse yönelik eylem nedeniyle suçun vasfı itibarı ile haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağının gözetilmemesi,
2. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 35. maddesi ve Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliği'nin 20/1-7. maddesi uyarınca, fiili işlediği sırada 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını doldurmamış çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından, sosyal yönden inceleme yaptırılmasının gerekli olduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,

Bozmayı gerektirmiş, katılan vekili ile suça sürüklenen çocuk müdafininin temyiz itirazlarıbu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 5230 sayılı kanunun 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, 25.06.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Ozan BALIM

AİHM
İÇTÜZÜK DEĞİŞİKLİĞİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başvurularına İlişkin Yeni Şartlar Getiren AİHM İçtüzük Madde 47 Değişikliği 1 Ocak 2014 Tarihinde Yürürlüğe Girmiştir

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nde 1 Temmuz 2013 tarihinde bazı değişiklikler yapılmıştı. Bu değişikliklerden en önemlisi İçtüzüğün 47. maddesinde yapılan değişiklikti. 47.madde değişikliğinin 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren geçerli olacağı ilan edilmişti.

Bilindiği üzere İçtüzük m.47 hali hazırda başvuru dilekçesinin gerek biçim gerekse de muhteva olarak ne şekilde hazırlanması ve başvuru dilekçesini mahkemeye sunarken hangi belgelerin eklenmesi gerektiğine dair ayrıntılı hükümler içermektedir. 1 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe girecek yeni 47. madde uyarınca başvuru dilekçesinin hazırlanmasına ve Mahkeme'ye sunulmasına ilişkin geçerli olan mevcut koşullar oldukça genişletilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 11.12.2013 tarihinde yayınladığı basın açıklanmasında 47.maddeye uygun olarak hazırlanmamış ve mahkemeye sunulmamış tüm başvuruların reddedileceğini (kabuledilmezlik) duyurdu. Dolayısıyla AİHM'ne yapılacak başvuruların hazırlanması sırasında aşağıda Türkçe çevirisini aktardığımız İçtüzük m. 47'nin, 13 Temmuz 2013 değişikliği sonrasındaki halinin, oldukça dikkatle okunması gereksiz mağduriyetlerin oluşmasına engel olacaktır.

Mahkeme İçtüzüğü, Madde 47¹

Bireysel başvurunun içeriği

1. Sözleşme'nin 34. maddesine göre yapılan bir başvuru, mahkeme başka türlü karar vermedikçe,

1 Mahkeme internet sayfasında yer alan Türkçe çevirisidir

yazı işleri müdürlüğünün hazırladığı başvuru formu ile yapılır. Başvuru formunda, ilgili bölümlerinde istenen tüm bilgilerin ve aşağıdaki hususların bulunması gerekmektedir:

- a. Başvurucunun adı, doğum tarihi, uyruğu, adresi, başvurucunun tüzel kişilik olması halinde ise tam adı, kurulma veya tescil tarihi, sicil numarası (eğer varsa) ve resmi adresi;
- b. Temsilcisi varsa, temsilcisinin adı, mesleği, adresi, telefon ve faks numaraları, ve elektronik posta adresi;
- c. Aleyhine başvuru yapılan sözleşmecî devletin veya devletlerin adı;
- d. Maddi olaylara dair özlü ve okunaklı bir açıklama;
- e. İddia edilen sözleşme ihlal(ler)ine ve dayanaklarına dair özlü ve okunaklı bir açıklama;
- f. Başvurucunun, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen kabul edilebilirlik şartlarına uyduğunu gösteren özlü ve okunaklı bir açıklama.

2. (a) Başvuru formunun ilgili bölümlerinde belirtilmesi gereken, yukarıdaki 1. maddenin d, e ve fıkralarındaki bilgilerin, mahkemenin, başvurunun konusunu ve kapsamını başkaca bir belgeyi incelemeksizin belirlemesine yetecek düzeyde olması gerekmektedir.

