

Yıl: 80 • Ocak 2015 • Sayı: 1

Dört ayda bir yayımlanır
ISSN 1305-757X

HAKEMLİ BİR DERGİDİR



Hakemli Makaleler

Prof.Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

Sporda Doping'in Ceza Hukuku Boyutu

Doç.Mustafa AVCI

Türk Hukukunda Kamulaştırmaz El Atma
Sorununa Kısa Bir Bakış

Yrd.Doç.Dr.Murat BATI

Gayrimenkul Satış Kazançlarının Ticari
Kazanç Kapsamında İrdelenmesi

Araş.Gör.Zeynep TUNCA ÖZCAN

Derneklerin Faaliyetleri
(Activities Of Associations)

Makaleler

Yargıtay 2.Hukuk Dairesi Başkanı

Ömer Uğur GENÇCAN

HMK Sonrasında Velâyetin Değiştirilmesi
Davalarında Yargıtay Uygulaması

Doç.Dr.M.Ahmet GÜNEŞ

Yeni Bir Çevre Yasası'nın Gerekliliği Üzerine

Av.Nurçin KÜÇÜKYAZICI

Mülteci Çocukların Hukuki Statüsü
Legal Status Of Refugee Children

Yrd.Doç Beşir ACABEY

Demokrasilerde Halkın İradesinin Belirliyeciliği ve
"İleri Demokrasi Söylemi " Hakkında Bir Deneme

Av.Sinem HACİEMİNOĞLU

Türk Hukukunda Arabuluculuk

İZMİR BAROSU DERGİSİ

YIL.80 | 1

Seminer Notları

Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinin
(İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz)
Uygulama ve HMK
Açısından Değerlendirilmesi

Yargı Kararları

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları
Yargıtay Hukuk Daire Kararları
Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları
Yargıtay Ceza Daire Kararları

İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 80 • Ocak 2015 • Sayı: 1 • Dört ayda bir yayımlanır • ISS N 1305-757X

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Aydın ÖZCAN

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. A. Şakir UZUN

YAYIN KURULU

Av. Mutlu ÇAKIR
Av. Hakan DİMDİK
Av. Nilay ERTEM DURLU
Av. Sinem HACİEMİNOĞLU
Av. Burcu KARAKOÇ
Av. Fatih KARAMERCAN
Av. Mehriğül KELEŞ
Av. M. Ertuğrul PERİM
Av. Gülşen SARIBAŞ
Av. Alper UYAR
Av. Muhittin ÜSTÜNDAĞ
Stj. Av. Buket YALÇIN

YAYINA HAZIRLAYAN

İstem BAKOĞLU

DANIŞMA KURULU

Prof.Dr.Hakan PEKCANITEZ	Galatasaray Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
Prof.Dr.Tayfun AKGÜNER	Lefke Ü. İdare Hukuku
Prof.Dr.Zehrettin ASLAN	İstanbul Ü. İdare Hukuku
Prof.Dr.Oğuz ATALAY	Gediz Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
Prof.Dr.Timur DEMİRBAŞ	İzmir Ekonomi Ü. Ceza Ve Ceza Usul Hukuku
Prof.Dr.Huriye KUBİLAY	İzmir Ekonomi Ü. Ticaret Hukuku-Deniz Hukuku
Prof.Dr.Ali Nazım SÖZER	Yaşar Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü
Prof.Dr.Melda SUR	Dokuz Eylül Ü. Devletler Umumi-İş Ve Sg Hukuku
Prof.Dr.Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Ü. Ceza Ve Ceza Usul Hukuku
Prof.Dr.Turan YILDIRIM	Marmara Ü. İdare Hukuku
Prof.Dr.Mustafa ALP	Dokuz Eylül Ü. İş Ve Sg Hukuku
Prof.Dr.Meltem CANIKLIOĞLU	İzmir Ekonomi Ü. Anayasa Hukuku
Prof.Dr.Bahadır ERDEM	İstanbul Ü. Devletler Arası Özel Hukuk
Prof.Dr.Mustafa Ruhan ERDEM	Yaşar Ü. Ceza Ve Ceza Usul Hukuku
Prof.Dr.Şükran ERTÜRK	Dokuz Eylül Ü. İş Ve Sg Hukuku
Prof.Dr.Meltem Kutlu GÜRSEL	Dokuz Eylül Ü. İdare Hukuku
Prof.Dr.Yasemin IŞIKTAÇ	İstanbul Ü. Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi
Prof.Dr.Meral Sungurtekin ÖZKAN	Yaşar Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
Prof.Dr.Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Ü. Vergi Hukuku
Prof.Dr.Nükhet TURGUT	Atılım Ü. Kamu Hukuku Çevre Hukuku
Prof.Dr.Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Ü. Medeni Hukuk
Prof.Dr.Şebnem Akipek ÖCAL	Ankara Ü. Medeni Hukuk
Prof.Dr.Çetin ARSLAN	Hacettepe Ü. Ceza Ve Ceza Usul Hukuku
Prof.Dr.Sibel ÖZEL	Marmara Ü. Milletler Arası Özel Hukuk
Prof.Dr.Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Ü. Ceza Ve Ceza Usul Hukuku
Prof.Dr.Mustafa SAKAL	Dokuz Eylül Ü. İib F- Maliye Bölümü
Prof.Dr.Oğuz SANCAKDAR	Dokuz Eylül Ü. İdare Hukuku
Prof.Dr.Selma Çetiner ŞEKERCİ	İzmir Ü. Medeni Hukuk
Prof.Dr.Serkan ODAMAN	9 Eylül İib İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku
Prof.Dr.Köksal BAYRAKTAR	Yeditepe Ü. Ceza Hukuku
Prof.Dr.Mustafa Alper GÜMÜŞ	İstanbul Şehir Ü. Medeni Hukuk
Prof.Dr.Serkan ODAMAN	9 Eylül İib Ü. İş Ve Sg Hukuku
Prof.Dr.Ali Cem BUDAK	Yeditepe Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
Prof.Dr.Sevilay UZUNALLI	9 Eylül Ü. Ticaret Hukuku
Prof.Dr.Faruk ACAR	Marmara Ü. Medeni Hukuk
Doç.Dr.Serkan AYAN	9 Eylül Ü. Medeni Hukuk
Doç.Dr.Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Ü. Medeni Hukuk
Doç.Dr.Sevtap METİN	İstanbul Ü. Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	Dokuz Eylül Ü. Anayasa Hukuku
Doç.Dr.Ahmet TÜRK	Dokuz Eylül Ü. Ticaret Hukuku

Doç.Dr.Hacı CAN
Doç.Dr.Müslüm AKINCI
Doç.Dr.Musa AYGÜL
Doç.Dr.Mustafa AVCI
Doç.Dr.Herdem BELEN
Doç.Dr.Ahmet M. GÜNEŞ
Doç.Dr.Muzaffer ŞEKER
Doç.Dr.Banu Şit KÖŞGEROĞLU
Doç.Dr.Süleyman YILMAZ
Doç.Dr.Ali Cengiz KÖSEOĞLU
Doç.Dr.Mine AKKAN
Doç.Dr.Kerem ALTIPARMAK
Doç.Dr.Murat AYDOĞDU
Doç.Dr.Rıfat ERTEN
Doç.Dr.Güray ERDÖNMEZ
Doç.Dr.Ümit Süleyman ÜSTÜN
Doç.Dr.Mustafa Erdem CAN
Doç.Dr.Oğuz ATALI
Doç.Dr.Ayfer UYANIK
Doç.Dr.Hakan KARAKAYHA
Doç.Dr.Burcu DÖNMEZ
Yrd.Doç.Dr.Eylem APAYDIN
Yrd.Doç.Dr.Serkan AYAN
Yrd.Doç.Dr.Fatih AYDOĞAN
Yrd.Doç.Dr.Sezer ÇABRI
Yrd.Doç.Dr.Serkan ÇINARLI
Yrd.Doç.Dr.Olgun DEĞİRMENCİ
Yrd.Doç.Dr.Evrin ERİŞİR
Yrd.Doç.Dr.Cemil GÜNER
Yrd.Doç.Dr.Emel HANAĞASI
Yrd.Doç.Dr.Tuba KUTOĞLU
Yrd.Doç.Cem ÖZCAN
Yrd.Doç.Yaşar Metin ÖZDEMİR
Yrd.Doç.Meltem ÖZTÜRK
Yrd.Doç.Dr.Cumhur RÜZGARESEN
Yrd.Doç.Zeynep ŞİŞLİ
Yrd.Doç.Dr.Hüsnü TURANLI
Yrd.Doç.Dr.Özlem TÜZÜNER
Yrd.Doç.Dr.Beşir ACABEY
Yrd.Doç.Dr.Muhlis ÖGÜTÇÜ
Yrd.Doç.Özlem ACAR
Yrd.Doç.Nur BALAYIR
Yrd.Doç.Nedim MERİÇ
Yrd.Doç.Nagihan KIRKBEŞOĞLU

Dokuz Eylül Ü. Avrupa Birliği Hukuku
Kocaeli Ü. İdare Hukuku
Yıldırım Beyazıt Ü. Milletler Arası Özel Hukuk
Anadolu Ü. İdare Hukuku
Kocaeli Ü. Medeni Hukuk
Yalova Ü. Avrupa Birliği Ve Çevre Hukuku
İstanbul Ticaret Ü. Medeni Hukuk
Hacettepe Ü. Milletler Arası Özel Hukuk
Ankara Ü. Medeni Hukuk
Yıldırım Beyazıt Ü. İş Ve Sg Hukuku
Dokuz Eylül Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
Ankara Ü. Siyasal Bilgiler Fak.
Dokuz Eylül Ü. Medeni Hukuk
Ankara Ü. Milletler Arası Özel Hukuk
Galatasaray Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
Selçuk Ü. Vergi Hukuku
Akdeniz Ü. Ticaret Hukuku
Bilkent Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
Koç Ü. Milletler Arası Özel Hukuk
Anadolu Ü. Ceza Hukuku
Yaşar Ü. Ceza Hukuku
Kocaeli Ü. Medeni Hukuk
Dokuz Eylül Ü. Medeni Hukuk
İstanbul Ü. Ticaret Hukuku
Kocaeli Ü. Medeni Hukuk
İzmir Ü. İdare Hukuku
Kara Harp Okulu Ceza Hukuku
Dokuz Eylül Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
Selçuk Ü. Milletler Arası Özel Hukuk
Ankara Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
İzmir Ü. Medeni Hukuk
İzmir Ekonomi Ü. Medeni Hukuk
Dokuz Eylül Ü. İibf- Hukuk Bilimleri
İzmir Ü. İş ve Sg Hukuku
Turgut Özal Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
İzmir Ekonomi Ü. İş Ve Sg Hukuku
İzmir Ü. Ticaret Hukuku
Uluslar Arası Antalya Ü. Medeni Hukuk
Dokuz Eylül Ü. Medeni Hukuk
Dokuz Eylül Ü. İdare Hukuku
İstanbul Kültür Ü. Medeni Hukuk
Galatasaray Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
Akdeniz Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
İstanbul Ticaret Ü. Medeni Hukuk

Yrd.Doç.Gamze Turan BAŞARAN	Çankaya Ü. Medeni Hukuk
Yrd.Doç.Ayşe ARAT	Selçuk Ü. Medeni Hukuk
Yrd.Doç.Ahmet KARAKOCALI	Anadolu Ü. Medeni Hukuk
Yrd.Doç.Ali Haydar YAĞCIOĞLU	9 Eylül Ü. Medeni Hukuk
Yrd.Doç.Aziz Serkan ASLAN	Kırıkkale Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
Yrd.Doç.Cemil GÜNER	Selçuk Ü. Milletler Arası Özel Hukuk
Yrd.Doç.Cumhur Rüzgar ESEN	Turgut Özal Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
Yrd.Doç.Çiğdem Yazıcı TIKTIK	İstanbul Kültür Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
Yrd.Doç.Dr.Gökçe Türkoğlu ÖZDEMİR	Yaşar Ü. Roma Hukuku
Yrd.Doç.Dr.Tijen Dünder SEZER	Dokuz Eylül Ü. Anayasa Hukuku
Yrd.Doç.Dr.Ömer KORKMAZ	Dicle Ü. Genel Kamu Hukuku
Yrd.Doç.Dr.Serdar NARİN	Dokuz Eylül Ü. Anayasa Hukuku
Yrd.Doç.Dr.Ramazan DURGUT	İstanbul Ü. Ticaret Hukuku
Yrd.Doç.Dr.Taylan Özgür KİRAZ	Maltepe Ü. Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku
Yrd.Doç.Dr.Kürşat ERSÖZ	Akdeniz Ü. İdare Hukuku
Av.Serkan CENGİZ	AİHM Yargılaması Ve İnsan Hakları Hukuku
Av.Talih UYAR	Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku

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

BASIMA HAZIRLIK - BASKI

YABANERİ MATBAACILIK
AMBALAJ - YAYINCILIK SAN. TİC. LTD. ŞTİ.
Bornova Cad. No: 9/6 B Öztim İş Merkezi 35070 IŞIKKENT / İZMİR
Tel: 0232 472 21 22 (Pbx) Fax: 0232 472 24 54

Baskı Tarihi

Yazı Gönderim Kuralları

1. Dergimizin "hakemli" olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir.

Dergimizde "hakemli" ve "hakemsiz" yazılar birlikte yer alabilecektir.

2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

3. Yazıların uzunluğu dergi formatında Times New Roman karakterinde 12 punto (dipnot, kaynakça, özet 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve dijital gönderilmesi gerekmektedir.

4. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına İzmir Barosu sahip olacaktır.

5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.

6. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda ön incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının "hakemli makaleler" bölümünde basılmasına karar verilecektir.

7. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme başvurulacaktır. Üçüncü hakemin görüşü doğrultusunda iki olumlu görüş ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları **"biçimsel ve içerik olarak bilimsel ölçütlere uygunluk"** yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bilebileceklerdir. **"yayımlanması uygundur", "yetersizliklerin giderilmesi"**

“için iade edilmelidir”, “ yayımlanması uygun değildir”. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda saptanan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

8. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul’a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerekğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.

9. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.

10. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.

11. Dergi’ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın dijital ortamdaki biçimiyle yazısının yayımlanmasına “olur” verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.

12. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe’dir.

13. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri, yabancı makale çevirileri, seminer çözümlemeleri İzmir Barosu kurul raporları ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

Yayın Kurulu'ndan

Değerli Meslektaşlarımız ,

Değerli Hukukçular ,

2015 yılının ilk sayısı olan Ocak sayısı ile karşınızdayız.Hukukçuların sorunlarını çözmeye yardımcı olmak amacını güden İzmir Barosu Dergisi 2015/Ocak sayısı içeriği ile de bu amaca hizmet etmektedir.

Bu yayında da nitelikli makaleler ve çarpıcı yargı kararları dergimiz içinde yer almaktadır.

Dergimizin “Hakemli Makaleler”bölümünde; Prof.Dr. Mustafa Ruhan Erdem, Doç. Dr. Mustafa Avcı, Yrd. Doç. Murat Batı, Arş. Gör. Zeynep Tunca Özcan ,gibi değerli hukukçuların hazırladığı makaleler bulunmaktadır.

“Makaleler “bölümünde ise Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur Gençcan , Doç. Dr. Ahmet M.Güneş, Nurçin Küçükyazıcı, Yrd. Doç. Dr. M.Beşir Acabey makaleleriyle bize ışık tutmaktadır.

Bu sayıda ayrıca;”Türk Hukukunda Arabuluculuk” konusunda bir değerlendirme ve “Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinin (İhtiyatı Tedbir ve İhtiyatı Haciz) uygulama ve HMK. Açısından Değerlendirilmesi” konulu bir sempozyum da bulunmaktadır.

Bu sayımızda yer alan nitelikli yargı kararlarının da bilginize sunuyoruz.

Meslektaşlarımızın özverili katkılarıyla hazırlanan dergimizin,tüm hukukçulara verimli bir çalışma olmasının umut ederken ,yeni yayınlar da buluşmayı diliyoruz.

İÇİNDEKİLER

HAKEMLİ MAKALELER

Sporda Doping'in Ceza Hukuku Boyutu Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM	13
Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma Sorununa Kısa Bir Bakış Doç. Dr. Mustafa AVCI	57
Gayrimenkul Satış Kazançlarının Ticari Kazanç Kapsamında İrdelenmesi Yrd. Doç. Murat BATI	77
Derneklerin Faaliyetleri (Activities Of Associations) Araş. Gör. Zeynep Tunca ÖZCAN	99

MAKALELER

HMK Sonrasında Velâyetin Değiştirilmesi Davalarında Yargıtay Uygulaması Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Uğur GENÇCAN	143
Yeni Bir Çevre Yasasının Gerekliliği Üzerine Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ	181
Mülteci Çocukların Hukuki Statüsü Legal Status Of Refugee Children Av. Nurçin KÜÇÜKYAZICI	191
Demokrasilerde Halkın İradesinin Belirleyiciliği ve “İleri Demokrasi Söylemi” Hakkında Bir Deneme Yrd. Doç. Dr. M. Beşir ACABEY	211
Türk Hukukunda Arabuluculuk 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Kapsamında Genel Değerlendirme Av. Sinem HACİEMİNOĞLU	221

SEMİNER NOTLARI

Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinin (İhtiyatî Tedbir Ve İhtiyatî Haciz) Uygulama ve HMK Açısından Değerlendirilmesi.....	237
--	-----

YARGI KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI.....	313
YARGITAY HUKUK DAİRE KARARLARI.....	325
YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARLARI.....	385
YARGITAY CEZA DAİRE KARARLARI.....	397

HAKEMLİ MAKALELER

SPORDA DOPİNGİN CEZA HUKUKU BOYUTU

▪ Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM^{1*}

Anahtar sözcükler:

Doping im Sport, Sportrecht, Körperverletzung, Betrug

TÜRKÇE ÖZET:

Bizzat doping yapan sporcunun cezalandırılması, ceza hukukunun son çare olması ilkesine aykırıdır. Öte yandan hangi madde ya da yöntemlerin doping yasağı kapsamında ele alınacağını belirlemekte güçlük olduğu için, bu durum, aynı zamanda kanunilik ilkesi açısından da sakıncalıdır. Dopinge mücadelede ilgili spor dalına özgü yaptırımların yeterli olduğu göz önüne alındığında ceza hukuku araçlarına başvurmak oranlılık ilkesi açısından da sorun yaratır. Bu nedenle sporda dopingin bağımsız bir suç olarak düzenlemesine gerek yoktur.

GİRİŞ

Sporun giderek endüstrileşmesi ve amatör spor geleneğinin yerini profesyonelleşmenin almasından, en çok “*sporun rekabetçi (yarışmacı)*”

¹ * Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD.

ruhu” zarar görmüştür. Sportif başarının kazanca dönüşmesi², ona katılan kişileri giderek fair play (dürüst oyun) anlayışından uzaklaştırmış; şike, doping, hakemlere rüşvet verilmesi, sportif faaliyete katılan kişilerin baskı altına alınması gibi haksız müdahalelerle sportif karşılaşmaların sonucunun manipüle edilmesi, sporda şiddet, spora olan güven ve ilgiyi azaltmıştır. Alınan tüm önlemlere rağmen, hemen tüm sportif branşlarda “*sporun kirli yüzü*” doping³ yaygın biçimde varlığını sürdürmektedir. Karanlık alana ilişkin yapılan araştırmalar, atletizm, halter veya yüzmede sporcuların % 38’inin kesin olarak doping yaptığını, % 25’inin de yapmış olabileceğini göstermektedir⁴.

Ülkemizde özellikle son yıllarda başta atletizm, yüzme ve halter olmak üzere birçok sportif branşta giderek yaygınlaşan dopinge daha etkin mücadele için yaptırımların sertleştirilmesi tartışmalarında ceza hukuku araçlarına da belirleyici bir rol tanınmaktadır⁵. Ceza politikası açısından özellikle bizzat doping yapan sporcunun cezalandırılması amacıyla özel bir suç tipine yer verilmesinin gerekip gerekmediği, tartışmaların odağında yer almaktadır⁶. *Doping Sorununun Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu*

² Spor Hizmet ve Faaliyetlerinde Üstün Başarı Gösterenlerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik m. 5: “(1) Olimpiyat ve paralimpik oyunlarının ferdi müsabakalarında; a) Birinci olan sporcuya en fazla 2000 adet, b) İkinci olan sporcuya en fazla 1500 adet, c) Üçüncü olan sporcuya en fazla 1000 adet, Cumhuriyet Altını karşılığı Türk Lirası ödül verilebilir. (2) Olimpiyat ve paralimpik oyunlarının takım sporlarında; a) Takımın birinci olması halinde her sporcuya en fazla 1000 adet, b) Takımın ikinci olması halinde her sporcuya en fazla 750 adet, c) Takımın üçüncü olması halinde her sporcuya en fazla 500 adet Cumhuriyet Altını karşılığı Türk Lirası ödül verilebilir.

³ Bruggmann, Thomas/Grau, Kevin J., Das schmutzige Herz des Sports: Doping und die Haftungsrisiken der Pharmaunternehmen, PharmR 2008, s.101

⁴ König, Peter, Dopingbekämpfung mit strafrechtlichen Mitteln, JA 2007, s.573. Dünyada a l ı n a n doping kontrol örneklerinin ortalama olarak %1-2’si arasında yasaklı madde saptanmakta iken, ülkemizde 2013 yılında alınan 1579 doping kontrol örneğinin %8,8’inde bir ya da birden fazla yasaklı madde saptanmıştır. Kendilerine doping kontrol bildirimi yapılmış olmasına karşın doping kontrol örneği vermeyerek “dopinge mücadele kural ihlali”nde bulunanlarla birlikte bu oran %11 olarak bulunmuştur. Bkz. Son Yıllarda Türk Sporunda Yaşanan Doping Sorununun Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu’nun 2015 Raporu, s. 162

⁵ Bkz. Ünver, Yener, Sporda Doping ve Ceza Hukuku, YeditepeÜHFD, C.V, S.2 (2008), s. 42-43. Yine bkz. “Sporda doping cezalandırılmalı” <http://www.hurriyet.com.tr/spor/digersporlar/24968072.asp>

⁶ Sternberg-Lieben, Detlev, Einwilligungsschranken und Rechtsgutvertauschung am Beispiel des Fremddopings im Sport, ZIS 2011, s. 584

*Raporu'*nda⁷ dopinge mücadelenin hukuksal boyutunda yer alan temel sorun alanlarından birisi olarak ceza yaptırımı uygulanmasından söz edilmiş ve sporcu dışındaki tüm bireylerin takibi açısından öncelikli olarak TCK'da yapılacak bir değişiklik, doping maddesi sağlayan, buna aracılık yapan ve kullandıran sporcu destek personelinin, yöneticilerinin ve ilgililerin cezalandırılması yanında, ayrıca doping içeren maddelerin yurda sokulması, üretilmesi, satılmasının cezalandırılması önerilmiştir⁸. Raporda bizzat dopingli madde kullanan sporcunun cezalandırılmasının uluslararası kurallarla bağdaşmadığına ve cezaların adil olması ilkesine aykırı olacağına işaret edilmesi ilginçtir. Türk sporunda yaşanan doping sorununun bütün boyutlarıyla araştırılarak alınması gereken önlemlerin belirlenmesi için TBMM nezdinde bir Araştırma Komisyonu kurulmuş olması⁹, sorunun ciddiyetini ortaya koyması açısından önemli bir göstergedir. Mersin'de 2013 yılında düzenlenen Akdeniz Olimpiyatlarında birçok Türk atlet ve haltercinin, dopingli madde almış olması nedeniyle karşılaşmalardan çekilmesi ile birlikte, doping sorunu, ülkemizin dış itibarını ciddi biçimde sarsan bir skandal boyutuna ulaşmıştır.

Doping konusunda gerek uluslararası ve gerekse ulusal düzeyde yer verilen düzenlemeler, genellikle doping yapan sporcular hakkında yaptırım uygulama yetkisini bağlı bulundukları ulusal ve uluslararası federasyonlara bırakmaktadır. Burada sözü edilen yaptırımlar klasik ceza hukuku yaptırımları değil, madalya ve ödüllerin geri alınması ve karşılaşmadan yasaklanma gibi *spor hukukuna özgü yaptırımlar* olmaktadır. Nitekim *Doping Sorununun Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu'*nda spor hukukuna özgü cezalar dışında ceza hukuku anlamında bir yaptırım uygulanamamasının dopinge mücadeleyi etkisiz kıldığına işaret edilmiştir¹⁰. İşte çalışmanın amacı da, bu yaptırım türlerinin dopinge etkin mücadele için yeterli olup olmadığı, dopinge bağlantılı eylemle-

⁷ Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, s. 201

⁸ TCK'ya seçenek olarak bu düzenlemenin, 6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'a dopinge ilgili özel bir madde konularak da yapılabileceği, ancak bunun çok daha ayrıntılı ve kapsamlı bir çalışmayı gerektireceği belirtilmiştir. Bkz. Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, s. 249 vd.

⁹ 9.11.2013 T. ve 28816 S. RG

¹⁰ Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, s. 199 vd.

rin “cezaaya layık” bulunup bulunmadığı, ceza hukukunun bu alana müdahalesinin “son çare olma” (ultima ratio) ilkesine aykırılık teşkil edip etmeyeceği, dopingin klasik suç tipleri kapsamında cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, eğer bu alanda yeni bir suç tipi meydana getirilecekse bunun kapsam ve çerçevesinin nasıl oluşturulması gerektiği sorularına yanıt bulmaktır.

I. SPORDA DOPİNG

1. Spor Kavramı

Spor da en az doping kadar tartışmalı olup, herkes tarafından kabul edilebilir bir spor tanımı ortaya koymak oldukça güçtür¹¹. Spor, dar ve özel bir alanda veya geniş ve hatta dünya çapında organizasyon ve kuruluşlar tarafından düzenlenen ve belirli kurallara göre icra edilen bireysel ya da kolektif her türlü hobi, oyun ya da mücadeledir¹². Spordan, klasik spor branşlarını esas alan, ancak onlardan farklı olarak performans ve rekabetten bağımsız bedensel aktiviteler de anlaşılmaktadır¹³. Eğer “spor” deyiminden genel olarak “bedensel aktivite” anlaşıldığı takdirde vücut geliştirme veya fitness salonları da, doping yasağı kapsamında görülebilir. Bu anlamda spor, performans sporları ve serbest zaman sporları olarak ikiye ayrılır. İlkinde, sporcu kamuoyunda tanınma, ödüllendirilme ve yükselmeyi amaçlarken, diğerinde sağlık, denge, eğlenceli zaman geçirme, zevk alma ön plandadır¹⁴. 1989 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi m.2/1-c’de, açıkça “düzenli olarak sportif faaliyetlere katılan sporculardan” söz edilmesi, rekabetçi ve performans dayalı en dar anlamda spor kavramından hareket edildiğini göstermektedir¹⁵. Bu anlamda *spor*

¹¹ Zuck, Rüdiger, Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen einer Antidoping-Gesetzgebung, NJW 2014, s. 277.

¹² Bkz. Kauerhof, Rio, Strafrecht zwischen Sanktions- und Interventionsrecht: Eine Systemanalyse anhand der Dopingproblematik, in: Entgrenzungen des Machtbaren? Doping zwischen Recht und Moral (hrsg. Asmuth/Binkelmann), 2012, s. 292

¹³ Kauerhof, Dopingproblematik, s. 292

¹⁴ Kauerhof, Dopingproblematik, s. 292 vd.

¹⁵ Schild, Wolfgang, Zivilrechtliche Haftung und Strafbarkeit im Sport –Doping, 2010, s. 19

“*spor piyasası*”nın bir parçasıdır. Genel anlayışa göre, bu deyim, spora olan gereksinimlerini, buna uygun ürün ve hizmetlere yönelik istemlerde somutlaşan tüm potansiyel tüketicileri içermektedir¹⁶. Bizzat sporcu da spor piyasasına dahildir ve piyasa değerine sahiptir. Bazı sportif branşlarda (örneğin golf) giriş parası da alınmaktadır. Şampiyonluk ünvanı, büyük gösterilerde galibiyet, olimpiyatlara katılma, sporcunun piyasa değerini etkilemektedir. Sporun para ile bağlantısı ve bu bağlantının sporcunun kişisel geliri üzerindeki etkileri birçok olumsuz sonuç yaratmaktadır: Yolsuzluk, dolandırıcılık, doping, şike... İşte gelir elde etme beklentisine dayalı başarıma arzusu, diğerleri yanında dopingi de spor piyasasının vazgeçilmezi haline getirmektedir¹⁷.

2. Doping Kavramı

Yasallık ilkesi ile bağlantılı olarak¹⁸ özellikle belirlilik ve normun açıklığı ilkesi ile benzetme yasağı, yasak olan bir davranışın ve bunun hukuksal sonuçlarının açık biçimde tanımlanmasını gerektirmektedir¹⁹. Şu halde doping yasağına yönelik ihlallerin ceza hukukunda nasıl ele alınacağı sorunu üzerinde durulduğuna göre, öncelikle doping deyimine hukuksal açıdan ne anlam verileceği sorusuna yanıt verilmelidir.

Doping deyimini, İngilizce “*to dope*” sözcüğünden türemiştir. Türkçeye “*uyuşturucu madde verme*” olarak çevrilen bu sözcük İngilizceye, Güney Afrika’da sert bir likör ve alkoloid olan *dop* sözcüğünden geçmiş olup²⁰, ilk kez 1889 yılında at yarışında kullanılmıştır²¹.

¹⁶ Zuck, Rüdiger, Anti-Doping-Regulierungen, MedR 2014, s.1

¹⁷ Zuck, MedR 2014, s.2

¹⁸ Bkz. Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2013, no.22 vd.; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Bası, s.113 vd.; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Baskı, İstanbul 2014, s. 52 vd.

¹⁹ Heger, Martin, Zur Strafbarkeit von Doping im Sport, JA 2003, s. 77

²⁰ Janett, Beatrice Kolvodouris, Kann Doping den Tatbestand des Betrugs erfüllen?, Altdorf 2007, s. 6; Zuck, Rüdiger, Doping, NJW 1999, s.832; Vieweg, Klaus, Doping und Verbandsrecht, NJW 1991, s.1511.

²¹ Ünver, YeditepeÜHFD 2008, s. 41

Sporla ilgili kuruluşlar dopingi, sporcunun tek tek sayılmak suretiyle gösterilen madde ya da metotlardan birisini kullanmak suretiyle performansı artırmaya çalışması biçiminde tanımlamaktadırlar. Doping varlığı için performansın gerçekten artmış olup olmadığı ya da sporcunun maddeyi kasten alıp almadığı önem taşımamaktadır²². 2004 yılında yürürlüğe giren WADA Kuralları, dopingi, “*sporcunun sağlığı açısından potansiyel olarak zarar verici ve/veya performansı artırıcı etkisi bulunan yardımcı araçların (madde veya metod) kullanılması*” olarak tanımlamaktadır. Bu tanım açısından doping için belirleyici ölçütler,

- performans artırıcı olması,
- sağlığa zarar verici olması,
- buna yol açan madde ya da metotların²³ gizlenmesi olarak ifade edilebilir.

Doping, 2007 tarihli *Doping Muayene Yönetmeliği*’nde²⁴ “bir atın koşudaki sürat, kuvvet ve cesaretini veya bunlardan birini veya tümünü değiştirmek amacıyla, normal gıdalar dışında verilen herhangi bir madde” olarak tanımlanmıştır. 1971 tarihli *Sportif Dopinglerle Mücadele Yönetmeliği* m. 1’de ise dopingin tanımı, “*karşılaşmadan önce veya karşılaşma sırasında her türlü sporcunun performansını yapay olarak artırmak amacıyla doping maddelerinin o şahıs tarafından kullanılması veya hangi yolla olursa olsun fizyolojik maddelerin anormal miktarlarda alınması*”dır.

Avrupa Konseyi Doping Mücadele Sözleşmesinin 2. maddesine göre sporda doping kavramı, sporculara farmakolojik sınıf doping maddeleri verilmesini ve doping metotları uygulanmasını veya bu maddeler ve metotların sporcular tarafından kullanılmasını ifade eder²⁵. Tanım, ya-

²² Heger, JA 2003, s. 77. Ayrıca bkz. *Doping Mücadele Talimatı* m.2.

²³ Yasak maddelerin kullanılması yanında oksijen transferinin artırılması, gen veya kan dopingi gibi bazı metotların uygulanması da doping kavramı altında ele alınmaktadır (Bkz. *Ünver, YeditepeÜHFD* 2008, s. 52 vd.)

²⁴ 8.11.2007 T. ve 26694 S. RG

²⁵ Avrupa Konseyi Doping Mücadele Sözleşmesinin giriş kısmında da vurgulandığı üzere, doping yasağı Avrupa’da, spordan sorumlu Avrupa Bakanlarının Konferanslarında doping mücadele konusunda kabul edilen kararları ve özellikle 1989’da Reykjavik’te yapılan 6. Konferansta kabul edilen 1 sayılı kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin kabul etmiş olduğu, Atletlerin Doping Kullanmasıyla ilgili (67)2 sayılı

sak maddelerin yalnızca kullanılmasını değil, bu maddelerin sporculara verilmesini de kapsamaktadır²⁶.

WADA Anti-Doping Kodu ise 1. maddesinde dopingi, 2.1 ve 2.8 arasındaki maddelerde sayılan ihlaller olarak tanımlamaktadır. Bunlar;

-Yasaklı maddelerin veya metabolitlerinin veya belirtilerinin sporcunun numunesinde var olması,

-Yasaklı bir maddenin veya metodun sporcu tarafından kullanılması veya kullanılmaya teşebbüs edilmesi,

-Geçerli anti-doping kurallarında belirtilen yetkiye göre bildirim yapıldıktan sonra, haklı nedenler sunmadan numune alma işleminin reddedilmesi veya yapılmaması veya kaçınılması,

-Sporcunun yarışma dışı test için hazır olmasına ilişkin uygulamadaki gerekliliklerin ihlali,

-Doping kontrolünün herhangi bir kısmını bozmaya teşebbüs edilmesi veya bozulması,

-Yasaklı madde ve metodların bulundurulması,

-Herhangi bir yasaklı maddenin veya metodun ticaretini yapmak veya ticaretini yapmaya teşebbüs,

-Anti-doping kural ihlalini veya ihlal girişimini içeren diğer suç ortaklığı unsurunun örtbas edilmesi, kışkırtılması, yardımcı olunması, teşvik edilmesi veya desteklenmesi.

Kararı; Sporda Doping konulu R(79)8 sayılı Tavsiye Kararı, "Spor için Avrupa Anti-doping Şartı" başlıklı

R(84)19 sayılı tavsiye Kararı ve Müsabakalardan Önce Haber Vermeden Doping Kontrolü Sisteminin Yerleştirilmesi konulu R(88)12 sayılı Tavsiye Kararında vurgulanmaktadır.

²⁶ Bkz. Ünver, YeditepeÜHFD 2008, s. 54

Sayılan bazı ihlallerin klasik suç teorisi anlamında cezalandırılabilir eylem olmadığı, yalnızca disiplin yaptırımı²⁷ niteliğindeki bazı yaptırımlara konu yapılabileceği söylenmelidir.

WADA ile işbirliği içerisindeki *Uluslararası Olimpiyat Komitesi* (IOC) de, doping yasağı ve kontrol kurallarını her olimpiyattan önce hazırladığı bir yasa ile düzenlemektedir. 2008 Pekin Olimpiyatları için hazırlanan yasa 2. maddesinde doping ihlallerini tanımlarken yukarıda belirtilen WADA Anti-Doping Kodu'nda yer alan düzenlemeleri bire bir tekrar etmiştir. 2012 Londra Olimpiyatları öncesinde hazırlanan yasa ile yapılan değişiklikle yasaklı maddeleri bulundurma bakımından "*herhangi bir zaman ve yerde*" ifadesi madde kapsamından çıkarılmıştır. Görüldüğü üzere, dopingin, madde ve yöntemlerin sürekli değişmesi nedeniyle hem uluslararası, hem de ulusal düzeyde herkes için kabul edilebilir ve bağlayıcı bir tanımını yapmak güçtür²⁸.

3. Yasaklı Maddeler ve Yasallık İlkesi

Herkes için geçerli bir doping tanımı ortaya koyma yönündeki çabaların boşa çıkması nedeniyle, bugün doping amacıyla kullanılan madde ya da yöntemlerin bir listesi üzerinde uzlaşmaya varıldığını söyleyebiliriz²⁹. Bu bakımdan doping yasağı da, öncelikle yasaklı *maddeleri* bulundurma veya kullanmayı; ikinci olarak da yasaklı *yöntemleri* kullanmayı içermektedir. Dopingin en yaygın görünüş biçimi olan yasaklı *maddele- rin* kullanılması veya bulundurulması bakımından, nelerin bu kapsamda olduğunun belirlenmesinde yasallık ilkesinin göz ardı edilmemesi gerekir. Oysa -aşağıda da ele alacağımız üzere-, bazı ülkelerde gerek bu amaçla oluşturulmuş yeni suç tipleri, gerekse klasik suç tipleri kapsamında dopingin cezalandırılması, öncelikle hangi madde ya da yöntemlerin yasak olduğunun önceden belirlenmiş olmasını zorunlu kılmaktadır. Yasağın kapsamının belirlenmesinin WADA, IOC gibi uluslararası

²⁷ Yaptırımların hukuki niteliğinin cezai değil özel hukuk alanında disiplin yaptırımı olduğu hususunda bkz. Vieweg Klaus, Dopingin Tanımı ve Anti-Doping Kuralı İhlalinin İspatının Alman Hukuku Bakış Açısına Göre İncelenmesi, Çev.:Arş.Gör. Alev Dilber, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu, Av.İsmail İnan Armağanı, Ankara 2013, s.221.

²⁸ Ünver, YeditepeÜHFD 2008, s. 45

²⁹ Zuck, Rüdiger, Anti-Doping-Regulierungen, MedR 2014, s.1

yönetmelik organlara bırakılması, ister istemez yasallık ilkesinin yansıması olan “idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılamayacağı” kuralı ile (TCK m. 2/2) bir çatışmayı da gündeme getirmektedir.

WADA Anti-Doping Kodu m. 4, yasak madde ve yöntemlerin her yıl için geçerli olacak biçimde yayınlanacağını öngörmektedir. Bir madde veya yöntemin yasak madde ve yöntemler arasına alınması için, aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini karşılıyor olması gerekir:

- Bir maddenin veya yöntemin sportif performansı arttırdığı veya artırma potansiyeli olduğuna ilişkin tıbbi veya diğer bilimsel delil, farmakolojik etki veya deneyim.

- Bir maddenin veya yöntemin kullanımının sporcunun sağlığı için potansiyel olarak risk oluşturduğunun tıbbi veya diğer bilimsel deliller, farmakolojik sonuç veya deneyim ile belirlenmesi.

- Madde veya yöntemin kullanılmasının, yasanın giriş kısmında tanımlanan spor ruhu kavramına ters düştüğünün WADA tarafından belirlenmesi.

WADA’nın belirlemiş olduğu yasak madde ve yöntemler ülkemiz açısından da bağlayıcı olup, hem ulusal federasyonlar ve hem de Milli Olimpiyat Komitesi, bu yasaklı madde ve yöntemleri her yıl sporculara duyurmaktadır. Bu hususta yönetmeliğin 14. Maddesinde yer alan düzenlemeye göre “Avrupa Konseyi Anti-doping Konvansiyonu ve Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından yayınlanmış olan yasaklanmış ilaç sınıfları ve yöntemleri listesiyle ilgili olarak her sene yapılan yeni düzenlemeler Genel Müdürlük tarafından ilgili tüm kuruluşlara duyurulur.” Her ne kadar yönetmelik Avrupa Konseyi Doping Mücadele Sözleşmesi ve Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından yayınlanmış olan listeye gönderme yapsa da Uluslararası Olimpiyat Komitesi bu görevi WADA’ya devretmiş olduğundan onun hazırlamış olduğu liste esas alınacaktır.

Görüldüğü üzere, hangi madde ya da yöntemin yasak olduğu konusunda tam bir açıklık bulunmamasından kaynaklanan sorun, liste uygu-

laması yoluyla aşılmaya çalışılmaktadır. En azından yılda bir kez yayınlanan WADA listesinde yasak madde ya da yasak yöntemlerin doping yasağı kapsamında olduğunu söyleyebiliriz. Ne var ki, tıbbi olanakların sürekli arttığı ve izin verilen kullanma alanları dışında ilaçların kullanım alanlarının yaygınlaştığı günümüzde, liste uygulamasının da sınırlı bir işlevinin bulunduğu ve dopingin yalnızca liste uygulaması yoluyla da çözülebilecek bir sorun olmadığı ortaya çıkmaktadır³⁰.

4. Doping Türleri

Doping prepatları, insan bedeninde yarattığı kimyasal etkiler nedeniyle sağlık açısından ciddi sorunlara yol açan organik ve inorganik maddeler içermektedir. Dopingli maddelerin vücuda alınmasında, yutma, burundan çekme, cilde sürme veya enjeksiyon yöntemleri kullanılmaktadır³¹.

a. Karşılaşmadan hemen önce ya da karşılaşma sırasında alınan maddeler. Bunlar, kısa süre içerisinde performansı artırıcı etki yaratan maddelerdir. Buraya stimülanslar, narkotikler, diuretika gibi maddeler girmektedir. Bunlardan bazıları yalnızca belirli kişilerde ve belirli branşlarda etki göstermektedir.

b. Uzun süreli etki gösteren maddeler. Bunlar, belirli hormonlar ve özellikle de anbolikadır. EPO kısaltmasıyla anılan erythropoietin de uzun süreli etki göstermektedir.

c. Doping Metotları. Kök hücre nakli, kemik iliği nakli, kökeni ne olursa olsun alyuvardan oluşan ürünlerin kan dolaşım sistemine verilmesi, oksijen transferi ve oksijen miktarını yapay olarak artırma, fiziksel ya da kimyasal araçlarla kanın her türlü damar içi manipülasyonu bunlar arasında sayılabilir.

³⁰ Zuck, MedR 2014, s.1

³¹ Kargl, Walter, Begründungsprobleme des Dopingstrafrechts, NStZ 2007, s. 491

II. DÜNYADA VE TÜRKİYE’DE TARİHSEL GELİŞİM

Doping, antik dönemden beri bilinen ve farklı kültürlerde ortaya çıkan bir olgu olup, daha 3. yüzyılda Yunanlı atletler performanslarını artırmak için özel bir mantar kullanıyorlardı. Bizatihi doping gibi bununla mücadelenin tarihi de oldukça önceye dayanmakta olup, henüz daha Antik Yunan’da ilk olimpiyatlardan bu yana performans artırıcı madde kullanmak suretiyle karşılaşmanın kurallarının ihlal edilmesi cezalandırılmaktaydı³². Bununla birlikte yakın geçmişte dopinge mücadele, özellikle 1960’lı yıllardan başlayarak meydana gelen trajik ve spekülative ölüm olayları nedeniyle kamuoyunun ilgisini uyandırmıştır. İşte bu yıllardan başlayarak gerek sporun ruhuna aykırı olduğunun ve gerekse sporcuların sağlığına zararlı etkilerinin bulunduğu anlaşılmamasıyla birlikte yasaklanan dopinge, uluslararası düzeyde mücadeleye ilişkin ilk düzenleme³³ 1989 tarihli *Avrupa Konseyi Dopinge Mücadele Sözleşmesi*’nde yer almıştır³⁴. UNESCO’nun 19.10.2005 tarihinde kabul ettiği *Sporda Dopinge Karşı Uluslararası Sözleşme* yanında³⁵, 1999 yılında Uluslararası Olimpiyat Komitesi bünyesinde kurulan *Dünya Anti-Doping Ajansı* (=World Anti-Doping Agency WADA) ve anılan kurum tarafından hazırlanan *Anti-Doping Kodu*³⁶ (=WADC) dopinge mücadelenin uluslararası boyut kazandığının en göze çarpan örnekleridir.

³² Haenni, Charles, Zu den neuen Doping-Strafbestimmungen in: Informationen, Referate und Aufsätze aus der Bernischen Justiz (hrsg. vom Bernischen Obergericht unter der Mitarbeit der Generalprokuratur und der Kantonalen Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion, Heft 19/2002, s. 59 (<http://www.justice.be.ch>))

³³ Bu sözleşme öncesinde Uluslararası Olimpiyat Komitesinin Olimpik Antlaşmasında dopinge mücadele, Komite’nin görevleri arasında sayılmıştı. Komite, WADA’nın kurulduğu 1999 yılına kadar 1967 yılında kurulan Sağlık Komitesi aracılığıyla bu görevi yerine getirmiştir. Bkz. Artan, Anıl Gürsoy, Dopinge Mücadelede Adalet Kavramı, Av. Atilla Elmas Armağanı, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu, Ankara 2012, s.104.

³⁴ Türkiye tarafından 11.03.1993 gün ve 3885 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan bu sözleşmeye (21.3.1993 T. ve 21534 S.’lı RG), 12.12.2002’de yapılan ek protokolle doping kontrollerinin karşılıklı tanınması konusunda bir düzenlemeye gidilmiştir.

³⁵ 1.2.2007’de yürürlüğe giren Sözleşme, 10.12.2007 T. ve 5721 S.’lı kanunla onaylanmış (Bkz. 18.12.2007 T. ve 26734 S. RG) ve Sözleşme’ye katılmamız Bakanlar Kurulu’nun 29.4.2009 tarihli kararı ile uygun bulunmuştur. Anılan karar ve Sözleşme metni için bkz. 6.5.2009 T. ve 27220 (Mükerrer) S.’lı RG

³⁶ 5.3.2003’de onaylanan ve 1.1.2004’de yürürlüğe giren düzenleme 1.1.2009 tarihi itibarıyla yenilenmiştir. Tam metni için bkz. <http://www.wada-ama.org/en/Resources/Publications/The-Code/>

Dopingün yasaklanması, karşılığında uygulanacak yaptırım türünün belirlenmesi tartışmalarını da birlikte getirmiştir. Süreli veya ömür boyu karşılaşmalardan yasaklanma, ödöl ve madalyaların geri alınması³⁷, para cezası ve hatta hapis cezası alternatif yaptırım çeşitleri olmuştur.

Dopingle ilgili ölkemizde geçerli olan kurallar iç içe geçmiş olup, karmaşık bir yapı arz etmektedir. Ölkemizde dopingle mücadele konusunda ilk düzenleme 1949 yılında çıkarılan *Doping Muayenesi Yönetmeliği* olup³⁸, resmi yarışlara giren atların muayenesini düzenlemekteydi. Anılan Yönetmelik yerine 1963 yılında *Doping Muayene Yönetmeliği* çıkarılmıştır³⁹. 1971 yılında çıkarılan *Sportif Dopinglerle Mücadele Yönetmeliği*⁴⁰, dopingi tanımlamakta (m.1) ve bu tanıma uygun maddelerin “her türlü sportif faaliyet ve karşılaşmadan önce ya da karşılaşma sırasında” kullanılmasını yasaklamaktadır. Sporcu ve atlarda doping kontrolünü bir arada düzenleyen 1993 tarihli *Dopingle Mücadele Yönetmeliği*⁴¹ 2014 yılında yürürlükten kaldırılmıştır⁴². 2004 yılında Başbakanlık Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile imzalanan protokol hükümleri çerçevesinde “gençliğin sağlıklı spor yapabilmesini sağlamak ve sporda haksız rekabeti önlemek, doping ve diğer kimyasal analizleri yapmak” amacıyla Hacettepe Üniversitesi’ne bağlı *Türkiye Doping Kontrol Merkezi* kurulmuş⁴³, ancak 16.2.2011’de Fenerbahçeli basketbolcu Diana Taurasi’den aldığı örneklerde yaptığı analizin hatalı çıkması sonucu 27.6.2011 tarihinde akreditasyonu WADA tarafından iptal edilmiştir⁴⁴. At yarışlarında koşan atların sürat, güç ve cesaretini veya bunlardan birini veya tümünü

³⁷ Spor Hizmet ve Faaliyetlerinde Üstün Başarı Gösterenlerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik MADDE 23 – (1) Aşağıdaki hallerde ödöl verilmesi durdurulur: a) Doping ile ilgili ulusal ve uluslararası kuralların ihlal edilmesinden dolayı tedbirli olarak ceza kurullarına sevk halinde.

³⁸ 17.5.1949 T. ve 16142 S. RG

³⁹ 21.12.1963 T. ve 11587 S. RG

⁴⁰ 17.5.1971 T. ve 13839 S. RG

⁴¹ 26.8.1993 T. ve 21680 S. RG

⁴² 4.4.2014 T. ve 28962 S. RG

⁴³ Bkz. Hacettepe Üniversitesi Türkiye Doping Kontrol Merkezi (TDKM) Yönetmeliği (20.7.2004 T. ve 25528 S. RG)

⁴⁴ Akreditasyonun iptal edilmesi nedeniyle Türkiye’den alınan örnekler Atina’daki merkezde incelenmektedir.

değiştirmek amacıyla, normal gıdalar dışında herhangi bir madde verilip verilmediğinin tespiti için yapılması gereken doping analizlerini düzenlemek üzere 2007 yılında *Doping Muayene Yönetmeliği* çıkarılmıştır.

Spor Genel Müdürlüğü (SGM) ile Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi (TMOK) arasında 24.5.2011 tarihinde imzalanan protokolle Türkiye’de dopinge mücadeleyle kurumsallaştırmak üzere gerçekleştirilecek işbirliğinin ana ilkelerini belirlemek ve dopinge mücadeleyle yürütmek amacıyla Haziran 2011’de Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi bünyesinde “*Dopinge Mücadele Komisyonu*” kurulmuştur. TMOK Dopinge Mücadele Komisyonu “*Türkiye Dopinge Mücadele Talimatı*” hazırlayıp yürürlüğe koymuştur. WADA Kurucular Kurulu, 20.11.2011 günü Montreal’de yaptığı toplantıda Türkiye’nin “*Dünya Dopinge Mücadele Kurallarına uyumlu olduğuna*” karar vermiştir.

2007 yılında *Dopinge Mücadele Kanunu* tasarısı hazırlanmış ve TBMM’ye sunulmuş ise de; halen kanunlaşmamıştır⁴⁵.

III. DOPİNGE MÜCADELEDE HUKUKSAL ÇERÇEVE

Uzunca bir süre doping sorununun münhasıran spor hukuku çerçevesinde ele alınması ve çözüme kavuşturulması görüşü egemendi. 90’lı yıllarla birlikte bu düşünce değişti ve birçok ülkede dopinge mücadele için yasal düzenlemelere yer verildi.

1. Avrupa Konseyi Sporda Dopinge Mücadele Sözleşmesi

51 ülke tarafından imzalan ve Avrupa dışındaki ülkelerin de katılımına açık olan 16.11.1989 tarihli *Sporda Dopinge Mücadele Avrupa Sözleşmesi*’nin⁴⁶ girişinde sporda dopingi azaltmak ve önlemek amacıyla devletler ve spor kuruluşlarının daha ileri düzeyde ve güçlü işbirliği yapma hedefi ortaya konmuştur. Anılan Sözleşmenin 1. Maddesine göre, sözleşmeciler devletler sporda dopinge karşı mücadelede gerekli tedbirlerle baş vurmakla yükümlüdürler. Bu kapsamda devletler gerektiğinde

⁴⁵ <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/dopinglemucadele.doc>

⁴⁶ Sözleşme, Türkiye tarafından 11.3.1993 tarih ve 3885 sayılı kanunla onaylanmıştır.

yasal düzenlemeye gitmek suretiyle doping maddelerinin kullanılması ve satışa sunulmasına sınırlama getirmek için faaliyette bulunmak zorundadırlar.

2. WADA Dünya Anti Doping Kodu

Dünya Anti-Doping Ajansı (WADA), 1999 yılında merkezi Lozan'da olmak üzere İsviçre Hukukuna göre Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından diğerleri yanında özellikle dünya çapında dopingle mücadelede destek olmak, eşgüdümünü sağlamak ve sporda yasaklanan madde ve metodları belirlemek amacıyla kurulmuştur. 2004 yılında kabul edilen *Dünya Anti-Doping Kodu*, hemen tüm devletlerce imzalanmış ve uluslararası spor federasyonları tarafından da kabul görmüştür. Özel hukuk niteliği ağır basan bu düzenleme, dünya çapında sporda dopingle mücadelede önemli bir işlev yerine getirmektedir. Ülkeler ve spor kuruluşları WADA'yı tanımak zorunda değildir. Ne var ki, Uluslararası Olimpiyat Komitesi, WADA'yı tanımayan ve WADA Anti Doping Kodunu imzalamayan ülke sporcuları 2004 Atina Olimpiyat oyunlarından başlamak üzere olimpiyat oyunlarına almama kararı verdiği için, hemen tüm ülkelerde tanınmıştır. Kasım 2013'te Johannesburg'ta yapılan Dünya Doping Mücadele Konferansı'nda onaylanan ve 2015'te yürürlüğe giren değişiklikle sporculara ilk dopingle mücadele kural ihlallerinde 2 yıl olan karşılaşmadan yasaklanma cezası 4 yıla çıkarılmıştır.

Anılan kodun 2. maddesinde yasak olan madde ve metodların kullanılması yanında, kontrolden haksız yere kaçınma ya da kontrolü reddetme de düzenlenmektedir. Yine bildirimde bulunma yükümlülüğünün ihlali ve dopinge yardım niteliğindeki davranışlar da yaptırım altına alınmıştır. WADA'nın üzerinde çalıştığı ve yılda en az bir kez kamuoyuna duyurduğu yasak madde ve metodların bir listesine de yer verilmektedir (m. 4/1). Bu yöntem ve maddeleri kullandıkları, yine WADA tarafından akredite edilmiş laboratuvarlarca belirlenen sporcular, kusurlu olup olmadıklarına bakılmaksızın doğrudan diskalifiye edilmekte ve karşılaşma gereği kazandıkları madalya, puan veya ödülleri geri vermek zorunda kalmaktadır⁴⁷.

⁴⁷ Fıdanoğlu, Cüneyt, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sporda Dünya Anti-Doping Programı, ABD 2011, s. 276

3. Sporda Dopinge Karşı UNESCO Sözleşmesi

19.10.2005 tarihinde Paris'te 120 devletin oybirliği ile kabul edilen, 2007 yılı başında yürürlüğe giren ve bugün 176 devletçe onaylanan *Sporda Dopinge Karşı UNESCO Sözleşmesi*, Avrupa Konseyi'nin Anti-Doping Sözleşmesine, 2003 tarihli Dünya Anti Doping Konferansı Bildirgesi'ne ve WADA'nın Anti Doping Kodu'na dayanmakta ve uluslararası düzeyde dopinge mücadelele eşgüdümünü öngörmektedir⁴⁸. Sözleşme, sporda dopingin önlenmesi, anti-doping standartlarının ve bunların uygulanmasının sürekli uyumunu ve ulusal ve uluslararası düzeydeki işbirliğini amaçlamaktadır. Böylece ilk kez hükümetler tarafından dopinge mücadele edilmesi için dünya çapında bağlayıcı ve tek düze kurallar getirilmiştir.

4. Avrupa Birliği'nin Girişimleri

AB Avrupa Konseyi 11-12.12.1998 tarihinde Viyana'da spor ahlakını ortadan kaldıran ve kamu sağlığını tehdit eden sporda doping olaylarının sıklığı ve ağırlığı konusunda kaygılarını dile getirmiş⁴⁹, ve AB düzeyinde buna karşı tedbir almanın gerekliliğini vurgulamıştır. Bunun sonucu olarak AB Komisyonu, dopinge mücadelede Topluluğun katkısı için bir plan hazırlamış⁵⁰ ve bu planın sonuç bölümünde Topluluğun dopinge karşı mücadeleyi güçlendirmesi ve desteklemesi gerekliliğinin altını çizmiştir. AB Konseyi 7-9.12.2000 tarihli "*Nizza Beyannamesi*"nde de sportif faaliyetlerin tüm aşamalarında birlik ve dayanışmayı, sportif karşılaşmanın dürüstlüğünü sağlamayı ve spordan sorumlu organizasyonlar arasında işbirliğini geliştirmeyi ve sporcuların beden bütünlüğünü korumayı özel bir amaç olarak vurgulamıştır. Parlamento ve Konsey 2004 yılını "*Spor Aracılığıyla Yetiştirme Yılı*" olarak ilan etmiştir. Spor alanında Birlik politikalarını ortaya koyan temel belge Komisyon'un hazırladığı 11.7.2007 tarihli "*Beyaz Kitap Spor*" adlı çalışmadır. Kitap-

⁴⁸ Sözleşme, Türkiye tarafından 10.12.2007 tarih ve 5721 sayılı kanunla onaylanmıştır.

⁴⁹ Europäischer Rat, Wien 11. und 12.12.1998, Schlussfolgerungen des Vorsitizes, Ziff. XII,

96

⁵⁰ KOM (1999) 643 vom 1.12.1999

ta, genel eğitim ve mesleki eğitimde sporun rolünü genişletme amacı yanında dopinge mücadele görevine de işaret edilmiştir. AB Komisyonu 18.11.2011 tarihinde “*Beyaz Kitap Spor*”u bazı alanlarda geliştiren “*Sporun Avrupa Boyutundaki Gelişmeler*” adlı raporu hazırlamıştır. Sporun toplumsal rolü bakımından Komisyon AB’nin Avrupa Konseyi’nin Dopinge Mücadele Sözleşmesi’ne katılmasını, üye devletler arasında dopinge mücadelede daha sıkı işbirliğini ve sınır ötesi Anti-Doping Ağı kurulmasını önermiştir. Konsey ve üye devletlerin Konsey’de bir araya gelen hükümet temsilcilerinin dopinge mücadele hakkında 4.12.2000 tarihli kararında (2000/C 356/01)⁵¹, sporda dopinge mücadeleye verilen önem ve spor etiğini zedeleyen ve kamu sağlığını tehlikeye düşüren sporda doping olaylarının kapsam ve ağırlığına ilişkin kaygılar dile getirilmiş, ayrıca AB düzeyinde bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için üye devletlerin Komisyon ve uluslararası spor kuruluşları ile birlikte olası tedbirlerin gözden geçirilmesini üye devletlerden talep etmiştir. 1.12.2010 tarihli “*Dopinge Karşı Uluslararası Mücadelede AB’nin Rolü*” konulu kararda ise (2010/C 324/04)⁵², AB’nin 1.12.2009 tarihli Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesinin bir sonucu olarak spor alanında yetki elde ettiği, bunun da Birliğe sporun Avrupa boyutuna katkıda bulunmaya yönelik tedbirleri destekleme, koordine etme veya tamamlama olanağı verdiği vurgulanmıştır. Nitekim Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 165’e dayanarak Bakanlar Konseyi, Avrupa Birliği düzeyinde dopinge mücadele alanında daha aktif bir rol üstlenmiştir. 2011-2014 “*Avrupa Birliği Sportif Çalışma Planı*” kapsamında oluşturulan Dopinge Mücadele Çalışma Grubu tarafından düzenlenen rapor sonucunda, WADA Anti Doping Kodu’nda yapılacak değişikliğe katkı sağlamak üzere Mart 2012’de WADA’ya bir öneri sunulmuştur. Çalışma Grubu, 2013 yılı sonuna kadar WADA Anti Doping Kodu’nda yapılacak değişiklik sürecine katılma ve AB’nin sporda dopingin engellenmesine ilişkin öneriler oluşturma konusunda yetkilendirmiştir.

⁵¹ ABL C 356 vom 12.12.2000, s. 1

⁵² ABL Nr. C 324 s. 18

AB'nin dopinge mücadele konusunda bugüne kadar bağlayıcı bir düzenlemeye yer vermemesinin arkasında, bir taraftan bu konuda Birliğin yetkisi olup olmadığı konusundaki duraksamaların, diğer taraftan da uluslararası alanda yetkili kurumlar ile AB arasında olası yetki karmaşasından ileri gelebilecek kaygıların yattığını düşünüyoruz.

5. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

A. Genel Olarak

Bir üst başlık altında ele aldığımız uluslararası düzeydeki kurallardan hiç birisi, taraf devletlere dopingli madde ya da yöntem kullanılmamasını suç haline getirme yönünde bir yükümlülük öngörmemektedir⁵³. Nitekim karşılaştırmalı hukukta dopingi ceza hukuku içinde ele alan düzenlemeler olduğu gibi, bu sorunu spor hukukunun kendi kuralları içerisinde çözmeye çalışan ülkeler de bulunmaktadır⁵⁴. Avrupa'nın birçok ülkesinde mevcut yasal durum, daha çok bizatihi doping yapan sporcunun değil, dopingli maddeyi sporcuya veren doktor, antrenör, kulüp yöneticisinin cezalandırılmasına olanak sağlamaktadır. Belçika, Fransa, İspanya, İtalya ve İsveç gibi çok sayıda devlette özel anti-doping kanunları mevcut iken⁵⁵, bazı ülkelerde ise doping yasağı, ilaç ya da uyuşturucu maddelerle ilgili kanunların içerisinde düzenlenmektedir⁵⁶. Bu kanunlar korunan yarar olarak ilk planda sporcunun sağlığını göz önünde bulundurmaktadır⁵⁷.

Avrupa'da dopinge mücadele konusunda özel bir yasal düzenlemeye yer veren ilk ülke Fransa olmuştur. Fransa'da 1965 yılında çıkarılan *Anti Doping Kanunu*'nda 1989 yılında yapılan reformla, doping madde-

⁵³ Haenni, Doping-Strafbestimmungen, s. 59-60

⁵⁴ Ünver, YeditepeÜHFD 2008, s. 62

⁵⁵ Bkz. Ünver, YeditepeÜHFD 2008, s. 52

⁵⁶ Haenni, Doping-Strafbestimmungen, s. 59

⁵⁷ Bkz. Cherkeh, Rainer T./Momsen, Carsten, Doping als Wettbewerbsverzerrung? Möglichkeiten der strafrechtlichen Erfassung des Dopings unter besonderer Berücksichtigung der Schädigung von Mitbewerbern. NJW 2001, s. 1747

lerini bulundurma ve başkalarına verme ceza yaptırımını altına alınmış; buna karşılık doping maddesini kullanan sporcu cezasız bırakılmıştır⁵⁸. Bildiğimiz kadarıyla bizzat doping yapan sporcunun cezalandırılmasını sağlamaya yönelik ilk düzenleme Belçika’da 1965 tarihli *Anti-Doping Kanunu*’nda yer almaktadır⁵⁹. Anılan kanunun 2. maddesine göre sportif bir karşılaşmaya katılan veya buna hazırlanan kişilerin doping alması yasaktır ve ihlal durumunda para ya da hapis cezası söz konusu olmaktadır. 27.3.1991 yılında yapılan değişiklikle bugünkü biçimini alan 1. maddede dopingin yasal tanımına yer verilmiştir⁶⁰.

Norveç, İsveç, Danimarka ve Finlandiya, ulusal düzeydeki anti doping kanunlarına dayanarak ortak anti doping projesi kapsamında koluk ve gümrük arasında işbirliğini geliştirerek doping maddelerinin ticaretini önlemeye çalışmaktadır⁶¹.

Doping için getirilen gerek genel ve gerekse özel düzenlemeler, -Belçika ve İtalya’daki durum bir yana bırakılırsa⁶²- bizzat doping yapan sporcunun cezalandırılmasına olanak vermemektedir. Çünkü dopingle bağlantılı olan suç tipleri, yalnızca bizzat sporcunun hukuksal yararlarını (örneğin beden bütünlüğü) koruma amacını gütmektedir. Üçüncü kişi tarafından doping maddesi verilmesine sporcunun gösterdiği rızanın geçerli sayılıp sayılamayacağı tartışmalı olmakla birlikte, getirilen düzenlemelerin bizzat sporcunun cezalandırılmasını olanaklı kılmadığı görüşünün hemen tüm Avrupa’da egemen olduğu söylenebilir⁶³. Cezalandırmanın, bizzat sporcuyu içine alacak biçimde genişletilmesi, aşağıda ele alacağımız üzere ciddi bazı hukuksal sorunları da beraberinde getirmektedir.

⁵⁸ Volkmer, in: Körner, Betäubungsmittelgesetz, 7. Auflage 2012, Vorb. zum AMG, no. 286

⁵⁹ Loi interdisant la pratique à l’occasion des compétitions sportives

⁶⁰ Cherkeh/Momsen, NJW 2001, s. 1747

⁶¹ Volkmer, Vorb. zum AMG, no. 286

⁶² Bkz. Volkmer, Vorb. zum AMG, no. 287

⁶³ Cherkeh/Momsen, NJW 2001, s. 1747

B. İtalya

İtalyan kanun koyucusu 14.12.2000 tarih ve 376 nolu kanunla, cezanın genel önleme etkisinden yararlanmak düşüncesiyle doping için ayrı bir suç tipine yer vermiştir. Söz konusu kanun m. 9/1, doping maddesini kasten alan sporcunun üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ve ayrıca para cezası ile cezalandırılacağını öngörmektedir. Eğer tıbbi açıdan gerekli olduğu hekim raporuyla ispat edilebilirse doping maddesi kullanmaya istisnai olarak izin verilmektedir. Bunun yanında eğer bu maddeler bir başkasına veren, kullandıran veya kullanımı özendiren kişi de cezalandırılır. Kanunun 9/2. maddesi, aynı biçimde m. 2/1’de belirtilen tıbbi yöntemlere aktif veya pasif olarak başvurmayı, yani ilaçsız doping metotları kullanmayı da suç haline getirmektedir. Hükmün uygulanması için, fiilin işlendiği sırada fiilin, sporcunun mücadele performansını veya doping kontrolünün sonuçlarını değiştirmek amacıyla gerçekleştirilmiş olması aranmaktadır. Bu kanun anlamında hangi madde ya da yöntemlerin doping yasağı kapsamında olduğu İtalyan Sağlık Bakanlığı’nca çıkarılmış 15.10.2002 tarihli bir tüzükle belirlenmektedir⁶⁴. Görüldüğü üzere, Anti-Doping Kanunu’nda yer alan ceza hükümleri, hem sporcu çevresini ve hem de bizzat sporcuyu hedef almaktadır⁶⁵. Bu hükümlere ek olarak İtalya *spor dolandırıcılığı* adında özel bir suç tipine yer veren birkaç ülkeden birisidir⁶⁶. Bununla birlikte hangi koşullar altında bu kuralın uygulama alanı bulacağı tartışmalıdır.

C. Norveç

Norveç, doping suçuna yer veren birkaç ülkeden birisi olup, 19.6.1992 tarihinde 55 sayılı kanunla Norveç Ceza Kanunu’nda yapılan değişikle eklenen m. 162b ile doping suç haline getirilmiştir. Hüküm, bizzat sporcu tarafından doping maddesi alınmasını içermemektedir. Kanun, suçun basit ve nitelikli halleri arasında bir ayırımı gitmekte ve

⁶⁴ Bkz. Hauptmann/Rübenstahl, MedR 2007, s. 274-275

⁶⁵ Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping, “Legge Antidoping”, n.376 vom 14. Dezember 2000, Bkz. Janett, Doping, s. 31

⁶⁶ Art. 1 des Gesetzes n. 401 “Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive”, bkz. Janett, Doping, s. 31

teşebbüsü de cezalandırmaktadır. Doping maddeleri Ceza Kanunu'nda değil, bir yönetmelikte yer almaktadır.

D. İsveç

İsveç'te 1.7.1992 tarihinde yürürlüğe giren “Belirli Doping Araçları Yasağı Hakkında Kanun” § 1, sentetik anabolik steroidler, testosteron ve bunların türevleri, büyüme hormonları ile performans artırmaya yarayan diğer kimyasal maddeler bu kanun kapsamında olup, tıbbi-bilimsel amaçlar dışında bunların bulundurulması iki yıla kadar hapis, daha hafif durumlarda ise para cezası ya da altı aya kadar hapis cezasını gerektirmektedir. Buna karşılık bu maddelerin doping amacıyla kullanılması cezayı gerektirmemektedir⁶⁷.

E. Danimarka

Danimarka'da da 1993 yılından bu yana özel bir Anti-Doping Kanunu yürürlükte olup, İsveç kanununa benzer biçimde sentetik anabolik steroidler, testosteron ve bunların türevleri ile büyüme hormonları ve bunların üretimini çabuklaştıran diğer maddeler kanun kapsamındadır. Burada da diğerleri yanında bu tür bir maddeyi bulundurma, eğer bu bir hastalığın tedavisine veya bilimsel amaçlara hizmet etmiyorsa, para cezası veya iki yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir. Doping maddesini kullanmak bu ülkede de cezalandırılmamaktadır⁶⁸.

F. İsviçre

İsviçre Federal Spor Müdürlüğü tarafından görevlendirilen uzmanlar tarafından hazırlanan 24.9.1999 tarihli raporda, mevcut ceza hukuku düzenlemelerinin sporda dopinge mücadelede yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Rapora göre beden bütünlüğünü ve yaşamı koruyan suç tipleri, dopinge bağlantılı olarak meydana gelen sağlığa zararlı sonuçları ve ölüm olaylarını çok istisnai durumlarda içermektedir. Dolandırıcılık suçunun oluşması ise, ispatı güç bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Uyuşturucu Maddeler Kanunu ise, eğer kullanılan doping maddesi,

⁶⁷ Hauptmann/Rübenstahl, MedR 2007, s.275

⁶⁸ Hauptmann/Rübenstahl, MedR 2007, s.275

bu kanunun 1. Maddesinde gösterilen uyuşturucu kataloğuna giriyorsa ancak bu takdirde cezayı gerektirmektedir⁶⁹. İlaç Kanunu, İsviçre İlaç Enstitüsü'ne ithal veya ihraç sınırlamasına ya da yasağına tabi ilaçların listesini oluşturma yetkisi vermektedir. Kanun koyucu burada özellikle bir taraftan tedavi, ancak diğer taraftan da doping amacına uygun kötüye kullanma potansiyeli taşıyan ilaçları göz önünde bulundurmuştur. Kanun, 86-90. Maddeler arasında ceza hükümlerine yer vermektedir. Burada işlenmesi, insan sağlığına zarar verebilecek bir dizi suç tipi bulunmaktadır⁷⁰.

Anılan düzenlemelerin dopinge mücadelede yetersiz kaldığı gerekçesiyle İsviçre kanun koyucusu özel bir doping suçu meydana getirme yönünde karar vermiş, ancak tercihini, doping yapan sporcuyla cezasız bırakmaktan yana kullanmıştır. Ceza hukuku kuralları için, özel bir doping kanunu çıkarılmamış, mevcut iki kanun (1972 tarihli Beden Eğitimi ve Sporun Teşviki Hakkında Kanun ile Tıbbi Ürünler ve İlaçlar Hakkında Kanun) reforme edilmiştir. Bu bağlamda *Beden Eğitimi ve Sporun Teşviki Hakkında Kanunu*'nda 2002 yılında yapılan değişiklikle doping amacıyla madde imal eden, ihraç eden, aracılık yapan, ticaretini yapan, başkasına veren kişilerin cezalandırılmasına olanak tanınmıştır (m. 11f). Böylece doping yapan sporcunun *çevresini* cezalandırmak için yasal dayanak meydana getirilmiştir. Ancak bizzat sporcunun cezalandırılması söz konusu olmayıp, aksine yeni düzenlemeler sporcunun sağlığının korunmasını amaçlamaktadır. Korunan öncelikli hukuksal yararın, sportif mücadelede şans eşitliği ve spor etiği yanında sporcuların sağlığı olduğundan hareketle⁷¹, doping yapan sporcunun çevresindeki kişilerin cezalandırıldığı, buna karşılık bizzat doping yapan sporcunun cezasız kaldığı söylenmektedir⁷². Öngörülen ceza üç yıla kadar hapis veya para cezasıdır. Kanun, m. 11c'de yetkili organların, kullanılması belirli spor türlerinde doping sayılan madde ve metotların tüzükle bir listesini be-

⁶⁹ Bkz. Haenni, Doping-Strafbestimmungen, s. 60-61

⁷⁰ Bkz. Janett, Doping, s. 3; Cherkeh, Rainer, Doping im Sport Handlungsbedarf für den Strafgesetzer in der Schweiz?, Jusletter 6. September 2004, s. 1 vd. (http://www.kern-cherkeh.de/presse/Doping_im_Sport_Handlungsbedarf_Schweiz.pdf)

⁷¹ Cherkeh, Doping im Sport, s. 1

⁷² Cherkeh, Doping im Sport, s. 1

lirleyeceğini öngörmektedir. Öğretide doping için özel bir suç tipi meydana getirilmesini savunanlar olduğu gibi, İlaç Kanunu'ndaki kurallara ya da dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırmayı yeterli görenler de bulunmaktadır⁷³. Doping olaylarını dolandırıcılık suçu kapsamında (İsviçre CK m. 146) cezalandırmak bakımından bazı sorunlar bulunduğu da işaret edilmektedir. Bazı yazarlar sporcunun dopingli durumda olmadan karşılaşmaya katıldığını açıkça ya da örtülü olarak açıklamış olmadığı gerekçesiyle aldatmanın varlığını reddederken⁷⁴, bazı yazarlar ise sporcunun en azından örtülü olarak karşılaşma için geçerli kurallara riayet edeceğini, gerek lisansı veren federasyona ve gerekse karşılaşmaya katılmakla karşılaşmayı tertipleyen kuruma açıklamış olduğundan hareket etmektedir. Doping olaylarında kasten yaralamanın, maddenin sporcuya gizlice verildiği durumlarda söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Bunun dışındaki durumlarda ise, sporcunun doping maddesini almak için gösterdiği rızanın işlenen fiili hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği tartışmalı olup, en azından ölüm ya da ağır yaralamaya kadar giden bir rizikoya sporcunun gösterdiği rızaya kural olarak geçerlik tanınmaması gerektiği görüşü ağırlık kazanmaktadır⁷⁵.

G. Almanya

Almanya'da özel bir anti-doping kanunu bulunmamaktadır. Kasten yaralama ve dolandırıcılık gibi genel suç tipleri yanında İlaç Kanunu'nda yakın zamanda yapılan değişiklikler bir tarafa bırakılırsa doping, spor federasyonlarının özerk düzenleme alanına giren bir konu olarak değerlendirilmektedir⁷⁶.

Almanya'da 11.9.1998 yılından bu yana İlaç Kanunu § 6a I ile spor da doping amacıyla ilaçların piyasaya sürülmesi, reçeteye yazılması veya kullandırılması yasaklanmıştır. Bu kanunda 24.10.2007 tarihli *Dopingle Mücadelenin İyileştirilmesi Hakkında Kanun* ile yapılan değişikliklerle ya-

⁷³ Bkz. Janett, Doping, s. 6; Haenni, Doping-Strafbestimmungen, s. 60 vd.

⁷⁴ Welten, Jörg /Flachsmann, Stefan, Strafbarkeit von Doping als Betrug nach schweizerischem Strafrecht, SpuRt 2000, S. 217

⁷⁵ Bkz. Janett, Doping, s. 30

⁷⁶ Cherkeh/Momsen, NJW 2001, s. 1747

saklı maddeleri bulundurma da cezalandırılan eylemler arasına dahil edilmiştir. Öğretide bu düzenleme ile birlikte, doping yapan sporcunun potansiyel fail olduğu yönündeki eğilimin güçlendiği belirtilmektedir⁷⁷. Hangi maddelerin bu nitelikte olduğu Avrupa Konseyi'nin 16.11.1989 tarihli sözleşmesinin ekinde ya da tüzükte gösterilmiş olmalıdır (İlaç Kanunu § 6a II, III). Hükmün uygulanması için gerekli koşul, tipte öngörülen davranışların performans artırma amacına yönelik olmasıdır; bunun bir sportif karşılaşma ile bağlantılı olması aranmamakta ve söz-gelimi vücut geliştirme salonlarında, boş zaman sporlarında, idmanda kullanılması da yeterli görülmektedir⁷⁸. İlaç Kanunu § 6a'da öngörülen yasağın *kasten* ihlal edilmesi aynı kanun § 95 I no. 2a ile yaptırım altına alınmıştır. Teşebbüs (§ 95 II) ve taksirle işlenme (§ 95 IV) de cezayı gerektirmekte, ancak bu sonuncu durumda failin, sporcunun sporda performans artırma amacıyla maddeyi kullanacağı yönünde bir irade-ye sahip olması aranmaktadır. İlaç Kanunu § 95 III küçükler bakımından cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hale yer vermektedir. Suçun olası faili, reçete yazma durumunda doktorlar, bunun dışındaki durumlarda ise antrenör ve kulüp yöneticileri olabilmektedir. Kasten yaralama suçunda olduğu gibi bizzat doping yapan sporcu bu suçun faili olamayacağı gibi, bu suça yardım ya da azmettirme nedeniyle de cezalandırılmaz⁷⁹. Suçun tamamlanması için reçeteye yazmak veya piyasaya sürmek yeterli olup, ayrıca maddenin sporcuya kullanılmış olması aranmamaktadır. Korunan hukuksal yarar bakımından (sporcunun sağlığı, yoksa sporda dürüstlük değil) burada somut tehlike suçu söz konusudur. Zorunluluk haline ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmesine gerek duyulmamıştır. Çünkü § 6a II no. 1'e göre doping yasağı, eğer fiil, *"hastalıkların tedavisi dışındaki bir amaçla işlenmiş ise"* ancak bu takdirde geçerlidir. Alman CK § 34 anlamında *"tehlikeden başka türlü kurtulma olanağının bulunmaması"* koşulunun burada gerçekleşmesi aranmaz. Bu yüzden de tedaviyi gerçekleştirmek için doping etkisi göstermeyen aynı değerde başka bir ilacın mevcut olması durumunda da bu suç oluşmaz. Ancak bu tür bir kullanım, spor hukuku kurallarına aykırılık oluşturabi-

⁷⁷ Timm, Frauke, Die Legitimation des strafbewehrten Dopingverbots, GA 2012, s.741.

⁷⁸ Kauerhof, Dopingproblematik, s. 295

⁷⁹ Körner, Harald Hans, Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, 5. Auflage, 2001, § 93 no. 28; Zuck, NJW 2014, s. 278

lir. Mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz. Çünkü § 95 I no. 2 a, sporcunun sağlığını koruma amacı taşımakla birlikte, sporcunun beden bütünlüğü bakımından tasarruf özgürlüğünün sınırlı olduğuna işaret edilmektedir. Öğretide, de lege feranda hükmün uygulama alanının genişletilmesine yönelik tartışmalar devam etmektedir⁸⁰. Bu bağlamda fazla miktarda doping maddesinin yurda sokulması ve suçun çete halinde ve suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal oluşturması önerilmekte⁸¹, sporcunun kendi sorumluluğunda olan doping alma fiiline azmettirmenin de cezalandırılması gerektiğine işaret edilmektedir.

İlaç Kanunu ile getirilen düzenlemeler bazı yazarlar tarafından yetersiz bulunmakta ve söz konusu hükmün bizzat doping maddesini kullanan sporcunun da cezalandırılmasını sağlayacak biçimde uygulama alanının genişletilmesi önerilmektedir. Güncel tartışmalarda İlaç Kanunu § 6 a'nın ekinde listelenen ilaçlar için mutlak bir bulundurma yasağı getirilmesine yönelik görüşlere Alman kanun koyucusu itibar etmemiştir. Böyle bir yasak, sporu uğraşı haline getiren herkesi kapsar ve kontrol edilemez. Ayrıca ilaçların sağlığı ilgilendiren bir konu olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Bu yüzden yalnızca bulundurmaya cezalandırmak orantısız bir müdahale oluşturur⁸².

2007 yılında “*Sporda Rekabetin Bozulması*” (CK § 298 a) ve “*Spor Karşılaşmalarında Rüşvet Alma ve Verme*” (§ 299 a) adı altında Alman CK’ya hüküm eklenmesi yönünde bir teklif sunulmuş ise de; bu konuda bir uzlaşma olmaması nedeniyle teklif kanunlaşmamıştır⁸³.

⁸⁰ Bu tartışmalar için bkz. *Timm*, GA 2012, s.741; *Zuck*, MedR 2014, s. 4-5; *Kauerhof*, Rico, Ein Anti-Doping-Gesetz als Garant für den sauberen Sport! Anmerkungen zu Pro und Contra der strafrechtlichen Verfolgung von “Dopingsündern”, HRRS 2007, s.73 vd.

⁸¹ Bkz. Almanya’da *Doping Karşı Spor Hukuku Komisyonu*’nun 15.6.2005 tarihli raporu, s. 36, http://www.dosb.de/fileadmin/fm-dosb/downloads/dosb/endafassung_abschlussbericht.pdf (3.12.2012).

⁸² *Zuck*, MedR 2014, s.4

⁸³ Bkz. *Kreuzer*, ZRP 2013, s.181

H. Avusturya

Avusturya'da 2007 tarihinde *Sporda Doping'e Mücadele Hakkında Federal Kanun* çıkarılmış olup, söz konusu kanun § 22a'da; „sporda doping amacıyla, 1. tüm spor türleri için Anti Doping Sözleşmesi'nin ekine göre yasaklanmış maddeleri, bunlar Uyuşturucu Maddeler Kanunu'na göre uyuşturucu madde sayılmadığı takdirde, piyasaya süren, başkalarına kullandıran veya 2. yasak listesinde belirtilen yasak metotları oksijen transferini yapay olarak artırmak (kann dopingi) veya gen dopingi amacıyla başkasına kullandıran kişi 6 aya kadar hapis ya da 360 gün üzerinden para cezası ile cezalandırılır. Yasaklı listede yer alan anabolika, hormon veya bunlara eşdeğer bileşenleri, hormon antagonist veya modölatörlerini mevzuata aykırı olarak yasal sınırları aşan miktarda sporda doping amacıyla piyasaya süren veya başkasına kullandıran kişiler de aynı şekilde cezalandırılır”⁸⁴. Doping yapmanın dolandırıcılık suçu ile bağlantısını açıkça düzenleyen Avusturya Ceza Kanunu § 147 I-a'da nitelikli dolandırıcılık hallerinden birisinin de sporda doping yapmak olduğu 2010 yılında yapılan değişiklikle öngörülmüştür. Anti Doping Sözleşmesince yasaklanan madde ve yöntemlerin kullanılmasını nitelikli dolandırıcılık eylemi olarak düzenleyen bu hükme göre, sporda doping yapan kişi ağır bir zarara neden olması halinde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Aynı paragrafın üçüncü fıkrasına göre zararın 50 000 Euro'dan fazla olması halinde ceza 10 yıla kadar artırılabilecektir.

I. İngiltere

İngiltere'de doping maddesi 1971 tarihli *Misuse of Drugs Act* kapsamına girmektedir. Bu kanunun 4 ve devamı bölümlerine göre, bu kanunda liste yöntemiyle öngörülen maddeleri, üretmek, başkalarına vermek ve arz etmek veya bunları özellikle başkalarına vermek, ithal veya ihraç veya imal etmek amacıyla bulundurmamak cezalandırılmaktadır. Bununla birlikte tek başına bu maddelerin sporcu tarafından kullanımı cezayı gerektirmemektedir⁸⁵.

⁸⁴ Geniş bilgi için bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20005360&ShowPrintPreview=True> (9.8.2014)

⁸⁵ Hauptmann/Rübenstahl, MedR 2007, s.275

IV. DOPİNGİN KLASİK SUÇ TİPLERİ KAPSAMINDA CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ

Klasik suç tipleri denildiğinde akla ilk gelen kasten öldürme, yaralama, dolandırıcılık ve uyuşturucu madde suçlarıdır.

1. Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81-82) Kapsamında Cezalandırma

Karşılaştırmalı hukukta doping, ağırlıklı olarak kasten yaralamaya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde ele alınmaktadır. Bunun nedeni, hemen tüm doping maddelerinin kullanımının sağlık açısından ciddi zararlara yol açıyor olmasıdır. Dopingin erkekleşme ve üreme yeteneğinin kaybı gibi dönüşü olmayan görünüş biçimlerinde nitelikli yaralama gündeme gelmektedir.

Çok az dramatik olaylar dışında dopingin doğrudan sporcunun ölümüne yol açması durumuyla çoğunlukla karşılaşılmaz. Bu nedenle dopingin cezalandırılması konusunda kasten veya duruma göre taksirle öldürme suçuna çok az bir önem atfedilmektedir. Ne var ki, doping maddesi kullanmanın ölüm neticesine yol açması, tamamen olasılık dışı da değildir⁸⁶. Eğer bir sporcu doping maddesini, ölümcül etki gösterdiğini veya en azından ölüm rizikosu içerdiğini bilerek kendi sorumluluğunda almış ise, kasten öldürmeden değil, cezayı gerektirmeyen bir intihardan söz etmek daha doğru olur⁸⁷. Eğer doping maddesi sporcuya üçüncü bir kişi (doktor, antrenör, kulüp yöneticisi) tarafından verilmiş ise, iştirakte bağlılık kuralı, kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiilin varlığını gerektirdiği için (TCK m. 40/1), doping maddesi veren kişiyi kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırmaya olanak yoktur. Bununla birlikte burada faillik ve iştirak arasında bir ayırıma gitmek zorunluluğu vardır.

⁸⁶ 1955 Fransa Bisiklet Turu'nda Fransız bisikletçi Mallejac'ın, 1960 Roma Olimpiyat Oyunlarında 100 km yol yarışına katılan Danimarkalı bisikletçi Knud Jensen Enemark'ın, aynı oyunlarda 400 metre engelli koşusuna katılan atlet Nick Howard'ın, 1967 Fransa bisiklet turunda dağ tırmanışı sırasında İngiliz bisikletçi Tom Simpson'un ölümü bu tür dramatik olaylara verilebilecek örneklerdir (Bkz. *Erkiner*, Kısmet, Sporda Doping Gerçeği, <http://www.sporhukuku.org/makaleler/107-sporda-doping-gercei-av-ksmet-erkner.html>)

⁸⁷ Bkz. *Tezcan/Erdem/Önok*, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2014, s. 206

Bunun için de *faile egemenlik* ölçütünden yararlanılabilir. Buna göre tek başına tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini veya nasıl gerçekleşeceğini belirleyen ve hukuksal yarara yönelik ihlali gerçekleştiren kişi fail olarak sorumludur. Bu anlamda faillik özellikle baskın uzmanlık bilgisi nedeniyle doping maddesini sporcuya veren doktorlar bakımından kabul edilmelidir⁸⁸.

Kasten öldürme açısından sorun, özellikle nedensellik ve objektif isnadiyet açısından ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de alınan doping maddesi ile sonradan meydana gelen sporcunun ölümü arasında nedensellik bağlantısı kurmak oldukça güç olduğu gibi, sporcunun kendi sorumluluğuna dayanan tehlikeli bir davranışın faile objektif olarak isnad edilebilmesine de çoğu zaman olanak bulunmamaktadır⁸⁹. Olası kast da dahil olmak üzere burada failin öldürme kastıyla hareket ettiğini söylemek de güçtür⁹⁰. Eylemin objektif özen yükümlülüğüne aykırılığı ve kullandırılan dopingli maddenin yan etkileri göz önüne alındığında, öngörülebilir bir ölüm neticesinin öngörülmemesi nedeniyle taksirli sorumluluk da gündeme gelebilir.

Doping maddesini özgür iradesi ile kullanan sporcunun ölümünden başka birisi sorumlu tutulamaz; çünkü bizzat sporcunun davranışının nedenselliğe katıldığı durumlarda, onun özgür ve kendi sorumluluğuna ait davranışını bir başkasına yüklemek mümkün değildir⁹¹. Buna karşılık yasaklı maddeyi sporcuya veren, bu konuda onu bilgilendiren ya da kullanımı için yol gösteren kişilere, bu davranıştan ileri gelen ölüm neticesi yüklenebilir. Neticenin faile objektif olarak yüklenebilmesi, failin nedensellik gelişimine “kendisinin bir eseri olarak” egemen olabilmesini ve onu yönlendirebilmesini gerektirir. Netice fail davranışına dayanmakla birlikte, bu davranış, rizikoyu azaltmış ise, fail tarafından yaratılan riziko meydana gelen ölüm neticesinde gerçekleşmiş değilse,

⁸⁸ Bkz. *Jahn, Matthias*, Doping zwischen Selbstgefährdung, Sittenwidrigkeit und staatlicher Schutzpflicht, ZIS 2006, s. 59 vd.

⁸⁹ *Heger*, JA 2003, s. 77

⁹⁰ *Heger*, JA 2003, s. 78

⁹¹ *Öztürk/Erdem*, Ceza Hukuku, no. 335

bu neticenin faile objektif olarak yüklenebilmesi olanaksızdır⁹². Sporcunun, kullandığı maddenin ölümcül bir etkisi olup olmadığını bilmesi de burada önem taşır. Özellikle aynı zamanda uyuşturucu madde niteliğindeki ilaçların doz aşımı halinde ölümcül bir etkisi olabileceği bir gerçektir ve bunu sporcunun da bilmesi gerektiği kabul edilebilir. Bu noktada söz konusu maddenin etkisinin araştırılarak ölüm riskini ne kadar yükseltmiş olduğu ortaya konulmalıdır.

2. Kasten Yaralama Suçu (TCK m. 86-88) Kapsamında Cezalandırma

A- Doping Maddesini Sporcuya Verme

Bilindiği üzere, kasten yaralama suçunun seçimlik hareketlerinden birisini “sağlığı bozma” oluşturmaktadır⁹³. Doping maddesini bir sporcuya verme, eğer yan etkiler veya başkaca beden işlevlerinin olumsuz yönde değişmesi bununla bağlantılı ise, TCK m. 86 anlamında sağlığı bozma kavramı içerisine girer⁹⁴. Sağlığı bozma için gerekli olan önemlilik sınırı da en azından spor federasyonlarının doping listesinde olan bir maddenin verilmiş olmasıyla aşılmış olmaktadır⁹⁵.

Bu tür bir yan etkinin ortaya çıkmasından önce salt bu maddenin verilmesi ile birlikte suçun tamamlanmış sayılıp sayılmayacağı ayrıca üzerinde durulması gereken bir sorundur. Bizce de yerinde olan görüşe göre⁹⁶, doping maddesi kullanmanın sonradan ortaya çıkaracağı sonuçlara (örneğin kısırlık, erkekleşme, tümör ortaya çıkması) bakılmaksızın salt madde kullanımı ile birlikte suçun tamamlandığı kabul edilmelidir. Doping maddesinin sağlığa zarar verme olanağını bildiği veya en azın-

⁹² Bkz. Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, no. 332

⁹³ Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 209 vd.

⁹⁴ Heger, JA 2003, s. 78; Sternberg-Lieben, ZIS 2011, s. 585; Joecks, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage 2012, § 223, no. 39

⁹⁵ Heger, JA 2003, s. 78

⁹⁶ Kargl, NSTZ 2007, s. 490; Sternberg-Lieben, ZIS 2011, s. 585. Bir başka görüşe göre ise, (Heger, JA 2003, s. 78) ağır yan etkilerin muhtemel olduğu doping maddeleri açısından suç tamamlanmıştır. Buna karşılık bu tür yan etkiler muhtemel değil de yalnızca mümkün ise, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir.

dan göze aldığı için failin çoğu kez yaralama kastına sahip olduğu da söylenmelidir. Aksi takdirde taksirle yaralama suçu gündeme gelir⁹⁷.

B- Doping Maddesini Bizzat Kullanma

Bir kişinin kendi sağlığını bozması TCK m. 86'daki suç tipine girmediği için, kasten yaralama suçu, bizzat maddeyi kullanan sporcu için değil⁹⁸, yalnızca sporcuya bu maddeyi veren doktor, antrenör, yönetici, menajer için oluşur⁹⁹. Gerçekten kişinin kendisine ait bir hukuksal yararı ihlal etmesi cezalandırılmaz; davranış, bir başka kişinin özgürlük alanına doğrudan etki ediyorsa ancak bu takdirde cezayı gerekli kılan bir haksızlık olarak nitelendirilebilir¹⁰⁰. Üçüncü bir kişi tarafından cezalandırılabilir bir kasten yaralama, eğer söz konusu davranış, mağdurun özerk bir kararıyla kendisini tehlikeye düşürmeye veya zarar vermeye katkı niteliği taşımıyorsa ancak bu takdirde söz konusu olabilir. Bu da, yeterince bilgilendirilmiş, rizikoyu yeterince algılaya yeteneğine sahip bir sporcuya doping maddesi verilmesi açısından kabul edilmelidir¹⁰¹. Suça iştirak eden kişi açısından asıl fiilin tipik olmaması nedeniyle, iştirakte bağlılık kuralı gereğince onun fiiline katkıda bulunan kişi de cezasız kalmaktadır. Sonuç olarak sporcunun kendi isteğiyle doping maddesi almasının kasten yaralamanın tipiklik unsurunu gerçekleştirmediği kabul edilmektedir¹⁰².

Bununla birlikte eğer sporcu doping maddesi alması konusunda istismar edilmiş ise TCK m. 37/2 anlamında *dolaylı faillik* gündeme gelebilir. Dolaylı faillik olarak burada vitamin denilerek sporcuya doping maddesi verilmesi örneğinde olduğu gibi *yanılma egemenliği*, doping maddesinin alınmaması durumunda antrenör tarafından kadro dışı kalmakla tehdit edilmesi örneğinde olduğu gibi *zorlama egemenliği*

⁹⁷ Heger, JA 2003, s. 78

⁹⁸ Timm, GA 2012, s.733, yazara göre bu durum anayasal bir hak olan kendi davranış biçimini tayin edebilme özgürlüğüyle ilgilidir.

⁹⁹ Heger, JA 2003, s. 78; Kargl, NSTZ 2007, s. 491; Sternberg-Lieben, ZIS 2011, s. 585

¹⁰⁰ Kargl, NSTZ 2007, s. 491; Sternberg-Lieben, ZIS 2011, s. 585 vd.

¹⁰¹ Sternberg-Lieben, ZIS 2011, s. 585

¹⁰² Kargl, NSTZ 2007, s. 491; Heger, JA 2003, s. 78; Bruggmann/Grau, PharmR 2008, s.101

durumlarından söz edilebilir¹⁰³. Nihayet sporcunun küçük yaşta olması nedeniyle algılama yeteneğinin bulunmadığı durumlarda da dolaylı fail-lik düşünülebilir¹⁰⁴.

C- Hukuka Uygunluk Nedenleri

a. Zorunluluk Hali (TCK m. 25/2)

Zorunluluk hali, sporcunun bir hakkına yönelik halen mevcut ve başka türlü korunma olanağı bulunmayan bir tehlikenin varlığını şart kılar (TCK m. 25/2)¹⁰⁵. Bu tür bir tehlike, sporcunun yaralanması ya da hastalanması durumunda söz konusu olabilir. Ancak tehlikeden başka türlü korunma olanağı bulunmaması gerektiği için doping etkisi olmayan aynı etkide başka bir iyileştirici aracın mevcut olmaması gerekir. Burada sporcunun sağlığının korunmasına yönelik yarar, “temiz spor”a ilişkin yarardan daha ağır basmaktadır¹⁰⁶. Bununla birlikte spor hukukuna özgür yaptırım uygulanması açısından doping maddesinin hangi nedenle alındığının bir öneminin bulunmadığını belirtmekle yetinelim.

b. İlgilinin Rızası (TCK m. 26/2)

Sporcunun, kendisine doping maddesi verilmesine gösterdiği rıza kural olarak geçerli sayılmaktadır. Ancak doping maddesinin olası yan sonuçları ya da rizikoları bakımından sporcunun aydınlatılmamış olması¹⁰⁷ ya da sporcunun algılama yeteneğinin bulunmaması durumunda rızaya geçerlik tanımak mümkün değildir.

Almanya’da sporcunun doping maddesi verilmesine gösterdiği rıza, Alman CK § 228’de yer alan eğer rıza ahlaka aykırı ise, bunun hukuka uygun olmayacağına ilişkin hükümle bağlantılı olarak tartışma konusu

¹⁰³ Heger, JA 2003, s. 78; yine bkz. Joecks, MK, § 223, no. 40

¹⁰⁴ Heger, JA 2003, s. 78

¹⁰⁵ Bkz. Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, no. 389 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, Ceza Hukukuna Giriş, s.305 vd.

¹⁰⁶ Heger, JA 2003, s. 78-79

¹⁰⁷ Doping amacıyla kullanılan anabolika, saç dökülmesi, kronik ağrı, eklem ve kaslarda doku yitimi ve ağrı, karaciğer ve kalp dolaşımı hastalıklarına yol açmaktadır. Bkz. Linck, Joachim, Doping aus juristischer Sicht, MedR 1993, 55.

yapılmaktadır¹⁰⁸. Bazı yazarlar, rızanın ahlaka aykırılığı konusunda kasten yaralamanın neticesine bakmakta, ancak belirli ağırlıktaki yaralanmalarda hükmün uygulanabileceğini kabul etmekte ve bu bağlamda dopingin ahlaka aykırılığını reddetmektedir¹⁰⁹. Buna karşılık diğer görüş, kasten yaralama ile izlenen amacı ve bu bağlamda spor etiğini göz ardı ederek performansı yükseltme gibi ahlaka aykırı bir amaç taşıdığını göz önünde bulundurarak rızaya herhangi bir geçerlik tanımamaktadır¹¹⁰.

3. Uyuşturucu Madde Suçları (TCK m. 188 vd.)

Çok özel durumlarda dolandırıcılık suçu bir tarafa bırakılırsa, esas itibariyle bireysel nitelikteki hukuksal yararları koruyan kasten öldürme ve kasten yaralama suç tipleri bizzat dopingli maddeyi kullanan sporcu açısından gündeme gelmemektedir. Buna karşılık uyuşturucu madde suçları ilk planda kolektif bir hukuksal yarar olarak kamu sağlığını korumaktadır¹¹¹. Doping amacıyla kullanılan bazı maddeler aynı zamanda uyuşturucu madde niteliği de taşıyabilmektedir. Özellikle boks, judo gibi ikili mücadeleye dayalı sportif karşılaşmalarda sporcunun acı çekmesini engellemek, özgüvenini artırmak amacıyla kullanılan morfin hem uyuşturucu madde, hem de doping yasağı kapsamındadır. Bu tür maddeyi sporcunun performansını artırmak amacıyla da olsa sporcuya veren kişiler, uyuşturucu madde ticareti (TCK m.188); maddeyi bu amaçla kullanan sporcu ise, uyuşturucu madde kullanma (TCK m. 191) kapsamında cezalandırılır. Sporcunun hangi niyet ya da amaçla bu maddeyi kullandığının önemi olmadığı için, yalnızca performansı artırmak amacıyla bu maddeyi kullanmış olması suçun oluşması açısından önemsizdir. Öyle ki, bu nitelikteki bir maddeyi salt doping amacıyla bulunduran sporcunun TCK m. 191'den dolayı cezalandırılması mümkündür. Ne var ki, WADA listesinde yer alan doping maddelerinin genellikle

¹⁰⁸ Tartışmalar için bkz. Sternberg-Lieben, ZIS 2011, s. 587 vd.

¹⁰⁹ Hardtung, Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, 1. Auflage 2003, § 228 no.43; Jahn, ZIS 2006, s. 60

¹¹⁰ Linck, Joachim, Doping und Staatliches Recht, NJW 1987, s. 2550 vd.; Kühl, Kristian, Zur strafrechtlichen Relevanz sportethischer Beurteilung des Dopings, in: Vieweg, Doping: Realität und Recht, 1998, s. 83 vd.; Heger, JA 2003, s. 79; Kargl, NSTZ 2007, s. 491

¹¹¹ Tezcan/Erdem/Önök, Ceza Özel, s. 711 vd.

uyuşturucu madde niteliği taşımadığı göz önüne alınırsa, bu suçların doping olaylarında pratikte fazlaca bir önem taşımadığı söylenebilir¹¹². Almanya’da, anabol steroidlerde olduğu gibi, uyuşturucu maddelerle aynı ölçüde bağımlılık potansiyeli taşıyan maddeler söz konusu olduğunda, bu tür maddelerin satın alınması için farmakoloji raporu alınması zorunluluğuna yer verilmesi önerilmektedir¹¹³.

4. Dolandırıcılık Suçu (TCK m. 157-158) Kapsamında Ceza-landırma

Bilindiği üzere, dolandırıcılık suçunun oluşması “*hileli davranışlarla karşı tarafı aldtma*”yı gerektirmektedir (TCK m. 157). Dolandırıcılık suçu açısından “hileli davranışın” varlığı için, sporcunun karşılaşmaya katılma beyanından sonra mı veya karşılaşmayı organize eden veya sponsor ile sözleşme yapılmasından sonra mı doping aldığı üzerinde durulması gereken bir sorundur. Sporcu, karşılaşmaya katılma yönündeki beyanıyla, örtülü olarak karşılaşmayı organize eden kişi ya da kuruluşa karşı doping yasaklarını ihlal etmeyeceğini de beyan etmiş olmaktadır. Bu durum dolandırıcılık suçu anlamında *hileli davranış* niteliğindedir¹¹⁴. Sporcunun bu hileli davranışı nedeniyle organizatör, sporcunun dopingli olmadığından hareket etmiş olduğu için ilgili kişide hatalı bir irade de meydana getirilmiştir¹¹⁵. Sporda dopingin artık çok seyrek karşılaşılan bir durum olmaması bir şeyi değiştirmez. Sporcunun doping maddesi almış olup olmadığı konusundaki organizatörün tereddüdü de aldatmanın varlığını etkilemez. Muhatabın, sporcunun dopingli olmadığından hareket etmesi, aldatmanın varlığı için yeterlidir¹¹⁶.

¹¹² Bruggmann/Grau, PharmR 2008, s.103

¹¹³ Geniş bilgi için bkz. Hauptmann, Markus/Rübenstahl, Markus, Zur Doping-Besitzstrafbarkeit des Sportlers de lege lata und de lege ferenda MedR 2007, s. 277; Hauptmann, Markus/Rübenstahl, Markus, Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit einer Doping-Besitzstrafbarkeit de lege ferenda - insbesondere gemessen am “Cannabis-Urteil” des BVerfG, HRRS 2007, s. 143 vd.

¹¹⁴ Trüg, Kerner, Betrugsstrafrechtliche Relevanz des Dopings, JuS 2004, s. 141; Heger, JA 2003, s. 80; Cherkeh/Momsen, NJW 2001, s. 1748; Kargl, NStZ 2007, s. 491; Bruggmann/Grau, PharmR 2008, s.102

¹¹⁵ Cherkeh/Momsen, NJW 2001, s. 1748; Kargl, NStZ 2007, s. 493; Heger, JA 2003, s.81; Bruggmann/Grau, PharmR 2008, s.102

¹¹⁶ Trüg, JuS 2004, s. 141; Cherkeh/Momsen, NJW 2001, s. 1748

Öte yandan bu suçun oluşması için, hileli davranışlarla aldatılan kişi malvarlığı üzerinde bir tasarrufta bulunmalıdır. Malvarlığı üzerinde tasarruf, ekonomik anlamda aldatılan ya da üçüncü kişi nezdinde doğrudan malvarlığına azalmaya yol açan her türlü fiil, ihmal ya da katlanmayı içermektedir¹¹⁷. Hileli davranış ve bundan kaynaklanan organizatörün aldatılması olmasaydı, sporcunun karşılaşmaya katılmasına izin verilmezdi. Sporcunun dopingli olduğunu açıklamamak suretiyle karşı tarafta yol açtığı hatalı iradeye dayanarak organizatör karşılaşma sonunda galibiyet primi ödemek/ödül vermek suretiyle malvarlığı üzerinde tasarrufta da bulunmaktadır¹¹⁸. Bundan dolayı organizatör malvarlığı açısından bir zarara da uğramış olmaktadır¹¹⁹.

Burada dolandırıcılık suçu açısından diğer bir olasılık da, *diğer yarışmacılar aleyhine* bu suçun işlenip işlenmediğidir. Dopingli sporcunun diskalifiye edilmesi durumunda bir sonraki sporcu galibiyet primi/ödül talep etme olanağına sahiptir. Acaba malvarlığı üzerinde tasarruf, bir sonraki sporcunun organizatöre karşı bu talebi ileri sürme olanağından yoksun kalmalarına dayandırılabilir mi? Diğer sporcular “temiz” bir mücadeleye katılmış oldukları konusunda hatalı iradeye dayanarak dopingli sporcunun aldığı ödülün/primin kendisine verilmesi gerektiği konusunda bir talep hakkına sahip midir? Öğretide doping almayan ikinci sıradaki sporcunun böyle bir talep hakkı olduğu konusunda tereddütler dile getirilmektedir. Çünkü bu durum esas itibariyle ancak doping alan galibin diskalifiye edilmesi ve bağlayıcı biçimde yeniden sıralama yapılmasından sonra ortaya çıkmaktadır¹²⁰. Ayrıca bu olasılıkta da doping yapan sporcunun kastının diğer yarışmacıları aldatmaya yönelik olduğunun ispatında güçlükler vardır. Bu nedenle genellikle diğer sporcular aleyhine dolandırıcılık suçu işlendiği iddiası da dayanaksız kalmaktadır¹²¹.

¹¹⁷ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 24. Auf. 2001, § 263 no.22; Joecks, Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Aufl. 2003, § 263 no. 53; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch Kommentar, 51. Auf. 2003, § 263 no. 40

¹¹⁸ Trüg, JuS 2004, s. 141; Heger, JA 2003, s. 80; Cherkeh/Momsen, NJW 2001, s. 1748

¹¹⁹ Heger, JA 2003, s. 81; Cherkeh/Momsen, NJW 2001, s. 1748

¹²⁰ Bkz. Heger, JA 2003, s.81

¹²¹ Bruggmann/Grau, PharmR 2008, s.102; Zuck, MedR 2014, s. 5

Ayrıca *sponsor* aleyhine dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığı üzerinde de durulmalıdır: Sponsor sözleşmesinin temelini, sponsorun logosu altında karşılaşmaya iştirak eden sporcunun desteklenmesi oluşturmaktadır. Eğer sporcu dopingli ise, karşı edimi sözleşmeye uygun olarak yerine getirmemektedir¹²². Ancak bu yolla malvarlığına ilişkin bir zararın meydana gelip gelmediğini, sporcunun sponsor aleyhine ne kadar zenginleştiğini ise, kesin olarak belirlemeye olanak bulunmamaktadır¹²³.

Nihayet akla gelebilecek diğer bir olasılık da *seyirciler* açısından dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığıdır. Seyirciler sportif karşılaşma için giriş parasını “temiz” bir karşılaşma olacağı beklentisi içerisinde ödemektedirler. Ne var ki, burada da malvarlığına ilişkin bir tasarrufta bulunma ve hem de malvarlığına ilişkin zarar açısından sporcuyu dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırmak da her zaman mümkün değildir. Çünkü seyirciler yalnızca karşılaşmanın kurallara uygun biçimde oynanması konusunda beklenti içerisinde. Eğer doping söz konusu ise, bu beklenti, doping yapan sporcunun diskalifiye edilmesi suretiyle zaten karşılanmaktadır¹²⁴.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir sorun da, bir an için doping yapan sporcunun dolandırıcılık suçu işlediği kabul edildiğinde, bu maddeyi sporcuya veren kulüp yöneticisi, antrenör, doktor gibi kişilerin durumudur. Öğretide, bu kişilerin TCK m. 39 anlamında “yardım eden” durumunda oldukları, ancak kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiilin varlığının ispatı konusunda ortaya çıkan güçlüklerin, sporcuya dopingli maddeyi veren kişilerin de cezalandırılmasına engel oluşturduğu ifade edilmektedir¹²⁵.

Görüldüğü üzere, gerek dolandırıcılık suçunun unsurları olan hileli davranışla karşı tarafı aldatma, zarar, kast açısından ortaya çıkan ispat

¹²² Cherkeh/Momsen, NJW 2001, s. 1748; Heger, JA 2003, s. 82; Bruggmann/Grau, PharmR 2008, s.103

¹²³ Bruggmann/Grau, PharmR 2008, s.103

¹²⁴ Bruggmann/Grau, PharmR 2008, s.103; Cherkeh/Momsen, NJW 2001, s. 1748; Heger, JA 2003, s. 82; Zuck, MedR 2014, s. 5; Linck, NJW 1987, s. 2551

¹²⁵ Bruggmann/Grau, PharmR 2008, s.105

güçlükleri, gerekse mağduru belirlemenin de kolay olmadığı göz önüne alındığında dopingi dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırma bakımından bazı zorluklarla karşılaşmaktadır¹²⁶. Bu nedenle bazı yazarlar doping olaylarında dolandırıcılık suçunun “cezalandırmada boşluk yaratacağına” işaret etmekte¹²⁷ ve bu sorunun, suçun oluşması için hileli davranışın varlığı ve zarar koşulundan vazgeçerek (soyut tehlike suçu olarak) “spor dolandırıcılığı” ya da “sporda ekonomik rekabetin bozulması” adı altında özel bir suç tipine yer verilmesi ile aşılabileceği belirtilmektedir¹²⁸. Sonuçta hileli davranış olsun ya da olmasın, malvarlığına ilişkin bir zarar ortaya çıksın ya da çıkmassın, doping almak suretiyle bir karşılaşmaya katılan sporcu açısından bu suç oluşmalıdır¹²⁹.

V. DOPİNG BAĞIMSIZ BİR SUÇ OLARAK DÜZENLENME-Lİ MİDİR?

Gerek 28.4.2004 tarih ve 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun ve gerekse bu kanunu yürürlükten kaldıran 31.3.2011 tarih ve 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’da doping bağımsız bir suç olarak tanımlanmamıştır. Önceki kanunun yürürlükte olduğu dönemde dopingin suç sayılmasına ilişkin “*Dopingle Mücadele Kanun Tasarısı*” hazırlanmış ise de, bu tasarı kanunlaşmadığı gibi¹³⁰, yeni kanuna da bu düzenleme alınmamıştır. Şu halde doping yasaklarına aykırı bir davranış, yukarıda üzerinde durduğumuz kasten (ya da taksirle) öldürme, kasten (ya da taksirle) yaralama, dolandırıcılık ve uyuşturucu madde suçlarının oluşması için aranan koşullar gerçekleşmiş ise, ancak bu durumda bir ceza yaptırımını gerektirebilir.

¹²⁶ Heger, JA 2003, s.80; Bruggmann/Grau, PharmR 2008, s.102

¹²⁷ Bkz. Zuck, MedR 2014, s.5; Zuck, NJW 2014, s. 278 vd.

¹²⁸ Eleştiri için bkz. Zuck, MedR 2014, s.5; Kauerhof, HRRS 2007/2, s. 72

¹²⁹ Bkz. Zuck, NJW 2014, s. 280

¹³⁰ Kanun Tasarısı’nın 3/7. maddesinde doping, “doğal olmayan, sporcunun sağlığı için zararlı madde ve yöntemlerin kullanılması ve/veya performanslarını artırabilecek madde ve yöntemlerin kullanımı/kullanılması veya doping analizi için numune verme sürecinin ihlal edilmesi” olarak tanımlanmakta ve 8. maddesinde, anılan kanuna doping başlığını taşıyan m. 25/B maddesinin eklenmesi önerilmektedir. Buna göre, “Spor müsabakalarında doping yaptığı veya doping analizi için numune verme sürecini ihlal ettiği tespit edilen sporcular ile yasaklı maddeleri kullandıran veya numune verme sürecini ihlal eden masör, antrenör veya idareciler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Doping suçunun uluslararası müsabakalarda işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

Dopingle mücadelede ceza hukuku müdahalesinin *son çare* (ultima ratio) ve bu alanda *ikincilik* ilkesinin geçerli olduğu¹³¹ gözden uzak tutulmamalıdır. Ceza hukukunun varlığını haklı kılan neden, toplum olarak birlikte yaşama zorunluluğudur¹³². Ceza hukuku, sosyal açıdan en çok değer taşıyan bireysel ve/veya toplumsal yararlar için özel olarak koruma sağlama amacı güder. Hukuksal yarar, yalnızca cezanın meşruluk nedenini değil, aynı zamanda *sınırını* da oluşturur. Bu bakımdan ceza hukuku, zorunlu olarak *fragmanter* bir nitelik taşır¹³³. Hangi tür hukuksal yararların ceza hukuku korumasından yararlanacağı konusunda anayasal değerler düzeni göz önünde bulundurulur. Buna göre söz gelimi yaşam, beden bütünlüğü, cinsel özgürlük, kişi özgürlüğü, özel yaşam gibi bireysel nitelikteki hukuksal yararlar yanında, birey üstü veya evrensel nitelikteki hukuksal yararlar da ceza hukuku korumasından yararlanır. Bu bağlamda bireye, topluma ya da devlete ait hukuksal yararları korumak, devlet müdahalesinin sınırını ortaya koymakla kalmaz, aynı zamanda devlete bu yararları koruma yönünde bir yükümlülük de getirir¹³⁴.

Şu halde doping için yeni bir suç tipi yaratılması açısından ilk yanıtlanması gereken soru, bununla korunmak istenen hukuksal yararın ne olduğudur. Bu, hem doping yasağına yönelik hangi ihlallerin cezalandırılması gerektiği ve hem de doping yapan sporcunun da cezalandırılması gerekip gerekmediği sorusuna verilecek yanıt açısından önem taşımaktadır. Öğretide bu suçla hukuksal yarar olarak “*halk sağlığı/sporcu sağlığı*” yanında, “*sporun inandırıcılığı ve etiğinin*”, “*sporda dürüstlük ve şans eşitliğinin*” veya bizzatı bir toplumsal yarar olarak “*sporun*” kendisinin korunduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür¹³⁵.

¹³¹ Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 2002, § 1 no.9; Radtke, in: Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, 2003, vor § 38 ff. no.4; Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2011, § 2 no.6; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, no.9

¹³² Wessels/Beulke, § 1 no.5

¹³³ Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1995, § 3 no. 10-11; Wessels/Beulke, § 1 no.9; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 2 no.1

¹³⁴ Joecks, Wolfgang, Strafgesetzbuch Studienkommentar, München 2007, vor § 1 no. 4

¹³⁵ Bu görüşler için bkz. Jahn, ZIS 2006, s. 58; Greco, Luis, Zur Strafwürdigkeit des Selbstdoping im Leistungssport, GA 2010, s. 623 vd.; Timm, GA 2012, s.734 vd.; Zuck, MedR 2014, s.2 vd.; Ünver,

Korunan hukuksal yararın belirlenmesinde yararlanılabilecek ilk düzenleme *Avrupa Konseyi Doping Mücadele Sözleşmesidir*. Anılan sözleşmenin girişinde doping maddeleri ve metotlarının sürekli artış gösteren biçimde kullanımının, sporcu sağlığı ve sporun geleceği açısından endişe verici düzeye ulaştığından söz edilmiştir. WADA'nın yasaklı madde ölçütleri, aynı zamanda dopingle mücadelenin korumakta olduğu hukuksal yararın ne olduğunu da ortaya koymaktadır. Buna göre dopingle mücadele ile sporcunun sağlığı yanında fair play (dürüst oyun) ve spor ruhu korunmaktadır. Bu ifadelerden hareketle doping yasağının korumuş olduğu hukuksal yararın doping maddelerinin arz ettiği tehlikeye bağlı olarak *sporcunun sağlığı* olduğu söylenebilir¹³⁶. Zaman içerisinde doping kullanımı ile bağlantılı olarak meydana gelen ve yukarıda değindiğimiz bazı ölüm olayları bu görüşü destekler niteliktedir. Ne var ki, sporcu sağlığının, bizzat doping yapan sporcunun değil, olsa olsa doping maddesini sporcuya veren üçüncü kişilerin cezalandırılmasını haklı kılabilir. Gerçekten anayasal güvence altında olan genel davranış özgürlüğü, kişinin kendi bedeni ya da sağlığı üzerinde, dilediği gibi tasarrufta bulunabilmesini de içerir¹³⁷.

Sağlık açısından zararlı bir maddeyi bulunduran (ve bunu henüz karşılaşmadan önce veya karşılaşma sırasında kullanmayan) kişi teorik olarak bunu başkalarına da verebilir. Salt bulundurmaya cezalandırmak, üçüncü kişilerin sağlığını korumak amacıyla cezalandırılabilirliğin daha önceki bir aşamaya çekilmesi anlamına gelir. Burada korunan artık sporcunun sağlığı değil, halk sağlığı olur ki, artık söz konusu olan, “doping mücadele” değil, salt sağlık politikasına ilişkin bir sorundur. Cezalandırılabilirlik alanının bu yolla genişlemesini meşru kılabilmek için, doping maddesinin uyuşturucu madde ile karşılaştırıldığında hiç olmazsa onunla aynı ölçüde sağlık açısından tehlike potansiyeline sahip olma-

YeditepeÜHFD 2008, s. 48 vd. Dünya Anti-Doping Kodu'nun, adil ve dürüst oyun ilkeleri yanında sporcu sağlığını korumak ve toplumda sporun örnek teşkil etmesini sağlamak amacını güttüğü görüşü için bkz. *Fidanoğlu*, ABD 2011/3, s. 276

¹³⁶ *Timm*, GA 2012, s.732; yine bkz. *Ünver*, YeditepeÜHFD 2008, s. 48 vd.

