

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 71 • Ocak 2006 • Sayı: 1 • Üç ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X

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.

İZMİR BAROSU DERGİSİ

YIL: 71 • SAYI: 1 • OCAK 2006

ISSN 1305-757X

ÜÇ AYDA BİR YAYIMLANIR

SAHİBİ:

İzmir Barosu Adına Başkan

Av. Nevzat ERDEMİR

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ:

Av. Erdem GÜMÜŞ

YAYIN KURULU

Av. Abbas ERDOĞAN

Av. A. Kadir ÖN

Av. Erdem GÜMÜŞ

Av. Ertuğrul PERİM

Av. Hüseyin DURDU

Av. Mehriğül KELEŞ

Av. Muhittin ÜSTÜNDAĞ

Av. Nizamettin ERKUL

Av. Özcan ÖĞÜTÇÜ

YÖNETİM YERİ

İZMİR BAROSU

1456 Sokak No: 16 Kat: 6 Barohan

35220 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 463 00 14 PBX 12 Hat

Fax: 0232 463 66 74

www.izmirbarosu.org.tr.

e-posta: info@izmirbarosu.org.tr.

e-posta: yayin.kom@izmirbarosu.org.tr.

BASIMA HAZIRLIK: Egetan Bas. Yay. Ltd. Şti. • 0232 421 08 96

BASKI: Uşşak Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti. • 0232 464 99 67

ÇİLT: Kardeşler Ciltevi • 0232 4449 17 79

Basım Tarihi: 10.02.2006

İÇİNDEKİLER

ERDEM GÜMÜŞ

AZ OKUNACAK BİR YAZI5-8

LÜTFİ KILIÇ

KARI-KOCA ARASINDAKİ MAL İHTİLAFI- KATKI PAYI ALACAĞI/
TAZMİNATI9-27

CENGİZ İLHAN

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN GÖREV ALANI28-30

YUSUF BARATALI

TÜRK STANDARTLARI İLE HELAL GIDA STANDARDI'NIN
TEORİDE VE PRATİKTE KARŞILIKLI DEĞERLENDİRİLMESİ31-34

İLHAMİ GÜNEŞ

UZMAN FİKRİ VE SİNAİ HAKLAR MAHKEMELERİ35-38

M. İSKENDER ÖZTURANLI

BAĞIMSIZ YARGI-BAĞIMSIZ SAVUNMA39-40

TALİH UYAR

HACZEDİLMESİ KISMEN CAİZ OLAN ŞEYLER (İİK. MAD. 83)41-48

AIHS 8. MADDESİNE GÖRE ÖZEL HAYATA VE AİLE HAYATINA

SAYGI GÖSTERİLMESİ49-69

YARGI KARARLARI CEZA BÖLÜMÜ73

YARGI KARARLARI HUKUK BÖLÜMÜ111

YARGI KARARLARI İDARİ BÖLÜMÜ129

Az Okunacak Bir Yazı

n Erdem GÜMÜŞ(*)

Uzun süredir Baro yayın kurulunda çalışmalara katılıyorum. Bu kurulda çalışan arkadaşlar da bilirler. Zaman zaman herkes mesleğimizle ilgili gördüklerini, duyduklarını anlatırlar. Avukatlık bürolarında baro yayınlarının naylon torbaları bile açılmadan öylece bir kenara atıldıkları çok konuşulmuştur...

İki yıl kadar önceydi. Bir meslektaşımın bürosuna gitmiştim. Bir konu açılmıştı. Ben hemen kendisine baromuz dergisinde o konu ile ilgili güzel bir inceleme yazısı yayımlandığını söyledim. Dağıtımı da çok eski tarihli değildi. Hemen heyecanla kalktı. Dergiyi aramaya başladı. Dergiyi ararken başka dergiler ve bültenler de ortaya çıktı. Naylon torbaları bile açılmamıştı. Torbaları açarak, dergilerin içindekiler sayfalarını okuyarak aradığımız yazıyı bulduk. Hızla okudu. Çok çok hoşuna gitti. Yazarına, yayımlayanlara ve bana da teşekkürler etti. İlaç gibi geldiğini söyledi. Ben de bir iyilik yapmanın mutluluğunu yaşadım o an.

Kısa bir süre önce bir iş hanında koridorda bulunan çöp sepetinde baro yayını kitaplar, dergiler ve bültenler gördüm. Merakla hepsini aldım. Açılıp okunmadıkları dış kapaklarının kıvrılmamasından ve iç sayfalarının zedelenmemesinden, yepyeni durduklarından belliydiler. Ne de olsa yazı işlerinden sorumlu olduğum döneme ait yayınlar da olunca içlerinde; boşu boşuna bir sürü emek veriyoruz, diye düşündüm ve o an çok üzüldüm...

(*) Avukat, Yazı İşleri Müdürü

Birkaç gün sonraydı, bir gün bir gazete haberi okudum:

"Pek çok kütüphanemize yeteri kadar okuyucu gelmiyor. Deyim yerindeyse, kütüphaneler sinek avlıyor! ...

AB'ye üye ülkelerden nüfusu bize yakın olan (80 milyon) Almanya'da 7500 kişiye bir halk kütüphanesi düşerken, Türkiye'de 68.500 kişiye bir halk kütüphanesi düşüyor.

Almanya'da halk kütüphanelerinde toplam 104 milyon kitap varken bizde toplam 13 milyon kitap var. Almanya'da halk kütüphanesi başına düşen kitap sayısı 25 bin iken Türkiye'de 6 bin. AB ortalaması 16 bin.

Almanya'da kişi başına 1.3 kitap düşerken Türkiye'de 5 kişiye 1 kitap düşüyor. AB ortalaması ise kişi başına 3 kitap.

Almanya nüfusunun yüzde 10'u halk kütüphanelerine üye iken Türkiye nüfusunun yüzde 1'i üye. AB ülkelerinin halk kütüphanelerine üyelik oranı ise yüzde 25."⁽¹⁾

Aradan birkaç gün geçmişti ki bir haber daha:

"AB üyesi ülkelerde 7 bin 558 kişiye bir halk kütüphanesi düşüyor. Türkiye'de ise bir halk kütüphanesinin bunun 7 katı nüfusa 50 bin 762 kişiye hizmet vermesi gerekiyor."⁽²⁾

Bu arada bir de kitapta okudum:

"Milliyet gazetesinin PİAR Araştırma Şirketine yaptırdığı bir araştırmaya göre halkımızın yüzde 96,5'i dergi ve kitap okuyor."⁽³⁾

Türkiye'de bir yıl içinde basılan kitap sayısının Japonya'da bir günde basıldığı da bilinmektedir.

Bu haberleri okudukça çelişik duygular yaşadım. Baro yayınlarının az okunmaları ve hatta naylon torbalarını bile açmayan meslektaşlarımızın olması nedeniyle duyduğum üzüntüm azaldı. Demek ki ulusça yeterli okumuyoruz, diyerek kendi adıma biraz teselli buldum. Öte yandan ise içten içten üzüntümün arttığını duyumsadım.

Çünkü, yeterli okumamamızın sonucu geri kalmışlıktan veya az gelişmişlikten, dolayısı ile yoksulluktan kurtulup, çağdaş uygarlığa, varsıllılığa erişmemiz olanağı uzak görünmektedir. Yukarıda haberlere konu olan AB ülkelerinde kişi başına düşen yıllık milli gelir 40-42 bin YTL iken, ülkemizde yaklaşık 5 bin YTL olduğu acı bir gerçektir. Yani yaklaşık 8 kat

(1) ARI, Mehmet. Doç.Dr., *Milliyet Gazetesi*, 05.01.2006, Sanat Sayfası.

(2) YILMAZ, Bülent. Prof. Dr., *Cumhuriyet Gazetesi*, 14.12.2005, S:20.

(3) DEMİRTAŞ, Ceyhan. Ah Şu Biz Kara Bıyıklı Türkler, S.213.

varsıllar. Bu oranda da insan yaşam kalitesinin yüksek olduğu bilinmektedir. Yaşamın kolay olması bu ülkelerde insan ömür ortalamasını da geri kalmış ülkelere göre 15-20 yıl uzatmaktadır.

Araştırmacı toplumbilimciler: "Ülkede toplumu meydana getiren sosyal tabakalar, birleşik kaplar gibidirler. Bir sosyal tabaka ne kadar iyi durumda ise, diğeri de o kadar iyi; biri ne kadar kötü durumda ise diğeri de o kadar kötü durumdadır." derler.

Yukarıda verilen istatistik sonuçları elbette ki, toplumumuzun genelini kapsamaktadır. Genelin içinde avukatların diğerkatmanlara göre daha çok okudukları tartışmasızdır. Ancak, o ülkelerin avukatları ile kendimizi kıyaslarsak, bu genel okuma oranlarının biz avukatlar için de geçerli olduğunu sanıyorum. Sık sık söylenir. Bu ülkelerdeki avukatların çok çok etkin, çok çok saygın ve çok çok güvenilir kişiler oldukları... Üç ayaklı Yargı sacayağında Savunma ayağının gerçek anlamda eşit olduğu... Doğal olarak bizim de böyle etkin, saygın ve güvenilir olmamız özlenir. Atılan yayınlar içerisinde bir tanesi de: **"EVRENSEL BAKIŞ İÇİN AVUKATLIK YASALARI – I"** ⁽⁴⁾ adlı baromuzca yayımlanan kitap. Biliyorsunuz bu kitap, Alman, Fransız, Macaristan, Norveç ve İngiltere avukatlık yasalarının tercümelerinin derlendiği, kalıcı, örnek bir çalışmadır. Bu kitabın bile okunmadan atılması düşündürücüdür.

Bir habere göre de: **"Hukuk eğitiminde yine karanlık tablo. Bir süredir tartışmaların odağında olan yargıda 'eğitimde kalite' sorunu son hakimlik sınavıyla yine gündeme geldi. 2 Kasım'da yapılan adli yargı hakimlik sınavı sonuçlarına göre başarı oranı %13.7'de kaldı."**⁽⁵⁾ Yani, % 70 barajını aşan aday sayısı yaklaşık 14 kişi. Bu sınavlara girenlerin büyük çoğunluğunun avukatlar olduğu gerçeğini gözden uzak tutamayız.

Gazete köşe yazarlığı yapan bir meslektaşımız, bir yazısında önemli sorunlarımızdan birini şöyle dile getirmektedir:

"Ülkemizde konuma, hiyerarşiye ve otoriteye verilen önem nedeni ile, avukatlık mesleği saygınlık açısından sıkıntılar yaşamakta bu durumda, yargı sisteminin sağlıklı işleminin, savunma hakkının ve hak arama özgürlüğünün önünde büyük engel oluşturmaktadır."

"Avukatın sadece varlığıyla devletin yargılama yetkisine, insan

(4) CENGİZ, Serkan. Avukat.

KOÇ, Figen . Avukat.

KÖKSAL, Sevdije. Avukat.

SEYREK, Mehmet. Avukat. İzmir Barosu Yayınları, Ekim-2004.

(5) Vatan Gazetesi, 23.12.2005, S:17.

hakları ihlallerine gitmesini önleyen bir niteliği vardır. Avukat hukuksal sürecin başından sonuna kadar uyuşmazlığın yanları için bir çeşit psikologdur. Bu gün avukatlar görevlerini yaparlarken öyle bir noktaya getirilmişlerdir ki, her uyuşmazlıkta müvekkilleri ile birlikte mesleklerini de savunmak zorunda kalmaktadırlar. Ne yazık ki, mesleğini savunmaktan vazgeçen avukatlar, saygınlık sorununun daha da büyümesine hizmet etmektedirler.”

“Biz eğilmedikçe, dik durdukça, ayağa kalktıkça hakkımızı arayıp yetkimizi kullandıkça bu sorun çözülecektir. Hak arama özgürlüğünü temsil eden meslek grubu olarak, avukatlar bunu herkesten önce yapmalıyız.”⁽⁶⁾

Meslektaşımızın bu iyi niyetli önerisini yerine getirmemiz ve başarımız için öncelikle bilgili olmak, kendimizi yetiştirmek zorundayız. Çözüm kendimizdedir. Önce kendimizi yenileyeceğiz, sonra yakındığımız sorunları düzelteceğiz. Aklın ve bilimin yol göstericiliğini egemen kılan laik, demokratik, sosyal hukuk devrimlerini yaşama geçiren Fransız, Sovyet, Küba ve benzeri devrimlerde en önde avukatların oldukları unutulmamalıdır. Bizde de ilk öncüler İzmir Barosu ilk Başkanı Bekir BEHLÜL, Balıkesir Barosu Kurucu Başkanı İbrahim Ethem AKINCILAR, Mustafa NECATİ, Mahmut Esat BOZKURT ve nice adını sayamadığımız meslektaşlarımızın önderlikleri henüz belleklerdedir.

Tarih göstermektedir ki, bilgi sahibi olmadan, fikir sahibi olmadan bu idealler gerçekleştirilememektedir. Bilgili ve fikirli olmak ise en çok okumakla sağlanmaktadır. Çünkü, her yazılandan mutlaka alınacak birçok bilgiler vardır. Her yazılan saatlerce, günlerce hatta yıllarca düşünülerek, araştırılarak yazılmaktadır. Bir yazarın günlerce emek verdiği yazısını birkaç dakikada veya kısa bir sürede okumuyor muyuz? Okuyan için bu ne büyük bir kazanç? Ama yine de çok çok az okuyoruz, dolayısı ile de kazanmıyor, kaybediyoruz.

Yazarlarımız, araştırmacılarımız, çizerlerimiz ve Yayın Kurulunda çalışan meslektaşlarımız, az okunacağını bildikleri halde, baro yayınlarını büyük özverilerle hazırlayıp sizlere sunmaktadırlar. Salt okuyan meslektaşlarımıza hizmet olsun diye... Kendilerine üretimleri için, sizlere okuduğunuz için içten teşekkürlerimi sunuyorum! Daha iyi, daha güzel ve daha gerçekçi katkılarınızı sunmaya devam etmenizi bekliyor ve diliyorum.

(6) ÜLKÜ, Murat Fatih. *Avukat, Ekspres Gazetesi, İzmir, 19.12.2005, S:5.*

Karı Koca Arasındaki Mal İhtilafı Katkı Payı Alacağı/Tazminatı

n Lütfi KILIÇ(*)

I. BÖLÜM

Konu İle İlgili Genel ve Temel Saptamalar...

Ülkemiz ve Hukukumuzda yadsınamaz ama bilinen bir gerçektir ki, “Ailenin asıl/temel bireyleri eşlerin (Karı-Koca'nın); önce mal edinimlerinde ve sonra paylaşımlarında veya bir maldan hak istemlerinde” sıkça ve önemli anlaşmazlıklar olmaktadır. Bunun giderim ve çözümünün güçlüğü, özellikle “kanıtlama ve kesin belirleme” açılarından fevkalade zor olduğu da açıkça ortadadır. Ne gariptir ki, yıllardır bu yöndeki anlaşmazlıklar sürdüğü halde bu yöndeki “özel ve kesin çözümü sağlayıcı düzenleme ve hükümler” de konulmamış, istenildiği kadar bulunamamış veya yetersiz şekilde -genel ilkelere bağlı, her olayda farklı kanaate dayalı- sürdürülmüştür... Bu konuda bizzarur, her olayda ve her yerde veya her uygulamada değişen, -hatta belki de- her yargı kararında genel/ temel esaslardan hareketle farklı şekillerde yorumla ve takdireni işi sonlandırma yoluna gidilerek, bir bakıma içtihat hukuku ile sorunun çözümü sağlanabilmiştir- Keza bu konuda mutlak bir kesinlik olmadığı, hukukçular, hakim ve avukatlar ile sair ilgililerin de kesin ve sabit bir bilgi/kanaat sahibi bulunmadıkları ve her olaya göre çözüm üretme durum ve zorunluluğu olduğu da, sorunun diğer bir gerçeğidir... (Bu bağlamda, önemle değinelim ki, yapacağımız tespit ve açıklama ile önerilerin de -olayın mahiyeti özelliği bakımından- “mutlak, kesin ve de sınırlı olmadığı/olamayacağı, ama çözüm için, gerçeğe yakın pratik bir çözüm ve adil denge sağlayacağı” da kabul ve takdir edilme konumundadır...)

(*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

İşte bu nedenlerle, eşler (karı-koca) arasındaki (mala katkı, maldaki iştirak ve buna bağlı alacak/tazminat hakkı ve istemi) -kısaca **“katkı payı alacağı”** konusunda; Genel ve yasal ilkeler ile uygulamaya dönük içtihat ve tespitlerimiz/önceki Bilirkişilik Raporlarımızdan elde edilen veriler ve edinilen bilgiler yanında, çözüm için üretilen kendi yöntemimize bağlı ölçütlere dayalı olarak -olabildiğince istikrara kavuşturabildiğimiz ve kalıplaştırabildiğimiz- tespit ve düşüncelerimiz olmuştur. Bir kısım meslektaşlarımız ile de bu tespitlerimizi paylaştık. İşte burada, bu konudaki düşünce ve kişisel saptamalarımızı arzetmenin ve ilgilenenler ile paylaşmanın yararına inanarak bu yazı dizinini hazırlamayı uygun ve yararlı gördük...

(Öncelikle ve özellikle bu yazımız ve açıklamamızda bir hususu / biçime ilişkin bir durumu dikkate sunalım ve belirtelim ki;

Bu yazımızla bilimsel bir tez belirtimi veya kesin bir doğruluk varlığının tespiti iddiasında değiliz. O nedenle; konumuzdaki irdeleme, saptama ve düşüncelerimizin sunumu; “bilimsel şekle bağlı değil, yani dipnot ve başkasının görüşlerinden alıntıları belirtme veya şu hoca bunu demiş, bu yazar şu kanaatteymiş... biçiminde değil - uygulamada/pratik açıdan daha çok etkili olacağına inandığımız için,- “kendi deneyim, tespit ve düşüncemizi düz/yalın anlatım şeklinde” basit olarak yazmayı ve öylece sunmayı daha uygun ve daha yararlı gördük. Bu bağlamda, “sadece uygulamaya dönük, 40 yıllık bir uygulayıcı düşüncesi, çözüm üretici ve sonuç sağlayıcı” şekilde ve bu amaçla, -ama temelde uygulayıcılara kolaylık sağlama düşüncesi ile hareket edilmiştir. Ve de, kendimizce “somut öneri ve ölçütler koyarak basit ama ülke gerçekleri ile karı-koca yaşamında varolan/ yaşanan / uyutan/ uygulanan, hemen herkesin, her ailede-çevresinde gördüğü/ bildiği/, hakkaniyet ve adil denge ve evliliğin kutsallığı/ devamı inancı, hakbilirlik/ kadirbilirlik gibi “temel olgularına” göre ürettiğimiz ölçütlere bağlı olarak sağlanan “pratik hal tarzı”nın sunumunun yapılmasına ve düşünce paylaşımının sağlanmasına çalışılmıştır... Ve de açıklamalarımız *“ancak- özetin özeti şeklinde” yapılabilmiştir...*)

II. BÖLÜM

KATKI PAYI “DAYANAĞI VE DAVA AÇILABİLME” OLGUSU

Temel kuraldır ki; “Her eş, diğer eş’te bulunan mallarını geri alabilir.. (Türk Kanunu Medenisi/TKM 186.vd-. - Türk Medeni Kanunu/TMK 226 ve ilgili ahkam..). Ancak, önceki yasamıza göre (özel bir anlaşma yok ise; mal ayrılığı prensibine dayalı olarak ve esasta; TKM. 4-634.- BK. 42-43-98 ve ilgili Md.leri) kapsamında. Yeni Yasamıza göre ise (TMK.202-227 ilgisinde ve 241. md. yedek süren ve bağlı / diğer) ilgili hükümlerine göre, bu yönde istem ve ifa mümkündür. Nitekim, 4722 Sayılı Uygulama Yasasının 10. md.de “TMK.nın yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında, bu ta-

rihe kadar tabi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde bir başka rejim seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar” hükmü getirilmiştir.

İşte bu bağlamda; hemen belirtelim ki, -kısaca **“katkı payı”** konusundaki istem ve davaların öncelikle **iki ana** Grupta **incelenmesi** gerekir.

A-) EDİNİM ZAMANI BAKIMINDAN AYIRIM

- *Birinci Grup:* 1.1.2002 DEN ÖNCE AİLE BİRLİĞİ DEVAM EDERKEN EDİNİLEN MALLAR: -Kuşkusuz boşanma durumunda- eski 743 Sayılı TÜRK KANUNU MEDENİSİ (TKM) ve TÜRK BORÇLAR KANUNU (BK) hükümlerine göre irdeleme ve çözüm kapsamındadır. Çünkü, bu tip konular yeni yasanın 2. Kitabında yer almamıştır... Bu nedenle anılan hak davası (BK ve genel hükümlere göre ve Asliye Hukuk Mahkemesinde görülebilir.- YG 20. HD. 2004/7301-6720 sayı ve 28.6.2004 günlü ve aynı mahiyette, 20.HD 2004/8069-7808 nolu Kararları).

- *İkinci Grup ise;* Yeni MK Yürürlüğünden sonraki durumda, kuşkusuz bağlandıkları mal rejimi kuralları dikkate alınıp-uygulanması ile, 4721 Sayılı TÜRK MEDENİ KANUNU (TMK) ve yine TÜRK BORÇLAR KANUNU (BK)’NA GÖRE göre inceleme ve çözüm durumu vardır...

B-) EVLİLİK BİRİĞİ DEVAM EDERKEN DAVA AÇILABİLMESİ;

Temel ilke olarak “boşanma olmadan” katkı payı alacağı/tazminatı davası açılamaz. Ancak;

- Birinci Grup Mallarda; katkı payı davası evlilik içinde ve ayrılık kararında dahi, yani boşanma kararından önce icrai nitelikte olamaz...

- İkinci Grup Mallarda; Evlilik devam ederken/evlilik içinde dava açılmaz. Ancak- kanaatımızca- Yeni Yasa kapsamında “Yasal ayrılık/kararı” halinde ve ayrıca mahkemece “tedbir kararı” niteliğinde veya “mal rejimi değişikliği kararı” halinde ve doğal olarak “boşanma sonrası” da katkı payı ile ilgili dava açılabilir...

C-) KATKI ALACAĞI İÇİN KONU EDİLEBİLECEK MALLAR/VARLIKLAR:

Eşlerden birinin, herhangi bir malın veya varlığın ediniminde (tamamen veya kısmen katkısının olduğu ve bunun karşılığının alınması veya iadesinin sağlanması) yönündeki istemi bu tür davaya konu edilebilir. Kaldı ki;

Eşler arasında hangi mal rejimine geçme olursa olsun, Önceki/eski, mal rejimi tatbik edileceği için, bu konuda ve bu bağlamdaki hangi cins dava, mesela; Katkı Payı Alacağı, Katılma Alacağı, Değer Artış Payı Alacağı veya Tam Tasfiye Alacağı konulu davalar açılmış olursa, yine bu döneme yönelik İçtihat ve Yasa Hükümleri uygulanması gerekecektir...

Bu davalara konu edilebilecek mal/eşya/varlıkları “tamamen, mutlak ve kesin olarak saymak ve sınırlamak” mümkün değildir. Ancak bu konuyla ilgili ve -sıkça ihtilaf ve davaya konu edilen- ve özellikle Yargıtay HGK ve İlgili Dairelerinden verilen Karar/İçtihatlarıdaki örneklerle dayalı olarak -bazı varlıkları ve ilgili bir kısım kararları burada belirtmeyi yararlı görmekteyiz. Şöyle ki;

- Bilezik bozdurup, taşınmaz alımında kullanımında/katkı oranı saptanmalı -dava günündeki değer belirlenmeli, belirlenen katkı oranı kadar istek gözönünde bulundurulmalı. HGK. 2.7.97-2/366-624.

- Geçim parası için Eşe verilen para (birikim/alım/saklanma için verilmediğinden) geri istenemez. HGK. 16.4.97-2/88-340.

- Zararın GERÇEK miktarı kanıtlanamamışsa, hakkaniyet ölçüsünde uygun miktar verilmeli- HGK.2.4.97-2/10-275.

- Katkıda AMAÇ verilen paranın geri verilmesi değil ise, katkının dava günündeki karşılığı verilir. HGK. 12.3.97-925/192.

- Mah. dışı ikrar tanıkla kanıtlanabilir. Bu durumda tamamlayıcı yemin/ikrar edene verilmeli. HGK. 16.10.96-2/491-685.

- Kadının ziynetlerini satıp, kocasına vermesinde, alınan mala mülkiyet amacı vardır/kabul gerek. HGK 9.10.96-2/406-672,

- Davacının Hastalığı için altınlarının bozdurulmasında, -geri istememek üzere kendisince bozdurulduğu kanıtlanırsa, hastalık için bozdurulan altınlarla ilgili açılan dava reddedilmelidir. HGK. 8.11.1995.2-931.

- ZİYNETLERDE kanıtlama yükü kadına aittir. Kadın ziynetlerinin görülmesine engel olduğu ve zorla elinden alındığı veya daha önce de götürme fırsatı yakalayamadığını kanıtlamalıdır. HGK. 18.5.1994.2/110/341

- ZİYNET; Hastalık için harcanan ziynet bedeli kocadan istenebilir. 2HD 18.10.01-2162/14080.

- Ziyet/KOOP ödemeleri için ziynetlerin ödeme tarihindeki değerleri ile, evin sürüm tarihindeki değeri belirlenerek oranlanmalıdır. 2.HD.4.10.01-11704/13184.

- Davacı ödemesinin tüm ödemelere oranı belirlenip, evin rayiç değerinden oran karşılığı alınmalı. 13.9.01-10178

- ZİYNET, emaneten takılma kanıtlanamazsa, bunlar kadına hediye sayılır, istenemez. 2HD 10.9.01-10022/11370.

- ORTAK HESAP, banka hesabında muhtelif isimler adına MÜŞTEREK parada, hisse belirtilmemişse EŞİT paylaşılır. 2 HD 3.7.01-8859/10418.

- Paranın daire alımı için gönderildiği kanıtlanmalıdır. 20.6.01-6641/9667.

- Koca altınlar ile motorsiklet almışsa, evlilik sırasında alınan motorsiklet için kocanın bozdurduğu altınlar koca tarafından ödenmek zorundadır. HGK. 11.5.1994, 2-31/331

- Davacıya miras yolu ile geçen taşınmaz karşılığı alınan koyunlara yarılar birlikte bakıyor ise üreyen koyunlardan davacı eşin payı verilmelidir. HGK. 16.2.1994 2-825/63.

-BAĞIŞTAN dönme nedeni ile tapu iptali isteme koşulları varsa davacının taşınmazı önceki malikinden bedeli ödeyerek kendisi satın almasına karşın davalı adına kütük olmuşturulmuş olsa bile bağıştan dönme nedeniyle tapu iptali istenebilir. HGK 26.2.1992. 2-50/128

- Ev dışında alınan mallara da katkı belirlenmelidir. -HGK 3.11.99-2/870916

- Ziyetlerin miktarı, bozdurulması tarihi ile mal alım tarihi ayrı ayrı belirlenmelidir. -HGK 13.10.99-2/691-838.

- Eşyaların cins ve birim değerleri ayrı ayrı gösterilmeli. -HGK. 11.3.99-2/222-219

- Ortak/müşterek hesap/payından fazla geçen yan, diğerlerine borçlu duruma girmiş sayılır. -HGK 11.2.98-2/40-75

- Davalının tanık yanındaki (altınları aldığına dair sözleri) dava kabulü için yeterlidir. -HGK. 8.10.97-2/490-772.

- ALTIN; Davacı evden dövülerek ayrılmış ise dövülerek evden ayrılan kadının altınlara yönelik istemi kabul edilmelidir. Y.2.HD., 01.02.2002 T.E.89.K.953

- Arsa alımına katkı altınların arsa alım tarihindeki değeri ile arsanın alım tarihindeki değerine göre katkı oranı belirlenmelidir. Y.2.HD, 31.01,2002 T.E.17360.K.848

- ALTIN: Ev yapımı için bilezik verilmiş ise ev yapımı için verilen bilezikler katkı oranının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Y 2.HD.28.01.2002 T.B. 17587. K.579

- Kadının sürekli iş yerinde çalışması kadının sürekli olarak pastane ve dondurma işinde çalışıp pasta ve dondurma imal etmişse katkı oranının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Y.2.HD.28.01.2002 T-E. 17675.K.578

- DÜĞÜNDE kocaya takılan para, kadına bağışlandığı ispatlanamaz ise, istenmez- 2.HD.22. 1 .02-1708/258.

- İNFAK: Geçindirme yükümlülüğü karşılığı indirilmelidir. 2.HD-6.11.11-11764/15369

- Erkeğin özel kullanabileceği eşyalar kocaya hibe edilmiş sayılır. 29.5.01-6938/8385.

- Kadın ve babası tarafından çekilen kredi, bina yapımında katkı olarak kabulü gerek. 29.5.01-4627/8374
- Karı koca arasında, öncesi senede bağlananmışsa, senedin aksi tanıkla kanıtlanamaz. 28.5.01-6838/8281
- Koca ve babası, müşterek muaraza çıkanyorlarsa/eşya veya altınları gelinden iş ve elbirliği ile almışlarsa, koca ve kayınpeder, birlikte sorumlu olurlar. 24.5.01- 6669/8103 ve 6454/8083.
- ZİYNET/EŞYA: Eşyanın marka, miktar ve niteliği açıklanmalıdır. 17.5.01.6100/7681
- Varlığı belirlenmiş ama kime ait olduğu kanıtlanmamışsa, ortak sayılır. 30.4.01-5145/6834
- OTO; oto alım ve koop. ödemesine katkı infak ve iâşe nazara alınarak belirlenip, oranlanmalı..., 24.4.01-2896/6448.
- Kat çıkılmışsa, katkısı istenebilir... 24.4.01- 2759/6443
- Katkı bedeli, her tür kanıtla kanıtlanabilir. 24.4.01-2710/6441.
- ZİYNET; kadın, olağan koşullarla evden ayrıldı ise, ziyneti almış sayılır. 16-4.01-4648/5963
- Ev alımında miras payının kullanıldığı tarihler uyarsa kabul.../koca aksini bedel kaynağı ile kanıtlar. 12.4.01-4096/5700
- ORTAK HESAP; ortak hesabın, kadının isteği olmadan davalı ile onun ana-babasına aktarılması, davacı kadının yarı payına ait hakkını engelleyemez. 15.3.01/- 2204-3926
- Çalışılan döneme ilişkin belgeler istenilerek, katkı belirlenmeli... 23.2.01-795/3073
- Tanıkların, davacıdan NAKLEN sözleri hükme dayanak olamaz. 16.2.00-15196/26B
- ORTAK hesap, payı belirtilmemiş ise ve aksi de kanıtlanmamış ise, esas olan pay eşitliğidir. 12.2.01-1455/2322
- Katkı dönemine ait bütün taraf gelir ve giderleri belirlenmelidir. 6.2.01-15048/1928
- Edinimden çok sonra para gönderimi, bu mala katkı olmadığıнын kuvvetli kanıtıdır. 29. 1.01-15688/1312
- ZİYNETLERİN, taşınmaz alımı için kayınpedere verilmesinde, bedeli kayınpederden istenebilir. 18.1.01-14939-653
- EL İŞİ ile yapılan katkı payı saptanmalıdır... 18.12.00- 14233/15977
- Koop. için boşanma tarihine göre 632 ödenmiş, tüm ödeme 3400 ise, dava günündeki değerin 632/3400 oranındaki katkı payı kabul edilmeli. 10.12.01- 16136/17399

- Birlikte yetiştirilen ineklerin yetiştirme gideri ortak katkıdır. 7. 12.00-13677/15387.

- HARÇLIK/geçim parası: işsiz kocaya verilen para BK.62/son, MK. 190 ahlaki bir görev ifası içindir, geri istenemez. 1.12-00-13467/15028.

- Fatura, tek başına mülkiyeti gösteremez. 23.11.00-12671/14673.

- Tanıklarla desteklenirse olur. 10.11.00-11708/13865.

- Bedenen çalışma değer ve katkı hesabında nazara alınmalı. 17.10.00-9324/12444.

- İş bırakılan dönemde, katkı yok sayılır. 9.10.00-10015/U876.

- Süt toplama ile katkı yardım görevini aşan bir katkı olmalıdır. 2.HD. 13.6.2000, 5038/7944

- Boşanma sırasında katkı olmaz boşanma kararının tebliğine rağmen davacının, davalının aldığı taşınmaz bedeline katkıda bulunması hayatın olağan akışına terstir. 2.HD.21.2.2000.796/2094

- Yurtdışından kadına gönderilen dolar dövizin hangi nedenle gönderildiği araştırılmalıdır. 2.HD. 15.2.2000.14215/1751

- KOOP.e emanetçi aracılığı ile katılma olsa bile, katkı payı karşılanmalıdır. 2.HD, 10.2.2000-1432/1574

- Yargı dışı İKRAR, tanık yanında başka emareler olmazsa hükme esas alınamaz. 13.5.99-3024/5095..

- Kadına ait evde, koca kombi takmışsa, bunun bedelini koca alabilir. 3.3.98- 259/2471

- KOOP. payının yarısının tescili istenmez ama parası tazminen istenir. 11.HD. 17.12.98-9635/8792

- ZİYNET ve PARA-EŞYAYI; evin geçimi için, gidere katılma için verildiğini koca ispat edemezse, kadın geri alabilir. 22.9.98-7313/9692

- Altınların, aile gideri için harcadığını koca kanıtlayamazsa, bedelini öder. 10.7.98-7376/8726.

- Kadının inşaat sırasında verdiği DM'ın dava tarihindeki karşılığı kadına ödenmelidir. 6.5.98-4249/5452

- Adi Ortaklık: dava tarihindeki değerine katkı oranı kadar istenebilir. 22. 1.98-13716/682

- ZİYNET, Evlenme için kadına alınan ziynet eşyaları bağış sayılır. 21.1.98-13615/619

İşte anılan hukuki ve fiili durum ile verilen örnekler muvacehesinde, inceleme ve tespitlerimiz (önce;- 1. Grup için ŞİMDİ) yapılmış, ve -SONRA Yeni Yasamızdaki durum- 2. Grup için, DİĞER /devamı yazmazda) hazırlanmaya ve açıklanmaya çalışılmıştır...

III. BÖLÜM

KATKI KONUSUNDA “HUKUKİ DURUM VE DEĞERLENDİRME”

A-) Edinim Şekli ve Konusu ile Tarihi:

Öncelikle şu hususa değinelimki, anlaşmazlık konusu taşınmaz edinim tarihinin- 1.1.2002 den önce olduğu, ama bu malın evlilik birliği içinde alındığı anlaşılmakla ve varsayılmakla, hukuken -olay tarihi ve niteliğine göre, yürürlükteki ve uygulanması gereken kurallar itibariyle- ilgili BK. ahkâmı ve 743 S. TKM.'ne göre, infak ve iâşenin kocaya ait olduğu, bunun karşılanması ve hesapta nazara alınması kabul edilmelidir.

B-) Katkı durumunun Değerlendirilmesindeki Genel/Yasal Esaslar:

1-) Oluş -Taraf durumu- edinim tarihlerine göre ilgili TEMEL YASA HÜKÜMLERİ:

Olayımızda “ taraflar arasında aranan özel şekilde bir mal rejimi mukavelesi” yoktur. O halde işin özü, uygulama hakkaniyet, yaşamın olağan akışı vb. durumlan ile mevcut kanıtların nazara alınması ve değerlendirilmesi ile oluşacak vaziyete göre sonuca gitmenin daha adil ve hukuki ve de gerçekçi olacağı görüşündeyiz. Bu bağlamda,- şu ana hükümler de gözönünde bulundurulmalıdır:

a)- B.K. 42. md.si “...Hakim, halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfi kan tayin eder.” Aynı yasanın 43. md.si ise “..Hakim hal ve mevkiin icabına göre tazminatın suretim ve şumulünün derecesini tayin eder.” demektedir. BK. 98.m.ilgisi de açıktır...

b)- TKM. 4. md.si “Kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hale ..göre-hakim, hak ve nasafette hükmeder,” ve 2. md.de ise “herkes haklarını kullanmada ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. -Bir hakkın suistimalini kanun himaye etmez..” demektedir.

c)- Kuşkusuz -bu tip olaylarda-TKM bilhassa taşınmazla ilgili 634. ve HUMK. -özellikle-293. ve 76. md.lerinin ilgisi de yadsınamaz...

Anılan yasa hükümlerinin açık ve emrediciliği karşısında, Yargıtay HGK’nun 2000/2-959 E.972 K. sayılı ve 7.6.2000 günlü içtihadında da tesbit edildiği üzere “...akdi ilişkinin sonuç doğuramayacağına ile davacının yaptığı tüm ödeme ve masrafların yani menfi zararın ve sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı uğranılan zararın yani müsbet zararın karşından istenebilmesi mümkündür... -kesin ispatı olası olmasa bile, zararın mahiyeti,oluşum ve gelişim ile taraf ilişki ve durumuna göre... hakim, zararın mahiyetine ve tarafların mali durumlarına göre uygun tazminata hükmedebilecektir..”

2-) Konu ile ilgili kararlılık kazanan -Bazı/Önemli-YARGITAY İÇTİ-HATLARI:

Evlilikte aksine bir mal rejimi akti yapılmamış ise, -bu kısım incelememi-ze mahsus ve eski edinimle ilgili olayımızdaki gibi- eşler arasında mal ayrılığı esasının geçerliliği kabul edilmiştir. Ancak mal ayrılığı halinde dahi, evliliğin devamında eşlerden birinin katkısı söz konusu olmasına karşın, yine de bu mal eşlerden sadece birinin mülkiyetinde kalmış ise veya kayden böyle görünüyorsa, katkıda bulunmuş olan tarafın kendi veya mirasçılarının “katkı payını, tazminat olarak isteme hakkına sahip olacağı” BK 96.-42- 43.-98.ve HUMK. 293. ve MK 4.-634 ve ilgili hükümleri sonucu ortaya çıkmakta olup, bu husus Yargıtay içtihatları ile de kararlılık kazanmıştır. Örneğin;

***- Yg. İBK 7.10.1953 tarih ve 7/8 Sayılı kararı:** “...yasal şekle uygun bir bağıtın var olmadığı hallerde, ..tapu iptali istemi olamayacağı, fakat- akdi münasebete muhalif hareket edilmiş olmasından kaynaklanan borcun/tazminatın istemini önleyen bir kanun hükmü de yoktur.” tespitini yapmıştır..-Bu bağlamda,- Yg.H.Gn.K.nın 28.9.1994 tarih ve 1994/2-47 E. ve 546 K. sayılı karar ile (...karı-kocanın birlikte ödeyip, birlik içinde, ailesi için iyi gelecek inancı ve amacı ile anlaşıl alnan, ama biri adına kaydedilen mal durumunda, aykırı davranmada menfi (ödeme, masraf vs.) ve müsbet (yerine getirmede uğrılan kayıp vs.) zarar istenebileceğini, değerlendirmenin, hayatın akışı, deneyimler, sürüm değeri hususlarının takdiri ile yapılabileceğini... belirlemiştir.