(b) Bununla birlikte, başvuru, 20 sayfayı aşmayacak şekilde, maddi olgulara, ileri sürülen Sözleşme ihlalleri ve gerekçelerine ilişkin ayrıntılı açıklamalarını ekleyerek bu bilgileri tamamlayabilir.

3.1 Başvuru formu başvuru veya başvurunun temsilcisi tarafından imzalanmalı ve ekinde aşağıdaki belgeler yer almalıdır:

- a. Şikâyete konu olan, yargısal veya başka nitelikteki karar veya işlemlere ilişkin belgelerin örnekleri;
- b. Başvurucunun, sözleşmenin 35. maddesinin 1. fıkrasında gösterildiği şekilde, iç hukuk yollarını tükettiği ve altı aylık süre kuralına uyduğunu gösteren belge ve kararların örnekleri;

- c. Varsa, başka uluslararası soruşturma veya çözüm organları önündeki başvurulara ilişkin belgelerin örnekleri;
- d. Başvurucunun temsilcisinin olması halinde, vekâletnamenin veya başvuru tarafından imzalanmış yetki belgesinin aslı.

3.2 Başvuruyu destekleyici belgelerin tarih sırasına göre listelenmesi, birbirini takip eder şekilde numaralandırılması ve açıkça belirlenmiş olması gerekir.

4. Kimliğinin açıklanmasını istemeyen başvuru, bu hususu belirtmeli ve mahkeme önündeki yargılamanın aleniliği ilkesinden ayrılmayı haklı kılabilecek sebepleri bildirmelidir.

Mahkeme, kimliğin saklı tutulmasına talep üzerine karar verebileceği gibi kendiliğinden de karar verebilir.

5.1 Bu maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarında belirtilen kurallara uyulmaması halinde başvuru mahkeme tarafından incelenmez, meğerki;

- a. Başvurucu bu kurallara uymamasına ilişkin tatminkâr bir açıklama yapmış olsun;
- b. Başvuru ihtiyati tedbir istemine ilişkin olsun;
- c. Mahkeme, resen veya talep üzerine, başka türlü karar vermiş olsun.

5.2 Mahkeme her durumda başvurucunun belirli bir zaman dilimi içinde ve uygun gördüğü şekil ve şartlarda, bilgi ve belge sunmasını talep edebilir.

6. (a) Sözleşmenin 35. maddesin 1. fıkrası anlamında başvuru tarihi, bu maddede belirlenen şartlara uygun başvuru formunun mahkemeye gönderildiği tarihtir. Postane damgası gönderme tarihi olarak kabul edilir.

(b) Mahkeme, makul gördüğü durumlarda, farklı bir tarihi de başvuru tarihi olarak kabul edebilir.

7. Başvurucu adres değişikliğini ve başvurunun incelenmesi bakımından gerekli olan her olayı mahkemeye bildirmek zorundadır.

AIHM KARARI

Yeterli Açıklıkta Olmayan Arama Kararı, İfade Özgürlüğü ve Konuta Saygı Hakkını İhlal Etmektedir

Mahkeme Yazı İşleri Müdürü Tarafından Yayınlanan Basın Bülteni'
AİHM 119 (2013) 18.04.2013

Saint-Paul Lüksemburg S. A. / Lüksemburg davasına ilişkin bugünkü Daire kararında (Başvuru no:26419/10), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi oy çokluğuyla:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesinin (özel yaşam ve aile hayatı) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin (ifade özgürlüğü) ihlal edildiğine karar vermiştir.

Dava, bir gazetenin yayınlamış olduğu bir makale sonrasında soruşturma yargıcı tarafından verilen arama ve el koyma kararıyla ilgilidir. Gazetede yayınlanan makalede bahsi geçen şahıs ve onun işvereni, makale nedeniyle adli makamlara şikayette bulunmuşlardır.