¹³⁷ *Kudlich*, Hans, An den Grenzen des Strafrechts, -Rationale und verfassungsorientierte Strafgesetzbuch, dargestellt am Beispiel des strafrechtlichen Schutzes gegen Doping, JA 2007, s.93; *Zuck*, MedR 2014, s.2; yine bkz. *Greco*, GA 2010, s. 625 vd.

sı gerekir. Oysa doping amacıyla kullanılan tüm maddeler uyuşturucu maddeler kadar tehlikeli değildir¹³⁸. Kaldı ki, bizzat sporcunun dopingli madde alması durumunda halk sağlığı açısından somut bir tehlikenin yaratılmamış olması nedeniyle, doping yasağı ile halk sağlığının korunduğu düşüncesi de dayanaksız kalmaktadır¹³⁹. Şu halde salt ahlaki açıdan kınanabilir bir davranışı kriminalize etmek için hukuksal yarar olarak “halk sağlığının korunması” yeterli bir anayasal dayanak oluşturmaz¹⁴⁰.

Bazı yazarlar ise, doping yasağı ile korunan yararın *fair play* (dürüst oyun) olduğunu savunmaktadırlar. Buna göre sportif karşılaşmada, her bir spor dalı için belirlenmiş özel kurallara ek olarak her ne pahasına olursa olsun sportif başarıya ulaşmayı yasaklayan sporun etiğinin ve oyunun dürüstlüğünün korunması da zorunludur¹⁴¹. Doping, şans eşitsizliğini o kadar artırmaktadır ki, bu yasak, sporun adil ve dürüstlüğünün yapısal bir unsuru olarak son ve tek şans olarak görülmektedir¹⁴². Bunlara son yıllarda *sporun imajı* kavramı da eklenmektedir¹⁴³. Özellikle yol bisikletinin en popüler ismi olan *Lance Armstrong*’un doping yaptığının ortaya çıkmasıyla bu spora ilginin azalması bu olguyu destekler niteliktedir.

Gerek *fair play* (=dürüst oyun), gerekse *sporun imajı* bizzatı bir değer olabilir. Ancak bunlar, devletin bu yasağa aykırı davranışları bastırmak için ceza hukuku araçlarına başvurmasını haklı kılmaz¹⁴⁴.

Son olarak ceza hukuku müdahalesini haklı kılan bir neden olarak şans eşitliğinden ve *spordaki rekabetin* yönelik olduğu finansal yararlardan

¹³⁸ Kudlich, JA 2007, s.93

¹³⁹ Jahn, ZIS 2006, s. 58

¹⁴⁰ Jahn, ZIS 2006, s. 58

¹⁴¹ Cherkeh/Momsen, NJW 2001, s. 1747

¹⁴² Schild, Doping, s. 11

¹⁴³ Bkz. Schild, Doping, s. 11 vd.

¹⁴⁴ Greco, GA 2010, s. 628; Kargl, NStZ 2007, s. 495 vd.; Kudlich, JA 2007, s. 93; Zuck, MedR 2014, s. 3; Zuck, NJW 2014, s. 281

söz edilmektedir¹⁴⁵. Çünkü spor yalnızca bir kültür veya zaman geçirme olayı değil, aynı zamanda *ticari bir faaliyettir*. Bu alanda kazanç sağlamak isteyen kişinin, tüm serbest piyasalarda olduğu gibi, diğer sporcularla rekabeti bozacak davranışlardan kaçınması gerekir. Oysa doping yapmak suretiyle performansını artıran sporcu, kendi lehine rekabeti bozmakta, böylece yalnızca sporun değerini değil, bu alanda faaliyet gösteren diğer sporcuların ekonomik yararlarını da tehlikeye düşürmektedir. Böylece doping, sporda şans eşitliğini ortadan kaldırmakta ve onun rekabetçi yapısına zarar vermektedir¹⁴⁶.

Ne var ki, bu görüş, yalnızca dopingin değil, *her türlü kural ihlalinin* sporda şans eşitliğini bozduğu gerçeğini gözden kaçırmaktadır. Bu durum, özellikle *taktik gereği yapılan faul* durumlarında daha çok göze çarpmaktadır. Sporda rekabetin korunması, bizi spordaki her türlü haksızlığın ceza hukuku yaptırımları ile karşılanması gerektiği sonucuna götürür¹⁴⁷. Kaldı ki, sportif alanda eşit insan yoktur: yaş, boy, ağırlık, köken, yaşam stili, genetik özellikler, farklı antrenman olanakları, mücadelenin sonucuna etki eden faktörlerdir. Öyle ki, yarışmanın yapılacağı ülkenin iklim koşulları dahi yarışmacılar arasında eşitsizlik yaratabilmektedir. Doping yapmaktan kaynaklanan eşitsizlik, bunun suç sayılması için yeterli bir gerekçe oluşturmaz. Burada diğerlerinden farklı olarak doping yoluyla sporcular arasındaki rekabetin amaçlı olarak bozulduğu doğudur. Ne var ki, antrenman, diyet, ek gıda da şans eşitliğini ve rekabeti bozduğuna göre, sporun “doğallığı” gerekçesi de, dopingi cezalandırmayı haklı göstermek için yeterli değildir¹⁴⁸.

Bazı yazarlar devletin, “*her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alacağına, sporun kitlelere yayılmasını teşvik edeceğine*” ve “*başarılı sporcuyu koruyacağına*” ilişkin Anayasa m. 58’e dayanarak sporun kitleler açısından taşıdığı öneme gönderme yapmaktadır. Bu görüş açısından doping yasağı ile korunan yarar, bizatihi ko-

¹⁴⁵ Rössner, Dieter, Doping aus kriminologischer Sicht – brauchen wir ein Anti-Dopinggesetz? in: Digel/Dickhuth. (Hrsg.), Doping im Sport, 2002, s. 131

¹⁴⁶ Bkz. Timm, GA 2012, s.734; Greco, GA 2010, s. 629 vd.; Ünver, YeditepeÜHFD 2008, s. 48

¹⁴⁷ Greco, GA 2010, s. 630

¹⁴⁸ Zuck, MedR 2014, s.2-3

runan bir yarar olarak *sporun kendisidir*¹⁴⁹. Sporun bizatihi anayasal bir değer sayılması, bizi spor yapmayan kişinin cezalandırılması gibi saçma sonuçlara götürür. Kaldı ki, AY m. 58'den sporun anayasal değerde bir hukuksal yarar olarak kabul edildiği sonucu da çıkarılamaz. Hükmün, devletin sporun geliştirilmesinde devletin yükümlülüğüne işaret etmek dışında bir amacı bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere, ortaya konan bu hukuksal yararlardan hiç biri, sporcunun bizzat doping maddesi kullanmasını suç haline getirmek için yeterli ve uygun bir *anayasal* dayanak oluşturmaz¹⁵⁰. *Genel davranış özgürlüğü*, kişinin riziko içeren ve kendi bedeni açısından tehlike oluşturacak biçimde yaşamını sürdürme hakkını güvence altına almaktadır. Kişinin kendisine zarar veren bir davranışta bulunması onun *özerkliğinin* bir ifadesidir ve böyle bir davranış, söz konusu kişinin değil, aynı zamanda onun fiiline katılan kişinin de ceza sorumluluğunu gerektirmemelidir. Üzerinde dilediği gibi tasarruf edebileceği bir yararı, o yararın sahibine rağmen korumaya kalkmak davranış özgürlüğüne gereksiz bir müdahale oluşturur. Kanun koyucu, cezayı gerekli kılan haksızlığın maddi içeriğini dilediği gibi belirleme özgürlüğüne sahip olmayıp, bu konuda anayasal değerler düzeni ile bağlıdır. Bu sınırın belirlenmesinde kişi özerkliği belirleyici bir rol oynamakta ve kanun koyucunun kişinin kendisini öldürmesi (intihar) ya da yaralamasını cezalandırılabilir bir haksızlık olarak düzenlemesini engellemektedir. Şu halde doping maddesi kullanan sporcunun cezalandırılması, ne anayasa ve anayasanın değerler düzeni ve ne de ceza hukuku ilkeleri ile bağdaştırılabilir¹⁵¹.

En azından profesyonel spor dallarında *malvarlığı* da korunan bir hukuksal yarar olarak akla gelebilir. Ancak yakından bakıldığında bu konuda da bazı soru işaretleri olduğu görülmektedir: Para karşılığı karşılaşmayı seyreden kişiler, kazananın dopingli olduğunu öğrendiklerinde

¹⁴⁹ Koch, Hans-Georg, Straf- und arzneimittelrechtliche Probleme des Dopings aus rechtsvergleichender Sicht, in: Doping-Forum Aktuelle rechtliche und medizinische Aspekte (hrsg. von Dr. h.c. Volker Röhrich und Professor Dr. Klaus Vieweg), 2000, s. 57

¹⁵⁰ Jahn, ZIS 2006, s. 58. Bkz. Ve krş. Ünver, YeditepeÜHFD 2008, s. 48

¹⁵¹ Jahn, ZIS 2006, s. 58-59; Kauerhof, HRRS 2007/2, s. 72

hayal kırıklığına uğramış ya da kızmış olabilirler. Bunu bilmeleri durumunda seyircilerin giriş bileti almayacakları ya da karşılaşmayı yayınlayan yayıncı kuruluşa abone olmayacakları varsayılabilir. Ne var ki, bisiklet, yüzme, atıcılık gibi doping olaylarının “mümkün görüldüğü” sportif karşılaşmaların da seyircisinin bulunduğu olgusu bu varsayımın doğru olmadığını göstermektedir. Aynı nedenle karşılaşmayı düzenleyenlerin de malvarlığı açısından bir zarara uğradığı söylenemez. Çünkü yalnızca doping nedeniyle seyirci sayısında bir azalma olacağını ortaya koymak her zaman kolay değildir.

Doping maddesi kullanımının suç haline getirilmesi, özellikle anayasal değerde bir ilke olan *aşırılık yasağı* açısından da sakıncalı görülmektedir. Hukuksal yararların korunmasında ultima ratio olarak, eğer belirli bir davranış sosyal açıdan zararlı ve insanların barış içinde bir arada yaşaması için vazgeçilmez ve önlenmesi özellikle zorunlu ise, ancak bu takdirde ceza hukuku araçlarına başvurulabilir¹⁵². Dopingte mücadelede ceza hukuku araçlarına başvurabilmek için başka çözüm yolu bulunmamalıdır. Sporun özerkliğine bu tür bir müdahale, eğer ceza normları daha etkin bir koruma sağlayacaksa, ancak bu takdirde haklı görülebilir. Ancak bu ispatlanabilmiş değildir. Her halde oranlılık ilkesi açısından bakıldığında, ceza hukuku müdahalesi orantısız görünmektedir¹⁵³. Spor hukukunun kendi kuralları içerisinde doping olaylarına yaptırım uygulanması konusunda bazı boşluklar olduğu ve bunların özel hukuka dayanarak ortadan kaldırılamayacağı ve bu bağlamda özellikle arama, beden muayenesi, elkoyma gibi koruma tedbirlerine delil elde etmek amacıyla başvurulamayacağı ileri sürülebilirse de¹⁵⁴; doping kontrolüne gelmeyen sporcular için ağır yaptırımlar öngörülme suretiyle bu sorunun önüne geçilebilir. Öte yandan dopingli madde ve yöntemin kendisinin değil, bunun yol açtığı biyolojik değişikliklerin incelenmesi yoluyla doping yapılıp yapılmadığını yüzde yüze yakın bir kesinlikte belirleme olanağı sağlayan Sporcu Biyolojik Pasaportu uygulamasının önümüz-

¹⁵² *Jahn*, ZIS 2006, s. 58

¹⁵³ *Zuck*, NJW 1999, s. 832; *Zuck*, NJW 2014, s. 281; karşılaştırmaz *Haenni*, Doping-Strafbestimmungen, s. 60

¹⁵⁴ *Haenni*, Doping-Strafbestimmungen, s. 60

deki yıllarda dopinge mücadelede en önemli yöntemi olacağı söylenmektedir¹⁵⁵. 2011 yılından bu yana Türkiye Milli Olimpiyat Komitesi bünyesinde Dopinge Mücadele Komisyonu tarafından yürütülen çalışmalar henüz kurumsal bir yapıya kavuşamamış olup, ciddi bir sporcu izleme, denetim ve işbirliği sistemi bulunmamaktadır¹⁵⁶. Kaldı ki, tüm sportif karşılaşmaları doping kuşkusu altında görmek, ceza hukukunun olanaklarının kötüye kullanılması sonucuna yol açar¹⁵⁷. WADA'nın ya da diğer benzer kuruluşların anti-doping yasalarına aykırılık, esas itibarıyla maddi bir haksızlık olarak nitelendirilemez. Bu kurallar tartışmasız bir hukuk kuralı olmadığı gibi, ceza hukuku normu da değildir. Sporcunun burada öngörülen kurallara aykırı davranması karşılığında spor hukukuna özgü yaptırımlar dışında (madalyanın geri alınması, sportif faaliyetlere katılmaktan yasaklanma, para cezası gibi) bir yaptırıma başvurulmamalıdır¹⁵⁸.

Doping yaşağının kriminalize edilmesinde diğer önemli bir sakınca da yasallık ilkesinin içerdiği dört önemli güvenceden birisi olan belirlilik ilkesi açısından¹⁵⁹ ortaya çıkmaktadır. İlke, ilk planda kanun koyucuya yönelmekte ve onu, cezalandırılabilirliğin koşullarını, suç tipinin kapsamı ve uygulama alanını somut olarak ortaya koyabilecek biçimde belirlemekle yükümlü kılmaktadır¹⁶⁰. Klasik suç tipleriyle karşılaştırıldığında, toplumsal yaşamda az ya da çok karmaşık yeni sorunlar ortaya çıktığında, davranış biçimlerini açık ve kesin olarak tanımlamanın güçleştiği doğrudur¹⁶¹. Yasak olan davranışın nitelendirilmesinde ilk zorluk bizati-

¹⁵⁵ Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, s. XIII

¹⁵⁶ Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, s. XVIII

¹⁵⁷ Zuck, MedR 2014, s.6

¹⁵⁸ Kauerhof, HRRS 2007/2, s. 72

¹⁵⁹ Bkz. Lackner/Kühl, § 1 no. 2 vd.; Tröndle/Fischer, § 1 no. 2 vd.; Roxin, § 5 no. 7; Joecks, § 1 no. 2 vd.; Schmitz, in: MK, § 1 no. 24 vd.; Rössner, in: Gesamtes Strafrecht (hrsg. Dölling/Duttge/Rössner), 2008, § 1 no. 4 vd.; Koca, Mahmut/Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 44 vd.; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, no. 26

¹⁶⁰ Lackner/Kühl, § 1 no. 2; Rössner, in: GS, § 1 no.6; Baumann/Weber/Mitsch, no.55 vd.; Tröndle/Fischer, § 1 no.3; Schmitz, in: MK, § 1 no. 39; Joecks, § 1 no. 5; Koca/Üzülmüş, Ceza Hukuku, s. 45; Öztürk/Erdem, Ceza Hukuku, no. 26

¹⁶¹ Kudlich, JA 2007, s.92

hi “*doping maddesi*” kavramının belirsizliğinden kaynaklanmaktadır. Bu güçlüğü aşılması için ilk akla gelen seçenek, her bir doping maddesinin tek tek sayılarak gösterilmesidir. Nitekim bazı yazarlar açıkça doping listesinde sayılmış olmasının bir madde ya da metodun doping sayılması için yeterli olduğunu belirtmektedirler¹⁶². Öyle ki, doping yaşağına aykırılığı suç haline getiren bazı ülkelerde yaşağın kapsamının belirlenmesinde doğrudan WADA kurallarına gönderme yapılmış olduğunu yukarıda belirtmiştik. Ne var ki, demokratik açıdan meşruluğa sahip kanun koyucu tarafından belirlenmemiş bir listeye yapılan dinamik gönderme hukuk devleti açısından sakınca yaratır¹⁶³ ve Anayasaya da aykırıdır¹⁶⁴. Öte yandan “bulundurmak”, “tüketmek”, “sahip olmak” gibi unsurlar da davranışın nitelendirilmesinde belirsizliğe yol açmaktadır¹⁶⁵. Bundan başka doping amaçlı madde kullanımını yalnızca sporcularla sınırlamak, burada söz konusu olanın gerçekten spor mu, yoksa sporcu sağlığı mı olduğu konusunda kuşku yaratmaktadır¹⁶⁶.

Kısaca doping yaşağının kriminalize edilmesi, hem bu yaşağın muhatabı olan kişilerin kim olduğu, yaşağın hangi madde ve metotlar açısından geçerli olması gerektiği ve nihayet hangi tür davranışların bu suç oluşturacağı konusunda bazı belirsizlikleri de gündeme getirmektedir¹⁶⁷ ve bu açıdan ortaya çıkan sorunların çözümü de kolay görünmemektedir.

¹⁶² Bruggmann/Grau, PharmR 2008, s. 101

¹⁶³ Kudlich, JA 2007, s.94

¹⁶⁴ Birçoğu yerine bkz. AYM, 6.1.2011 T., 2010/19 E., ve 2011/6 K. Sayılı karar (26.2.2011 T. Ve 27858 S.'lı RG)

¹⁶⁵ Kudlich, JA 2007, s.94

¹⁶⁶ Kudlich, JA 2007, s.94

¹⁶⁷ Kreuzer, Arthur, Kriminalisierung des „Eigendoping“ von Sportlern? Desillusionierung und Umdenken in der Sportpolitik statt Ausweitung des Strafrechts, ZRP 2013, s.183

SONUÇ

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar da göstermektedir ki, sporda doping yasağına aykırı davranışları suç saymak ceza hukukunun hukuksal yararları korumada son çare olması ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi, aynı zamanda oranlılık ve yasallık ilkesi açısından da bazı sakıncalar taşımaktadır. Bu nedenle dopinge mücadelede ceza hukuku araçlarına gerek bulunmadığı, ilgili spor dalına özgü yaptırımların yeterli olduğu görüşündeyiz.

TÜRK HUKUKUNDA KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA SORUNUNA KISA BİR BAKIŞ*

▪ Doç. Dr. Mustafa AVCI

ÖZET

Türk hukukunda fiilî yolun en karakteristik örneği, kamulaştırmatsız el atmalardır. Kamulaştırmatsız el atma, idarenin, bir kişiye ait gayrimenkûlü kamulaştırmaya ilişkin usûl ve kurallara uymaksızın ve bir bedel ödemeksizin el atarak kamu hizmetine özgülenmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Buna göre, kamulaştırmatsız el atmadan söz edilebilmesi için, kişiye ait gayrimenkûle idare tarafından kamu hizmetinde kullanılmak amacıyla fiilen el atılmış olması ve bu el atmanın kanunda öngörülen usûl ve esaslara uyularak tesis edilmiş bir kamulaştırma işlemine dayanmadan gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu biçimde, idarenin hukuk dışı eyleminden kaynaklanan fiilikamulaştırmatsız el atmaların, özel kişilerin haksız fiil oluşturan eylemlerinden hiçbir farkının bulunmadığı, bu sebeple bu çeşit eylemlerden doğan zararların da özel kişilerin haksız fiilinden doğan zararlarda olduğu gibi adli yargıda dava konusu edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak kamulaştırmatsız el atmalar her zaman bu şekilde gerçekleşmemektedir. Gayrimenkûl üzerinde herhangi bir fiilî kamulaştırmatsız el atma olmamasına karşın

* 1-3 Temmuz 2014 tarihinde Makedonya'nın Üsküp şehrinde düzenlenen International Conference on Eurasian Economies adlı konferansta sunulan tebliğin gözden geçirilmiş hâlidir.

gayrimenkûl, imar plânında yeşil alan olarak ayrılmış olabilir. Bu gibi durumlarda gayrimenkûl malikinin mülkiyet hakkından doğan yetkileri sınırlandırılmış olmaktadır. Burada hukukî kamulaştırmasız el atmanın mevcut olduğu belirtilmektedir. Bu çerçevede birçok Uyuşmazlık Mahkemesi kararına göre, imar plânında yeşil alan olarak ayrılan ancak fiilî kamulaştırmasız el atmanın bulunmadığı yani hukukî kamulaştırmasız el atmanın bulunduğu hâllerde idarî yargıda tam yargı davası açılmalıdır. Çalışmada 6487 sayılı Kanun'un 21.maddesiyle değiştirilen 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. ve aynı Kanun'un 22.maddesiyle Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici 7.maddeleriyle oluşan düalist yapı ile konuya ilişkin değişiklikler ve yenilikler incelenmektedir.

Anahtar kelimeler: Kamulaştırmasız el atma, Kamulaştırma Kanunu, haksız fiil, İmar Kanunu, mülkiyet hakkı.

TREATISE ABOUT CONFISCATION WITHOUT EXPROPRIATION ACCORDING TO TURKISH LAW

Abstract

In the Turkish law, the most characteristic example of *de facto* action is confiscation without expropriation. Confiscation without expropriation occurs in the case that the Administration intentionally or unintentionally occupies and allocates to public service an immovable property, without observing the rules and procedures related to expropriation and without paying any cost. Accordingly, a certain case is defined as confiscation without expropriation when an immovable property belonging to someone was occupied by the Administration for being used in public service and the occupation is not based on an expropriation procedure established in accordance with the rules and principles specified in the legislation. In that vein, it has been accepted that *de facto* confiscation resulting from unlawful acts of the Administration does not differ from wrongful acts of private persons, and thus such administrative acts should be subject to ordinary jurisdiction just like in the case of damages arising from wrongful acts of private persons. However,

confiscation without expropriation is not always of this nature. In certain cases, although a given immovable property is not exposed to a *de facto* confiscation without expropriation, it may have been specified as a green area on the zoning plan. In such a case, the owner's authorities deriving from property rights will be restricted. This situation may be considered a legal confiscation without expropriation. In accordance with the decision of the Court of Conflicts, in the case that a green area is allocated on the zoning plan but there is no case of *de facto* confiscation, a full remedy action may be filed in the administrative court rather than a case of confiscation without expropriation in the civil court. This study investigates the dualist structure resulting from the temporary Article 6 of the Law no. 2942 on Expropriation amended by Article 21 of the Law no. 6487 and the temporary Article 7 added to the Law of Expropriation by Article 22 of the same Law.

Keywords: Confiscation without expropriation, Code of Expropriation, wrongful act, Code of Zoning, right of ownership.

GİRİŞ

Türk hukukunda 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 683 ve devamındaki maddelerde düzenlenmiş olan mülkiyet hakkı genel olarak; menkûl veya gayrimenkûl bir eşya üzerinde hak sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisi veren, hukuk düzeninin sınırları içinde kullanılabilen mutlak ve aynı bir hak olarak tanımlanmaktadır. Mülkiyet hakkı, menkûl ve gayrimenkûl mülkiyeti olarak ikiye ayrılmak suretiyle incelenmektedir. Kamulaştırma işlemi ve kamulaştırmaz el atma olgusu ise, ancak gayrimenkûl mülkiyeti üzerinde söz konusu olabilmekte ve gayrimenkûl malikinin gayrimenkûl üzerindeki mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaktadır. Çalışmanın konusunu oluşturan kamulaştırmaz el atma ise, herhangi bir kamulaştırma işlemi olmaksızın gayrimenkûle idare tarafından fiilî veya hukukî olarak el koyulmasıdır. Çalışmada kamulaştırmaz el atma olgusu ile fiilî veya hukukî kamulaştırmaz el atma konusu yüksek yargı içtihatları çerçevesinde incelendikten sonra, konuya ilişkin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na 6487 sayılı Kanun'la getirilen yenilikler ve değişiklikler belirtilmektedir.

1. TANIM

Öncelikle kamulaştırmасız el atmanın, dolayısıyla kamulaştırma olarak da belirtildiğini ifade etmek gerekir. Kamulaştırmасız el atma, idarenin bir eylemi sırasında, özel ya da tüzel kişilerin sahip olduğu bir gayrimenkûlün zilyetliğine, hukuka aykırı bir şekilde el atması ve bu el atmanın kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi uyarınca vazgeçilmez olması durumlarında söz konusu olmaktadır¹. İdare, Anayasa ve kanunlara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin gayrimenkûl malına el atmakta ve onun üzerinde bir tesis ya da bina yapmakta yahut o gayrimenkûl malı bir hizmete özgüleyerek mal sahibinin gayrimenkûlü üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunmaktadır. Bu durumların hepsinde idare gayrimenkûl mala kamulaştırmасız elatmış kabul edilmektedir². İdarenin başkasına ait bir gayrimenkûl üzerinde bu şekilde tesis veya bina yapmasıyla idare, o gayrimenkûle fiilen el atmış olmaktadır. Ancak kamulaştırmасız el atma her zaman bu şekilde oluşmamaktadır. Bazen gayrimenkûl üzerinde herhangi bir fiilî el atma olmamasına rağmen söz konusu gayrimenkûl imar plânında örneğin yeşil alan olarak özgülenmiş veya başka bir kamu hizmetine özgülenmiş olabilmektedir. Bu gibi durumlarınvarlığında gayrimenkûl malikinin mülkiyet hakkından doğan yetkileri kısıtlanmış olmaktadır. Burada da hukukîkamulaştırmасız el atmanın söz konusu olduğu ifade edilmektedir³.

2. HUKUKİ KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

Genellikle hukukî kamulaştırmасız el atma uygulaması, imar plânı ile bir kişinin gayrimenkûlünün yol, park, okul veya yeşil alan, ibadet yeri gibi alanlara ayrılmış olması ya da kadastral bir parselde yapılan imar uygulaması sonucunda, uygulama alanında gayrimenkûlü olan ki-

¹ İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGEN/Tayfun AKGÜNER/Kahraman BERK, İdare Hukuku, Der Yayınları, 4.Baskı, İstanbul, 2011. s.925.

² Ali YÜKSEL, “Kamulaştırmасız El Atma Davalarında Görevli Mahkeme”, s.1. <http://www.gayrimenkulhukuku.org/kamulas-tirmasiz-el-atma-davalarinda-gorevli...>, E.T:05.12.2013.

³ Aynı, s.1.

şilerden gayrimenküllerin % 40'ını geçmemek üzere ve bedelsiz olarak düzenleme ortaklık payı (DOP) alınması olarak iki durumda karşımıza çıkmaktadır⁴. 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18.maddesinde yer alan düzenleme ortaklık payı alınması, Kamulaştırma Kanunu'nda düzenlenen usûle göre bir kamulaştırma işlemi yapılmaksızın, özel mülkiyette bulunan gayrimenküllerin belli bir bölümüne İmar Kanunu'nda yer alan düzenlemeler çerçevesinde zorla el konmasıdır⁵. Kamulaştırma Kanunu'na göre kamulaştırma yapılmak suretiyle el atılan gayrimenkûlün bedelinin idare tarafından ödenmesi mecburî iken, İmar Kanunu'nda düzenlenmiş olan düzenleme ortaklık payı uygulaması yapılmak suretiyle el atılan gayrimenkûl için idarenin bir bedel ödeme zorunluluğu bulunmamaktadır⁶.

Danıştay'ın konuya yaklaşımına bakılacak olursa, Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu bir kararında; “kamulaştırmanın yapılabilmesi için gayrimenkûl malikleri tarafından yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı öne sürülerek açılan iptal davalarında; mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe itildiğinden ve kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğundan söz edebilmek için imar plânlarının onaylanmasından itibaren beş yıl geçmesinin gerektiği, imar plânlarında, kamunun kullanımı için ayrılangayrimenkûllerin, uzun süre ilgili idarelerce kamulaştırılmaması nedeniyle gayrimenkûl maliklerinin mülkiyet hakkının belirsiz süre ile kısıtlandığı ve böylece kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğu” yönünde hüküm tesis etmiştir⁷. Danıştay 6.Dairesi de son zamanlarda vermiş olduğu bir kararında; “İmar plânında yol ve otopark olarak belirlenen ve beş yıllık imar programına alınmaması sonucu kamulaştı-

⁴ Gülşen AKAR PEHLİVAN, “İdarî Yargı Açısından Kamulaştırmaz El Atma Sorunu ve Uyuşmazlık Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı”, Ankara, 2013. s.8. <http://www.uyuşmazlik.gov.tr/galeri/sempozyum2/gulsenakarpehlivan.pdf>, E.T:09.01.2013.

⁵ Metin GÜNDAĞ, İdare Hukuku, 10.Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2011. s.276.

⁶ Aynı, s.276-277.

⁷ Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, Karar Tarihi:24.05.2012, Esas:2007/2255, Karar:2012/801, Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu, Karar Tarihi:14.12.2006, Esas:2003/385, Karar:2006/2124, Bkz. AKAR PEHLİVAN, *agm*, s.13.

rılmayan taşınmazın bedelinin, keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak belirlenmesi suretiyle ödenmesi gerektiğinden tazminat isteminin red-dine ilişkin mahkeme kararında isabet bulunmadığına” hükmetmiştir⁸. Konuya ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’da bir kararında; “Belediyelerin imar plânının yürürlük tarihinden itibaren en geç üç ay içerisinde plânın tatbiki için beş yıllık imar programını ha-zırlamakla yükümlü oldukları, uzun yıllar programa alınmayan imar plânının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı idarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle gayrimenkûle müdahâle edildiğinin kabulü gerek-tiği ve bu durumda idarelerin kamulaştırmasız el koyma hükümleri doğ-rultusunda sorumlu olduklarına” hükmetmiştir⁹. Yargıtay Hukuku Ge-nel Kurulu yukarıda belirtilen bu kararında, Anayasa Mahkemesi’nin¹⁰ İmar Kanunu’nun 13.maddesinin iptal gerekçesindeki “modern sosyal mülkiyet anlayışı” ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sporrong ve Lonroth kararını değerlendirerek; “bir gayrimenkûle fiilen el atıl-ması ile gayrimenkûlün hukuken kullanılmasına (imar hakkına) sınır-lama getirilmesi arasında sonuç yönünden bir fark bulunmadığı ve her iki hâlde de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılmış olacağını” belirt-miş, “gayrimenkûlün satılmasında ve kiralanmasında veya kullanılma-sında veyahut yararlı değişiklikler yapılmasında sıkıntı çekilmesi saptama-sı ile hukuki el atmanın varlığı hâlinde de, gayrimenkûlün bedelinin idareden istenebileceği” sonucuna ulaşmıştır¹¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bu kararı, fiilen el atılmamış olsa bile gayrimenkûl imar plânında kamu hizmetlerine özgülenmiş olan gayrimenkûl malikleri için olumlu bir gelişme olmuş ancak bu kararın uygulanması uzun süreli ol-mamıştır. Zira hukuk mahkemelerinde görülen bu davaların sayısı fazla-laşmış ve davalı idareler bu kez görev itirazında bulunmaya başlamıştır.

⁸ Danıştay 6.Dairesi, Karar Tarihi:17.04.2013, Esas:2011/8152, Karar:2013/2702, Bkz. <http://www.danistay.gov.tr/Güncel Kararlar>, E.T:21.01.2014.

⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Karar Tarihi:15.12.2010, Esas:2010/5-662, Karar:2010/651, Bkz. <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=10934>, E.T:15.01.2014.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:29.12.1999, Esas:1999/33, Karar:1999/51, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı:29.06.2000/24094, Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>, E.T:14.01.2014.

¹¹ AKAR PEHLİVAN, *agm*, s.10.

Bunun üzerine Uyuşmazlık Mahkemesi ise; “gayrimenkûle hukukî el atmanın varlığı hâlinde kamulaştırmaz el atma davasının idarî yargıda görüleceğine” karar vermiştir¹². Uyuşmazlık Mahkemesi; “3194 sayılı Kanun’un 10.maddesi amir hükmü uyarınca davalı idareler tarafından beş yıllık süre içinde kamulaştırılma işlemi yapılarak hisse bedelinin ödenmesi gerekirken, süre geçmesine rağmen idare tarafından herhangi bir kamulaştırma işlemi yapılmayan ve imar plânından kaynaklanan tazminat davasının, idarî yargı yerinde çözümlenmesi gerektiğini” hükme bağlamıştır¹³. Bu defa adli yargıda görülen davalar, davalı idarelerin itirazları doğrultusunda Uyuşmazlık Mahkemesi’nin önüne gelmeye başlamış ve aynı davalar bu kez idare mahkemelerinde açılmak durumunda kalmıştır¹⁴.

Yukarıda örnekleri verilen Uyuşmazlık Mahkemesi’nin bu doğrultudaki kararlarından sonra bile uygulamada hukuk mahkemeleri yine hukukî kamulaştırmaz el atma davalarına bakmaya devam etmişlerdir. İdare mahkemelerinde açılan davalarda ise, idare mahkemelerinin görevsizlik kararları verdikleri de görülmektedir. Kısacası **çoğu zaman** uygulamadaki durumun Uyuşmazlık Mahkemesi’nin yukarıda örnekleri verilen kararlarının aksi doğrultuda bir seyir takip ettiği görülmektedir¹⁵. Ancak buna rağmen Uyuşmazlık Mahkemesi, hukukî kamulaştırmaz el atma nedeniyle açılan davaların idarî yargıda görüleceğine yönelik

¹²“Olayda, imar plânının uygulaması sonucu, uyuşmazlığa konu parsellerin imar plânında park alanında kaldığı, uzun süredir park alanı olarak düzenleme yapılmadığı, kamulaştırılmadığı, gayrimenkûle inşaat yapma olanağı bulunmadığı; kamulaştırmaz el atma nedeniyle gayrimenkûlün bedelinin ödenmesi gerektiğinin iddia edildiği; davanın konusunun, davalı idarece 3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca kamu gücü kullanılarak tek yanlı irâde ile yapılan imar plânlarında yeşil alan olarak yer alan davacılar ait gayrimenkûlün bedelinin tazminine ilişkin bulunduğu anlaşılmış olup, belirtilen duruma göre, imar plânı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu’nun 2/1-b maddesinde yer alan ‘İdarî eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları’ kapsamında idarî yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir”. Uyuşmazlık Mahkemesi, Karar Tarihi:09.04.2012, Esas:2011/238, Karar:2012/63, Bkz. <http://www.gencbaro.org/haber/fiili-elatma...>, E.T:05.12.2013.

¹³ Uyuşmazlık Mahkemesi, Karar Tarihi:01.07.2013, Esas:2013/541, Karar:2013/1073, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı:01.08.2013/28725 (Mükerrer);, Uyuşmazlık Mahkemesi, Karar Tarihi:04.06.2013, Esas:2013/426, Karar:2013/887, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı:18.04.2013/28622 (Mükerrer), Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/arşiv-fihrist-düstur>, E.T:17.01.2014.

¹⁴ YÜKSEL, *agm*, s.1.

¹⁵ Aynı, s.1.

kararlar vermeye devam etmektedir¹⁶. Hukuk mahkemelerinde görülen davalarda ise, davalı idareler görev itirazında bulunmaktadırlar¹⁷. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu konuya yönelik vermiş olduğu kararlarını basit bir görev ayırımına ilişkin kararlar biçiminde düşünmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira görev nedeniyle reddedilen bu davalar için gayrimenkûl maliki karşı tarafın vekâlet ücretini ödemek ve en kötüsü de tekrar dava açmak zorunda kalabilecektir. Ayrıca, adlî yargıda dava değerinin dava açılırken tespit edilmesi mümkün olmuyorsa, bilirkişi incelemesi sonrasında tespit edilen miktara göre dava değerini ıslâhla arttırmak mümkündür¹⁸. İdarî yargıda ise durum biraz daha değişik niteliktedir. 30.04.2013 tarihine kadar idarî yargıda açılan tam yargı davalarında ıslâh kabul edilmemekteydi. Çeşitli sebeplerle ıslâh müessesesi idarî yargıda kabul görmediği için, dava açılırken zarar miktarının belirtilmesi gerekiyordu. Ancak zarar miktarının belirlenmesi her zaman kolay olmamaktadır. Çünkü idare mahkemeleri tarafından da genellikle zarar miktarı keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda gerçek anlamıyla ortaya çıkmakta ve belirli hâle gelmektedir¹⁹. Bu hâl, dava açılırken talep edilen miktardan daha fazla zarar olduğu bilirkişi incelemesiyle tespit edilse bile, idarî yargıda tam yargı davalarında ıslâh mümkün olmadığından dava açılırken talep edilen tazminat miktarı ile yetinmek durumunda kalınması anlamına geliyordu. Ancak 30.04.2013 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4.maddesiyle 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 16.maddesinin 4.fıkrasına şu cümle eklenmiştir: "Ancak, tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usûl kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir". Aynı Kanun'un geçici 7.maddesinde de "... ek-

¹⁶ Aynı, s.1-2.

¹⁷ Aynı, s.2.

¹⁸ Aynı, s.2.

¹⁹ Aynı, s.2.

lenen hüküm, kanun yolu aşaması dâhil, yürürlük tarihinde derdest olan davalarda da uygulanır” düzenlemesi getirilmiştir²⁰. Bu düzenlemeler ile idarî yargıda açılan tam yargı davalarında kısmî ıslâh müessesesinin kabul edildiği görülmektedir. Bu kanunî gelişmelerin kamulaştırmaz el atma davalarının idarî yargıda görülmesinin sakıncalarını da biraz olsun azaltması nedeniyle olumlu olduğunu belirtmek yanlış olmasa gerektir²¹.

Yukarıda verilen Uyuşmazlık Mahkemesi’nin imar plânı uygulamaları neticesinde oluşan zararlar için açılacak tam yargı davalarının görüm yerinin idarî yargı olduğu yönünde konuya ilişkin birçok kararından sonra bile hukukî kamulaştırmaz el atmalar için hukuk mahkemelelerinde dava açılmaya devam edildiği görülmektedir. Ancak 18.10.2010 tarihli ve 5999 sayılı Kanun’un 1.maddesi²² ve 24.05.2013 tarihli 6487 sayılı Kanun’un 21.maddesiyle değişik Kamulaştırma Kanunu’nun geçici 6.maddesine²³ şu hüküm ilâve edilmiştir: “Uygulama imar plânlarında umumî hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili Kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan gayrimenkûller hakkında, 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu’nda öngörülen idarî başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idarî yargıda dava açılabilir. Bu madde hükümleri karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş tüm davalara uygulanır. Kararı kesinleşen davalara ise, bu maddenin yalnızca 8.fıkra hükümleri uygulanır”. Böylece hukukî kamulaştırmaz el atma nedeniyle açılacak davaların idarî yargıda görüleceği konusu **açıkça**

²⁰ Kanun koyucu geçici madde düzenlemeleri ile idarî yargıda ıslâh kurumunun hâlen görülmekte olan derdest davalarda ve temyiz edilmek suretiyle hâli hazırda üst mahkemede görülmekte olan kanun yolu aşamasındaki davalarda da uygulanabileceğini düzenlemiştir.

²¹ YÜKSEL, *agm*, s.2.

²² Bu madde ile getirilen düzenlemelerin bazıları Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bakınız. Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:01.11.2012, Esas:2010/83, Karar:2012/169, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı:22.02.2013/28567. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/02/20130222-10.htm>, E.T:08.01.2014.

²³ 6487 sayılı Kanun’la 2942 sayılı Kanun’un değiştirilen geçici 6.maddesinin bazı bölümlerini iptali için de Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi henüz bu konudaki esasa ilişkin kararını vermemiştir. Konuya ilişkin olarak önlerine dava gelen ilk derece mahkemeleri ise, bu durumu bekletici mesele yapmaktadırlar.

kanunla düzenlenmiş olmaktadır²⁴. Anayasa Mahkemesi de konuya ilişkin bir kararında bu duruma karşı gelmeyip, şu açıklamaları yapmıştır: “İmar plânlarının düzenleyici işlem niteliği taşıdığı ve bu plânların hazırlanmasından başlayarak tüm evrelerinde meydana gelen her türlü uyuşmazlığın idarî yargı yerinde çözüme kavuşturulduğu görülmekte, imar plânları nedeniyle gayrimenkûllerindeki tasarruf yetkileri kısıtlanan maliklerin açmış oldukları iptal ve tam yargı davaları da idarî yargı yerlerince görülmektedir²⁵”.

3. FİİLÎ KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

Diğer taraftan fiilî kamulaştırmasız el atma konusuna dönecek olursak, Türk hukukunda fiilî kamulaştırmasız el atmaların fiilî yolun en ka-

²⁴ YÜKSEL, *agm*, s.2.

²⁵ “**İtiraz konusu**, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun, 24.05.2013 tarih ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 21.maddesiyle değiştirilen geçici 6.maddesinin 7., 11. ve 13.fıkralarının Anayasa’nın 10. ve 38.maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir. Başvuran mahkemede görülen davaya konu olayda, davacıya ait gayrimenkûl, imar plânlarıyla ‘dere mutlak koruma alanı’ sınırları içine alınmış ve bu nedenle davacının gayrimenkûl üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır. Davacının tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının, davacının malvarlığında azalma meydana getirebileceği tartışmasızdır. Ancak, davacının mülkü üzerinde tasarruf etme hakkının kısıtlanması, idarenin bir eyleminden değil, idarî bir işlem niteliğinde olduğu tartışmasız olan imar plânından kaynaklanmaktadır. Olayda, idarenin fiilî el koyma niteliği taşıyan bir eylemi henüz bulunmamakta, aksine kanunen yapması gereken kamulaştırma işlemlerini yapmamak biçiminde tezahür eden bir eylemsizliği söz konusudur. Öte yandan, kamulaştırmasız el atmadan söz edilebilmesi için gayrimenkûl zilyetliğinin idareye geçmesi ve gayrimenkûlün fiilen kamu hizmetine özgülenmiş olması gerekmektedir. Oysa mahkemede görülen davaya konu olayda olduğu gibi imar kısıtlamalarında gayrimenkûl zilyetliği malikte kalmaya devam etmekte olup yalnızca malikin tasarruf yetkisinin, ilgili mevzuattan kaynaklanan bazı kısıtlamalara maruz kalması söz konusu olmaktadır. Sonuç olarak, davacının gayrimenkûlünün imar plânlarında dere mutlak koruma alanında bırakılması nedeniyle tasarruf hakkının kısıtlanmasının kamulaştırmasız el atma olarak nitelendirilemeyeceği, bunun, idarî bir işlem olan imar plânlarının zorunlu bir sonucu olduğu ve tasarruf hakkının kısıtlanması sebebiyle doğan zararın ancak idarî yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla bakılmakta olan dava, itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin görev alanına girmemektedir. Nitekim Anayasa’nın 158.maddesiyle, adli, idarî ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlmeye yetkili kılınan Uyuşmazlık Mahkemesi’nin istikrar bulmuş içtihatları da bu yöndedir (Örneğin; Uyuşmazlık Mahkemesi, Karar Tarihi:04.02.2013, Esas:2001/107, Karar:2013/230). Kaldı ki dava konusu kuralları da içeren geçici 6.maddenin 10.fıkrasının 3.cümlesinde de; ‘Uygulama imar plânlarında umumî hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan gayrimenkûller hakkında, 3194 sayılı İmar Kanunu’nda öngörülen idarî başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idarî yargıda dava açılabilir’ hükmüne yer verilerek imar kısıtlamalarından kaynaklanan tazminat davalarının *idarî yargıda* açılacağı teyit edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:25.09.2013, Esas:2013/93, Karar:2013/101, Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası,E.T:14.01.2014>.

rakteristik misallerinden birisini oluşturduğu görülmektedir²⁶. Fiilî yol, idarenin, hukukî herhangi bir esasa dayanmaksızın, faaliyet alanına yabancı bir konuda eylemde bulunması olarak belirtilmektedir²⁷. Fiilî kamulaştırmaz el atma, idarenin, bir kişiye ait gayrimenkûlü bilerek veya bilmeyerek kamulaştırmaya ilişkin usûl ve kurallara uymaksızın ve bir bedel ödemeksizin işgal ederek kamu hizmetine özgülenmesi şeklinde tanımlanmaktadır²⁸. Kısacası fiilî kamulaştırmaz el atmadan bahsedebilmek için; öncelikle idarenin özel veya tüzel kişilerin gayrimenkûl mallarına kamulaştırma yapmaksızın el atması ya da gayrimenkûlün üzerine tesis gibi bir yapı inşa ederek bayındırlık hizmetini fiilen başlatması veya bir kamu hizmetine özgülenmesi gerekmektedir²⁹. Kamulaştırmaz el atma, idare tarafından daha doğrusu kamulaştırma yetkisine sahip olan idare kuruluşları tarafından yapılabilir³⁰. Belirtmek gerekir ki, bir kamu tüzel kişisi bir başka kamu tüzel kişisinin malına ihtiyaç duyarsa Kamulaştırma Kanunu'nun 30.maddesinde belirtilen yöntemle bunu devralabilir. Kamulaştırma Kanunu'nun 30.maddesinde belirtilen yöntem kullanılmadan gayrimenkûle el atılması durumunda da yine ka-

²⁶ “Kamulaştırmaz el atmalar, mülkiyet hakkına yapılan hukuka aykırı bir müdahâledir. Burada bir idari işlem yoktur. Burada idarenin hukuka aykırı ve mülkiyet hakkını ağır bir şekilde ihlâl eden bir eylemi vardır. İdare hukuku teorisinde bu tür eylemlere fiili yol denir”. Bkz. Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku*, Cilt: II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009. s.991.

²⁷ “Fiili yoldan söz edebilmek için, şu şartların gerçekleşmesi gerekir: 1- Ortada, idare tarafından gerçekleştirilen maddî bir icra, bir eylem olmalıdır. Bu eylem, yok hükmündeki bir idari işlemin icrası şeklinde olabileceği gibi, hiçbir işleme dayanmayan bir icrai faaliyet şeklinde de ortaya çıkabilir. 2- Dayanılan işlem veya yapılan eylem, açık ve ağır bir hukuka aykırılığın sonucu olmalıdır. O kadar ki, yapılan eylem idarîlik vasfını kaybetmiştir ve artık idarenin sorumluluğu, idare hukuku esaslarına değil, özel hukuk hükümlerine tâbi olacaktır. 3- Nihayet, idarenin eylemi, mülkiyet hakkına ya da kamu özgürlüklerine bir tecavüz oluşturmaktadır”. Bkz. Salih ŞAHİNİZ, *Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma (İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması)*, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2006. s.38.

²⁸ Ali ARCAK/Edip DOĞRUSÖZ, *Kamulaştırmaz El Koyma (El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1992. s.19.

²⁹ “Geçici olarak el koyma kamulaştırmaz el atma kavramına girmez. Gayrimenkûle el koyma sahiplenme şeklinde ise, kamulaştırmaz el atma vardır”. Bkz. Ali Haydar KARAHACIOĞLU/Mehmet ALTIN, *Kamulaştırmaz El Atma Davaları*, Üçbilek Matbaası, Ankara, 1995. s.1vd.

³⁰ “Lehine kamulaştırma yapılmış olan bir özel hukuk şirketi, kamulaştırılan gayrimenkûl malın dışında kalan kişilerin gayrimenkûl mallarına taşarak el atmışsa burada kamulaştırmaz el atma değil, men-î müdahâle davası söz konusu olabilir. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi de bu hususu bir kararında (Karar Tarihi: 16.12.1986, Esas Sayısı: 16858, Karar Sayısı: 17085) teyit etmiştir”. Bkz. KARAHACIOĞLU/ALTIN, *age*, s.1.

mulaştırmaz el atmanın söz konusu olduğu ifade edilmektedir³¹. Uyuşmazlık Mahkemesi de böyle bir durumda doğan zararın tazmini için adli yargıda tazminat davası açılabileceğine hükmetmiştir³².

Fiilî yol ve dolayısıyla fiilî kamulaştırmaz el atmalardan doğan davalar³³, adli yargıda görülür³⁴. Anayasa Mahkemesi'ne göre de, fiilî kamulaştırmaz el atmadan söz edilebilmesi için, kişiye ait gayrimenkûlün idarece (kamu hizmetinde kullanılmak amacıyla) işgal edilmiş olması ve bu işgalin kanunda öngörülen usûl ve esaslara uyularak tesis edilmiş bir kamulaştırma işlemine dayanmadan gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu şekilde, idarenin hukuk dışı eyleminden kaynaklanan fiilî el atmaların, özel kişilerin haksız fiil teşkil eden eylemlerinden hiçbir farkının bulunmadığı, bu nedenle bu çeşit eylemlerden doğan zararların da özel kişilerin haksız fiilinden doğan zararlarda olduğu gibi adli yargıda dava konusu edilmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁵. Dolayısıyla gayrimenkûle fiilen el atılması durumunda mahkemeler kamulaştırmaz el atmanın varlığını kabul ederek gayrimenkûl malikine gayrimenkûl bedeli ödenmesine karar vermektedirler. Yani kamulaştırmaz el atma da gayrimenkûl sahibi tazminat talep edebilir ve tazminat olarak hükmedilecek gayrimenkûl bedeli de, bir kamulaştırma bedeli değildir.³⁶ Ayrıca mahkemenin aynı zamanda gayrimenkûlün mülkiyetinin idare adına tescil veya terkinine de karar vermesi lazımdır³⁷.

³¹ GÖZLER, *age*, s.992.

³² Uyuşmazlık Mahkemesi, Karar Tarihi:08.07.1991, Esas:1991/7, Karar:1991/12, Resmi Gazete Sayı:21027, Nakleden: GÖZLER, *age*, s.992'deki dipnot.

³³ Zeki AKAR, *Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları*, Cilt: II, Turhan Kitabevi, 2.Baskı, Ankara, 2007. s.1706-1879.

³⁴ GÖZLER, *age*, s.991. ;ŞAHİNİZ, *age*, s.38. ;A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, *İdare Hukuku*, Genel Esaslar, Cilt: I, Turhan Kitabevi, 8.Baskı, Ankara, 2011. s.1011.

³⁵ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:25.09.2013, Esas:2013/93, Karar:2013/101, Bkz.<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankasi>, E.T:14.01.2014.

³⁶ 6487 sayılı Kanun'la 2942 sayılı Kanun'un değiştirilen geçici 6.maddesinin bazı bölümlerinin iptali için de Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi henüz bu konudaki esasa ilişkin kararını vermemiştir. Konuya ilişkin olarak önlerine dava gelen ilk derece mahkemeleri ise, bu durumu bekletici mesele yapmaktadırlar.

³⁷ Veli BÖKE, *Kamulaştırmaz El Atma Davaları*, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara, 2006. s.19.

Kısacası; hem fiilî hem de hukukî nitelikteki kamulaştırmaz el atmalarda görevli mahkemeler konusunda hâlihazırda ikili bir yapının ortaya çıktığını belirtmek yanlış olmasa gerekir. Yukarıda da belirtilen

Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına göre, imar plânı uygulamaları neticesinde oluşan zararlar için açılacak tam yargı davalarının görüm yeri idarî yargıdır yani imar plânında örneğin yeşil alan olarak bırakılan ancak fiilî el atmanın bulunmadığı durumlarda hukuk mahkemesinde değil idare mahkemesinde dava açılabilir. Dolayısıyla fiilî kamulaştırmaz elatma varsa hukuk mahkemelerinin, hukukî kamulaştırmaz el atma varsa idare mahkemelerinin görevli olduğu ifade edilebilir³⁸.

4. KAMULAŞTIRMA KANUNU'NUN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Türk hukukunda kamulaştırmaz el atmalara maruz kalan gayrimenküller ile ilgili olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun çeşitli tarihlerde verdiği kararları bulunmaktadır. Yargıtay bu kararlarından birinde, kamulaştırmaz el atılan gayrimenkülün sahibine tazminat ya da men-i müdahâle davalarına başvurmayı mümkün kılmıştır³⁹. Yargıtay'ın bu kararından sonra 221 sayılı Kanun⁴⁰ ile kamulaştırmaz el atmalar bir defa için hukuka uygun hâle getirilmiştir⁴¹. Ancak 221 sayılı Kanun geçici nitelikte olduğundan soruna kalıcı olarak bir çözüm getirememiştir. Daha sonra 2942 sayılı Kamulaştırma

³⁸ Bkz. <http://www.gençbaro.org/haber/fiili-elatma...>, E.T:05.12.2013.

³⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, Karar Tarihi:16.05.1956, Esas:1956/1, Karar:1956/6-7. ;"Yargıtay'ın bu içtihadı birleştirme kararından şu sonuçlar çıkmaktadır: Gayrimenkül üzerindeki mülkiyet hakkı kamulaştırmaz el atma nedeniyle son bulmadığı için, malik istihkâk davası açamayacaktır. Malik, mülkiyet hakkı son bulmadığı için, gayrimenkülün zilyetliğine hukuka aykırı olarak el atan idare aleyhine men-i müdahâle davası açabilecektir. Ancak kamulaştırmaz olarak el atılan gayrimenkülün yola dönüşmüş olması nedeniyle, men-i müdahâle kararının infazında güçlük ya da imkânsızlık çıktığında, malik mülkiyet hakkını idareye devredebilecek ve bunun karşılığında gayrimenkülün bedelini dava edebilecektir. Bu bedel ise, malikin mülkiyet hakkının devrine razı olduğu dava tarihindeki bedeldir. Nihayet, malikin mülkiyet hakkı devam ettiğinden, dava açma hakkı zaman aşımına uğramayacaktır". Bkz. GÜNDAY, *age*, s.278.

⁴⁰ 05.01.1961 tarih ve 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenküller Hakkında Kanun için bkz. KARAHACIOĞLU/ALTIN, *age*, s.200-202. ;221 sayılı Kanun ile ilgili açıklamalar için ayrıca bkz. ARCAK/DOĞRUSÖZ, *age*, s.20-21.

⁴¹ GÜNDAY, *age*, s.279.

Kanunu'nun 38.maddesiyle getirilen düzenleme ise, idarenin kamulaştırmasız el atma yapması durumunda gayrimenkûl sahibinin hangi davaları hangi yargı kolunda açabileceğine ilişkin bir hüküm tesis etmemiş yalnızca bu konuda açılacak davalar için yirmi yıllık bir zaman aşımı süresi öngörmüştür⁴². Bu düzenleme de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁴³. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu ise bir kararında da; “idarî makamların verdikleri kararlar sonucunda plân ve projelere uygun el atmadan doğan anlaşmazlıklarda idarî yargının, bunun dışındaki haksız el atmalardan doğan davalarda adli yargının görevli olduğuna” hükmetmiştir⁴⁴. Son zamanlarda kabul edilen 6487 sayılı Kanun ile konuya ilişkin yeni düzenlemeler yapılmıştır⁴⁵. Belirtmek gerekir ki, 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 21.maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6.maddesinde yapılan değişiklikler,hukuki kamulaştırmasız el atmalarda görevli yargı kolunun *idarî yargı* olduğunu belirlemekle sınırlı düzenlemeler de değildir. Ayrıca 6487 sayılı Kanun'un 22.maddesi ile Kamulaştırma Kanunu'na geçici 7.madde ilâve edilmiştir⁴⁶. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6.maddesinin başlığı, “Kamulaştırmaksız El Koyma Sebebiyle Tazmin” iken yeni düzenlemeyle “Kamulaştırmaksızın Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Bedel Tespiti”hâline getirilmiştir. Kanunî değişikli-

⁴² Aynı, s.279.

⁴³ Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:10.04.2003, Esas:2002/112, Karar:2003/33, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı:04.11.2003/25279. Bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankası>, E.T:14.01.2014.

⁴⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, Karar Tarihi:11.02.1959, Esas:1958/17, Karar:1959/15, Bkz. ŞAHİNİZ, *age*, s.25-27.

⁴⁵ 6487 sayılı Kanun'la 2942 sayılı Kanun'un değiştirilen geçici 6.maddesinin bazı bölümlerinin iptali için de Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi henüz bu konudaki esasa ilişkin kararını vermemiştir. Konuya ilişkin olarak önlerine dava gelen ilk derece mahkemeleri ise, bu durumu bekletici mesele yapmaktadırlar.

⁴⁶ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, *Geçici Madde 7-(Ek:24.05.2013-6487/22 mad.)*: “Mülga 31.08.1956 tarihli ve 6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun 16 ve 17.maddeleri ile 2942 sayılı Kanun'un mülga 16 ve 17.maddeleri uyarınca mahkemelerce idare adına tescil kararı verilen kamulaştırmalarda tebligatlar ve diğer kamulaştırma işlemleri tamamlanmış sayılır. Bu kamulaştırma işlemleri sebebiyle hiçbir hak ve alacak talebinde bulunulamaz; kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılmaz; açılmış ve süren davalar bu madde hükmü uygulanarak sonuçlandırılır”.

ğin getirdiği yenilikler kısaca şu şekilde özetlenebilir⁴⁷: 09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihleri arasında fiilî kamulaştırmaz el atma hâli varsa malikin doğrudan dava açma hakkı engellenmiş, uzlaşma dava şartı hâline getirilmiş böylece malik uzlaşma yoluna başvurmak zorunda bırakılmıştır. Uzlaşma hâlinde uzlaşılan bedel, bütçe imkânlarına göre belirsiz bir biçimde zamana yayılarak taksitle ödenebilecektir. Uzlaşma sağlanamazsa malikin üç ay içinde bedel tespit davası açması gerekecektir. Malikin dava açma hakkının kısa bir süreyle sınırlandırılmasının, yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi'nin Kamulaştırma Kanunu'nun 38.maddesini iptal eden kararına aykırı olduğu ifade edilmektedir⁴⁸.

Getirilen yeni düzenlemeye göre, kamulaştırmaz el koyma sebebiyle sadece bedel tespit davası açılabilir. Yeni düzenleme tazminat, men-î müdahâle ve istihkâk davası açabilme imkânını ortadan kaldırmıştır⁴⁹. Bu düzenleme daha önce Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin verdiği iptal kararına da açıkça aykırıdır⁵⁰. Ayrıca fiilî kamulaştırma-

⁴⁷ Tevrat DURAN, "6487 sayılı Yasa'nın 21 ve 22.maddesinin Anayasa'ya Aykırılık Sorunu ile İlgili Hukukî Çalışma", s.1-5. Bkz. <http://tevatrduran.com/6487-sayili-yasanin-21-ve-22-maddesiyle-ilgili...>, E.T:05.12.2013.

⁴⁸ "Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı ile Kamulaştırma Kanunu'nun 38.maddesi yürürlükten kalktığından, 04.11.1983 tarihinden sonra vuku bulan ve bulacak olan kamulaştırmaz el atmalar nedeniyle açılacak olan tazminat davaları için artık herhangi bir süre sınırlaması kalmamış iken, 09.10.1956 ve 04.11.1983 tarihleri arasında vuku bulan kamulaştırmaz el atmalar nedeniyle açılacak tazminat davaları için üç aylık bir süre getirilmiş olması eşitlik ilkesini de ihlâl etmektedir". GÜNDAY, *age*, s.281. ;Anayasa Mahkemesi'ne, 6487 sayılı Kanun'la 2942 sayılı Kanun'un değiştirilen geçici 6.maddesinin, iptali için başvuru bölümlerinden birisi de, bu konuya ilişkin düzenlemedir.

⁴⁹ Gürsel KAPLAN, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usûl ve Esaslar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 99, Ankara, 2012. s.142vd.

⁵⁰ "Dava dilekçesinde, 6.fıkranın 1.cümlesinde yer alan malik tarafından 'sadece' tazminat davası açılacağı öngören kuralın, hak arama özgürlüğünü ihlâl ettiği belirtilerek Anayasa'nın 36.maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. 6.fıkra, gayrimenkülün kamulaştırma olmaksızın el atılan maliklerin öncelikle uzlaşma amacıyla idareye başvurmaları, altı ay içinde uzlaşma sağlanamaması ya da idarenin uzlaşmaya davet etmemesi hâlinde maliklerin üç ay içinde sadece tazminat davası açabileceği öngörülmüştür. Buna göre, idare ve malik arasında uzlaşma sağlanmadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği veya altı aylık sürenin uzlaşmaya davet olmaksızın sona erdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde malik tarafından sadece tazminat davası açılabilir, mülkiyet hukukundan kaynaklanan diğer davaların açılması mümkün olmayacaktır. Anayasa'nın 36.maddesinde, hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri de mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukukî bir uyumsuzluğun bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar. Maddî hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın maddî hukukun ihlâlinden kaynaklanan uyumsuzlukların dava konusu yapılmasını yasaklayan kural, hak arama özgürlüğünü ortadan kaldıracı niteliktedir. Gayrimenkülün kamulaştırmaz el atılan malikin sadece tazminat davası açabileceğini düzenle-

sız el atma nedenine dayalı tazminat davası eda davası iken, tespit davası olarak nitelenmiştir.

Yine son yapılan düzenlemeye göre, fiilî kamulaştırmasız el atma davaları ve ilâmın icrasına dair icra takiplerinde artık nispi değil maktu vekâlet ücretine hükmedilecektir. Ayrıca bu düzenlemeye göre, 09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihleri arasında idarenin fiilî kamulaştırmasız el atması hâlinde mahkeme tarafından tespit edilen bedelin tahsili sebebiyle idarenin mal, hak ve alacakları haczedilemeyecektir.

2942 sayılı Kanun'un geçici 6.maddesinin 8.fıkrasına göre, kesinleşen mahkeme kararına istinaden yapılacak ödemeler taksitle yapılabilecektir.04.11.1983 tarihi sonrası fiilî kamulaştırmasız el atmalarda da "taksitle ödeme, haciz yasağı, vekâlet ücretinin maktu olarak belirlenmesi" düzenlemesi getirilmiştir. Bu düzenlemenin devam eden yani kesinleşmeyen derdest davalarda da geçerli olacağı düzenlenmiştir⁵¹.Kısaca belirtmek gerekirse, Anayasa'nın mülkiyet hakkına ilişkin 35.maddesiyle çelişir nitelikteki bu düzenlemeler, kamulaştırmasız el atmalar sebebiyle oluşan hukuka aykırı hâller münasebetiyle mülkiyet hakları ihlâl edilen gayrimenkûl sahiplerinin zararlarını gidermeyi ve fiilî kamulaştırmasız el atma davaları nedeniyle oluşan tazminatları azaltmayı amaçlamaktadır⁵². Ayrıca yapılan bu düzenlemeler, mülkiyet hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 numaralı ek protokolünün 1.maddesine de aykırıdır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında⁵³; "her ne kadar bu gibi uygulamaların yürürlükte

yen kural, malikin el atmanın önlenmesi ve eciri misil davası gibi mülkiyet hakkından kaynaklanan davaları açmasını yasaklamakta, böylece hak arama özgürlüğünü bu davalar yönünden ortadan kaldırmaktadır. Açıklanan nedenlerle malikin sadece tazminat davası açabileceğini öngören kural, Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir". Bakınız. Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi:01.11.2012, Esas:2010/83, Karar:2012/169, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı:22.02.2013/28567. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/02/20130222-10.htm>, E.T:08.01.2014.

⁵¹ DURAN, *agm*, s.1.

⁵² GÜNDAY, *age*, s.281.

⁵³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Akıllı/Türkiye*, Karar Tarihi: 11.04.2006, Başvuru No: 71868/01, Karar Sıra No: 6330, Bkz. http://www.avrupakonseji.org.tr/aihm/mahkemekararlari2006_71.htm, E.T:13.01.2014. ;Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için ayrıca bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/index.htm>, E.T:13.01.2014.

olan bir kanuna dayanılarak yapıldığı görülse de, kamu yararı ile kişisel hakların korunması arasında var olması gereken dengeyi sağlayabilecek herhangi bir işlemin başlatılmadığı görülmektedir. Bu gibi uygulamalar sadece keyfi olarak değerlendirilebilir” biçimde hüküm tesis etmek suretiyle yürürlükteki kanunlarla hakkın özüne dokunulamayacağı yönündeki yaklaşımını kuvvetlendirmiştir⁵⁴.

SONUÇ

6487 sayılı Kanun’la 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda kamu-laştırmaz el atma konusunda yapılan düzenlemeler neticesinde hukukî kamulaştırmaz el atmalardan yani İmar Kanunu’nda yer alan düzenle-meler çerçevesinde yapılan kamulaştırmaz el atma uygulamalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda idarî yargının görevli ve yetkili olduğu açık bir şekilde ortaya konmuştur. Ancak yukarıda da belirtildiği üze-re 6487 sayılı Kanun’la getirilen konuya ilişkin yeniliklerin Anayasa’nın 35.maddesinde düzenlenmiş olan mülkiyet hakkını ortadan kaldırdığı ve malikin sahip olduğu hakları, eski duruma göre daha da sınırladığı gerçeğini değiştirmemektedir. Kamu yararının özel yarara göre üstün konumda olması nedeniyle zorunlu olarak idareye tanınan kamulaş-tırma yetkisinin kullanılmayarak idare tarafından gayrimenkûl üzerin-de kamulaştırma yapmaksızın fiilî el atmaların yapılıyor olması açıkça hukuka aykırıdır ve kabul edilebilir bir şey değildir. Düzenleme ortaklık payı gibi İmar Kanunu’ndan kaynaklanan hukukî kamulaştırmaz el at-maların da aslında hukukî olduğunu söylemek çok doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Dolayısıyla İmar Kanunu’nun idareye görev ve yetki ve-ren bu konudaki düzenlemelerinin kaldırılması ve idarenin imar uygu-lamaları neticesinde ihtiyaç duyduğu özel mülkiyetteki gayrimenkûlleri de kamulaştırma yoluyla mülkiyetine geçirmesi hukuka uygun olacaktır. Kısacası, idarenin kesin olarak ve hiçbir şart altında gayrimenkûl üzerin-de fiilî kamulaştırmaz el atma yapmaması gerekir. Ayrıca İmar Kanunu gibi kanunlarda yer alan ve idareye gayrimenkûl üzerinde kamulaştırma

⁵⁴ Murat TEZCAN, “İdarelerin Kamulaştırmaz El Atma Uygulamalarını Kanun’la Hukuka Uygun Hâle Getirmek: 6487 sayılı Kanun’la Kamulaştırma Kanunu’na Eklenen Geçici 7.maddenin Değerlendirilmesi”, s.7. Bkz. <http://www.ankarahukukburosu.org/Makaledetay.aspx?makale=48>, E.T:05.12.2013.

yapmaksızın el atma sonucunu doğuran düzenlemelerin de ortadan kaldırılması gerekmektedir.Son olarak belirtmek gerekir ki hâli hazırda,

6487 sayılı Kanun’la 2942 sayılı Kanun’un değiştirilen geçici 6.maddesinin bazı bölümlerinin iptali için de Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi henüz bu konudaki esasa ilişkin kararını vermemiştir. Konuya ilişkin olarak önlerine dava gelen ilk derece mahkemeleri ise, bu durumu bekletici mesele yapmaktadırlar.

KAYNAKÇA

AKAR PEHLİVAN, Gülşen. İdarî Yargı Açısından Kamulaştırmasız El Atma Sorunu ve Uyuşmazlık Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı, Ankara, 2013. <http://www.uyusmazlik.gov.tr/galeri/sempozyum2/gulsenakarpehlivan.pdf>, E.T:09.01.2013.

AKAR, Zeki. Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atma Davaları, Cilt: II, Turhan Kitabevi, 2.Baskı, Ankara, 2007.

ARCAK, Ali/DOĞRUSÖZ, Edip. Kamulaştırmasız El Koyma (El Atmanın Önlenmesi ve Tazminat Davaları), Seçkin Yayınevi, Ankara, 1992.

BÖKE, Veli. Kamulaştırmasız El Atma Davaları, Seçkin Yayınevi, 2.Baskı, Ankara, 2006.

DURAN, Tevrat. 6487 sayılı Yasa’nın 21 ve 22.maddesinin Anayasa’ya Aykırılık Sorunu ile İlgili Hukukî Çalışma, <http://tevratturan.com/6487-sayili-yasanin-21-ve-22-maddesiyle-ilgili...>, E.T:05.12.2013.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman. İdare Hukuku, Der Yayınları, 4.Baskı, İstanbul, 2011.

GÖZLER, Kemal. İdare Hukuku, Cilt: II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut. İdare Hukuku, Genel Esaslar, Cilt: I, Turhan Kitabevi, 8.Baskı, Ankara, 2011.

GÜNDAY, Metin. İdare Hukuku, 10.Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2011.

KAPLAN, Gürsel. Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usûl ve Esaslar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 99, Ankara, 2012.

KARAHACIOĞLU, Ali Haydar/ALTIN, Mehmet. Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Üçbilek Matbaası, Ankara, 1995.

ŞAHİNİZ, Salih. Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma (İdarenin Özel Mülkiyetteki Taşınmazlara Hukuka Aykırı El Koyması), Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2006.

TEZCAN, Murat. İdarelerin Kamulaştırmaz El Atma Uygulamalarını Kanun'la Hukuka Uygun Hâle Getirmek: 6487 sayılı Kanun'la Kamulaştırma Kanunu'na Eklenen Geçici 7.maddenin Değerlendirilmesi, <http://www.ankarahukukburosusu.org/Makaledetay.aspx?makale=48>, E.T:05.12.2013.

TEZCAN, Murat. Kamulaştırmaz El Atma Yoluyla Mülkiyet Hakkının Yok Edilmesi, <http://www.kamulastirma.org/haberdetay.asp?makale=19>, E.T:05.12.2013.

YÜKSEL, Ali. Kamulaştırmaz El Atma Davalarında Görevli Mahkeme, <http://www.gayrimenkulhukuku.org/kamulastirmasiz-el-atma-davalarinda-gorevli...>, E.T:05.12.2013.
<http://aihm.anadolu.edu.tr/index.htm>, E.T:13.01.2014.
<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/Bilgi/Bankasi>, E.T:11.01.2013.

http://www.avrupakonseyi.org.tr/aihmk/mahkemekararlari2006_71.htm, E.T:13.01.2014.
<http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankası>, E.T:10.01.2013.
<http://www.gençbaro.org/haber/filî-elatma...>, E.T:05.12.2013.
<http://www.resmigazete.gov.tr/arşiv-fihrist-düstur>, E.T:17.01.2014.
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/02/20130222-10.htm>, E.T:08.01.2014.
<http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=10934>, E.T:15.01.2014.
<http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=62863>, E.T:05.12.2013.

GAYRİMENKUL SATIŞ KAZANÇLARININ TİCARİ KAZANÇ KAPSAMINDA İRDELENMESİ

▪ Yrd. Doç. Murat BATI

ÖZET

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu bir ticari organizasyon kapsamında yapılan işlemleri devamlı surette yapılmış sayarak ticari kazanç kapsamında değerlendirmektedir. Ancak bazı durumlarda ticari organizasyon kapsamında olmadan yapılan işlemlerin çokluğu ve diğer bazı kıstaslar da dikkate alınarak devamlı olarak yapıldığı kabul edilmektedir. Özellikle gayrimenkul alım-satımının devamlı surette yapıldığını hem yargı hem de idari kararlar bazen ortak bazen de farklı görüşler verebilmektedir.

AnahtarKelimeler; Ticari Kazanç, Devamlılık, Gayrimenkul Satış Kazançları

ABSTRACT

**EXAMINATION OF REAL ESTATE RETURN ON SALES
WITHIN THE SCOPE OF COMMERCIAL EARNING**

Income Tax Law No.193 regards the transactions made by a commercial organization as permanent actions and evaluates them within the scope of commercial earning. However in some cases when the high amount of noncommercial transactions and some other criteria are taken into consideration, noncommercial transactions accepted as continuous. There are both identical and different adjudication and administrative decisions about the continuity of real estate sales.

Key Words; Commercial Earning, Permanence, Real-Estate Sales Gains.

I-GİRİŞ

Gayrimenkul satış işlemlerinden elde edilen gelirlerin hangi gelir unsur kapsamında vergilendirileceği önem taşımaktadır. Özellikle uygulamada tüm gayrimenkul satış işlemlerinden elde edilen gelirler envantere kayıtlı olmama ve sahibinin ticari, zirai ve mesleki faaliyeti dışında elde edilmesi şartıyla değer artış kazancı olarak vergilendirilmektedir. Ancak gayrimenkul satış işleminden elde edilen gelirlerin Gelir Vergisi Kanunu madde 2’de hükmedilen gelirin unsurlarından özelliklerine bağlı olarak bunların alternatif gelir unsurlar arasında sayılabilmesi gerekmektedir. Bu makalede, özellikle satış işlemlerinin hangi gelir unsuru kapsamında değerlendirileceği ve ticari kazanç kapsamında vergilendirilmesi durumunda nelere dikkat edilmesi gerektiği irdelenmeye çalışılmıştır.

2-TİCARİ KAZANÇ

Gelir Vergisi Kanunu’nun 37’nci maddesi “*Her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançlar ticari kazançtır.*” hükmünün yanında 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun¹ 11’inci maddesi ticari işletmeyi, ticarethane, fabrika ve ticari şekilde işletilen benzeri kurumları ticari işletme sayarak ticari işletme bünyesinde Türk Ticaret Kanunu’nun

¹ 29.06.1956 kabul tarihli, 09.07.1956 tarih ve 9353 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

12'nci maddesinde sayılan faaliyetleri yapan kurumlar, TTK'nın 11'inci maddesinde de hüküm altına alınan ticari işletme olarak kabul edilmiştir. Ticari organizasyon biçiminde yapılan her türlü faaliyetleri de ticari kazanç kabul edip bunlara ticari kazanç hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.²

Ticari kazanç hükümlerinin tatbiki açısından “devamlılık” unsuru önem taşımakta ve “devamlılık” unsurunun da varlığı halinde gayrimenkul alım-satım işlemlerini ticari kazanç kabul etmek gerekecektir. Devamlılık unsuru için bir ticari işletmenin varlığına gerek kalmaksızın sürekli şekilde yapılması halinde kanun koyucunun aşağıda detaylı şekilde belirtildiği üzere ilgili kanun ve maddeleri ve Yargı organlarının verdiği kararlar veya Danıştay kararları doğrultusunda “devamlı” olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Gerçek kişilerin kendi nam ve hesaplarına yaptıkları gayrimenkul satım sözleşmelerinin GVK madde 37 kapsamında değerlendirilmesi sonucunda devamlılık unsurunun da varlığı halinde ticari kazanç sayılması kaçınılmazdır. Ancak anılan faaliyetin devamlı surette yapılmaması halinde Gelir Vergisi Kanunu'nun “Arızı Kazançlar” başlıklı 82'nci maddesinin (1)'inci bendi uyarınca değerlendirilmesi gerekmektedir. Devamlılık unsuruna ilişkin olarak Gelir İdaresinin hareket noktası 104 Seri Nolu Gelir Vergisi Genel Tebliğidir.³ 104 Seri Nolu Gelir Vergisi Genel Tebliğinde alım-satım işi mutad meslek haline getirilmişse, bu faaliyetin ticari sayılacağı ve elde edilen gelirin, ticari kazanç olarak vergiye tabi tutulacağı belirtilmektedir. Eğer herhangi bir kimse, birden fazla yılda tek şahsa veya bir yılda aynı şahsa veya muhtelif şahıslara gayrimenkul satmış ise bu kimse bu işi mutad meslek

² Salman YILMAZ; TMS/TFRS Uyarınca İnşaat (Yapım) İşlerinden Sağlanan Kazancın Vergilendirilmesi, Yaklaşım Dergisi, Sayı 242, Şubat 2013, s.598.

³ 06.01.1961 tarih ve 10700 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan söz konusu Tebliğ'in ilgili bölümü şu şekildedir; “1. Borç para verenler hangi hallerde ikrazatçı sayılarak vergi mükellefiyetine alınacaktır: a) Ticari kazanç sayılacak haller: Borç para verenlerin bu işten sağladıkları faizin gelir unsurlarından hangisine girdiğinin tayininde, ikraz işinin mutad meslek halinde ifa edilmiş olup olmadığına bakılmak lâzım gelir: Ödünç para verme işi mutad meslek haline getirilmişse, bu faaliyet ikrazatçılık sayılacak ve elde edilen gelir, ticari kazanç olarak vergiye tabi tutulacaktır. Herhangi bir kimse, birden fazla yılda tek şahsa veya bir yılda aynı şahıs veya muhtelif şahıslara borç para vermişse, bu kimsenin ikrazatçılık işini mutad meslek halinde yapmış olduğunun kabulü gerekir. Kaza mercilerinin görüşü de bu merkezdir. Bu sebeple, borç para vermeyi itiyat haline getirmiş olanların ikrazatçı sayılarak, haklarında Gelir Vergisi Kanununun ticari kazanç hükümlerine göre işlem yapılacağı tabiidir.”

halinde yapmış olacaktır. Tebliğde bir işlemin sürekli olarak yapılmasının ölçüsü “bir işlemin aynı yılda birden fazla tekrar etmesidir” şeklinde açıklanmıştır. Söz konusu tebliğde ticari kazancın varlığında muamele çokluğu esas alınmaktadır. Gayrimenkul alım satım işlemlerine ilişkin verilen muktezalarda da yapılan işlemin ticari faaliyet olarak değerlendirilmesinde muamele çokluğu esas alınarak açıklanmıştır. Yani borç para vermeyi itiyat yani alışkanlık haline getirmiş olanların ikrazatçı sayılarak, haklarında Gelir Vergisi Kanunu’nun ticari kazanç hükümlerine göre işlem yapılacağı belirtilmektedir.⁴

Bu durumda ticari bir organizasyonun varlığının açıkça görülmesi halinde de, kazanç sağlamak amacıyla birden fazla alım veya satım işlerinde bulunulması durumunda faaliyetin devamlılık gösterdiğinin kabulü ve bu faaliyet sonucu elde edilen gelirin de ticari kazanç sayılması gerekmektedir. Gayrimenkullerin alım-satım veya inşa işlerinden elde edilen gelirin, devamlılık arz etmesi, bu işlerin bir emek sermaye organizasyonu dâhilinde yapılıp organizasyonun bütün unsurları ile değerlendirildiğinde kazanç sağlama potansiyeline sahip olması veya bir organizasyon bulunmama ile birlikte alım-satım faaliyetlerinin bir kişisel gereksinimin giderilmesi servetin korunması dışında kazanç sağlamak niyet ve kastıyla yapılması halinde elde edilen gelir ticari kazanç sayılarak vergilendirilecektir.⁵

Gayrimenkul alım satım işlemlerine ilişkin verilen muktezalarda da yapılan işlemin ticari faaliyet olarak değerlendirilmesinde muamele çokluğu esas alınarak açıklanmıştır. Kat karşılığı inşaat işinde, arsa sahibine teslim edilen daire ve işyerlerinin elden çıkarılması halinde, vergilendirmenin nasıl olacağı yönünde İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Gelir Vergileri Grup Müdürlüğü tarafından verilen 20.12.2005 tarih ve B.07.1.GİB.4.34.16.01/GVK-Mük. 80/7393 sayılı

⁴ Murat BATI; **Gelir Vergisi Kanunu’nda “Devamlılık” Kavramının İdari ve Yargı Kararları Işığında İrdelenmesi**, Yaklaşım Dergisi, Sayı 241, Ocak 2013, s. 523-526.

⁵ Murat BATI; **a.g.m.**, s.527

muktezasında⁶ devamlılık unsurunun ölçüsü olarak muamelenin çokluğu kabul edilmiştir.⁷

Danıştay'ın vermiş olduğu kararlarda da objektif ölçüt olarak muamelelerdeki çokluk prensibi genel olarak benimsenmiştir. Danıştay 3.Dairesinin 24.09.2003 tarih ve E.2001/2606, K.2003/4436

⁶ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Gelir Vergileri Grup Müdürlüğü tarafından verilen 20.12. 2005 tarih ve B.07.1.GİB.4.34.16.01/GVK-Mük. 80/7393 sayılı muktezası; .

“ ”

Gelir Vergisi Kanunu uygulamasında, gayrimenkul satışından elde edilen kazanç, kazancın elde ediliş biçimine göre, ya ticari kazanç ya da diğer kazanç ve irat olarak vergilendirilecektir. Bilindiği üzere, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun “Ticari kazancın tarifi” başlıklı 37. maddesinde ticari kazanç, her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançlar olarak tanımlanmış, aynı maddenin ikinci fıkrasının 4 numaralı bendinde ise gayrimenkullerin alım, satım ve inşaa işleri ile devamlı olarak uğraşanların bu işlerden elde ettikleri kazancın ticari kazanç olduğu belirtilmiştir. 4783 Sayılı Kanunun 4. maddesiyle yeniden düzenlenerek, 01/01/2003 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe giren Gelir Vergisi Kanunu'nun “Değer artışı kazançları” başlıklı Mükerrer 80. maddesinde, maddede sayılan mal ve hakların elden çıkarılmasından doğan kazançların değer artışı kazancı olduğu belirtiltikten sonra, aynı maddenin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinde; iktisap şekli ne olursa olsun (ivazsız olarak iktisap edilenler hariç) Gelir Vergisi Kanunu'nun 70. maddesinin birinci fıkrasının (1), (2), (4) ve (7) numaralı bentlerinde yazılı mal (gerçek usulde vergiye tabi çiftçilerin zirai istihsalde kullandıkları gayrimenkuller dahil) ve hakların, iktisap tarihinden başlayarak dört yıl içinde elden çıkarılmasından doğan kazançların değer artışı kazancı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu fıkra geçen “elden çıkarma” deyimini, yukarıda yazılı mal ve hakların satılması, bir ivaz karşılığında devir ve temlik, trampa edilmesi, takası, kamulaştırılması, devletleştirilmesi, ticaret şirketlerine sermaye olarak konulmasını ifade etmektedir. Gayrimenkul alım-satımı, şekli ve maddi şartları ile kurulmuş bir ticari organizasyon içinde yapıldığında, alım-satımın ticari faaliyetin unsuru sayılacağı açıktır. Ticari organizasyonun şekli ve maddi unsurları ile açıkça belli olmadığı hallerde, faaliyetin devamlılık kasıt ve niyeti ile yapıldığını belirleyen objektif ölçü, muamelenin çokluğudur. Muamelenin çokluğu, gayrimenkullerin aynı takvim yılı içerisinde birden fazla defada veya takip eden birden fazla takvim yılında ard arda satılmasıdır. Genel olarak şahsı ihtiyaç veya servetin korunması amacı ile alınan gayrimenkullerin elden çıkarılmasından doğan kazançların Gelir Vergisi Kanunu'nun değer artışı kazançlarını düzenleyen Mükerrer 80. maddesi hükümleri çerçevesinde vergilendirilmesi gerekir. Burada alım-satım işlemlerindeki amaç, kazanç elde etme değil, bir ihtiyacın giderilmesi veya servetin korunmasıdır. Öte yandan, arsa sahibinin arsasının üzerine kat karşılığı inşaat yapılması, gayrimenkulün vasfını değiştireceği gibi, inşaat sonucu, arsa sahibine teslim edilen daire ve işyeri gibi gayrimenkulün bağımsız bölümlerinin tapuya tescil veya fiilen teslim alınma tarihinin yeni bir iktisap (edinme) olarak dikkate alınması gerekir. Bu hüküm ve açıklamalara göre, kat karşılığı müteahhide verilen arsanın üzerine inşaa edilerek, arsa sahibine verilen daire ve işyerlerinin; 1) Tamamının iktisap tarihinden itibaren dört yıl içinde, topluca bir defada aynı kişiye satılmasından elde edilen kazancın, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun Mükerrer 80. maddesi hükmü gereğince , “değer artışı kazancı” olarak vergilendirilmesi gerekir. 2) Söz konusu daire ve işyerlerinin; a) Aynı kişiye, farklı tarihlerde, b) Farklı kişi veya tüzel kişilere aynı tarihte, c) Değişik kişi ve tüzel kişilere, değişik tarihlerde, veya birbirini izleyen yıllarda, d) Bir kısmının teslim alındığı takvim yılı içinde toplu olarak, diğer kısmının ise takip eden takvim yılı içinde toplu olarak satılması durumunda, elde edilen kazanç, “ticari kazanç” hükümlerine göre vergilendirilecektir. 3) Bir kısmının iktisap tarihinden itibaren dört yıllık süre içerisinde toplu olarak, diğer kısmının bu dört yıl takip eden yıllarda topluca veya tek olarak satılması durumunda, elde edilen kazanç “ticari kazanç” hükümlerine göre vergilendirilecektir. 4) İktisap tarihinden itibaren dört yıl geçtikten sonra aynı kişiye gayrimenkullerin topluca satılmasından doğan kazanç, ise “değer artışı kazancı” olarak vergilendirilmeyecektir. ” (Ender BOZKIR; **Gerçek Kişiler Tarafından Yapılan Gayrimenkul Satışlarının Devamlılık Unsuru Yönünden İrdelenmesi**, Vergi Sorunları, Sayı 258, Mart 2010, s.70.)

⁷ Ender BOZKIR; a.g.e., s.72.

sayılı kararı⁸, Danıştay 3.Dairesinin, 10.10.2006 tarih E.2006/1708, K.2006/2559 sayılı kararı⁹, Vergi Dava Daireleri, 07.05.2004 tarih E.2004/20, K2004/53 sayılı kararı¹⁰, Danıştay 7.Dairesinin,04.03.2004 tarih ve E.2001/1825, K.2004/590 sayılı kararı¹¹, Danıştay 7. Dairesini, 21.05.2004 tarih E.2001/876, K.2004/1416 sayılı kararı¹² ve Danıştay

⁸ Danıştay 3.Dairesinin 24.09.2003 tarih ve E.2001/2606, K.2003/4436 sayılı kararında;“... .. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 37’nci maddesinin birinci fıkrasında; her türlü ticari ve sınai faaliyetten elde edilen kazanç, ticari kazanç olarak tanımlanmış, ikinci fıkrasının (4) işaretli bendinde; gayrimenkullerin alım, satım ve inşa işleriyle devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden elde ettikleri kazancın ticari kazanç sayılacağı kurala bağlanmıştır. Maddede, gayrimenkul alım, satım ve inşasından elde edilen kazançların ticari kazanç sayılarak vergilendirilmesi için devamlılık koşulu aranmıştır. Bir işlemin devamlılık taşıdığı ise işlemin aynı vergilendirme döneminde yinelenmesi ya da önceki vergilendirme döneminde de yapılmış olmasına göre belirlenebilir. Maddi ve şekli anlamda bir ticari organizasyonun belirgin olmadığı durumlarda kazanç doğuran işlemin çokluğu, devamlılık unsurunu belirleyen en nesnel ölçüdür. Devamlılık unsurunun gerçekleşmesi halinde, bu işlemlerin kazanç sağlamak amacıyla yapılmadığını kanıtlama yükü vergi mükelleflerine düşer. Davacının 1990, 1995, 1996, 1997, 1998 yıllarında satın alma yoluyla iktisap ettiği arazi vasfındaki (9) adet gayrimenkulden; ... Tapu Sicil Müdürlüğü tapu kayıtlarında 1432 yevmiye no’su ile kayıtlı bulunan 568 parseldeki araziye 22.4.1999, diğerlerini 21.4.1999 tarihinde sattığı dosyadaki bilgiler ile davacının vergi inceleme raporu eki tutanağa alınan ifadesiyle belirlenerek, ticari olarak nitelendirilen bu faaliyet nedeniyle yapılan tarhiyat; tamamı aynı günde ve tek bir şahsa yapılan satışların devamlılık unsuru taşıdığından söz edilemeyeceği iddiası ile dava konusu edilmiştir. Farklı yıllarda iktisap edildikten sonra 1999 yılında elden çıkarılan birden çok taşınmaz bulunması, gayrimenkul alım satış işiyle uğraşıldığına karine teşkil etmekte olup, satışların aynı günde bir kişiye yapılmış olması bu durumu değiştirmemektedir. Bu satışların kazanç sağlamaya amacı taşımadığını da kanıtlayamayan davacının bu faaliyeti nedeniyle elde ettiği kazancının ticari kazanç olarak vergilendirilmesine ilişkin tüm koşulların gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir.... ..” (www.danistay.gov.tr) (Çevrimiçi) (17.10.2014)

⁹ Danıştay 3.Dairesinin, 10.10.2006 tarih E.2006/1708, K.2006/2559 sayılı kararında: “... .. gayrimenkul alım, satım ve inşası işlerinin bir vergilendirme döneminde birden çok kez yinelenmesi yahut birden fazla vergilendirme döneminde işlem yapılması halinde devamlılık koşulunun gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir... ..”(www.danistay.gov.tr) (Çevrimiçi) (17.10.2014)

¹⁰ Vergi Dava Daireleri, 07.05.2004 tarih E.2004/20, K2004/53 sayılı kararında: “... .. Bir işlemin devamlılık taşıdığı ise işlemin aynı vergilendirme döneminde yinelenmesi ya da önceki vergilendirme döneminde de yapılmış olmasına göre belirlenebilir. Maddi ve şekil anlamda bir ticari organizasyonun belirgin olmadığı durumlarda kazanç doğuran işlemin çokluğu, devamlılık unsurunu belirleyen en nesnel ölçüdür. Devamlılık unsurunun gerçekleşmesi halinde, bu işlemlerin kazanç sağlamak amacıyla yapılmadığını kanıtlama yükü vergi mükelleflerine düşer.... ..”(www.danistay.gov.tr) (Çevrimiçi) (17.10.2014)

¹¹ Danıştay 7.Dairesinin,04.03.2004 tarih ve E.2001/1825, K.2004/590 sayılı kararında; “... .. Gayrimenkul alım satımında, alım ve satım işleminin gerçekleşmesi; yani, mülkiyetin devri, her gayrimenkulün, ayrıca tapu siciline kayıtlıla mümkün olmaktadır. Yukarıda yer alan Kanun maddesi uyarınca ticari kazancın belirlenmesinde, devamlılık unsuru, alıcı ve satıcının birden fazla olmasını değil, alım ve satım işleminin birden fazla yapılmış olmasını ifade etmektedir. Olayda, yedi adet gayrimenkulün her birinin satın alınması ayrı birer alım; üç ayrı şahsa yapılan satışın her biri de, ayrı birer satım işlemini oluşturmaktadır. Bu şekilde yapılan işlemler, 193 sayılı Kanunun 37’nci maddesinin ikinci fıkrasının yukarıda yer verilen 4 numaralı bendinde tanımlanan anlamda, gayrimenkul alım satım işiyle devamlı olarak uğraşmak; bundan elde edilen kazanç da, ticari kazanç olduğundan; aksi yolda verilen temyize konu kararda hukuka uyarlık yoktur... ..” (www.danistay.gov.tr) (Çevrimiçi) (17.10.2014)

¹² Danıştay 7. Dairesini, 21.05.2004 tarih E.2001/876, K.2004/1416 sayılı kararında: “... ..ticari kazancın

3.Dairesinin 14.03.2002 tarih E.2001/494, K.2002/773 sayılı kararı¹³ incelendiğinde Danıştay'ın istikrar kazanmış kararlarında “devamlı olarak uğraşma” fiiline bakış açısı bir muamelenin aynı vergilendirme döneminde birden çok kez yinelenmesi veya birden çok yılda bir kişi ile işlem yapılması halinde devamlı bir işle uğraşıldığının kabulü yönündedir.

Buna göre birden fazla yılda yapılan alımların birden fazla yılda satılması halinde burada hem alımda hem de satışta çokluk olduğundan dolayı kanımca devamlılık unsuru gerçekleşmiştir ve ticari kazanç hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ancak bu durumda da ticari kazancın devamlılık unsuru ikinci satışın yapıldığı yılda başladığından dolayı satışın yapıldığı ikinci yıldan itibaren ticari kazanç hükmünün uygulanması gerektiği kanaatindeyim. Eğer birden çok yılda yapılan alımların aynı yıl içinde birden çok kez satışı durumu mevcut ise bu durumda da devamlılık unsurunun varlığı gerçekleşmiş olur. Birden çok yılda yapılan alımların aynı yıl içinde tek bir kişiye satılması durumunda ise devamlılık unsuru kanaatimce satış açısından gerçekleşmemiştir. Çünkü satış tektir. Ancak Danıştay kimi kararlarında ortak fikir birliğinde olsam da kimi kararlarında satış tek bir kişiye yapılsa da çok sayıdaki bu taşınmaz satışının her birinin ayrı işlemle yapılması nedeniyle aynı tarihte de yapılsa ve aynı kimseye dahi satılsa taşınmaz satışının tekrarlandığı gerekçesiyle devamlılık unsurunun var olduğunu söylemektedir. Kar elde etme amacıyla, birden çok yılda ayrı ayrı yapılan alımların birden çok yılda ayrı ayrı kişilere veya aynı yılda birden çok kişiye satılması

belirlenmesinde, devamlılık unsuru, alım ve satım işleminin birden fazla yapılmış olmasını ifade eder....”
(www.danistay.gov.tr) (Çevrimiçi) (17.10.2014)

¹³ Danıştay 3.Dairesinin 14.03.2002 tarih E.2001/494, K.2002/773 sayılı kararında: “... ..Bir işlemin devamlılık taşıdığı, o işlemin aynı vergilendirme döneminde yinelenmesi ya da önceki vergilendirme döneminde de yapılmış olmasına göre belirlenebilir. Dolayısıyla gayrimenkul alım, satım ve işinden elde edilen kazancın ticari kazanç olarak vergilendirilebilmesi için maddi ve şekli anlamda bir ticari organizasyonun belirgin olmadığı durumlarda, kazanç doğuran işlemin çokluğu, devamlılık unsurunu belirleyen en nesnel ölçüdür. Devamlılık unsurunun gerçekleşmesi halinde, bu işlemlerin kazanç sağlamak amacıyla yapılmadığını kanıtlama yükü vergi mükelleflerine düşer. Bunun nedeni, gayrimenkul ediniminin kişisel gereksinme, servetin korunması veya satarak kazanç sağlama amaçlarından birine dayanmasıdır. Kişisel gereksinme nedeniyle gayrimenkul ediniminde sayının sınırlı olacağı, servetin korunması amacıyla edinim tekrar satış gerektirmeyeceğinden, bu iki nedenden birine dayanılarak edinilen gayrimenkullerin gereksinmenin ortadan kalkması veya servetin nakte dönüştürülmesini haklı ve gerekli kılan nedenler kanıtlanmadığı takdirde işlem sayısındaki çokluk, kazanç sağlama amacının da göstergesi kabul edilmek gerekir.” (www.danistay.gov.tr) (Çevrimiçi) (17.10.2014)

devamlılık unsurunu taşımakta ve ticari kazanç olarak vergilendirilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Buna ilaveten arsa karşılığı kat yapım faaliyeti bir “inşaat” faaliyettir. Bu işlemi inşaatçı gerçekleştirmekte ve müteahhidin gerçekleştirdiği inşaat işinin özel inşaat mı yoksa yıllara sari inşaat taahhüdü mü olduğu ya da arsa karşılığı kat inşa işleminin bir bütün olarak değerlendirilmesi halinde, özel inşaatın bir uzantısı olduğu sonucuna varılabilir. Özel inşaat sadece müteahhit tarafından değil, onunla birliktelik kuran arsa sahibinin katılımı ile gerçekleştirilmekte ve arsa sahibi için her hal ve takdirde olmasa da, en azından müteahhit bakımından bu birliktelikte ticari amaç güdülmektedir. İnşa işleminin imalat sayılması nedeniyle de bu işlemler ticari faaliyeti niteleyen özellikler taşımaktadır. Ancak bu nitelikteki ticari faaliyet de, özellikle işlemlerin muhasebeleştirilmesi yönünden, işletme bünyesinde tam bir entegrasyona müsait değildir. Bu nedenle aynı işletmenin birden fazla inşaat sözleşmeleri varsa, her bir inşaat sözleşmesinin diğerinden ayrı bir muhasebeleştirme birimi kabul edilerek muhasebeleştirilmesi gerekir. Bu tanımda yer alan “alım satım” ya da “inşa” işi ile uğraşmak zaten bir devamlılığı gerektiren ve ticari faaliyeti tanımlayan mahiyette iken tanıma ayrıca “devamlı olarak uğraşma” nitelmesi eklenmiştir ki, bu ekleme ilgili faaliyetin vergilendirilmesinde aranacak kriter olarak belirlenen “devamlılık” unsurunun anlamı güçlendirilmiştir. Bu hüküm, “Her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançlar ticari kazançtır.” şeklinde tanımlanan ticari kazançtan saptanmasında yardımcı unsur işlevini üstlenmiştir.

Aynı maddede “Satın alınan veya trampa suretiyle iktisap olunan arazinin iktisap tarihinden itibaren 5 yıl içinde parsellenerek bu müddet içinde veya daha sonraki yıllarda kısmen veya tamamen satılmasından; elde edilen kazançlar.” da ticari kazanç olarak nitelendirilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu hüküm kapsamı dışında kalan “veraset suretiyle iktisap edilen gayrimenkullerin” parça parça satılması halinde ise, satışta çokluk olmasına rağmen bir ticari faaliyetten bahsedilememektedir. Ancak Medeni Kanuna göre gayrimenkul satışlarının tapuya tescili gerekmektedir. Vergi kanunları açısından ticari kazanç kapsamında satılan

bir gayrimenkul için gayrimenkulün alıcının yararına sunulmuş olması, kazancı satıcı açısından elde edilmiş sayılması için yeterli olacaktır. Buna ilaveten Veraset yoluyla iktisap edilen gayrimenkullerin ticari işletmenin aktifinde iken satılması veya ticari işletmenin aktifine dâhil edildikten sonra satılması durumunda da ticari kazanç söz etmek gerekecektir.

2.1. Üst Hakkının Ticari Kazanç Kapsamında Değerlendirilmesi

Diğer taraftan, üst hakkı kavramı da konumuz açısından önem arz etmektedir. Üst hakkı, başkasının arazisinin üstünde veya altında bir yapı inşa ederek ya da mevcut bir yapıyı koruyarak onun maliki olma yetkisini sağlaması bakımından, üstün alta tabi olması kuralına bir istisna teşkil etmektedir.¹⁴ Üst hakkı için kanunda yer alan hükümlerden çıkan sonuca göre, yükümlü taşınmaz malikine, arazisinin üstünde ya da altında üst hakkı sahibinin inşaat yapmasına ya da yapılan inşaatı muhafaza etmesine katlanmak ödevi yükletilmiştir. Hak sahibi de, inşaat üzerinde mülkiyet hakkına sahip olur.

Böylece genel kurala bir ayrık hüküm getirilmiş, inşaatın mülkiyeti arzın mülkiyetinden ayrılmıştır. Öyle ki, üst hakkı sahibi, inşaatın maliki sayılmıştır. Üst hakkının süresi boyunca arazinin maliki ile inşaatın maliki ayrı kişilerdir. Ancak, inşaat üzerindeki mülkiyet üst hakkına bağlı olup ondan ayrı bir varlığı yoktur. Bu nedenle, mülkiyet hakkı üst hakkından ayrı olarak devredilemeyeceği gibi haciz de edilemez. Mülkiyet hakkı üst hakkına bağımlı olduğu için üst hakkının son bulması ile ortadan kalkar.¹⁵ Görüldüğü üzere, üst hakkı tesisi ve bu hakka dayanarak bir inşaatın yapılması halinde üst hakkı ve bina olmak üzere itfa edilmesi gereken iki iktisadi kıymet ortaya çıkmaktadır. Üst hakkı tesis edilmesi mülkiyet devri sonucunu doğuran bir işlem değildir. Böyle olmasından dolayı, tanımda yer alan üst hakkı sahibinin inşaat yapmasına tahammü-

¹⁴ Mehmet Serkan ERGÜNE; **Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukuki Sorunlar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 66, Sayı: 1, 2008, s.275.

¹⁵ Mustafa Reşit KARAHASAN; **Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s.1080.

letme bir anlam kazanır. Üst hakkı tesis edilen arazi üzerinde mülkiyet hakkı aynen devam eder, malik mülkiyet hakkına dayanarak her türlü işlemi gerçekleştirir.¹⁶

Üst hakkı, tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilen (sürekli ve bağımsız) ve kaydedilmeyen üst hakkı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki taşınmaz hüviyetindedir. Tesis edilen üst hakkı mülkiyet devri sonucunu doğuran bir işlem olmadığı gibi bir kiralama işlemi de değildir.¹⁷ O açıdan, üst hakkının ve üst hakkına dayanarak yapılan yapının nasıl itfa edileceği çözüme kavuşturulurken bu hususların göz önüne alınması gerekmektedir. Tesis edilen üst hakkı, tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kayıtlı, taşınmaz hüviyetinde olsa da olmasa da üst hakkına dayanılarak yapılan yapının üst hakkı sahibinin mülkiyetinde olmasından dolayı genel amortisman uygulamasının geçerli olacağı söylenebilir. Ancak, üst hakkının mülkiyet devri veya kiralama olarak nitelendirilememesinden dolayı üst hakkının nasıl itfa edileceği hususunda net bir sonuca ulaşmak kolay olamamaktadır. Satış ve kiralama söz konusu olmayınca amortisman ve özel maliyet uygulaması yapılıp yapılamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

İdare'nin bu konudaki yorumu, taşınmaz vasfına sahip üst hakkının 333 Seri Numaralı VUK Genel Tebliği'nin¹⁸ anılan bölümde¹⁹ belirle-

¹⁶ Mehmet Serkan ERGÜNE; *a.g.m.*, s.280;

¹⁷ Ömer BAŞAR; *Kişisel Malvarlığına Dahil Arsa Üzerinde Tesis Edilen Üst Hakkına İlişkin İlk Tesis Bedelinin Gelir Vergisi Karşısındaki Durumu*, Vergi Sorunları, Sayı 282, Mart 2012, s. 71-72

¹⁸ 28.04.2004 tarih ve 25446 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁹ 333 Seri Numaralı VUK Genel Tebliği; "5024 sayılı Kanunla (1), amortisman uygulaması konusunda yapılan değişikliklere ilişkin olarak aşağıdaki açıklamaların yapılmasına gerek görülmüştür.

1. 01/01/2004 Tarihinden Önce Aktife Giren İktisadi Kıymetler İçin Amortisman Uygulaması:a) 01/01/2004 tarihinden önce aktife giren iktisadi kıymetler için 5024 sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan hükümlere göre amortisman ayrılmaya devam edilecektir. Ancak bu kıymetlerin amortisman ayrılmasına esas bedeli, 31/12/2003 tarihi itibarıyla yapılacak enflasyon düzeltmesinden sonraki değerleri olacaktır.

b) 31/12/2003 tarihinden sonra amortisman tabi iktisadi kıymetlerin elden çıkarılması halinde bunların maliyet bedeli olarak, düzeltilmiş değerleri esas alınacaktır.

2. 31/12/2003 Tarihinden Sonra Aktife Giren Amortisman Tabi İktisadi Kıymetler İçin Belirlenen Amortisman Oranları :31/12/2003 tarihinden sonra iktisap edilen amortisman tabi iktisadi kıymetler Vergi Usul Kanununun (2) 5024 sayılı Kanunla değişen hükümlerine göre amortisman tabi tutulacaktır.

Ancak, 5024 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesindeki hükümden yararlanarak, 31.12.2003 tarihli bilançolarını 10 Mayıs 2004 tarihi yerine 10 Ağustos 2004 tarihine kadar düzeltme hakkından yararlananlar, 2004 yılının

nen 15 yıl ekonomik ömür ve % 6,66 oranı esas alınarak itfa edilmesi, üst hakkı tesis edilen arazi üzerine inşa edilen yapıların da VUK'un 327'nci maddesi kapsamında hak süresi esas alınarak itfa edilmesi gerektiği şeklindedir.²⁰

Ancak, kanaatimce bu yorum ulaşılabilecek sınırların ötesindedir. *Üst hakkı tesisinin varlık nedeni ve amacı esas olarak başkasına ait bir taşınmaz üzerinde bir yapının inşası olduğundan dolayı, normal şartlarda, üzerindeki yapı ile birlikte devrinin yaygın olduğu düşünülebilir. Üst hakkı tesis edilip ve tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına taşınmaz olarak kaydedilmiş fakat bu hakka dayanılarak bir yapı inşa edilmemiş olabilir. Bu durumda, üst hakkı sahibi, üst hakkı tesis sözleşmesinde bu hakka dayanılarak yapılabilecek yapı konusundaki olumlu beklentilerden dolayı, bu yapıyı yapmak yerine haktesis bedelinden daha fazla bir gelir elde edeceği düşüncesi ile üst hakkını devir konusu yapmak isteyebilir. Bunun için de en uygun konjonktürün ve avantajlı durumun oluşmasını bek-*

ilk geçici vergi döneminde beyan edecekleri vergi matrahlarını hesaplarken, 01/01/2004-31/03/2004 tarihleri arasında iktisap edilen amortisman tabi iktisadi kıymetleri için Vergi Usul Kanununun 315 inci maddesinin 5024 sayılı Kanunla değişmeden önceki hükümlerini dikkate alacaklardır.

Vergi Usul Kanununun 315 inci maddesinde 5024 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle amortisman oranlarının iktisadi kıymetlerin faydalı ömürleri de dikkate alınmak suretiyle Bakanlığımızca belirleneceği belirtilmiştir.

Bu hükme istinaden Bakanlığımızca belirlenen oranlar, iktisadi kıymetlerin kullandıkları yerler itibarıyla ekte gösterilmiştir. Mükellefler, 31/12/2003 tarihinden sonra iktisap edecekleri amortisman tabi kıymetlerin amortisman oranını ekli listeden bularak uygulayacaklardır.

Ekli listenin 1-6 bölümleri arasında genel sınıflamalar yapılmış ve amortisman tabi iktisadi kıymetlerin faydalı ömürleri ve amortisman oranları tespit edilmiştir. Listenin diğer bölümlerinde ise sektörler itibarı ile kullanılan amortisman tabi iktisadi kıymetlerin faydalı ömürleri ve amortisman oranları belirlenmiştir. Mükellefler, uygun amortisman oranlarını tespit ederken öncelikle, sektörel bazda tespit edilen amortisman oranlarını dikkate alacaklar, bu ayrımlarda bulunmayan amortisman tabi iktisadi kıymetler için uygulanacak oranları, genel sınıflamada yer verilen oranlara göre tespit edeceklerdir.

3. Azalan Bakiyeler Usulüne Göre Amortisman Uygulaması : 5024 sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanununun mükerrer 315 inci maddesinde yapılan değişiklik; her yıl üzerinden amortisman hesaplanacak değer, evvelce ayrılmış olan amortismanlar toplamının tenzili suretiyle tespit olunacak ve enflasyon düzeltilmesi yapılan dönemlerde, üzerinden amortisman ayrılacak değer, amortisman tabi iktisadi kıymetin düzeltilmiş değerinden daha evvel ayrılmış olan amortismanların toplamının taşınmış değerleri indirilmek suretiyle tespit edilecektir. Bu usulde amortisman süresi normal amortisman nispetlerine göre hesaplanacak ve de bu sürenin son yılına devreden bakiye değer, o yıl içinde tamamen yok edilmesi gerekecektir. Bu usulde uygulanacak amortisman oranı normal amortisman oranının iki katıdır.

4. Listelerde Bulunmayan İktisadi Kıymetler: Listedeki herhangi bir sınıflamada yer almayan amortisman tabi iktisadi kıymetlere uygulanacak amortisman oranları için mükelleflerin müracaatları üzerine Bakanlığımızca belirlenecek süre ve oranlar üzerinden amortisman ayrılabilir. Tebliğ olunur."

²⁰ Ömer SAYILGANOĞLU; Üst Hakkı Tesis edilen Arazi Üzerine İnşa edilen Yapıların Durumu, Yaklaşım, Mart 2010, Sayı 207, s.45.

leyebilir. Bu avantajlı durumlardan bir tanesi de, 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5-1-e düzenlemesinde yer alan taşınmazlar ve iştirak hisseleri ile kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan hakları satış kazancı istisnasıdır. GVK'nın 70'inci maddesinde 8 bent olarak sıralanan mal ve hakların sahipleri, mutasarrıfları, zilyedleri, irtifak ve intifa hakkı sahipleri veya kiracıları tarafından kiraya verilmesinden elde edilen iratlar gayrimenkul sermaye iradı olarak kabul edilmiştir.

Vergi hukukunda özel hukuk ilkeleri geçerlidir. Ancak vergi hukukunda bu dalın özel düzenlemeleri asıldır. Buna göre, vergi hukuku özel hukuk biçimlerini, kavramlarını ilke olarak aynen kabul eder. Ancak belli durumlarda vergi hukuku kendi özel düzenlemelerini getirdiği takdirde, bunlar esas tutulur. Fakat bu durum, vergi hukukunun tüm "hısımlık" ilişkilerinin bertaraf edilmesi anlamına gelmemektedir. Gerçekten vergi hukuku, aslında kural olarak özel hukuk çerçevesinde beliren hukuki durum, olay ve olguların vergilendirilmesine ilişkin kuralları düzenlerken ve bunları geliştirirken, bir yandan özel hukuk kavramlarıyla ilgilenmekte ve onlardan yararlanmakta, fakat gerektiğinde, kendine özgü kavram, kural ve kurumları da sisteme dâhil etmektedir. Bu bakımdan bu maddede geçen kiralama kavramı özel hukuk kapsamında anlamlandırılmıdır. Üst hakkının tesisinin kiralama kavramı içerisinde değerlendirilebilmesi halinde, üst hakkı bedeli de gayrimenkul sermaye iradı kavramı içerisinde değerlendirilmeli ve bu kapsamda vergiye tabi olmalıdır.²¹

Danıştay 4'üncü Dairesi 04.03.2009 tarih ve E:2008/6841, K:2009/1105 sayılı kararında²² üst hakkı tesisinin satış veya kiralama işlemi olmadığına hükmetmiştir. Üst hakkı ilişkisinin kira sözleşmesi veya kiralama ilişkisi içerisinde değerlendirilememesinin sonucuna göre, üst hakkı ilk tesis bedelleri GVK'nın 70'inci maddesi kapsamında vergiye tabi tutulamayacaktır. Bir satış işlemi de olmadığına göre, değer artış kazancı nitelemesinde de bulunulamayacaktır. Zaten değer artış kazancında, baskın özellik, daha önce var olan bir değer in elde edilip elden çı-

²¹ Ömer BAŞAR; a.g.m., s.72

²² www.danistay.gov.tr. (Çevrimdışı) (16.11.2014)

karılması söz konusudur. Üst hakkı ilk tesisinde ise, daha önce olmayan bir kıymet ortaya çıkarılmaktadır. Bu halde, üst hakkı ilk tesis bedelinin tamamen vergi dışı kalması söz konusu olabilecektir.²³

Bu açıdan, kurumların aktiflerinde kayıtlı olan ve üzerinde belli amaçlarla yapı inşa etmek istedikleri taşınmazlarını, emsaline uygun bedellerle ortak veya ilgili veya ilişkili kişilere devretmeleri ve sonrasında bu taşınmaz üzerinde kurum lehine üst hakkı tesisi yoluna gitmeleri söz konusu olabilecektir. Bu halde, üst hakkı bedeli vergi dışı kalabileceği gibi, gerekli şartlara haiz olunması halinde, taşınmazın devrinden doğan kazancın KVK'nın 5-1-e düzenlemesi kapsamında, taşınmazlar ve iştirak hisseleri ile kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan hakları satış kazancı istisnasından yararlanma konusunda bir engel bulunmamaktadır. Sonuç olarak, bahsedilen durum nedeniyle, kanun koyucunun öngörmediği fakat fiilen oluşan bir boşluk ortaya çıkmış olacak ve bir vergiden kaçınma müessesesi haline dönüşebilecektir.

2.2. Kat Karşılığı Arsa Tesliminin Ticari Kazanç Kapsamında Değerlendirilmesi

Öte yandan, arsa sahiplerinin kendilerine ait arsaları, katkarşılığı olarak inşaat firmalarına verip; karşılığında belirli oranda konut veya işyeri alması faaliyeti ülkemiz genelinde yoğun olarak uygulama alanı bulmaktadır. Kat karşılığı olarak verilen arsadan elde edilecek konut ve işyerlerinin; sayısı, nitelikleri ve paylaşım oranı gibi kriterler arsa sahibi ile müteahhit arasında yapılan ve yaygın olarak “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” ismi ile adlandırılan bir sözleşmeyle belirlenmektedir. Bu sözleşme ile gerçek veya tüzel kişi arsa sahipleri, karşılığında kat mülkiyeti edinmek amacıyla arsalarını yükleniciye vermektedirler. Birden fazla hukuki işlemi içinde barındırması nedeniyle biraz karmaşık ve sonuç itibarıyla nevi şahsına münhasır (suigeneris) bir hukuki muamele ortaya çıkmaktadır. Özel mülkiyete ait arsalarını konut veya işyeri karşılığında müteahhitlere veren arsa sahiplerinin; arsa payı karşılığı olarak almış

²³ Ömer BAŞAR; Üst Hakkına Dair Özellikli Durumlar, Vergi Sorunları, Sayı298, Temmuz 2013, s.149-151.

oldukları konut veya işyerlerini üçüncü kişilere satmaları durumunda elde edilecek kazancın vergilendirip vergilendirilmeyeceği ve söz konusu kazancın vergilendirilmesi halinde bu kazancın Gelir Vergisi Kanunu açısından hangi kazanç unsuru içinde yer alacağı tereddüde hâsıl olmaktadır.

Bu sözleşme ile arsa sahibi tarafından arsanın mülkiyeti, daha başlangıçta müteahhide devredilebildiği gibi; sadece müteahhide verilmesi taahhüt edilen bağımsız bölümlerin arsa payları üzerine “kat irtifakı hakkı” tesis ettirilerek bu paylar müteahhide devredilebilmekte veya vekaletname verilebilmekte, kendisine verilecek bağımsız bölümlerin arsa payları ise uhdesinde bırakılabilmektedir. İnşaat tamamlandığı zaman da, arsa sahibi, müteahhit veya alıcı durumundaki üçüncü şahıslar yapı kullanma izin belgelerini belediyeden kendi adlarına müracaatta bulunmak suretiyle almaktadırlar. Söz konusu işlerde; arsa payının ve inşa edilen bağımsız bölümlerin teslim edildiği ya da devir olunduğu tarihler, vergiyi doğuran olayın meydana gelip gelmediğinin tespiti açısından büyük öneme haizdir. Bundan dolayı, mezkûr tarihlerin doğru olarak tespit edilmesine ihtiyaç vardır. Esasen bağımsız bölümlerin tapuya tescil işleminin yapıldığı, iskân ruhsatının alındığı veya fiilen kullanıma terkedildiği tarihlerden birisi itibariyle, vergiyi doğuran olayın meydana geldiğinin kabulü mümkündür. Ayrıca, inşaat tamamlanmadan kat irtifaklı olarak yapılan satışlar yönünden, bu satışlarla sınırlı olarak, kat irtifakı tapusunun ilgili kişi adına tescil edildiği tarihte vergiyi doğuran olayın meydana geldiği yönünde görüşler de mevcuttur.²⁴

Ticari kazanç kapsamında değerlendirilecek faaliyetlerin neler olduklarına GVK’nın “*Ticari Kazancın Tarifi*” başlıklı 37’inci maddesinde değinilmiştir. Söz konusu maddeye göre; gayrimenkullerin alım, satım ve inşa işleriyle devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden elde etmiş oldukları kazançlar ile satın alınan veya trampa suretiyle iktisap olunan arazinin iktisap tarihinden itibaren 5 yıl içinde parsellenerek bu müddet içinde veya daha sonraki yıllarda kısmen veya tamamen satılmasından;

²⁴ Süleyman GÜÇLÜ; *Arsa Payı Karşılığı İnşaat İşlerinde Arsa Sahibi Açısından Gelir Vergisi Kanunu Uygulaması*, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 254, Kasım 2009, s.98.

elde edilen kazançlar ticari kazanç olarak belirlenmiştir.5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda safi kurum kazancının tespitinde, GVK'nın ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Arsa sahiplerinin, arsalarını kat karşılığı olarak vermeleri neticesinde elde edilen gayrimenkullerin satışından doğan kazancın ticari kazanç olarak sayılabilmesi söz konusu faaliyetin organizasyon içerisinde yapılması veya bu faaliyetin devamlılık arz etmesi gerekmektedir. Kat karşılığı olarak elde edilen gayrimenkullerin satış faaliyetinden elde edilen kazanç, organizasyon veya devamlılık unsurlarından birini içerecek şekilde yapıldığı takdirde ticari kazançtan söz edilebilecektir. Aksi halde söz konusu kazanç, diğer şartlar dâhilinde değer artış kazancı olarak değerlendirilecektir. Yürütülen faaliyetin ticari bir organizasyon kapsamında yapıp yapılmadığı iki şekilde anlaşılır. Birincisi ticari organizasyonun somut bir belirti ile ortaya çıktığı hallerdir; sermaye tahsisi, işyeri açılması, personel istihdamı, ticaret siciline kayıt gibi hallerin bir veya birkaçının mevcut olması gibi. Bazı hallerde ise ticari organizasyonun varlığı şeklen somut bir şekilde ortaya konulamaz.²⁵ Eğer bu gibi hallerde faaliyet devamlılık arz edecek şekilde yürütülüyorsa bu, ticari organizasyonun varlığına karine teşkil edecektir. Kat karşılığı olarak elde edilen gayrimenkullerin satışından doğan kazanç, söz konusu faaliyetin organizasyon veya devamlılık unsurlarından herhangi birini barındırması şartıyla ticari kazanç hükümleri içerisinde değerlendirilecektir. Bu satışların şahsi ihtiyaç sınırlarını aşması hali ise ticari kazanç hükümleri açısından önemli bir delildir. Satış işleminin yalnızca şahsi ihtiyaç sınırlarını aşacak bir biçimde yapılması, elde edilen kazancın ticari kazanç hükümleri içerisinde değerlendirileceği manasına da gelmeyecektir.