(Aynı yönde HGK.18.9.996/2-498 E. 595 K. yine, 3.2.999/256E 40K ve 7.6.2000 /2-959 E. 972K. ve ayrıca, 2HD.nin 24.12.981 gün ve 8155/8674 sayılı içtihatları) da bulunmaktadır. Yine,

***-Yg. HGK. 2.4.1997 tarih ve 1997/2- 7E-286 K sayılı Kararında;** "Eşler arasındaki, parasını birlikte ödeyip taşınmaz mal almak konusunda vaki anlaşmayı, taşınmazı kendi adına tescil ettirerek ihlal eden eş aleyhine tazminat istenebilir. Tazminatı taktir ve tayin ederken dikkat edilecek en önemli nokta, davacının mal varlığındaki azalmanın etkisinin giderilmesidir, tespitini yapmıştır. Hakim tazminatı para olarak belirlerken, akit konusu mal veya hizmetin dava tarihindeki sürüm değeri saptanır...)..Ve

***-HGK.nun 2-7.1997/2-366E. 624 K.nolu kararında da -özetle- (..bu şekil evlilik birliği içinde birlik devamı inancı ile alımda yapılan katkının bağış olmadığı, akde aykırılıkta, kıyas ile haksız eylem hükümleri uygulanıp, uğrılan müsbet ve menfi zararın istenebileceği..) saptanmıştır...**

İşte Anılan hukuki belirtilmelerden anlaşıldığı gibi, sonuçta yasal mal rejiminde tasfiye ve bağış söz konusu değildir. Böyle durumlarda, maddi katkıda bulunan eş ancak sağladığı katkıyı (verdiği parayı) dava tarihinden itibaren yasal faizi ile geri isteyebilir...

IV. BÖLÜM:

1. GRUP MALIN (EDİNİM VE KATKISINDAKİ) ÇÖZÜM ŞEKLİ:

* Bu kısım ile ilgili belirtildiği gibi, ihtilaf konusu malın edinim tarihinin Yeni MK yürürlük tarihi 01.01.2002den önce olduğu, bu nedenle aynı oranlı müşterek edinim uygulanamayacağı mal ayrılığı ve katkı payı esasının uygulanması gerektiği bu bağlamda "çalışma-kazaç-ödeme-birikim vs durumları-na göre katkının oranlamasının yapılması ve değerlendirilmesi" icabeder...

** Anlaşmazlık konusunun maldaki Katkı Payı ayırdımı için (tarafların evlilik ve edinim tarihleri arasında, gelirleri, önceki mal varlığı, elden çıkarm veya alımda da kaynak yönünden durumlarının tesbiti ile katkılarının olup olmadığı ve varsa oranlarının belirlenmesi...) noktalarında toplandığı bellidir. Diğer bir tanımla, ilgili dönemlerde: tarafların (Gelirleri, mal varlıkları, elden çıkardıkları varlık, taşanı/ile başkaca kazanç veya yardım vb edinim kaynaklarının, infak ve iâşe gideri ile dayanakları ve tüm bunların değerlendirilmesi ile katkı veya oranlarının belirlenmesi) de gerekmektedir.

*** Bir Somut olayda bu belirleme ve hesaplamalar; Dosyadaki durum meyanındaki Tarafların çalışma ve gelir/ kazanç/ birikim/ödeme vb. durumlarını gösteren kanıtlara/belgelere ve bunlardaki rakamlara göre olacaktır. *Ancak bu konuda "çalışma ve kazanca ilişkin, kesin açık miktar ve zaman bildirir resmi veya geçerli belgeler/dayanaklı bilgilerin" dosyada varlığı aranmalı, birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir..

V. BÖLÜM:

EŞ/KATKI PAYININ "ORAN VE MİKTAR OLARAK" BELİRLENMESİ:

- BAŞTANBERİ belirttiğimiz üzere ve bilindiği gibi, (somut katkı alacağı/tazminatı) konusunda "Mevzuatımızda kesin/sınırlayıcı / bağlayıcı Yasal bir ölçüt/ sabit kriter hükmü olmadığı için- ÇÖZÜM ve SONUÇ İÇİN Kişisel düşünce/tespit ve hareket noktamız bakımından açıklamak zorundayız ki:

KUŞKUSUZ ESASTA, -katkının tam, mutlak ve kesin olarak yapılabilmesi için-

- (gerek evlilik öncesi kazanç ve birikimleri ve bunların konu mala varsa sarfını)-(gerek; edinim ve dava sürüm günündeki değer artışı anılan kalemlerin kesin oranlamaları) yanında, -(gerekse taraflarla ilgili ve ayrı ayrı; sonraki kazanç ve ödemelere ait kesin miktarlı, zaman ve dayanak ile kaynaklarını açık olarak belirleyici "belgeler/kanıtlar" olması) gerekir.

Yani, karı-Kocanın ayrı ayrı (evlilik ve edinim dönemindeki çalışma süresi- kazanç- ödeme miktarı) kesin, gerçek ve belgeli olarak, birikimleri belirlenip, karşılığı oran ve katkı miktarı bulunabilir. ANCAK, işin özü ve niteli-

ği ve karı-koca arasında geçen, önceden hiç önemsenmeyen “bir mal alımı olayı olması” nedeniyle belirtmek zorundayızki; Açıkça görülen ve Herkesçe bilinen bir gerçektir, ÜLKEMİZDEKİ YAŞAM biçimi. örf-adet, saygı-sevgi gereği gelir- giderin belge altına alınmaması, özel ve RESMÎ kayıtların yok veya sağlıksız olduğu, kesin ve doğru belgeye bağlanmaması vb gibi oluşlar gerçeği karşısında,-maalesef- her kesimde ve özellikle aileler/eş ve çocuklar bağlamında “kesin zaman ve miktarlı bir tespit yapılması” imkansızdır. İşte bu temel gerçekler/ belirsizlikler sebebiyle sonuca gidilebilmesi için Bizzarur- tarafımızdan belirlenen “kalemlerden yalnız BİRİNE GÖRE, örneğin; salt çalışma süresine/yalnız kazanç kalemine/yahut sadece ödeme kalemine göre” sağlıklı bir tespit ve oranlama yapılması, kesin ölçüt konulması, doğru, adil dengeli ve gerçekçi olamamaktadır...

İşte bu temel ve gerçek gerekçeler karşısında, -ESASEN, MK..4 ve BK. 42.-43.md.lerin özü ve bunlara bağlı İçtihatlardaki tespitlerin sağladığı dayanak ve olanaklara bağlı kalınarak- ve de zorunlu olarak (Her iki taraf ile ilgili; önceki mal/birikimi çalışma-kazanç- ödeme- alınan yardım-giderler/birikim vb. KALEMLERİNin, sadece BİRİ/İKİSİ değil, TÜMÜNÜN kendi içlerinde ayrı ayrı oranlaması ve sonuçta toplamının “TAM BİRİM” kabulü ile taraflara isabet eden oranlamasının yapılması ve buna göre katkı karşılığı bulunarak sonuca gidilmesinin tarafımızca daha sağlıklı, daha gerçekçi, daha adil ve daha uygun bir hal yolu/şekli olacağı) düşünülmüş ve bu şekil uygulanması ile değerlendirmelere göre mukayeseler ve teknik hesaplaması yönüne gidilebilmiştir. Netice itibariyle Bu bağlamda;

Anılan TEMEL KONULARDAKİ ilgili görülen ve Kişisel Belirleme ile saptanabilen Değişik/Kalemlerdeki, GENEL KRİTERLER/ ÖLÇÜTLERİMİZ şöyle oluşmuştur:

A-) KATKININ “ORAN OLARAK” BELİRLENEBİLMESİNDEKİ ÖLÇÜTLER;

- Temel hareket noktası olarak esas alınması gerekmektedir ki;
- Tarafların her ikisiyle/davacı-davalı Eşler (Karı-Koca) ile ilgili olarak ve ayrı ayrı;
- Ve aşağıdaki her kalem için -çözüm ve sonuca gidebilmek amacı ile teknik hesaplama ve ölçüt belirleyebilme açısından,
- Yineleyelim ve vurgulayalım ki- her kalem (%100) TAM BİRİM kabul edilerek, taraf paylarına göre birbirlerine oranlaması ilkin; “her kalem için kendi arasında” ve ayrıca ikinci olarak; “bunların -her iki yan için aynı cins olan-bütün kalemleri içerir toplantının TAM BİRİM MİKTAR kabulü ile bu tam’a göre mukayesesi ile taraf sonuç/tüm katkısı/oranının” belirlenmesi ve nihayet her iki yan için saptanan bu son oranın “malın sürüm değerindeki miktarına” uygulanmasının yapılması, -çeşitli olaylarda-

gerçeğe daha uygun ve dahi adil denge sağlayıcı olduğu anlaşılmış ve gözlenmiştir...

Bu temel ilkeleye ilişkin tespitimizi oluşturan -ve tarafımızdan (Çeşitli olaylar ile ülke gerçeklerine ve bunlara bağlı çeşitli İnceleme ve Raporlanımızdaki) konulan/kabul edilen “Esas Ölçütleri oluşturan/ Kalem ve Tablonun” dayanak ve kalemleri ile kısa açıklaması aşağıdaki şekilde yapılabilir. Şöyleki;

1) Evlilik (Öncesi) süresindeki Taraf Mali Durum değerlendirilmesi:

Önce; Eşlerin/Tarafların-Evlilik süresi öncesi (çatışma ve varolan mal/mevcut/Birikim durumu) incelenmelidir. Yani her ikisinin de, kesinliğe yakın şekilde, -inandırıcı kanıtlarla- tespit edilebilirse, önceki mal/varlığı saptanmalı, bunlardan sonra, evlilik süresindeki azalan miktardan edinime sarfı da belirlenmesi halinde bunun ilgili eşe artı olarak nazara alınması ve her iki yan için mukayesesi yapıp, yüzdesi belirlenmelidir... (örneğin evlilik öncesi, evi, malı, birikimi vs...) Burada özellikle belirtelim ve ayıralım ki;

- Ancak anılan evlilik öncesi -varsa- saptanan eş/lerin malı/birikim/ varlığından, konu malın edenimi ve bedeli ödemesi için harcama yapılmış ise, bu miktar da o kişi lehine (ödeme kısmında) nazara alınır. Ayrıca, - eğer anılan mevcudundan (aile, eş ve çocuk) için yapılan zorunlu/ekstra/önemli sarf/harcama yapılmış ise o mal/miktar da (yan gelir, yardım/katkı kaleminde) ayrıca değerlendirilir.

2) Evlilik (Yasal ve Fiili devam süresi Dönemi) içindeki durum değerlendirilmesi:

a) - Eşlerin Çalışma/İş Yapma Süreleri);

Evlilik ve edinim ve de ödemenin devamı (taksitle alım veya kooperatif gibi aidatla edinme) halinde fiili ayrılık / boşanma tarihine kadarki dönemde;

- Eşlerden kadının- kocanın ikisinin de (örneğin ikisinin de memur işçi veya birinin işçi diğerinin memur/ücretli vd.) şekilde (çalışma süreleri; inandırıcı ve geçerli kanıt ve belgelerle saptanması halinde) ayrı ayrı ve toplamı belirlenerek mukayesesi/oranlaması yapılır ve yüzdesi belirlenir..

Burada önemle işaret edelim ki;

- İki taraf için (memur veya işçi yahut ücretli) çalışmaları/iş yapmaları sağlıklı kanıtlanırsa, her ikisi için çalışma süreleri oranlaması ile nazara alınır. Fakat;

- Her ikisinin de genelde çalıştığı (belgeler veya tanıklar yahut sair kanıtlar ile belirtilmiş) ve fakat ikisinin de (süre miktarı) belirtilmemiş ise, yahut birinin çalıştığı "süre miktarı" kesin tespitli/dayanaklı, fakat diğerinin çalıştığı gerçek ama süre miktarı kesin belirlenememiş ise, bu halde, hatalı ve adalet dışı bir tespit yapılmaması için, bu hallerde oranlama da mümkün olama-

yacağından, her ikisinin çalışma süresinin de bu kalemde değerlendirilmemesi uygun ve gerçekçi olacaktır. Ancak,

- Yalnız birinin çalıştığı sağlıklı belirlenir, diğerinin hiç çalışmadığı kesin anlaşılırsa, yalnız çalışan için lehine nazara alınır, hiç çalışmayan için nazara alınmaz. (Örn. Eşin biri memur, diğeri sakat çalışmaz veya işsiz koca veya evkadını) gibi.. Ancak, burada önemle dikkate sunarız ki; çalışmayan/işsiz erkek veya çalışmayan/evkadınının esasta ve doğal olarak katkı hakkı vardır ve sonuçta bu nazara alınacaktır. Ancak, bizim buradaki belirtimimiz/demek istenilen, sadece bu kalemde “teknik hesaplama ve oran belirlenmesindeki bir ölçüt kısmında açıklama ve veri sağlanabilmesi” bakımından bu değerlendirmenin yapılabilme zorunluğunu belirtebilmektir...

b) -Çalışma Karşılığı Kazanç (Ücret/Maaş vs);

- Evlilik ve edinimi kapsayan süredeki eşlerin çalışması karşılığı ücret/maaş/ kazanç ve sair gelir durum ve miktarları - bu kalem'de- belirlenmelidir. Özellikle;

- Kadın ve erkeğin memur/işçi/ücretli çalışmaları karşılığı aldıkları miktarın (belgesi, bordro, makbuz, kayıt vb.) şekilde çalıştığı yerden sorulmalı, bilgi/belge istenmelidir,

- Mali ve içtimai durumları -kesin sağlıklı olmamakla beraber- zabıtaca yaptırılmalı, ciddi durum tespiti yapılmalıdır...

- Tanıkların görgüye ve kesin bilgisine dayalı beyanları bu konuda özellikle alınmalıdır. Ancak, taraf yakınlarının belgelerle ve diğer yabancı ama görgüye dayalı bilgisi olan tanıklarca doğrulanmayan, koruyucu ama inandırıcı olmayan beyanları nazara alınmamalı. Kuşkusuz ülkemiz gerçeklerine göre/tanıkların hissi tutumları iddia ve savunma gelişimi ve oluşumda değerlendirilmeli/elenmelidir...

Yine burada dikkate sunalım ve işaret edelimki; bu kalemdeki tüm bu tespitler sonucunda;

- Eğer eşlerin her ikisi için (Resmi/kesin/inandırıcı şekilde miktarlı) kanıtlı kazançları belirlenirse, tümüne göre, iki yan için oranlaması yapılır..

- Eğer yalnız bir taraf için gelir miktarı belirlemesi yapılır, diğeri için çalıştığı halde kazancı toplam veya kesin miktarlı yapılamazsa, bu durumda bu kalemde kazanç oranlaması yapılamaz..

- Doğal olarak, birinin çalıştığı ve kazancı resmi belgeli/kesin kanıtlı yapılmış, ama diğer eşin hiç çalışmadığı/ve hiç kazancı olmadığı kesin anlaşılırsa, elbette, bu halde, bu kalemde kazancı saptanana tam birim hakkı verilerek, hesaba dahil edilir.

c) -Konu Mal Edinimi/Alımı İçin Yaptıkları Nakdi/Ayni Ödemeler:

Dava konusu malın edinimi için verilen karşılık (özellikle bedeli için ya-

pılan ödemeler, mal ve nakiller) ayrı ayrı belge ve kesin kanıtlı olarak saptanır.

- Her iki yanın ödeme konusundaki belgeli miktarları, yani kısmi ödemeleri var ise, tüme göre oranlanır, yüzdesi belirlenir, her iki yan için nazara alınır...

- Eğer Yalnız bir taraf ödeme yaptı ve sadece bu yanın kesin belgesi/kanıtı var ise, yalnız o yan için tama göre yüzde belirlenir, diğer yan için bir artı konulamaz...

- Olaya göre, her iki yan için ödeme miktarı kesin belirlenmemiş ise veya salt "her ikisi de katkı yaptı gibi.." mücerret iddia veya tanık beyanı var ise, bu durumda, bu kalemde mukayese yapılmaması daha gerçekçi ve sağlıklı olacaktır.

d) -Diğer İlgili Alınan Borç, Kira-Hak Gelirleri ve Yardımlar:

Taraf eşlere, evlilik ve edinimi kapsayan dönemde; dava konusu mal edinimine/bedeline verilme durumundaki veya ona inzıam eden/ilgili olabilecek; 3. kişilerden, örn. ana-baba, akraba veya tanıdık ve yakınlardan/yabancılarından gelen/verilen/alınan gelen (mal, miras, hisse, faiz, yardım, kira, nakit, borç vb.) nitelikli varlıklarının ciddi ve inandırıcı kanıtlanması halinde, tespiti, ayırımı ve mukayesesi ile, edinimle ilgililerin katkıdaki değerlendirilmede nazar alınması uygun ve mümkündür.

e) Aileye-Kendi ve Çocuklarına Yaptıkları Giderler ve Birikimleri;

Bu kalemde kastedilen Normal- Kişisel-Kendi /Çocuğu ve Ailesi için yapılan zorunlu/doğal Gider ve Birikimleridir. Gerçekten, ülkemiz yaşamı, sosyal ve ekonomik koşulları, örf ve adet ile Türk aile yapısındaki yadsınamaz gerçekler ile mutlak uygulamalar göz önünde alındığında, -belki yasal açıdan hükmen yükümlü olunmadığı ilen sürülebilirse de-, -günlük yaşam ve koşullar gereği-

Bir Babanın (-infak ve iâşe borcundan ayrı ve- kişisel olarak, örn. sigarası, maçı, kahvesi, özel masrafları vs) için giderleri, aynı şekilde Bir Annenin (kişisel olarak, örn. makyajı, giyimi, sigarası, arkadaşları ile toplanması, özel masrafları vs.) için "mutlak ve vazgeçilmez- doğal şahsi giderleri ve bunlar için kazancı veya harçlığı yahut kendine verilenden bir kısmını ayırması, sarfetmesi bir gerçektir. Ayrıca, ana ve babanın,- infak ve iâşe konusundan ayrı olarak- Çocukları için (özel masrafları, örn. harçlık, yeme, gezme, giyme, kırtasiye, özel durum vs.. için evlatlarına yaptıkları) giderler vardır.. İşte, gerek kendileri, gerek aile, gerekse çocukları için yaptıkları diğer/aynı giderlerin, varsayılan, günün yaşam koşulları, yanların sosyal ve ekonomik durumlarına göre takdir edilen gider oranlarından kalan kısmının "Birikimleri olabileceği" kabul edilerek, karşılıklı oranlama yapılmalıdır. İşte bu bağlamda ve bu kalemde;

- Eşlerin kendi ve ailesi durumu ile işi, konumu, sosyal ve ekonomik durumu itibariyle, günlük yaşam ve hayatın olağan akışı gereği, normal ama zorunlu olarak yapacağı değinilen giderler yönünde, kazancından (kendi için %...+ çocuğu/ları için %... ve yükümlü olduğu/olmadığı aile infak ve iâşesi için %.. bir miktar olmak üzere) bunların toplamı %.. miktar gidere ayrılmakta, kalan/ birikintinin %.. miktar olabileceği takdir edilmiş ve varsayılarak katkıda nazara alınması uygun bulunmuştur.

(Bu kısımda özel bir açıklama getirelim ki; Önce TKM (152. md) ye göre, kocanın yükümündeki infak ve iâşe durumunun takdiri ve nazara alınması... bunun yanında, ülkemiz gerçekleri ve aile yaşam gerekleri bakımından, bu kalemde kadının da, -infak ve iâşe de kanunen yükümlü ve zorunlu olmakla beraber, evine ve ailesine aynı nitelikte yaptığı/yapma durumunda olduğu, örneğin eve örtü ve mutfak eşyası alma, bazı yiyecek-temizlik vb. eşyaları almak gibi gerçekte olan gider hususunun da bir miktar takdiri gerektiği ve bunun uygunluğa açık olmakla, nazara alınması ve kabulü uygun görülmüştür...) Ayrica;

f)- Normal Dışı- *Müşterek Çocuğa /Eşe ve Aileye Ekstra Ödemeleri:*

Yine yaşamın akışında, aile birliği ve fertleri için, isteyerek veya istemeyerek (olağandışı/büyük giderler eşlerden biri veya ikisi tarafından) yapılmış olabilir. Örneğin; çocuğa kolej, kurs, servis vb. giderleri, spor için ayırmalar, kendi veya yakınları için hastalık, tedavi, kaza vs. hususlarındaki büyük giderler, ev ve araba için yapılan ekstra giderler vs gibi, kısaca olağandışı olarak evi -ailesi- kendisi çocuğu, yakınlarına veya ailesine “fevkalade olaylar ve ekstra ödemeler yaptığına” ilişkin bir iddia, istem varsa, bunların ciddi ve inandırıcı kanıtlanlaması ile lehine yapan tarafın biri veya ikisi açısından katkıda lehe nazara alınmasının hukukiliği ve gerekliliği de yadsınamaz.

3)- Evlilik ve Edinim Döneminde Eş/Eşlerin Edindiği (Başka Mal/varlık ve Birikimleri):

Tarafların (evlilik ve edinim ödeneminde, konu maldan ayrı olarak) eşlerin kendi adlarına -varsa- aldıkları mal/değer/varlık/mevcutlarının) saptama ve değer mukayesesi ile, kazanç ve birikim bakımından, katkı dışı olarak aleyhlerine nazar alınması/bir bakıma mahsuben değerlendirilmesi gerekir... (Kuşkusuz bunlardan edinim için, bedel için satım ve çıkarım varsa, yukarıdaki kalemde değinildiği üzere, kendi lehine artı olarak nazara alınacaktır...)

(Burada yine dikkate sunmalıyız ki; fiili ayrılık veya boşanma günündeki, varsa tarafların “halen mevcut ve mal, hak-birikim veya nakitlerinin, evlilik öncesi veya evlilik süresindeki edinimler nazara alınarak toplamı ve kalanı belirlenip” dikkate alınarak, edinilen/dava konusu maldan ayırımı yapılmalıdır..)

4-) Katkının "Kanıtlanmasındaki" Şekil ve İnanırlılık/Güvenilirlik Durumu:

Katkı istem ve iddiası, yasal her tür delille kanıtlanabilir. Ancak, tekrar vurgulamak zorunda kalınmıştır ki; kuşkusuz tüm bu kalemlerdeki iddia ve olguların bunların (kayden/belgeli-kesin kanıtlı veya inanılır başka şekil ve tanıkla vb. şekilde) hukuki ispatının yapılması gerekir. Anılan kalemlerdeki saptamalar, “kanıtlı- inandırıcı- ciddi ve gerçek ile taraf ve oluş durumlarına, yaşam ve gelişime uygun ve kabul edilebilir” nitelikteki olgulara göre yapılmıştır. Kuşku veya salt/mücerret iddia-savunma yahut tahmini ve dayanak-sız, olay ve gelişime ters veya uygunsuz, ciddiyetten uzak. Yanların yaşam, sosyal ve ekonomik durum meslek ve iş durumlarını uymayan, anormal sayılabilecek varlık beyanları nazara alınmamalıdır. Zira aranan, “eşlerin birlik devamı inancı ile aldığı/verdiği/gerçek -iyiniyetli katkısının” belirlenmesi ve geri alınmasıdır.. Yani sonuçta “hukuken, yeterli ve geçerli ispat” aranmalıdır. İşte bu nedenlerle, “kastedilen amaç ve işin özü” bakımından;

Bu kanıtlamalar; örneğin tapu, banka ve resmi kurum kayıtları, maaş bordro ve ticari belgeler ile, birbirine uyumlu, tarih itibarıyla takip ve ilgisi uyumlu intikaller ve hukuki eylemler ile, fevkalada olaylar hastalık, tedavi, ekstra ödeme, seyahat, kaza, ceza, bağış, ikramiye, çalınma vb. sevindirici veya üzücü şekildeki (kendileri/ailesi ve yalanları ile ilgili olay ve bunlara yapılmış ise sarf durumlarının veya her olayın özelliğine göre diğer anormal durumlarla ilgili gider/gelir yaratıcı olguların uygun şekilde kanıtlanması aranmalıdır...

Burada işaret edelim ki, taraf tanıklarının (şu kadar borç verildi, şu takılar satıldı, şu mallar harcandı, şuradan miras geldi, şu hediye verildi vb. şekilde verdiği beyanlarla ilgili olarak, konu mal edinim zaman ve miktarı ile ileri sürülen beyanın uyum ve örtüşmesi ilgisi, olayın gelişimi, oluş, iddia ve savunmadaki beyanlarla ve belgelerle uyumu sağlanmalı, teyit ve itimam edici, mümkün, ciddi ve inandırıcı... niteliklerde) olması istenmeli, aranmalı ve irdelenmelidir...

Bu durum da, ancak kanıtlanabilen “kalemlerdeki durum ve miktarın kabul edilmesi -oranlamaya dahil edilmesi- mukayesesini- tama göre yüzdesinin belirlenmesi- toplamda nazara alınması” gerekir ki, bu temel olguya olabildiğince uyulmalıdır... Bundan sonra, kabul edilip saptanan miktarların (her iki yan için tam birim kabulü ile, bu tama göre saptanan paylarının tüme oranlanması ile) hak ve durum tespiti yapılması uygun olacaktır. Ki böylece saptanan oranda konu mala katkı yapması normal, mümkün ve uygun görülebilir...

B-) KANITLAR VE TARAF DURUMU DEĞERLENDİRİLMESİ İLE KATKININ “MİKTAR OLARAK” BELİRLENMESİ:

1-) Yukarıda olabildiğince detaylı olarak değinilmeye çalışılan “çalışma

ve kazanç durumu” verileri ile, sunulan kayıtlar/belgeler ve şahit beyanları ile bu konumuzla ilgili tüm kanıtların irdelenme ve değerlendirilmesi sonucuna göre;

- Davacı ile davalının eşlerin/tafafların beyanlarına göre (evlendikten sonra evlilik süresinde, konu malın doğrudan alım/taksitle veya kooperatiften edinildiği, ancak taşınmazın yalnız bir eş adına kayıtlı olduğu) anlaşılmalıdır. Evliliğin birliktelik ve güven ile zorlukları birlikte karşılama durumu ve inancı yadsınamaz. Birikimler dayaksız olmaz. Kuşkusuz -tafafların başkaca bir varlık veya büyük gideri / yatırımı olup olmadığı da irdelenmelidir. Ayrıca, “konu malın/evin, evlilik birliği içinde birlik amacı için karşılıklı güvenle birlikte edinildiği” sonucuna varılmalıdır. Bu saptamaya bağlı olarak;

Tarafların çalışma ve ücret/maaştan veya kazançları yönündeki belge ve bilgilere göre ve bunlara itibarla; -tafafların içtimai durumlarına göre-konumu/çalışma ve yaşamları itibariyle-HEM (davalı-kadının kendi ve çocuğuna özel ve zorunlu gider ile bunun kazanemden indirim ve kalan birikim veya katkı miktarını) yine, HEM davacı-kocanın da hem kendi, hem MK. kapsamında aile ve çocukları için iâşe ve gider indirimden kalan birikimi ile katkısının) belirlenmesi veya mukayesesi yapılması uygun ve hakkaniyet gereğidir. İşte böylece, zorunlu olarak, açıklanan mevcut kanıtlara göre; takdire ve ülkemiz yaşam ve genel durum itibariyle, her iki yan için olağan o zorunlu gider değerlemesi ve oranlaması yapılmalıdır. Şöyle ki;

2-) Yukarıda (V.) Bölüm, (A) Kısım, (1-2-3-4.) Maddelerinde- olabildiğince- açıklandığı üzere, sonuç değerlendirmeyi sağlayabilme bakımından ve o esaslara göre;

a) -İLK ÖNCE; anılan Bölüm, Kısım ve Maddelerdeki kalemlerden,;

(Çalışma Süresi Yönünde Belirleme. - Taraflara İlişkin Ücret/Maaş/Sair Gelirli Kazanç Yönünde Belirleme, - Konu/Edinilen Taşınmaza Ödeme ve masraf durumu. - Sair İlave Gelir/Yardım vb. Katkı Durumu. «Müşterek Çocuk /Eş/Aile için Normal Dışı/Ekstra Ödemeler. - Tarafların Normalde (Kendine-Çocuklarına ve Aileye Gideri ile) Kalan (Birikim) Nisbetleri, - Evlilik ve Edinim Dönemlerinde Edindikleri Başkaca Mal/Varlıkları...) hususları

yukarıda açıklandığı tarzda ve ilgisi konularak “kalem kalem belirlenen” verilere göre saptanmalıdır. Böylece, tarafların katkısı ile bunun karşılığı (davalının mal varlığındaki azalma ve tazminat miktarının konu malın dava tarihindeki sürüm değeri esas alınarak) ve de toplanan deliller, taraf sosyal ve ekonomik durumları ile (oluş, gelişim ve hakkaniyet) ilkeleri de göz önünde bulundurulur. Bunun sonucunda,

b) -İKİNCİ OLARAK; Her iki Yan için değerlendirmeye esas olabilecek ve nazara alınabilecek kalemler içinde (mukayese ile Eşlere isabet eden oran/yüzde) belirlenir.

c) -ÜÇÜNCÜ OLARAK; Her iki yan için saptanabilen ve geçerli değerlendirmeye uygun görülen ve kabul edilen kalem sayısı örneğin; (4 ise, X %100 birime göre = Tümü 400 birim/ 5 ise X 100 birime göre = Tümü 500 Birim) nazara alınarak, bu tüm “TAM BİRİM” kabul edilir.

d) -DÖRDÜNCÜ OLARAK; (ikinci belirlemedeki Oranlar Toplamı, Üçüncü belirlemedeki Tam Birime göre) mukayesesi/oranlaması yapılarak Her Bir Yan'a isabet eden sonuç (Yüzde Oranı) bulunur, işte bu çıkacak yüzde miktarı tarafların (katkı payı) dır...

e) -BEŞİNCİ VE SON OLARAK DA; Dördüncü saptamadaki (katkı Payı Oranı/Yüzdesi), Değere İlişkin teknik tespitle belirlenen (Konu malın Davaya Değerindeki Sürüm Değeri/Miktarına) uygulanarak, sonuçta, davacıya isabet eden (katkı payı Alacağıнын/ parasal Miktarı) belirlenmiş olur...

SONUÇ OLARAK; sadece bir yan adına kayıtlı olan" evlilik içinde edilen Maldaki/ Taşınmazdaki katkı payının tazminat/alacak olarak istenebileceği ve bunun BK.96 ve 43. ve MK 4 ve 634. md.leri ve bunlara bağlı Yargıtay içtihatları muvacehesinde -anılan kalem, şekil ve ölçütler nazara alınarak karar verilmesinin sağlanması gerekmektedir.. Yinelemekte yarar vardır ki;

Kuşkusuz, açıklanmaya çalışılan (inceleme- tespit-hesaplama ve ölçütlerin konulması ve değerlendirilmesi ile sonuca gidilmesi), çok uzun, çok ciddi ve çok önemli bir çalışmayı gerektirir. Zira, bu dava (*SALT MADDİ DEĞİL, MANEVİ VARLIKLARI İÇEREN EŞLERİN EMEK VE UMUTLARININ GÖMÜLDÜĞÜ-KUTSAL EVLİLİĞİN DEVAMI AMACI VE İNANCI İLE TÜM BİRLİKTELİKLERİNİN UMUT VE HAYALLERİNİ CİSMEN ŞEKİLLEŞTİRİP GERÇEKLEŞTİRDİKLERİ BİR MALIN*) -artık- paylaşımı, bir bakıma bağlılıklarının sonlandırıldığı bir olguyu ortaya koymaktadır. Bu (normal-basit bir alacak, basit bir tazminat, basit bir eşya/mal davası) değildir. O nedenle, çözümde; çok özen, çok dikkat ve ciddiyet gösterilmelidir. Bu bağlamda;

- Evvela; Tarafların (kutsal beraberlik dönemlerindeki emek, saygı ve sevgileriyle ilgili bu mala katkıdaki) talep ve iddiaların (gerçekçi, ölçülü, saygılı, iyiniyetin, ciddi ve dikkatli) davranmaları gerekir.

- İkinci Olarak; Bilirkişilerin (Eş sıfatındaki İki İnsanın, bir bütün olarak, birlikte varlık ve umutlarını birleştirerek, tüm iyiniyet ve sevgileri ile maddi-manevi varlıkları ile edindikleri bu maldaki) katkı paylarını tespitteki inceleme ve hesaplamaların -kendilerini her iki yan yerine koyarak, çok özenli, çok ciddi ve çok yönlü irdeleyip, bunun salt/basit bir hesaplama ve rapor verme işi olmadığını unutmadan. Eşlerin geçmiş emeklerini nazara alarak ve onlara hürmet ederek; gerçekçi, adil ve dengeli bir çözüme ve sonuca gitmeleri, konuyu önemsemeleri kesinlikle ihmal edilmemelidir.. Ve nihayet,

- Son Olarak; Mahkemelerin de, ülkemiz gerçekleri, yaşam koşulları, örf-

adet, eşlerin birlikteliklerindeki kişisel ve ailevi ilişkileri ile gerçek yaşamın doğurduğu tüm gerçekleri nazara alarak, tarafların istem ve taleplerindeki ciddiyet ve oluşı uygunluğunu, bilirkişi incelemesinin çok yönlü ve gerçeğe uygun ve çeşitli kalemlerdeki durumları içeren detaylı ve dayanaklı inceleme, değerlendirme ve saptamalarını aramasını, bunun basit bir hesap tespiti raporu gibi nitelendirilmemesi, fakat temelde bilirkişi raporunun da gözönünde bulundurulması ile;

- *Kuşkusuz Bilirkişinin asıl tesbit ve kanaati yanında, BK 42. md. ve MK. 4. md. gereği; icabı hale ve muhik sebeplere göre hak ve nasafetle takdir edilmesi.. gibi “temel hukuk ilkeleri ile ülke ve yaşam koşullarına, örf ve adet, hüsnüniyet, gerçek ve hakkaniyet icabı katkının takdiri yetkisinin”; rapor ile Dosyadaki kanıtlar ve gerçek duruma ters ve adil dengeyi bozucu/değiştirici ve dayanıksız -salt- iddiaya/savunmaya dayanarak kullanılmaması veya sınırsız/keyfi takdire gidilmemesi de ihmal edilmemelidir..*

Not: Bu inceleme ve Tespitlere ilaveten, Yeni TMK.na göre olan 2. grup/katkı alacağı konusu diğer/devamı yazıda açıklanacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Görev Alanı

n Cengiz İLHAN *

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin görevi; kendisine intikal eden “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve protokollarının yorum ve uygulanmasına ilişkin tüm konuları kapsar” (32/1 mad). Bir başka deyişle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yorum ve uygulamaları, dışında kalan konular, (Mad 35/3) örneğin savaş hali, ayaklanma ve isyan ve bu amaca yönelik eylemler ya da başvuru hakkının suiistimali halleri mahkemenin görev alanı dışındadır. (35/3 mad)

“Öcalan Davası” buna bir örnektir. Ülke topraklarından bir kısmını savaşla ayırmaya yönelik silahlı bir isyan başlatılmış, bu yıllarca sürmüş, binlerce kişi hayatını kaybetmiştir. Öcalan, kendi ifadesiyle bu son Kürt isyanının başkanı ve kumandanıdır. Hakkında T.C.K’nun 125 maddesine göre (silahlı isyan) dava açılmış, sabit olmuş hüküm giymiştir. Ne olay ne de olayın hukuki nitelendirilmesi konusunda sanığın ve müdafilerinin bir itirazı yoktur, iddia ve müdafaa mutabıktırlar. Hatta, müdafiler daha da ileri gitmişler, uluslararası niteliğinin bulunmamasını göz ardı ederek, olayı bir iç savaş olarak nitelendirmişler, sanık hakkında Cenevre Sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını dahi talep etmişlerdir. Bu gibi uzun süreli, ülke topraklarının bir kısmını ayırmaya yönelik, binlerle kişinin hayatını kaybettiği, yerinden yurdundan edildiği, silahlı isyanların, hangi bakımlardan, hangi hukuki gerekçelerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokolların kapsamında, bu sözleşmenin yorum ve uygulamasına ilişkin olaylar olarak değerlendirilebilir, kabul edilebilir? AİHM kararında bu soruya, bilebildiğimiz kadarı ile cevap vermiyor, kendisini, doğal olarak görevli kabul ediyor.

1.- “Organize silahlı isyan” Avrupa insan hakları sözleşmesinde, korunması gereken bir insan hakkı değildir. Bu, İnsan Hakları Sözleşmesinin 2/2-c maddesinde; “bir kargaşa veya ayaklanmayı bastırmak için başvurulmuş yasal işlemler gereği yaşam hakkının ihlalinin” yaşam hakkı kapsamı dışında tutulması suretiyle de teyit edilmiştir. Sözleşmenin tanıdığı ve ihlalinin yasak-

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

ladığı yaşam hakkı kapsamı dışında tutulması elbette, bu gibi eylemleri (ayaklanma ve isyan) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamı ve koruması dışında tutulmasıyla aynı anlama gelir. Bir başka deyişle, eğer bir ülkede ayaklanma ve isyan varsa, bu durumda, bu olayı, bu olayın faillerini ve eylemlerini insan hakları sözleşmesi kapsamında ve korumasında düşünmek, eylemleri veya alınan karşı önlemleri bu çerçevede değerlendirmek mümkün değildir. Ülke topraklarını, cebren ayırmak için silahlı isyan başlatmak ve sürdürmek bu genel amaca yönelik olarak girişilen eylemler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamı dışındadır.

2.- a) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamı dışında bir amaca yönelik olarak girişilen ayaklanma ve isyan ve buna yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerine dayanarak Mahkemeye başvuru objektif olarak başvuru hakkının kötüye kullanılmasıdır. “Kendi ayıplı hareketine dayanan kişi dinlenmez.” (*Allegans suam turpitudinem non est audiendus*)

b) Eyleminin ve konumunun Savaş Hukuku (iç savaş) çerçevesinde ele alınmasını, kendisine Cenevre sözleşmesini hükümlerinin uygulanmasını talep eden bir kişinin bu tutumu ile aynı kişinin, sonradan, davasının İnsan Hakları Sözleşmesine göre, İnsan Hakları Mahkemesine değerlendirilmesi başvurusu çelişkili bir davranıştır. Çelişkili davranış, bütün hukuk disiplinlerinde kötü niyet kabul edilir. Hiç kimse insan hakları sözleşmesi kapsamı dışında kalan, böyle olduğunu bir savunma tezi olarak ileri sürdüğü kendi eylemine dayanarak kendisi hakkında bu sözleşme hükümlerine dayalı değerlendirme yapılmasını talep edemez. Yaparsa bu hukukun “Çelişkili davranış yasağı” (*venire contra facum propn'um*) na uygun bir durum olur ve başvuru hakkının sübjektif olarak kötüye kullanılması anlamına gelir. (35/3. mad)

Şüphesiz, AİHM kendi görev alanını, kendi belirler; “mahkemenin yargı yetkisinde ihtilaf halinde, karar mahkemeye aittir” (32/2 mad). Ama, mahkeme, özellikle, kendisine yapılan başvurunun sözleşmenin yorum ve uygulamasına ilişkin konular kapsamı içerisinde ele alınmasının hukuken tartışılabilir nitelikte olduğu durumlarda, başvuru hakkının suiistimali konusunda ciddi şüphelerin bulunduğu konularda bir itiraz olmasa da, başvuru konusunu hangi bakımlardan görev alanı kapsamı içerisinde- bulunduğunu veya bulunmadığını, yargılama yetkisinin hukuki dayanaklarını açıklamak konumundadır. Mahkemenin bu konuda tek ve mutlak yetkili olması, ilgililerin mahkemenin görev alanı anlayışını, bunun gerekçelerini öğrenmek hakkını ortadan kaldırmaz.

Şüphesiz AİHM, Sözleşme ve eki protokol hükümlerini yorumlar ve uygular. Ne var ki, AİHM’nin, yorum ve uygulamalarına esas olacak ölçütler, özellikle görev alanı konusunda, sözleşmede açıklanmamıştır. Bir bakıma Mahkemenin hukuk kaynağı yine kendisidir. Mahkemenin içtihatları, bir karar olmanın ötesinde, bizim gibi yazalı hukuk formasyonu olanlara biraz ga-

rip gelse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından aynı zamanda bir hukuk kaynağıdır. AHİM, bu bakımdan, bir itiraz olmasa da, ele aldığı konuları hangi bakımlardan ve hangi kriterlere göre görev alanı içerisinde veya dışında kabul ettiğini ve kişisel başvuruları hangi bakımdan “kabul edilebilir bulunduğunu” veya “bulmadığını” kararlarında açıklamak durumundadır.