Mahkeme (AİHM) arama ve el koyma kararlarının, bu delil toplama yöntemleriyle hedeflenen makaleyi yazan gazetecinin isminin tespiti bağlamında makul bir ölçülülükte olmadığını ve ayrıca söz konusu kararlarda soruşturmayı yürüten kolluk görevlilerinin olası suiistimallerine engel olmak amacıyla, örneğin gazetecinin haber kaynaklarının belirlenmesine ilişkin girişimlerin hangi usule göre yapılması gerektiği türünden, sınırlandırıcı hükümler bulunmadığına hükmetmiştir.

Temel Olaylar

Başvurucu *Saint-Paul Lüksemburg S. A.*, Lüksemburg'da kayıtlı olan bir şirkettir.

17 Aralık 2008 tarihinde başvuru şirket tarafından yayınlanan *Contacto* isimli gazete, çocuklarının velayetini kaybeden ailelerin durumlarına ilişkin bir makale yayınlamıştır.

1 İngilizce Orijinalinden Çeviren, Serkan Cengiz / Avukat

Söz konusu makalede iki ergenden sorumlu olan bir sosyal hizmetler görevlisi ele alınmakta ve ayrıca bu kişilerin isimlerinden de makalede bahsedilmektedir.

Sosyal hizmetler görevlisi, Sosyal Hizmetler Merkez Bürosu Başkanı'na başvurarak makale hakkında şikayette bulunmuştur. Merkez Bürosu Başkanı bunun üzerine söz konusu sosyal hizmetler görevlisine ve genel olarak Lüksemburg'daki adli ve sosyal hizmet sistemine hakaret edildiği gerekçesiyle savcılığa suç duyurusunda bulunmuştur.

30 Ocak 2009 tarihinde soruşturma makamları, küçüklerin korunmasına ilişkin yasanın ihlal edildiği ve ayrıca hakaret nedeniyle makalenin yazarı hakkında adli bir soruşturma başlatmıştır.

30 Mart 2009 tarihinde soruşturma yargıcı, *Contacto*'nun yayıncısı sıfatıyla başvuru şirketin kayıtlı iş yerine yönelik bir arama ve el koyma kararı vermiştir. 7 Mayıs 2009 tarihinde polis memurları gazete binasını ziyaret etmişlerdir. Makaleyi yazan gazeteci bir gazete nüshasını, bir defteri ve makalenin yayınlanması sırasında kullanılan çeşitli belgeleri gelen polisler teslim etmiştir. Polis tutanağına göre, gazeteci polislerle işbirliği yapma arzusunu açık bir şekilde dile getirmiştir. İşbirliği yapmaması durumunda polislerin onu işbirliğine zorlayacağı hususunu açıklığa kavuşturmak amacıyla polisler, gazeteciye soruşturma yargıcı tarafından verilen kararın bir suretini vermişlerdir. Polis tutanakta, el konulan tüm belge ve diğer hususların kendilerine gönüllü olarak teslim edildiğini, bu tutumun gazeteciye direnmenin ortaya çıkaracağı sorumluluktan kurtardığını belirtmiştir. Tutanakta ayrıca, arama ve el koyma sırasında gazetecinin haber kaynaklarının korunması hususu açısından herhangi bir tehlike hiçbir şekilde söz konusu olmadığı ifade edilmiştir. Tutanak ayrıca arama ve el koyma işlemlerinin herhangi bir güç kullanılmadan, dostane ve saygılı bir atmosfer içerisinde gerçekleştirildiği belirtilmiştir.

10 Mayıs 2009 tarihinde başvuru şirket ve gazeteci arama ve el koyma kararının iptali ve arama ve el koymanın yok hükmünde olduğunun tespiti amacıyla Bölge Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Mahkeme bu başvuruyu reddetmiş, bunun üzerine başvuru şirket ve gazeteci bu kararı temyiz etmişlerdir.