2.3. İntifa Hakkı Tesisinin Ticari Kazanç Kapsamında Değerlendirilmesi

Başka bir konu ise gerçek kişilerin sahip olduğu taşınmazlar üzerinde intifa hakkı tesisi işleminin vergilendirilmesidir. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda bu konuda net hükümler yer almadığından mükel-

²⁵ Cuma ADİBEŞ; *Arsa Sahiplerince Kat Karşılığı Olarak Elde Edilen Gayrimenkullerin Satışında Kazancın Türü*, Vergi Sorunları, Sayı 292, Ocak 2013, s.56-57.

lefler ve vergi idaresi açısından görüş ayrılıkları ortaya çıkmakta ve idari yargıda ihtilaflara konu edilmektedir. İhtilaf yaratılan husus ise vergi idaresinin söz konusu tesis işlemini 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 70'inci maddesindeki kiralama işlemi ile benzer özellik taşıdığı ve benzer sonuçlar doğurduğunu ifade etmektedir. Bunun doğal sonucu olarak da söz konusu işlem, tarafına hak tesis edilen tarafın kişiliğine göre mezkûr Kanun'un 94'üncü maddesinin 5'inci bendine göre nakdenve hesaben yapılan ödeme üzerinden (G.V.K'nın 86/1-c bendi de dikkate alınarak) veya hak tesis eden tarafından mezkûr Kanun'un 86/1-d maddesine göre yıllık beyanname ile beyan edilmesi görüşündedir. İhtilafın diğer tarafı olan mükellefler ve/veya vergi sorumluları da yapılan işlemin mezkûr Kanun'un 70'inci maddesi uyarınca ifade edilen kiralama işlemi olmadığı ve kiralama işleminden farklı özellikler taşıdığı ayrıca Kanun'da 70'inci maddede de doğrudan belirtilmediğinden gayrimenkul sermaye iradı şeklinde vergilendirilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir.²⁶ Gerçek Kişilerin ticari işletmelerinde envantere dâhil olan

²⁶ Konuyla ilgili olarak Danıştay Dördüncü Dairesi'nin verdiği 10.12.1982 tarih ve E:1982/4060, K:1982/4519 sayılı Kararda "... Türk Medeni Kanununun 717.maddesiyle "intifa hakkı" aynı bir hak olarak nitelenmiş, sahiplerine üzerine tesis olunduğu şeyden tamamı ile istifade etmek hakkını bahşedeceği belirtilmiştir. Ayrıca 718.maddede "Hilafına bir kayıt bulunmadıkça, mülkiyete dair hükümler menkul ve gayrimenkul intifa haklarının iktisabında ve tescilinde tatbik olunur" denilmektedir. Gelir Vergisi Kanununun 73.maddesinde "kira" gibi tamamen şahsi bir hakkı ifade amacıyla kullanılan "intifanabırakılma"nın, bir gayrimenkul üzerinde aynı bir hak olan "intifa hakkı" tesisiyle aynı anlamda kabulü mümkün değildir. Bu nedenle bir gayrimenkul üzerinde tesis edilen "intifa hakkı" karşılığında alınan bedelin, Gelir Vergisi Kanununun 70, 72.maddeleri karşısında gayrimenkul sermaye iradı sayılması ve bedelsiz devirlerde ise ilgilileri 73.madde uyarınca emsal kira bedeli esasına göre vergilendirilmesi söz konusu olamaz." denilmiştir. Üst yargı mercii tarafından verilen bu Kararla; kiralama ile intifa hakkı tesisi işlemleri birbirinden ayrılarak Medeni Kanuna göre yapılan gayrimenkuller üzerinde intifa hakkı tesisi işlemlerinin bir kiralama işlemi niteliğinde olmadığı ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 70 ve devamı maddeleri uyarınca vergilendirilmemesi yönünde hüküm tesis edilmiştir. Son olarak 2009 yılında Danıştay Dördüncü Dairesi'nin verdiği 12.03.2009 günlü ve Esas No: 2008/7624, Karar No: 2009/1217 sayılı Karar'da; "... yasada intifa hakkı bedelinin gayrimenkul sermaye iratları arasında sayılmaması nedeniyle intifa hakkı bedelinin bir kiralama bedeli olarak kabulü gerektiği belirtilerek kıyas yoluyla vergilendirme yapılmasının vergilerin yasallığı ilkesi gereğince hukuka aykırı olduğu, bu durumda; kiralama bedeli olarak kabulüne hukukî imkan bulunmayan ve kanunda gayrimenkul sermaye iradı olarak tanımlanmayan intifa hakkı tesisine ilişkin bedelin tevkifat yapma zorunluluğu bulunan ödemeler arasında yer almaması nedeniyle dava konusu tarhiyatta hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle vergi ve cezaların kaldırılması yönünde İstanbul 5. Vergi Mahkemesi'nin verdiği 30.04.2008 günlü ve E:2007/2134, K:2008/1636 sayılı Kararın bozulması istemi, kararın dayandığı gerekçeler karşısında yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda görülmemiştir. Bu nedenle temyiz isteminin reddine, İstanbul 5. Vergi Mahkemesi'nin verdiği 30.04.2008 günlü ve E:2007/2134, K:2008/1636 sayılı Kararın onanmasına karar verilmiştir." denilerek, intifa hakkı tesisine yönelik ihtilaf konusu husus mükelleflerine yorumlanmış bulunmaktadır. ((Erdal KOYUNCU; **İntifa Hakkı Tesisi İşlemlerinin Gayrimenkul Sermaye İratları Kapsamında Vergilendirilmesi**, Vergi Sorunları, Sayı 252, Eylül 2009, s.87.&www.danistay.gov.tr. (çevrimiçi) (18.11.2014)& Vergi Sorunları Dergisi (**Yargı Kararları Bölümü**), Mart 2009, Sayı:246-247-248-249)

taşınmazlar üzerinde hak tesis edilmesi ticari faaliyetin yürütülmesi ile doğrudan veya dolaylı yoldan bağlantılıdır. Dolayısıyla böyle bir hak tesisi işlemi ticari faaliyet neticesinde doğan bir hasılat olacağından ticari faaliyetin içinde vergilendirilmesi konusunda fikir ayrılığı bulunmamaktadır. Bu durumda ticari kazanç; bilanço, işletme hesabı veya basit usule göre vergilendirilecektir.

Gerçek kişiler tarafından üçüncü kişiler adına intifa hakkı tesis işleminin niteliği itibarıyla bir kiralama işlemi olduğuna ilişkin yargı kararları ve özelgeler bulunmaktadır. Örneğin; Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin 27.01.2004 tarih ve E:2001/116K:2004/707 sayılı Kararda "... tapuya tescil edilen irtifak hakkının Medeni Kanunun 632. Maddesine göre gayrimenkul niteliği taşıdığı görülmüş olup, olayda tesis olunan irtifak hakkı ile karşılığında tahsil edilen bedel bir kiralama işleminin unsurlarını oluşturduğundan..." denilmiştir. Yine Danıştay Dördüncü Dairesi'nin E:2006/3348, K:2008/2305 sayılı Kararında²⁷ işlemin temel unsurlarının satım bulunan bazı yetkilerini üçüncü bir kişiye devrettiği bunun da bir taşınmazın kiralaması şeklinde olduğundan bahisle daha önce verilen Vergi Mahkemesi'nin kararını bozmuştur.

Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı'nın 20.10.2010 tarih ve B.07.1.GİB.4.06.01-2010-GVK-70-6-644 sayılı özelgesinde " ... Buna göre, söz konusu taşınmaz üzerinde ... A.Ş. adına tapu kütüğünde intifa

²⁷ Danıştay Dördüncü Dairesi'nin E:2006/3348, K:2008/2305 sayılı Kararı "... Uyuşmazlık konusu olayda, tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilen, bağımsız ve sürekli nitelikte olduğu anlaşılan üst hakkının, Mahkeme kararında da belirtildiği üzere, Medeni Kanunun 704 üncü maddesi kapsamında taşınmaz olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu hakkın tesisi, Mahkeme kararında belirtildiği gibi bir satış işlemi niteliği taşımamaktadır. Zira üst hakkında Medeni Kanunun 826 ncı maddesinde açıklandığı şekliyle, bir taşınmazın altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisinin üçüncü kişiye verilmesi söz konusudur. Üst hakkı tesisinde arazi malikinin mülkiyet hakkı devam eder. Arazinin maliki, arazisini satın, devredebilir. Arazi malikinin mükellefiyeti, resmi senetdeki hükümlere uygun olarak, üst hakkı sahibinin inşaat yapmasına ve yaptığı inşaatı muhafaza etmesine katlanmaktadır. Diğer bir anlatımla, arazi sahibi, arazisinin altında veya üstünde bir yapı yapma veya mevcut bir yapıyı muhafaza etme yetkisini üçüncü kişiye belirli süre ve şartlar dâhilinde devretmekte, arazisinin üçüncü kişi tarafından kullanılmasına rıza göstermektedir. Dolayısıyla, üst hakkı tesisiyle, arazinin mülkiyeti üçüncü kişiye geçmemekte, satış işleminde olduğu gibi "mülkiyetin nakli" söz konusu olmamaktadır. Bu durumda, üst hakkı kurulması işlemi, bir taşınmazın kiralaması niteliğinde olduğundan, üst hakkı bedeli üzerinden 193 sayılı Kanunun 94 üncü maddesinin 5/b bendi uyarınca gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, dava konusu işlemi satış olarak nitelendiren Vergi Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir." (Vergi Sorunları Dergisi (Yargı Kararları Bölümü), Mart 2009, Sayı:246)

hakkı tescil ettirilmesi karşılığında alınan şirket tarafından yapılacak ödemelerin, gayrimenkul sermaye iradı olarak vergilendirilmesi gerekmektedir... ” şeklindeki Kararı da intifa tesisi karşılığında alınan bedellerin gayrimenkul sermaye iradı olduğunu destekler niteliktedir. Ayrıca buna benzer yargı kararları²⁸ ve özelgeler de bulunmaktadır.²⁹ Gelir İdaresi’nin söz konusu olaydaki genel düşüncesi, hak tesisi işleminin, gayrimenkul sermaye iradının unsurlarını taşıdığıdır.³⁰

²⁸ Konuya ilişkin olarak Danıştay Dokuzuncu Dairesi’nce verilen 27.01.2004 tarih ve E:2001/116 K:2004/707 sayılı Kararda⁵; “Tapuya tescil edilen irtifak hakkı Medeni Kanunu’nun 632. maddesine göre gayrimenkul niteliği taşıdığından olayda tesis olunan irtifak hakkı ve karşılığında tahsil edilen bedel bir kiralama işleminin unsurlarını oluşturduğundan...” denilmiştir. Ayrıca Danıştay Dördüncü Dairesi’nin verdiği Esas No: 2006/778, Karar No: 2008/2304 sayılı Kararda⁶; “... ‘.Vergi Mahkemesinin 12.11.2004 günlü ve E:2004/97, K:2004/361 sayılı kararıyla; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 70 inci maddesinde gayrimenkul sahiplerinin yanı sıra, gayrimenkul üzerinden irtifak hakkı sahiplerinin de kiralama nedeniyle elde edecekleri iratların gayrimenkul sermaye iradı olarak sayıldığı, bu kapsamda, irtifak hakkı tesisinin de katma değer vergisine tabi olduğu’ yönündeki ilk derece mahkemesi kararının temyizen bozulması istemini, temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddiaların bozulması istenilen kararın dayandığı gerekçeler karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak durumda olmaması sebebiyle temyiz istemi reddedilerek .. Vergi Mahkemesinin bahse konu kararının onanmasına karar verilmiştir.” Yine Danıştay Dördüncü Dairesi’nin Esas No: 2007/3348, Karar No: 2008/2305 sayılı Kararında⁷; “... Uyumsuzluk konusu olayda, tapu kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilen, bağımsız ve sürekli nitelikte olduğu anlaşılan üst hakkının, Mahkeme kararında da belirtildiği üzere, Medeni Kanunun 704 üncü maddesi kapsamında taşınmaz olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu hakkın tesisi, Mahkeme kararında belirtildiği gibi bir satış işlemi niteliği taşımamaktadır. Zira üst hakkında Medeni Kanunun 826 ncı maddesinde açıklandığı şekliyle, bir taşınmazın altında veya üstünde yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek yetkisinin üçüncü kişiye verilmesi söz konusudur. Üst hakkı tesisinde arazi malikinin mülkiyet hakkı devam eder. Arazinin maliki, arazisini satıp, devredebilir. Arazi malikinin mükellefiyeti, resmi senetteki hükümlere uygun olarak, üst hakkı sahibinin inşaat yapmasına ve yaptığı inşaatı muhafaza etmesine katlanmaktadır. Diğer bir anlatımla, arazi sahibi, arazisinin altında veya üstünde bir yapı yapma veya mevcut bir yapıyı muhafaza etme yetkisini üçüncü kişiye belirli süre ve şartlar dahilinde devretmekte, arazisinin üçüncü kişi tarafından kullanılmasına rıza göstermektedir. Dolayısıyla, üst hakkı tesisiyle, arazinin mülkiyeti üçüncü kişiye geçmemekte, satış işlemine olduğu gibi “mülkiyetin nakli” söz konusu olmamaktadır. Bu durumda, üst hakkı kurulması işlemi, bir taşınmazın kirallanması niteliğinde olduğundan, üst hakkı bedeli üzerinden 193 sayılı Kanunun 94 üncü maddesinin 5/b bendi uyarınca gelir vergisi tevkifatı yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, dava konusu işlemi satış olarak nitelendiren Vergi Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir...” denilmekle, intifa haklarının-üst hakkı dahil- içerisinde yer aldığı irtifak haklarının tesisi/devrinin bir ‘kiralama işlemi’ niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Buradan hareketle, intifa haklarının tesisinin de bir kiralama işlemi niteliğinde olduğu ve gayrimenkul sermaye iratları kapsamında vergilendirilmesi gerektiği söylenebilir. Nitekim mali idarenin ‘intifa hakkı tesisinin bir kiralama işlemi niteliğinde olduğundan bahisle vergilendirilmesi gerektiği’ yönünde verdiği çok sayıda muktezası bulunmaktadır. (Erdal KOYUNCU; **a.g.m.**, s.87.&www.danistay.gov.tr. (çevrimiçi) (20.11.2014)& Vergi Sorunları Dergisi (Yargı Kararları Bölümü), Mart 2009, Sayı:246-247-248-249)

²⁹ Antalya Vergi Dairesi Başkanlığı’nın B.07.1.GİB.4.07.16.01/KVK.2008.ÖZ.27 sayılı, Gelir İdaresi Başkanlığı’nın 08.09.2006 tarih ve B.07.1.GİB.4.34.16.01/ GVK-70-12961/17206 sayılı, 06.09.2006 tarih ve B.07.1.GİB.4.34.16.01/GVK-70-12345/5098 Özeldes (Mehmet Ali ALP; **Gerçek Kişilerin Sahip Olduğu Taşınmazlar Üzerinde İntifa Hakkı Tesisinin Gelir Vergisi Açısından Durumu**, Vergi Sorunları, Sayı 282, Mart 2012, s.193)

³⁰ Mehmet Ali ALP; **a.g.m.**, s.191.

3. SONUÇ

Vergi hukuku olayların ve işlemlerin görünen değil olan, yani gerçek mahiyetlerine ulaşmaya çalışır. Vergilemede bu gerçek mahiyet esas alınır. Bu bağlamda, gayrimenkullerde iktisap tarihinin belirlenmesinde, tapuya tescilden önce fiili tasarruf gerçekleşmişse tapu tescil tarihi değil, gerçek iktisap tarihi yani fiili/iktisadi tasarruf tarihi esas alınır. Buna göre kat irtifakı eşyaya bağlı bir borç niteliğinde olup, devam etmekte olan inşaatın bitmesiyle, hak sahibine söz konusu bina üzerinde hak sahibi olduğu bağımsız bölümün adına kat mülkiyetine çevrilmesi konusunda aynı bir güvence verir. Bu da gösteriyor ki tapuda tescilli ana taşınmaz üzerinde devam eden inşaatın ileride bitecek her bir bağımsız bölümü üzerinde kişiler lehine tesis edilen kat irtifakı, nihai olarak kat mülkiyetini hedeflemektedir. Dolayısıyla eğer devam etmekte olan bir inşaatın üzerinde daha önce tesis edilen kat irtifakına dayalı olarak bir tescil yapılmışsa, iktisap tarihi olarak bu tarih değil bağımsız bölümün kat maliki adına tescil edildiği tarih veya alıcının fiili/iktisadi tasarruf tarihi dikkate alınmalıdır. Birçok nedenlerle inşaat bitmiş olmasına karşın, bağımsız bölümün malik adına kat mülkiyetine çevrilemediği durumlar olabilmektedir. Bu durumda da vergilemede olayın gerçek mahiyetine bakılacaktır. Belirtildiği gibi bağımsız bölüm üzerinde kişi lehine bir irtifak tesis edilmiş ancak inşaat bitmesine karşın kat mülkiyeti tapusu alınmamışsa yine fiili/iktisadi tasarruf tarihi iktisap tarihi olarak dikkate alınması gerektiği tespit edilmiştir.

Öte yandan, arsa sahiplerinin kendilerine ait arsaları, kat karşılığı olarak inşaat firmalarına verip; karşılığında belirli oranda konut veya iş-yeri alması faaliyeti ülkemiz genelinde yoğun olarak uygulama alanı bulmaktadır. Faaliyet devamlılık arz edecek şekilde yürütülüyorsa bu, ticari organizasyonun varlığına karine teşkil edecektir. Kat karşılığı olarak elde edilen gayrimenkullerin satışından doğan kazanç, söz konusu faaliyetin organizasyon veya devamlılık unsurlarından herhangi birini barındırması şartıyla ticari kazanç hükümleri içerisinde değerlendirilecektir. Bu satışların şahsi ihtiyaç sınırlarını aşması hali ise ticari kazanç hükümleri açısından önemli bir delildir. Satış işleminin yalnızca şahsi ihtiyaç sınır-

larını aşacak bir biçimde yapılması, elde edilen kazancın ticari kazanç hükümleri içerisinde değerlendirileceği manasına da gelmeyecektir.

İşlemlerin tekrarlanma seviyesi ise devamlılığın tespitinde önemli bir karene olabilmektedir. “Devamlılık” teriminin ne anlama geldiği yönünde net bir tanım görüldüğü üzere bulunmamaktadır. Bu nedenle verilen yargı kararların ve ilgili idare tarafından yapılmış yazılı düzenlemeler ışığında yorumlamak her zaman aynı yönde sağlıklı sonuçlara ulaşmak mümkün görünmemektedir. Buna göre kanımca intifa hakkı tesisi nedeniyle gayrimenkul sermaye iradı veya değer artış kazancı veya başkaca bir gelir unsuru elde edilip edilmediği yasal düzenleme ile açıkça belirlenmelidir. Konuya dair ihtilaf yaşanmamasının tek yolu, bu türde bir düzenleme yapılma ihtiyacı hâsıl olduğundan ivedi bir düzenlemenin yapılması gereğidir.

KAYNAKÇA

ADİBEŞ, Cuma; **Arsa Sahiplerince Kat Karşılığı Olarak Elde Edilen Gayrimenkullerin Satışında Kazancın Türü**, Vergi Sorunları, Sayı 292, Ocak 2013.

ALP, Mehmet Ali; **Gerçek Kişilerin Sahip Olduğu Taşınmazlar Üzerinde İntifa Hakkı Tesisinin Gelir Vergisi Açısından Durumu**, Vergi Sorunları, Sayı 282, Mart 2012.

BAŞAR, Ömer; **Kişisel Malvarlığına Dahil Arsa Üzerinde Tesis Edilen Üst Hakkına İlişkin İlk Tesis Bedelinin Gelir Vergisi Karşısındaki Durumu**, Vergi Sorunları, Sayı 282, Mart 2012.

BAŞAR, Ömer; **Üst Hakkına Dair Özellikli Durumlar**, Vergi Sorunları, Sayı 298, Temmuz 2013.

BATI, Murat; **Gelir Vergisi Kanunu’nda “Devamlılık” Kavramının İdari ve Yargı Kararları Işığında İrdelenmesi**, Yaklaşım Dergisi, Sayı 241, Ocak 2013.

BOZKIR, Ender; **Gerçek Kişiler Tarafından Yapılan Gayrimenkul Satışlarının Devamlılık Unsuru Yönünden İrdelenmesi**, Vergi Sorunları, Sayı 258, Mart 2010.

ERGÜNE, Mehmet Serkan; **Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukuki Sorunlar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 66, Sayı: 1, 2008.

GÜÇLÜ, Süleyman; **Arsa Payı Karşılığı İnşaat İşlerinde Arsa Sahibi Açısından Gelir Vergisi Kanunu Uygulaması**, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 254, Kasım 2009.

KARAHASAN, Mustafa Reşit; **Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara 1977.

KOYUNCU, Erdal; **İntifa Hakkı Tesisi İşlemlerinin Gayrimenkul Sermaye İratları Kapsamında Vergilendirilmesi**, Vergi Sorunları, Sayı 252, Eylül 2009.

SAYILGANOĞLU, Ömer; **Üst Hakkı Tesis edilen Arazi Üzerine İnşa edilen Yapıların Durumu**, Yaklaşım, Sayı 207, Mart 2010.

YILMAZ, Salman; **TMS/TFRS Uyarınca İnşaat (Yapım) İşlemlerinden Sağlanan Kazancın Vergilendirilmesi**, Yaklaşım Dergisi, Sayı 242, Şubat 2013.

DERNEKLERİN FAALİYETLERİ (ACTIVITIES OF ASSOCIATIONS)

▪ Araş. Gör. Zeynep Tunca ÖZCAN
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ÖZET :

Dernekler, ortak bir amaç çevresinde toplanmış tüzel kişilerdir. Amaç unsuru, dernek tüzel kişiliğinin en önemli unsurlarından biridir. Dernekler faaliyetlerini amaçları doğrultusunda çeşitlendirirler. Dernekler kazanç paylaşma amacı dışında, “ideal (manevi) bir amacı” gerçekleştirmek için kurulurlar. Derneğin amacının ideal olması onu ticaret ortaklıklarından ayıran en önemli unsurdur. Derneklere tanınan faaliyet serbestisi, amaçları ile sınırlı olup, gerçekleştirilmek istenen faaliyetler, hukuk düzeni sınırları içinde olmalıdır.

ANAHTAR KELİMELER : Dernek, ideal amaç, faaliyet serbestisi, ticari faaliyet, kar amacı gütmeyen dernek, uluslararası faaliyetler, yasak faaliyetler, izne tabi faaliyetler.

ABSTRACT:

Associations are legal persons, who are gathered around a common purpose. The purpose of an association is one of the most important aspect of it's legal personality. The activities of associations vary according to their purposes. Associations are established for realizing their "ideal purposes" other than profit sharing. Their "ideal" purposes differentiate them from the commercial corporations. Associations have freedom of activity limited with their objectives and their activities must of course be within the legal system.

KEYWORDS : Association, ideal purpose, freedom of activity, commercial activity, non-profit association, international activities, forbidden activities, activities subject to permission.

GİRİŞ

Dernekler, kazanç paylaşma dışında kanun ile yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere en az yedi gerçek veya tüzel kişinin bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek sureti ile oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹ m. 56; 5253 sayılı Dernekler Kanunu² m. 2/a). Kurucularının ve üyelerin belirlediği "*ideal (manevi) bir amacı*" gerçekleştirmek ya da müşterek mefaatlerini korumak için kurulan derneklerin amacının "*ideal (manevi)*" olması, onları ticaret ortaklıklarından ayıran en önemli unsurdur. Derneklerin amacı, derneğin konusuna ve hangi alanda faaliyet göstereceğine işaret etmektedir. Serbest kuruluş sistemine uygun olarak dernekler izin almadan kurulurlar. Bu sistemin dayanağı olan Anayasa'nın 33. maddesine göre, "Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir". Dernekler, belirledikleri amaçlar kapsamında ve hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içinde olmak kaydıyla olağan, izne tâbi veya uluslararası nitelikte olmak üzere çeşitli faaliyetlerde bulunabilirler (TMK m. 90, m.48; DK m. 2).

¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Kabul Tarihi : 22.11.2001, RG. Tarihi: 8.12.2001, S.: 24607.

² 5253 sayılı Dernekler Kanunu, Kabul Tarihi : 4.11.2004, RG. Tarihi : 23.11.2004, S.:25649.

1- DERNEKLERİN FAALİYETLERİ

A. Genel Olarak Derneklerin Amacı ve Faaliyet Serbestisi

Türk Medeni Kanunu'nun 56. maddesi ile Dernekler Kanunu'nun 2/a maddesinde tanımlandığı üzere, dernekler, kazanç paylaşma dışında kanun ile yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere en az yedi gerçek veya tüzel kişinin bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek sureti ile oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır. Bu maddeden anlaşılabileceği üzere, dernekler ortak bir amaç çevresinde toplanmış tüzel kişilerdir. Amaç unsuru dernek tüzel kişiliğinin en önemli unsurlarından biridir. Zira amaç, dernek üyelerinin benimsediği ve kendisine ulaşmak için ortak çaba harcadığı hedef olup, aynı zamanda dernek faaliyetlerinin kılavuzudur. Dernekler faaliyetlerini amaçları doğrultusunda çeşitlendirirler. Dernekler kazanç paylaşma amacı dışında, “ideal (manevi) bir amacı” gerçekleştirmek için kurulurlar. Dernekler sadece üyelerinin manevi ihtiyaçlarını sağlamak veya gerçekleştirmek için değil, aynı zamanda kamunun da manevi ihtiyaçlarını sağlama amacı etrafında toplanabilirler. Bu durum derneğin amacının ideal olma niteliğini değiştirmez. Günümüzde adı sık sık duyulan Kızılay Derneği ve Kanseri Araştırmaları Derneği buna örnek olarak verilebilir. İdeal amaca sahip olan dernekler, *eğitimin geliştirilmesine, bilim ve sanat alanlarında ilerleme sağlanmasına, çevrenin korunmasına, belirli bir yörenin kalkındırılmasına, üyeleri arasındaki toplumsal dayanışmanın geliştirilmesine* yönelik faaliyetlerde bulunabilir. Derneğin amacının ideal olması, onu ticaret ortaklıklarından ayıran en önemli unsurdur. Zira dernekler, ticaret şirketlerinden farklı olarak, üyelerine kazanç paylaşmak amacıyla kurulamaz. Ancak bu durum, derneğin ideal (manevi) amacını gerçekleştirmek için iktisadi ve ticari faaliyetlerde bulunmasına engel değildir. Örneğin, bir spor kulübünün spor mağazası işletmesi ya da yoksul yazarları korumak amacıyla kurulan derneğin yayınevi işletmesi elde edilen kazancın üyeler arasında paylaştırılmaması kaydıyla o derneğin ideal amaçlı dernek olma vasfını etkilemez. Önemli olan, der-

neğin üyelerine parasal çıkarlar sağlamaya yönelik amaç gütmemesidir³. Derneğin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek için dernek tarafından gerçekleştirilecek çalışma konuları ve çalışma biçimleri dernek tüzüğünde gösterilir (DK m.4). Derneğin belirlediği amacın önemi burada ortaya çıkmaktadır. Çünkü tüzükte gösterilen derneğin amacı, faaliyetlerinin kılavuzu olup, derneğin konusunu ve hangi alanda faaliyet göstereceğini de bildirir. Her ne kadar derneğin amacının belirli ve tek olması gerekse de, bu amacı gerçekleştirmek üzere derneğin yöneldiği çalışma konuları ve gerçekleştireceği faaliyetler çeşitli olabilir. Örneğin, “Kitap Sevenler Derneği” adıyla kurulmuş olan bir derneğin amacı, herkese kitap sevgisini ve kitap okuma alışkanlığını kazandırmaktır. Dernek bu amaca ulaşmak için kitaplık kurabilir, okullara kitap bağışında bulunabilir, kitap okumanın faydaları konusunda okullarda konferanslar düzenleyebilir, filmler hazırlatabilir, ucuz kitap satmak üzere yayınevi kurabilir. Bütün bunlar derneğin amacına ulaşmak için yürüteceği faaliyetleri göstermektedir⁴.

Dernekler hak ehliyetleri çerçevesinde organları aracılığıyla belirledikleri amacı gerçekleştirmek üzere tüzüklerinde yer alan çalışma konuları ve biçimleri doğrultusunda her türlü faaliyette bulunabilir (TMK m. 90, m.48; DK m. 2). Ancak derneklere tanınan faaliyet serbestisi, amaçları ile sınırlıdır. Buradan varılacak sonuç, derneklerin tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları dışında faaliyette bulunamayacaklarıdır (DK m. 30/a).

³ ZEVKLİLER, AYDIN/ ERTAŞ, ŞEREF/ HAVUTÇU, AYŞE/ GÜRPINAR, DAMLA: *Medeni Hukuk(Temel Bilgiler)*, Ankara 2013, s. 163; OĞUZMAN, KEMAL/ SELİÇİ, ÖZER/ ÖZDEMİR OKTAY, SAİBE: *Kişiler Hukuku(Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul 2014, s.316-318; DURAL, MUSTAFA/ ÖĞÜZ, TUFAN: *Türk Özel Hukuku C.II, Kişiler Hukuku*, İstanbul 2012, s. 286-288; ZEVKLİLER, AYDIN/ ACABEY, BEŞİR/ GÖKYAYLA, EMRE: *Medeni Hukuk*, Ankara 2000, s. 589; HATEMİ, HÜSEYİN/ OĞUZTÜRK KALKAN, BURCU: *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)*, İstanbul 2014, s. 87 vd.; AKINTÜRK, TURGUT/ AKİPEK JALE G./ KARAMAN ATEŞ, DERYA: *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Yenilenmiş*, İstanbul 2014, s. 524 vd.; SAKA, ZAFER: *Dernekler Hukuku Teoride ve Uygulamada*, İstanbul 2010, s. 4 vd.; İNAN, ALİ NAİM: *Türk Medeni Hukuku (TMK Giriş Hükümleri, Kişiler-Aile- Miras ve Eşya Hukuku)*, Ankara 2014, s.189 vd.; SEROZAN, RONA: *Medeni Hukuk s(Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)*, İstanbul 2014, s.499 vd.; AKINTÜRK, TURGUT/ KARAMAN ATEŞ, DERYA: *Medeni Hukuk*, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış, İstanbul 2014, s. 200.

⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s. 316 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, s. 287; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s. 167; AKINTÜRK/KARAMAN ATEŞ, s. 200-201; İNAN, s. 190-191.

Derneğe tanınan faaliyet serbestisinin derneğin amacı ile sınırlı olması ise, derneğin bu amacı gerçekleştirmek için tüzükte yer vermesi gereken faaliyet konularını ön plana çıkarmaktadır. Bu faaliyetlerin de tabii ki *hukuk düzeni sınırları içinde* olması gerekir. Nitekim Anayasa'nın 33. maddesinin 5. fıkrasına göre, dernekler, kanunun öngördüğü hallerde hâkim kararıyla kapatılabilir veya faaliyetten alıkonulabilir⁵.

*Dernek kurma özgürlüğü*⁶ derneklerin faaliyetlerinin dayanağını oluşturmaktadır. Anayasada temelini bulan dernek kurma özgürlüğü⁷ kapsamında *derneklerin faaliyetleri, ancak ulusal güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının özgürlüklerinin korunması nedeni ile yasa ile sınırlanabilir* (AY. m 13, m.

⁵ ZEVLİLİLER/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s. 167 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s. 334; İNAN, s. 194; SEROZAN, s. 500; HATEMİ, HÜSEYİN/OĞUZTÜRK KALKAN, s. 91; ÖZTAN, BİLGİ: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2014, s. 340 vd.; ÖZSUNAY, ERGUN: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982, s. 286; ENGİN, BAKİ İLKAY: "Yeni Medeni Kanun ve Dernekler Kanununda Yapılan Değişikliklerin Türk Dernekler Hukukuna Etkileri", Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 369. Anayasa'nın 33. maddesinin 4. fıkrası 23.07.1995 tarihli 4121 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, derneklerin faaliyetleri ile ilgili kısıtlayıcı hükümlere sahip idi. Hükmün eski haline göre: "Dernekler, 13.maddedeki sınırlamalara aykırı hareket edemeyecekleri gibi, siyasi amaç güdemezler, siyasi faaliyette bulunamazlar, siyasi partilerden destek göremezler ve onlara destek olamazlar, sendikalar ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflar ile bu amaçla hareket edemezler". Yapılan bu değişiklik ile derneklerin belirtilen konularda faaliyette bulunma yasağı kalkmıştır.

⁶ Anayasa'nın 23.07.1995 tarihli 4121 sayılı Kanun ve 3.10.2001/4709 sayılı Kanun ile değişik 33. maddesindeki "Dernek Kurma Özgürlüğü" başlığını taşıyan hüküm aşağıdaki gibidir: "Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir (f.1). Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz (f.2). Dernek kurma hürriyeti ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir (f.3). Dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir (f.4). Dernekler, kanunun öngördüğü hallerde hakim kararıyla kapatılabilir veya faaliyetten alıkonulabilir. Ancak, milli güvenliğin, kamu düzeninin, suç işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmele sakınca varsa, kanunla bir merci, derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebilir. Bu mercinin kararı, yirmi dört saat içinde görevli hakimden onayına sunulur. Hakim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, bu idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkar (f.5). Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir (f.6). Bu madde hükümleri vakıflarla ilgili olarak da uygulanır (f.7)". Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, 1982 Anayasası, dernek kurma özgürlüğünün kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunda gösterileceğini kabul etmiş, ayrıca dernek faaliyetlerine belirli yasaklar getirmiştir. Dernek faaliyetlerine getirilen sınırlama ve yasaklar, Medeni Kanun ve DK'nda da yer almaktadır (TMK m.89; DK m.30) (OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s. 285-286).

⁷ Dernek kurma özgürlüğü, derneğin kuruluş sözleşmesi niteliğindeki tüzüğünü oluşturma, değiştirme, organlarını belirleme, organların iradeleri dışında mahkeme kararı ile derneğin kapatılması ve kişinin özgürce üye olmasını sağlayan güvencelere sahiptir (SAKA, s. 14-15).

33/3). Bu durumda sınırlamanın hangi durum için öngörüldüğü somut bir şekilde yasa ile öngörülmelidir. Türk Medeni Kanunu bakımından

ise, derneklerin faaliyetlerini sınırlayıcı hükümlere ayrıca yer verilmemiş, yasaklanan veya izne bağlanan faaliyetler ile ilgili kamu hukuku nitelikli özel kanun hükümlerinden doğan sınırlamalar yeterli kabul edilmiştir (TMK m. 90/2). Bu hüküm ile Türk Medeni Kanunu, Dernekler Kanunu'nda derneklerin faaliyetlerini kısıtlayan, yasaklayan veya izne bağlı tutan çeşitli hükümlere göndermede bulunmuştur⁸. Bu nedenle aşağıda ayrı başlıklar altında değinilecek olan derneklerin faaliyetlere ilişkin getirilen sınırlama ve yasaklar hakkında, bu konudaki özel düzenleme olan Dernekler Kanunu ve ilgili mevzuattaki düzenlemeler öncelikle uygulanacaktır.

B. Derneklerin Olağan Faaliyetleri

Dernekler, hukuk düzeni sınırları içinde ve tüzükte gösterilen amaç ve çalışma konuları dâhilinde izne tâbi olmaksızın olağan faaliyetlerde bulunabilir. Derneklerin faaliyetleri genel kanun hükmü ile kısıtlanmış değildir. Ancak bazı olağan faaliyetler aşağıda belirtileceği üzere özel olarak Dernekler Kanunu ile düzenlendiğinden bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi sırasında ilgili kanun hükümlerine uygun hareket edilmelidir. Örneğin, bir derneğin tesisleri için mobilya satın alması veya izlediği amacın gerçekleştirilmesine yönelik konferanslar, seminerler, geziler, yarışmalar düzenlemesi bu tür olağan faaliyetlerden sayılabilir⁹.

1. Maddi Yardım ve İşbirliği Faaliyeti

DK derneklerin yurt içinde veya yurt dışından maddi yardım alabilmelerine imkân vermektedir

⁸ SAKA, s. 207; DURAL/ÖĞÜZ, s. 323-324; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s. 334.

⁹ SAKA, s. 207; ÖZSUNAY, s. 286.

a. Yurt İçinden Yardım Alma:

23.07.1995 tarih ve 4721 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 33. maddesi değiştirilmeden önce, dernekler siyasi faaliyette bulunamıyor ve siyasi partilere destek olamıyordu. Dernekler Kanunu'nun 10. maddesinin ilk hâline göre, derneklerin siyasi partilere maddi yardımda bulunmasına bir engel yoktu. Hükme göre, *“Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, benzer amaçlı derneklerden, siyasi partilerden, işçi ve işveren sendikalarından ve mesleki kuruluşlardan maddi yardım alabilir ve adı geçen kurumlara maddi yardımda bulunabilirler”*. Ancak iptal davası sonucu anılan hüküm kısmen iptal edilmiştir. Buna göre, maddenin, *“Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, benzer amaçlı derneklerden, siyasi partilerden, işçi ve işveren sendikalarından ve mesleki kuruluşlardan maddi yardım alabilir”* bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına¹⁰, *“...adı geçen kurumlara maddi yardımda bulunabilirler”* kısmının ise, siyasi partiler yönünden iptaline karar verilmiştir¹¹.

¹⁰ “Anayasa'nın 3.10.2001 günlü ve 4709 sayılı Yasa ile değişik 33. maddesinin üçüncü fıkrasında, dernek kurma hürriyetinin ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ve başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanun ile sınırlanabileceği öngörülmüştür. Anayasa'nın 33. maddesinin 4. fıkrasının ilk hâlinde, derneklerin Anayasa'nın 13. maddesindeki genel sınırlamalara aykırı hareket edemeyecekleri gibi, siyasi amaç güdemeyecekleri, siyasi faaliyette bulunamayacakları, siyasi partilere destek olamayacakları, sendikalarla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçla ortak hareket edemeyecekleri belirtilmiştir. Bu maddenin dördüncü fıkrası, 23.7.1995 günlü, 4121 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Başlangıç Metni ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun ile kaldırılmıştır. Anılan anayasal değişiklikten sonra **derneklerin de tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere benzer amaçlı dernekler, siyasi partiler, işçi ve işveren sendikaları ile meslek kuruluşlarla ortak hareket edebilecekleri ve bu bağlamda maddi yardım alabilmeleri olanaklı hale geldiğinden** kural Anayasa'nın 33. maddesine aykırı değildir” (T. 5.4.2007, E. 2004/107, K. 2007/44(RG. 22.11.2007, S. 26708 (Bkz. ÖZDAMAR,DEMET/TÜRK, AHMET/İKİZLER,METİN/ÇAĞIRGAN,SENAR: İsviçre Medeni Kanunu, Alman Medeni Kanunu ve Özellikle Alman Dernekleri Kanunu Gözönünde Tutularak Yeni Dernekler Hukuku Mevzuatımızın Karşılaştırılması Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2008, s. 81, dn. 237)).

¹¹ “İptal davasına konu olan kural uyarınca, dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, benzer amaçlı derneklere, siyasi partilere, işçi ve işveren sendikalarına ve mesleki kuruluşlara maddi yardımda bulunabilir. Siyasi partilerin uyacakları esasların düzenlendiği Anayasa'nın 69. maddesinin 10. fıkrasında, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruklığında olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partilerin temelli olarak kapatılacağı belirtilmiştir. Öte yandan, 5253 sayılı DK'nun 21. maddesinde, derneklerin mülki idare amirliğine önceden bildirimde bulunmak şartıyla yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynı ve nakdi yardım alabilecekleri, bildirimin şekli ve içeriği yönetmelikte düzenleneceği ve nakdi yardımların bankalar aracılığıyla alınmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Kural ile derneklerin siyasi partilere maddi yardım yapmalarının yolunun açılması sonucunda, derneklerden siyasi partilere nakdi veya aynı yardım sağlanması olanaklı hale gelmiştir. DK'nun 21. maddesine göre, yurt dışındaki kişi, kurum veya kuruluşlardan aynı veya nakdi yardım alan derneklerin bu yardımları siyasi

Mevcut düzenlemeye göre, derneklerin maddede sayılan kuruluşlardan sadece siyasi partilere maddî yardımda bulunması yasak olup, siyasi partiler dâhil sayılan kuruluşlardan maddî yardım almalarına hukuken bir engel kalmamıştır¹².

Dernekler Kanunu'nun 10. maddesinde sayılan kurumlar arasında yapılacak maddî yardımlaşma, “benzer amaçlı” olma koşuluna bağlanmıştır. Maddî yardımlaşma için öngörülen benzer amaçlı olma koşulu, madde hükmünde sayılan nitelikte kurum ve kuruluşlara ilişkindir. Söz konusu hüküm, gerçek kişilerin derneklere yardımda bulunmasını veya sayılan niteliği olmayan kurum ve kuruluşlarla yardımlaşmayı benzer amaçlı olma koşuluna bağlamış değildir (TMK m. 99)¹³.

*5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun*¹⁴ hükümlerine aykırılık teşkil etmemek kaydıyla, derneklerin kamu kurum ve kuruluşları ile görev alanına giren konularda ortak proje yürütmeleri de mümkündür. Bu projelerde kamu kurum

partilere aktarmalarına bir engel kalmamıştır. Anayasa'nın 4121 sayılı Yasa ile değiştirilen 68. maddesinin sekizinci fıkrasında, Devletin siyasi partilere yeterli düzeyde ve hakça maddi yardım yapacağı belirtilmiş ve bu yardımın, siyasi partilerin üyelerinden alacakları aidatların ve bağışların tabi olduğu esasların yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür. **Siyasi parti üyelerinin ödeyecekleri aidatlar ve bağışlar hakkında yasal düzenleme yapılmasının öngörüldüğü ve yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruklığında olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partilerin temelli kapatılması gerektiği göz önüne alındığında, anayasa koyucunun siyasi partileri her türlü dış etkilerden uzak tutmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Yurtdışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynı ve nakdi yardım alan siyasi partilerin, yardım yapan kişi veya kuruluşların etkisine girmesi ve yurt dışından yönlendirilmeleri olanaklıdır. Buna göre Yasa kuralı ile derneklerin kendi amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla bile olsa, siyasi partilere maddi yardım yapma yolunun açılması Anayasa'nın 69. maddesine aykırı görülmüştür.** Açıklanan nedenlerle DK'nun 10. maddesinin birinci fıkrasının “...ve adı geçen kurumlara maddi yardımda bulunabilirler” biçimindeki bölümünün siyasi partiler yönünden iptali gerekir” (T. 5.4.2007, E. 2004/107, K. 2007/44 (RG. 22.11.2007, S. 26708 (Bkz. ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 81, dn. 238); Konu ile ilgili ayrıntılı bir mukayeseli hukuk çalışması için bkz. **ODYAKMAZ, ZEHA/ÇINARLI, SERKAN/ÖZCAN, CEM**: “Fransa’da ve Türkiye’de Seçim Kampanyalarının ve Siyasi Partilerin Finansmanının Denetimi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı 2, 2012, s. 7-26.

¹² ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 80; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ ÖZDEMİR, s. 335; ZEVLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s. 169; SAKA, s. 208; AKINTÜRK/AKİPEK/KARAMAN ATEŞ, s. 645-646.

¹³ SAKA, s. 208.

¹⁴ 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun, Kabul Tarihi: 22.1.2004, RG. Tarihi: 29.1.2004, S.: 25361.

ve kuruluşları, proje maliyetlerinin en fazla yüzde ellisi oranında derneklere aynî ve nakdî katkı sağlayabilirler (DK m. 10)¹⁵. Örneğin, Veremle Savaş Derneği, Sağlık Bakanlığı ile ortak bir aşı kampanyası yürütebilir. Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı'nın bu projeyi desteklemek üzere proje masraflarının ellisine kadar katkı sağlaması mümkündür¹⁶.

Derneklerin olağan faaliyetlerinden biri de gençlik ve spor faaliyetleridir. Dernekler Kanunu'nun 14. maddesine göre, derneklerin başvurmaları halinde, spor faaliyetlerine yönelik olanlar spor kulübü, boş zamanlarını değerlendirme faaliyetine yönelik olanlar gençlik kulübü ve her iki faaliyeti amaçlayanlar gençlik ve spor kulübü adını alırlar. Gençlik ve Spor Bakanlığı'nca tutulan kütüğe kayıtlarını yaptıran spor kulüpleri, gençlik kulüpleri ile gençlik ve spor kulüpleri de gençlik ve spor genel müdürlüğü bütçesindeki yardım ödeneğinden aynî veya nakdî yardım alabilirler. Yardımlaşma şekil ve şartları, Gençlik Ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik Ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir¹⁷.

b. Yurt Dışından Yardım Alma

Kanun koyucu, derneklere yurt dışından da yardım alabilme imkânının ilk defa Dernekler Kanunu ile tanımıştır. Buna göre, dernekler, mülki idare amirliğine önceden bildirimde bulunmak kaydıyla yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynî veya nakdî yardım alabilirler (DK m. 21; Dernekler Yönetmeliği¹⁸ m. 18 vd.)¹⁹. Nakdi yardımların

¹⁵ Kültür ve Turizm Bakanlığınca Yerel Yönetimlerin, Derneklerin, Vakıfların ve Özel Tiyatroların Projelerine Yapılacak Yardımlara İlişkin Yönetmelik gereğince, "Kültür, sanat, turizm değerlerimizi ve zenginliklerimizi yaşatıcı, yayıcı, destekleyici, geliştirici ve tanıtıcı, yerel, ulusal ve uluslararası nitelikteki şenlik, festival, anma günleri, konser, sergi, gösteri, kongre, sempozyum, seminer, panel, güzel sanatlar, fuar ve benzeri etkinliklere ilişkin projelere yardımda bulunabilir" (m. 6) (RG. Tarihi: 15.03.2007, S.: 26463).

¹⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 335-336; ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 80. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30'uncu maddesi çerçevesinde özürülülerin ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki iyileştirilmeleri, kendi işlerini kurmaları, özürülülerin iş bulmasını sağlayacak destek teknolojilerine ilişkin projeler ve benzeri projelerde bu oran aranmaz (DK m. 10/2). Bkz. SAKA, s. 209.

¹⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 335-336. Bu hususta bkz. Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliği, m. 34 vd. (RG. Tarihi : 28.7.1985, S.:18825).

¹⁸ Dernekler Yönetmeliği, RG. Tarihi: 31.03.2005, S.: 25772.

¹⁹ Derneklerin yurt dışından yardım almasına ilişkin Dernekler Yönetmeliği hükümlerine göre,

bankalar aracılığı ile alınması gerekir. Aksi hâlde, dernek yöneticilerine banka dışı paranın yüzde yirmi beşi oranında idari para cezası verilir (DK m. 32/c)²⁰. Yurt dışından yapılan yardımlar, kötüye kullanmaya müsait olduğundan nakdi yardımların bankalar aracılığıyla yapılması zorunludur²¹.

2. Gelir Sağlama ve Giderde Bulunma

Dernekler amaçlarını gerçekleştirmek, yaptıkları çalışmalar veya yönetim ile diğer giderlerini karşılamak için parasal kaynaklara ihtiyaç duyarlar. Dernek gelirlerinin nelerden oluştuğu konusunda Dernekler Kanunu'nda özel bir düzenleme yoktur. Bu nedenle genel hüküm niteliğindeki ilgili hükme göre, dernek gelirleri, üye aidatı, *dernek faaliyetleri sonucu sağlanan veya dernek malvarlığından elde edilen gelirler* ile bağış ve yardımlardan oluşur (TMK m. 99). Dernek gelirleri alındı belgesi ile toplanır (DK m. 11/1, DY m. 38/1). Dernek gelirlerini toplayacak kişiler, yönetim kurulu kararıyla belirlenir ve bunlar adına yetki belgesi düzenlenir (DK m.11/3). Dernek gelirlerinin bankalar aracılığı ile toplanması durumunda bankalar tarafından düzenlenen hesap belgesi veya hesap özeti gibi belgeler, alındı belgesi yerine geçer (DK m. 11/1, DY m.38/1). Dernekler amaçları doğrultusunda faaliyette bulunurken bir

nakdi yardımların bankalar aracılığıyla alınması ve kullanılmadan önce bildirim şartının yerine getirilmesi zorunludur (m.18). Yurtdışından yardım alacak olan dernekler (EK-4) 'te belirtilen yurtdışından yardım alma bildirimini iki nüsha olarak doldurup mülki idare amirliğine bildirimde bulunurlar (m.19, Değişik: RG.-23.01.2013-28537).

²⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 335-336.

²¹ Vakıfların yurt içi ve yurt dışındaki kişi ve kuruluşlardan aynı ve nakdi yardım almaları ve yardım yapmalarına ilişkin hususlar Vakıflar Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiş olup, DK'na paraleldir. "**Vakıflar; yurt içi ve yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan aynı ve nakdi bağış ve yardım alabilirler, yurt içi ve yurt dışındaki benzer amaçlı vakıf ve derneklere aynı ve nakdi bağış ve yardımda bulunabilirler. Nakdi yardımların yurt dışından alınması veya yurt dışına yapılması banka aracılığı ile olur ve sonuç Genel Müdürlüğe bildirilir. Bildirimin şekli ve içeriği yönetmelikle düzenlenir**" (5737 sayılı Vakıflar Kanunu, Kabul Tarihi : 20.2.2008, RG. Tarihi: 27.2.2008, S.: 26800). Burada söz konusu olan vakıflar, **yeni vakıflar**dır. Çünkü Tasarıda olmayan ve Yeni Vakıflar Kanunu'na sonradan eklenen, "**vakıf senetlerinde yer almak kaydıyla**" ibaresi bir sınırlama getirmektedir. Vakıf senedinde hüküm bulunması da ancak vakıf senedi olan yeni vakıflar için mümkündür. 5253 sayılı DK'na paralel şekilde düzenlenmiş bu hüküm, Anayasa Mahkemesinin DK hakkında kısmen iptaline karar verdiği hüküm ile birlikte değerlendirilmelidir (Bu hususta bkz. ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 60); AKINTÜRK/AKİPEK/KARAMAN ATEŞ, s. 646.

yandan gelir elde eder ve bu sırada bir takım harcamalarda bulunurlar. Derneklerin giderleri ise gider belgesi ile yapılır (DK m. 11). Örneğin, ülkede kültürün herkesin ulaşabileceği şekilde yayılması amacı ile kurulan “Kültür Yayma Derneği”, bu amacını gerçekleştirmek için konferanslar verebilir, kültür filmleri gösterebilir, yabancı dil kursları düzenleyebilir, dergi çıkarabilir. Sayılan tüm bu faaliyetler bir derneğin gelir elde etmesini sağlamakla kalmayıp giderde bulunmasına da yol açabilir. Son olarak, derneklerin gelir elde etmelerini sağlayan bir diğer yol, 2860 sayılı *Yardım Toplama Kanunu*²²’nin 3. maddesine göre, kamu yararına uygun olarak amaçlarını gerçekleştirmek, muhtaç kişilere yardım sağlamak veya kamu hizmetlerinden bir veya birkaçını gerçekleştirmek veya destek olmak için *yardım toplamalarıdır*²³. Ancak aşağıda değinileceği üzere Yardım Toplama Kanunu kapsamında *derneğin gelir elde etmesini sağlayan yardım toplama faaliyeti, derneklerin izne tabi faaliyetlerinden*²⁴.

Gelir sağlayan veya harcamalarda bulunan dernekler, gelir ve giderlerini kayıt altına almak için defter tutarlar (DY m. 31-47). Dernekler, karar defteri, üye kayıt defteri, evrak kayıt defteri, demirbaş defteri, işletme hesabı defteri, alındı belgesi kayıt defteri tutmak ile yükümlüdürler. Tutulması zorunlu olan defterlerin derneklerin yerleşim yerinin bulunduğu il dernek müdürü veya noter onaylı olması gerekir. Bu defterler bilgisayar ortamında da tutulabilir. Tutulması zorunlu olan defter ve belgelere ilişkin işlemlerde, gerekli dikkat ve özeni göstermeyen, elde olmayan nedenler ile belgenin okunamayacak duruma gelmesi veya yitirilmesi durumunda, bunun öğrenilmesini izleyen on beş gün içinde dernek merkezinin bulunduğu yerin ilgili asliye hukuk mahkemesine başvurarak zayi belgesi almayan veya bu belgeyi denetim sırasında sunamayan dernek yöneticileri, üç aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılırlar (DK m. 9, 19, 32/k)²⁵.

²² 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu, Kabul Tarihi: 23.6.1983, RG. Tarihi: 25.6.1983, S.: 18088.

²³ SAKA, s. 210-211; KARINCA, ERAY: “Dernek Gelirleri Ve Taşınmaz Mal Edinmeleri”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, 1994, s. 164, C.18, s. 61. Derneklerin yardım toplama faaliyeti, izne tabi faaliyetlerden olup, bu başlık altında gelir elde edici faaliyetlerinden biri olduğunu göstermek üzere değinilmektedir.

²⁴ SAKA, s. 211.

²⁵ SAKA, s. 220; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZER, s. 338.

3. Derneklerin Taşınmaz Edinmeleri

Dernekler, genel kurullarının verdiği yetki üzerine yönetim kurulu kararı ile taşınmaz mal satın alabilir ya da satabilirler. Eğer dernekler taşınmaz satın alırlar ise, edindikleri taşınmazları bir ay içinde *mülkî idare amirliğine bildirmelidirler* (DK m.22)²⁶. Dernekler bu bildirimi yaparken yönetmelik ekinde yer alan (EK-26)’da gösterilen taşınmaz mal bildirimini doldurmalıdırlar (DY m.93).

4. Derneklerin temsilcilik açmaları

Gerekli gördüklerinde dernekler faaliyetlerini yerine getirmek için temsilcilik açabilir. Derneklerin açtıkları temsilcilikler, şube ve genel kurullarında temsil edilmezler. Temsilciliğin adresi, yönetim kurulu kararıyla temsilci olarak görevlendirilenler tarafından o yerin mülkî idare amirliğine yazılı olarak bildirilir. Şubeler ise, temsilcilik açamazlar (DK m.24)²⁷.

5. Platform Oluşturma

Platform, derneklerin, amaçları ile ilgisi bulunan ve kanunlar ile yasaklanmayan alanlarda, kendi aralarında veya vakıf, sendika ve benzeri sivil toplum kuruluşlarıyla ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere girişim, hareket ve benzeri adlarla oluşturdukları tüzel kişiliği bulunmayan geçici nitelikteki birlikteliklerdir (DK m. 2/f). Platformların kuruluşları

²⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s. 336; ÖZTAN, s. 366; AKINTÜRK/AKİPEK/KARAMAN ATEŞ, s. 647; DURAL/ÖĞÜZ, s. 323. Maddenin gerekçesine göre, bu hüküm ile derneklerin taşınmaz edinmelerindeki sınırlamalar kaldırılmış, derneklerin bu konuda serbestçe tasarrufta bulunmalarına imkân tanınmıştır (ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 286). Nitekim mülga 2908 sayılı DK’nda, derneklerin taşınmaz mal edinmeleri bazı kısıtlamalara tabi idi. Örneğin, konutları ile amaç ve etkinlikleri için gerekli olandan fazla taşınmaz mala sahip olamıyorlardı. Ayrıca satın alınan veya bağış, vasiyet yoluyla derneklere geçen taşınmaz malların, dernek adına tapuya tescilinden itibaren 3 ay içinde İçişleri Bakanlığı’na bildirilmeleri zorunlu idi. Bu taşınmazlardan dernek gereksinimlerinden fazla olduğu tespit edilenler, Bakanlıkça belirlenen süre içinde dernek tarafından paraya çevrilirdi (Mülga 2908 sayılı Dernekler Kanunu, Kabul Tarihi: 04.10.1983, RG. Tarihi: 7.10.1983, S.: 18184). Ancak bütün bu sınırlamalar eleştirilere uğramıştır. Dernekler hakkındaki daha eski yasal düzenlemelerin de gerisine giden ve sınırlamayı genişleten bu hükmün yerini 5253 sayılı DK’nun 22. maddesi almıştır (KARINCA, s. 62-63).

²⁷ ÖZTAN, s. 366.

ile ilgili mülki idare amirliklerine izin veya bildirimde bulunma zorunluluğu yoktur. Platformların oluşturulabilmesi için derneklerin yetkili organlarınca alınacak kararlarda, derneği temsille görevlendirilecek kişi veya kişiler belirlenir (DK m.25; DY m. 94). Bir platformun faaliyete başlayabilmesi için, temsilciler tarafından bir mutabakat tutanağı düzenlenir. Bu tutanakta, hangi faaliyetlerin hangi katılımcıların bütçesinden karşılanacağı, platformun oluşturulma amacı, çalışmaların yürütüleceği yerleşim yeri ile yönetim grubu üyeleri ve koordinatörünün isimleri belirtilir²⁸.

6. Derneklerin Sandık Kurması

Derneklerin kendi bünyelerinde sandık kurmaları Dernekler Kanunu'nda şöyle düzenlenmiştir: *“Dernekler, tüzüklerinde yazılı olmak ve sağlanan kârı üyelerine paylaştırmamak, gelir, faiz veya başka adlarla üyelerine aktarmamak şartıyla, üyelerinin yiyecek, giyecek gibi zaruri ihtiyaç maddelerini ve diğer mal ve hizmetlerle kısa vadeli kredi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla sandık kurabilirler”*. Böylece Kanun derneklere, sandık adıyla, üyelerine yönelik bir sosyal yardımlaşma birimi oluşturma imkânı tanımıştır. Kanunda bu konuda bir hüküm olmamasına karşın, Dernekler Yönetmeliği'nde açıklama bulunmaktadır. Derneklerin sandık kurabilmesi için dernek tüzüğünde sandık kurulacağına dair açık hüküm bulunması ve dernek genel kurulunca sandık kurulması için karar alınmış olması gerekir (DY m.72/f.2). Sandıklar, derneklerin bir yan kuruluşudur; Bunların tüzel kişilikleri yoktur. Sandık yönetim kurulu, dernek yönetim kurulunca verilecek yetkiye dayanarak, sandıkla ilgili konularda mahkemeler ve idare makamlarında sandığı temsil edebilir, sandığa izafeten her türlü hukuki tasarrufta bulunabilir (DY m.78)²⁹.

Dernekler tarafından kurulan sandıklara, ilgili derneğin merkez ve şubelerine kayıtlı üyeler dışında üye kabul edilmez. Sandıklara üye olmak isteğe bağlıdır. Sandık üyeliğine kabul, sandık yönetim kurulu ka-

²⁸ ÖZTAN, s. 367; AKINTÜRK / AKİPEK / KARAMAN ATEŞ, s. 647.

²⁹ SAKA, s. 213; ZEVLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s. 174; ÖZTAN, s. 367.

rarı ile olur. Her sandığın, dernek yönetim kurulunca hazırlanıp genel kurul tarafında kabul edilen bir sandık yönergesi bulunur. Dernek genel kurulunca kabul edilen sandık yönergesinin yönetim kurulu üyelerince her sayfası imzalanmış bir sureti, genel kurul toplantısını izleyen otuz gün içinde dernek başkanı tarafından mülki idare amirliğine verilir. Sandık yönergesinin mülki idare amirliğine bildirilmesinden itibaren altı ay içinde sandık genel kurulunun toplanması ve sandık organlarının oluşturulması zorunludur. Sandık organlarının oluşturulmasına kadar, sandık işlemlerini yürütmeye dernek yönetim kurulu yetkilidir. Sandığın ilk genel kurulu, dernek yönetim kurulunun çağrısı üzerine toplanır (DY m.75).

Sandığın bağımsız tüzel kişiliği olmadığından kendisi ile ilgili konularda muhatabı, dernek tüzel kişiliğidir. Sandığın bütün mal ve hakları, dernek malı sayılır. Taşınmazlar dernek adına tescil edilir, kullanma hakkı sandığa devredilir. Bu mallara karşı işlenen suçlar, dernek mallarına karşı işlenmiş sayılır ve sandık mallarına karşı suç işleyenler, dernek malına karşı suç işleyenler gibi cezalandırılır (DY m. 79)³⁰.

7. Derneklerin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu Harcinde Gerçekleştirdikleri Faaliyetleri

Dernekler, üyeleri arasındaki yardımlaşma ve dayanışmayı sağlamak ve birliktelikleri arttırmak amacıyla, masraflarının katılımcı üyeleri tarafından veya derneğin genel bütçesinden karşılanması suretiyle yönetim kurulu kararı ile değişik zamanlarda gezi, piknik ve dayanışma geceleri gibi etkinlikler yapabilirler. Güvenlik tedbiri ihtiyacı dışında, bu faaliyetleri için bildirimde bulunulması şart değildir. Aynı zamanda dernekler, tüzüklerinde belirledikleri amaç ve çalışma konuları doğrultusunda 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu³¹'na göre kapalı yer ya da açık hava toplantısı düzenleyebilir, bu şekilde düzenlenen toplantılara katılabilirler. Dernekler, bir konuda kamuoyu oluşturmak,

³⁰ ÖZTAN, s. 367; SAKA, s. 213.

³¹ 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Kabul Tarihi: 6.10.1983, RG. Tarihi: 8.10.1983, S.:18185.

kamuoyunu bilgilendirmek amacıyla basın bildirisinde bulunabilirler veya imza standı açabilir ya da anket çalışmaları yapabilirler³². Belediyelerin uygun göreceği yerlere konusu suç teşkil etmeyen afiş ve pankart asabilirler³³.

C. Derneklerin İzin İle Yapabileceği Faaliyetler

Kural olarak, derneklerin amaçlarına ulaşmak için bir takım faaliyetlerde bulunurken izin almalarına ihtiyaç olmamasına rağmen, bazı faaliyetleri ve kuracakları tesisler bakımından yetkili makamlardan izin almaları gerekebilir. Aşağıda izin koşulunun hangi faaliyetler bakımından söz konusu olduğu ayrı başlıklar altında değinilmektedir³⁴.

1. Eğitim ve Öğretim Faaliyetleri İçin Tesisler Kurulması ve İşletilmesi

Derneklerin, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere *eğitim ve öğretim faaliyetleri için yurt*³⁵, *pansiyon açmaları* ve *işletmeleri mülki idare amirinden izin alınmasına bağlıdır* (DK m. 26; DY m. 56). Dernekler Kanunu'nun 26. maddesinin gerekçesinde, bu maddede sayılan faaliyetler yanında mülga 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 41.

³²Derneklerin imza standı açması ve anket uygulaması bakımından uygulamada sorun yaşanmaması için öncelikle derneklerin yönetim kurulu kararı alması, bu faaliyetlerin kamuya açık alanlarda yapılması durumunda ilgili belediyeden işgal edilecek yer ile ilgili işgaliye bedelini yatırmak suretiyle alacağı belge ile birlikte yönetim kurulu kararı veya imza standında görevlendirilecek ve anket uygulayacak kişilere ilişkin bilgilerle, ilgili mercie müracaatta bulunulması uygun olacaktır (**SAZİL, SELAMİ/ÇELİK, ERKUT/İMAL, RAMAZAN**: *A'dan Z'ye Dernek Yönetimi*, Ankara 2013, s. 106).

³³ **SAZİL/ÇELİK/İMAL**, s. 105-106.

³⁴ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 50.

³⁵ DY'nin *Yurt açma* başlıklı 95. maddesine göre, Derneklerin, tüzüklerinde gösterilen amaç ve çalışma konularını gerçekleştirmek üzere, eğitim ve öğretim faaliyetleri için yurt açmaları ve bu yurtların devri, nakli, kapatılması ile bunların idaresi, işletilmesi ve denetlenmesi gibi konularda 3/11/2004 tarihli ve 2004/8106 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 3/12/2004 tarihli ve 25659 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Özel Öğrenci Yurtları Yönetmeliği'nin DK'na ve bu Yönetmeliğe aykırı olmayan hükümleri uygulanır. Dernekler, açacakları yurtlara ilişkin olarak Milli Eğitim Bakanlığından ve valilikten almış oldukları yurt açma izin belgelerinin birer suretini, bu izin belgesini aldıkları tarihten itibaren onbeş gün içinde dernekler birimlerine vermek zorundadırlar. Derneklerin açacakları lokalleri ve yurtları dışındaki tesisler genel hükümlere tâbidir.

maddesinde³⁶ ifade edilen ve sosyal yardım faaliyetleri için çocuk bakım yuvası, huzur evi ve aş evi; sportif faaliyetler için spor saha ve salonu ile meskun yerler dışında kamp tesisleri kurmalarının da izne tabi olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla her ne kadar maddede başlıca belirli tesisler sayılmış olsa da, bunların yanı sıra madde gerekçesinde sayılan aş evi, huzur evi gibi tesislerin kurulması da derneklerin izne tabi faaliyetlerindendir³⁷.

2. Lokal Açma ve İşletilmesi

Lokal, dernek üyelerinin sosyal ihtiyaçlarını karşılamak üzere mülki idare amirinin izni ile açılan tesistir. Lokallerin açılma şartları ve açılma ve işletilme usulü ve denetimi, Dernekler Yönetmeliği'nde detaylı olarak düzenlenmiştir (DY m.56-71). Dernekler, başka bir dernek, gerçek veya tüzel kişi ile ortaklaşa lokal açamaz. Federasyon ve konfederasyonlar hariç, bir derneğin lokal açabilmesi en az bir yıldır faaliyette bulunuyor olmasına bağlıdır. Çocuk dernekleri ise lokal açamaz (DY m. 56). Mülga Dernekler Kanunu'nun 90. maddesi nin 2. fıkrasında³⁸ yer alan kamu yararlı derneklerin lokal açamayacaklarına dair getirilen sınırlama, yürürlükteki Dernekler Kanunu'nda bulunmadığından artık kamuya yararlı dernekler lokal açabilecektir. Çocuk derneklerinin lokal açmaları ise, Dernekler Yönetmeliği'nin açık hükmü karşısında mümkün değildir. Ancak çocuk dernekleri bakımından getirilen bu düzenlemenin Kanun yerine yönetmelikte yer alması hukuk tekniği bakımından tartışma doğurur niteliktedir³⁹.

³⁶ Mülga 2908 sayılı DK, "Derneklerin izinle kurabileceği tesisler"- Madde 41 - Derneklerin, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, kanunların dernekler tarafından yapılmasını yasaklamadığı eğitim ve öğretim faaliyetleri için yurt, pansiyon, kitaplık ve okuma odası; sosyal yardım faaliyetleri için çocuk bakım yuvası, huzur evi, aş ocağı; sportif faaliyetler için spor saha veya salonu ve meskün yerler dışında kamp tesisleri kurmaları ve işletmeleri, izin almalarına bağlıdır. Hangi tesisler için hangi merciden izin alınacağı ve izin verilme esas ve usulleri Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacak yönetmelikte belirlenir.

³⁷ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 50; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ ÖZDEMİR, s. 336-337; DURAL/ÖĞÜZ, s. 324; SAKA, s. 215; AKINTÜRK/AKİPEK/ KARAMAN ATEŞ, s. 592.

³⁸ Mülga 2908 sayılı DK, madde 90/2. f: "Kamuya yararlı dernekler hariç olmak üzere diğer dernekler, merkez ve şubelerinin bulunduğu yerlerde ancak birer lokal açabilirler".

³⁹ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 51; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ ÖZDEMİR OKTAY, s. 337; DURAL/ÖĞÜZ, s. 324; SAKA, s. 216.

3. Yardım Toplama Faaliyeti

Derneklerin gerçekleştirdiği bir diğer izne tabi faaliyet ise, yardım toplama faaliyetidir. Yardım toplama konularında, *Yardım Toplama Kanunu* hükümleri uygulanır (DY m103). Yardım Toplama Kanunu'na göre, kamu yararına uygun olarak amaçlarını gerçekleştirmek, muhtaç kişilere yardım sağlamak ve kamu hizmetlerinden bir veya birkaçını gerçekleştirmek üzere veya destek olmak üzere dernekler yardım toplayabilirler. Ancak kendi üyelerinden gelecek bağış ve yardımlar kanun kapsamı dışındadır. Bakanlar Kurulu tarafından izin almadan yardım toplayabileceği kararlaştırılan kamu yararına çalışan dernek dışındaki dernekler, yetkili makamdan izin almadan yardım toplayamazlar (2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu m. 6; Yardım Toplama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik⁴⁰, m. 5). “Yardım toplama faaliyeti birden fazla ili kapsıyorsa İçişleri Bakanlığından, bir ilin birden fazla ilçesini kapsıyorsa o ilin valisinden, bir ilçenin sınırları içinde ise o ilçenin kaymakamından izin alınır. Yardım toplama faaliyetleriyle ilgili işlemlerin yürütülmesinden, il ve ilçelerin emniyet kuruluşları, ilçede emniyet kuruluşunun bulunmaması halinde jandarma kuruluşları görevlidir. İzinin İçişleri Bakanlığına verilmesi halinde ise bu görev Emniyet Genel Müdürlüğüne yerine getirilir” (YTK, m.7). Kamu yararına çalışan derneklerin yardım toplama faaliyetlerini burada belirtilen usule göre ilgili ve yetkili makamlara bildirmesi kâfidir (Yardım Toplama Esas ve Usulleri Hakkında Yön., m. 5). Dernekler Yönetmeliği'nin “Yardım toplama faaliyeti” başlıklı 100. maddesine göre, derneklerin, 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'na göre yapacakları yardım toplama faaliyetleriyle ilgili iş ve işlemler dernekler birimlerince (il dernekler müdürlüğü ve ilçe dernekler büro şefliği) yürütülür. Dernekler birimleri, bu faaliyetlerin sonuçları hakkında ilgili valiliğe ve Bakanlığa elektronik ortamda bilgi verir⁴¹.

⁴⁰ Yardım Toplama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik, RG. Tarihi.: 27.12.1999, S.: 23919.

⁴¹ Bkz. ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 50.

D. Derneklerin Yasak Faaliyetleri

Derneklerin gerçekleştirmesi yasak faaliyetleri aşağıda ilgili mevzuatlar kapsamında belirtilmektedir.

1. Dernekler Kanunu Bakımından

a. Kurulması Yasak Olan Dernekler ve Faaliyetlerine Yönelik Yasaklar

Dernekler Kanunu'nun "*Kurulması Yasak Olan Dernekler ve Yasak Faaliyetler*" başlıklı 30. maddesine göre, Dernekler;

a) Tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları dışında faaliyette bulunamazlar.

b) Anayasa ve kanunlarla açıkça yasaklanan amaçları veya konusu suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek amacıyla kurulamaz

c) Askerliğe, milli savunma ve genel kolluk hizmetlerine hazırlayıcı öğretim ve eğitim faaliyetlerinde bulunamaz, bu amaçları gerçekleştirmek üzere kamp veya eğitim yerleri açamazlar. Üyeleri için özel kıyafet veya üniforma kullanamazlar.

Dernekler Kanunu'nun 30. maddesi, mülga 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 37⁴². ve 40⁴³. maddelerine paralel olarak düzenlenmiştir.

⁴² Mülga 2908 sayılı DK, "**Yasak faaliyetler**", madde 37 - Dernekler; 1. Tüzüklerinde gösterilen amaç ve bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları ve biçimleri dışında faaliyette bulunamazlar. 2. Bu Kanunun 5'inci maddesinde dernekler için yasaklanan amaçlar doğrultusunda faaliyet gösteremezler. 3. Türk Silahlı Kuvvetleriyle kolluk kuvvetlerinin hizmetleri ve mensuplarının bütün hakları ile ilgili kanuni hükümlerin uygulanmasına veya yeni hükümler konmasına dair faaliyetlerde bulunamazlar. Dernek yöneticileri, derneği temsilen, tüzüklerinde belirtilen amaç ve faaliyet biçimlerine uymayan toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılamaz veya beyanda bulunamazlar ve dernek mensuplarını bu yolda harekete teşvik edemezler.

⁴³ Mülga 2908 sayılı DK, "**Milli savunma, sivil savunma ve kolluk hizmetlerine hazırlayıcı faaliyette bulunma yasağı**", madde 40- Dernekler, askerliğe, milli savunma, sivil savunma ve kolluk hizmetlerine hazırlayıcı öğretim ve eğitim faaliyetlerinde bulunamazlar. Bu amaçları gerçekleştirmek üzere kamp veya talim yerleri açamazlar. Üyeleri için özel kıyafet veya üniforma veya kol bağı ve benzer işaretler kullanamazlar.

Bu maddenin gerekçesine göre, kurulması yasak olan dernekler ile yasak faaliyetler, Anayasa'daki temel ilkelere ve Türk Ceza Kanunu'ndaki yasaklara uygun olarak belirlenmiştir⁴⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun 90. maddesinin ilk fıkrasına göre, "Dernekler, amaçlarını gerçekleştirmek üzere, tüzüklerinde belirtilen çalışma konuları ve biçimleri doğrultusunda faaliyette bulunurlar". Bu hükme benzer bir düzenlemeye sahip Dernekler Kanunu'nun 30. maddesinin (a) bendi uyarınca dernekler amaçları ve tüzüklerinde belirtilen çalışma konuları dışında faaliyette bulunamazlar. Bu ifade dernekler bakımından değerlendirildiğinde, doktrinde tartışmalı⁴⁵ olan *ultra vires* ilkesini gündeme getirmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile yürürlükten kaldırılmadan önce, ortaklıklar hukuku bakımından öngörülen ve hak ehliyetini sınırlayan "*ultra vires ilkesi*", mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴⁶'nın 137. maddesinde⁴⁷ yer almakta idi. Ancak yürürlükte-

⁴⁴ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 76; ÖZSUNAY, s. 294 vd.; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s. 168. AKINTÜRK/AKİPEK/ KARAMAN ATEŞ,' e göre, 5253 sayılı DK'nun 30. maddesi, her ne kadar 37. ve 40. maddeye paralel bir düzenleme getirse de, öğrenci derneklerinin amaç ve faaliyetlerini düzenleyen 38. madde, silah bulundurma yasağını düzenleyen 42. madde, bildiri yayınlamasını düzenleyen 44. maddede yer alan yasaklara yer vermeyerek, yasak faaliyetlerin alanını büyük ölçüde daraltmıştır. Bu durum yeni DK'nun öncekine göre daha özgürlükçü ve liberal olduğunu göstermektedir (AKINTÜRK/AKİPEK/ KARAMAN ATEŞ, s. 592).

⁴⁵ Derneklerin faaliyetlerinin amaçları ile sınırlı olması (*ultra vires* prensibi), bu sınırlamanın hak ehliyetine mi fiil ehliyetine mi yoksa her ikisine ilişkin mi olacağı, *ultra vires* prensibinin varlığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda *bir görüş*, tüzel kişilerin hak süjesi olarak varlık sebeplerinin amaç unsuru olmasından hareketle, bunların ehliyetinin, güttükleri amaç ile sınırlı olduğunu savunmaktadır. Bu görüş, tüzel kişinin amaç dışı işlemlerinin kendisini bağlamadığını, yok hükmünde olduğunu belirtmektedir. *Diğer bir görüş ise*, derneklerde *ultra vires* olmadığı, derneğin amacı dışında faaliyette bulunmasının sadece cezai yaptırıma tabi tutulmasının bunun kanıtı olduğunu, ayrıca hak ehliyetini sınırlamanın ancak bir kanun hükmü ile mümkün olduğunu, dernekler hakkında bu konuda yasal bir düzenlemenin olmadığını, dernekler ile ticaret şirketler arasındaki öncelikle amaç yönünden var olan farklılıklar gözetildiğinde bu teoremin dernekler bakımından uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Farklılıklara örnek olarak ise, ticaret şirketleri ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır iken, bu tescil, ticaret şirketinin amacına aleniyet kazandırdığı gibi, 3. kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmasına engeldir. Oysaki dernekler kütüğü bu yönde bir aleniyet sağlamadığı gibi, yapılan kayıt ticaret şirketlerinin aksine, iyi niyetli 3. kişilerin aleyhine sonuç doğurmaz. Bu hususta bkz. ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 46 vd. Görüşler için bkz. ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 563-564; ÖZKAN, İŞİL: "Tüzel Kişilerin Ehliyetlerinin Gaye İle Sınırlandırılması", Adalet Dergisi, Yıl 1966, S.1-2, s. 620 ve s.624; ENGİN, s. 369; ALPER, s. 74 vd.; DURAL/ÖGÜZ, s. 246-248.

⁴⁶ Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG. Tarihi: 09.07.1956, S.: 9353.

⁴⁷ Mülga 6762 sayılı TTK, m. 137: "Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler".

ki Türk Ticaret Kanunu'nda *ultra vires* ilkesine artık yer verilmemiştir⁴⁸. Derneklerin amaca aykırı faaliyette bulunulmasının yaptırımı, *ultra vires* ilkesinden farklı olarak yapılan faaliyetin yok sayılması yerine, Dernekler Kanunu'nun 32. maddesinin (o) bendine göre, dernek yöneticilerinin elli günden az olmamak üzere *adli para cezası* ile cezalandırılması, Türk Medeni Kanunu'nun 90. maddesine göre ise, mahkemece derneğin faaliyetten alıkonulmasıdır. Bu nedenle anılan hükmü, *derneğin faaliyet alanına yönelik genel bir sınırlama getirdiği* şeklinde anlamak gerekir. Bu sebeple dernekler bakımından *ultra vires* ilkesini doğrudan uygulamak mümkün değildir⁴⁹.

Dernekler Kanunu'nun 30. maddesinin (c) bendinde, derneğin faaliyetine yönelik bir başka sınırlama vardır. Bu hüküm gereği, *dernekler, askerliğe, milli savunma ve genel kolluk hizmetlerine hazırlayıcı öğretim ve eğitim faaliyetlerinde bulunamaz, bu eğitimi gerçekleştirmek üzere kamp veya eğitim yerleri açamaz. Üyeleri için özel kıyafet ve üniforma kullanamazlar*. Bu yasağa aykırı davranılması hâlinde, dernek yöneticileri, fiilleri daha ağır bir cezaı gerektirmediği takdirde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır ve *tesisın kapatılmasına* karar verilir (DK m.32/o).

⁴⁸ 6102 sayılı TTK'nun genel gerekçesine göre, Türk Hukukuna 6762 sayılı Kanun ile giren, ticaret şirketleri hukukuna hakim olan, ticaret şirketlerinin işletme konusu dışında hak ehliyetini haiz olmadığı; işletme konusu dışında yapılan işlemlerin yok sayılması hakkındaki *ultra vires* ilkesi, Türk Ticaret ve Medeni Hukuk öğretilerinde eleştiriliyordu. Hatta bazıları *ultra vires*'i geçmiş yıllarda kalan merkezi planlama anlayışı ile bağlantılı görüyordu. AET 1968 tarihli ve 68/54 sayılı şirketlere ilişkin birinci yönergesinde, AET'ye üye ülkelerin *ultra vires* kuralını kanunlarından çıkarmalarını öngörülyordu. Yönerge, bu hükmü ile üçüncü kişileri korumayı amaçlıyordu. Temsile yetkili kişilerin, şirket adına yaptıkları işlemlerin şirketi bağlayacağına üçüncü kişilerin güvenmelerinin sağlanması, işlem ve pazar güvenliği için şarttı. Bu sebeplerle bir taraftan hep gündemde bulunan eleştiriler, diğer taraftan AET'nin yönergesi dikkate alınarak *ultra vires* hükmüne 6102 sayılı TTK'nunda yer verilmemiştir. İlkenin kaldırılması sebebiyle, şirketin işletme konusu dışında yapacağı işlemlerin sonuçları, Kanunda üçüncü kişinin iyiniyeti çerçevesinde düzenlenmiştir (Genel gerekçe için <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, E.T.: 16.04.2015). Bkz. **BİLGİLİ, FATİH/ DEMİR-KAPI, ERTAN**: Şirketler Hukuku, Bursa 2014, s. 45-46; **ALPER, GİZEM**: *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)*, İstanbul 2013, s. 38 vd.; **PULAŞLI, HASAN**: *Şirketler Hukuku Şerhi*, C.I., Ankara 2014, s. 91 vd.; **KENDİGELEN, ABUZER**: *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikleri, Yenilikler ve İlk Tespitler*, İstanbul 2011, s. 100.

⁴⁹ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 77; **KENDİGELEN**, s. 100; **PULAŞLI**, s. 91 vd.

b. Bazı Ad ve İşaretleri Kullanma Yasağı ve Bazı Sınırlamalar

Derneklerin bazı ad ve işaretleri kullanması *tamamen* yasak iken, bazılarının kullanılması *izin* şartına bağlanmıştır. Dernekler Kanunu'nda mevcut veya mahkeme kararıyla kapatılmış veya feshedilmiş bir siyasî partinin, bir sendikanın veya üst kuruluşun, bir derneğin veya üst kuruluşun adının, ambleminin, rumuzunun, rozetinin ve benzeri işaretlerin ya da başka bir ülkeye ve daha önce kurulmuş Türk devletlerine ait bayrak, amblem ve flamaların dernekler tarafından kullanılmalrı tamamen yasaklanmıştır (DK m. 29). Tanıtıcı bayraklar ise, boyu eninin bir buçuk katı olan ve üzerinde hakiki şahıslar ile resmi ya da özel kurum ve kuruluşların tescil edilmiş yazıları, resimleri, işaretleri, rumuz ve amblemleri bulunan bayraklardır. Tanıtıcı Bayrakların Kullanma İznine ve Tescil İşlemlerine Ait Yönetmelik⁵⁰, Türk Silahlı Kuvvetlerine, eğitim kurumlarına, spor kulüplerine, izci ve yavrukurt kuruluşlarına ve bunlara bağlı kurum ve kuruluşlarına ait olanlar dışında kalan, ticari, turistik, reklam vb. gibi maksatlarla imal edilen ve kullanılan tanıtıcı bayrakların kullanma iznini ve tescil işlemlerini kapsamaktadır. Derneklerin tanıtıcı bayrak kullanmak istemeleri halinde Yönetmelik hükümlerine göre İçişleri Bakanlığı'ndan kullanma izni almaları gerekmektedir. Dernekler, tanıtıcı bayraklar dışında basılı eserlerinde ve benzerlerinde amblem, logo ve benzeri rumuz ve işaretleri kullanmak istemeleri halinde izin almak zorunda değildirler. Tanıtıcı bayraklar, ait oldukları kurum ve kuruluşların binaları önüne çekilebilir, bunların düzenledikleri toplantı ve törenlerde kullanılabilir. Örneğin, Kızılay derneğinin bayrağı bir sağlık kurumunun önüne çekilebilir⁵¹. *Türk, Türkiye, Milli, Cumhuriyet, Atatürk, Mustafa Kemal kelimeleri ile bunların baş ve sonlarına getirilen eklerle oluşturulan kelimelerin derneklerin adlarında kullanılması ise, İçişleri Bakanlığının izni ile kullanılabilir*” (DK m.28). Bu kelimeleri kullanmak amacıyla izin almak için başvuracak derneklerde bulunması gereken şartlar ve izin için başvuru süreci Dernekler Yönetmeliği'nde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (DY m.53-55)⁵².

⁵⁰ Tanıtıcı Bayrakların Kullanma İznine ve Tescil İşlemlerine Ait Yönetmelik, RG. Tarihi: 02.12.1986, S.: 19299.

⁵¹ SAZİL /ÇELİK /İMAL, s.107 vd.

⁵² ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 75; ÖZSUNAY, s. 300 ZEVKLİLER/ERTAŞ/HA-

5072 sayılı *Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun*'un 2. maddesinin (a) bendine göre, kamu hizmetlerini ya da personelini desteklemek üzere kurulan dernek ve vakıflar, kamu kurum ve kuruluşlarının isimlerini alamaz. Ancak spor amaçlı veya öğrenci dernekleri bu Kanunun kapsamına girmediğinden ilgili oldukları kamu kurum ve kuruluşlarının isimlerini alabilir⁵³. *Türkiye Emekli Subaylar, Emekli Astsubaylar, Harp Malulü Gaziler, Şehit Dul ve Yetimler ile Muharip Gaziler Dernekleri Hakkında Kanun*⁵⁴'un 6. maddesinin 1. fıkrasına göre ise, bu kanun ile kurulması öngörülen derneklerin dışında; aynı amacı güden, bu derneklerin isimleriyle veya bunların isimlerinin baş ve sonuna ekler yaparak veya asker, gazi, muharip, askeri okul adlarını veya benzeri isimleri kullanarak dernek kurulamaz.

c. Derneklerde Kayıt ve Yazışma Dili Bakımından

Derneklerin kullanmaları gereken dil bakımından dernek faaliyetleri ile ilgili bir başka *sınırlama* ise, Dernekler Kanunu'nun "Kayıt ve Yazışma Dili" başlıklı 31. maddesine göre şu şekilde düzenlenmiştir:

"Dernekler, defterlerinde ve kayıtlarında ve Türkiye Cumhuriyetinin resmi kurumları ile yazışmalarında Türkçe kullanırlar".

Derneklerin defter ve kayıtlarını tutarken veya resmi kurumlar ile yazışırken Türkçe kullanmaları, Türkçe dışında başka dil kullanmalarının yasak olması Anayasa'ya uygun bir düzenlemedir. Ancak maddenin ifadesine bakıldığında, sayılan haller dışında, yani toplantı veya seminer faaliyetleri sırasında başka bir dilin kullanılmasının mümkündür⁵⁵.

VUTÇU/GÜRPINAR, s. 168.

⁵³ 5072 sayılı *Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun*'un uygulamasına yönelik olarak İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı'nın çıkardığı 10.02.2004 tarihli genelgesine göre, bu kanun, dernekler yönünden kamu kurum ve kuruluşlarını, kamu hizmetlerini veya personelini desteklemek üzere kurulan dernekleri kapsamaktadır (ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 42, dn. 138).

⁵⁴ 2847 sayılı Türkiye Emekli Subaylar, Emekli Astsubaylar, Harp Malulü Gaziler, Şehit Dul ve Yetimler ile Muharip Gaziler Dernekleri Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 16.06.1983, RG. Tarihi: 18.06.1983, S.:18081.

⁵⁵ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 78.

d. Öğrenci Derneklerinin Kuruluş ve Faaliyetleri ile Derneklerin Bildiri Yayınlanması ve Silah Bulundurması Hakkında

Mülga 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nda öğrenci derneklerinin kuruluş ve faaliyetleri ile ilgili sınırlamalar⁵⁶, derneklerin bildiri yayınlanması⁵⁷, silah bulundurması⁵⁸ ile ilgili hükümler, yürürlükteki Dernekler Kanunu'nda yer almamıştır. Bu nedenle belirtilen kapsamda faaliyette bulunmak isteyen dernekler hakkında genel hükümler (Türk Ceza Kanunu; TMK) uygulanacaktır. Dolayısıyla öğrenci dernekleri de, tıpkı diğer dernekler gibi, onlar için mevcut yasak ve sınırlamalar ve özellikle kampüs içindeki faaliyetlerinde Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği⁵⁹ dışında, başka bir sınırlamaya tâbi değildir. Bu sebeple aşağıda ayrıca belirtileceği üzere, 5072 sayılı Kanun kapsamında yer almayan öğrenci derneklerinin, yetkili makamlardan izin almak kaydıyla kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet binaları ve müstemilatı içinde geçici faaliyet göstermelerine bir engel yoktur⁶⁰.

⁵⁶ Mülga 2908 sayılı DK, “Öğrenci derneklerinin amaç ve faaliyetleri”- madde 38: “Yükseköğretim kurumlarına kayıtlı öğrenciler **ancak**, eğitim, öğretim, çalışma, moral, beslenme, dinlenme ihtiyaçlarının karşılanması, beden ve ruh sağlığının geliştirilmesi ve öğrencilerin bu konularda kurum idaresi veya diğer kuruluşlar nezdinde temsil edilmesi amaçlarıyla dernek kurabilirler. Öğrenci dernekleri bu amaçlar dışında faaliyette bulunamazlar.”

⁵⁷ Mülga 2908 sayılı DK, “**Bildiri yayınlanması**”- madde 44 (2.1.2003 T. 4778 sayılı Kanun ile değ.): “Dernekler tarafından yapılan bildiri, beyanname ve benzeri yayınlar, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerine ve 174 üncü maddede sıralanan inkılâp kanunlarının korunması hükümlerine aykırı; Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletle bölünmez bütünlüğünü bozucu mahiyette veya suç işlemeye, ayaklanmaya, isyana teşvik edici bir nitelik taşıdığı veya Devletin gizli belgelerini açıklamak, Atatürk'ün kişiliğini, ilkelerini ve çalışmalarını küçük düşürmek ve kötülemek veya başkalarının şöhret ve haklarına, özel ve aile hayatlarına tecavüz etmek amacına yönelik bulunduğu takdirde, mahallin en büyük mülki amirinin emriyle toplattırılabilir. Mahallin en büyük mülki amiri bu kararını yirmi dört saat içinde asliye ceza hakimliğine bildirir. Hakim, mülki amirin bu kararını en geç kırk sekiz saat içinde inceleyip karara bağlar. Bu süre içinde bir karar verilememesi halinde, mahalli mülki amirin kararı hükümsüz sayılır. Yukarıdaki hüküm siyasi partiler hakkında uygulanmaz.”

⁵⁸ Mülga 2908 sayılı DK, “**Silah bulundurma yasağı**” - madde 42: “Derneklerin merkez ve şubelerinde veya bunlara bağlı müessese veya eklentilerinde; ateşli silahlarla mermilerinin, patlayıcı maddelerin, kama, hançer, saldırma, şışli baston, sustalı çakı, pala, kılıç, kasatura, süngü, sivri uçlu ve oluklu bıçaklar, topuz, topuzlu kamçı, boğma teli veya zinciri, muşta ile sırf saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel nitelikteki benzeri alet veya yakıcı veya aşındırıcı veya yaralayıcı ezma ve diğer her türlü zehir ve gazların bulundurulması yasaktır. Ancak, avcılık, folklor ve spor derneklerinde meşguliyetlerinin gerektirdiği silahların sağlanmasına ve bulundurulmasına, İçişleri Bakanlığınca izin verilebilir. İzin belgesinde, silahın cinsi, niteliği ve miktarı açıkça belirtilir.”

⁵⁹ Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği, RG. Tarihi: 13.01.1985, S.: 18634

⁶⁰ 5072 sayılı **Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun**'un uygulamasına yönelik olarak İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı'nın çıkardığı 10.02.2004 tarihli genelgesine göre, bu kanun, dernekler yönünden kamu kurum ve kuruluşlarını, kamu hizmetlerini veya persone-

2. 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun Bakımından

5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun, *kamu kurum ve kuruluşlarını, kamu hizmetlerini veya personelini desteklemek üzere kurulan dernekler ve Türk Medeni Kanunu'na göre kurulan vakıflar ile bunların kamu kurumları ile ilişkilerini düzenler ve kapsar*. Bu Kanunun 2. maddesinde derneklerin faaliyetlerine ilişkin bazı sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Örneğin, kamu hizmetlerini veya personelini desteklemek üzere kurulan dernekler, kamu kurum ve kuruluşlarının ismini alamaz, bu kurum ve kuruluşların hizmet binaları ve müstemilatı içinde faaliyet gösteremez, bu kuruluşlara ait araç ve gereçleri kullanamaz. Kamu kurum ve kuruluşlarının sundukları hizmetler ile ilgili olarak gerçek ve tüzel kişilerden ücret, bağış, katkı payı veya benzeri adlar altında herhangi bir karşılık alamazlar. Kamu hizmetlerinde kullanılan araç, gereç, evrak, form ve benzeri malzemenin bu derneklerden temin edilmesi istenemez. Kamu kurum ve kuruluşlarının bütçelerinden bu derneklere, herhangi bir yardım veya kaynak aktarılamaz⁶¹.

lini desteklemek üzere kurulan dernekleri kapsamaktadır. Bu kapsamda olmayan dernekler... hakkında bu kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet binaları ve müstemilatı içinde bu Kanun kapsamındaki derneklere yönetim yeri, müessese ve tesis, lokal, oda, banko veya herhangi bir yer tahsis edilmeyecek ve bu dernekler belirtilen yerlerde herhangi bir faaliyette bulunamayacaklardır... **Kanun kapsamında bulunmayan derneklerin**, kamu hizmeti görülen bina ve tesislerle her türlü resmi ve özel eğitim ve öğretim kuruluşlarında ve bunların eklentilerinde yapacakları toplantı ve diğer faaliyetleri, uygulana geldiği gibi 2908 sayılı DK'nun 66. maddesi gereğince, kurumların yetkili amirinin muvafakati ve mahallin en büyük mülki amirinin iznine bağlıdır". (Genelgede eski Kanuna atıf yapılmıştır. Oysaki 2908 sayılı Kanun, 5253 sayılı DK ile yürürlükten kalkmıştır. Bu nedenle **derneklerin bu yerlerindeki faaliyetlerinde Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanun ile Yüksek Öğretim Kanunu ve buna ilişkin Yüksek Öğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği gibi hukuki düzenlemeler devreye girecek ve yetkili makamlardan izin almak gerekecektir**". Bu hususta ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 42, dn. 138 ile s. 77-78.

⁶¹ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ ÖZDEMİR, s. 335; ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 80.

3. 2847 sayılı Türkiye Emekli Subaylar, Emekli Astsubaylar, Harp Malulü Gaziler, Şehit Dul ve Yetimler ile Muharip Gaziler Dernekleri Hakkında Kanun Bakımından

2847 sayılı Türkiye Emekli Subaylar, Emekli Astsubaylar, Harp Malulü Gaziler, Şehit Dul ve Yetimler ile Muharip Gaziler Dernekleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrasına göre, bu Kanuna göre kurulan dernekler, siyasi partilerden, işçi ve işveren sendikalarından ve mesleki kuruluşlardan maddi yardım kabul edemezler ve bu kurumlara maddi yardımda bulunamazlar⁶².

E. Derneklerin İktisadi ve Ticari Faaliyetleri ve Tacir Sıfatı

Dernekler, yukarıda belirtildiği gibi siyasal, dini, bilimsel, güzel sanatlara ilişkin, hayır yapmaya yönelik ya da eğlence veya spora ilişkin *ideal* (manevî) bir amacı gerçekleştirmek için kurulmaktadır. Ancak mülga Dernekler Kanunu'nda olduğu gibi, yürürlükteki Kanunda da derneğin "iktisadî olmayan bir amaç" etrafında kurulmasından söz edilmemiştir. Bu sebeple üyeleri arasında kazanç paylaşmak amacı dışında ve daha geniş bir çevre için başka bir ekonomik menfaat sağlama amacına yönelik kişi birliğinin de dernek olarak kurulması mümkündür⁶³. Burada dikkate alınması gereken temel ölçüt, *kurulan derneğin amacının, üyelerinin doğrudan parasal menfaat elde etmesine yönelik olmamasıdır*. Bu nedenle derneklerin güttükleri amaç, kendisi veya sadece üyeleri için olmayıp da, daha geniş bir çevre için olduğu takdirde, dernek şirket olarak nitelendirilemez. Çünkü üyelerin malvarlıklarında ne doğrudan doğruya ne de dolayısıyla bir mali yarar yaratılmamaktadır. Örneğin, üyelerin iktisadî ve hukukî menfaatlerini korumak amacıyla kurulan sendikalar, kiracı

⁶² ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 80.

⁶³ TMK ve DK'nda yer alan ve derneklerin amacının "kazanç paylaşma dışında bir amaç" olması gerekliliği, kazanç paylaşma dışında iktisadi amaçlar için de dernek kurulabileceğini göstermektedir. Bu dernekler, ticaret şirketleri hakkında değil, dernekler hakkındaki hükümlere tabi olurlar. Çünkü kazanç paylaşma, iktisadi amaçtan daha dar bir kapsama sahiptir (YONGALIK, AYNUR: "TMK'nda Dernek – Adi Şirket İlişkisi", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 286, dn. 12); AKINTÜRK/AKİPEK/ KARAMAN ATEŞ, s. 528.

veya ev sahipleri dernekleri şirket olarak kabul edilemez⁶⁴. Buradaki ideal (manevî) amaç kendisini üyelerine maddi kazanç sağlamamak kaydıyla, tüzükteki amacın gerçekleştirilmesi amacıyla daha geniş bir çevre için gelir sağlama şeklinde gösterir. Örneğin, belirli bir bölgede turizmi geliştirmek isteyip, o yerdeki yaşam standardını veya belirli bir mesleğin çıkarlarını savunan ve bu amaçla gelir sağlamayı amaçlayan kişi birliği dernek olarak kurulabilir. Buna karşılık, kazanç paylaşma amacına yönelmiş veya üyelerine doğrudan ekonomik yarar sağlama amacı güden⁶⁵ kişi toplulukları dernek olarak örgütlenemez. Hukukumuzda bu amacı taşıyan kişi toplulukları, ticaret ortaklıkları ya da kooperatif olarak tüzel kişilik kazanırlar ve kuruluş ile işleyişleri, Dernekler Kanunu'na değil, Türk Ticaret Kanunu ve Kooperatifler Kanunu'na tabidir⁶⁶.

Derneğin ideal (manevî) amacını gerçekleştirmesini sağlayacak maddi katkı, üyelerin aidatlarından, bağışlardan, dernek malvarlığından, dernek faaliyetlerinden elde edilmektedir. Bununla beraber, yukarıda belirtildiği gibi, dernekler, benzer amaçlı derneklerden, işçi ve işveren sendikalarından ve mesleki kuruluşlardan maddi yardım alarak gelir sağlayabilirler (DK m.10), mülki idare amirliğine bildirimde bulunmak kaydıyla yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan ayni ve nakdi yardım da alabilirler (DK m.21). Dernekler, 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun hükümleri saklı kalmak üzere, kamu kurum ve kuruluşları ile görev alanlarına giren konularda ortak proje yürütüyorlar ise, kamu kurum ve kuruluşları, proje maliyetlerinin en fazla yüzde ellisi oranında derneğe ayni veya nak-

⁶⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s. 287-288; AKINTÜRK/AKİPEK/ KARAMAN ATEŞ, s. 529.

⁶⁵ ANSAY' a göre, dernekleri şirketlerden ayıran kıstas bakımından kazanç paylaşmak esasının kabul edilmesi uygundur. Bu durumda iktisadi gaye takip eden bir dernek, eğer üyelerine doğrudan doğruya maddi bir menfaat sağlamıyorsa, dernek olarak kurulabilir. Diğer hâllerde, yani esas gaye üyelere doğrudan doğruya maddi menfaatler sağlanması olduğu hâllerde bir dernek kurulamaz, şahısların adı şirket veya ticaret şirketi şekillerini seçmeleri gerekir" (Bu hususta bkz. ANSAY, TUĞRUL: *Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1967, s. 78); AKINTÜRK/AKİPEK/ KARAMAN ATEŞ, s. 528-529.

⁶⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s. 287; DURAL/ÖĞÜZ, s. 286-287; Ayrıca bkz. HATEMİ, HÜSEYİN/OĞUZTÜRK KALKAN, s. 96; SEROZAN, s. 500.

di katkı sağlayabilirler (DK m. 10/2). Bu şekilde sağlanan tüm gelirler, dernek üyeleri arasında paylaştırılmaz. Çünkü derneklerde paylaşılan kazanç değil, amaçtır. Bu sebeple, derneğin üyeleri arasında *doğrudan bir kazanç paylaşımı odağı olmamasına dikkat edilmelidir*. Bu doğrultuda örneğin, araştırma, geliştirme, kalkındırma ve benzeri amaçlarına ulaşmak için gerçekleşen dernek faaliyetlerinden edinilen kazançlar, dernek yapısında paylaşılmak üzere değil, dernek dışında ve daha geniş bir çevreye yönelik paylaşım konusu olmalıdır⁶⁷.

Yukarıda sayılanlar dışında ideal amaçla kurulan dernekler, bu amaçın gerçekleşmesini sağlamak üzere iktisadî ve ticari faaliyette bulunarak da gelir elde ederler⁶⁸. Mevzuatımızda buna bir engel yoktur⁶⁹. Söz konusu *ticari faaliyet, derneklerin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesi anlamında bir ticari işletme işletmesi*⁷⁰ ile gerçekleşebilir. Örneğin, yoksullara yardım amacıyla kurulan dernek, gerekli mali kaynağı sağlamak amacıyla lüks bir restaurant işletebilir ya da kitap sevenler der-

⁶⁷ SAKA, s. 33; ÖZTAN, s.341 vd.; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s.155 ve s.163.

⁶⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s. 316-317; DURAL/ÖĞÜZ, s. 358-360; Ayrıca 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun "İktisadî işletme ve şirket kurulması" başlıklı 26. maddesine göre, "Vakıflar; amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak ve vakfa gelir temin etmek amacıyla, Genel Müdürlüğe bilgi vermek şartıyla iktisadî işletme ve şirket kurabilir, kurulmuş şirketlere ortak olabilirler. Şirketler dahil iktisadî işletmelerden elde edilen gelirler vakfın amacından başka bir amaca tahsis edilemez. Kurucuların çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıfların kurduğu yahut paylarının yarısından fazlasına bu nevi vakıfların sahip olduğu şirketlerin mal edinmeleri hakkında aynı vakıfların mal edinmelerini düzenleyen hükümler uygulanır. Genel Müdürlük; Bakanlar Kurulu kararıyla Genel Müdürlük ve mazbut vakıfların gelirleri ve akar malları ile iktisadî işletme veya şirket kurmaya yetkilidir. Şirket hisseleri ve hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesi, paraya çevrilmesi, değerlendirilmesi ve bunlara bağlı her türlü hakkın kullanılması ile ortaklık paylarına bağlı hakların kullanılması Genel Müdürlük tarafından yürütülür".

⁶⁹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yürürlükten kaldırılmadan önce 743 sayılı eski Medeni Kanunda açıkça derneklerin manevi amaçlarını gerçekleştirmek için iktisadî bir konu ile uğraşabilecekleri ifade edilmiş idi (m. 54/II). Yeni Medeni Kanunda bir hüküm olmasa da, bunu kanunun derneklerin amaçların gerçekleştirmek maksadıyla ticari işletme işletmelerini uygun bulmadığı şeklinde yorumlamak doğru değildir. Zira kanun bunu yasaklayan bir hüküm de getirmemiştir. AKINTÜRK'e göre de, dernekler manevi amaçlarını gerçekleştirmek üzere bununla bağlantılı bir ticari işletme işletebilirler (AKINTÜRK/KARAMAN ATEŞ, s. 203-204; AKINTÜRK/AKİPEK/ KARAMAN ATEŞ, s. 593).

⁷⁰ Bir vakfın da amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak için ticari işletme işletmesine bir engel yoktur. Nitekim özellikle eğitim amaçlı vakıfların özel okul, sağlık amaçlı vakıfların hastane işlettikleri görülmektedir. Bu halde vakfın amacı, bir ticari işletme işletmek değildir. Amaç, bir yardım amacı, eğitim amacı gibi ideal bir amaçtır. Bu amacı gerçekleştirmek için ticari işletme işletmek yolu ile elde edilen kazanç, vakfın amacının gerçekleştirilmesi için sarf edilmelidir.(OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s. 363; ayrıca DURAL/ÖĞÜZ, s. 359 -360); ÖZTAN, s. 343; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s. 155.

neği, üyelerine ucuz kitap verebilmek amacıyla bir basım evi kurabilir. Sinema Sevenler Derneği, sinema sevgisini yaymak üzere bir sinema işletebilir; öğrenci derneği, öğrencilere ucuz yemek sağlamak için bir lokanta açabilir. Kanunda buna bir engel yoktur. Mülga Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak⁷¹, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinde ticari işletme tanımlanmıştır. Anılan hükme göre, ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir. Hükümden anlaşılabacağı üzere, bir ticari işletmenin varlığından söz edebilmek için, işletmenin belirli unsurları taşıyor olması gerekir. İşletmenin faaliyetinin, *devamlılık taşıması, gelir sağlama amacına yönelik olması, faaliyetin bağımsız olarak yürütülmesi ve esnaf faaliyetleri sınırlarını aşıyor olması* gereklidir. Ticarî işletme işleterek ticari faaliyette bulunan dernek bakımından dikkat edilmesi gereken husus, *derneğin asli ideal amacını gerçekleştirmek uğruna işleteceği ticari işletmenin, derneğin asli amacına oranla ikinci derecede bir önem taşıması ve amaca yönelik bir araç olma seviyesinde kalmasıdır*. Şu hâlde ticarî faaliyet, daima ikinci plan ve önemde kaldığı müddetçe, kazanç paylaşma amacından söz edilemez ve dernek “dernek” olarak faaliyetini sürdürebilir. Aksi hâlde, yani yapılan ticarî faaliyet öne geçerek derneğin ideal, manevî amaçlarını ikinci plana attığı ve dernek üyeleri için manevî amacı bir kenara itecek derece önemsenecek bir boyuta geldiği takdirde yukarıda değinildiği gibi bir dernekten değil, bir ticaret şirketinden söz edilebilir⁷².

Derneklerin ticarî işletme işleterek ekonomik hayata katılmaları durumunda dernek niteliklerinde bir değişiklik olmamak ile birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 16. maddesine göre, amacına varmak için ticarî işletme işleten dernekler, kamuya yararlı olanlar hariç, tacir gibi sorumlu

⁷¹ Mülga 6762 sayılı TTK'nunda ticari işletme tanımına yer verilmemiş, sadece hangi tür müesseselerin, diğer bir deyişle ticarethane, fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin ticari işletme sayılacağı belirtilmiştir (m.11).

⁷² SAKA, s. 33; AKINTÜRK/AKİPEK/KARAMAN ATEŞ, s. 593; ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 37; ÖZKAN, s. 621; ARKAN, SABİH: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2014, s. 26-27; ÇEKER, MUSTAFA: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Ticaret Hukuku, Adana 2013, s. 19 vd.; İNAL, TAMER: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, s. 129; BALLAR, SUAT: “Medeni, Ticari ve Mali Hukuk Yönünden Dernek ve Vakıfların İktisadi İşletmeleri”, BATIDER 1990, C.XV, S. 3, s. 106.

sayılmaktadır. Derneğin tacir sayılması ise, *tacir olmanın hükümlerine tâbi olması* sonucunu doğurur. Buna göre, öncelikle amacına ulaşmak için ticarî işletme işleten dernekler, ticarî işletmesini, açıldığı günden itibaren on beş gün içinde işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilân ettirmelidir (TTK m.18, m. 40). Derneğin kendisi değil, ticarî işletmesi tescil olunur. Buna karşılık işletme, Türk Ticaret Kanunu anlamında bir ticarî işletme niteliğini taşıyor ise, örneğin, geçici olarak bir veya iki defa derneğe gelir sağlamak amacı ile ticarî iş yapılmış olması halinde dernek tacir sayılmayacağı gibi, işletmenin ticaret siciline tescil edilme yükümlülüğü yoktur⁷³.

Dernekler, diğer tüm tacirler gibi, ticari işletmesinin gerektirdiği defterleri tutmak ile yükümlüdür (TTK m. 64). Bu nedenle tüzel kişi tacirlere ait yevmiye defteri, defteri kebir, envanter defteri ve karar defterlerinin, ticari işletme işleten dernekler tarafından da tutulması gerekir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca tacirler, her türlü borçlarından dolayı, iflâsa tabidirler. *Amacına ulaşmak için ticarî işletme işleten dernekler, tacir sayıldıklarından iflasa tabidirler ve borçlarından dolayı iflâs yolu ile takip edilebilirler. Derneklerin iflasına karar verildiği takdirde, bu derneğe ilişkin kayıt ise resen silinir* (Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 54)⁷⁴. Kamuya yararlı dernekler ise, ticari işletme işletmeler dahi tacir sayılmaz (TTK m. 16/II). Bunun sonucu olarak iflâsa tabi değildirler. Ancak kamuya yararlı dernek olsa da, işlettiği ticari işletme, ticaret siciline tescil olunmalıdır. Örneğin, Afyonkarahisar maden suyu işletmesi işleten Kızılay Derneği tacir sıfatı taşımaz, ancak işletmesi ticaret siciline tescil olunmalıdır⁷⁵. Bu durumda tacir sıfatı, kamu yararlı derneğe değil, tüzel kişiliği olmasa da işlettiği ticari işletmeye ait olmaktadır. Bu konuda bir görüş, bu durumda tacir sayılan, yani iflâs yolu ile

⁷³ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 38; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s. 288; DURAL/ÖĞÜZ, s. 274-275; ARKAN, s. 121-122; ÇEKER, s. 86; İNAL, 129; KARAYALÇIN, YAŞAR: Ticaret Hukuku I. Giriş – Ticari İşletme, Ankara 1968, s. 208 vd.; BALLAR, s. 109.

⁷⁴ Ticaret Sicili Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Kararı Tarihi : 19.12.2012, No : 2012/4093, RG. Tarihi: 27.1.2013, S: 28541.

⁷⁵ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 37-38; ARKAN, s. 132; ÇEKER, s. 92; ÇAĞIRGAN, SENAR: "Derneklerin Hak ve Fiil Ehliyeti" Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2006, s. 180-181.

takip edilebilen, unvanı olan, işletmesini ticaret siciline kaydettirmiş, fakat tüzel kişiliği ve dolayısıyla taraf ehliyeti olmayan bir ticarî işletme grubunun ortaya çıktığıdır⁷⁶. Bir başka görüş ise, tüzel kişiliği olmayan işletmelerin taraf ehliyeti olmadığından aleyhlerine iflâs yolu ile takip yapılamayacağı, bunları kuran ve tacir sayılmayan kamuya yararlı dernek aleyhine haciz yolu ile takip yapılacağıdır⁷⁷.

Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ve tacir olmanın hükümlerine tâbi olan ticarî işletmeye sahip derneklerin yönetim kurulu üyeleri, işletmenin faaliyetlerinde *basiretli bir iş adamı* gibi hareket etmelidirler. Bu kapsamda, ticarî işletmeye sahip derneğin yönetim kurulu üyeleri, objektif özen ölçülerine bağlı olup, bu özeni göstermemelerinden zarar doğarsa sorumlu olurlar. Dernek yönetim kurulu, diğer tarafı temerrüde düşürmek veya sözleşmeyi fesih ya da sözleşmeden dönmek amacıyla yapılacak ihbar ya da ihtarların, noter aracılığı ile ya da taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması için gereken özen göstermelidir (TTK m.18/3). Mülga 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nda söz konusu ihbar ve ihtarların belli usulde yapılması geçerlilik şartı iken, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu bakımından ispat şartı olarak kabul edilmiştir. Ticarî işletmesi gereği mal satmış ya da imal etmiş ya da bir iş görmüş ya da bir yarar sağlamış dernek, diğer tarafın isteği üzerine fatura vermelidir. Tacir sayılan dernek, fahiş bulduğu iddiası ile ücret ya da cezai şartın indirilmesini mahkemeden isteyemez⁷⁸.

*Kurumlar Vergisi Kanunu*⁷⁹ yönünden derneklere ait ticarî işletmelerin kurumlar vergisi yükümlülükleri, ticarî işletme niteliklerinin dışında, sürekli, ticarî, sınaî ve ziraî etkinliklerinin bulunmasından

⁷⁶ KARAYALÇIN, s. 206 vd.; ÇEKER, MUSTAFA/TEZCAN, KERAMETTİN: "Ticaret ve Vergi Kanunları Bakımından Derneklerin İktisadi Faaliyette Bulunmaları ve Sonuçları" (Bkz. www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/dernek.doc, E.T.:18.09.2013); SAKA, s. 34.

⁷⁷ ARKAN, s. 122 ve s. 122, dn. 3; BALLAR, s.109. BALLAR 'a göre, kamu yararına çalışan dernekler ve iktisadi işletmeleri, tacir sayılmadıklarından borçlarından ötürü haklarında iflas yolu ile takip yapılamaz (BALLAR, s. 110).

⁷⁸ ARKAN, s. 130 vd.; ÇEKER, s. 94-95; BALLAR, s. 109.

⁷⁹ 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, Kabul Tarihi: 13.06.2006, RG. Tarihi : 21.06.2006, S.: 26205.

doğmaktadır. Ticarî işletmenin ticaret siciline tescil edilip edilmemesi, iktisadi faaliyetlerin dernek bünyesinde yürütülmesi ya da yürütülmemesi, kendilerine özgülenmiş sermayeleri ve işyerlerinin bulunmaması, tüzel kişiliğinin bulunmaması, kazanç maksadını güdüp gütmemesi, derneğin vergi yükümlülüğünü etkilemez. Bir derneğe Bakanlar Kurulu tarafından vergi bağışıklığı tanınsın veya tanınmasın, herhâlde dernek ve vakıfların ticarî işletmeleri Kurumlar Vergisi Kanunu'na tabidir. Örneğin, üyeleri arasında dostluk ve dayanışmayı sağlamak amacıyla kurulmuş bir derneğin üyeleri için kurduğu lokal, konuk evi veya eğlence ve dinlenme sitesinin kâr maksadı olmasa bile sürekli ticarî nitelik taşıması vergi yükümlülüğünü doğurur⁸⁰.

F. Derneklerin Uluslararası Faaliyetleri

Dernekler Kanunu'nun "Uluslararası Faaliyet" başlıklı 5. maddesine göre, uluslararası faaliyette bulunacak dernekler bakımından aşağıdaki ayrımı yapmak mümkündür:

a. "Türkiye'deki dernekler" ile uluslararası faaliyetleri⁸¹: Merkezi Türkiye'de bulunan derneklerin kurucularının kısmen veya tamamen yabancı gerçek kişi veya Dışişleri Bakanlığının görüşü üzerine İçişleri Bakanlığından izin alması halinde yabancı dernek, vakıf veya kar amacı gütmeyen kuruluşlar olmak üzere tüzel kişi olması da mümkündür. Her iki durumda dernekler Türkiye'de kurulmuş olduklarından Türk derneklerinden sayılır.

b. "Yabancı dernekler" (Merkezi yabancı ülkede bulunan dernekler ile dernek ve vakıf dışındaki kâr amacı gütmeyen kuruluşları) ve bunların Türkiye'deki uluslararası nitelikteki faaliyetleri: Bu dernekler ile, yurt dışında Türk veya yabancı vatandaşlar tarafından kurulan dernekler kastedilmektedir.

⁸⁰ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 38; BALLAR, s. 117 vd.

⁸¹ Geniş anlamda uluslararası faaliyet; derneğin tüzüğündeki amacı gerçekleştirmek üzere, yurt dışındaki her türlü faaliyetini, yabancı ülkelerdeki gerçek veya tüzel kişiler ile olan işbirliğini, yurtdışında temsilcilik ya da şube kurmasını ya da yurt dışında kurulmuş her türlü dernek veya kuruluşa katılmasını ifade eder (ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 54 vd.).

Yukarıda belirtilen dernekler ve uluslararası faaliyetleri hakkında İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatı Kuruluş, Görev, Çalışma ve Denetim Usul ve Esaslarına Dair *Yönetmeliğin*⁸² 14. maddesine göre İçişleri Bakanlığı'nın Dış İlişkiler Şube Müdürlüğü birimi görevlendirilmiştir. Bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, bu yönetmelik dernekler ile ilgili yeni yasal düzenlemeler (TMK m. 91 vd.; DK m. 5; DY m. 22-30) ile çatıştığında daha yeni tarihli Dernekler Yönetmeliği öncelikle uygulanır⁸³.

1. Türkiye’de Kurulan Derneklerin⁸⁴ Uluslararası Faaliyetleri

Türk Medeni Kanunu’nun 91.maddesinin “Uluslararası faaliyet, 1. Faaliyet” başlıklı bu hükmüne göre, “*Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, uluslararası faaliyette ve işbirliğinde bulunabilirler, yurt dışında şube açabilirler ve yurt dışında kurulmuş dernek veya kuruluşlara üye olarak katılabilirler*”. Türk Medeni Kanunu’na benzer bir düzenlemeye sahip Dernekler Kanunu’nun “Uluslararası Faaliyet” başlıklı 5. maddesinin ilk fıkrasına göre ise, “*Dernekler, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere uluslararası faaliyette veya işbirliğinde bulunabilir, yurt dışında temsilcilik veya şube açabilir, yurt dışında dernek veya üst kuruluş kurabilir veya yurt dışında kurulmuş dernek veya kuruluşlara katılabilirler*⁸⁵”.

⁸² İçişleri Bakanlığı Dernekler Dairesi Başkanlığı Merkez ve Taşra Teşkilatı Kuruluş, Görev, Çalışma ve Denetim Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik, RG. Tarihi: 15.10.2002, S.: 24907.

⁸³ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 54-56.

⁸⁴ Vakıfların uluslararası faaliyetleri Vakıflar Kanunu’nun 25. maddesinde düzenlenmiş olup, hükme göre, “*Vakıflar; vakıf senetlerinde yer almak kaydıyla, amaç veya faaliyetleri doğrultusunda, uluslararası faaliyet ve işbirliğinde bulunabilirler, yurt dışında şube ve temsilcilik açabilirler, üst kuruluşlar kurabilirler ve yurt dışında kurulmuş kuruluşlara üye olabilirler...*”. Hüküm ile **yurt içi ve yurt dışında kurulan vakıf ayrımı yapılmadan tüm yeni vakıfların amaç ve faaliyetleri doğrultusunda hiçbir merciden izin almadan uluslararası faaliyet ve işbirliğinde bulunabilecekleri** belirtilmiştir (Bkz. ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 60). 5253 sayılı DK’nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, Türkiye’de kurulu derneklerin, yurtdışı faaliyetleri ile ilgili olarak hüküm olması nedeni ile Dernekler Yönetmeliği’nde bu konuda bir düzenlemeye yer verilmemiş, buna karşılık Türkiye’de kurulu vakıfların yurtdışındaki faaliyetleri ile ilgili olarak derneklere benzer hükümlere Dernekler Yönetmeliği’nde (m. 21 vd.) ayrıca yer verilmiştir (Bkz. ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 56-57).