Türk Standartları ile Helal Gıda Standardı'nın Teoride ve Pratikte Karşılıklı Değerlendirilmesi

n Yusuf BARATALI *

Türk Standartları Enstitüsü 22.11.1960 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 132 sayılı kanunla kurulmuş bir kurumdur. Bu kurumun amacı kanununda da belirtildiği gibi her türlü madde ve mamulleri ile usul ve hizmet standartlarını yapmaktır.

Bu kanunun 2. maddesine göre Türk Standartları Enstitüsünün görevleri şunlardır:

- A) Her türlü standartları hazırlamak veya hazırlatmak,
- B) Enstitü bünyesinde veya hariçte hazırlanan standartları tetkik ve uygun bulunduğu takdirde Türk Standartları olarak kabul etmek,
- C) (Değişik bent: 17/08/1983 - 2881/2 md.) Kabul edilen standartları, yayınlamak ve ihtiyari olarak uygulanmalarını teşvik etmek, mecburi olarak yürürlüğe konmalarında fayda görülenleri, ilgili bakanlığın onayına sunmak,
- D) Hususi ve resmi sektörün talebi üzerine Standartları veya projelerini hazırlamak ve mütalaa vermek,
- E) (Değişik bent: 16/05/1985 - 3205/2 md.) Standartlar konusunda her türlü ilmi ve teknik incelemelerle araştırmalarda bulunmak, yabancı memleketlerdeki benzeri çalışmaları takip etmek, Milletlerarası ve yabancı standart kurumları ile münasebetler kurmak ve bunlarla işbirliğinde bulunmak,
- F) Üniversiteler ve diğer ilmi, teknik kurum ve müesseselerle iş birliği sağlamak, standardizasyon konularında yayın yapmak, milli ve milletlerarası standartlardan arşivler meydana getirmek ve ilgililerin faydalanmalarına sunmak,
- G) Standartlarla ilgili araştırma maksadıyla ve ihtiyari standartların tatbiğinde kontrol için laboratuvarlar kurmak, muayene, analiz ve deneyleri, resmi veya hususi sektörün talep edeceği teknik çalışmaları yapmak ve rapor vermek,
- H) Yurtta standart işlerini yerleştirmek ve geliştirmek için elemanlar yetiştirmek ve bu maksatla kurslar açmak ve seminerler tertiplemek,

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

Türk Standartları Enstitüsünün bu görevlerinin öncelik esasına göre tanzimi Genel Kurulca kararlaştırılır ve ilgililere duyurulur.

İ) (Ek bent: 08/06/1984 - KHK 221/2 md.; Aynen kabul: 16/05/1985 - 3205/2 md.) Standartlara uygun ve kaliteli üretimi teşvik edecek her türlü çalışmalarını yapmak ve bunlarla ilgili belgeleri tanzim etmek,

J) (Ek bent: 16/05/1985 - 3205/2 md.) Metroloji ve kalibrasyon ile ilgili araştırma ve geliştirme çalışmaları yapmak ve gerekli laboratuvarları kurmak.

Türk Standartları Enstitüsü ilgili kanunundan da anlaşılacağı üzere ülke- de üretilen her türlü madde ve mamulleri ile usul ve hizmet standartlarını belirlemekle görevli bir devlet kurumudur. Tüm devlet kuruluşları kendi kanun- larına uymak zorunluluğu yanında öncelikle Türkiye Cumhuriyeti Anayasa- sı'na uymakla da zorunludurlar. Anayasamızın Cumhuriyetin niteliklerini be- lirleyen 2. maddesinde **“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli da- yanişma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyet- çiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, la- ik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”** ibareleri Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliklerini açık ve tartışma gerektirmeyecek şekilde belirlemiştir.

Yine anayasamızın 24. maddesinin 4. fıkrasında **“Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kuralları- na dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacı- la her ne suretle otursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”** cümlesi vatandaşla- rın, devleti yönetmeye talip olanların ya da devleti yönetenlerin devletin sos- yal, ekonomik, siyasi ya da hukuki düzenini dini kurallara dayandıramaya- cıklarını açıkça belirlemiştir.

Yukarıda anlatılanlar ve yapılan alıntılar kısaca özetlemek gerekirse Tür- kiye Cumhuriyeti laik, demokratik, sosyal bir hukuk devletidir. Türkiye Cumhuriyeti hukuk kuralları ile yönetilir, devlet yönetimi dini kurallara da- yandırılmaz. Bilimsel bir konu olan gıda standardı mevcut hukuk kuralları- mıza göre **helal-haram** kavramları ile bir araya gelemmez. Çünkü kanunları- mız objektif, akla dayalı yazılı metinlerdir. Din kavramları ve kuralları ise ilahi bir güç tarafından şekillendirildiğine inanılan soyut kavramlardır. Hu- kuk kuralları günümüz yaşamını düzenlemektedir. Laik bir hukuk devletinde bir devlet kuruluşunun **'helal-haram gıda'** tanımlamasıyla gıda standardı ver- mesi hem anayasamıza, hem Türk Standartları Enstitüsü Kuruluşu Hakkında Kanuna, hem de Devrim Kanunlarımıza ve Cumhuriyetin temel niteliklerine aykırıdır.

Helal ürün belgesi almayan tüm gıda ürünlerinin haram olarak nitelen- dirilmesi, helal gıda standardının devlet aracılığı ile uygulamaya konulması bir anlamda şariat hükümlerinin devlet eliyle uygulanması anlamına gelmekte- dir. TSE bir ürünün kendi belirlediği standartlara, sağlık koşullarına uygun

olarak üretilip üretilmediğinin denetimini yapan bir kuruluştur. Kanunu gereği kendisine verilen görevlerden başka bir konuda inceleme, çalışma ve düzenleme yapamaz ve getiremez.

Helal Gıda Standartını TSE'nin belirlemesi yine ayrı bir anayasaya aykırılık sebebidir. Ülkemizde kamu kurumları kaynağını anayasamızdan aldıkları yetkileri kullanabilirler. Anayasamız Diyanet İşleri Başkanlığı dışında bir kuruma din ile ilgili konularda görüş ve kural belirleme, uygulama yapma yetkisi vermemiştir. Ayrıca bu konudaki bir başka sıkıntı '**helal gıda**' tanımının hangi inanç esaslarına göre ele alınması gerekliliğidir. Türkiye Cumhuriyeti büyük bölümü İslam inançlı kişilerin oluşturduğu bir yapı olmasına rağmen bu yapı içinde Hristiyan ve Musevi inancına sahip kişiler ve bunların yanında da inançsız kişiler bulunabilmektedir. Sadece İslam inançlı kişiler gözetilerek yapılacak helal gıda tanımlaması diğer inanç sahipleri ve inanç sahibi olmayan insanları dışarıda bırakacağından anayasamızın eşitlik ilkesine de aykırıdır. Bir işyeri ya da üretimi din açısından sınıflandırdığımızda diğer dinlere de aynı olanak tanınmaz ise bu uygulama laiklik ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

Bu uygulama yürürlüğe girse bile islami kurallara uygun kesilmiş ve işlenmiş gıda maddesi üretenler bu belgeyi almadıklarında belge alanların yanında haram üretim yapıp durumuna düşeceklerdir.

Böyle bir standartın uygulamaya konulması sektörde çalışan gıda, kimya, ziraat mühendislerinin, veteriner hekimlerin, biyolog ve kimyagerlerin kontrollerinde yetersiz kaldıkları izlenimini verecektir. Denetimlerde yer alması öngörülen din adamlarının çok büyük bir kısmının ise yapılacak denetimler konusunda mesleki bilgileri bulunmadığı da çok açıkça ortadadır.

Helal ürün uygulamasının yapıldığı ülkelerde ürünün helal olup olmadığına 'İslam Ulema Meclisleri' karar vermektedir. Helal gıda denetimini yapacak ulema meclislerinin görevi bu denetim ile sınırlı kalacak mıdır? Yoksa bu kuruluş gıda denetiminin yanı sıra yasa, yönetmelik, spor, kültür, müzik, sinema ve buna benzer alanlarda da denetim yapacak mıdır? Eğer bunlar gerçekleşecek otursa Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve meşruiyetini bu anayasadan alan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve diğer anayasal kurumların meşruiyetleri tartışılır hale gelmeyecek midir? Ayrıca üyesi olmaya çalıştığımız Avrupa Birliği'nde de böyle bir standart bulunmamaktadır. Eğer böyle bir standart yürürlüğe konulursa AB ile yine bir uyuşmazlık ortamı yaratılacaktır. Özellikle Gümrük Birliği Anlaşması ve müzakere sürecinin başlaması ile artık AB kriterlerine aykırı yasa ya da uygulamaları yürürlüğe koymamız mümkün görülmemektedir. (Yasalarımız ve uygulamalarımızın AB tarafından bir denetime tabi tutulmasını hazmedebilmiş kişilerden olmadığımı da bir not olarak eklemek zorundayım.)

Helal ürün uygulaması yürürlüğe girdiği taktirde TSE yine bir açmaz ile

karşı karşıya kalacaktır. Bu uygulama ile helal ürünleri belirlemek ile görevlendirilecek olan TSE 2003 yılında yayımlanan Alkolsüz İçecekler Tebliğinin 5. maddesinin k fıkrasına göre (Alkolsüz içeceklerde etil alkol miktarı en çok 5.0 g/l.) zaten alkole cevaz vermektedir. Hristiyanlığa göre alkol kullanımı haram değildir. Yarın bir gün Hristiyan bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı helal alkol sertifikası almak için TSE'ne müracaat ederse ne gibi bir cevap alacaktır. Bu TSE için çözümü zor bir açmaz olacaktır. Baştan beri vurgulamaya çalıştığım gibi helal-haram kavramı kişinin kendi dini inancı ve vicdanı ile ilgili bir durumdur. TSE'nin görevi tükettiğimiz gıdaların belirlenen sağlık standartlarına uygun olup olmadığını, gıdaların besin değerlerinin ve hijyen koşullarının standartlara uygun olup olmadığını belirlemek olmalıdır. Sağlıklı bir ortamda kesilen bir domuz eti İslam inancına göre haram olarak kabul edilmesine rağmen sağlık açısından ve besin değeri açısından bir risk içermemekte ve tüketilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır.

SONUÇ OLARAK

TSE'nin görevi her türlü madde ve mamullerin usul ve hizmet standartını belirlemektir. Helal Gıda Standartı, yapısı gereği TSE'nin belirlemesinin mümkün olmadığı soyut ve toplumun tamamını ilgilendirmeyen bir standarttır. Bir malın üzerine içerdiği maddelerin etiket olarak yazılması, bu maddelerin sağlığa uygun maddeler olması halinde TSE'ye uygundur ibaresinin verilmesi TSE'nin görevleri arasında olabilir. Ancak bir gıda maddesinin 'domuz eti içermesi nedeniyle helal gıda değildir' ibaresini taşıması ne akla uygun gelmektedir, ne de herhangi bir hukuk kuralına. Helal Gıda Yönetmeliği getirme çalışmaları adeta laik, demokratik hukuk devleti kavramının temellerine konan dinamit gibi değerlendirilmelidir. Gıda bahane edilerek devletin bazı kavramlarının İslami değerlere temas ettirilmeye çalışılması çok masumane görünse de şeriat uygulamalarına giden yolda en önemli temellerden biri olacaktır.

Uzman Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri

n İlhami GÜNEŞ *

GİRİŞ

Dünyada son on beş yıllık dönemde, gelişimi daha da eskilere giden internetin doğuşu ve yaygınlaşması bilginin egemenliğini sağlama almıştır. Gerçekten de artık bilgi insanlığın gelişiminde temel element olmuştur, tarım ve sanayi devrimlerinin ardından insanoğlu bilgi devrimini yaşamaktadır. İran ve Çin örneği gibi bazı totaliter rejimlerin, ülkelerinde bu son dalgaya direnmeleri hem yersiz hem de akıntıya karşı çıkmakla eşdeğerdir. İçinde bulunduğumuz çağı işte bu nedenle “bilgi çağı” olarak adlandırmak yanlış değildir. Uluslar sahip oldukları bilgi ile tartılıyor ve sıralanıyorlar. Genel ve kamusal anlamda bilgi ve bilgi teknolojileri özendiriliyor, bireylerin bu yönde gelişimi için devletler destekler sağlıyor. Fikir ürünlerinin üretimi teşvik ediliyor. Teşvik, beraberinde fikri çaba gösterenlerin korunmasını da zorunlu kılıyor. Bu yüzden bireylerin hangi alanda olursa olsun düşünmeye, yaratmaya yeni ve endüstride sorunları çözen uygulamalar bulmaya yönelmesi konusunda fikri hak koruması esaslı bir öneme sahiptir.

Ülkemizdeki fikri ve sınai hukukun uluslararası alandaki açıklarını kapatıp evrensel koruma normları ve koruma seviyelerini yakalamasında Avrupa Topluluğu (şimdiki adıyla Avrupa Birliği) ile imzalanan 1/95 sayılı gümrük birliği anlaşması önemli bir adım olmuştur. Bu anlamda, yasalaştırma ve yetki yasasına dayalı kanun hükmünde kararnameler ile büyük miktarda mevzuat yaratılmıştır. 07.06.1995 tarihli 4110 sayılı yasa ile 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Yasası değiştirilmiş, 1995’de kabul edilen Marka, Tasarım, Coğrafi İşaret, Patent KHK’leri ile sınai mevzuat yenilenmiş ve 2001 yılında 4128 sayılı yasa ile cezai koruma hükümleri getirilmiş, suçlar KHK’lerdeki tecavüz eylemlerine atıf yoluyla oluşturulmuş, hapis, para cezaları ve kapatma, ticaretten men cezaları konmuştur. Ağırlığından yakınılan cezalar için 2004 Haziran’da yürürlüğe giren 5194 sayılı yasa ile yaptırım seçimlik kılınarak bir miktar dengeleme gerçekleşmiştir. Mevzuatın ıslahı ve Anayasa doğrultusunda yasa formuna dönüşüm de sürmektedir. Yine bu alanda ülkemizde ilk kez yeni sınai haklar olan entegre çip haritaları sahiplerinin korun-

* İzmir Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi Hakimi

ması için 5147 Sayılı Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun 22.04.2004'de ve tohum ıshahçılarının hakları için Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarına İlişkin Kanun 15.01.2004'de yürürlüğe girdi.

Fikri emek ve çabanın korunması toplumsal ilerleme için yaşamsal önem taşımaktadır. Bireylerin bilimsel, kültürel ve edebi alanda yeni eserler yaratmalarının enerjisi büyük ölçüde fikri hak korumasına bağlıdır. Yine, endüstrimizin taklit ve/veya lisanslara bağlı yüksek maliyetli kopyacı üretim yerine özgün ve yeni ulusal teknolojilerle büyümesinin ne denli önemli ve stratejik olduğu tartışmasızdır. Öte yandan belli koruma düzeylerinin uygulamaya sokulması ticarete dürüstlük kurallarının yaygın kılınması ve ekonominin kayda alınmasına da katkı sağlayacaktır. Dünyada görülmemiş yepyeni tasarımlar düşleyen ve gerçekleştiren tasarımcılarımız olabilir, dahiyane buluşlara hayat veren buluşlarımız ve AR-GE'ye daha fazla kaynak ayıran ileri düşünceli firmalarımız da olabilir ancak, yerleşik ve çağdaş normlara, uluslararası hukuka uygun, tescil ve tescil sonrası iyi işleyen bir koruma sistemi olmazsa bunların hiçbir yararını göremeyiz.

ETKİN KORUMA

Fikri ve sınai hakların etkin korunmasından, uygulanmasından anlaşılabilecek olan nedir? Koruma olgusu diğer geleneksel haklarda olduğu gibi doğal bir beklentidir. Ancak, 'etkin' nitelemesi üzerinde durulmalıdır. Fikri ve sınai hakların kırılğan, kolay ihlal edilebilir nitelik taşıdıkları bir gerçektir. Hele çağın iletişimi ve çoğaltmayı çocuk oyuncağına çeviren teknolojik olanakları düşünülürse tamamen savunmasız bir konumda olduklarını görürüz. Örneğin, piyasaya çıkan bir romanın okurlarca beğeni kazanması ya da yeterli reklamının bulunması halinde tıpkı basımının yapıp çoğaltılarak yasadışı biçimde yayılması orta boy bir matbaacı için sıradan bir iştir. Yine küçük veya orta boy bir tekstil üreticisi için *nike* markasını taklit ederek üretim yapmak için know-how¹ gerekmemektedir. Etkin koruma ilk planda bir yasa egemenliğini düşündürmektedir. Mahkemeler ve yardımcısı olan kolluk birimleri yanında fikri haklar bakımından Kültür Bakanlığı ve sınai haklar bakımından Türk Patent Enstitüsünün iyi işlemesi, gerekli olan hallerde kayıt ve tescil usullerinin adil ve süzgeçten geçen inceleme ve karar süreçleri ile desteklenmesi de gerekmektedir.

Öte yandan kendine özgü bir yapısı, doğası olan fikri ve sınai haklardan kaynaklanan davalara bakmak üzere **uzman mahkemelerin kurulması** öngörülmüştür. Mahkemelerden ilki İstanbul'da yoğun iş yükünü karşılamak

1) Know-How, sınai olsun ya da olmasın her hangi bir üretim alanında gizli olan ve/veya olmayan her türlü bilgi ve yöntemler bütünü üzerinde bulunan tescile bağlı olmaksızın genel hükümlere göre korunan haklardır. (y.n.)

üzere 2000’de faaliyete geçmiştir. Avrupa Konseyi ile Adalet Bakanlığı arasında kararlaştırılıp ortaklaşa finanse edilen “Fikri ve Sınai Hakların Etkin Uygulanması” projesi ile yedi adet yabancı dil bilen hakim seçilerek Avrupa’da çeşitli Üniversitelerde bu alanda eğitime katılmışlar ve on aylık eğitim döneminin ardından 2003 ekim ayında Ankara, İstanbul ve İzmir’de kurulan yeni Fikri ve Sınai Haklar uzman mahkemelerine atanmışlardır. Halen İstanbul’da üçü ceza ve ikisi hukuk olmak üzere beş mahkeme, Ankara’da bir hukuk ve bir ceza, İzmir’de bir ceza mahkemesi kuruludur.

Etkin fikri ve sınai hak koruması salt yasanın hukuki ve cezai olanaklarının yürütülmesi ile de sağlanamayacaktır. Klasik anlamda suç ve suçluluğun irdelenmesi ve altında yazan toplumsal sebeplerin araştırılması ve bir yandan da toplumsal düzeyde mücadele yapılması gerekmektedir. Öte yandan sokakta alenen satılan, yazarı ve yayıncısının emeği ve hakkı sömürülerek çoğaltılmış kitapları, bestecisi, şarkıcısı, sinema yapımcısı ve plak yapımcısının hakkı sömürülerek, çoğaltılmış kaset ve CD’leri almakta sakınca görmeyen, bir an tereddüt göstermeyen tüketicinin de moral yönden desteklenmesi ve bilinçlendirilmesi gerekmektedir. Bu çaba belki biraz da bireysel bütçelerle bağlantılı olarak sonuç verecek olsa bile göz ardı edilmemelidir. Fikri haklara kayıtsızlığın bizi zamanla yeni tek bir eserin bile üretilmediği düşünce, yaratıcılık ve düşünür bakımından kısır bir ortama götürebileceği gerçeğinin yığınlara aktarılmasında büyük yarar bulunmakta, bu konuda en büyük görevde idari birimlere düşmektedir.

Etkin korumanın sağlanması ülkemizin uluslararası alanda verdiği sözlerin de gereğidir. Bazı Avrupa ülkelerinin Fikri Mülkiyete ortak bir yaklaşım benimsenmesi konusunda ilk çabalarını temsil eden Paris Anlaşması 1883’de yürürlüğe girdi ve birkaç kez değiştirildi. Patentler bakımından kurucu özellikler taşıyan anlaşma en son ‘Stokholm Anlaşması’ ile revize edilmiştir. Bu anlaşmanın sağladığı en önemli ilke, yabancıya yerli ile eşit işlem yapılması, yani sözleşmeye üye ülke vatandaşının diğer üye ülkede o ülkenin kendi vatandaşları ile aynı haklardan yararlanmasıdır. (Paris Sözleşmesi 2/1 Md.)² Üyesi olduğumuz Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması’nın eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Haklar Anlaşması’nın (TRIPS) 61. maddesine göre ülkede fikri mülkiyet haklarının korunması için belli standartların altına inilmeyecektir. Bu bağlamda, kasti, ticari marka ve telif korsanlığı eylemlerine eşdeğer diğer suçlarla aynı düzeyde hapis ve/veya para cezası düzenlemelerini yapma yükümlülüğü öngörülmüştür³. 1886 Tarihli ‘Artistik ve Edebi Eserlerin Korunması Hakkındaki Bern Sözleşmesi’ bu alandaki ilk uluslararası dü-

2) TRİTON Guy, *Intellectual Property*, s. 54, İkinci Bası, Sweet-Maxwell, Londra 2002

3) Andrew CHRISTIE - Stephen GARE, *Statutes on Intellectual Property*, 5. bası, Blackstone’s London, 2001

zenlemedir. Ülkemiz tarafından 1979 tarihli metni kabul edilmiş olup karşılıklılık, yabancıya yerli ile eşit işlem yapılması ve asgari haklar tanınması ilkeleri geliştirilmiştir⁴. Görüldüğü üzere bunlar ve bu yazıda anılmayan sözleşmelerle ülkemiz uluslararası alanda yayılmış bulunan bir koruma sisteminin parçası haline gelmiştir. Bu olgu bir bakıma fikri ve sınai hakların ve bilginin sınır tanımazlık özelliğinin de sonucudur.

İZMİR FİKRİ VE SİNAİ HAKLAR CEZA MAHKEMESİ

İzmir Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi 20.11.2003 tarih ve 537 sayılı HSYK kararı ile İstanbul ve Ankara'da benzereleri ile birlikte kurularak faaliyete geçirilmiş ve yargı çevresi kuruldukları il sınırları olarak belirlenmiştir.

Kurucu hakimi olmak onurunu yaşadığım mahkemede bu yazının yazılmasına kadar geçen yaklaşık iki yıllık dönemde bakılan toplam iş 1505 olup 1126 adet dosya karar bağlanmıştır.

Uzman mahkemelerin kurulmasının ilk etkileri bakılan dava sayısında olmuştur. Nitekim, İzmir Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesine 2004 yargı döneminde halefi olan 3. Asliye Ceza Mahkemesinden 171 adet dosya görevsizlik kararı ile devredilmişken aynı dönemde 717 adet de yeni dava açılmıştır. 2005 Yargı yılının sadece ilk 7 ayı sonunda ise açılan dava sayısı 408 olmuştur. Görüldüğü gibi mahkemenin açılışı dava arzını ciddi biçimde kabartmıştır. Bu görece artış bir yandan uzman mahkemelere olan güven ve beklentilerle bir yandan da kişi ve kurumların uyuşmazlıkları ceza mahkemesine başvurarak çözme gayreti ile bağlantılıdır. Ayrıca, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Yasasında bandrolsüz yayma ile ilgili yapılan 12.03.2004 tarihli 5101 sayılı yasanın sağladığı değişikliklerin de katkısı bulunmaktadır.

Bu mahkemenin görev alanı yukarıda sayılan mevzuatın düzenlediği hükümler çerçevesindeki fikri ve sınai hak ihlallerinin cezai olan uyuşmazlıklarıdır.

Yargı alanında gerçekleşen sancılı değişim ve başkalaşım süreci tamamla- nıp taşlar yerine oturduğu ve denetim mekanizmaları olan istinaf ve temyiz yolları da bu süreç çerçevesinde çıktılar vermeye başladığında uzman mahkemeler için daha sağlıklı değerlendirmeler yapılabilecektir. Bekleyip hep beraber göreceğiz.

4) TEKİNALP Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 68, 3. Bası, Beta 2004 Kırklareli.

Bağımsız Yargı-Bağımsız Savunma

n M. İskender ÖZTURANLI *

6 Eylül 2005 günü adalet yılının açılışı nedeniyle 76 baroya bağlı Türk avukatları Anıt Kabire yürümüşler, ülke ve meslek sorunları hakkında düşüncelerini açıklamışlardır. Bu arada **“mahkeme kararlarının uygulanmasını, gerçek ve eksiksiz bir demokrasinin ve hukuk devletinin işler hale getirilmesini”** de istemişlerdir. Yargı bağımsızlığının temel koşulunun yargıç ve savcıların siyasal iktidarlardan bağımsız olması gerektiğini vurgulamışlardır. Amaç, tam ve eksiksiz bir demokrasi, gerçek hukuk devleti, bağımsız yargı ve bağımsız savunmadır. **“Ülkenin bölünmez bütünlüğüne ve üniter yapısına yönelik ayrılıkçı eylem ve girişimleri, bölücü ve gerici terörü”**de kınamışlardır. Yürüyüş, toplum katlarında geniş yankılar uyandırmış, olumlu sonuçlar doğurmuştur.

Günümüz Türkiye’inde yargı bağımsız olmadığı gibi savunma da bağımsız değildir. 1961 Anayasasıyla özgürlüğüne kavuşan yargının, 1982 Anayasasıyla özgürlüğü ve özerkliği elinden alınmış, bu çarpıklık bugüne değin düzeltilmemiştir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, siyasal iktidarın buyruğundadır. Kurulun başkanı Adalet Bakanı, sekreteri Bakanlık Müsteşarıdır. Disiplin kovuşturmaları Adalet Bakanlığı müfettişlerince yapılmaktadır. Kurulun çalışacağı bağımsız bir yeri yoktur. Barolar ise Adalet Bakanlığının vesayetinden bir türlü kurtulamamıştır.

İktidarın buyruğunda olan yargıç bağımsız değildir. Ancak adaletin ve vicdanının buyruğunda olan yargıç bağımsız olabilir. Türk hükümeti adına değil, Türk ulusu adına karar verme yetkisine sahip olan yargıç bağımsızdır. Ve yargının bağımsız olduğu bir ülkenin yargıçları vicdan rahatlığı ile karar verebilirler. Çağımızın gerçeği yalnız siyasal özgürlüğün elde edilmesi değil, adalet örgütünün de özgürlüğü ve egemenliğidir. Büyük devlet adamı Atatürk’ün çok doğru belirlemesine göre “adalet örgütü bağımsız olmayan bir ulusun devlet olarak varlığı düşünülemez.”

Hukuk devletini benimseyen bir sistem, hukukun üstünlüğünü de benim-

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

semiş demektir. Bir hukuk devletinde yargıç, ancak yasaya ve vicdanına bağlı olmalıdır. Başka bir gücün varlığı düşünülemez. Ama yasa hukuka aykırıysa, artık yargıcın bağımsızlığından söz edilemez. Hukuka aykırı yasa çıkarılırsa, yargıç bağımsızlığı ortadan kalmış demektir. Bilindiği gibi ülkemizde hukuka aykırı tümen tümen yasa çıkarılmaktadır.

Baroların ve Barolar Birliğinin bağımsız olmadığı bir ülkede de avukat özgür değildir. Çünkü avukat barodan soyutlanamaz. Savunmanın bağımsız olmaması, savunma mesleğine vurulan darbelerin en ağırıdır. Gerek 1961, gerekse 1982 anayasaları hak arama özgürlüğünü insan haklarından saymıştır. Buna aykırı düzenlemelerin tümü anayasaya aykırıdır. Çünkü adaletsiz devlet olamayacağı gibi savunmasız adalet de olamaz. Bir ülkede adaletin varlığı savunmaya verilen değerle ölçülür. Savunma hakkının tanınmadığı, bulunmadığı bir yerde gerçek adalet de yoktur. Savunmasız yargılama, savunmasız karar, karar değildir. Tarih boyunca savunma yargılama ile yanyana yürümüştür. Ne var ki savunma, her yerde ve her zaman yargılamanın karşısında saygı ile eğilmiş, ama boyun eğmemiştir.

Bilindiği gibi savunma yargılamadan önce çıkmıştır gün yüzüne. Bir kişinin başka bir kişiyi suçladığı anda savunma ve savunma mesleği de doğmuştur. Yargılama daha sonra düşünülmüştür. Bu nedenle savunmanın değeri en az yargılamanın değeri kadardır. Belki de daha üstündür. Bunun içindir ki savunma hakkı kutsal bir hak, savunma özgürlüğü kutsal bir özgürlük sayılmıştır.

Şu bir gerçektir ki yargıç azlığı nedeniyle günde 40-50 davaya bakmak zorunda kalan yargıçlar, dinleyecek zamanları olmadığı için yargılamaya ve savunmaya çok az süre ayırmaktadırlar. Ne var ki dinleyecek zamanları olmayanların okuyacak zamanları da olamayacağı gerçeğini gözardı etmeleri olanaksızdır. Çağdaş dünyada bir yargıç ancak günde üç-dört davaya bakmaktadır. Bu nedenle adalet, ülkemizde ağır aksak yürümekte ve amacına ulaşamamaktadır. Unutulmasın ki bugün adalet örgütüne bütçeden ayrılan ödenek yeterli değildir. Diyanete ayrılanın dörtte biri kadardır. Ve 1930'lar-dakinin yarısı oranındadır.

Oysa savunma hakkı kısıtlı olan bir ülkede adaletten söz edilemez. Savunma özgürlüğü tüm insan haklarının güvencesidir. Savunma, vatandaş başına buyruk yönetimden korumakla kalmaz, yargıcı da önyargılardan kurtarır. Bu nedenle uygar dünyada iddiaya iki saat ayrılıyorsa, savunmaya üç saat ayrılmaktadır. Türk ulusu ve Türk hukukçusu böyle bir uygulamayı dört gözle beklemektedir.

Haczedilebilmesi Kısmen Caiz Olan Şeyler (İİK. mad. 83)

n Talih UYAR*

İİK. mad. 83'de Bu maddede kısmen haczedilebilen şeyler belirtilmiştir. (Tamamı haczedilemeyen mal ve haklar İİK. mad. 82 altında açıklanmıştır...)*

I- Kısmen haczedilebilen haklar;

a) Maaşlar:

Aşağıda tekrar değineceğimiz gibi; borçlunun maaşından haczolunacak miktar, maaşın 1/4'ünden az olamaz.⁽¹⁾ Birikmiş maaş farklarının da 1/4'ünden az olmamak üzere haczi mümkündür.⁽²⁾ Ancak, bilirkişi incelemesi sonucunda elde edilecek kanaata göre -örneğin; maaşı dışında başka kira vb. gibi ek gelirleri olduğunun belirlenmesi halinde- borçlunun maaşının 1/4'ünden fazlası haczedilebilir.⁽³⁾ 1/4'ü haczedilebilecek maaş miktarı saptanırken, yan ödemelerle birlikte borçlunun eline geçen para -maaş bordrosu üzerinde inceleme yapılarak- dikkate alınır.⁽⁴⁾

İİK. mad. 83'e aykırı olarak maaşında kesinti yapılmış olan borçlu, İİK. mad. 16/I uyarınca 7 gün içinde -icra mahkemesine- şikayet'de bulunabilir...⁽⁵⁾

(*) Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:5, 2005, s:6967 vd.

(1) Bknz: 12. HD. 22.4.2005 T. 5151/8721; 13.1.2005 T. 22913/442

(2) Bknz: İİD. 3.5.1973 T. 4758/4692

(3) Bknz: 12. HD. 11.11.1999 T. 12708/13960

(4) Bknz: 12. HD. 13.2.1989 T. 5754/1798

(5) Bknz: 12. HD. 2.7.2004 T. 13624/17620; 29.5.2003 T. 9628/12261

b) Ödenekler (Tahsisatlar)

c) Ücretler:

Buradaki "ücret" kavramına, her türlü ücret dahildir.

Buraya, gerek bedensel ve gerekse fiziksel çalışma sonucu elde edilen tüm ücretler -sanat, ticaret ve meslek sahibi kimsenin gelirleri de dahil olmak üzere⁽⁶⁾- İsviçre hukukunda olduğu gibi,⁽⁷⁾ periyodik olmayan, yapılan bir edim karşılığı olan -komisyon ücreti, vekâlet ücreti, istisna sözleşmesi karşılığı alınan ücret vb.- paralar da «ücret» kavramı içinde kabul edilmelidir.

Öğrencilerin aldıkları krediler (burslar) da buraya dahildir.⁽⁸⁾

İşçinin son aldığı ücret üzerinden hesaplanan kıdem tazminatı da, bu madde anlamında «ücret» sayılarak, kısmen mi haczedilebilir? **Doktrinde önce-leri**⁽⁹⁾ «kıdem tazminatının da bir tür ücret sayıldığı, bu nedenle bunun da kısmen haczedilebileceği» belirtilmişken **yüksek mahkeme**⁽¹⁰⁾ «kıdem tazminatının ücretten sayıldığına dair kanunda bir hüküm bulunmadığını» vurgulayarak, kıdem tazminatının tamamının haciz edilebileceğini belirtmiştir.⁽¹¹⁾

Yüksek mahkeme ücret haczi konusuyla ilgili olarak;

√ « 'Kıdem tazminatı', 'izin ücretleri' ve 'ihbar tazminatı'nın ücretten sayıldıklarına dair kanunda bir hüküm bulunmadığından, bu ödentilerin tamamının haciz edilebileceğini »⁽¹²⁾

√ « 'Nema', 'toplu iş sözleşmesi farkı' ve 'ikramiye'nin en fazla 1/4'ünün haczi edilebileceğini »⁽¹³⁾

√ « 'İkramiye'de ücretten sayıldığından, bunun da -1475 sayılı Kanunun 28.; 4857 sayılı Kanunun 35. maddelerindeki koşullar çerçevesinde- ancak 1/4'ünün haciz edilebileceğini »⁽¹⁴⁾

√ « 3417 sayılı Kanun uyarınca, çalışanların maaşından kesilen 'anapara'nın ve buna ilişkin 'nem'a'nın 'maaş'tan sayılması gerekeceğini ve bu ne-

(6) KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, 1988, C: 1, s: 832 – ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları, 2004, s:191

(7) ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 191

(8) Bknz: İİD. 20.4.1952 T. 1594/1185

(9) ÇANAK, E. Maaş ve Ücret Haczi (Ad. D. 1984/3, s: 585)

(10) Bknz: 12. HD. 4.2.2005 T. 24618/1837 – 27.12.2004 T. 22540/26972

(11) Aynı görüşte: KURU, B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2004, s: 452

(12) Bknz: 12. HD. 4.2.2005 T. 24618/1837

(13) Bknz: 12. HD. 27.12.2004 T. 22540/26972

(14) Bknz: 12. HD. 4.11.2004 T. 18649/23169; 14.6.2004 T. 10724/15105; 16.2.2004 T. 25601/2930

denle İİK. 83'teki koşullar çerçevesinde haczedilebileceğini»⁽¹⁵⁾

√ «1475 (ve 4857) sayılı İş Kanunu uyarınca borçlunun aylık ücretinin 1/4'ünden fazlasının (ya da 1/4'ünden azının) haciz edilemeyeceğini»⁽¹⁶⁾

√ «Borçlunun ücretinin tamamının, borçlunun ve ailesinin geçinmesi için yeterli olmasa bile, borcundan dolayı ücretinin en az 1/4'üne haciz konulabileceğini»⁽¹⁷⁾

√ «Borçlunun mesleki faaliyeti ile elde ettiği net gelirin ne kadar kısmının haczedilebileceğine dair karar verilirken, borçlunun yalnız bu faaliyeti ile sağladığı kazancın değil aksine başka şekillerde eriştiği gelirin de dikkate alınması gerekeceğini»⁽¹⁸⁾

√ «Haczi mümkün olmayan miktarın tesbitinde, borçlu ve ailesinin ihtiyaçları yanında 'işletme masrafları'nın da göz önünde bulundurulması gerekeceğini»⁽¹⁹⁾

√ «İşçi ücretinin tayininde, işçiye naklen ödenen paradan başka temin edilen diğer menfaatlerin de hesaba katılması gerekeceğini»⁽²⁰⁾

belirtmiştir...

d) İntifa hakları ve hâsılatı: Maddede açıkça; «intifa hakkı» ve «hâsılatı»nın kısmen haczedilebileceğini öngörüldüğünden, «intifa hakkının doğrudan doğruya kendisinin» ya da «intifa konusu olan şeyin hâsılatı (iradı)nın» kısmen haczedilebilmesi gerekir. Nitekim, Alman yargıtayı⁽²¹⁾, «intifa hakkının kendisinin haczedilebileceğine» karar vermiştir. Yargıtayımız ise⁽²²⁾ bir kararında; «sadece intifa hakkının menfaat ve gelirinin» haczedilebileceğini bildirmiştir.

İntifa hakkının haczinde, icra memuru, borçluya intifa hakkına karşılık yapılan ödemelerin durdurulması için, haczi kuru mülkiyet sahibine bildirir. Bir «koruma (muhafaza) tedbiri» niteliğinde olan bu bildirme ile, alacaklı, alacağını borçlunun intifa hakkına karşılık teşkil eden hâsılat, gelir, kira gibi menfaatlerinden alır. İntifa hakkı neticede yine borçluya bırakılır.⁽²³⁾

(15) Bknz: 12. HD. 11.12.2003 T. 21350/24441

(16) Bknz: 12. HD. 25.6.2002 T. 12461/13612

(17) Bknz: 12. HD. 10.12.1999 T. 14810/16174

(18) Bknz: İsviçre Fed. Mah. 9.3.1960 T.

(19) Bknz: İsviçre Fed. Mah. 5.11.1958 T.

(20) Bknz: HGK. 13.1.1954 T. 5/5

(21) Bknz: 20.2.1974 T. VIII, ZR. 20/73 (Hamburg); NJW. 1974/18, s: 796 (Naklen; ÜSTÜNDAĞ, S. a.g.e. s: 192, dipn. 592)

(22) Bknz: 12. HD. 21.3.2000 T. 3523/4298

(23) BERKİN, N. İcra Hukuku Rehberi, 1980, s: 227

e) Emekli maaşları: Buradaki «emekli maaşı»ndan maksat, TC. Emekli Sandığı Kanununa göre bağlanan emekli aylıklarıdır.⁽²⁴⁾ 506 sayılı Sosyal Sigortalar yasasına⁽²⁵⁾ ve 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununa⁽²⁶⁾ göre bağlanan emekli aylıkları -nafaka alacakları dışında- haczedilemez. Aynı şekilde; «ordu ve kolluk hizmetlerinden sakat (mâlûl) olarak ayrılmış olanlara bağlanan emekli aylıkları -nafaka alacakları dışında- haczedilemez. Aynı şekilde; «ordu ve kolluk hizmetlerinden sakat (mâlûl) olarak ayrılmış olanlara bağlanan emekli aylıkları»da (İİK.mad. 82/9) haczedilemez.

Yüksek mahkeme emekli maaşları'nın haczi konusunda;

√ «Borçlunun yabancı ülkeden aldığı emekli maaşın tamamının haczedilebileceğini»⁽²⁷⁾

√ «Çeşitli özel emeklilik sandıklarından (vakıflarından) bağlanan emekli maaşlarının haczedilemeyeceği konusunda özel bir hüküm bulunup bulunmadığının araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekeceğini»⁽²⁸⁾

√ «Emekli sandığına ödenecek -aile ve çocuk yardımı, yakacak zammı gibi- sosyal yardım zamlarının haczedilemeyeceğini, ancak borçtan mesuliyetleri halinde mirasçılardan bu türden olmayan dul ve yetim maaşları üzerine, İİK. 83 uyarınca haciz konulabileceğini»⁽²⁹⁾

√ «TC. Emekli Sandığından alınan emekli maaşının 1/4'ünden fazlasının da haciz edilebileceğini»⁽³⁰⁾

belirtmiştir.

f) Sigortalar,

g) Emekli sandıkları tarafından bağlanan iradlar,

h) İlâma dayanmayan nafakalar: Borçlunun «ilâma dayanarak» aldığı nafakalar hiç haczedilemediği halde, «ilâma dayanmayarak» aldığı nafakalar kısmen haczedilebilir. Çünkü, ilâma dayanan nafaka, gerçekte borçlunun ge-

(24) Bknz: 12. HD. 28.2.2002 T. 3181/3965; 15.5.2000 T. 7304/7974 – 30.5.1985 T. 424/5390

(25) 506 s. K. mad. 121: «Bu kanun gereğince bağlanacak gelir ve aylıklar ve sağlanacak yardımlar, nafaka borçları dışında haciz veya başkasına devir ve temlik edilemez.»