Şikayetler, Usul ve Mahkeme'nin Oluşumu

Başvuru, 8. maddeye dayanarak (özel yaşam ve aile hayatına saygı hakkı) sahibi ve yayıncısı olduğu gazetenin aranmasının "konutunun" dokunulmazlığını ihlal ettiğini ve orantısız olduğunu iddia et-

miştir. Başvurucu, 10. maddeye dayanarak (ifade özgürlüğü) ve mesele konusu delil toplama yönteminin gazetecinin haber kaynağının tespiti çabasından ibaret olduğunu ve gözdağı verme etkisi yarattığını ileri sürerek ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yakınmasında bulunmuştur.

26 Nisan 2010 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yapılmıştır.

Aşağıda isimleri belirtilen 7 yargıcın oluşturduğu daire tarafından karar verilmiştir:

Mark Villiger (Lihtenştayn), *Başkan*

Angelika Nußberger (Almanya)

Boštjan M. Zupančič (Slovenya),

Ann Power-Forde (İrlanda),

André Potocki (Fransa),

Paul Lemmens (Belçika),

Helena Jäderblom (İsveç), *Yargıçlar*

Ve ayrıca Claudia Westerdiek, Bölüm Yazı İşleri Müdürü.

Mahkeme'nin Kararı

Madde 8

Mahkeme, şikayet konusu müdahalenin bir adli soruşturma bağlamında aleyhinde ceza davası açılması söz konusu olan bir bireyin, iş bu dava açısından makaleyi yazan gazetecinin, gerçek kimliğinin tespitini amaçladığını belirtmektedir. Olası bir suçun unsurlarının izah edilmesine yönelik çabaların suçun ve düzensizliği önlenmesi meşru amacına sahiptir. Söz konusu müdahale, mesele konusu makalenin sosyal hizmetler görevlisi ve diğer iki küçüğün isimlerini ifşa etmesi dolayısıyla ayrıca diğerlerinin haklarının korunması olarak ifade edilebilecek başka bir meşru amaca da sahiptir.

Mahkeme gazetecinin söz konusu makaleyi Domingos Martins adıyla yazdığını, bu ismin Lüksemburg'da kayıtlı olan resmi gazeteciler listesinde bulunmadığını belirtmiştir. Hal böyle olmakla birlikte listede, De Araujo Martins Domingos Alberto isminde, Contacto için çalışan bir gazetecinin ismi bulunmaktadır. İsimler arasındaki benzerlik ve söz konusu gazete ile arasındaki bağ, ilişkiyi aşık hale getirmiştir. Netice olarak soruşturma yargıcı, makale yazarının ismini doğrulamak ama-

cıyla daha düşük oranda rahatsızlık verecek bir tedbire başvurulabilir. Mahkeme'nin kanaatine göre arama ve el koyma işlemleri zorunlu değildir.

Şikayet edilen tedbirin hedeflenen amaç bağlamında makul bir oran-tı içermemesi nedeniyle mahkeme, sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Madde 10

Mahkeme, mesele konusu arama ve el koyma kararının polisler, gazetecinin yayınlanmasını istemediği bir takım bilgilere ulaşma imkanı verdiğini, bu bilgiler vasıtasıyla diğer bilgi kaynaklarının belirlenmesinin potansiyel olarak mümkün olduğunu belirtmektedir. Arama ve el koyma kararının konusu, iddia edilen suçlarla bağlantılı olan ve biçim ve muhtevasına bakılmaksızın "her türlü belge ve eşya" dır. Mahkeme, söz konusu arama ve el koyma kararının hatırı sayılır genişlikte kaleme alınması nedeniyle, kolluk görevlilerine oldukça kapsamlı yetkiler bahsettiğine dikkat çekmektedir.

Bu nedenle mahkeme, arama ve el koyma işlemlerinin, kolluk personelinin gazetecinin haber kaynaklarını belirlemesine imkanı vermesi nedeniyle, orantısız olduğu görüşündedir. 30 Mart 2009 tarihli arama ve el koyma kararı böylesi bir kötüye kullanma olasılığından kaçınmayı sağlayacak bir kapsam sınırlamasından yoksundur. Aramanın yegane amacının makaleyi yazan gazetecinin kimliğinin tespiti olması nedeniyle, daha dar bir lafızla kaleme alınacak bir arama kararı yeterli olabilecektir.