⁸⁵ Uluslararası faaliyet kapsamında 5253 sayılı DK’nun 5. maddesinde ve TMK’nun 91. maddesinde yer alan “...kuruluşlara katılabilirler” deyimini, “üye olarak katılabilirler” şeklinde anlamak gerekir (SAKA, s. 215, dn. 9).

Öncelikle Dernekler Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nun bu hükümlerinden anlaşılmaktadır ki, Türkiye'de kurulmuş dernekler, yetkili bir kurumdan izin almaksızın uluslararası faaliyette bulunabilir. Bu iki düzenleme karşılaştırıldığında ise, Dernekler Kanunu'nun kapsamının daha geniş olduğu göze çarpmaktadır. Buna göre, *yurtdışında temsilcilik açma, yurtdışında dernek ve üst kuruluş kurma* imkânı veren Dernekler Kanunu, derneklerin faaliyet sahasını genişletmektedir⁸⁶.

Dernekler Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında yer alan *uluslararası faaliyette bulunacak dernekler* ifadesi ile kastedilen, Türk vatandaşları ya da yabancılar tarafından Türkiye'de kurulmuş derneklerdir. Türk tabiiyetinde olan gerçek ve tüzel kişilerin dernek kurmaları hakkında özel bir düzenleme olan Dernekler Kanunu'nun hükümleri uygulanır iken, yabancıların Türkiye'de dernek kurması ve uluslararası faaliyette bulunması ile ilgili olarak Dernekler Kanunu'nda özel bir hüküm yoktur. Bu nedenle haklarında uygulanacak genel hüküm niteliğindeki Türk Medeni Kanunu'nun 93. maddesine göre, "*Türkiye'de yerleşme hakkına sahip olan yabancı gerçek kişiler, dernek kurabilirler veya kurulmuş derneklere üye olabilirler. Onursal üyelik için bu koşul aranmaz*". Dolayısıyla yabancı kişinin Türkiye'de dernek kurabilmesi için yerleşme hakkına sahip olması ve bu kişinin gerçek kişi olması gerekir. Bu koşulların sağlanması halinde yabancı gerçek kişi, aynen bir Türk vatandaşı gibi önceden izin almaksızın dernek kurabilecek veya kurulmuş bir derneğe üye olabilecektir (AY. m. 33; TMK m. 57, m. 63, m. 66) ve dolayısıyla Türkiye'de uluslararası nitelikte faaliyette bulunabilecektir. Yabancı dernek, yabancı vakıf, kâr amacı gütmek üzere kurulan diğer kuruluşlar olmak üzere tüzel kişi yabancıların Türkiye'de dernek kurmaları, şube açmaları, kurulmuş dernek ya da üst kuruluşlara katılmaları ve dolayısıyla uluslararası faaliyette bulunmaları Dışişleri Bakanlığı'nın görüşü üzerine İçişleri Bakanlığı'nın izni ile mümkündür⁸⁷.

⁸⁶ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 56; AKINTÜRK, s. 199; AKINTÜRK/AKİPEK/KARAMAN ATEŞ, s. 594-595.

⁸⁷ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 67-68.

Dernekler Kanunu, Dernekler Yönetmeliği ve Türk Medeni Kanunu, uluslararası faaliyet bakımından Türkiye’de kurulmuş dernekler, yurt dışında kurulmuş yabancı dernekler ile yurt dışında kurulmuş kar amacı gütmeyen kuruluşları kapsamına almış, bunlar *dışındaki* diğer yabancı tüzel kişilere, örneğin yabancı ticaret şirketlerine izinli veya izinsiz Türkiye’de dernek kurma hakkı ve dolayısıyla geniş anlamda uluslararası faaliyette bulunma hakkı tanınmamıştır. Ancak bu konuda 3335 sayılı *Uluslararası Nitelikteki Teşekküllerin Kurulması Hakkında Kanun*⁸⁸’un 1.maddesi⁸⁹ne göre, söz konusu yabancı tüzel kişilerin kazanç paylaşma amacı dışında ekonomik ve teknik alanlarda işbirliğini geliştirmek amacıyla Türkiye’de veya yurt dışında *Dışişleri Bakanlığının görüşü* ve İçişleri Bakanlığının teklifi ve *Bakanlar Kurulunun izni* ile her türlü uluslar arası teşekküller kurabilecekleri ve faaliyette bulunabilecekleri düzenlenmiştir. Ancak, Dernekler Kanunu, Dernekler Yönetmeliği ve Türk Medeni Kanunu hükümleri bu kanunun ilgili hükmünü yürürlükten kaldırdığından yabancı bir ticaret şirketinin Türkiye’de dernek kurma hakkı yoktur⁹⁰.

Türkiye’de kurulmuş kâr amacı gütmeyen dernek ve vakıf dışındaki diğer kuruluşların uluslararası faaliyetleri ile ilgili olarak ise, Dernekler Kanunu, Dernekler Yönetmeliği ve Türk Medeni Kanun’da bir düzenle-

⁸⁸ 3335 sayılı Uluslararası Nitelikteki Teşekküllerin Kurulması Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 26.03.1987, RG. Tarihi: 07.04.1987, S.: 19424.

⁸⁹ Uluslararası Nitelikteki Teşekküllerin Kurulması Hakkında Kanun’un 1. maddesine göre, Uluslararası alanda beraberlik ve işbirliği yapılmasında fayda görülen hallerde, **Türk ve yabancı hakiki veya hükmi şahısların veya yalnız hükmi şahısların**, kazanç paylaşma amacı dışında ve kanunlarla yasaklanmamış olmak kaydıyla ekonomik ve teknik alanlarda işbirliğini geliştirmek, bu konularda bilgi, görgü ve karşılıklı teknolojilerinden yararlanmak maksadıyla **Türkiye’de** veya **yurt dışında**: a) En az yedisinin; uluslararası nitelikte birlik, federasyon veya benzeri teşekküller **kurmaları** veya kurulmuş bu gibi teşekküllerin şubelerini açmaları, b) **Uluslararası faaliyette bulunmaları**, c) Mevcut kuruluş ve benzeri derneklere katılmaları veya bunlarla işbirliğinde bulunmaları **Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine, Bakanlar Kurulunun iznine tabidir**. (a) bendine göre Türkiye’de kurulan teşekküller, kuruluş bildirisini ve eklerini, merkezlerinin bulunduğu mahallin en büyük mülki amirliğine vermek suretiyle tüzelkişilik kazanırlar. Bunlardan kuruluş, amaç ve şartlarını kaybedenlerle, kanun ve statülerinin öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyenler, kendiliğinden dağılmış sayılırlar. Kamu kurum ve kuruluşları da, Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Bakanlar Kurulunca izin verildiği takdirde, birinci fıkradaki amaç doğrultusunda faaliyet gösteren kendi konularıyla ilgili uluslararası birlik, federasyon veya benzeri teşekküllere iştirak edebilirler.

⁹⁰ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 68-69; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 90.

me yoktur. Bu nedenle yukarıda belirtilen *Uluslararası Nitelikteki Teşekküllerin Kurulması Hakkında Kanun* dolayısıyla Dışişleri Bakanlığı'nın görüşü, İçişleri Bakanlığı'nın teklifi, Bakanlar Kurulu'nun izni koşullarının bu kuruluşlar bakımından arandığını söylemek mümkündür. Ancak bu konudaki bir görüşe göre, Türkiye'de kurulmuş derneklerin uluslararası faaliyetleri için bir koşul aranmaz iken, yabancı dernek ve yurtdışında kurulmuş kâr amacı gütmeyen diğer kuruluşlar bakımından aşağıda belirtilecek daha hafif koşullar öngörülürken, Türkiye'de kurulmuş ve kâr amacı gütmeyen dernek ve vakıf dışındaki diğer kuruluşların uluslararası faaliyetlerde bulunmalarının daha ağır şartlara bağlanması hukuk mantığı ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle burada bir boşluk olduğunu söylemek ve dernekler ile ilgili (DK m. 5/1 ve TMK m. 91) hükümleri uygulamak, dolayısıyla bu kuruluşların da Türkiye'de kurulu dernekler gibi herhangi bir izne tâbi olmadan uluslararası faaliyette bulunmasına imkân sağlanmalıdır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, söz konusu kuruluşlar, devlet güvenliğine ve çıkarlarına aykırı faaliyet gösterirler ise, Türk Ceza Kanunu gibi ilgili yasal düzenlemeler gereğince de cezalandırılabilirler⁹¹.

2. Yabancı Derneklerin Türkiye'deki Faaliyetleri

Yabancı dernek, Dernekler Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre, merkezleri yurt dışında bulunan dernekler ile dernek ve vakıf dışındaki kâr amacı gütmeyen kuruluşları ifade etmektedir⁹². Kâr amacı gütmeyen bu diğer kuruluşların tüzel kişiliğe sahip olmaları aranmamaktadır⁹³.

⁹¹ Bu konudaki görüş için bkz. ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 58-59 ve ayrıca s. 59, dn. 183: 2847 sayılı **Türkiye Emekli Subaylar, Emekli Astsubaylar, Harp Malulü Gaziler, Şehit Dul ve Yetimler ile Muharip Gaziler Dernekleri Hakkında Kanun**'a tabi derneklerin uluslararası faaliyetleri ile ilgili özel hükümlerin bulunduğu ilgili Kanunun "**Yönetmelik**" başlığını taşıyan 9. maddesine göre, "*Bu kanunda gösterilen derneklerin, yurtdışındaki aynı amacı güden dernekler tarafından düzenlenen toplantılara katılmalarına izin verilmesi ve benzeri yabancı dernek temsilcilerinin Türkiye'de davet edilmesi, bu toplantılar ile yurt içi ve yurt dışı tanıtma faaliyetlerinden uygun görülenlerin giderlerinin hangi ölçüde karşılanacağı hususları ile ilgili usul ve esaslar, üyelerin ulusal bayramlarda ve kurtuluş günlerinde giyecekleri kıyafetlerin şekli, takabilecekleri madalya ve benzeri aletlerin neler olacağı, Milli Savunma Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenir*".

⁹² DY'nin "**Kâr amacı gütmeyen kuruluşlara uygulanacak hükümler**" başlıklı 30. maddesine göre, "*Bu Yönetmelikte yabancı derneklere uygulanan hükümler, yurtdışında kurulu dernek ve vakıf dışındaki kâr amacı gütmeyen kuruluşların ülkemizde yapacakları faaliyetler için de uygulanır*".

⁹³ Sadece yabancı dernekler değil, **merkezleri yurtdışında bulunan yabancı vakıflara** da uluslararası faa-

Türk Medeni Kanunu’nun “Uluslararası Faaliyet 2. Yabancı Dernekler” başlıklı 92. maddesine göre, “Yabancı dernekler, Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak sureti ile İçişleri Bakanlığının izni ile Türkiye’de faaliyette ve işbirliğinde bulunabilirler, şube açabilirler, üst kuruluşlar kurabilir ve kurulmuş üst kuruluşlara katılabilirler”. Benzer bir hüküm Dernekler Kanunu’nun “Uluslararası Faaliyet” başlıklı 5. maddesi nin 2. Fıkrasında yer almaktadır. Anılan hükme göre, “Yabancı dernekler⁹⁴, Dışişleri Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığının izniyle Türkiye’de faaliyette veya işbirliğinde bulunabilir, temsilcilik veya şube açabilir, dernek veya üst kuruluş kurabilir veya kurulmuş dernek veya üst kuruluşlara katılabilirler”⁹⁵. Her iki hüküm de göstermektedir ki, bu tür yabancı derneklerin Türkiye’de gösterecekleri faaliyetleri izin koşuluna tabi tutulmuştur. Kanunun ifadesinden Dışişleri Bakanlığı tarafından verilecek görüşün bağlayıcı olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla alınan görüş olumsuz olsa bile, haklı ve uygun bir gerekliliğinin bulunması halinde İçişleri Bakanlığı tarafından yabancı derneklerin Türkiye’de faaliyet göstermesine izin verilir⁹⁶. Yukarıda belirtildiği gibi, Türkiye’deki derneklerin uluslararası faaliyetlerinin kapsamı açısından Dernekler Kanunu ile Türk Medeni Kanunu arasındaki farklılık yabancı dernekler bakımından Dernekler Kanunu’nun 5. maddesinin 2. fıkrası ile Türk

liyet söz konusu olduğunda Dernekler Hukuku mevzuatımız uygulanır (Bkz. ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s.63).

⁹⁴ **Merkezi yurtdışında bulunan yabancı vakıflar** için, yabancı derneklerden farklı olarak, “karşılıklılık şartı” ve “uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülme şartı” aranmaktadır. Buna göre, **yabancı ülkede kurulmuş vakıfların** uluslar arası alanda (Türkiye’de) faaliyette bulunmaları, **uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hallerde** ve **karşılıklılık** esasına uygun olarak **Dışişleri Bakanlığının görüşünün alınmasına**, ardından ise İçişleri Bakanlığının izin vermesine bağlıdır. Bu vakıflar, TMK hükümlerine göre kurulan vakıflar hakkında uygulanan mevzuata tabidir (DY m. 22). Buna karşılık, yabancıların karşılıklılık esasına göre Türkiye’de kurdukları ve merkezleri Türkiye’de olan vakıflar, dernekler gibi Türk vakfı sayılırlar (ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 66); OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR OKTAY, s. 323.

⁹⁵ Vakıflar Kanunu’nun 25. maddesine göre, yurt içi ve yurt dışında kurulan vakıflardan bahsedilmesine ve aynı hükümlere tabi tutulmalarına karşın, 5253 sayılı DK’nda, “Türk dernekleri ve yabancı dernekler” farklı hükümlere tabi tutulmuştur. **Türk derneklerinin uluslar arası faaliyetleri için görüş veya izin şartı aranmaz iken, yabancı dernekler için Dışişleri Bakanlığı’nın görüşü ve İçişleri Bakanlığı’nın izni aranmaktadır.** Oysa TMK’nun 117. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “derneklerin uluslar arası faaliyetlerinde bulunmalarına ve üst kuruluş kurmalarına ilişkin hükümler kıyas yoluyla vakıflar hakkında da uygulanır” hükmünün vakıflar için de göz önünde tutulması gerekir (ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s.60- 61).

⁹⁶ ÖZDAMAR/TÜRK/İKİZLER/ÇAĞIRGAN, s. 63-64; AKINTÜRK, s. 199.

Medeni Kanunu'nun 92. maddesi arasında da mevcuttur. Nitekim Dernekler Kanunu, yabancı derneklerin Türkiye'de temsilcilik açabilmelerine, dernek kurabilmelerine, kurulmuş derneklere katılabilmelerine imkan tanıdığı halde, Türk Medeni Kanunu yabancı derneklere bu imkanı tanımamaktadır. Yukarıda ve burada belirtilen bu çelişkili durum, daha yeni tarihli ve özel kanun olması nedeni ile Dernekler Kanunu'nun öncelikle uygulanması ile giderilir⁹⁷.

Yabancı derneklerin izin alma yükümlülüğü, başvuru şekli ve şartları gibi hususlar Dernekler Yönetmeliği'nde "Uluslararası Faaliyetler" başlığını taşıyan bölümde yer almaktadır (DY m. 26 vd.). Dernekler Yönetmeliği'ne göre, yabancı dernekler, Türkiye'deki faaliyetlerinde derneklerin tabi olduğu mevzuat hükümlerine tâbidir (DY m. 26/II).

Yabancı dernekler, işbirliği yapma, temsilcilik veya şube açma, dernek veya üst kuruluş kurma, kurulan dernek veya üst kuruluşlara katılma ve Türkiye'de doğrudan faaliyette bulunma ile ilgili başvurularını Bakanlığa (EK-6) 'da belirtilen form ve eklerini dört nüsha vererek yaparlar. Ayrıca, temsilcilik veya şube açma başvurularında (EK-9) 'da yer alan örnek statüdeki bilgileri ihtiva eden statünün de verilmesi zorunludur (DY m.27).

Yabancı derneklerin Türkiye'deki faaliyetleriyle ilgili başvuru formu ve ekleri İçişleri Bakanlığı tarafından incelenir; varsa eksiklikleri tamamlatılır. Dışişleri Bakanlığı'nın konu ile ilgili görüşü alındıktan sonra, Bakanlıkça gerekli değerlendirme yapılır ve değerlendirmenin olumlu olması hâlinde, iznin türü, kapsamı ve süresi de kararda belirtilir. Temsilcilik ve şube açma, dernek kurma veya derneklere üye olma, üst kuruluş kurma veya üst kuruluşlara katılma durumlarında izin süresiz verilir. Başvuru sonuçlandığında, başvuru sahibine ve form ve ekleri ile birlikte de ilgili valiliğe on gün içinde bildirilir. Süreli izinler azami beş yıldır. Ancak Bakanlık sürenin yetersiz olması halinde bu süreyi uzatabilir. Süre uzatımı talebi, sürenin dolmasından en az üç ay önce ve gerekçeli bir yazı ile yapılır. Süre uzatımının değerlendirilmesi ve sonuç için yukarıda belirtilen usul uygulanır (DY m.28).

⁹⁷ AKINTÜRK/AKİPEK/ KARAMAN ATEŞ, s. 595 vd.

Ülkemizde faaliyetlerine izin verilen yabancı dernekler, her yıl sonu itibariyle yaptıkları harcama gerektiren faaliyetlerle ilgili yıllık olarak hazırlayacakları (EK- 8)'de belirtilen Türkiye'de Temsilcilik Açmasına İzin Verilen Yabancı Vakıf, Dernek ve Kar Amacı Gütmeyen Kuruluşların Vereceği Faaliyet Bildirimin iki nüshasını merkezlerinin bulunduğu yerin valiliğine takip eden yılın ilk iki ayı içinde verirler. Türkiye'de doğrudan uluslararası faaliyette bulunmalarına izin verilen yabancı dernekler ise belirtilen nitelikteki formlarını, her yılın ilk iki ayı içinde, eğer faaliyet bir yıldan az süreli ise faaliyet sonunda, Türkçe olarak bakanlığa verirler. Ayrıca, bu dernekler Türkiye'deki her türlü faaliyetlerine **ilişkin** yazılı ve görsel yayınların ikişer nüshasını İçişleri Bakanlığı'na gönderirler (DY m. 29).

SONUÇ

Kazanç paylaşma amacı dışında Kanun ile yasaklanmamış belirli ve ideal (manevî) bir amacı gerçekleştirmek üzere en az yedi gerçek veya tüzel kişinin bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmesi ile ortaya çıkan tüzel kişiliğe sahip kişi topluluğu niteliğinde olan dernekler, hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içinde olmak kaydıyla belirledikleri amaçlar doğrultusunda olağan, izne tâbi veya uluslararası nitelikte olmak üzere çeşitli faaliyetlerde bulunabilirler. Derneklerin amacının “ideal (manevî)” olması, onları ticaret ortaklıklarından ayıran en önemli unsurdur. Zira dernekler, ticaret şirketlerinden farklı olarak, üyelerine kazanç paylaşmak amacıyla kurulamaz. Ancak bu durum, derneklerin ideal (manevî) amacını gerçekleştirmek için ticari faaliyetlerde bulunmalarına engel değildir. Derneklerin amacı ve bu amacı gerçekleştirmek için dernekler tarafından sürdürülecek çalışma konuları ve çalışma biçimleri dernek tüzüğünde gösterilir. Dernek tüzüğünde gösterilen derneğin amacı, faaliyetlerinin kılavuzu olup, derneğin konusunu ve hangi alanda faaliyet göstereceğine işaret eder. Derneklere tanınan faaliyet serbestisi, tüzüklerinde gösterilen amaçları ile hukuk düzeninin belirlediği sınırları ihlal etmemek kaydıyla bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdürüleceği belirtilen çalışma konuları ile sınırlıdır.

KISALTMALAR

AET	: Avrupa Ekonomi Topluluğu
AY	: Anayasa
b.	: Bent
Bkz.	: Bakınız
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
DK	: 5253 sayılı Dernekler Kanunu
DY	: Dernekler Yönetmeliği
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
m.	: Madde
No.:	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Vb.	: Ve benzeri
Vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
Yön.	: Yönetmelik
YTK	: 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu

KAYNAKLAR:

ALPER, GİZEM: Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı), İstanbul 2013.

AKINTÜRK, TURGUT / KARAMAN ATEŞ, DERYA: Medeni Hukuk, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış, İstanbul 2014.

AKINTÜRK, TURGUT / AKİPEK JALE G. / KARAMAN ATEŞ, DERYA: Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Yenilenmiş İstanbul 2014.

ANSAY, TUĞRUL: Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1967.

ARKAN, SABİH: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2014.

BALLAR, SUAT: “Medeni, Ticari ve Mali Hukuk Yönünden Dernek ve Vakıfların İktisadi İşletmeleri”, BATIDER 1990, C. XV, S. 3., s. 105-122.

BİLGİLİ, FATİH / DEMİRKAPI, ERTAN: Şirketler Hukuku, Bursa 2014.

ÇAĞIRGAN, SENAR: “Derneklerin Hak ve Fiil Ehliyeti” Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2006.

ÇEKER, MUSTAFA: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Ticaret Hukuku, Adana 2013.

ÇEKER, MUSTAFA / TEZCAN, KERAMETTİN: “Ticaret ve Vergi Kanunları Bakımından Derneklerin İktisadi Faaliyette Bulunmaları ve Sonuçları”(Bkz. www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/dernek.doc), E.T.: 18.09.2013

DURAL, MUSTAFA / ÖĞÜZ, TUFAN: Türk Özel Hukuku C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014.

ENGİN, BAKİ İLKAY: “Yeni Medeni Kanun ve Dernekler Kanununda Yapılan Değişikliklerin Türk Dernekler Hukukuna Etkileri”, Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004; s. 333-378.

HATEMİ, HÜSEYİN / OĞUZTÜRK KALKAN, BURCU: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), İstanbul 2014.

İNAL, TAMER: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004.

İNAN, ALİ NAİM: Türk Medeni Hukuku (TMK Giriş Hükümleri, Kişiler - Aile - Miras ve Eşya Hukuku), Ankara 2014.

KARAYALÇIN, YAŞAR: Ticaret Hukuku I. Giriş – Ticari İşletme, Ankara 1968.

KARINCA, ERAY: “Dernek Gelirleri Ve Taşınmaz Mal Edinmeleri”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, 1994, s. 164, C. 18, s. 61-64.

KENDİGELEN, ABUZER: Türk Ticaret Kanunu Değişiklikleri, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011.

ODYAKMAZ, ZEHRA / ÇINARLI, SERKAN / ÖZCAN, CEM: “Fransa’da ve Türkiye’de Seçim Kampanyalarının ve Siyasi Partilerin Finansmanının Denetimi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:20, Sayı 2, Konya 2012, s. 7-26.

OĞUZMAN, KEMAL / SELİÇİ, ÖZER / ÖZDEMİR OKTAY, SAİBE: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2014.

ÖZDAMAR, DEMET / TÜRK, AHMET / İKİZLER, METİN / ÇAĞIRGAN, SENAR: İsviçre Medeni Kanunu, Alman Medeni Kanunu ve Özellikle Alman Dernekleri Kanunu Gözönünde Tutularak Yeni Dernekler Hukuku Mevzuatımızın Karşılaştırılmalı Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2008.

ÖZKAN, IŞIL: “Tüzel Kişilerin Ehliyetlerinin Gaye İle Sınırlandırılması”, Adalet Dergisi, Yıl 1966, S.1-2, s. 616-637.

ÖZSUNAY, ERGUN: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982.

ÖZTAN, BİLGE: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2014.

PULAŞLI, HASAN: Şirketler Hukuku Şerhi, C.I., Ankara 2014.

SAKA, ZAFER: Dernekler Hukuku Teoride ve Uygulamada, İstanbul 2010.

SAZİL, SELAMİ / ÇELİK, ERKUT / İMAL, RAMAZAN: A’dan Z’ye Dernek Yönetimi, Ankara 2013.

SEROZAN, RONA: Medeni Hukuk s(Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), İstanbul 2014.

YONGALIK, AYNUR: “TMK’nda Dernek – Adi Şirket İlişkisi, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 283-295.

ZEVKLİLER, AYDIN / ACABEY, BEŞİR / GÖKYAYLA, EMRE: Medeni Hukuk, Ankara 2000.

ZEVKLİLER, AYDIN / ERTAŞ, ŞEREF / HAVUTÇU, AYŞE / GÜRPINAR, DAMLA: Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara 2013.

MAKALELER

HMK SONRASINDA VELÂYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ DAVALARINDA YARGITAY UYGULAMASI

▪ Ömer Uğur GENÇCAN
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı

GİRİŞ

Velâyet, küçüklerin ve bazı durumlarda kısıtlı çocukların gerek kişiliklerinin gerek mallarının korunması ve onların temsili konusunda kanunun ana babaya yüklediği ödevler ile bu ödevlerin gereği olan hakların tümünü ifade eder¹.

Çocuğun velâyet hukukuna göre **korunmasında** nitelikli önlemler, çocuğun yerleştirilmesi², velâyetin kaldırılması³ ve velâyetin değiştirilmesi⁴ olarak sıralanabilir.

Bu çalışmamızda nitelikli önlemlerden olan **velâyetin değiştirilmesi** konusunda özellikle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri

¹ ZEVKLİLER, s.1057, FEYZİOĞLU, s. 503-504. ÖZTAN, s. 374. AKINTÜRK, s. 342.

² TMK. m. 347

³ TMK. m. 348

⁴ TMK. m. 349

Kanunu⁵ ile oluşan Yargıtay uygulaması hakkında **son içtihatlardan** örnekler vermek suretiyle okuyucuya aydınlatma hedeflenmiştir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki aile mahkemesi hâkimi tarafından velâyetin değiştirilmesine karar verilebilmesi için velâyetin **verildiği tarih sonrasında gerçekleşen** haklı bir sebep ispat edilmelidir.

“Davacı ve davalının evlilik dışı birlikteliğinden dünyaya gelen 28.03.2006 doğumlu Meriç Emre, baba tarafından nüfusta tanıma senedi ile tanınmış, davacı babanın Palu Asliye Hukuk (Aile) Mahkemesinde 02.06.2010 tarihinde açtığı velâyetin değiştirilmesi davası sonucu, küçüğün velâyeti babaya verilmiş ve karar taraflarca temyiz edilmeyerek 22.06.2010 tarihinde kesinleşmiştir. Davacı anne, 09.12.2011 tarihinde velâyetin değiştirilmesi istemi ile işbu davayı açmıştır. Çocuğun velâyetinin babaya verildiği tarih ile eldeki davanın açılış tarihi arasında, babanın **velâyet görevini yerine getirmediği ve velâyetin değiştirilmesini gerektirir herhangi bir nedenin varlığı ispatlanmamıştır**. (TMK.md. 183,349,351/1). O halde davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.”⁶

Unutulmamalıdır ki çocuğun velâyetin değiştirilmesine yönelik istem incelenirken ebeveynlerin istek ve tercihlerinden ziyade **küçüğün üstün yararı** göz önünde tutulmalıdır.

“Dava **velâyetin değiştirilmesi davası olup** bu davalar kamu düzenine ilişkin olduğundan re’sen araştırma ilkesi geçerlidir. Davacı herhangi bir delil bildirmemiş ise de; mahkemece alınan uzman raporu ve Erenköy Devlet Hastanesince düzenlenen heyet raporunda davalıda remisyon halinde olan şizoaftif bozukluk hastalığı olduğu ve çocukların anne yanında kalmasının daha uygun olacağının bildirildiği görülmektedir. Ayrıca idrak çağında olmaları nedeniyle velâyetleri

⁵ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 12.01.2011 tarihinde kabul edilmiş olup 04.02.2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak **01.10.2011 tarihinde** yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

⁶ Y2HD, 18.11.2013, E. 2013/7994, K. 2013/26565

hakkındaki ifade ettikleri görüşlerine önem verilmesi gereken (Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 12, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md. 3-6) müşterek çocuklar da babalarından şiddet gördüklerini ifade ederek, anneleriyle kalmak istediklerini uzmana bildirmişlerdir. **Velâyetin düzenlenmesinde ana/baba yararı ile çocuğun çıkarı çatıştığında çocuğun yararına üstünlük tanınması gerekir.** Üstün yararları gerektirmediği takdirde, kardeşlerin birbirinden ayrılmaması da esastır. Toplanan delillerle, çocukların velâyet düzenlemesindeki üstün yararının annenin velâyetine bırakılmaları olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında; velâyetin değiştirilmesi koşulları oluştuğu halde; buna yönelik talebin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.”⁷

VELÂYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ SEBEPLERİ

Çocuğun velâyetin değiştirilmesine karar verebilmesi için **haklı sebepler** bulunmalıdır.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasının **engellenmesi** velâyetin değiştirilmesini gerektiren çocuğun menfaati gerektirdiği hâllerden sayılmaktadır.

“..Toplanan deliller ve icra dosyalarından, velâyet hakkı kendisinde olan davalı annenin, **babanın çocukla kişisel ilişkisini zedeleyecek şekilde engeller çıkardığı** ve **bukonuda ısrarlı olduğu** anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 324. maddesi koşulları oluşmuştur. Davanın kabulü ile küçüğün velâyet hakkının **değiştirilmesine** karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.”⁸

Çocuğun fiilen **velâyet hakkı olmayan** ana ya da babada **bırakılması** velâyetin değiştirilmesini gerektiren çocuğun menfaati

⁷ Y2HD, 28.03.2013, E. 2012/17656, K. 2013/8623

⁸ Y2HD, 17.11.2009, 16416-19929

gerektirdiği hâllerden sayılmaktadır.

Çocuğun fiilen velâyet hakkı olmayan **anada bırakılması** velâyetin değiştirilmesini gerektiren çocuğun menfaati gerektirdiği hâllerden sayılmaktadır.

“..Toplanan delillerden; 2.12.1997 doğumlu müşterek çocuk İnci ile 17.1.2002 doğumlu F.Rabia’nın velâyetleri davalı babaya verildiği halde, çocukların **davacı anneleriyle birlikte kaldıkları**, bu durum karşısında davalı babanın velâyet görevini gereği gibi yerine getirmediği (TMK. md.183, 489) anlaşıldığından; küçüklerin velâyetinin değiştirilerek davacı anneye verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.”⁹

Çocuğun fiilen velâyet hakkı olmayan **babada bırakılması** da velâyetin değiştirilmesini gerektiren çocuğun menfaati gerektirdiği hâllerden sayılmaktadır.

“Taraflar 09.05.2012 tarihinde kesinleşen karar ile boşanmışlar; müşterek çocuklar 24.07.2002 doğumlu Orhan ile 06.12.2007 doğumlu Efe Can’ın velâyetleri anneye verilmiştir. Toplanan delillerden; davalı annenin kararın kesinleşmesinden sonra çocukları fiilen babaya bıraktığı, **çocukların dava tarihine kadar hatta dava sırasında da babayla birlikte kaldıkları** çocukların isteklerinin de bu yönde olduğu gibi uzman raporunda da bu durumun belirlendiği anlaşılmaktadır. Anne, kendisine velâyet hakkı verilmesine rağmen çocukları yanına almamış, velâyetle ilgili görevlerini yerine getirmemiştir. Türk Medeni Kanununun 349. maddesi koşulları oluştuğundan müşterek çocuklar Orhan ve Efe Can’ın velâyet haklarının davalı anneden alınıp, davacı babaya verilmesi gerekirken, davanın reddi doğru bulunmamıştır.”¹⁰

Velâyet sahibinin **girişimlerine rağmen** çocuğu teslim etmeyen ana

⁹ Y2HD, 15.04.2010, 18347-7491

¹⁰ Y2HD, 03.07.2014, E. 2014/8747, K. 2014/15349

ya da babanın açtığı velâyetin değiştirilmesi davası ise reddedilmelidir.

“..Taraflar 6.2.2007 tarihinde kesinleşen ilamla boşanmışlar, müşterek çocuklardan Halil ve Züleyha’nın velâyeti babaya, Ayşegül’ün **velâyeti ise davalı anneye** verilmiştir. Bu ilama dayalı olarak davalı anne, çocuğun teslimi için icra takibi başlatmış, ancak **davacı baba** 8.9.2000 doğumlu Ayşegül’ü **mahkeme ilamına rağmen anneye teslim etmemiştir**. Küçük Ayşegül’ün halen babasının yanında olduğu anlaşılmaktadır. Davalı annenin velâyeti ifadan aciz olduğu konusunda bir olayın varlığı da kanıtlanamamıştır. **İsteğin reddi gerekirken** yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”¹¹

Çocuğun fiilen **üçüncü kişi yanında bırakılması** velâyetin değiştirilmesini gerektiren çocuğun menfaati gerektirdiği hâllerden sayılmaktadır.

“Mahkemece, velâyetin değiştirilmesini gerektirir bir hususun kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de; toplanan delillerden davalı babanın Elmalı ilçe merkezinde yeni evlendiği eşi ve ondan olan çocuğu ile birlikte yaşadığı, 2004 doğumlu **müşterek çocuk Sefa’nın ise köyde babaannesi ve dedesi ile birlikte yaşadığı**, davalı babanın bu nedenle velâyet görevini bizzat yerine getirmediği, ayrıca Sosyal Hizmet Uzmanı tarafından düzenlenen raporda da idrak çağındaki müşterek çocuğun annesi ile yaşamak istediğini beyan ettiği anlaşılmaktadır. O halde davalı babanın velâyet görevini bizzat yerine getirmemesinin yanı sıra müşterek çocuğun isteğinin de velâyetinin anneye verilmesinden yana olduğu anlaşıldığına göre, davanın kabulü yerine, yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”¹²

Velâyet kendisinde olan anne ya da babanın çocuğun kendi yanında kalması yönündeki yaklaşımlarının çocuğun anneanne ve dedesi yanında

¹¹ Y2HD, 16.09.2009, 10902-15706

¹² Y2HD, 10.03.2014, E. 2013/23213, K. 2014/5029

kalmaktan **memnun olması sebebiyle** kabul görmediği anlaşılmakta ise davanın reddi gerekir.

“Toplanan delillerden; tarafların 13.5.2005 tarihinde boşandıkları, 14.2.2003 doğumlu müşterek çocuk Erdem’in velâyetinin davalı anneye bırakıldığı, davalı annenin 2006 yılında evlenerek Milas’ta yaşamaya başladığı, müşterek çocuğun ise Çine İlçesi, Tekeler Köyünde anneannesi ve dedesi ile birlikte yaşamaya devam ettiği, müşterek çocuğun uzun süreli tatillerde annenin yanına gidip kaldığı, diğer zamanlarda da annenin zaman zaman köye gelip müşterek çocuğu gördüğü, annenin çocuğun Milas’ta yanında kalması yönündeki yaklaşımlarının, çocuğun anneanne ve dedesi yanında kalmaktan memnun olması sebebiyle kabul görmediği ve **çocuğun bizzat anneanne ve dede ile köyde kalmayı tercih ettiği**, bu durumun çocuğun bedensel ve fiziksel gelişimini olumsuz etkilediği yönünde bir delil sunulmadığı gibi, mahkemece alınan uzman raporunda da “davacı babanın ve ailesinin çocuğun velâyeti konusunda yüksek motivasyon taşımadıklarının tespit edilip, velâyetin annede kalmasının çocuğun yararına olacağı yönünde mütalaa beyan edildiği”, babanın ise yakın bir köyde ikamet etmesine rağmen aradan geçen sürede müşterek çocukla yeterince ilgilenmediği anlaşılmaktadır. Velâyetin düzenlenmesinde, çocukların üstün yararı, ana ve babanın isteklerinden önce gelir. Gerçekleşen bu durum karşısında, davanın reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü doğru görülmemiştir.”¹³

Çocuğun menfaatinin gerektirdiği **diğer hâllerde de** velâyetin değiştirilmesine karar verilmesi mümkündür.

“..Ana ve babanın deneyimsizliği , hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerle velâyet görevini gereği gibi yerine getirememesi; ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamaları halinde hakim velâyet hakkını kaldırabilir. (TMK.md.348) Toplanan delillerle yukarıda açıklanan şekilde bir durumun varlığına yeterli olmayıp

¹³ Y2HD, 22.09.2014, E. 2014/17252, K. 2014/17973

velâyetin değiştirilmesine yolaçar (TMK.md.183,349) Öyle ise kanun hükmünün uygulanmasında hata yapılması bozmayı gerektirir. Ancak bu yanlışlığın giderilmesi yeniden duruşma yapılmasını gerektirmez. O halde kararın düzeltilerek onanması Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 338. maddesine uygun düşer.”¹⁴

Çocuğun **sağlık bakımından** üstün yararı sebebiyle velâyetin değiştirilmesine karar verilmesi mümkündür.

“Mahkemece, davacının davasını kanıtlayamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de; dosya içerisinde yer alan 08.10.2012 tarihli uzman raporuna göre müşterek çocukların giysilerinin temiz olmadığı, elleri ve kollarında yoğun şekilde yara, sıyrık ve kesiklerin olduğu, 14.05.2004 doğumlu müşterek çocuk Tolga’nın boşanma davasının kesinleşmesinden sonra güneş altında fazla kaldığı için beyin kanaması geçirerek vefat ettiği, velâyete tabi 22.01.2006 doğumlu Eray ve 18.03.2008 doğumlu Berat’ın ciltlerinde fazla **güneşe maruz kalmalarından kaynaklı olduğu düşünülen deri lezyonlarının olduğu** bu haliyle babanın velâyet görevini ihmal ettiği, davacı annenin uygun koşullara sahip olması durumunda velâyetin anneye verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca talimatla beyanlarına başvuru alan müşterek çocuklar Eray ve Berat, babalarını uzun süre görmediklerini, çalışmaya gittiğini, yengesi ve amcasının yanında kaldıklarını beyan etmişlerdir. Bu durumda baba kendisine velâyet hakkı verildiği halde müşterek çocukları yanına almayarak velâyetle ilgili görevini ifa etmemiştir. Çocuklar yaşları itibarıyla ana bakım ve şefkatine muhtaçtır. Ana yanında kalmalarının bedeni, fikri ve ahlaki gelişimlerine engel olacağı yönünde ciddi sebep ve delil bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle Türk Medeni Kanununun 183. ve 349. madde koşulları olduğundan müşterek çocuklar Eray ve Berat’ın velâyetlerinin babadan alınıp, anneye verilmesi gerekirken; davanın reddi doğru bulunmamıştır.”¹⁵

¹⁴ Y2HD, 17.06.2009, 1573-11793

¹⁵ Y2HD, 11.09.2014, E. 2014/9487, K. 2014/17109

Çocuğun **eğitim bakımından** üstün yararı sebebiyle velâyetin değiştirilmesine karar verilmesi mümkündür.

“Davacı baba tarafından **velâyetinin değiştirilmesi istenen** müşterek çocuk Dilek Hanım, 14.07.1998 doğumlu olup idrak çağındadır. 25.1.1996 tarihli Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3 ve 6. maddeleri ile Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12. maddesi uyarınca çocuğun beyanına da değer verilmesi gerekmektedir. Bu durumda, halen babasının yanında olup **orada Anadolu lisesine devam eden** ve velâyetinin babasına verilmesini istediğini ifade eden küçüğün davalı annede bulunan velâyet hakkının değiştirilmek suretiyle davacı babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”¹⁶

Çocuğun **ahlak bakımından** üstün yararı sebebiyle velâyetin değiştirilmesine karar verilmesi mümkündür.

Çocuğun **güvenliği bakımından** üstün yararı sebebiyle velâyetin değiştirilmesine karar verilmesi mümkündür.

“..Boşanma kararı ile velâyetleri davalı babaya bırakılan tarafların müşterek çocukları 1997 doğumlu Ahmet ve 2000 doğumlu Selenay, mahkemece dinlenmiş ve anneleriyle kalmak istediklerini bildirmişlerdir. Velâyete sahip davalının yeniden evlendiği, bu tarihten sonra velâyet sorumluluğunu yeterince yerine getirmediği ve çocuklarına ilgisiz davrandığı, üvey annenin çocuklar için **“herkes doğurduğuna baksın” diyerek çocukları kabul etmediği** anlaşılmaktadır. Çocukların menfaatlerinin velâyetlerinin anneye verilmesini gerektirdiği yaptırılan uzman incelemesiyle de belirlenmiştir. O halde, davanın kabulü gerekirken reddi doğru bulunmamıştır.”¹⁷

¹⁶ Y2HD, 23.06.2014, E. 2014/8227, K. 2014/14160

¹⁷ Y2HD, 08.06.2010, 3805-11267

Çocuğun güvenliği bakımından üstün yararını belirlemek için **gerekiyorsa** aile mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan inceleme ve rapor istenilmelidir.

“Velâyet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun “üstün yararı”dır (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 11; TMKm.339/1,343/1,346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b) Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve sosyal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Velâyet davası kamu düzenini ilgilendirdiğinden; kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir. Hakim, gerekli gördüğü takdirde, tarafların gösterdiği deliller dışında; kendisi de araştırma yapma yetkisine sahiptir. Taraflar 28.02.2012 tarihinde kesinleşen kararla anlaşmalı olarak boşanmış, küçüğün velâyeti babaya verilmiştir. Bu dava ise kısa bir süre sonra 11.07.2012 tarihinde açılmıştır. Mahkemece davacı tanıklarının beyanı ve dosyaya **davalının hasta olduğuna ilişkin sunulan fotoğraf yeterli görülerek davanın kabulüne karar verilmiş ise de;** 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5. maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan inceleme ve rapor istenilmemiş, davacı annenin ve davalı babanın barınma, gelir, sağlık, sosyal ve psikolojik durumuna göre çocuğun sağlıklı gelişimi için velâyeti üstlenmeye engel bir durumun bulunup bulunmadığı araştırılmamıştır. Bu hususta rapor alınıp diğer deliller de gözönüne alınarak velâyet konusunda bir karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş; bozmayı gerektirmiştir.”¹⁸

Velâyete sahip ana veya babanın **yeniden evlenmesi** kural olarak velâyetin kaldırılmasını gerektirmez.

¹⁸ Y2HD, E. 18.11.2013, E. 2013/8114, K. 2013/26564

“Yargıtay’ın yerleşmiş görüşü, velâyet kendisine bırakılan ana ya da babanın **evlenmesi tek başına velâyetin değiştirilme sebebi olamayacağı** yönündedir. (YHGK.’nun 12.2.1968 T.li 2/1617-104 sayılı kararı) Bu evlilik yada başka bir sebepten çocuğun fikri veya bedeni tekamülünün tehlikede bulunması yada çocuğun yararları bu değişikliği zorunlu kılması gerekir. Çok ciddi olmayan sebeplerden dolayı çocuğun eğitiminde, bakılıp gözetilmesinde yapılacak değişiklik onun yararına olmaz. Mümeyyiz olmayan ve babanın yanında olup ondan etkilenen çocukların beyanları da karar için yeterli delil kabul edilemez (Y.2.H.D.nin 22.6.1993 t.387-64 sayılı ve YHGK.nun 26.4.1995 T.li 2/172-432 sayılı kararı) Dinlenen tanıklar küçük İbrahim’in kardeşinden ayrılarak velâyetinin babasına verilmesini gerektiren ciddi bir olay ortaya koymamışlardır. 9.9.1999 tarihli belge de davalının ihmâlinin delili olarak gösterilemez. Söz konusu belgenin sonunda yer alan “bu tutanak 20.10.1999 tarihine kadar geçerlidir” sözleri, çocukları terk amacının bulunmadığını açıkça göstermektedir. Davanın tümü ile reddi gerekirken çelişkili bir şekilde İbrahim’in velâyetinin anneden alınıp babaya verilmesi, Çiğdem’in velâyetinin annede bırakılması doğru bulunmamıştır.”¹⁹

Ne var ki velâyete sahip ana veya babanın **yeniden evlenmesi** velâyetin kaldırılmasını gerektirmez ise de çocuğun menfaati gerektirdiğinde velâyet sahibi değiştirilebilir.

“..Toplanan delillerden velâyeti anneye verilen 25.9.2002 doğumlu Zülfünur’un halen davacı baba yanında kaldığı Şanlıurfa’da okula gittiği, **davalı annenin yeniden evlenerek Diyarbakır İli Çermik İlçesinde yerleştiği anlaşılmaktadır.** Pedagog ve Sosyal Hizmet Uzmanlarınca hazırlanan raporlarda da velâyetin davacı babaya verilmesinin çocuğun yararına olacağı bildirilmiştir. Uzman bilirkişi kurulunca hazırlanan rapor ve tanık beyanları dikkate alınarak davanın kabulüne karar vermek gerekirken yazılı şekilde ret hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir.”²⁰

¹⁹ Y2HD, 27.10.2000, 12525-13085

²⁰ Y2HD, 07.12.2009, 13272-20990

Davalı ana ya da babanın evlendiği kişinin geçmişte işlediği bir suç nedeni ile hakkında mahkumiyet kararı verilmiş olması çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimine **olumsuz bir etki yaptığı ispatlanmamışsa** velâyet değiştirilemez.

“Davalı annenin velâyet görevini gereği gibi yerine getirmediğine ilişkin dosyada ciddi bir olgu ve delil bulunmamaktadır. Davalı annenin evlendiği kişinin geçmişte işlediği bir suç nedeni ile hakkında mahkumiyet kararı verilmiş ise de davalının eşinin, çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimine olumsuz bir etki yaptığı da ispatlanmamıştır. Ayrıca sosyal inceleme raporunda da çocuğun özel olarak yaşam alanının değiştirilmesine yönelik bir isteğinin olmadığı, velâyet değişikliğinin hali hazırda sosyal çevreye, okula ve aile içi ilişkilerine başarılı bir şekilde uyum geliştirmiş olan küçüğün, yeni bir uyum sürecine girmesini zorunlu kılacağı ve çocuğun yüksek yararı göz önüne alındığında yeni bir uyum sürecini başlatacak koşulların yaratılmasının gereksiz olduğu ve velâyet değişikliğinin çocuk için yararlı olmayacağı belirtildiğine göre; velâyet düzenlemesinde çocuğun üstün yararı, annesinin velâyeti altında kalmaya devam etmesidir. Bu durumda; Türk Medeni Kanununun 183. ve 349. madde koşulları oluşmadığından davanın reddi gerekirken, yetersiz gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.”²¹

Aile mahkemesi²² boşanma davasında velâyet hakkının kime verileceğini hâkimi belirler.²³ Boşanmayla velâyet hakkı verilen ana ya da babanın **başka yere gitmesi durumunda** çocuğun velâyeti **kendiliğinden** diğer eşe geçmez.

Velâyet hakkı kendisine verilen ana veya babanın başka bir yere gitmesi gibi yeni olguların **zorunlu kılması hâlinde** aile mahkemesi²⁴

²¹ Y2HD, 27.03.2013, E. 2012/17660, K. 2013/8346

²² Yoksa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi.

²³ TMK m. 336 f. III.

²⁴ Yoksa Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi.

hâkimi, re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır.²⁵

Başka yere gitme sonucu gerçekleşen yeni olgular **zorunlu kılmıyorsa** velâyetin değiştirilmesi gerekmez.

“Müşterek çocuk Muhammed Ensar 06.9.2006 doğumlu olup, ana bakım ve şefkatine muhtaç olduğu çağdadır. Davalının çocuğa karşı velâyet görevini savsakladığına ve gereken ilgiyi göstermediğine ilişkin yeterli delil bulunmadığı gibi; babanın çocukla kişisel ilişkisini davalı annenin engellediğine ilişkin bir kanıt da bulunmamaktadır. Toplanan deliller, velâyetin değiştirilmesini haklı kılacak yeterlilikte değildir. **Velâyet sahibi annenin yaşadığı yeri değiştirmesi, tek başına velâyetin değiştirilmesini gerektirmez.** Öyleyse talebin reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.”²⁶

Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba **velâyeti birlikte** kullanırlar.²⁷ Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde **sağ kalana**²⁸ aittir.²⁹ Başka bir anlatımla ana ve babadan birinin ölümü hâlinde velâyet sağ kalan tarafından tek başına kullanılır. Bu konuda ayrıca hâkim kararına gereksinim yoktur.

Ancak daha sonra velâyet sağ kalan tarafından kaldırılırsa/ kaldırılmış olduğu belirlenirse yetkili vesayet makamı tarafından kendisine vasi tayin edilmesi gerekir.

“...Velâyet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır. (TMK:m.404/1) Annesi ölü olan küçük Gülsüm'ün babasından

²⁵ TMK m. 183.

²⁶ Y2HD, 14.11.2013, E. 2013/7123, K. 2013/26501

²⁷ TMK m. 336 f. I.

²⁸ EGGER, s. 89,

²⁹ TMK m. 336 f. III. Kuşkusuz koşulları varsa sağ kalan eşten velâyet hakkının kaldırılmasına karar verilebilir.

velâyetin kaldırılmış olması (TMK:m.348) sebebiyle yetkili vesayet makamı tarafından kendisine vasi tayin edilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden görevli olmayan aile mahkemesince velâyetin davacı dedeye verilmesi şeklinde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”³⁰

Durum ve koşulların velâyetin kaldırılmasını gerektirip gerektirmediği **her olayda** aile mahkemesi hâkimi tarafından takdir edilecektir.

“Küçük, 13.09.2008 doğumludur. Ana ve baba velâyeti birlikte icra ederken (TMK. md. 336/1), anne, 29.07.2012 tarihinde ölmüş, küçüğün velâyeti münferiden babaya kalmıştır (TMK. md. 336/3). Bu dava ise annenin ölümünden yaklaşık yirmi gün sonra 17.08.2012 tarihinde küçüğün anneannesi ve dedesi tarafından açılmıştır. Babanın, eşinin ölümünden sonra çocuk üzerindeki velâyet görev ve sorumluluğunu gereği gibi yerine getirmediğini, çocuğa yeterli ilgiyi göstermediğini ve yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığını kabule yeterli ciddi sebep ve deliller bulunmamaktadır. Velâyetin kaldırılmasını veya alınmasını gerektiren yasal sebepler gerçekleşmemiştir. Bu durumda davanın reddi gerekirken, yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”³¹

Çocukla ilgili **velâyet görevinin engellenmesi**, velâyetin değiştirilmesini gerektiren çocuğun menfaati gerektirdiği hâllerden sayılmaktadır.

“Mahkemece, 2007 doğumlu müşterek çocuk Kasım’ın velâyeti, çocuğun dört yıldır babasının yanında kaldığı ve bulunduğu ortama alıştığı, babanın velâyet görevini kötüye kullandığına ilişkin delil olmadığı ve **velâyetinin** babaya verilmesinin çocuğun menfaatine olduğu gerekçesi ile **anneden alınarak babaya verilmiştir**. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden: davalı anne tarafından 11.09.2009

³⁰ Y2HD, 17.11.2005, 13460-15878.

³¹ Y2HD, 26.02.2014, E. 2013/17703, K. 2014/3947

tarihinde açılan boşanma davası sırasında müşterek çocuğun baba yanında olduğu belirtilerek tedbiren velâyetinin istendiği, boşanma davasını gören mahkemece 14.09.2009 tarihli tensip tutanağı ile çocuğun velâyetinin tedbiren anneye verildiği, davalının bu ara karar gereğince Konya 14. İcra Müdürlüğünün 2009/8938 sayılı dosyasında takip başlattığı, davacı babanın belirlenen adreslerine müşterek çocuğun teslimi için gidildiğinde belirtilen adreslerde davacı baba ve çocuğun bulunamadığı, babanın söz konusu adreslerde bir kaç ay oturup adresini değiştirdiğinin anlaşıldığı ve çocuk tesliminin sağlanamadığı, boşanma davası sonucu çocuğun velâyeti davalı anneye verilmesine rağmen babanın yine çocuğu anneye teslim etmediği, boşanma kararı ve ferî hükümlerin velâyet de dahil olmak üzere davacı baba tarafından temyiz edildiği ve kararın Yargıtay incelemesinden geçerek onandığı ve 20.07.2012 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Davalı annenin 25.03.2013 tarihinde yeniden Konya 10. İcra Müdürlüğüne başvurarak çocuk teslimini sağlamaya yönelik olarak takip talebinde bulunmasından sonra davacı babanın 22.04.2013 tarihinde velâyetin değiştirilmesi için dava açtığı, davacı babanın Konya 3.İcra Ceza Mahkemesinin 2013/579 esas ve 2013/871 sayılı dosyasında çocuk teslimi emrine muhalefet suçundan yargılandığı ancak açtığı velâyetin değiştirilmesi davasında ara karar ile çocuğun velâyeti geçici olarak kendisine verildiğinden beraat ettiği anlaşılmaktadır. Davacı babanın davalı tanık beyanları ve tüm dosya kapsamından anlaşılabileceği üzere çocuğu anneden alıp, **velâyet görevini kullanmasını fiilen engellediği sabit olmuştur.** O halde davanın reddi gerekirken kabulü doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.”³²

VELÂYETİN DEĞİŞTİRİLMESİNİ GEREKTİRMEYEN HALLER

Velâyet görevinin gereği gibi yerine getirilmediği, çocuğa yeterli ilgiyi gösterilmediği ve ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklandığı **kanıtlanamamış ise** velâyetin değiştirilmesi davasının reddine karar verilmelidir.

³² Y2HD, 12.06.2014, E. 2014/11419, K. 2014/13140

“..Toplanan delillerle velâyetin değiştirilmesi istenen 27.10.2003 doğumlu anne bakım ve şefkatine muhtaç Selma’ya karşı davalı annenin velâyet görevini gereği gibi yerine getirmediği, çocuğa yeterli ilgiyi göstermediği ve ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığı **kanıtlanamamıştır**. Mahkemece davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”³³

Davacı ana ya da babanın **ekonomik durumunun iyiliği** velâyetin değiştirilmesi için bir sebep oluşturmaz. Sadece ekonomik durumunun iyiliği sebebiyle velâyetin kendisine verilmesini isteyen ana ya da babanın çocuk için ödeyeceği iştirak nafakasını arttırması daha akılcı ve ahlakidir.

“..Toplanan delillerden davalı annenin velâyet görevini ihmal ettiği ve çocuklarla ilgilenmediği kanıtlanmamıştır. Davacı babanın **maddi durumunun iyiliği velâyetin değiştirilmesini gerektirmeyeceği** gibi velâyeti değiştirilmesi istenilen 1995’er doğumlu Ayşenur ve Büşranur’un anneleri ile mutlu oldukları ve onunla kalmak istedikleri anlaşılmıştır. Bu nedenlerle davacının davasının reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”³⁴

Davalının davacıya göre var olan sosyal statü eksikliği de velâyetin değiştirilmesi için bir sebep oluşturmaz.

Aynı evde bulunan akrabanın **ara sıra alkollü içki alması** küçük bakımından hemen meydana gelebilecek bir tehlike arz etmedikçe velâyetin değiştirilmesi için yeterli sebep değildir.

“Boşanma kararıyla müşterek çocuğun velâyeti anneye verilmiş, karar 13.9.2010 tarihinde kesinleşmiştir. Küçük Deniz Efe, 1.11.2004 doğumludur. Türk Medeni Kanununun 183. ve 349’ncu maddelerinde yer alan hükümlere göre, yeni olguların zorunlu kılması ve küçüğün menfaatinin gerektirmesi halinde velâyet sahibi değiştirilebilir. Velâyetin

³³ Y2HD, 20.09.2010, 4087-14915

³⁴ Y2HD, 14.07.2009, 8906-14025

anneden alınmasını gerektiren yeni bir durumun varlığı ve annenin velâyet görevini gereği gibi yerine getiremediği kanıtlanamadığı gibi, küçüğün menfaatinin değişikliği gerektirdiğine ilişkin de bir olgu ve delil bulunmamaktadır. Anne, küçükle birlikte kendi ailesinin yanında kalmakta olup, aynı evde bulunan dayının zaman zaman alkollü içki alması, küçük bakımından hemen meydana gelebilecek bir tehlike arz etmedikçe velâyetin değiştirilmesi için yeterli sebep değildir. O halde, isteğin reddi gerekirken, yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”³⁵

VELÂYETİN DEĞİŞTİRİLMESİ USULÜ

Velâyetin değiştirilmesi davasında uygulanacak **usul hükümlerine** açıklık getirilmelidir.

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun m. 4, b.1 hükmüne göre 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı³⁶ konusu olan aile hukukundan doğan dava ve işler 20.4.2004 tarihinden sonra **aile mahkemesinde** görülecektir.

4787 SK. m. 2. f. II hükmüne göre aile mahkemesi **kurulamayan** yerlerde ise **TMK. m. 118-395** kapsamına giren dava ve işlere, dolayısıyla velâyetin değiştirilmesi davasına **Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemesince** bakılacaktır.

“Dava, **velâyetin değiştirilmesine ilişkin** olup, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun, üçüncü kısmı hariç, ikinci kitabında yer almaktadır. Görev, kamu düzenine ilişkindir. Mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gerekir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair

³⁵ Y2HD, 04.06.2013, E. 2012/22667, K. 2013/15401

³⁶ TMK. m. 118-395.

Kanunun, 5133 sayılı Kanunla değişik 4. maddesi; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere (m.118-395) kaynaklanan bütün davaların, aile mahkemeleri kurulan yerlerde bu mahkemelerce bakılacağını; aynı Yasanın 2. maddesi de, aile mahkemesi kurulmayan yerlerde bu kanun kapsamına giren dava ve işlerin asliye hukuk (aile) mahkemelerinde bakılacağını hükme bağlamıştır. Şu halde Aile Mahkemesi kurulmayan yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemelerinde davanın **Aile Mahkemesi sıfatı ile görülüp karara bağlanması** gerekir. (H.G.K. 16.11.2005 tarih ve 2/673-617 sayılı kararı) Bu açıklama karşısında; davaya “Aile Mahkemesi” sıfatıyla bakılması gerekirken, bu husus düşünülmeden Asliye Hukuk Mahkemesi olarak yargılamaya devam edilip, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”³⁷

Velâyetin değiştirilmesi davaları **kural olarak** davanın açıldığı tarihte **davalının yerleşim yeri** olan mahkemesinde görülür.

“Davanın³⁸ **açıldığı tarihte yürürlükte bulunan** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9. maddesine göre her dava kanunda aksine hüküm bulunmadıkça **davanın açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri mahkemesinde görülür**. Türk Medeni Kanununun 21. maddesi “Velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babasının yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır” hükmü taşımaktadır. Tarafların boşandıkları, boşanma kararının 12.04.2011 tarihinde kesinleştiği müşterek çocukların velâyetinin de davalı babaya verildiği anlaşılmaktadır. Davalı, süresi içinde yetki itirazında bulunmuş ve Aydın Aile Mahkemelerinin yetkili olduğunu bildirmiştir. Dosyaya alınan nüfus kaydında davalının yerleşim yeri adresinin “Aydın” olduğu görülmektedir. O halde Aydın Aile Mahkemelerinin yetkili bulunduğu gözetilerek yetkisizlik kararı verilecek yerde işin esasının incelenmesi doğru bulunmamıştır.”³⁹

³⁷ Y2HD, 08.09.2014, E. 2014/9857, K. 2014/16635

³⁸ İçtihat konusu dava velayetin değiştirilmesi davasıdır.

³⁹ Y2HD, 17.02.2014, E. 2013/17521, K. 2014/2984

Türk Medeni Kanununun m 21. hükmünde de “Velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babasının yerleşim yeridir. **Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır**“ düzenlemesi yer almıştır.

Velâyetin değiştirilmesi davasını davacı **kendi oturduğu yer mahkemesinde** de açabilir.

“Dava, 13.2.2014 tarihinde Babaeski’de açılmış davalı kendisinin Samsun’da oturduğunu ileri sürerek yetkisizlik itirazında bulunmuş; mahkemece de, genel yetki kuralı esas alınarak “davalının adresinin Samsun olduğu” gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir. Oysa dava “**velâyetin değiştirilmesi**” isteğine ilişkin olup, çekişmesiz yargı işidir (HMK.md.382/2-b-13). Çekişmesiz yargı işlerinde de, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir (HMK.md.384). Bu kurala göre, davacı **kendi oturduğu yer mahkemesinde** dava açabilir. Dava, davacının oturduğu yerde açılmış, davalı da bunun aksini iddia etmemiştir. Öyleyse, işin esasının incelenmesi gerekirken, özel yetki kuralı dikkate alınmadan yetkisizlik kararı verilmesi doğru olmamıştır.”⁴⁰ Velâyetin değiştirilmesi davasında yetkili mahkemenin belirlenebilmesi için öncelikle yetki konusunda **taraf delillerinin toplanması** gerekir. “..Dava, **velâyetin değiştirilmesine** ilişkindir. Bu davada mahkemenin yetkisi kamu düzenine ilişkin olmadığından kesin değildir. Davalı süresi içinde yetki itirazında bulunmuş ve Bursa Aile Mahkemelerinin yetkili olduğunu bildirmiştir. Mahkemece resen Karacabey Aile Mahkemesinin yetkili olduğundan bahisle yetkisizlik kararı verilmiştir. Mahkemece **yetki itirazının hadise şeklinde incelenmesi** taraflara bu yönde delilleri sorulup gösterdikleri takdirde toplanıp sonucu uyarınca Bursa Mahkemelerinin yetkili olup olmadığı hakkında hüküm verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik tahkikatla hüküm tesisi doğru değildir. (HUMK.222 ve devamı maddeleri)”⁴¹

⁴⁰ Y2HD, 08.12.2014, E. 2014/17280, K. 2014/24912

⁴¹ Y2HD, 14.12.2009, 9437-21419

Velâyetin değiştirilmesi davası **ilgisi olan herkes** tarafından açılabilir.

Vekilin vekâletnamesi ise yetki içermelidir. Genel vekâletname yeterlidir.

“..Davacı vekiline ait dosyada bulunan vekaletname **münhasıran nafaka davasını takip için düzenlenmiş** olup özel vekaletnamedir. Velâyetin değiştirilmesi davasını da kapsayan Genel dava vekaletnamesinin davacıdan istenmesi; sunulması halinde dosyaya eklenmesi, aksi takdirde mahkeme kararının davacı asile tebliğinden sonra gönderilmek üzere dosyanın mahal mahkemesine geri çevrilmesine”⁴² Velâyeti istenilen küçük ile velâyeti talep eden ana ya da baba arasında **çıkartışmasının bulunduğu anlaşılırsa** küçüğü davada temsil etmek üzere kayyım atanması için yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulmalıdır.

“Davacı-davalı anne açtığı dava ile, boşanma sonucu velâyeti babaya bırakılan ancak babanın 18.12.2012 tarihinde ölümü ile velâyeti askıda bulunan müşterek çocuk Mustafa Emin Tekin’in velâyetinin kendisine verilmesini istemiş, birleşen davada; davacı (dede) ise, anne tarafından açılan davanın reddini, torunu olan küçük Mustafa Emin’in askıda olan velâyetinin anneye verilmemesini ve küçüğün vesayet altına alınmasını talep etmiştir. Velâyeti istenilen küçük Mustafa Emin 03.08.2010 doğumlu olup, boşanma ile velâyet kendisine bırakılan baba 18.12.2012 tarihinde ölmüştür. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesine göre, çocukları ilgilendiren davalarda, iç hukuk gereğince, çocuklarla velâyet sorumluluğuna sahip kişiler arasında çıkartışmasının söz konusu olması halinde, çocukların adli merci önündeki kendisini ilgilendiren davalarda bir temsilci atanmasını ön görmektedir. (Söz md. 4) Velâyeti istenilen küçük Mustafa Emin ile velâyeti talep eden davacı-davalı anne arasında çıkartışmasının bulunduğu nazara alınarak, küçüğü davada temsil etmek üzere kayyım

⁴² Y2HD, 10.09.2007, 14644-11845

atanması için (TMK md. 426/2) yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması, atanacak kayyımın duruşmaya çağrılması ve göstermesi halinde delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik hasım ve eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”⁴³

Velâyetin değiştirilmesi davasında husumet **velâyet hakkına sahip olan ana ve/veya babaya** yöneltilmelidir.

Velâyetin değiştirilmesi ancak **harcı verilmek suretiyle** usulüne uygun şekilde açılmış dava ya da karşı dava ile istenebilir.

Velâyetin değiştirilmesi ancak harcı verilmek suretiyle usulüne uygun şekilde açılmış dava ya da karşılık dava ile istenebilir ise de velâyetin değiştirilmesine bağlı olmayan ve birlikte yapılan istekler ayrı harca bağlıdır.

Ne var ki iştirak nafakası, velâyetin değiştirilmesi davasının fer’isi nitliğinde olup, **hükmedilen iştirak nafakası üzerinden** ilam harcı alınamaz ve davacı yararına nisbi vekalet ücreti takdir edilemez.

“İştirak nafakası, velâyetin değiştirilmesi davasının fer’isi nitliğinde olup, hükmedilen iştirak nafakası üzerinden ilam harcı alınması ve davacı yararına nisbi vekalet ücreti takdir edilmiş olması doğru değildir. Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün bu bölümlerinin düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir”⁴⁴

Velâyetin değiştirilmesi davası **adli tatilde** görülebilir.

“..Dava, velâyetin değiştirilmesine ilişkindir. Velâyet davaları basit yargılama usulüne tabi olup **adli tatilde de** görülür. (HUMK.md.176) Davacı vekiline karar 29.07.2009 tarihinde tebliğ olunmuştur. Adli tatilde görülebilen davalarda süreler işlemeye devam eder. Davacının temyiz süresi 13.08.2009’da dolduğu halde karar 09.09.2009 tarihinde

⁴³ Y2HD, 01.12.2014, E. 2014/16728, K. 2014/24215

⁴⁴ Y2HD, 21.01.2013, E. 2012/7902, K. 2013/1034

süre geçtikten sonra temyiz olunmuştur. Bu nedenlerle süresinde bulunmayan davacının temyiz talebinin reddine karar vermek gerekmiştir.”⁴⁵

Anlaşmalı boşanma kararının kesinleşmesinden sonra **durumun değişmesi** hâlinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerekir.⁴⁶ Bu sebeple çocuğun **esenliği ve güvenliği gerektiriyorsa** velâyetin değiştirilmesi gerekir.

“..Tarafların Türk Medeni Kanununun 166/3.madde uyarınca boşanmalarına dair 18.5.2005 tarihinde kesinleşen karar ile çocuğun menfaati gözetilerek taraflar arasında yapılan **anlaşma doğrultusunda velâyet anneye bırakılmıştır**. Dava tarihine kadar **annenin mesleki durumunda bir değişiklik olmadığı** gibi, **velâyetin anneden alınmasını gerektiren maddi bir hadisenin varlığı da** ispat edilmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”⁴⁷

Anlaşmalı boşanma kararının kesinleşmesinden sonra velâyetin değiştirilmesi gerektiren bir durum **ispat edilmemişse** davanın reddine karar verilmelidir.

“..Boşanma kararı tarafların anlaşmış olmalarına (TMK.md.166/3) dayanmakta olup, 14.3.2008 tarihinde kesinleşmiştir. Taraflar müşterek çocuğun velâyetini boşanma protokolü ile aralarında düzenlemişler, bu düzenleme hakim tarafından uygun bulunarak boşanma kararı ile velâyet babaya bırakılmıştır. Çocuğun menfaati gerekli kılmadıkça veya velâyetin değiştirilmesini gerektiren durum ve şartlar bulunmadıkça, velâyet sahibi değiştirilemez. Değişikliği **çocuğun menfaatinin gerektirdiğine ve velâyet hakkı sahibinin bu görevini ifa edemeyeceğine ilişkin hiç bir olgu kanıtlanmış değildir**. Mahkemede görevlendirilen uzmanlar

⁴⁵ Y2HD, 14.04.2010, 18157-7381

⁴⁶ TMK m. 351 f. I.

⁴⁷ Y2HD, 15.04.2010, 18881-7521

da velâyetin babada kalmasının çocuğun yararına olacağını raporlarında ifade etmişlerdir. Raporda ortaya konulan değerlendirmenin aksini gösteren delil de bulunmamaktadır. O halde **davanın reddi gerekirken**, yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”⁴⁸

Velâyetin değiştirilmesi davasında **evrak üzerinde** karar verilemez. Taraf teşkili yapıp tarafların gösterdikleri deliller toplanarak sonucuna göre karar verilmelidir.

“Dava, velâyetin anneye verilmesi talebine ilişkin olup basit yargılama usulüne tabidir. Ne var ki; mahkemece basit yargılama usulünde duruşma yapılmaksızın karar vermeye imkan tanıyan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 320/1. maddesinin uygulanmasında hataya düşülmüştür. Şöyle ki, velâyete ilişkin dava kamu düzenine ilişkin olup, re’sen araştırma ilkesi uygulanır. Taraflar dilekçelerinde tanık deliline de dayanmıştır. Velâyetin düzenlenmesinde asıl olan, çocuğun üstün yararadır. Dinlenecek tanıklarla, mevcut hükümden farklı olarak çocukların üstün yararının gözetilmesini gerektirecek yeni bir durum ve olgu ortaya çıkabilir. Öyleyse, dayandıkları olgu ve vakıaları kanıtlama konusunda taraflara imkan tanınması, “adil yargılama hakkını” içeren “hukuki dinlenilme hakkı”nın bir gereğidir (HMK.md.27.) Öyleyse, açıklanan hususlar gözetilerek mahkemece duruşma günü belirlenerek, **taraflara tanıklarını da dinletme imkanı tanınması**, delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”⁴⁹

Mahkemece duruşma günü belirlenerek, taraflara **tanıklarını dinletme olanağı tanınması**, delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

“Dava, velâyetin değiştirilmesi talebine ilişkin olup basit yargılama usulüne tabidir. Ne var ki; mahkemece basit yargılama usulünde duruşma

⁴⁸ Y2HD, 06.10.2009, 11227-16725

⁴⁹ Y2HD, 04.03.2014, E. 2013/21470, K. 2014/4695

yapılmaksızın karar vermeye imkan tanıyan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 320/1. maddesinin uygulanmasında hataya düşülmüştür. Şöyle ki, velâyete ilişkin dava kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesi uygulanır. Davacı tanık deliline de dayanmıştır. Velâyetin düzenlenmesinde asıl olan, çocuğun üstün yararadır. Dinlenecek tanıklarla, mevcut hükümden farklı olarak **çocukların üstün yararının gözetilmesini gerektirecek yeni bir durum ve olgu ortaya çıkabilir**. Öyleyse, dayandıkları olgu ve vakıaları kanıtlama konusunda taraflara imkan tanınması, “adil yargılama hakkını” içeren “hukuki dinlenilme hakkı”nın bir gereğidir (HMK.md.27.) Öyleyse, açıklanan hususlar gözetilerek mahkemece duruşma günü belirlenerek, taraflara tanıklarının da dinletme imkanı tanınması, delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”⁵⁰

Velâyetin değiştirilmesi davasında **basit yargılama usulü** uygulanır. “Dava, **velâyetin değiştirilmesine** ilişkindir. Hukuk Muhakemeleri Kanunun 382/2-b-13. maddesine göre velâyetle ilgili davalar bir çekişmesiz yargı işidir. Çekişmesiz yargı işlerinde **kural olarak basit yargılama usulü uygulanır** (HMK.md.385/1). Mahkemece taraflara ön inceleme duruşması tebliğ edildikten sonra deliller toplanmadan davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemece velâyet davalarında re'sen araştırma ilkesinin de uygulanacağı gözetilerek taraf delillerinin sorulup toplanması, tanık isimleri bildirilmesi halinde dinlenmesi ve gerektiğinde uzman raporu da alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.”⁵¹

Basit yargılama usulüne tabi bir işin duruşmasız incelenebilmesi için niteliğinin buna uygun düşmesi gerekli olup velâyete ilişkin davalarda **ilgililerin duruşmaya davet edilmeleri ve gösterdikleri takdirde tarafların delillerinin de toplanması** gerekir.

⁵⁰ Y2HD, 26.03.2014, E. 2013/25143, K. 2014/5690

⁵¹ Y2HD, 05.03.2014, E. 2013/21717, K. 2014/4755

“Velâyetin kaldırılması, ebeveynlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velâyetin geri verilmesi davaları 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda “çekişmesiz yargı” işi kabul edilmiştir (md. 382/2-b-13). **Velâyetle ilişkin davalar**, basit yargılama usulüne tabidir (HMK md. 316/1-ç). Basit yargılama usulüne tabi davalarda, mahkeme mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir (HMK md. 320/1). Şu halde basit yargılama usulüne tabi bir işin duruşmasız incelenebilmesi için niteliğinin buna uygun düşmesi gerekir. Velâyetle ilişkin davalarda kamu düzeniyle doğrudan ilgili olup, re’sen araştırma ilkesi geçerli olduğu gibi, davayı kabul de sonuç doğurmaz. Davanın bu niteliği, duruşmalı inceleme yapılmasını, delil toplanmasını ve ayrıntılı araştırmayı gerekli kılmaktadır. Açıklanan nedenlerle **incelemenin duruşmalı olarak yapılmasına karar verilerek ilgililerin duruşmaya davet edilmeleri** ve gösterdikleri takdirde tarafların delillerinin de toplanması, gerek duyduğu takdirde mahkemenin de re’sen araştırma yapması, çocuğun idrak çağında olup olmamasına bağlı olarak görüşüne başvurması ve gerektiğinde uzman incelemesi (4787 sayılı Kanun md. 5) de yaptırılarak, tüm delillerin hep birlikte değerlendirilmesi suretiyle karar verilmesi gerekir. Açıklanan yönde işlem yapılması gerekirken; mahkemece eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde duruşma açmaksızın dosya üzerinden karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”⁵²

Velâyetin değiştirilmesi davasında **ilk duruşmada**⁵³ dava hakkında hüküm verilemeyen⁵⁴ durumlarda, mahkeme **tahkikata** başlar. Tarafların Hukuk Muhakemeleri Kanununun 147. maddesi gereğince **tahkikat duruşmasına davet edilmesi** zorunludur.

“Dava, 13.12.2012 tarihinde açılmış ve **velâyetin değiştirilmesine** ilişkindir. Velayet davaları 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda “çekişmesiz yargı” işi olarak kabul edilmiş (md. 382/2-b-13) ve basit

⁵² Y2HD, 20.01.2014, E. 2013/14501, K. 2014/912

⁵³ HMK m. 320 f. II.

⁵⁴ HMK m. 320 f. I.

yargılama usulüne tabidir (HMK md. 316/1-ç). Basit yargılama usulünde, yapılan ilk duruşmada dava hakkında hüküm verilmeyen durumlarda, mahkeme tahkikata başlar ve tahkikat duruşması için tarafları duruşmaya davet eder. Mahkemece, ön inceleme duruşması tamamlanıp tahkikat aşamasına geçildiğine göre; davalının Hukuk Muhakemeleri Kanununun 147. maddesi gereğince **tahkikat duruşmasına davet edilmesi zorunludur**. Bu yasal zorunluluğun gereği yapıp, davalının tahkikat duruşmasında bulunmasına imkan sağlanmaksızın, davanın esası hakkında hüküm kurulması, davalının hukuki dinlenme hakkına (HMK md. 27) aykırı olup; bozmayı gerektirmiştir.”⁵⁵

Velâyetin değiştirilmesi davasında **sadece davalının kabulüne** dayanılarak karar verilemez.

“..Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle velâyete ilişkin davalar kamu düzenine ilişkin olup, **davalının davayı kabul açıklamasının** tek başına hukuki sonuç doğurmayacağına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına,”⁵⁶

Velâyetin değiştirilmesi davasında gerek görüldüğü takdirde tarafların **yaşam alanları** incelenmelidir.

“Toplanan deliller ve yapılan yargılamadan; velâyeti davalı anneye bırakılan 2002 doğumlu Baran Berke ile 2005 doğumlu Burçin’in uzman bilirkişiye davalı anneleri ile kalmak istediklerini, annelerinin yanında mutlu olduklarını beyan ettiği anlaşılmaktadır. Mahkemece alınan uzman bilirkişi raporunda velâyete dair tam kanaat edinebilmek için tarafların **yaşam alanlarının incelenmesi** gerektiğine dair beyanda bulunmuştur. Velâyetin değiştirilmesi davalarında aslolan çocukların menfaatidir. Bilirkişi raporu doğrultusunda, tarafların yaşam alanlarına

⁵⁵ Y2HD, 04.11.2013, E. 2013/5325, K. 2013/25050

⁵⁶ Y2HD, 26.11.2007, 16088-16418

dair inceleme yapılmadan, eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.”⁵⁷

Yaşadıkları ortamın incelenmesi neticesinde görüş bildirmenin daha sağlıklı olacağı belirtilmişse mahkemece bu rapor doğrultusunda **yeniden uzman raporu** aldırılmalıdır.

“Davacı kadının delil listesinde yer alan ve dinlenilmesinden açıkça vazgeçilmeyen tanığı Özlem Yiğit’in Hukuk Muhakemeleri Kanununun 245. ve devamı maddeleri gereğince usulüne uygun olarak çağrılıp dinlenilmesi ve 18.01.2011 tarihli uzman raporunda; “sadece küçük Halil ile yapılan görüşmeden yola çıkılarak bir sonuç bildirmenin sağlıklı olmayacağı, her iki tarafla da görüşme yapıp **yaşadıkları ortamın incelenmesi** neticesinde görüş bildirmenin daha sağlıklı olacağı” belirtilmiş olup, mahkemece bu rapor doğrultusunda yeniden uzman raporu aldırılması ve toplanan tüm delillerin hep birlikte değerlendirilip gerçekleştirilecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru görülmemiştir.”⁵⁸

Velâyetin değiştirilmesine ilişkin kararlar **kesinleşmedikçe** infaz edilemez.

“Velâyetin değiştirilmesine ilişkin kararlar kesinleşmedikçe infaz edilemez. Bu nedenle iştirak nafakasına kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekirken, dava tarihinden itibaren hükmedilmesi doğru değil ise de; bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün bu yönden düzeltilerek (HUMK md. 438/7) onanmasına karar verilmesi gerekmiştir.”⁵⁹

⁵⁷ Y2HD, 04.03.2014, E. 2014/3404, K. 2014/4635

⁵⁸ Y2HD, 17.01.2013, E. 2012/18140, K. 2013/748

⁵⁹ Y2HD, 01.04.2014, E. 2013/25921, K. 2014/7521

Velâyetin değiştirilmesi davasında gerek görülürse **uzman görüşüne** başvurulmalıdır.

“..Dava, **velâyetin değiştirilmesine** ilişkindir. Aile Mahkemesi hakimi taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma yapmak ve sonucunu bildirmek (4787 sayılı Kanun md.5/1) üzere uzmanlardan görüş alabilir. Mahkemece yapılacak iş; çocuğun güvenliği açısından kimin yanında kalmasının gerekli olduğu konusunda davalı baba ile müşterek çocuğun yaşadıkları ortam ve sosyal çevre de görülmek suretiyle **uzman görüşü alınarak** delillerin birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar vermektir. Bu yön gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”⁶⁰ Uzmanın **taraflarla** görüşmesi yeterli olmayıp aynı zamanda **çocuk ile de görüşmesi** gerekmektedir.

Uzmanın **soyut ve tahminlere dayalı** değerlendirmeleri hükme esas alınmaz.

“Dava, kesinleşen boşanma kararı ile birlikte velâyeti anneye verilen ortak çocuğun velâyetinin değiştirilerek babaya verilmesi ve iştirak nafakasının kaldırılması isteğine ilişkindir (TMK md.183, 349). Velâyetin düzenlenmesinde ana ve babalık duygularının tatmini gözetilmekle birlikte, asıl olan çocuğun üstün yararadır (TMK md. 339). Tarafların 02.01.2012 tarihinde anlaşmalı olarak boşandıkları, 14.07.2005 doğumlu müşterek çocuk Şükrü Eren’in velâyetinin davalı anneye verildiği, davacının ise kısa bir süre sonra, 30.07.2012 tarihinde, velâyetin değiştirilmesine dair iş bu davayı açtığı anlaşılmaktadır. Davalı annenin, velâyet görevini kötüye kullandığı veya ihmal ettiğine dair ciddi ve inandırıcı bir delil bulunmadığı gibi mahkemece hükme esas alınan uzman raporunun da **soyut ve tahminlere dayalı değerlendirmeler** içerdiği anlaşılmaktadır. O halde davanın reddi yerine kabulü doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.”⁶¹

⁶⁰ Y2HD, 04.11.2010, 4291-18390

⁶¹ Y2HD, 16.06.2014, E. 2014/6992, K. 2014/13439

Gerekli görülümüşse velâyetin değiştirilmesi davasında uzman **tarafklar ile görüşerek** raporunu düzenlemiş olmalıdır.

“..Tarafların 12.2.2007 tarihinde boşanması sonucunda 1993 ve 1994 doğumlu müşterek çocukların velâyetleri davacı babaya, 2005 doğumlu Canan’ın velâyeti ise davalı anneye bırakılmıştır. Davacı, davalının ve yeni eşinin küçük Canan’a şiddet uyguladığını, bakmadığını ileri sürerek velâyetin değiştirilmesini istemiştir. Yerel mahkemece, dava kabul edilmiş, davalıdan küçük Canan’ın velâyeti alınarak davacıya verilmiş, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir. Velâyete ilişkin kurallar kamu düzeniyle ilgilidir. Velâyetin değiştirilmesi, kaldırılması davalarında çocuğun üstün yararının gözetilmesi, bu konuda Aile Mahkemesi uzmanlarından, bu uzmanların bulunmadığı yerlerde Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’da (m.5) belirtilen diğer uzmanlardan rapor alınma imkanı üzerinde durulması gerekir. Somut olayda; velâyetinin değiştirilmesi istenen 2005 doğumlu Canan, anne sevgi ve ilgisine muhtaç bir yaştadır. Davacı Ankara’da yaşadığı halde, velâyeti altında bulunan diğer iki çocuğun yanında olmadığı, başka bir ilde öğrenim gördükleri anlaşılmaktadır. Dosyada davalının evlendiği belirtilen şahsa ait nüfus kayıtları da getirilmemiştir. Mahkemece yapılacak iş; davalının evliliğine ilişkin nüfus kaydı getirilmeli, yukarıda belirtilen uzmanlardan **velâyetin değiştirilmesinin küçük Canan’ın yararına olup olmayacağı hususunda** rapor alınmalı ve tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek hüküm kurulmalıdır. Bunlar yapılmadan eksik araştırma ve inceleme sonucu verilen kararın bozulması gerekmiştir.”⁶²

Gerekli görülümüşse velâyetin değiştirilmesi davasında uzman **çocuk ile görüşerek** raporunu düzenlemiş olmalıdır.

“..Hükme esas alınan uzman raporu, davacı ile görüşmeye dayanmakta olup, davalı ve çocuklarla bir görüşme yapılmamıştır. Rapor bir delile de dayanmamaktadır. Bu haliyle uzman raporu hüküm

⁶² Y2HD, 14.12.2009, 9071-21525

kurmak için yeterli değildir. Mahkemece taraflara delillerini bildirmeleri için kesin önel verilmesi göstermeleri halinde delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek, gerekmesi halinde **uzmanın çocuklarla görüşmesi de sağlanarak** yeniden rapor alınmasından sonra, sonucu itibarıyla hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.”⁶³

Çocuğun eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek, **velâyet hakkındaki tercihinin** kendisinden sorulması gerekir.

“Davacı baba, boşanma kararı ile velâyeti anneye bırakılan müşterek çocuk 21.06.2001 doğumlu Tan Baran’ın velâyetinin anneden alınarak kendisine verilmesini talep ve dava etmiş yapılan yargılama sonucunda davanın kabulüne ve küçüğün velâyetinin anneden alınıp babaya verilmesine karar verilmiştir. Dosya kapsamından müşterek çocuğun 2009 yılı Ağustos ayından itibaren ve halen Kanada devletinde olduğu anlaşılmaktadır. Yargılama kapsamında davanın açıldığı 13.08.2007 tarihinden çocuğun mutat meskenine iade edildiği Ağustos 2009’a kadar ve sonrasında da mahkemece çocukla ilgili bir rapor alınmadığı, tarafların bireysel başvuruları ile aldıkları raporların dosyaya dahil edilmesi ile yetinildiği, bu raporların çoğunun da çocukla görüşülmeden düzenlendiği anlaşılmaktadır. Velâyet kamu düzenine ilişkin olup, re’sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu nedenle yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir. Müşterek çocuk Tan Baran halen 12 yaşında olup, yaşı nedeniyle idrak çağındadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi iç hukuk tarafından yeterli idrake sahip olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren davalarda görüşlerini ifade etmeye olanak tanınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Velâyet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir. Bu bakımdan çocuğun mahkemece veya istinabe suretiyle eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda

⁶³ Y2HD, 25.03.2010, 16126-5764

bilgilendirilerek, velâyet hakkındaki tercihinin kendisinden sorulması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”⁶⁴

İsteğinin yüksek çıkarına aykırı düşeceğine ve velâyet görevinin yerine getirilemeyeceğine veya yükümlülüklerin savsaklayacağına ilişkin ciddi sebep ve deliller yoksa çocuğun velâyeti **tercihine göre verilmesi** gerekir

“Toplanan delillerden davalının, müşterek çocuğu İzmir’de bulunan ailesinin yanına bırakıp İstanbul’da çalışmaya başladığı, uzman ile görüşmesinde de işi gereği sabit yerinin bulunmadığını belirterek fiilen velâyeti kullanmadığı, davacının ise müşterek çocuğu Yalova’da bulunan ailesine bırakmakla birlikte İstanbul’da çalışıp en azından hafta sonları çocukla ilgilendiği anlaşılmaktadır. Ayrıca tarafların müşterek çocuğu Tarık 07.05.1999 doğumlu olup, idrak çağındadır. Mahkemece görüşüne başvurulmuş, **kararlı bir şekilde babasının yanında kalmak istediğini söylemiştir**. Kendi isteğinin yüksek çıkarına aykırı düşeceğine ve babanın velâyet görevini yerine getiremeyeceğine veya yükümlülüklerini savsaklayacağına ilişkin ciddi sebep ve deliller bulunmamaktadır. Bu durumda velâyetin babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”⁶⁵

Velâyetin değiştirilmesi davasında **idrak çağındaki** çocuklar dinlenmelidir.

“..Davacı, boşanma kararı ile birlikte ortak çocuk 26.10.1998 doğumlu küçük Şule’nin velâyetlerinin davalı babasına verildiğini ancak koşulları oluşmakla velâyetin davalı babadan alınarak davacı anneye verilmesi isteminde bulunmuştur. Yerel mahkeme, verilen kesin süre içinde pedagog bilirkişi ücretinin yatırılmadığından bahisle münhasıran bu sebeple davanın reddine karar vermiştir. Çocuk Haklarının

⁶⁴ Y2HD, 07.03.2013, E. 2012/12046, K. 2013/5991

⁶⁵ Y2HD, 30.01.2013, E. 2012/8243, K. 2013/2307

Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddelerine göre **yeterli idrak gücüne sahip olduğu** iç hukuk tarafından kabul edilen ve ayrıca Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12.maddesi hükmüne göre görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun dinlenmesi ve onun ifade edeceği görüşe de önem verilip deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Mahkemece, velâyet konusunda dava konusu 26.10.1998 doğumlu küçük Şule'nin görüşü alındıktan sonra, uzman raporu alınıp alınmayacağı konusunda değerlendirme yapmak gerekirken eksik inceleme ile yazılı gerekçe ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”⁶⁶

Velâyetin değiştirilmesi davasında idrak çağındaki **çocuğun tercihi** dikkate alınmalıdır

“Müşterek çocuk Melisa, 27.08.1999 doğumlu olup, idrak çağındadır. Mahkeme huzurunda davacı **babasıyla yaşamak istediğini ifade etmiş**; 04.09.2013 tarihli psikolog raporu da bu isteğin çocuğun üstün yararına uygun olduğunu açıklamıştır. Hal böyleyken, davanın kabulü yerine yazılı gerekçeyle reddi doğru bulunmamıştır.”⁶⁷

Velâyetin değiştirilmesi davasında idrak çağında olmayan çocukların **yönlendirilmiş beyanları** dikkate alınmamalıdır

“..Tarafların boşanmaları sonucunda müşterek çocuklar 25.03.2001 doğumlu Zeynep ile 19.09.2002 doğumlu Ayşe'nin velâyeti anneye verilmiş, bu karar velâyet yönünden 08.09.2007 tarihinde kesinleşmiştir. Tarafların boşanmalarından önce müşterek çocuklar; kişisel ilişkinin temini amacı ile Alaşehir İcra Müdürlüğü'nün 2006/1887 esas sayılı takip dosyası ile davacı babaya teslim edilmiş, davacı baba tarafından, müşterek çocuklar anneye geri verilmemiştir. Davalı annenin şikayeti üzerine davacı baba hakkında İzmir 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 2007/100 esas, 507 karar ve İzmir 10. Sulh Ceza Mahkemesinin

⁶⁶ Y2HD, 29.04.2010, 18513-8606

⁶⁷ Y2HD, 30.06.2014, E. 2014/8237, K. 2014/14962

2008/2716 esas, 623 sayılı kararları ile çocukları alıkoymak suçundan dolayı mahkumiyet kararları kurulmuştur. Mahkemeye sunulan 26.05.2009 tarihli değerlendirme raporunda **çocukların söyleyecekleri konusunda baba tarafından yönlendirildikleri tespit edilmiş olup**, rapor tarihi itibarı ile de çocukların idrak çağında olduğunun da kabulü mümkün değildir. Davalı annede bulunan velâyetin kaldırılması (TMK. md.348) veya değiştirilmesini (TMK.md.183,349,351/1) gerektirir bir olgunun varlığı, çocukların ana yanında kalmasının, onların gelişimine engel olacağı yönünde delil bulunmadığı halde ana bakım şefkatine muhtaç olan müşterek çocukların velâyetinin değiştirilerek davacı babaya verilmesi usul ve yaya aykırıdır.”⁶⁸

Velâyetin değiştirilmesi davasında yargılamanın **her aşamasında** delil sunulabilir.

“Dava boşanma kararıyla düzenlenen velâyetin değiştirilerek müşterek çocuk Melda’nın anneden alınarak davacı babaya verilmesi istemine ilişkindir. İdrak çağında bulunan 2000 doğumlu müşterek çocuk Melda’nın, mahkemece görevlendirilen bilirkişiye velâyetinin babaya verilmesi yönünde görüş bildirdiği anlaşılmaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri, iç hukuk bakımından idrak çağında olduğu kabul edilen çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşüne gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Çocuğun fikri, bedeni ve ahlaki gelişimindeki yüksek yararı gerektirdiği takdirde, açıkladığı görüşünün aksine karar verilmesi de mümkün olup; bunun haklı gerekçelerinin kararda gösterilmesi gerekir. Velâyet kamu düzenine ilişkin ve çekişmesiz yargı işlerinden olduğundan (HMK.md.382/2-b/13); yargılama sona erinceye kadar meydana gelen yeni gelişmelerin re’sen veya talep halinde göz önüne alınması gerekir. Davacının **temyiz dilekçesi ekinde sunulan, hükmün verilmesinden sonra gerçekleştiği anlaşılan bir kısım olaylar nedeniyle** müşterek çocuk Melda’nın avukat huzuru ile

⁶⁸ Y2HD, 10.03.2010, 14128-4564

Emniyet Müdürlüğünde 8.3.2013 tarihinde alınan ifadesi de dikkate alınarak ve gelişen bu yeni durum karşısında; müşterek çocuğun bir kez de mahkemece doğrudan duruşmada dinlenmek suretiyle görüşüne başvurulması ve toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilerek, gerçekleştirilecek sonucuna göre karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmektedir.”⁶⁹

Velâyetin değiştirilmesi davasında mahkeme **kendiliğinden** delil toplayabilir.

“Davacı, boşanma kararı ile velâyetleri davalı babaya verilen müşterek çocuklar 2007 doğumlu Sıla ile 2008 doğumlu Baran’ın velâyetlerinin davalıdan alınarak davacıya verilmesini talep etmiştir. Mahkemece davacının gösterdiği tanık dinlenilmeden karar verilmiştir. Velâyetin değiştirilmesi isteği bir çekişmesiz yargı işidir (HMK.md.382/2/b-13). Çekişmesiz yargı işlerinde aksine hüküm bulunmadıkça re’sen araştırma ilkesi geçerlidir (HMK.md.385/2). Bu nedenle **mahkeme re’sen delile başvurulabileceği gibi**, taraf da delil gösterebilir. Velâyetin aynı zamanda kamu düzeniyle ilgili olması ve çocuğun üstün yararının hakim tarafından resen nazara alınması zorunluluğu karşısında; mahkemece davacı tanığı Fatma’nın usulünce dinlenilmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca velâyet düzenlemesi yapılması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.”⁷⁰

Velâyetin değiştirilmesi davasında **tarafra delil sunma imkanı** verilmelidir.

“Davacı baba velâyeti anneye bırakılan küçük Ayşe Reyhan’ın koruma tedbirleri uygulanmak suretiyle kendisine koruyucu aile olarak teslimini talep etmiş, mahkemece Türk Medeni Kanununun 183. maddesi gereği velâyetin değiştirilerek davacı babaya verilmesine karar verilmiştir. Mahkemece dava velâyet davası olarak görülmüş, davalı anneye 21.01.2014 tarihinde mahkeme kaleminde duruşma günü tebliğ

⁶⁹ Y2HD, 09.12.2013, E. 2013/11960, K. 2013/28930.

⁷⁰ Y2HD, 04.11.2013, E. 2013/4655, K. 2013/25032

edilerek 24.01.2014 günü duruşma yapılmış ve aynı oturumda karar verilmiştir. Davalı anneye delillerini bildirmesi için süre tanınması, bildirmesi halinde bu delillerin de toplanıp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, davalının hukuki dinlenilme hakkını (HMK md. 27) ihlal edecek şekilde delil sunma imkanı tanınmadan aynı oturumda karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.”⁷¹

Velâyetin değiştirilmesi davasında **birlikte istekler hakkında** karar verilmelidir.

“Davacı, dava dilekçesinde, velâyetin değiştirilmesi talebi yanında, müşterek çocuk ile arasındaki kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi isteminde de bulunmuştur. Davacının kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi istemi hakkında olumlu ya da olumsuz bir hüküm kurulmaması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.”⁷²

Velâyetin değiştirilmesi davasında **eksik inceleme** yapılmamalıdır.

“Davalı (anne), 25.10.2012 tarihli cevap dilekçesinde; İsmail Eren’in tanık olarak dinlenilmesi ve Gemlik İcra Ceza Mahkemesinin 2000/190 esas sayılı, Gemlik Sulh Ceza Mahkemesinin 2000/141 esas sayılı, Bursa İcra Müdürlüğünün 2001/13411 sayılı, Gemlik İcra Müdürlüğünün 2000/264 sayılı dosyalarının getirtilip incelenmesi talep edildiği, 15.2.2011 tarihli dilekçe ekinde de delillerin toplanması ve tanığın dinlenilmesi için gerekli posta giderinin eklendiği anlaşılmıştır. Hal böyleyken, **davalının göstermiş olduğu deliller toplanmadan** eksik incelemeyle karar verilmesi doğru görülmemiştir.”⁷³

Yasal sebep bulunmadıkça gösterilen **tanıkların dinlenmemiş olması** velâyetin değiştirilmesi davasında savunma hakkını kısıtlayan önemli bir usul hatasıdır.

⁷¹ Y2HD, 11.09.2014, E. 2014/9839, K. 2014/17050

⁷² Y2HD, 09.09.2014, E. 2014/593, K. 2014/16808

⁷³ Y2HD, 04.03.2014, E. 2014/3370, K. 2014/4539

“Davacı tanığı Nurten Güdük usulüne uygun olarak çağrıldığı halde 02.10.2013 tarihli duruşmaya mazeret bildirmeksizin katılmamıştır. Mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanıkla ilgili hangi işlemin yapılacağı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 245. maddesinde gösterilmiştir. Bu yönde işlem yapılmadan tanık Nurten Güdük dinlenilmeksizin karar verilmiştir. Yasal sebep bulunmadıkça gösterilen tanığın dinlenmemiş olması savunma hakkını kısıtlayan önemli bir usul hatasıdır. Davacı baba da sözü edilen tanığın dinlenilmesinden açıkça vazgeçmemiştir. O halde, Tanık Nurten Güdük’ün Hukuk Muhakemeleri Kanununun 243, 244 ve 245. maddelerinde gösterilen çerçevede usulünce çağrılıp dinlenmesi gerekirken yazılı şekilde eksik araştırma ve inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir. Ayrıca, sosyal inceleme raporu, davalı anne ve müşterek çocuk ile yapılan görüşme sonucu hazırlanmış, davacı baba ile Giresun ilinde yaşadığından bahisle görüşme yapılmamıştır. Mahkemece talimat yolu ile davacı baba yönünden de uzman raporu tanzimi sağlanıp tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.”⁷⁴ Velâyetin değiştirilmesi davası sırasında **çocuğun ergin olması** durumunda dava konusu kalmadığından **karar verilmesine yer olmadığına** karar verilmelidir.

“Velâyetin değiştirilmesi istenen müşterek çocuk Ezgi Naz 27.05.1996 doğumlu olup inceleme tarihi itibarıyla **ergin olmuş ve davanın konusu kalmamıştır**. Bu husus nazara alınarak bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.”⁷⁵

Çocuğun ölmesi gibi sebeplerle velâyetin değiştirilmesi davası **konusuz** kalır.

“..Dosyada mevcut 12.3.2007 tarihli aile nüfus kayıt tablosundan davacı Filiz Güneş’in 27.1.2007 tarihinde **öldüğü anlaşıldığından** bu

⁷⁴ Y2HD, 08.09.2014, E. 2014/9856, K. 2014/16717

⁷⁵ Y2HD, 02.07.2014, E. 2014/13706, K. 2014/15161

konuda bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.”⁷⁶
Velâyetin değiştirilmesi davasında koşulları varsa **yargılamanın iadesi** istenebilir.

“..... Davalı yokluğunda alınan **velâyetin değiştirilmesine** ilişkin karara karşı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445/7. maddesindeki tebligat hilesi sebebine dayanarak **yargılamanın yenilenmesi** isteğinde bulunmuştur. Davacı tarafından velâyetin değiştirilmesine ilişkin dava 17.10.2005 tarihinde açılmıştır. O davada dava dilekçesinde gösterilen adrese çıkartılan davalıyla ilgili tebligat 8.11.2005 tarihinde taşındığından bahisle iade edilmiş, mahkemece davalıya icra dosyasında 5.2.2005 tarihinde aynı adresine yapılan tebligatın varlığına dayanılarak dava dilekçesi ve duruşma gününün Tebligat Kanununun 35. maddesine göre tebliği yönüne gidilmiştir. Çocuk teslimine ilişkin 1.10.2005 tarihli tutanakta aynı adresten davalının taşındığı ve bu husus davacı tarafça bilindiği halde davacının davalının adresini bilerek yanlış göstermek suretiyle hile yaptığı ve davalının yokluğunda karar elde ettiği gerçekleşmiştir. Bu durumda davalın yargılamanın iadesi isteğinin kabulüne karar verilerek yargılamanın yenilenmesi gerekirken isteğin reddi usul ve yasaya aykırıdır.”⁷⁷

Velâyetin değiştirilmesi davasında **yargılama giderlerine** de hükmedilmelidir.

“..Dava, davacı-davalı annenin yoksulluk nafakasının artırılması, iştirak nafakası verilmesi, davalı-davacı babanın karşılık davası velâyetin değiştirilmesi ve birleşen dava davalı-davacı babanın yoksulluk nafakasının kaldırılmasına ilişkindir. Mahkemece asıl dava kısmen kabul edilmiş, karşı dava reddedilmiş, birleşen dava ise kabul edilmiştir. **Yargılama giderleri ve vekalet ücretlerinin her dava için ayrı ayrı düzenlenmesi** iştirak nafakası davası için nispi vekalet ücreti taktiri gerektiğinin düşünülmesi gerekirken bu kurala riayet edilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.”⁷⁸

⁷⁶ Y2HD, 19.03.2007, 18310-4213

⁷⁷ Y2HD, 20.03.2008, 3058-3801

⁷⁸ Y2HD, 29.09.2010, 14432-15619

VELÂYETİN DEĞİŞTİRİLMESİNİN SONUÇLARI

Velâyetin değiştirilmesi sonucu çocuğun gerek kişiliğinin gerek mallarının korunması ve onun temsili konusunda kanunun ana babaya yüklediği ödevler ile bu ödevlerin gereği olan hakların tümü kendisine velâyet verilen ana ya da babaya geçer.

Ana ve babadan her biri **velâyeti altında bulunmayan** çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir. Velâyetin değiştirilmesi sonucu çocuğun diğer eş ile kişisel ilişkisi kurulmalıdır. “..Müşterek çocuk Zuhâl’in velâyetinin davalı anneden alınıp davacı babaya verilmesine karar verildiği halde, davalı anne ile müşterek çocuk arasında **kışisel ilişkinin düzenlenmesine ilişkin bir karar verilmemesi** usul ve yasaya aykırıdır.”⁷⁹

Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

“..Taraflar 2004 yılında boşanmış müşterek çocuklar Selma Enes ve Emine Ayris’in velâyeti babaya bırakılmıştır. Toplanan delillerden çocukların dava tarihinden önce Cumhuriyet Başsavcılığınca anneye teslim edildikleri ve anne yanında kalmaya başladıkları anlaşılmaktadır. Velâyet değiştirilip anneye verildiğine göre, iştirak nafakasının dava tarihi olan 29.9.2006 tarihinden itibaren geçerli olacağının düşünülmemesi usul ve yasaya aykırıdır. (MK.229)”⁸⁰

İştirak nafakasına, velâyetin değiştirilmesine dair **hükmün kesinleşme tarihinden itibaren** hükmedilmesi gerekir.

“1-Davacı (anne)’nin harcı ve kaydı bulunmayan katılma yoluyla temyiz talebinin incelenmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmiştir. 2-Davalının temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

⁷⁹ Y2HD, 31.03.2010, 3995-6177

⁸⁰ Y2HD, 06.11.2008, 11225-14644

a-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir. b-Velâyetinin değiştirilmesine karar verilen tarafların müşterek çocukları küçük Bengü için **davacı yararına hükmedilen iştirak nafakasına, velâyetin değiştirilmesine dair hükmün kesinleşme tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekirken** yazılı şekilde küçüğün velâyetinin babada olduğu süreyi de kapsayacak şekilde dava tarihinden itibaren hükmedilmesi doğru değildir. Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün bu bölümünün düzeltilerek onanmasına karar verilmesi gerekmiştir (HUMK md. 438/7) Sonuç: Yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple davacının katılma yoluyla temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, davalının temyizi yönünden hükmün yukarıda 2-b bendinde gösterilen sebeple gerekçeli kararın nafakaya ilişkin 3 numaralı bendindeki “dava tarihi olan 14.09.2012 tarihinden itibaren” sözcüklerinin hükümden çıkarılmasına, yerine “Velâyetin değiştirilmesine dair hükmün kesinleşmesinden itibaren” sözcüklerinin yazılmasına, hükmün bu bölümünün düzeltilmiş şekliyle, temyize konu diğer bölümlerinin ise 2-a bendinde gösterilen sebeple onanmasına”⁸¹

⁸¹ Y2HD, 08.12.2014, E. 2014/17176, K. 2014/24939

YENİ BİR ÇEVRE YASASININ GEREKLİLİĞİ ÜZERİNE

▪ Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ, LL.M. (Münster)*

Endüstri devrimi ile başlayan sanayileşme süreci ve buna paralel biçimde ortaya çıkan nüfus artışı, hızlı kentleşme ve teknolojik gelişmelerin bir neticesi olarak ortaya çıkan çevre sorunları, uzun bir süredir insanlığın en önemli gündem maddelerinden birini oluşturmaktadır. 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren etkisini ciddi bir şekilde artıran çevre sorunları, dünyanın artık ekolojik bir krizle karşı karşıya olduğu düşüncesinin geniş kesimlerce benimsenmesi sonucunu doğurmuştur. Çevre sorunlarının insan varlığına karşı önemli bir tehdit oluşturduğunun anlaşılması, bu sorunlara karşı harekete geçilmesine yönelik girişimlerin hızlanmasını sağlamıştır. Çevresel bozulmanın sebepleri ve bu bozulmanın önlenmesi için gerekli tedbirler, bu bağlamda birçok disiplinde tartışmaların yaşanmasına neden olmuştur. Hukukçular da kısa sürede kendilerini bu tartışmaların içinde bulmuştur. Bu tartışmalar sonunda, hukukun çevre sorunları ile mücadelede başvurulması gereken bir araç olduğu ve hukukun bu bağlamda etkililiğinin artırılması gerektiği anlaşılmıştır. Bu gelişmelerin bir sonucu olarak, çevrenin korunmasına ilişkin hükümler gerek ulusal gerekse de uluslararası hukuki metinlerde

*Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, guneslaw@hotmail.com

yerini almaya başlamıştır.¹ Bilhassa, 1972 yılında Stockholm’de gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı’ndan itibaren, dünyanın birçok ülkesinde çevrenin korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmesinin yanı sıra hususi çevre kanunlarının da kabul edildiği gözlemlenmektedir.

Çevre konusunda dünyada yaşanan tartışmalar gecikmeli de olsa yankılarını Türkiye’de de bulmuştur. Bu bağlamda, özellikle yetmişli yılların sonundan itibaren ülkemizde de çevrenin farklı disiplinlerce tartışılmaya başlandığı ifade edilmelidir. Aynı şekilde, çevrenin hukuk aracılığıyla korunmasına ilişkin düşüncelerin de eskiye dayanmadığı belirtilmelidir. Zira Türkiye uzun bir süre çevrenin korunmasına ilişkin özel düzenlemelerden mahrum idi. Çevrenin korunmasını konu edinen ilk hususi yasal düzenleme olan 2872 sayılı Çevre Kanunu ancak 1983 yılında kabul edilmiştir. Bu tarihten evvel, Medeni Kanun, Orman Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve Belediye Kanunu gibi bazı yasalarda yer alan düzenlemeler aracılığıyla çevrenin korunmaya çalışıldığı dikkat çekmektedir. 1961 Anayasası’nda da çevrenin korunması konusunda bir düzenlemeye yer verilmediği ifade edilmelidir. Çevrenin korunması konusundaki girişimlere yasal bir dayanak oluşturma bakımından fevkalade önem arz eden Çevre Kanunu’nun kabul edilmesinde ise, şüphesiz 1982 Anayasası’nın 56. maddesi belirleyici olmuştur. Çevre Kanunu bir bakıma, 56. maddede yer alan *“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.”* hükmü hayata geçirmek için kabul edilmiştir. Bir çevre kanununun kabulü, gerek ulusal çevre politikalarının yasal çerçevesinin ortaya konması gerekse çevrenin korunmasına yönelik tedbirlere hukuki bir dayanak oluşturma bakımından kuşkusuz önemli bir adım olmuştur. Ayrıca bu yasanın kabulüyle kanun koyucunun o dönemimin modasına uyduğu belirtilmelidir. Zira özellikle yetmişli yılların sonundan itibaren dünyanın birçok ülkesinde çevre kanunlarının kabul edilmesinin yanı sıra anayasalarda da çevre ile ilgili düzenlemelere yer verildiği göze çarpmaktadır.

¹ Tarihsel gelişim konusunda ayrıca bkz. *Kloepfer, Umweltrecht*, 3. Auflage, Berlin 2004, s. 89 vd.

2872 sayılı Çevre Kanunu genel anlamda bir çerçeve kanunun olarak hazırlanmıştır. Başka bir deyişle, kanun çevreye ilişkin genel hususları düzenlemekle birlikte ayrıntılar yönetmeliklere bırakılmıştır. Nitekim Çevre Kanunu'nun kabul edilmesinden sonra seksenli ve doksanlı yıllarda birçok yönetmelik kabul edilmiştir. Kabul edildiği dönemde çevrenin korunması bakımından önemli düzenlemeler getiren Çevre Kanunu'nun en zayıf noktalarından biri kanunun amacını ortaya koyan 1. maddede yer almakta idi. Burada Çevre Kanunu uyarınca yapılacak düzenlemelerin ve alınacak önlemlerin ekonomik ve sosyal kalkınma hedefleriyle uyumlu olacağından bahsedilmesi nedeniyle, kanunun uygulanması ve yorumunda çevre koruma gerekleri karşısında sıklıkla kalkınma çabalarına öncelik verilmiştir.² Bir bakıma, çevre koruma kalkınmanın gerisinde kalmıştır. Bunun dışında, 1983 yılında kabul edilen şekliyle kanunun oldukça kısa hükümlere yer verdiği dikkat çekmektedir. Bu bağlamda, özellikle tanımların yer aldığı 2. madde, ilkelerin öngörüldüğü 3. madde, çevrenin korunmasını düzenleyen 9. madde ve izin ve bildirim yükümlülüklerini ele alan 11. madde hükümlerinin oldukça kısa tutulduğunu belirtmek gerekir. Çevre Kanunu'nda yapılan önemli nitelikteki ilk değişiklikler 3416 sayılı yasa ile 1988 yılında gerçekleştirilmiştir.³ Kirleten öder ilkesi, Merkez Çevre Kurulu, İl Çevre Kurulu, özel çevre koruma bölgeleri konularındaki değişiklik ve kirletenin genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğunun söz konusu olduğunun belirtilmesi burada öngörülen en önemli değişikliklerdir.

1988 yılında gerçekleşen değişikliklerin ardından günün gereksinimlerine cevap vermekten uzak olduğu gerekçesiyle Çevre Kanunu'nun gözden geçirilerek yenilenmesi konusundaki görüşler daha sık bir biçimde dile getirilmiştir. Nitekim doksanlı yılların başından itibaren Çevre Kanunu'nun değiştirilmesine yönelik olarak ilk komisyonlar oluşturulmuştur. Bu bağlamda, 1991 yılında Çevre Kanunu'nda değişiklik yapılmasını öngören bir yasa taslağı hazırlanmıştır.⁴ 1991 yılında günün ko-

² Keleş/Ertan, Çevre Hukukuna Giriş, Ankara 2002, s. 275.

³ Bununla birlikte, 222 sayılı KHK ile 1984 yılında mahalli çevre kurulları bakımından getirilen değişikliklerin Çevre Kanunu'nda gerçekleştirilen ilk değişiklikler olduğu belirtilmelidir.

⁴ Bu konuda ayrıca bkz. Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku, Ankara 2009, s. 44.

şullarına göre hazırlanan bu taslak 1995, 1996, 1999 ve 2002 yıllarında tekrardan meclis gündemine alınarak ilgili kurul veya komisyonlarda dönemin iktidarlarının da etkisiyle çeşitli değişikliklere uğrayarak yeni bir taslağa dönüşmüştür. Çevre Kanunu'nun değiştirilmesine yönelik çabalar nihayet 2006 yılında sonuçlanmıştır.⁵ Kabulünün üzerinden yirmi üç yıl sonra 5491 sayılı kanun ile gerçekleştirilen değişikliklerle Çevre Kanunu günün ihtiyaçlarını karşılayacak hale getirilmeye çalışılmıştır.

5491 sayılı kanun ile Çevre Kanunu'nda önemli birtakım değişiklikler gerçekleştirilmiştir.⁶ Ayrıca bu kanunla getirilen değişikliklerin önemli bir kısmının da olumlu nitelikte olduğunu ilave etmek gerekir. Bununla birlikte, 5491 sayılı kanunun yasalaşma süreci bakımından bazı sıkıntıların söz konusu olduğu ifade edilmelidir. Öncelikle 5491 sayılı kanunun kabul edilmesinde bilhassa ülkemizin üyelik sürecinde Avrupa Birliği'ne verdiği taahhütlerin yerine getirilmesi ve çevre konusunda taraf olduğumuz uluslararası antlaşmalara uyumun sağlanmasının etkili olduğu ifade edilmelidir. Bunun haricinde, bu yasa ile getirilen çok sayıda değişikliğin yeni bir çevre kanunun kabul edilmesi suretiyle tutarlı bir hukuki metin oluşturmak yerine, bu değişikliklerin kanunun eski metne eklenmesinin bazı noktalarda tutarsız, dağınık ve sistematikten yoksun bir kanun metninin ortaya çıkmasına neden olduğu belirtilmelidir.

2006 yılında getirilen değişiklikler bağlamında dikkat çeken noktalardan ilki, kanunun amacını ortaya koyan 1. maddede çevrenin canlının ortak malı olduğunun öngörülmesidir. Vatandaş olmayanları çevre bakımından dışlayan eski ifadeye kıyasla bu düzenleme şüphesiz olumlu bir gelişmedir. Aynı maddede ekonomik ve sosyal kalkınmayla uyumlu bir çevre korumasından bahseden ibarenin terk edilerek, bunun yerine sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma kavramlarına yer verilmesi ekonomik ve sosyal kalkınmanın çevrenin korunması karşısında bir engel olarak ele alınmasına mani olacaktır. Bunun dışında, 2.

⁵ Bununla birlikte, 1988 ve 2006 yılları arasında 409 ve 443 sayılı kanun hükmünde kararnamelerle 1990 ve 1991 yıllarında da Çevre Kanunu'nda bazı değişikliklerin gerçekleştirildiği gözden kaçırılmamalıdır.

⁶ Bu bağlamda ayrıca bkz. *Aytekin*, 2006'da Çevre Kanunu'nda Neler Değişti?, Memleket Mevzuat, 2008, S. 3, s. 25 vd.

maddede tanımı yapılan kavramların sayısının ciddi bir biçimde arttığı dikkat çekmektedir. Bu kavramların tanımlanması Çevre Kanunu'nun uygulanmasının kolaylaştırılması bakımından önem arz etmektedir. 3. maddede ise, çevrenin korunması bağlamında uyulması gereken ilkelere yer verilmiştir. Modern çevre politikası ve hukukunun temel ilkelerini oluşturan işbirliği ilkesi, katılım ilkesi ve sürdürülebilir kalkınma ilkesine açık veya dolaylı bir biçimde yer verilmesi kuşkusuz önemli bir adımdır. Bunun dışında, kirleten öder ilkesinin uygulanması bağlamında kirletene sorumluluktan kurtuluş olanağı tanıyan eski düzenlemenin ilga edilerek çevrenin kirletilmesi bakımından ağırlaştırılmış objektif sorumluluk anlayışına geçilmesi de isabetli olmuştur. 4 ve 5. maddelerde ise, Yüksek Çevre Kurulu konusunda bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Bunların yanı sıra, çevrenin korunması başlığını taşıyan 9. maddede biyolojik çeşitliliğin korunması, çevre düzeni planları, özel çevre koruma bölgeler, sulak alanlar ve çevre eğitimi konusunda bazı temel düzenlemeler öngörülmüştür. 9. maddede yer verilen bu düzenlemeler, özellikle idarenin ilgili konularda kabul edeceği düzenleyici işlemlere de hukuki dayanak oluşturma bakımından önem taşımaktadır. Diğer yandan 10. maddede, çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) yükümlülüğüne ve stratejik çevresel değerlendirmeye ilişkin bir yönetmeliğin Bakanlıkça hazırlanacağına ilişkin bir hükme yer verildiği göze çarpmaktadır. Bunların haricinde, 12. maddede yapılan bir değişiklikle denetleme yetkisinin Bakanlıkta olduğu belirtilmiş anacak Bakanlığın bu yetkisini il özel idaresi veya belediye gibi kurumlara devredebileceği öngörülmüştür. Ayrıca 13. maddede kimyasallara ilişkin olarak yer verilen düzenlemeye oldukça ayrıntılı bir görünüm kazandırıldığı çekmektedir. Aynı şekilde, idari nitelikteki cezalara ilişkin olarak 20. maddede yer alan düzenlemenin de kapsamının genişletildiği belirtilmelidir. 2006 yılında yapılan değişiklikler bağlamında son olarak, 28. maddeye kirletenin sorumluluğu bağlamında 5 yıllık zamanaşımı süresinin öngörülmesi, teşvik konusunu ele alan 29. maddenin kapsamının genişletilmesi ve 30. maddeye bilgi edinme hakkına ilişkin bir hükmün eklenmesi zikredilmelidir.