(26) 1479 s. K. mad. 67/1: «Bu kanun gereğince bağlanacak aylıklar, nafaka borçları dışında haciz veya başkasına devir ve temlik edilemez.»

(27) Bknz: 12. HD. 27.4.2004 T. 6224/10389; 4.3.2002 T. 3067/4381; 31.3.2002 T. 1106/1776

(28) Bknz: 12. HD. 24.2.2004 T. 27192/3998; 4.4.2003 T. 4053/7327; 4.2.2003 T. 28905/2144

(29) Bknz: 12. HD. 28.2.2002 T. 3181/3965

(30) Bknz: 12. HD. 30.5.1985 T. 424/5390

çimi için zorunlu olan gereksinimler dikkate alınarak takdir olunmuştur. Bu nedenle, mahkemece takdir olunan bu paranın mutlaka alacaklının eline geçmesi şarttır.

«Haciz edilememe» ayrıcalığı sadece işlemekte olan nafakalar için mi geçerlidir, yoksa birikmiş (işlemiş) nafakalar da bu ayrıcalıktan yararlanırlar mı? **Doktrinde**⁽³¹⁾ «bu ayrıcalıktan sadece işlemekte olan nafakaların yararlanacağı, çünkü, nafaka alacaklısı için korunmaya diğer miktarın, onun güncel geçimini sağlayan para yani işlemekte olan nafaka olduğu, buna karşın birikmiş nafakanın âdi olacak niteliğinde olduğu, herhangi bir ilamlı alacak gibi, özel olarak korunması için bir neden olmadığı» ileri sürülmüş olmasına rağmen, önce⁽³²⁾ bu doğrultuda içtihatla bulunmuş olan yüksek mahkeme - yeni tarihli bir kararında- «birikmiş nafakanın dahi haciz edilemeyeceğini»⁽³³⁾ belirtmiştir.

Maddede geçen «ilâma dayanmayan nafaka» ile, Borçlar Kanununun 507. maddesinde olduğu gibi, bir sözleşme gereğince borçlunun almakta olduğu nafakalar kastedilmiştir.⁽³⁴⁾

II- Yukarıda sayılanlardan, «borçlu ve ailesinin geçinmeleri için gerekli olan miktar» çıkarıldıktan sonra kalan para -«bunların dörtte birinden az olmamak üzere»-⁽³⁵⁾ haczedilebilir.

«Borçlu ve ailesinin geçimi için gerekli miktar»ın saptanmasında; borçlunun aile durumu, kendisinin ve ailesinin sağlık durumu -ancak hemen belirtilim ki, doktor, ilâç ve benzerleri için yapılan fazla giderlerin, ücreti haczedilemeyen kısmının hesaplanmasında gözönünde tutulabilmesi için, bunların borçlu tarafından kanıtlanması gerekir.⁽³⁶⁾-, kira giderleri⁽³⁷⁾ dikkate alınır.

(31) ERGENEKON, Y. *Türk Medeni Hukukunda Yardım Nafakaları*, 1966, s: 36 – KALELİ, Ş. *Nafaka Davaları* (Yar. D. 4/1-2, s: 116) – ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 192

(32) Bknz: İİD. 22.1.1951 T. 916/10128

(33) Bknz: 12. HD. 9.7.2002 T. 14311/15013

(34) Bknz: HİGM. 24.9.1941 T.1663/9538 s: «İİK'nun 83. maddesindeki 'ilâma müstenid olmayan nafakalar tâbiri ile, Borçlar Kanununun 507. maddesinde olduğu gibi, 'mukaveleye müstenid nafaka'lar kastedilmiş ve kısmen haczi caiz görülmüştür. İlâma müstenid nafakalar, esasen zaruri addedilen miktara tekabül ettiğinden, bunlar haczedilemez»

(35) Bu hüküm: «Ancak, haczolunacak miktar, bunların dörtte birinden fazla olamaz» şeklinde değiştirilmek istenmişse, bu öneri yasalaşamamıştır (Bknz: YILMAZ, E. *Hacze di İştirak AHFM*. 1973/1-4, s: 294, dipn. 71)

(36) Bknz: Basel-Stadt Tetkik Mercii Kararı; 29.7.1965 T. BISchK. 1966/6, s: 178 (Naklen; ÜSTÜNDAĞ, S. a.g.e. s: 190, dipn. 584)

(37) Bknz: Bunderesgericht, 19.12.1961 BISchK. 1963/3, s: 87 (Naklen ÜSTÜNDAĞ, S. a.g.e. s:190, dipn. 585)

İcra memuru, borçlu ve ailesinin geçinmeleri için gerekli miktarı, doğrudan doğruya kendisi belirleyebileceği gibi, bunun için bilirkişiye de başvurabilir.⁽³⁸⁾ İcra memurunun bu konudaki kararına karşı borçlunun ve ailesinin icra mahkemesine şikâyet hakkı vardır.

Önemi nedeniyle hemen belirtelim ki, az önce belirttiğimiz hususlar tamamen teorik kalmaktadır. Çünkü, uygulamada; «maaş ve ücretler»in sadece 1/4'i haczedilmekte ve bununla yetinilerek, hiçbir zaman maaş ve ücretin 1/4'inden fazlası haczedilmemektedir. Böylece, İİK. mad. 83/II, c: I hükmü, amacına aykırı olarak ve borçluların yararına, alacaklıların zararına «dar» bir uygulama alanı bulmaktadır.

Buradaki «aile» kavramını -İİK. mad. 82'de olduğu gibi- geniş olarak yorumlamak gerekir.⁽³⁹⁾

III- Maddede açıkça öngörüldüğü gibi, belirtilen «maaş ve ücretler»in dörtte birinin herhalde haczedilmesi gerekir. Buna göre, icra memuru, «maaş ve ücretin dörtte birini» herhalde haczedecek fakat, haczedeceği ücretin üst sınırını saptarken yani dörtte birden fazla haciz yapmak isterse, borçlu ve ailesinin gereksinmelerini gözönünde bulunduracaktır.⁽⁴⁰⁾ Halbuki İsviçre'de, haciz edilecek miktar tamamen icra memurunun takdirine bırakılmıştır. Yani, borçlu ve ailesinin geçimi için, bunların tamamına gereksinmeleri varsa, maaş ve ücretin tamamı da haczedilmeyebilir.⁽⁴¹⁾

Maddenin öngördüğü «aylık ücretlerin en az dörtte birinin mutlaka haczedilmesi»ne ilişkin hükmün «fazla sert olduğu, âdil olmadığı⁽⁴²⁾» belirtilmiştir. Götürü olarak, 1/4'nin haczi, geliri az, ailesi kalabalık, görevi nedeniyle özel giderler yapmak zorunda olan borçluyu fazla güç durumda bıraktığı halde, geliri yüksek, özel giderleri az olan borçlu için ise çok rahat bir ortam yaratacağı ifade edilmiştir.⁽⁴³⁾

IV- Maddede yer alan «ücretlerin en az dörtte birinin haczedilmesi» gerektiğine ilişkin olan hükmü; İş Kanununun 28⁽⁴⁴⁾ ve Deniz İş Kanununun

(38) Bknz: 12. HD. 1.3.2002 T. 2834/4303; 10.2.2000 T. 929/2049; 1.10.1999 T. 10172/11433

(39) KURU, B. Haczi Caiz Olmayan Şeyler (AHFM. 1962/1-4, s: 320)

(40) KURU, B. a.g.m. s: 320

(41) POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku, s: 372 – ANSAY, S. Ş. Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri, s:111.

(42) ANSAY, S. Ş. a.g.e. s: 111

(43) BELGESAY, M. R. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 1949, s: 235

(44) 4857 s. K. mad. 356: «İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak, işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için haki tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Nafaka borcu alacaklılarının hakları.

32⁽⁴⁵⁾ nci maddeleri ile birlikte yorumlanmak gerekir.

İş Kanununun ve Deniz İş Kanununun bu hükümleri; ücretin 3/4'ünün «herhalde işçinin eline geçmesi ve geçimi kendisine düşenlerin ihtiyaçlarına harcamasını sağlamak üzere konulmuş» bulunmaktadır.⁽⁴⁶⁾ Bu hükümler kamu düzeni ile ilgilidir.

V- Borçlunun maaş ve ücretine; nafaka alacağından dolayı haciz koydurulursa; nafaka miktarı, mahkemece borçlu ve nafaka alacaklısının geçinmeleri gözönünde tutularak saptanmış olduğundan ve esasen, nafaka alacaklısının, borçlunun maaşından ve ücretinden yararlanma, pay alma hakkı da bulunduğu; «işlemekte olan» nafaka miktarının tamamı için, borçlunun maaş ve ücreti haczedilebilir. Borçlunun maaş ve ücreti nafaka alacaklısından önce, başka bir alacaklı tarafından haczedilmişse, aynı gerekçe ile; borçlunun maaş ve ücretinden ilk önce «işlemekte olan» nafaka alacağı kesilir ve kalan miktardan borçlu ve ailesinin geçinmeleri için ayrılacak para dışındaki maaş ve ücret üzerine, kalan maaş ve ücretin 1/4'inden az olmamak üzere, ilk haciz koyduran alacaklının haczinin devam etmesine karar verilir.^{(47) (48) (49)}

Eğer borçlunun maaş ve ücretine -çok kez olduğu gibi- hem «birikmiş (işlemiş)» ve hem de «işleyecek» nafaka alacağı için haciz isteminde bulunulursa, borçlunun maaş ve ücretinden önce «işleyecek nafaka alacağı» kesilir maaş ve ücretin kalan bölümünün 1/4'i de «birikmiş (işlemiş) nafaka alacağı» için kesilir.⁽⁵⁰⁾

Eğer borçlunun maaş ve ücreti üzerinde daha önce bir başka borcundan dolayı haciz varken, nafaka alacaklısı hem «işleyecek» ve hem de «işlemiş» nafaka alacağı için haciz isteminde bulunursa; önce borçlunun maaş ve ücreti «işleyecek nafaka alacağı» için kesilir, sonra; maaş ve ücretin kalan bölümünün 1/4'i -nafaka alacaklısından önce haciz koydurmuş olan alacaklı için- kesilir ve bu alacaklının alacağı tamamen ödendikten sonra; borçlunun maaş ve ücretinin kalanı 1/4'ü, «işlemiş nafaka alacağı» için kesilmeye başlanır.

(45) 854 s. Y. mad. 32: «Gemiadamının ücretinin ayda 240 lirası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak, gemiadamının bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Bu kayıtlamalar, nafaka borcu alacaklılarının haklarını kaldırmaz.»

(46) Bknz: 4. HD. 30.11.1957 T. 2837/7068

(47) KURU, B. a.g.m. s: 321 – ÜSTÜNDAĞ, S. a.g.e. s: 220

(48) Aynı doğrultuda; Bknz: 12. HD. 28.9.1993 T. 8934/14230; İİD. 13.2.1958 T. 866/821

(49) Karş: POSTACIOĞLU, İ. a.g.e. s: 373, dipn. 96 (Değerli hocamız ise; «»nafaka alacaklarının maaş ve ücretin 3/4'ünden tatmin olunacağını ve 1/4'in ise âdi alacaklılara ayrılması gerekeceği» görüşündedir..)

(50) Bknz: İİD. 25.11.1954 T. 4910/5076

VI- Borçlunun maaş ve ücreti, bir alacaklısı tarafından «kısmen» haczedildikten sonra, ikinci bir alacaklısı, bu maaş ve ücret üzerine haciz koydurursa, sırada önde olan haczin kesintisi bitmeden, ikinci haciz için kesintiye geçilemez. (mad. 83/son cümle).⁽⁵¹⁾

VII- Maaştan kesinti yapılması, bir icra takip işlemi olmaktan çok, bir muhafaza tedbiri olduğundan, maaş ve ücret haczine sebep olan kararın Yargıtay'ca bozulması halinde, haczin kaldırılmaması ancak bir muhafaza işlemi olan maaş ve ücretin kesilmesi'nin durdurulması gerekir.⁽⁵²⁾

(51) Bknz: 12. HD. 7.2.2005 T. 25200/2018, 2.5.1995 T. 6211/6890

(52) Bknz: 12. HD. 25.3.2002 T. 4914/6070; 1.7.1969 T. 4058/7212

YARGI KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bölümü

AIHS 8. Mahkemesine Göre Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Dördüncü Daire

Sophia Gudrun Hansen-Türkiye

(Başvuru No: 36141/97)

KARAR

STRASBOURG

23 Eylül 2003

NİHAİ

23/12/2003

Bu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde öngörülen şartlar doğrultusunda kesinleşecektir. Karar metni, redaksiyona tabi tutulabilir.

Hansen v. Türkiye Davasını görmek üzere;

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm) Daire olarak aşağıdaki üyelerin katılımıyla toplanmıştır;

Sir Nicolas BRATZA, Başkan,

Bay M. FISCHBACH,

Bay J. CASADEVALL,

Bay R. MARUSTE,

Bay L. GARLICKI,

Bay E. FURA-SANDSTRÖM, Yargıçlar

Bay F. GÖLCÜKLÜ, Ad hoc Yargıç,

ile Bölüm Sekreteri Sn. M. O'BOYLE

19 Haziran 2001 ile 3 Eylül 2003 tarihlerinde kapalı oturumlar yapılmış, sözü edilen son tarihte kabul edilen, aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Dava, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") eski 25. maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na ("Komisyon"), İzlanda vatan-daşı Sophia Gudrun Hansen ("başvurucu") tarafından 14 Nisan 1997 tarihinde yapılan başvurudan (no. 36141/97) kaynaklanmıştır.

2. Başvurucu, İstanbul'da avukatlık yapan Bay H. Kaplan tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") Mahkeme önündeki işlemlerin takibi için bir temsilci atamamıştır.

3. Başvurucu, diğer iddialarının yanı sıra, Türk yetkili makamlarının, Sözleşmenin 8. maddesi gereği yükümlenmiş oldukları pozitif yükümlülüğe karşın, çocuklarıyla görüşme hakkını etkili bir biçimde uygulamada başarısız olduklarını iddia etmiştir. Başvurucu, ilaveten, bir İzlanda vatandaşı ve Katolik olmasından kaynaklı olarak ayrımcılığa uğramasının sonucu olarak, çocuklarını görme hakkından mahrum bırakıldığını iddia etmiştir.

4. Komisyon, 27 Mayıs 1998 tarihinde başvurucunun aile yaşamına saygı hakkına ve tabiiyet ile dine dayalı ayrımcılığa ilişkin iddialarını, İçtüzüğü'nün 48§2(b) usul kuralı gereği, davalı devletin bilgisine sunmaya karar vermiştir.

5. Başvuru, Sözleşme'nin 11 No'lu Protokolü'nün yürürlüğe girdiği tarihte, 1 Kasım 1998'de mahkemeye(AİHM) gönderilmiştir. (11 No'lu Protokolün 5§2 maddesi gereği).

6. Başvuru, mahkemenin Birinci Dairesi'ne tevzi edilmiştir.(AİHM İçtüzüğü 52§1) Bu Daire'de davayı görececek olanlar, İç Tüzük 26§1'in öngördüğü şekilde oluşturulmuştur (Sözleşmenin 27§1 maddesi). Türkiye ile ilgili olarak seçilmiş olan yargıç Bay R. Türmen davadan çekilmiştir (İç Tüzük 28. madde). Hükümet, Bay R. Türmen yerine ad hoc yargıç olarak Bay F. Göl-cüklü'yü görevlendirmiştir. (Sözleşme 27§2. madde ve İç Tüzük 29§1. madde).

7. Mahkeme, 19 Haziran 2001 tarihli bir kararıyla, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

8. Başvurucu ve Hükümet, her biri ayrı ayrı olarak, esasa ilişkin görüşlerini bildirmişlerdir. (İç Tüzük 59§1 madde). Daire, taraflarla yaptığı istişare-den sonra, davanın esası üzerinde duruşma yapılmasının gerekli olmadığına karar vermiştir. (İç Tüzük 59§3. madde in fine) Taraflar, birbirilerinin görüşlerine yazılı olarak yanıtlamışlardır. Ek olarak, İzlanda Hükümeti tarafından davaya müdahale hakkının kullanılması sonucunda (Sözleşme 36§1. madde ve İç Tüzük 61§2. madde) üçüncü taraf görüşleri alınmıştır.

9. 1 Kasım 2001 tarihinde Mahkeme, Dairelerin kompozisyonunu değiştirmiş (İç Tüzük 25§1. madde) ve bu dava yeni oluşturulan IV. Daire'ye tevzi edilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KONUSU OLAYLARIN GELİŞİMİ

10. Başvurucu, 1959'da doğmuştur ve İzlanda'da yaşamaktadır. Başvurucu, 1981 doğumlu V.A. ile 1982 doğumlu A.A.'nın Olmak üzere iki kız çocuğunun annesidir. Başvurucu, çocukları doğduğunda, Türk vatandaşı Bay Halil Al ile birlikte Reykjavik'te yaşamaktadır. Çocuklar evlilik dışı doğmuştur.

11. 13 Nisan 1984'te, başvuru ve Halil Al, İzlanda'da evlenmişler ve Halil Al üç yıl sonra İzlanda vatandaşlığını kazanmıştır.

12. Başvurucu ve Halil Al 1989 Kasım'ında ayrılmışlar ve Halil Al 1990 Şubat'ında birlikte yaşadıkları evi terk etmiştir.

13. 1990 Haziran'ında, Halil Al iki kızıyla birlikte tatil için Türkiye'ye gitmiştir. Başvurucu kızlarının babalarıyla Türkiye'ye gitmesine muvafakat etmiştir. 1990 Ağustos'unda, başvuru, Halil Al'dan, kızlarının İzlanda'ya dönmeyeceğini belirten bir telefon almıştır. Bu noktadan sonra, Halil Al başvuru ile iletişim kurmayı reddetmiştir. Başvurucu, daha sonraki aylarda çocukları veya çocuklarının Türkiye'deki durumuna ilişkin hiçbir bilgi alamamıştır.

A. İzlanda'da gerçekleştirilen boşanma ve velayet işlemleri

14. Başvurucu, İzlanda'daki yetkili makamlara; boşanma ve iki kızının velayetini alma talebiyle müracaat etmiştir.

15. 11 Ocak 1991'de, Adalet Bakanlığı bir ayrılma ehliyeti tanımış ve çocukların velayetini geçici olarak başvurucuya bırakmıştır.

16. 10 Nisan 1992'de Adalet Bakanlığı, ebeveynlerin ayrılmasından itibaren çocukların anneleriyle beraber yaşadığı ve ikametgahlarının bu süreçten itibaren sürekli olarak İzlanda'da olduğunu göz önüne alarak, velayetin başvurucuya verilmesi gerektiği kararını vermiştir. Bakanlık, kararında, başvurunun ve Halil Al'ın mali durumu ve yaşam şartlarını inceleyen Reykjavik Çocuk Koruma Komite'sinin değerlendirmelerini temel almıştır.

17. Aynı gün Adalet Bakanlığı, Halil Al'ın, çocuklar on sekiz yaşına gelinceye kadar bakımları için başvuruca nafaka ödemesine ve çocukların, babalarını, anne-baba arasında karşılıklı anlaşma ile düzenlenecek bir şekilde görmesini içeren bir boşanma kararı vermiştir.

B. Türkiye'deki boşanma ve velayet işlemleri

18. 25 Ekim 1991'de başvuru, boşanma ve çocuklarının velayetini alma talebini Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'nin önüne götürmüştür.

19. 12 Mart 1992'deki duruşmada, V. A ile A. A. Mahkeme huzuruna çıkmıştır. V. A. aşağıdakileri söylemiştir:

"Babamın velayetinde kalmak istiyorum. Sophia önceden annemdi. Artık annem değil. Bana kötü davranırdı. Bizi yalnız bıraktı. Başka adamlarla çıkıyordu. Babamı seviyorum."

A.A. aşağıdakileri söylemiştir:

"Babamın velayetinde kalmak istiyorum. Sophia eskiden annemdi. Artık onu istemiyorum. Bizi yalnız bıraktı. Korkardık. Hep bir yerlere giderdi. Babamı seviyorum."

20. 12 Kasım 1992'de, Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi başvuru ile Halil Al'ın boşanmasına karar vermiş ve çocukların velayetini babalarına bırakmıştır. Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi, 2675 sayılı Kanun uyarınca söz konusu davada uygulanması gereken kanunun Türk kanunları olduğuna karar vermiştir.

21. Asliye Hukuk Mahkemesi, çocukların, duygusal gereksinimlerine cevap olabilen babalarıyla kalma yönündeki isteklerini ve babalarının çocuklarına iyi bir eğitim sağlamasını göz önünde bulundurmıştır. Çocuklar İstanbul'daki yaşamlarına ve babalarının yaşadığı çevreye alışmışlardır. Bu çevreden ayrılmaları halinde, psikolojik ve duygusal olarak etkileneceklerdir. Sonuç olarak, onlara bakmak ve eğitim vermek için yeterli gelire sahip olan babalarıyla kalmaları çocukların yararına olacaktır. Asliye Hukuk Mahkemesi, ayrıca başvurucuya, her yılın Temmuz ayında otuz gün süre ile çocuklarını görme hakkını vermiştir.

22. Dava, basın ve halkın ilgisini çekmiş, bir grup Türk ve İzlandalı muhabir, karar duruşmasına katılmıştır.

23. Başvurucu kararı temyiz etmiştir. 23 Şubat 1993'te, Yargıtay, evlilikten kaynaklı olarak başvurunun Türk vatandaşlığını ve Halil Al'ın İzlanda vatandaşlığını kazanıp kazanmadığının açıklığa kavuşturulmadığı gerekçesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararını bozmuştur. Yargıtay, aynı zamanda, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin, söz konusu evliliğinin Türkiye'de tanınması ve tasdik edilmesi durumunun tespitinde de eksik davrandığını belirlememiştir.

24. 7 Ekim 1993'te, Asliye Hukuk Mahkemesi, Yargıtay'ın kararına uymamaya karar vermiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne göre, dava, çiftin uyuşuğu ile ilişkilendirilemez. Ötesinde Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'ne göre, dava dosyası, çiftin İzlanda hukukuna göre evlendiğini göstermektedir ki, bu da evliliğin Türk makamlarınca onaylanıp onaylanmadığını göz önüne almayı gereksiz kılmaktadır.

25. 30 Mart 1994'te, Yargıtay Hukuk Dairesi Genel Kurulu, Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'nin, 7 Ekim 1993 tarihli kararını bozmuştur. Yargıtay

Hukuk Dairesi Genel Kurulu, çiftin uyruklarının ve evliliğin Türkiye’de tanınıp tanınmamasının, davanın temel konuları olduğu kararını vermiştir. Yargıtay Hukuk Dairesi Genel Kurulu’na göre, Asliye Hukuk Mahkemesi’nin görevi, kanun uyuşmazlıklarını çözen yasaların ve 2675 sayılı Kanun’un hükümleri ışığında uygulanabilecek kanun hükümlerinin belirlenmesi için bu konuları açığa çıkartmaktır.

26. Dava Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi’ne tekrar gönderilmiştir.

27. Asliye Hukuk Mahkemesi, Dışişleri Bakanlığı’ndan 8 Şubat 1995 tarihli bir yazı ile, 13 Aralık 1984’te, İzlanda yetkili makamları tarafından verilen evlilik belgesinin Türk makamları tarafından tasdik edilip edilmediği hakkında bilgi istemiştir.

28. 18 Nisan 1995 tarihli bir yazı ile Dışişleri Bakanlığı, İzlanda Doğum, Evlilik ve Ölüm Sicili tarafından 13 Nisan 1984 tarihinde verilen evlilik belgesi ile 10 Nisan 1992’de Adalet Bakanlığı tarafından verilen boşanma kararının, Oslo’daki Türk Büyükelçiliği tarafından tasdik edildiğini Asliye Hukuk Mahkemesi’ne bildirmiştir.

29. Başvurucu, 20 Nisan 1995 tarihli duruşmada boşanma dilekçesini geri çekmiş, Asliye Hukuk Mahkemesi’nden velayet konusunda karar vermesi talep etmiştir.

30. Asliye Hukuk Mahkemesi, 20 Nisan 1995 tarihli kararında, Halil Al’ın hem Türk hem İzlanda vatandaşı olduğunu ve başvurucunun evlilikleri sonucunda Türk vatandaşlığını kazanmadığını doğrulayan Dışişleri Bakanlığı ile yaptığı yazışmalara atıfta bulunmuş, boşanma dilekçesini düşürmüş ve bağlantılı olarak velayete ilişkin karar verme yetkisinin olmadığı kararına varmıştır.

31. 28 Kasım 1995’te, Yargıtay, Asliye Hukuk Mahkemesi’nin, 20 Nisan 1995 tarihli kararı bozmuştur. Yargıtay’a göre, ilk derece mahkemesi, 2675 sayılı Kanun ve Medeni Kanun’un 312. maddesinin hükümleri gereği; çocukların velayetinin hangi ebeveyne verileceğine karar vermelidir. Çocukların Türk Nüfus Kütüğü’ne "gayri sahih nesepli" olarak kaydedilmiş olmasından kaynaklı olarak, çocuklar üzerindeki ebeveynlik yetkisinin kimde olacağını belirlemek şarttır.

32. Dava, bir kez daha, Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi’ne geri gönderilmiştir.

33. 13 Haziran 1996’da çocuklar, başvurucunun kızlarıyla beraber, aynı başörtüleri ve güneş gözlüklerini takan on beş diğer kız ile birlikte, duruşma için adliyeye getirilmişlerdir. Adliye’nin önünde toplanmış bir grup insan, çocukların babalarıyla birlikte Türkiye’de kalmasına izin verilmesini talep eden sloganlar atmış ve pankartlar açmıştır. Başvurucu ve avukatları kalabalık tarafından tacize uğramıştır..

34. Başvurucunun avukatı, duruşma esnasında , çocukların yararına olacağı gerekçesi kapalı oturum talep etmiştir. Mahkeme, davanın somut koşullarının, izleyicilerin salon dışına çıkartılmasını gerektirmediği, gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Daha sonrasında, Başvurucunun avukatı, mahkemenin İzlanda Büyükelçisi'ni, İstanbul'daki İzlanda Konsolosu'nu, çevirmenleri ve diğer İzlanda vatandaşlarını duruşmaya davet etmesini talep etmiştir. Mahkeme bu talebi kabul etmiştir.

35. Duruşma'da V.A. aşağıdaki ifadeyi vermiştir:

"Yaklaşık olarak altı yıldır babamla birlikte yaşıyorum. Babamla mutluyum. Annemle birlikte kalmak istemiyorum. İslam doğrultusunda bir hayat tarzını yaşamak istiyorum. Bu nedenle babamla kalmak istiyorum. Annem beni kaçırmaya çalıştı. Bu nedenle onu istemiyorum. Onunla birlikte kalmak istemiyorum. İslami bir eğitim alıyorum. Aynı zamanda bir devlet okuluna gidiyorum. Güvenlik nedenleriyle okulumun adını veremem. Babamın baskısı altında değilim."

A.A. aşağıdakileri belirtmiştir:

"Altı yıldır babamla birlikte kalıyorum. Babamla mutluyum. Babamla olmaktan mutluyum. Bir endişem yok. Üvey annem Mülkiye Al da bizimle birlikte kalıyor. Babam bize bakıyor. Üvey annem ona yardım ediyor. Annemi görmek istemiyorum. Okulumun adını vermek istemiyorum. Annemin müdahale edeceğinden korkuyorum."

36. Başvurucunun avukatı, çocukların, babalarının etkisi altında olduğunu ve verdikleri ifadelerin kendi özgür iradelerine dayanmadığını iddia etmiştir. Çocukların, çocuk terapistleri tarafından psikolojik incelemeye tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme bu talebe ilişkin bir karar vermemiştir.

37. Asliye Hukuk Mahkemesi, çocukların ifadeleri ve sunulan diğer kanıtlara dayanarak çocukların velayetini babalarına vermeye ve başvurucuya çocukları görme hakkının verilemesine karar vermiştir. Mahkeme, aşağıdaki sonuçlara ulaşmıştır:

38. Çocuklar, dava sırasında birçok kez, altı yıldır babalarıyla beraber yaşamakta olduklarını ve onunla olmaktan mutluluk duyduklarını belirtmiştir. Çocuklar, anneleri görmek istememekte ve kendilerini kaçırmaktan korkmaktadır. Dava dosyasında, çocukların psikolojik, zihinsel ya da fiziksel bir sorunu olduğuna ilişkin bir belirti yoktur. Babaları çocuklara yeterince mali destek sağlamaktadır, çocuklar babalarının yaşadığı çevreye uyum sağlamışlardır ve onunla yaşamaktan mutludur. Bu olguların ışığında, çocukların babalarıyla kalmaları çocukların yararına olacaktır. Öbür taraftan, çocukların anneliğe duyacakları ihtiyacı da tatmin etmek önemlidir. Bu yüzden, Türkiye ile İzlanda arasındaki mesafe ve çocukların yaz tatili göz önünde tutularak, başvurucuya her yılın Temmuz ve Ağustos ayında altmış günlük çocuklarını görme hakkı tanınmalıdır.

39. Yargıtay, 18 Kasım 1996'da, bu kararı onamıştır.

40. Yargıtay, 31 Mart 1997'de, başvuru tarafından yapılan karar düzeltilmesi talebini reddetmiştir.

41. Başvurucu, çocukların vasisi olan Halil Al'ın yetkisini kötüye kullandığı iddiasıyla, Halil AL aleyhine dava açmıştır (velayet in nezi davası)

42. 5 Mayıs 1998 tarihli duruşmada, çocuklar Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi önüne çıkmışlardır:

43. V.A. aşağıdaki ifadeyi vermiştir:

"Babamla birlikte yaşıyorum. Babam, kız kardeşime ve bana bakıyor. Annemi görme konusuna katılmıyorum çünkü onu görmek istemiyorum. Anneme bir yakınlık beslemiyorum, çünkü ben çocukken hiçbir ilgi ve alaka göstermedi. Özel bir okula gidiyorum. Güvenlik nedenleriyle okulun adını vermek istemiyorum. Annemin talebine katılmıyorum(bizi görme). Annemle görüşmeyi reddetmenin ceza gerektiren bir fiil olduğunun farkındayım. 1997 yılında polis memurlarının, talebi üzerine annemle görüştüm. Kadri Tarikatı'nın içinde yer almıyorum."

A.A. aşağıdakileri belirtmiştir:

Sekiz yıldır babamla birlikte yaşıyorum. Kız kardeşim de bizimle birlikte yaşıyor. Babam, her zaman ebeveynlik yükümlülüklerini yerine getirmiştir. Kız kardeşim ve ben annemizle birlikte yaşamak istemiyoruz çünkü onunla mutlu değildik. Bize hiç bakmazdı. Babamla birlikte kalmak istiyorum. Eğitimime özel bir okulda devam ediyorum. Okulun adını söylemeyeceğim. Eğer söylersem, annem bizi takip edebilir. 1992 ile 1997'de annemle görüştüm çünkü onu görmek istemiştım. Annem, beni Bakırköy 8. Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki dava sırasında babamın aleyhinde ifade vermeye zorladı."

C. Görüşmenin icrası ile ilgili işlemler

44. Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi, 12 Mart 1992 tarihinde, başvurunun, her ayın ilk ve üçüncü Cumartesi günlerinde çocuklarını görmesine geçici olarak izin vermiştir. Buna karşın, başvuru, çocuklarını sadece iki defa görebilmiştir. Diğer görüşme girişimleri başarısız olmuştur.

45. Halil Al, 4 Haziran 1992'de Bakırköy İcra Müdürlüğü'ne, 6 Haziran 1992 ile 6 Eylül 1992 tarihleri arasında, yaz tatili nedeniyle Sivas'ta kalacağını bildirmiştir. Halil Al, İstanbul ve Sivas'taki adreslerini de bildirmiştir.

46. Halil Al, Sivas'ta kaldıkları sırada, İcra Müdürü'ne, V.A.'nın hasta olması nedeniyle Sivas'ta kalmayı uzatacaklarını ve 4 Ekim 1992'ye kadar Sivas'ta olacaklarını bildirmiştir.

47. Bu sırada, Bakırköy Sulh Ceza Mahkemesi 6 Ekim 1992'de, Halil Ak'ın şikayeti üzerine, 17 Ekim 1991 tarihinde çocukları kaçırma girişimin-

de bulunma suçundan açılan davada, başvurunun beraat etmesine karar vermiştir.

48. Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi, 12 Kasım 1992 tarihinde, başvurunun evliliğini feshetmiş, çocukların velayetini babaya vermiş ve başvurucuya çocuklarını görme hakkı tanımıştır. Mahkeme, çocukların anneliğe olan ihtiyaçlarının tatmininin gereksinimini, Türkiye ile İzlanda arasındaki uzaklık ve çocukların yaz tatillerini göz önüne alarak, başvurucuya, her yılın Temmuz ayında otuz gün çocuklarını görme hakkı tanımıştır (bk. üstte 21. paragraf).

49. Bu kararın sonrasında, Halil Al, Bakırköy İcra Tetkik Merci Hakimliği'ne bu kararın yürütmesinin durdurulması talebinde bulunmuştur. Halil Al, Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesinin kararını bozduğunu gerekçesi yürütme işlemlerinin durdurulması gerektiğini talep etmiştir. Eş zamanlı olarak, başvuru, Yargıtay'ın İlk Derece Mahkemesi'nin kararını bozmasını gerekçe göstererek Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'ne çocuklarını görebilmek için talepte bulunmuştur. (bk. üstte 23. paragraf).

50. Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi, 30 Haziran 1993 tarihinde, başvuru geçici olarak, her Cuma 17.00'dan her Pazar 17.00'a kadar çocuklarını görme hakkı tanımıştır. Mahkeme, çocukların annelerini, başvurunun İstanbul'da kiraladığı dairede görebileceklerini belirtmiştir.

51. İcra memurları, 2 Temmuz ile 10 Eylül 1993 tarihleri arasında, Halil Al'ın evine on bir kez gitmişlerdir. Ancak hiçbir gidişlerinde Halil Al'ı veya çocukları bulamamışlardır. İki gidişte ise binanın kapıcısı memurlara Halil Al'ın tatil için kızlarıyla birlikte Sivas'a gittiğini söylemiştir.

52. Başvurucu, birçok kez şikayette bulunmuştur. Bakırköy Cumhuriyet Savcısı, mahkeme emirlerini yerine getirmediği gerekçesi ile Halil Al aleyhinde soruşturma başlatmıştır.

53. Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi, 19 Ocak 1994'te, Halil Al'ı üç ay on gün hapis cezasına çarptırmıştır. Ceza, 500.000 Türk Lira para cezasına çevrilmiştir.

54. Başvurucunun, 15 Temmuz 1994, 22 Temmuz 1994, 29 Temmuz 1994, 5 Ağustos 1994, 19 Ağustos 1994, 26 Ağustos 1994, 2 Eylül 1994 ve 9 Eylül 1994 tarihlerindeki çocuklarını görme girişimleri başarısız olmuştur. Memurlar, çocukları bu tarihlerin hiçbirinde evde bulamamıştır.

55. 16 Ekim 1994'te icra memurları Halil Al'ın evine zorla girmiş ve çocukların üvey annesini bulmuşlardır. Halil Al daha sonra gelmiştir. Hali Al, memurlara yalnızca V.A'nın evde olduğunu belirtmiş ve memurlar da, A.A. evde olmadığı için V.A.'yı da almadan ayrılmışlardır.

56. 23 Eylül 1994'te, icra memurları Halil Al'ın evine yeniden geldiklerinde tekrar çocukların üvey annesi ile karşılaşmışlardır. Çocuklar ve babala-

rı evde mevcut değildirler. Halil Al, 30 Eylül 1994, 14 Ekim 1994, 21 Ekim 1994 ve 25 Kasım 1994 tarihlerinde de görüşme düzenlemesini yerine getirmeyi reddetmiştir. Halil Al, bahsedilen tarihlerin hiçbirinde evde bulunamamıştır.

57. Yargıtay, 10 Ekim 1994'te, Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi'nin 19 Ocak 1994 tarihli kararını onamıştır (bk. üstte 53. paragraf).

58. Halil Al 6 Ocak 1995, 20 Ocak 1995, 3 Şubat 1995, 10 Mart 1995, 24 Mart 1995 ve 7 Nisan 1995 tarihlerinde de, görüşme düzenlemelerini yerine getirmemiş, bahsedilen tarihlerin hiçbirinde evinde bulunamamıştır.

59. Başvurucu, 14 Nisan 1995'te icra memurlarının eşliğinde, Halil Al'ın evine gitmiştir. Evde bulunan çocukların büyükbabası, çocukların okulda olduğunu ancak hangi okulda okuduklarını bilmediğini söylemiştir. İcra memurları evi aramış ancak çocukları bulamamıştır.

60. Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi, 13 Haziran 1996'da başvurucuya, her yılın Temmuz ve Ağustos aylarında 60 gün çocuklarını görme hakkı tanımıştır (bk. üstte 38. paragraf).

61. Bakırköy İcra Müdürü, 10 Temmuz 1996'da, Halil Al'a 12 Temmuz 1996 tarihinde saat 17.00'da evde hazır olması gerektiğini belirten resmi bir yazı göndermiştir.

62. Halil Al, 11 Temmuz 1996'da Bakırköy İcra Hakimi'nden başvurucunun görüşme haklarının icrasına yönelik emri kaldırmasını istemiştir. Hakim, 12 Temmuz 1996'da bu talebi reddetmiştir. Buna karşın, Halil Al'ın evine giden icra memurları, çocukları ya da Halil Al'ı bulamamışlardır.

63. Halil Al İcra Müdürlüğü'ne, aynı gün yazdığı bir yazı ile V.A.'nın Erzurum'da, A.A.'nın da Sivas'ta tatilde olduğunu ve başvurucunun, çocukları bu şehirlerde görebileceğini bildirmiştir.

64. İcra memurları 19 Temmuz 1996'da da Halil Al'ı evde bulamamışlardır. Bina kapıcısı, çocukların o sabah evi erken terk ettiklerini belirtmiştir.

65. Başvurucu, 12 Temmuz 1996, 20 Ağustos 1996 ve 11 Eylül 1996 tarihlerinde Bakırköy Cumhuriyet Savcılığı'na üç kez şikayette bulunmuştur.

66. Bakırköy Cumhuriyet Savcısı, 24 Temmuz 1996'da Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi'ne Halil Al'ı mahkeme emirlerini yerine getirmemekle suçlayan bir iddianame sunmuştur.

67. Bakırköy İcra Müdürü, 26 Temmuz 1996 tarihinde bir yazı ile mahalle karakoluna aynı gün yapılması planlanan bir görüşme olacağını bildirmiş ve bir polisin, icra memurlarına eşlik etmesini talep etmiştir. Daha sonraki günlerde, icra memurlarına bir polis eşlik etmiştir.

68. Bakırköy Cumhuriyet Savcısı 4 Eylül 1996'da, Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi'ne, yine Halil Al'ı mahkeme emirlerini yerine getirmemekle suç-

layan bir iddianame sunmuştur.

69. Çocukların büyükbabası, 13 Eylül 1996 tarihinde eve gelen memurlara çocukların Sivas'tan dönmediğini söylemiştir. Memurlar çocukların yataklarının toplu olduğunu tutanak altına almışlardır.

70. 20 Ekim 1996'da icra memurları Halil Al'ın evinde kimseyi bulamamıştır. Bir komşu, uzun süredir eve girip çıkan hiç kimseyi görmediğini söylemiştir.