Mahkeme başvuru şirketin işyerinde gerçekleştirilen arama ve el koymanın hedeflenen amaçla orantılı olmadığı ve bu nedenle de bir 10.madde ihlali olduğu kanaatindedir.

Adil Karşılık

Mahkeme, Lüksemburg'un masraf ve ücretler açısından başvuru-cuya EUR5. 635 ödemesine karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa Konseyi Üyesi ülkeler tarafından 1959 yılında Strazburg kentinde, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edildiği iddialarını ele almak için kurulmuştur.

DİZİN

PANEL

Olağanüstü Yargılamanın Yeni Adresi:

Bölge Ağır Ceza Mahkemeleri / Terör Mahkemeleri

..... 2013/1..... 9

Aile Mahkemelerinde 6100 Sayılı Yasa Uygulamaları

..... 2013/2..... 9

MAKALELER

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8

Sinem TOP..... 2013/1..... 40

Ceza Hukuku Bakımından Akıl Hastalığı Durumunda Kusur Yeteneği

Pelin KAYA..... 2013/1..... 66

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Ali ERDEM..... 2013/1..... 93

Adil Yargılanma Hakkı

Rasih Feridun SENCER..... 2013/2..... 108

Factoring Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği

Yeşim YATAĞANBABA..... 2013/2..... 174

Şüphelinin İfadesinin Alınması (Cmk Md. 147- Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği Md. 23)

Demet DURAN..... 2013/2..... 190

Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesinin Belgede Sahtecilik Suçlarıyla İlişkisi

Erkut Güçlü KAHRAMAN..... 2013/2..... 225

Yabancı Parayla Yapılan Adi Kira Sözleşmesinin Uyarlanması

Burak KEÇECİOĞLU..... 2013/2..... 248

Genelde Hukuk Davalarında, Özelde İse Boşanma Davalarında Dava Dışı 3. Şahısların Özel Hayatının Gizliliğini İhlal	
Fatma DEMİRER.....	2013/3..... 108
Tıp Hukukunda Aydınlatılmış Onam Alınmama Halleri (Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları)	
Yrd. Doç. Dr. Nebahat KAYAER.....	2013/3..... 147
Kamulaştırmazsız El Atma Davaları ve İlgili Yasal Düzenlemeler Üzerine Bir Değerlendirilme	
M. Efe GENİT.....	2013/3..... 169
Kamu İhale Rejimine Tabi Yapım Sözleşmelerinde İdareden Kaynaklanan Nedenlerle Süre Uzatımı ve Sonuçları	
Doç. Dr. Agah ADAK.....	2013/3..... 185
Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Hak ve Alacaklarının Haczi (İİK. m. 89)	
Talih UYAR.....	2013/3..... 198
İİK. mad. 89/IV'a Göre Açılan Tazminat Davası Sonucunda Verilen Karar Hakkında "Tehiri İcra Kararı" Verilmesi İstenebilir mi? (İİK. m. 89; İİK. m. 36)	
Talih UYAR.....	2013/3..... 271
6459 Sayılı Kanun ile Birlikte Yeni Düzenlemeler Uyarınca Tutuklama Kararına İtiraz	
Sinem TOP.....	2013/3..... 273

HAKEMLİ MAKALELER

Mahkemeye Erişim Hakkı ve Türk Hukukunun AİHS ile Uyum Sorunu	
Ümit KILINÇ.....	2013/1..... 126
Suçta Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçmenin Manevî unsuru: "Gönüllülük"	
Hakan DİMDİK.....	2013/2..... 272

Limited Şirket Hukukunda Gizli Kıyas (The Concept Of Covert Analogy In The Law of Limited Liability Companies)