5491 sayılı kanunla Çevre Kanunu'nda gerçekleştirilen değişiklikler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, getirilen değişikliklerle Çev-

re Kanunu'na modern bir görünüm verme yolunda önemli bir mesafe kat edildiğini belirtmek gerekir. Bilhassa çevre politikası ve hukukunun temel ilkelerinin eklenmesinin yasayı ileri bir noktaya taşıdığı açıktır. Kalkınma çabalarına çevre koruma politikaları karşısında öncelik veren ifadelerin ayıklanması da fevkalade önemlidir. Bunun dışında, karbon ticaretine ilişkin düzenlemelerin öngörülmesi ile 2006 yılında gerçekleştirilen değişikliklerle piyasa yöntemlerinin çevrenin korunmasına yönelik bir araç olarak Çevre Kanunu'na girdiği belirtilmelidir. Bununla birlikte, 5491 sayılı kanunla getirilen değişikliklerin tümünün olumlu olduğunu belirtmek mümkün görünmemektedir. Bu noktada yapılması gereken ilk tespit, 2006 yılının koşullarında günün ihtiyaçlarına uygun yeni bir yasa hazırlamak yerine geçmiş 1991 yılından uzanan bir taslağın gözden geçirilerek yapılması amaçlanan değişikliklerin bu taslağa eklenmesi suretiyle mevcut çevre yasasına yeni bir görünüm verilmesinin doğru bir tercih olmadığıdır.⁷ Kanun yapım tekniği açısından en isabetli tercih yeni bir çevre yasasının kanunun kabul edilmesi idi. Nitekim 5491 sayılı yasa ile gerçekleştirilen değişikliklerle Çevre Kanunu'nun bütünlüğü ve tutarlılığının ciddi bir biçimde zedelendiği görülmektedir. Kanunun tümüyle ilga edilmiş 6, 7, 16, 17, 19, 21 ve 22. maddeleri halen yasa metninde bulunması kanunun sistematikliğini bozduğu gibi 3, 9, 11, 13 ve 20. maddelerin metnin abartılı uzunluğu ilgili düzenlemelerin anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Bu düzenlemelerin bir kısmı sayısı neredeyse otuzu bulan fıkra veya bentten oluşmaktadır. Madde metnlerinin düzenlenişi bakımından söz konusu olan bu özensizlik yasadaki birçok düzenleme bakımından geçerlidir. Dolayısıyla, Çevre Kanunu'nun mevcut haliyle yasa yapma tekniği açısından oldukça kötü bir örnek olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Öte yandan, 2006 değişikliklerinin bazı noktalarda içerik bakımından da sıkıntılı olduğu belirtilmelidir. Modern çevre politikası ve hukukunun en önemli ilkelerinden olan entegrasyon ilkesi ve ihtiyat ilkesine ilişkin herhangi bir hükme yer vermemesi bu değişikliklerin en önemli eksikliği olarak gösterilebilir. Sürdürülebilir kalkınma, koruma kullanma dengesi, katılım ve işbirliği gibi ilkelere yer vermekle birlikte bu ilkelerin hayata geçirilmesini sağlayacak

⁷ Aynı yönde Turgut, s. 44; Aytekin, s. 25 vd.

araçlara ilişkin hükümlere yer vermemesi kanunun diğer bir eksikliğidir. Sürdürülebilir kalkınma ve çevresel bilgilere erişim konularında müstakil düzenlemelere yer verilmesi bu noktada olumlu bir adım olacak idi. Bunların dışında, 2004 yılında 5177 sayılı Maden Kanunu'nda yapılan değişikliklerle Çevre Kanunu'nun 10. maddesine yapılan bir eklemeye petrol, jeotermal kaynak ve madencilik faaliyetlerinin ÇED kapsamı dışına çıkarıldığı, çevrenin etkin korunması bakımından ciddi bir geriye gidiş niteliğinde olan bu düzenlemeye Çevre Kanunu'nda 2006 yılında gerçekleştirilen değişikliklerde dokunulmadığını belirtmeliyiz.⁸ Diğer taraftan, kanunun 28. maddesinde çevresel zararların tazminine ilişkin talepler konusunda Borçlar Kanunu'nda öngörülen on yıllık süreden sapılarak beş yıllık zamanaşımının öngörülmesi de bir geriye gidiş olarak nitelenmelidir. Aynı şekilde idari ve yargısal başvuru ile ilgili olarak Çevre Kanunu'nun 30. maddesinde yer alan hükme yeterince açıklık kazandırmadığı gerekçesiyle de 5481 sayılı kanunun eleştirilmesi mümkündür.

Öte yandan gerek plan ve programların çevresel etkilerinin değerlendirilmesi gerekse sürdürülebilir kalkınmanın hayata geçirilmesi bakımından son derece önem taşıyan stratejik çevresel değerlendirmeye 2006 yılında gerçekleştirilen değişikliklerle yasal düzeyde ilk defa yer verilmesinin önemli bir gelişme olduğu ifade edilmelidir. Ancak stratejik çevresel değerlendirmeye ilişkin hususların Bakanlıkça bir yönetmelikle düzenleneceğinden söz edilmesine rağmen, 2014 yılı itibarıyla Bakanlığın henüz bu tür bir yönetmeliği kabul etmediğini belirtmek gerekir. Bunun dışında, ülkemizde yaklaşık on yıldan beri hâkim olan kalkınmacı paradigmanın bir yansıması olarak bilhassa büyük alt yapı projelerinin ve yatırımların hayata geçirilmesinin kolaylaştırılmasına yönelik olarak başta Çevre Kanunu olmak üzere çevre mevzuatına geriye gidiş niteliğinde olan müdahalelerin sıklığı dikkat çekmektedir. En son Mayıs 2013'te Çevre Kanunu'na eklenen geçici 3. maddede, Haziran 1997'den önce kamu yatırım programına alınmış olup, Mayıs 2013 itibarıyla planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya üretim veya işlet-

⁸ Ancak bu düzenleme Anayasanın 56. maddesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle 15.1.2009 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

meye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesislerin ÇED kapsamı dışında olduğu hükmüne bağlanmış-
tır. Ancak Anayasanın 56. maddesine açıkça aykırılık oluşturan bu tarz düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinin yüksek bir olasılık olduğunu belirtmek gerekir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 2006 yılında gerçekleştirilen değişiklikler Çevre Kanunu bakımından önemli değişiklikler getirmiş ve kanunu birçok açıdan daha ileri bir noktaya taşımıştır. Bununla birlikte, bu değişikliklerin bazı noktalarda eksiklikler içerip yeni bazı sorunları kendisiyle birlikte getirdiği belirtilmelidir. Zira geçmişi doksanlı yılların başına dayanan bir taslak esas alınarak gerçekleştirilen bu değişikliklerin bütüncül ve tutarlı bir yaklaşıma dayandığından bahsetmek mümkün değildir. Değişiklikler yapılırken modern çevre politikası ve hukukunun bazı ilkelerinin de yeterince gözetilmediği açıktır. Bunların haricinde, değişikliklerin mevcut yasa metnine eklenmesi nedeniyle kanunun sistematığının iyice bozulduğu belirtilmelidir. Çünkü değişiklikler yapılırken birçok konu yasa yapma tekniğinin en temel ve yerleşik kurallarına bile riayet edilmeden, birbiriyle bağlantıları da dikkate alınmaksızın bazı maddelerde sayısı nereden otuzu aşacak şekilde fıkra ve bentlerde oldukça uzunca alt alta açıklamalar şeklinde düzenlenmiştir.⁹ Kanundaki bu dağınıklığı ilk bakışta fark etmemek mümkün değildir. Çevre Kanunu mevcut haliyle adeta yamalı bir bohçayı andırmakta ve sistematik, bütünlük ve tutarlılık açısından ulusal mevzuatımızdaki en kötü kanunlardan biridir. Bu noktada yapılması gereken, mevcut kanunu günün ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde yeniden değiştirmek yerine yeni bir çevre yasasının kabulü olmalıdır. Sürdürülebilir kalkınma, ihtiyat ilkesi ve entegrasyon ilkesi gibi çevre hukukunun temel ilkelerine sağlam bir yasal dayanak oluşturacak ve ülkemizin su, kirlilik, doğa, atıklar ve iklim değişikliği gibi farklı alanlardaki çevre politikalarının temel yasal çerçevesini ortaya koyacak yeni bir çevre yasasının kabulü gerek etkin bir çevre koruması gerekse ulusal çevre mevzuatımızın Avrupa Birliği müktesebatı ile uyumlulaştırılması açısından önemli bir adım olacaktır.

⁹ Turgut, s. 45.

Dikkat çekilmesi gereken diğer bir husus, çevrenin korunmasına ilişkin temel ilkeleri soyut bir biçimde çevre yasalarında düzenlemenin yeterli olmadığı ayrıca bu ilkeleri hayata geçirecek araç ve yöntemlere de ilgili yasalarda yer verilmesi gerektiğidir. Diğer taraftan, yeni kanunda küresel ısınma, biyolojik çeşitlilik, kuraklık, genetiği değiştirilmiş organizmalar, hidroelektrik santralleri, radyasyon, elektromanyetizma ve nanoteknoloji gibi güncel çevresel meselelere ilişkin rehber ilkelere de yer verilmesi yararlı olacaktır. Ülkemizde geçmişte kirlilikle mücadele, doğa koruma, su yönetimi, katıkların idaresi, gürültüyle mücadele ve genetiği değiştirilmiş organizmalar gibi birçok mesele yasal hükümlerle ilgili meseleye ilişkin temel esas ve usuller ortaya konmadan doğrudan yönetmelikle düzenlenmesi hukuk devleti ilkesi açısından ciddi sakıncalar barındırmaktadır. Yeni yasada çevre politikasının temel faaliyet alanlarına ilişkin ilkelerin konulması önem taşımaktadır. Çevre mevzuatının uygulanmasında bütünlük ve tutarlılığın sağlanması adına, Türk Ceza Kanunu'nun 181-183. maddelerinde düzenlenen çevreye karşı suçlar ile Kabahatler Kanunu'nun 41. maddesinde düzenlenen çevrenin kirletilmesine ilişkin kabahatlerin de çevre yasasına taşınması doğru bir adım olacaktır.

Yeni bir çevre yasasının oluşturulmasının yöntemi bağlamında ise, kanun koyucunun esasen iki farklı tercihten yararlanabileceğini belirtmeliyiz. Kod niteliğinde kapsamlı bir düzenlemenin kabulü, bu bağlamda başvurulabilecek ilk yöntemdir. Eylül 2000'de kabul edilen Fransız Çevre Kanunu (*Code de l'environnement*) kod niteliğindeki çevre yasalarının en önemli örneklerinden biridir. Yedi bölüm altında 713 madde ile bunların çok sayıda alt maddesinden oluşan bu yasa oldukça kapsamlı bir yasa niteliğini taşımaktadır. 1999 yılında yürürlüğe giren İsveç Çevre Kanunu (*Miljöbalk*), kod niteliğindeki çevre yasalarına örnek gösterilebilir. Otuz üç bölüm altında yaklaşık 500 madde içeren bu kanun, çevre konusunda daha evvel kabul edilmiş olan yaklaşık on beş yasal düzenlemenin yerini alarak, İsveç çevre ve planlama hukukunun temel metni niteliğini kazanmıştır. İsveç Çevre Kanunu bu bağlamda çevre ile ilgili meselelerde uygulanacak genel hükümlerin yanı sıra doğa koruma, suların korunması, ÇED, gen teknik ve atıklar gibi konularda uygulanacak özel düzenlemelere de yer vermektedir. Uzun bir hazırlık

sürecinden sonra 2008 yılında son şeklini alan ancak siyasi uzlaşısı eksikliği nedeniyle halen yürürlük kazanamayan Alman Çevre Kanunu Taslağı (*Umweltgesetzbuch*) da esasen kod niteliğinde bir çevre yasası hüviyetine sahiptir. Beş bölümden oluşan bu taslak, çevrenin korunmasına ilişkin genel ilke ve kuralların yanı sıra doğa koruma, sular ve kirlilikle mücadele konusundaki düzenlemeleri tek çatı altında toplamayı amaçlamıştır. Çerçeve bir kanunun kabulü, bir çevre yasası oluşturma konusunda başvurulabilecek diğer bir yöntemdir. 1983 yılında kabul edilen İsviçre Çevre Koruma Kanunu (*Umweltschutzgesetz*) bu türün önemli örneklerindendir. 67 maddeden oluşan bu kanun, çevrenin korunmasına ilişkin temel ilkelere yer vermenin yanı sıra ÇED, çevresel bilgiye erişim, kirlilikle mücadele, tehlikeli kimyasallar, genetiği değiştirilmiş organizmalar, atık yönetimi, toprağın korunması, çevresel teşvik ve vergiler, yargısal korunma, çevresel sorumluluk ve cezai yaptırımlar gibi konularda da bazı temel düzenlemeler öngörmektedir. Yeni bir çevre yasasının oluşturulması sürecinde kod biçiminde bir yasanın kabul edilerek genel ilkeler ile doğa koruma, suların idaresi, kirlilikle mücadele, ÇED, toprağın korunması, atık yönetimi ve genetiği değiştirilmiş organizmalar gibi konulardaki yasal düzenlemelerin tek bir çatı altında toplanması çevre mevzuatında bütünlüğün sağlanması açısından kuşkusuz yararlı olacaktır. Ancak ülkemizde doğa koruma kanunu, su kanunu ve atık kanunu gibi çevreyle ilgili temel düzenlemelerin bile henüz mevcut olmadığı düşünüldüğünde kod şeklinde bir kanunlaştırma faaliyetinin beklenmesinin gerçekçi olmayacağı açıktır. Bu nedenle, çerçeve bir çevre yasasının kabul edilmesi ilk etapta daha doğru olacaktır. Çerçeve bir çevre yasasının kabul edilmesi sürecinde de İsviçre Çevre Koruma Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin örnek alınmasının mümkün olduğunu ifade etmek gerekir.

MÜLTECİ ÇOCUKLARIN HUKUKİ STATÜSÜ

LEGAL STATUS OF REFUGEE CHILDREN

▪ Av. Nurçin KÜÇÜKYAZICI

ÖZET

Çocuklar da tıpkı yetişkinler gibi temel insan hakları ve özgürlüklerine sahiptir. Sahip oldukları bu hak ve özgürlüklerin gözetilmesi onların da toplum tarafından birer birey olarak kabulüne bağlıdır. Çalışmamızın konusu olan mülteci çocukların ise sosyolojik ve psikolojik olarak incinmeye daha çok müsait oldukları bir gerçektir. Ülkesinden ırkları, dinleri, belirli sosyal gruba mensubiyetleri ve sair sebeplerden ötürü haklı zulüm korkusu ile ayrılan ya da bu sebeplerden dolayı ülkelerine geri dönemeyen çocuklar, gittikleri ülkelerde statü belirleme aşaması dâhil olmak üzere bir dizi sorun ile karşılaşmaktadırlar.

Çalışmamızda öncelikle mülteci, sığınmacı ve geçici koruma statüsü kavramlarına değinilecektir. Bu kavramların çocuklar için herhangi bir değişiklik arz edip etmediği üzerinde durulacak ve mülteci çocuklara ilişkin uluslararası, bölgesel ve ulusal düzenlemeler incelenecektir. Statülerinin belirlenmesindeki usuller, 11.04.2014 yürürlük tarihli 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK) hükümleri ile açıklanmaya çalışılacaktır. Sahip oldukları haklar özellikle

Cenevre Sözleşmesi ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme bağlamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Koruma, Geçici Koruma Statüsü, Çocuk Hakları, İltica, Mülteci Hakları, Sığınmacı Çocuklar, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

ABSTRACT:

Children have basic human rights and freedoms just like the adults. Protecting their rights and freedoms depends on their acceptance as individuals by the society. It is a fact that the refugee children, who are the subject matter of our study, are more vulnerable sociologically and psychologically. The children, who leave their country with the well-founded fear of persecution because of their race, religion, connection to specific social groups and other reasons or who cannot return to their homeland because of such reasons, face a set of problems including the phase of determining their status at the country of arrival.

Our study will first address to the concepts of refugee, asylum seekers and temporary protected status. We will mention whether those concepts make any difference for the children and we will examine the international, regional and national regulations with regards to the refugee children. We will seek to explain the procedures used in determining the status through the Law no. 6458 on the Foreigners and International Protection that entered into force on 11.04.2014. Their rights will be discussed in the context of especially the Geneva Convention and Convention on the Rights of Children.

Keywords: International Protection, Temporary Protected Status, Rights of Children, Asylum, Refugee Rights, Asylum Seeker Children, The Foreigners and International Protection Code Numbered 6458

1. ULUSLARARASI VE İÇ HUKUKTA MÜLTECİ VE SİĞİNMACI KAVRAMLARI

Sığınma ve iltica kavramlarının ne zaman ortaya çıktıkları tam olarak saptanamamakla birlikte, örneklerinin milattan iki bin yıl öncesine kadar uzandığı bu yüzden mülteci hukukunun temellerinin insanlık tarihi kadar derinlerde olduğu kabul edilir. İnsanların bir arada yaşaması; baskı, şiddet ve zulüm olgularını beraberinde getirmiş, bu olgu kaçan ve daha güvenli bir sığınak arayan insanları ortaya çıkarmış dolayısıyla bu insanlara yardım etmek isteyen diğer insanlar, topluluklar, kurum ve kuruluşlar varlık göstermiştir.¹ Bütün bu öğeler arasındaki ilişkinin bir gereği olarak mültecilere ilişkin yasal çerçevenin belirlenmesi, bu kişilere kendi menşe ülkeleri tarafından koruma sağlanmadığı için özel uluslararası korumaya ihtiyaç duymaları gereğinden hareketle, bir dizi uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerini içeren hukuk sisteminin oluşmasını sağlamıştır.

Büyük savaşlar ve ihtilaller ile geçen yirminci yüzyıl, mülteci hareketlerinin yoğun olarak meydana geldiği bir dönemdir. Bu dönemde mülteci sorunu uluslararası bir sorun olarak ele alınmış, yasal ve sosyal çözümler üretilerek mültecilere uluslararası yardım ve koruma olanakları sağlanmaya çalışılmış, teşkilatlanma anlamında önemli adımlar atılmıştır. Birinci ve İkinci Dünya Savaşları sonrasında mağdur olan milyonlarca kişinin mağduriyetlerinin giderilmesi ve bu kişilere sığınabilecekleri ülke bulma çabaları bu anlamda örnek verilebilir.

İkinci Dünya Savaşı ile yaşanan insan hakları ihlallerinden sonra hazırlanan ve İnsan Hakları Hukuku'na dair temel hak ve özgürlüklere yer veren 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde sığınma hakkına yer verilmiştir. Buna göre; «Herkes zulüm karşısında başka ülkelerde sığınma talebinde bulunma ve sığınma olanağından yararlanma hakkına sahiptir (m.14(1)).» Maddedeki “herkes” sözcüğünden hareketle sığınma

¹ **Odman, M. Tefik:** Mülteci Hukuku, AÜ SBF Yayınları, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:15, Ankara 1995, s.5-6.

hakkı bakımından kadın, erkek, çocuk gibi bir ayrımın yapılmadığı açıktır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde sığınma hakkının süjesi olarak bir ayrım gözetilmediği gibi aşağıda değinilecek diğer insan hakları belgelerinde de sığınmacı/mülteci kavramları belirlenirken çocuklar için yetişkinlerden farklı olarak herhangi bir tanımlama yapılmış değildir. Bu dönemde Birleşmiş Milletler bünyesi içindeki uzmanlık birimi Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin Statüsü'nde, mülteci *"İrki, dini, tabiiyeti veya siyasi düşüncesi yüzünden haklı zulüm korkusu altında olması nedeniyle tabiiyetinde bulunduğu ya da herhangi bir tabiiyeti yoksa önceden mutaden ikamet ettiği ülke dışında bulunan ve bu korku nedeniyle tabiiyetinde bulunduğu devletin ya da herhangi bir tabiiyeti yoksa önceden mutaden ikamet ettiği ülke devletin korumasından yararlanmak istemeyen diğer kişiler"* olarak tanımlanmıştır (m.6B). Tanımlama zaman ve coğrafi bakımdan bir sınırlama teşkil etmediğinden evrensel bir karakter taşımaktadır.

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme² ile mülteci kavramı tanımlanmıştır. Buna göre mülteci *"ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen şahıs"* olarak ifade edilmiştir (m.1A(2)). Sözleşme, barışa karşı savaş veya insanlık suçu, memleketinde ağır bir genel suç veya Birleşmiş Milletler gaye ve prensiplerine aykırı suç işleyenlerin mültecilik statüsünden yararlanamayacaklarını açıkça ortaya koymaktadır (m.1F). Sözleşmenin, 1967 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsü ile İlgili Protokol'den önceki halinde, taraf devletlere uluslararası koruma sağlama yükümlülükleri bakımından *"Avrupa'da 1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar"* ya da *"1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da veya başka bir yerde meydana gelen olaylar"* şeklinde, coğrafi ve zamansal açıdan getirilmiş sınırlama

² 1951 Sözleşmesi ya da Cenevre Sözleşmesi olarak da anılır.

mevcuttu (m.1B(1A)). 1967 yılında, 1951'den sonra meydana gelen olaylar sonucunda da mültecilere koruma sağlanmasının gerektiği düşünülmüş ve kabul edilen 1967 Protokolü'nde tarih sınırlaması protokole taraf devletler için kaldırılmıştır. Türkiye, protokolü onaylamakla birlikte coğrafi sınırlama ilkesini sürdürmeyi seçmiştir. Aynı zamanda 1951 Sözleşmesi'ne, sözleşmenin hiçbir hükmünün mülteciye Türkiye'de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasının sağlandığı yönünde yorumlanamayacağı çekincesi konulmuştur.

Sığınmacı, mülteci olarak uluslararası koruma arayan, ancak statüleri henüz resmi olarak tanınmamış kişilere denir. Türk Hukuku'nda mülteci ve sığınmacı kavramları bakımından uluslararası hukuk literatüründe benimsenen yaklaşımdan daha farklı bir ayırım yapıldığı görülür.³ Bu bağlamda Avrupa Birliği katılım süreci çerçevesinde, tek bir mülteci hukuku mevzuatı oluşturma çalışmaları başlatılmış ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, 11.04.2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.⁴ Söz konusu kanunda mülteci kavramı, 1994 tarihli İltica ve Sığınma Yönetmeliği'ndeki düzenlemeye paralel olarak, «Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında verilecek statü» olarak ifade edilir (m.61). Sığınmacı kavramı ise anılan kanunda «şartlı mülteci» olarak anılır ve «Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak isteme-

³ Odman, Mülteci Hukuku, s.188-191.

⁴ Ergüven, Nasih Sarp/Özturanlı, Beyza: "Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye" AÜHFD, 62 (4) 2013, s. 1007-1061.

yen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında verilen statü” olarak tanımlanır. Üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar, şartlı mültecinin Türkiye’de kalmasına izin verilir (m.62). Gerek 1951 Sözleşmesine koyduğumuz coğrafi çekince, bu bağlamda hazırlanan 1994 tarihli Yönetmelik gerekse 11.04.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6458 Sayılı Yasa gereği Avrupa ülkelerinden gelerek uluslararası koruma talep eden yabancılara mülteci, Avrupa dışındaki diğer bölgelerden gelerek uluslararası koruma talep eden yabancılara ise sığınmacı (bundan böyle şartlı mülteci) denilmektedir. Şöyle ki her iki durumda da uluslararası koruma talep eden kişilerin bahsedilen statüleri kazanmaları için tanım-daki şartları sağlamaları gerekmektedir. Statüler elde edilinceye kadar <<başvuru sahibi>> olarak anılırlar.⁵ Mülteci-Sığınmacı ayrımının Türk Hukuku’nda uygulanan coğrafi kısıtlama nedeniyle değişime uğraması nedeniyle uluslararası hukukta sığınmacının mültecilik koşullarını taşıdığıнын tespiti üzerine mülteci statüsünü kazanması mümkün iken, Türk Mülteci Hukuku’nda sığınmacı olarak nitelenen kişilere hukuken mültecilik statüsünün verilmesi mümkün gözükmemektedir.⁶ Yapılan bu ayrımın suni olduğu ve uluslararası hukuk literatüründeki sığınma/mülteci tanımına uygun düşmediği ve eğer bir gün Türkiye coğrafi sınırlandırmayı kaldırırsa, kanundaki terimlerin değişmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷

6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 91. maddesi uyarınca, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılara geçici koruma sağlanacağı belirtilmiştir. Geçici koruma prosedürünün iç hukuka kazandırılması, kitlesel akın durumunda, geri göndermeme ilkesinin bir gereği olarak, yer değiştiren kişilerin temel insan haklarının güvence

⁵ 6458 Sayılı YUKK m.3/d: Başvuru sahibi: Uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş olan kişi

⁶ Çiçekli, Bülent: Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s.48-49.

⁷ Özkan, Işıl: Göç, İltica ve Sığınma Hukuku Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s.70.

altına alınmasını ve acilen güvenli bir ortama kavuşmalarını sağlayacaktır.⁸ Söz konusu düzenlemeye göre, geçici korumadan yararlanacak kişilerin Türkiye'ye kabulü, Türkiye'de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye'den çıkışlarında yapılacak işlemler, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirler ile ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasındaki iş birliği ve koordinasyon, merkez ve taşrada görev alacak kurum ve kuruluşların görev ve yetkilerinin belirlenmesi, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecektir. 6458 Sayılı YUKK'un 91. maddesine dayanılarak hazırlanan Geçici Koruma Yönetmeliği, 22.10.2014 tarihli ve 29153 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve yönetmeliğin Geçici 1. maddesi ile ülkemize 28/04/2011 tarihinden itibaren geçici koruma bulma amacıyla gelen Suriyeliler «geçici koruma» statüsüne alınmıştır.⁹ 2011 yılı Nisan ayından itibaren Türkiye'ye gelen Suriyeli kişilerin statüleri önceleri «misafir» olarak adlandırılmaktaydı. Bu tanımlamanın hukuki bir karşılığı bulunmadığı için Suriyelilere yönelik keyfi uygulamalara yol açma riski olduğundan, geçici koruma statüsünün getirilmesi ve sınırları yönetmelikle belirlenmiştir. 13.10.2014 yürürlük tarihli Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 7. maddesi uyarınca, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamayan yabancılara uygulanacaktır. Suriye Arap Cumhuriyeti'nde yaşanan iç karışıklıklardan ötürü 28.04.2011 tarihi itibarıyla ülkemize gelen Suriyelilerin tabi oldukları statüye ilişkin ayrıntılı hükümler işbu yönetmelikle belirlenmiştir.

⁸ Ergüven, Nasih Sarp/Özturanlı, Beyza: s.1039.

⁹ AFAD: "Geçici Koruma Altındaki Yabancılara İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında 2014/4 Sayılı Genelge" Afet ve Acil Durumlara İlişkin Temel Mevzuat, T.C. Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, Ankara Mart 2015, <https://www.afad.gov.tr/UserFiles/File/Mevzuat/AFAD.pdf>. (Erişim Tarihi:20.03.2015), s.357.

II. ÇOCUK MÜLTECİLERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’de ve eki 1967 tarihli Protokol’de mülteci ve sığınmacı kavramlarının tanımı yapılırken herhangi bir yaş kistası esas alınmamıştır. Dolayısıyla ırk, din, milliyet, belirli bir gruba mensubiyet veya siyasi görüş nedenlerinden herhangi biri yüzünden zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkusu olan çocuk da «mülteci» kabul edilmektedir. 1951 Sözleşmesi’nde mülteci çocuklar hakkında ayrıntılı hükümler bulunmasa da, bu hususta başkaca uluslararası bölgesel ve ulusal düzenlemeler mevcuttur.

A. Uluslararası ve Bölgesel Düzenlemeler

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, bütün çocuklarla ilgili temel hak ve özgürlükleri tam anlamıyla belirleyen yegâne bir antlaşmadır. Öyle ki 2. maddesinde¹⁰ yer verilen “*ayrım gözetme yasağı*” söz konusu sözleşme ile düzenlenmiş tüm haklar ve sözleşmenin tüm maddeleri bakımından uygulanması gereken bir temel bir ilke olarak düzenlenmiştir.¹¹ Aynı zamanda sözleşme 22. maddesi¹² ile de mülteci çocuklara ilişkin doğrudan hükümler içerdiğinden ve temelinde “*çocuğun yüksek yararı*”, “*ayrım gözetmeme*” “*katılım hakkı*” gibi hayati öne-

¹⁰ **BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m.2:** “Taraf Devletler, bu sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasi yada başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayrım gözetmeksizin tanır ve taahhüt ederler.”

¹¹ **Yakmaz, Eda:** “Statü Belirleme Sürecinde Türkiye’de Bulunan Refakatsiz Sığınmacı Çocukların Durumu” IMPR Humanitarian Rapor, Sayı 21, Şubat 2014, <http://imprhumanitarian.org/tr/wp-content/uploads/RAPOR-11D.pdf> (Erişim Tarihi: 30.06.2014).

¹² 1.Taraf Devletler, ister tek başına olsun isterse ana-babası veya herhangi bir başka kimse ile birlikte bulunsun, mülteci statüsü kazanmaya çalışan ya da uluslararası veya iç hukuk kural ve usulleri uyarınca mülteci sayılan bir çocuğun, bu Sözleşmede ve insan haklarına veya insani konulara ilişkin ve söz konusu Devletlerin taraf oldukları diğer Uluslararası Sözleşmelerde tanınan ve bu duruma uygulanabilir nitelikte bulunan hakları kullanması amacıyla koruma ve insani yardımdan yararlanması için gerekli bütün önlemleri alırlar.2.Bu nedenle, Taraf Devletler, uygun gördükleri ölçüde, Birleşmiş Milletler Teşkilatı ve onunla işbirliği yapan hükümetler arası ve hükümet dışı yetkili başka kuruluşlarla bu durumda olan bir çocuğu korumak, ona yardım etmek, herhangi bir mülteci çocuğun ailesi ile yeniden bir araya gelebilmesi için ana-babası veya ailesinin başka üyeleri hakkında bilgi toplamak amacıyla işbirliğinde bulunurlar. Herhangi bir nedenle kendi aile çevresinden sürekli ya da geçici olarak ayrı düşmüş bir çocuğa bu Sözleşmeye göre tanınan koruma, aynı esaslar içinde, ana-babası ya da ailesinin başkaca üyelerinden hiçbirisi bulunmayan çocuğa da tanınacaktır.

me sahip ilkeleri benimsediğinden mülteci hukukunda çocuklarla ilgili en temel kaynaktır.¹³ Sözleşmede, çocuğun tanımı yapılmış ve sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insanın çocuk sayılacağı düzenlenmiştir (m.1). Sözleşme on sekiz yaşın altındakilerin çocuk olarak kabul edilmesini talep ederken bir yandan onlara bazı koruyucu alanlar yaratmaya çalışmakta, diğer yandan da onların birey olarak kabul edilmelerini ve toplumsal yaşama katılımlarını güvence altına almayı çalışmaktadır.¹⁴ Çocuk Hakları Sözleşmesi, Türkiye tarafından Nisan 1995 itibariyle onaylanmış olup tüm çocukların korunmasına ilişkin olarak devletin sorumluluğunu resmi bir şekilde ortaya koymaktadır. Hemen hemen tüm ülkeler tarafından geniş bir biçimde onaylanmış olması nedeniyle sözleşme, ulusal ve siyasal sınırlara bakılmaksızın çocukların temel haklarına ilişkin neredeyse evrensel olan bir kabulü yansıtır.¹⁵ Kaldı ki, herhangi bir devlet Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'yi onaylamamış olsa dahi, uluslararası hukuk tarafından kabul edilen temel hak ve özgürlükler ile bu konudaki standartlar, evrensel nitelikte olduklarından, BMMYK'nın, mülteci çocuklar ile ilgili konuları gözlemlemesi ve gerekli durumlarda müdahalede bulunması da kabul edilmektedir.¹⁶ Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile Çocuk Hakları ve Esenliği Hakkında Afrika Şartı, Cenevre İnsancıl Hukuk Sözleşmeleri, Olağanüstü Durumlarda ve Silahlı Çatışma Hallerinde Kadınların ve Çocukların Korunmasına Dair Bildiri ve sair düzenlemelerde çocuklar ve çocuk mülteciler için hükümler yer almaktadır.

¹³ **Odman, M. Tefvik:** Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler, Çağ Üniversitesi Yayınları No:9, Çağ Üniversitesi Rektörlüğü 2008, s.7.

¹⁴ **Tarhanlı, Turgut/Tokuzlu, Lami Bertan:** Birleşmiş Milletlerin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi ile Türk Hukuk Mevzuatı Karşılaştırmalı Analizi, TBB Yayınları, Ankara 2010.

¹⁵ **Başak, Cengiz:** Mülteciler, Sığınmacılar ve Yasadışı Göçmenler, İçişleri Bakanlığı Genel Yayın No: 686, Ankara 2011, s.45.

¹⁶ **Odman,** Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler, s. 8.

B. Ulusal Düzenlemeler

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre; “Türkiye’nin taraf olduğu ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Ayrıca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla ulusal kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda, milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır (m.90).”

Yukarıda belirtildiği üzere, Türkiye, Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni Nisan 1995 tarihinde onaylamıştır. Bu tarihten sonra, Türkiye’deki düzenlemelerin Çocuk Hakları Sözleşmesi ile uyumlu hale getirilmesi amacıyla, refakatsiz çocuk mültecileri de kapsayan hassas konumdaki tüm çocuklara ilişkin özel koruma tedbirlerini içeren “Çocuk Koruma Kanunu” dahil olmak üzere bir dizi kanun çıkarılmıştır.

Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu, Türkiye’nin Çocuk Hakları Sözleşmesi’nden doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ve devlet kurumlarının bu alandaki çalışmalarının koordine edilmesi görevini üstlenmiştir. Kurum, aynı zamanda Türkiye’deki refakatsiz çocuk mültecilere barınma sağlanmasından sorumludur.

Türkiye’de refakatsiz çocuk mülteciler için de geçerli olan ve çocukların korunmasına ilişkin standartları belirleyen temel kanun, yönetmelik ve genelgelerden bazıları şunlardır: Çocuk Koruma Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, No. 26386, Aralık 2006; Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlüğü/Büro Amirliği Kuruluş Görev ve Çalışma Yönetmeliği (Çocuk Polisi Yönetmeliği), No. 24372, Nisan 2001; Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, No. 2828, Mayıs 1983; Milli Eğitim Temel Kanunu, No. 1739, Haziran 1973; İlköğretim ve Eğitim Kanunu, No. 222, Ocak 1961 ve Türk Medeni Kanunu, No. 4721, Aralık 2001, (vasi tayin edilmesine ilişkin hükümler).

6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda da “çocuk”, “özel ihtiyaç sahibi kişi” ve “refakatsiz çocuk” tanımlamaları yapılmıştır. Çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış ve ergin olmamış kişiyi; özel ihtiyaç sahibi, başvuru sahibi ile uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerden refakatsiz çocuk, özürlü, yaşlı, hamile, beraberinde çocuğu olan yalnız anne ya da baba veya işkence, cinsel saldırı ya da diğer ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddete maruz kalmış kişiyi; refakatsiz çocuk, sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmadığı sürece, kanunen ya da örf ve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye'ye gelen veya Türkiye'ye girişi yaptıktan sonra refakatsiz kalan çocuğu ifade etmektedir (m.3).

Görüldüğü üzere mülteci hukukuna ilişkin mevzuata paralel olarak iç hukukumuzda da çocuğun yüksek yararı ilkesi esas alınarak düzenlemeler yapılmıştır.

III. STATÜLERİNİN BELİRLENMESİNDE TEMEL USULLER

Çocukların üçüncü bir ülkeye, bir grubun içinde yer alarak veya aileleriyle birlikte ya da refakatsiz olarak yasal ve yasal olmayan yollardan ülkeye girişleri de mümkün olabilmektedir.¹⁷ Yönetmelikler, genelgeler ve muhtelif kanunlarda yer alan statü belirleme prosedürleri, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile genel olarak düzenlenmiştir.

Uluslararası koruma başvuru usulüne göre, başvuru sahibinin başvuruları aynı gerekçeye dayanan ve kendisiyle birlikte gelen aile üyeleri adına başvuru yapabilmesi ve bu durumda ergin aile üyelerinin, kendi adlarına başvuruda bulunulmasına yönelik muvafakatinin aranması şartı mülteci çocuklar için önem arz eden bir düzenlemedir (m.65).

¹⁷ **Beter, Önder:** Sınırlar Ötesi Umutlar Mülteci Çocuklar, SABEV Yayınlar 1 No:15, Sosyal Çalışma Dizisi:12, Ankara 2006, s.68.

Özel ihtiyaç sahipleri gruplarından biri olan refakatsiz çocuklarla ilgili bütün işlemlerde çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesi esas alınmıştır. Başvurunun alınmasından itibaren haklarında 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu hükümleri uygulanacak bu çocukların Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından uygun konaklama yerlerine, yetişkin akrabalarının veya koruyucu bir ailenin yanına yerleştirilirken görüşlerinin dikkate alınması gerekmektedir. On altı yaşını doldurmuş refakatsiz çocuklar, uygun koşullar sağlandığında kabul ve barınma merkezlerinde de barındırılabilir demek suretiyle yine çocuğun yüksek yararı ilkesi esas alınmıştır. Mümkün olduğu ölçüde çocukların yararı, yaşları ve olgunluk düzeyleri gibi ölçütler dikkate alınarak kardeşlerin bir arada bulundurulacağı ve zorunlu olmadığı sürece konaklama yerlerinde değişiklik yapılamayacağı öngörülmüştür (m.66). Refakatsiz çocukların başvuruları hızlandırılmış olarak değerlendirilmeyecektir (m.79/4).

Özel ihtiyaç sahiplerine YUKK'un «Genel Usuller» başlıklı kısmında yazılı hak ve işlemlerde öncelik tanınacağı belirtilmiştir (m.67). Mülakatlarda aile üyelerinin de bulunmasının gerekli görüldüğü durumlarda, kişinin muvafakati alınarak aile üyeleriyle birlikte mülakat yapılabilir. Özel ihtiyaç sahipleriyle yapılacak mülakatlarda, bu kişilerin özel durumları göz önünde bulundurulur. Çocuğun mülakatında psikolog, çocuk gelişimci veya sosyal çalışmacı ya da ebeveyni veya yasal temsilcisi hazır bulunabilir (m.75).

13.10.2014 yürürlük tarihli Geçici Koruma Yönetmeliği'nde, geçici korumadan yararlananların Türkiye'de doğan çocuklarının da en kısa sürede kayıt işlemlerinin yapılacağı belirtilmiştir (m.21/3). Ayrıca, söz konusu düzenlemede yönetmelik kapsamındaki yabancılardan özel ihtiyaç sahibi olanlara sağlanacak başta sağlık hizmetleri, psiko-sosyal destek, rehabilitasyon olmak üzere, her tür yardım ve desteğin imkânlar ölçüsünde öncelikli ve bedelsiz olarak sağlanacağı ve çocuklarla ilgili tüm işlemlerde ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanmasında çocuğun yüksek yararının gözetileceği belirtilmiştir (m.48). Yönetmeliğin 49. maddesi uyarınca, yönetmelik kapsamındaki yabancılardan, başka bir

ülkede bulunan eşi, ergin olmayan çocukları ve bağımlı ergin çocukları ile Türkiye’de bir araya gelmek üzere aile birleşimi talebinde bulunabilmesi hususunda, refakatsiz olduğu tespit edilen çocuklarla ilgili olarak, çocukların talebi beklenmeksizin aile birleşimine ilişkin işlemlerin derhal başlatılacağına dair yapılan düzenlemede de çocukların menfaatinin gözetildiği görülmektedir.

Görülmektedir ki, “çocuğun yüksek yararı” ilkesi, mülteci, sığınmacı ve geçici hukuki koruma statüsüne tabi çocuklar bakımından ayırım teşkil etmeksizin uluslararası, bölgesel ve ulusal bir dizi düzenlemede varlık gösteren bir ilkedir.

IV. SAHİP OLDUKLARI HAKLAR VE ÖZGÜRLÜKLER

Mülteci çocuklarla ilgili olarak Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 22. maddesinde ve 1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsü Hakkında Sözleşme’nin 22. maddesinde düzenlemeler bulunmakla birlikte, mülteci çocukların haklarına yirminci yüzyıldan itibaren insan hakları konusunda yaşanan gelişmelere paralel olarak birçok uluslararası belgede yer verildiği görülmektedir.

A. Haklar Üçgeni

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, çocukların yaşamına ilişkin tüm hakları düzenlemeye çalışırken aynı zamanda gelişimlerini sağlayacak kurallara da yer vermiştir. “Çocuğun yüksek yararı”, “ayırım yapmama”, “çocuğun görüşlerini serbestçe açıklama ve katılım hakkı” da bu bağlamda ön plana çıkan üç haktır. Bu haklar iç içe geçtiğinden haklar üçgeni olarak adlandırılmaktadır.¹⁸

1951 Sözleşmesi’nde mülteci statüsünün tanınmasına temel teşkil eden nedenlerin, ırk, din, milliyet, belirli bir sosyal gruba mensubiyet ve siyasi düşünce olduğu ve akit devletlerin sözleşme hükümlerini mülte-

¹⁸ Odman, Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler, s.92.

cilere, ırk, din veya menşe memleketi bakımından ayırt etmeden tatbik edecekleri hükmü (m.3) ayırım gözetmeme ilkesini vurgular niteliktedir. Bu bağlamda mülteci çocuklar, sığınma talep edenler, sığınma istemleri reddedilenler dâhil olmak üzere, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de öngörülen bütün haklardan doğrudan yararlanabilirler.

B. Temel Haklar ve Özgürlükler

Yaşam hakkı, ülkesinde tehlike altında olan kişilerin iltica ettikleri ülkelerde vatandaşlara tanınan haklardan yararlanması insan hakları hukukunun bir gereğidir.¹⁹ Bu bağlamda yaşama, hayatta kalma, güvenlik ve gelişme hakkı, çocuklara ölüm cezası verilmemesi, çocuğun her türlü şiddete karşı korunma hakkı, işkence, aşağılayıcı muamele ve özgürlükten yoksun bırakmamaya karşı korunma hakkı sayılabilir.

Çocuklar korunmaya muhtaç yapılarından dolayı kötü muamele ve özgürlüklerinden yoksun bırakılmaya en kolay şekilde maruz kalabilirler. Özellikle de sığınmacı ve mülteci çocuklardan refakatsiz olanları başvuru aşamasında ülkeye yasal olmayan yollardan giriş yaptıkları iddiasıyla bu gibi davranışlarla karşı karşıya kalabilmektedirler. Oysa, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 37. maddesi *“Hiçbir çocuk yasa dışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılamayacaktır. Bu çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsi yasa gereği olacak ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulacaktır.”* şeklindedir. 1951 Sözleşmesi’nin 31. maddesine göre, ülkeye yasa dışı yollardan giren mülteciler hakkında soruşturma ve kovuşturma gibi, herhangi bir yasal işlem yapılamamaktadır.

3. Diğer Haklar

Cinsel sömürüye maruz kalmama hakkı, fuhuşa konu olmama, özel yaşama saygı hakkı, eğitim öğretim hakkı, temel sağlık ve refah hakkı, engelli çocuk hakları, sosyal güvenlikliktan yararlanma hakkı, sosyal sömü-

¹⁹ Peker, Y. Bülent: Sığınma Hakkı ve Mülteciler, İltica Hakkı ve Mülteciler Atölyesi, Ankara 2011, s.15.

rüye maruz çocuk hakları, kültürel haklar olarak çeşitlendirilebilir. Bu haklar, içinde bulunduğu statü, durum ve koşul ne olursa olsun tüm çocuklar için geçerlidir.

Mülteci çocuklar yönünden, sağlık hakkından yararlanmak oldukça önem arz eden bir husus olmakla birlikte çoğu zaman bu mümkün olmamaktadır. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde yer alan ayırım gözetmeme ilkesi, 6. maddede yer alan yaşama ve hayatta kalma, 27. maddedeki uygun yaşama standartlarına sahip olma hakkı, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde temel sağlık ve refah hakkı bakımından, devletlerin bütün çocukların en üst düzey sağlık hizmetlerinden ve tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetleri veren kuruluşlardan yararlanmalarını sağlamakla yükümlü oldukları görülür. Geçici Koruma Yönetmeliği'nin «Sağlık Hizmetleri» başlıklı 27. maddesinde, çocuklara yönelik gerekli aşıların yapılması amacıyla gerekli tedbirlerin alınacağı ifade edilmiştir.

Eğitim ve öğretim özgürlüğü konusu 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde 22. maddede taraf devletlere, mültecilere temel eğitim konusunda, vatandaşlarına uyguladıkları muamelenin aynısının uygulanması, mültecilere, temel eğitimin dışındaki eğitim ve özellikle eğitime erişim, yabancı ülke okullarından alınmış eğitim sertifikalarının, üniversite diplomalarının ve derecelerinin tanınması, harç ve resimlerden muafiyet ve eğitim bursları alanlarında mümkün olduğu kadar müsait ve her halde genel olarak aynı şartlar içindeki yabancılara tanınanlardan daha az müsait olmayan şekilde muamele edilmesi sorumluluğunu yüklemiştir. Yüksek öğrenim hakkına ilişkin olarak Çocuk Hakları Sözleşmesi, Cenevre Sözleşmesi'nin sağladığı asgari standartlara nazaran daha somut güvenceler öngörmektedir.²⁰ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 28. maddesinde «*taraf devletlerin çocuğun eğitim hakkını kabul edeceği ve bu hakkın fırsat eşitliği temeli üzerinde tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle*» ibaresi yer almaktadır. Okul öncesi eğitime açıkça değinilmese de her aşamadaki eğitim hakkının kabul edildiği görülmek-

²⁰ Çiçekli, s.189.

tedir. 28. maddenin diğer fıkraları da ortaöğretim ve yükseköğretime dair hükümler içermektedir. 6458 Sayılı YUKK'ta başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişinin ve aile üyelerinin ilköğretim ve ortaöğretim hizmetlerinden faydalanacağı belirtilmiştir (md.89). Geçici Koruma Yönetmeliği'nde, özellikle eğitim hizmetlerine dair detaylı düzenlemeler yapılmıştır (m.28).²¹

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 26. maddesinde çocuklara, Devlet tarafından sağlanacak mali destek ile ilgili hükümler mevcuttur. Buna göre, çocukların sosyal güvenlik haklarından yararlanmaları hususu çocukların sorumluluğunu üstlenen yetişkinlerin işsizlik, hastalık, gebelik, maluliyet, yaşlılık gibi nedenlerle çalışmadıkları ve sorumluluklarını yerine getiremedikleri durumlarda ortaya çıkmaktadır. Taraf devletlerin, her çocuğun sosyal sigorta dahil, sosyal güvenlikten yararlanma hakkını tanımaları ve bu hakkın tam olarak gerçekleşmesini sağlamak için ulusal haklarına uygun, gerekli önlemleri almaları gerektiği belirtilmiştir. Cenevre Sözleşmesi'nin 23. maddesinde akit devletlerin, ülke-lerinde muntazam surette ikamet eden mültecilere, sosyal yardım ve işe konularında vatandaşlara yapılan muamelenin aynısını yapması öngörülmüştür.

²¹ **Geçici Koruma Yönetmeliği m.28(1)** Bu Yönetmelik kapsamındaki yabancıların eğitim faaliyetleri, geçici barınma merkezlerinin içinde ve dışında Millî Eğitim Bakanlığının kontrolünde ve sorumluluğunda yürütülür. Bu kapsamda;

a) 54-66 aylık çocuklar öncelikli olmak üzere okul öncesi eğitim çağındaki 36-66 aylık çocuklara, okul öncesi eğitim hizmeti verilebilir.

b) İlköğretim ve ortaöğretim çağındakilerin eğitim ve öğretim faaliyetleri, Millî Eğitim Bakanlığının ilgili mevzuatı çerçevesinde yürütülür.

c) Her yaş grubuna yönelik dil eğitimi, meslek edindirme, beceri ve hobi kursları talebe bağlı olarak düzenlenebilir.

(2) Geçici korunanların ön lisans, lisans, yüksek lisans ve doktora eğitimleriyle ilgili usul ve esaslar Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından belirlenir.

(3) Bu Yönetmelik kapsamında ülkemizde eğitim alan yabancılar, aldıkları eğitimin içeriğini ve süresini gösteren belge verilir. Farklı müfredatta eğitim alınmış ve belgelendirme yapılmış ise bu belgeler, Millî Eğitim Bakanlığı veya Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının ilgili birimleri tarafından değerlendirilir ve uygun bulunan seviyelere denklikleri yapılır.

(4) Bu Yönetmelik kapsamındaki yabancıların eğitim faaliyetleriyle ilgili diğer usul ve esaslar, Millî Eğitim Bakanlığı tarafından belirlenir.

Kültürel ve sanatsal yaşama serbestçe katılma hakkı da kültürel haklar bağlamında mülteci çocuklar için özellikle önemli haklardan bir diğeridir. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan bu hak, sığınmacı ve mülteci çocukların aileleriyle ve toplumla birlikte olmasının sağlanması; kültürel ve dilsel kökenlerine saygı gösterilmesini gerekli kılar.²²

SONUÇ

Mülteci ve sığınmacı kavramları, mülteci hukukuna ait uluslararası literatürde çocuklar bakımından bir fark teşkil etmemektedir. Bu bağlamda on sekiz yaş mülteci olmak için bir kıstas olmadığından, mülteci ve sığınmacı olmak için gerekli şartları taşıyan çocuklar da her halde mülteci ve sığınmacı olarak anılır. Çocukların belirli bir olgunluğa ulaşacakları gelişim süreçlerinde, uluslararası hukukta ve iç hukukta mevcut düzenlemelerle koruyucu tedbirler alınmıştır. Çocukların salt çocuk olmalarından ötürü yetişkinlerden farklı olarak kendilerine özgülenen hakları, mülteci mevzuatında da belirleyici olmuştur. Mülteci/Sığınmacı çocuklar, çocuklara ilişkin bütün hak ve özgürlüklerden Çocuk Hakları Sözleşmesi gereği yararlanmakla birlikte, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nde yeterli olmasa da çocuklara dair birtakım spesifik düzenlemeler mevcuttur. Geçici Koruma Statüsü'ne tabi çocuklara ilişkin olanlar dâhil gerek uluslararası hukukta gerek iç hukukumuzda yapılan bütün düzenlemelerde öncelikli olarak gözetilen “çocuğun yüksek yararı ilkesi” dir.

Uluslararası, bölgesel ve ulusal mevcut yasal düzenlemelerde, statülerinin belirlenmesi aşaması dâhil olmak üzere “çocuğun yüksek yararı” ilkesi de gözetilerek, zorlu ve sarsıcı sürecin çocuklar üzerindeki etkisinin en aza indirgenmesi amaçlanmaktadır. 2014 yılının Nisan ayında yürürlüğe giren 6458 Sayılı Yasa'da “çocuk”, “refakatsiz çocuk” ve refakatsiz çocukları da içine alan “özel ihtiyaç sahibi” tanımlarına yer verilmiştir. Söz konusu yasada, çocukların sahip oldukları özellikli durumlar dikkate alınarak mülakatlarına, barınma şartlarına yönelik ve başvuru-

²² Odman, Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler, s.168.

larla ilgili tüm aşamalarda muvafakatlerinin alınmasına ilişkin örnek düzenlemeler yapılmıştır. Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamayan yabancıları kapsayan 13.10.2014 tarihli Geçici Koruma Yönetmeliği'nde, bu kimselerin eğitim, barınma, sağlık koşullarına ilişkin olarak yapılan düzenlemelerin yanı sıra, çocukların yüksek yararı ilkesinin bir gereği olarak salt çocuklara ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir.

Tarihin her aşamasında göç ve iltica hareketleri bakımından yoğun nüfus hareketlerinin yaşandığı ülkemizde, uluslararası koruma talep eden Suriyeliler için zorla geri göndermeme, kalma süresinin sınırlanmaması ve kamplarda insani yardımın sağlanması ilkeleri çerçevesinde, geçici bir koruma sistemi oluşturulmaya çalışılmışsa da uluslararası korumaya muhtaç kişilerin büyük bölümünü, kamp dışında yaşayan Suriyelilerin oluşturduğu bir gerçektir. Bu kişilerin toplumsal hayata entegre olabilmesi ise, gerek sosyolojik gerek psikolojik sebeplerle oldukça zor gözükmektedir. Ülkelerinden ayrılmak zorunda kalan çocukların bulundukları ülkeye uyum sağlayabilmeleri, eğitimleri ile sosyal ve kültürel yaşamlarına devam edebilmeleri gerekmektedir. Bu bağlamda, çocukların yaşam koşullarında yapılacak her türlü iyileştirme, aslında toplumun da mültecilere alışma ve onlara karşı önyargılarını kırma noktasında bir etken olacaktır.

KISALTMALAR CETVELİ

AFAD	: Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BM	: Birleşmiş Milletler
BMMYK	: Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği
C.	: Cilt
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
M./m.	: madde
S./s.	: sayfa
UNHCR	: United Nations High Commissioner of Refugees- BMMYK
vb.	: ve benzeri
vs.	: ve sair
YUKK	: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

KAYNAKÇA

AFAD: “Geçici Koruma Altındaki Yabancılar İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında 2014/4 Sayılı Genelge” Afet ve Acil Durumlara İlişkin Temel Mevzuat, T.C. Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, Ankara Mart 2015, <https://www.afad.gov.tr/UserFiles/File/Mevzuat/AFAD.pdf>, (Erişim Tarihi:20.03.2015).

Başak, Cengiz: Mülteciler, Sığınmacılar ve Yasadışı Göçmenler, İçişleri Bakanlığı Genel Yayın No: 686, Ankara 2011.

Beter, Önder: Sınırlar Ötesi Umutlar Mülteci Çocuklar, SABEV Yayınlar No:15, Sosyal Çalışma Dizisi:12, Ankara 2006.

BMMYK: Sığınma ve Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler, BMMYK Türkiye Temsilciliği, Ankara 1998.

Çiçekli, Bülent: Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

Ergüven, Nasih Sarp/Özturanlı, Beyza: “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye” AÜHFD, 62 (4).

Odman, M. Tefvik: Mülteci Hukuku, AÜ SBF Yayınları, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:15, Ankara 1995.

Odman, M. Tefvik: Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler, Çağ Üniversitesi Yayınları, No:9, Çağ Üniversitesi Rektörlüğü 2008.
Özkan, Işıl: Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Peker, Y. Bülent: Sığınma Hakkı ve Mülteciler, İltica Hakkı ve Mülteciler Atölyesi, Ankara 2011

Tarhanlı, Turgut/Tokuzlu, Lami Bertan: Birleşmiş Milletlerin Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi ile Türk Hukuk Mevzuatı Karşılaştırmalı Analizi, TBB Yayınları, Ankara 2010.

UNHCR: “Türkiyede’ki Suriyeli Mülteciler, Sıkça Sorulan Sorular” Ocak, 2015, http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/s%C4%B1k_sorulan_sorular.pdf/uploads/root/s%C4%B1k_sorulan_sorular.pdf, (Erişim Tarihi: 20.03.2015).

Yakmaz, Eda: “Statü Belirleme Sürecinde Türkiye’de Bulunan Refakatsiz Sığınmacı Çocukların Durumu” IMPR Humanitarian Rapor, Sayı 21, Şubat 2014.

<http://www.resmigazete.gov.tr/>

<http://imprhumanitarian.org/tr>

<http://www.unhcr.org.tr>

<https://www.afad.gov.tr>

DEMOKRASİLERDE HALKIN İRİADESİNİN BELİRLEYİCİLİĞİ VE “İLERİ DEMOKRASİ SÖYLEMİ” HAKKINDA BİR DENEME

▪ Y. Doç. Dr. M. Beşir ACABEY
DEÜ. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

*“Cahil toplumla seçim yapmak, okuma yazma bilmeyen adama
hangi kitabı okuyacağını sormak kadar ahmaklıktır... Nietzsche “*

Bazı kişi ve çevreler, siyasi rant elde etmek maksadıyla Demokrasiyi sadece seçim sandığına indirgeyip; “**Demokrasilerde halkın iradesinin her şeyde belirleyici olduğu**” klişesini kullanırlar. Demokrasinin seçim sandığına indirgenmesinin lâf ebeliği ve bir saptırma olduğunu; çağdaş Demokrasilerin (yöneticilerin seçimle belirlenmesi dışında başkaca) evrensel kurallarının bulunduğunu; Demokrasinin özgürlükler rejimi olduğunu, başta bireysel özgürlüklerin, temel insan haklarının ve bu arada çoğunluk karşısında azlık haklarının da güvence altına alındığını yönetim biçimleri konusunda temel bir bilgi birikimine sahip herkes bilir. Ben, gerçek demokrasinin bu evrensel kuralları ve kurumları üzerinde durmayacağım; çünkü böyle bir şey malumu ilan (bilineni tekrarlama) olur. Ben burada, bazı kişiler tarafından klişe haline getirilmiş olan, “*Demokrasilerde halkın iradesinin her şeyde belirleyici olduğu*” saptırması üzerinde durmak istiyorum:

Nietzsche der ki: “*Cahil bir toplum, özgür bırakılıp kendine seçim hakkı verilse dahi, hiçbir zaman özgür bir seçim yapamaz. Sadece seçim yaptığını zanneder. Cahil toplumla seçim yapmak, okuma yazma bilmeyen adama hangi kitabı okuyacağını sormak kadar ahmaklıktır! Böyle bir seçimle iktidara gelenler, düzenledikleri tiyatro ile Halkın Egemenliğini çalan zalim ve madrabaz hainlerdir...*”. Elbette ki Demokrasilerde halkın iradesi, istekleri, tercihleri önemlidir. Fakat seçimlerde yapılan tercihlerin “Halkın İradesini” yansıttığını söyleyebilmek için, bu iradenin sağlıklı bir şekilde oluşmuş olması, halkın iradesinin oluşumunda sakatlık olmaması gerekir; yani halkın iradesi de (bireysel iradede olduğu gibi) irade bozukluğuna uğramamış olmalıdır. Eğer seçimlerde halkın tercihlerini esas teşkil eden etmenlerde halk kandırılmış, aldatılmış veya cahil bırakılarak yanılgıya düşürülmüş yahut otoriter ve baskıcı yönetim altında tehdit ve korkutmayla bir seçime zorlanmışsa, ortaya çıkan iradenin “Ulusal İrade” olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

Kısaca, bir ülkedeki seçim sonuçlarının ulusal iradeyi temsil ettiğinden söz edebilmek için, halkı oluşturan bireylerin bilinçli ve özgür bireyler olmaları ve yapılan seçimin (hilesiz, hurdasız) dürüst bir seçim olması zorunludur. Bir başka ifadeyle; bir ülkede halk özgür ve bilinçliyse ve yapılan seçimler halkın tercihlerini yansıtıyor, seçimlerde ortaya çıkan sonuç onların bilinçli ve özgür tercihlerine dayanıyorsa, ancak bu şekilde ortaya çıkan iradenin sağlıklı olduğu ve Ulusal İradeyi yansıttığı söylenebilir.

İşte gerçek Demokrasilerde halkın bilinçli ve özgür tercihleriyle oluşan irade, “Ulusal İradeyi” yansıtır ve bu şekilde oluşan irade ancak toplumsal yaşamda belirleyici olabilir. Ulu önder Mustafa Kemal Atatürk’ün ifadesiyle, “*Fikri Hür, Vicdanı Hür, İrfanı Hür*” bireylerin oluşturduğu bir toplumda ancak gerçek anlamda Demokrasi mümkün olabilir ve Cumhuriyet yaşatılabilir. Atatürk benzersiz öngörüsüyle bunu görmüş ve Cumhuriyeti yaşatacak böyle bir neslin yetiştirilmesi görevini öğretmenlere vermiştir. Şüphesiz, öğretmenlerin bu görevlerini layıkıyla yerine getirebilmeleri, eğitim sisteminin buna göre şekillen-dirilmesi, eğitim alt yapısının bu hedefe varacak şekilde oluşturulmasına

bağlıdır. Bu hedefe varmak için sadece okul çağındakilerin örgün eğitimiyle de yetinilemez; Ülkede tam anlamıyla bir eğitim seferberliği ilan edilerek, yaygın eğitim yoluyla yetişkin eğitimi de gerçekleştirilmelidir. Demokrasi bir yönetim şekli olmanın yanında, kültürel bir olgu, bir yaşam biçimidir. Bir ülkede yönetim biçimi olarak demokrasinin işleyebilmesi, toplumda yeşerip kök salabilmesi; o toplumu oluşturan bireylerin demokrasiyi öncelikle bir yaşam biçimi olarak benimsemelerine, demokrasinin evrensel kurallarını özümseyip içselleştirmelerine; başta ailede olmak üzere, sokakta, trafikte, okulda, sivil toplum örgütleri ve meslek kuruluşlarının örgütleniş ve işleyişlerinde, siyasi partilerde, kısaca bütün toplumsal yaşamda demokrasiyi bir yaşam tarzı haline getirmiş olabilmelerine bağlıdır. Özetle; bir ülkede yönetim biçimi olarak Demokrasinin işleyebilmesi için; o toplumu oluşturan bireylerin demokrasi kültürüne sahip olmaları, yani gerçek anlamda “demokrat” kişiliğe ve dünya görüşüne sahip bulunmaları gerekir.

Eğer toplumun temeli olan ailede demokrasi yoksa, aileyi ilgilendiren konularda eşlerden biri (genellikle erkek eş) dayatmacı ve despot bir anlayışla diğer eşe ve çocuklara söz hakkı tanımıyorsa; sokakta, cadde, trafikte insanlar başkalarının haklarına ve kişiliğine saygılı olmayıp haklarını çiğniyorsa; insanlar komşularıyla, iş arkadaşlarıyla ve toplumda yaşayan diğer bireylerle hoşgörüden uzak bir iletişim içinde olup, her an patlamaya hazır bir öfke bombası haline gelmişse; başkasının görüşlerine, inançlarına, tercihlerine, yaşam tarzlarına saygı göstermeyip, onları ötekileştiriyorsa; onlara yaşama hakkı tanımayıp, kendi görüşlerini, inançlarını, yaşam tarzını empoze etmeye çalışıyorsa; toplumdaki (dil, din, mezhep, ırk, renk, etnik köken gibi) farklılıkları kültürel bir zenginlik olarak görmeyip, birlikte yaşama kültüründen yoksunsa; sivil toplum örgütleri ve meslek kuruluşları demokratik kurallar ve teamüllere göre yönetilmiyorsa; siyasi partilerde parti içi demokrasi işlemiyor, “tek adam” anlayışı hâkim olup lider sultası hüküm sürüyorsa, sadece yöneticilerin seçimle başa gelmesi ve yönetim biçiminin şeklen demokrasi olması çok fazla anlam ifade etmez. Hatta yönetim biçimini belirleyen başta Anayasa olmak üzere yasaların mükemmel olması, yani hukuk düzeninin Demokrasinin gereklerine uygun bulunması da tek başına ye-

terli değildir. Çünkü nihayetinde hukuk bir üst yapı kurumudur ve şayet bir hukuk düzeni toplumsal alt yapıya uygun değilse; toplumun sosyal dokusuna, kültürel özelliklerine, ekonomik koşullarına uygun düşmüyorsa, hukuk kuralları kâğıt üstünde kalmaya mahkûmdur.

Bu nedenle yasal düzenlemelerden önce veya onunla (atbaşı) aynı anda olmak üzere, toplumda demokrasi kültürünün yerleşmesi ve demokrasinin bir yaşam biçimi haline gelmesi için halkın (demokrasi konusunda) eğitilmesi gerekir. Bu ise ancak (daha önce de ifade ettiğimiz üzere) tam anlamıyla bir eğitim seferberliğiyle gerçekleşebilir.

Ülkemizdeki genel eğitim durumu ve toplumun kültür düzeyine (demokrasi kültürüne) baktığımızda, manzaranın pek iç açıcı olmadığına tanık olmaktadır. Ülkemizde halkın önemli bir kesimi eğitimsiz olup, Cumhuriyet devrimleriyle sahip olduğu kazanımların, hak ve özgürlüklerin önemini halen kavrayabilmiş değildir. Henüz Vatandaşlık bilinci-ne sahip olmadığı için, kazanmış olduğu hak ve özgürlüklerin kendisine lütuf olarak düşünmekte ve bu nedenle bu hakları elinden alındığında veya özgürlükleri kısıtlandığında hiç ya da gerektiği gibi demokratik tepki göstermemektedir. Batıda feodaliteye son verilip, ortaçağ karanlığından çıkılmasını sağlayan Rönesans, Dinde Reform ve Aydınlanma ülkemizde yaşanmadığı için, özellikle bazı bölgelerimizde feodal yapı halen hüküm sürmekte, bir yandan Ağalık, Aşiret düzeni, öte yandan Şeylik-Şihlik-Tarikat sistemi varlığını devam ettirmektedir. Üstelik bu ortaçağ kalıntısı feodal düzene karşı mücadele verip, bu sömürü çarkını ortadan kaldırması gereken iktidarlar; siyasi rant ve kişisel çıkarları için halkın dini duygularının ve insanların emeklerinin sömürülmesinde bunlarla işbirliği yapmakta geri durmamakta, hatta bazen din bezirganlığı ve emek sömürüsünde bu feodal unsurları yarı yolda bırakabilmektedir. Halkın dini duygularının ve emeklerinin sömürülebilmesi, sömürü düzeninin devam edebilmesi için de halk bilinçli olarak eğitimsiz ve (özellikle demokrasi kültürü yönünden) cahil bırakılmaktadır.

İşte Ülkemizde olduğu gibi halkın çoğunluğu, bilinçli olarak eğitimsiz ve (demokrasi kültürü yönünden) cahil bırakılmışsa; “Ulusal İradenin” sağlıklı bir şekilde oluştuğu ve yönetim biçiminin gerçek anlamda Demokrasi olduğundan bahsetmek mümkün değildir.

Eğitim sistemimize baktığımızda; eğitim sistemimizin, aklın ve bilimin rehberliğini ilke edinmiş, her türlü doğmayı reddeden çağdaş eğitim sistemlerinden oldukça uzakta olduğunu görmekteyiz. Eğitimin amacı, öğrencinin yeteneklerini keşfedip, yetenekleri doğrultusunda eğitmek, ondaki yaratıcı potansiyeli ortaya çıkarıp geliştirmek olmalıyken; ülkemizde uygulanan eğitim sistemi öğrencinin yaratıcılığını tamamen köreltmekte, farklı düşünme ve farklı görüşleri açıklama olanağı tanınmamakta, bir fabrikadan (veya tornadan) çıkmış gibi aynı görüşlere sahip tek tip insan yetiştirilmektedir. Sadece tek taraflı bilgi aktarımına ve ezbere dayanan eğitim sistemimiz; edilgen, soru sormaktan ve görüşlerini açıklamaktan korkan, tartışmayan, eleştirmeyen, kendisine aktarılan bilgileri mutlak doğru kabul edip sorgulamayan, bunların doğruluğundan şüphe etmeyen, muhakeme yapma, öğrendikleri bilgiler arasında mantıksal ilişkiler kurup bunları özümseyerek sonuçlar çıkarabilme yetisinden yoksun; araştırmayan, araştırma yöntemleri hakkında fikri olmayan, kütüphaneye uğramayan, analitik ve bilimsel düşünme yöntemlerini bilmeyen bir öğrenci tipi yaratmıştır. Üstelik yönetime gelen her siyasal iktidar, kendi ideolojisine göre eğitimi şekillendirmek istediği için, hatta aynı iktidar döneminde birden fazla değişiklik yapıldığından; öğrencilerin deney tahtasına, eğitimin ise yapboza dönüştüğüne tanık olmaktadır.

Diğer yandan, yaygın eğitimin önemli bir enstrümanı olan ve yetişkin eğitiminde önemli bir rol üstlenmesi beklenen yazılı ve görsel basının (medyanın), Ülkemizde içinde bulunduğu durum da pek iç açıcı değildir. Dahası günümüzde basın, asıl işlevini bile yerine getiremez durumdadır:

Demokratik toplumlarda basının işlevi, kamu yararını ilgilendiren olay ve konularda haber ve bilgi vermek, açıklamalar yapmak, eleştiri ve değer yargıları sunmak suretiyle toplumu aydınlatmak ve kamuoyu oluşturmaktır. Basın, toplumu ilgilendiren olaylar hakkında vatandaşları objektif ve gerçekleri yansıtacak biçimde aydınlatmakla yükümlü olup, bireyleri içinde yaşadıkları toplumun ve tüm insanlığın sorunları hakkında bilinçlendirmekle görevlidir. Basının olayları haber verme hakkı

yanında, denetim ve eleştiri hakkı ve ödevi de vardır. Devlet organlarının, özellikle yürütmenin denetimi, seçimlerde tercihe dayanak teşkil edecek gerçeklerin ortaya çıkması ve kamuoyunun oluşması basın yoluyla gerçekleşir.

Çağdaş demokrasilerde demokratik devlet düşüncesinin, tüm toplumsal ve siyasal güçlerin, bu arada sivil toplum örgütlerinin katkısı ve katılımıyla gerçekleşebileceği; devlet yönetimini elinde bulunduranların sivil toplum örgütleri tarafından sürekli olarak denetlenmesiyle, sağlıklı bir demokratik düzenin sağlanılabileceği kabul edilmektedir. Katılımcı çağdaş demokrasilerde halkın devlet yönetimine katılımının amacına uygun bir şekilde sağlanması ancak özgür ve bağımsız bir basınla mümkün olabilir. Bu nedenle demokrasilerde özgür ve bağımsız basının, (yasama, yürütme ve yargının yanında) dördüncü kuvvet (güç-erk) olduğu ifade edilir.

Ne var ki, ülkemizde özellikle son dönemlerde basın, siyasi iktidar mensupları tarafından her türlü baskı ve sindirme aracı kullanılarak tamamen sindirilmiş ve demokratik bir toplumsal düzen için vazgeçilmez olan işlevini yerine getiremez duruma sokulmuştur. Artık basın özgürce haber ve bilgi verme, eleştiri ve denetim görevini yerine getirerek halkı bilgilendirme ve kamuoyu oluşturma işlevini neredeyse tamamen yitirmiştir. Siyasi İktidar mensuplarının tarafsız basına tahammülsüzlüğüne, gazetecilere (haberci, yorumcu, yazar, çizer) karşı, yaptıkları eleştiri veya yorumlar ya da sadece verdikleri haberler veya çizdikleri karikatürler nedeniyle açılan sayısız ve astronomik miktardaki tazminat davaları önemli bir gösterge teşkil etmektedir.

Bunun sonucunda basın kuruluşlarının bir kısmı, siyasi iktidar mensuplarının yandaşlarının eline geçerek, sadece iktidara methiyeler düzen, iktidarın hoşuna gitmeyecek hiçbir haber veya eleştiriye yer vermeyen “yandaş medya” haline dönüşmüştür. Diğer bir kısmı da, baskı ve sindirme sonucunda, etliye-sütlüye dokunmayan sadece magazin haberlerine yer veren “bulvar gazetesi” niteliğinde bürünmüştür.

Görsel basınının durumu da bundan farklı olmayıp, birçok televizyon kanalı yayınlarının neredeyse tamamında sadece dizi, eğlence, magazin, spor, yemek ve çöpçatan (evlendirme) programları ile insanları kısa yoldan şöhrete ulaştırmayı vadeden yarışmalara yer vermektedir. Basının, halkın bilgi alma ve aydınlanma hakkına hizmet etmesi, böylece kamuoyunun sağlıklı bir şekilde oluşmasına katkı sağlayarak, Ulusal İradenin sağlıklı bir şekilde ortaya çıkmasını amaç edinmesi gerekirken; baskıcı iktidarın boyunduruğu altına girerek, iktidar tarafından halkın “üç f kuralıyla (fado, fiesta, futbol)” yani müzik, eğlence ve futbolla uyutulmasına hizmet etmektedir. Basın, iktidarın hizmetindeki bir araca dönüştürülerek; toplumda “demokrasi kültürü” yerine, “televole kültürünün” ve “biat kültürünün” hâkim olması sağlanmış ve böylece iktidar tarafından halkın, bir koyun sürüsü gibi (iktidarın istediği şekilde) güdülmesi amacıyla hizmet eder hale gelmiştir.

Basın organlarında, siyasi iktidarın hoşuna gitmeyen bir haber yazan veya en hafif dozda eleştiri yapan basın mensupları, kendilerini bir anda kapı önünde bulabilmektedir. Ancak bundan daha vahimi, yüzlerce basın mensubu, görevlerini yaparken siyasi iktidarı rahatsız eden yazılar yazdıkları veya bu tür haberlere yer verdikleri için; asılsız ithamlar ve uyduruk delillerle soruşturulmakta, gece yarısı baskınlarıyla evleri, işyerleri aranmakta, haksız yere tutuklanıp, yıllarca tutuklu olarak yargılanarak özgürlüklerinden yoksun bırakılmakta ve bu (sözde) yargılamalar sonunda ağır cezalara çarptırılabilirler. Maalesef ülkemiz, tutuklu ve hükümlü gazeteci ve yazar sayısında, birçok geri kalmış üçüncü dünya ülkesini geride bırakarak, şu anda zirvelerde yer almaktadır. Siyasi iktidarın bu tür baskı ve sindirme yöntemleri sonucunda, objektif ve tarafsız habercilik yapabilen gazete veya diğer basın kuruluşunun sayısı, bir elin parmaklarını geçmeyecek kadar azalmıştır.

Son dönemlerde ülkemizde, (Taksimdeki Gezi Parkı, ODTÜ Yerleşkesindeki yeşil alanı yok etme ve benzeri olaylarda olduğu gibi) şiddet içermeyen ve demokratik temel bir hak ve anayasal bir özgürlüğün kullanılması niteliğinde olan halk hareketlerinin (protesto gösterilerinin), siyasi iktidar tarafından, mutlakiyetçi ve totaliter rejimlere rahmet

okutacak şekilde bastırıldığına tanık olduk. Göstericiler, büyük küçük, kadın çocuk demeden, polisin orantısız güç kullanımından nasibini almış; yüzlerce gösterici yaralanmış, bazıları gözünü, bazıları ise yaşamını yitirmiştir. Fakat siyasi iktidar bununla da yetinmemiş; gösterilere katılanlar, hatta sadece sosyal medyada görüşlerini açıklayanlar hakkında cadı avı başlatmıştır. Bu kapsamda, delilsiz ve mesnetsiz soruşturmalar yürütülerek, haksız tutuklamalar yapılmakta ve davalar açılmaktadır. Orantısız güç kullanarak gösterileri bastıran ve insanların yaralanması, hatta ölümüne neden olan güvenlik mensubu (polis) ise; işledikleri bu suçlar nedeniyle kovuşturulup, cezalandırılacakları yerde, suçları akıl almaz gerekçelerle örtbas edilerek, yaptıkları yanlışlarında kâr kalmış; bu yetmezmiş gibi kendilerine siyasi iktidar tarafından “destan yazdınız şeklinde” övgüler düzülerek, (önemli miktarda) para ödülü verilmiştir.

Basın ise bu olayları tarafsız ve objektif biçimde yansıtıp, halkı bilgilendirme görevini yerine yetireceği yerde; (birkaç gazete ve televizyon kanalı hariç) bir kısmı olaylara iktidarın penceresinden bakıp, olayları çarpıtarak yansıtmayı tercih etmiş; diğer bir kısmı ise bunları görmezden gelmiştir.

Tek başına bu son olaylar bile, bir yandan (demokrasinin sağlıklı işlemesi ve demokrasi kültürünün yerleşmesi açısından önemli işlev üstlenmesi beklenen) Basınının ülkemizde içine düştüğü-düşürüldüğü acınası durumu yansıtırken; diğer yandan siyasi iktidarın demokrasiyi ne kadar özümsemediğini (!!!) ve siyasi iktidarın demokrasi anlayışını ortaya koymaktadır. Siyasi iktidar mensuplarının, bir yandan Demokrasiyi, Özgürlükleri, İnsan Haklarını ağızlarından düşürmezken; diğer yandan hiçbir şekilde gerçek Demokrasiyle bağdaşmayacak baskıcı, müdahaleci, totaliter yöntemlere başvurmaktan geri durmaması, bunların Demokrasi konusunda samimiyetlerine ilişkin şüphe uyandırmaktadır.

Siyasi iktidarın her fırsatta “biz kimsenin yaşam tarzına karışmıyoruz” diyerek, vatandaşın tüm yaşam alanını baskıcı ve anti demokratik yöntemlerle, kendi dünya görüşleri, ahlak anlayışları ve dini inançları doğrultusunda biçimlendirmeye çalışırken; bu yönetim biçimini “İleri Demokrasi” olarak nitelendirmesi ise en hafif tabiriyle komik bir du-

rumdur. Bu şekildeki nitelendirme, eğitimsiz kitleleri aldatmaya yönelik bir saptırmadan başka bir şey değildir.

Siyasi iktidarın bütün bu müdahaleci, baskıcı, anti demokratik uygulamaları; bunlar tarafından demokrasinin amaç değil, araç olarak görüldüğü, asıl amacın din kurallarına dayalı bir sistem getirmek olduğu, “Bize Özgü Başkanlık Sistemi” adı altında aslında teokratik ve totaliter nitelikte bir devlet kurulmak istendiği ve bunun ülkemizi ortaçağ karanlığına sürükleyeceği şüphelerini haklı gösterecek niteliktedir.

Siyasi iktidar mensuplarının, yasal düzenlemeler yapılırken dahi her fırsatta din kurallarını referans olarak göstermeleri ve sık sık “ecdadımız” diye Osmanlı Padişahlarına methiyeler düzüp, onları yere göre sığdıramayarak saltanata duydukları özlemi dile getirmeleri de bu şüpheyi kuvvetlendirmektedir.

Sonuç olarak; gerçek demokrasinin bu topraklarda yaşayabilmesi, toplumsal yaşamda yeşerip, kök salabilmesi için gereken sosyo-kültürel alt yapı oluşturulmadan ve hukuk sistemi çağdaş demokrasinin tüm gereklerine uygun şekilde düzenlenmeden; kısaca, çağdaş demokrasi bütün kurum ve kurallarıyla toplumsal yaşama geçirilmeden, sadece “biz ileri demokrasiye geçtik” demekle o ülke demokratik hale gelmez. Durum aynen hızlı tren denemesinde olduğu gibi, hızlı tren için gereken teknolojik ve fiziksel alt yapı hazırlanmadan (mevcut raylı sistem, eski trenler ve eğitimsiz personelle) trenin hızını artırmaya benzer. Aynı anlayışın ürünü olan ve bir çok vatandaşımızın ölümüne yol açan “hızlı tren faciası” sanırım halen hafızalardadır. Bu nedenle demokrasinin rayına oturması, yol kazasına uğrayıp toplumsal facialara sebep olmaması için; alt yapı olan demokrasi kültürünün oluşturulması, çağdaş demokrasinin bütün evrensel kuralları ve kurumlarıyla benimsenip yaşama geçirilmesi zorunludur. Bunun için de en başta (samimi bir) siyasi irade gerekir.

"Köylü eğitilmeden, işçiye iş verilmeden, herkesin toprağı olmadan Demokrasi gelmez, iki tür demokrasi vardır, gerçek demokrasi için halk sıkı bir eğitimden geçirilir, biz ise Amerikan Demokrasisini seçtik, bir sandığa kağıt attık adı Demokrasi oldu."



İsmail Hakkı TONGUÇ (1954)



**Seçenekleri
başkaları
belirlediği
sürece sen
bu oyunun
sadece
figüranıdır.**

TÜRK HUKUKUNDA ARABULUCULUK

6325 SAYILI HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU KAPSAMINDA GENEL DEĞERLENDİRME

▪ Av. Sinem HACİEMİNOĞLU

**“Hakkını ararken tıpkı bir ağaç gibi ol. Dimdik dur,
Yere sağlam bas, yerden yüksel. Mutluluk rüzgarıyla
Salın ve sükuneti tanı.”
(Ormancı Richard St.Barbe Baker’ın mezar taşı yazısı)**

Gelişen dünyada bilim ve teknolojik ilerlemeler, ekonomik ve sosyal değişim ve gelişmeler birçok sorunu da beraberinde getirmiştir. Bu sorunları taraflar, ya devletin yargı organları önünde ya da uzlaşarak gidermeye çalışırlar. Devletin yargı organları önünde uyuşmazlıklarına çözüm arayan taraflar maalesef mahkemelerin iş yükü ve birtakım usuli işlemler ve aksaklıklar nedeniyle hem zaman kaybı yaşarlar, hem aşırı masraflı olması nedeniyle maddi yönden bir kayba uğrarlar hem de taraflar arasında devam eden ilişkiler çoğu zaman bitme noktasına gelir. Sonuç itibariyle bağımsız ve tarafsız yargı organlarının verdiği karar üzerine yine bir taraf kazanır diğer taraf kaybeder.

Yaşanan bu aksaklık ve kayıpları asgariye indirmek, uyuşmazlığın çözümü noktasında tarafların öncelikle memnuniyetini sağlamak ve yine ticari ve sosyal ilişkilerin yok olmasını önlemek, dostane çözüm yöntemleri ile her iki tarafın da kazanarak sonuca birlikte ulaşabilme-

leri için medeni bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak hukuk sistemi uyuşmazlıkların çözümü konusunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri geliştirmiştir. Böylelikle uyuşmazlığın tarafları kendilerini ilgilendiren uyuşmazlık çözümünde etkin bir rol alma yetkisine de sahip olacaklardır. Ayrıca daha kısa sürede daha az maliyetle çözüme ulaşma imkanı bulacaklardır.

Bu yazımda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olan **“ARABULUCULUK”** müessesini 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Yönetmelik ve Arabulucular için Model Etik ve Uygulama Kuralları çerçevesinde genel kapsamda değerlendirmeye çalışacağım.

ARABULUCULUK KAVRAMI;

Arabuluculuk, yukarıda da değindiğim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Ülkemizde arabuluculuk yöntemi, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 07.06.2012 tarihinde kabul edilip 22.06.2012 tarihinde Resmi gazete de yayınlanması ile aynı kanunun 28 ilâ 32 nci maddeleri ile geçici maddeleri yayımı tarihinde diğer hükümleri ise yayım tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir.

Arabuluculuk çözüm yöntemi ile uyuşmazlığın tarafları, devletin yargı organlarının önüne gitmeden arabulucu nezaretinde birlikte uyuşmazlığa çözüm bulup hem dostane ilişkilerini devam ettirme hem de toplumsal barışa hizmet etme imkanına sahiptir. Çözüm noktasında da arabuluculuğun temelinde yatan **“kazan - kazan”** ilkesi nedeniyle taraflar birlikte kazançlı bir sona ulaşırlar. Bu açıdan bakıldığında da hümanist bir sorun çözme şeklidir.

Arabuluculuk müessesesinde; özel hukuk uyuşmazlıkları ile ilgili olarak tarafsız ve objektif bir üçüncü kişinin aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları ortak bir çözüme ulaşmaları için bir araya getirerek iletişim kurmalarını ve bu suretle sorunlarının çözümünü kendilerinin bulması

amaçlanmıştır. Gönüllülük esası söz konusu olup tarafların uyuşmazlığı sonrasında yargı sürecine taşıma hakları bakidir.

Alternatif çözüm yolu derken, alternatiften kasıt devletin yargı organlarına bir alternatif olarak algılanmamalıdır. Yine yargı organlarının yanında yer alan, tarafların birlikte hareket ederek uyuşmazlığa çözüm bulup tatmin edici bir çözüme kavuşmalarını sağlayan bir yöntemdir. Uyuşmazlıkların yargı sürecine taşınmadan yada taşıdıktan sonrada bu yöntemle çözüme kavuşturulması mümkündür.

ARABULUCULUĞUN TANIMI ve TEMEL ÖZELLİKLERİ;

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesine göre **“Arabuluculuk; Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.”** yine aynı maddeye göre **“Arabulucu: Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişidir.”**

Söz konusu maddeye baktığımızda arabuluculuk tamamen tarafların kendi hür iradeleriyle başvurdıkları, eşit koşullara sahip oldukları, gönüllülük esasına dayalı ve süreç sonunda varılabilecek çözümün tüm sorumluluğunun yine taraflara ait olduğu bir çözüm sürecidir.

Bu çerçevede arabulucu, karar verici bir konuma sahip değildir. Hukuki tavsiye ve telkinde bulunamaz, çözüm önerisi sunamaz, çözüm konusunda taraflara herhangi bir çözüm empoze edemez. Arabulucu; belirli sistematiik teknikler uygulayarak, rahat ve özgür bir müzakere ortamında tarafların karşılıklı sağlıklı ve güvenilir bir şekilde iletişim kurup kendi çözümlerini bulmalarını kolaylaştırmaktadır.

İradilik ve eşitlik prensibi gereği taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbesttir. Yine mahkemeler de tarafları arabuluculuğa başvurma konusunda teşvik edebilir. (HUAk.m.3) Taraflar arabuluculuk sürecine başladıktan sonra mutlaka bir çözüme ulaşmak zorunda değillerdir. Taraflar istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler, sürecin nasıl sonuçlanacağı onların iradesine bağlıdır. İhtiyari bir sistemdir. Bu aşamada sürecin başarı ile sonuçlanması tarafların birlikte hareket edip uyuşmazlığı arabuluculukla sonlandırma konusundaki isteklerine bağlıdır. Çözüm sürecinde kararı kendileri verecekleri için anlaşmaları dahilinde her iki tarafı da tatmin edici bir çözüm bulmaları gerekir.

Arabuluculuk sürecinde ve sonrasında “Gizlilik” önemli bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanunun 4. maddesinde de belirtildiği gibi “Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Bu süreç devlet yargı organlarında olduğu gibi aleni bir süreç değildir. Taraflar süreç boyunca uyuşmazlıkla ilgili her türlü konuyu tartışıp, ticari ve mesleki sırlarını ortaya koyabilmektedir. Görüşmelerin gizli yapılması ve süreçte sunulan bilgi ve belgelerin sonrasında açıklanıp aleyhlerine kullanılmayacağının rahatlığı içinde hareket etmelidirler. Bu nedenle arabulucu süreç esnasında elde ettiği bilgi ve belgeleri tarafların birlikte açık bir rızası olmadan veya kanuni bir düzenleme gerektirmedikçe hiç kimseye açıklayamayacaktır. Gizlilik kuralına aykırı hareket eden arabulucunun; hukuki ve cezai sorumluluğu saklı olup, sicilden silinmesine de karar verilebilir. Arabuluculuk süreci devam ederken Yönetmeliğin 6.maddesinin 2.bendinde de belirtildiği gibi fotoğraf çekilemez, görüntü ve ses kaydı yapılamaz. Şayet arabuluculuk süreci taraflardan birinin çekilmesi veya tarafların ortak kararıyla anlaşmaya varılmadan sonlandırılması halinde uyuşmazlık yargı organlarına intikal ettiğinde HUAk Yönetmeliğin 7. maddesinde ayrıntılı şekilde belirtildiği üzere Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil olmak üzere üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna

başvurulduğunda,”Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakia veya iddianın kabulü ile sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamazlar. Yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi HUKAK 33. maddesinde de belirtildiği üzere 6 aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kovuşturma ve soruşturma şikayete bağlıdır. Ayrıca tarafların bu konu ile ilgili arabulucuya karşı tazminat davası açma hakları vardır.

Yine bilgi ve belgelerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından da istenemez. Bu beyan veya belgeler delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak ve ancak söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

Taraflar elbette ki sürecin tamamının veya belli bir kısmının gizli olmayacağını da kararlaştırabilirler. Bu konuda inisiyatif tamamen taraflara aittir.

Şu hususu da arz etmek isterim ki; beyan ve belgelerin kullanımı ile ilgili yasak yanlış değerlendirilmemelidir. Sadece arabuluculuk dolayısıyla hazırlanan belge ve sunulan bilgiler yasak kapsamındadır. Aksi durumun kabulü halinde arabuluculuk faaliyetinin olumsuz sonuçlanması durumunda yargı yoluna başvurulduğunda delil sunulmasının ve yargılama faaliyetinin mümkün olamayacaktır.

ARABULUCULUĞUN KAPSAMI:

Arabuluculuk hangi uyuşmazlık türlerinde uygulanır?

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrasında kanun koyucu hangi uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümlenebileceğini genel hatlarıyla belirtmiştir. Kanuna göre; “Yabancılik unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde taraflar arabuluculuğa gidebilir.” Yine kanuna göre “aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.”

O halde arabuluculuk ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri uyuşmazlıkların çözümünde mümkün olup tasarruf edemeyecekleri konularda maalesef mevcut yasal düzenleme çerçevesinde arabuluculuğa müracaat mümkün olamayacaktır.

Diğer bir ifadeyle **KAMU DÜZENİNE** ilişkin konularda arabuluculuk söz konusu değildir. Arabuluculuk kapsamında olan uyuşmazlıklar tarafların beraberce verebilecekleri sulh, kabul veya feragat yoluyla çözebilecekleri uyuşmazlıklardır.

Örneğin “boşanma” konusunda taraflar arabuluculuk yoluna gidemezken, boşanmadan sonra mal paylaşımı ile ilgili uyuşmazlıklarda arabuluculuğa gidebileceklerdir.

ARABULUCULUK FAALİYETİ;

Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp teşvik edebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz (30) gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır. (HUAK m. 13)

Bu noktada kimler Arabuluculuk yapabilir sorusuna da cevap vermek gerekirse; Adalet Bakanlığına bağlı Arabuluculuk Daire Başkanlığı nezdinde özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapma yetkisini kazanmış kişilerin sicili tutulur. Sicilde kayıtlı kişiler ancak arabuluculuk yapabilir. Sicile kaydolmak için;

-Türk vatandaşı olmak

-Mesleğinde en az beş (5) yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak;

-Tam ehliyetli olmak;

-Kasten işlenmiş bir suçtan mahkum olmamak;

-Arabuluculuk eğitimini tamamlamış olmak ve bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak gerekir. Arabulucular siciline kayıt olduktan sonra da kişi arabuluculuk faaliyetine başlayabilir.

ARABULUCULUK FAALİYET SÜRECİ;

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi Arabuluculuk Kanununa göre taraflar dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra da kendi rızalarıyla uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözümü konusunda anlaşabilirler. Dava açılmadan önce şayet taraflar arabuluculuk yoluna gitmeye karar verirlerse aralarında bir anlaşmaya varıp arabulucular sicilinden tayin ettikleri bir arabulucudan uyuşmazlığın çözümü konusunda kendilerine yardımcı olmalarını talep edebilirler. Arabulucunun da bunu kabul etmesinden sonra arabulucu tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder. Süreç evvela arabulucunun bir açılış konuşması yapmasıyla başlar. Arabulucu bu açılış konuşmasında “tarafları aydınlatma yükümlülüğü” çerçevesinde taraflar arasında doğru iletişimin kurulması, yanlış anlaşılmaların önüne geçilmesi ve sağlıklı bir şekilde çözüme ulaşılması için öncelikle arabuluculuğun ne olduğu, esasları, kendisinin görevinin ne olduğu, sürecin başlaması, devamı ve sonuçları hakkında gerekli bilgilendirmeyi yapmak zorundadır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Arabulucu tarafları süreç ile ilgili aydınlatırken hiçbir şekilde hukuki danışmanlık yahut hukuki bilgilendirme, yönlendirme yapamaz. Arabulucu tüm süreç boyunca tamamen tarafsızlığını korumalı, taraflar lehine tarafsızlığını bertaraf edici yorum ve davranışlardan kaçınmalıdır. Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklama veya bilgilendirmeye rağmen taraflar arabulucudan görevini devam ettirmesini birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir. (HUAK m.9) Tarafların tayin etmiş olduğu arabulucu görevini bizzat kendisi yerine getirmelidir. Görevlendirilen arabulucu bir başka arabulucuyu yetkilendiremez..

Arabuluculuk sürecinde uygulanacak usulü taraflar serbestçe kararlaştırabilirler. Şayet taraflarca kararlaştırılmış bir usul yok ise arabulucu uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini, uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür. (HUAK m.15)

Arabulucunun müzakere sürecinde etkisi fazla olmakla birlikte işlevi, kendi beceri ve müzakere tekniklerini, iletişim taktiklerini kullanmaktaki marifetiyle taraflara uyuşmazlığı çözmek konusunda yardımcı olmaktır. Görevini yerine getirirken niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hakim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz. (HUAK m.15/4) Örneğin tanık dinleyemez, keşif yapamaz.

Taraflar arabuluculuk sürecine bizzat, vekilleri ile birlikte yahut sadece vekilleri vasıtasıyla da katılabilir. Ancak vekillerin bu sürece katılabilmeleri için vekaletnamelerinde “özel yetki” bulunması zorunludur. Arabulucu arabuluculuk sürecinde taraflarla birlikte veya ayrı ayrı da görüşebilir. Baştan beri söylediğimiz gibi arabulucu birebir görüşmelerde tarafsızlığa hâlel getirecek tavır ve davranışlardan kaçınmalıdır.

Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Yine yukarıda da değindiğimiz gibi dava açıldıktan sonra tarafların anlaşarak arabulucuya başvurmalarına bir engel bulunmamaktadır. Tarafların bu konuda anlaşmış olmaları yeterlidir. HMK 'ya göre de dava açıldıktan sonra tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarla sınırlı olmak üzere arabuluculuk yoluna başvurusu “ön inceleme” aşamasında öngörülmüştür. HMK her ne kadar başvuruyu ön inceleme aşamasında öngörmüş ise de davanın ilerleyen aşamalarında da tarafların serbest iradeleriyle bu yola başvurmalarında kanuni bir engel bulunmamaktadır.

Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. (HUKAK m. 20)

Tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine bir defaya mahsus olmak üzere üç aya kadar uzatılabilir. (HUKAK m.19)

Önem arz eden bir konuda arabuluculuk sürecinde sürelerin işleyip işlemeyeceğine dairdir. Arabuluculuk sürecine başvuru taraflar için ileride bir hak kaybı yaratmamalıdır. Arabuluculuk sürecinin çözümsüzlükle sonuçlanması ihtimaline karşılık tarafların yargı organlarına müracaat edecek olmaları karşısında uyuşmazlığa konu hak ve alacak ile ilgili olarak sürelerin durması gerekmektedir. Konu ile ilgili kanun da “Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.” (HUKAK m.20/2) hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda bahsettiğimiz gibi arabuluculuk sürecinin başında arabulucunun açılış konuşması bittikten sonra taraflarca sırayla uyuşmazlık konusu maddi olaylar açıklanır. Tarafların menfaatleri ön planda olduğundan tarafların iddiaları, savunmaları ve dayanakları belirlenir. Bu aşamada arabulucu tarafların sağlıklı iletişim kurmalarına, birbirlerini sağlıklı ve net bir şekilde anlamalarına yardımcı olur, gerektiğinde konu ile ilgili sorular sorar, bir tarafın anlattığı hususları diğer tarafın anlayacağı dille aktarılmasına destek olur. Bu süreçte tarafların uyuşmazlık konusunda ve zedelenen menfaatlerinin neler olduğu konusunda da onları düşünmeye ve çözüm yolları üretmeye teşvik eder. Uyuşmazlık konusunun belirlenmesi aşamasından sonra arabulucu tarafların zedelenen menfaatlerinin ortaya koyulmasına ve bunların taraflarca algılanmasına destek verir, yine sorular sorarak tarafların ayrıntılı şekilde düşünebilmelerinin önünü açar. Arabulucu tarafların yalnız ortamda gerçek menfaatlerini daha rahat bir şekilde ortaya koyabileceğini öngörüyorsa birebir görüşmelerde yapabilir. menfaatlerin tam ve belirgin bir şekilde ortaya konulmasından sonraki aşama çözüm önerilerinin getirildiği aşamadır. Arabulucu tarafları uyuşmazlığı birlikte çözme konusunda teşvik eder. Taraflar serbestçe çözüm önerileri geliştirip ortaya koyabilir. Her iki tarafın menfaatine gerçekçi çözüm önerileri yine taraflarca değerlendirilir.

Sonuç itibarıyla uyuşmazlığın çözümünde taraflarca ya anlaşmaya varılır ya da çözümsüz kalarak arabuluculuk süreci tamamlanır.

Arabulucu; faaliyet süresince taraflarla görüşülerek iletişim kurulduğuna, arabuluculuk faaliyetine başlandığına, bu faaliyete ilişkin işlem ve eylemlerin doğru bir biçimde uygulandığına ve nihayetinde arabuluculuk faaliyetinin sona erdirildiğine yönelik fiili durum ve aşamaları belgelerdir; belge arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Taraflar veya vekillerince imzalanmaz ise sebebi belirtilmek sureti ile sadece arabulucu tarafından imzalanır. (HUAK m.11)

ARABULUCULUK SÜRECİNİN SONA ERMESİ;

Arabuluculuk süreci uyuşmazlık konusuna ilişkin tarafların anlaşmaya varması, taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suç ile ilgili olduğunun tespit edilmesi ve taraflardan birinin ölümü hâlinde sona erer. (HUKAK m.17/1)

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Belge taraflar veya vekillerince imzalanmazsa, sebebi belirtilmek sureti ile sadece arabulucu tarafından imzalanır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar. (HUKAK m.17)

ARABULUCULUK SONUNDA VARILAN ANLAŞMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ:

Öncelikle ifade etmek gerekir ki taraflar arabuluculuk süreci sonunda bir anlaşmaya varmışlar ise bu anlaşmayı illa ki yazılı hale getirmeleri şart değildir. Sorun giderilmiş ise amaçta gerçekleşmiştir.

Ancak ileriki aşamada uyuşmazlığa ilişkin bir sorun çıkmaması için varılan çözüm taraflar arasında yazılı bir hale getirilebilir.

Arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın hukuki niteliği kendisini anlaşmaya uyulmaması ve aykırı davranılması halinde gösterir.

Taraflar mahkemeye müracaat etmeleri halinde söz konusu anlaşmanın delil mahiyeti yine sözleşmeye aykırı davranılması halinde anlaşmanın icra edilebilirliği gündeme gelecektir.

Sulh müessesesi çerçevesinde bir değerlendirme yaparsak; dava açılmadan önce taraflar arabuluculuk yoluna giderler ve anlaşma sağlanırsa bu anlaşmanın niteliğini mahkeme dışı sulhe benzetebiliriz. Şayet anlaşma adi bir şekilde yapılmış ise kesin delil yahut şartlara haiz ise İİK m.68 anlamında belge, noter marifetiyle yapılmış ise resmi belge yada duruma göre İİK m.38 anlamında ilam niteliğinde belge olarak kabul edilebilir.

Dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulup yargılama dışında anlaşmaya varıldığı takdirde de mahkeme tarafların yaptıkları anlaşmaya göre karar verilmesinin talep edilmesi halinde yapılmış olan bu anlaşmaya göre bir hüküm verecektir. Ya da taraflar anlaşmanın içeriğinden bahsedilmesini istemeyecekler ve mahkeme içi sulhte olduğu gibi tutanağa arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümlendiği ve bu sebepten karar verilmesine yer olmadığına dair bir karar tesis edilecektir. Yine ihtimal taraflar çağrıldıkları halde duruşmaya katılmadıkları takdirde mahkeme dosyayı işlemiden kaldıracaktır. (HMK m.150/I) yahut davacı davalının açık muvafakatiyle davasını geri alacaktır ve mahkeme davalının davasını geri aldığı ve davalının buna muvafakat etmesi nedeniyle son bulduğu belirtilecektir. Davanın geri alınmasıyla da dava hiç açılmamış sayılacaktır. Elbette ki davacı davasından da feragat edebilecektir.

ARABULUCULUK ANLAŞMASININ İCRA EDİLEBİLİRLİK YÖNÜ:

Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir. Anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. (HUAK m. 18/1)

Ayrıca kanunda arabuluculuğun anlaşma ile sonuçlanması halinde taraflar arasında hazırlanan sözleşmeye özel bir nitelik kazandırılarak bu

sözleşmenin icra edilebilirliği de sağlanmıştır. HUAK m. 18/2 bu hususu “ taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilir.” şeklinde düzenlemiştir.

Şayet dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş ise görevli ve yetkili mahkeme asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenir. Dava açıldıktan sonra arabulucuya başvuru halinde ise davanın görüldüğü mahkeme icra edilebilirlik şerhi verilmesi için görevli ve yetkili olacaktır.

Görevli ve yetkili mahkeme icra edilebilirlik şerhi verirken anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığını inceler. Çekişmesiz yargı işidir ve dosya üzerinden inceleme yapılır. Mahkeme sadece anlaşmanın konusunun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konulardan olup olmadığını ve cebri icrasının mümkün olup olmadığını hususunu inceler. Mahkeme yapılmış olan anlaşmanın kanunun emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırı olup olmadığını denetleyecektir. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı yapılır. konularıyla sınırlıdır.

Bu şerhi içeren sözleşme İİK m.38 kapsamında ilam niteliğinde belge sayılır ve ilamlı takibe konu edilebilir.

Şu hususu da göz ardı etmemeliyiz arabuluculuk sonunda varılan anlaşma maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. İlam niteliğindeki belgeler sadece icra edilebilirlik bakımından ilamlarla aynı statüdedir. Bilindiği üzere sadece mahkemelerin verecekleri hükümler maddi anlamda kesin hükümdür. Netice itibarıyla icra edilebilirlik şerhi çekişmesiz yargı işi olduğuna göre maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğini çekişmesiz yargı sonunda verilen kararların kesin hüküm teşkil etmediğinden de çıkartabiliriz.

İcra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin mahkemeye yapılan başvurunun reddi halinde maktu harç ödeyerek istinaf kanun yoluna gidilebilecektir. (HUAK m.18/3) Ancak istinaf mahkemeleri faaliyete geçene kadar temyiz yoluna başvurulabilecektir. (HMK Geçici m.3)

SONUÇ

“Göze göz politikası güdersek hepimiz kör kalırız”

Mahatma Gandhi

Genel hatlarıyla aktarmaya çalıştığım alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden olan ARABULUCULUK kanuni düzenlemesiyle Türk Hukuk Sistemimize dahil olmuş yeni bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Kanunda elbette ki aksaklıklar ve gözden kaçmış eksiklikler mevcuttur. Ancak uygulama ile bu eksikliklerin de giderileceği muhakkaktır.

Uzlaşma kültürünün yaygınlaşması arabuluculuk yoluna etkinlik ve süreklilik kazandıracaktır. Uyuşmazlığın tarafları arabuluculuk yoluyla hem toplumsal barışa hizmet edecekler, hem dostane ilişkilerini devam ettirebilecekler hem de zaman ve maliyet yönünden kazançlı çıkacaklardır. Bu yöntem sayesinde mahkemelerin de iş yükü bir nebze olsun azalmış olacaktır.

Taraflar arasında iletişimin kurulmasını sağlayacak olan arabuluculuk yönteminde anlaşma sağlanamasa dahi en azından bir iletişimin kurulması dahi taraflar açısından bir başarı olacaktır.

Thomas Edison’un “Daha iyisini yapmanın bir yolu varsa onu bulun.” sözünden hareketle Arabuluculuğun etkin bir çözüm yöntemi olarak ülkemizde tanınması, tavsiye edilmesi, uygulanması ve bu yolla barışçıl çözümler ortaya çıkarılması için tüm hukukçuların bu yönteme ilgi göstermelerinin güzel sonuçları beraberinde getireceğine inanıyorum .

Kaynaklar.

***Türk Hukukunda Arabuluculuk- Melis Taşpolat Tuğsavul**

***Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Mevzuatı-Av.Şamil Demir**

***DESEM, AÇMER, DEHAMER Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Ders Notları**

***Pozitif Hayır Deme Gücü-William Ury**

GEÇİCİ HUKUKÎ KORUMA TEDBİRLERİNİN (İHTİYATÎ TEDBİR VE İHTİYATÎ HACİZ) UYGULAMA VE HMK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

1. OTURUM

Av. Ercan DEMİR: Ülke son on yıldır kanunlaşma sürecinin yoğun yaşandığı bir dönemi yaşamakta. Bu süreçte gerek hakim ve savcılarının gerekse biz avukatların mesleki faaliyetimizi yürütmemizde meslek içi eğitim çalışmalarını bilgi ve birikimlerinin paylaşılmasına ilişkin çalışmalar daha yoğun şekilde yapılması ihtiyacını doğurduğu bir dönemdeyiz. Biz de İzmir Barosu olarak mümkün olduğunca yoğun bir şekilde bu tür eğitim çalışmaları daha yoğun ve sık bir şekilde gerçekleştirerek meslektaşlarımızın bu alandaki eksikliklerini mümkün olduğunca gidermeye çalışıyoruz. Bu çalışmaları ne kadar sık yapsak o kadar iyidir diye düşünüyoruz. Dolayısıyla bu çalışmalarda bize meslektaşlarımız, hakim, savcı ve avukat meslektaşlarımızla birlikte, öğretim üyesi meslektaşlarımızın da gönüllü katılımlarıyla sundukları fedakarca bir destek var. Bu desteklerinden dolayı hepsine İzmir Barosu olarak ve meslektaşlarımız adına da, avukatlar adına da teşekkür etmek istiyorum. Bugün çalışmamız Hukuk Muhakemesi Kanunu'ndaki geçici hukuki koruma tedbirleri, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirin uygulaması başlıklı. Ben bugünkü çalışmamıza katılacak olan değerli konuklarımız Prof. Dr. Hakan

* İzmir Barosu'nda 1 Mart 2014 tarihinde yapılan "GEÇİCİ HUKUKÎ KORUMA TEDBİRLERİNİN (İHTİYATÎ TEDBİR VE İHTİYATÎ HACİZ) UYGULAMA VE HMK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ" başlıklı seminerin Av. Fatih KARAMERCAN tarafından yazılı düzenlenmesidir.

PEKCANITEZ'e Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden, yine Bahçeşehir Üniversitesi öğretim üyelerinden Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ'ye, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi Mustafa ATEŞ'e, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Yard. Doç Dr. Sayın Evrim ERİŞİR'e ve yine İzmir Barosu üyesi Sayın Avukat Talih UYAR'a İzmir Barosu adına teşekkürlerimi ve şükranlarımı sunmak istiyorum. Birinci oturumu açmak üzere Sayın Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'i oturum başkanı olarak kürsüye davet ediyorum. Yine konuşmacı olarak Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Sayın Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ'yi ve Dokuz Eylül Üniversitesi öğretim üyelerinden Sayın Yrd. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR'i kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ : Değerli Başkan, değerli meslektaşlarımız, bazı şeyleri söylemek için zamanı daha sonra belki kullanabilirim. O yüzden hemen daha fazla gecikmeden oturumu başlatmak istiyorum. İlk konuşmacımız Sayın Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ. Bize sabahki konuşmasında ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz arasındaki farkları ve sıra cetvelinde karşılaşılan sorunları anlatacak. Eğer mümkünse konuşmalardan beşer dakika azaltabilir, 25 dakika içinde konuşmaları tamamlayabilirsek gecikmeyi de bir ölçüde gidermiş olabiliriz. Hemen sözü Adnan Bey'e bırakıyorum.