71. Başvurucunun, daha sonraki 5 Ekim 1996, 18 Ekim 1996, 26 Ekim 1996, 1 Kasım 1996, 8 Kasım 1996, 15 Kasım 1996, 15 Kasım 1996, 22 Kasım 1996 ve 29 Kasım 1996 tarihlerindeki gidişleri de sonuçsuz kalmıştır. Çocuklar, bu tarihlerin hiçbirinde babalarının evinde bulunamamışlardır.

72. İzlanda Hükümeti'ne göre, Türk ve İzlanda makamları arasında yapılan, İzlanda Dışişleri Bakanlığı ve İzlanda Türkiye Büyükelçisi'nin şahsen katıldığı istisnai toplantı ve Türk yetkililerine yapılan tazyikler sonucunda, 1 Aralık 1996 tarihinde başvuru ile çocukları arasında bir görüşme düzenlenmiştir.

73. Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi, 7 Mart 1997'de, Halil Al'ı mahkeme emirlerini yerine getirmemekten suçlu bulmuş ve üç ay yirmi altı gün hapis cezasına çarptırmıştır.

74. Türk Dışişleri Bakanlığı, 27 Mart 1997 tarihli bir yazı ile başvurunun 29 veya 30 Mart 1997'de Türkiye'ye geleceğini Adalet Bakanlığı'na bildirmiş ve gerekli önlemlerin alınarak bir engelle karşılaşmadan görüşme hakkını kullanmasının sağlanmasını talep etmiştir.

75. Başvurucu, 10 Nisan 1997'de Bakırköy Cumhuriyet Savcılığı'ndan Halil Al'ın tutuklanmasını talep etmiştir.

76. Başvurucunun avukatı, 21 Ağustos 1997'de, başvurunun kızlarıyla görüşmek üzere Sivas ili Divriği ilçesine gitmiştir. Halil Al, kızlarıyla beraber buluşma yerine gelmiştir. Çocuklar babalarından ayrılınca bağırmaya başlamış ve başvurunun avukatı ile gitmekten kaçınmışlardır. Çocuklar, artık annelerini görmek istemediklerini, onun kendilerine hiçbir zaman gerçek bir anne olmadığını söylemişlerdir. Başvurucunun avukatı kendilerine arabaya binmelerini söylediğinde, arabaya binmeyi reddetmişlerdir. Avukat, polis memurlarından yardım talebinde bulunmuş ve kendisine Ankara'ya kadar kendisine eşlik edemeyeceklerini sormuştur. Polis memurları bu isteği reddederek yalnızca Sivas ili sınırına kadar kendisi ile gelebileceklerini söylemişlerdir. Başvurucunun avukatı, bölgedeki terörist faaliyetler nedeniyle çocukların güvenliğinden endişe ettiği için çocuklarla birlikte seyahat etmekten feragat etmiştir .

77. Başvurucu, Bakırköy Cumhuriyet Savcılığına başka bir suç duyurusunda bulunmuştur. Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi, 24 Ekim 1997'de,

başvurucunun iddialarını düşürerek Halil Al'ın beraatına karar vermiştir. Mahkeme, çocukların annelerini görmeyi defalarca reddettiklerini ve anneyi görmemek için planlanan görüşme günlerinde arkadaşlarının evlerinde kaldıklarını belirtmiştir. Babalarının etkisi altında kalmamışlardır ve gerçekten annelerini görmek istememektedirler. Mahkeme, Halil Al'ın suçlu bulunmasını gerektirecek bir kanıt olmadığı sonucuna varmıştır.

78. Kesin olarak belirlenemeyen bir tarihte, Adalet Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı'na başvurucunun, çocuklarını Sivas, Ankara ya da Kayseri'de görebileceğine ilişkin bilgilendirildiğini ve çocukların anneliğe duydukları ihtiyacın tatmini için, başvurucunun bu şehirlerden birine gitmesinin daha uygun olacağını bildirmiştir. Fakat, başvuru, çocuklarını bu şehirlerde ziyaret etmeyi düşünmemiştir. Ayrıca Adalet Bakanlığı, şikayetçinin, genel bir kural olarak, ilgili yasal süreçlerden yararlanması ve görüşme hakkını kullanabilmek için yetkili mercilere başvurması gerektiğini vurgulamıştır. Ne var ki söz konusu davada başvuru herkes için bu yasal süreçlerden yararlanmamıştır.

79. Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi 4 Eylül 1996 tarihinde başlayan cezai işlemleri (bk. üstte 68. paragraf) sonuçlandırmıştır. Mahkeme 13 Ocak 1998 tarihli bir karar ile, Halil Al'ı mahkeme kararlarını yerine getirmekten suçlu bulmuş ve kendisini dört yıl hapis cezasına çarptırmıştır. Hapis cezası, 1.200.000 Türk Liralık para cezasına çevrilmiştir.

80. Adalet Bakanlığı, 8 Haziran 1998 ve 8 Temmuz 1998 tarihli yazılarla Sivas ve Divriği'deki Cumhuriyet Savcıları'ndan, Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararında belirtilen görüşme düzenlemelerini kolaylaştırmak için gerekli önlemleri almalarını istemiştir. Adalet Bakanlığı, ayrıca, İçişleri Bakanlığı'nı, başvurucunun avukatının, 21 Nisan 1997 tarihli çocuklarla görüşmesi sırasında, çabalarının güvenlik nedenleriyle engellendiğini bildirmiştir. Adalet Bakanlığı'nca, İçişleri Bakanlığı'na başvurucunun bir sonraki Temmuz ayında çocuklarla yapacağı görüşmeyi kolaylaştırmaya yönelik gerekli tedbirleri alması önerilmiştir.

81. Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi, 15 Temmuz 1998'de bir kez daha Halil Al'ı, bir ay beş gün hapis cezasına çarptırmıştır. Hapis cezası 350.000 Türk Liralık para cezasına çevrilmiştir.

82. Başvuru, 8 Temmuz 1998 tarihinde, Divriği'de kızlarıyla dört gün boyunca görüşmüştür. Fakat, Halil Al kızlarının anneleriyle daha uzun görüşmelerine izin vermemiştir. Başvuru, İzlanda'ya dönmüştür.

83. Başvuru, 27 Ağustos 1998'de, kızlarıyla görüşmek için Divriği'ye gelmiş ancak onları görememiştir.

84. Haziran 1999'da V.A.'nın, Ekim 2000'de de A.A.'nın on sekiz yaşına basması dolayısıyla çocukların Türk yasalarına göre reşit olmaları nedeniyle, görüşme hakkı icra edilemez duruma gelmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

A. Kanunlar İhtilafına İlişkin Kurallar (2675 Sayılı Kanun)

85. 2675 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun)

12. Madde

"Evlenme ehliyetine ve şartlarına taraflardan her birinin evlenme anındaki Milli hukuku uygulanır. Evlenmenin şekli yapıldığı yer hukukuna tabidir. Milletlerarası sözleşmeler hükümlerine göre konsolosluklarda yapılan evlenmeler geçerlidir.

Evlenmenin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek ikametgah hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk Hukuku uygulanır."

13. Madde

"Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir.

Eşler ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek ikametgah hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanır."

16. Madde

"Nesebin düzeltilmesi, babanın düzeltme anındaki milli hukukuna, nesebin bu hukuka göre düzeltilememesi halinde ananın milli hukukuna, buna göre dahi düzeltmenin mümkün olmaması halinde, çocuğun milli hukukuna tabidir."

17. Madde

"Evlilik dışı çocuk ile ana arasındaki kişisel ve mali ilişkilere ananın milli hukuku, çocuk ile baba arasındaki kişisel ve mali ilişkilere ise babanın milli hukuku uygulanır."

20. Madde

"Boşanmada velayet ve velayete ilişkin sorunlar hakkında boşanmanın tabi olduğu hukuk uygulanır."

86. Söz konusu zamanda, Türkiye, Çocukların Velayetine İlişkin Karar-

ların Tanınması ve Uygulanması ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne (bu Sözleşme İzlanda'da 1 Kasım 1996, Türkiye'de de 1 Haziran 2000 tarihlerinde yürürlüğe girmiştir) veya Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Konvansiyonu'na da (Konvansiyon, İzlanda'da 1 Kasım 1996, Türkiye'de de 1 Ağustos 2000 tarihlerinde yürürlüğe girmiştir) taraf değildir.

B. Medeni Kanun

87. Söz konusu zamanda Medeni Kanun'un 137. maddesi şu şekildedir:

"Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle... çocukların bakımına dair geçici tedbirleri kendiliğinden alır."

88. Söz konusu zamanda Medeni Kanun'un 148. maddesi şu şekildedir:

"Boşanma veya ayrılık vukuunda hakim, ana ve babayı dinledikten sonra hakkı velayetin kullanılmasına ve ana ve baba ile çocuklar arasındaki şahsi münasebetlere dair iktiza eden tedbirleri ittihaz eyler.

Çocuk kendisine tevdi edilmemiş olan taraf, kudretine göre onun infak ve terbiye masraflarına iştirak ile mükelleftir."

C. İcra ve İflas Kanunu

89. İcra ve İflas Kanunu'nun 25 (a) maddesi şu şekildedir:

"Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru, küçüğün ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. Bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin 341 inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır.

Borçlu bu emri tutmazsa ilam hükmü zorla yerine getirilir. Borçlu alacaklının şikayeti üzerine ayrıca 341 inci maddeye göre cezalandırılır."

90. İcra ve İflas Kanunu'nun 341. maddesi şu şekildedir:

"Çocuk teslimi hakkındaki ilamın icrası sırasında çocuğu gizleyen veya ilamın icrasından sonra tekrar kaçırarak borçlu ile bu fiillere bilerek iştirak edenler, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikayeti üzerine, tetkik mercii tarafından, bir aydan üç aya kadar hafif hapis cezasıyla cezalandırılır."

HUKUK

I. Sözleşmenin 8. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

91. Başvurucu, Başvurucu, Türk yetkili makamlarının, Sözleşmenin 8. maddesi gereği yükümlenmiş oldukları pozitif yükümlülüğe karşın, çocuklarıyla görüşme hakkını etkili bir biçimde uygulamada başarısız olduklarından şikayetçi olmuştur. Sözleşmenin 8. maddesi:

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

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

A. Tarafların İddiaları

1. Başvurucu

92. Başvurucu, 1992 ve 1998 yılları arasında yapmış olduğu birçok girişime rağmen, Türk yetkili makamlarının, çocuklarıyla görüşme hakkını etkili bir biçimde uygulamada başarısız olduklarından şikayetçi olmuştur. Başvurucu, kızlarını görebilmek amacıyla İzlanda'dan Türkiye'ye, altı yıl içinde yüz kereden fazla seyahat etmiştir. Ancak, bütün girişimleri sonuçsuz kalmıştır, çünkü eski eşi görüşme düzenlemelerine uymayı sürekli olarak reddetmiştir. Başvurucu, Türk makamlarının, icra memurları tarafından yapılan hiçbir görüşmeden önce eski eşi tarafından saklanan çocukların yerini tespit etmek için hiçbir etkili önlem almadığını iddia etmiştir.

Başvurucu, eski eşi aleyhinde mahkeme emirlerini yerine getirmediği gerekçesi ile 18 defa cezai soruşturma başlatıldığını ileri sürmüştür. Ancak, eski eşi ciddi bir cezaya çarptırılmadan sadece hafif cezalar alarak kurtulmuştur.

2. Hükümet

93. Hükümet, başvurucunun haklarını kullanabilmesini sağlamak için, ulusal makamların kendi yetkileri dahilinde her şeyi yaptıklarını öne sürmüştür. Hükümet, haklara erişimin icrasını barındıran bir dava konusunda, çocukları ve bir bütün olarak ailelerin yarışan yararları arasında adil bir denge kurulmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Çocuklar, boşanma davası ile ve-

layet işlemleri sırasında birçok kez ve başvuruçunun avukatı ile 21 Ağustos 1997 tarihinde Divriği’de gerçekleşen görüşmede de annelerini görmeye istekli olmadıklarını söylemişlerdir. Bu şartlar altında, yetkili makamlar, sözleşmenin 8. maddesinin öngördüğü şekilde, düşüncelerinin dikkate alınmasını gerektirecek kadar büyümüş olan çocukların haklarını gözetmekle de aynı derecede sorumludurlar. Babanın işbirliği yapmayı reddetmesi, başvuruçunun, çocuklarını görememesinin ilk ve en başta gelen sonucudur ve Hükümet babanın hareketlerinden sorumlu tutulamaz. İkinci neden de çocukların annelerini görmeyi reddetmesidir ki yine bu durumdan da Hükümetin kusurlu olduğu sonucu çıkartılamaz .

Her durumda, başvuruçucu icra memurlarından, eski eşinin evine zorla girilmesini talep edebilecek durumdadır fakat bu talebini sadece 16 Eylül 1994 tarihindeki görüşmesinde yapmıştır. Hükümet, ek olarak, başvuruçunun eski eşinin mahkeme emirlerini uygulamaktan defalarca suçlu bulunarak cezalandırıldığını belirtmektedir.

Hükümet, sonuç olarak, davanın zor koşulları göz önüne alındığında, Türk makamlarının, başvuruçunun çocuklarıyla görüşme hakkının icrası doğrultusunda kendisinden beklenebilecek her şeyi yaptığını belirtmiştir.

3. Müdahale eden Hükümet

94. İzlanda Hükümeti, başvuruçucu ile aynı görüştedir. İzlanda Hükümeti, Türk yasalarının AİHS’nin 8. maddesi ile güvence altına alınan başvuruçunun haklarını yeterli korumayı sağlamadığı ve özellikle de Türk makamlarının gereken etkili önlemleri alarak mahkeme kararları ile bağlantılı olarak başvuruçunun haklarını hızlı bir biçimde icra edemediğini ileri sürmüştür.

95. İzlanda Hükümeti, Türk Hükümeti’nin aldığını tek önlemin, çocukların orada olup olmadığını tespit etmek için yetkililerin boşandığı eşin evine kadar başvuruçuya eşlik etmesi olduğunu düşünmektedir. Çocukların yerini tespit etmek veya başvuruçucu ve boşandığı eşi arasında arabuluculuk yapmaya veya aralarında basit iletişim kurulmasını sağlayacak bir adım atılmamıştır. Türk yetkili makamları, görüşmeleri kolaylaştırmak için sosyal yardım yetkililerinin benzer kuruluşların sürece katılmalarını sağlama konusunda hiçbir girişiminde bulunmamıştır.

B. Mahkemenin Değerlendirmesi

96. Mahkeme, ilk olarak, başvuruçunun şikayetlerinin V.A. ve A.A. isimli iki kızı ile 1990 yılından beri görüşemediği iddiaları ile ilgili olduğunu belirtir. Bu konuların, Sözleşmenin 8. maddesindeki anlamı ile, "aile hayatı" ile ilgili olduğuna itiraz edilemez.

97. Sonrasında, başvuruçunun aile hayatına riayet edilmesine ilişkin bir

noksanlığın bulunup bulunmadığına karar verilmelidir. Mahkeme, 8. maddenin asıl amacının, bireyi resmi görevliler tarafından yapılabilecek keyfi hareketlere karşı korumak olduğunu, yineler. Aile hayatına etkili bir "saygı" gösterilmesinde kendiliğinden varolan bazı pozitif yükümlülükler vardır. (bkz. 26 Mayıs 1994 Keegan v. İrlanda Kararı, Seri A sayı 290, s. 19,§49). Bu çerçevede, Mahkeme, 8. maddenin içeriğinde ebeveynlere, çocuklarıyla görüşmeleri için fırsatlar sağlanması yönünde önlemler aldırma hakkı tanıdığını ve ulusal makamlara bu yönde tedbir alma yükümlülüğünün bulunduğunu tekrar belirtmektedir. (bkz, Eriksson v. Sweden, judgment of 22 June 1989, Series A no. 156, pp. 26-27, § 71; Margareta and Roger Andersson v. Sweden, judgment of 25 February 1992, Series A no. 226-A, p. 30, § 91; Olsson v. Sweden (no. 2), judgment of 27 November 1992, Series A no. 250, pp. 35-36, § 90; Hokkanen v. Finland, judgment of 23 September 1994, Series A no. 299-A, p. 20, § 55; Nuutinen v. Finland, judgment of 27 June 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-VIII, p. 83, § 127, Ignaccolo-Zenide v. Romania, judgment of 25 January 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-I, p. 265, § 94 and Sylvester v. Austria, nos. 36812/97 and 40104/98, § 58).

98. Buna karşın, ulusal makamların görüşmeleri kolaylaştırma yükümlülüğü mutlak değildir; çünkü bir süredir anne veya baba ile birlikte yaşamış çocukların diğer ebeveynle hemen yan yana gelmesi sağlanamayabilir ve öncel önlemlerin alınmasını gerektirebilir. Bu hazırlıkların doğası ve kapsamı her bir davanın koşullarına göre değişiklik gösterecektir, fakat, tüm ilgililerin göstereceği anlayış ve işbirliği bu sürecin önemli bir bileşenidir. Ulusal makamların böyle bir işbirliğini kolaylaştırmak için büyük itina göstermeleri şartken, haklar ve özgürlükler kadar tarafların faydalarının, özellikle de çocukların Sözleşme'nin 8. maddesi ile korumaya alınan hakları ve çıkarları dikkate alınmasından kaynaklı olarak bu yönde uygulanacak taziyik de sınırlı olmalıdır. Anne veya baba ile iletişim kurmak, bu faydaları tehlikeye sokacak ya da haklara bir müdahale oluşturacaksa, bu haklar ve faydalar arasında adil bir denge kurmak ulusal makamların görevidir. (bkz. Hokkanen, p. 22§58 and Ignaccolo-Zenide, p. 265§94).

99. Mahkeme, bundan kaynaklı olarak, ulusal makamların, icrayı kolaylaştırmak için davanın özel şartlarının gerektirdiği makul tedbirleri aldığından (bkz. Hokannan, § 58; Ignaccolo-Zenide, § 96; Nuutinen/Finlandiya, §128) ve ilgili kişilerin çıkarları ile genel olarak hukukun üstünlüğüne saygı duyulması gerekliliği arasında adil bir dengenin kurulduğundan emin olmalıdır. (bkz. Nuutinen, § 129).

100. Bu bağlantı ile, Mahkeme, daha önce sunulan bir davada olduğu gibi, alınacak tedbirin yeterliğinin, uygulamanın ne kadar hızlı gerçekleştiğine bakılarak ölçülebileceğini tekrarlamaktadır. Kararın uygulanmasını da içeren ailevi sorumluluğun verilmesi ile ilgili verilen kararların zaman kaybetmeden

sonuçlandırılması gerekmektedir, zaman kaybını yaşanması durumunda, çocuklar ile onlarla birlikte yaşamayan ebeveyn arasındaki ilişki geri dönülmez bir biçimde zarar görebilir. (bkz, Ignaccolo-Zenide, p. 267, § 102)

101. Mahkeme, başvurucunun boşanma ve çocuklarının velayetine ilişkin taleplerini 25 Ekim 1991 tarihinde gerçekleştirdiğini tespit etmiştir. İşlemler, 31 Mart 1997 tarihinde, altı yıl beş ay sonra, sonuçlanmıştır. Bu zaman diliminde, başvurucunun her ayın ilk ve üçüncü Cumartesi günleri çocuklarını görmesine, 12 Mart 1992 tarihinde geçici olarak izin verilmiştir. Fakat, başvuru çocuklarını 12 Mart ve 12 Kasım 1992 tarihleri arasında yalnızca iki sefer görebilmiştir. Daha sonra ki bir tarihli kararla başvurucuya her Temmuz ayında 30 gün boyunca çocuklarını görme izni verilmiştir. Ancak Yargıtay, ilk derece mahkemesi'nin söz konusu kararını 23 Şubat 1993 tarihinde bozunca bu karar hükümsüz olmuştur. 30 Haziran 1993 tarihinde başvurucuya yine geçici olarak Cuma 17.00 ile Pazar 17.00 saatleri arasında çocuklarıyla görüşme hakkı verilmiştir. Başvurucuya her yılın Temmuz ve Ağustos aylarında 60 gün çocuklarını görme izni verildiği 13 Haziran 1996 tarihine kadar, bu düzenleme yürürlükte kalmıştır.

102. Mart 1992 ve Ağustos 1998 tarihleri arasında, icra memurları ve başvuru birlikte çocukların bulunduğu eve elli seferden fazla gitmesine rağmen, başvuru çocuklarıyla sadece dört defa görüşebilmiştir. İki defa başvuru bir defa da başvurucunun avukatı Türkiye'nin doğusundaki bir şehir olan Divriği'ye, çocukları görmeye gitmiştir.

103. Çocuklar, velayet ve boşanma davasının basın ve kamuoyunun ilgisini çekmesi nedeniyle büyük baskıya maruz kalmıştır. Yetkili makamlar, davanın bu zor şartları altında bile, uzun süren yargılama sürecinde başvurucunun haklarını kullanması konusunda herhangi bir önlem almamıştır. Yetkililer özellikle başvurucunun kızlarını görmesini kolaylaştırmak ve eski eşi ile arasında daha çok işbirliğine yönelik bir ortam yaratmak için sosyal hizmet kuruluşlarının veya psikologların görüşlerini almada yetersiz kalmıştır. (bkz. Ignaccolo-Zenide, s. 269, §112).

104. Bu bağlantı ile Mahkeme, hem boşanma hem velayet ve aynı zamanda icra işlemleri sırasında çocukların birçok kez annelerini görmek istemediklerini dile getirdiklerini tespit etmiştir. Hükümet, ulusal makamların, çocukların annelerini görmek istememelerinden veya babanın mahkeme emirlerine uymamasından sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Çocukların, annelerini görmek istemediklerini söylemiş olmalarının, doğru olmasına karşın, Özellikle Divriği görüşmesinde, Mahkeme, çocuklara, dışardan herhangi bir baskı olmaksızın duygularını özgürce ifade edebilecekleri ve anneleri ile iletişim kurabilecekleri dingin bir ortam için fırsat yaratılmadığı görüşünü dedir.

105. Mahkeme, Türk makamlarının icra işlemleri hakkındaki tutumlarını

ele aldığında, icra memurlarının planlanmış görüşme için eve gittiklerinde başvurunun eski eşinin çocuklarla birlikte evde bulunmadığını tespit etmiştir. Buna karşın ulusal makamlar, bir görüş olarak çocukların başvuruyla temasa geçmelerini kolaylaştırmak amacıyla yerlerini tespit etmeye yönelik bir girişimde bulunmamıştır. Başvurunun çocuklarıyla görüşmesini sağlamak için, Halil Al'ın görüşme düzenlemelerini yerine getirmeyi ısrarla reddettiği göz önüne alındığında, yetkili makamlar tarafından başvurunun haklarını kullanmasını sağlayacak ve eski eşin kararlara uymasına yol açacak gerçekçi zorlayıcı tedbirler de dahil çeşitli önlemler alınması gerekli olmalıdır.

106. Böylesi duygusal bir ortamda, çocukların ebeveynlerden biriyle zorla bir araya gelmesini sağlayacak bir tedbir alınması çok istenmese de, çocukların birlikte yaşadığı ebeveynin yasadışı veya kararların uygulanması aleyhindeki davranışları karşısında böylesi bir eylem de inkar edilemez. (bkz. Ignaccolo-Zenide, s. 269, § 111).

107. Mahkeme, Hükümet'in, Türk makamlarının başvurunun çocuklarıyla görüşme hakkını icra edecek tüm makul önlemleri aldığı yönündeki iddialarına katılmamaktadır. Mahkeme, başvurunun eski eşine verilen para cezalarının ne etkili ve ne de yeterli olduğu görüşündedir. Mahkeme, Hükümet'in, başvurunun icra memurlarından Halil Al'ın evine zorla girmelerini istemesinin mümkün olduğunu tavsiyesine ilişkin olarak, ki böyle bile olsa, kamu yetkisinin, idari makamlarda olması nedeniyle yetkili makamların icrai sorumluluklarından kurtulamayacakları kanısındadır. (bkz, Ignaccolo-Zenide, p. 269, §111)

108. Söz konusu olay ve görüşlere bağlı olarak, Mahkeme, Türk yetkili makamlarının başvurunun çocuklarıyla görüşmesini sağlamak için etkili ve yeterli çaba göstermediğini ve bu nedenle 8. madde ile güvenceye alınan aile hayatına saygı hükmünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

109. Böylece, Sözleşme'nin 8. maddesine yönelik olarak bir ihlal mevcuttur.

II. SÖZLEŞME'NİN 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

110. Başvurucu, bir İzlanda vatandaşı ve Katolik olmasından kaynaklı olarak ayrımcılığa uğramasının sonucu olarak, çocuklarını görme hakkından mahrum bırakıldığını iddia etmiştir.

Başvurucu, Sözleşme'nin 14. maddesine dayanmıştır.

"Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır."

111. Mahkeme, önündeki materyallere dayanarak, başvurucunun şikayetlerinin asılsız ve dini veya milliyeti nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığı iddiasının temelsiz olduğu hükmüne varmıştır.

112. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlali söz konusu değildir.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

113. Sözleşme'nin 41. maddesi:

"Mahkeme işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

A. Zarar

114. Başvurucu, maddi zararları için aşağıda detayları açıklandığı gibi, toplam olarak 478.209,46 ABD Doları (529.913 Euro'ya tekabül eden) talepte bulunmuştur:

i) 1992 ve 2001 yılları arasında çocuklarını görebilme hakkını kullanabilmek için İzlanda ve Türkiye arasındaki seyahat ve konaklama giderleri 243.355,25 ABD Doları;

ii) İstanbul'da daire kiralananmasından doğan zarar için 84.600 ABD Doları;

iii) İstanbul'da kaldığı süre içinde ısınma, elektrik, gaz ve su giderlerinden doğan zarar için 5.286,65 ABD Doları;

iv) Türkiye'de yaptığı telefon görüşmeleri için 69.668,07 ABD Doları;

v) İzlanda'dan yaptığı telefon masrafları için 22.268,61 ABD Doları;

vi) İzlanda'daki "Börnin Heim (Çocukların Geri Getirilmesi) Projesi"nin "Sophia Hansen için Destek Kampanyası" için ofis kirası ve teçhizat, güvenlik hizmetleri ve masrafları için 42.171,63 ABD Doları;

vii) Posta giderleri için 10.626,94 ABD Doları;

viii) Diğer giderler için 232,31 ABD Doları.

115. Hükümet, başvurucunun talep ettiği meblağın fahiş olduğunu ve Mahkeme huzurunda dile getirilen şikayetlerle iddia konusu zarar arasında nedensel bir bağ olmadığını belirtmiştir.

116. Mahkeme, maddi zarar ile ilgili tazminat talebinden İzlanda'da başvuru adına toplanan ve başvurucunun yükümlülüklerini azaltan 169,526.57 ABD Dolarının düşülmediğini gözlemlemiştir. Mahkeme, maddi zararlar için talep edilen geri kalan meblağın fahiş olduğu görüşündedir.

117. Mahkeme, icra işlemlerinin uzunluğu ve karmaşıklığı ile başvuru-
nun görüşme hakkını kullanmasının engellendiği göz önüne alındığında eski
eşin mahkeme emirlerini yerine getirmemesi nedeniyle başvurunun oldukça
yüksek miktarda harcama yapmış olduğu kanaatindedir.

118. Yukarıda düşüncelere bağlı olarak ve Sözleşme'nin 41. maddesinin
gerektirdiği adil temele dayanarak, Mahkeme, başvurucuya 50.000 Euro
ödenmesine karar vermiştir.

119. Başvurucu, çocuklarıyla görüşemediği için yaşadığı endişe ve sıkın-
tı nedeniyle manevi tazminat olarak 221.624 Euro'ya tekabül eden 200.000
ABD Doları talep etmiştir.

120. Hükümet, başvurunun talebinin fahiş olduğunu iddia etmiştir.

121. Mahkeme, başvurunun çocukları ile görüşme hakkını kullanama-
masından dolayı için stres altına girdiğinden ve sadece bir ihlalin tespiti ile
adil karşılığın sağlanmasının mümkün olmadığından şüphe duymak için bir
gerekçe görmemektedir. Mahkeme, karşılaştırılabilir davalarda ödenen taz-
minat miktarlarını dikkate alarak (bkz. Ignaccolo-Zenide, §117, Hokkanen, s.
27, § 77; bkz., mutatis mutandis, Elsholz/Germany [BD], no. 25735/94, § 71,
MAHKEME 2000-VIII, Kutzner/Germany, no. 46544/99, § 87, MAHKEME
2002-I ve Sylvester/Austria, § 84) ve Sözleşme'nin 41. maddesi gereği adil
bir değerlendirme yaparak 15.000 Euro ödenmesine karar vermiştir.

122. Mahkeme, sonuçta, manevi zararlar için başvurucuya 15.000 Euro
ödenmesine karar vermiştir.

B. Hukuki Masraflar ve Harcamalar

123. Başvurucu, mahkeme masrafları için aşağıda açıklanan şekilde
129.511 Euro'ya tekabül eden, toplam 116.875,74 ABD Doları talep etmiştir:

- i) İzlanda'daki işlemler için avukatlık ücretleri için 22.350 ABD Doları;
- ii) Türkiye'deki işlemler avukatlık ücretleri için 2.875,74 ABD Doları;
- iii) Avukat'ın masrafları ve seyahat giderleri dahil, Türkiye'deki boşanma,
velayet ve icra işlemleri için 60.900 ABD Doları;
- iv) Strazbourg'daki işlemler sırasındaki avukatlık masrafları için 30.750
ABD Doları

124. Mahkeme, avukatın İzlanda'daki işlemlerinin başvurunun, hakla-
rının icrası ile ilgili olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, bu yüzden, bu baş-
lık altındaki tazminat talebini reddetmiştir.

125. Mahkeme kararlarının infazı ile ilgili işlemler ve Strazbourg'daki
mahkeme sürecindeki masraflar kaçınılmazdır. Bu masraflar ancak makul ol-
ması şartıyla ödenebilir.

126. Mahkeme, talep edilen meblağın fahiş olduğu görüşündedir. Mahke-

me adil bir değerlendirme yaparak ve davanın karmaşıklığını da gözönünde bulundurarak başvurucuya hukuki masraf ve harcamalar için 10.000 Euro ödenmesine karar vermiştir.

127. Sonuç olarak Mahkeme, başvurucuya bu başlık altında 10.000 Euro ödenmesine karar vermiştir.

C. Gecikme Faizi

128. MAHKEME, Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli hesaplara uyguladığı faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda gecikme faizi uygulanmasını uygun bulmuştur.

YUKARIDAKİ NEDENLERDEN DOLAYI MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE;

1. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine;
2. Sözleşme'nin 14. maddenin ihlal edilmediğine;
3. a) Sorumlu Devletin Sözleşmenin 44/2 maddesi uyarınca başvurucuya kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde aşağıdaki meblağları ödemesine:

- i) Maddi tazminat için 50,000 (elli bin) EURO;
- ii) Manevi tazminat için 15,000 (on beş bin) EURO;
- iii) Hukuki harcamalar için 10,000 (on bin) EURO;
- iv) Yukarıdaki meblağlara uygulanabilecek her türlü verginin dahil edilmesine;

b) Yukarıda değinilen üç aylık sürenin dolmasından ödemenin yapıldığı güne kadar geçen süre için Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli hesaplara uyguladığı faiz oranının üç puan fazlasının uygulanmasına ve;

4. Başvurucunun diğer adil karşılık taleplerinin reddine karar vermiştir.

Karar, İngilizce olarak hazırlanmış olup, 23 Eylül 2003 tarihinde Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. maddeleri gereği yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Michael O'Boyle
Yazı İşleri Müdürü

Nicolas Bratza
Başkan

Gönderen: Av. Muhittin ÜSTÜNDAĞ

YARGI KARARLARI

Ceza Bölümü

ÖZET: Bir mahkûmiyet hükmünün infaz süreci içerisinde yürürlüğe girip, ceza ile yerine getirme süre ve koşullarını birlikte düzenleyen yasalardan hangisinin hükümlünün yararına olduğu, yasaların leh ve aleyhindeki hükümleri her yasa bakımından ayrı ayrı ancak bir bütün halinde değerlendirilerek somut olaya uygulanmak suretiyle belirlenir. Karma bir uygulama yapılamaz.

(765 s. K. m. 2, 70, 73, 450/4, 450/8) (6136 s. K. m. 13/2) (5237 S. K. m. 7, 82)

Sanık M.'nin taammüden adam öldürmeye kalkışmak suçundan TCY.nın 450/4, 62. maddeleri uyarınca 20 yıl ağır hapis, birden fazla kişiyi öldürmek suçundan TCY.nın 450/8. maddesi uyarınca on iki kez idam ve 6136 sayılı Yasaya aykırı davranmak suçundan ise 6136 sayılı Yasanın 13/2. maddesi uyarınca 5 yıl hapis ve 25.000 lira ağır para cezalarıyla cezalandırılmasına ilişkin Ankara ikinci Ağır Ceza Mahkemesince verilen 13.12.1988 gün ve 75-182 sayılı hükmün, Yargıtay Birinci Ceza Dairesince 04.10.1989 gün ve 2093-2539 sayı ile onanarak kesinleşmesinden sonra infaz edildiği sırada, Şanlıurfa C.Başsavcılığınca 07.09.2002 tarihli yazı ile; 4771 sayılı Yasanın 1. maddesinin hükümlü lehine sonuç doğurduğundan bu konuda bir karar verilmesinin talep edilmesi üzerine, dosya üzerinden inceleme yapan Ankara ikinci Ağır Ceza Mahkemesince 18.09.2002 gün ve 826 Mut. karar sayı ile; "4771 sayılı Yasanın 1. maddesi ile idam cezası müebbet ağır hapse dönüştürülmüş olup, aynı Yasanın 1/A ve b bentlerinde TCK.nun 17. maddesi ile idam cezaları Türkiye Büyük Millet Meclisince yerine getirilmemesine karar verilenlere ilişkin hükümler saklı tutulmuştur.

Hükümlünün TCK.nun 2. maddesi yollamasıyla lehine olan 4771 sayılı Yasanın 1. maddesine göre müebbet ağır hapse çevrilmiş idam cezaları yerine 3713 sayılı Yasanın Ek 2. nazara alınarak her biri için 8 yıl olmak üzere toplam 96 yıl olarak çektirilmesi gerektiği, bunun da 36 yıla indirilmesinde yasal zorunluluk bulunduğu, şu halde 4771 sayılı Yasa ile hükümlü M.'nin durumunda ve infazının mevcut müddetnameye göre yapılması gerektiği" görüşüyle hükümlü hakkındaki on iki idam cezasının, 3713 sayılı Yasanın ek 2. maddesi gereğince 96 yıl ağır hapis cezası olarak çektirilmesi ve 36 yıl ağır hapis cezası üzerinden infaz edilmesine karar verilmiştir.

Bu karara karşı itiraz yasa yoluna başvurulduğundan, infaz evrakını inceleyen Ankara Üçüncü Ağır Ceza Mahkemesince 25.09.2002 gün ve 294-294 D. iş sayı ile; Ankara ikinci Ağır Ceza Mahkemesinin 18.09.2002 günlü kararı usul ve yasaya uygun bulunarak itirazın reddine karar verilmiştir.