Yrd. Doç. Dr. Hüsnü TURANLI..... 2013/3..... 10

Geçersiz Fesihle Süresinde Başvurmayan ya da İşveren Çağrısına Rağmen İşe Başlamayan İşçinin Boşta Geçen Süre Ücretine Hak Kazanamayacağına İlişkin Yargıtay Uygulamasının Eleştirisi ve Öneriler

Yrd. Doç. Dr. Zeynep ŞİŞLİ..... 2013/3..... 48

Hileli ve Taksirli İflas

Yeşim DAĞOĞLU..... 2013/3..... 72

KARAR İNCELEMESİ

Yargıtay 6. HD, 07.05.2012, E. 2012/3005, K. 2012/6787

Doğukan ALGAN..... 2013/3.....296

YARGI KARARLARI / İDARİ BÖLÜM

4. Vergi Mahkemesi

Esas: 2011/1301, Karar: 2012/1307..... 2013/1..... 194

Danıştay 3. Daire

Esas: 2012/1800, Karar: 2012/3898..... 2013/1..... 197

Danıştay 3. Daire

Esas: 2010/5052, Karar: 2012/3411..... 2013/1..... 199

Danıştay 3. Daire

Esas: 2011/2944, Karar: 2013/218..... 2013/2..... 346

Danıştay 9. Daire

Esas: 2009/6707, Karar: 2012/7630..... 2013/2..... 349

Danıştay 3. Daire

Esas: 2011/3924, Karar: 2012/2968..... 2013/2..... 353

Danıştay 3. Daire

Esas: 2011/3923, Karar: 2012/2969..... 2013/2..... 355

Danıştay 3. Daire	
Esas: 2009/3442, Karar: 2011/6968.....	2013/2..... 357
Danıştay 3. Daire	
Esas: 2011/2014, Karar: 2012/2950.....	2013/2..... 359
Bölge İdare Mahkemesi	
Esas: 2012/8227, Karar: 2012/8794.....	2013/2..... 361
3. İdare Mahkemesi	
Esas: 2004/189, Karar: 2007/1405.....	2013/2..... 364
Muğla Vergi Dairesi	
Esas: 2012/774, Karar: 2013/32.....	2013/2..... 375
Manisa Vergi Dairesi	
Esas: 2012/976, Karar: 2013/165.....	2013/2..... 378

YARGI KARARLARI / HUKUK BÖLÜMÜ

Hukuk Genel Kurulu	
Esas: 2012/9-838, Karar: 2012/715.....	2013/1..... 204
Kesin Borç İpoteği/, Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayırımı/ İpotekli Alacak Çeşitlerinde Faiz ve Fer'iler/ İpotek Takibinde İcra Emri, Ödeme Emri	
Hukuk Genel Kurulu	
Esas: 2011/12-778, Karar: 2012/94.....	2013/1..... 216
Çekin İbraz Edilmesi	
19. Hukuk Dairesi Başkanlığı	
Esas: 2007/10730, Karar: 2008/1459.....	2013/1..... 226
Tasarrufun İptali Davasında Vekalet Ücretinin Hesaplanması	
17. Hukuk Dairesi	
Esas: 2012/2982, Karar: 2012/12123.....	2013/1..... 228
İflas Kararı Kesinleşmeden Açılan İtirazın İptali Davası	
19. Hukuk Dairesi	
Esas: 2012/8453, Karar: 2012/16194.....	2013/1..... 232

8. Hukuk Dairesi

Esas: 2012/7921, Karar: 2012/10135.....2013/2..... 382

19. Hukuk Dairesi

Esas: 2012/8453, Karar: 2012/16194.....2013/2..... 386

17. Hukuk Dairesi

Esas: 2012/2982, Karar: 2012/12123.....2013/2..... 389

1. Hukuk Dairesi

Esas: 2012/13028, Karar: 2013/661..... 2013/2..... 393

12. Hukuk Dairesi

Esas: 2011/19241, Karar: 2012/4921.....2013/2..... 396

Tekel Niteliğinde Bulunan Hizmet Çerçevesinde, Hizmet Verene Borçları Ödememekle Birlikte Hizmetin Devam Etmesini Beklemek Dürüstlük Kuralına Aykırıdır.