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ : Teşekkür ederim sayın hocam. Ben ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz arasındaki farklar ve sıra cetvelinde karşılaşılan sorunlar üzerine açıklamalarda bulunacağım. Tabii anayasanın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti. Hukuk devletin gereklilerinden bir tanesi de devletin vatandaşlarına etkin bir hukuki koruma sağlamasıdır. Hukuki koruma kesin hukuki himaye şeklinde olacağı gibi geçici hukuki himaye şeklinde de olabilir. Geçici hukuki himaye tedbirlerinden en önemlileri iki tanesi ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizdir. Bu uygulamada da en çok karşılaşılan geçici hukuki himaye tedbirlerindendir. Bir konuda dava açılması, tarafların dava konusu mal üzerinde... yetkisini ortadan kaldırmaz. Borçlu veya davalı ileride haksız çıkacağını tahmin ettiği bir dava veya takibin sonuçlarından kurtulmak için bir takım tasarruflarda bulunabilir. İşte geçici hukuki himaye

tedbirleri gerek borçlunun bir takım mallarını elinden çıkarması için yaptığı hareketlerin önüne geçmek için gerekse dava konusu olan şeyin başkasına devrinin önlenmesi, elden çıkarılmasını önlemek için geçici hukuki himaye tedbirleri kabul edilmiştir. Şimdi önce ihtiyati tedbir ve ihtiyati haczin düzenleme yerlerine çok kısa kısa verelim. İhtiyati tedbir, HMK'nın 398 ve devam maddelerinde ihtiyati haciz ise İcra İflas Kanunu'nun 257 ve devam maddelerinde düzenlenmiştir. Öncelikle her ikisinin benzer yönlerine değinmek istiyorum. Aslında her ikisi de geçici hukuki koruma tedbiridir. Hukuki dinlenme hakkı yönünden normal davalara göre farklı bir durum kabul edilmiştir. Taraflar dinlenmeden de hem ihtiyati tedbir hem ihtiyati haczin kabulü mümkündür. Ayrıca benzer bir yön olarak da yaklaşık ispat geçerlidir. Her ikisinde de hem İcra İflas Kanunu'nda da bu konu hem de HMK'da da bu konu düzenlenmiştir. Ben daha çok tabii burada ikisi arasındaki farkın ne olduğu, yani ihtiyati tedbir hangi konularda verilebileceği, ihtiyati haczin de hangi konularda verilebileceği üzerinde durmak istiyorum. İlk olarak şunu belirteyim. Bir kere ihtiyati haciz teminat amaçlı verilir. İhtiyati tedbir ise koruma amaçlı, eda amaçlı ve teminat amaçlı olabilir. Evrim arkadaşımız bu konuda açıklamalarda bulunacak. İhtiyati haczin konusu para alacağıdır. Demek ki bir geçici hukuki himaye tedbiri istendiğinde eğer davanın konusu para alacağı ise başvurulacak yol ihtiyati hacizdir. İhtiyati tedbir talep edilmeyecektir. Eğer paradan başka mallar için bir ihtiyati tedbir talep ediliyorsa veya geçici hukuki himaye tedbiri talep ediliyorsa bu durumda da ihtiyati tedbir söz konusu olur. İhtiyati tedbirin konusu dava konusu olan kural olarak dava konusu olan mal varlığıdır. İhtiyati tedbir kararı verilebilmesi için dava konusu olması gerekir. Uygulamada en çok eskiden beri tereddüt yaratan durum özellikle tazminat taleplerinde, trafik kazalarında tazminat taleplerinde aracın trafik kaydına ihtiyati tedbir mi ihtiyati haciz mi konulması yönünde uyuşmazlıklar çıkmaktadır. Her ne kadar aracın trafik kaydıyla ilgili Karayolları Trafik Kanunu'nda bir düzenleme varsa da bu düzenleme geçici hukuki himaye tedbiri olmadığından dolayı, tazminat alacağı da bir para alacağı olması nedeniyle başvurulacak yol aslında ihtiyati hacizdir, ihtiyati tedbir değil. Dolayısıyla ihtiyati tedbir talep edildiğinde hakimin bunu reddetmesi gerekir. İkinci bir husus tabii onu da belirteceğim. İhtiyati haciz talep edilebileceği bir durumda ihtiyati tedbir ister, hakim

bunu hemen reddetmesi mi gerekir yoksa hakim hukuku resen uygular yani HMK'nın 33. maddesindeki düzenlemeden dolayı, aslında senin talebin ihtiyati haciz ben bu durumda ihtiyati haciz kararı verebilirim demek yerine evet aslında bu durumda HMK'nın 33.maddesine göre hakim bu şekilde bir karar verebilir ama tedbir talep eden veya geçici hukuki himaye talep eden kişi ısrarla ben ihtiyati tedbir istiyorum, ihtiyati haciz istemiyorum derse tabii bu durumda talebi reddetmesi gerekir. İhtiyati tedbir ve ihtiyati haczin sebeplerine de çok kısa olarak değinmek gerekirse, ihtiyati haciz sebepleri sınırlıdır, icra iflas kanunu 257. maddesinde alacak muaccelse, alacak muaccel değilse şeklinde oradaki sebepler de sınırlı olarak ihtiyati haciz verilebileceği kabul edilmiştir. İhtiyati tedbirde ise bir hakkın bulunması ve bir ihtiyati tedbir sebebinin ortaya çıkması ihtiyati tedbir talep etmek için yeterlidir. Burada sınırlandırma yapılmamıştır ama tabii ki 389. Maddedeki şartları taşıması gerekli en azından. Ancak bu durumda ihtiyati tedbir talebi kabul edilebilir. Görevli mahkeme yönünden ikisi arasındaki farkı değinmek gerekirse, ihtiyati hacizde aslında açık bir düzenleme yok. Yani hangi mahkemeden ihtiyati haciz talep edileceği konusunda. Oysa HMK'da ihtiyati tedbir açısından bir düzenleme var. Esas hakkında görevli mahkeme de, dava açılmadan önceki esas hakkındaki görevli mahkemeden dava açıldıktan sonra asıl davanın görüldüğü mahkemeden istenir. Şimdi bu durumda ihtiyati haciz açısından böyle bir düzenleme yok. Orada da esas hakkındaki eğer davadan önce veya takipten önce istenirse bu durumda da aynı kuralı burada da uygulamak gerekir. Esas hakkında görevli mahkeme hangisiyse ihtiyati haczin de bu mahkemeden talep edilmesi gerekir. Yargıtay da özellikle görev konusunda aynı şekilde özellikle dava açıldıktan sonra ihtiyati haciz talep edilmişse veya ihtiyati hacze itiraz edilmişse davaya bakan mahkemeden bunun talep edilmesi yönünde kararları mevcut. Yetkili mahkeme açısından da aynı kuralı getiriyor HMK'nın 390. maddesi. Burada da davadan önce esas hakkındaki mahkeme neresiyse oradan istenecek. Davadan sonrası davaya bakan mahkemeden istenecek. Peki re'sen yetkisizlik kararı verebilir mi mahkeme? Özellikle taşınmazın aynına ilişkin bir talep varsa, taşınmazın aynına ilişkin yetki kesin yetki olduğu için aynına ilişkin taleplerde oradaki istenen ihtiyati tedbir yönünden de mahkemenin resen gözetip burada yetkisizlik kararı vermesi uygun olur, çünkü esasına ilişkin bir talep olduğu için yetkili

mahkeme de taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olduğundan dolayı ayrı bir yerden istenirse mahkeme bu durumda talepten anlıyorsa bu durumda talebi kabul etmemesi uygun olur. İhtiyati haciz açısından baktığımızda olaya uygun bir hüküm var, 258. Madde diyor ki; İcra İflas Kanunu'nun 50. Maddesine atıf yapıyor. 50. Maddeye baktığımız zaman 1086 sayılı HUMK'un yetkiye ilişkin hükümleri kıyas yoluyla uygulanır diyor. Şimdi tabii HMK'nın 447. maddedeki düzenlemeden dolayı burada artık HMK 5 ve devamı maddeleri uygulanacak. Peki ihtiyati hacizde mahkeme yetkiyi re'sen gözetebilir mi? Yani ihtiyati haciz talep edildiğinde ben yetkili değilim diye bu talebi reddedebilir mi? Aslında şimdi ihtiyati tedbirde de var ama ihtiyati hacizde de var. Diyor ki neye itiraz edilebiliyor ihtiyati hacizde? Yetkiye. Demek ki mahkemenin yetkisine itiraz edilebiliyor. Mahkemenin yetkisine itiraz edilebildiğinden dolayı bu durumda aslında mahkemenin yetkiyi resen gözetmeyip ihtiyati haciz talebini kabul etmesi, yetkiye itiraz edilmesi halinde bu durumda yetkiye itirazın yerinde olup olmadığı yönünde inceleme yapılması gerekir. Burada yetkili mahkeme açısından aslında tabii bu HMK 5 ve devamı maddeleri yetkili mahkeme açısından uygulanacak. Tabii 10. Madde açısından burada bir problem var. 10. Maddede önceden sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesi yetkiliydi, HMK'da sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesi yetkisi kaldırılmış ama 50. Maddede sözleşmenin yapıldığı yer icra dairesinin yetkisi bırakılmış. Onun için belki bu durumda ihtiyati haciz yönünden sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesi de yetkili olarak kabul edilebilecek çünkü 50. maddedeki düzenleme hala duruyor, 10. Madde de uygun bir değişiklik yapılmadığı için. Hakemler ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verebilir mi? Hakemler verebilir HMK'nın 414. maddesinde düzenlenmiş. Oradaki koşulların oluşması kaydıyla verebilirler. Ayrıca milletlerarası tahkim kanunu 6. maddesinde de hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verebileceği kabul ediliyor. İhtiyati haciz yönünden İcra İflas yönünden milletlerarası kanunda bu yönde bir açıklık yok. Hakemlerin bu nedenle ihtiyati haciz kararı veremeyeceği sonucuna varabiliriz. Yargılama usulü açısından aslında pek fark yok. Yaklaşık ispat uygulanacağını her ikisi yönünden de belirtmiştik. Karşı taraf dinlenmeden hem ihtiyati haciz hem de ihtiyati tedbir talebi kabul edilebilir. Teminat konusuna gelince teminat açısından bir karşılaştırma yapmak gerekirse, ihtiyati tedbirde de ihtiya-

ti hacizde de teminat gösterilmesi gerekli. Her ikisinin düzenlemesi de farklı. Yani ihtiyati tedbirdeki teminat ile ihtiyati hacizdeki teminata ilişkin düzenleme farklı. Ama her ikisinde de temelde esas olan teminat gösterilmesi. Peki teminat gösterilmesinin istisnaları nelerdir dersek, ihtiyati tedbir açısından resmi belgeye dayanıyorsa teminat göstermeye gerek yok. Yani ihtiyati tedbir talebi resmi bir belgeye dayanıyorsa teminat göstermeye gerek yok. Ayrıca kesin bir delile dayanıyorsa gerek yok. Şimdi kesin delil 6100 sayılı HMK’da senet olarak gözümüze çarpıyor. Senet, yemin ve kesin hükmü belki bunun içinde sayabiliriz Bu durumda bir senede dayanıyorsa bu durumda da teminat gösterilmesi gerek-meyecek veya resmi senet veya kesin delil olan senede dayanıyorsa. Tabii burada senetten bahsediyor. 6100 sayılı HMK’ya baktığımız zaman 199. Madde belge başlığı altında bir düzenleme yapıyor, içinde senedi de sayıyor. Senet olarak sayılmayanların delil başlangıcı olarak kabul edilebilir. Delil başlangıcının söz konusu olduğu hallerde teminat gösterilmesi gerekir sonucuna varabiliriz. Teminat yönünden durum ve koşullar gerektiriyorsa mahkeme gerekçesinde açıklamak kaydıyla ihtiyati tedbir kararı verebilir. Demek ki durum ve koşullar gerektiriyorsa, bunu mahkeme söyleyecek ve bunu gerekçesinde açıklayacak. Ben şu gerekçeyle teminat almıyorum diye bunun gerekçesini göstermesi gerekiyor. İhtiyati haciz açısından olaya baktığımızda ilamlı alacaklarda teminat alınması gerekmiyor. İlam niteliğinde belge ise hakimın takdir hakkı var. Yani teminat alabilir veya almayabilir. Bunun dışında ise teminat alınması gerekiyor. Uygulamada da genellikle %10-15 civarında bir teminat alınıyor. Her ikisinde adli yardım halinde teminattan da muaf kabul ediliyor. Teminat asıl dava ile ilgili ihtiyati tedbir açısından baktığımız zaman asıl dava ile ilgili hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbirin kalkmasından itibaren bir ay içinde tazminat davası açılmazsa teminat iade edilir diyor. İhtiyati tedbir açısından böyle bir düzenleme var. Oysa ihtiyati haciz yönünden teminatın bu şekilde iade edileceğine ilişkin açık bir hüküm yok. Ama ihtiyati tedbir açısından açıkça belirtiyor, diyor ki, hüküm kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbirin kalkmasından itibaren bir ay içinde tazminat davası açılması gerekiyor. Eğer tazminat davası açılmadıysa o teminat aynı zamanda açılacak olan tazminat davasının da teminatını teşkil ettiğinden dolayı bu durumda bu teminat iade edilecek. İhtiyati tedbirde gerekçede devletin de teminat göstermesi ge-

rektiği belirtilmiştir. İhtiyati hacizde teminatla ilgili de birkaç şey söylemek istiyorum. Acaba sözleşmede teminattan muafiyet kaydı varsa bu uygulanır mı? Buna değinmek istiyorum. Yargıtay diyor ki, teminat hem tarafın hem de üçüncü kişilerin uğradığı zararı göstermek üzere gösterilir. Dolayısıyla sadece taraflar değil, taraflar arasındaki sözleşme üçüncü kişilerin uğradığı zarar yönünden, üçüncü kişileri kapsamaz, dolayısıyla teminat üçüncü kişilerin de uyguladığı zarar için de gösterildiğinde teminattan muafiyet kaydının uygulanmayacağını, böyle bir kayıt olsa bile yine de teminat gösterilmesi gerektiğini Yargıtay kabul ediyor ve bu şekilde uyguluyor. Yine bankalar kendi teminat mektuplarını teminat olarak gösterebilirler mi? Burada da hemen Yargıtay'ın yaklaşımını belirtiyim. Yargıtay diyor ki, burada kişi kendi kendisi yönünden teminat veremez, bir başkasının bu teminatı vermesi gerekir, dolayısıyla bir banka eğer ihtiyati haciz talep etmişse kendi teminat mektubunu değil bir başka bankanın teminat mektubunu göstermesi gerekir. Teminattan muafiyete ilişkin özel bir kayıt varsa bu durumda teminat alınmaz. Nerede var? Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'ndan teminat alınmayacağına ilişkin özel düzenleme var. Yine İcra İflas Kanunu 301. maddesinde konkordatonun tashihi talebinin reddi halinde teminat alınmadan ihtiyati haciz verilebileceği açıkça düzenlendiği için bu durumda da teminat alınmayacak. Hemen tamamlayıcı prosedüre değinmek istiyorum ikisi arasındaki fark açısından. İhtiyati tedbir sadece dava yoluyla tamamlanabilir. Yani tamamlayıcı merasim açısından sadece dava yolu öngörülmüştür. İhtiyati haciz ise hem dava yoluyla hem de takip yoluyla tamamlanabilir. Kararın tamamlayan süre açısından kararın uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde dava açılacak ve dava açıldığına ilişkin evrakın kararı uygulayacak makama verilmesi ve belgenin alınması gerekiyor. Aksi halde ihtiyati tedbir kararı kalkıyor. Demek ki burada dikkat edilmesi gereken kararın uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde dava açılacak ve dava açıldığına ilişkin belge o dosyaya konulacak. İhtiyati haciz açısından baktığımızda ise dava ve takipten öncesi haczin uygulanmasından gıyapta ise haciz zaptının tebliğinden itibaren yedi gün içinde takibe geçilmesi veya dava açılması gerekiyor. İhtiyati haciz açısından şu öngörülmemiş İcra İflas Kanunu'nda, dava açıldığına veya takip yapıldığına ilişkin belgenin icra dosyasının içine konulması gerektiğine ilişkin bir düzenleme İcra İflas

Kanunu'nda yer almıyor. ihtiyati tedbir açısından yer almasına rağmen İcra İflas Kanunu'nda yer almıyor. Acaba bu durumda böyle bir belge yer almadığı için dava açılıp açılmadığını bilmeyen icra müdürü ihtiyati haczin dava açılmadığı veya takip yapılmadığını düşünerek ihtiyati haczi kaldırabilir mi, kaldırırsa sorumluluğuna gidilebilir mi? Evet düşünülebilir burada ama en azından bu durumda belki icra müdürüne ihtiyati haczi kaldırması veya ne bileyim uygulanan haczin kaldırılması için takip yapılıp dava açıldığını sorması gerektiği şeklinde bir düzenleme yapılabilir aksi halde böyle bir düzenleme şu anda yok ama icra müdürünün sorumluluğunda bu gündeme gelebilir. İcra müdürünün sorumluluğunda tamamlayan merasim açısından bu şekilde bir fark bulunmaktadır. Dava sırasında alınırsa nihai kararın kesinleşmesine kadar etkisini sürdürür. Yani ihtiyati tedbir dava sırasında alınırsa nihai kararın kesinleşmesine kadar etkisini sürdürecektir, ihtiyati haciz dava sırasında alınırsa esas hükmün tebliğinden itibaren bir ay içerisinde takip yapılması gerekiyor. Aksi halde ihtiyati haciz kalkıyor. İkisi arasında yine bu şekilde bir fark var. Kararın icrası açısından baktığımızda ihtiyati tedbir kararının icrasında taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu şey veya hak üzerinde uygulanır. Bunu icra dairesi veya yazışları müdürü uygulayabilir ihtiyati tedbir açısından değerlendirdiğimizde. Kanun bunu açıkça düzenliyor. Ve verildiği tarihten itibaren bir hafta içerisinde uygulanması gerekiyor. Yani ihtiyati tedbir açısından icra dairesi ve yazı işleri müdürü uygulayabilir ve verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde infaz edilmesi gerekiyor. İhtiyati haczi ise icra dairesi uygulayacak. Verildiği tarihten itibaren on gün içerisinde infaz edilmesi gerekiyor. Aksi halde ihtiyati haciz kararı kalkıyor. Kararın icrasına ilişkin şikayetler açısından da farklılıklar var. İhtiyati tedbirlerde kararın icrasına ilişkin şikâyetler kararı veren mahkemeye yapılırken, ihtiyati haciz kararın icrasına ilişkin şikayetler ise icra mahkemesine yapılacak. İtiraz açısından da ikisi arasındaki farka değinmek gerekirse, ihtiyati tedbirde, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata itiraz edilebiliyor. İhtiyati hacizde de ihtiyati haczin şartlarına, ihtiyati haczin sebeplerine diyor daha çok 265. Madde, yine mahkemenin yetkisine ve teminata. Aşağı yukarı hem ihtiyati tedbir de hem de ihtiyati hacizde itiraz edilecek hususlar aslında birbirine benzer şekilde gösterilmiş ama kapsamları tabii ki farklı. Şimdi ihtiyati tedbirin şartları açısından ihtiyati tedbirin şartlarına itiraz edilebilse,

ihtiyati tedbirin şartları burada inceleme konusu olabilecek, ihtiyati hacizde, ihtiyati haczin sebeplerine itirazda da acaba o 257. maddede belirtilen sebepler var mı yok mu, alacak muaccel mi, teminat alınıp alınmamış mı, bunlar alacak konusu yapılabilecek. Alacağın esasına veya dava konusunun, uyuşmazlığın esasına ilişkin itirazlar ise hem ihtiyati tedbir de hem de ihtiyati hacizde dinlenmeyecektir. İtirazların yetkiye de itiraz edilebileceğini belirttik. Acaba yetkiye itirazlar yetkili mahkemenin gösterilmesi gerekir mi? Gösterilmezse bu yetki itirazı geçersizdir sonucuna varılabilir mi? Şimdi aslında burada mahkeme yetkiye itiraz eder diyor. Sadece bununla sınırlı tutuyor. Dolayısıyla mahkemenin ihtiyati haciz kararı veya ihtiyati tedbir kararı alan mahkemenin veya ihtiyati tedbir kararı veren mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri sürmenin yeterli olarak kabul edilmesi gerekir. Yoksa HMK'nın 19. maddesindeki gibi yetkili mahkeme birden fazla ise o yetkili mahkemeye gösterilmesi gerekir şeklinde bir sonuca gidilemez diye düşünüyorum. Onun için burada yetkisizdir demesi yeterlidir. Mahkeme çünkü yetkili mi değil mi bunu inceleyecek. Yoksa dosya yetkili bu, itirazı yerinde görüp dosyayı yetkili yere göndermeyecek. Yetki itirazını yerinde görürse talebi kabul edecek ve belki ihtiyati tedbiri veya ihtiyati haczi kaldıracak. Teminata itiraz açısından olaya baktığımız zaman ise, şimdi tabii teminatı yetersiz kabul edebilir mahkeme veya hiç teminat alınmamışsa teminat alınmasına karar verebilir. Acaba bu durumda nasıl bir karar verecek veya nasıl hareket edecek mahkeme? Teminat yetersizse veya hiç teminat alınmamışsa, itiraz üzerine teminat alınması sonucuna varırsa ihtiyati haczi kaldıracak mı yoksa teminat göstermesi için diğer tarafa süre verip teminatın tamamlanması halinde itirazı mı reddedecek? Açıklık yok bu konuda kanunda ama bu şekilde hareket etmesi daha uygun olur. Çünkü teminatı bu şekilde tamamlayıp ihtiyati haczin veya ihtiyati tedbirin koşullarını da bu şekilde tamamlamış olacaktır. Bu şekilde hareket etmesinin doğru olacağını düşünüyorum. İstihkak iddiası açısından olaya baktığımız zaman, istihkak iddiası İcra İflas Kanunu'nun 96. maddeye göre yapılacak. İhtiyati tedbirde ise genel hükümler uygulanacak. Yani medeni kanundaki istihkak iddiası ile ilgili menkul davası dediğimiz taşınır davası dediğimiz genel istihkak davası uygulanacak. İhtiyati tedbirin kaldırılması, şimdi, kaldırma açısından şöyle düşünebiliriz. Bir teminat karşılığı kaldırma. Hem ihtiyati tedbirde bu mümkün hem de

ihtiyati hacizde bu mümkün. İhtiyati tedbirde 395. maddeye göre teminat karşılığı ihtiyati tedbirin kaldırılması mümkün, ihtiyati hacizde de İcra İflas Kanunu 266. maddesine göre kaldırılması mümkün. Durum ve koşulların değişmesi nedeniyle kaldırma. Şimdi, durum ve koşulların değişmesi nedeniyle kaldırma aslında HMK'nın 396. maddesinde düzenlenmiş. Oysa durum ve koşulların değişmesi nedeniyle ihtiyati haczin kaldırılması ise İcra İflas Kanunu'nda düzenlenmemiş. Acaba düzenlenmedi diye durum ve koşullar değişirse bu yola gidilemez şeklinde bir yorum yapılabilir mi? Bence bu mümkün değil. Aynı şekilde bu hüküm burada uygulanır. Eğer durum ve koşullar değişiyorsa bir değişiklik varsa bu durumda da aleyhe olan taraf müracaat edip veya talebi reddedilen veya talebi kısmen kabul edilen kişi de burada ihtiyati haciz durum ve koşulların değiştiği gerekçesiyle değişiklik talebinde bulunabilmesi gerekir. Kanun yolu açısından baktığımızda, bu ayrı bir tartışma konusu ve tebliğ konusu onun için şimdilik ihtiyati tedbirde istinaf diyorum. İhtiyati haciz yönünden ise istinafa ilişkin hükümler getirildi ama daha önceden temyize ilişkin hükümler bulunduğu için şu anda ihtiyati hacizle ilgili temyize ilişkin hükümler uygulanmaya devam edecek. Ancak ihtiyati tedbir açısından şimdilik en azından geçtiğimiz Cuma günü içtihadı birleştirme kararı çıktığından dolayı, ihtiyati tedbire ilişkin kararların temyiz yoluyla Yargıtay'a götürülmesi mümkün olmayacak. İştirak konusuna da bir cümle değinip tamamlamak istiyorum. İhtiyati tedbirin hacze iştiraki mümkün değildir. Yargıtay'ın eskiden beri yaklaşım ve uygulaması bu yöndedir. Sadece bir kararı vardır istisna niteliğinde. O kararında İhtiyati tedbirin de iştirak edileceğine ilişkin bir ifade yer alıyor. Ama bunun dışında Yargıtay tüm kararları istikrarlı bir şekilde devam ediyor ve İhtiyati tedbirinin hacze iştiraki mümkün değildir diye kabul ediyor. Onun için İhtiyati haciz kararı alınması gereken yerlerde aslında İhtiyati tedbirin kararı alınması bir yerde hacze iştirakin de önüne geçeceğinden dolayı özellikle avukatların talepte bulunurken eğer İhtiyati haciz para alacağı ise İhtiyati haciz talep etmesi gerektiğini, bu şekilde talepte bulunmasının daha uygun olduğunu, bu şekilde İhtiyati haczin hacze iştirak edilebileceğini belirtiyim. İhtiyati hacizde hacze iştirak konusunda İcra İflas Kanunu 268. maddesinde açık düzenleme var. Burada İhtiyati haczedilen bir mala daha sonra İİK veya başka kanunlara göre bir kesin haciz konulursa İhtiyati haciz sahibi alacaklı bu kesin hac-

ze kendiliğinden iştirak eder. Tabii iştirak için aslında 2003 yılına kadar yani, İcra İflas Kanunu'nda 4949 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmıyaya kadar 100. madde koşulları aranmıyordu, şimdi 100. madde koşulları aranıyor. 100. madde koşulları arandığından dolayı İhtiyati haczin kesin hacze iştirakinde de aslında uygulama alanı daralmış görünüyor. Çünkü 100. Maddenin uygulama koşullarını yerine getirmek kolay değil. 100. Maddedeki özellikle öncelik koşulunun yerine getirilmesi mümkün gözüküyor. İştirake ilişkin sürem tamam olduğu için girmeyeceğim ayrıntısına ama soru olursa ayrıca cevaplandırırım, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Evet, ben de kendisine teşekkür ediyorum. İhtiyati tedbirle, ihtiyati haciz arasındaki fark 90 yıldır uygulanan iki kanun maalesef bugüne kadar oturtulamamıştır. İhtiyati haciz yerine İhtiyati tedbir, İhtiyati tedbir yerine İhtiyati haczi istiyoruz, veriliyor ve uyguluyoruz. Bu kadar basit iki kurumu birbirinden ayırt edememişiz. Burada bana göre herkesin sorumluluğu var. 2004 yılında İcra İflas Kanunu değiştirilirken artık bu konuda tereddüt edilmesin diye İcra İflas Kanunu'na para diye kocaman yazıldı. Bu şu anlama geliyordu artık, para ise İhtiyati haciz, para dışında kalan tüm tedbirler ise, korumalar ise İhtiyati tedbir. Hiçbir şey değişmedi. HMK'da bu ayırım daha da bariz hale geldi, şimdi bakıyoruz yine hiçbir şey değişmedi. Öğrenci yapsa bu hatayı mutlaka gaf yaptı, esas hatası, daha en basit şeyi cevaplayamadı diye sinirlenirsiniz ama bunu 20 yıldır artık farkları budur diye söylendiği halde yine hiç umursamadan ikisi birbirine karışıyor. Hatta öyle birbirine karıştırıyoruz ki, kimse bunu anlamasın diye mahkemeden şu tedbir talep ediliyor. İhtiyati tedbir zımında İhtiyati haciz istiyor. Veya tam tersine İhtiyati haciz zımında İhtiyati tedbir istiyor. Ne idüğü belirsiz, hibrit bir tedbir türü. 9. Hukuk Dairesi de bunun üzerine coştı, geçenlerde verdiği kararda diyor ki, efendim ihtiyati tedbir diyor, İhtiyati haczin hafifletilmiş halidir. Dolayısıyla sen İhtiyati haciz istiyorsun ama İhtiyati haczi verebilen bir olayda ben İhtiyati tedbiri daha hafif olduğu için çoğu veren azı verebilir düşüncesiyle ben bu kararı verebiliyorum diyor. Şimdi pes diyorsunuz artık. Bu kadar basit bir şeyi bizim aslında bugün tartışmayıp da çok daha farklı şeyleri değerlendirmemiz gerekir. Ama maalesef doksan yıldır bu basit iki tedbiri ayırt edememişiz hala bunu nasıl ayırt edileceği konusunda tartışıyoruz. Bunun pek çok sebebi

var. Daha hukuk fakültesindeki eğitiminden başlayan sebepleri var, işte en yukarılara kadar bu çıkıyor. Bu değişmediği sürece istediğiniz kadar kanun değiştirin. O zaman bunun değişmesi için gereken diğer koşulları halletmemiz lazım. Bir kere lafız hukukçusu olmaktan çıkmamız lazım. Sadece lafza bakarak olay çözen insanlar değil, sadece kavramlar üzerinden değil, gerçekten yorum yapabilen, muhakeme yapabilen insanlar yetiştirmeliyiz. Kanunlarımızda da karıştırmışız. İşte tasarrufun iptali davalarında hem İhtiyati haciz hem İhtiyati tedbir veriliyor. Böyle bir şey olur mu? Olmaz. Ama Yargıtay yıllardır sürekli olarak bunu tekrarlıyor. Hem İhtiyati tedbir hem İhtiyati haciz. Bir tanesi yetmiyor.

Yard. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR: Değerli hocam çok teşekkür ederim. İzmir Barosu'na, başta sayın Başkana, yönetim kurulu üyelerine ve değerli meslektaşlarıma, hocalarıma, sevgili öğrencilerimize teşekkür ediyorum. Hepiniz hoş geldiniz.

Ben de ihtiyati tedbir türlerini size arz etmeye çalışacağım.

Hocamın ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz arasındaki ayrımın netleştirilememesine dair getirdiği eleştiriye başka bir açıdan yaklaşacağım. Bugüne kadar yaklaşık doksan yıllık uygulamada biz geçici etkileri olan düzenlemeleri hep ihtiyati tedbir olarak nitelendirdik. Aile hukukundaki geçici önlemleri ihtiyati tedbir oldu; iflasın ertelenmesi yargılanmasında ihtiyati tedbir denildi; İcra ve İflas Kanunu'nda geçici etkileri olan düzenlemeler ihtiyati tedbir olarak nitelendirildi. Geçici hukuki korumada uygulamada yaşanan sorunlardan bir tanesi de, neyin ihtiyati tedbir, neyin geniş anlamda geçici hukuki koruma, neyin çekişmesiz yargı işi olduğunun ayırt edilememesinde kendini gösteriyor. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 406. maddede geçici hukuki korumayı üst başlık haline getirerek ihtiyati tedbirin kapsayıcı özelliğine son verdi. Bu suretle, artık geçici hukuki korumanın ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve özel kanunlarında düzenlenen geçici hukuki korumalar olarak üçe ayrıldığı net bir şekilde ortaya konuldu. İhtiyati tedbirler yalnız ve yalnız dava şeklindeki bir hukuki korumanın yani çekişmeli yargının geçici hukuki koruma türüdür. Bunun dışında, aile hukukunda, İcra ve İflas Kanunu'nda, çekişmesiz yargı işlerindeki geçici hukuki korumalara ihtiyati tedbir denilmeme-

si gerekir. Çünkü ihtiyati tedbir denildiği andan itibaren geçici hukuki koruma, HMK 389 ve devamındaki rejime tabi olacak, örneğin disiplin hapsi gündeme gelebilecek. İhtiyati tedbir yerine, örneğin boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici hukuki korumaları, bilhassa 169. maddede ifadesini bulan önlemleri, geçici önlem olarak kavramlaştırmak daha doğru olur diye düşünüyorum.

İhtiyati tedbir türlerini nasıl sınıflandıracağız? İlk bakışta bu konu tamamen pedagojik amaçlı bir konuymuş gibi düşünülebilir, konunun münhasıran teorik olduğu düşünülebilir ama pek öyle değil. Uygulamada henüz çok yansıma bulmadığını düşündüğüm, 390. maddenin 3. fıkrası şöyle: Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve ihtiyati tedbir türünü açıkça belirtmek zorundadır. Tedbir türü, Ekim 2011'den sonra artık ihtiyati tedbir dilekçesinin zorunlu içeriği haline getirilmiştir. Başka bir söyleyişle, tedbir talep eden, sadece somut tedbiri değil, aynı zamanda ne tür, yani nasıl bir etkiye sahip bir tedbir talep ettiğini belirtmek zorundadır. Keza hakim de 391. maddenin 2. fıkrası gereğince ihtiyati tedbir kararında ne tür bir tedbire karar verdiğini de belirtmelidir. Yani sadece taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlıkta tasarruf yetkisi sınırlandırılması getirilmesi yeterli değildir kanuna göre. Aynı zamanda bunun ne tür bir tedbir olduğunun da ifade edilmesi gerekir. Uygulamaya dair gözlemim, davadan önce ihtiyati tedbir talep edildiğinde, ihtiyati tedbirin koşullarının iddia ile yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmeye çalışılıyor, dava dilekçesinden ayrı bir dilekçe verildiği yönündedir. Buna karşılık dava dilekçesi ile birlikte ihtiyati tedbir talebinde bulunduğunda, yalnız dilekçenin sağ üst köşesine ihtiyati tedbir taleplidir veya ihtiyati haciz taleplidir ifadesi ile yetiniliyor. Halbuki mahkemeden asıl hukuki koruma ile birlikte geçici hukuki koruma talebinde de bulunulduğuna göre, bunun koşullarının da tıpkı davadan önce olduğu gibi iddia ve yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmesi gerekir. Kanaatimce yeni, asıl davadan ayrı bir yargılama başladığı için, bu müstakil talebin özel koşullarının hakim tarafından asıl davadan ayrı olarak incelenmeli ve gerekçeli olarak da karar bağlanmalıdır.

Eğer birden fazla ihtiyati tedbir türünden bahsedeceksek, ihtiyati tedbir türlerinin, koşullarının, yargılamasının birbirinden farklı olması

gerekir. Her ihtiyati tedbir yargılamasında aynı koşullar aranacaksa, ihtiyati tedbir türlerini de birbirinden ayırmaya gerek olmayacaktır. Doktrinde yapılan en temel tasnif olan teminat, eda ve düzenleme amaçlı ihtiyati tedbir türlerinin birbirinden ayırt edilmesinde de bu farklı koşulların mevcut olması gerekir. İhtiyati tedbir türlerini birbirinden ayırt edebilmek için somut bir kritere ihtiyaç bulunmaktadır. Bugüne kadar hep tedbirin yöneldiği amaç, ulaşmak istenen hukuki korunma hedefi esas alındı: Teminat amaçlı, düzenleme amaçlı, eda amaçlı tedbirlerden söz edildi. Kanaatimce amaçtan ziyade tedbir kararının ne şekilde icra edileceği ve bu icranın nasıl bir hukuki sonuç ortaya çıkaracağı, başka bir söyleyişle aleyhine tedbir kararı verilen kişinin hukuk alanına ne kadar yoğun bir müdahalede bulunacağına göre bir ayırım yapmak gerekir. Tedbirin meydana getireceği etkiye göre de, ihtiyati tedbirleri teminat ve eda olmak üzere iki ayrı türe ayırabiliriz.

Teminat tedbirlerine temas etmek istiyorum. Teminat tedbirleri, para alacağı dışındaki tüm hakların müstakbel icrasını davadan önce veya dava sırasında güvence altına almaya hizmet eder teminat tedbirleri, yani statükoyu korumaya çalışır. Asıl dava hakkında karar verilebilirliğinin yolunu açık bırakmaya çalışır. Tasarruf ilkesinin, yani talepten başka bir şeye karar verilememesi ilkesinin teminat tedbirlerinde daha esnek değerlendirilebileceği kanaatindeyim. Tedbir dilekçesinde, tedbir türünü belirtmek zorunlu olmakla beraber, tedbirin somut içeriğinin de belirlenmesinin gerekli olmadığını, hatta somut bir tedbir belirtilmiş olsa bile davadan farklı olarak talebe paralel başka bir teminat tedbirine karar verilebileceğini düşünüyorum.

Yansındaki Yargıtay kararına konu olan olayda bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinden ötürü mülkiyetin geçirilmesi talebi, yani şahsi talep hakkı ileri sürülüyor. Talep sahibi, henüz malik sıfatına sahip değil ve uygulamada yaygınlık kazandığı üzere taşınmazın üçüncü kişiye devrinin önlenmesi amacıyla bir ihtiyati tedbir talep ediyor. Bu ihtiyati tedbir türü, ferağdan men şeklinde ifade ediliyor. Talebi reddeden yerel mahkemenin kararı, dava konusu taşınmazla ilgili olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerektiğinden bahisle Yargıtay'ca bozuluyor. Bu karardan da anlaşılabileceği üzere, uygulamada yalnız ferağdan men şeklinde teminat

nat tedbirlerine itibar edilmektedir. Ben buna bir eleştiri getirmek istiyorum. Çünkü ferağdan men, Türk Medeni Kanunu'nda ya da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenen bir teminat tedbiri türü değildir. Yargıtay kararına konu olayda olduğu gibi, henüz malik sıfatına sahip olmayan bir kişi, mülkiyetin geçirilmesi talebini, yani bir şahsi talep hakkı ileri sürdüğünde, Türk Medeni Kanunu bu talebin çekişmeli haklar şerhiyle karşılanacağını 1010. maddesinde açıkça hükme bağlamış. 1011. maddede ise aynı talep hakkına, örneğin muvazaaya dayanan tapu kütüğünün düzeltilmesi davasında, geçici tescil şerhi öngörülmüş. Türk Medeni Kanunu m. 1010 ve 1011'de ileri sürülen talep hakkına göre bir ayırım yapıldığını görüyoruz. Şerhler, ferağdan mene göre çok daha hafif etkileri olan ihtiyati tedbirlerdir. Çünkü her iki teminat tedbirinde de yalnız bir munzam etki söz konusu olup, şerhler taşınmazın devredilmesine engel teşkil etmez. Şerhlerden sonra taşınmazı iktisap edenlere karşı şahsi veya aynı talep hakkı ileri sürülebilir hale gelir. Bu türden teminat tedbirlerinin de yaygınlık kazanması gerektiğini düşünüyorum. Özellikle henüz malik sıfatına sahip olunmayan bir dönemde doğrudan ferağdan men kararı vermek yerine, çekişmeli haklar şerhinin taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamaya daha çok hizmet edeceği düşüncesindeyim. Ferağdan men tedbir ile ilgili ne HMK'da ne TMK'da doğrudan bir düzenleme var. Birazdan eda tedbirlerinde de bahsedeceğim, HMK m. 391 çok önemli bir düzenleme kanaatimce. Artık hakime her türde ve her içerikte ihtiyati tedbir kararı verebilme yetkisi tanınıyor. Eğer talep sahibinin menfaatleri ağır basıyor ise en ağır teminat tedbiri olan ferağdan mene TMK'da açık bir düzenleme olmasa da HMK m. 391'e göre karar verilebilir. Burada şuna dikkat etmek gerekir: Çekişmeli haklar ile geçici tescil, birer şerhtir. Fakat ferağdan men bir şerh olarak düzenlenmediği için ferağdan menden sonra uygulanan bir hacze karşı aynı etkinin meydana gelmesi mümkün değildir. Buna karşılık Ağustos 2013'de yürürlüğe giren yeni Tapu Sicil Tüzüğü'nün 49. maddesi, tasarruf hakkını yasaklayan şerhler altında ihtiyati tedbir için mahkeme kararı ve yazısını da saymış. Demek ki artık yeni Tapu Sicil Tüzüğü'ne göre ferağdan men, bir ihtiyati tedbirin de ötesinde bir şerh özelliği kazanmış. Kanaatimce Tapu Sicil Tüzüğü, ferağdan meni bir şerh niteliğinde kabul etmeyen Türk Medeni Kanunu m. 1010 ve 1011'e aykırı. İçtihat yoluyla veya bir alt düzenlemeyle şerh niteliğinde

yeni bir kategori yaratılamaz. Yönetmelik yürürlükte olduğu sürece çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhiyle birlikte artık ferağdan menin de bir şerh niteliğine sahip olduğunu ve kendisinden sonra konan hacizleri, davanın lehe sonuçlanması ile birlikte ortadan kaldırılabileceğini söyleyebiliriz.

Eda tedbirleri, belki de teminat tedbirlerinden daha çok tartışmamız gereken bir konu. Çünkü yaklaşık 90 yıllık uygulamada şöyle bir temel ilke yerleşmiş, doktrinde hakim görüş olmuş idi: Davanın esasını çözer ya da böyle bir sonuç doğuracak ihtiyati tedbir kararı verilmez. Uyuşmazlığı çözer nitelikte ihtiyati tedbir kararı verilemez, yargılamayı gerektiren hallerde ihtiyati tedbir kararı verilemez, asıl dava sonucunu öne çeken ihtiyati tedbir kararı verilemez. Asıl dava sonucunu öne çekme etkisine sahip bir ihtiyati tedbir kararı verilebilir mi sorusuna yanıt ararken, teminat tedbiri yanında ayrıca eda tedbirinin de caiz bir ihtiyati tedbir türü olup olmadığı sorusuna yanıt aranmış oluyor.

Kanaatimce eda tedbiri birazdan açıklayacağım gerekçelerle hukuka uygun bir ihtiyati tedbir türüdür. Fakat bugüne kadar neden eda tedbirlerine karşı çıkıldı, asıl dava sonucunu öne çeken ihtiyati tedbirlerin neden kabul görmediğinin gerekçelerini sıralamak isterim. Bir kere, geçici hukuki korumada asıl hukuki korumanın konusu olan hakka ilişkin değil, mevcut veya müstakbel asıl yargılamaya dayanan usuli bir statükonun güvence altına alınmasının söz konusu olduğu; geçici icra ile -eda tedbiri kararı verildiğinde bunun bir de cebri icra safhası gündeme gelecek- bu usuli statükonun muhafaza edilmesinin aşıldığı, hak sahibi olduğunu iddia eden lehine değiştirildiği ifade ediliyor. İkinci olarak, hukuki korumanın ancak asıl dava ile karşılaştırıldığında içerik itibarı ile daha azı sağlanıyorsa bunun bir geçici hukuki koruma olduğu, teminatı aşan edaya yönelik bir ihtiyati tedbir kararı verildiğinde ise geri kalmak bir kenara onun ikame edildiği belirtiliyor. Üçüncü gerekçe, asıl dava reddedildiğinde geri alınabilecek, yani eski hale iade edilebilecek ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Eğer tedbir eski hale iade edilemezse, yine kaim olma, yani hukuki korumanın yerine geçmenin söz konusu olabileceği söyleniyor. Son olarak da hukuki dinlenilme hakkının ertelenip ispat öl-

çüsünün düşürülmesi suretiyle yargılama garantilerinin zayıflatıldığı bir yargılamada verilen karar ile telafisi olanaksız sonuçlar yaratılmamalıdır. Her şeyden evvel şu soruya yanıt aramamız gerekir: Acaba maddi hukuk kurallarında eda tedbiri sonucu yaratacak düzenlemeler var mıdır ve HMK eda tedbirlerine nasıl yaklaşmaktadır? Asıl dava sonucunu öne çeken ihtiyati tedbirlerin çok sayıda pozitif dayanağını ortaya koyabiliriz. Türk Medeni Kanunu'nun 332 ve 333. Maddelerine göre, nafaka davalarında, soy bağı tespit edilirse veya babalık davası ile birlikte nafaka istenirse hakimın babalık olasılığını kuvvetli bulması halinde hükümden önce uygun bir nafakaya karar verebilecek olması; yine 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nda gerek haksız fiil sorumluluğunda gerekse sözleşme sorumluluğunda bir miktar paranın geçici olarak ödenmesi; Türk Ticaret Kanunu'nun 61. maddesinde haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabetin önlenmesi, yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesi açıkça eda tedbirine işaret ediyor. Bunun dışında daha pek çok örnek verilebilir, grevin durdurulması, lokavtın durdurulması asıl dava sonucunu tamamen öne çıkan, adeta nihai hukuki korumayla eşdeğerde bir hukuki koruma sağlayan eda tedbirleridir. Bir görüş diyor ki, yalnız maddi hukuk kurallarında açıkça düzenlenen hallerde eda tedbiri kararı verilebilir, açık bir düzenleme yok ise yalnız teminat etkisi olan bir tedbir kararı verilebilir. Az önce arz ettiğim gibi, HMK m. 391 her türlü ihtiyati tedbir kararı verilebilme yolunu açtığı için kanaatimce maddi hukuk kurallarında açıkça düzenlenmeyen hallerde de asıl dava sonucunu öne çeken tedbir kararı verilebilir. Nitekim 391. maddede bir işin yapılması, bir işin yapılmaması ihtiyati tedbirin içeriğine örnekseyici bir şekilde ifade etmektedir. Bir işin yapılması, bir işin yapılmaması, teminattan ziyade eda tedbirinin konusunu oluşturur.

Eda tedbirleri, kanuni düzenlemelerin dışında şu şekilde de temellendirilebilir: İhtiyati tedbirin engel olmak istediği o kadar farklı türde tehlikeyle karşı karşıya kalınabilir ki, bazı hallerde teminat tedbirleri tehlikeyi bertaraf etme noktasında elverişsiz olabilir. Örneğin bir işin yapılmaması, yani men taleplerinde, markanın kullanılmaması, coğrafi işaretin kullanılmaması gibi hallerde, teminat altına alma, işin mahiyeti gereği mümkün olmayabilir. Sonra, tedbir isteyenın vücut bütünlüğü-

nün zarar görmesi ya da hayatını kaybetmesi tehlikesi varsa: Bir para alacaklısını düşünelim, alacaklının elinde bono var ama ölümcül bir hastalığa duçar olmuş, tedavisi için acilen bir miktar paraya ihtiyaç duyuyor. İhtiyati haciz kararı verildiğinde yalnız alacağını borçlunun mal varlığından tahsil edebilmeyi güvence altına alırken, eda tedbiri kararı verildiğinde en azından tedavi giderlerini karşılayabilecek. Deyim yerindeyse su üstünde kalabilecek, boğulmasına engel olabilecek bir geçici hukuki korumaya kavuşacaktır. Sonra, hocamın ifade ettiği gibi artık etkin hukuki koruma garantisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında sıkça dile getiriliyor. Yalnız hak arama hürriyetini düzenlemek yetmez, aynı zamanda hukuki koruma araçlarının etkinleştirilmesi için ilave usuli müesseselerin de ihdas edilmesi gerekir ki, bunların başında geçici hukuki koruma geliyor. Geçici hukuki korumaya konu itibariyle bir sınırlama getirildiği takdirde, hukuki korumanın o konu bakımından etkinliği de ortadan kaldırılmış oluyor. Yine zayıfın korunması düşüncesi, sosyal devlet ilkesinden hareket ettiğimizde de, eda tedbirlerinin pozitif hukuk kuralları dışında aynı zamanda anayasal temeli bulunduğu dahi söyleyebiliriz.

Getirilen eleştirilerden biri de, eda tedbirlerinin nihai etkiler gösterebileceğidir. Evet gerçekten gösterebilir. Şu örneklerle baktığınızda eda tedbirinin nihai etkiler göstermesi dışında başka bir seçeneğin olmadığını göreceğiz. Varsayalım ki bir yaz düğünü için bir otelle anlaşma yapılmış olsun ve düğünden birkaç gün önce havuz başı yerine kapalı salonda hazırlık yapılmaya başlansın. Bir dava açıldığı takdirde bu davanın Türkiye koşullarında en aşağı beş altı ay süreceğini düşünecek olursak, hukuki korumanın sağlanabileceği yegâne zaman dilimi düğün tarihine kadar dönemdir. Eda tedbiri dışında hukuki koruma sağlamaya muktedir başka hiçbir hukuki yol bulunmamaktadır. Nihai etki gösterebilecek eda tedbirine konu olabilecek somut olayları şu şekilde sıralayabilirim: Önceden biletleri satılan bir konserden birkaç gün önce organizasyon şirketine konsere çıkmayacağını belirtmesi. Anonim şirketlerde sermayenin en az 1/10'unu, halka açık şirketlerde 1/20'sini oluşturan pay sahiplerinin genel kurul gündemine madde eklenmesi talebinin yönetim kurulu tarafından reddedilmesinden veya isteme yedi gün içinde olumlu cevap verilmemesinden kısa bir süre sonra genel kurulun yapılacak ol-

ması. TTK m. 411-412’de azınlığın mahkemeye başvurulabileceğinden bahsediliyor ama davanın genel kurul yapılana kadar sonuçlandırılması mümkün olmayacak. Birkaç gün içinde kanun dışı bir grev veya lokavtın yapılabilir olması, bir ressamın rızası alınmadan bir hafta sonra yapılacak bir müzayede kataloğuna resminin konulması, yerleşim yerlerine yakın mesafede faaliyet gösteren bir otelin yaz günlerinde aralıksız yüksek sesle müzik yayını yaparak çevredeki yazlık site sakinlerini rahatsız etmesi... Tüm bu olaylarda, nihai etkileri olan eda tedbirleri dışında başka bir hukuki koruma yolu bulunmamaktadır.

Peki bu türden ağır, karşı tarafın hukuk alanına yoğun müdahalede bulunma potansiyeli taşıyan eda tedbirlerini hangi koşullarda karar verilebilir? Etkin hukuki koruma aynı zamanda dengeli bir hukuki koruma olduğu için aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilene de birtakım güvencelerin sunulması gerekir. Bu güvenceler de şu şekilde özetlenebilir: Bir kere ispat ölçüsü yükseltilmelidir. Teminat tedbiri yargılamasına göre, ihtiyati tedbirin koşulları olan maddi hukuk talebi ve tehlikeli halin, yani ihtiyati tedbir sebebinin ispatında daha sıkı davranmalıdır. Zaruret hali dışında teminat miktarı yükseltilmelidir. Hukuki dinlenilme hakkı ertelenmeden mutlaka karşı taraf dinlenerek ihtiyati tedbir kararı verilmelidir. Ve teminat tedbirlerinden ve davadan farklı olarak, tedbir kararı verilmesinin karşı tarafa verebileceği zararlarla, tedbir talebinin reddedilmesinin talep sahibine verebileceği zararlar tartılmalı, ağır basan talep sahibinin uğrayabileceği zararlarsa, eda tedbiri kararı verilmelidir.

Son bir konuya değineceğim: Türk Borçlar Kanunu’nun yeni 76. maddesi. Geçici ödemeler kenar başlığını taşıyor. Son derece önemli bir hüküm. Zarar gören iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar bulunduğu, ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hakimın istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebileceğini hükme bağlıyor. Bu hükmün hukuki niteliğine ilişkin yoğun tartışmalar var. Bazı maddi hukukçular, geçici ödemenin hukuki niteliğinin bir ön ödeme, avans ödemesi olduğunu belirtiyorlar. Kanaatimce, geçici ödeme gerek haksız fiil gerekse sözleşme sorumluluğunda bir eda tedbiridir. İlk bakışta hükmün haksız fiil sorumluluğunda uygulama alanı bulacağı düşünülebilirse de, Türk Borçlar Kanunu m. 114/2’nin atfıyla sözleş-

meden doğan tazminat taleplerinde de hüküm uygulama alanı bulabilir. Hükümde yalnız davacı ve davalı ifadelerine yer verilmesi nedeniyle, acaba yalnız tazminat davası ile birlikte veya dava devam ederken mi bu türden bir ihtiyati tedbir mi talep edilebilecektir? Kanaatimce burada klasik ihtiyati tedbir anlayışından ayrılmayı haklı kılacak bir neden bulunmamaktadır. Davadan önce de ihtiyati tedbir istenebilmelidir. Hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde davacı ve davalı ifadeleri kullanılmaktadır. Ancak davacısı ve davalısı olmayan çekişmesiz yargı da bir hukuki koruma aracıdır. Hangi koşullarda böyle bir ihtiyati tedbir kararı verilebilir? Bir kere, tazminat talebinin haklılığının ispat edilmesi gerekir. İkincisi de zaruret hali. Zaruret halinden, alınmasının tedavi giderlerini karşılayamayacak olması, geçimini temin edemeyecek olması anlaşılmalıdır. Bir nevi tedbir nafakasına benzer bir durumun yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmesi gerekir. Burada haksız fiil sonucu içine düşülen ekonomik durum değil, talep sahibinin haksız fiil öncesindeki ekonomik durumu esas alınmalıdır. HMK madde 392 haki-me tedbir yargılamasında teminattan muaf tutma yetkisi veriyor. Bu yetkinin geçici ödeme kararında kullanılabileceğini düşünüyorum. Çünkü zaruret halinde olan, belli bir miktar ödeme yapılmasına acilen ihtiyaç duyan kişinin teminat yatırmasının mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Ne miktar tazminata hükmedilebilir? Sadece zaruret halinin aşılmasını sağlayacak miktara. Bunun için kişinin kendisiyle birlikte ailesinin ihtiyaç duyduğu meblağın belirlenmesini gerekecek. Her halükarda asgari ücret miktarı kadar bir ödeme yapılması düşünülebilir. Fakat alacak asgari ücretten yüksek ise ve zaruret halinin aşılması için daha yüksek bir ödemeye ihtiyaç duyuluyor ise bu miktarın da ödenmesine karar verilebilmelidir. Gerektiğinde asıl dava sonucunun tamamen öne çekilmesi de düşünülebilir. Tedbir kararının icrası hakkında Yargıtay'ın yeni bir kararı var. Yargıtay, ilamsız takipte bulunulmasını arıyor. Ancak ihtiyati tedbir kararlarının icrasında kanaatimce, ödeme veya icra emri prosedürünün açılmasına gerek yok. Doğrudan kararın icra edilmesi mümkündür. Tedbir kararının ilam niteliğinde olup olmadığının tartışılmasına kanaatimce gerek yok. Uygulanacak haczin, kesin haciz mi, geçici haciz mi yoksa ihtiyati haciz mi olduğu tartışılabilir. Amaç alacaklıyı alacağına geçici olarak kavuşturmak ise kesin haciz dışında başka bir seçenek yok. Çünkü satış isteme yetkisi veren hukukumuzda yalnız kesin hacizdir. İh-

tiyati tedbirin icrası için konulan kesin haczin, kendisinden önce konulan kesin hacze iştiraki mümkün olup olmayacağı tartışılabilir. İhtiyati tedbir kararı ilam olarak kabul edilse bile, İcra ve İflas Kanunu 100. maddede dava üzerine alınan ilamdan söz edildiği için, sonradan konulan kesin haciz ihtiyati tedbir kararını işlevsiz kılabilir. Tereddüdü ortadan kaldırmak bakımından İcra ve İflas Kanunu 100. maddede yapılacak bir değişiklikle Türk Borçlar Kanunu m. 76'ya göre verilen ve icra edilen ihtiyati tedbirler hacze iştirakinin düzenlenmesi uygun olacaktır. Davadan veya icra takibinden önce Türk Borçlar Kanunu m. 76'ya göre bir ihtiyati tedbir kararı alındığında bunun tamamlayıcı merasiminin nasıl olması gerekir? Hükümde esas hakkında davanın açılması, davacı ve davalı ifadeleri kullanıldığı için lafzi yorum yapıldığında tamamlayıcı merasim çerçevesinde artık ilamsız takip yoluna başvurulamayacağı, yalnız alacak davası açılabilceği düşünülebilir. Ancak alacaklıya dava açmak ve takip yapmak üzere seçim hakkı veren İcra ve İflas Kanunu 263 dikkate alınarak hükmün genişletici yoruma tabi tutulması mümkündür. Tedbire muhalefete ilişkin HMK m. 398'in para alacaklarında eda tedbirleri bakımından yeniden ele alınmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Çünkü bir yandan borçluya tüm aşamaları tüketilerek cebri uygulanacak, diğer yandan da ödeme yapmayan borçlu disiplin hapsine mahkûm edilecek. HMK m. 398'in uygulama alanının para alacağı dışındaki ihtiyati tedbirlerle sınırlandırılması uygun olacak. Son olarak, ihtiyati haciz ile birlikte Türk Borçlar Kanunu m. 76'ya göre eda tedbirinin nasıl istenebileceğini tartışabiliriz. Şu örnekten hareket edelim: A'nın B'den 5000 lira alacağı olsun. Birinci ihtimalde, terditli talepte bulunulabilir. Alacaklının geçiminin temin edilebilmesi için 1000 liranın tedbiren ödenmesi; olmadığı takdirde, yani eda tedbiri reddedilmesi ihtimalinde, 5000 lira için ihtiyati haciz karar verilmesi talep edilebilir. Her iki geçici hukuki koruma birlikte talep edildiğinde ise 1000 lira için eda tedbiri, geriye kalan 4000 lira için ihtiyati haciz istenebilir. 1000 lira için eda tedbiri ve 5000 lira için ihtiyati haciz talebi hukuka uygun değildir. Çünkü 1000 lira için zaruret halini ispat edebilen ve eda tedbirine müstahak olan alacaklının, aynı alacak dilimi için borçlunun malvarlığına ihtiyati haciz yoluyla ikinci bir cebri icra uygulatmakta hukuki yarara sahip değildir. Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Evet, ben de teşekkür ediyorum hem süreye uyduğunuz için hem de pek çok yeni şeyi bize aktardığınız için. Sabah ki oturumda konu olarak öngörülmemiş ama bir dakikayla bir ilave yapmak istiyorum. Biliyorsunuz geçici hukuki koruma önlemlerinden bir tanesi de tartışmalı ama delil tespiti. Delil tespitini de bir tür geçici hukuki koruma öneli sayıyoruz. En azından bazı yazarlar böyle kabul ediyor. Ama bugün bu geçici hukuki koruma tedbirleri içinde delil tespitini değerlendirmedik. Belki delil tespitini değerlendirmemiz bir kayıp değil, çünkü biz uygulamada gerçekte delil tespiti istemiyoruz ve delil tespiti de yapılmıyor. Yine 1927 yılında beri yürürlükte olan HUMK arkasından HMK delil tespitinin farklı şekilde yapılacağını söylüyor. Kanun diyor ki, özellikle bir kimsenin yokluğunda delil tespiti yapılmış ise, dikkat buyurun yeni kanunda da aynı hüküm var, 403. maddenin son cümlesi, kendiliğinde o raporu, yani bilirkişi eğer delili tespit etmiş ise, delil tespitine ilişkin tespit edilen raporu karşı tarafa tebliğ eder, yokluğunda yapılmışsa. Karşı taraf bu kendisine tebliğ edilen rapora karşı bir hafta içinde itiraz eder. İtiraz üzerine bu delil tespiti talep eden mahkeme oturur bunları inceler, değerlendirir, gerekirse tekrarlar, gerekirse ekşiği tamamlar, gerekirse bunları değerlendirir ve ondan sonra delil tespiti hakkında bir karar verir. Gerçek delil tespiti budur. Ama bizim uygulamamızda gidiliyor mahkemeye bir delil tespiti dilekçesi veriliyor mahkeme de çoğu zaman sizin getirdiğiniz bilirkişi ile beraber gidin tespiti yapın diyor. Yapıyor bilirkişi tespiti tarafa teslim ediyor ve bitiyor. Bu delil tespiti değil. Bunun için yapılan masrafa, bunun için emeğe, bunun için sarf edilen her şeye yazık. Bunu kendi kendinize yapın. Yani gidip bir uzmandan rapor alın hiçbir farkı yok. Neymiş efendim oraya mahkemenin adını yazıyoruz. Peki ama mahkeme bir şey yapmıyor ki. Bu ne laf olsun beri gelsin. Peki 1927'den beri neden biz doğru dürüst bir delil tespiti yapamıyoruz? Yapmıyoruz. Çünkü kanunların 2/3'ü neredeyse hiç uygulanmıyor. Şu usul kanununu açın bakın 2/3'ü bu kanunun hiç uygulanmayan maddeler. 1/3'ü uygulanıyor o da çoğu zaman kulaktan dolma. Bunun üzerine gitmemiz lazım. Israrla bu yapılan işlemin delil tespiti ile ilgisinin olmadığını söylemek lazım. Ama mahkemeler şunu söylüyorlar, efendim ben tespiti yaptım, elimi çektim bundan sonra artık nerede dava açarsanız artık gidin orada bunu tartışın. O mahkeme de ne yapıyor? Yargıtay diyor ki delil tespitine itiraz

edilirse o rapor hiç bir şekilde kale alınmaz. Ne olur? Yeniden inceleme yapılır. O zaman ben neden yaptım bu masrafı? Bana niye bu gereksiz, daha sonra itiraz üzerine hiçbir değeri olmayan belgeyi verdiniz. Bakın şu anda İstanbul'da bir doktora tezi tamamlandı. Delil tespiti konusunda ve gelineen noktadan söz etmek istiyorum. Özellikle Almanya'da ve İsviçre'de bir ölçüde de Avusturya'da delil tespitleri artık uyusmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesi konusunda çok önemli bir aşama olarak kullanılmaya başlandı. Çünkü taraflar çoğu zaman o delil tespitinden sonra karşı tarafa tebligat yapıp onun da itirazlarıyla muhakeme edilmesi aşamasında kendi elindeki ve o dava tartışılacak olan delilleri daha doğru görebiliyorlar, ellerindekileri açabiliyorlar, tartışabiliyorlar, onun için de bir uzlaşma vesilesi olabiliyor. Ama bugün uygulamada delil tespiti diye istediğimiz ve bize verilen o belgenin delil tespiti ile hiçbir ilgisi yoktur. Yakın bir zamanda Yargıtay kararlarının hemen hemen tümüne baktım, Yargıtay tek cümleyle diyor ki delil tespitine itiraz edilmişse mahkeme onu kale alamaz. E ne işe yaradı? Bunu sorgulamamız lazım. Demek ki doksan yıl geçmiş ama delil tespiti diye bir müesseseyi biz uygulayamıyoruz. Hâlbuki tıpkı ihtiyati tedbir, tıpkı ihtiyati haciz gibi o kadar önemli ki bu tedbir usulü.

SORU: Dava devam ederken ihtiyati tedbir yolunda denetçi atanabilir mi?

Yrd. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR: Kayyım atanmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilmesinde tereddüt yok. Özel denetim isteme hakkının tedbire konu olup olmayacağını değerlendirebiliriz. Sunumumda vermiş olduğum örneklerden de görüleceği üzere, zamanla yarışılan, belirli bir zaman dilimi geçirilmesinden sonra artık geçici hukuki koruma bir yana nihai hukuki koruma dahi sağlanamayacak, başka bir söyleyişle nihai hak kaybı tehlikesinin söz konusu olduğu hallerde konu itibarıyla sınırlama getirmeksizin geçici hukuki koruma kararı verilebilir. Azınlığın asliye ticaret mahkemesine yapacakları özel denetçi atanması talebi incelenirken, belirli olayların özel denetimle ivedi olarak açıklığa kavuşturulmaması böyle bir nihai hak kaybı tehlikesini ortaya çıkaracaksa, tedbiren özel denetçi atanabileceğini düşünüyorum. O bakımdan bu soruya da olumlu cevap verebiliriz.

Hakim Mustafa Bey'in sorusu, daha doğrusu katkısı. İcra ve İflas Kanunu m. 257'de ayırım yapılmaksızın bütün para alacakları için icra takibinin sonucunun güvence altına alınabilmesi için ihtiyati haciz kararı verilebileceği düzenleniyor. Para alacağının kaynağı bakımından hiçbir ayırım yapılmadığı için mal rejiminin tasfiyesi, katılma ve katkı payı alacağı gibi taleplerde müstakbel icra takibinin sonucunun güvence altına alınabilmesi için ihtiyati tedbir değil, ihtiyati haciz kararı verilmesi gerekir. Ancak bu tür davalarda müeccel alacaklara ilişkin ikinci fıkranın uygulanması, yani ancak tehlikeli hal varsa, icra takibinin sonucunun semeresiz kalması tehlikesi yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilebilirse, ihtiyati haciz kararı verilebilmelidir. Sunumumda para alacaklarında ihtiyati tedbir kararı verilebileceğini belirtmiştim. Bu şöyle anlaşılmamalıdır: Hocamın ifade ettiği gibi, para alacaklarında dileyen ihtiyati tedbir, dileyen ihtiyati haciz isteyebilir. Bunu kastetmiyorum. Eğer icra takibinin sonucunun güvence altına alınması talebi varsa ihtiyati haciz, buna karşılık alacaklının dava sonuna kadar veya takip sonuna kadar, sağlığını yitirmesi, tedavi olamaması gibi bir zaruret hali varsa, o zaruret halini aşmaya hizmet edecek miktarda, kısmi bir ödeme talep ediliyorsa eda tedbiri talep edilmelidir.

SORU: Trafik kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davasında kazaya sebep olan araç üzerinde ihtiyati tedbirle birlikte aynı zamanda alacakla ilgili ihtiyati haciz talep edilebilir mi?

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ: Burada tabii demin belirttik, trafik kazasından kaynaklandığına göre burada aslında talep edilmesi gereken ihtiyati haciz, ihtiyati haciz kararı verilecek. İhtiyati tedbir, karayolları trafik kanunundan kaynaklanan bir nedenle şerh düşülüyor, o kadar. İhtiyati tedbir niteliğinde bir işlem değil. Onun için burada verilmesi gereken ihtiyati haciz kararı.

SORU: 100 liralık maddi ve manevi tazminat davası ihtiyati haciz istendiğinde ihtiyati haciz tutarı....değeri kadar olacaktır ya da daha az miktarda karar verilebilir mi?

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ: Alacak talebi eğer 100 lira veya yüz bin liraysa bu miktar gözetilerek ihtiyati haciz talebi koşullar varsa bu talep kabul edilir. BU miktardan daha azına hükmedilebilir mi? Şimdi tabii burada talep dışında daha azına hükmedilebilmesi için bunun gerekçesini mahkemenin göstermesi gerekir. Gerekçe göstererek bu nedenle daha azına ihtiyati haciz kararı veriyorum, bu görüşünü açıklarken de önceden bu talep üzerine ne kadar tazminata karar verebileceğine ilişkin degerekir. Ancak bu takdirde böyle bir şey yapılabilir. Yoksa talep gözeterek bir karar vermesi uygun olur.

SORU: *Birden fazla tasarrufun iptali davası açılmışsa tasarruf iptali davalarından birisi kabul edilmiş ve satış istenmiş ve satılmışsa, bu arada başka bir tasarrufiptali davası nedeniyle o taşınmaz üzerine satılmadan önce bir ihtiyati haciz kararı verilmişse, başka bir tasarruf iptali davası nedeniyle, daha sonra öbür tasarruf iptali davasında satıştan sonra tapuya tescil edilirken önceki ihtiyati haciz kararı onun üzerinde durması gerekir mi veya bu kaldırılabilir mi, kaldırılmaz mı?*

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ: Şimdi bu soru açısından şöyle bir değerlendirme yapmak gerekir: Aynı taşınmazla ilgili birden fazla ihtiyati haciz kararı verilebilir mi? 281'e göre ihtiyati haciz kararı verilebilir mi, verilebilir. Burada sorun aslında birden fazla açılan tasarruf iptali davalarında hacze iştirak nasıl olur? Şimdi birden fazla tasarruf iptali davası açıldığı zaman tabii bu tasarruf iptali davaları aciz vesikasına dayanılarak açılacak. Aciz vesikasına dayanarak açılacağına göre burada 268'in de zaten 100. Maddeye atfı bulunduğundan 100. madde koşullarının aranması gerekir. Dolayısıyla bu sorunu hacze iştiraktan satış bedelinin paylaşılması çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Taşınmazın satışından sonra bakılacak. Önce hangi ihtiyati haciz kesin hacze dönüştü ona bakılacak. O kesin hacze diğer haciz sahibinin iştiraki mümkün müdür değil midir ona bakılacak. Buna bakılırken de bu kez iştirak etmek isteyen ihtiyati haczin esas takibin başlangıcıyla iştirak edilmek istenen esas takibin başlangıç tarihlerine bakılacak. Eğer iştirak etmek isteyen alacaklının aciz vesikasına dayanan takibi diğerinden önceki bir tarihte başlatıldıysa iştirak mümkün olacak. Dolayısıyla bu uyumsuzluk iştirak

çerçevesinde çözümleneceğinden dolayı icra dairesinin satış bedelini paylaşması gerekir. Buradaki ihtiyati haciz açısından da satış bedeli yönünden bu ihtiyati haczin de kaldırılması gerekir, ancak olsa olsa İcra İflas Kanunu 138/son gereğince satış bedelinde geçici haciz halinde bir pay düşüyorsa bunu ayırır diyor 138/son. 138/son'a göre buna ayırıp o ihtiyati haczi kesin hacze dönüştürüp veya tasarruf iptali davası dönüşür ve iştirak koşulu oluşmuşsa paylaşılacak yok değilse bu kez diğer alacaklıya paranın ödenmesi uygun olur.

SORU: *Tasarruf iptali davasına konu bir taşınmazla ilgili ihtiyati haciz kararı verilmemiş ama dava açılmış. Dava açıldıktan sonra taşınmazı devralan kişi bankadan kredi alarak taşınmaz üzerinde ipotek tesis ettiriyor. Daha sonra tasarruf iptali davası içinde, daha önce açılan dava içinde ihtiyati haciz kararı alınıyor ve tasarrufun iptaline karar veriliyor. Burada acaba ipotekli alacaklıya öncelik vermek gerekir mi yoksa tasarrufun iptali davası açan alacaklıya mı öncelik vermek gerekir?*

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ: Burada Yargıtay'ın yaklaşımını söyleyeyim. 19. Hukuk Dairesi iki kararında, 23. Hukuk Dairesi bir kararında burada tasarrufun iptali davası açan alacaklıya öncelik vermek gerekir şeklinde bir sonuca gidilir şeklinde bir çözüm getirdi. Tabii burada sorun ve sıkıntı, henüz üzerinde bir kayıt yok, kayıt olmamasına rağmen banka kredi kullanıyor ve ipotek tesis ediyor. Üzerinde kayıt olmadığı için de iyi niyetli olarak bu ipoteği tesis ediyor lehine. Buradaki bu iyi niyeti korumak gerekir mi yoksa işte tasarrufun iptali davasını açan alacaklıya mı öncelik vermek gerekir? Tabii burada bir menfaat dengesi önemli. Yargıtay menfaat dengesini böyle çözmüş, bu şekilde kararlar verildi.

SORU: İşçinin ücret ve tazminat alacağı için, iş kazasından kaynaklan tazminat talebi ihtiyati haciz kararı verilmesi gerekir mi?

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ: Tabii bu da para alacağı niteliğinde olduğu için verilmesi gerekir.

SORU: İş davası devam ederken işverenin ekonomik durumu kötüleşmesi üzerine ihtiyati haciz kararı verilir mi?

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ: İhtiyati haciz kararı yani ben şartlarına ayrıntılı olarak girmedim çünkü belki konuşulacak o yüzden burada muaccel olması ve rehin ve teminat altına alınmaması yeterli. Veya ikinci fıkrada da oradaki koşullar malları kaçırmaması vs. gibi koşullara uyulmaması yeterli. Bu koşullar varsa dava açarken ihtiyati haciz kararı alınmamış olsa bile dava devam ederken de bu şekilde ihtiyati haciz talep edilebilir ve bu talep mahkemece değerlendirilir.

SORU: Üçüncü bir kişiye ait bir işyerinde 5000 liralık haciz yapılıyor ve yediemin olarak üçüncü kişiye bırakılıyor. Daha sonra alacaklının merciden takibe devam kararı var. 5000 lira ikinci bir hacze gelmesi muhtemel. Borç çünkü 5 milyon, ikinci hacze gelmeden üçüncü şahıs bunu engellemek için tedbir talep etmek istiyor. Herhalde istihkak davası da açacak üçüncü kişi tedbir istiyor. Bu açacağı davada tedbir için yatıracağı teminat ne kadardır şeklinde, 5000 mi, 5 milyon mu diye?

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ: Şu anda haciz konulan değer 5000 olduğu için 5000'i gösterecek. Muhtemel 5 milyon da gelecek bunu da karşılaması gerekir şeklinde en azından bu aşamada mümkün gözüküyor.

SORU: *Kesin yetkinin söz konusu olmadığı bir davada tensipile ihtiyati tedbir kararı verilmesi durumunda ön inceleme aşamasında taraflar davet edilmeden dosya üzerinden tarafların itirazı üzerine tedbir kararı hak ve menfaat dengesi gözetildiğinde yetkisizlik kararı ile birlikte tedbir kaldırılmalı mıdır yoksa bu iş yetkili mahkemeye mi bırakılmalıdır?*

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ: Şimdi tabii ön incelemeye şimdi burada kesin yetki söz konusu değil, ihtiyati tedbir kararı verildi, ihtiyati tedbir kararı verildikten sonra da dava açıldı. Dava açılmasından sonra diyelim ki davalı burada yetkisizlik itirazında bulundu, ilk itirazını yaptı. Mahkeme ön inceleme aşamasında, şöyle diyor düzenlemeye göre, işte

dava şartları ve ilk itirazlar yönünden öncelikle inceleme yapıp dosya üzerinden de karar verebilir, ancak gerekli gördüğü hallerde duruşma açabilir. Dolayısıyla ön inceleme henüz duruşması vermeden de bu konuda karar verme yetkisi var. Tedbiri mi kaldırmalı, yetkisizlik kararı mı vermeli? Burada tabii hem dava da açıldığı için artık ihtiyati tedbirin kaldırılıp kaldırılamayacağı konusunda uyuşmazlığın çözümü ile yetkili mahkemeye bırakması uygun olur diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum. Sayın Yargıtay üyemiz Ateş'in sorusuyla başlamak istiyorum. Tabii ki muaccel ya da müeccel olma bakımından ihtiyati haciz konusunda kanunda farklı bir düzenleme var. Eğer müeccel ise ancak kanundaki koşulları mevcut olması bir ihtiyati haciz kararı verilebileceği söylüyor. Ancak şunu söylemek istiyorum. Aynı kanunun uygulandı İsviçre hukukuna baktığımız zaman İsviçre'de ihtiyati haciz isteyebilmek bizdeki kadar kolay değil. İsviçre'de muaccel alacakları talep etme konusunda dahi çok ciddi bir tehlikenin olması gerekir ki ihtiyati haciz kararı alınabilsin. Bizde ise bu o kadar kolaylaştırılmış ki alacak muaccel ise hiç tereddüt yok alacağınız için ihtiyati haciz isteyebilirsiniz. Bunun sebebi hani gidesiniz bir mağazaya bir takım elbise istersiniz takım elbise veremezler ama size gömlek satmaya çalışırlar. Biz de yargılamayı bir türlü kısaltamıyoruz, onu beceremiyoruz, o zaman hadi size dayı kısa sürede sonuçlandırma hizmeti sunamıyoruz onun yerine çok kolay bir ihtiyati haciz gibi imkan sunalım düşüncesiyle böyle bir değişiklik yapıyoruz. Elbette ki müeccel ise ama koşullar mevcut ise hakim burada elbette ihtiyati haciz kararı verebilir. Ve burada para alacağı varsa söz konusu olan da ihtiyati haciz olmalıdır diye düşünüyorum. Şimdi bir soru değil de bana şöyle bir daha doğrusu soru gibi benim buradaki durumumla ilgili bir tespit yapılarak şu söyleniyor. Diyor ki bir meslektaşım, sizi uygulamayla ilgili çok sıkıntılı gördük aynı sıkıntı biz avukatlarda da mevcut, çözün. Beş yıldır avukatlık yapmadan hakim tayin etmemek diye düşünüyorum, katılır mısınız? Valla katılıyorum desem doğru olmaz, katılmam desem doğru olmaz. BU işi düzeltmek istiyorsak her şeyiyle ele almak zorundayız. Şimdi bugüne kadar yaptıklarımıza bakarsak en kolayı hangisi? Kanun yapmak. Yeni bir kanun yap ve şunu düşün her şey güzel olacak. Ama hiçbir şey değişmiyor. E o zaman demek ki bu kadar denemeden sonra bir tespit yap-

lim. Yeni bir kanun yapmakla tek başına hiçbir şey değişmiyor. Size bir anekdot anlatayım. Ankara'da Ankara Barosu'nun düzenlediği bir toplantıda görüşüyoruz. Yine HMK ile ilgili görüşmeler yapılıyor. Adalet Komisyonu Başkanı Sayın İyimaya oturum başkanı. Elinde de bir kanun var ama yanlışlıkla eski kanunu getirmiş, hukuk usulü muhakemeleri kanunu. Adnan Bey de yanında oturuyordu, dedi ki ben unutmuşum, yeni kanunu getirmeyi o yüzden Adnan Bey bana yeni kanunu verir misiniz? Adnan Bey de kendisini şöyle rahatlatmış, dedi ki, merak etmeyin biz de zaten yeni kanunu uygulamıyoruz, eskisini hala uygulamaya devam ediyoruz. Adnan Bey o zaman 19. Hukuk Dairesi'nin üyesiydi. Bir başka anekdot daha aktarayım. Bir hakim meslektaşım bana dedi ki hocam hiç vaktimiz yok bizim biliyorsunuz inanılmaz bir iş yükümüz var. Size söz bir vaktim olsa şu HMK'yı baştan sona bir okuyacağım ve üç seneye yaklaşıyoruz neredeyse. Bu arada şuna inanın hiçbir şey değişmedi. O kadar çok şeyin değişmesini bekliyorduk ki. Bakın ben '78 yılında mezun oldum. 36 yıl oldu. İtiraf ediyorum hiç bu kadar sıkıntılı olmamıştım. Çünkü hep bir ümidim vardı iyi şeylerin olabileceği yönünde ama her gün biraz daha karamsar olmaya başladım. Şimdi avukatlık yapmadan hakim tayin etmemek. Bence tek başına onu da koysanız hiçbir şey değişmez. Bir kere baştan almamız lazım, bir kere şu hukuk fakültelerinden başlamak lazım, sayısını kimse bilmiyor, her geçen gün hukuk fakültesi açılıyor. Bakın şu İzmir'de hukuk fakültesinin açılabilmesi için nereden nereye geldiğimize bakın yedi yıl tartışıldı biliyor musunuz, Devlet Planlama Teşkilatı İzmir'de üçüncü bir hukuk fakültesinin açılıp açılmayacağını yedi yıl tartıştı. Yedi yıl sonra açılabilir dedi ancak dedi ki yedi tane profesör olacak en az kurucu olarak ve onun dışında şu kadar kadrosu olacak. Bununla başladı İzmir. Şimdi bir Yardımcı Doçent bulursanız, fakülte tamam demektir. Geçenlerde Gazi Üniversitesi'nde bir yeterlilik sınavına girdim. Bir usul asistanı doktoraya başlamak için yeterlilik sınavına giriyor. İkinci kez sınava giriyor. Daha önce girdi başarısız oldu. Dekanı da tesadüfen sınavdaydı. Yine başarılı göremedik, dedi ki yine hazırlıklı değil, yine iyi değil ne yapmamız gerekiyor? Dedi ki aman hocam bunun çok iş yükü var üzerinde. Ne yapıyor ki, bu dedi derse gidiyor. Nasıl derse girer? Hem de dedi bizde de derse girmiyor. Nereye gidiyor, Malatya Üniversitesi'ne gidiyor. Ne yapıyor orada? Hem usulü veriyor hem de icrayı veriyor. Breh breh demek geldi içimden. Bir Türk

dünyaya bedel ki asistan hem usulü hem icrayı veriyor ama kendisini toparlanamıyor, daha doktora hazırlanamıyor. Şimdi bu şaka değil. Şimdi bu sayı bir değil iki değil, 115 diye de duyuyorum ama kimse bilmiyor. Almanların 42 tane hukuk fakültesi var. Bizi görseler oradan da çatlayacaklar. Hukuk fakültesi zavallıların hala 42. Şu anda YÖK birkaç saat içinde hukuk fakültesi kurabiliyor. Ve bu ne için yapıyor biliyor musunuz, vakfın bütçe açığını kapatmak için. Çünkü hukuk fakültesi-ne şu anda inanılmaz bir talep var. İşte hakim sayımız hiç artmıyor ama avukat sayımız giderek artıyor. Hakimlerimize gelelim. Çocuk hakimler diye artık ifade ediliyor. 23 yaşında insan hakim olur mu? İnsan kendine hakim olamıyor. Gidiyor, nişanlanıyor, evleniyor, 30'dan sonra insan olgunlaşır. Peki o zamana kadar ne yapsın? Hakim yardımcısı olsun. BU kanunun gerekçesinde hakim yardımcılığı vardır ve bu hakim yardımcısı olmadan ön incelemenin başırlamayacağı gerekçesi vardı. O çıktı ve o şekilde yasalaştı. E şimdi yardımcısı olmayan hakim de tek başına ne ön inceleme yapabilir ne de başka bir şeye gücü yetebilir. Biz şu anda ne iş olsa yaparım ağabey şeklinde hukukçuluk yapıyoruz. Hakimlerimizin hiçbir uzmanlığı yok. Bugün asliyede, yarın icrada, öbür gün ne olacağı belli bile değil. İşte HSYK yeniden oluştu ne olacak bilemiyoruz. Şimdi hakim uzman olamıyor, avukat uzman olamıyor e ama web sayfalarına bakıyorum bazı hukuk bürolarının uzmanlık alanlarımız, en çok para tırtıklanan neler varsa alt alta yazılıyor. Tahkim, enerji hukuku, sigorta, bankacılık, uluslar arası ticaret. Neymiş efendim uzmanlık. Aslında tüketici sayarsak bizim müvekkillerimizi yanıltılıyor. Nereden uzmansın sen kendim ilan ettim. Şimdi her şey darmadağın. Dolayısıyla burada toparlanacak şeyler çok az. Ama biz gene kendi konumuza dönelim.

SORU: Tahsilât davalarında dava konusu para alacağı olmasına karşın davacı alacaklı için ihtiyati haciz koruma tedbirinin etkin bir hukuki koruma sağlamadığı düşüncesindeyim. Esasen uygulamadaki hatalar da ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz arasındaki uygulamaya yanlışlıkla ikisi arasındaki farkın bilinmemesinden değil, ihtiyati haczin tazminat davalarında uygulanmasındaki zorluğundan kaynaklanmaktadır. Örneğin bir ticari ilişkide çek bono aldığınız tarafın ekonomik durumu vs. hakkında az çok fikir sahibi olmak mümkündür. Trafik kazasında karşı tarafın ekonomik koşulları ve buna bağlı

olarak mal kaçırma girişiminde bulunup bulunmayacağını önceden kestirebilmek mümkün olmayabilir.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Diyor ki ihtiyati haciz etkin, ideal bir hukuki koruma değil. O zaman ne yapabiliriz? Bugün dünyada bunun dışında bir etkin hukuki koruma tedbiri de yok. Yani bir kimsenin mallarının kaçırılmasını, saklanmasını, gizlenmesini ihtiyati haciz yoluyla engelleyebiliyorsak bunun ötesinde ne yapabilir hukuk, onu anlayabilmiş değilim. Dolayısıyla bu eleştiriye katılmıyorum ama uygulamadaki sıkıntılar elbette olabilir. Bir de uygulamada ihtiyati haczin etkin hale getirilmesi için avukatların sorumlu olduğu düşünülürse de ya da kabahatli olduğu düşünülürse de maalesef istediğimiz sonuçları da alamıyoruz diyor değerli meslektaşım. Evet bu pek çok alanda böyle. Ben zaten hiç kimseyi kabahatli veya suçlu olarak nitelemek istemiyorum. Eğer burada bir takım yanlışlıklar varsa bunun bütün sorumluluğu hepimize ait olmalı. En kolayı şu, bu hakimler hukuku hiç bilmiyorlar, onlar da bu avukatlar çok kötü, bu üniversiteler zaten berbat diyerek kendimizi biraz rahatlatabiliyoruz ama hepimiz aynı geminin içindeyiz ve bu konuda hepimizin sorumluluğu olduğunu kabul etmemiz gerekiyor. Bu işin ideolojik tarafı da yok. Bir hukuk devletini ya istersiniz ya istemezsiniz. Bunun bir ayağı da yargının bağımsız olması. İşte Tanzimat'tan tutun, senedi ittifaka kadar, daha sonra yapılan bütün düzenlemelere kadar kağıt üzerinde bir takım bağımsızlık ve teminatların verildiğini görüyorsunuz ama nedense yargıya musallat olmaktan bir türlü kendimizi kurtaramıyoruz. Herkes yargıya musallat olmak istiyor ve herkes rahatlıkla konuşuyor. Ve televizyonlardaki bu konuşmalar topluma son derece zarar veriyor. Şimdi televizyonlarda her şeyi bilen insanlar var. Bunlar takım halinde çıkıyorlar ne sorsanız hepsini biliyorlar. Siyaset onların bilgisi içinde, hukuk zaten uyduruk bir şey ona kim cevap vermez ki, ekonomiyi biliyorlar, uluslar arası ilişkileri biliyorlar. Ve akıllı bıdık gibi gayet de güzel duraksamadan konuşuyorlar, insanlar da doğru söylediklerini zannediyorlar. Geçen gün bir profesör, kendisi hukukçu değil ama hukuk konusunda konuşacak cesareti de var. Diyor ki sırf birilerini desteklemek amacıyla efendim diyor HSYK yargıyla alakalı değil ki. Nereden çıkarıyorsunuz yargı bağımsızlığıyla HSYK'yı diyor. Şimdi böyle bir yönlendirmenin olduğu ve yargı bağımsızlığının ne olduğunun

bulanık olduğu bir yerde bir ses çıkıyor. Türkiye Büyük Millet Meclisi başkanı diyor ki 138 bu ülkede öldü. Kim öldürdü? Sizin katkınız var mı, benim katkım var mı? Peki ne zamandan beri bu ölmüş durumda da biz farkında değiliz. Bakın bunlar çok ciddi şeyler. Yurtdışına gittiğiniz zaman bunu soruyorlar. Sizin meclis başkanınız ölmüş bir yargıdan söz ediyor diyorlar. Yani siz hukuk adına ne söyleyebilirsiniz ki başka? Ben Almanya'ya gittiğimde bir Alman profesör bana dedi ki enteresan bir Yargıtay başkanınızın sözü var dedi, hakimler vicdanlarıyla cüzdanları arasında gidip geliyormuş sizin hakimleriniz dedi. Hatırlarsanız bir Yargıtay başkanı bu talihsiz açıklamada bulundu. Sırf bunu amacı biraz daha maaşlarının yükselmesiydi. Ama bunu söylerken çok dikkat etmelisiniz. Rastgele herkesin içinde bize zam yapın diyemezsiniz, hele hele bunu vicdan cüzdanla ilgilendirdiğiniz zaman işte orada diyor ki Türkiye'deki hakimler vicdanla cüzdan arasında gidip geliyor. Ekonomik bir kriz iki senede bilemedin on senede atlatılır ama yargının bu kadar örselenmesinden sonra bunların tekrar toplumda güven haline getirilmesini yıllarca süren bir çalışmanın arkasında ancak gerçekleştirebilirsiniz. Onun için bu işin ideolojisi yok.

SORU: Boşanma davasında ihtiyati tedbir kararı verilmiş. Davalıdan alacaklı olan bir kişi alacağını nasıl tahsil edecek?

Yard. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR: Sunumumun başında ifade etmiştim, özel kanunlarında düzenlenen, geçici etkileri olan düzenlemeleri doğrudan ihtiyati tedbir olarak nitelendirmemek gerekir. Boşanma ve ayrılık davalarında Türk Medeni Kanunu m. 169'da ifadesini bulan geçici hukuki korumalar ihtiyati tedbir niteliğinde değildir. 169. madde kapsamında evlilik birliğinin korunması önlemleri de alınabilir. Bu çerçevede, boşanma ve ayrılık davasından önce veya dava devam ederken ihtiyati tedbir değil, tasarruf yetkisinin kısıtlanması gibi geçici önlem kararı verilebilir. İhtiyati tedbir kararı verilmiş olması ihtimalinde, davalının alacaklısı alacağını nasıl tahsil edecek? Genelde uygulamada ferağdan men şeklinde ihtiyati tedbir kararları verildiğinden söz etmiştim. Yargıtay istikrarlı kararları ile ferağdan men kararlarında açıkça tedbirin cebri satışı engelleyeceği belirtilmediği sürece, malın paraya çevrilebileceğini kabul ediyor. Bu durumda, tedbire rağmen mal prensip olarak

paraya çevrilebilir. Şöyle bir yaklaşım da getirilebilir kanaatimce: Artık HMK'dan sonra üçüncü kişiler de ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edebiliyorlar. Davalının alacaklısının alacağını tahsil etmekteki menfaatini dikkate aldığımızda, alacaklı ihtiyati tedbirin yanlış geçici hukuki koruma olduğundan bahisle kaldırılmasını isteyebilmelidir. Çok teşekkür ederim.

SORU: Tasarruf iptali davasındaki özel düzenleme ihtiyati haciz midir, ihtiyati tedbir midir? İhtiyati haciz ise kesin hacze ne zaman dönüşür?

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ: Tabii İcra İflas Kanunu 281 maddesi açıkça ihtiyati haciz diyor. Onun için buradaki düzenlemenin ihtiyati haciz olduğu konusunda kuşku duymamak gerekir. Ama uygulamada daha çok bunda kullanılıyor, yani bu 281'deki düzenlemede kullanılıyor bu ibare. İhtiyati haciz olduğu için bu kesin hacze ne zaman dönüşür? Tabii kesin hacze dönüşmesi iştirak açısından burada önemli. İhtiyati haciz dava açıldığı sırada verildiyse veya önceden verildiyse tasarrufun iptali davasının karara bağlanmasına yani tasarruf iptaline karar verilmesiyle ihtiyati haciz kesin hacze dönüştüğü kabul edilmesi gerekir. Bu durumda birden fazla ihtiyati haciz kararı varsa, daha doğrusu birden fazla tasarrufun iptali davası varsa bu davalardan karar verildiği anda o davayla ilgili ihtiyati haciz kesin hacze dönüşecek, ilk önce dönüşen kesin haciz esas alınacak bu kesin hacze iştirakte de 100. madde koşulları belirlenecek. Yani bu tasarruf iptali davası aciz vesikasına dayandığından dolayı aciz vesikasını esas takibin başlangıç tarihi öncelik koşulu yönünden dikkate alınarak sonuca gidilecek. Burada tamamlayıcı merasim yönünden bir tartışma var. Bu acaba ihtiyati haciz, tasarruf iptali davası devam ederken alınan ihtiyati hacizde tamamlayıcı merasim için bir şey yapmak gerekir mi? Yani tasarrufun iptali davası kabul edildikten sonra 264. maddedeki gibi dava sırasında alınan ihtiyati hacizler gibi bir ay içerisinde acaba bir takip başlatmak gerekir mi diye bir tartışma var. Bu yönde bir görüş var ama bence burada ayrı bir takip yapmaya gerek yok zaten bu bir aciz vesikasına dayanıyor, bir takibe dayandığı için dosyaya konularak burada işlem yapılabilir, o sırada belki satış istenmesi gerektiği şeklinde, bu şekilde tamamlayıcı merasimin tamamlanacağı şeklinde düşünülebilir.

GEÇİCİ HUKUKÎ KORUMA TEDBİRLERİNİN (İHTİYATÎ TEDBİR VE İHTİYATÎ HACİZ) UYGULAMA VE HMK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

2. OTURUM

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ: İhtiyati tedbire itiraz veya kanun yolları benim konum ama kanun yolları ile ilgili olarak tabii Yargıtay'dan kanun yoluna gidilemeyeceği, özellikle ihtiyati tedbir kararları aleyhine temyiz yoluna gidilemeyeceği konusunda içtihadı birleştirme kararı çıktığından dolayı artık temyiz yoluna gidilemeyecek. Ama bölge adliye mahkemeleri bu arada fiilen göreve başlarsa en azından bölge adliye mahkemelerine gitme yolunu bulacak. İşte götürüldüğü takdirde belki şimdiye kadarki Yargıtay'ın temyiz yoluyla incelemede verdiği kararlar belki bölge adliye mahkemeleri açısından ışık tutabilir, yön verici olabilir. Ama bunun haricinde pek bir özelliği kalmadı. Yine de tabii özellikle itiraz konusu nasıl itiraz edilecek ve itiraz sebepleri olarak neler ileri sürülebilecek onlara girmekte yarar var. Şimdi ihtiyati tedbire kararına karşı itirazla ilgili aslında iki düzenleme var, aslında üç de denilebilir bu düzenlemeye. Bir ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz, bir de durum ve koşulların değişmesi sebebiyle tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması. Aslında itiraz değil ama bir değişiklik talebi niteliğinde. Yine teminat karşılığı kaldırmaya ilişkin de orada da itiraz yapılabileceği, 394. Madde uygulanır dediği için aslında bir itiraz da orada düzenlenmiş gibi gözüküyor. Dolayısıyla üç tane madde var bu konuda, 394, 395 ve 396. maddeler. Şimdi ihtiyati tedbire itirazda görevli mahkeme hangisi önce oradan başlayalım. Tabii ihtiyati tedbire karar veren mahkeme inceler. Dava çıkmışsa asıl davaya bakan mahkeme. Tabii burada bazı sorunların

olabileceği belirtildi. İhtiyati tedbire karar verildi, henüz asıl dava açılmadan itiraz yapıldı bu arada da dava başka yerde açıldıysa ve başka bir mahkemede, başka bir yer mahkemesinde açıldıysa bu durumda acaba itirazı inceleyen mahkeme, diğer dosyanın gönderilmesi mi gerekir yoksa ben devam edip bu olayı çözeceğim mi demesi gerekir? Yerel mahkemelerden ikisinin iki farklı kararının da olduğunu belirtti hocam. Onun için böyle bir sorun gözüküyor, o bölümde bir boşluk gözüküyor. Hem itiraz yapıldı, hangi mahkemeye yapıldı? Bu arada da görevli ve yetkili başka mahkemede dava açılmışsa bu takdirde hangisinin yapılmasının daha uygun olacağı konusunda tereddüt yaratır. Dava açılmışsa dediğimiz gibi, asıl davaya hangi mahkeme bakıyorsa ihtiyati tedbire itiraza da o mahkeme bakacak. Tabii itiraz nedeni olarak üç tane sebep saymış kanunumuz ama üçüncü kişinin mahkemenin yetkisine itiraz etmesi mümkün değil. Bunu da kanun açıkça düzenlemiş. İtiraz süresi ihtiyati tedbir kararı uygulanırken karşı taraf hazır ise tedbirin uygulanmasından değilse uygulandığına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içerisinde bu ihtiyati tedbire itiraz etmek mümkün. Üçüncü kişinin itiraz süresi ise öğrenme tarihinden itibaren bir hafta içinde bunu ileri sürmesi gerekir. Peki eski haline getirme mümkün müdürü bu bir hafta içinde? Evet burada da 6100 sayılı HMK'daki eski hale iadeye ilişkin süre geçirilmişse oradaki koşulların varlığı halinde eski haline iade talebinde bulunan da mümkün olduğuson günün adli tatile gelmesi durumu değiştirir mi? Aslında herhangi bir değişiklik olmayacak çünkü 6100 sayılı HMK'nın 100. madde 1. fıkranın a bendinde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz ile ilgili uyuşmazlıkların adli tatilde görülebileceğinden adli tatilde de süreler işlemeye devam edecektir. İtiraz usulüne geldiğimizde, itiraz dilekçe ile yapılır. İtiraz eden itiraz sebeplerini açıkça göstermeli ve dayanağı olan delilleri eklemelidir. Tabii itiraz sebebi olarak belirtilen üç husus var, hangisine itiraz ettiğini belirtmeli, gerekçelerini açıklamaları, buna ilişkin delillerini de dilekçesine eklemeli ki mahkeme itirazı sağlıklı bir şekilde karar bağlayabilsin. Burada itiraz sebebi olarak ileri sürülebilecek hususlar neler diye kanuna baktığımızda, mahkemenin görev ve yetkisine itiraz edilebilir. Kanunda tabii yetkiye ilişkin itirazdan bahsediyor ama tabii mahkemenin görevine itiraz tabii edilebilir ona bir engel yok, mahkemenin görevsiz olduğu ileri sürülebilir. Daha önce dinlenen kişi itiraz edebilir mi? Kanuna bakıyoruz daha önce din-

lenen kişinin ihtiyati tedbire itiraz edip edemeyeceği konusunda karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına karşı itiraz edilebilir. Demek ki dinlenmişse ihtiyati tedbir kararı üzerine karşı taraf yani aleyhe ihtiyati tedbir istenen kişi de dinlenmişse artık bu kişi ihtiyati tedbire itiraz edemeyecek. Tabii üçüncü kişinin itiraz etme hakkı var. Üçüncü kişi dinlenmişse acaba hani söyledik ya görev ve yetkiye itiraz konusunda tamam yetkiye itiraz edemez üçüncü kişi orada bunu ileri sürecektir. Peki göreve itiraz edebilir mi? Kanunda açıklık yok ama görev resen dikkate alınacağına göre zaten mahkemenin resen dikkate alacağı konuda üçüncü kişi kendisi dinlenmiş olsa bile sen görevsizsin, görevli değilsin diye bu itirazını yapabilir. Mahkeme zaten görevli olup olmadığını resen inceleyip karar verecektir. Yetkili burada yetki itirazında bulunduğu, yani yetki yönünden itiraz edildiğinde acaba yetkili mahkemenin gösterilmesinin gerekip gerekmediği konusunda bir açıklık yok. Yani ihtiyati tedbir kararı veren mahkemenin yetkisiz olduğunu belirtmek yeterli mi yoksa yetkisizdir ihtiyati tedbir talebi şu yer veya şu yerler mahkemesinden istenebilir veya kendisi birden fazlaysa şuradan istenmesini kabul ediyorum şeklinde. Yani 6100 sayılı HMK'nın 19. maddesine uygun bir talepte bulunması ve uygun bir açıklamada bulunması gerekir mi? Benim şahsi görüşüm burada 19. maddeye uygun bir açıklama yapması gerekmez, mahkemenin yetkisiz olduğunu belirtmesi burada yeterli. Çünkü mahkeme yetkili olduğunu kabul etti, yetkisizim deyince mahkeme yetkili olup olmadığını inceleyip bu konuda bir karar verecek ama hani aksi düşünülebilir mi evet düşünülebilir ama benim şahsi görüşüm burada ayrıca böyle bir yükümlülük yüklememek gerekir. Çünkü mahkeme burada yetkisizlik kararı vermeyecek. Burada mahkemenin vermesi gereken karar yetkisizlik kararı değil Mahkeme ben yetkisizim veya burası yetkisiz değil derken yetkili yere gönderip oradan ihtiyati tedbir kararı alın demeyecek. Dava açıldıktan sonra yetkiye itiraz edilebilir mi? Burada da bir açıklık yok. İhtiyati tedbir kararı verildi. Aynı yerde de dava açıldı. Burada yetkiye ilişkin bir itiraz ileri sürülebilir mi? Burada şöyle düşünülebilir. ihtiyati tedbir kararı verildi, mahkeme kendisini yetkili olarak gördü verdi, dava açıldı. Şu şekilde, ilk itiraz olarak cevap süresinde yetki itirazında bulundu. Şu söylenebilir mi? Sen ihtiyati tedbir kararı veren mahkemenin yetkisine itiraz etmedin artık burada aynı yerde dava açılmışsa bu mahkemenin yetkisine de itiraz

edemezsin şeklinde bir itiraz ileri sürmek mümkün mü? Şimdi ihtiyati haciz açısından hepinizin bildiği 1086 sayılı Kanun bir 12 maddesi vardır, ihtiyati hacizle başlayan dava ve takiplerde ihtiyati haciz kararını veren yer mahkemesinin ve icra dairesinin yetkili olduğuna ilişkin. Bu yeni kanunumuza alınmadı ama alınmamasına rağmen 12. Hukuk Dairesi İcra İflas Kanunu 261. maddesindeki düzenlemeden dolayı aynı yerde takip yapılabileceğini kabul ediyor. İhtiyati tedbir açısından böyle bir şey düşünülebilir mi? Evet yedi gün içinde aslında ihtiyati tedbirin işte uygulanmasından itibaren burada yedi gün içinde mahkemenin yetkisine itiraz edilmemişse artık bir daha yetkiye itiraz edemez şeklinde bir sonuca gidebilir. Dolayısıyla yedi gün içinde ilk itiraz olarak ileri sürse bile artık bu itiraz dinlenmez şeklinde bir sonuca mevcut düzenlemede gidilebilir. Teminata itiraz edilebilir. Teminat alınmasına, alınmamışsa teminat alınması gerekir veya yetersizse yeterli teminat alınması yönünde itiraz edilebilir. İtiraz üzerine mahkeme hiç teminat almadıysa teminat almaya veya yetersiz teminat aldıysa bu eksik kalan teminatı tamamlayarak bir karar verebilir mi? Daha doğrusu süre verip diğer tarafa bu teminatı tamamla veya şu teminatı göster şeklinde karar verip, verilen sürede teminat tamamlanırsa itirazın reddine, tamamlanmazsa acaba itirazın kabulü ile ihtiyati tedbirin kaldırılmasına mı karar verir? Burada da bir açıklık yok ama benim burada şahsi görüşüm bir süre verip eğer bir eksiklik varsa veya eğer bir teminat alınması gerekiyor ve alınmamışsa burada süre verip tamamlatması daha uygun olur. Asıl burada problem tabii ihtiyati tedbir şartlarına itiraz. Üç konuda itiraz öngörüyor kanun. Diyor ki, işte bir mahkemenin yetkisine itirazı iki teminata itiraz, üç ihtiyati tedbirin şartlarına itiraz. Şimdi ihtiyati tedbirin şartlarına itirazda gözetilmesi gereken madde tabii HMK'nın 389. maddesi. Şimdi 389. madde ile birlikte değerlendirmek gerekiyor şartlar açısından. Şimdi ne diyor 389. madde, hakkın elde edilmesi önemli ölçüde zorlaşacağına ilişkin bir tereddüt varsa veya hakkın tamamen imkânsız hale geleceğinden gecikme sebebiyle bir sakınca doğacaksa, gecikme sebebiyle bir zarar oluşacaksa ve bu nedenlerle bir endişe duyuluyorsa, uyuşmazlık konusu hakkında bu durumda ihtiyati tedbir kararı verilebileceğini kabul ediyor. Dolayısıyla mahkeme ihtiyati tedbirin şartların itirazında taraflar neler ileri sürebilir? 389. maddenin koşulları yoktur diyebilir şartlar açısından. Bu şartlar nedir? Aslında önemli ölçüde zorlaşacağı veya tama-

men imkânsız hale geleceğine ilişkin iddia yerinde değildir. Veya gösterilen deliller yaklaşık ispata yeterli değildir. Çünkü ihtiyati tedbirde yaklaşık ispat yeterli, yaklaşık ispata yeterli değildir şeklinde itirazlarını ileri sürebilir. Çünkü tedbir talep eden dilekçesinde ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtecekti. Bunu belirtti, buna da mahkeme karar verdi ve yaklaşık ispat şeklinde kabul etti ve bu tedbir kararını verdi. Şimdi diğer taraf aleyhine tedbir kararı alınan taraf buradaki ileri sürülen delillerin tedbir vermeye yeterli olmadığını, 389. maddedeki koşulların gerçekleşmediğini, aslında ihtiyati tedbire değil ihtiyati hacze konu edilebilecek bir konu bulunduğunu, bu talebin ihtiyati tedbire konu edilemeyeceğini ileri sürülebilir, ihtiyati hacze konu edilebileceğini ileri sürerek de tabii ihtiyati tedbirin kaldırılmasını isteyebilir. Örneğin para alacağı mahkeme tedbir kararı uyguladı, buna itiraz edebilir belki bu ihtiyati hacze konu edilebilir. Bu ihtiyati tedbire konu edilemez bu para alacağıdır şeklinde itirazı da ileri sürebilir. Yine şunu da ileri sürebilir, uyuşmazlığın esasını ileri sürebilecek biçimde tedbir kararı verilemez. Evrim hocamız bahsetti bu uyuşmazlığın esasını çözecek tedbirin ne olacağı ve nasıl verilebileceği konusunda hangi hallerde verileceği konusunda açıklamalarda bulundu. Burada mesela bir tahliye davasında tedbirin tahliyeye karar vermemesi gerekir. Tedbiren tahliyeye karar verildi mi zaten dava sonundaki hususu elde etmiş durumda. Yine Yargıtay'ın önünde gelen bir davada kira sözleşmesinin uyarlanmasını talep ediyor, uyarlamaya göre de kendisi bir kira bedeli belirlemiş, o zamana kadar da kiramin şu şekilde ödeneceği şeklinde bir tedbir kararı verin diyor. Yargıtay bu tedbir uyuşmazlığın esasını çözecek bir tedbirdir, böyle bir talebi kabul etmemiş, itiraz üzerine bu tedbir kararını kaldırmış. Ama bazı hallerde tabii ki tedbir kararı bu şekilde verilebilir. Nasıl işte uygulamada bildiğimiz, su uyuşmazlıklarında özellikle ite iki köy arasında ihtilaflı bir suyun kaç gün bir köye kaç gün diğer köye akacağı konusunda bir uyuşmazlık çıkıp da dava görülürken en azından mahsullerin ölmemesi için, iki gün o köye, üç gün öbür köye şeklinde bir tedbir kararı tabii ki verilebilecek. Ama söylediğim gibi uyuşmazlığın esasını çözecek şekilde burada da biraz çözmüş oluyor ama burada tam bir esas çözmek değil. Burada bir zararı önlemek için en azından ihtiyati tedbirin amacına uygun bir işlem yapıldığından dolayı uyuşmazlığın esasını çözdüğü kabul edilemez. Yine şu da ileri sürülebilir: ihtiyati tedbir uyuşmazlığının konusu

hakkında verilebilir kural olarak. Verilen ihtiyati tedbir kararının uyuşmazlık konusuyla ilgisi olmadığı söylenip bu şekilde tedbirin kaldırılması istenebilir. Tabii bu biraz önceki ihtiyati haciz istenebileceği durumlarda söylenebilir ama onun haricinde de bu söylenebilir. Mesela taşınmazla ilgili bir uyuşmazlık vardır. Tedbir talep etmiştir ama bu arada malları kaçırmak için, bu mallar üzerinde ipotekler bilmem neler var bu bana dönse bile daha önce konulanlar var ben alacağımı alamam, bunun diğer mal varlığına da örneğin aracının trafik kaydına da tedbir kaydı verilmişse bunun da tabii ki itiraz konusu yapabilir. Çünkü uyuşmazlık konusu olmayan bir malla ilgili olarak ihtiyati tedbir kararı verildiği için. Söylediğim gibi 389. Maddedeki koşullarla ilgili ön inceleme yapılacaktır. Hem alacağın varlığı açısından hem de ihtiyati tedbirin koşulları açısından burada yaklaşık ispat geçerli olduğu için burada mahkeme inceleme yapacaktır. Peki itiraz edebilecek olanlar kimlerdir. Bir karşı taraf ve üçüncü kişi buna itiraz edebilecek. Tabii az önce okudum karşı taraf dinlenmeden verilmişse itiraz edebilecek, dinlenmişse itiraz edemeyecek bu durumda. Tabii dinlenmeden verilen kişi itiraz edemeyecek, dinlenmeden aleyhine verilmişse bu kararı temyiz edebilir mi şeklinde uygulamada bir tereddüt vardı. Yargıtay bunu kabul etmiyordu, hocamın da bu konuda eleştirileri vardır. Bunların en azından temyiz hakkının verilmesi yönünde ama söylediğim gibi Yargıtay bu konuda bu kişilerin dinlenerek verilmiş ise bu kişilerin itiraz edemeyeceği ve kararı da temyiz edemeyeceği yönün de Yargıtay'ın kararları var. Karşı taraf dinlenmişse itiraz hakkı yok Ama itiraz hakkı olmayan kişinin daha sonra 396. maddeye göre durum ve koşullarda değişiklik meydana gelirse bu durumda tabii ihtiyati tedbirin değiştirilmesini veya kaldırılmasını isteyebilir. Ancak burada gerekçeyle hüküm arasında bir çelişki var ama burada tabii isteyebilir şeklinde tereddüt etmemek gerekir. Kanunumuz açıkça itiraz hakkını aleyhine karar verilene tanımıştır. Burada ihtiyati tedbire itiraz üzerine mahkeme itirazı nasıl inceleyecektir. İtiraz üzerine hakim ilgilileri dinlemek üzere davet edecektir. Ancak burada normalde hani bir davada taraflar gelmemesi halinde HMK'nın 150. maddesine göre dosya işlemiden kalkar ama burada açık hüküm bulunduğundan dolayı taraflar gelmese bile dosya işlemiden kaldırılmaz, dosya üzerinden inceleme yaparak ihtiyati tedbire itiraz konusunda hakim bir karar verir. İtirazı inceleyen mahkeme tedbir kararı değiştireceği gibi kaldırabilir.

Yani bu konuda mahkeme hakim ihtiyati tedbirin kaldırılmasını talep edilse bile belki değişiklik yapabilir veya tamamen de bu kararı kaldırabilir. İtiraz üzerine mahkeme ya itirazın kabulüne veya reddine ilişkin karar verecek. Mahkemenin her iki kararının da gerekçeli olması gerekir. Ve HMK 297. maddesindeki o gerekçede bulunması gereken koşulları taşıması gerekiyor, ihtiyati tedbire ilişkin ve ihtiyati tedbire itiraz üzerine verilen kararlara ilişkin olarak en fazla bozma kararı gerekçeden kaynaklanmaktaydı daha doğrusu gerekçesizlikten kaynaklanmaktaydı. En azından önümüzdeki dönemlerde bu konuda mahkemelere ışık tutucu olabilir. Özellikle Yargıtay gerekçe konusunda ısrarla duruyordu ve mutlaka itiraz üzerine verilen karar, itiraz şöyle, itiraz yerinde görülmediğinden reddine şeklinde bir kararı yeterli görmüyor. Neden yerinde görmediğini açıkla ve tedbir kararında bulunması gereken tüm unsurları da kararında belirt diyordu. Bazı daireler gerekçe yoksa gerekçeyi tamamla diye geri gönderiyordu, gerekçeyi yaz sonra ben inceleme yapacağım diyordu. Bazı daireler de gerekçe yönünden yerel mahkeme kararını bozmaktaydı. Uygulama bu şekildeydi. Şu şekilde bir karar verebilir mi, teminatın tamamlanması koşuluyla tedbirin devamına şeklinde? Bu şartlı karara girer, az önce söylediğim gibi süre verip tamamlaması burada daha uygun olur. Şimdi tabii kanun konusunda bir şey olmayacak, peki bu durumda mahkemeler ne yapacak, bölge adliye mahkemesi tamamen faaliyete geçene kadar dosyalar bekletilecek mi yoksa arşive mi kaldırarak bu dosyaları. Acaba ileride mahkemeler fiilen faaliyete geçtiğinde Yargıtay içtihadı birleştirme kararıyla bu talebi reddetti, en azından bundan sonra verilen dosyalarda biz bekletiyoruz sonra bölge adliye mahkemesine göndeririz diyebilirler mi bu da pek mümkün görünmüyor, en azından o tarihe kadar bekletip kurulduğunda hadi size gönderiyoruz şeklinde. En azından o aşamada tabii buna ilişkin karar kesinleşmediyse o tarihte gönderilebilir ama daha önceden bu kararlar kesinleşmişse artık tekrar bilmiyorum Hocam ne düşünür bu konuda ben de konuyu incelerken, kanun yolu kapandı ama yapacak başka hiçbir şey yok mu diye düşünürken aklıma geldi bilmiyorum o konuda hocam da ne düşünüyor? Bir diğer husus da durum ve koşulların değişmesi sebebiyle tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması. Şimdi bu HMK'nın 396. maddesinde düzenlenmiş, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, kararı verildiği tarihteki durum ve koşullarının değiştiğini ileri sü-

rerek değiştirme veya kaldırma isteyebilir diyor kanun. Bu değiştirme veya kaldırma talebi dilekçeyle olacak, mahkeme tarafları davet edecek, gelmese bile kararını verecek burada da dosya işlemiden kaldırmayacak. Yalnız burada önemli bir husus var, itiraz edilebilecek husus şu; ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihteki durum ve koşulların değiştiğini ileri sürecek, yeni durum ve koşulların ne olduğunu da dilekçesinde açıkla-yacak. Yoksa bu dilekçenin içinde ihtiyati tedbirin şartlarına itiraz edil-meyecek. Bu şartlar var mıdır yok mudur, tekrar tartışma konusu yapıl-mayacak. Sadece ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihten sonraki bir tarihte durum ve koşullar değişmiştir bu nedenle tedbiri de değiştirin veya tamamen kaldırım diyecek. Bu tedbirin değiştirilmesi ve kaldırıl-ması talebini daha önce taraf ister dinlensin ister dinlenmesin, ister itiraz etsin ister etmesin ihtiyati tedbirin tarafları değiştirmeyi isteyebilir. Çünkü neden, artık daha önceden dinlendi veya dinlenmedi, itiraz etti veya etmedi koşullar değiştiği için o yola başvurduğundan dolayı daha önce dinlenmesi veya itiraz edip etmemesini herhangi bir önemi yok. şimdi kanun bunun önemli bir özelliği de tabii kanun yoluna başvurulama-maması gerekçede de bu uzun uzun açıklanıyor niye kanun yoluna baş-vurulamayacağına ilişkin. Hani ihtiyati tedbire itiraz üzerine verilen kararlarla ilgili kanun yoluna gidiliyor, düzenlemiş onu kanun koyucu fakat 396. maddede atıf yaparken sadece 394'ün ve 3 ve 4. fıkralarına atıf yapmış, temyiz ile ilgili maddeye atıf yok, gerekçede de açıklıyor, diyor ki, sık sık değişiklik talep edip kanun yoluna gidilmesi uygun değildir diye gerekçede açıklanmış. Tabii bu gerekçeye uygun olarak da Yargıtay kararlar vermekteydi. Değişiklik taleplerini dikkate almamaktaydı. Ama ben şunu da gördüm, Yargıtay teminat karşılığı kaldırma talep edilmiş, mahkeme durum ve koşulların değişmesi sebebiyle yorumlamış, karar vermiş, Yargıtay diyor ki bunun talebi bu değil, diğeridir diyor, onun için bunu bu şekilde değerlendirmen gerekir diye bozmuş. Ama tabii buradaki durum biraz daha farklı. Burada kanun yoluna başvurulama-masının gerekçesinden tamamen farklı bir durum olduğu için Yargıtay bunu kabul etmiş. Ama benim gördüğüm Yargıtay diğer kararları bu özellikle ihtiyati tedbirin değiştirme ve kaldırılmasıyla ilgili olarak kanun yoluna gidilemeyeceğine ilişkin. Peki esas hakkında hükümle birlikte durum ve koşulların değişikliğine ilişkin itirazlar ileri sürülebilir mi? Yani istinaf yoluna gidildi veya temyiz yoluna gidildi şimdi diyelim ki.

Esas hükümle birlikte, müstakil gelinmiyor, esas hükümle birlikte gelindi. Acaba bunu mahkeme inceleyebilir mi? Burada da aslında bir açıklık yok. Hani kanun yoluna gidilemez deyince lafzına baktığımız zaman bu hususlar artık hiç incelenemez denebilir. Ama gerçekten hükmün içeriğine aykırı bir şey varsa belki Yargıtay'da kararı bozarken belki bu hususa da değinebilir diye düşünüyorum. Bu 396. Maddedeki düzenleme gibi bir düzenleme İİK'da yok. Yani ihtiyati haczin durum ve koşulların değişmesi sebebiyle değiştirilmesi veya kaldırılmasına ilişkin bir düzenleme İcra İflas Kanunu'nda yok. Peki böyle bir durumda yani durum ve koşullar değişti diye ihtiyati haczin değiştirilmesi veya kaldırılması istenebilir mi? Bana göre engel olmaması gerekir bu hüküm burada kıyasen uygulanır. Bilmiyorum Talih Bey bu konuda bir şey söyleyecek mi ama burada da ben bunun mümkün olduğunu düşünüyorum. Son bir cümlede teminat karşılığı tedbirin değiştirilmesi ve kaldırılmasını belirtiyim. Bu İcra İflas Kanunu'ndaki 266. maddedeki ihtiyati haczin teminat karşılığı kaldırılması ile ilgili maddenin karşılığı olarak düzenlenmiş. Yalnız burada kaldırmaya karar verilip itiraz üzerine diyor 396. maddenin 3 ve 4 fıkrası uygulanır diyor. Yani bu kaldırmaya da sanki itiraza ilişkin hükümler uygulanır dediği için bu hususa dikkat etmek gerekir. Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ: Ben de teşekkür ediyorum, Sayın UYAR'a sözü veriyorum.

Av. Talih UYAR: Benim konum; İcra ve İflâs Kanunu'numuzun 265. maddesinde düzenlenmiş olan "İhtiyati Hacze İtiraz ve Kanun Yolları." Bilindiği gibi; 265. madde bugünkü şeklini, 14 Temmuz 2003 tarihinde 4449 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle almıştır. Bu tarihten önce hatırlarsınız, "ihtiyati haciz talebi" reddedilen alacaklı ya da "ihtiyati hacze itiraz edip itirazı reddedilen" borçlunun Yargıtay'a müracaat imkanı yoktu. Bu da Türkiye çapında "ihtiyati haciz" konusunda çok farklı uygulamalara neden oluyordu. Yine hatırlayacaksınız meselâ mahkemelerimiz "kendilerinin senette öngörülen yetkili mahkeme olmadıklarını" ileri sürerek "yetki yönünden ihtiyati haciz talebinin reddine" karar veriyorlardı. Halbuki biraz sonra göreceğiz, o zaman da bugün de, mahkemenin, yetki konusunu kural olarak dikkate almaması gerekir.

Çünkü “yetki itirazı” ihtiyati, hacze itiraz sebeplerinden birisidir (İİK. m. 265/I). İhtiyati hacze yetki, teminat, ihtiyati haczin dayandığı sebepler yönünden itiraz edilebilir (İİK.m 265/I). Keza meselâ ilama dayalı olarak hatta aynı mahkemenin ilamına dayalı olarak ihtiyati haciz kararı istiyorduk, mahkeme “ihtiyati haciz kararına konu olan ilamımız kesinleşmemiştir” diyerek ihtiyati haciz talebimizi reddediyordu. Ya da, teminat alınmaması gerektiği halde, ilama dayalı ihtiyati haciz taleplerinde mahkemeler “teminat yatırılması koşuluyla” yani belli bir teminat karşılığında ihtiyati haciz kararı veriyorlardı. İşte bu sıkıntılı süreç, 4449 sayılı Kanunla -14.07.2003 tarihinde- yapılan değişiklikle sona ermiştir. Artık, mahkemenin alacaklının ihtiyati haciz talebini reddetmesi halinde İİK. m. 258 uyarınca alacaklının bu red kararını temyiz etmesi mümkündür. Keza borçlunun ihtiyati haciz kararına itiraz etmesi halinde, bu itirazının yerinde görülmemesi durumunda borçlu, temyiz yoluna gidebilmektedir (İİK. m. 265/V). Şimdi kanundaki düzenlemeye göre; 265. maddede, ihtiyati haciz kararına itiraz nedenleri, itiraz süresi, itiraz yeri, yargılama yöntemi ve itiraz üzerine verilecek kararların temyizi düzenlenmiştir. “Hangi nedenlere dayanarak, mahkemede verilmiş olan ihtiyati haciz kararına itiraz edilebileceği” keza bu maddede belirtilmiştir. İİK. m. 265’de bu konu, “borçlunun ileri sürebileceği itiraz nedenleri” ve (yapılan yeni düzenlemeyle buna üçüncü kişiler de eklenerek) “menfaati ihlal edilen üçüncü kişilerin ileri sürebileceği itiraz nedenleri” olarak iki başlık altında düzenlenmiştir. Burada borçlu bakımından şöyle bir düzenleme getirilmiştir: “Borçlu, kendisi dinlenmeden yokluğunda aleyhine verilen ihtiyati haciz kararına itiraz etmişse”, ve bu itirazı mahkemece reddedilmişse, bu red kararını temyiz edebilir. Eğer borçlu verilmiş olan ihtiyati haciz kararında kendisi dinlenmişse, bu karara karşı itiraz edemiyor, çünkü “itiraz sebeplerini, dinlendiği oturumda ileri sürmüştür” farz ediliyor. Bunun sakıncalı tarafı, bu karara karşı daha sonra temyiz yoluna gidilemiyor. Bu nedenle, borçlu, alacaklının ihtiyati haciz talebinde bulunması üzerine mahkemece uygun görülmüş ve duruşmaya davet edilmişse, mahkemenin eğer hakikaten konuya hakim olduğuna eminse duruşmaya gidip itiraz sebeplerini duruşmada da tekrar etmesinde yarar var. Ama borçlunun “mahkemenin konuya hakim olmadığı” şeklinde bir fikri varsa, dinlense de mahkemenin ihtiyati haciz kararı vereceği düşüncesindeyse, bizce duruşmaya hiç gitmemesi daha

isabetli olur. Çünkü bu suretle “kendisi dinlenmeden verilen ihtiyati haciz kararını” -önce bu karar itiraz ederek- temyiz edebilecek ve temyiz sebepleri konusunda Yargıtay’ın bugün olduğu gibi, titiz bir şekilde inceleme yapması nedeniyle, herhangi bir riske girmeden, mahkemenin dinlenme talebini ‘duruşmaya gelmeyeceğini’ belirtir bir dilekçe vererek geçiştirmesi yararlı olur. Borçlunun itiraz sebepleri ile üçüncü kişinin itiraz sebepleri birbirinden farklı düzenlenmiştir. Borçlu bakımından neler ihtiyati haciz kararına karşı itiraz sebebi olarak ileri sürülebilir? Bunlar; “ihtiyati haczin verilme koşullarının gerçekleşmediği” borçlu tarafından ileri sürülebilir. Örneğin ‘alacağının muaccel olmadığını’ ya da ‘alacağının rehinle temin edilmiş olduğunu’ borçlu ihtiyati hacze itiraz olarak ileri sürebilir. Eğer 257. maddenin 2. fıkrasındaki durum söz konusuysa, yani ‘belli bir ikametgahı olduğunu, malları kaçırmadığını, gizlemediğini, kendisinin kaçmadığını’ belirtebilir. Keza, yabancı para alacakları hakkında ihtiyati haciz kararı istenmişse, Türk parası üzerinden ihtiyati haciz kararı verilmesi gerekir. ‘Yabancı para üzerinden ihtiyati haciz kararı verilmiş olduğunu’ borçlu itiraz olarak ileri sürebilir. İpotekle yani rehinle temin edilmiş alacaklar için ihtiyati haciz kararı verilemez. Ancak ‘ipotekli taşınmazın değeri ile karşılanmayan kısım için’ ihtiyati haciz kararı verilebilecektir. Keza limit ipoteklerinde ‘limitin üstündeki alacak miktarı için’ ihtiyati haciz kararı verilecektir. Alacağın ‘muaccel olup olmaması’ konusunda da verilmiş olan ihtiyati hacze itiraz edilebilir. Mesela Yargıtay’ımızın kararlarında vurgulandığı gibi ‘hesabın kat edildiğine dair ihtarın asıl borçluya usulüne uygun şekilde tebliğ edilmiş olması’ gerekecektir. Bu nedenle de “ihtiyati haczin kaldırılması” istenebilecektir. ‘Vadesi gelmemiş olan senetler hakkında, 257. maddenin 2. fıkrasındaki koşulların gerçekleşmediği’ ileri sürülerek, ihtiyati haczin kaldırılması istenebilecektir. Yine uygulamada çok sık karşımıza geldiği gibi; ‘çekin ya da bononun, sadece teminat bonusu, teminat senedi, hatır senedi olduğu’ iddia edilerek ihtiyati hacze itiraz edilemez. Bu husus yargılamayı gerektirir, ama çok açık bir şekilde, özellikle bazen bankalar kredi sözleşmesi düzenlerken kendi sözleşmelerinde ‘borçludan şu tarihli teminat çeki, teminat senedi alınmıştır’ şeklinde açıklamalara yer veriyorlar. Bu durumda, bu çek-senet hakkında ‘teminat senedi’ olduğu (tarihi-numarası-vadesi- rakamı belirtilerek) açıkça ifade edilen bu senet hakkında bankaca ihtiyati haciz kararı alınmışsa, buna

karşı da borçlunun itiraz etme imkanı vardır. Yine Yargıtay'ımızın içtihatlarına göre; 'kesinleşmemiş faturalara dayalı alacağın muaccel sayılmaması' nedeniyle, verilen ihtiyati hacze itiraz etmek mümkündür. Keza 'sözleşmede yer alan muacceliyet kaydına göre' lehtar tarafından ihtiyati haciz kararı alınabilir, buna itiraz etmek mümkün değildir. Ama tabii kambiyo senetlerindeki, özellikle bonolardaki 'muacceliyet kaydı' tek başına geçerli olmadığı için, ayrı bir sözleşmede 'muacceliyet kaydı' öngörülmüşse, buna dayalı olarak ihtiyati haciz kararı verilmektedir. Buna karşın 'alacaklının iddia ettiği alacağın olmadığı' itirazı, alacağın esasına yönelik bir itiraz olması sebebiyle bu husus mahkemede tartışılmaz. Bu da önemli bir husustur. 'İhtiyati haczin dayandığı sebep' kavramı, uygulamada zaman zaman farklı yorumlara neden olmaktadır. Çünkü, her türlü itiraz, çok defa borçlu tarafından, mahkemece verilen ihtiyati haciz kararına 'itiraz' olarak ileri sürülmektedir. Yargıtay'ımız "aynı alacak için, aynı taraflar hakkında ikinci defa ihtiyati haciz kararı verilmiş olmasının ihtiyati haczin kaldırılmasına neden olacağına" isabetli olarak karar vermiştir. Keza 'menfi tespit davası sonunda verilen kararın kesinleşmemiş olması halinde' bu menfi tespit ilamındaki vekâlet ücreti ve yargılama giderleri için ihtiyati haciz kararı talep edilemez. Bilindiği gibi; ihtiyati haciz, icra takibinden önce talep edilebileceği gibi, icra takibi sırasında (meselâ; tebligat yapılamamış, bila tebliğ dönmüş veya henüz dönmemiş ama bu arada borçlunun mallarını kaçırma ihtimali varsa) alacaklı, o icra takibi için de mahkemeden pekala takip dayanağı belgeye dayanarak da ihtiyati haciz talep edilebilir. 'Süresinde ibraz edilmemiş çek, kambiyo senedi niteliğini kaybedip yazılı delil başlangıcı niteliğini aldığından, buna dayanarak ihtiyati haciz kararı verilemeyeceği' yine Yargıtay'ımızca belirtilmiştir. Hamilin, keşideci ve onun lehine aval verenler aleyhine ihtiyati haciz kararı isteyebilmesi için, bononun vadesinin gelmiş olması yeterli olup, aynı zamanda protesto edilmiş olmasına gerek yoktur. Bu nedenle bononun protesto olmamış olması, o senet hakkında ihtiyati haciz kararı istenmesine engel teşkil etmemektedir. Keza 'senetlerinin zaman aşımına uğradığı' iddia edilerek ihtiyati haczin kaldırılması istenebilir mi? Burada, sadece senedin ihtiyati haciz talebi sırasında zaman aşımına uğramış olması mahkemece kendiliğinden dikkate alınarak 'ihtiyati haciz talebinin reddine' neden olamaz. Çünkü 'borçlu tarafından verilmiş olan senedin zaman aşımına uğramış olması' mahkemenin

re'sen dikkate alacağı bir husus olmadığı için, pekalâ 'zaman aşımına uğramış bono ve çekler hakkında' ihtiyati haciz kararı verilmesi istenebilir.

Mahkemece zaman aşımına uğramış senetler hakkında ihtiyati haciz kararı verilmesinde bir sakınca yok ama, borçlu bunu 'itiraz sebebi' olarak ileri sürdüğü zaman kanımızca -farklı kararlar olmasına rağmen- ihtiyati haczin kaldırılması isabetli olur. 'Alacağın rehinle temin edildiğine' ilişkin iddia 'ihtiyati haczin dayandığı sebepler' kavramı içinde yer aldığı için, bu sebeple ihtiyati hacze itiraz etmek mümkündür. 'Borçlusu vefat etmiş olan bir bonoya dayanarak, süresi içinde mirası reddetmiş olan mirasçılar hakkında' ihtiyati haciz kararı alınamaz, alınmışsa itiraz üzerine kaldırılması gerekir. Yine Yargıtay'ımızın zaman zaman dile getirdiği, uygulamada çok önem taşıyan 'hayatın olağan akışına aykırılık iddiası', ihtiyati hacze itiraz sebebi olarak ileri sürülebilir mi? Yargıtay 'vade tarihi ile ihtiyati haciz talep tarihi arasında yaklaşık altı-yedi yıllık sürenin bulunması' nı hayatın olağan akışına aykırı bulmuş ve 'ihtiyati haciz kararı verilemeyeceğini' kabul etmiştir. 'Takip konusu borcun ödenmiş olduğu' nedeniyle ihtiyati hacze itiraz edilebilir. Tabii bunun belgesini sunmak kaydıyla. Yine menfi tespit davasına konu olabilecek hususlar tek başına ihtiyati hacze itiraz sebebi olarak ileri sürülemez. Bunlar yargılamayı gerektirdiği için, mahkemelerce ihtiyati hacze itiraz üzerine duruşma yapılırsa da, bu durumda mahkemeler ayrıntılı bir inceleme yapamayacağı için, bunların ihtiyati hacze itiraz sebebi olarak ileri sürülememesi gerekir. 'Fiil ehliyetinin bulunmadığı' itirazı da, Yargıtay'ımızca 265'in kapsamındaki sebepler arasında kabul edilmemiştir.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Affedersiniz ama bir önceki kararda da bambaşka bir şey okudunuz. Orada da, ölmüş kişinin taraf ehliyeti yok. O zaman bu iki karar arasında çelişki var.