Adalet Bakanlığının 11.07.2003 gün ve 33771 sayılı yazısı ile CYUY.nın

343 maddesi uyarınca yazılı emirle bozma isteminde bulunulması üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay Birinci Ceza Dairesince 30.01.2004 gün ve 3087-176 sayı ile;

".... Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 05.08.2003 gün ve Y.E.2003/122631 sayılı tebliğnamesiyle bozulması talep edilip; "09.08.2002 gün ve 24841 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4771 sayılı Yasanın 1/A maddesi uyarınca on iki kez idam cezasının on iki kez müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmesini müteakip muvakkat cezaların varlığı da nazara alınarak 1/B maddesi gereğince TCY.nın 70, 73, 82. maddelerindeki süreler iki kat uygulanmak suretiyle müebbet ağır hapis cezası olarak içtima ettirilmesi ve bu hususun duruşma açılarak sonuçlandırılması gerektiği gözetilmeden itirazın kabulü yerine yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesinde isabet görülmediğine" işaret olunmakla Yargıtay Birinci Ceza Dairesine tevdi edilen infaz evrakı incelendi. Konu görüşüldü, gereği düşünüldü:

19.07.1980 tarihinde işlediği suçları nedeniyle TCY.nın 450/8. maddesinin uygulanmasıyla on iki kez idam, TCY.nın 450/4, 62. maddesinin uygulanmasıyla 20 yıl ağır hapis ve 6136 sayılı Yasanın 13/2. maddesinin uygulanmasıyla 5 yıl hapis ve 25.000 lira ağır para cezasına mahkum edilen ve kesinleşen hükümlerinin infazı sürecinde cezalarının toplam 36 yıl üzerinden çektirilmesi gereğine işaret eden karar icabı cezaevinde bulunan hükümlü M.'nin, lehte hüküm içeren 4771 sayılı Yasadan TCY.nın 2/2. maddesi uyarınca yararlandırılmasında;

1. Yöntem, değerlendirme ve ulaşılabilecek sonuç itibariyle;

a) Lehteki 4771 sayılı Yasanın uygulanmasıyla idamdan dönüştürülecek cezaların on iki müebbet ağır hapis olması, birinin esas alınıp diğerlerinin TCY.nın 70. maddesince ve hürriyeti bağlayıcı muvakkat cezalarının 73.maddesince hücre hapsine çevrilmesi zorunluluğunun bulunması, hücre hapsinin ise süre itibariyle takdire bağlı değişimler gösterebilmesi karşısında, süreklilik kazanan içtihatlar uyarınca, incelemenin duruşma açılmak suretiyle yapılip yeni hükmün "temyiz yasa yolu" açık olmak üzere verilmesi,

b) Duruşmalı olarak yapılacak değerlendirmede; sübuta, vasfa, TCY.nın 29. maddesince cezanın artırımı veya eksiltmesini gerektiren uygulamalara yeniden girilmemesi ve kişinin hükümlü sıfatını aldığıının gözetilmesi,

c) TCY.nın 2/2. maddesinde öngörülen ve "tatbik ve infaz olunur" biçiminde ifade olunan sıralamaya göre; öncelikle maddi ceza hukukuna ilişkin yeni hükmün belirlenmesi, bu bağlamda; 4771 sayılı Yasanın 1. maddesi ile TCY.nın 450. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca on iki idamın on iki müebbet ağır hapse dönüştürülmesi, işbu müebbet ağır hapislerin "TBMM.nce idam cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlere mahsus türden" olduğu da gözetilip biri uygulamaya esas alınmak diğer müebbet

ağır hapislerin 4771 sayılı Yasanın 1. maddesi (B) bendi şevkiyle TCY.nın 70. maddesi uyarınca, 20 yıl ağır hapsin ise 73. maddesi uyarınca iki katı üzerinden hücreye çevrilmek, 6136 sayılı Yasanın 13/2. maddesince 5 yıl hapis cezasına hükmedilmişse de, sonradan yürürlüğe giren ve ele geçirilmiş silahlarla ilgili cezaları kaldıran 3831 sayılı Yasa hükümleri gözetilerek, bu cezanın, hücre uygulamasına konu edilemeyeceğini gözetmek suretiyle yeni cezanın hüküm altına alınması, bu yeni cezanın, on iki idama ve 20 yıl ağır hapse ilişkin bulunan ilkinin geçerliliğini kaldırıp onun yerine kaim olarak infaza konu tek ve yegane hükmü oluşturacağı gerçeğinin göz önünde tutulması,

d) Türk ceza hukuku sisteminde içtima zorunluluğunu dışlamak suretiyle on iki müebbet ağır hapsin ve 20 yıl ağır hapsin bağımsız birer ceza olarak infazına olanak veren hüküm bulunmadığından ve keza geçmişten buyana yürürlüğe konulan infaz ve infazı iyileştirici normlarda da bu genel kaideye istisna teşkil eden ayırıcı bir hüküm yer almadığından, içtimaya ilişkin olup işbu cezaları "hücreli tek müebbet ağır hapis" olarak toplamayı zorunlu kılan TCY.nın 70. ve 73. maddelerinin mutlak suretle tatbikiyle yeni cezanın saptanması lüzumunun gözetilmesi,

e) Lehteki yasanın tatbikiyle yeni cezanın belirlenmesi evresi ve işleminde, kişinin yararlanabileceği infaz statüleri ve normlarının etkisinde kalınmaması, bu normların müteakip infaz evresini ilgilendirdiğinin ve bu itibarla 3713 sayılı Yasa hükümleri gereğince infaz sürecinde önceden alınan ve cezanın 36 yıl ağır hapis üzerinden çektirilmesi gereğini ifade eden infaza ilişkin kararın geçerliliğinin de kalmadığının düşünülmesi,

f) Maddi ceza hukukuna ilişkin olan ve öncelikle sonuçlandırılmasında zorunluluk bulunan "yeni cezanın tespit ve kesinleştirilmesi" işleminin sonrasında, sadece bu yeni hükmün infaza esas alınması suretiyle, geçmişten bu yana yürürlüğe giren ve kişinin yararlanması olanağı bulunan infaz statülerinin değerlendirilip en lehte sonuç verecek olanının tercih ve tatbikiyle koşullu salıverme tarihinin belirlenmesi,

2. Bu değerlendirmeler ışığında;

a) Hükümlü M.'nın on iki idam cezasının 4771 sayılı Yasanın 1. ve TCY.nın 2/2. maddesi uyarınca duruşmalı inceleme ile müebbet ağır hapislere dönüştürülmesi sonrasında işbu müebbetleri "TBMM.ce idam cezasının yerine getirilmemesine karar verilenlere uygulanan türünü oluşturduğu" gözetilerek bir tanesinin temel alınması ve diğerlerinin Yasanın 1. maddesinin(B) bendi şevkiyle TCY.nın 70. maddesince, 20 yıl ağır hapsin ise 73. maddesince süresi takdir edilecek hücre hapsine çevrilmesi yoluyla yeni cezanın saptanması, bu cezanın kesinleştirilip on iki idama ve 20 yıl ağır hapse mahsus ilkinin yerine kaim tutularak infaza konu edilmesi, hücreli müebbet ağır hapis mahiyetindeki bu tek cezaya uygulanabilecek infaz statülerinden;

647 sayılı Yasanın 19. ve Ek 2. maddelerine ilişkin, olanının en aleyhte olması, 4616 ve 4758 sayılı Yasalara ilişkin bulunanın dahi aleyhe netice verir bulunması karşısında en lehte hükümler içeren 3713 sayılı Yasanın geçici 1/a maddesi gözetilerek hükümlünün koşullu salıverilme tarihinin belirlenmesi,

b) Her ne kadar 4771 sayılı Yasanın 1. maddesi (A) bendi (b) alt bendinde "yasa uyarınca dönüştürülmüş müebbet ağır hapislerde TCY.nın 17 ve 647 sayılı Yasanın 19. ile Ek 2. maddesi hükümleri yönünden TBMM tarafından idam cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlere ilişkin hükümlerinin saklı tutulduğu açıklanmış ise de, bu hükmün, hakkında 3713 ve 4616 sayılı Yasaların iyileştirici infaz statüleri uygulanmayacak kişilere tatbik edileceği gözetildiğinde, 3713 sayılı Yasadan yararlanma hakkını kazanan hükümlü M.'ya uygulanmasının olanaksız bulunması,

c) İctima sonucu müebbet ağır hapse dahil edilen hücrenin, infaz kurumunda ayrıca ve ek olarak geçirilmesi gereken süre olmayıp müebbet ağır hapsin bir bölümünün ağırlaştırılmış infaz biçimini teşkil ettiği gözetilerek hükümlü M.'nin o ana dek geçirdiği müddet gerekli süreyi karşılamaya yeterli ise, süreklilik kazanan içtihatlar uyarınca, hücre nedeniyle ayrıca infaz kurumunda tutulamayacağına nazara alınması, gerektiğinden ve;

3. Bu değerlendirmenin sonucu olarak;

Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 18.09.2002 gün ve 2002/826 D.ış sayılı kararının; duruşmalı inceleme ve temyize tabi olacak yeni hüküm kurma yerine evrak üzerinde değerlendirme yapıp acele itiraza tabi mahiyette karar verme yöntemi nedeniyle usule aykırı ve hukuki değerden yoksun mahiyet arz ettiği, açıklanan gerekçelere ve izah edilen sonuca aykırı düşüp her biri müebbet ağır hapsi ictima dışı tutarak 36 yıl üzerinden infazı gerekli sayması nedeniyle de yasaya aykırı olduğu, bu itibarla, işbu karara vaki itirazın reddine ilişkin olan Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 25.09.2002 gün ve 2002/294 D.ış sayılı kararının dahi usul ve yasaya aykırı bulunduğu, sonucuna varılmakla, isabetli gerekçelere dayanan yazılı emrin ve bu emre dayalı bozmaya ilişkin tebliğin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ

1) Adalet Bakanlığının 11.07.2003 gün ve 33771 sayılı yazılı emrine dayalı olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 05.08.2003 gün ve 2003/Y.E.122631 sayılı tebliğnamesinin kabulüyle, hükümlü M. hakkında Ankara ikinci Ağır Ceza Mahkemesince verilen 18.09.2002 gün ve 2002/826 D.ış sayılı kararına vaki itirazın reddine ilişkin olarak Ankara Üçüncü Ağır Ceza Mahkemesince 25.09.2002 gün ve 2002/294 D.ış sayılı ile verilen kararın usul ve yasaya aykırılığı ve hukuki değerden yoksunluğu gözetilerek CYUY.nın 343. maddesi uyarınca bozulmasına,

2) Müteakip işlemlerin, sıralanan açıklamalar doğrultusunda CYUY'nın 3206 sayılı Yasayla değişik 343/son maddesince Ankara ikinci Ağır Ceza Mahkemesince yerine getirilmesine,

3) Yerel Mahkemece yürütülecek duruşmalı incelemenin alacağı süreye ve hükümlünün infaz kurumunda geçirdiği müddete göre, TCY'nın 2/2. maddesince belirlenmesi gereken cezasının 3713 sayılı Yasanın geçici 1/a maddesi uyarınca infazı gereken müddetini doldurduğu belirlendiğinden daha ziyade zarar görmemesi için hükümlü M.'nin tahliyesine karar verilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise 25.02.2004 gün ve 122631 sayı ile;

"İtiraz konusu sorun, TCY 2/2 ve 4771 sayılı Yasanın 1/a maddeleri uyarınca "infazı ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasının" 4771 sayılı yasanın 1/A-b maddesine göre mi, yoksa tozma kararında açıklandığı gibi, hükümlünün eylemini 08.04.1991 tarihinden önce gerçekleştirildiği dikkate alınarak hakkındaki bu cezanın 3713 sayılı Yasanın geçici 1/a maddesine göre mi infaz edileceğine ilişkindir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bozma kararında ayrıntılı bir şekilde açıklandığı gibi;

a) Hükümlüye verilen on iki idam cezasının, TCY. 2/2. maddesi ile 4771 sayılı Yasanın 1/A maddeleri uyarınca on iki müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmesi gerektiğine,

b) Hükümlü hakkında verilen on iki müebbet ağır hapis ve muvakkat cezalarının, duruşma açılmak koşuluyla 4771 sayılı Yasanın 1/B ve TCY'nın 73. maddesi uyarınca toplanması (içtima ettirilmesi) zorunlu olduğuna; ilişkin bozma nedenleri yerindedir.

Ancak, hükümlü M.'nin, koşullu salıverilme hükümlerin uygulanması bakımından infaz statüsün belirlenmesi konusundaki bozma gerekçesine ve öngörülen uygulamaya aşağıda açıklanmaya çalışılacak nedenlerden dolayı katılmak olanağı yoktur şeklinde görüş açıklayıp 4771, 3713, 4616 ve 647 sayılı Yasaların konuya ilişkin hükümlerine yer verdikten sonra,

Öncelikle, TCY'nın 2. maddesi bağlamında hangi yasanın hükümlü lehine olduğunun kuşkuya yer vermeyecek açıklıkta belirlenmesi gerekir.

Öğretide kabul gören kararlılık kazanmış uygulamayı ilkesel bir şekilde vurgulayan Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulun 23.12.2003 gün, 2003/1-270 esas ve 2003/290 sayılı kararında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere;

"Suçları ve cezaları tanımlayan yasalar bakımından, lehe yasanın geçmişe yürürlü olması, failin durumunu ağırlaştıran yasaların ise geçmişe yürürlü olmaması kuralının uygulanabilmesi için, öncelikle hangi yasanın failin lehine olduğunun belirlenmesi gerekir. Bunun için sonradan yürürlüğe giren yasaların, cezaların türü ve miktarına, içtimasına, infaz rejimine, güvenlik ted-

birlerine, kovuşturma koşullarına, zamanaşımına, mahkemelerin görev ve yetkilerine, yargılama usullerine ilişkin olarak öncekine nazaran farklı hükümler içerip içermediklerine bakılmalıdır.

Öte yandan, hangi yasanın lehe olduğunun belirlenebilmesi bakımından başvurulacak yöntemle ilgili olarak, 23.2.1938 gün ve 23/9 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında özetle; suçun işlendiği zamanın yasası ile sonradan yürürlüğe giren yasa hükümleri farklı ise, her iki yasa birbirine karıştırılmamalı, ayrı ayrı her iki yasaya göre hükmedilecek cezalar belirlendikten sonra, sonucuna göre lehte olanı uygulanmalıdır denilmektedir. "

Anılan yasal düzenlemeler ile içtihatların ışığında, somut olaya bakıldığında;

Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 3713 sayılı Yasanın geçici 1. maddesinin (a) bendi, 4616 sayılı Yasanın 1. maddesinin 1-2. bendi ve 4771 sayılı Yasanın 1. maddesinin (A-b) bendi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, ölüm cezasının aleyhe, "infazı ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasının" lehe olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Bu durumda, TCY'nın 2/2. maddesi ve 4771 sayılı Yasanın 1/A maddeleri uyarınca, hükümlünün on iki ayrı ölüm cezasının on iki müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmesi, müebbet ağır hapis ve süreli hürriyeti bağlayıcı cezalarının duruşma açılarak TCY'nın 70, 73 ve 4771 sayılı Yasanın 1/b maddesi gereğince içtima edilerek çektirilmesi gereken cezanın bulunmasının zorunlu olduğu hiçbir kuşkuyla yer veremeyecek kadar açıktır.

Hükümlü lehine olduğu anlaşılan 4771 sayılı Yasanın 1/A-b maddesi uygulanarak çektirilmesi gereken cezası, "ağır infaz statülü müebbet ağır hapis" olarak belirlendikten sonra bu cezanın ne şekilde yerine getirileceği soruna gelince;

4771 sayılı Yasanın 1/A-b maddesinde, ölüm cezasından dönüştürülen müebbet ağır hapis cezaları bakımından Türk Ceza Kanununun 17. maddesi ile 647 sayılı Cezaların infazı Hakkında Yasanın 19 ve Ek 2. maddelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar verilenlere ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilerek, diğer müebbet ağır hapis cezalarından farklı bir infaz rejimi kabul edilmiştir.

4771 sayılı Yasanın 1/A-b hükmü göz ardı edildiğinde, işlediği suçun tarihi itibarıyla 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının geçici 1. maddesinin (a) bendinde yer alan düzenlemenin hükümlünün en lehine infaz koşullarını içerdiği kolayca söylenebilir. Ancak, bu maddenin hükümlü hakkında uygulanması olanağı yoktur. Çünkü, anılan içtihadı Birleştirme Kararına koşut olarak kökleşmiş içtihadı göre, Türk Ceza Yasasının 2/2. maddesi ile iki yasanın birlikte uygulanması şeklinde karma sistem kabul edilmemiş, en lehte ki yasa belirlendikten sonra tüm hükümleriyle olaya uygulanması yöntemi

benimsenmiştir.

Bu durumda, hükümlü hakkındaki on iki ölüm cezasının, en lehe yasa olan 4771 sayılı Yasanın 1/A maddesi uyarınca "infazı ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına" çevrilmesini kabul ile bu cezalardan birinin aynı maddenin 1/A-b maddesinde yer alan hüküm uyarınca infaz edilmesi gerektiğini göz ardı etmek, TCY'nın 2/2. maddesinin öngördüğü ilkeyle bağdaşmaz.

Yukarıda belirtilmeye çalışılan nedenlerden dolayı, 4771 sayılı Yasanın 1/A maddesi uyarınca, hükümlünün ölüm cezasından dönüştürülmüş müebbet ağır hapis cezasının aynı Yasanın 1/A-b maddesinde yer alan düzenlemenin yollama yaptığı Yasa maddelerine göre çektirilmesi gerektiği, dolayısıyla Yüksek Dairenin bozma kararında yer alan, 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının geçici 1/a maddesine göre infaz edileceğine ilişkin görüşün yerinde olmadığı" görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire kararının;

1. a) 1/f bendinde yer alan. "... geçmişten bu yana yürürlüğe giren ve kişinin yararlanması olanağı bulunan infaz statülerinin değerlendirilip en lehte sonuç verecek olanının tercih ve tatbikiyle koşullu salıverme tarihinin belirlenmesi";

b) 2/a bendinde yer alan. "647 sayılı Yasanın 19. ve Ek 2.maddelerine ilişkin olanının en aleyhte olması, 4616 ve 4758 sayılı Yasalara ilişkin bulunmanın dahi aleyhte netice verir bulunması karşısında en lehte hükümler içeren 3713 Sayılı Yasanın geçici 1/a maddesi gözetilerek hükümlünün koşullu salıverilme tarihinin belirlenmesi";

c) 2/b bendinde yer alan. "... her ne kadar 4771 sayılı Yasanın 1. maddesi (A) bendi (b) alt bendinde "yasa uyarınca dönüştürülmüş müebbet ağır hapislerde TCY'nın 17. ve 647 sayılı Yasanın 19. ile Ek 2.maddesi hükümleri yönünden TBMM tarafından idam cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlere ilişkin hükümlerinin saklı tutulduğu" açıklanmış ise de, bu hükmün, hakkında 3713 ve 4616 sayılı Yasaların iyileştirici infaz statüleri uygulanamayacak kişilere tatbik edilebileceği gözetildiğinde, 3713 Sayılı Yasadan yararlanma hakkını kazanan hükümlü M.'ya uygulanmasının olanaksız bulunması...";

d) Sonuç bölümünün 3. bendinde yere alan. "... hükümlünün infaz kurumunda geçirdiği müddete göre, TCY'nın 2/2.maddesince belirlenmesi gereken cezasının 3713 sayılı Yasanın geçici 1/a maddesi uyarınca infazı gereken müddetini doldurduğu belirlendiğinden daha ziyade zarar görmemesi için hükümlü M.'nin tahliyesine";

ilişkin ifadelerin karadan çıkartılmasına ve ayrıca;

2) "TCY'nın 2/2 ve 4771 sayılı Yasanın 1/A maddesi uyarınca biri müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen cezanın aynı maddenin 1/A-b bendi ge-

reğince infazı gerektiği" hükmünün bozma hararına eklenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Dosya Birinci Başkanlığa gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

Hükümlü M., nitelikli adam öldürme, nitelikli adam öldürmeye kalkışma ve yasak silah bulundurma suçlarından dolayı Ankara ikinci Ağır Ceza Mahkemesinin 13.12.1998 gün ve 75-182 sayılı kararıyla, TCY.sının 450/8, 450/4, 62 ve 6136 sayılı Yasanın 13/2. maddeleri uyarınca on iki kez idam, 20 yıl ağır hapis, 5 yıl hapis ve 25 bin lira ağır para cezalarıyla cezalandırılmış, bu hüküm Yargıtay Birinci Ceza Dairesinin 04.10.1989 gün ve 2093-2539 sayılı kararıyla onanarak kesinleşmiştir.

Hükümün infazı sırasında, savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, TCY.sı, Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Yasa ile Orman Yasasında yer alan idam cezalarını da müebbet ağır hapis cezasına dönüştüren 4771 sayılı Yasa 09.08.2002 günü yayımlanarak yürürlüğe girmiş, hükümlünün bu Yasa hükümlerinden yararlandırılması bağlamında Ankara ikinci Ağır Ceza Mahkemesi, duruşma açmadan evrak üzerinden yaptığı inceleme sonucunda 18.09.2002 gün ve 826-826 D.İş sayı ile, hükümlünün on iki kez idam cezasının 3713 sayılı Yasanın ek 2. maddesi gereğince 96 yıl ağır hapis olarak çektirilmesine ve infazın 36 yıl ağır hapis cezası üzerinden yapılmasına karar vermiş, bu karara yönelen itiraz Ankara Üçüncü Ağır Ceza Mahkemesinin 25.09.2002 gün ve 294-294 D.İş sayılı kararı ile reddedilmiştir.

Yargıtay C.Başsavcılığınca, Adalet Bakanlığının 11.07.2003 gün ve 33771 sayılı yazılı emrine atfen düzenlenen 05.08.2003 gün ve Y.E 2003/122631 sayılı tebliğnamede, 09.08.2003 gün ve 24841 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4771 sayılı Yasanın 1/A maddesi uyarınca on iki kez idam cezasının on iki kez müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmesini müteakip muvakkat cezaların varlığı da nazara alınarak 1/B maddesi gereğince TGY.sının 70, 73, 82. maddelerdeki süreler iki kat uygulanmak suretiyle müebbet ağır hapis cezası olarak içtima ettirilmesi ve bu hususun duruşma açılarak sonuçlandırılması gerektiği gözetilmeden itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesinde isabet bulunmadığı gerekçesiyle kararın bozulması istenilmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi yukarıda belirtilen hukuki değerlendirmelere yer verdikten sonra 30.01.2004 gün ve 3087-176 sayılı kararıyla, sonuç olarak, öncelikle duruşma açılarak 4771 sayılı Yasa uyarınca hükümlü hakkında yeni yaptırımın tayini, daha sonra farklı bir aşama olan infaz aşamasında da en lehte hükümler içeren 3713 sayılı Yasanın geçici maddesi de gözetilerek koşullu salıverilme tarihinin belirlenmesi gerektiğinden bahisle Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 25.09.2002 gün ve 2002/94 D.İş sayılı usul ve yasaya

aykırı, hukuki değerden yoksun gördüğü kararın bozulmasını ve hükümlünün tahliyesini kararlaştırmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 25.02.2004 gün ve 122631 sayı ile; incelemenin duruşma açılarak yapılmasına ilişkin bozmanın yerinde olduğunu belirttikten sonra, sonuç olarak infazın 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının geçici 1/a maddesine göre değil 4771 sayılı Yasa hükümlerine göre yapılması gerektiği gerekçesiyle itiraz yoluna başvurmuştur.

Hükümlü hakkındaki hücrede tecrit edilme süresi, cezalarının türlerine göre mahkemenin takdirine bağlı değişimler gösterebileceğinden incelemenin mahkemece duruşma açılarak yapılması gerekmekte olup, bu hususa yönelen bozma bakımından Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının görüşleri örtüşmektedir. Usule yönelen ve yerinde bulunan, bu bozma nedeninden sonra, tebliğname, bozma ilamı ve itiraznamede infazın hangi yasa hükümlerine göre yapılacağının tartışılıp karara bağlanmış olması, uygulamaya ışık tutma görevi de nazara alındığında bu hususun Ceza Genel Kurulunca da değerlendirilip sonuçlandırılmasını zorunlu hale getirmiştir.

Görüldüğü gibi somut olayda Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasındaki düşünce ayrılığı infazın hangi Yasa hükümlerine göre yapılacağı noktasında toplanmaktadır. Bu sorunun çözümünde sağlıklı bir hukuki sonuca ulaşabilmek için TCY.sının 2/2. maddesi hükmü ile infaz sırasında yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan ve konuya ilişkin yasal düzenlemelerin ayrı ayrı ele alınarak incelenmesi, bu husustaki yargısal kararlar ile öğretilerdeki görüşlerin gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

Türk Ceza Yasasının 2. maddesinin 2. fıkrasında "Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur." hükmü yer almaktadır.

Hükümlü M.'nin cezalarının infazı süreci içerisinde ise maddi ceza hukuğu ile şartla salıverilme süre ve koşullarını belirleyen 3713, 4616 ve 4771 sayılı Yasaların yürürlüğe girdiği, bu yasaların her iki hususa ilişkin yasal düzenlemeleri de kapsadığı görülmektedir.

Bunlardan 12.04.1991 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 3713 sayılı Yasanın geçici 1/a maddesi;

"08.04.1991 tarihine kadar işlenen suçlar sebebiyle;

a) Verilen ölüm cezaları yerine getirilmez. Bu durumda olanlar 647 sayılı Cezaların infazı Hakkında Kanunun 19. maddesi hükmüne göre çekmeleri gereken cezalarının on yılını,

b) Müebbet ağır hapis cezasına hükümlü olanlar çekmeleri gereken cezalarının sekiz yılını,

c) Diğer şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmiş olanlar hükümlük süresinin beşte birini,

Çektikleri takdirde iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve talepleri olmaksızın şartla salıverilirler.

Bu sürelerin tayininde hükümlünün tutuklu kaldığı süreler de hesaba katılır.

Bu hükümlüler hakkında 647 sayılı Cezaların infazı Hakkında Kanunun Ek 2. maddesindeki indirim hükümleri uygulanmaz." hükmünü;

22.12.2000 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 4616 sayılı Yasanın 4758 sayılı Yasa ile değişik 1. maddesinin 1 ve 2. bendleri;

"23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenen suçlar nedeniyle;

1. Verilen ölüm cezaları yerine getirilmez. Bu durumda olanlar hakkında tabi oldukları kanunlardaki infaz hükümleri aynen uygulanır.

2. Müebbet ağır hapis cezasına hükümlü olanların veya şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenlerin ya da aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin tabi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıl indirilir, indirim, verilen her bir ceza için ayrı ayrı değil, toplam ceza üzerinden bir defaya mahsus yapılır. Ancak bir kişinin muhtelif suçlarından dolayı cezaları ayrı ayrı tarihlerde verilmiş olsa bile, bu cezaların toplamı üzerinden yapılacak indirim on yılı geçemez.

Birinci paragraf hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanlar, iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve istemleri olmaksızın derhal; toplam cezaları on yıldan fazla olanlar kalan cezalarını çektikten sonra şartla salıverilirler." hükmünü;

09.08.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4771 sayılı Yasanın 4928 sayılı Yasa ile değişik 1. maddesi ise,

"A) Savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen idam cezaları hariç olmak üzere, 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 7.1.1932 tarihli ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu ile 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanununda yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür.

Şu kadar ki,

a) Türk Ceza Kanununun 47, 50, 51, 55, 58, 59, 61, 62, 64, 65, 66, 102, 112, 451, 452, 462 ve 463 üncü maddeleri ile 7.11.1979 tarihli ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 12 nci maddesinin idam cezasına ilişkin hükümleri,

b) Türk Ceza Kanununun 17 nci maddesi ile 13.7.1965 tarihli ve 647 sayılı Cezaların infazı Hakkında Kanunun 19 ve Ek 2 nci maddelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlere ilişkin hükümleri,

Saklıdır.

B) Bu Kanun hükümlerine göre idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülenler hakkında Türk Ceza Kanununun 70, 73 ve 82 nci maddelerinde öngörülen süreler iki kat, terör suçluları hakkında üç kat olarak uygulanır.

Bu Kanun hükümlerine göre idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları hakkında Cezaların infazı Hakkında Kanun ile 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun şartla salıverilmeye ilişkin hükümleri uygulanmaz. Bunlar hakkında müebbet ağır hapis cezası ölünceye kadar devam eder." hükmünü taşımaktadır.

647 sayılı Cezaların infazı Hakkında Yasanın 19/1. maddesinin 1. fıkrasında "Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenler 30 yıllarını; müebbet ağır hapis cezasına hükümlüler 20 yıllarını; diğer şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkûm edilmiş olanlar hükümlülük süresinin 1/2'si; çekmiş olup da Tüzüğe göre iyi hali hükümlü niteliğinde bulundukları takdirde, talepleri olmasa dahi şartla salıverilirler.";

Aynı Yasanın ek 2/8. maddesinde de "Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenler hakkında, bu maddedeki indirim hükümleri uygulanmaz." hükümleri yer almaktadır.

Görüldüğü gibi hiç de uzun sayılmayacak bir süre içerisinde ölüm ve müebbet ağır hapis cezaları ile bu cezaların yerine getirilmesi bakımlarından farklı hükümler taşıyan üç ayrı yasa yürürlüğe konulmuştur. Cezalandırma veya cezalandırmama konusunda kurallar koyma yetkisinin yasa koyucuya ait bulunduğu kuşku yoktur. Fakat bu yetki kullanılırken toplumdan kaynaklanan bir gereksinim olup olmadığı değerlendirilmeli, insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesinin gereği olarak da adalet ve nasafete uygunluk ölçüsü gözetilmelidir. Aynı hususları düzenleyen yasaların sıkça değiştirilmesi bazen eşitsizliklere, dolayısıyla haksızlıklara neden olmakta, toplumun adalete olan güvenini zedelemekte, kamuoyunda cezaların gerektiği şekilde yerine getirilemediği inancını yaratmaktadır. Bu olgu aynı zamanda hüküm verecek mercileri de, değişik yorum yollarına başvurulması nedeniyle farklı sonuçlara götürmektedir. Yorum denilen düşünsel araştırma işlemi, ortak hukuki değerlerin sistematik bütünü olarak hukuki düzenin bir bölümünün bütünüle karşılaştırılması anlamındadır. Yazılı hukukun hak veya adalet denilen ve yazılı olmayan hukuka dayanması gerektiğinden, yasalar hak ve adaleti, eşitliği sağlayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Yasaların sıkça

değiştirilmelerinden ve yeni gereksinimlere yanıt veremeyişlerinden ortaya çıkabilecek kaçınılmaz sakıncalar ancak bu suretle giderilebilir.

Somut olayda hükümlü hakkındaki infaz süreci içerisinde yürürlüğe girmiş bulunan 3713 ve 4616 sayılı Yasalarda, ölüm cezalarının yerine getirilemeyeceğinin belirtilmesiyle yetinilmiş, yerine hangi cezanın uygulanacağına ise değinilmemiştir. Bu nedenle idam cezasının yürürlükte olduğu kabul edilip, bu cezaların niteliği itibariyle diğer cezalarla içtimai söz konusu olmadığından uygulamada, anılan yasalardaki şartla salıverme süreleri her idam cezası için ayrı ayrı hesaplanıp, yerine getirme de bu şekilde yapılmıştır.

4771 sayılı Yasa ise, öngördüğü istisnalar dışında idam cezalarını müebbet ağır hapis cezasına dönüştürmüştür. Ancak, Yasanın 1/a-b madde ve bentlerindeki hükümler nazara alındığında yasada değinilen müebbet ağır hapis cezasının TCY.sının 13 ncü maddesinde belirtilen müebbet ağır hapis cezasından, infazı bakımından daha değişik bir ceza türü olduğu açıkça görülmektedir. Nitekim, bu niteliği itibariyle bu ceza uygulamada "ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis" veya "infazı bakımından ağır müebbet hapis" cezası olarak da tanımlanmaktadır.

Yine 3713, 4616 ve 4771 sayılı Yasaların kendi içlerinde, bir bütün halinde ancak ayrı ayrı, hem maddi ceza hukukuna hem de cezaların yerine getirilmesine ilişkin hükümler taşıdığı açıkça görülmektedir. Bu olgu Yasa koyucunun aynı yasa içerisindeki maddi ceza hukuku ile infaza ilişkin düzenlemelerinin birlikte ele alınması gerektiği yönündeki amacını ortaya koymaktadır. Diğer bir anlatımla Yasa koyucu tarafından bir yasayla yapılan şartla salıverilme süre ve koşullarına ilişkin düzenlemelerin, aynı yasadaki maddi ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler nazara alınarak belirlendiği kabul edilmelidir. Bu nedenle TCY.sının 2/2. maddesinin uygulanması bakımından yukarıda değinilen üç Yasanın öngördükleri koşullar itibariyle somut olayda uygulanma alanı bulunup bulunmadığı öncelikle araştırılıp hangi yasanın bir bütün halinde hükümlü veya sanık yararına olduğu belirlendikten sonra bu yasanın yine bir bütün halinde uygulanması gerekmektedir.

Konuya ilişkin Yargısal kararlar bu doğrultudadır. Nitekim, Yargıtay içtihadı Birleştirme Kurulunun 23.02.1938 gün ve 23-9 sayılı kararında özetle; "Suçun işlendiği zamanın yasası ile sonradan yürürlüğe giren yasa hükümleri farklı ise, her iki yasa birbirine karıştırılmamalı, ayrı ayrı her iki yasaya göre hükmedilecek cezalar belirlendikten sonra, sonucuna göre lehte olanı uygulanmalıdır" görüşü kabul edilmiştir. Ayrıca, Ceza Genel Kurulunun 23.12.2003 gün ve 270-290 sayılı, 25.05.1999 gün ve 133-142 sayılı ve 14.10.1985 gün ve 194-525 sayılı kararlarında da aynı esasa yer verilerek bu uygulama yerleşmiştir.

Öğretideki görüşler de bu doğrultuda bulunmaktadır. Konuya ilişkin yapılan açıklamalarda, "önceki ve sonraki yasalardan hangisinin failin leh ve

aleyhinde olduğunu saptamak için somut olayda onun hakkında uygulanması olanağı bulunan hükümlerin birbirleriyle karşılaştırılması gerekir. Bu durumda cezalardaki değişikliklerin yanı sıra failin lehine sayılabilen diğer değişiklikler, örneğin tecil olanağını kabul etmeyen eski yasaya karşılık yeni yasanın bu olanağı tanınması, şartla salıverme koşullarında yeni yasanın öngördüğü lehte değişiklikler göz önüne alınır. Diğer bir deyişle iki yasa arasında sadece ceza bakımından değil, başka bakımlardan da fark bulunabilir-, bu durumda yargıç, her iki yasanın somut olayda faile uygulanması mümkün hükümlerini karşılaştırarak bir sonuca varacaktır." görüşüne yer verilmiştir. (Prof. Dr. M.E. ARTUK Doç. Dr. A.GÖKÇEN-Arş. Gör. A.C.YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.1, sh.221 vd.) Yine aynı konuda, iki yasa arasında yalnızca cezanın tür ve miktarı itibarıyla değil, sorumluluğu veya verilecek cezayı etkileyebilecek diğer nedenler bakımından fark bulunması halinde, erteleme olanağı, ağırlatıcı ve hafifletici nedenler, kovuşturma şartları ve sairenin soyut olarak tayin olunamayacağı, sorunun her somut olayda ayrı ayrı ele alınarak çözümleneceği, olaya her iki yasanın ayrı ayrı uygulanıp, bu uygulama sonucu elde edilen nihai cezaların, bir başka anlatımla uygulanma olanağı bulunan tüm yasaların leh ve aleyhteki hükümleri ile birlikte ayrı ayrı ele alınarak somut olaya göre sonuçlarının karşılaştırılması sonunda, fail bakımından daha lehe sonuç veren yasanın belirlenip son hükmün buna göre verileceği, lehe sonuç doğuran yasanın bir bütün halinde uygulanmasının gerektiği, Yargıtay içtihadı Birleştirme Kararının da bu konuda doğru çözümü içeren görüşü yansıttığı belirtilmiştir. (Prof. Dr. S.DÖNMEZER-Prof. Dr. S.ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.1, 11. Bası, sh.167 vd.; Prof. Dr. S.DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku Dersleri, sh.64 vd.)

Bu açıklamalar ışığında hükümlünün somut olaydaki hukuki durumu değerlendirildiğinde;

Hükümlü M.'ya verilen ceza on iki ayrı idam, 20 yıl ağır hapis ile 5 yıl hapis ve 25.000 lira ağır para cezası olup, hükmün verildiği tarih itibarıyla bu cezaların içtimai olanaklı değildir, ilk hükümden sonra yürürlüğe giren 3713 sayılı Yasanın getirdiği düzenleme ile hakkındaki idam cezalarının yerine getirilmeyeceği ve cezasının 10 yılını çekmiş olmak koşuluyla şartla salıverileceği esası getirilmiş, hükümlü hakkındaki her bir idam cezasının varlığının korunduğu, içtima olanağı bulunmadığı nazara alınarak her bir idam cezası için 10 yıl olmak üzere 120 yıl üzerinden infazı kararlaştırılmış, ancak TCY.nın 77. maddesi hükmü de nazara alınarak hakkında düzenlenen müddetnamede cezaevinde kalacağı süre 36 yıl olarak belirlenmiştir. Daha sonra yürürlüğe giren 4616 sayılı Yasa ile de her bir idam cezasının varlığını sürdürmesi ancak çektirilmemesine ilişkin esas korunarak çekilmesi gereken toplam cezadan 10 yıllık bir indirim öngörülmüş, ancak salıverilmesi için cezaevinde kalması gereken 36 yıllık sürede bir değişiklik meydana gelmemiştir. En son yürürlüğe giren 4771 sayılı Yasa ile getirilen düzenlemede ise

idam cezası, müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüş ve cezaların içtimai olanağı sağlanmıştır. Ancak, infaz statüsü belirlenirken, idam cezasından dönüştürülen müebbet ağır hapis cezasının çektirilme koşulları ağırlaştırılmış ve 647 sayılı Yasanın 19. maddesi hükmü uyarınca idam cezası TBMM.ce yerine getirilmemesine karar verilenlerin koşullarına tabi kılınarak, 30 yıl üzerinden şartla salıverilme esası kabul edilmiştir. Bu düzenlemelerden, idam cezasının hükümlü hakkında varlığını kaldıran, her bir hükmün bağımsız olarak varlığını sürdürmesi esasını değiştirip, içtima yapılmasına ve sonuçta, tek hüküm kurulmasına olanak sağlayan ve hükümlünün cezaevinde kalması gereken süreyi 36 yıldan, 30 yıla indiren ve bu süre üzerinden şartlı salıverilme olanağı sağlayan 4771 sayılı Yasanın bir bütün halinde hükümlünün daha lehine olduğu açıktır.

Oysa, Özel Daire bozma kararında sonucu itibariyle, maddi ceza hukuku bakımından 4771 sayılı Yasa, şartla salıverme bakımından ise 3713 sayılı Yasa hükümleri nazara alınarak hükümlü hakkında karma bir uygulama yapılması öngörülmüştür. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, gerek yerleşmiş yargısal kararlarda, gerekse öğretideki yaygın görüş nazara alındığında bu tür bir karma uygulama yapılması olanaksızdır. Kaldı ki böyle karma bir uygulama yapılması ile elde edilecek sonuç hakkaniyet ve adalete de uygun olmayacaktır.

Yine, 4771 sayılı Yasanın 1/A maddesinin (b) bendi, 647 sayılı Cezaların infazı Hakkındaki Kanunun 19 ve Ek 2 nci maddelerini Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlere ilişkin hükümler bakımından açıkça saklı tutmuştur. Bu açık düzenleme varken Özel Dairenin aynı Yasanın 1/B maddesi 2. paragrafının, Cezaların infazı Hakkında Yasanın şartla salıvermeye ilişkin hükümlerinin terör suçluları hakkında uygulanmayacağına ilişkin, salt terör suçluları bakımından nazara alınması olanaklı hükmünü aksi ile kanıtlama yolunu seçip, somut olayda infazın 3713 sayılı Yasaya göre yapılacağını kabul etmesi yerinde bir yorum ve değerlendirme değildir.

Bu itibarla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kabulüyle, CYUY.nın 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Özel Daire bozma ilamında; 1/f bölümünde yer alan. "... geçmişten bu yana yürürlüğe giren ve kişinin yararlanması olanağı bulunan infaz statülerinin değerlendirilip en lehte sonuç verecek olanının tercih ve tatbikiyle koşullu salıverme tarihinin belirlenmesi"; 2/a bölümünde ver alan. "... 647 sayılı Yasanın 19. ve Ek 2.maddelerine ilişkin olanının en aleyhte olması, 4616 ve 4758 sayılı Yasalara ilişkin bulunanın dahi aleyhte netice verir bulunması karşısında en lehte hükümler içeren 3713 Sayılı Yasanın geçici 1/a maddesi gözetilerek hükümlünün koşullu salıverilme tarihinin belirlenmesi"; 2/b bölümünde ver alan. "... her ne kadar 4771 sayılı Yasanın 1. maddesi (A) bendi (b) alt bendinde "yasa uya-

rinca dönüştürülmüş müebbet ağır hapislerde TCY'nın 17. ve 647 Sayılı Yasanın 19. ile Ek 2.maddesi hükümleri yönünden TBMM tarafından idam cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlere ilişkin hükümlerinin saklı tutulduğu" açıklanmış ise de, bu hükmün, hakkında 3713 ve 4616 Sayılı Yasaların iyileştirici infaz statüleri uygulanamayacak kişilere tatbik edilebileceği gözetildiğinde, 3713 sayılı Yasadan yararlanma hakkını kazanan hükümlü M.'ya uygulanmasının olanaksız bulunması..." ibarelerinin karardan çıkartılmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyelerinden O. Şirin; "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca Dairemiz kararına yapılan itirazı isabetli gören Yüksek Genel Kurul sayın çoğunluğu;

1) 08.04.1991 gününden önce işlenen ve kapsamında nitelikli adam öldürme suçlarına da yer veren 3713 SY'nın bahsettiği özel af indiriminden 19.07.1980 tarihinde işlediği suçlardan hükümlü M.'nin yararlanamayacağına hükmetmekle kişiye, cezalan idam iken verilen atıfetin, cezalarının müebbet ağır hapse dönüşmesi durumunda geçersiz olacağını kabullenmiş,

2) Yargıtay Birinci C.D.nin, yasal dayanaklarını da göstererek verdiği kararını bozmakla TCY'nın 2/2. maddesi uygulamalarındaki "tatbik ve infaz" sırasını değiştirmiş,

3) TCY'nın 2/2. maddesi kapsamında yapılacak uyarlamada, önce maddi ceza hukukuna ilişkin tatbik işleminin tamamlanması ve yeni hükmün verilmesi, bilahare infaz hukukuna ilişkin normların en lehte olanının tatbikiyle şartla ve bihakkın tahliye tarihlerinin belirlenmesi zorunluluğunu gözetmerek, kendine özgü bir değerlendirme neticesi, hükümlü aleyhinde sonuç yaratmış,

4) TCY'nın 450. maddesinde öngörülen "idam" cezasını "müebbet ağır hapse"dönüştürmesi nedeniyle, 4771 S.Y'nın lehte yasa olduğunu açıkça kabul etmesine rağmen, lehte yasanın, suç tarihi olan 19.07.1980 gününe dek geriye yürüyeceğine ve sanki suç tarihinde mer'i ahkam o imişcesine sonuç yaratacağına ilişkin genel kuralı dışlamış,

5) Görüşmeler sırasında örnek olarak verdiğimiz;

"Varsayalım ki fail M. eylemi takiben kaçtı, uzun süre yakalanamadı, yakalanışı 4771 S.Y'nın yürürlüğünden sonra oldu, kendisi hakkında ilk mahkumiyet hükmü 4771 S.Y ile değişik TCY'nın 450. maddesi uyarınca verildi, öldürdüğü 12 kişi nedeniyle zorunlu olarak 12 kez müebbet ağır hapis ve öldürmeye kalkıştığı bir kişi nedeniyle 20 yıl ağır hapis cezasına hükmedildi, içtima işlemini zorunlu kılan normlar gereğince, müebbetlerden biri esas alınıp diğer 11'i TCY'nın 70. maddesince ve 20 yıl ağır hapis 73. maddesince hücreye çevrilip 4771 S.Y'nın 1/B maddesince iki misline çıkarılarak ve hücrenin 6 yıldan fazla olamayacağı kuralına uyulmak suretiyle "6 yılı geceli

gündüzlü bir hücrede tecrit ile müebbet ağır hapsine" karar verildi, kesinleşen hüküm infaz savcılığına gönderildi, savcılık hükmün 19.07.1980 gününde işlenen cürümlere ilişkin olduğunu görerek, müddetnamesinde, müebbet ağır hapsin tek olduğunu ve bunun "647 S.Y.nın 19. maddesi kapsamında "TBMM'ce idam cezalarının yerine getirilmemesine mahsus müebbet ağır hapis" türünden bulunduğunu saptadı, suç tarihinden sonra çıkan ve bu tür cezalarda şartla tahliye süresini 10 yıl olarak benimseyen 3713 S.Y.nın geçici 1/a maddesini gözetti"

"Bu işlemin hangi norma istinaden hatalı olduğunu iddia edebilirsiniz" biçimindeki açıklamalarımızı önemsememiş,

6) 23.02.1938 gün ve 23/9 sayılı IBK. ile bu karara "infaz statüsü yönünden" açılım kazandıran CGK.nın 23.12.2003 gün ve 1-270/290 sayılı kararının, amaç ve içeriğini farklı şekilde yorumlamış;

a) Anılan kararlarda; "suç tarihinde yürürlükte olan yasa ve infaz sistemi ile", "sonradan yürürlüğe giren yasa ve infaz sisteminin", bütünlükleri bozulmadan uygulanması ve kesinlikle karma uygulamaya gidilmemesi, sonuçta lehte netice vereninin tatbik edilmesi önerildiği ve bu önerinin sonucu olarak; TCY.nın 450. maddesi yönünden suç tarihinde geçerli olan idam cezası ile bunun infaz statüsü olarak 647 S.Y.nın 2. maddesinde öngörülen "asılarak yaşamın izalesi" halinin karşısında 4771 S.Y.nın, TCY.nın 450. maddesi için öngördüğü müebbet ağır hapis ile 647 S.Y.nın 19. maddesinde öngörülen 30 yıllık şartla tahliye statüsünün karşılaştırılmasıyla yetinilmesi, bu karşılaştırmada 3713 S.Y.nın özel af statülü geçici 1/a maddesinin ölçü olarak alınmaması, zira anılan IBK ve CGK kararlarıyla kastedilen mukayeseye esas yasaların, "maddi ceza hukukuna ilişkin olup gerek temel cezayı gerekse TCY.nın 29.maddesinde yazılı artırım ve indirimleri içeren yasalar olduğunu, 3713 S.Y gibi sadece geçmişte işlenmiş suçlar yönünden atıfet öngören özel af statülü olanların amaçlanmadığını, gözönüne almadığını,

b) 4771 S.Y. ile TCY.nın 450. maddesinde yapılan lehte değişiklik sonucu temyiz yasa yolu açık olarak verilecek hükmün geriye yürümesi, 12 idam ile 20 yıl ağır hapislik ilkinin kaldırarak onun yerine kaim olup infaza esas tek hüküm niteliğine dönüşmesi ve bu dönüşümün de "geriye yürüme" kuralının zorunlu neticesi olarak suç tarihinden geçerlilik kazanması karşısında; yeni hükmün, 3713 S.Y.nın yürürlüğünden önceye inişi nedeniyle, özel af nitelikli bu yasanın, sadece suç tarihindeki ahkamı etkilemekle kalmayıp, 4771 S.Y. ile getirilen değişikliği de kapsayacak bir atıfet niteliği kazanacağına ilişkin açıklamalarımıza itibar etmemiş,

7) TCY.nın 450. maddesinin suç tarihindeki ahkamıyla, 4771 S.Y. ile getirilen ahkımının, "maddi hukuka ilişkin temel yasa niteliğinde" olduğuna, bu yasaların, sadece geçmiş değil özellikle geleceği düzenleme altına alanlardan bulunduğuna, 3713 S.Y.nın geçici 1/a maddesinin ise gelecekte uygu-

lanabilecek hükümler olmayıp, 08.04.1991 tarihinden önce işlenen suçların şartla tahliye sürelerinde iyileştirme yaratan özel af niteliği taşıması karşısında süreli nitelikteki bu yasaların sadece infaz sürecinde nazara alınabileceğine, TCY.nın 2/2. maddesindeki "tatbik ve infaz" sıralamasının gereği olarak yeni hükmün vermişinde geçerlilik taşımayacağına, ancak ve sadece son hükmün kesinleşip geçmişe yürüyüşünden ve infaza esas yegane hüküm halini alışından sonra gözetileceğine ilişkin açıklamalarımız gözönünde tutulmamış,

8) 08.04.1991 tarihinden önce işlenen suçlardan dolayı verilen idam cezalarının yerine getirilmemesine ilişkin 3713 S.Y.nın geçici 1/a maddesinin, dönüştürülen cezanın ne olduğunu açıklamamış olmasının yasal bir boşluk olarak algılanmaması gerektiğine, zira maddenin devamında "bu durumda olanlar 647 sayılı Cezaların infazı Hakkında Kanunun 19. maddesi hükmüne göre çekmeleri gereken cezalarının 10 yılını çektikleri takdirde iyi halli olup olmamalarına bakılmaksızın ve talepleri olmaksızın şartla salıverilirler" hükmü vazedildiğinden, atıfta bulunduğu maddenin statüyü tarife yettiğine, bu statünün, "TBMM'ce idam cezalarının yerine getirilmemesine mahsus olanlara ilişkin" olanla örtüştüğüne, 4771 S.Y.nın 1. maddesinin (A) bendi (b) alt bendinde de aynı maddeye ve aynı türe yönelmek suretiyle tanımlamanın eksiksiz hale sokulduğuna, bu itibarla içtimalar neticesi hükümlü M.'ya verilebilecek "müebbet ağır hapsin" 3713 S.Y.nın geçici 1. maddesinin (a) bendinde zikredilenlerden olduğunun açıklıkla ortaya çıktığına yönelik görüşlerimiz reddedilmiş,

9) 4771 S.Y. ile yapılan değişiklik sonucu Türk Ceza Hukuku sisteminde o ana kadar var olan tekli "müebbet ağır hapis" cezasının çeşitlilik kazandığına, bu cezaya, iki müebbet ağır hapis türünün eklendiğine, bunlardan birinin TCY.nın 450. maddesinde benimsenen tür olduğuna, bu türün, "TBMM'ce idam cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlere mahsus" olup, infazının 647 S.Y.nın 19. ve Ek-2 maddelerinde zikredilen nitelikte bulunduğuna, bu türde, şartla tahliye için cezaevinde 30 yılın geçmesi gerektiğine, diğer türün ise "terör suçlarına mahsus müebbet ağır hapis" olup bunlarda şartla tahliyeden yararlanma hakkı bulunmadığına, Yasa koyucunun, 4771 S.Y. ile cezalar sistemine eklediği bu iki müebbetle infaz statüsü tespit etmek ve böylece, mevcut basit müebbetle karıştırılmasını önlemek amacıyla, gelecekte yapılacak uygulamalara esas olmak üzere, infaz statüsü belirlemek zarureti hissettiğine, bu zaruretin sonucu olarak 4771 S.Y.nın 1. maddesi (A) bendi (b) alt bendinde "bu tür müebbetlerde 647 S.Y.nın 19. ve Ek-2. maddelerinin TBMM'ce idam cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlere ilişkin hükümleri uygulanır" kaidesinin konulduğuna, bu normun amacının, geçmişte suç işleyen ve lehte yasanın geriye yürümesi sonucu cezalan müebbetle dönüp içtima neticesi hücreli müebbetle mahkum edilenlerden 3713 S.Y. ile verilen atıfetin esirgenmesi olmadığına, 3713 S.Y ile veri-

len atıfetten yararlanmaması gerekenlerin, yasa koyucu tarafından, 4771 S.Y.nın 1. maddesi (B) bendi 2. fıkrasında açık, net ve sınırlı tarzda tanımlandığına, bunların sadece "terör suçluları" olduğuna, 3713 S.Y. ile tanıdığı atıfetten yararlandırılmaması amacı güdülseydi, yasa koyucunun, terör suçlarına uygulanan müebbetler yönünden getirdiği yasaklamayı, TCY.nın 450. maddesi mucibince cezalandırılan müebbet mahkumlarına da sirayet ettirir tarzda hüküm vazedebileceği, kazanılmış hakkın geri alınmasını öngören normların yorumla genişletilemeyeceğine ilişkin, ısrarla ortaya koyduğumuz gerekçeleri gözetmemiş,

10) Gerek 3713 S.Y. ve gerekse 4616 S.Y. ile getirilmiş olan özel af statüsü ceza indirimlerinin, hükümlülerin cezalarını çekmeden salıverilmesini sağlamasına ve onları sevindirmesine karşın, toplum düzenini büyük ölçüde sarsan sonuçlar doğurduğuna, 4771 S.Y ile idam cezalarının müebbet ağır hapse çevrilmesi sonrasında, uygulanması zaruri hale gelen içtima hükümleri gereği, birden fazla müebbetin, yekdiğerinin içine hücre cezası olarak konulmak suretiyle hücreli tek müebbet ağır hapse dönüştürülmesi zarureti doğacağına, böylece, TCY.nın 450. maddesi kapsamında bir kişi öldürenin alacağı tek müebbet ağır hapis ile, aynı madde kapsamında 12 kişi öldüren M.'nin lehte yasa uyarınca 12 kez müebbet ağır hapse mahkum olup, zorunlu içtima neticesi alacağı tek hücreli müebbetin şartla tahliye müddetlerinin farklı olmayacağına, ikisi arasındaki yegane farkın, infaz kurumunda geçecek sürenin biri yönünden hücresiz diğeri yönünden hücreli olmaktan ibaret bulunacağına,

Akla, mantığa, kamusal vicdana ve nesafet ölçülerine aykırı düşen bu tür uygulamalara, yasaların cezaları sınırlayan içtima kurallarının neden teşkil ettiğine, hiç gecikmeden, bu normlarda değişiklik yapılarak, sınırsız içtima düzeyine geçilmesi gerektiğine, toplum nizamının ancak ve yalnız böyle korunabileceğine, sınırlı içtimanın nedeni olarak gösterilen "insan sağlığı daha fazla cezaevinde kalmaya dayanamaz" biçimindeki gerekçenin kabul edilebilir niteliğini yitirdiğine, bir kişiyi öldürenle 12 kişiyi öldürenin aynı müddetle cezaevinde tutulmasının mantığının kalmadığına, bu normlar varlığını korudukça seri cinayet meraklılarının önünün alınamayacağına,

Anılan normların varlığı karşısında, ceza yargıcının yapabileceği hiçbir şey olmadığına, uygulama zorunluluğundan kaçınılamayacağına, içtima kaidelerinin yarattığı zafiyetin yargıç tarafından aşılması olanağının bulunmadığına, yargıcın "bana göre böyle olmalı" yorumunu, "yasaya göre olması gerekenin" önüne geçilmesi durumunda ceza yargısının kargaşaya düşeceğine, ilişkin açıklamalarımızı değerlendirmeye tabi tutmamış, anılan karar verilmiş, Yargıtay 1. C.D.ce 3713 S.Y.nın geçici 1. (a) maddesi uyarınca 10 yıl süreyle cezaevinde kalması icap ettiği düşünülen hükümlü M.'nin, 3713 S.Y.dan yararlanma hakkı olmadığına, 19.07.1980 tarihinde işlediği suçların-

dan dolayı 4771 S.Y.nın 1. maddesi (A) bendi (b) alt bendi şevkiyle 647 S.Y.nın 19. maddesi uyarınca 30 yıl cezaevinde kalarak şartla tahliyeden yararlanabileceğine hükmedilmiştir.

Bu hükmün, konu olayla ilgili bağlayıcılığı tartışmasıdır. Ancak kanımızca, bu kararlar benimsenen ve "4771 S.Y. uyarınca idamdan dönüştürülen müebbetler içtimaina, 30 yıllık şartla tahliye müddetinin uygulanacağına ve bunların 3713 S.Y. dan yararlanamayacağına," biçiminde özetlenebilen yeni ilkenin, her olaya uyarlanması olanaksız hale gelecektir.

Zira, lehte hüküm taşıyan 4771 S.Y. uygulanıp, TCY.nın 2/2. maddesi kapsamında idam cezaları müebbet ağır hapse çevrildiğinde ve birden fazla müebbetin TCY.nın 70. maddesi uyarınca hücreli tek müebbetle dönüştürülmesi yapıldığında, zorunlu olarak geçmişe yürüyecek olan bu hükümlerde, farklılıklar ortaya çıkacak, iş bu Genel Kurul kararıyla benimsenen statü, ilke olmaktan çıkacaktır. 4771 S.Y. bir olayda lehte, başka bir olayda aleyhte sayılacak, tek kişiyi öldürmede farklı, iki kişiyi öldürmede farklı, üç kişiyi öldürmede farklı, dört ve daha fazla kişiyi öldürmede daha farklı müddetler savunulacak, böylece; TCY.nın tek müebbetle birden fazlasının içtimayla belirlenecek müebbetin cezaevinde kalma süresini bir tutan sistemi, sanki yasa koyucu yargıç imişcesine değiştirilecek, yargı erki yasama erkinin yerine geçecektir.

Unutulmamalıdır ki;

Yabancı bir ülkede geçen özgürlük kısıtlanmasına ilişkin süreler, Türkiye’de aynı suçtan dolayı verilecek cezadan indirilmesi gerekir

YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ

Esas: 2006/01
Karar: 2006/3
Tebliğname Y.E. 2006/9951

ÖZET: Vatikan Devlet Başkanına karşı gerçekleştirilen öldürmeye kalkışma eylemi nedeniyle İtalya’da göz altına, özlem altına, tutuklulukta ve hükümlülükte geçen sürenin, Türkiye’de işlediği adam öldürme suçundan dolayı verilen cezalardan indiril-

mesinin yasal dayanağı bulunmamaktadır.

Y A R G I T A Y İ L A M I Y A Z I L I E M İ R

Kasten adam öldürmek suçundan sanık M. A. A.’nın, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 450/4. maddesi uyarınca ölüm cezası ile cezalandırılmasına dair, İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 28/04/1980 tarihli ve 1980/418-207 sayılı kararının 20/08/1980 tarihinde kesinleşmesinden sonra yürürlüğe giren, 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un 1/A maddesine göre idam cezasının, (ağırlaştırılmış) müebbet hapis cezasına dönüştürülmesine ilişkin, Üsküdar 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 28/11/2002 tarihli ve 2002/379 değişik iş sayılı kararı ile silâhlı gasp suçu sebebiyle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 497/2. 522. 59/2 (İki kez), 71 ve 77. maddeleri uyarınca 36 yıl ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına dair, Kadıköy I. Ağır Ceza Mahkemesinin 18/12/2000 tarihli ve 2000/186-319 sayılı kararının içtima edilerek hükümlünün 18 ay geceli gündüzlü bir hücrede tecrit edilmek suretiyle (ağırlaştırılmış) müebbet ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına dair, Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 08/11/2004 tarihli ve 2004/323-346 sayılı içtima kararının infazı sırasında; hükümlünün, İtalya’da işlemiş bulunduğu adam öldürmeye teşebbüs suçu sebebiyle cezaevinde geçirmiş olduğu 20 yıllık sürenin hâlen infaz edilmekle olan 36 yıldan mahsup edilerek, geriye kalan 16 yıldan da 4616 sayılı Kanun uyarınca 10 yıl indirilmek suretiyle tutuklu kaldığı 153 günün düşülmesi sonucu 12/01/2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere şartla tahliyesine ilişkin, Kartal 1.

Ağır Ceza Mahkemesinin 05/01/2006 tarihli ve 2006/16-9 müteferrik sayılı kararına yönelik itirazın reddine dair, Kartal 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 10/01/2006 tarihli ve 2006/10 müteferrik sayılı kararını kapsayan dosya incelendi;

Dosya kapsamına göre; hükümlü M.A.A.'nın, 01/02/1979 tarihinde Milliyet Gazetesi Genel Yayın Müdürü Abdi İpekçi'yi taammüden öldürmesi sebebiyle hükmolunan ölüm cezasının 20/08/1980 tarihinde kesinleştiği, bu suçtan tutuklu olarak bulunduğu sırada Maltepe Askeri Cezaevinden 25/11/1979 tarihinde firar ederek yurtdışına kaçtığı ve 13/05/1981 tarihinde İtalya'da Vatikan Devlet Başkanı Papa 2. Jean Paul'e karşı işlemiş bulunduğu öldürmeye teşebbüs suçu sebebiyle Roma İstinaf Mahkemesince ömür boyu hapis cezası ile cezalandırıldığı, bu suç sebebiyle 20 yıl cezaevinde cezası infaz edildikten sonra İtalya Cumhurbaşkanı'nın af kararı uyarınca cezaevinden tahliye edilerek 14/06/2000 tarihinde Türkiye'ye iade edildiği ve Türkiye'de işlemiş bulunduğu suçlardan dolayı cezasının infazına başlanıldığı anlaşılmaktadır.

Bu bağlamda;

1.) Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesinin içtima kararı kapsamındaki 18 ay geceli gündüzlü bir hücrede tecrit edilmek suretiyle (ağırlaştırılmış) müebbet ağır hapis cezasının 36 yıl olarak infaz edilmesi gerektiği belirtilerek bu süreden hükümlünün yurtdışında infaz etmiş olduğu 20 yıllık sürenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca mahsup edilmesine Kartal 1. Ağır Ceza Mahkemesince karar verilmiş ise de, anılan maddede "Nerede işlenmiş olursa olsun bir suçtan dolayı yabancı ülkede gözetiminde, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye'de verilecek cezadan mahsup edilir." şeklindeki düzenlemenin olayda uygulama yerinin olmadığı, zira maddede belirtildiği üzere aynı suçtan dolayı Türkiye Mahkemelerinden verilmiş bir cezanın bulunmadığı, yurtdışında işlemiş olduğu suç sebebiyle cezasının infazı tamamlanarak cezaevinden tahliye edildiği ve kasten adam öldürme ve gasp suçlarından dolayı cezasını çekmek üzere hükümlünün Türkiye'ye iade edildiği gibi, ayrıca Türkiye'de işlemiş bulunduğu adam öldürme suçu sebebiyle Sıkıyönetim Komutanlığı Askeri Mahkemesince verilen ölüm cezası kararın 20/08/1980 tarihinde kesinleşmesini müteakip, yurtdışındaki adam öldürmeye teşebbüs suçunun 13/05/1981 tarihinde işlenmiş olması sebebiyle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 77/6 ve 40. maddeleri uyarınca cezaların birlikte infazına veya mahsup edilmesine imkân bulunmadığı;

Kabule göre de; Hükümlünün yurtdışında işlemiş olduğu suçtan dolayı kesintisiz 20 yıl cezaevinde kaldığı varsayılarak, bu süre kadar cezasından mahsup yapılmış ise de, bu suçun işlendiği 13/05/1981 tarihi ile Türkiye'ye getirildiği 14/06/2000 tarihi arasında 19 yıl 1 ay 1 gün infaz edilmiş bir süre

bulunduğu cihetle, en fazla bu süre kadar mahsup yapılması gerektiği;

2.) Hükümlü hakkında Türkiye'de işlediği adam öldürme suçundan dolayı hükmolunan idam cezasının 4771 sayılı Kanun uyarınca (ağırlaştırılmış) müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüş olması sebebiyle içtima edilebilir hâle geldiği ve yine Türkiye'de işlemiş olduğu iki ayrı gasp suçundan dolayı verilen 36 yıl ağır hapis cezası ile içtima ettirilerek Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 08 11 2004 tarihli ve 2004/323-346 sayılı kararı ile 18 ay geceli gündüzlü bir hücrede tecrit edilmek suretiyle (ağırlaştırılmış) müebbet ağır hapis cezasına hükmolunduğu, bu cezanın infazı sırasında Kartal 1. Ağır Ceza Mahkemesince infaz edilecek süre 36 yıl ağır hapis olarak kabul edilip bu cezadan 20 yıl mahsup edilmesini müteakip, geriye kalan 16 yıldan da 4616 sayılı Kanun uyarınca 10 yıl indirilmek suretiyle cezanın infaz edilmesine karar verildiği anlaşılmakta ise de, somut olayda suçun işlendiği 01/02/1979 tarihinden sonra ölüm cezalarının yerine getirilmesi bakımından farklı hükümler taşıyan 3 ayrı kanunun yürürlüğe girdiği, bunlardan 12/04/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun geçici 1. maddesi (a) bendinde "Verilen ölüm cezaları yerine getirilmez. Bu durumda olanlar 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 19. maddesi hükmüne göre çekmeleri gereken cezalarının 10 yılını çektikleri taktirde iyi hâili olup olmadıklarına bakılmaksızın ve talepleri olmaksızın şartla salıverilirler." hükmünü içerdiği. 21/12/2000 tarihli 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertenlenmesine Dair Kanun'un 1/1. maddesi 1. bendine göre de "Verilen ölüm cezaları yerine getirilmez. Bu durumda olanlar hakkında tâbi oldukları kanunlardaki infaz hükümleri aynen uygulanır." hükmünün yer aldığı, yine idam cezaları ile ilgili olarak 03/08/2002 tarihli 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1-A maddesi uyarınca idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüş olup, anılan maddenin (b) bendinde "Türk Ceza Kanununun 17 nci maddesi ile 13.7.1965 tarihli ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 19 ve ek 2 nci maddelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenlere ilişkin hükümleri saklıdır." şeklinde düzenleme bulunduğu nazara alındığında, 4616 ve 4771 sayılı Kanunlar uyarınca cezanın fiilen 30 yıl olarak İnfaz edilmesi gerekeceği, ancak hükümlü hakkında Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 18 ay geceli gündüzlü bir hücrede tecrit edilmek suretiyle (ağırlaştırılmış) müebbet ağır hapis cezasının hükümlü lehine olan 3713 sayılı Kanun'un geçici 1-a maddesi uyarınca 10 yıl üzerinden infaz edilmesi gerektiği, bu taktirde Türkiye'de 14/06/2000 tarihinde cezanın infazına başlanılması ve tutukluluk ile gözaltında geçirdiği süreler nazara alındığında henüz şartla tahliye hak kazanmadığı;

Gözetilmeden itirazın bu yönlerden kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden sözedilerek, Yüksek Adalet

Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 17.01.2006 gün ve 889 sayılı istemlerine dayanılarak anılan kararın 5271 Sayılı CMK'nun 309. maddesi gereğince kanun yararına bozulmasına ilişkin, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 17.01.2006 tarih ve 9951 sayılı tebliğnamesine bağlı dosyası Dairemize gönderilmekle okundu, gereği konuşulup düşünüldü :

T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A

1.) Hükümlü M.A.A.'nın;

a.) 01.02.1979 tarihinde Milliyet Gazetesi Genel Yayın Müdürü A.İ.'yi taammüden öldürmek suçundan İstanbul Sıkıyönetim Askeri Mahkemesinin, Askeri Yargıtay 1. Dairesinin 20.08.1980 tarih, 1980/279-290 sayılı ilamı ile onanan, 28.04.1980 gün, 1980/418-207 sayılı kararı ile idam cezasıyla mahkum edildiği, hükümlünün bu suçtan 25.06.1979 tarihinde yakalanıp gözlem altına alındığı, 11.07.1979 tarihinde tutuklandığı, hüküm kesinleşmeden önce 25.11.1979 tarihinde tutuklu bulunduğu Maltepe Askeri Cezaevinden firar edip yurt dışına kaçtığı;

b.) 03.04.1979 tarihinde gerçekleştirdiği iki ayrı silahlı gasp eylemlerinden dolayı, Kadıköy 1. Ağır Ceza Mahkeme'sinin, Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 04.04.2001 tarih, 2001/2559-4482 sayılı ilamı ile onanan 18.12.2000 tarih, 2000/186-319 sayılı kararıyla içtimaen 36 yıl ağır hapis cezasıyla cezalandırıldığı;

c.) 13.05.1981 tarihinde, Vatikan Devlet Başkanı Papa II. Jean Paul'e karşı giriştiği suikast eyleminden ötürü yargılanıp ömür boyu ağır hapse mahkum edildiği, bu cezasını çekerken 13.06.2000 yılında, cezasının tutuklu kaldığı süreye indirilerek affedilip Türkiye'ye iade edildiği ve 14.06.2004 tarihinde infaz kurumuna alındığı, ancak bu suçtan dolayı Türkiye'de verilen bir cezasının bulunmadığı;

d.) Üsküdar 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 08.11.2004 gün 2004/323-346 sayılı kararı ile Türkiye'de işlemiş olduğu suçlardan verilen cezaların içtimai sonucu 36 yıl ağır hapis cezasının 18 ay geceli gündüzlü hücrede tecrit etmek suretiyle müebbet ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına 4771 sayılı Yasa hükümlerine göre karar verildiği;

e.) Kartal 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 05.01.2006 tarih ve 2006/16-09 müt. sayılı kararıyla, 12.01.2006 tarihinden geçerli olmak üzere koşullu salıverildiği; f.) Koşullu salıverilme kararına karşı yapılan itirazın, Kartal 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 10.01.2006 tarih, 2006/10 müt. sayılı kararıyla reddedildiği; Saptanmıştır.

2.) Kanun yararına bozma istemi konusunu oluşturan uyuşmazlık; hükümlünün Türkiye'de işlediği öldürme eyleminden dolayı aldığı cezadan, Va-

tikan Devlet Başkanına karşı işlediği suçtan tutuklu ve hükümlü kaldığı sürenin mahsup edilip edilemeyeceğine, kabule göre ise indirilse bile bu sürenin 20 yıl değil 19 yıl 1 ay 1 gün olduğuna, ayrıca 4616 sayılı Yasa hükümlerine göre 10 yıllık sürenin indirilip indirilmeyeceğine, ilişkindir.

3.) 5237 sayılı TCY'nın 63. maddesinde; "Hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir ..." hükmü yer almıştır. Bu düzenleme ile, 765 sayılı TCY'nın mahsupla ilgili 40. maddesindeki düzenleme arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu düzenlemeler, ulusal hukuk bakımından geçerli olan düzenlemelerdir.

5237 sayılı TCY'nın 16. maddesine göre yabancı bir ülkede gözetiminde, gözlem altında, tutuklulukta ya da hükümlülükte geçen süre, Türkiye'de aynı suçtan dolayı verilecek cezadan indirilecektir.

765 sayılı TCY'da, sözü edilen 16. madde benzeri bir düzenleme bulunmadığı halde, 16. maddede belirtilen koşulların bulunması halinde, hakkaniyet ve kesin hükme saygı gereği, yabancı bir ülkede geçen özgürlük kısıtlanmasına ilişkin sürelerinin, Türkiye'de aynı suçtan dolayı verilecek cezadan indirilmesi gerektiği, Türk öğreti ve uygulamasında benimsenmiştir, (Ord. Prof. Dr. S. Dönmezer – Prof. Dr. S. Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 8. bası, C.3, n. 2199; Prof. Dr. Feridun Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, 1988 bası, s.192; Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 06.03.1975 tarih ve 758/680 sayılı kararı).

Yabancı bir ülkede infaz edilen cezayı, Türkiye'de hükmolunan cezadan indirmek, sonuç olarak yabancı mahkeme kararlarına ülke içinde etki ve infaz kabiliyeti tanımak için ulusal yasada açıklık bulunması gerektiği (S. Dönmezer – S. Erman aynı yapıt, n.2199); her ne şekilde olursa olsun, yabancı bir ülkedeki özgürlük kısıtlamaları sürelerinin Türkiye'de verilecek cezadan indirilebilmesi için yasal düzenlemeye gereksinim bulunduğu belirtilmiştir, (F. Yenisey, aynı yapıt, s.193).

4.) Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 06.04.2004 tarih ve 1/45-85 sayılı kararında da açıklandığı üzere, kısa sayılabilecek bir süre içinde, 3713, 4616, 4771, 5218 sayılı, infaza ilişkin hükümler içeren Yasalar çıkarılmış olup, bu Yasalar karşılaştırıldığında, hükümlünün öldürme eylemi bakımından en lehine olan yasanın, 3713 sayılı Yasanın geçici 1. maddesinin (a) bendi olduğu, bu Yasanın uygulandığı durumda ayrıca 4616 sayılı Yasa gereğince 10 yıllık indirim yapılmasına olanak bulunmadığı;

Anlaşılmıştır.

5.) Somut olay, yapılan açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde;

a.) Vatikan Devlet Başkanına karşı gerçekleştirilen öldürmeye kalkışma

eylemi nedeniyle, İtalya’da gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta ve hükümlülükte geçen sürenin, Türkiye’de işlediği suçlarından dolayı verilen cezalardan indirilmesinin yasal dayanağı bulunmadığından;

b.) Bu nedenlerle, hükümlünün cezalarından, öldürme suçundan gözetim ve tutuklulukta geçirdiği 153 gün ile iade sırasında yolda geçirdiği bir günlük sürenin indirilmesi gerekirken, İtalya’da geçirilen ve yanlış hesaplanan 20 yıl ile 4616 sayılı Yasa uyarınca 10 yıllık sürelerin mahsubu sonucu erken koşullu salıverilmeye ilişkin Kartal 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 05.01.2006 tarih, 16-09 müt. sayılı kararına karşı yapılan itirazı reddeden, Kartal 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 10.01.2006 tarih, 10 müt. sayılı hükmü yerinde görülmediğinden, bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının istemi yerinde görüldüğünden, 5271 sayılı CMK’nun 309. maddesi uyarınca Kartal 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 10.01.2006 tarih, 2006/10 müt. sayılı kararının (BOZULMASINA), diğer işlemlerin yapılması için dosyanın Mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına (TEVDİİNE) 20.01.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Mehmet Sürücü

5252 Sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9. Maddesi Gereğince Sanık Lehine Olan Kanunun Belirlenmesi

YARGITAY 8. CEZA DAİRESİ

Esas: 2005/2892
Karar: 2005/10161
Tebliğname No 8/2005-157326

ÖZET: 5252 Sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9/3 maddesine göre 'lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.

(TEBLİĞNAME: Hükümlü hakkında mahkeme tarafından kesinleşen hükmün dosya üzerinden verilen 14.06.2005 tarihli kararına karşı itiraz yoluna gidilebileceği bu nedenle temyiz yolu mümkün olmadığından 5252 , 5275 sayılı yasanın 98/1 ve 5271 sayılı CMUK. nun 264 maddesi de gözetilerek itiraz konusunun mahallinde merciince incelenip sonuçlandırılmak üzere dosyanın incelenmeksizin iadesine karar verilmesi.)

6136 Sayılı Kanuna aykırılık suçundan Bolu Asliye Ceza Mahkemesince verilen mahkumiyet hükmünün 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren ve lehe hükümler içeren 5237 sayılı TCK. nun hükümlerine göre bir değerlendirme yapılması sanık H. Ç. tarafından istenmekle yapılan inceleme sonunda; İnfazın durdurulmasına dair (BOLU) 2. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 14.6.2005 gün ve 2005/... esas, 2005/... müt. (ek) karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile 20.10.2005 günü daireye gönderilmekle incelendi.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Gereği görüşülüp düşünüldü:

1.6.2005 tarihinden önce kesinleşen hükmün anılan tarihte yürürlüğe giren 5237, 5252 ve 5271 sayılı Yasaların lehe hükümlerinin değerlendirilmesi ve olaya uygulanması niteliğindeki başvuru üzerine 5237 sayılı TCK. nun 62. maddesi hükmü 765 sayılı TCK. nun 59. maddesine göre lehe bir düzenleme kabul edilerek; yine 5237 sayılı TCK. nun 50. ve 51. maddelerinin, 647 Sayılı Yasanın 4 ve 6. maddelerine göre lehe seçenek yaptırımlar ve erteleme koşulları taşıdığı, ikisinin birlikte uygulanma olanağı yoksa da bunlardan bi-

rinin uygulanmasının mümkün olabileceği gözönüne alınarak, duruşma açılıp gerekleri yerine getirilmek suretiyle lehe hükümlerin değerlendirilmesi ve bundan sonra bir hüküm kurulması gerektiği, olay ve uygulama itibarıyla burada 5252 sayılı Yasanın 9. maddesinin 1. fıkrasındaki "lehe olan hükümlerin derhal uygulanabileceği" hükmüne dayanılamayacağı gözetilmeden, evrak üzerinde karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüşü olduğundan hükmün (BOZULMASINA), 26.10.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan Üye Üye Üye Üye

MAHKEMENİN HÜKMÜ:

Bolu Cumhuriyet Başsavcılığının 31.05.2005 tarih ve 2004/... ilamat sayılı yazıları ile sanık hakkında verilip kesinleşen cezasının 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı kanun gereğince yeniden değerlendirilerek karar verilmesi talep edilmiş olup dosya ele alınıp bu konuda C. Savcısının yazılı mütalaası alındıktan sonra aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Sanığın olay tarihi 29.6.2002 de üzerinde ruhsatsız tabanca taşıyarak 6136 SK. na aykırılık suçunu işlediğinden 6136 SK. nun 13/1, TCK. nun 81/1 maddeleri gereğince sonuç olarak 1 yıl 1 gün hapis ve 219.153.000 TL. ağır para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Karar onanmak suretiyle 20.9.2004 tarihinde kesinleşmiştir.

Kararın infazına 27.3.2005 tarihinde başlanmış olup, şartlı tahliye tarihi 21.8.2005 tarihidir.

5237 s. TCK. nu 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

5237 S. TCK. nun 7/2 maddesine göre suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır.

5252 S. TCK. nun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9/3 maddesine göre lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.

6136 SK. na aykırılık yönünden yapılan değerlendirmede;

Hüküm özel yasa olan 6136 SK. na aykırılık nedeniyle verilmiştir.

Sanık hakkında verilen ilamda 5237 SK. nun genel hükümleri gereğince

inceleme yapıp yeniden değerlendirme yapılarak hüküm verilmesini gerektirir bir durum yoktur.

Ancak tekerrür nedeniyle yapılan incelemede, tekerrüre esas alınan Bolu Asliye Ceza Mahkemesi'nin 1997/... esas, 1998/... karar sayılı ilamı nedeniyle TCK. nun 258/1 maddesi gereğince verilen sonuç 1.050.000 TL. ağır para cezası nedeniyle infaz tarihi 29.4.1999 tarihinden bu davaya konu suçun işlendiği 29.6.2002 tarihi arasında 5237 Sayılı Türk Ceza Yasasının 58/2-b maddesi hükmü gereği 3 yıldan fazla süre geçtiğinden hükümlü aleyhine tekerrür hükümlerinin uygulanamayacak olması nedeniyle 5237 Sayılı Türk Ceza Yasasına göre yeniden kurulacak hükmün daha lehe sonuç doğuracağı sabit olduğundan sanık hakkında yeniden hüküm kurulması gerekmiştir.

5335 sayılı kanunun 22 maddesi ile değişik 5083 sayılı kanunun 2 maddesinde "ilgili kanunları gereğince uygulanacak Adli ve İdari Para cezalarının hesaplanmasında ve ödenmesinde 1 Yeni Türk Lirasının (1 YTL) altında kalan tutarlar dikkate alınmaz" biçimindeki düzenleme ile 5252 SK. nun 5/1 maddesinde "Kanunlarda öngörülen "ağır para" cezaları, "adli para" cezasına dönüştürülmüştür." hükmü dikkate alınarak netice cezanın yeniden belirlenmesi gerekmiştir.

HÜKÜM:

Sanığın sübuta eren ruhsatsız silah taşımak suçundan eylemine uyan 6136 s.y.nın 13/1 maddesi ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre takdiren asgari hadden 1 YIL HAPİS ve 4421 sayılı yasa ile değişik TCK. nun 19. maddesi ve 5083 SK. nun 2 ve 5252 SK. nun 5/1 maddesi hükümleri de uygulanarak 216 YTL. ADLİ PARA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA,

Sanık hakkında başkaca artırım ve indirimde takdiren yer olmadığına,

Sanığa verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın, suçun işleniş biçimi ve sanığın suç işleme yönündeki olumsuz tutumu göz önüne alınarak 5237 SK. nun 50. maddesi gereğince takdiren para cezasına ve diğer tedbirlerden birine ÇEVİRİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

Sanığa verilen cezanın, suç işleme yönündeki olumsuz tutumu göz önüne alınarak takdiren 5237 SK. nun 51. maddesi gereğince ERTELENMESİNE YER OLMADIĞINA,

Sanığın 5237 sayılı TCK.nun 53/2. maddesi uyarınca hükmolunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar aynı yasanın 53/1 maddesinde sayılan;

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde

istihdam edilmek,

- b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasî hakları kullanmak,
- c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmak,
- d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasî parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmak,
- e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmek,

Haklarını kullanmaktan YOKSUN BIRAKILMASINA,

Kararın sanık ve müdafisine tebliğine,

Mahkememizin ek kararı ile 17.10.2002 tarih ve 2002/... esas ve 2002/... karar sayılı ilamının karar kesinleştiğinde infaz evrakıyla birlikte yeniden infaz evrakı tanzim edilerek infazının sağlanması için Bolu Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine,

Sanığın infazda geçen süresi, şartlı tahliye tarihinin yakın oluşu, kararın kesinleşmesi sürecinde geçecek zaman dikkate alınarak hükmün infazına devam olunması mağduriyetine neden olup, sanık lehine olan verilen hükmün infazını imkansız kılabilceğinden 5275 SK. nun 98/3 maddesi gereğince İNFAZIN DURDURULMASINA,

Sanığın başka suçtan tutuklu ve hükümlü değilse salıverilmesi için kesinleşmemiş karar örneği eklenerek Bolu Cumhuriyet Başsavcılığı'na müzekkere yazılmasına,

Kararın tebliğinden itibaren 7 gün içinde mahkememize verilecek dilekçe veya tutanağa geçirilmek üzere zabıt kâtibine beyanda bulunmak veyahut da bir başka Asliye Ceza Mahkemesi aracılığıyla dilekçe gönderilmek suretiyle temyiz edilebileceğine,

Temyiz edilen kararın temyiz incelemesi için Yargıtay'a gönderileceğine,

Dosya üzerinde 5252 SK. nun 9. maddesi gereğince yapılan inceleme sonucu yasal yolları açık olmak üzere sanık vekili ve sanığın yokluğunda mütalaaya uygun dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu karar verildi.

MAHKEMENİN İLK HÜKMÜ:

Olay tarihinde sanığın içkili lokantada yemek yiyip içki içerek sarhoş olduğu, milli takımın galip gelmesi üzerine belinde bulunan 14'lü Belçika Brovning marka tabancayı çıkararak havaya ateş ettiği ve böylece sanığın atılı suçları işlediği iddiasıyla cezalandırılması için mahkememize kamu davası açılmıştır.

Sanık savunma ve ek savunmasında, olay tarihinde bir tane bira aldığını, maç seyrettikten sonra sevinç tezahüratı olarak ruhsatı bulunmayan tabanca ile ateş ettiğini savunmuştur.

Suçta konu silah üzerinde hazırlık aşamasında düzenlenen ekspertiz raporuna göre, 14'lü tabir edilen C-47433 seri nolu Belçika Brovning marka silah olup, tek tek atabilen, yarı otomatik silah olup vahim silahlardan olmadığı, silahın mekanik aksamalarının tam ve sağlam olup atışa salih olduğu ve 6136 sayılı yasa kapsamına girdiği belirtilmiştir.

Sanık savunması, tanıklar beyanları, ekspertiz raporu, ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; sanığın olay tarihinde içkili lokantada alkol aldıktan sonra üzerinde taşıdığı ruhsatsız silah ile umuma açık bir ortamda sarhoşluğunda verdiği etki ile havaya birden fazla ateş ettiği, sanığın alkollü olduğu, böylece atılı suçları işlediği anlaşıldığından, sanığın 6136 sayılı yasanın 13/1 ve TCK. nun 572/1, sabıkalı olması nedeniyle TCK. nun 81/1 ve 36 maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1-Sanığın sabit olan eylemine uyan 6136 sayılı yasanın 13/1 maddesince suçun işleniş şekli ve önemine göre takdiren 2 YIL HAPİS ve suç tarihine göre daha az olamayacağından 218.104.099.-TL. AĞIR PARA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA,

Sanık hakkında, başkaca kanuni ve takdiri indirim ve artırım yapılmasına yer olmadığına,

TCK. nun 81/1 maddesi uyarınca sanığın Bolu Asliye Ceza Mahkemesinin 1997/... esas, 1998/... karar ve 28.10.1998 karar tarihli, 29.04.1999 infaz tarihli farklı nevi tekrerrüre esas sabıkası olduğundan cezasından takdiren 1/10 oranında artırım yapılmasına, ancak 4421 sayılı kanunun 8 maddesi ile değişik 647/5 maddesi uyarınca daha fazla olamayacağından BİR YIL BİR GÜN HAPİS VE 219.154.099.-TL. AĞIR PARA CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA,

Yasal şartlar oluşmadığından sanık hakkında 647 sayılı yasanın 4 maddesinin uygulanmasına yer olmadığına,

2- Sanığın sabit olan eylemine uyan TCK. nun 572/1 maddesi uyarınca suçun işleniş şekli, önemi, fiilin özellikleri, suç kastının yoğunluğu, aynı suç daha öncede işlenmiş olması gözetilerek takdiren ve teşdiden İKİ AY HAFİF HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA,

Sanık hakkında kanuni ve takdiri başkaca artırım ve indirim yapılmasına yer olmadığına,

Suçun işlenmesindeki özellikler, sanığın kişiliği gözetilerek 647 sayılı ya-

sanın 4. maddesinin uygulanmasına takdiren yer olmadığına,

TCK. nun 74 ve 75 maddeleri uyarınca sanığa verilen cezalar içtima ettirilerek sanığın NETİCETEN BİR YIL BİR GÜN HAPİS VE 219.154.099.- TL. AĞIR PARA CEZASI İLE İKİ AY HAFİF HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA,

Sanığın geçmişi, sabıkalılığı, duruşmada izlenen tavrı ve davranışları, cezanın etkinliği ve suç işleme eğilimine göre cezasının ertelenmesi halinde ileride suç işlemekten çekineceği hususunda mahkememize kanaat gelmediğinden sanık hakkında 647 sayılı yasanın 6. maddesinin uygulanmasına takdiren yer olmadığına.

Gönderen: Av. Mehmet SÜRÜCÜ

ÖZET: Sanık hakkında 6136 sayılı yasaya muhalefet suçundan açılmış bir dava bulunmadığı halde, bu suçtan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.

N.K.'ı kasten öldürmekten sanık A.Ç.'nin yapılan yargılanması sonunda; Hükümlülüğüne ilişkin (İZMİR) Yedinci Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 8.3.2004 gün ve 78/75 sayılı hüküm re'sen temyize tabi olmakla beraber Yargıtay'ca incelenmesi C.Savcısı ile sanık taraflarından da istenilmiş olduğundan dava dosyası C.Başsavcılığından tebliğname ile Dairemize gönderilmekle: sanık hakkında duruşmalı C. Savcısının temyizi veçhile incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, cezayı azaltıcı takdiri tahfif sebebinin derecesi takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde bozma sebepleri dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafinin duruşmalı inceleme TCK.nun 49/2, 452/1. maddelerinin uygulanması gerektiğine ilişkin ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

1. Sanığın evinde konuk olarak bulunan maktül N.'in, sanığın yakın arkadaşısı olan F.'ı basit bir tartışma sonucunda tabanca ile vurarak öldürdükten sonra, anahtarlarıyla evin kapılarını kilitleyerek sanık ile evde bulunan tanık S.'in dışarı çıkmasını önleyerek hürriyetlerini kısıtladığı, öldürme olayını kolluğa bildirmemesi için onlar tehdit ettiği, bir süre sonra alkolün etkisiyle uyuya kaldığında, sanığın, maktüle ait silah ele geçirerek onu başından vurarak öldürmesi olayında ağır tahrik bulunduğu halde TCK.nun 51/2. maddesi yerine 51/1. maddesinin uygulanması,

2. Sanık hakkında 6136 Sayılı Yasaya muhalefet suçundan açılmış bir dava bulunmadığı halde, bu suçtan hüküm kurulması,

Yasaya aykırı olup, sanık müdafii ve C. Savcısının temyiz itirazları bu iti-

Fer'i Şerikten Suçun Önlenmesi Beklenemez

YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ

Esas: 2005/2-554
Karar: 2005/742
Tarih: 15.03.2005

ÖZET: Kadın pazarlamacılığı yapan taraflar arasında çıkan tartışmadan sonra olay yerinden ayrılmak üzere yürüdükleri sırada maktûlün gelip Y'ye küfrederek, yakasına yapışıp tokat atmasını takiben G.U.'nu tabancayla ateş edip maktûlü öldürdüğü,

bu esnada sanık H'nin de gaz tabancasını çekip havaya ateş ettiği olayda, sanık Y'nin sanıklara "Yeter artık. Binin arabaya." demesinin diğer sanıkların eylemini tasvip etme olarak değerlendirilmesinden ziyade, müteakip muhtemel gelişmeleri önleme amacıyla yapılmış bir beyan olarak kabulü gerekir. Bu nedenle (fer'i şeriklikten) beraatine karar verilmesi gerekir.

İ.K.'ı kasten öldürmekten ve izinsiz silah taşımaktan sanık G.U.Y., işbu suça fer'i fail olarak iştirakten sanıklar Y.S. ile H.K.'ın bozma üzerine yapılan yargılanmaları sonunda: Hükümlülüklerine ilişkin (İZMİR) Altıncı Ağır Ceza Mahkemesinde verilen 09.04.2004 gün ve 60/98 sayılı hükmün duruşmalı olarak Yargıtay'ca incelenmesi sanıklar tarafından istenilmiş ve hüküm kısmen re'sen de temyize tabi bulunmuş olduğundan dava dosyası C. Başsavcılığından tebliğname ile Dairemize gönderilmekle: duruşmalı olarak incelendi ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık G.U. ve H.'in suçlarının suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç nitelikleri tayin, tahrike ve takdire ilişkin cezayı azaltıcı sebeplerin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde düzeltme dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanıklar G.U. ve H. müdafilerinin duruşmalı incelemede suç vasıflarına, tahrikin derecesine, H.'in öldürme suçuna fer'an iştirak etmediğine yönelik ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle,

5335 Sayılı Kanunun 22. maddesiyle 5083 Sayılı Kanunun 2. maddesine eklenen yasa uyarınca 1 YTL. (1.000.000.-TL) nin altında kalan tutarlar dikkate alınmayacağından sanık G.U. hakkında 6136 Sayılı Yasaya muhalefet

suçundan tayin edilen sonuç ağır para cezasının 75.000.000.TLye indirilmesine karar verilmek suretiyle CMUK.nun 322. maddesi gereğince DÜZELTİLEN, kısmen re'sen de temyize tabi bulunan sanıklar G.U ve H. hakkındaki hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi (ONANMASINA),

Sanık Y. hakkındaki hükmün incelenmesinde;

Kadın pazarlamacılığı yapan taraflar arasındaki anlaşmazlığın konuşulması için maktül ve iş ortağı tanık D. tarafından vaki davet üzerine olay yeri olan lokantaya giden sanıkların maktül ve arkadaşları ile konuşmaları sırasında çıkan tartışmadan sonra olay yerinden ayrılmak üzere yürüdükleri sırada kamtülün gelip sanık Y.'a küfrederek yakasına yapışıp tokat atmasını takiben G.U'un tabancayla ateş edip maktülü vurup öldürdüğünün, bu esnada sanık H.'in de gaz tabancasını çekip havaya ateş ettiğinin anlaşılması, sanıkların olay yerine maktülü vurmak veya olay çıkarmak amacıyla gittiklerinin delilinin de bulunmaması, bu oluşa göre de sanık Y.'ın olaydan sonra diğer sanıklara "yeter artık, arabaya binin" demesinin diğer sanıkların eylemini tasvip etme olarak değerlendirilmesinden ziyade müteakip muhtemel gelişmeleri önleme amacıyla yapılmış bir beyan olarak kabulünün uygun olması karşısında sanık Y.'ın beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesisi,

Kanuna aykırı olup sanık Y. müdafilerinin duruşmalı inceleme sırasında ki temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak (BOZULMASINA) 17.05.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

17.05.2005 gününde verilen işbu karar Yargıtay Cumhuriyet Savcısının huzurunda ve duruşmada savunmasını yapmış bulunan sanıklar G.I.Y., Y.S. ve H.K. müdafii Avukat A.E.'in yokluğunda 18.05.2005 gününde usulen ve açık olarak anlatıldı.

Gönderen: Av. Atilla ERTEKİN

YARGI KARARLARI

Hukuk Bölümü

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Görev Uyuşmazlıklarını Gidermek İçin Verdiği Kararlar Sadece İlgili Yargı Mercileri Yönünden Bağlayıcıdır

**YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU**

Esas: 2004/10-669
Karar: 2004/666
Tarih: 8.12.2004

ÖZET: 3417 sayılı Tasarrufu Teşvik Yasası hükümlerine göre yapılan kesintiler hizmet akdi ilişkisinden kaynaklandığından, bu uyuşmazlık idari yargıda değil, İş Mahkemesince çözülmelidir.

Taraflar arasındaki “alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Düziçi Asliye Hukuk (İş) Mahkemesince davanın görevsizliğine dair verilen 29.04.2003 gün ve 2003/91 - 148 E. K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 02.12.2003 gün ve 2003/7781-8788 sayılı ilamı ile;

(...Dava, işine son verilmesine rağmen ödenmeyen tasarrufu teşvik parası ile işveren ve Devlet katkısı payından fazla talep hakkı saklı kalmak kaydıyla 100.000.000 TL nin, ödenmesi gereken günden itibaren faiziyle tahsil ve kesinti yapıp yapılmadığının, yapılan kesintinin davacı adına bankaya yatırılıp yatırılmadığının tespitine ilişkindir. Mahkemece, görevsizlik kararı verilmiştir.

Davanın yasal dayanağı 29.04.2003 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4853 sayılı Çalışanların Tasarruf Teşvik Hesabının Tasfiyesi ve Bu Hesaptan Yapılacak Ödemelere Dair Kanunun 7. ve 8. maddeleridir. Anılan Kanunun 8. maddesinde; "3417 sayılı Kanun hükümlerine göre, ücretlerden yapılması gereken tasarruf kesintileri ile katkı paylarının süresi içinde ilgililer adına açılmış bulunan Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırmayan işverenlerden; yatırılması gereken miktarlar ile gecikme zammı, resen veya ilgililerin başvurusu halinde Sosyal Sigortalar Kurumunca 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun primlerin tahsiline ilişkin hükümleri dairesinde tahsil olunarak T.C. Ziraat Bankası şubelerindeki ilgili Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırılır. 3417 sayılı Kanunun mülga 2.maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri kapsamındaki personelin aylık ve ücretlerinden tasarruf kesintileri ile Devlet ve işveren katkılarının süresi içinde ilgililer adına açılmış bulunan Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırmayan Kurumlar, ya-

tırılması gereken miktarların resen veya ilgililerin başvurusu halinde yasal faizi ile birlikte T.C. Ziraat Bankası şubelerindeki ilgili Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırılmasından sorumludurlar." şeklinde düzenleme yapılmış, buna göre tasarruf kesintileri ile işveren katkılarının ilgililerin banka hesaplarına yatırılmaması halinde Sosyal Sigortalar Kurumu tahsile yetkili kılınmıştır.

Somut olayda kurum tarafından bu görevin yerine getirilmediği, tahsil edilmeyen tasarruf tutarları ve işveren katkıları sebebiyle davacıya tasarruf tutarı ve nema alacaklarının ödenmediği iddiası mevcuttur. Gerçekten de davalı işverence tasarruf teşvik kesintileri ile işveren katkılarının yatırılmaması ve giderek Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından tahsil edilmemesi durumunda, davacı işçiye ödenmesi gereken zorunlu tasarruf miktarı ve nema alacaklarında azalma olacağı kuşkusuzdur. Böyle olunca davacı işçinin yasadan kaynaklanan bu alacağına kavuşması için Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından gereğinin yapılmasını beklemek dışında dava açmak imkanı da vardır.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi gereği işçi ile işveren arasında, hizmet ilişkisinden doğan bu uyuşmazlığın çözüm yeri iş mahkemeleridir.

Mahkemece işin esasına girilerek; öncelikle işçinin ve işverenin anılan Kanunlar kapsamına giren kişilerden olup olmadığı, işverenin bu Yasalar çerçevesinde tasarruf kesintisi stopajını yapıp yapmadığı, kendi payını da katarak dava konusu edilen dönemler itibarıyla Ziraat Bankasına yatırıp yatırmadığı, Sosyal Sigortalar Kurumunun bu konuyu takip edip etmediği, etmiş ise ne gibi iş/emler yaptığı araştırılmalı, işçinin istediği ve ödenmesi gereken miktar kanuni merciden sorularak, gerektiğinde 4853 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca değerlendirilmiş tasarruf kesintileri ve katkı paylarından davacının istemi doğrultusunda kendisine ödenebilecek miktarın anılan yasanın 5. maddesinde öngörülen "...aylık olarak Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan bir önceki aya göre Tüketici Fiyatları Genel indeksi değişim oranında ve ilave olarak yıllık yüzde beş oranında değerlendirilir." ve aynı Yasanın 6. maddesinde öngörülen "Hak sahiplerine, ana para tutarları 2003 yılı Nisan ayında defaten ödenir. 5. madde uyarınca değerlendirilen tutar Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında olmak üzere 2004 yılında dört taksit 2005 yılında dört taksit ve Mart ve Haziran aylarında olmak üzere 2006 yılında iki taksit olarak toplam on taksitte ödenir. Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu bakan, ödeme tarihlerine bir ay önce veya bir ay sonra olarak belirlemeye yetkilidir. Emeklilik veya ölüm halinde taksitlendirme devam etmez ve ilgililere veya kanuni mirasçılara kalan tutar defaten ödenir. Bu kanun hükümleri gereğince hak sahiplerine yapılacak ödemeler ve bu ödemeler nedeniyle düzenlenecek belgeler hiçbir vergi ve kesintiye tabi tutulamaz."

düzenlemesi doğrultusunda hükmedilebilecek meblağın belirlenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, açıklanan maddî ve hukukî olgular gözetilmeksizin eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...)

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

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

A- Davacının isteminin özeti; Davacı vekili, müvekkili davacının, davalı Düziçi Belediye Başkanlığı işyerinde hizmet akdiyle çalışmasına, 3417 sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca; “işçilerden yapılan kesintiler ile işveren katkıları bankada açılan tasarrufu teşvik hesabına yatırılır” denmesine karşın, Belediye Başkanlığı'nca, kesilen paraların bu hesaba yatırılmamış olduğunu, diğer davalı Kurumun (SSK) ise, resen tahsil yoluna gitmeyerek, nemalandırma işinin yapılmasını engellediğini belirterek; "...nema, kesinti, işveren ve devlet katkısı payından 100.000.000-TL'nı ödetilmesine..." karar verilmesini istemektedir.

B- Davalıların cevabının özeti; Davalı Belediye Başkanlığı vekili, "kendisinden kesinti yapılmayan bir şahsın, kesinti yapılmış gibi nema istemesinin doğru olmadığı, ödenmesi gereken işveren katkılarının SSK tarafından haciz yoluyla Belediyeden tahsil edildiği, davanın işçi-işveren ilişkisinden doğmadığı için mahkemenin görevsiz olup, görevli mahkemenin Adana İdare Mahkemesi" olduğu;

Davalı Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı vekili ise, 1998 tarihinden itibaren dönem dönem icraya intikal ettirilerek, 1988-Aralık/1989 devresi kesinti alacaklarının icra yoluyla tahsil edilerek 1999 tarihinde Ziraat Bankasına yatırıldığı, 1990-2000 devresi kesinti alacaklarının ise icraya konulmuş olup, takiplerin devam etmekte olduğu savunmasında bulunmuştur.

C- Yerel Mahkemenin Kararının Özeti; Yerel mahkeme, işverenlerin ücretlerden yapacakları tasarruf kesintileri ile işveren katkılarını yasal süreleri içinde bankaya yatırmamaları halinde, SSK'nın resen veya şikayet üzerine kesinti tutarlarını 506 sayılı Kanunun 80/4. maddesine göre 6183 sayılı

Kanun uyarınca tahsil edeceği, davacının bu durumu bizzat SSK'ya bildirmesinin gerekeceği, davacının çalıştığı süreler ve aldığı ücretler konusunda bir çekişme bulunmadığına göre bu konuda mahkeme tarafından bir karar verilmesine gerek olmadığı, ilgilinin SSK'ya yapmış olduğu başvuruya rağmen Kurum tarafından herhangi bir işlem yapılmaması veya ilgiliye herhangi bir cevap verilmemesi halinde idarenin bu işlemine karşı idari yargıya başvurulabileceği gerekçesi ile; *“mahkemenin görevsizliğine”* karar vermiştir.

D- Temyiz Evresi ve Direnme; Hüküm, davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıya aynen alınan gerekçeyle bozulmuş, yerel mahkeme bu bozmaya karşı özetle; *“benzer bir konuda verilmiş Uyuşmazlık Mahkemesi kararı ile, tasarruf kesintileri ve nemaların ödenmesi istemi ile açılan davaların idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekeceğinin belirtilmiş olduğunu”* gerekçesiyle direnme kararı vermiştir.

E- Maddi Olay: Davalı Belediye Başkanlığı işyerinde hizmet akdiyle çalışmış olan davacının ücretinden zorunlu tasarruf kesintileri yapılarak, işveren katkı payları ile birlikte tasarrufu teşvik hesabına yatırılmadığı ve bu kapsamda bir nema ödemesinin bulunmadığı, davalı SSK'nın kesinti ve katkı paylarının tahsili amacıyla icra takibine başladığı olgusudur.

F- Gerekçe; 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkındaki Kanunun 30. maddesinde belirtilen ilke kararları dışında. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görev uyuşmazlıklarını gidermek için verdiği kararlar sadece ilgili yargı mercileri yönünden bağlayıcı olacağından, mahkemenin bu yöne ilişkin gerekçesi yerinde değildir.

Dava hukuki nitelikçe, tasarruf kesintileri ve nema tutarlarından oluşan alacağın ödenmesine, diğer bir anlatımla, davalıların kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri nedeniyle davacının uğramış olduğu zararın giderimine yöneliktir. Bu yönüyle davanın yasal dayanağı, 4853 sayılı Çalışanların Tasarruflarını Teşvik Hesabının Tasfiyesi ve Bu Hesaptan Yapılacak Ödemelere Dair Kanunun 8. maddesi.

“Süresinde ödenmeyen tasarruf kesintileri ve katkı payları kenar başlıklı anılan maddede;

“3417 sayılı Kanun hükümlerine göre, ücretlerden yapmaları gereken tasarruf kesintileri ile katkı paylarını süresi içinde ilgililer adına açılmış bulunan Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırmayan işverenlerden; yatırılması gereken miktarlar ile gecikme zammı, resen veya ilgililerin başvurusu halinde Sosyal Sigortalar Kurumunca 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun primlerin tahsiline ilişkin hükümleri dairesinde tahsil olunarak T. C. Ziraat Bankası şubelerindeki ilgili Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırılır.

3417 sayılı Kanunun mülga 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri kapsamındaki personelin aylık ve ücret/erinden tasarruf kesintileri

ile Devlet ve işveren katkılarını süresi içinde ilgililer adına açılmış bulunan Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırmayan kurumlar, yatırılması gereken miktarların resen veya ilgililerin başvurusu halinde yasal faiziyle birlikte T. C. Ziraat Bankası şubelerindeki ilgili Tasarrufu Teşvik Hesaplarına yatırılmasından sorumludurlar,"

Hükmü yer almaktadır.

Somut olayda, davalıların maddede öngörülen yükümlülükleri yerine getirmedikleri, giderek davacıyı zarara uğrattıkları uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, görevli yargı yerinin belirlenmesi noktasında toplanmakta olup, uyuşmazlığın çözümü, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Zorunlu tasarruf kesintileri ve işveren katkı payının ödenmesi gereken dönemde davacı ile davalılardan işveren Belediye arasında hizmet akdi ilişkisi olduğu, mülga 3417 sayılı Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanunun "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin, "Bu Kanun hükümleri çerçevesinde;.... işçi çalıştıran işyerlerinde çalışan işçilerin... aylık ve ücretlerinden (tasarruf kesintisi) yapılacağı ve bu tasarruflara Devlet veya ilgili işverenlerin katkısı sağlanacağına ilişkin hükmü dikkate alındığında, bu kesinti ve katkı paylarının hizmet akdinin sonucu olduğu ortadadır. Belirtilen nedenle, hizmet akdi ilişkisinden kaynaklanan bu sorunun, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi gereğince iş mahkemesince çözülmesi gerektiği açıktır.

Diğer davalı Sosyal SigortalarKurumu ise, işverenin tasarruf kesintisi ile işverenin katkısını ilgililerin banka hesabına yatırmamaları halinde, bunlara ilişkin miktarları resen veya ilgililerinin başvurusu üzerine 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun primlerin tahsiline ilişkin düzenlemeler çerçevesinde tahsil ederek, alacağı gecikme zammı ile birlikte ilgilinin banka hesabına yatırmakla yükümlüdür ve 506 sayılı Kanunun 80. maddesinde, 3917 sayılı Kanunun 1. maddesi ile yapılan değişikliğe göre, kanuni süresinde ödenmeyen, prim ve diğer alacakların tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Kurum alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Kanunun uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözülmesinde de alacaklı sigorta müdürlüğünün bulunduğu iş mahkemesi yetkilidir. Somut uyuşmazlık, 506 sayılı Kanunun 80. maddesinden kaynaklanmakta olduğundan, anılan madde ve 506 sayılı Kanunun 80. maddesinden kaynaklanmakta olduğundan, anılan madde ve 506 sayılı Kanunun 134. maddesi uyarınca iş mahkemesince çözülmemelidir.

Belirtilen bu maddi ve Hukuksal olgular karşısında ve özellikle davada davalılar tarafından yapılması gereken idari işlemlerin yerine getirilmesi istenmemekte, doğmuş olan fakat haksız ve yersiz olarak davalı Belediyenin mamelekinde bulunan kesinti alacağının nemalarıyla ödenmesi talep edildi-

ğinden, uyuşmazlığın çözüm yeri idari yargı olmayıp, iş mahkemesidir.

O halde Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Dairesinin bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda açıklanan ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 08.12.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Mehmet Handan SURLU

Ayrı Yaşamada Eşe Yapılacak Katkı

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

Esas: 2005/13308
Karar: 2005/16062
Tarih: 22.11.2005

ÖZET: Birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde, ayrı yaşamaya haklı olan tarafın iste-mi üzerine TMK 197/2 maddesi gereğince konut ve ev eşyalarından eşlerin hangi oranda yararlanacağını ve davalının, da-vacı eşe yapacağı parasal katkının belirlen-mesi gerekir.

YARGITAY KARARI

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahke-mece verilen ve yukarıda tarih ve numarası gösterilen hüküm temyiz edil-mekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Medeni Kanun ile muayyen hükümler mahfuz olmak üzere, hakim iki ta-rafın iddia ve müdafaalarıyla mukayyet (bağlı) olup, ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez (HUMK. Md. 74)

Davacı; davalının ortak hayatın kendisine yüklediği görevleri yerine ge-tirmekten kaçındığını, kendisini evden uzaklaştırdığını, ortak konuta anne ve babasını getirdiğini, onlarla birlikte yaşamaya başladığını, ortak konuta dön-me girişimlerinin de davalının uzlaşmaz tavrı nedeniyle sonuçsuz kaldığını ileri sürerek, Türk Medeni Kanununun 197/2 maddesi gereğince, ortak ko-nuttan ve ev eşyasından yararlanmasının sağlanması için gerekli önlemlerin alınmasını ve davalının yapması gereken parasal katkının belirlenmesini iste-miştir.

Toplanan delillerden davalının, bir süre ayrı yaşayalım diyerek davacıyı evden uzaklaştırdığı, daha sonra ortak konuta kendi anne ve babasını getire-rek onlarla birlikte yaşamaya başladığı anlaşılmaktadır. Davalı, davaya ver-diği cevap dilekçesinde, evliliğin devamında hiçbir fayda kalmadığını, bo-şanma davası açmak üzere olduğunu bildirmiştir. Gerçekleşen bu olgular kar-şısında birlikte yaşamaya ara verilmesi davacıdan değil davalıdan kaynaklan-maktadır. Bu yönüyle davacı ayrı yaşamakta haklıdır. Şu halde, Türk Mede-ni Kanununun 197/2 maddesi gereğince; konut ve ev eşyasından eşlerin han-gi oranda yararlanacağını ve davalının, davacı eşe yapacağı parasal katkının

belirlenmesi gerekirken, istek dışında yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Hükmün gösterilen sebeple bozulmasına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine; işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 22.11.2005 sa.

Gönderen: Av. Okan SELEK

Vergi Kimlik Numarasının Çek Defterinin Yapraklarına Yazılmaması Özel Yolla Takip Yapılmasına Engel Teşkil Etmez

YARGITAY
12. HUKUK DAİRESİ

Esas: 2005/2002
Karar: 2005/5132
Tarih: 11.03.2005

ÖZET: TTK 692. maddesinde çok da bulunması gerekli unsurları açıkça belirlenmiş olup vergi kimlik numarasının çeklere yazılması zorunlu unsur olarak gösterilmiştir.

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi: İnögöl İcra Mahkemesi

Tarihi: 7.12.2004

No.su: 308-370

Davacı: Borçlu A.Y.

Davalı: Alacaklı İ.U.

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

4814 sayılı yasa ile değişik 3167 sayılı çek hamillerinin korunması ve çekle ödemelerin düzenlenmesi hakkındaki yasanın 3. maddesinin 2. fıkrasında, “çek defterinin baskı şeklini belirleyen esaslar, Türkiye Bankalar Birliği’nin görüşü alınarak T.C. Merkez Bankası’nca Resmi Gazetede yayımlanacak bir tebliğle düzenlenir. Çek defterinin her yaprağına, çek hesabının bulunduğu banka şubesinin adı, hesap numarası ve hesap sahibinin vergi kimlik numarası yazılır. Ancak hesap sahibinin vergi kimlik numarası hariç olmak üzere bunların yazılmamış olması veya bankalarca baskı şekline ilişkin esaslara aykırı davranılması çekin geçerliliğini etkilemez” hükmü öngörülmüştür. Sözü edilen bu hüküm çek hamillerinin haklarını korumak amacı ile bankaların çek defterlerini düzenlemeleri sırasında gözönünde tutmaları gerekli koşullara ilişkindir.

TTK. nun 692. maddesinde ise çekte bulunması gerekli zorunlu unsurlar

açıkça belirlenmiş olup vergi kimlik numarasının çeklere yazılması zorunlu unsur olarak gösterilmemiştir. 4814 Sayılı Yasa çek hamillerinin korunması ve çekle ödemelerin düzenlenmesine ilişkin 3167 Sayılı Yasada değişiklik yaptığından TTK.nun 692. maddesini değiştirir mahiyette değildir. Bu nedenle TTK.nun 692. maddesindeki unsurları taşıyan çekle, kambiyo senedi niteliğinde olup, vergi kimlik numarasının çek defterinin yapraklarına yazılması, anılan özel yolla takip yapılmasına engel teşkil etmez.

Mahkemece, borçlu itirazının reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK. 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA) 11.3.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih UYAR

Belediye Mal ve Haklarının Haczi Koşulları

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

Esas: 2005/13614
Karar: 2005/14212
Tarih: 27.06.2005

ÖZET: Banka hesabındaki paranın vergi, resim ve harç niteliğinde olması veya kamu hizmetine fiilen tahsis edilmesi halinde; menkul niteliğindeki araçların ve taşınmazların fiilen kamu hizmetine tahsis edilmesi halinde haczedilemeyeceği düşünülmelidir.

İlgili Kanun/Madde

İİK. m. 82, 5272 sy. Belediye K. m. 15/son

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

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de;

13.05.2005 haciz tarihi esas alınıp uygulanması gereken ve 24.12.2004 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 5272 sayılı Belediye Kanunu, Anayasa Mahkemesi tarafından 18.01.2005 tarih ve 2004/188 E., 2005/8 K, sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal kararı 13.04.2005 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nce 6 aylık süre sonunda iptal kararının yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır.

D. İcra Müdürlüğü'nün 2005/77 talimat sayılı takip dosyasının tettiğinden, O.1. İcra Müdürlüğü'nün 2005/494 esas sayılı takip dosyasından yazılan talimat üzerine D. İcra Müdürlüğü'nün 13.05.2005 tarihinde şikayet konusu bankadaki hesaba ve davacı belediye adına kayıtlı araçların kaydına haciz konulması ve görüldüğü yerde yakalanmasına ve trafikten men'ine ilişkin yazıldığı görülmüştür.

Somut olayda, haciz tarihi itibarıyla anılan yasanın 15/son maddesinin uygulanması zorunludur.

O halde, mahkemece yukarıda belirtilen kurallar dikkate alınarak şikayet-

çi Belediyeye ait mevduat hesabına günlük yatırılan tahsilatlar ve taşınmazlar yönünden 5272 sayılı kanunun 15/son maddesi gözetilerek bunların nitelikleri belirlenmelidir. Banka hesabındaki paranın vergi, resim ve harç niteliğinde olması veya kamu hizmetine fiilen tahsis edilmesi halinde haczetilemeyeceği düşünülmelidir. Ayrıca, menkul niteliğindeki araçların ve taşınmazların fiilen kamu hizmetine tahsis edilip edilmediği, araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Bu nedenlerle, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK. 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA) 27.06.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih UYAR

Vergi Alacaklarına İflasta Sıra Cetvelinde Diğer Alacaklılara Karşı İmtiyaz Tanıyan Bir Yasa Hükümü Bulunmamaktadır

YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ

Esas: 2005/5695
Karar: 2005/11006
Tarih: 10.11.2005

ÖZET: 4949 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra, vergi alacakları yönünden tanınan imtiyazın kaldırıldığı belirtilmiş ve vergi alacaklarının 3 ncü sırada işlem göreceği belirtilmiştir.

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi: İstanbul 4. İcra Mahkemesi

Tarih: 13.4.2005

Nosu: 402-486

Davacı: Maliye Hazinesine İzafeten İstanbul Muhakemat Md. vek. Av. B.G.

Davalı: M.S.Teks. San. Tic. A.Ş. İflas Dairesi

Taraflar arasındaki sıra cetveline itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili alacaklarının sıra cetvelinde dördüncü sıraya alındığını oysa gerek 6183 sayılı Yasa'da ve gerek İİK.nun 206 ncı maddesinin 4949 sayılı Yasa ile değişmeden önceki halinde alacaklarının imtiyazlı olduğunu, bu itibarla sıra cetvelinin düzeltilerek alacaklarının imtiyazlı alacakların bulunduğu üçüncü sıraya alınmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

İcra Mahkemesi'nce davacı alacağına imtiyaz tanıyan yasal bir düzenleme bulunmadığı, bu itibarla davacı alacağının dördüncü sıraya alındığı sıra cetvelinin usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Müflis şirketle ilgili olarak İİK.nun 206 ve 207 nci maddeleri uyarınca düzenlenen sıra cetvelinde vergi alacağının tamamı 4 üncü sıraya kabul edilmiştir.

İİK.nun 206 ncı maddesinde 4949 sayılı yasa ile değişiklik yapılmadan önce kamu alacakları 5 nci sırada işlem görmekteydi. 4949 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra “özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen alacakların, 3 ncü sırada işlem göreceği belirtilmiştir. Vergi alacaklarına iflasta sıra cetvelinde diğer alacaklılara karşı imtiyaz tanıyan bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Anılan yasanın gerekçesinde de, “vergi alacakları yönünden tanınan imtiyazın kaldırıldığı” belirtilmiş ve vergi alacaklarının 4 ncü sırada işlem görmesi amaçlanmıştır.

İcra Mahkemesi’nce bu yön gözetilerek, Maliye Hazinesinin 3 ncü sırada yer alması gerektiğine yönelik itirazının reddinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün ONANMASINA, 10.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih UYAR

TMSF Alacağı 6183 Sayılı Yasa Kapsamındadır. Ancak Cetvelinde İmtiyazlı Sayılmasını Gerektirecek Bir Yasa Hükmü Yoktur.

**YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ**

Esas: 2005/5529
Karar: 2004/10738
Tarih: 27.10.2005

ÖZET: “4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 73 ncü maddesi fon kaynakları ile her türlü alacaklarının 6183 sayılı yasa kapsamında takip ve tahsil edileceğini düzenlemiş, ancak hisseleri kısmen ve tamamen fona devredilen alacaklar bakımından anılan yasanın uygulanmasını belirli şartlara bağlamıştır” sıra cetvelinde imtiyazlı sayılmasını gerektirecek bir yasa hükmü bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki sıra cetveline itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi. Gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davası TMSF vekili dava dışı borçlu A.İ.’e ait taşınmazın satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde, Bankalar Kanunu’nun 15/3, 15/7-b ve 15a maddeleri uyarınca kamu ve hazine alacağı niteliğini taşıyan müvekkiline ait alacağın, 6183 sayılı Amme alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 21/1 nci maddesi çerçevesinde ilk hacze iştirak ettirilmesi gerekirken, anılan yasa maddelerine aykırı olarak yapılan sıra cetvelinin haline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı banka vekili davacı yanın alacağının, dayanak kıldığı yasa maddelerinde sayılanlardan olmadığını, kanunun geriye yürür şekilde uygulanmasının hukuka aykırı olduğunu, anılan maddelerin eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa’nın 10 ncu maddesine aykırı olduğunu bildirerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

İcra Mahkemesi’nce davacı kurumun alacağının 6183 sayılı yasa kapsamında kaldığı ne var ki, sıra cetvelinde imtiyazlı sayılmasını gerektirecek bir yasa hükmü bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi hükmü davacı TMSF vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 73 ncü maddesi son kaynakları ile her türlü alacaklarının 6183 sayılı yasa kapsamında takip ve tahsil edileceğini düzenlemiş, ancak hisseleri kısmen ve tamamen Fona devredilen alacaklar ba-

kımından anılan yasanın uygulanmasını belirli şartlara bağlamıştır. Somut olayda davacı alacağının belirtilen şartları taşıdığı iddia ve isbat edilmediğine göre davanın reddine isabet bulunmamaktadır. Öte yandan davalılar yararına iki ayrı vekalet ücretine hükmolunmasında da yasaya aykırı bir yön yoktur. Açıklanan sebeplerle İcra Mahkemesi hükmünün İcra ve İflas Kanunu'nun 36 ncı maddesi uyarınca onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenle davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA, 27.10.2005 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Talih UYAR

YARGI KARARLARI

İdare Bölümü

Birden Fazla Belgenin Düzenlenmesine İlişkin Tek Tespit Bulunduğundan, Tespit Sayısı Esas Alınarak Tek bir Usülsüzlük Cezası Kesilmesi Gerekir

TC
İZMİR
1. VERGİ MAHKEMESİ

Esas: 2005/884
Karar: 2004/942
Tarih: 26.10.2005

ÖZET: 115 ayrı nihai müşteriye konaklama hizmeti verildiği ve bedelini tahsil ettiği halde, karşılığında ödeme kaydedici cihaz fişi ya da yasal herhangi bir belge düzenlenmediği tespit edilen davacı adına kesilen toplam 5500 YTL usulsüzlük cezası yerinde değildir. Tek tespit sayısı esas alınarak tek bir 118 YTL özel

usülsüzlük cezası kesilmesi gerekir.

DAVANIN ÖZETİ: Yapılan denetim soruncunda 115 ayrı nihai müşteriye, konaklama hizmeti verildiği ve bedeli tahsil edildiği halde, karşılığında ödeme kaydedici cihaz fişi ya da yasal herhangi bir belge düzenlenmediği tespit edilen davacı adına kesilen özel usulsüzlük cezasının; hukuka aykırı olduğu, birden fazla belgenin düzenlenmemesine ilişkin tek bir tespit bulunduğundan, tespit sayısı esas alınarak sadece bir adet ceza kesilmesi gerektiği iddialarıyla kaldırılması istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ: Yapılan denetim sonucu düzenlenen 28.4.2005 tarih ve P/260139 no'lu tutanağa dayanılarak kesilen özel usulsüzlük cezasının yasal olduğu, davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren İzmir 1. Vergi Mahkemesi'nce gereği görüldü:

Uyuşmazlık, 28.4.2005 tarihinde yapılan denetim sonucunda düzenlenen 9/260139 no'lu tutanakla, 115 ayrı nihai müşteriye, konaklama hizmeti verildiği ve bedelini tahsil ettiği halde, karşılığında ödeme kaydedici cihaz fişi ya da yasal herhangi bir belge düzenlenmediği tespit edilen davacı adına kesilen toplam 5.500.- YTL özel usulsüzlük cezasına ilişkindir.

213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 353 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında, perakende satış fişi, ödeme kaydedici cihazla verilen fiş, giriş ve yolcu taşıma bileti, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, günlük müşteri listesi ile Maliye Bakanlığı'nca düzenlenme zorunluluğu getirilen belgelerin, düzenlenmediği-

nin, bulundurulmadığının, düzenlenen belgelerin aslı ile örneğinde farklı meblağlara yer verildiğinin veya gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğinin tespiti özel usulsüzlük cezasını gerektirdiği hükme bağlanmıştır.

Yapılan satış karşılığında ücret alındığı halde karşılığında ödeme kaydedici cihaz fişi veya başkaca bir belge düzenlenmediği hususunun davacı nezdinde düzenlenen ve ihtirazı kayıt konulmaksızın imzalanan tutanakla tespit edilmesi nedeniyle, özel usulsüzlük cezası kesilmesinde yasaya aykırılık yoktur. ancak, olayda aynı nitelikte birden fazla belgenin düzenlenmemesine ilişkin tek tespit bulunduğundan, tespit sayısı esas alınarak tek bir (118.-YTL) özel usulsüzlük cezası kesilmesi, fazlasının kaldırılması gerekir. Nitekim süregelen Danıştay kararları da bu yöndedir.

Açıklanan nedenlerle DAVANIN KISMEN KABULÜNE, dava konusu özel usulsüzlük cezasının 5.382.-YTL'lik kısmının kaldırılmasına, kalan 118.-YTL'lik kısmının ise onanmasına, aşağıda dökümü yapılan 26.70.- YTL yargılama giderlerinden, davada haklılık oranı dikkate alınarak 23.00.-YTL'lik kısmının davalı idarece davacıya ödenmesine, kalan kısmın davacı üzerinde bırakılmasına, 11.20.-YTL karar harcının davalı iradece davacıdan tahsiline, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine, bu kararın tebliğini izleyen günden itibaren otuz (30) gün içinde Danıştay'a temyiz yolu açık olmaz üzere 26.10.2005 tarihinde oybirliğinde karar verildi.

Gönderen: Mustafa ALPASLAN

Yitirdiklerimiz

Av. Yasemin KARTEFE

Sicil No : 7419
Doğum Tarihi : 27.11.1979
Ölüm Tarihi : 14.11.2005

Av. Mustafa Temel ÖZDİRİL

Sicil No : 1175
Doğum Tarihi : 10.09.1948
Ölüm Tarihi : 22.11.2005

Av. Muammer KARAŞAHİN

Sicil No : 505
Doğum Tarihi : 1340
Ölüm Tarihi : 22.11.2005

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

İzmir Barosu Yönetim Kurulu