Hukuk Genel Kurulu

Esas: 2012/3-1927, Karar: 2013/1406..... 2013/3..... 320

Rücu Zamanaşımı Süresinin Başlangıcının Tazminatın Tamamının Ödendiği ve Birlikte Sorumlu Kişinin Öğrenildiği Tarihten İtibaren İşlemeye Başlar.

Hukuk Genel Kurulu

Esas: 2012/4-1488, Karar: 2013/809..... 2013/3..... 326

Davalı Avukatın, Yetkili Mahkemeye Süresinde Başvurmaması Nedeniyle Davaların Açılmamış Sayılmasına Karar Verilmesine Neden Olması Tek Başına Manevi Tazminatın Takdir Edilmesini Gerektirmez.

Hukuk Genel Kurulu

Esas: 2013/3-56, Karar: 2013/1525..... 2013/3..... 331

25 Yıldır Ayrı Yaşamak Tek Başına Boşanma Sebebi Sayılamaz.

Hukuk Genel Kurulu

Esas: 2013/2-581, Karar: 2013/1692..... 2013/3..... 338

Eşine Hastalık Bulaştıran Eşe Karşı Tazminat İstemlerinde Görevli Mahkeme Aile Mahkemesidir.

Hukuk Genel Kurulu

Esas: 2013/2-384, Karar: 2013/1701..... 2013/3..... 342

1. Hukuk Dairesi	
Esas: 2012/14492, Karar: 2013/31212013/3.....	347
2. Hukuk Dairesi	
Esas: 2011/2627, Karar: 2012/8662013/3.....	349
3. Hukuk Dairesi	
Esas: 2013/12156, Karar: 2013/146912013/3.....	351
6. Hukuk Dairesi	
Esas: 2013/10632, Karar: 2013/120382013/3.....	354
8. Hukuk Dairesi	
Esas: 2012/4064, Karar: 2012/129612013/3.....	356
17. Hukuk Dairesi	
Esas: 2011/9734, Karar: 2012/59082013/3.....	358
17. Hukuk Dairesi	
Esas: 2012/4777, Karar: 2013/24212013/3.....	361
21. Hukuk Dairesi	
Esas: 2012/18733, Karar: 2013/147392013/3.....	364
22. Hukuk Dairesi	
Esas: 2013/33077, Karar: 2013/232632013/3.....	366
23. Hukuk Dairesi	
Esas: 2012/3277, Karar: 2012/51542013/3.....	368

YARGI KARARLARI / CEZA BÖLÜMÜ

Ceza Genel Kurulu	
Esas: 2013/13-243, Karar: 2013/3762013/3.....	372
5. Ceza Dairesi	
Esas: 2012/11277, Karar: 2013/98152013/3.....	377
5. Ceza Dairesi	
Esas: 2012/8010, Karar: 2013/62632013/3.....	379
15. Ceza Dairesi	
Esas: 2013/6107, Karar: 2013/117842013/3.....	381

AİHM KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire

Ahmet Yıldırım / Türkiye Davası..... 2013/1..... 156

Abdullah Yaşa ve Diğerleri-Türkiye Davası

Çeviren: Ümit KILINÇ..... 2013/2..... 296

Şerife Yiğit / Türkiye Davası

Çeviren: Serkan CENGİZ..... 2013/2..... 316

Yeterli Açıklıkta Olmayan Arama Kararı, İfade Özgürlüğü ve Konuta Saygı Hakkını İhlal Etmektedir

Çeviren: Serkan CENGİZ.....2013/3.....388

AİHM İÇTÜZÜK DEĞİŞİKLİĞİ

AİHM İçtüzük Madde 47 Değişikliği

.....2013/3..... 384