Av. Talih UYAR: Yüksek mahkemenin, İİK'nun 265. maddesinde sınırlı olarak sayılmış olan 'ihtiyati hacze itiraz sebepleri'nin içeriği konusundaki tüm içtihatlarının birbiriyle uyumlu olduğu söylenemez...

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Orada tereddüt yok ama bir tanesini sebep olarak, 'itiraz sebebi' olarak görüyor, öbürünü sebep olarak görmüyor. Yani aralarında nasıl bir fark var?

Av. Talih UYAR: Yargıtay’ımızın -az önce belirttiğimiz gibi- bu konudaki bütün içtihatları tutarlı değil. Aynı şey zamanaşımı bakımından da böyle. Yani, bazı kararlarında “zamanaşımına uğramış olan kambyo senedi hakkında ihtiyati haciz kararı verilemez” diyor, bazılarında “verilebilir” diyor. Tabii, Yargıtay’ın 19 ve 11. Hukuk Daireleri arasında da zaman zaman farklılık görülüyor. Şimdi borçlunun sadece Cumhuriyet Savcılığına şikayette bulunarak “imzanın kendisine ait olmadığına” dair şikayette bulunması, bu sebeple mahkemece ihtiyati haciz kararı verilmesine engel teşkil etmez. Bu durumda, ihtiyati haciz kararı verildikten sonra borçlu, isterse menfi tespit davası açar, isterse icra mahkemesine süresi içinde bu durumu bildirir. O aşamada eğer Usul Kanunumuzdaki (HMK. m.209/1) ‘imza inkâr edilirse’ şeklindeki kanunun aradığı durum gerçekleşirse, o zaman, bu durum ihtiyati haczin kaldırılmasına neden olur. Yoksa tek başına borçlunun ‘Cumhuriyet Savcılığına şikayet ettim, menfi tespit davası açtım’ şeklindeki itirazı, ihtiyati haciz kararı verilmesine engel teşkil etmez. Zaten menfi tespit davası açmışsa Yargıtay’ımızın da kararları uyarınca “dava konusu senetteki yazı veya imza inkar edilerek ‘sahtelik iddiasına dayalı menfi tespit davası’ açılmışsa ve icra dairesinin bu durumda takibi durdurulmaması üzerine, icra mahkemesinden süresiz şikayet yolu ile ‘takibin durdurulması’ istenmişse” bu yolla da takibin durdurulması imkanı var. Keza ‘senedin anlaşmaya aykırı doldurulduğu’ iddiası da Yargıtay’ımızın kararlarına göre ihtiyati hacze itiraz sebebi olarak ileri sürülemez. Yani 265/2’deki sınırlı ihtiyati hacze itiraz sebepleri arasında sayılmıyor. ‘İmza inkârı’ da uygulamada önem taşıyor. Borçlu ihtiyati haciz kararı veren mahkemeye ‘senetteki imza benim değildir’ diye itiraz ettiği zaman bazı mahkemeler ihtiyati haczi hemen kaldırılıyor. Halbuki Yargıtay’ımız haklı olarak, bu durum yargılamayı gerektireceği için, imza inkarında bulunulmuş olmayı ‘ihtiyati hacze itiraz sebepleri’ arasında saymıyor. Ve ‘borçlunun ödeme emrini aldıktan sonra takibin şekline göre, icra mahkemesine veya icra dairesine itiraz ederek takibi durdurabileceğini’ belirtiyor. ‘Zamanaşımı itirazı’ 265. maddede öngörülen ‘ihtiyati haczin dayandığı sebepler’ in kapsamında bulunmaması nedeniyle, ‘alacağın zamanaşımına uğradığı’ ileri sürülerek, ihtiyati haciz kararına itiraz edilemeyeceği pek çok Yargıtay kararında ifade edilmiştir.

SORU: Bir de eğer, kambyo senedindeki imzaya itiraz etmişse imza onun değilse zaten ortada kambyo senedi yoktur. Yok olan bir senet için de nasıl itiraz hakkı olmaz?

Av. Talih UYAR: Alacaklı, mahkemeden borçlu hakkında ihtiyati haciz kararı aldı ve icra dairesine giderek bu kararı uyguladı. Daha sonra süresi (7gün) içinde senet aslını veya belge aslını icra dairesine vererek (İİK m. 264/I) ihtiyati haczin icraya çevrilmesini talep etti, borçluya ödeme emriyle beraber, örnek 10 ödeme emri, senet fotokopisi gönderildi. Bunu alan borçlunun, beş gün içinde(İİK m.170) ‘imza itirazı’nda bulunarak icra mahkemesinden ‘takibin durdurulmasını’ istemesi gerekir. Yoksa ihtiyati haciz kararı veren mahkemeye ‘imza benim değildir’ şeklinde yapacağı itiraz, ‘ihtiyati haczin dayandığı itiraz sebepleri’ arasında İİK m.265/I’de öngörülmemiştir. Yargıtay ısrarla, ‘maddede belirtilen ihtiyati hacze itiraz sebeplerinin sınırlı olduğunu’ belirtmiştir. Yargıtay İİK. m.265 hükmünü dar yorumluyor. Yine; ‘imza itirazının ihtiyati haczin dayandığı sebepler kapsamı dışında kaldığını’ Yargıtay’ımız belirtmiştir. Keza takip dayanağı senedin hatır senedi, hatır çeki olması yine aynı şekilde ihtiyati hacze itiraz sebebi olarak kanunda öngörülmemiştir. ‘Senedin hile ile ya da hata ile alındığı’ ileri sürülerek yine ihtiyati hacze itiraz etme imkanı bulunmamaktadır. ‘Senedin vadesinin anlaşmaya aykırı doldurulmuş olması’, ‘senedin içeriğinin anlaşmaya aykırı doldurulmuş olması’ yazılı belge ile kanıtlanmış olmadıkça, ihtiyati hacze itiraz sebebi olarak ileri sürülemez. Aynı doğrultuda epey karar var. Daha önce ihtiyati tedbir konusunda söylenilen hususlar burada da geçerli. Kanunda ‘ihtiyati hacze görev yönünden itiraz edilebileceği’ öngörülmemiş ama işin doğası gereği, ‘ihtiyati haciz kararı veren mahkemenin görevli olmadığı’ ileri sürülebilir. Keza İİK m.258 uyarınca ‘ihtiyati haciz kararı veren mahkemenin yetkili olmadığı’ aynı şekilde ileri sürülebilir. Biliyorsunuz ‘teminat yönünden ihtiyati hacze itiraz’da İcra ve İflas Kanunu’nda ihtiyati hacze itiraz sebepleri arasında sayılmıştır(İİK. m.265/I). Talep “ilama” dayalıysa, teminata gerek yok. “İlam niteliğindeki belge” ile karar verecek ise, teminata gerek olup olmadığının, mahkeme karar verecek. Bankanın kendi teminat mektubunu vermesi yeterli kabul edilmemekte, başka bankadan teminat mektubu ibrazı istenmekte. Bir de özel olarak mesela; tasarrufun iptali davasın-

da, 281. maddede teminat koşulu öngörülmediğinden, ‘davacının talebi üzerine’ mahkeme ihtiyati haciz kararı verebilir. ‘Teminatın lüzum ve miktarını’ mahkeme takdir eder(İİK. m.281/II, c:2). Uygulamada genelde doktrinde tasarrufun iptali davalarında ‘prensip olarak teminat aranmaksızın ihtiyati haciz kararı verilsin’ denmesine rağmen, uygulamada maalesef mahkemeler %10-20 gibi teminat karşılığında ihtiyati haciz kararı verebiliyorlar. Aslında tabii bildiğiniz gibi, bu hatalı bir uygulama. Fakat mahkemelerin uygulaması bu yönde. Bir de ‘teminatın ne zaman geri alınacağı’ konusunda da bir düzenleme yok. Uygulamada genellikle tasarrufun iptal davasının kesinleşmesi beklenmeden, tasarrufun iptaline karar verildiği anda, kendiliğinden ihtiyati haciz kararı kesin hacze dönüştüğü için, bu aşamadan sonra pekala davacı yatırmış olduğu teminatın iadesini isteyebilmelidir. Basit yargılama usulü burada geçerli oluyor. Mahkeme, ihtiyati hacze itiraz üzerine itirazı haklı buluyorsa, ihtiyati haciz kararını kaldırıyor, aksi halde ‘ihtiyati hacze yönelik itirazın reddine’ karar veriyor.

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ: Evet teşekkür ederim Talih Bey’e de. Pek çok Yargıtay kararı böylelikle gün yüzüne çıkarak kendi değerlendirmesini de tamamladı. Ara vermeden önce bir konuyu belirlemek istiyorum ki ondan sonra kaldığı yerden özellikle Sayın Mustafa ATEŞ özellikle Yargıtay’daki bu içtihadı birleştirme ile ilgili değerlendirmelerin bir kısmını bize aktarabilir ki bu süreç hakkında da tam bir bilgi sahibi olabiliriz. Şimdi izin verirseniz 2004 yılına dönmek istiyorum. 2004 yılında uygulamada o kadar çok şikayet vardı ki bu geçici hukuki koruma önellerinin temyiz edilememesi sebebiyle. Oturuldu ve komisyon tarafından hem ihtiyati haciz kararlarına hem de ihtiyati tedbir kararlarına karşı temyiz yolu açıldı. Ancak her ne kadar HMK’da da, o zaman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda da bir değişiklik yapılmasına rağmen, denildi ki şu anda bu kanunu biz değiştirmeyelim, sadece İcra İflas Kanunu’nda değişiklik yapalım ve bu değişikliğin arkasından gerçekten bugünkü hükümler olan ihtiyati haciz kararlarına karşı temyiz yolu açıldı. Bir gün Ankara’da yemek yiyorum, güzel bir restoran, yazın. Yemeğin sonuna doğru karşı taraftan kalabalık bir grup bizim masaya doğru geliyorlar. Farkettim beni işaret etti o kalabalığın arasındaki kişi. Ve masaya geldiler hesap sorarak siz misiniz dediler ihtiyati haciz

kararlarına karşı kanun yolunu açık hale getiren? Evet dedim, komisyon üyelerinden biri benim. Siz ne yaptığının farkında mısınız dediler, ki beni işaret eden kişi de aynı zamanda komisyonun üyesiydi. Ama kendini kurtarmak için beni feda etti. Sevgili Oğuz ATALAY arkadaşım da o zaman komisyondaydı ama o değil. Çünkü bunu yapan bir banka avukatı. Ama ben bunun son derece doğru olduğunu ve zaman içinde ne kadar doğru olduğunu hep beraber göreceğimizi söyledim. Ama onlar da haklı olarak, biz belki uygulamanın belli bir yola girmesini düşünürken onlar da kendi açılarından iş yükünü değerlendiriyorlardı. Biliyor musunuz dediler yılda kaç dosya bize geliyor ve gelecek? Zaten iş yükünün altında eziliyoruz. Neyse fiziki bir şey olmaksızın ayrıldılar ama hakkımda herhalde hiç iyi şeyler söylemediler. Bunlar kimdi dersiniz 11. Hukuk Dairesi üyeleri. Çünkü o sırada bütün ihtiyati haciz kararlarının temyizi 11. Hukuk dairesine gidiyordu. Tek başına o daire bütün ihtiyati haciz kararlarını temyizen inceliyordu. Tabii bu çok ağır geldi. Yargıtay’da çok sık seçim olur. Bir dairenin başkanı Yargıtay başkanlığına aday oluyor ve 11’e gidiyor. Diyor ki sizden destek istiyorum. Onlar da diyorlar ki hay hay, memnuniyetle ama bir şartımız var, nedir o? İhtiyati haciz kararlarını kendi dairenize alın. Gerçekten öyle oluyor. Ama başkan seçilemiyor, 11 dosyalardan kurtuluyor. Tabii Yargıtay’da seçim bol, zamanı geliyor 19’un kapısı çalınıyor. 19 herhalde ben Adnan Bey’in yanında daha ileri gidip bir şey söylemeyeceğim çünkü onları canlı yaşayan kişi kendisi. Daha da ileri gitmeyeyim ama birdenbire 19 kurtuldu 17’ye geçti bu işler. Sonra 17’den 7’ye geçti. Arkasından bir çözüm bulundu bütün daireler kendilerine gelen işe göre ihtiyati haczi üstlendiler. Ama o gün bugün bu yükü Yargıtay taşıdı ve taşımaya da devam ediyor. Hiç akla İçtihadı birleştirme kararları ile bu yolu kapatmak gelmedi. Arkasından bu kanunda düzenleme oldu. Hatta kanun çıkarken ben mecliste bakana dedim ki, bizim bütün sistemimiz istinaf üzerine kuruldu. Bu kanun istinaf üzerine kuruldu. Önce istinaf’a gidecek ondan sonra bazı işlerde Yargıtay’a gidecek. Hiç tereddüdünüz olmasın biz istinaf mahkemelerini göreve başlatıyoruz dediler. Sene 2011. Biz Şubat ayında bunu konuşuyoruz, kanun da 2011’in ekim ayında yürürlüğe girecek. İşte şubatın başındayız. Tabii kanunun da tabii yasalaşmasının akabinde bizim elimiz kesildi artık kanunla ilgili çünkü yasalaşmıştı. Bir gün bir arkadaşım telefon etti. Dedi ki geçici hükümleri gördün mü? Dedim yo,

neyle ilgili, bizim hazırladığımız kanunla ilgili? Baktım, üç madde. Geçici üç madde. Dedim ki bizim açımızdan çok büyük problem yok ama bir takım karmaşaya sebebiyet verecek. Neler bunlar? Mesela bizim yeni hazırladığımız tahkimle ilgili burada problem var dedi. Tahkim sonunda verilen kararlar ne olacak bu geçici hüküm bunu çözmiyor. Yine özellikle bazı işler var. Mesela ilk defa istinaf mahkemesi ele alacak. Şu andaki tahkim hükümleri içinde bazı işler ilk derece mahkemesi olarak istinaf mahkemesine gitmek durumunda bu kanuna göre. Ama istinaf mahkemeleri göreve başlamamıştı. Burada problemler çıkacak diye düşündüm. Bunun gibi birkaç problem daha sıraladım ama ihtiyati tedbirle ilgili kanun yoluna başvuru hiç aklıma gelmedi. Kanunun ikinci yılını kutluyoruz, tesadüfen yine İzmir’de toplantı. Bir Yargıtay üyemiz orada konuşuyor. Dedi ki şu ihtiyati tedbirle ilgili kanun yolunu kapatın. Yoksa biz bunun nasıl kapatılacağını biliriz. Bunların kayıtları var, basıldı bu kitap. Nasıl olabilir, içtihadı birleştirme ile kapatırız. O zaman Sayın Muhammed ÖZEKES dedi ki bütün Yargıtay sorumlu olur. Kanunda hiçbir yoruma tabii olmayacak şekilde açık bir kanun hükmüne aykırı verilmesi hakimlerin sorumluluğunu gerektirir. Bu olmaz. Dediler ki yine de siz bir düşünün ve şunu yapın, bir başka asliye hukuk ya da asliye ticaret mahkemesini ya da birse ikiye gitsin bu itiraz ama Yargıtay’a gelmesin. Tabii bu konuda Yargıtay’ın bütün bu düşünceleri tabii iş yükü bakımından kendi bakımlarından haklı. Çünkü yirmi beş bin dosyanın incelendiği yerde her ay 2500 ekstra iş gelmesi anlamını taşıyor ihtiyati tedbirlerin de o daireler gitmesi. Sonra dairelerin uygulaması başladı, çok rahatladık, hiçbir daire temyiz bakımından tereddüt etmedi. Hatta lütfen 1. Hukuk Dairesi’nin çok güzel bir kararı var. O kadar güzel gerekçelendirip neden temyiz edileceğini yazmış ki, böyle bir tehlikenin olmadığını, o düşüncenin de sadece teorik olduğunu değerlendirdim. Sonra birden bire bir arkadaşım bir bankada bir karar bana gönderdi. Dedi ki haberin var mı, 1. Hukuk Dairesi temyiz yolunu kapattı. Bu tartışılabilir, değişebilir diye düşündüm. Sonra bir hukuk dairesi daha geldi, arkadan altıya kadar çıktı. Belki yedi, sekiz, dokuz gidiyordu ama altı da olsa yirmi üç hukuk dairesi varsa on yedisi açık diyor, sadece altısı kapalı diyor. İchtihadı birleştirme yoluna gidildi. Bakın ben son on yıldır içtihadı birleştirme kararlarını yakinen takip ediyorum. Hatta bir tanesinin de ben talepkarı oldum. Dokuz yılı buldu o içtihadı birleştirme kara-

rı henüz görüşülmedi. Konu nedir derseniz, yabancı para alacakları ile ilgili eğer zarar yabancı para olarak doğmuşsa tazminat yabancı para olarak hükmedilebilir. Farklı daireler arasında farklı görüşler vardı. Talep edildi, şu anda o içtihadı birleştirme kararı bağlanmadı. Şimdi bu konuda Yargıtay'ın bu daireleri arasında bu farklılık ortaya çıkınca içtihadı birleştirme kararı gündeme geldi ve üç toplantı yapıldı. İlk toplantıda çoğunluk kapalı olsun denildi, ikinci toplantıda yine kapalı olsun denildi ama 2/3 çoğunluk sağlanamadığı için bir karar sağlanamadı. Sonunda üçüncü toplantıda ne olursa olsun bir karara bağlanacaktı. Açık diyen değerli üyelerden bir tanesi de Sayın Mustafa ATEŞ'tir. Beni sabahleyin aradı ve dedi ki bugün size günaydın diyorum ama pek gününüz olmayacak galiba. Hayrola dedim, yetmiş beş-yetmiş altı dedi. Yani açık, hayır kapalı dedi. Bir oyla içtihadı birleştirme kararı çıktı. Şimdi ben mahkeme kararlarına saygı duyuyorum ama mahkeme kararının hukuki yönünü eleştirmek elbette yapılması gereken bir faaliyet. Ama böyle ama şöyle çıktı bu karara saygı göstermek zorundayız. Ama böyle bir yoldan gelindi. Şimdi sabahtan beri tartıştığımız iki tane geçici koruma önlemi, ihtiyati haciz kararına karşın halen temyiz yoluna gidebiliyorsunuz, ihtiyati tedbir kararlarına karşı artık bu kapalı. Bence bu bir kez daha içtihadı birleştirme kararı gerektirir. Şimdi burada çözümü şöyle aramamak lazım. Yeniden kanun yapılır, açıkça, hiç tereddütsüz bir şekilde bu temyize tabiidir denilir. Hayır. Bence burada eğer Yargıtay böyle bir karar veriyorsa bunun sebebini bilmemiz gerekiyor. Kİ bu gizli de değil. Dediğim gibi bu kadar çok dava sayısı olan bir yüksek mahkemeye bir ihtiyati tedbir kararlarının temyizini öngördüğünüz zaman bu yükün altından kalkamaz. O zaman dönüp istinaf mahkemelerini sormamız lazım. 2004 yılında çıktı bu yasa. Sene 2014. On sene geçmiş, biz henüz bölge adliye mahkemelerinin ne zaman göreve başlayacağını bilemiyoruz. Peki gelecek bakımından bir bildiğimiz var mı? Ben her sene söz duyuyorum. Her sene. Hele 2007'de oturduk dokuz tane de kurduk. Başsavcılar atandı. Hatta Adalet Bakanı gittiği zaman illerde istinaf isteriz diye pankartlarla karşılandı. Şu anda on beş tane bölge adliye mahkemesi var. Başsavcıları var, otomobilleri var, binaları var. Fakat isterseniz önümüzdeki günlerde 22'ye de çıkarırız. Karadeniz'de bakan gidiyor, istinaf isteriz istinaf isteriz diye, şimdi ismini söylemeyeyim şehrin, insanları tutmuşlar istinafi orada kurdurmak istiyorlar. Bakan bakmış demiş ki, size istinaf değil, is-

tinap lazım. Nedir o demişler, ikide bir heyelan oluyor toprak altında kalıyorsunuz, ilk önce istinapı halledelim arkasından istinaf gelir. Bugünün tartışma konusu bu iş yükü altında Yargıtay'ın şu ya da bu sebeple gereği gibi yerine getiremediği. Ama şunu da söyleyeyim, bugüne kadar ki uygulama çok hayırlı olmuş. En azından mahkemeler ihtiyati tedbir konusunda daha titiz davranmaya başlamışlardır. Talepler bakımından da bu böyle. O yüzden bugüne kadar uygulama, uygulamaya belli bir yön verdi. Bütün dileğim, bundan sora hiç olmazsa bunun muhafaza edilmesi. Ama bu bir an önce tedbir alınmadığı sürece çok uzun da sürmeyecek diye düşünüyorum. Bir on dakika ara verip sonra devam edeceğiz.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Önceki oturumla ilgili sorularınızı toplu olarak cevaplayacağız ama önce Sayın Mustafa ATEŞ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi, bize, konusu biraz uzun ama konuşmasını otuz dakikayla sınırlandıracak, aile hukukundan kaynaklanan ihtiyati tedbirler ve bu tedbirlerin ihtiyati haciz kurumuyla karıştırılmasının neden olduğu hukuki sorunlar ve yargılama safhalarının değerlendirilmesi konulu bir konuşma yapacak. Şimdi ihtiyati haczi ve ihtiyati tedbiri ayırt ettikten sonra şimdi tamamen kendine özgü bir başka tedbir türü daha karşımıza çıkıyor. O da aile hukukundan kaynaklananlar.

Y. 2. HD. Üyesi Mustafa ATEŞ: Teşekkür ediyorum. İzmir Barosu Başkanı, İzmir yönetimi, İzmir Barosu'nun değerli meslektaşlarına beni davet ettikleri için çok teşekkür ediyorum. Şimdi ben kısaca hocam az önce belirtti, pas etmişti bu içtihadı birleştirme kararından bahsediyim. Aslında sabahki konuşmaları dinleyince bir aile hukukundan dolayı verilen kararlar tedbir niteliğinde değildir dedi hocam, benim konuşma alanımı kapattı. Temyiz yolunu da kapattık, orada da konuşacak bir şey kalmadı. Hani dava konusuz kaldı gibi bir şey. Şimdi içtihadı birleştirme kararı konusunda bir Yargıtay üyesi olarak üzgünüm. Bir kanun yolunu kapattık, hak arama yolunu kapattık. Anayasa'daki ve kanundaki açık hükme rağmen. Açık olması için çok mücadele verdim. Hatta üçüncü görüşmeye kaldığı gün akşam saat 9.30 gibi sanırım hakan hocamı aradım, hocam kapalı çıkıyor. Biz kitaplara baktık söylenecek her şeyi söyledik ama siz bizim üstadımızsınız başka söylenecek bir şey var mı diye

destek istedim. Sabahleyin çıkıp üçüncü görüşmede uzun uzun anlattık ama bir farkla maçı kaybettik. Bu hoş olmadı. Elbette saygı duyacağız ama bir kanun yolunun bu şekilde kapatılması, anayasadaki hak arama hürriyetine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki adil yargılanma ilkesine hepsine aykırı olduğunu düşünüyorum, bunu da Yargıtay'ın Genel Kurulu'nda anlatmaya çalıştım. Hatta suç işlemekle isnat edildim. Çünkü iki yıllık uygulama içerisinde 17 daire açıktır dedi, 17 daire açıktır derken 17 daire içinde beş veya altı tane arkadaşımız kapalı diye muhalefet yazdı. Onları da kapalı tarafa koyunca altı daire kapalı dedi. Dolayısıyla ilk görüşmede açıktır diye çıkması gerekiyordu. Açık çıkmadı, ikinci görüşmede de bunu ifade ettim. Güncel tabirle ne manidar ki kapalı çıktı. Bu sözüm üzerine suç işlemekle isnat edildim ama hangi suçu işlemiş olduğumu bilemedim. Şimdi konumuza dönersek evet hocam kitabını buraya gelmeden önce dikkatlice okumaya çalıştım. Geçici hukuki korumaların alt başlıklar arasında işte ihtiyati tedbirler ve ondan sonra da aile hukukundan kaynaklanan tedbirlere ilişkin verilen kararların ihtiyati tedbir niteliğinde olmadığını, klasik anlamda HMK 389 ve devamında maddelerdeki maddelerde düzenlenen tedbirlerden olmadığını söyledi. Kitabında da bu şekilde belirtmiş. Doğru, orada kendine özgü bir önemleler var. Şimdi madde madde değinmeye çalışacağım. Fakat aile mahkemelerinden ve aile hukukundan kaynaklanan tedbirlerin hepsi böyle değil. Orada bir tasnif yapmak lazım ki biz kanun yolu açıktır dediğimiz zaman da o tasnifi yapmıştık. Aile mahkemelerinden istenilen birçok talep var. Bu taleplerin içinde de hukuki koruma yolları isteniyor. Biz hepsine birden tedbir diyoruz. Nedir maddi ve manevi tazminat talep edilmişse işte bunlar için tedbir talep edildi bugüne kadar. Mal rejiminin tasfiyesi davası açılmışsa katkı payı, katılma alacağı ve alacaklarına karşılık dava konusu taşınmazların üzerine davalının diğer taşınmazları üzerine tedbir konulması talep edildi. Öbür taraftan 169. Maddede kanunun hepinizin malum olduğu üzere boşanma davası açıldığı zaman, davanın içerisinde istenilen bir kısım tedbirler vardır. Hatta bu tedbirler biraz önce bahsettiğim tedbirlerden çok daha önemli. Nedir o? Çocuk varsa, boşanma davası süresince çocuğun nerede kalacağı, diğer tarafta kişisel ilişkinin nasıl kurulacağı, boşanma davası süresince taraflar veya çocuklar için tedbir nafakası, boşanma davası süresince müşterek evin

kim tarafından kullanılacağı, hatta uygulamada çok yoksa bile evdeki bir arabanın kim tarafından kullanılabileceği bile 169. maddeye göre tedbirler istenebiliyor. Ama hocalarımın söylediği gibi bu tedbirler HMK 389 ve devamındaki tedbirlerden farklı. Biz de bu iki yıllık süre içerisinde 2. Hukuk Dairesi olarak şöyle bir ayırım yapmıştık, işte tasnif dediğimiz şey o. Para alacaklarına ilişkin tedbir taleplerine temyiz yolu açıktır dedik, ancak dedik 169. madde kapsamında biraz önce verdiğim örnekler çerçevesinde verilen tedbir kararlarına karşı temyiz yolu kapalıdır dedik. Muhammet Hoca'nın Antep'teki toplantıda güzel bir sözü vardır, bu saygıdeğer bir görüştür dedi. Hani biz bir kısmına 2. Hukuk Dairesi olarak içtihadı birleştirmeden önce biz kapalıdır dedik 169. madde gereğince verilenlere. Muhammed Hoca Antep'te ben bunu söyleyince bu tartışılabilir ve saygıdeğer bir görüştür dedi. O yüzden tedbirleri bir sefer bu şekilde tasnif etmemiz gerekli. Şimdi birinci kalemde işte klasik her boşanma davası açan avukat arkadaş veya davalı olarak cevap verdiğinde maddi manevi tazminat istediye mutlaka bir de tedbir istiyor. Neye karşılık, bir para alacağına ilişkin bir tedbir konulmasını istiyor taşınmazlar üzerine veya gayrimenkul üzerine, banka hesapları üzerine. Bu tedbirler Yargıtay'ın biraz önce anlatacağım, örnek olarak da göstereceğim kararlar çerçevesinde artık kabul edilemez. Çünkü para alacağına ilişkin tedbirler kabul edilemez diyoruz. Artık bu neredeyse herkesin hemfikir olduğu bir konu. Hatta benim bu toplantıya davet edilme sebebim aslında, bunu da paylaşayım, Av. Fatih Bey, bundan dört beş ay oldu, aradı beni. Ben dedi İzmir Barosu'ndan avukatım sizin bir seminerinizi izlemiştim. HMK'nın yürürlüğe girmesinden önce yine bu salonunda yaptığımız bir toplantıda arkadaşlara şöyle bir şey söylemiştim. Boşanma davalarının içinde istenen para alacaklarına ilişkin, işte maddi, manevi tazminata ilişkin tedbir talep edilemez. Çünkü bunlar para alacağıdır dediğim zaman burada bir uğultu koptu. Sema Hanım, onu da saygıyla anıyorum, dedi ki hakim be doğru söylüyor dedi. Para alacaklarının üzerine tedbir konulamaz dedi. Aslında hocalarım çok fazla değinmedi ama esas sorun sıra cetvelinde çıkıyordu. Ben o zaman dedim ki tedbir koymak alacaklıyı korumuyor zaten. Çünkü sıra cetveli ortaya konduğu zaman o sırada adam gerçekten iflas edebilir, başka bir alacaklısı hakkında takip yapabilir. Veya muvazaalı olarak bir avukatı varsa diyelim bir muvazaalı olarak bir alacak ortaya koyarım. Senin tedbir koy-

durduğun taşınmaz üzerine bir haciz koydururum kesinleştiririm ve soru şu sıra cetvelinde tedbir mi kesin haczi döver haciz mi tedbiri döver diye bir soru sormuştum. Onu söylediğim için Fatih Bey onu hatırlattı telefonda, dedi ki siz böyle bir şey söylemişsiniz Yargıtay kararları çıktı ve sizin dedikleriniz doğru çıktı dedi. Şimdi tedbir konulamaz dedik para alacaklarına sabahleyin otururken de sormuştum ben bu soruyu ama tedbir konulamaz demek çözüm değil bir tespit. Peki ihtiyati haciz konulabilir mi para alacaklarına? Genel görüş konulabilir şeklinde çıktı. Ama bu da tam bir çözüm değil gibi geliyor bana, çünkü sorunlar ortaya çıkıyor ihtiyati haciz deyince. Bugüne kadar uygulamada çok fazla olmadı bu. Para alacaklarına ilişkin işte bu muaccel değilse konur mu konulamaz mı? Ben birkaç tespitte bulundum özellikle bugün. Örneğin boşanma davaları içinde istenen maddi ve manevi tazminat talepleri genellikle başvuru yapılırken harç alınmadığı için reddedildiği zaman da ayrıca bir vekalet ücretine tabii olmadığı için, ben avukat arkadaşın dediğini tekrar ediyorum, uçuyorsunuz. Şimdi geçmişte bol sıfırlı rakamların altında ihtiyati tedbir isteniyordu ve gösterilen üç beş tane taşınmaza tedbir konuyordu. Peki ihtiyati haczi nasıl koyacağız şimdi? Bir trilyon maddi tazminat dedi, bir trilyon manevi tazminat dedi. Bir trilyonluk ihtiyati haciz konmasına, o rakam çok yüksek. Yargıtay'ın hukuk dairesinin boşanma davalarında verdiği tazminatlar aşağı yukarı belli. Dolayısıyla böyle bir talep ihtiyati haciz kararını verdikten sonra nasıl kısıtlayacağız? Yani yüz bin lira karşılığında bir ihtiyati haciz desek o zaman da rengimizi belli edeceğiz. Hakim arkadaşlar bundan ürkecek ve çekingen davranacak. Çünkü ihsası rey ile karşılaşabilir. Burada bir sıkıntı çıkacak rakamı nasıl belirleyeceğiz, dağıtacağız? Hakan Hocam ile konuşmamız da özellikle manevi tazminatlarda olmaz dedi. Yani maddi tazminat alacağını karşılamak üzere yüz bin liralık mal ve alacaklarına ihtiyati haciz konulabilir mi? ihtiyati haciz mutlaka teminat olması gerekiyordu. Biz ihtiyati tedbir taleplerinde ben dokuz sene de aile mahkemesi hakimliği yaptım, iki şehirde. Özellikle zayıf durumda olan kadınları korumak adına biz ihtiyati tedbirlerden yaygın olarak teminat istemiyorduk. ihtiyati hacze gelince piyasanın kabul gördüğü bir oran var %10-15. %10 teminat isteyeceğiz. Mutlaka teminat alınması lazım. Ekonomik durumdan güçsüz olan kadın özellikle boşanma davalarında bu %10'u nasıl karşılayacak. Adnan Bey arada ona bir çözüm dedi, kanunda rakam yok. Ha-

kim arkadaşlar sembolik olarak %1 diyebilir. Düşünülebilir ama dediğim gibi bizim teşkilatımız biraz muhafazakar. Uygulamaları değiştirmekte güçlük çekiyoruz. %10'dan az verdiğiniz zaman eminim ki siz de dâhil karşı tarafın avukatıysanız yıllardır %10 veriliyordu belki bunun altında başka şey ima edeceksiniz. O yüzden ben hakim arkadaşların %1'lik teminat verebileceğini sanmıyorum. %10'luk teminat aldığınız zamanda zaten onu ödeme gücü olmayacak o nedenle bu gerçekleşmeyebilir. İkincisi yargılama safhasında bu ihtiyati haciz kararı değiştirilebilir mi kaldırılabilir mi? Başta verdik yüz bin liralık hak ve alacağına karşılık koyduk, yargılamanın sonuna doğru baktık ki dava reddediliyor, veya boşanma davası kabul edilse bile lehine ihtiyati haciz kararı verdiğimiz kişi ağır kusur veya eşit kusurlu ve maddi-manevi tazminat talebi alamayacak. İhtiyati haciz kararı alabilecek miyiz? Bu türlü yan sorunlar ortaya çıkabileceğini düşünüyorum ihtiyati hacizle ilgili. Belki bu konuda özel bir düzenleme yapılarak korunabilir. Ama ihtiyati haciz kararı vermemiz gerekiyor artık ne olur ihtiyati tedbir istemeyin. Hala bakın Yargıtay'ın onlarca kararı çıkmasına rağmen para alacaklarında ihtiyati tedbir kararı verilemez diye karar çıkmasına rağmen bizim önümüze gelen neredeyse bütün dosyalarda hala tedbir talep edildiğini görüyorum. Adnan Bey de değindi, ihtiyati tedbir istenmesine rağmen 33. madde gereğince vasıflandırma hakime ait olduğu için hakim resen ihtiyati haciz koyabilir mi?

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ben açıkçası bunun mümkün olmadığı kanısındayım. Sabahleyin Evrim Erişir bırakın bunu daha ileri gidip hukuki sebeplerin dahi gösterilmesi gerektiğini ve türünün belirlenmesi gerektiğini, hakimın türün dışına çıkamayacağını, türle bağlı olduğunu söyledi. Şimdi ihtiyati tedbirin içinde türle bağlı olan hakimın kalkıp da ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbir vermesi çok, hakim bunun hukuki sebebi kendiliğinden araştırır kuralı ile ilgisi olmadığını düşünüyorum. Yargıtay bazen şurası cız ettiği için vicdanen bazı çözümler buluyor, bazı gerekçeler de yaratmaya çalışıyor ama bence talep sonucunu böyle belirleyemez değerlendiremez. Benzer bir şeyi belirsiz alacak davasında şimdi yavaş yavaş görüyoruz. Neymiş efendim talep ettiğiniz belirsiz alacak davasının koşulları yoksa gönüller bir olsun. Ne yapayım, ya kısmi dava de şuna ya eda davası de. Ben bunu söylediğim zaman

talep konusunu değiştiriyorum. Bu yasak. Ha yasak ama burada o yasak olmaz. Neden, e öyle de ondan. 9. Hukuk Dairesi'nin böyle görüşü var. E ne olacak? Burada iddia ve savunmanın genişletilme yasağı olmaz ne olur, gönüller bir olsun, pantolon veremedik, gömlek verelim kalbinden. Ne istiyorsun belirsiz olamadıysa kısmi olsun. Şimdi bakın pazarlık yapmaya başlarsak o zaman hakimin görevi devam eder. Kısmide de benim hukuki yararım yok diye reddedemez. Ne yaparım ben? Kısmi derim, o da olmaz, eda derim, hah bak şimdi oldu. Hakim her seferinde olmadı bir daha söyle bakayım o da olmadı, başka bir şey söyle. Bu bizim hukukumuzdaki hakimin pasifliği ve tarafların iddia ve savunmasıyla genişletme ve değiştirmesiyle bağdaşmıyor. Bunu başka türlü anlatmak ve izah etmek gerekli. Çok özür diliyorum fırsat elime geçmişken söyleyeyim, bir doçentlik tezi yazıldı, davayı aydınlatma ödevi. Burada çok ileri gitmiyor ama özellikle alman hukukunda hakimin daha aktif olması ve bu aktif olma halinde de bir takım şeyleri taraflara ikaz edebilmesi imkanı getiriyor. Bakın bir taraftan biz uygulamada ihsası rey gibi bir öcü yaratıyoruz, o hakimi öyle sıkıştırıyoruz ki tedbir verirken ihsası reyde bulunma tehliken var. E ne yapayım ben? Sıkışıyor, ihtiyati tedbir verirken biz onu sıkıntıya sokuyoruz, öbür taraftan da e ne olmuş, ihtiyati haciz istemiş, tedbir oluversin. Mesela şikayet yerine itiraz dendiği zaman bunun o anlamda kullanılamayacağını söyleyen görüşler de var ama talep sonucunun değişmesini gerektirecek tarzda açık açık ihtiyati haciz denilmişse reddedilmeli. Şunu söyleyip bitiriyorum, bir uydurma sözümüz var. İş kolay olsun, gönüller bir olsun, kurallara uymamanın bir yaptırımı olmasın diye uydurulmuş bir söz, şekil esasa feda edilmeli. Şimdi bunu ben sık sık duymaya başladım. Nereden çıkmış bu, o zaman usul hükümlerinin ne önemi var? Kesin süre vermenin ne gereği var, usul hukukundaki iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının ne gereği var. Kaldıralım, hiçbir usul hükmü olmasın eski kadı sistemi en iyisi. Sonuç ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir birbirinden çok farklı şeyler herkes ne istediğini bilmeli. Hele hele bu bir avukatsa hiç tereddüt yok.

Y. 2. HD. Üyesi Mustafa ATEŞ: Teşekkür ediyorum Hocam. Şimdi sonuç olarak biz 2. Hukuk Dairesi olarak son iki yıldır uygulamamızda para alacakları için ihtiyati tedbir konulamaz dedik. Artık kanun yolu kapatıldı ama bu kararlar uygulayıcı arkadaşlar için yol gösterici olacak,

hakim arkadaşlarımız da mutlaka bu kararlarımızı esas alırsa şu ana kadar verdiğimiz ihtiyati tedbir taleplerinizi reddedecek. Yalnız 8. Hukuk Dairesi biliyorsunuz mal rejimlerine ilişkin davalara orası bakıyor, mal rejimine ilişkin davalarda alacak para alacağı olmasına rağmen ihtiyati tedbir kararı verilebileceği şeklinde bir yaklaşımı var bazı kararlarında. Bunu ben sıra cetvelinde sorun çıkaracağını ve alacaklıyı korumayacağını düşünüyorum. Şimdi para alacaklarını kapattık, asıl konuya dönüyoruz aile hukukundan kaynaklanan tedbirler. Yani medeni kanundan kaynaklanan kendine özgü tedbirler. 169. madde neredeyse bütün boşanma davalarında istisnasız uyguladığımız bir geçici hukuki koruma var. Boşanma davası süresince varsa 18 yaşından küçük çocuk bu çocuğun velayetinin kim tarafından kullanılacağı şeklinde. Bu kararlar verilirken zaman zaman uygulayıcı arkadaşlar infazda tereddüt yaratacak şekilde kararlar verebiliyor. Müşterek çocuğun velayetinin davalı veya davacı anne babaya verilmesi şeklinde kısa kararlar veriliyor, bu infazda sorunlar yaratıyor diye biliyorum. En azından çocuğun adı soyadı, ay ve yıl olarak doğum tarihleri yazılmalı. Bununla bağlantılı olarak kişisel ilişki de bir geçici hukuki korumadır diye düşünüyorum. Kişisel ilişkilerde saatlerin yazılmadığını görüyoruz zaman zaman, başlangıç ve bitiş saatlerini. Bunların mutlaka yazılması gerekir. Özellikle tedbir nafakasında yine tedbir nafakasının başlangıcının yazılması gerekir. Eğer başlangıcı yazılmadıysa biz dava tarihi olarak algılanması gerektiğine değiniyoruz ama biraz fikri zorlama yaptığımızı düşünüyorum. En azından mahkemenin kararı açıklayıcı nitelikte HMK 304 ve devamı maddelerine göre talepte bulunulmalı. Ama hiç yazılmadıysa ve temyiz konusu olduysa biz dava tarihinin başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi gerektiği doğal olduğu gibi bir yaklaşım içindeyiz. O yüzden 169. Maddeye göre verilen kararlarda bunlara dikkat edilmeli. Yalnız 169. maddeyle ilgili bugünkü konuşmacıları dinledikten sonra başka problemler çıktığını gördüm. Şimdi özellikle 169. madde gereğince verilen tedbir kararları tedbir kararı değilse bunun itirazı nasıl incelenecek? 389 ve devamı maddeleriyle bunun itirazını inceleyebilecek miyiz? Çünkü medeni kanun'da bunun itirazının nasıl inceleneceği, itiraz edilip edilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme yok. Bugüne kadar ki uygulamada benim bildiğim kadarıyla 389 ve devamı maddeler anlamında tedbir değildir diyoruz. Ama öte yandan itiraz konusu gelirse 389 ve devamı maddelerine göre çözümlü-

yoruz. Kıyasen uyguluyoruz. Yani biraz ne at ne devedir gibi bir şey oluyor 389 ve devamı. Bu yolu da kapatırsak biz içtihadı birleştirmedeki yanlışlığı arttırmış oluruz diye düşünüyorum. Kıyasen 389 ve devamı maddeler uygulanmalı. Yani boşanma davası içinde tensiple beraber çocuğun velayetini anneye verdik ben baba olarak itiraz ediyorum. Çocuk benim yanımda, anneyi istemiyor, on beş yaşında. Veya anne itiraz ediyor, çocuk altı aylık süt çağında sen velayeti babaya verdin. Bu itirazı hakim 389 ve devam maddelerdeki itiraz müessesini işleterek incelemesi gerekir diye düşünüyorum. Şimdi tabii 389 ve devam maddelerinde tedbir isteyen kişinin tedbir talebiyle birlikte buna ilişkin gerekçelerini ve delillerini de ibraz etmesi gerektiği yazıyor. Maalesef özellikle boşanma davasıyla birlikte istenmişse 169. maddedeki tedbirlerle ilgili hakim karar verebileceği done konmuyor dosyaya. Örneğin tedbir nafakası istiyor, en doğal hakkı. Kadın mağdur, çalışmıyor, yanında çocuk var. Tedbir nafakası istiyorsun, orada en acil odur çünkü insanların yaşaması lazım, yaşaması için para lazım. Ve aile mahkemesi hakimlerine diyor ki arkadaşlar aman hemen tedbir nafakası ver tensiple birlikte. Şimdi yeni yasaya göre, eskiden biz diyorduk ki önümüzü bir görelim, ekonomik sosyal araştırmayı yazdım polise o cevap gelsin, ilk duruşmada değerlendiririz. İlk duruşma eskiden 45-50 gün koyuyorduk. Şimdi yeni yasaya göre ilk duruşmanın ne zamana konulacağı belli değil. Tebligatlar yapılamayıverirse altı ay da sürüyor, bir senede sürüyor. Dolayısıyla altı ay boyunca tedbir nafakası veremez duruma geliyor hakim. Dolayısıyla avukat arkadaş haklı olarak tensiple birlikte tedbir nafakası istiyor. Ama tedbir nafakasını hakim belirleyebilmesi için dosyada hiçbir done yok. Bazı dosyalarda adamın ne iş yaptığı bile yazmıyor. Biz de istiyoruz ki hakim olarak bin beş yüz lira geliri vardı, en azından kazancıyla ilgili bir delil, bir maaş bordrosu, taşınmazı varsa onlara ilişkin bir fotokopi koy, hakim elini rahatlat. Hakim elini rahatlat ki, istediğin tedbir nafakasını alabilesin. Şimdi hiçbir done yokken tedbir nafakası verdiğin zaman şöyle bir şey çıkıyor. 100 lira veriyorsun aylık e çocuk aylık taksiti 1500 lira olan koleje gidiyor. Komik bir karar. Öte yandan 1500 lira versen adam asgari ücret alıyorsa bu da komik bir karar. Hakim arkadaşların elini rahatlatacak bir kısım en azından o ana değin elde edebileceğiniz delilleri dilekçe ekinde ibraz ederseniz sonuca ulaşmanız daha kolay olur diye düşünüyorum. En azından hakim arkadaşın kendisine itiraz

yolu var. Hocamın bilgisi var mı bilmiyorum bu içtihadı birleştirme toplantısından önce bakanlığın bir çalışması olduğu söyleniyor. Ne diyelim yan bir mahkemenin itirazı inceleme konusunda bir kanun çalışması olduğu söylendi, bilmiyorum hocamın bilgisi var mı? O daha doğru olacak çünkü insanlarda bir refleks var kendilerinin yaptığının doğru olduğu konusunda, verdiğimiz karar konusunda bir direnç gösteriyoruz. Dolayısıyla bunun önlenmesi için itirazın da aynı mahkemenin değil mutlaka yan bir mahkemeye verilmesi gerekiyor. Arkadaşlar sonuçta insanız ama bir yerde de durması gerekiyor. Ben içtihadı birleştirme toplantısında şunu da söyledim: Türkiye’de tutuklama kararları temyize tabii değil mesela. Gönül istiyor ki tutuklama kararları da temize tabii olsun. Ama dediğim gibi şu andaki en pratik çözüm ben kanun koyucunun hocamın söylediği gibi açıkça kanun yolu açıktır diye bir kanuni düzenleme beklemiyorum şu anda. En azından yan bir mahkemenin incelemesi konusunda bir düzenleme yapılırsa bugünkü durumdan daha iyi sonular alınabileceğini tahmin ediyorum. Şimdi 169. madde ile ilgili verilen kararlar nihai kararlar temyiz edilebiliyor diyor. Ara kararı olarak temyiz edilemiyor. Yani tedbir nafakası verilmedi, kadın çalışmıyor, dava bir yıl sürdü ancak 169. maddeye göre tedbir nafakası verilmedi. Temyiz edildiği zaman biz bunu bozuyoruz. Nihai kararlar birlikte temyiz edilebilir. Tamamen kapatmadık yani yolu. Ama çocuğun kişisel hali velayetin kimde kalacağı konusunda artık zaman geçtiği ve geriye doğru uygulamaya imkânı olmadığı için onlara karışmıyoruz. Şimdi 169. maddeden başka 195. maddede var hakimin gerektirdiği takdirde eşlerden birinin üzerine kanunda öngörülen önlemlerden birini alır. Bunu da tedbir olarak nitelendirmiyoruz. Şu andan itibaren koruma kararları bağımsız bir dava halinde görülüyor zaten. Dolayısıyla bunları tedbir olarak nitelendirmiyoruz. Adına tedbir nafakası diyoruz, örneğin medeni kanunun 197. maddesinde var biliyorsunuz. En çok uygulanan adına tedbir dediğimiz ama 389 ve devamı maddelerindeki gibi klasik bir tedbir olmayan bunun için dava açılması gerekiyor. Davacının ayrı yaşama hakkını ispat etmesi gerekiyor. Çocuğun yanında olduğunu ispat etmesi gerekiyor. Burada da nihai karar zaten temyiz edilebiliyor. Ancak orada da eda hükmünü içerecek şekilde tedbir nafakası verilebiliyor. Kadının kendisi için istediği tedbir nafakası ara kararı ile verilemez. Bağımsız dava. Ancak çocuk yanıdaysa kadının çocuk için davacının ayrı yaşama hakkını

ispat etmesi gerekmediğinden çocuk için nihai karar beklenmeden eda hükmünü içerecek şekilde 169'a benzer bir durumda tedbir nafakasına hükmedilebilir. Bunun için maddeler biliyorsunuz 332. maddede var. Nafaka davası açılınca hakim davacının istemi üzerine dava süresince gerekli olan önlemleri alır. Soybağı tespit edilirse davalının uygun nafaka miktarını depo etmesi ve geçici olarak ödenmesine karar verebilir diyor. Bunlar da geçici hukuki korumalar. Aslında Borçlar kanununda yeni düzenlemede eklendi bunlar. Aslında bundan daha önce 332. maddede buna ilişkin düzenleme var. İşte babalık davası açılınca karar kesinleşmeden tedbir nafakası alabilirsiniz. Bu da bir geçici hukuki korumadır. Ancak bunlar dediğim gibi ara karar niteliğindedir. Geçici hukuki koruma diyelim, tedbir diyelim kendisine özgü olduğu ve 389 ve devam maddelerine göre verilmediği için temyiz yolu kapalı. Şimdi özellikle aile hukukunda çok karşılaşılan bir başka durum var. Eşler ayrı yaşıyor ve boşanma davası açılmadı. Müşterek çocuğun velayeti düzenlenebilir mi, müşterek çocukla ilgili kişisel ilişki düzenlenebilir mi? Şimdi eğer boşanma davası açılırsa 169. madde kapsamında hakim serbestçe düzenleme yapacak. Fakat boşanma davası açmadan taraflardan biri çocuğun velayetini geçici olarak kendisine verilmesini isteyebilir. 197. madde son fıkrası 336. madde birlikte bakıldığı zaman bu mümkün. Uygulamada tereddüt yaşandığını görüyorum. Bunun çözümü 197. maddenin son fıkrasında eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hakim ana ve babayla çocuklar arasında ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır diyor. Hemen akabinde 336. maddenin 2. fıkrasında evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar, bunda problem yok. 2. fıkrada ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim velayeti eşlerden birine verebilir diyor. Bu da geçici bir hukuki korumadır. Boşanma davası yok ancak çocuğun velayetinin birisi tarafından kullanılması lazım. Bunun için boşanmaya gerek yok. Dediğim maddeler çerçevesinde fiilen ayrı yaşadıklarını, çocuğun velayetinin bu dönemi kapsayacak şekilde kendisine verilmesini isteyebilir, diğer taraftan kişisel ilişki kurulmasını isteyebilir. Hakim velayeti bir tarafa verirken tıpkı bir boşanma davasında hüküm verir gibi diğer tarafla da kişisel ilişki kurabilir diyoruz. Bu da bir geçici hukuki korumadır, temyizi mümkündür. Almanya'da çalışan bir baba, eşiyle ayrı, Türkiye'ye geliyor, çocuğu görmek istiyor, anne izin vermiyor. Geri dö-

neceği belli adamın, duruşmayı 45 güne vereceğim, duruşma günü kişisel ilişki kursam adam çocuğu göremeden geri dönecek Almanya'ya. Tensiple birlikte on gün kişisel ilişki kurdum, duruşmayı erteledim, tedbiren uygulanmasına karar verdim. Adam on gün içinde kişisel ilişkiyi kurdu, duruşmaya gelmedi, dosya işlemiden kaldırıldı ama amaç hasıl oldu. Bana göre önemli olan bir başka konu, boşanma davalarında ara kararıyla velayet düzenlemesi yapılmamışsa veya kişisel ilişki düzenlemesi yapılmadıysa nihai kararlar bu işlemler yapıp velayetin anneye verilmesi, kişisel ilişkin de şu şekilde kurulmasına ilişkin bir kara verildiği zaman bu karar kesinleşmediği sürece icra müdürleri tarafından kabul edilmiyor. Ve dosya temyiz edilirse dosyanın temyiz süresi içerisindeki bir yıllık, altı aylık dönem gibi bir zaman diliminde baba çocuğuyla kişisel ilişki kuramıyor. Kararı götürüyor, diyor ki kesinleşmemiş. Bir başka mahkemeden dava açıyor, diyor ki bu konuda karar verilmiş ben karışmam diyor. Dolayısıyla kişisel ilişki kurulamıyor. Bunun çözümü şu olabilir diye düşünüyorum, ben öyle yapıyordum aile mahkemesi hakimliğim sırasında. Nihai karardan velayeti düzenledim, kişisel ilişkiyi düzenledim. Onun altına bir paragraf, velayete ve kişisel ilişkiye ilişkin hükmün bu kısmının karar kesinleşinceye kadar tedbiren uygulanmasına. Bunu dersin icrada infaz edilebiliyor. Aksi takdirde bir kısım icra müdürlerinin en azından problem çıkardığını, kararın kesinleşmesi gerektiğini dolayısıyla talebi reddettiklerini biliyorum. Aslında geçici önlemlerle ilgili en önemli konulardan biri de çocuk malları. Uygulamada çok bilinmeyen bir konu fakat son zamanlarda bununla ilgili konular gündeme gelmeye başladı. Medeni kanun 360 ve 361. maddesinde medeni kanuna ilişkin tüzüğün 4. maddesinde çocuğun mallarına ilişkin düzenleme var. Aslında kötü yapılmış bir tüzük bana göre. Tüzük şöyle diyor, anne veya babanın biri ölmüşse veya taraflar boşanmışsa çocuk mallarına ilişkin gerekli önlemler alınır diyor. Pratikte uygulaması çok zor. Anne baba sağsa çocuk mallarına ilişkin devletin bir müdahalesi yok, hakim bir müdahalesi yok özel durumlar ortaya çıkmadığı sürece. Ancak boşanma kararı verilirse mahkemenin resen ihbarda bulunması gerekiyor çocuk mallarına ilişkin gerekli tedbirlerin alınması için. Anne veya babada biri ölmüşse nüfus müdürlüğü ihbarda bulunuyor, aile mahkemelerinin önüne çok miktarda geliyor. Bu ihbar geldiği zaman, nüfus memurları tarafından ihbar yapıldığı zaman biz uygulama olarak

şunu yapıyorduk, sağ kalan eş veya velayeti kendisine verilen eşe bir mektup yazıyoruz. Tıpkı vesayet davalarındaki gibi bir ay içerisinde çocuğun malı bulunup bulunmadığına, çocuğun malı varsa bunu liste halinde bize bildir diyoruz. Burada liste geldikten sonra hakim kıyasen vesayete ilişkin davalar gibi, vesayete ilişkin hükümler uygulayarak hakim isterse çocuk malları üzerine tedbir koyabilir, önlem alabilir. Diyebilir ki mahkeme izin vermediği sürece sağ kalan veya velayet kendisine verilen eş tebliğ edilerek çocuk mallarına ilişkin tasarrufta bulunamayacak. Tasarrufta bulunmak istiyorsa gelip bana başvuracak, ben inceleyeceğim. Çocuğun babasından kalan bir taşınmazı var. Anne diyor ki ben burayı satmak istiyorum, daha iyi bir yer alacağım. Biz araştıracağız, niye satmak istiyorsun, yiyecek misin diye. Bu şekilde kontrol altında tutma yetkimiz var şu anda. Bu konuda tedbir talep edebilirsiniz ve hakim gerekirse çocuğun bütün mallarının üzerine tedbir koyup sağ kalan eş veya velayeti kendisine tevdi edilen ebeveynin haklarını sınırlandırabilir. Hakimin kontrolü dahilinde ödeme yapabilir, satışına izin verebilir. Bu da bir geçici hukuki önemlidir diye düşünüyorum. Son zamanlarda çok rastlanıyor.

Size şimdi göstereceğim kararlar çok kıymetli. 194. madde gereğince medeni kanunun aile konutu üzerine ipotek tesis edildi diğer eşin rızası alınmadan. Rızası alınmayan eş 194.maddeye göre ipoteğin kaldırılması davası açtı. Genellikle de şöyle oluyor. İpotek konulduğunu evde oturan kadıncağz ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibi başlatılıp da değer tespiti için eve gelindiğinde fark ediyor. Kadın çırpınıyor evi nasıl kurtarabiliriz diye, 194. madde var ipoteğin suretiyle dava açabiliriz ve aile mahkemesinde gelip şu talepte bulunuyorlar. Bir ipotek kaldırılсын, iki tedbiren icra dairesindeki satışın durdurulması. Aile konutu şerhi olmak zorunda değil. Biz burada ipoteğin iptali için açılan davada satış işlemlerinin aile mahkemesi tarafından durdurulamayacağına karar verdik. Taşınmazın satışı aile mahkemesince durdurulmayınca satış işlemleri devam ediyor. Eğer satış işlemi ipoteğin kaldırılmasına ilişkin kararın davanın kabulü ve kesinleşmesinden önce kesinleşirse kuş uçuştı. Dava konusuz kaldı, bedelini de isteyemiyor çünkü 194. madde kendine özgü bir düzenleme. Zaten kadın veya koca yani aile konutuna sahip olmayan kişi konutun kendisine verilmesini istemiyor ki sahibinin

üzerine dönmesini istiyor. Örneğin satışın iptalinde. İpotek kaldırıldığı zaman da kocanın üzerine kalacak. O yüzden bedeli de isteyemiyor. Bu karar çok önemli o yüzden. Çözüm çok kolay. O da bir başka koruma 194. Maddeye göre her eş özellikle bayan arkadaşlar alınmasın, her eş diğer eşten şüphe ediyor azıcık Türkiye’de, güven sorununu devam ettirecek, tapuya gidip öncelikle bir aile konutu şerhi koyduracak rahatlayacak. Onu koydurduğu zaman bunu engelleyebilirsin. Şimdi para alacaklarına ilişkin ihtiyati tedbir kararları verilemez dedik. İnternet üzerinden yapılan yayınların durdurulmasına yönelik istemlere ilişkin olarak sulh ceza mahkemesi görevlidir dedik. Yine İcra İflas Kanunu’na göre verilen tedbir kararlarına karşı temyiz yolu kapalı demişti 12. Hukuk Dairesi, hocalarım bilir onu. Zaten hepsine kapattığımız için problem kalmadı. Üçüncü şahıslar tedbir kararlarına itiraz edebilir diye çok sayıda karar çıktı. Mesela 19. Hukuk Dairesi’nin bir kararı davanın cezai şart alacağına tahsiline ilişkin olması nedeniyle davacı tarafın ancak ihtiyati haciz isteyebileceği, ihtiyati tedbir talebinde bulunamayacağı. Bu para alacağına ilişkin olduğu için ihtiyati tedbir kapalıdır dedi. Evet, karar çok ama zaman kısa, arzu eden olursa bu kararları verebilirim, beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Ben de teşekkür ediyorum bu değerli açıklamalarınız için. Sayın Talih UYAR’a da teşekkür ediyorum. Umarım bir gün Yargıtay kararlarına siz de biz de ulaşırız. Bunlar kimsenin malı değil. Bu kararlara ulaşmak ciddi bir usul ekonomisini sağlayacak. Gereksiz davaların açılmasını engellemekten tutun davaların gereksiz uzamasına kadar pek çok yarar sağlayabilecek. Dilerim bugünlere görebilme imkânımız olabilir. Şimdi gelen sorular bakımından sırala yine söz hakkı vereceğim.

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ: Özellikle ihtiyati tedbir kararlarının hacze iştirak edilmeyeceğine ilişkin açıklamalar yapıldı. Ben de konuşmamda belirtmiştim. Tabii ihtiyati haciz talep edilecek yerde ihtiyati tedbir talep edildi ve uygulandı. Daha sonra satıldığında bir sıra cetveli düzenlenir. Bu sıra cetvelinde satılan mal üzerinde ihtiyati haciz ve haciz koyulmuş alacaklar yönünden bir sıra cetveli yapılacak 140. maddeye göre. Burada dikkate alınacak olan paylaştırmada dikkate alınacak olan

alacaklar bir ihtiyati haciz veya geçici haciz, haciz koyduran alacaklar dikkate alınacak bir de İcra İflas Kanunu 151. maddedeki düzenlemelerden dolayı rehin hakkı vs. varsa bunlar dikkate alınacak. Buna göre bir sıra cetveli yapılacak. Yargıtay eskiden beri bir karar haricinde eskiden beri ihtiyati tedbir kararlarının hacze iştirakinin mümkün olmadığı tedbirin hacze veya haczin tedbire iştiraki şeklinde bir düzenleme olmadığını gerekçe göstererek ihtiyati tedbirin hacze iştirakinin mümkün olmadığını kabul etmekte. Fakat buradaki hani mal satıldıktan sonra tam paylaşım aşamasına gelindiğinde senin ihtiyati tedbirin var, sen buradan pay alamazsın şeklinde bir sonuca varıldığında tabii ki ihtiyati tedbir koyduran alacaklı diğer tüm alacaklardan önce davranıp o mal üzerine tedbir koydurmuş olabilir ve bunun sonucunda da belki de o malın bütünlüğünü, o malın elden çıkmasını da engellemiş olabilir. Borçlu mallarının kalmasını da sağlamış olabilir. Ama sonuç olarak bütün bunları sağlamasına rağmen, kendisine satış bedelinden herhangi bir pay ayrılmayacak en azından şimdiye kadar ki Yargıtay'ın yaklaşımı bu şekilde. Onun için özellikle ihtiyati haciz talep edilebilecek durumlarda yine ihtiyati haciz talep edilmesinde fayda var, özellikle hacze iştirak açısından. 268. madde ihtiyati hacizlerdeki hacze iştiraki biraz sınırlandırdı ama buna rağmen yine de iştirak imkânı var. En azından ihtiyati haciz kesin hacze dönüştüğünde diğer alacaklıların alacağının esas ve miktarına itiraz etme hakkı var. Çünkü ihtiyati tedbir koydurmuş olan alacaklı ihtiyati tedbir koydurmuş olsa bile bu kez sıra cetvelinde yer alamayacağından, sıra cetvelinde bu kişiye yer verilmeyeceğinden diğer alacaklıların esas ve miktarına yani sırasına itiraz etme imkânı tanınmıyor, o yüzden son derece önemli. Sıra cetveline itiraz edebilir. Bu ihtiyati haczin kesin hacze dönüşme ihtimali var. Bir de İcra İflas Kanunu 138/son maddesi var. Paylaştırmada diyor geçici haciz varsa diyor buna isabet edecek pay bir bankaya yatırılır buna göre işlem yapılır diyor. Buradan şu sonuç çıkıyor. Eğer ihtiyati haciz sahibi alacaklıya gerçekten paylaştırmada pay ayrılması mümkünse, bu koşullar varsa bu kişiye pay ayrılır, bekletilir. ihtiyati haciz kesin hacze dönüşürse ödenir, dönüşmezse bu pay bu kez sıra cetvelindeki diğer alacaklılara ödenir.

SORU: Yanlışlıkla ihtiyati tedbir istedik. Dava açtık tazminat davası, yürüdü yürüdü. Bu arada bu taşınmaz satıldı, başkalarının koyduğu haciz sebebiyle satıldı. Bu arada bizim davamız neticelendi. Alacak doğdu. Bizim dava açma tarihimiz alacağın doğumu olarak sıra cetvelinde bir değeri olmayacak mı?

Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ: Şimdi sizin, ihtiyati tedbiriniz konulduğu için bir önemi olmayacak. Ama diyelim ki tedbir talep ettiniz, tedbir kararı verildi mal satıldı. Malın satış bedeli icra veznesine girinceye kadar eğer haciz koydurmuş olursanız veya hacze iştirak talebinde bulunursanız bu takdirde 100. Maddedeki koşullara bakılır. Sizin davanızın tarihi o zaman önemli hale gelir. Sizin davanızın açılış tarihi iştirak etmek istediğiniz haczin dayandığı örneğin takipse o takipten önceki bir tarihi taşıyorsa davaysa onun açıldığı tarihten önceki bir tarihi taşıyorsa iştirak imkanı o zaman olur. Ama söylediğim gibi satış bedeli icra veznesine girinceye kadar ya bir ihtiyati haciz veya bir haciz koymanız veya hacze iştirak talebinde bulunmanız gerekiyor 100. maddeye göre.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Evet , Talih Bey size soru var mı?

SORU: Senette imza yoksa veya zamanaşımına uğramışsa ihtiyati hacze iştirak konusunda ne yapılacaktır?

Av. Talih UYAR: Evvela “imza yoksa”yı iki şekilde anlamak lazım. Birincisi; hakikaten imza yoksa. Mesela üç borçlu var, iki tane imza var. Çok karşımıza çıkıyor. Bunun üzerine mahkeme o iki imzanın hangi iki borçluya ait olduğunu araştırıp, imzası olmayan borçlu bakımından ihtiyati haciz talebini reddetmesi gerekiyor. Bunun için gerekirse 258’e göre duruşmalı inceleme yapmak suretiyle imzası olmayan kişi hakkında ‘ihtiyati haciz talebinin reddine’ karar vermesi lazım. İkincisi; imza var fakat borçlu imzaya itiraz ediyor, ‘imza benim değil’ diyor. Yani sahtelik iddiasında bulunuyor. Bunu daha önce de söyledik; sadece borçlunun ‘imzanın kendisine ait olmadığını’ iddia etmesi, ihtiyati haciz kararının verilmesine engel teşkil etmiyor. Borçlunun bunu ödeme emrini aldıktan sonra süresi içinde(İİK m.168/4,170) icra mahkemesine

ileri sürmesi gerekecek. Demek ki ‘imza benim değildir’ demek ihtiyati hacze itirazda haklı çıkmayı yeterli kılmıyor. Öbür mesele “zamanaşımı” meselesi. Mahkemenin, ‘alacaklının dayandığı senedin zamanaşımına uğradığını’ görmesi tek başına ihtiyati haciz kararı verilmesine engel teşkil etmiyor. Ama, borçlu, hakkında ihtiyati haciz kararı verildiğini öğrendikten sonra, senedin ‘zamanaşımına uğradığını’ ileri sürerek pekâlâ zamanaşımı itirazında bulunabilmeli. Ancak yüksek mahkemenin buna sıcak baktığı pek söylenemez.

SORU: Protesto olmamış senede dayanarak ciranta hakkında mahkemeler ihtiyati haciz kararı veriyorlar. Bu karara karşı ihtiyati haciz kararı veren mahkemeye (İİK. m. 265) mi itiraz edilmeli, yoksa ödeme emri geldikten sonra icra mahkemesine (İİK. m.170/a) mi itiraz edilmeli?

Av. Talih UYAR: Yargıtay’ın burada farklı kararları var. Aslında ihtiyati haciz kararı veren mahkemenin itiraz üzerine TTK’nuna göre sorumluluğu olmadığı için ciranta hakkındaki ihtiyati haciz kararını kaldırması isabetli olur. Ancak en garantili (sonuca ulaştırıcı) yol, hem ihtiyati haciz kararına itiraz etmek ve hem de ödeme emri geldiği zaman icra mahkemesine başvurmaktır.

SORU: Şirket adına takip ve dava konusu senedi imzalayanın imza yetkisinin olmaması ‘ihtiyati hacze itiraz nedeni’ olabilir mi?

Av. Talih UYAR: Yargıtay’ımızın (12. Hukuk Dairesi’nin) bu konudaki kararları; biliyorsunuz, şirketin kaşesi üstünde iki tane imza varsa senetteki bu borçtan hem şirketin hem de şirket temsilcisinin sorumlu olduğu şeklinde Öteden beri uygulamada ‘çift imza alma’ usulü var. Özellikle senetlerde damga pulu olduğu dönemde alacaklılar borçlulara, hem damga pulu üzerine hem açığa imza attırıyorlardı. Çünkü diyorlardı ki; ‘damga pulu zamanla çıkıyor, o zaman senetteki imzanın yarısı pulun üzerinde diğer yarısı ise senette kalıyor, garanti olsun, sen ayrıca açığa da imza at’. Bu uygulama, damga pulu kalkmış olmasına rağmen bugün de devam ediyor. Ama maalesef Yargıtay 12. Hukuk Dairesi TTK’nun hükümlerini dar yorumluyor. ‘Senetteki şirketi veya tüzel kişiyi temsilen

atılan tek imza tüzel kişiyi bağlar' diyor. Senetteki ikinci imza şuurlu olarak temsilcinin 'şahsen borç altına girmek için attığı imza' olarak değerlendiriliyor ve maalesef HGK da bunu kabul ediyor. Son zamanlarda 12. HD. biraz daha esnek bir karar verdi. Dedi ki "o iki imzanın, ikisi de şirket kaşesi üzerindeyse artık temsilcinin şahsi sorumluluğu söz konusu olmaz." Burada 'temsil yetkisinin bulunmaması veya imzanın buna ait olmaması' dediğimiz gibi, yargılamayı gerektiren bir konu olduğu için muhtemelen 'imzaya itiraz' olarak, daha doğrusu 'ihtiyati hacze itiraz sebebi' olarak İİK'nun 265. maddesi içinde değerlendirilmeyecek, bu nedenle bu durumda en garantili yol; ödeme emri geldikten sonra 'şirketi temsilen şu kişi yetkilidir veya bu kişi yetkili değildir' diye, süresi içinde, kambiyo senetlerinde beş gün içinde, diğer senetlerde ise takip yoluna göre süresi (7 gün) içinde itiraz ederek, konuyu 'ihtiyati hacze itiraz sebepleri' dışında değerlendirmek olacaktır.

SORU: Medeni Kanun 169. maddesine dayalı olarak aile mahkemesi hakimince alınan önlemler ihtiyati tedbir olarak kabul edilmediğine göre bu önlemlere uymama halinde HMK'nın 398. maddesi gereğince cezalandırma istemi mümkün olmayacak mı? Örneğin konut eşlerden biri ya da çocuklarına tahsis edildi, diğer eş uymuyor ne olacak?

Y. 2. HD. Üyesi Mustafa ATEŞ: Buna ilişkin düzenleme İcra İflas Kanunu'nda var. İcra İflas Kanunu 341. maddesinde çocuk teslimi emrine muhalefetin cezası başlıklı. Çocuk teslimi hakkında ilamın veya ara kararın gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen cezalandırılır diyor. Dolayısıyla orada özel bir düzenleme olduğu için çocuk teslimine ilişkin karara uymadığı takdirde kanunda açıkça ara karar niteliğinde olsa da bu yaptırımı getirdiği için bu maddeye göre şikayet yoluna gitmeniz gerekli. İkincisi 344. maddede nafakaya ilişkin kararların gereğinin yerine getirmeyen borçlunun alacaklının şikayeti üzerine üç aya kadar hapsen tazyik cezası var. Burada özel düzenleme var. Konuşmamda demiştim at mı deve mi? Şimdi tedbir değil diyeceğiz ama 389 ve devamına göre yaptırımı da gündeme getirecek mi? Evet ilginç bir soru benim de notlarım da vardı bu. Yaptırımsız kalacak aksi halde. Diyelim ki evin tahsisini istediniz 169. madde kapsamında, kadı-

na tahsis edildi yargılama süresince, adam çıkmıyor veya çıktı gene girdi. Eski uygulamamız bizim öle hatırlıyorum eski usulün 113. maddesine göre aykırılık kabul ediyorduk. Bence de burada kıyasen uygulanabilir mi hocam 398 burada? Şu ana kadar hiç karar görmedim bu konuda arkadaşlar.

SORU: 6284 sayılı Yasa’da şiddet gören kadının çocukla şahsi ilişkisinin kaldırılması hususunda talepleri. Kadın şiddet gördü, koruma kararı istedi, kendisini döven koca çocuklarla da görüşmesin dedi. Bu karara ilişkin hakimler velayet konusunda bir dava olmadığı için reddediyor bu talebi.

Y. 2. HD. Üyesi Mustafa ATEŞ: 6284 ile ilgili hiç uygulamam olmadı. Ama 4320 ile ilgili çok uygulamam olmuştu. O konuda Ankara Barosu’nun dergisinde yayınlanan bir yazım da var. Bana göre kişisel ilişki kaldırılabilir. 6284 buna imkân veriyor şartları varsa. Ama ben dayak yedim, olabilir dayak yemenin faturası farklıdır. Ama beni döven kocayı ben bir kısım haklardan mahrum edeceğim gibi bir mantıkla yaklaşıyorsa kişisel ilişkiyi yasaklayamaz hakim. Şartları varsa kişisel ilişkiyi mutlaka zaten kaldırması lazım. Nedir şartları, çocukla birlikte kadını dövdü adam. Burada kişisel ilişki kaldırılabilir. Burada koruma kararı çerçevesinde zaten kaldırılması gerekiyor, şiddete uğrayan çocuğu, şiddete uğrayan kadına yaklaşma diyoruz adama, ama çocuğunu dövdüyse sana haftada bir defa verelim tatminini gider diyemeyiz. Burada risk unsuruna bakmamız lazım.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Teşekkür ediyorum. Bugün cumartesi hafta sonu herkes evinde başka şeyler yapıp dinlenecekken buraya geldi. Umarım bütün bu açıklamalar iyi ki geldik şeklinde bir değerlendirme yapmaya sebebiyet vermiştir. Arka tarafta da zannediyorum öğrenci arkadaşlarım da var. İleride hatırlayabileceğiniz çok sayıda faydalı bilgiyi de elde ettiniz diye düşünüyorum.

SORU: İhtiyati haczi talep ediyorsunuz ve reddediliyor, sonra temize gittikten sonra uzun bir süre geçiyor ve bu geçen süre içinde de bir zarar görme ihtimaliniz var.

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ: Bunu yıllar önce ilk defa ihtiyati haczin uygulanması sırasında bir toplantı yapmıştık değerli Yargıtay üyeleriyle onlar bu soruyu sormuşlardı. Şimdi ihtiyati haciz kararının reddi üzerine taraf eğer bu red kararını temyiz ederse ne olacak? Karşı tarafa biz kararı tebliğ edecek miyiz diye sormuşlardı. Temyiz etmezseniz bu nasıl temyizen incelenecek? Temyiz ederken karşı tarafa bunu tebliğ ettiğiniz zaman bu adeta davul zurnayla bak ben senin hakkında tedbir kararı istedim, mahkeme de vermedi, şimdi ben temyize gidiyorum. Şimdi sen önce bana bir cevap ver. Sonra hayırlısıyla bir temyize gidelim. Oradan artık üç vadeye kadar bir karar çıkar. Sonra sen bu arada mallarını kaçırırsın ben de işte bununla oyalanırım: Bu aslında ihtiyati tedbirlerde ve ihtiyati hacizlerde sürpriz efekt yani sürpriz etki denilen etkiyi ortadan kaldıran, çünkü öyle zamanlarda bu kararları alabilmelisiniz ki arı taraf bundan hiç haberdar olmamalı. Eğer olursa bu etki ortadan kalkar. O zaman sürpriz etkiyi ortadan kaldırmamak için ne yapmak gerekir? Ben şöyle düşünmüştüm, elbette bu eğer davadan önce talep edilirse akla gelebilir. Ben olsam ihtiyati haciz talebim reddedildiği takdirde ben bunu temyiz etmem, ne olur kesinleşir, kesinleştikten sonra eğer koşullar varsa ya da başka bir takım gerekçelere dayanarak talep etmem mümkünse yeniden ihtiyati haciz talep ederim. Ama burada şunu da söyleyeyim hemen. İstanbul’da bir dosyayı incelemiştim. O zaman Bakırköy’de 7 Asliye ticaret mahkemesi vardı, üç hakimliydi. Beyoğlu’nda da iki. Dokuz mahkemeye de aynı dilekçeyi vermiş. Talebi ihtiyati tedbir. Dokuz mahkemeye müracaat ve bunlardan bir tanesi sadece ihtiyati tedbir talebini kabul ediyor e o da zaten talep edene yetiyor. Bu apaçık dürüstlük kuralına aykırı. Özellikle icra hukukunda dürüstlük kuralının geçerli olduğu konusunda hiçbir tereddüt duymamak gerekir. Ama maalesef zaman zaman icra hukuku şekli bir hukuktur dolayısıyla dürüstlük kuralı gibi bir kural bizde geçerli değildir gibi düşüncelerin var olduğunu görüyorum. Hukukun olduğu her yerde dürüstlük kuralı mutlaka olmak zorundadır. Biz özellikle usul kanununa dürüstlük kuralını açıkça yazdık. E bu demek değildir ki icra hukukunda geçerli olmayacak. Medeni Kanunda yazılı olması özel hukukun bütün alanlarında geçerli olmasını gerektirdiği gibi. Ancak bu tür birden fazla talebin aynı anda yapılması bana göre bütün taleplerin aynı anda reddi gibi bir sonucu doğurmalı. Ama dediğim gibi vakalar değişmek şartıyla elbette yeni talepte bulunabilme imkânı bulunmalı ve bu sağlanmalı.

SORU: Yargıtay dairelerinin iş bölümü her yıl mı yapılıyor?

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ: Bildiğim kadarıyla Yargıtay Kanunu'na göre bunu başkanlar toplanıyorlar her yılın başında ve o işleri dağıtıyorlar. Bu tabii ki iş yükünün dağılması bakımından son derece yararlı ama ben bu dağılımın son yıllarda bir takım olumsuzluklarına da rastlıyorum. Bunların başında tahkim geliyor. Tahkim aslında çok özel bir yargılama alanı. Eskiden alıştığımız gibi 15. Hukuk Dairesi'nin işiydi bu. Ama şimdi tahkimin konusu uyuşmazlığa göre her daireye yayıldı ve her daireye yayılması sebebiyle bugüne kadar tahkimi çok iyi bilmeyen dairelerden çok enteresan kararlar çıkmaya başladı. Ama bunu tabii ki Yargıtay kendi içimde değerlendirecek diye düşünüyorum.

Bütün bu tartışmaların, konuşmaların son derece yararlı olduğunu düşünüyorum ve bu toplantıların da birlikte mutlaka yapılması gerektiğini düşünüyorum. Özellikle hakim meslektaşların burada olması beni özellikle mutlu ediyor. Benim gençliğimde bu manzara pek olmazdı. Şimdi Yargıtay üyelerinin yanında Yargıtay kararlarını da tartışabiliyoruz. Eskiden bu mümkün değildi. 1986 yılında doktora tezim şikayetti. Şikayeti yazdıktan sonra en azından bundan sonra şikayetin dava olmadığını herhalde herkes daha kolay değerlendirecek diye düşünmüştüm. Açın bugün 2013 yılında verilen kararları bütün kararlarda şikayet davası der. O zaman dava dediğiniz zaman her şeyi bozuyorsunuz, sadece terimi üzmüyorsunuz uygulamayı da üzüyorsunuz. Çünkü dava dediğiniz zaman, şikayeti kabul ettiğiniz zaman mahkeme olarak yargılama giderine hükmediyorsunuz. Kimi mahkum edeceksiniz, icra memurunu mahkum edeceksiniz. O yapıyor işlemi. Ben karşı çıkarsam husumet doğuyormuş, nasıl bir şey bu? Böyle uydurmuşuz. Sen madem itiraz ettin icra memurunun işlemine yargılama giderine sen mahkum olacaksın. Benim ne suçum var? Ben işlemi yapan insan değilim, talepte de bulunmuş olabilirim, icra memuru kendiliğinden de yapmış olabilir ama işlemin yapılmasından sorumlu olan biri varsa icra memuru. Niye devlet bu sorumluluğu almıyor? Ve o yüzden şikayet dilekçesi yazılırken şikayet eden veya davacı denildikten sonra da davalı olarak da biz gösteriliyoruz karşı taraf olarak. Ne münasebet. Benim ne işim var burada işlemi o yaptı. Çağır 18. Maddede diyor ki icra memurunu çağırır dinler gereken kararı verir.

Beni de tabii dinlemeli ama benim söylediğimin aksine karar verilirse niye ben yargılama giderine mahkum edileyim? İdare hukukunda işlemi yapan idare mahkum olduğu zaman ilgili olan kişi kendisine ihbar yapılan kişi yargılama giderine mahkum ediliyor mu? Hayır. Bakın bunlar basit gibi görünüyor ama bunu daha çok büyütebilirim. Bu yanlış nerede başlıyor? Basit bir şekilde şikayete dava dediğiniz zaman çora söküğü gibi yanlışlar devam ediyor. İşte ihtiyati hacze ihtiyati tedbir dersiniz, ihtiyati tedbire ihtiyati haciz dersiniz ondan sonra bütün her şeyin tılsımını bozuluyor, bütün sistem zedeleniyor ve ondan sonra içinden çıkılmaz bir hale geliyoruz. Ve dönüp lafız hukukçusu oluyoruz sadece lafza bakarak. Bakın içtihadı birleştirme kararı nasıl çıkar bilemiyorum. Diliyorum ki bizi tatmin eder, eleştirdik ama hiç olmazsa çok güzel bir gerekçe yazıldı diyebileceğimiz bir sonuç ortaya çıkar. Ama birkaç gerekçeden size söz etmek istiyorum. Ama önce gerekçelerden söz etmeden önce kanun yolu yani temyizi açık bırakan 394. maddenin gerekçesine bakıyorum. Gerekçede diyor ki kanun yolu açtı itiraz üzerine verilen ihtiyati tedbir kararlarına diyen maddenin gerekçesine bakıyoruz. Diyor ki 5. fıkra hukukumuzda yeni olup ihtiyati hacizdeki hükümlere paralel bir düzenlemedir. İtiraz üzerine mahkemenin vereceği karara karşı kanun yoluna başvurabilme yolu açılmıştır. Kanun yolu incelemesi için dosya ve delillerin sadece örneklerinin kanun yolu incelemesi yapacak mahkemeye gönderilmesi yetecektir. Bu fıkra ayrıca kanun yoluna başvurusunun tedbirin uygulanmasını durdurmayacağı açıkça belirtilerek tereddütlü bir durumun yaratılmaması amaçlanmıştır. Bunu okuduktan sonra artık temyizizin açık olduğuna hiç tereddüt etmemek lazım. Zannediyorum bunları Sayın ÖZEKES yazdı, o da şu anda salonda. Ama maalesef içtihadı birleştirmenin görüşmesinde denilmiş ki biz bunun temyize tabii olduğunu konuşmadık, görüşmedik, hiç böyle bir lakırdı geçmedi. Bereket böyle bir sonucun aksini ispat edebilme imkanı var. Çünkü HMK hazırlanırken komisyondaki bütün görüşmeler banda kaydedildi. Şu anda kimin ne söylediği kayıtlı. Neden yaptık bunu biliyor musunuz? Hiç unutmam bir gün rahmetli Sulhi Dönmezer ceza kanunu ile ilgili görüşme yapıyor. O zaman istinaf hükümleri hazırlanırken onlar ceza istinafını biz de hukuk istinafını değerlendiriyoruz. Bazen de ortak toplantı yapıyorduk. Bu toplantıların bir tanesinde bir tartışma çıktı. Birisi dedi ki hocam ben bu konuda aksi yönde görüş beyan ettim. Birisi daha

çıkı ben de dedi aksi yönde görüş beyan ettim. İspat edin bakayım dedi. O sırada banda kaydedilmiyordu adalet bakanlığından tetkik hakimleri konuşulanları not ediyordu. Hoca bunların hepsini yok etmiş. Var mı delilin dedi, yok ne olacak? Hepiniz bu hükümleri savunacaksınız dedi. İşte bunları gördüğümüz için biz dedik ki ileride ben onu demiştim ben öbür türlü söylemişim, bunun herhangi bir tartışması olmasın her şey banda kaydedildi. Sonra bu bant çözümleri de noterler birliği tarafından sağlandı ana sekiz bin sayfayı geçtiği için bunun basılmasını kimseye yaptıramadık. Ama şu anda bu bant kayıtları ve çözümleri elimizde var. Böyle bir içtihadı birleştirme kararından sonra herhalde bu bant kayıtlarını da açıklamak bizim boynumuzun borcu. İzmir Barosu'na teşekkür ediyorum. Ben bir İzmirli olarak İzmir'de olmaktan büyük bir mutluluk duydum teşekkür ederim.

YARGI KARARLARI

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
KARARLARI

DAVALI, BONONUN MAL ALIŞ VERİŞİ KARŞILIĞI ALINMADIĞINI, KİRA BORCUNA KARŞILIK ALINDIĞINI BEYAN EDEREK, BONONUN İHDAS (DÜZENLEME) NEDENİNİ TALİL ETMİŞTİR. DAVACI ŞİRKET, MALEN KAYDI BULUNAN BONO KARŞILIĞINDA MAL ALMADIĞINI, BONONUN BEDELSİZ OLDUĞUNU İDDİA ETTİĞİNE GÖRE, KURAL OLARAK İSPAT YÜKÜ BUNU İDDİA EDEN DAVACI ŞİRKETTEDİR. ANCAK DAVALI TARAF BONODA YAZILI İHDAS NEDENİNİ TALİL ETTİĞİNDEN (DEĞİŞTİRDİĞİNDEN), İSPAT YÜKÜNÜN DAVALI TARAFTA GEÇTİĞİNİN KABULÜ GEREKİR.

T.C.

YARGITAY

Hukuk Genel Kurulu

ESAS NO : 2013/19-1409

KARAR NO : 2015/885

YARGITAY İLAMI

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : Ankara Batı 1. Sulh Hukuk Mahkemesi

TARİHİ : 26/03/2013

NUMARASI : 2013/236-2013/399

DAVACI : 1- G. İnş. Eml. Yat. San. Tic. Ltd. Şti., 2- Fahrettin G. vekili Av. İ.K.

DAVALI : Y.K. vekili Av. A. F.K.

Taraflar arasındaki “menfi tespit, maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Sincan 1. Sulh Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 29.03.2012 gün ve 2011/417 E., 2012/400 K. Sayılı kararın incelenmesi davacılar vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 14.11.2012 gün ve 2012/10655 E., 2012/16791 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacı Fahrettin G.'in kendi adına asaleten ve diğer davacı G. İnşaat Tic. Ltd. Şti. yönünden sorumlu müdür sıfatıyla temsilen sunduğu dava dilekçesinde, davalı yana temsilcisi olduğu davacı G. İnşaat Tic. Ltd. Şti. adına ihtiyacı olan malzemenin alımı karşılığında dava konusu 2.250,00 TL bedelli bononun düzenlenerek verildiğini, ancak davalının taahhüt ettiği malzemeyi teslim etmediğini, bedelsiz kalan bonoya dayalı olarak davacı G. İnşaat Tic. Ltd. Şti aleyhine icra takibine girildiğini, kendisinin de icra tehditi altında icra kefilisi olduğunu ileri sürerek bonoya dayalı icra takibinden dolayı borçlu olmadığını tespitine, bononun iptaline ve uğranılan maddi zarar ve manevi çöküntü nedeniyle 1.000,00 TL maddî ve 2.000,00 TL manevî tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, icra takibinin davacı G. İnşaat Tic. Ltd. Şti. hakkında başlatıldığını, davacı Fahrettin G.'in taraf ehliyetinin bulunmadığını, icra takibinin kesinleştiğini, taraflar arasında herhangi bir mal alım satımının bulunmadığını, davacı Fahrettin'in şahsi kira borcu nedeniyle davacı şirket adına düzenlediği bonoyu müvekkiline verdiğini, davacı Fahrettin'in kendi rızası ile icra kefilisi olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve toplanan deliller doğrultusunda, davacılar tarafından ileri sürülen iddiaların usulüne uygun delillerle kanıtlanamadığı, davacılar tarafından davalıya teklif olunan yeminin davalı yanca usulüne uygun eda edildiği, maddi ve manevi tazminat koşullarının bulunmadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar vekilince temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı Fahrettin G.'in tüm, davacı G. İnşaat Tic. Ltd. Şti'nin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava konusu bonoda davacı G. İnşaat Tic. Ltd. Şti keşideci, davalı

Yusuf K. lehtar olup, ihdas nedeni olarak “malen” kaydı bulunmaktadır. Davacı şirket, malen kaydı bulunan bono karşılığında mal almadığını, bononun bedelsiz olduğunu iddia etmiştir. Malen kaydı bulunan kambiyo senedi vasfındaki bononun bedelsizliğini iddia eden davacı şirket bu iddiasını kanıtlamak zorundadır. Ancak davalı taraf bonoda yazılı ihdas nedenini talil eder (değiştirir) ise ispat yükü davalı tarafa geçer. Davalı, bononun mal alış verişi karşılığı alınmadığını, kira borcuna karşılık alındığını beyan ederek bononun ihdas nedenini talil etmiştir.

Bu durumda ispat yükü kendisine geçen davalı tarafa bu iddiasını kanıtlaması için süre verilerek sonucuna göre tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken yanılığın gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...)

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

TEMYİZ EDEN: Davacılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, bonoya dayalı kambiyo senetlerine özgü icra takibi nedeniyle bedelsizlik iddiasına dayalı olarak borçlu olunmadığının tespiti ile kişilik haklarına saldırı iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, “...Sincan 5. İcra Müdürlüğünün 2008/... talimat dosyasında bulunan 14.12.2009 tarihli haciz tutanağında içeriğinde; Fahrettin G.’in söz alarak, ‘benim dosya borcundan bilgim var, dosya borcunu avukat ile konuşup iki taksitte ödeyeceğim. G. İnşaatta bana aittir, ben dosya borcu olan 3.356,42 TL’nin tüm faiz ve ferileriyle bir-

likte icra kefilî olmayı kabul ve taahhüt ediyorum” diyerek, zaptın altını imzaladığı, zabıttaki bu beyanın icra kefilî olan davacı Fahrettin G.’ı ve temsile yetkili olduğu şirketi bağlayacağı, davacılar tarafından ileri sürülen iddiaların usulüne uygun delillerle kanıtlanamadığı, davacılar tarafından davalıya teklif olunan yeminin davalı yanca usulüne uygun eda edildiği, maddi ve manevi tazminat koşullarının bulunmadığı...” gerekçeleriyle davanın reddine dair verilen karar, davacılar vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda yazılı nedenlerle davacı Fahrettin G.’ın tüm, davacı G. İnşaat Tic. Ltd. Şti’nin sair temyiz itirazlarının reddine karar verilmek suretiyle bozulmuş; yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararı, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

I- Davacı Fahrettin G. vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Bilindiği üzere, hukuki yarar dava şartı olduğu kadar, temyiz istemi için de aranan bir şarttır.

Davacı Fahrettin G.’ın temyiz istemi Özel Dairece incelenip, reddildiğinden bu davacı yönünden hüküm kesinleşmiş ve uyuşmazlık konusu olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle; davacı Fahrettin G. vekilinin direnme kararını temyizde hukuki yararı bulunmamaktadır.

O halde, davacı Fahrettin G. vekilinin direnme hükmüne yönelik temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmelidir.

II- Davacı G. İnşaat Tic. Ltd. Şti. vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde ise;

Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen uyuşmazlık; ispat yükünün davacı tarafta mı yoksa davalı tarafta mı olduğu noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle, alacağın dayanağını teşkil eden kambiyo senedinin hukuksal niteliğini irdelemekte yarar vardır:

Hukuk Genel Kurulunun 17.12.2003 gün ve E:2003/19-781, K:2003/768; 12.10.2011 gün ve E:2011/19-473, K:2011/607; 04.12.2013 gün ve E:2013/19-89, K:2013/1645; 14.05.2014 gün ve E:2013/19-1155, K:2014/660; 18.02.2015 gün ve E:2013/19-1362, K:2005/826 sayılı ilamlarında da belirtildiği üzere; bütün mücerret alacaklarda olduğu gibi kambiyo senedi alacağı da kural olarak, uygun bir asıl borç ilişkisine, bir illi ilişkiye dayanır. Bir kambiyo senedi düzenleyip veren ve bu senedi alan herkes, bütün hukuki işlemlerin yapılmasına temel teşkil eden bir gayeye ulaşmak istemektedir. Kambiyo senedinden kaynaklanan talebin geçerliliği, temel ilişkiden kaynaklanan temel talebin ve bununla ilgili olarak taraflar arasında varılmış amaca ilişkin mutabakatın geçerliliğinden tamamen bağımsızdır. Kambiyo senedinden doğan talep hakkına kambiyo hukuku, temel talebe ise, bu talebin ait olduğu hukuk kuralları uygulanır.

Bu genel açıklamadan sonra, hemen belirtmelidir ki, bono, ödeme vaadi niteliğinde bir kambiyo senedi olup, bağımsız borç ikrarını içerir (6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK)’nın 691/1. maddesi). Bonoda şekil şartları eTTK’nun 688. maddesinde sayılmıştır. Bunlar; “Bono” yada “Emre Muharrer Senet” ibaresi, kayıtsız şartsız bir bedel ödeme vaadi, vade, ödeme yeri, lehtar, keşide yeri ve tarihi, keşidecinin imzasıdır. Zorunlu şartlardan biri eksik olduğu takdirde, senedin bono niteliği kaybolur. Bunlardan vade ve ödeme yeri esaslı şekil şartlarından değildir. Sayılan zorunlu şekil şartlarının yanında seçimlik unsurlar da vardır.

Bonoya isteğe bağlı olarak, faiz, bedelin nakden yada malen alındığı veya yetkili mahkeme kayıtları da konabilir (Reha Poroy, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 11. Baskı, s.237 vd).

Yerleşik Yargıtay kararlarında ve öğretide de kabul edildiği üzere, bonolara özgü seçimlik unsurlardan biri de, temel borç ilişkisinden

kaynaklanan borcun dayandığı nedenin gösterilmesine yönelik “bedel kaydı”dır. Yinelemek gerekirse “bedel kaydı” kambiyo senedinin ihtiyari kayıtlarındandır. Bu kayıt keşidecinin (borçlunun), senedin lehdarından (alacaklıdan) karşı edayı aldığını ispata yarar. Aslında kambiyo senetleri hukuku yönünden bu kayıtların bir anlamı ve önemi yoktur. Çünkü, kambiyo senedinin düzenlenmesiyle, soyut bir borç ilişkisi yaratılmaktadır. Bu nedenle de karşı edimin, eda edilip edilmediğinin önemi de bulunmamaktadır. Temel borç ilişkisinin bir sözcükle senede yansıtılması şeklinde ortaya çıkan bedel kaydının varlığı ya da yokluğu senedin bono niteliğini etkilemez. Zira bono, bağımsız borç ikrarını içeren bir senettir. Bu nedenle, bir illete bağlı olması gerekmez.

Bedel kayıtları daha çok keşideci ile lehdar arasındaki iç ilişki yönünden ve ispat konusunda önem taşır. Kişisel def'i nedenlerinin varlığının kanıtlanmasını kolaylaştırır.

Sözü edilen kayıtlar özellikle ispat hukuku açısından ilgilileri bağlayıcı niteliktedir. Bedel kaydı içeren bononun lehdarı, artık senedin “kayıtsız ve koşulsuz bir borç ikrarı olduğu” yolundaki soyutluk kuralına dayanamayacaktır.

Bono nedeniyle borçlu olunmadığının tespitini içeren davada ispat yükü, kural olarak senedin bedelsiz olduğunu iddia eden tarafa aittir. Ancak, bir defa bir mal alışverişine dayandığı “malen” kaydıyla ya da bir alacak borç ilişkisine dayandığı “nakten” kaydı ile senede yazılmışsa, artık buna uyulmak gerekir. Bu kayıtların aksinin savunulması senedin talili (nedene, illete bağlanması) anlamına gelir ki, böyle bir durumda ispat yükü yer değiştirir. Senedi talil eden, savını kanıtlamak yükümlülüğü altına girer. Senette borcun nedeni “mal” ya da “nakit” olarak belirtilmişse, tarafların yazılı borç sebebine dayanmaya hakkı olacağından, ispat yükü bunun aksini ileri süren tarafa ait olacaktır. Eğer yanlardan biri senet metninde yazılı kaydın doğru olmadığını söylüyorsa, lehine olan senet karinesi çürümüş sayılacak, bunun sonucu olarak da, iddiası paralelinde ispat yükünü de üstlenecektir. Buna senedin talili denmektedir. Bu anlamda talil senet metninde açıklanan düzenleme (ihdas) nedenine

aykırı beyanda bulunma anlamına gelmektedir.

Hemen burada, menfi tespit (borçsuzluğun tespiti) konulu eldeki davada ispat yükünün özellikleri üzerinde de durulmalıdır.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesi gereğince borçlu icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu olmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir. Kural olarak, bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran/iddia eden taraf, o vakıayı ispat etmeye mecburdur (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi).

İspat yüküne ilişkin bu genel kural, menfi tespit davaları için de geçerlidir. Yani, menfi tespit davalarında da, tarafların sıfatları değişik olmakla beraber, ispat yükü bakımından bir değişiklik olmayıp, bu genel kural uygulanır. Bu davalarda da bir vakıadan kendi lehine haklar çıkaran (iddia eden) taraf o vakıayı ispat etmelidir.

Menfi tespit davasında borçlu ya borçlanma iradesinin bulunmadığını ya da borçlanma iradesi bulunmakla birlikte daha sonra ödeme gibi bir nedenle düştüğünü ileri sürebilir. Borçlu borcun varlığını inkar ediyorsa, bu durumlarda ispat yükü davalı durumunda olmasına karşın alacaklıya düşer. Borçlu varlığını kabul ettiği borcun ödeme gibi bir nedenle düştüğünü ileri sürüyorsa, bu durumda doğal olarak ispat yükü kendisine düşecektir.

Görülmektedir ki, menfi tespit davasında kural olarak, hukuki ilişkinin varlığını ispat yükü davalı/alacaklıdadır ve alacaklı hukuki ilişkinin (borcun) varlığını kanıtlamak durumundadır. Borçlu bir hukuki ilişkinin varlığını kabul etmiş, ancak bu hukuki ilişkinin senette görüldenden farklı bir ilişki olduğunu ileri sürmüştü bu kez, hukuki ilişkinin kendisinin ileri sürdüğü ilişki olduğunu ispat külfeti davacı borçluya düşmektedir. Zira, davacı borçlu senedin varlığını kabul etmekle birlikte bir hukuki ilişkiye dayanmadığını değil, başka bir hukuki ilişkiye dayandığını ileri sürmekte; temelde bir hukuki ilişkinin varlığını kabul etmektedir.

Somut olaya gelince; dava, kambyo senedinden dolayı borçlu olunmadığının saptanması istemine ilişkin olduğuna göre, konunun hem kambyo hem de ispat hukuku açısından ve yukarıdaki açıklamaların ışığında ele alınması gerekir.

Dava konusu bonoda davacı G. İnşaat Tic. Ltd. Şti. keşideci, davalı Yusuf K. lehtar olup, ihdas nedeni olarak “malen” kaydı bulunmaktadır.

Görölmekte olan davada, davacı şirket vekili senetteki imzayı inkar etmemiş; davalının mal alış verişı gereğince mal teslimini yapmaması nedeniyle, davalının bedelsiz bir senedi icra takibine koyduğunu iddia ederek, borçlu olmadığının tespitini istemiştir.

Davalı, bononun mal alış verişı karşılığı alınmadığını, kira borcuna karşılık alındığını beyan ederek, bononun ihdas (düzenleme) nedenini talil etmiştir.

Davacı şirket, malen kaydı bulunan bono karşılığında mal almadığını, bononun bedelsiz olduğunu iddia ettiğine göre, kural olarak ispat yükü bunu iddia eden davacı şirkettedir. Ancak davalı taraf bonoda yazılı ihdas nedenini talil ettiğinden (değıştirdiğinden), ispat yükünün davalı tarafa geçtiğinin kabulü gerekir.

Açıklanan nedenlerle; mahkemece, ispat yükü kendisine geçen davalı tarafa bu iddiasını kanıtlayabilmesi için olanak verilip, tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, ispat yükünün tayininde yanılğıya düşölerek yerinde bulunmayan gerekçeyle yazılı biçimde hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : A) Yukarıda (I) numaralı bentte açıklanan nedenle, davacı Fahrettin G. vekilinin temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan **REDDİNE**,

B) Yukarıda (II) numaralı bentte açıklanan nedenle, davacı G. İnşaat Emlak Yat. San. Tic. Ltd. Şti. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile; direnme kararının Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 04.03.2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

YARGITAY HUKUK DAİRE KARARLARI

ÖZET: Davacının mirasbırakanının çekişme konusu 4 nolu bağımsız bölümü temlikinde gerçek irade ve amacının mirasçıdan mal kaçırma olmadığı, kendisi ile ilgilenen, bakımını yapan torunu Serdar Ü.'e duyduğu minnet sonucu devri yaptığıının kabulü gerekir. Hal böyle olunca, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğinin reddine karar verilmesi gerekir

T.C.

YARGITAY

1. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/3643

KARAR NO : 2015/3598

YARGITAY İLAMI

Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

Mahkemece, muvazaa iddiasının kanıtlandığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davacının mirasbırakanı Halide'nin 1318 ada 122 parseldeki 4 nolu bağımsız bölümün intifa hakkını üzerinde bırakarak çıplak mülkiyetini 26.03.2001 tarihinde torunu olan davalıya satış suretiyle temlik ettiği, davacının temlikin mirastan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açtığı, murisin 20.05.2011 tarihinde öldüğü ve geride mirasçı olarak davacı oğlu Erol'un kayden sabittir.

Bilindiği üzere, uygulamada ve öğretide “muris muvazaası” olarak tanımlanan muvazaa, niteliği itibariyle nispi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türüdür. Söz konusu Muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşme-

de iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devretmektedir.

Bu durumda, yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ve 1-4-1974 tarihli, 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararında açıklandığı üzere görünürdeki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığından, gizli bağış sözleşmesi de Medeni Kanunun 706., Borçlar Kanunun 213. (6098 sayılı Türk Borçlar Yasasının 237.) ve Tapu Kanunun 26. maddelerinde öngörülen şekil koşullarından yoksun bulunduğundan, saklı pay sahibi olsun veya olmasın miras hakkı çığnenen tüm mirasçılar dava açarak resmi sözleşmenin muvazaa nedeni ile geçersizliğinin tespitini ve buna dayanılarak oluşturulan tapu kaydının iptalini isteyebilirler.

Hemen belirtilmelidir ki; bu tür uyuşmazlıkların sağlıklı, adil ve doğru bir çözüme ulaştırılabilmesi, davalıya yapılan temlikin gerçek yönünün diğer bir söyleyişle miras bırakanın asıl irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasına bağlıdır. Bir iç sorun olan ve gizlenen gerçek irade ve amacın tespiti ve aydınlığa kavuşturulması genellikle zor olduğundan bu yöndeki delillerin eksiksiz toplanılması yanında birlikte ve doğru şekilde değerlendirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Bunun içinde ülke ve yörenin gelenek ve görenekleri, toplumsal eğilimleri, olayların olağan akışı, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul bir nedeninin bulunup bulunmadığı, davalı yanın alış gücünün olup olmadığı, satış bedeli ile sözleşme tarihindeki gerçek değer arasındaki fark, taraflar ile miras bırakan arasındaki beşeri ilişki gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır.

Somut olaya gelince; davalı savunması ve tanık anlatımlarına göre, davalının 3 yaşından beri babaannesi olan Halide'nin yanında kaldığı, bakımının davalı tarafından yapıldığı, evlendiğinde babaannesinin yakın çevresinden ev tuttuğu, davacının ise mirasbırakanı olan annesi ile ilgilenmediği anlaşılmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki; satışa konu edilen bir malın devrinin belirli bir semen karşılığında olacağı kuşkusuzdur. Semen bir başka ifade ile malın bedelinin ise mutlaka para olması şart olmayıp belirli bir hizmet ya da emek de olabileceği kabul edilmelidir. (HGK.'nın 29.4.2009 gün 2009/1-130 S.K.) Esasen, yukarıda da değinildiği üzere muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak açılan davaların hukuki dayanağını teşkil eden 1.4.1974 gün 1/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında miras bırakanın gerçek iradesinin mirasçıdan mal kaçırma olması halinde uygulanabilirliğinin kabulü gerekir. Başka bir ifade ile murisin iradesi önem taşır.

Yukarıda değinilen somut olgular, açıklanan ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde davacının mirasbırakanının çekişme konusu 4 nolu bağımsız bölümü temlikinde gerçek irade ve amacının mirasçıdan mal kaçırma olmadığı, kendisi ile ilgilenen, bakımını yapan torunu Serdar Ü.'e duyduğu minnet sonucu devri yaptığıının kabulü gerekir.

Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, delillerin takdirinde yanılığa düşülerek, yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

Davalının bu yönleri değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 16.03.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Davacı tarafından davalıya karşı 26.08.2009 tarihinde boşanma davası açılmış, davacı 1.4.2010 tarihinde davadan feragat etmiştir. Davadan feragat, kesin hükmün hukuki sonuçlarını hasıl eder (HUMK. md. 95/2). Bu sonuç feragat tarihinde, bu beyanın mahkemeye ulaşmasıyla kendiliğinden doğar. Feragat edilen dava, feragat tarihinde derdestlik vasfını kaybeder. Sonradan verilen feragate dayanan ret kararı, bu durumu tespit mahiyetinde olup, feragatin hasıl ettiği kesin hüküm etkisini kararın verildiği tarihe taşımaz. Bu etkinin doğması için, feragat sebebiyle verilen davanın reddine ilişkin kararın taraflara tebliğ edilip şeklen kesinleşmesini beklemeye de lüzum yoktur.

T.C.

YARGITAY

2. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/5287

KARAR NO : 2014/15740

YARGITAY İLAMI

Davacı, davalı aleyhine daha önce açtığı boşanma davasından 1.4.2010 tarihinde feragat ettiğini, davanın feragat sebebiyle reddedildiğini, davalıyla tekrar bir araya gelmediklerini, ortak hayatın yeniden kurulamadığını ileri sürerek, öncelikle Türk Medeni Kanununun 166/son maddesinde yer alan “fiili ayrılık” sebebiyle, bu talebinin yerinde görülmemesi halinde aynı Yasanın 166/1. maddesinde yer alan “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” sebebiyle boşanmalarına karar verilmesini istemiş; mahkemece; “ilk davada verilen kararın henüz kesinleşmediği, derdest olduğu” gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından davalıya karşı 26.08.2009 tarihinde boşanma davası açılmış, davacı 1.4.2010 tarihinde davadan feragat etmiştir. Davadan feragat, kesin hükmün hukuki sonuçlarını hasıl eder (HUMK. md. 95/2). Bu sonuç feragat tarihinde, bu beyanın mahkemeye ulaşmasıyla

kendiliğinden doğar. Feragat edilen dava, feragat tarihinde derdestlik vasfını kaybeder. Sonradan verilen feragate dayanan ret kararı, bu durumu tespit mahiyetinde olup, feragatin hasıl ettiği kesin hüküm etkisini kararın verildiği tarihe taşımaz. Bu etkinin doğması için, feragat sebebiyle verilen davanın reddine ilişkin kararın taraflara tebliğ edilip şeklen kesinleşmesini beklemeye de lüzum yoktur. Bu durumda, işbu davanın açıldığı tarihte taraflar arasında “derdestlik” vasfını sürdüren bir dava mevcut değildir. Öyleyse işin esasının incelenmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçe ile davanın usulden reddedilmesi doğru olmamıştır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 07.07.2014

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Davacının affından sonra da davalının aynı kadınla ilişkisinin devam ettiği gerçeğe göre, kadının boşanma davasının kabulü ile tarafların zina (TMK.md.161) sebebiyle boşanmalarına karar verilmesi gerekirken, yetersiz gerekçe ile isteğin reddi doğru bulunmamıştır.

T.C.

YARGITAY

2. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/14998

KARAR NO : 2014/15758

YARGITAY İLAMI

Mahkemece, kadın tarafından açılan “zina (TMK.md.161) sebebine dayanan boşanma davası,” davalının zina yaptığı sabit ise de, davacının eşini affettiği, aftan sonra zinanın devam ettiğinin ispatlanamadığı” gerekçesiyle reddedilmiştir. Davalının bir başka kadınla ilişkisinin olduğu, bu kadından 24.07.2010 tarihinde bir çocuğunun bulunduğu, çocuğun annesi tarafından davalı aleyhine 28.02.2011 tarihinde babalık davası açıldığı, davalının babalığına hükmedildiği, kararın 23.10.2012 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Davacı-davalı kadının eşinin bir başka kadınla ilişkisini öğrenmesinden sonra tarafların barıştıkları ve 2010 yılı Eylül ayında birlikte hacca gittikleri doğrudur. Eldeki boşanma davası 05.10.2011 tarihinde açılmıştır. Davalı aleyhine açılan babalık davasında 13.02.2012 tarihli oturumda dinlenen tanık beyanından ve dosyaya sunulan mesaj dökümlerinden davalının aynı kadınla ilişkisinin tarafların barışmalarından sonra da devam ettiği anlaşılmaktadır. Af, öncesindeki zina eylemine dayalı olarak dava hakkını ortadan kaldırır (TMK.md.161/son) ise de, sonrasındaki zina eylemine dayalı dava hakkı üzerinde etkili değildir. Davacının affından sonra da davalının aynı kadınla ilişkisinin devam ettiği gerçeğe göre, kadının boşanma davasının kabulü ile tarafların zina (TMK.md.161) sebebiyle boşanmalarına karar verilmesi gerekirken, yetersiz gerekçe ile isteğin reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BO-ZULMASINA**, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 07.07.2014

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Davacı, maliki/hissedarı olduğu Elbistan İlçesi, Balıkcıl Köyünde bulunan taşınmazlarda ekili ürünlerin, Afşin Elbistan Termik Santralinin çevreye yaydığı zararlı gazların ve küllerin etkisi ile zarar gördüğünü, verimin düştüğünü iddia ederek uğradığı zararın ödetilmesi isteminde bulunmuştur.

Mahkemece yapılacak iş, öncelikle bölgedeki hakim rüzgarları gösterir meteorolojik bulguların getirilmesi, ardından da taşınmazların bulunduğu yerin santrale uzaklıkları ve santrale göre konumlarının belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca davalının savunmasında santralin A ünitesinin %20, B ünitesinin %20-25 kapasitede çalıştığı beyan edildiğinden resmi makamlardan santralin çalışma kapasitesinin ve zamanının sorulması gereklidir. Sonrasında davalı tarafça ibraz edilen bilirkişi raporlarında her bir parselde ekili ürünün fotoğraflandığı bildirildiğinden söz konusu fotoğrafların tümü ile varsa hükme esas alınan raporda bilirkişi tarafından çekilmiş fotoğraflarında taraflardan istenmesi ile daha öncesinde eldeki davada ve emsal dosyalarda rapor veren bilirkişiler dışındaki konusunda uzman bir çevre mühendisi ile iki ziraat mühendisi bilirkişi heyetinden çelişkiyi giderici, denetime elverişli bir rapor alınması, termik santrallerin etkisinin matematiksel olarak hangi alana kadar yayılabileceği, santralin çalışma kapasitesi ve hakim rüzgar yönünün bu duruma etki edip etmeyeceğinin de bilirkişi heyetinden sorulması gereklidir.

T.C.

YARGITAY

4. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/17894

KARAR NO : 2015/3036

YARGITAY İLAMI

Dava, haksız fiil nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece dava kısmen kabul edilmiş; karar, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, maliki/hissedarı olduğu Elbistan İlçesi, Balıkçıl Köyünde bulunan taşınmazlarda ekili ürünlerin, Afşin Elbistan Termik Santralinin çevreye yaydığı zararlı gazların ve küllerin etkisi ile zarar gördüğünü, verimin düştüğünü iddia ederek uğradığı zararın ödetilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalı, termik santralin işletilmesinden dolayı çevreye herhangi bir zarar verilmediğini, resmi kurumlarca hava kalitesinin sürekli ölçüldüğünü, yönetmeliklerle belirlenen sınır değerlerin aşılmadığını, küllerin toprakla örtüldüğünü düzenli olarak nemlendirme yapıldığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, mahallinde yapılan tespite göre, davalının işlettiği termik santralin çevreye olumsuz etkisinden dolayı davacının ektiği üründe verim kaybı olduğu belirlenmiş, istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya arasında bulunan bilgi ve belgelere göre davanın delil tespit dosyasına dayanılarak açıldığı, tespit sırasında hazır bulunan ziraat mühendisi bilirkişinin dava konusu taşınmazlarda ekili ürünlerde %10 verim azalmasına bağlı zarar bulunduğunu belirlediği ve zarar tutarını hesapladığı mahkemece söz konusu raporun hükme esas alındığı anlaşılmaktadır. Ne var ki davalı tarafından dosyaya ibraz edilen emsal bilirkişi raporunda aynı köyde yapılan delil tespitinde köyün santrale uzaklığı, yöredeki hakim rüzgarların yönü ile köyün konumu belirlendikten ve ekili ürünler tek tek fotoğraflanarak incelendikten sonra baca gazları ile atılan zararlı makro parçacıkların tespit mahalline kadar ulaşamayacağı, mikro parçacıkların ise ekili ürünler üzerinde bulunmadığı, köyün santralin güney doğusunda kaldığı, yöredeki hakim rüzgarların güney batıdan estiği, mevcut duruma göre bitkilerin sağlıklı şekilde gelişmelerini tamamladıkları verim durumunun ilçe ortalamaları içinde olduğu,

aynı bölgedeki parsellerin birinde santralden olumsuz etkilenme varsa diğerlerinde de olacağı, etkilenme yoksa diğerlerinde de olmayacağı biçiminde değerlendirme yapıldığı görülmüştür.

Şu durumda, dava konusu parseller üzerinde yapılan ve verim azalmasına dayalı zarar olduğunu bildiren bilirkişi raporu ile aynı köyde sair parsellerde yapılmış bulunduğu anlaşılan delil tespiti dosyasında verilmiş bulunan bilirkişi raporu arasında açık bir çelişki bulunmaktadır.

Mahkemece yapılacak iş, öncelikle bölgedeki hakim rüzgarları gösterir meteorolojik bulguların getirilmesi, ardından da taşınmazların bulunduğu yerin santrale uzaklıkları ve santrale göre konumlarının belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca davalının savunmasında santralin A ünitesinin %20, B ünitesinin %20-25 kapasitede çalıştığı beyan edildiğinden resmi makamlardan santralin çalışma kapasitesinin ve zamanının sorulması gereklidir. Sonrasında davalı tarafça ibraz edilen bilirkişi raporlarında her bir parselde ekili ürünün fotoğraflandığı bildirildiğinden söz konusu fotoğrafların tümü ile varsa hükme esas alınan raporda bilirkişi tarafından çekilmiş fotoğraflarında taraflardan istenmesi ile daha öncesinde eldeki davada ve emsal dosyalarda rapor veren bilirkişiler dışında konusunda uzman bir çevre mühendisi ile iki ziraat mühendisi bilirkişi heyetinden çelişkiyi giderici, denetime elverişli bir rapor alınması, termik santrallerin etkisinin matematiksel olarak hangi alana kadar yayılabileceği, santralin çalışma kapasitesi ve hakim rüzgar yönünün bu duruma etki edip etmeyeceğinin de bilirkişi heyetinden sorulması gereklidir.

Mahkemece anılan eksiklikler giderilmeden karar verildiğinden hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre öteki temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 12/03/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Taraflar arasındaki uyuşmazlık 1.2.2011 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Kira sözleşmesine ilişkin hükümler TBK düzenlenmiştir. Bu nedenle taraflar tacirde olsa TBK düzenlenen faize ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Davacı alacaklı ödenmeyen kira bedelleri ile birlikte sözleşmenin 4. maddesine göre aylık %15 temerrüt faizi tahsilini istemiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, kiracı hakkında Türk Borçlar Kanunu Yürürlük kanunu madde 7 gereğince, Türk Borçlar Kanunu'nun 120 maddesinin uygulanması gerekir. Mahkemece TBK 120/2 maddesi gereğince getirilen faiz sınırlaması nazara alınarak karar verilmesi gerekir.

T.C.

YARGITAY

6. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/1323

KARAR NO : 2015/2030

YARGITAY İLAMI

Uyuşmazlık kira bedelinin tahsili için icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece açılan davanın kısmen kabulüne kısmen reddine, asıl alacak yönünden dava konusuz kaldığından hüküm kurulmasına yer olmadığına %20 icra inkar tazminatı olan 580 TL nin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine faize yönelik itirazın iptali ile faiz yönünden takibin devamına karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya kapsamına, toplanan delillere, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verilmiş olmasına ve takdirde de bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin asıl alacağı ilişkin temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalı vekilinin faize ilişkin karara yönelik temyiz itirazlarına gelince;

Kira alacağının tahsili için Karşıyaka 4. İcra Müdürlüğünün 2012/ Esas nolu dosyasında takip yapıldığını, davalı borçlu süresi içerisinde borçlu olmadığını iddia ederek borca itiraz ettiğini, itirazının haksız ve dayanıksız olduğunu; davalının 6098 sayılı kanun gereği muacceliyet şartının geçersiz olduğunu ve faizinde yasal faiz olması gerektiğini belirtmiş ise de, davalının tacir olduğunu, taşınmazı ticari amaçlı kullandığını, bu nedenle faiz hususundaki savunmasının da yerinde olmadığını belirterek itirazın iptali ve %20 icra inkar tazminatı verilmesini istemiştir. Davalı vekili ise müvekkilinin borcu olmadığı, taşınmazın 26.12.2012 tarihinde tahliye edilip davacıya teslim edildiğini, davacılar da güvence parası olduğunu mahsup edildiğinde alacaklı olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 346.maddesinde "Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir." hükmüne yer verilmiştir. 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un Geçmişe Etkili Olma başlıklı 2.maddesinde "Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı, yine Görülmekte Olan Davalara İlişkin Uygulama başlıklı 7.maddesinde de "Türk Borçlar Kanunu'nun; kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76., faize ilişkin 88., temerrüt faizine ilişkin 120., aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138.maddesinin, görülmekte olan davalarda da uygulanacağı" öngörülmüştür.

TBK 120. maddesinde "Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz." hükmüne yer verilmiştir.

Olayımızda, Taraflar arasındaki uyuşmazlık 1.2.2011 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Kira sözleşmesine ilişkin hükümler TBK düzenlenmiştir. Bu nedenle taraflar tacirde olsa TBK düzenlenen faize ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Davacı alacaklı ödenmeyen kira bedelleri ile birlikte sözleşmenin 4. maddesine göre aylık %15 temerrüt faizi tahsilini istemiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, kiracı hakkında Türk Borçlar Kanunu Yürürlük kanunu madde 7 gereğince, Türk Borçlar Kanunu'nun 120 maddesinin uygulanması gerekir. Mahkemece TBK 120/2 maddesi gereğince getirilen faiz sınırlaması nazara alınarak karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle faiz alacağının tahsiline karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK.ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK.nın 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 02/03/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Taraflar arasında kira sözleşmesi ve kiracılık ilişkisi bulunmamaktadır. Davacı, taşınmazı iktisap ettiği tarihten itibaren aslında kendisine ait olması gerektiğini iddia ettiği kira paralarının davalı tarafından tahsil edilmesi nedeniyle, tahsil edilen bu miktarın sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde kendisine ödemesini talep etmektedir. Bu durumda davaya bakma görevi sulh hukuk mahkemesine ait değildir.

T.C.

YARGITAY

6. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/6061

KARAR NO : 2015/1177

YARGITAY İLAMI

Uyuşmazlık, davacının kiralanan taşınmazları iktisap etmesinden sonra kira paralarını kiralayan sıfatıyla tahsil eden davalıdan fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik 28.959,35 TL'nin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde tahsiline ilişkindir. Mahkemece davanın reddine kararı verilmesi üzerine, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK.nun 4/1-a maddesine göre “Kiralanan taşınmazların, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dahil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davalarda” Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir. Mahkemelerin görevi kamu düzenine ilişkin kurallardan olup, yargılamanın her aşamasında istek üzerine, ya da re’sen gözetilmesi gerekir.

Somut olayda, taraflar arasında kira sözleşmesi ve kiracılık ilişkisi bulunmamaktadır. Davacı, taşınmazı iktisap ettiği tarihten itibaren as-

linda kendisine ait olması gerektiğini iddia ettiği kira paralarının davalı tarafından tahsil edilmesi nedeniyle, tahsil edilen bu miktarın sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde kendisine ödenmesini talep etmektedir. Bu durumda davaya bakma görevi sulh hukuk mahkemesine ait olmadığından, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde işin esası incelenerek davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz itirazlarının kabulü ile 6100 sayılı HMK.ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3. madde hükmü gözetilerek HUMK.nın 428.maddesi uyarınca hükmün **BOZULMASINA**, istek halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edene iadesine, 11.02.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Açılmış olan muhdesatın aidiyetinin tespiti davasına ilişkin var olan ortaklığın giderilmesi davasında “davanın açılmamış sayılmasına” ilişkin kararın kesinleşip kesinleşmediği araştırılarak dava şartının (hukuki yararın) varlığının duraksamasız belirlenmesi gerekir.

T.C.

YARGITAY

7. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2013/17813

KARAR NO : 2014/14459

YARGITAY İLAMI

Dava taşınmazlar üzerinde bulunan muhdesatların aidiyetinin tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmiş ise de dava koşulunun araştırılması yönünden toplanan deliller hüküm vermeye yeterli değildir.

Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere aidiyet tespiti davaları kendine özgü davalardan olup dava sonucunda elde edilecek ilamın icra ve infaz kabiliyeti bulunmamaktadır. Bunun doğal sonucu olarak bu davaların uygulama alanı sınırlıdır. Taşınmaz üzerinde bulunan muhdesat yönünden derdest ortaklığın giderilmesi davası ya da kamulaştırma işlemi bulunmadığı takdirde bu dava görülemez. Kural olarak, öğretide ve yerleşik Yargıtay uygulamasında bu tür davalar yönünden eda davası açılmasının mümkün olduğu hallerde, tespit davası açılmasında hukuki bir yararın bulunmadığı kabul edilmiştir.

Dava konusu muhdesatların üzerinde yer aldığı taşınmaz hakkında Göynük Sulh Hukuk Mahkemesinin 2010/117 esas sayılı dosyası üzerinden görülen ortaklığın giderilmesi davasının sonuçlanarak davanın

açılmamış sayılmasına karar verildiği ne var ki kararın henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca ortaklığın giderilmesi davasının açılmamış sayılması kararın kesinleşmesi halinde, davacı tarafın tespit davası açmakta başlangıçta var olan hukuksal yararının ortadan kalkacağı ve bu durumda davanın şimdi olduğu gibi hukuki yarar yokluğundan reddine karar verileceği gözetildiğinde davada sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için açılmamış sayılma kararının kesinleşip kesinleşmediğinin belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Hal böyle olunca; taraflar arasında görülen ortaklığın giderilmesi davası sonunda verilen ‘davanın açılmamış sayılmasına’ ilişkin kararın kesinleşip kesinleşmediği araştırılarak dava şartının varlığı duraksamasız belirlenmesi gerekirken bu olgu gözden kaçırılarak yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz, davacı tarafın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden kabulü ile, yeniden yargılama yapılmak ve yeni bir hüküm verilmek üzere hükmün **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre de davacı tarafın sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdi-lik yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde davacıya iadesine, 26.06.2014 gününde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Dava konusu şirketin edinilmiş mallara katılma rejimi döneminde 01.01.2002-19.09.2009 tarihleri arasındaki, dönem net zararları mahsup edildikten sonra şirketin sermayesi, geçmiş yıl kârları ile kâr yedekleri üzerinden davalının pay oranı dikkate alınarak davacının katılma alacağı belirlenmiş ise de, bahse konu dönem içerisinde her yıl için sermaye artırım yapıp yapılmadığı, kâr payının sermayeye ilave edilip-edilmediği, şirket bilançosuna göre, dağıtımına esas kârın mevcut bulunup-bulunmadığı, kâr payının yatırıma dönüştürülüp-dönüştürülmediği, sermaye artırım yapılmış ise edinilmiş mallardan karşılanıp-karşılanmadığı usulüne uygun olarak araştırılmalı, şirket bilançosunun kâr dağıtımına esas olan aktif varlıkları belirlenmeli, gerektiği takdirde konusunda uzman bilirkişi kurulundan denetime açık rapor alınarak mal rejiminin tasfiyesine esas alacak gereği gibi belirlenmelidir.

T.C.

YARGITAY

8. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2013/16341

KARAR NO : 2015/1094

YARGITAY İLAMI

Davacı vekili, tarafların 1989 yılında evlendiklerini, evlilik birliği içerisinde edinilen taşınmazlar, araçlar ve C. Pazarlama Ltd.Şti'nin gelirleri üzerinde 1/2 oranında tasfiye alacağı bulunduğunu ileri sürerek taşınmaz, şirket payı ve araçların edinilmesine yapılan katkı nedeniyle 2.000 TL şirket gelirinin edinilmiş mal olması nedeniyle 8.000 TL olmak üzere toplam 10.000 TL alacağın yasal faiziyle birlikte davalıdan alınmasına karar verilmesini istemiş, harcını yatırmak suretiyle verdiği 19.04.2012 tarihli ıslah dilekçesinde 108 parsel yönünden 98.000 TL şirket gelirlerinden dolayı 64.000 TL olmak üzere toplam 162.000 TL katkı payı

alacağının ıslah tarihinden geçerli yasal faiziyle birlikte davalı taraftan alınmasını istemiş, feragat yetkisi bulunan davacı vekili 16.06.2011 tarihli dilekçesinde araçlara ilişkin talepten feragat ettiklerini bildirmiştir.

Davalı vekili, davacının ev hanımı olup düzenli bir geliri bulunmadığından katkısının söz konusu olamayacağını, dava konusu şirketin 1990 yılında vekil edenin babasıyla ortak olarak kurulduğunu, tasfiyeye dâhil edilemeyeceğini açıklayarak davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne, şirketin dönem karları üzerinden belirlenen 62.000 TL katılma alacağının karar tarihinden geçerli yasal faiziyle birlikte davalıdan alınmasına, taşınmaza yönelik davanın reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı vekili ile katılma yoluyla davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar, 10.06.1989 tarihinde evlenmişler, 27.08.2009 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün 10.06.2010 tarihinde kesinleşmesi üzerine boşanmışlardır. 4722 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca eşler bir yıllık yasal süre içerisinde başka bir mal rejimini seçtiklerini ileri sürmediklerine göre, eşler arasında evlilik tarihinden 4721 sayılı TMK'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar 743 sayılı TKM'nin 170. maddesi uyarınca mal ayrılığı, bu tarihten boşanma davasının açıldığı 27.08.2009 tarihine kadar ise, yasal edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir (TMK. m.202,). Eşler arasındaki mal rejimi TMK'nun 225/2.maddesi uyarınca boşanma davasının açıldığı tarihte sona ermiştir. Uyuşmazlık konusu 108 parsel, 26.08.1999 tarihinde pay satışı nedeniyle 1/2 oranında davalı adına tescil edilmiş, davaya konu C. Pazarlama Ltd. Şti. 19.11.1990 tarihinde %50 ortaklık paylı olarak kurulmuştur.

Dava; şirket geliri ile taşınmaz yönünden 4721 sayılı TMK'nun 202 ve devamı maddeleri gereğince yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan ve TMK'nun 231, 232, 235 ve 236. maddeleri gereğince açılan katılma alacağı isteğine ilişkindir. Mahke-

mece yazılı gerekçelerle davanın kısmen kabulüne kısmen reddine karar verilmiş ise de yapılan araştırma ve inceleme karar vermeye yeterli değildir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden davalı ile babası tarafından %50 paylı olarak kurulan C. Ltd. Şti'nin kuruluş ve sermayesine, dava konusu tarla niteliğindeki 108 parselin alınmasına davacının kişisel mallarıyla her hangi bir katkıda bulunmadığı anlaşıldığından davacının katkı payı alacağına yönelik davasının reddine karar verilmiş olmasında bir isabet-sizlik bulunmamaktadır.

Davacı vekili, şirketin edinilmiş mallara katılma rejimi döneminde davalının payına düşen gelirden kaynaklanan katılma alacağı bulunduğunu, tarla niteliğindeki 108 parsel yönünden ise; 2002-2005 yıllarında taşınmaz üzerine yapılan ve lokanta olarak işletilen muhdesat niteliğindeki binalardan kaynaklanan katılma alacağı bulunduğunu ileri sürerek istekte bulunmuştur. Evlilik birliği içerisinde yapıldığı anlaşılan ve davalının kişisel malı ile yapıldığı ileri sürülmeyen muhdesatın edinilmiş mal olduğu hususunda duraksamamak gerekir. Mahkemece, anılan hususlar nazara alınmadan eksik araştırma ile 108 parsel yönünden davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

Bundan ayrı; dava konusu şirketin edinilmiş mallara katılma rejimi döneminde 01.01.2002-19.09.2009 tarihleri arasındaki, dönem net zararları mahsup edildikten sonra şirketin sermayesi, geçmiş yıl kârları ile kâr yedekleri üzerinden davalının pay oranı dikkate alınarak davacının katılma alacağı belirlenmiş ise de, bahse konu dönem içerisinde her yıl için sermaye artırımı yapıp yapılmadığı, kâr payının sermayeye ilave edilip-edilmediği, şirket bilançosuna göre, dağıtımına esas kârın mevcut bulunup-bulunmadığı, kâr payının yatırıma dönüştürülüp-dönüştürülmediği, sermaye artırımı yapılmış ise edinilmiş mallardan karşılanıp-karşılanmadığı usulüne uygun olarak araştırılmamış, şirket bilançosunun kâr dağıtımına esas olan aktif varlıkları belirlenmemiş, gerektiği takdirde konusunda uzman bilirkişi kurulundan denetime açık rapor alınarak mal rejiminin tasfiyesine esas alacak gereği gibi belirlenmemiştir.

Kabule göre de; bilirkişi raporunda şirketin aktif mal varlığı üzerinde davacının 65.410 TL katılma alacağı olduğu bildirilmiş, davacı vekili harcını yatırmak suretiyle verdiği ıslah dilekçesiyle dava dilekçesinde yazılı 2.000 TL'na 62.000 TL ilave etmek suretiyle toplam talep miktarını 64.000 TL'na yükseltmiştir. Davacı vekili, talebini 64.000 TL'na çıkarmış ve harcını yatırmış olmasına karşılık mahkemece, dava dilekçesinde yazılı miktar gözden kaçırılarak yazılı şekilde 62.000 TL alacağa hükmedilmesi de isabetli olmamıştır.

Davacı vekili ile davalı vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca yerel mahkeme hükmünün **BOZULMASINA**, taraflarca HUMK.nun 388/4. (HMK m.297/ç) ve HUMK.nun 440/I maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve 4.236,00 TL peşin harcın istek halinde davacı ve davalıya ayrı ayrı iadelerine, 20.01.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Takip dayanağı ilam İİK'nun 277 ve müteakip maddelerine dayalı tasarrufun iptaline ilişkin bir ilamdır. Aynı Yasa'nın 283. maddesine göre taşınmazın tasarrufun iptaline konu edilmesi, üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihine mahal olmadan borçlunun tasarrufa konu ettiği taşınmazdan alacaklıya haciz ve satışını isteyebilme hakkı verdiğinden taşınmazın aynı ile ilgili değil şahsi hak doğurucu niteliktedir. 1086 sayılı HUMK'nun 443/4. (HMK. m. 367/2.) maddesi kapsamında kalmadığından dayanak ilamın icrası için kesinleşme şartı aranmaz.

T.C.

YARGITAY

8. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/1340

KARAR NO : 2015/4607

YARGITAY İLAMI

Alacaklı vekili tarafından borçlu aleyhinde, İzmir 12. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin tasarrufun iptaline ilişkin ilamına dayalı olarak, ilamların icrası yolu ile takibe başlanılmış, örnek 4-5 nolu icra emrinin tebliği üzerine, borçlu İcra Mahkemesi'ne başvurarak, takip dayanağı ilamın kesinleşmeden icraya konulamayacağını belirterek takibin iptalini talep etmiştir. İcra Mahkemesi ilamın gayrimenkulün aynına ilişkin olduğu, kesinleşmeden icra olunamayacağı gerekçesi ile şikayetin kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1086 sayılı HUMK'nun 443/4 (HMK. m. 367/2.) maddesi gereğince gayrimenkule ve buna ilişkin aynı haklara ilişkin hükümler kesinleşmedikçe icra edilemezler. Buna karşılık gayrimenkulün aynına ilişkin olmayan (gayrimenkul üzerindeki kişisel “şahsi” haklara yönelik) ilamların icraya konulabilmesi için bunların kesinleşmesine gerek yoktur.

Somut olayda, takip dayanağı ilam İİK'nun 277 ve müteakip maddelerine dayalı tasarrufun iptaline ilişkin bir ilamdır. Aynı Yasa'nın 283. maddesine göre taşınmazın tasarrufun iptaline konu edilmesi, üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihine mahal olmadan borçlunun tasarrufa konu ettiği taşınmazdan alacaklıya haciz ve satışını isteyebilme hakkı verdiğinden taşınmazın aynı ile ilgili değil şahsi hak doğurucu niteliktedir. 1086 sayılı HUMK'nun 443/4. (HMK. m. 367/2.) maddesi kapsamında kalmadığından dayanak ilamın icrası için kesinleşme şartı aranmaz.

Bu durumda Mahkemece şikayetin reddi yerine, yazılı gerekçeyle kabulü ile takibin iptali yönünden hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3.maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA**, taraflarca HUMK'nun 388/4. (HMK m.297/ç) ve İİK'nun 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine 19.02.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Davalılara dava dilekçeleri tebliğ edilmeksizin; hukuki dinlenme hakları kısıtlanarak dosya üzerinden yetkisizlik kararı verilmesi hatalıdır.

T.C.

YARGITAY

9. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/4468

KARAR NO : 2015/8430

YARGITAY İLAMI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetli; T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na, Liman-İş Sendikası tarafından 10.10.2014 tarihinde gerçekleştirilen yetki tespiti talebi üzerine Bakanlık tarafından inceleme yapıldığını ve Sendika'nın işletmede toplu iş sözleşmesi yapmak için yasanın aradığı gerekli çoğunluğu sağladığı yönünde hatalı bir tespit yapıldığını, müvekkili şirket tarafından 14.10.2014 tarihinde Bakanlık'a ve 18.09.2014 ve 22.09.2014 tarihlerinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na işkolu tespiti konusunda başvuruda bulunulduğunu, müvekkili şirket tarafından 14.10.2014 tarihinde Bakanlık'a 18.09.2014 ve 22.09.2014 tarihlerinde SGK'ya işkolu tespit talebinde bulunulduğunu, bu taleplerinin sonuçlarının henüz belli olmadığını, Sendika'nın yetkili olup olmadığının tespitinde bu hususun da göz önünde bulundurulması gerekeceğinden, işkolu tespit taleplerinin bekletici mesele yapılmasını talep etiklerini, bakanlık tarafından tespit edilen çalışan sayısının hatalı olduğunu, yetki tespitine konu müvekkiline ait işletmede başvuru tarihi olan 10.10.2014 tarihi itibarıyla çalışan işçi sayısının 212 olduğunu, Sendika tarafından yapılan yetki tespit başvurusu tarihinde davacı müvekkiline ait işletmede çalışan işçi sayısının, bu itiraz dilekçesi ekinde sunulan belgelerle kanıtlandığını, itirazlarının somut delillerle desteklendiğini,

Bakanlık'ın itiraz konusu yetki tespit yazısında dayanak olarak kullandığı belgelerin neler olduğunun belirtilmediğini, ancak yapılan tespitin belgelere dayanmayan, mesnetsiz bir inceleme sonucunda yapıldığını, yetki tespitinin talep tarihi itibarıyla yasa da aranan çoğunluğun sendika tarafından sağlanamadığını, bordro ve SGK evraklarıyla da sabit olduğu üzere, davacıya ait, yetki tespiti incelemesi yapılan işletmede yetki tespit talep tarihinde mevcut bulunan işçi sayısının, 212 olduğunu, 212'nin kanun hükmü uyarınca sağlaması gereken %40 oranı, 85 adet işçiye tekabül ettiğini, Bakanlık 'ın yetki tespit yazısına göre, Sendika'nın yetki tespiti talep tarihi olan 10.10.2014 tarihi itibarıyla ilgili işletmede sahip olduğu üye sayısının, 67 olduğunu, Bakanlık'ın ilgili işyerlerinde çalışan işçilerin sayısını hatalı hesaplamış olması sebebiyle, Sendika'ya üye olan işçi sayısının hesaplamasında da hata yapmış olmasının son derece muhtemel olduğunu, her ne kadar belirtilen tarihte (10.10.2014 itibarıyla) Sendika'ya üye olan işçi sayısının 67 olarak belirtilmiş ise de, belirtilen işçilerin 10.10.2014 tarihinde halen müvekkili şirketin çalışanı olup olmadığı, bu çalışanlar içerisinde alt-işveren çalışanı veya stajyer olup olmadığı gibi hususların taraflarınca bilinmediğini ve tespit edilemediğini, bakanlık tarafından verilen yetki tespit kararının hatalı olduğunu, itiraz ettiklerini belirterek; Bakanlık'ın 15.10.2014 yazım, 16.10.2014 imza ve 21.10.2014 tebliğ tarihli; 75014829/103.02/18446 sayılı Yetki Tespiti'ne itirazları ile davalı sendika'nın davacı müvekkiline ait işletmede Toplu İş Sözleşmesi yapma konusunda yetkili olmadığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı Sendikaya dava dilekçesi tebliğ edilmemiştir.

T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı gerekçeli kararla tebliğ edilen dava dilekçesine karşı sunduğu 14.01.2015 tarihli cevap dilekçesinde özetle; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 5'inci maddesinin ikinci fıkrasında; Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlem-

lerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz.” hükmüne yer verildiğini, bu nedenle itiraza ilişkin iddialara katılma imkanı bulunmadığını, İstanbul 3. Anadolu İş Mahkemesinin 2014/699 esas sayılı dosyasında açılan davanın da aynı işyerleri ile ilgili olması nedeniyle her iki davanın da birleştirilmesi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlara dayanılarak; 5521 Sayılı Yasanın 5. Maddesi, 6356 sayılı Yasanın 79. maddesi ile HMK 14. maddeleri gereğince dava dilekçesinin yetki yönünden reddine, karar kesinleştğinde ve yasal sürede başvurulması halinde dosyanın yetkili, görevli Kocaeli Nöbetçi İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

HMK 138. maddesi birinci bendi uyarınca “Mahkeme, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir; gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebilir.” Davalılara dava dilekçeleri tebliğ edilmeksizin; hukuki dinlenme hakları kısıtlanarak dosya üzerinden yetkisizlik kararı verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı sair hususlar incelenmeksizin **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 26.02.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Adli Tıp Kurumu'nun açıklanan şekilde rapor düzenlemesi üzerine davacı vekili, 29.07.2013 tarihli oturumda, davalının imzayı banka memurları önünde attığını belirterek bu kişilerin tanık olarak dinlenilmelerini talep etmiş olup mahkemece, verilen kesin süre içerisinde tanık deliline dayanılmadığı ve tanık isimlerinin bildirilmediği gerekçesiyle bu talebin reddine karar verilmiştir. Oysa, davacı tarafça, dava dilekçesinde tanık deliline dayanıldığı gibi HMK'nın 145. maddesi uyarınca da, her ne kadar kanunda belirtilen süreden sonra delil gösterilmesi mümkün değil ise de bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkemece o delilin sonradan gösterilmesine izin verilebilir. Somut olayda da, Adli Tıp Kurumu raporu ile ortaya çıkan durum karşısında davacının tanık deliline dayandığı gözetildiğinde bu delilin sonradan ileri sürülmesinin yargılamayı uzatmaya matuf olduğu söylenemez. Bu itibarla mahkemece, sözleşmedeki imzanın davalıya ait olup olmadığı hususunda kesin bir kanaat oluşturulamadığından davacının bildirdiği tanıkların dinlenilmesi ile oluşacak sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekir.

T.C.

YARGITAY

11. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/5534

KARAR NO : 2014/11388

YARGITAY İLAMI

Davacı vekili, davalının, müvekkili ile dava dışı şirket arasında imzalanan genel kredi sözleşmesini müşterek borçlu/müteselsil kefil sıfatıyla imzalandığını, borcun ödenmemesi üzerine hesabın kat edilerek davalıya ihtarname gönderildiğini, davalının cevabi ihtarnamesinde asil veya kefil sıfatı ile herhangi bir kredi sözleşmesini imzalamadığını bildirdiğini, oysa imzanın davalı tarafından banka yetkilileri önünde atıldığını ileri

sürerek, toplam 14.241TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin davacı banka ile asıl veya kefil sıfatıyla herhangi bir sözleşme imzalamadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, kredi sözleşmesindeki imzanın davalıya ait olmadığını Adli Tıp Kurumu raporu ile belirlendiği, davacının yemin deliline de başvurmadığı, bu haliyle davanın ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, genel kredi sözleşmesine dayalı alacak istemine ilişkin olup yukarıda yapılan özetten de anlaşılacağı üzere mahkemece, genel kredi sözleşmesindeki imzanın davalıya ait olmadığını Adli Tıp Kurumu raporu ile tespit edildiği, davanın kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, dosyaya sunulan Adli Tıp Kurumu raporunda, davaya dayanak genel kredi sözleşmesindeki imzanın davalının eli ürünü olup olmadığını tespit edilemediği açıklanmış olup mahkemece kabul edildiği gibi imzanın davalıya ait olmadığı yönünde bir tespit yapılmamıştır.

Öte yandan, Adli Tıp Kurumu'nun açıklanan şekilde rapor düzenlemesi üzerine davacı vekili, 29.07.2013 tarihli oturumda, davalının imzayı banka memurları önünde attığını belirterek bu kişilerin tanık olarak dinlenilmelerini talep etmiş olup mahkemece, verilen kesin süre içerisinde tanık deliline dayanılmadığı ve tanık isimlerinin bildirilmediği gerekçesiyle bu talebin reddine karar verilmiştir. Oysa, davacı tarafça, dava dilekçesinde tanık deliline dayanıldığı gibi HMK'nın 145. maddesi uyarınca da, her ne kadar kanunda belirtilen süreden sonra delil gösterilmesi mümkün değil ise de bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili

tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkemece o delilin sonradan gösterilmesine izin verilebilir. Somut olayda da, Adli Tıp Kurumu raporu ile ortaya çıkan durum karşısında davacının tanık deliline dayandığı gözetildiğinde bu delilin sonradan ileri sürülmesinin yargılamayı uzatmaya matuf olduğu söylenemez. Bu itibarla mahkemece, sözleşmedeki imzanın davalıya ait olup olmadığı hususunda kesin bir kanaat oluşturulamadığından davacının bildirdiği tanıkların dinlenilmesi ile oluşacak sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 13/06/2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Dolaylı zarara sebebiyet veren eylemler nedeniyle şirket alacaklısı tarafından TTK'nın 336/5. maddesine binaen alacak isteminde bulunulması halinde, TTK'nın 340, 309. maddeleri uyarınca dava sonucunda hükmedilecek tazminatın zarar verilen şirket yararına hükmedilmesi yönünde talepte bulunulmalıdır.

T.C.

YARGITAY

11. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/380

KARAR NO : 2015/1524

YARGITAY İLAMI

Davacı vekili, müvekkil şirket tarafından dava dışı borçlu şirket U.Ç. Çarşıları A.Ş. aleyhine ticari ilişkiden kaynaklı alacak nedeniyle 11.382,32 TL tutarındaki alacağın tahsili için İstanbul 12. İcra Müdürlüğü'nün 2006/14985 esas sayılı dosyasında icra takibine başlatıldığını, itiraz üzerine takibin durduğunu, müvekkilince itirazın iptali için İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2007/366 esas 2009/746 karar sayılı dosyasında itirazın iptali davası açıldığını, dava sonucunda itirazın iptal edildiğini, tüm fer'ileriyle birlikte 19.399,98 TL olan alacağın halen ödenmediğini, davalıların dava dışı borçlu şirketin yöneticileri olduğunu, yönetici olarak üzerlerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmedikleri için borçlu şirketin aciz duruma düştüğünü, TTK'nın 336/5. maddesi uyarınca kasti ve ihmali davranışları neticesinde borcun tahsil edilememesine yol açan davalıların sorumluluğunun bulunduğunu ileri sürerek 19.399,98 TL tutarındaki alacağın 12.748,20 TL'lik kısmının takip tarihi olan 20.12.2006 tarihinden itibaren ticari avans faiziyle, 6.651,78 TL'lik kısmının mahkeme karar tarihi olan 24.11.2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müşteri-ken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı S.B. vekili, müvekkilinin dava konusu edilen borç nedeniyle sorumluluğunun bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiş diğer davalı davaya cevap vermemiş, duruşmalara iştirak etmemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre; kural olarak yönetim kurulu üyelerinin şirket namına yaptığı işlemlerden şahsen sorumlu olmadığı, TTK'nın 336. maddesinin bu durumun istisnası olduğu, somut olayda davalıların icra takibine itiraz edilen ve itirazın iptaline karar verilen süre içerisinde dava dışı borçlu şirketin yönetim kurulu üyeleri olduğu, davalıların görev yaptıkları dönemde özen yükümlülüğüne aykırı davrandıkları ve şirketi zarara uğrattıkları, bu nedenle davanın alacağını borçlu şirketten tahsil edemediği, doğrudan zarardan kaynaklı davada ispat külfetinin davalılarda olduğu, davalıların oluşan zarara dair kusurlarının bulunmadığını ispat edemedikleri gerekçesiyle 19.399,98 TL'nin 28.03.2012 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan müstareken ve müteselsilen tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı S.B. vekili ve davalı M.M.B. vekili olduğundan bahisle Av. D.K. temyiz etmiştir.

1- Mahkemece verilen karar davalılardan M.M.B. adına daimi çalışanına tebliğ olunmuş, bu aşamadan sonra Av. D.K. tarafından sunulan temyiz dilekçesiyle bu davalı yönünden de temyiz isteminde bulunulmuştur. HMK'nın 76. maddesinde "Avukat, açtığı veya takip ettiği dava ve işlerde, noter tarafından onaylanan ya da düzenlenen vekâletname aslını veya avukat tarafından onaylanmış aslına uygun örneğini, dava yahut takip dosyasına konulmak üzere ibraz etmek zorundadır." hükmü yer almakta olup aynı yasanın 77. maddesinde ise "Vekâletnamesinin aslını veya onaylı örneğini vermeyen avukat, dava açamaz ve yargılamayla ilgili hiçbir işlem yapamaz. Şu kadar ki, gecikmesinde zarar doğabilecek hâllerde mahkeme, vereceği kesin süre içinde vekâletnamesini getirmek koşuluyla avukatın dava açmasına veya usul işlemlerini yapmasına izin verebilir. Bu süre içinde vekâletname verilmez veya asıl taraf yapılan işlemleri kabul ettiğini dilekçeyle mahkemeye bildirmez ise dava açılmamış veya gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılır." denilmektedir.

Dosya kapsamında bu davalıya ilişkin temyiz eden avukatın vekaletnamesine rastlanılamaması nedeniyle geri çevirme işlemi yapılmış, mahkemece geri çevirme işlemi uyarınca tutulan 12.01.2015 tarihli tutanakla bu davalı yönünden de temyiz isteminde bulunan Av. D.K.'ın vekaletnamesinin bulunmadığı belirtilmiştir. Bu durum karşısında davalı M.M.B. yönünden; yasaya uygun temyiz istemi bulunmadığından temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Dava, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olup mahkemece yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Dava konusu edilen eylemlerin gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan mülga 6762 sayılı TTK hükümleri uyarınca anonim şirketlerde yasa ve ana sözleşmenin kendilerine yüklediği görevleri gereği gibi yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri, bu yüzden oluşan zararlar nedeniyle ortaklığa, ortaklara ve ortaklık alacaklılarına karşı sorumludur. Yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın mal varlığını azaltan veya kötüleştiren yasa ve ana sözleşme hükümlerine aykırı davranışları, ortaklar ve alacaklıların dolaylı zarar görmesine yol açar başka bir deyişle şirketin zarar görmesi nedeniyle ortaklar ve alacaklılar da zarar görür. Bu neviden bir sorumluluktan söz edebilmek için öncelikle bir zararın bulunması zararın oluşumunda yönetim kurulu üyelerinin kusurunun olması zorunludur. Yönetim kurulu üyesinin sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmesi gereklidir. Kusursuzluğun ispatı ise genel hükümlere tabidir. Ancak; dolaylı zarara sebebiyet veren eylemler nedeniyle şirket alacaklısı tarafından TTK'nın 336/5. maddesine binaen alacak isteminde bulunulması halinde, TTK'nın 340, 309. maddeleri uyarınca dava sonucunda hükmedilecek tazminatın zarar verilen şirket yararına hükmedilmesi yönünde talepte bulunulmalıdır. Somut olayda, davacı vekilince hükmedilecek tazminatın müvekkili olan davacıya ödenmesi talep edilmiş olup mahkemece bu husus nazara alınarak davalı Selahattin Beyazıt yönünden açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulü doğru olmamış, kararın bu nedenle temyiz eden davalı S.B. yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle dava-

lı M.M.B. yönünden yapılan temyiz isteminin **REDDİNE**, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı Selahattin Beyazıt vekilinin temyiz isteminin kabulüyle hükmün davalı S.B. yararına **BOZULMASINA**, alınmadığı anlaşılan 27,70 TL temyiz ilam harcının davalı M.M.B.'tan alınmasına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davalı S.B.'a iadesine, 09/02/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Davacı vekili, müvekkilinin davalı belediyeden ihale ile üstlenmiş olduğu “2011 İstanbul Avrupa Yakası Baruthane ve Yenibosna ile Halkalı ve Silivri Katı Atık Aktarma İstasyonlarının İşletilmesi ve Belediye Atıklarının Düzenli Depolama Sahasına Nakliyesi” işine 30.03.2011 tarihi itibarıyla başladığını ve 04.04.2012 tarihinde sözleşme gereği işin kendiliğinden sona erdiğini, davalı belediye tarafından yasal bir dayanağı olmadığı halde fiyat farkı adı altında müvekkilinin hak edişlerinden kesinti yapılarak eksik ödemede bulunduğu ileri sürerek, 258.425,65 TL’nin yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davacı ile davalı belediye arasındaki uyuşmazlık da mutlak ticari işlerden olan taşıma sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği nazara alınarak işin esasına girilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

T.C.

YARGITAY

11. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2015/1905

KARAR NO : 2015/3199

YARGITAY İLAMI

Davacı vekili, müvekkilinin davalı belediyeden ihale ile üstlenmiş olduğu “2011 İstanbul Avrupa Yakası Baruthane ve Yenibosna ile Halkalı ve Silivri Katı Atık Aktarma İstasyonlarının İşletilmesi ve Belediye Atıklarının Düzenli Depolama Sahasına Nakliyesi” işine 30.03.2011 tarihi itibarıyla başladığını ve 04.04.2012 tarihinde sözleşme gereği işin kendiliğinden sona erdiğini, davalı belediye tarafından yasal bir dayanağı olmadığı halde fiyat farkı adı altında müvekkilinin hak edişlerinden kesinti yapılarak eksik ödemede bulunduğu ileri sürerek, 258.425,65 TL’nin yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davacının, davalı belediye ile yapılan sözleşmeler kapsamında davalı belediye tarafından fiyat farkı adı altında yapılan kesintinin tahsilini talep ettiği, davalı tacir olmayıp uyuşmazlığın TTK'nın 4. maddesinde düzenlenen hususlardan bulunmamasına göre ticari dava niteliğinde olmadığı, uyuşmazlığın asliye hukuk mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği gerekçeyle, HMK'nın 114/c ve 138. maddesi kapsamında dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine, dosyanın karar kesinleştiğinde talep halinde İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

6102 sayılı TTK'nın 4. maddesine göre tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın bu kanunda öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticari davalardandır. Aynı Yasa'nın 5. maddesine göre de, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. Davacı ile davalı belediye arasındaki uyuşmazlık da mutlak ticari işlerden olan taşıma sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, davanın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği nazara alınarak işin esasına girilip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmeyip bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 09/03/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Takibin kesinleşmesi öncesi veya sonrasında takibe konu senedin sahteliğinin iddia edilmesi, HMK'nın 209. maddesi uyarınca takibin durdurulması sonucunu doğurmaz. Anılan hüküm, genel mahkemelerde açılan davalarla ilgili olarak senedin hiçbir işleme esas alınamayacağını, başka bir anlatımla delil olarak kullanılamayacağını öngörmekte olup, icra takibine etkisi yoktur.

T.C.

YARGITAY

12. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/26221

KARAR NO : 2015/3195

YARGITAY İLAMI

Alacaklı tarafından kambyo senetlerine mahsus haciz yoluyla başlatılan takipte örnek 10 ödeme emrinin tebliği üzerine borçlu yasal süresinde icra mahkemesine başvurarak takibe konu bono ile ilgili resmi belgede sahtecilik suçundan soruşturma açıldığını, HMK'nın 209/1. maddesi gereğince takibin durması gerektiğini ileri sürmüş, mahkemece istemin kabulü ile takibin durdurulmasına karar verilmiştir.

İcra ve iflas hukuku, icra ve iflas takiplerinin usul hukuku niteliğindedir. Bu hukuk dalının amacı, bir yandan takip alacaklısının alacağına kavuşması için borçlu veya üçüncü kişilerin çıkarabilecekleri zorlukları ortadan kaldırmak, diğer yandan kötüniyetli takiplere karşı takip borçlusunun kendisini korumasını sağlayacak hukuki çareler bulmak, bu arada takipten etkilenen üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak, takip işlemlerinin yapılması sırasında insan hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesini önlemektir. İcra iflas hukukunun en önemli kaynağı İcra ve İflas Kanunu olup, bu Kanun, icra ve iflas takibinden, tahsile kadar uygulanması gereken usul hükümlerini düzenlemektedir.

Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile yapılan takipte, takibe konu kambiyo senedi altındaki imzaya itiraz, İİK'nın 170. maddesinde özel olarak düzenlendiğinden, imza inkarı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında, sonraki genel kanun olan HMK'nın 209. maddesi uygulanamaz. İmza itirazı, İİK'nın 170/1. maddesi uyarınca satıştan başka icra takip muamelelerini durdurmaz. Ancak icra mahkemesi itirazla ilgili kararına kadar takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir (İİK m. 170/2).

Öte yandan sahtelik iddiasının imza itirazı dışındaki bir nedene (yazıda sahtelik) dayanması halinde Dairemiz, İcra ve İflas Kanunu'nda bir düzenleme bulunmadığından HMK'nın 209. maddesinin uygulanması gerektiği görüşünde iken, daha sonra içtihat değişikliğine gidilerek, senet üzerinde bulunan yazıdaki sahtelik iddiasının borca itiraz niteliğinde olup, bu konunun da İİK'nın 169/a maddesinde düzenlenmiş olması nedeniyle, HMK'nın 209. maddesinin bu yönden de uygulama yerinin olmadığı görüşü benimsenmiştir.

İcra mahkemesi, önüne gelen itiraz ve şikayetleri, İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen özel usul kurallarını uygulayarak takip hukuku bakımından kesin hükme bağladığından, anılan mahkemenin kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımaz. Bu nedenle borca veya imzaya itirazın incelenmesi sırasında sahtelik iddiasına dayalı olarak genel mahkemelerde açılan davaları bekletici mesele yapamayacağı gibi takibin durdurulmasına da karar veremez. Sadece İİK'nın 169/a-2. maddesi uyarınca itirazın esası hakkındaki kararına kadar icra takibinin muvakkaten durdurulmasına karar verebilir. İcra mahkemesince takibe konu alacakla ilgili bir karar verilmiş olması, aynı alacak hakkında genel mahkemelerde dava açılmasına engel oluşturmaz.

Borçlunun sahtelik nedenine dayalı olarak açtığı menfi tespit davası, İİK'nın 72. maddesi kapsamında bir dava olup, anılan maddedeki usule göre mahkemeden alınacak ihtiyati tedbir kararı ile icra takibi durdurulabilir. Sahtelik nedeniyle açılan menfi tespit davası gibi, cumhuriyet savcılığına aynı nedenle yapılan şikayet ve ceza mahkemesinde

açılan dava da kendiliğinden icra takibini durdurmaz ve bekletici mesele yapılamaz. Ancak cumhuriyet savcılığı veya ceza mahkemesince tedbir kararı verilirse icra takibi durdurulabilir.

Yukarıda açıklanan ilke ve kurallar ışığında, takibin kesinleşmesi öncesi veya sonrasında takibe konu senedin sahteliğinin iddia edilmesi, HMK'nın 209. maddesi uyarınca takibin durdurulması sonucunu doğurmaz. Anılan hüküm, genel mahkemelerde açılan davalarla ilgili olarak senedin hiçbir işleme esas alınamayacağını, başka bir anlatımla delil olarak kullanılamayacağını öngörmekte olup, icra takibine etkisi yoktur.

O halde mahkemece, icra müdürlüğünce verilen 10.07.2014 tarihli karar yerinde olduğu halde, HMK'nın 209/1.maddesi gerekçe gösterilerek şikayetin kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 19.02.2015 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

Üye M. USLU'nun Karşı Oy Yazısı :

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 08.12.1982 günlü 1982/4 Es. ve 1982/4 Ka. sayılı kararına göre "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 142. maddesi hükmüne göre, mahkemelerin görevleri kanunla düzenlenir. Öte yandan, 5 Aralık 1977 tarihli, 4/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da açıklandığı üzere, mahkemelerin görevi kamu düzeni ile ilgili olup kıyas veya yorum yolu ile genişletilmesi yahut değiştirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Şayet kanunda açıklık yoksa, görev genel mahkemelere aittir."

Hukuk Genel Kurulunun 16.04.2014 tarihli 2013/12-1310 Es. ve 2014/532 Ka. sayılı ilamına göre icra mahkemesinin yetkisi sınırlıdır.

TC. Anayasası'nın 6.maddesine göre; "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.", 36. maddesine göre; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.", 37. maddesine göre; "Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.", 142.maddesine göre; "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir."

Hükümlerinin mahiyeti itibariyle herkese veya her olaya uygulanması mümkün olan kanunlara genel kanun, belli kişilere veya belli olaylara uygulanan kanunlara ise özel kanun denilmektedir. İcra ve İflas Kanunu özel, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise genel kanundur.

Kambiyo senetlerinde İİK.'nin 169/a maddesi gereğince dar yetkili icra mahkemesi imza inkarı dışındaki sahtecilik iddiasını inceleyemez. Çünkü bu maddede incelenebilecek itiraz sebepleri; a) İtfa, b) İmhal, c) Zamanaşımı ve d) İmzaya itiraz olmak üzere sınırlı olarak sayılmıştır. Senette sahtecilik iddiasını inceleme görevi genel yetkili mahkemelere aittir. İmza itirazı da borca iitrazdır. Yasa koyucu imza itirazının inceleme şeklini ayrıntılı olarak İİK.'nin 170.maddesinde düzenlediği halde sahtecilik itirazının incelenme şeklini İİK.'nda düzenlememiştir. Yasa koyucunun böyle bir iradesi olsa idi sahtecilik itirazının incelenme şeklini de belirlerdi. Takip hukukunda düzenlenmeyen bir konuda yorum yolu ile görevli olunduğunu söylemek Anayasa'ya, İİK.'nuna ve İçtihadı birleştirme kararına açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

İcra ve İflas Kanunu icra takip hukuku açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel kanun olup, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin, bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda ise anılan kanuna aykırılık teşkil etmek koşuluyla genel nitelikte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu hü-

kümlerinin uygulanması gerekir. Sahtelik iddiasının imza inkarı dışında bir nedene dayanması durumunda İcra ve İflas Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığından burada 6100 Sayılı HMK. nun 209.maddesinin uygulanması gerekir ve bu maddenin amir hükmü gereğince icra takibi olduğu yerde durur. Bunun için sahtelik iddiasının ileri sürüldüğü mahkemece ayrıca tedbir kararı verilmesi gerekmez. Borçlu tarafından icra dairesine başvurulması halinde icra müdürlüğünce anılan madde uyarınca sahtelik davası sonuna kadar icra takibinin durdurulması gerekir. İcra müdürünün kararının taraflarca İİK. nun 16/2.maddesi uyarınca süresiz şikayet konusu yapılabileceği tabidir. Öte yandan borçlu tarafından doğrudan icra mahkemesine başvurulmasına da yasal engel olmadığı gibi, hakim, 6100 Sayılı HMK.nun 209/1.maddesini re'sen nazara almalıdır. Pek tabidir ki mahkemece sahtelik iddiasının imza inkarı dışındaki bir nedene dayandığının belirlenmesi halinde takip hukukunun özelliği ve acele karar verilmesi gerekliliğinin bir sonucu olarak, sahtelik davası bekletici mesele yapılmadan, sahtelik davasında karar verinceye kadar icra takibinin durdurulmasına karar verilmesi gerekir.

Şartları oluşmasına rağmen HMK.'nun 209 maddesinin takip hukukunda uygulanmaması halinde borçlu ancak İİK.'nun 72/3.maddesi gereğince icra kasasına yüklü miktarda para yatırarak icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir. Bu uygulama da 2011 yılında yürürlüğe giren yasanın borçluya tanıdığı hakların ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Borçlunun ekonomik durumu zayıf ise tamamen korunaksız olduğu için takip işlemleri sonuna kadar gidecek, haczi kabil malları, hak ve alacakları elinden çıkacak, ceza mahkemesinin senedin iptali kararı kesinleştğinde kötü niyetli takip alacaklısına zararını telafi ettiremeyecektir. Çünkü kötü niyetli alacaklının haczi kabil hak ve alacağına ulaşılamayacaktır. Bu husus göz göre göre borçlunun haksızlığa uğramasına sebep olacağı için hukuka aykırı olacaktır. Senette sahtecilikten dolayı dava açıldığında HMK.'nun 209. maddesi gereğince takibin olduğu yerde durdurulması halinde ise bu aşamaya kadar borcu karşılayacak miktarda hak ve alacak haczedileceği, alacak tahsil edilene kadar faiz işletileceği için alacaklının alacağına geç kavuşmaktan başka zararı olmayacaktır.

Yukarıda belirttiğim gerekçelerle çoğunluğun görüşünün icra mahkemelerinin görev alanını yorum yolu ile genişletecek şekilde olduğu, bu görüşün Anayasaya, HMK.'ya, İİK.'na, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun kararına ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararına aykırı olduğunu düşündüğüm için takip hukukunda HMK.'nun 209/1.maddesinin uygulanmayacağına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Somut olaya gelince; Konya C. Başsavcılığının 10.07.2014 tarihli 2014/32838 sayılı soruşturma dosyasında resmi belgede sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hırsızlık ve nitelikli dolandırıcılık suçlarından dolayı soruşturma başlatıldığı iddiası ile takibin durdurulmasının talep edilmesi üzerine

Mahkemece yapılacak iş; C. Savcılığının soruşturma dosyası celp olunarak incelenmeli ve senedin çalınarak sahtekarlık yapılmak suretiyle takibe konulduğu iddiası ile ceza mahkemesinde dava açıldığının tespiti halinde takibin durdurulmasına aksi halde talebin reddine karar verilmesi gerektiğine ilişkin bozma yapılması gerekirken takip hukukunda HMK'nun 209. maddesinin uygulanmayacağına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyorum. 19.02.2015

M.USLU

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Taşınmaz üzerindeki muhdesat arza tabi olup muhdesatın arzdan ayrı olarak satışa konu edilmesi mümkün değildir. Dosya arasındaki tedavüllü tapu kayıtları ve akit tablosuna göre dava konusu taşınmaz üzerindeki muhdesatın (dava konusu avlulu kargir evin) önce paylı maliklerden Şükrü S.'ye ait olduğu sabittir. Önalım davasına konu 1/2 Şükrü S. payının davalı Deniz Ç.'e 06.06.2005 tarihinde muhdesatla birlikte satıldığı ve davacının Deniz Ç.'e karşı açmış olduğu şuf'a davasının kabulüyle de muhdesatın artık davacı Nesrin'e döndüğünün kabulü gerekir. Bu nedenle davacının davalılardan şerh lehtarını Deniz Ç. aleyhine açmış olduğu şerhin terkinin davasının kabulü gerekir.

T.C.

YARGITAY

14. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/4628

KARAR NO : 2014/8878

YARGITAY İLAMI

Dava, davacının maliki olduğu 42061 ada 1 parsel sayılı avlulu kargir ev vasfındaki taşınmazın tapu kaydının beyanlar hanesinde yer alan 06.06.2005 tarihli ve 8504 yevmiye numaralı “ev Deniz Ç.'e aittir” belirtmesinin terkinin isteğine ilişkindir.

Davalı Karabağlar Tapu Müdürlüğü davanın husumet nedeniyle reddini savunmuştur.

Diğer davalı Deniz Ç. taşınmazın şuf'a davasına konu edildiği halde şerhe ilişkin hüküm kurulmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, şuf'a davasında verilen kararın sadece taşınmazın 1/2 payına ilişkin mülkiyet hakkının devrini sağlayacak nitelikte olduğu, muhdesat şerhinin intikali sonucunu doğurmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Hükmü, davacı vekili temyiz etmiştir.

Somut uyuşmazlıkta; İzmir İli, K. İlçesi, Ş. Mahallesi 42061 ada 1 parsel sayılı taşınmazın 1/2 oranında paydaşı olan davacı Nesrin D. dava dışı diğer hissedar Şükrü S.'nin 1/2 hissesini 06.06.2005 tarihli ve 8504 yevmiye numaralı satış işlemi ile davalı Deniz Ç.'e sattığını belirterek davalı Deniz Ç.'e karşı şuf'a davası açmış, İzmir 7. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2006/267 Esas -2006/460 Karar sayılı kesinleşmiş ilamı ile talebi kabul edilmiştir. Davacının şuf'a davası kabul edilmesine rağmen tapu kaydı üzerindeki "evin Deniz Ç.'e ait olduğu" yönündeki şerh varlığını devam ettirmektedir. Davacı, taşınmazın cinsinin avlulu kargir ev olduğunu, şuf'a davasının kabul edilmesiyle birlikte otomatik olarak muhdesatın mülkiyetinin de kendisine geçtiğini iddia etmektedir.

Gerçekten de taşınmaz üzerindeki muhdesat arza tabi olup muhdesatın arzdan ayrı olarak satışa konu edilmesi mümkün değildir. Dosya arasındaki tedavüllü tapu kayıtları ve akit tablosuna göre dava konusu taşınmaz üzerindeki muhdesatın (dava konusu avlulu kargir evin) önce paylı maliklerden Şükrü S.'ye ait olduğu sabittir. Önalım davasına konu 1/2 Şükrü S. payının davalı Deniz Ç.'e 06.06.2005 tarihinde muhdesatla birlikte satıldığı ve davacının Deniz Çelik'e karşı açmış olduğu şuf'a davasının kabulüyle de muhdesatın artık davacı Nesrin'e döndüğünün kabulü gerekir. Bu nedenle davacının davalılardan şerh lehtarını Deniz Ç. aleyhine açmış olduğu şerhin terkinin davasının kabulü gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddedilmiş olması doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde yatırana iadesine, 02.07.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Davaya konu taşınmazlarda paydaş olan davalılar Mehmet Alperen Ü. ve Nazife Ü.’ın reşit olmadıkları anlaşılmaktadır. Anneleri Dilek Ü. da paydaş olduğundan davalı sıfatıyla davada yer almaktadır. Olayımızda da küçükler ile davalı Dilek Ü. arasında menfaat çatışması meydana geldiği kabul edilmelidir. Bu nedenle Türk Medeni Kanununun 426. maddesi gereğince, davalılar Nazife Ü. ile Mehmet Alperen Ü.’a temsil kayyımı atanması suretiyle taraf teşkili sağlanmalıdır.

T.C.

YARGITAY

14. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/1480

KARAR NO : 2014/3661

Y A R G I T A Y İ L A M I

Dava, ortaklığın giderilmesi isteğine ilişkindir.

Mahkemece, ortaklığın satış suretiyle giderilmesine karar verilmiştir.

Hükmü, davalı Birol Ü. vekili temyiz etmiştir.

1- Yapılan yargılamaya, toplanan delillere ve dosya kapsamına göre davalı Birol Ü. vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

2- Davaya konu taşınmazlarda paydaş olan davalılar Mehmet Alperen Ü. ve Nazife Ü.’ın reşit olmadıkları anlaşılmaktadır. Anneleri Dilek Ü. da paydaş olduğundan davalı sıfatıyla davada yer almaktadır. Türk Medeni Kanununun 426/1. maddesinde, “Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa...” vesayet makamının ilgisinin isteği üzerine veya resen temsil kayyımı atayaca-

ğı düzenlenmiştir. Olayımızda da küçükler ile davalı Dilek Ü. arasında menfaat çatışması meydana geldiği kabul edilmelidir. Bu nedenle Türk Medeni Kanununun 426. maddesi gereğince, davalılar Nazife Ü. ile Mehmet Alperen Ü.'a temsil kayyımı atanması suretiyle taraf teşkilinin sağlanarak bundan sonra davanın esasının incelenmesi gerekirken reşit olmayan davalılar Mehmet Alperen Ü. ve Nazife Ü. huzuru ile davanın görülüp sonuçlandırılması doğru görülmemiş bu sebeple kararın bozulması gerekmektedir.

Kabule göre de, satış bedeli üzerinden alınacak harcın kimlerden ne oranda alınacağına hüküm sonucunda gösterilmemesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte yazılı nedenlerle davalı Birol Ünal vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte yazılı nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın istek halinde yatırıma iadesine, 18.03.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: 6100 sayılı HMK'nın 114. maddesi uyarınca dava şartlarından olan görev konusunda aynı Kanunun 138. maddesi uyarınca dosya üzerinden karar verilebilir ise de, ancak bunun için dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilerek savunma hakkı tanınması gerekir. Dava dilekçesi tebliğ edilmeden dosya üzerinden görevsizlik kararı verilmesi HMK'nın 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkına da aykırılık oluşturmaktadır. Bütün bu hükümlerden, dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmeden görevsizlik kararı verilemeyeceği sonucuna ulaşıldığından kararın usul yönünden bozulması gerekmiştir.

T.C.

YARGITAY

15. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/2543

KARAR NO : 2015/937

YARGITAY İLAMI

Dava, sözleşmeden kaynaklanan yapılan işin bakiye alacağı ile bir kısım işin ayıplı olması nedeni ile başka bir firmaya yaptırmak zorunda kalınan bedel alacağı talebinden ibarettir. Mahkemece dava dilekçesi ve ekleri davalı tarafa tebliğ edilmeden dosya üzerinde yapılan inceleme ile görevsizlik kararı verilmiş, karar, davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, 6100 sayılı HMK'nın 114/c maddesi gereğince dava şartı olan "mahkemenin görevli olması" şartı hakkında taraf teşkili sağlanmadan karar verilip verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Mahkemenin görevli olması dava şartıdır (HMK. m.114/1-c). Dava şartları ve ilk itirazlar ön incelemede sonuca bağlanır. Ön inceleme ise, dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra yapılır (HMK. m.137/1, 139/1 ilk cümle). Buna göre, görevsizlik kararı verilebilmesi için; dava

dilekçesinin davalıya tebliği, cevap süresinin (HMK. m. 127/1) beklenmesi, süresi içinde cevap verilmesi halinde davacıya tebliği, onun cevaba cevap verme süresinin (HMK. m.136/1) beklenmesi, verdiğiinde bunun diğer tarafa tebliği ve davalının ikinci cevap süresinin beklenmesi zorunludur. Mahkemenin, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verebileceğini öngören aynı Kanun'un 138. maddesi hükmü, dilekçelerin karşılıklı verilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu hüküm, hakime, belirtilen hususlar hakkında gerekmiyorsa ön inceleme duruşması yapmaksızın karar verebilme yetkisi tanır. Ön inceleme duruşması yapmaksızın dosya üzerinden karar verilebilmesi için de, davanın ön inceleme aşamasına getirilmiş olması gereklidir. Yasanın 137'nci maddesinin (1.) fıkrasında, ön incelemenin dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra yapılacağının açıkça öngörülmüş olması karşısında, dava şartlarının mevcut olup olmadığının davanın her aşamasında hakimtarafından kendiliğinden gözetileceğine ilişkin 115/1. madde hükmü de, bu hususlarda, davalıya dava dilekçesi tebliğ edilmeden karar verilebileceğine izin verir tarzda bir yoruma elverişli değildir.

Diğer yandan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 sayılı Kanundan farklı olarak iddia ve savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağını dava ve cevap dilekçesinin verilmesiyle başlatmamış; bu yasağı, dilekçelerin karşılıklı verilmesinin tamamlanmasına, bazı hallerde ön inceleme duruşmasına kadar ileriye ötelemiştir. Tarafların bu haklarını kullanabilmeleri, dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesini veya bunun için kanunda belirlenen sürelerin geçmesini gerekli kılar. Bazı hallerde dava dilekçesindeki talebe göre görevli olmayan mahkemenin cevap dilekçesi, cevaba cevap dilekçesi veya ikinci cevap dilekçesinin verilmesinden sonra görevli hale gelmesi mümkün bulunmaktadır. Ayrıca 6100 sayılı Kanun, eskisinden farklı olarak, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi üzerine dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etme hakkını davalıya da tanımıştır (m. 20/1). Görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine davaya bir başka mahkemede devam edilmemesi halinde davalıya kararı veren mahkemeden yargılama giderlerini talep etme hakkı da vermiştir (m. 331/2 son cümle). Davalının bu haklarını kullanabilmesi, dava dilekçesinin kendisine tebliğ edilmiş olmasını gerektirir.

6100 sayılı HMK'nın 114. maddesi uyarınca dava şartlarından olan görev konusunda aynı Kanunun 138. maddesi uyarınca dosya üzerinden karar verilebilir ise de, ancak bunun için dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilerek savunma hakkı tanınması gerekir. Dava dilekçesi tebliğ edilmeden dosya üzerinden görevsizlik kararı verilmesi HMK'nın 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkına da aykırılık oluşturmaktadır.

Bütün bu hükümlerden, dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmeden görevsizlik kararı verilemeyeceği sonucuna ulaşıldığından kararın usul yönünden bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 24.02.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Davacı, evli oldukları dönemde ve halen ortak oldukları şirkettin vergi borcunun davalı payına düşen kısmını ödediğini iddia ederek, 36685,65 İsviçre Frangı karşılığı 70131,95 TL nin davalıdan tahsilini talep etmektedir. Dava açıklanan niteliği itibari ile katkı payı alacağı ya da mal rejimi tasfiyesine ilişkin bir dava olmayıp tarafların ortak oldukları şirketin vergi borcu dolayısı ile alacak istemine ilişkindir. Bu halde uyuşmazlığın, genel hükümlere göre asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.

T.C.

YARGITAY

17. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/22809

KARAR NO : 2015/676

YARGITAY İLAMI

Dava, boşanan eski eşlerin ortak oldukları şirkette, davacının, davalının hissesine düşen şirket vergi borcunu ödediği iddiasıyla, bu bedelin davalıdan tahsili istemine ilişkindir.

Asliye Hukuk Mahkemesince; davanın aile mahkemesinin görev alanına gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Aile Mahkemesi ise, uyuşmazlığın mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan bir alacak davası olmadığı, sebepsiz zenginleşmeye dayalı alacak davası olduğu ve genel mahkemelerde görülmesi gerektiğini belirttikçe görevsizlik kararı vermiştir.

Türk Medeni Yasasının yürürlüğü ve uygulama şekli hakkındaki 4722 Sayılı Yasanın 10. maddesinde “T.M.Y.’nın yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tabi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde bu tarihten

geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar.” hükümleri yer almaktadır.

4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Yasaya 5133 Sayılı Yasa ile ekleme yapılan 4/2. maddesinde “22.11.2001 tarihli 4721 Sayılı Türk Medeni Yasasının 3. kısmı hariç olmak üzere 2. kitabı, 03.12.2001 tarihli ve 4722 Sayılı Türk Medeni Yasasının Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Yasaya göre aile hukukundan doğan dava ve işlerin” aile mahkemesi görevinde olduğu açıklanmıştır.

Somut olayda, tarafların 1988 yılında evlendikleri, 2011 yılında boşandıkları anlaşılmaktadır. Davacı, evli oldukları dönemde ve halen ortak oldukları şirkettin vergi borcunun davalı payına düşen kısmını ödediğini iddia ederek, 36685,65 İsviçre Frangı karşılığı 70131,95 TL nin davalıdan tahsilini talep etmektedir. Dosya kapsamına göre, davalının açtığı katkı payı alacağı davasının Küçükçekmece 4. Aile Mahkemesi’nin 2012/526 esasında derdest olduğu anlaşılmaktadır. Dava açıklanan niteliği itibari ile katkı payı alacağı ya da mal rejimi tasfiyesine ilişkin bir dava olmayıp tarafların ortak oldukları şirketin vergi borcu dolayısı ile alacak istemine ilişkindir. Bu halde uyuşmazlığın, genel hükümlere göre asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 Sayılı HMK.’nın 21. ve 22. maddeleri gereğince **Küçükçekmece 5. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE**, 20.01.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Vasi atandıktan sonra kısıtlıların yerleşim yeri; kısıtlama kararı veren vesayet makamının bulunduğu yer olan Ahlat'tır ve vesayet makamının izni olmadıkça kısıtlıların yerleşim yeri değiştirilemez. Talep olmadığı gibi mahkemece de, kısıtlıların yerleşim yerinin değiştirilmesi hakkında vesayet makamınca verilmiş bir karar dosya içerisinde bulunmamaktadır. Bu durumda davacının talebi hakkında karar vermekle yetkili mahkeme vesayet makamının bulunduğu yer mahkemesi olan Ahlat Sulh Hukuk Mahkemesi'dir.

T.C.

YARGITAY

18. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/21410

KARAR NO : 2015/1252

Y A R G I T A Y İ L A M I

Davacı dava dilekçesinde, çocukları Sevgül ve Abdurıza A.'a vasi olarak atanmayı talep etmiş, mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; Ahlat Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 1997/43 esas 1997/44 karar sayılı ilamı ile Sevgül ve Abdurıza A.'ın kısıtlanmasına karar verildiği ve davacının vasi olarak atandığı, aynı mahkemenin 26.01.2007 tarihli ek kararı ile davacının vasilik görevinin iki yıl süre ile uzatılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 411. maddesinde "Vesayet işlerinde yetki küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir.", 412. maddesinde "Vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişi yerleşim yerini değiştiremez. Yerleşim yerinin değişmesi halinde yetki, yeni vesayet dairelerine geçer. Bu takdirde kısıtlama yeni yerleşim yerinde ilan olunur.", 21/2. maddesinde ise "Vesayet altındaki kişilerin yerleşim yeri, bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yerdir." hükümleri düzenlenmiştir.

Açıklanan hükümler uyarınca vasi atanması davası sırasında yetkili mahkeme kısıtlıların yerleşim yeri mahkemesi ise de, vasi atandıktan sonra kısıtlıların yerleşim yeri; kısıtlama kararı veren vesayet makamının bulunduğu yer olan Ahlat'tır ve vesayet makamının izni olmadıkça kısıtlıların yerleşim yeri değiştirilemez. Talep olmadığı gibi mahkemece de, kısıtlıların yerleşim yerinin değiştirilmesi hakkında vesayet makamınca verilmiş bir karar dosya içerisinde bulunmamaktadır. Bu durumda davacının talebi hakkında karar vermekle yetkili mahkeme vesayet makamının bulunduğu yer mahkemesi olan Ahlat Sulh Hukuk Mahkemesi olduğuna göre, mahkemece davacının talebi hakkında yetkisizlik kararı verilerek dosyanın Ahlat Sulh Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesi gerekirken esas hakkında karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, 02.02.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: HMK'nın 114. maddesi uyarınca dava şartlarından olan kesin yetki konusunda HMK'nın 138. maddesi uyarınca dosya üzerinden karar verilebilir. Ancak bunun için dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilerek savunma hakkı tanınması gerekir. Dava dilekçesi tebliğ edilmeden dosya üzerinden yetkisizlik kararı verilmesi HMK'nın 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkına aykırıdır.

T.C.

YARGITAY

19. Hukuk Dairesi

ESAS NO : 2014/17105

KARAR NO : 2015/3504

Y A R G I T A Y İ L A M I

Davacılar vekili, müvekkili şirketler ile davalı K.T. Katılım Bankası AŞ. arasında çeşitli tarihleri içeren kredi işlemleri yapıldığını, kredi geri dönüşlerine ilişkin birtakım anlaşmalarla tahsilatlara ilişkin çeşitli yöntemler belirlendiğini, davalının aradaki anlaşmalara uymadığını belirterek, iadesi gereken 4305 ada 2 parseldeki taşınmaz ile makinelerin eksiksiz olarak iadesine, bu talep kabul edilmediği takdirde gayrimenkulün ve makinelerin değerinin tespit edilmesine, davalı bankanın akde aykırılığı sebebiyle uğranılan zararın tespit edilerek, bu zararın davalı bankanın söz konusu bedelleri haksız olarak yedinde bulundurduğu tarihten itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalıya dava dilekçesi tebliğ edilmemiştir.

Mahkemece, davacılar vekili tarafından müvekkiline iadesi gereken K. İli, Kırbağı Mevkii, 4305 ada, 2 parsel sayılı taşınmaz ve makinaların iadesi yapılmadığı ileri sürülerek taşınmaz ve makinaların aynen iade-

si, aynen iade mümkün değilse, gayrimenkul ve makinelerin değerinin tespit edilerek, davacının uğradığı zararın da tespiti yapıp, zararın davalıdan tahsilinin talep edildiği, dava konusu taşınmazın Karaman'da bulunduğu, HMK. m. 12/f.1'in, "Taşınmazlar üzerindeki ayni hakka ilişkin veya ayni hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir." hükmünü amir olduğu gerekçesiyle, dava dilekçesinin yetkisizlik nedeniyle reddine, kararın kesinleşmesinden itibaren HMK. m. 20/f.1 gereğince iki hafta içerisinde talep olması halinde dosyanın yetkili ve görevli Nöbetçi Karaman Asliye Hukuk (Ticaret) Mahkemesine gönderilmesine dair verilen karar süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

HMK'nın 114. maddesi uyarınca dava şartlarından olan kesin yetki konusunda HMK'nın 138. maddesi uyarınca dosya üzerinden karar verilebilir. Ancak bunun için dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilerek savunma hakkı tanınması gerekir. Dava dilekçesi tebliğ edilmeden dosya üzerinden yetkisizlik kararı verilmesi HMK'nın 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkına aykırıdır.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin harcın istek halinde iadesine, 12.03.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Öncelikle geçerli bir cari hesap sözleşmesi olup olmadığı üzerinde durularak, cari hesap sözleşmesinin bulunması halinde cari hesap ilişkisi incelenerek davacı alacağının olup olmadığı, varsa alacağın miktarının belirlenmesi ve bu alacağın çek bedelinden fazla olup olmamasına göre, menfi tespit isteminin karara bağlanması; şayet cari hesap ilişkisinin bulunmaması ya da bulunsa bile davacı alacağının cari hesapta kayıtlı olmadığından anlaşılması durumunda; taraflar arasındaki sözleşmede, uyuşmazlıkların çözümünde davalının ticari defter ve kayıtlarının esas alınacağına dair HMK'nın 193/1. maddesi uyarınca münhasır delil sözleşmesi niteliğinde hüküm bulunduğu gözetilerek, davalı vekiline müvekkilinin ticari defterlerini mahkemeye ibraz etmesi, aksi halde HMK'nın 220 (HUMK'nın 332.) ve HMK'nın 222/5. (6762 sayılı TTK'nın 83.) maddeleri hükümleri uyarınca işlem yapılacağı hususu hatırlatılmak suretiyle kesin süre verilmesi ve ibraz etmesi halinde ise bu defter ve belgeler üzerinde de inceleme yapılarak, davacının iddia ettiği alacağının çek bedelinden fazla olup olmasına göre menfi tespit isteminin değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Ayrıca HMK'nın 232/2. maddesi uyarınca tüzel kişiye teklif edilen yemin, tüzel kişinin yetkili organı tarafından eda edilir. Bu temsilci yemin konusu işlemin yapıldığı tarihteki değil, yemin teklif edildiği zamanki temsilcisidir. Ayrıca, birlikte temsil söz konusu olduğu takdirde yeminin bağlayıcı olabilmesi için birlikte temsile yetkili kişilerin tamamının da yemin etmesi zorunludur.

T.C.**YARGITAY****23. Hukuk Dairesi****ESAS NO : 2014/3002****KARAR NO : 2014/8085****YARGITAY İLAMI**

Davacı vekili, müvekkili ile davalı arasındaki sözleşmeler gereği müvekkilinin müşterilerinin davalıya ait otelde konakladıklarını, davalının, yılbaşı, bayram vs. tatil dönemleri için otel, konaklama, gala yemekleri vb. organizasyonlar düzenlediğini, 2011 yılı yılbaşı organizasyonu ile ilgili düzenlenen 03.12.2010 tarihli sözleşme nedeniyle müvekkili şirketin 21.144,00 TL alacağı olduğunu ve bu alacağın cari hesap şeklinde daha sonra yapılacak organizasyonlarda kullanılacağı yönünde anlaşmaya varıldığını, bu mutabakattan sonra 30.11.2011 tarihinde konaklamalı gala-grup sözleşmesi adı altında yeni bir anlaşma yapıldığını, bu organizasyon sonucu davalı şirket tarafından 25.12.2011 tarihinde 11.024,00 TL'lik fatura düzenlendiğini ve bu faturanın mahsubu neticesi cari hesapta müvekkil şirketin 10.120,00 TL alacağı kaldığını, bu alacağın ödenmediğini ve daha sonra yapılan organizasyonlarda da bu bedelin mahsubunun yapılmadığını, davalı şirkete ait otelde yapılacak 2011 yılı kurban bayramı ve 2012 yılı yılbaşı organizasyonu için müvekkili şirketle davalı şirket arasında grup sözleşmesi adı altında sözleşme imzalandığını, bu organizasyonlar için müvekkil şirketin 5 adet çeki davalı şirkete vermiş olduğunu, dava konusu 27.01.2012 tarihli 25.000,00 TL tutarlı çekin müvekkili tarafından ödenmediğini ancak yazılı ve açık sözleşme olmasına rağmen davalı şirketin sözleşmeye aykırı davrandığını, bayram organizasyonu için 600 geceleme garanti olarak anlaşıldığı halde müvekkili şirket adına olan odalardan 43 geceleminin davalı şirketin kendi müşterilerine kullandırıldığını ve bu nedenle müvekkilinin 6.130,00 TL alacağının doğduğunu, ayrıca yılbaşı programıyla ilgili olarak gala gecesinde yapılacak balo salonunun tamamının müvekkili şirkete ayrılmış olmasına rağmen davalı şirketçe gala yemeğinde 110 kişilik ekstra masa açılarak müvekkili şirket aleyhine 9.350,00 TL haksız kazanç sağlandığını, bu şekilde cari hesap alacağı ve sözleşmeye aykırı davranışlar sonra-

sı doğan alacakların toplamının 25.600,00 TL olduğunu, davalı şirkete verilmiş olan 27.01.2012 keşide tarihli çekin iadesi için davalı şirkete ihtarname gönderildiğini, ancak ihtarnameye cevap alınamadığını ileri sürerek, 25.000,00 TL miktarlı çekle ilgili olarak müvekkilinin borçlu olmadığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin bir süredir davacıya verdiği hizmetin bedellerini alamadığını, davacının müvekkiline verdiği 25.000,00 TL bedelli çekin karşılıksız kaldığını ve bu nedenle icra takibi başlattıklarını, davacının alacağın tahsilini geciktirmek amacıyla dava açtığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; taraflar arasında imzalanan 09.11.2011 tarihli grup sözleşmesi gereğince davacının davalıya 27.01.2012 tarihli çekle beraber dava konusu yapılmayan diğer 4 adet çeki verdiği, dava tarihinde yürürlükte bulunan BK'nın 182. maddesi uyarınca asıl olanın peşin satış olduğu, peşin satışta mal ve bedelinin aynı anda verildiği yönünde karine bulunduğu, çek ödeme vasıtası olduğundan satışın peşin yapıldığının kabulü gerektiği, aksini ispat yükünün davacı üzerinde olduğu, davacı, davalıdan 10.120,00 TL cari hesap alacağı ve davalının sözleşmeye aykırı hareket etmesinden dolayı 15.480,00 TL olmak üzere toplam 25.600,00 TL alacaklı olduğunu iddia etmiş ise de; davacının ihtilaflı döneme ilişkin ticari defterlerini ibraz etmediği, ayrıca davalının sözleşmeye aykırı davrandığı iddialarıyla ilgili olarak dosyaya bir delil ibraz etmediği, davacının iddialarını ispat edemediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2-Dava taraflar arasındaki hizmet alım sözleşmesi uyarınca verilen çekten dolayı borçlu olmadığının tespiti istemine ilişkindir.

Dava, 24.01.2012 tarihinde açılmış olup, HMK'nın "ticari defterle-

rin ibrazı ve delil olması” başlıklı 222. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Zira, 6103 sayılı Kanun’un 13. maddesi, 6335 sayılı Kanun’un 47. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6102 sayılı TTK’nın 4/2. maddesinde, ticari davalarda da deliller ile bunların sunulmasının 1086 sayılı HUMK hükümlerine tabi alacağına ilişkin hükümde yer alan atıf, HMK’nın 447/2. maddesi uyarınca HMK’na yapılmış sayılır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 28.03.2012 tarih ve 2011/11-862 Esas, 2012/51 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere; 6100 sayılı HMK’nın 219.(HUMK’nın 326.) maddesine göre her iki taraf kendi el-lerindeki vesikaları (belgeleri) mahkemeye ibraz etmek zorundadır. Bir davada ispat yükü kendisine ait olan tarafın, başka delillerle birlikte karşı tarafın ticari defterlerine de dayandığı, diğer anlatımla, delillerini karşı tarafın ticari defterlerine hasretmediği, dolayısıyla da, uyuşmazlığa 6100 sayılı HMK’nın 222/5. (6762 sayılı TTK’nın 83/2.) maddesindeki özel hükmün uygulanamayacağı durumlarda; karşı tarafın kendi defterlerini mahkemeye ibraz etmesi ya da bundan kaçınmasına bağlanması gereken hukuksal sonuçlar, HMK’nın 220.(HUMK’nın 330.) maddesindeki konuya ilişkin genel düzenlemelere tabidir. HMK’nın 220.(HUMK’nın 332.) maddesi bir tarafın, mahkemece kendisine verilen süre içerisinde ilgili belgeyi ibraz etmemesi halinde, mahkemenin, o tarafın maksadını gözeterek, diğer tarafın o belgeye ilişkin açıklamasını kabul edebileceğini öngörmektedir. Önemle vurgulanmalıdır ki; HMK’nın 220.(HUMK’nın 332.) maddesindeki bu hüküm, taraflardan birinin delillerini salt karşı tarafın ticari defterlerine hasretmediği hallerde, ticari defterlerin mahkemeye sunulması bakımından da uygulanır. Diğer anlatımla, belirtilen bu durumda ticari defterler de, HMK’nın 220.(HUMK’nın 330.) maddesi anlamında “vesika” niteliğindedir. Öte yandan, ticari defterlerin ispat kuvvetini düzenleyen HMK’nın 222.(6762 sayılı TTK’nın 82.) maddesindeki hüküm, ticari işlerden dolayı tacirler arasında çıkan uyuşmazlıklarda ticari defterlerin (maddede gösterilen koşulların mevcut olması kaydıyla), kesin delil niteliğinde bulunduğu öngörmektedir. 6102 sayılı TTK’nın 64.(6762 sayılı TTK’nın 69.) maddesi uyarınca da defterlerini yöntemince tasdik ettirmeyen tacirin bu gibi defterleri lehine delil olamaz. Ancak kanuna uygun olarak veya

olmayarak tutulmuş olan ticari defterlerin münderecatı, sahibi ve halefleri aleyhinde delil sayılır (HMK m. 222/4, 6762 sayılı TTK m.84,85).

Somut olayda davacı tarafça, davalı ile aralarında cari hesap ilişkisi bulunduğu ileri sürülmüştür. Dosya içeriğinden taraflar arasında 6102 sayılı TTK'nın 89 vd. maddelerinde öngörüldüğü şekilde yapılmış yazılı bir cari hesap sözleşmesi bulunup bulunmadığı anlaşılamamaktadır. Bu durumda mahkemece, öncelikle geçerli bir cari hesap sözleşmesi olup olmadığı üzerinde durularak, cari hesap sözleşmesinin bulunması halinde cari hesap ilişkisi incelenerek davacı alacağının olup olmadığı, varsa alacağın miktarının belirlenmesi ve bu alacağın çek bedelinden fazla olup olmamasına göre, menfi tespit isteminin karara bağlanması; şayet cari hesap ilişkisinin bulunmaması ya da bulunsun bile davacı alacağının cari hesapta kayıtlı olmadığına anlaşılmaması durumunda; taraflar arasındaki sözleşmede, uyuşmazlıkların çözümünde davalının ticari defter ve kayıtlarının esas alınacağına dair HMK'nın 193/1. maddesi uyarınca münhasır delil sözleşmesi niteliğinde hüküm bulunduğu gözetilerek, davalı vekiline müvekkilinin ticari defterlerini mahkemeye ibraz etmesi, aksi halde HMK'nın 220(HUMK'nın 332.) ve HMK'nın 222/5.(6762 sayılı TTK'nın 83.) maddeleri hükümleri uyarınca işlem yapılacağı hususu hatırlatılmak suretiyle kesin süre verilmesi ve ibraz etmesi halinde ise bu defter ve belgeler üzerinde de inceleme yapılarak, davacının iddia ettiği alacağının çek bedelinden fazla olup olmamasına göre menfi tespit isteminin değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.

Öte yandan, bir vakıayı ispat yükü kendisine düşen taraf o vakıayı başka delillerle ispat edemediği takdirde diğer tarafa yemin teklif edebilir. Ancak ispat yükü kendisine düşen taraf bütün delillerle iddiasını veya savunmasını ispatlamaya çalışıp bunu başaramadığı takdirde son çare olarak yemin deliline başvurur. HMK'nın 232/2. maddesi uyarınca tüzel kişiye teklif edilen yemin, tüzel kişinin yetkili organı tarafından eda edilir. Bu temsilci yemin konusu işlemin yapıldığı tarihteki değil, yemin teklif edildiği zamanki temsilcisidir. Ayrıca, birlikte temsil söz konusu

olduğu taktirde yeminin bağlayıcı olabilmesi için birlikte temsile yetkili kişilerin tamamının da yemin etmesi zorunludur. Somut olayda, davacı tarafça dava dilekçesinde yemin deliline dayanılmış olup; yukarıda açıklanan inceleme ve araştırma sonunda davacının alacağını kanıtlayamaması durumunda yemin teklif etme hakkı hatırlatılarak, HMK'nın 225. vd. maddeleri hükümleri de dikkate alınarak oluşacak uygun sonuca göre bir hüküm kurulması gerekirken, bu hususun gözetilmemesi de doğru görülmemiştir.

Diğer yandan, somut olayda, davacı tarafça hizmet sözleşmesinin varlığı ve hizmetin alındığı kabul edilmekle birlikte, bir kısım hizmetin ayıplı ifa edildiği ve davalıdan bu yönden alacak doğduğu ileri sürülmüş, tanık beyanlarına dayanılmış ise de, mahkemece davacının delil ibraz etmediği ve kötü hizmetin kanıtlanamadığı sonucuna varılmıştır. Ayıp ihbarının yazılı olarak yapılması zorunlu olmayıp süresinde ayıp ihbarının yapıldığı her türlü delille ve tanık beyanıyla dahi kanıtlanabilir. (YHGK'nın 02.02.1979 gün 1977/11-393 E. 1979/80 K. sayılı ilamı). YHGK'nın 13.05.2009 tarih ve 13-160 E., 185 K. sayılı ilamında da açıklandığı üzere, ayıp ihbarı kural olarak şekle tabi bulunmayıp içeriği itibariyle ayıptan karşı tarafın haberdar olmasını sağlamaya elverişli her türlü ihbarın, ayıp ihbarı olarak kabulü mümkündür. Bu durumda mahkemece, davalının hizmetin ayıplı ifa edildiği yolundaki iddiası ile ilgili deliller toplanıp değerlendirilmesi, ayıp ihbarının makul sürede yapılıp yapılmadığı hususu üzerinde de durularak, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye ve yanılığın gerekçeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 11.12.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

**YARGITAY
CEZA GENEL KURULU
KARARLARI**

SANIĞIN BÖLÜNMÜŞ YOL BAŞLANGICI, HIZ SINIRI VE SOLLAMA YASAĞINA İLİŞKİN TRAFİK İŞARETİ, UYARICI YÖN LEVHALARI VE ÇİZGİLERİN USULÜNE UYGUN OLARAK BULUNDUĞU YOLDA, KARŞI YÖNDEN GELEN TRAFİK ARAÇLARININ KULLANDIĞI BÖLÜME BİLEREK GİRDİĞİ, TERS YÖNDE OLDUĞUNU BİLMESİNE RAĞMEN ARACINI SÜRMEYE DEVAM ETTİĞİ, KARŞI İSTİKAMETTEN GELEN BİR ARACA ÇARPARAK YARALAMA YA DA ÖLÜME NEDEN OLABİLECEĞİNİ ÖNGÖRDÜĞÜ HALDE TECRÜBESİNE, ŞOFÖRLÜK YETENEKLERİNE, YOLUN GECENİN GEÇ SAATİ OLMASINEDENİYLE BOŞ OLACAĞI İHTİMALİNE, ÖZELLİKLE DE ŞANSINA VE KARŞI YÖNDEN GELENLERİN KENDİLERİNİ KORUMA YÖNÜNDE DİKKATLİ DAVRANACAKLARINA GÜVENDİĞİ, BÖYLE BİR ZANLA OBJEKTİF DİKKAT VE ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI HAREKET EDEREK ÖNGÖRDÜĞÜ ANCAK İSTEMEDİĞİ NETİCEYE NEDEN OLDUĞU ANLAŞILMAKTADIR. BU NEDENLE, GERÇEKLEŞMESİNİ İSTEMEDİĞİ ANCAK ÖNGÖRDÜĞÜ SONUCUN MEYDANA GELMESİNİ ENGELLEYECEK ŞEKİLDE OBJEKTİF ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNE UYGUN DAVRANMAYAN SANIĞIN BİR KİŞİNİN ÖLÜMÜNE NEDEN OLMA EYLEMİNDE BİLİNÇLİ TAKSİRLE HAREKET ETTİĞİNİN KABULÜ GEREKMEKTEDİR.

T.C.
YARGITAY
Ceza Genel Kurulu

ESAS NO : 2013/9-125

KARAR NO : 2014/543

YARGITAY KARARI

Taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçundan sanık Adem D.'nun 5237 sayılı TCK'nun 85/1, 62, 53/6 ve 63. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, sürücü belgesinin iki yıl süre ile geri alınmasına ve mahsuba ilişkin, Bergama Ağır Ceza Mahkemesince verilen 08.12.2006 gün ve 104-255 sayılı hükmün sanık müdafii ve katılanlar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 9. Ceza Dairesince 08.04.2010 gün ve 9977-4097 sayı ile;

“...Diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak,

Tüm dosya kapsamına göre, sanığın idaresindeki araçla bölünmüş yolda karşı yön trafiğinin kullandığı şeride girmek suretiyle neden olduğu olayda bilinçli taksir koşullarının oluştuğu, bu nedenle tayin olunan cezanın 5237 sayılı TCK'nun 22/3. maddesi uyarınca arttırılması gerektiği gözetilmeden eksik ceza tayini” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkeme ise 15.10.2010 gün ve 68-106 sayı ile;

“...Sanığın olay günü yönetimindeki otomobil ile Soma ilçesinden Bergama ilçesine seyir halinde iken gece 00.30 sıralarında Kınık ilçesi Poyracık kasabasına geldiğinde kasaba içerisinden geçen bölünmüş yolun başlangıcında ve öncesinde bölünmüş yol ikaz işaretleri, mecburi yön işaretleri, azami hız sınırına ilişkin levha, işaret ve çizgilere rağmen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketle savunmasının aksine delil bulunmadığından, bölünmüş yola ilişkin işaret ve levhalara dikkat etmeyerek bölünmüş yolun karşı yönden gelen trafiğin kullanmak olduğu bölümüne girdikten 50 metre

kadar sonra karşı yönden kendine ayrılmış yol bölümünden ilerlemekte olan tanık Ramazan A.'ın yönetimindeki kamyonun arkasından kamyonu sollamak üzere çıkan maktûlün yönetimindeki motorsiklete çarpması sonucu motorsiklet sürücüsü maktulün ölümüne neden olmak suretiyle sabit görülen eyleminin, 5237 sayılı TCK'nun 85/1. maddesi kapsamında kaldığı yurarda da kısmen açıklandığı üzere mahkememizce trafik işaret ve levhalarına yeterince dikkat edilmemesi halinde yolun doğrultusuna göre karşı yön trafiğine girmenin ihtimal dahilinde olabileceğine dair mahallinde yapılan keşifte yapılan ve keşif zaptına geçen gözleme aynı yere ilişkin fotoğraflara göre sanığın yanılğı ile yeterli dikkat ve özeni göstermeyerek ters yöne girdiği yolundaki beyanının aksine girmiş olduğu yolun ters yön olduğunu bilerek ve bu bilinç ile girdiğine dair delil bulunmadığı, olayın da hemen bölünmüş yolun girişine göre yakın mesafede meydana geldiği nazara alındığında sanığın yanılğı ile girmiş olduğu ters yönde bunu anladıktan sonra buna rağmen ters yön olduğunu bilerek devam ettiğinin de söylenemeyeceği ve sanığın olay sırasında alkollü olduğuna dair de kesin bir delil ve tespit de bulunmadığından olayda bilinçli taksir koşullarını bulunmadığı..." gerekçesi ile ilk hükümde direnilmesine karar vermiştir.

Bu hükmün de katılanlar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının "bozma" istekli 05.02.2013 gün ve 195408 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın bir kişinin ölümüne neden olma eylemini bilinçli taksirle gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Suç tarihinde iki gündür eve gelmeyen kardeşinin Dikili’de olduğunu öğrenmesi üzerine gece saat 00.30 sıralarında 35 ... 39 plaka sayılı Doğan SLX marka aracıyla Soma’dan Dikili’ye gitmek üzere yola çıkan sanığın, Kınık ilçesi Poyracık Kasabasına geldiğinde, kasaba içinden geçen bölünmüş yolun karşı yönden gelen trafiğin kullanmakta olduğu kısmına girdiği, yaklaşık 70 metre kadar ilerlediğinde bölünmüş yolun kendi istikametinde ve sağ şeridinde seyreden ve kazanın oluşumunda kusuru bulunmadığı belirlenerek hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilen şoför Ramazan A.’ın sevk ve idaresinde bulunan kamyonun arkasından sollama amacı ile çıkış yapan ölen Gültekin Ç.’ın sevk ve idaresindeki motosiklete bölünmüş yolun orta şerit noktasında çarptığı, motosikleti kullanan Gültekin ve arkasında yolcu olarak bulunan Vedat’ın yaralandıkları, görgü tanıkları tarafından yeşil renkli Doğan SLX marka bir otomobili kullandığı belirlenen sanığın kaza sonrasında olay mahallinde durmayıp hemen ayrıldığı,

Şikâyetinden vazgeçen mağdur Vedat’ın hayati tehlike geçirmeyecek ve basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaralandığı, Bergama Devlet Hastanesine kaldırılan motosiklet kullanıcısı Gültekin’in ise hayatını kaybettiği,

Bergama Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 11.04.2006 günü düzenlenen otopsi tutanağında; koklamakla yoğun şekilde alkollü olduğu tespit edilen Gültekin Ç.’ın multiple organ travmasına bağlı solunum ve dolaşım durması sonucu yaşamını yitirdiğinin belirlendiği,

Aynı gün aracını tamir amacıyla sanayi sitesine götüren sanığın saat 15.00 de Soma’da yakalandığı, görevlilere alkollü olduğunu ve ters yöne girdiğini söylediğinin tutanak altına alındığı, fakat olaydan yaklaşık 15 saat sonra yakalandığı için alkollü olup olmadığına ilişkin tespit yapılmadığı,

11.04.2006 tarihli trafik kazası tespit tutanağında; ölen Gültekin Ç.’ın yönetimdeki motosiklet ile Bergama istikametinden Kınık istikametine bölünmüş yolda sol şeritte seyir halinde iken, bölünmüş yola ters istikamete giren sürücüsü ve plakası tespit edilemeyen yeşil renkli bir otomobilin sol aynasına çarparak yerde sürüklendiği ve o esnada aynı şeritte seyir halinde olan Ramazan A. yönetimindeki kamyonun sol çeker lastiğine çarpması sonucu meydana gelen ölümlü ve yaralamalı olayda plakası tespit edilemeyen otomobil sürücüsünün bölünmüş karayolunda karşı yönden gelen trafiğin kullandığı şeride girmek suretiyle 2918 sayılı Kanun’un 84. maddesini ihlal etmesi nedeniyle tam kusurlu olduğunun belirtildiği,

Kınık Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından mahallinde 18.04.2006 tarihinde yapılan keşif sonrası düzenlenen 21.04.2006 tarihli bilirkişi raporunda; sanığın 2918 sayılı Kanun’un 84/b maddesinde yer alan *“bölünmüş karayolunda karşı yönden gelen trafiğin kullandığı şerit, rampa ve bağlantı yollarına girme”* kusurunu işleyerek kazanın oluşumunda tam kusurlu olduğu görüşünün açıklandığı,

Yerel mahkemece olayın meydana geldiği gece saatlerinde yapılan 06.11.2006 tarihli keşifte, sanığın seyrettiği istikametten olay mahalline yol alınarak yapılan gözlemde bölünmüş yol başlangıcına ilişkin trafik işaretlerinin, uyarıcı yön levhaları, hız sınırı ve sollama yasağına ilişkin işaret, levha ve çizgilerin usulünce bulunduğu, aydınlatma lambalarının bulunmaması ve bölünmüş yol işareti ile birlikte mecburi yol levhası bulunmaması halinde yolun seyir istikametine göre bölünmüş yol başlangıcında yolun ters yönüne girilmesinin imkan dahilinde olduğunun, fakat hız sınırına uyulması ve aracın uygun aydınlatma araçları olması halinde mecburi yön levhasının rahatlıkla görülebileceğinin gözlemlendiğinin belirtildiği ve bu hususun tutanağa geçirildiği,

Keşif sonrasında düzenlenen 30.11.2006 tarihli bilirkişi raporunda da; sanığın 2918 sayılı Kanunun 84/b maddesinde yer alan *“taşıt giremez veya bölünmüş karayolunda karşı yönden gelen trafiğin kullandığı şerit, rampa ve bağlantı yollarına girme”*, ayrıca aynı kanunun 47/1-c maddesin-

de düzenlenen “trafik işaret levhaları, cihazları ve yer işaretlemeleri ile belirtilen ve gösterilen hususlara uymamak” kurallarını ihlal ederek kazanın oluşumunda birinci derecede tam kusurlu olduğunun ifade edildiği,

Anlaşılmaktadır.

Mağdur Vedat D.; olay günü arkadaşı Gültekin Ç.’ın kullandığı motosiklet ile gece saat 24.00 sıralarında Poyracık Beldesi içerisinde bölünmüş yolun Kınık istikametinde olan kısmında seyredirken önlerindeki kamyonu sollamak için yolun soluna çıktıkları anda karşı yönden gelen bir aracın farlarını gördüğünü, sonrasını hatırlayamadığını beyan etmiş,

Tanık Türker Ç.; kazanın meydana geldiği yol üzerinde evinin bulunduğunu, olay gecesi balkonda otururken bir ses duyduğunu, çarpışma anını görmediğini, fakat marketin önünde yavaşlayıp bir dakika duran Doğan SLX marka bir otomobilin ters yönde hızla Poyracık istikametine devam ettiğini fark ettiğini belirtmiş,

Tanık Ramazan A.; olay gecesi saat 24.00 sıralarında Dikili’den Soma yönüne doğru seyir halinde olduğunu, karşı yönden gelen Doğan marka bir aracın kendi şeridinden ayrılarak ters yöne girip yol aldığını, yolun çift yönlü olduğunu, normal hızla gelen bu araca selektör yaptığını, bu aracın kendi aracı ile yan yana geldiğinde arkasından çıkan motosiklet ile çarpıştığını, kaza sonrası durduğunu ve yaralıları gördüğünü, fakat kazaya neden olan aracın durmayıp uzaklaştığını ifade etmiş,

Sanık aşamalarda; olay günü iki gündür eve gelmeyen kardeşinin Dikili’de olduğunu öğrenmesi üzerine aracıyla gece saat 23.00 sıralarında Soma’da yola çıktığını, Kınık ilçesini geçtikten sonra Bergama yönüne seyrederken bu yoldan ilk defa geçtiği için olayın meydana geldiği Poyracık Kasabasına girdiğinde karşı yönden gelen kamyonun farlarına aldanarak ters yola girdiğini, motosikleti de o ana kadar görmediğini, ters yönde ilerlerken motosikletin aniden bir anda kamyonun arkasından çıktığını, aracının sol yan aynasına ve kapısına çarptığını, korkup paniklemesi nedeniyle olay yerinde durmayarak uzaklaştığını savunmuştur.

Uyuşmazlığın sağlıklı bir hukuki çözüme kavuşturulabilmesi bakımından, taksir ve bilinçli taksir kavramları üzerinde durulması gerekmektedir.

Kural olarak ancak kastla işlenebilen suç, kanunda açıkça gösterilen hallerde taksirle de işlenebilir. İstisnai bir kusurluluk şekli olan taksirde, failin cezalandırılabilmesi için mutlaka kanunda açık bir düzenleme bulunması gerekmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 22/2. maddesinde taksir; *“dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın, suçun yasal tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir”* şeklinde tanımlanmıştır.

Ceza Genel Kurulunun birçok kararında vurgulandığı ve öğretide de benimsendiği üzere taksirin unsurları;

- 1- Suçun taksirle işlenebilen bir suç olması,
- 2- Hareketin iradi olması,
- 3- Sonucun istenmemesi,
- 4- Hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunması,
- 5- Sonucun öngörülebilir olmasına rağmen öngörülmemiş olması,

Şeklinde kabul edilmektedir.

Taksirli suçlarda da, gerek icrai hareketin gerekse ihmali hareketin iradi olması ve meydana gelen neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir. İradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi, öngörülmeyecek bir sonucun gerçekleşmesi halinde de failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Sonucun gerçekleşmesinde, mağdurun taksirli davranışının da etkisinin bulunması halinde, diğer taksirli davranış nedensellik bağına kesmediği sürece bu durum failin taksirli sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi taksirin niteliğini de değiştirmez. 5237 sayılı TCK’nda

kusurun derecelendirilmesi suretiyle herhangi bir ceza indirimi söz konusu olmadığından, bu hal ancak temel cezanın tayininde dikkate alınabilir.

5237 sayılı TCK’nda taksir; basit taksir ve bilinçli taksir şeklinde ayrıma tâbi tutulmuş, kanunun 22. maddesinin 3. fıkrasında bilinçli taksir; *“kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi”* şeklinde tanımlanarak, bu halde taksirli suça ilişkin cezanın üçte birden yarıya kadar arttırılacağı öngörülmüştür.

Basit taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt; taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörememesi, bilinçli taksir halinde ise gerçekleşmesini istemediği bu neticeyi öngörmüş olmasıdır.

Görüldüğü gibi, bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin hali, bunu öngörmemiş olan kimsenin hali ile bir tutulamayacağından ve neticeyi öngören kimse, ne olursa olsun bu sonucu meydana getirecek harekette bulunmamakla yükümlü olduğundan, “neticenin fail tarafından öngörülmesi” ölçü alınarak basit ve bilinçli taksir ayırımına gidilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Olay gecesi Soma-Bergama karayolu üzerinde seyir halindeyken Kınık ilçesi Poyracık Kasabasında yer alan bölünmüş yolda ters yöne giren, kendi beyanına göre alkollü olan sanığın, aynı yolda kendilerine ayrılmış kısımda seyreden ve öndeki kamyonu sollamak için sol şeride geçen motosiklete çarparak sürücü Gültekin’in ölümüne, şikâyetinden vazgeçen Vedat’ın da yaralanmasına neden olduğu olayda; sanığın bölünmüş yol başlangıcı, hız sınırı ve sollama yasağına ilişkin trafik işareti, uyarıcı yön levhaları ve çizgilerin usulüne uygun olarak bulunduğu yolda, karşı yönden gelen trafik araçlarının kullandığı bölüme bilerek girdiği, ters yönde olduğunu bilmesine rağmen aracını sürmeye devam ettiği,

karşı istikametten gelen bir araca çarparak yaralama ya da ölüme neden olabileceğini öngördüğü halde tecrübesine, şoförlük yeteneklerine, yolun gecenin geç saati olması nedeniyle boş olacağı ihtimaline, özellikle de şansına ve karşı yönden gelenlerin kendilerini koruma yönünde dikkatli davranacaklarına güvendiği, böyle bir zanla objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek öngördüğü ancak istemediği neticeye neden olduğu anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, gerçekleşmesini istemediği ancak öngördüğü sonucun meydana gelmesini engelleyecek şekilde objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmayan sanığın bir kişinin ölümüne neden olma eyleminde bilinçli taksirle hareket ettiğinin kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün, sanığın eylemini bilinçli taksirle gerçekleştirdiği gözetilmeksizin, taksirle gerçekleştirdiğinin kabulü ile hüküm kurulması isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

1- Bergama Ağır Ceza Mahkemesinin 15.10.2010 gün ve 68-106 sayılı direnme hükmünün, sanığın eylemini bilinçli taksirle gerçekleştirdiği gözetilmeksizin, taksirle gerçekleştirdiğinin kabulü ile hüküm kurulması isabetsizliğinden **BOZULMASINA**,

2- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına **TEVDİİNE**, 09.12.2014 tarihinde yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

**YARGITAY
CEZA DAİRE
KARARLARI**

ÖZET: Sanık hakkında olası kastla yaralama suçundan kurulan hükümde haksız tahrik nedeniyle cezada yapılan indirim sırasında uygulama maddesinin gösterilmemesi bozmayı gerektirmiştir.

T.C.

YARGITAY

1. Ceza Dairesi

ESAS NO : 2014/533

KARAR NO : 2015/1148

YARGITAY İLAMI

1- Oluşa ve dosya kapsamına göre, sanık Ahmet ile diğer sanıklar Dağıstan ve Orhan arasında arazi anlaşmazlığının bulunduğu, olay günü sabah saatlerinde sanık Ahmet ile diğer sanıkların Kars Adliyesindeki duruşmalarının bitiminin ardından köy minübüslerinin kalktığı mevkide bulunan kahvehaneye gittikleri, burada diğer sanıklardan Dağıstan ve Orhan'ın sanık Ahmet ile tartışıp, onu darp ettikleri, kahvehanede bulunan kişilerin araya girmesi ile olayın büyümeden engellendiği, daha sonra sanık Ahmet'in ayrı bir minübüse, diğer sanıklar Orhan ve Dağıstan'ın ayrı bir minübüse binerek köylerine doğru gittikleri, yolda diğer sanık Dağıstan'ın köyde bulunan akrabalarını aradığı, sanık Ahmet'in öndeki minübüste bulunduğunu söyleyip hazır beklemelerini istediği, sanık Ahmet'in önde giden minübüste olduğu için ilk önce onun minübüsten indiği, akabinde diğer sanıklar Dağıstan ve Orhan'ın indikleri, bu sırada diğer sanık Şahmettin'in köyde beklediği, sanık Ahmet'in evine doğru gitiği sırada diğer üç sanığın sanık Ahmet'e saldırdıkları ve sanık Şahmettin'in sanık Ahmet'i darp ettiği, bunun üzerine sanık Ahmet' in evine gidip, kendisine ait ruhsatlı av tüfeğini alarak kalabalığa doğru rastgele ateş ettiği, bu atış neticesinde kavgayı aralamaya çalışan mağdur İrfan'ın başından hayati tehlike gecirecek şekilde yaralandığı, ve sonrasında kalabalığın dağıldığı olayda,

a) Olayın gerçekleştiği ortam ve şartlar altında olay mahallinde tanıklar, mağdur İrfan ile sanık Ahmet ve diğer sanıkların da hazır edilmek suretiyle tatbiki ve temsili keşif yapılarak olay esnasında tarafların bulundukları konumların, atış mesafesinin, tespit edildikten sonra, sanığın ateş ederken mağdurun da isabet almasının mutlak ve kaçınılmaz olup olmadığının değerlendirilerek buna göre sanığın hukuki durumunun tespiti gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması,

b) Mağdur İrfan'dan sanığa yönelen ve haksız tahrik teşkil eden herhangi bir söz veya davranış bulunmadığı halde, sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanması suretiyle eksik ceza tayini,

2-a) Kabule göre de; sanık hakkında mağdura yönelik olası kastla yaralama suçundan kurulan hükümde, 5237 sayılı TCK'nun 86/1,3-e maddesinin uygulanması ile belirlenen 4 yıl 6 ay hapis cezası üzerinden 87/2-a-son maddesinin uygulanması ile cezanın 12 yıl 18 ay yerine yazılı şekilde 13 yıl 6 ay hapis olarak ve tayin edilen cezadan 21/2 maddesi gereğince 1/3 oranında indirim yapılırken cezanın 9 yıl yerine 6 yıl 9 ay olarak belirlenmesi;

b) Sanık hakkında olası kastla yaralama suçundan kurulan hükümde haksız tahrik nedeniyle cezada yapılan indirim sırasında uygulama maddesinin gösterilmemesi,

Bozmayı gerektirmiş olup, sanık müdafinin ve katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi (**BOZULMASINA**), 03/03/2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Olası kastla işlenen suçlarda meydana gelen sonuçtan sorumlu olması gerekeceği ve olası kastla gerçekleştirilen eylem bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı dikkate alınarak, sanığın sırasıyla TCK.nun 86/1,3-e, 87/1-d, 21/2, 62. maddeleri gereğince cezalandırılması gerektiğinin düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir.

T.C.

YARGITAY

1. Ceza Dairesi

ESAS NO : 2012/3542

KARAR NO : 2014/1094

YARGITAY İLAMI

1- Mağdur Fatih'in, sanık Ethem'e darp ve cebir izine yol açmayacak şekilde etkili eylemde bulunmaktan ibaret tahrik oluşturan eylemi nedeniyle, 1/4 ile 3/4 arasında cezada indirim öngören TCK.nun 29. maddesi ile uygulama yapılırken cezadan asgari oranda indirim yapılması yerine, 1/2 oranında indirim yapılarak eksik ceza tayini, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

2- Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanık Ethem'in, silahla tehdit suçu ile sanık Hüseyin'in, mağdura yönelik eyleminin sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde sanık Ethem'in, silahla tehdit suçunun niteliği tayin, takdire ve sanık Ethem yönünden eleştiri nedeni saklı kalmak kaydıyla tahrike ilişkin cezayı azaltıcı sebeplerin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde eleştiri ve bozma nedenleri dışında bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık Ethem müdafinin TCK.nun 51, CMK.nun 231. maddelerinin uygulanması gerektiğine, sanık Hüseyin müdafinin eksik incelemeye, sübuta, suç niteliğine, kararın usule ve yasaya uygun olmadığına yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine,

Ancak;

A- Sanık Ethem hakkında silahla tehdit suçundan kurulan hüküm yönünden;

Suç tarihinden önce hapis cezasına mahkumiyeti bulunmayan ve 18 yaşını doldurmamış olan sanık hakkında 5237 sayılı TCK.nun 50/3 maddesi uyarınca 1 yıl veya daha az süreli hapis cezasının aynı maddenin birinci fıkrasında sayılan seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesinin zorunlu olduğunun düşünülmemesi,

B- Sanık Hüseyin hakkında kurulan hüküm yönünden;

Oluşa ve dosya kapsamına göre, mağdur Fatih'in, sanık Ethem'e etkili eylemde bulunması üzerine, Hüseyin ve oğlu Ethem'in tüfeklerini alarak, mağdurun evine doğru ateş etmeye başladıkları, mağdurun evin bahçesine çıktığı sırada, sanık Hüseyin'in, mağdurun yaralanmasından da anlaşılabileceği gibi elverişli mesafeden görerek ve doğrudan ateş ettiği olayda, bizzat mağdurdan sanığa yönelen haksız eylemden ve olası kasttan söz edilemeyeceğinden;

a- Sanığın, TCK.nun 81, 35, 62. maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde hüküm kurulması,

b- Kabule göre, olası kastla işlenen suçlarda meydana gelen sonuçtan sorumlu olması gerekeceği ve olası kastla gerçekleştirilen eylem bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanamayacağı dikkate alınarak, sanığın sırasıyla TCK.nun 86/1,3-e, 87/1-d, 21/2, 62. maddeleri gereğince cezalandırılması gerektiğinin düşünülmemesi,

Bozmayı gerektirmiş olup, sanıklar Ethem ve Hüseyin müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin kısmen tebliğnamedeki düşünce gibi **BOZULMASINA**, CMUK'nun 326/son maddesi uyarınca, ceza miktarı yönünden sanık Hüseyin'in kazanılmış hakkının korunmasına, 25/02/2014 gününde oybirliği ile karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Sanığın düğün yerinde alkollü vaziyette bir el havaya ateş ettikten sonra, silahını kurcalarken bir kez de yere doğru ateş etmesi sonucu yerden seken merminin mağduru yaralaması şeklindeki eyleminin bilinçli taksirle yaralama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

T.C.

YARGITAY

8. Ceza Dairesi

ESAS NO : 2013/10607

KARAR NO : 2015/1148

YARGITAY İLAMI

I- Genel güvenliği kasten tehlikeye sokmak ve 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçlarından kurulan hükümlerin temyiz incelemesinde;

Yapılan yargılamaya, dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde gösterilen ve değerlendirilen delillere, oluşa ve mahkemenin soruşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, suçun oluşumuna ve niteliğine uygun kabul ve uygulamasına, hukuka uygun, yasal ve yeterli olarak açıklanan gerekçeye göre sanığın, bir sebebe dayanmayan temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddiyle hükümlerin oybirliğiyle (**ONANMASINA**),

II- Yaralama suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesine gelince;

Yerinde görülmeyen diğer itirazların reddine, ancak:

1- Sanığın düğün yerinde alkollü vaziyette bir el havaya ateş ettikten sonra, silahını kurcalarken bir kez de yere doğru ateş etmesi sonucu yerden seken merminin mağduru yaralaması şeklindeki eyleminin bilinçli taksirle yaralama suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması,

2- Kabul ve uygulamaya göre de; sanığın cezasından öncelikle TCK.nun 21/2. maddesinde düzenlenen olası kast hükümleri uyarınca indirim yapıldıktan sonra cezasının TCK.nun 86/3-e maddesi gereğince artırılması gerektiği gözetilmeden TCK.nun 61/2. maddesinde belirlenen sıraya uyulmadan ve hesap hatası yapılmak suretiyle fazla ceza tayini,

Yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK.nun 321. maddesi gereğince (**BOZULMASINA**), 02.04.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Sanık Songül'ün sahte işe giriş bildirgesi vermek suretiyle doğum masraflarını katılan kuruma fatura etmesi ve katılan kurumdan iş görmezlik bedeli aldığı gerekçesiyle nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği kabul edilmiş ise de; öncelikle sanığın sahte sahtecilik eylemini gerçekleştirmeden doğum yapması halinde sağlık giderlerinin katılan kurum tarafından ödenip ödenmeyeceği araştırılarak katılan kurumun zararının bulunup bulunması tespit edildikten sonra katılan kurumun, suça konu işyerinin sahte olduğu şüphesi bulunduğundan iş görmezlik bedelini ödemediklerini belirtmesi karşısında dolandırıcılık eyleminin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığının tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

T.C.

YARGITAY

15. Ceza Dairesi

ESAS NO : 2013/2916

KARAR NO : 2014/18934

YARGITAY İLAMI

Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kimseyi, kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, fiille olan ilişkisi, mağdurun durumu, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır.

TCK'nın 158/1-e bendinde belirtilen, kamu kurum ve kuruluşlarının zararına olarak dolandırıcılık suçunun işlenmesi, nitelikli hal kabul edilmiştir. Hangi kurum ve kuruluşların, kamusal nitelik taşıdığı, o kurumun kadro bakımından bağlı olduğu durumu düzenleyen mevzuata göre belirlenir. Bu nitelikli halin oluşması için, eylemin kamu kurum ve kuruluşlarının mal varlığına zarar vermek amacıyla işlenmesi gerekir.

Zarar vermek, kamu kurum ve kuruluşlarından hakkı olmayan bir parayı almak yada bir borcu geri vermemek şeklinde olabilir. Bu suçun zarar göreni kamu kurum ve kuruluşunun tüzel kişiliğidir. Kamu kurum ve kuruluşlarının zarar görmesi söz konusu değilse bu suç oluşmayacaktır. Dolandırıcılık suçunun kamu yararına çalışan hayır kurumlarının zararına işlenmesi madde kapsamında değildir.

Ç. Gıda Hayvancılık Limited Şirketi'nin yetkilisi olan sanık Gülay'ın, katılan kuruma verdiği işe giriş bildirgesiyle 2006 yılı ocak ayı içerisinde diğer sanık Songül'ün yanında çalışıyormuş gibi gösterdiği, ancak sanık Songül'ün bu şirkette çalışmadığı, sadece ara sıra şirkette çalışan ablasının yanına ziyaret amaçlı gittiği, sanık Songül'ün doğum yaptığı ve hastane masraflarının katılan kuruma fatura edildiği, ayrıca sanık Songül'ün katılan kurumdan 817 TL iş görmezlik bedeli aldığı ve bu şekilde sanıkların resmi belgede sahtecilik ve nitelikli dolandırıcılık suçlarını işledikleri iddia olunan somut olayda;

1- Sanık Gülay hakkında nitelikli dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilik suçlarından verilen beraat kararına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Dosya kapsamına göre; Sanık Gülay'ın Ç. Gıda Hayvancılık Limited Şirketi'yle herhangi bir ilgisinin bulunmadığı, bu şirketin yetkilisi olmadığı gibi diğer sanık Songül'ü de tanımadığı, sanık Gülay'ın 03.11.2005 tarihinde kapattığı L. Lokantası isimli işyerini çalıştırdığı, bu şirketle Ç. Gıda Hayvancılık Limited Şirketinin muhasebecisinin aynı kişi olduğu, sanık Songül'ün eşi olan tanık Gürbüz'ün muhasebeci Cevdet ile görüştüktan sonra sanık Songül'ün doğum yapmadan önce bu

şekilde diğer sanığa ait işyerinde çalışıyormuş gibi gösterildiği, ekspertiz raporuna göre de işe giriş bildirgesi altındaki imzanın sanık Gülay'a ait olmadığı anlaşıldığından verilen beraat kararında bir isabetsizlik görülmemiştir.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün **ONANMASINA**,

2- Sanık Songül hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan verilen mahkumiyet kararına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Sanık Songül'ün sahte işe giriş bildirgesi vermek suretiyle doğum masraflarını katılan kuruma fatura etmesi ve katılan kurumdan iş görmezlik bedeli aldığı gerekçesiyle nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği kabul edilmiş ise de; öncelikle sanığın sahte sahtecilik eylemini gerçekleştirmeden doğum yapması halinde sağlık giderlerinin katılan kurum tarafından ödenip ödenmeyeceği araştırılarak katılan kurumun zararının bulunup bulunması tespit edildikten sonra katılan kurumun, suça konu işyerinin sahte olduğu şüphesi bulunduğundan iş görmezlik bedelini ödemediklerini belirtmesi karşısında dolandırıcılık eyleminin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığının tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,

Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, 17.11.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. **Gönderen:** Av. Atilla ERTEKİN

ÖZET: Sanığın tek bir eylem ile birden fazla mağdura karşı iftira suçunu işlemesi karşısında TCK'nın 267. maddesi uyarınca verilecek cezanın aynı Kanunun 43/2. maddesi yollamasıyla 43/1. maddesi uyarınca arttırılması gerekirken, mağdur sayısınca ayrı ayrı uygulama yapılarak fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.

T.C.

YARGITAY

16. Ceza Dairesi

ESAS NO : 2015/100

KARAR NO : 2015/92

Y A R G I T A Y İ L A M I

Gerekçeli karar başlığında suç tarihinin “15.09.2012” yerine “14.09.2012” yazılması mahallinde düzeltilmesi mümkün yazım hatası kabul edilmiştir.

Sanığın tek bir eylem ile birden fazla mağdura karşı iftira suçunu işlemesi karşısında TCK'nın 267. maddesi uyarınca verilecek cezanın aynı Kanunun 43/2. maddesi yollamasıyla 43/1. maddesi uyarınca arttırılması gerekirken, mağdur sayısınca ayrı ayrı uygulama yapılarak fazla ceza tayini,

Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, 11.03.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun failinin, kendisine yediemin olarak teslim edilen hacizli malları saklayarak koruma ve yetkili merci tarafından istenildiğinde kendisine teslim edilen yerde iade etmekle yükümlü olduğu, yediemin olarak teslim edilen malların, tebligata rağmen satış yerine götürülmemesinin, teslim amacı dışında tasarrufta bulunma sayılamayacağı, iddia-namede sanığın teslim edilen malları satma, yok etme, kaybetme gibi teslim amacı dışında tasarrufta bulunduğu da iddia edilmediği gözetilmeden yasal unsurları oluşmayan müsnet suçtan sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

T.C.

YARGITAY

16. Ceza Dairesi

ESAS NO : 2015/122

KARAR NO : 2015/210

YARGITAY İLAMI

1- Gerekçeli karar başlığında suç tarihinin “23.09.2012” yerine “02.09.2012” olarak yazılması,

2- Muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun failinin, kendisine yediemin olarak teslim edilen hacizli malları saklayarak koruma ve yetkili merci tarafından istenildiğinde kendisine teslim edilen yerde iade etmekle yükümlü olduğu, yediemin olarak teslim edilen malların, tebligata rağmen satış yerine götürülmemesinin, teslim amacı dışında tasarrufta bulunma sayılamayacağı, iddianamede sanığın teslim edilen malları satma, yok etme, kaybetme gibi teslim amacı dışında tasarrufta bulunduğu da iddia edilmediği gözetilmeden yasal unsurları oluşmayan müsnet suçtan sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı **BOZULMASINA**, 19.03.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

ÖZET: Sanığın cezaevindeki kendisine ait dolapta suç konusu esrarı kullanmak amacıyla bulundurduğu, sanık hakkında “kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma” ve “infaz kurumuna uyuşturucu madde sokma” suçlarından kamu davası açıldığı, sanığın tek olan fiilinin belirtilen suçları oluşturduğu; TCK’nın 297. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde infaz kurumuna yasak eşya sokma suçunu oluşturan eşyanın temin edilmesi veya bulundurulmasının ayrı bir suç oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre belirlenecek cezanın yarı oranında artırılacağı öngörüldüğü gözetilerek; sanık hakkında tefrik edilen dosyanın akıbeti araştırılıp, derdest ise asıl dosya ile birleştirilmesi, karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise, sözü edilen dosyanın Yargıtay denetimine esas olacak şekilde dosyamız arasına alındıktan sonra, daha ağır sonuç doğuran ve TCK’nın 297. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan “infaz kurumuna uyuşturucu madde sokma” suçundan hüküm kurulması gerekirken, tek olan eylem ikiye bölünerek yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

T.C.

YARGITAY

16. Ceza Dairesi

ESAS NO : 2015/161

KARARNO : 2015/23

YARGITAY İLAMI

Yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak;

1) Sanığın cezaevindeki kendisine ait dolapta suç konusu esrarı kullanmak amacıyla bulundurduğu, sanık hakkında “kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma” ve “infaz kurumuna uyuşturucu madde sokma” suçlarından kamu davası açıldığı, sanığın tek olan fiilinin belirtilen suçları oluşturduğu; TCK’nın 297. maddesinin 1. fıkrasının ikinci

cümlesinde infaz kurumuna yasak eşya sokma suçunu oluşturan eşyanın temin edilmesi veya bulundurulmasının ayrı bir suç oluşturmaması halinde, fikri içtima hükümlerine göre belirlenecek cezanın yarı oranında artırılacağına öngörüldüğü gözetilerek; sanık hakkında tefrik edilen dosyanın akıbeti araştırılıp, derdest ise asıl dosya ile birleştirilmesi, karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiş ise, sözü edilen dosyanın Yargıtay denetimine esas olacak şekilde dosyamız arasına alındıktan sonra, daha ağır sonuç doğuran ve TCK'nın 297. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan “infaz kurumuna uyuşturucu madde sokma” suçundan hüküm kurulması gerekirken, tek olan eylem ikiye bölünerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

2) Kabul ve uygulamaya göre:

a- Suçun konusunu oluşturan eşyanın bulundurulmasının ayrı bir suç teşkil etmesi nedeniyle, sanık hakkında hükmolunan temel cezadan, TCK'nın 297/1-2. cümlesi uyarınca, artırım yapılması yoluna gidilmemesi,

b- Sanığın suça konu esrarı kimden ve ne suretle elde ettiği hususunda bilgi vermediği olayda, etkin pişmanlık koşullarının bulunmadığı nazara alınmadan, cezasından TCK'nın 297/4. maddesi uyarınca indirim yapılması,

c- 5237 Sayılı TCK'nın 53. maddesinin 3. fıkrası uyarınca 53/1-c madde ve bendindeki “velayet hakkından; vesayet ve kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan yoksunluğun” sadece sanığın kendi altsoyu yönünden koşullu salıverme tarihine kadar süreceği, altsoyu haricindekiler yönünden ise yoksunluğun hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam edeceği gözetilmeden, yoksunluğun tümü için koşullu salıverilmeye kadar sürmesine karar verilmesi,

d- 5237 Sayılı TCK'nın suça konu uyuşturucu maddelerin, TCK'nın 54/4. maddesi uyarınca müsaderesi yerine, aynı Kanunun 54/1. maddesi gereğince müsaderesine karar verilmesi ve aynı madde uyarınca İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü'nce suç konusu mad-

delerden alınan şahit numunenin de, müsaderesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden ve 5320 Sayılı Kanun'un 8. maddesi yollaması ile CMUK'nın 326/son maddesi uyarınca, hükmün bu sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, 09.03.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN

