

İZMİR BAROSU DERGİSİ

EKİM ● 1997 ● SAYI: 4

•
Üç ayda bir yayınlanır.
•

Izmir Barosu Dergisi'nde yayınlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Gönderilen yazılar yayınlansın veya yayınlansın geri verilmez. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.

İZMİR BAROSU DERGİSİ

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına
Başkan
Av. Çetin TURAN

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Behçet AKAL

YAYIN KURULU

Av. Bahattin Özcan ACAR, Av. Gülbahar AKAN, Av. İsmail ALTUN
Av. Sevil ALTUN, Av. Levent DAĞAŞAN, Av. Nevzat ERDEMİR,
Av. Erdem GÜMÜŞ, Av. Metin İPEKLİ, Av. Mehriğül KELEŞ
Av. Genal SAYGI, Av. Figen KOÇ, Av. Cafer ÖZKAN,
Av. Hasan YALÇIN, Av. KEMAL YAZGAN, Av. Levent MELİK
Av. Z. Beydağ TIRAŞ, Av. Murat DİNÇER, Av. Nilay OKTAR

DİZGİ

DİZTEK • Tel: 441 30 72
847 Sk. Büyükbeyler İşh. No: 8/309 Konak • İZMİR

YÖNETİM YERİ İZMİR BAROSU

Salihaga İşhanı Kat: 7 İZMİR
Tel: 425 43 81 - 484 80 41

BASIM YERİ

Anadolu Matbaacılık Tic. 863 Sk. No: 50 K.6
Tel: 441 08 35 Konak • İZMİR

İÇİNDEKİLER

	SAYFA
Av. Behçet AKAL Okurlarımıza	5-6
Çetin TURAN En Önemli Eksikimiz Hukuk Devleti	7-11
Şeref ERTAŞ Demokrasi, Eşitlik ve Gelişen Aile Hukuku	12-18
Korhan DEMİRELLİ Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki ve Bu Davalarda Yabancı Ülkede Verilen İlamların Tanınması ve Tenfizi	19-27
Murat AYDOĞDU 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı Mal veya Hizmetlerde Tüketicinin Korunması	28-81
Noyan ÖZKAN Kent ve Çevre Hukukunda İdari Yargılama Süreci	82-88
Erol AKI Tatil Sitelerinde Devre Mülk Uygulaması ve Devre Mülk Konusu Taşınmazların Yönetimi	89-107
Mete GÖKTÜRK Yanlış ve Tehlikeli Olan Söylemek Değil, Söyleyecek Sözü Olmamaktır	108 - 113
Nevzat ERDEMİR Anayasa Mahkemesine Göre; "Avukatlık, Yargıçlık ve Savcılıkla Eşit Değil"	114 - 124
YARGI KARARLARI	125 - 218
ARAMA DİZİNİ - 1997	219 - 259
YİTİRDİKLERİMİZ	261-263

OKURLARIMIZA

Behçet AKAL ()*

İkibinli yıllara iki kala, ülkemiz hala hukukun üstünlüğünü sağlayamamanın sancılarını yaşıyor. Bırakın demokratikleşmeyi, ideal hukuku, daha kanun hakimiyetini bile sağlayabilmiş değiliz.

Rejimi kurtardığı ileri sürülen hükümetin başkanı, avrupa ülkelerine gittiğinde enflasyon oranından utandığını belirtiyor ama, ülkede çökmüş bulunan insan hakları ve yargı sisteminden dolayı en küçük bir sıkılma duymuyor.

12 Eylül ve onu takibeden "benim memurum işini bilir" döneminin yarattığı tahribat giderek sistemimizin üzerine olanca ağırlığıyla çöküyor. Mafya, siyaset ve dokunulmaz güçler üçgeninin yolsuzluklarının ve çıkar ilişkilerinin gün yüzüne çıkarılamıyacağı artık saklanmıyor. Bugün artık adalet sistemimizin, komşu kavgasını, teyp hırsızlarını, isim tashihi davalarını yargılamaktan öteye bir işlevi kalmamıştır. Ülkemizde hakimler korkutulabilmekte, hakimler davalardan birer birer çekilmekte, yargılananların cüreti artmakta, yıllarca adliye koridorlarında sürünmeyi göze alamayanlar artık avukata başvurmak yerine, mutemet mafya peşine düşmektedir. Doğrusu insan belediyelerin Deli Dumrul misali mahkeme müzekerelerinden bile haraç aldığı, bunu engelleyecek hiçbir makamın bulunmadığı bir ülkede, vatandaşa yasal yollar denemiyor da, işini mafyaya gördürüyor diye kızmak haksızlık olacak gibi geliyor.

Kabul edelim ki, biz bir doğu toplumuyuz. Bütün bu olumsuzluklar yıllardan beri düzelmiyor diye hayıflanmamalıyız. herkesin gemisini yürüten kaptan olduğu, kendisine dokunmayan yılanların bin yaşadığı, şark kurnazı bireylerin oluşturduğu bir toplum daha iyisine layık olamaz. Uzağa gitmeye gerek yok, sayısı üçbini aşkın baromuzda, mesleki baro faaliyetlerine katılanların, sorunları paylaşanların, birşeyler üretenlerin sayısı maalesef yüzü geçmiyor. En okuyazarının yarından fazlası meslek kuruluşunun binasını bile görmemişse, o toplumdan ne beklenebilir ki?

• • •

İzmir, Osmanlı devleti dahil, Anadolu'nun her zaman en demokrat, en hoşgörülü şehri olagelmış bir şehir. istibat döneminde sansürün İstanbul ve diğer Anadolu şehirlerinde aydınlara nefes aldırmadığı zamanlarda bile

(*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

İzmir'in aydın insanları buradaki görevlilerden hayli müsamaha görmüşler. Bu hoşgörü bu şehrin havasında, suyunda, toprağında mevcut. Yüzyılların kültür birikiminin bu topraklarda yaşayanlara yansması olsa gerek. Sıkı yönetim dönemlerinde de cuntaların baskısının burada daha az olduğu söylenir.

Ama bu güzel şehrin belediye başkanından yana talihsizliğine bakın. kimi, her boş bulunduğu alana bina yapmasını engelledi diye mahkemelerle, avukatlarla kavgaya girer, kimi ülkede yaşayan her insana bu lütfu kendisinin verdiği sanır. Ne diyelim Allah islah etsin.

• • •

Derginiz 62 yaşında. Doğrusu ilk defa hangi yılda yayınlandığını ben de bilmiyordum. Geçenlerde Prof. Ernst Hirsch'in anılarını okurken 1938 yılında yazdığı bir makalenin İzmir Barosu Dergisinde yayınlandığını övünçle bahsettiğini gördüm. Araştırınca dergimizin ilk defa 1935 yılında yayınlandığını öğrendim. Bu yıla ait sayı maalesef kütüphanemizde yok. En eski sayı 1936 yılına ait. Merak edenler inceleyecek olurlarsa Mahmut Esat bozkurt'tan, Sıddık Sami Onar'a, İmran Öktem'den, Selim Hakmen'e kadar pek çok değerli hukukçunun yazılarının dergimizde yer aldığını görecekler.

Dergimize o günden bugüne dek emek veren bütün meslektaşlarımıza şükranlarımızı sunuyoruz.

Nice 62 yıllar yayın hayatını sürdürmesi dileğiyle, sözlere bu sayımızda Baro Başkanımızın Adli Yılın açılışında yaptığı, tarihten günümüze irtica konusunda ibret dolu bir sayfayı sunduğu konuşmayı, Şeref Ertaş'ın "Demokrasi, Eşitlik ve Gelişen Aile Hukuku" başlıklı yazısını, Korhan Demirelli'nin uygulamaya yönelik "Türklerin kişi Hallerine İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki ve Bu Davalarda Yabancı Ülkede Verilen İlamların Tanınması ve Tenfizi" hakkındaki incelemesini, Murat aydoğdu'nun "4077 sayılı Tüketicinin korunmasına ilişkin güncel araştırmasını, Noyan Özkan'ın, Kent ve Çevre Hukukunda İdari Yargılama Süreci" başlıklı bir bildirisini, Yine Erol Akı'nın güncel bir konu olan "Devre mülk hakkındaki makalesini, Mete Göktürk'ün yeniden yargılanmasına sebep olan, ilk davasındaki savunmayı, Nevzat Erdemir'in avukatların hakimlik ve savcılık mesleğine geçmeleri konusundaki kanunu iptal eden anayasa Mahkemesi kararını eleştiren yazısını sunuyoruz.

Bir dahaki sayıda buluşmak üzere. ■

EN ÖNEMLİ EKSİĞİMİZ HUKUK DEVLETİ

Çetin TURAN (*) (**)

Değerli konuklarımız,

Değerli meslektaşlarım,

Uzun süren bir "araverme"nin ardından yeni bir "adli yıl"a giriyoruz.

Yıllarını bu mesleğe vermiş, hakim, savcı, avukat tüm meslektaşlarım bilirler ki her adli yıl açılışında adliye ve meslek sorunları dile getirilir, sıralanan ve uzun listeler oluşturan olumsuzlukların giderilmesi ilgili ve yetkili mercilerden istenir ve gelecek adli yılın açılışına kadar beklenir. Yıllar birbirini kovalar, sorunlarımız ise giderek yığılır.

Bina, personel, kadro sorunları bitmez, bilirkişiler raporlarını vermez, tebligat gecikir, sanıklar bulunamaz, davalar sonuçlandırılmaz, kararların yazılması gecikir...

Kimdir bu olumsuzlukların sorumlusu?...

Yargıçlar mı?... Savcılar mı?... Avukatlar mı?... Usul yasaları mı?...

Yoksa adalet teşkilatının üzerine oturduğu sistem mi?...

Bu güne kadar siyasal iktidara sahip olanların adalete bakış açısı mı, yargıya yönelik dolaylı dolaysız müdahaleler mi?...

Niçin hala yargı bağımsız değil?...

Niçin hala barolar bağımsız değil ve adalet bakanlığının vesayeti kaldırılmıyor, savunma mesleği, niteliğinin gerektirdiği bir anayasal statüye oturtulmuyor, güçlendirilmiyor?...

Ve niçin hala ülkemizde hukuk devletinin normları geçerli değil?...

Değerli meslektaşlarım,

Uzun bir süreçte adalet kavramının, adliyenin ve savunma mesleğinin yıpratıldığı bir gerçek. Ülkemizde Hukuk Devletini, bağımsız yargıyı ve güçlü savunma mesleğini tehlike olarak değerlendiren etkin çevreler var.

Yeni dünya düzeninin dayattığı politikaların yol açtığı huzursuzluk, işsizlik ve güvensizlik de demokrasi açısından olumsuz gelişmelerin kaynağı olmuştur.

Yıllardır, tek kutuplu dünyamızda, "Sosyal devlet" karalanıyor, ulus devlet ekonomik olarak "küçültülüyor", devletin fonksiyonları vergi toplamaya, askere, polise indirgeniyordu... Sonuçları geniş halk yığınlarının tepkisine yol açacak kadar somutlaşmıştı; devletlerin baskıcı niteliği öne çıkmış, insan hakları çiğnenmiş, dünyanın her tarafında savaşlar kışkırtılmış, ülkeler küçük devletlere parçalanmış, emek ucuzlatılmış, sendikalar güçsüzleştirilmiş,

(*) Avukat, İzmir Barosu Başkanı

(**) 1997-1998 Adliye Açılış Konuşması

"savaşız sömürsüz bir dünya" idealinin koparılıp atıldığı topraklarda ırkçı, dinci, gerici, faşist ürünler boy vermeye, her taşın altından çıkan "mafya" uyuşturucu kaçakçılığı ile birlikte yükselmeye başlamıştı. "Küreselleşme"nin sonuçları olan bu gelişmeler, başta Fransa olmak üzere birçok ülkede geniş halk yığınlarına yansıyan ve giderek yaygınlaşan tepkiler doğurmuş, devletin sosyal fonksiyonları yeniden hatırlanmaya ve sosyal politikalar yeniden güç kazanmaya başlamıştır.

Ülkemiz de bu gelişmelerin dışında kalamamış ve ne yazık ki özellikle olumsuz sonuçlarını yaşamıştır.

Faili meçhul cinayetler ve katliamlar başka hiç bir ülkede görülmeyen boyutlara tırmanmış, terörün kökü kazınamamış, olağanüstü hal yerleşik yönetim biçimine dönüşmüş, dinci-gerici akımlar devlet eliyle beslenip büyütülmüş ve Cumhuriyet tarihimizde rastlanılmayan bir "dalalet" in şemsiyesinde iktidara taşınmışlardır.

Değerli Meslektaşlarım...

Yeni adli yıla girerken en önemli eksigimiz hukuk devletidir.

Kimi devlet görevlileri, yolsuzluğa baskı ve teröre, faili meçhul cinayetlere, çetelere, mafyaya bulaşmıştır. Hesap soracak mekanizmalar; TBMM, onun komisyonları ve denetim organları, kısa bir süre öncesine kadar çalışamaz, hesap soramaz hale getirilmiştir.

Şimdi yeni bir dönemin başladığı söyleniyor...

Artık bu denetim çalışacak, cinayetlerin hesabı sorulacak, devlet içinde yuvalanmış mafya açığa çıkarılacak mıdır?...

Olumlu gelişmeleri görmemek mümkün değil... Demokrasiye, insan hak ve özgürlüklerine, laikliğe, bilime, sanata, kadın haklarına düşman bir zihniyetin iktidardan demokratik yolla uzaklaştırılmış olması son derece önemli bir gelişmedir; askerî darbe söylentilerinin ortadan kalkması da, sekiz yıllık temel eğitimin yasalaşması da öyle. Biz hukukçular için son derece olumlu bir nokta daha var ki değinmeden geçerse haksızlık olur. "Meslek sorunu" olarak ilan ettiğimiz sayın Kazan'ın "ülke sorunu" na dönüşmek üzere iken bakanlığı terk zorunda kalması meslek sorunlarımızın en az "bir birim" azalmasına vesile olmuştur. Bunu da değinilmesi gereken "özel" bir olumluluk olarak değerlendiriyoruz.

Şimdi olumluya doğru dönüşün sonuçlarını görmek ve yaşamak istiyoruz...

Ama, bütün bu güzel gelişmeler, olumsuzlukları görmemizi engellemiyor...

• Olumsuzluğun ilk işareti "Susurluk dokunulmazlığı"nın mecliste yeniden hayat bulması ile verildi; dokunulmazlık dosyaları meclis gündeminden düşürüldü...

Artık "dokunulmazlık", suç işleme imtiyazına dönüşmüş, neredeyse ilgilinin cezai ehliyetini ortadan kaldıran bir uygulama yerleşmeye başlamıştır. Kimileri, gırtlacağına kadar suça batmış olsa bile, elini kolunu sallayarak; kut-sanmış cinayetleri ile birlikte, ortada dolaşmakta, yargı organı, sanıkları arayıp bulamamakta, duruşmaya getirememekte; yargılayamamaktadır...

• Emniyet güçleri özellikle son yıllarda tarafsızlıklarını yitirmiş, militanlaşmıştır ve hala bu nitelikleri ağır basmaktadır... Bu son derece önemli bir başka olumsuzluktur.

Gericiilik, tarihin hiç bir döneminde yaşadığı çağı kavrayamamış, bilime hep tepki göstermiştir.

Atatürk'e düşmanlıklarının temelinde de bu cehalet yatmaktadır.

Cehaletin kaynakları çok eskilere uzanır...

Her yenileşme hareketinin karşısına "din elden gidiyor" diye dikilen ve padişah kellesi isteyen Yeniçeri ocağının 1825 yılında II. Mahmud tarafından kaldırıldığını biliyoruz. II. Mahmud, tasarladığı ilköğretimi tamamiyle dinsel esaslara oturtmak istiyordu. Ama 1825 yılında yeniçeri ocağını kaldırdığında, kendisine; "*Gavur padişahı, Cenabı hak senden ettiğin küfrün hesabını soracaktır. Sen İslamiyeti tahrip ve laneti Muhammediyi üzerine celbediyorsun!*..." diye isyan eden "Şeyh Saçlı" ile bugünkü kerameti kendinden menkul yobazlar arasında hiç bir fark yoktur. 1860 yılında Sultan Abdülfaziz; "Tren memlekete gelsin de isterse Topkapı Sarayındaki yatak odamdan geçsin.." diye çırpınırken, buhar makinası icadedileli 160 yıl olmuştu. Bu yakınlarda 125 yıl önceki başarısız okullaşma girişiminin payı son derece önemlidir; (1734'de) 1. Mahmut tarafından kurulmaya çalışılan mühendis okulu için "hendese" (geometri) ilminin öğretilmesi gerekmiş bu amaçla birkaç yeniçeri ocağından derlenen öğrencilerle yeni bir okul açılmıştı. Bu okuldan kuşkulanan yeniçeriler isyan hazırlığında iken padişah okulu kapatmış ve öldürülmeleri için öğrencilerini dağıtmıştı. 30-40 yıl sonra III. Mustafa, 1. Mahmut'un bu çabalarını hatırlamış, dağıtılan öğrencileri ve onların çocuklarını, torunlarını toplamış, onlara Kağıthane civarında Karaağaç denilen yerde ve "yarı gizli" olarak geometri ve matematik bilgileri okutmaya başlamıştı... 230 yıl önce gizlilik koşullarında matematik dersi...

Fazla yoruma gerek var mı bilemiyorum..

Bu, cehaletin bilimi sindirmesidir.

20. Yüzyıl biterken buna müsaade edilebilir mi?...

Bugün 8 yıllık temel eğitime karşı çıkanların, "din elden gidiyor" diye yollara dökülenlerin, inanç sahiplerinin huzur bulduğu ibadethaneleri; camileri eylem öncesi yasa dışı örgüt toplantı yerlerine çevirenlerin, aynı cehaletin ürünleri oldukları açıktır. Ama unutmayalım; ne yazık ki Cumhuriyet Türkiye'sinde biz onlara bu cehaleti okuttuk; onlar bu cehalete "tahsil" ile ulaştılar... Biz hukukçular yetmişli yıllarda cinayetlere kol kanat gerenleri de bu cehalete yatırım yapanları da unutmadık.

• Bu nedenle 8 yıllık temel eğitim yasası görüşülürken, mecliste reddedilen 4. maddeyi çağ dışı zihniyete bir taviz olarak yönetmeliğe dönüştüren ve 8 yıllık eğitimin dayandığı felsefeyi, gerekçeyi inkar eden geri adımı da, değinilmesi zorunlu vahim bir hata olarak görüyoruz.

Değerli meslektaşlarım.

Yeni adli yılımıza böyle bir ortamda giriyoruz...

Böyle bir ortamda hukuk devleti istiyoruz; demokratik bir anayasa, hukuk reformu, yargı reformu istiyoruz, 12 Eylül'ün mirasını reddediyoruz, bağımsız yargı, yargıç güvencesi ve güçlü savunma istiyoruz.

Hakimler, savcılar ve avukatlar bu hedefe doğru birlikte yürümek zorundadırlar.

Bizler aynı pazarda aynı ürünü satan rakip bezirganlar değiliz.

Biz olmadan adaleti; adil yargılamayı, demokrasiyi, eşitliği ve biz olmadan hukuk devletini düşünmek mümkün değildir.

Ama mesele bizim varlığımızla da bitmiyor...

Avukatın geçim derdine düşürüldüğü, yetkilerinin kısıldığı, hırpalandığı, sanık gibi görüldüğü, baroların vesayet altında olduğu bir ülkede; insan haklarının savunulması, işkencenin önlenmesi, bağımsız yargılamanın gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun bugünkü statüsünü koruyarak bağımsız yargıya ve yargıç güvencesine ulaşamayız; dokunulmazlıkları kaldırmadan mafyanın siyaset damarını kesemez, çeteleri açığa çıkaramayız, hukuk devletinden söz edemeyiz.

Rakamlar son derece moral bozucudur; şu anda 320.000'in üzerinde hükümlü, kesinleşmiş cezaları ile aramızda dolaşiyor, emniyet bunları arıyor ama bulamıyor... DGM'ler dahil savcılıklardaki faili meçhul dosya sayısı 380.000... Ceza mahkemelerinde her yıl yaklaşık 2 milyon dosya işlem görüyor yaklaşık 630.000 dosya ertesi yıla devrediyor... İcra daireleri, hukuk ve ceza mahkemeleriyle toplam 16 milyon insan birbiri ile çekişmeli durumda...

Haklı olarak yakınıyoruz.

Ama; Fransa'da 35.000 hakim ve savcının yürüttüğü hizmetin çok daha ağırlığını, %1'in altındaki bütçesi ile; binasız, arşivsiz, donanımsız, personelsiz, 7-8 bin hakim ve savcıya yükleyerek, yargılama hızlandırılmaz, Adalet Bakanlığı'na bağlı adli kolluk teşkilatı kurulup, gözaltına alınanların sorgusu yasak yöntemler kullanılmadan bizzat C. Savcılar tarafından yapılmadıkça; daha adil bir yargılama gerçekleştirilemez.

Bilirkişiler kaçınılmaz olarak yargılaşmaya, mafya kendi "adaletini" dağıtmaya, sistimal meşrulaşmaya başlar.

Ülkemizin gelip dayandığı bu noktada hukukçuların hukukun

üstünlüğünden başka seçeneği yoktur. Ne var ki halkımızın umutları tükenmek üzeredir. 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksek Okulu tarafından hazırlanan bir ankete göre; halkın % 82'si susurluk soruşturmasından umudunu kesmiştir.

Bir ülkede bu umut sönmüşse o ülkenin geleceği de kararmış demektir.

Buna kimsenin hakkı yoktur.

"Susurluk", terörün şah damarıdır.

Susurluk karşısında takınılacak tavır turnusol kağıdı niteliğindedir.

Ülkemizi darbelere götüren cinayetlerin, katliamların ardında, susurlukta ortaya dökülen yaygın çeteleşme vardır.

Bu olaya adı karışan herkes bulunduğu mevki ne olursa olsun yargı organı karşısında ifade vermek, bildiklerini anlatmak, suçsuz ise aklanmak, suçlu bulunursa cezalandırılmak zorundadır. Bu nedenle;

• Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat kaldırılmalıdır.

• "Yasama dokunulmazlığı" da "yasal" ve "moral" tüm dokunulmazlıklar da kaldırılmalıdır.

Terörle, çetelerle, gerici akımlarla mücadele başka türlü başarıya ulaşamaz.

Çetelerle mücadele son tahlilde geniş yığınlarla değil, örgütlü silahlı küçük guruplarla mücadeledir. Bu ayrımı yapabilmeyin birliğin, birlikte yaşamın koşulu ise ülkede büyük çoğunluğun dileği olan genel bir barış ortamı oluşturmaktır... Savaşı kıskırtmamak, barış isteyenlerin sesini, barış için yürüyenlerin yolunu kesmemektir...

Değerli meslektaşlarım...

Havaya ve suya olduğu kadar, şimdi bağımsız yargıya, hakim ve savcı güvencesine, güçlü barolara ve her bakımdan güçlü savunma mesleğine ihtiyacımız var.

Aksi halde hukuk ortamında nefes alamayız.

Hakim ve Savcılar memur ya da kapıkulu değildir. Konuşmak, eleştirmek, çözüm üretmek herkesten önce onların hakkıdır. Anlaşıyor ki onlar konuşmadığı zaman, onları susturan yetkililer gün oluyor aynı savcılarını ve yargıçların önünde hesap vermek zorunda kalıyorlar.

Baromuz, savunma hakkının olduğu kadar konuşma ve düşüncelerini açıklama hakkının kürsüsü olma niteliğini bundan sonra da sürdürecektir.

Bu düşüncelerle, yeni adli yılda tüm meslektaşlarıma başarılar diliyorum, tüm konuklarımıza törenimize onur verdikleri için teşekkür ediyorum. ■

DEMOKRASİ, EŞİTLİK VE GELİŞEN AİLE HUKUKU

Şeref ERTAŞ (*)

1984 yılında İzmir Barosu ile birlikte düzenlenmiş olan ve yine Medeni Hukukdaki son gelişmeleri konu alan ve çok sayın hocamız Ord. Prof. Velidedeoğlu ile birlikte konuşmacı olarak katılmıştım. Bu hocamızla yapmış olduğumuz son birlikte çalışma oldu. Sayın Velidedeoğlu Hocamız bu arada aramızdan ayrıldı. Onun aziz hatırasını burada bir öğrencisi olarak anmayı bir borç bildim.

1) Demokrasi ve Aile

20. yüzyılın en belirgin özelliği demokratik devlet düzeninin en iyi yönetim tarzı olduğunun artık tüm çağdaş toplumların ortak değer yargısı olmasıdır. İnsan haklarının tartışmasız kabul ve uygulama gördüğü demokratik devlet düzenleri ise 21. yüzyılda tüm dünyada ulusların ortak değer yargısı olacağını şimdiden söylemek bir kehanet değildir.

İnceleme konumuz "Aile Hukukunda Son Gelişmeler" olduğuna göre, aile hukuku ile demokrasi arasında nasıl bir bağ vardır?... Esasında demokrasi ile en fazla bağlantılı olan hukuk dalı bence Anayasa Hukuku değil, Aile Hukukudur. Çünkü ailede demokrasi olmadan, toplumda nasıl demokrasi olabilir? 1961 ve 1962 Anayasalarımız haklı olarak aileyi toplumun temeli olarak kabul etmiştir. Şimdi bu temelin harcı demokratik değilse bir demokrasi binasından, demokratik bir toplum düzeninden söz edebilir miyiz...

Toplumumuz ne derece demokratiktir sorusuna cevap verebilmek için herşeyden önce ülkemizdeki aile yapısını ve Aile Hukukundaki gelişmeleri incelemek gerekir. Bir toplumda aile reisleri hergün keyfince yeni kurallar koyuyor, ertesi gün bunları yine keyfince değiştirebiliyorsa, bu konuda aile bireylerinin düşüncelerine hiç bir değer vermiyorsa, bunun devlet yönetim şekline yansımayacağını, özellikle o toplumdaki askerî darbelerle yönetim şeklinin arasına da olsa değişmeyeceğini söyleyebilir miyiz.

İşte bu araştırmamızda Aile Hukukundaki müesseseler ile Kamu Hukukundaki bazı çarpık gelişmeler arasında bağlantı kurarak, Aile Hukukumuzun gelişimi üzerinde durmaya çalıştık.

2. Mecelleden Medeni Kanuna

İsviçreli müellifler, İsviçre Medeni Kanununun 1926 yılında Türkiye tarafından iktibasını, "bahnbrechende" bir gelişme yani çağın akışını değiştirebilecek bir gelişme olarak nitelendirmektedir. Gerçekten erkek cin-

sine üstünlük tanıyan eski hukuk düzeni içinde demokratik bir aile yapısı gerçekleştiremeyeceğine göre, bu hukuk sistemi ile demokratik bir devlet yönetimi de kurmak mümkün olamazdı.

Her şeyden önce demokratik düzen, sosyal müesseselerin devamlılığını gerektirir. Halbuki eski hukuk sistemimizde ailenin devamlılığı tamamen kocanın takdirine bırakılmış idi.

Kocaya sınırsız sayılabilecek talak yani boşanma hakkı verilmişti. Bunun belki tek sınırı talakı selasiyedeki hülle müeyyidesi idi. Eski hukuk kitaplarında hüllüceliliğin bir meslek galine geldiği ve meşruluğu tartışılmaktadır. Şimdi devamlı kocanın baskı ve boşanma tehdidi altında yaşayan kadının ve onun yetiştirdiği çocuklardan oluşan ailenin demokratik bir yapıya sahip olabileceğini söyleyebilir miyiz?

Medeni Kanunumuz, boşanma hakkını kanunda sayılan sebepler ile sınırlayarak, hakimin yargısal kararına bırakmak sureti ile aileye devamlılık kazandırmıştır. Ancak bu arada eski hukukumuzdaki hülle müessesesinin Aile Hukuku alanından çıkıp, Anayasa Hukuku alanına girmesi dikkate değer bir gelişmedir. Son on yıl içinde gelişen "hülle particiliği" bunun en güzel örneğidir. Millet vekillerinin partiler arası serbest dolaşımını sınırlayan (fakat sonradan değişmiş olan) Anayasa hükümleri, talak hakkının sınırlanmasında olduğu gibi, Anayasa Hukukumuzda bu neo hülle akımını doğurmuştur.

3. EŞİTLİK İLKESİ VE AİLE HUKUKU

Eşitlik ilkesini en azından Özel Hukuk alanında benimsememiş hiç bir toplumda demokratik yönetimin oluşması mümkün değildir. Eşitlik ilkesinin sadece ulu bir ilke olarak Kamu Hukukunda kabul edilmiş olması, demokratik bir düzen için yeterli olmaz. Bu sebeple 1789 Fransız İhtilalinden sonra yürürlüğe girmiş her Medeni Kanun bireylerin eşitliğini ayrıca düzenlemeyi zorunlu hissetmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nda 8 m.de böyle bir evrensel eşitlik kuralını açıklamaktadır. Fakat buradaki eşitlik mutlak bir eşitlik değil, kanuni sınırlar içinde bir eşitliktir. Kaynak İsviçre Medeni kanununda hatta bu nokta hukuk düzeninin sınırları içinde (In den Schranken der Rechtsordnung) bir eşitlik olarak nitelendirilmektedir. Demokrasinin temel ögesini oluşturan eşitliğe getirilen bu kanuni sınırlamaların büyük bir bölümünün yine demokratik gelişmenin zeminini oluşturan Aile Hukuku alanında yer aldığını görmekteyiz. Demokratik toplumun temel demokratik aile yapısı olduğuna göre, eşitlik ilkesine, Aile Hukuku alanında getirilmiş olan bu yoğun eşitsizlikler ülkemizde demokrasinin gelişmesi açısından bile engel değil midir? Geleneksel aile yapısından kaynaklanan bu cinsiyet esasına dayanan ayrımcı kurallar İsviçre'de de devamlı tartışma konusu olmuş ve nihayet 1984 yılında İsviçre Medeni Kanununun Aile Hukuku alanında yapılan re-

formlarla büyük ölçüde izale edilmiştir. Aynı yıl ülkemizde de İsviçre'deki bu gelişmeye paralel olarak bir Medeni Kanun Öntasarısı hazırlanıp tartışmaya açılmış ve 1988 ve 1990 yıllarında 3444 ve 3678 sayılı Kanunlar ile bir reform hamlesi olarak Türk Medeni Kanununda da bu konuda bazı değişiklikler yapılmıştır.

Biz bu çalışmamızda MK'nun cinsiyet ayırımına dayanan bütün ayrımcı kurallarını incelemeyeceğiz. Burada sadece en fazla tartışılan MK hükümleri üzerinde konumuz açısından durmak istiyoruz.

4. Aile Reisiği ve Eşitlik

Feminist müelliflerce en fazla kritize edilen MK hükümlerinden birisi, kocayı ailenin reisi ilan eden MK 152. m.dir. Esasen, ortaçağ geleneksel aile kavramından kaynaklanmakla birlikte, bugünkü modern hukukta kocaya aileyi geçindirme yükümlülüğünü koyabilmek için, aile borçlarından sorumlu kılınabilmek için konmuş bu hükmün, erkek cinsiyetine gerçekten bir ayrıcalık tanıdığı söylenemez. Bilakis burada kadın cinsiyeti, bir yükümlülüğün, sorumluluktan muaf tutulmuştur. Ortaçağ Avrupasından gelen ve kadınların çoğunluğunun çalıştığı bir dünyada artık bu şekilde "kocanın reisliğine ve tek taraflı yükümlülüğüne dayanan bir aile sistemine gerek var mıdır? Bu sebeple 1984 yılında İsviçre Medeni Kanununun 159. m ve devamı maddelerinde yapılan değişiklikler ile kocanın aile üzerindeki reisliği kaldırıldığı gibi, ailede karı-koca arasında yükümlülükler ve sorumluluklar açısından da bir eşitlik dengesi kurulmuştur.

1984 Türk Medeni Kanunu Öntasarısında da 5. bölümde 147-161 m.lerde evliliğin genel hükümleri, kaynak İsviçre Medeni Kanunundaki bu gelişmelere uygun olarak düzenlenmiştir. Kocanın reisliğinin, aileyi temsildeki önceliğinin, karının meslek icrası üzerindeki tekelinin kaldırılması öngörülmüştür. Benzer bir düzenlemeyi 1997 M.K.Ö.T.'nin 5. bölüm hükümleri (151-167) önermektedir.

Bu tasarının pozitif hukukumuzdaki yansımalarına gelince, 3444 ve 3678 sayılı kanunlar ile MK'nun topyekun değiştirilmesi yerine, bizce de isabetli olarak, kısmi ve tedrici bir tadilatı yolu tercih edilmiştir. Ancak bu 3444 ve 3678 değişiklikleri ile MK'nun eşitlik ilkesi yönünden en fazla eleştirilen, evlenmenin genel hükümlerine ilişkin 5. bab hükümlerine dokunulmamış, Aile Hukukunda sadece boşanma ve miras ile ilgili konularda kısmi değişiklikler yapılmıştır.

5. Boşanmada Eşitsizlik

Allenin bir açıdan idam hükmü olan, boşanma davalarının yüzde sekenden fazlası, şiddetli geçimsizlik sebebine dayanmakta ve MK'nun 3444 sayılı kanundan önceki hükmü, kusurlu eşe boşanma hakkı tanımamakta idi.

Boşanma davalarının çoğunlukla erkekler tarafından açılması ve bu kusur engeli sebebi ile bu davaların, şiddetli geçimsizlik mevcut olsa bile olumsuz sonuçlanması, uygulamanın bu kuralı, erkek cinsiyetini mağdur eden bir kural haline getirdiği ileri sürülmekteydi. Burada çekilmmez hale gelen bir hukuki ilişkiyi sona erdirmeye hususunda bireyin menfaati ile allenin devamı hususunda toplumsal yarar, birbiriyle çelişmektedir. Tarihi açıdan eski hukukumuzda boşanmada erkeğin tek taraflı hakimiyeti, MK ile uygulamasında, boşanmada kadının hakimiyetine dönüştüğü de iddia edilebilirdi. 3444 sayılı kanun sorunu bireyin daha doğrusu kocanın yararına çözmüştür. Esasen MK 134. m.nin eski metni de boşanma konusunda erkek ve kadına tam bir silah eşitliği tanımıştır. Eşitsizlik Türk uygulamasında cinslerin boşanmadan farklı şekilde etkilendiği düşüncesinden kaynaklanmıştır.

6. Velayetin Tevdiinde Eşitsizlik

Uygulamadan kaynaklanan eşler arasında bir başka ayrıcalıklı farklı muamele de boşanmada çocukların velayetinin tevdiinde görülmektedir. Yargıtayımızın artık kemikleşmiş içtihadına göre, çocuğun velayetinin babaya bırakılması ancak çocuğun ana yanında kalması, çocuğun fikri ve ahlaki geleceği bakımından zararlı olacağı yolunda ciddi deliller olması halinde mümkündür. Anne fahişe, eşcinsel veya esrarkeş olmadıkça, velayet otoryetisi olarak anneye bırakılmaktadır. Yargıtayımız içtihadını, çocuğun anne şefkatine ihtiyacı olduğu yönünde duygusal bir gerekçeye dayandırmaktadır. Halbuki MK 148. m.de konan yegane ölçü sadece çocuğun yararındır. Buna göre çocuğun anne yanında mı yoksa baba yanında mı daha iyi bir geleceğe sahip olacağı belirleyici bir ölçü olmalıdır. Yoksa anne veya baba şefkatine göre bir tercih yapmak duygusal bir adalet anlayışıdır. Anne şefkatine baba şefkatine üstünlük tanımak hususunda tıbbi bir kanıtta yoktur.

Boşanma hukuku alanında en büyük eksikliklerden biri de, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşin ona mirasçı olup olamayacağına açık olarak düzenlenmemiş olmasıdır. Davalı ağır kusuru ile boşanma davasının açılmasına sebebiyet vermiş fakat boşanma kesinleşmeden davacı ölmüş ise, bu davalı eşin mirasçılığı ne derece adildir. Bu sebeple Alman Medeni Kanunu ölen eşin mirasçılarına bu açıdan boşanma davasına devam edebilme imkanı vermektedir. Benzer bir düzenlemenin Türk Medeni Kanununda da yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Fakat 1984 Öntasarısında bu konuda da bir değişiklik öngörülmemiştir. Buna karşılık 1997 MKÖT 147.a maddesinde Alman Medeni Kanunundaki çözüme benzer bir düzenlemeyi içermekte, boşanma davası devam ederken davacının ölümü halinde mirasçılarının davaya devam edebilme hakkı tanımaktadır.

7. Nafakada Eşitsizlik

Karı-koca arasında nafaka yükümlülüğü açısından tam bir eşitliğin olduğu söylenemez. Boşanma sonunda şartların oluşması halinde hem erkeğe hem kadına yoksulluk nafakası talep hakkı tanınmakla birlikte MK 144.m.nin 3444'den sonraki metni dahi kocaya ancak karının zengin olması halinde yoksulluk nafakası hakkı tanımaktadır. Halbuki kadın kocası zengin olmasa dahi ondan yoksulluk nafakası isteyebilir.

Tedbir nafakasında durum daha da kocanın aleyhinedir. Boşanma davası açılmış ise, karı isterse İngiltere Kraliçesi kadar zengin olsun, isterse zinası nedeniyle bu davanın açılmasına neden olmuş olsun, koca tedbir nafakası ödemek zorundadır (MK 137). Uygulama hiç olmaz ise bu kuralı MK 2 maddesi ile dengeleyebilirdi. Fakat bu konuda bir gelişme görülmemiştir. (Örneğin YHGK 22.2.1989 T.70 E.102 K.)

8. Soyadı Kavgası

Karı-koca arasındaki hukuki statünün belirlenmesinde en fazla tartışılan konulardan biri de soyadı meselesidir. MK 153. m.sine göre karı, kocanın soyadını taşımak zorundadır. Ayrıca MK. 253. m.ye göre de çocukların babanın soyadını taşıma zorunluluğu ile soyu devam ettirebilme ayrıcalığı erkek cinsiyetine tanınmıştır. Bu kuralların aksınının kararlaştırılması mümkün değildir. Bu kuralların ne derece çağdaş olduğu tartışma konusudur. Bir çok Avrupa ülkesinde bu konuda da kadın ve erkek eşitliğini sağlayıcı düzenlemeler yapılmaktadır. Örneğin Alman Medeni Kanunu 1355 m.sinde 1976 yılında yapılan değişiklikle, evli kadının kocanın soyadını taşıması zorunluluğu kaldırılmış, eşlerin dilerlerse evlenme esnasında anlaşarak karının soyadını da aile soyadı olarak seçmesine imkan verilmiştir.

1984 Öntasarısı 151. m.de kadının kocasının soyadını alacağı hükmü muhafaza edilerek, kariya sadece kocanın soyadı ile birlikte kendi bekarlık soyadını da birlikte kullanma hakkı tanımaktadır. Ancak bunun için nüfus memuruna yazılı bildirimde bulunma şartı öngörülmektedir. Bu hüküm esasında İMK 160. m. sinin 1984 değişikliğinden sonraki hükmünden aynen kopye edilmiştir.

Bu konuda hukukumuzda iki değişiklik yapılmıştır. Birincisi, 3678 sayılı kanunla MK 141. md.de yapılan değişiklik ile bazı şartlar ile boşanan kadına kocasının soyadını boşanmadan sonra da kullanma imkan verilmiş olmasıdır. İkincisi ise Nüfus Kanununda yapılan değişiklik ile yine kariya kocasının soyadı ile birlikte kendi evlenmeden önceki soyadını da kullanma imkanı verilmesidir. Medeni Kanunda düzenlenen bir konunun bu şekilde Nüfus Kanununda bir değişiklik ile düzenlenmiş olması isabetli değildir.

1997 Öntasarısı, 153. m.de kadının evlendirme memuru veya nüfus idare-

resine başvurarak bekarlık soyadını kocanın soyadı ile birlikte kullanmasına ve 141 m. 2.f.da da boşanan kadına menfaatinin bulunması ve kocaya bir zarar vermemesi koşulu ile kocasının soyadını kullanma izni verilmektedir.

9. Aile Mal Rejimleri

Uygulamada Türk Medeni Hukukunda eşler arasındaki eşitliği bozan bir başka nokta da aile mal rejimidir. Türk Hukukundaki kanuni mal rejimi olan, mal ayrılığı rejimi evliliğin sona ermesi halinde kadın aleyhine sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Alman Hukukunda bu nedenle kazanılmış mallara katılma (Zugewinnngemeinschaft) kanuni mal rejimi olarak kabul edilmiştir. 1984 Öntasarısında mal ayrılığı yine kanuni mal rejimi olarak korumuş, ancak edinilmiş mallara katılma sistemi ise yeni bir akdi mal rejimi olarak 181 - 202 m.ler arasında düzenleme konusu yapılmıştır. Halbuki Türk Kanun koyucusunun adım adım gölge gibi izlediği kaynak İsviçre Medeni Kanununda 1984 değişikliği ile "edinilmiş mallara katılma (Errungenschaft)" 181. m.de kanuni bir mal rejimi olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Yeni Medeni Kanun Komisyonunca 1997 yılında tamamlanmış olan Öntasarıda ise 170. maddede "Paylaşmalı mal ayrılığı" rejimi kanuni mal rejimi olarak önerilmektedir. Tasarının 186-190. m.lerinde de bu mal rejiminin ayrıntıları düzenlenmektedir. Bu mal rejiminin özü, evlilikten sonra, bir ivaz karşılığı edinilmiş ve ailenin kullanımına ve müşterek geleceğine tahsis olunmuş malların, evliliğin sona ermesi halinde eşler arasında paylaşılmasıdır.

1997 Öntasarısı bu bakımdan İsviçre ve Almanyadaki kanuni mal rejimlerinden ayrılmış ve Avusturya Hukukunda mevcut kanuni mal rejimine benzer bir sistemi benimsemiştir.

10. Anayasa Mahkemesi ve Aile Hukuku

Son on yıl içinde eşitlik Medeni Kanununun ilkesine ters düşen dört sakat hükmü Anayasa Mahkemesi vasıtasıyla bertaraf edilmiştir. Kanun koyucunun uzun yıllardan beri doğruluğu tartışan bu hükümleri düzeltmekte tembelliği karşısında bu görev Anayasa Mahkemesi tarafından yerine getirilmiştir. Medeni Kanun yürürlüğe gireli 70 yıl ve Anayasa Mahkemesi göreve başlayalı 30 yılı aşmasına rağmen, bu hukuki gelişmenin son on yıl içinde gerçekleşmiş olması da ayrıca dikkate değer bir noktadır. Birincisi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen MK hükmü, zina mahsulü çocuklar için şahsi sonuçlu babalık davası açılmasını yasaklayan 310. m. son fıkra hükmüdür. Zina mahsulü evlilik dışı çocuklar ile zina mahsulü ol-

(1) Makale yayınlanmak üzere teslim edildikten sonra MK. m. 153 de, 14.5.1997 tarih ve 4248 sayılı kanun ile değişiklik yapılmıştır. Bu hüküm şöyledir: (Kadın, evlenmekte kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuru veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önüne önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir)

mayan evlilik dışı çocuklar arasında ayırım yapan bu hüküm Anayasa Mahkemesince 21.5.1981 tarihli karar ile iptal edilmiştir.

Ancak bu iptal kararlarından sonra zina mahsulü çocukların baba tarafından tanınamayacağına ilişkin MK 292. m. hükmü hala varlığını sürdürmesi büyük bir çelişki teşkil etmekteydi. Ve nihayet Anayasa Mahkemesi 28.2.1991 tarih ve 90/15 K-91/5 E sayılı kararı ile bu 292. m. nin erkeklerin zinasından doğan çocukların tanınamayacağına ilişkin hükmünü de iptal etmiş fakat annenin zinası mahsulü çocukların tanınamayacağına ilişkin 292. m.nin hükmünü dava konusu olaya uygulanabilir bir hüküm olmadığı gerekçesi ile iptal dışında tuttuğundan bu açıdan eşitsizlik devam etmektedir. Bu durumda annenin zinası mahsulü çocuğu, koca nesebini redd etmiş olsa dahi, gerçek baba kendi isteği ile tanıyamamakta fakat onun aleyhine dava açılıp yargı zoru ile babalık kararı alınabilmektedir.

Eşitlik ve hakkaniyet ilkeleri ile açıkça çelişen bir hüküm de mirasda babanın evlilik içi furuu ile evlilik dışı furuu arasında ayırım yapan MK 443. m.2. fıkra hükmü idi. Bu hükümde Anayasa Mahkemesince 11.9.1987 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. Daha sonra 3678 sayılı Kanun ile MK 444 yeniden düzenlenerek bu konudaki tereddütler ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.

Nihayet en son olarak kadının çalışmasını kocanın muvafakatine bağlayan MK 159. m. hükmü de Anayasa Mahkemesince 29.11.1990 tarihli (RG 2.7.1992) bir karar ile iptal edilmiştir.

Bu konularda kaynak İsviçre Hukukundaki gelişmelere gelince; 1976 yılında İsviçre MK 7. bab 252-327 m.ler yeniden düzenlenerek, görünüşte evlilik içi ve evlilik dışı nesep ayırımı kaldırıldı. Ancak İsviçre Medeni Kanunu 461.sinde evlilik dışı doğmuş çocukların babaya mirascılığında bu klasik çağdışı ayırım aynen muhafaza edilmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, Türk kanun koyucusu, İsviçre Kanun koyucusunu daima bir adım geriden takip etmekle birlikte, bu konuda Türk kanun koyucusu, Türk Anayasa Mahkemesinin baskısıyla İsviçre Hukukunun önüne geçmiştir. Evliliğin eşitlik ilkesini ihlal eden MK 5. bab hükümlerini İsviçre zaten 1984 değişikliği ile ortadan kaldırmıştır. Türk hukukunda ise 1984 Öntasarısında İsviçre MK'nun bu reform hükümlerine paralel hükümler konmasına karşılık yukarıda belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesinin 159. m.ye ilişkin iptal kararı dışında bir henüz değişiklik olmamıştır. ■

TÜRKLERİN KİŞİ HALLERİNE İLİŞKİN DAVALARDA MİLLETLERARASI YETKİ VE BU DAVALARDA YABANCI ÜLKEDE VERİLEN İLAMLARIN TANINMASI VE TENFİZİ

Korhan DEMİRELLİ (*)

I- GİRİŞ

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında 2675 sayılı ve 20.05.1982 tarihli kanunumuz (MÖHUK) yürürlüğe girdiğinden bu yana neredeyse on beş yıl dolacak. Bu yeni kanunumuzla getirilen hükümlerden bazılarının uygulanmasında, bugüne kadarki mahkeme uygulamalarına baktığımızda bazı güçlüklerin, hatta yanlış uygulamaların olduğunu görmekteyiz. Burada konu ile ilgili olarak milletlerarası yetki açısından MÖHUK'un 28. Maddesi ve bu tür davalarda verilen yabancı ilamların Türkiye'de tanınması ve tenfizinde en çok uygulanan hükümlerden biri olan MÖHUK'un 38. Maddesinin e bendi incelenmeye çalışılacaktır.

II- KİŞİ HALLERİ KAVRAMI

MÖHUK'un gerek 28. Maddesinde gerek 38. Maddesinin e bendinde Türklerin Kişi Halleri kavramı geçmekte ve adı geçen hükümlerde Türklerin kişi Halleri ile ilgili konuları özellikle düzenlenmektedirler. Bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği MÖHUK'ta açıklanmamıştır. MÖHUK'tan önce yürürlükte olan ve Türk Devletler Özel Hukukunun ana kaynağını teşkil eden 23 Şubat 1330 tarihli Memaliki Osmaniyede Bulunan Ecnabilerin Hukuk ve Vezalifi Hakkında Muvakkat Kanununun (Muvk.) 4. Maddesinde de Şahsın ve Aile hukukuna ait konular diğer hukuk konuları ile birlikte zikredilmiş, ancak ahkam-ı şahsiye gibi bir ayırım yapılmamıştır. MÖHUK'un yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kalkan HUMK m. 18 ve 540 ta da sözü edilen kavram kullanılmaktaydı.¹

Nelerin kişi hallerine ilişkin sayılması gerektiği öğretide tartışmaya sahne olmuş,² sonunda Şahsın Hukuku ve Aile Hukukunda düzenlenmiş olan mali konular, örneğin maddi manevi tazminat davaları, evlilikte mal rejimine ait davalar ve nafaka davalarının bu kavrama dahil olmadığı kabul edilmiştir.³ Buna göre bu hallerden, şahsın Hukuku ve Aile Hukukundan kaynaklanan ve kişinin şahsi statüsünü etkileyen durumların anlaşılması gerekmektedir.⁴ Kişinin hak ve fiil ehliyeti, medeni hali gibi durumlar kişinin şahsi durumunu

(*) Yardımcı Doç. Dr. DEÜHF Öğr. Üyesi

(1) HUMK m. 18 Türklerin Kişi hallerine ilişkin davalarda kesin yetkili mahkemeyi düzenlerken, HUMK m. 540 ise bu tür davalarda yabancı mahkemelerden alınan kararların Türkiye'de tanıma ve tenfizlerini mümkün kılmayacak bir düzenlemeye sahiptir.

(2) Bkz. Çelikel, Aysel, Ahkam-ı Şahsiye Konusunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması, İstanbul, 1963, Sh. 41; Seviğ, V.R., Ahkam-ı Şahsiye Davalarında Türk Mahkemelerinin yetkisi, İHFM, 1963, Sh. 1011.

(3) Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 1996, Sh. 362.

(4) Nomer, Sh. 362.

etkileyen durumlardır. Boşanma davası sonunda kişinin medeni halinde bir değişiklik olur, ancak bu karardan bir hüküm fıkrası ile nafakaya da karar verilmiş ise, nafaka ile ilgili karar kişinin şahsi statüsünde herhangi bir değişikliğe neden olmaz. Bu nedenle nafaka ile ilgili kararlar kişi hallerinden değildir.

Kişi hallerine ilişkin kavramına bağlı bir özelliği daha belirtmek gerekir. Türk Milletlerarası Özel Hukukuna göre ne milletlerarası yetkinin tayininde ne de yabancı ilamların tanınması ve tenfizinde kural olarak tarafların vatandaşlığı bir rol oynamaz. Ancak inceleme konumuz olan maddelerde bu kuralın bir istisnasının söz konusu olduğunu görmekteyiz. Burada doğrudan doğruya vatandaşlığa bağlı bir Yetki Kaidesi ve Tanıma ve bir Tenfiz Şartı getirilmiştir.

III- MİLLETLERARASI YETKİ

Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi kural olarak MÖHUK m. 27'nin atfıyla iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları ile tayin edilmektedir. Hukukumuzda yer itibarıyla yetkiyi düzenleyen kurallar bununla "çifte fonksiyonlu kurallar"⁵ haline gelmişlerdir, yani aynı zamanda milletlerarası yetkiyi de düzenlemektedirler. Diğer bir deyişle, MÖHUK milletlerarası yetkiyi kural olarak bizzat düzenlemektedir. Çok sınırlı bazı konularda milletlerarası yetkinin bizzat MÖHUK tarafından düzenlendiğini görüyoruz. Bunlardan bir tanesi de Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda milletlerarası yetkidir ki, bu da MÖHUK'un 28. Maddesinde düzenlenmiştir.

Bu maddenin düzenlenmesinin gerekçesi, bir taraftan HUMK'nun mülga 18 ve 540 maddeleriyle yabancı ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarının yaşadıkları güçlükleri ortadan kaldırmak, yani onlara buldukları ülkelerde de dava açma ve daha sonra bu ilamları Türkiye'de tanıma veya tenfiz etme imkanını vermek, diğer taraftan onlara Türkiye'de kişi hallerine ilişkin konularda devamlı bir mahkemeyi hazır bulundurmaktır.⁶

1- MADDENİN UYGULANMA ŞARTLARI

MÖHUK m.28:"Türkiye'de ikametgahı bulunmayan Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaları, ikamet ettikleri ülke mahkemesinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde, Türkiye'de yer itibarıyla yetkili mahkeme de bulunmaması halinde ilginin sakin olduğu yer, Türkiye'de sakin değilse Türkiye'deki son ikametgahı mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir Mahkemelerinden birinde görülür."

a) Dava Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin olmalıdır. Bu kavramdan ne anlaşılması lazım geldiği yukarıda kısaca izah edilmeye çalışıldı. Mad-

(5) Bu kavram Alman Hukukunda kullanılmaktadır.

(6) Çelikel, Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 1995, Sh. 305; Nomer, Sh. 362; Almanya'da görülmekte olan bir davada 7.6.1968 tarihli Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde T.C. Adalet Bakanlığı'ndan m.28 ile ilgili istenen bilgi ile ilgili bildirilen görüşte de bu husus bir defa daha dile getirilmiştir, bkz. Unal, Şeref, Türklerin Boşanmalarında Yetki ve Uygulanacak Hukuk, Yargıtay Dergisi, 1992, Sh. 224 vd.

denin uygulanabilmesi için her iki tarafın da Türk vatandaşı olması gerekli değildir. Kişi hallerinde değişiklik olacak tarafın Türk vatandaşı olması yeterlidir. Bu kişinin davacı veya davalı pozisyonunda da bulunması burada rol oynayıcı değildir.⁷

b) İlgilinin ikametgahının Türkiye'de olmaması gerekir. Medeni Kanunun 19. Maddesine göre ikametgah, bir kimsenin yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin nüfus siciline kayıtlı bulunduğu yer ikametgah bakımından karine sayılmaktadır.⁸ Fakat bu karinenin aksi ispat edilebilir. Diğer bir deyişle, bir kimse ikametgahının nüfus siciline kayıtlı olduğu yerde değil de, başka bir yerde olduğunu ileri sürebilir. Yalnız bunun ispat edilmesi gerekmektedir.⁹ Burada inandırıcı olmak kaydıyla her türlü ispat vasıtası kullanılabilir.¹⁰ Yargıtay'ın MÖHUK'un 28. Maddesi ile ilgili olarak verdiği bir kararda, bir tarafın ikametgahlarının yurt dışında olduğunu ileri sürmesine rağmen adı geçen karineden hareketle ikametgahın Türkiye'de olduğu ima edilmiştir.¹¹ Ancak ikametgahın Türkiye'de olduğunun kabul edildiği hallerde madde 28'in lafzı gereği bu maddenin uygulanmaması gerekir. Nitekim bu gerçeğe işaret edilerek, m.28'in sadece ikametgahı yurt dışında bulunan Türkler için değil, "yurt dışında yaşayan" Türk vatandaşları için de kabul edilmiş bir hüküm olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür.¹² Maddeyi bu şekilde anlamak gerekmektedir. Aksi takdirde madde, Türkiye'de ikametgahın olmaması gibi ispatı zor bir şarta bağlandığından,¹³ çok sınırlı bir uygulama alanı bulabilir.

c) İlgili ikamet ettiği ülke mahkemesinde dava açmamış veya açamamış

(7) Nomer, Sh. 363

(8) Kuru, Bakı, Hukuk Muhakemeleri usulü, Cilt I, İstanbul 1990, Sh. 264, YARGITAY 2. HD T.27.06.1977, İKİD 1978/209, Sh. 6126; 2. HD T.14.11.1983, YKD 1994, Sh.367

(9) Kuru, Sh.265; Yargıtay 2. HD T. 28.12.1972, İBD, 1973, Sh. 403.

(10) Kuru, Sh. 266, Zevkiler, Aydın, Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1992, Sh. 335.

(11) Yargıtay T. 13.11.1992, YKD, 1993, Sh. 1162.

(12) Çelikel, Sh. 305; Nomer, Sh. 363.

(13) Aslında yukarıda da ifade edildiği gibi, Türk Hukukunda ikametgahın bir başka yer olduğunun ispatı mümkündür. Türk Hukukundaki ikametgah kavramını İngiliz Hukukundaki domicile of origin (asli ikametgah veya doğumla elde edilen ikametgah) ile karıştırmamak lazımdır. Nitekim bu kavram İngiliz Hukukunda vatandaşlık kavramına yaklaştırılmış olup, eğer bir kişi bir daha eski ikametgahına dönmek üzere yeni bir ikametgah seçerse (domicile of choice), ancak o zaman onun asli ikametgahını terk etmiş olduğu ve başka bir ikametgaha sahip olduğu kabul edilmektedir ki, bunun ispatı da İngiliz mahkeme uygulamasında çok sıkı şartlara bağlanmıştır. Nomer, Sh. 109. Türk Hukukunda da yurt içindeki ikametgah değişikliğinin mümkün olması gibi, bir Türk vatandaşının yabancı bir ülkede de aynı yurt içindeki şartlarla ikametgah tesis edebileceği kabul edilmelidir. Bunu, eğer ikametgah yurt dışında tesis ediliyorsa, ağır şartlara bağlamak Türk Hukukundaki ikametgah anlayışı ile bağdaşmaz, Yargıtay yine MÖHUK m.28 çerçevesinde verdiği bir kararda Türkiye'de ikametgahın bulunmadığını, neye dayandığını açıklamadan, kabul etmiştir. 2. HD T.14.01.1986, YKD 1986, Sh. 1765; aksi karar için bkz. Yargıtay 2.HD T.13.11.1992, YKD 1993, Sh. 1162, bu kararda Yargıtay 1587 sayılı Nüfus Kanununun 4. Maddesinden hareketle ikametgah karinesine uygun görüş bildirmiştir.

olması gerekir. Burada aynı sonuçlu iki hal söz konusudur. Sonuç, yabancı ülkede kişi hallerine ilişkin açılmış bir dava yoktur. Birinci halde taraflar buldukları ülkede isteyerek dava açmamışlardır. İkinci halde ise, dava yabancı ülkede kişi hallerine ilişkin açılmış bir dava yoktur. Birinci halde taraflar buldukları ülkede isteyerek dava açmamışlardır. İkinci halde ise, dava yabancı ülkede açılmak istenmesine rağmen,¹⁴ hukuki engeller nedeniyle orada açılmamaktadır. Bu hallerde 28. Madde taraflara basamaklı yetki kaidelerinden oluşan ve her halukarda davalarını Türkiye'de açma imkanı vermektedir.¹⁵ Kişi hallerine ilişkin bir davada Türkiye'de yetkili bir mahkeme bulunmaması diye bir şey söz konusu değildir. Yukarıda maddenin düzenlemesi gerekçelerinden biri olarak sayılan, Türklerin Kişi hallerine ilişkin davalarda Türkiye'de devamlı bir mahkemenin hazır olması bu şekilde temin edilmiş olmaktadır.

MÖHUK'un 28. Maddesinin uygulanmasında esas güçlük yaratan konu, kişi hallerine ilişkin bir davanın yabancı ülkede açılmış olduğu hallerde çıkmaktadır.¹⁶ Burada da iki durumu birbirinden ayırt ederek incelemek gerekir.

Birinci halde yabancı ülkede açılmış bir dava vardır, ancak bir taraf buna rağmen Türkiye'de aynı konulu aynı sebebe dayanan ve tarafları aynı olan ikinci bir dava açmak istemektedir. Bunun sebepleri çeşitli olabilir. Örneğin, boşanmak isteyen tarafın, yurt dışındaki davanın gidişatından veya oradaki bu konuda emsal teşkil eden kararlardan orada boşanmanın güç olacağını görüp, bunu bir de Türkiye'de denemek istemesi hali akla gelebilir. Böyle bir durumda Türkiye'de dava açıldığında ne olacaktır? Önce bir konuyu belirtmekte fayda vardır. M.28 göre Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi münhasır yetki niteliğinde değildir. Bu, maddenin "davanın ikamet ettiği ülke mahkemesinde açılmadığı veya açılmadığı" ifadesinden çıkmaktadır.¹⁷ Ancak maddedeki yer itibarıyla yetki kuralları, basamaklı yetki kurallarındandır. Diğer bir ifade ile sıraya uyulmadan bir sonraki yetki kaidesine geçilemez. Bu husus mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınır.¹⁸ Şimdi böyle bir durumda Türkiye'de dava açıldığı zaman, mahkeme eğer 28. Madde'deki basamaklı yetki kaidelerine uyulmuş ise, davayı yetkisizlik sebebiyle red edemez. Ancak yine maddenin yukarıda bir defa daha belirtmiş olduğumuz ifadesi, yani davanın yabancı ülkede açılmadığı veya açılmadığı ifadesi, Türkiye'de ikinci dava açılması durumunda maddenin bir derdestlik itirazına imkan tanıdığı yorumuna müsaittir. Nitekim bu du-

(14) Yargıtay 2. HD T. 14.01.1986, YKD 1986, Sh. 1764; Çelikel, Sh. 307

(15) Yetkili mahkemelerin ayrıntısı için bkz. Nomer, Sh. 363, özellikle dipnot 159a.

(16) Davanın yabancı ülkede açılabilmesi, maddenin düzenlenme gerekçesinin diğerini oluşturmaktadır.

(17) Çelikel, Sh. 307.

(18) Bu kuralların kesin yetki kuralları olduğu görüşü için bkz. Nomer, Sh. 364.

rumlarda Türkiye'deki davanın davalısının HUMK m.187/4 uyarınca derdestlik itirazına sahip olduğu kabul edilmektedir.¹⁹ Bu durum Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda yabancı derdestliğin dikkate alındığı iki istisnai halden birini oluşturmaktadır.²⁰ Davalı ilk itiraz teşkil eden bu itirazı kaçırırsa, Türk mahkemesi davaya bakmaya devam eder. Birinci hal için son olarak özetleyerek şunu söyleyebiliriz: Madde 28 Türkiye'deki davalıya yabancı derdestlik halinde bir derdestlik itirazı hakkı vermektedir.²¹ Davalı böylece yabancı ülkede görülmekte olan davada muhtemelen elde edeceği sonuçtan farklı bir sonucu arzu eden davacıya karşı ilk etapta süre kazanmış olur. Davalı istediği sonuca ulaşmak için bu arada yapması gereken şey, yabancı ülkedeki davanın biran önce sonuçlanmasını sağlayıp, kesinleştirdiği kararı Türkiye'deki dava sonuçlanmadan önce Türkiye'de vakit kaybetmeden tanınmasına çalışmaktır. Bunu başarırca, tanınmış yabancı ilam MÖHUK m.42 I fıkrası gereği kesin hüküm teşkil edeceğinden, Türkiye'de görülmekte olan dava bu sebepten reddedilecektir.²²

İkinci halde, yabancı ülkede açılan kişi hallerine ilişkin dava sonuçlanmış ve bu dava sonucunda verilen kararın kesinleşmiş olduğu durum söz konusudur. Bu durumda taraflar bu yabancı ilamın tanınması veya tenfizini isteyecekleri yerde, aynı davayı Türkiye'de tekrar açabilirler mi? Böyle ikinci bir davaya gerek duyulabilecek haller çok çeşitli olabilir. Örneğin, yabancı ülkede verilen karar bir tarafın aleyhine olabilir. Karar aleyhine olan taraf Türkiye'de açılacak bir davadan kendisi için daha ümitli olabilir. Diğer akla gelen bir sebepte, yabancı ilamın tanınma veya tenfiz engelinin olması ihtimali halinde ortaya çıkabilir. Yukarıdaki soruya olumlu yanıt vermek gerekir.²³ Çünkü yabancı mahkeme kararları Türkiye'de herhangi bir tesir gösterebilmeleri için Tanınma veya Tenfiz prosedüründen geçmeleri gerekir, aksi takdirde Türkiye'de hiçbir hüküm ifade etmezler. Madde 28 deki ifadenin tersinden hareketle, yani yabancı ülkede davanın açılması halinde, artık Türkiye'de dava açılmayacağı yorumu bu yüzden dayanaktan yoksundur.²⁴ Ancak belli ki bu yorumda m. 28'in ne amaçla düzenlendiği gözardı edilmiştir. Maddenin düzenlenmesinin ikinci gerekçesi, yukarıda da belirtildiği

(19) Çelikel, Sh. 307; Nomer, Sh. 364, 354

(20) Nomer, Sh. 354. Diğer hal ise, MÖHUK m.31 de düzenlenmiş olan yabancı mahkemelerin Yetki anlaşmasıyla yetkilendirilmeleri halidir.

(21) Önemli bir konuda, davalının bu maddeye dayanarak derdestlik itirazında bulunabilmesi, yukarıda b-şıkında izaha çalışıldığı gibi, ikametgah kavramının doğru yorumlanmasına ve dolayısıyla ikametgahın yabancı ülkede olduğunun kabul edilmesine bağlıdır. Aksi takdirde 28. Madde'nin bahsetmiş olduğu derdestlik itirazı imkanı tamamen ortadan kalır.

(22) Bu anlamda Rumpf, Christian, Zur Internationalen Zuständigkeit Türkischer Gerichte für Scheidungsvorfahren im Ausland lebender Türken, Iprax, 1995, Sh. 184.

(23) Yargıtay 2. HD T. 14.01.1986, YKD 1986, Sh. 1764; bu karar ve özellikle 13.11.1992 tarihli Yargıtay kararının eleştirisi için bkz. Rumpf, Iprax, 1995, Sh. 182 vd.

(24) Rumpf, Iprax, 1995, Sh. 184; tarafların Türkiye'de yeni bir dava açmak yerine yabancı ilamın tanınması yoluna gitmeleri gereği için bkz. Sakmar, Ata, Le Nouveau Droit International Privé Turc, Sh. 386.

gibi, Türklerin Kişi Hallerine giren durumları Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisinden çıkarmak, bu kişilere buldukları ülkelerde bu tür davaları açma imkanı vermektedir. Bunun sonucunda elde edilen kararların Türkiye'de tanıma ve tenfize konu edilmesi yabancı ilamların Türkiye'deki etkisi açısından mevcut düzenlemelere göre kaçınılmazdır. Madde 28 ile MÖHUK'un getirdiği düzenleme, daha sonra tanıma veya tenfize gerek olmasa da, yabancı ülkede yaşayan vatandaşlarımız için bu haliyle de büyük kolaylık getirmiştir. Ancak az önce de belirtildiği gibi, bu halde tanıma veya tenfize gitmek veya aynı konuda aynı taraflar arasında aynı sebebe dayanarak yeni bir dava açmak tamamen tarafların insiyatifine kalmıştır.²⁵

2- SONUÇ

a) Madde 28'e göre kişi hallerine ilişkin davalarda yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının Türkiye'de her zaman dava açabilecekleri yetkili bir mahkeme bulunmaktadır.

b) Yurt dışında bu konularda görülmekte olan bir dava varsa, Türkiye'de ikinci bir davanın açılması halinde madde 28 bir derdestlik itirazı hakkı vermektedir.

c) Yurt dışında açılan dava sonuçlanmışsa, taraflar yabancı mahkeme ilamını isterlerse, Türkiye'de tanıtırlar veya tenfiz ettirirler, isterlerse aynı davayı Türkiye'de tekrar açabilirler. 28 madde yabancı ülkede dava açma imkanı vermekle Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda büyük bir aşama kaydetmiştir. Yurt dışında alınan yabancı ilamın madde 28 çerçevesinde Türkiye'de kendiliğinden tanınip veya tenfiz edilme imkanına sahip olduğunu beklemek veya bu sonuca yol açmasını beklemek çok fazla aşırıya kaçmak olur.

IV- YABANCI İLAMLARIN TANINMASI VE TENFİZİ

Kişi hallerine ilişkin davalarda verilmiş yabancı ilamların tanıma veya tenfizi, Türk Tanıma ve Tenfiz Hukuku'ndaki mahkeme uygulamasının büyük bir çoğunluğunu oluşturmaktadır. Bu yüzden tanıma ve tenfiz şartlarının irdelenmesi büyük önem taşımaktadır. Bu şartlardan MÖHUK m.38/c ve e bendlerindeki 2675 sayılı kanunumuzun yürürlüğünden bu yana konuyla ilgili olarak tanıma ve tenfizi en çok engelleyen hükümler olarak karşımıza çıkmışlardır. Bunlardan m. 38/c de düzenlenen kamu düzeni şartıdır. Madde 38/c bu çalışmanın kapsamını genişletmemek için gerekli olmasına rağmen burada inceleme konusu yapılmayacaktır. Giriş bölümünde belirtildiği üzere, kişi hallerine ilişkin yabancı mahkemelerden verilen kararların tanıma ve tenfizinde aranan diğer tanıma ve tenfiz hukukunu düzenleyen hükümler de burada irdelenmeyecektir. Sadece bu tür davalarda hem tanıma hem de tenfizin şartlarından olan MÖHUK m.38/e incelenecektir.

MÖHUK m.38/e: "Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilamda Türk Kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmaması ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması"

Bu şartın göz önüne alınabilmesi için kendisine karşı tenfiz (veya tanıma) istenen kişinin Türk vatandaşı olması ve tenfize (tanımaya) bu yönden itiraz etmesi gerekir. Mahkeme bu şartı re'sen göz önüne alamaz. Türk kanunlar ihtilafı kaidelerinin uygulanmış olmasının aranması kişi hallerine ilişkin davalarda,²⁶ Türk tarafı korumaya yöneliktir.

Türkiye'de kişi hallerine ilişkin bir yabancı ilamın tanınması veya tenfiz talep edildiğinde, böyle bir davanın davalısı konumundaki m.38/e deki itiraz hakkını kullanırsa, hakimin yapacağı tetkik maddenin lafzı göz önüne alındığında, yabancı mahkemenin Türk Kanunlar İhtilafı kaidelerinin göstermiş olduğu hukukun uygulanıp uygulanmadığının tespitinden ibarettir. Burada esas tartışma konusundan önce bir diğer konuya da değinmek gerekmektedir. O da, davalının itiraz hakkını kullanabilmesi için tenfiz istemine ilişkin dilekçenin, duruşma günü ile birlikte kendisine MÖHUK m.39/1 gereği tebliğ edilmesi gerektiği konusudur. Madde 39 da konumuz çerçevesinde diğer usul ile ilgili maddelerin hepsinde olduğu gibi, sadece tenfizden bahsedilmektedir. ancak tenfiz için öngörülen usulün tanımada da aynen geçerli olduğu görüşü hakimdir.²⁷ Tanıma MÖHUK m.39/1 deki karşı tarafa tebligat çıkarma yükümlülüğünün, tanıma presödüründe de aranmasının gerekli olduğu Yargıtay kararlarında belirtilmiştir.²⁸ Uygulamada tanıma davalarında bazen bu gerekliliğe dikkat edilmediği ve karşı tarafa tebligat çıkarmadan yabancı kararların tanındığı üzülmektedir.²⁹ Burada bir gerçeği de vurgulamak gerekir ki, davalının Türkiye dışında bulunduğundan dolayı yurt dışına tebligat yapmak gerekiyorsa bu uygulamada fevkaledé uzun zaman

(26) Bu tür davalardan neyin kast edildiği yukarıda II de açıklanmıştır.

(27) Çelikel, Sh. 377; Bkz. Dipnot 28 deki Yargıtay kararları. Tenfiz usulünün tanımayla tamamen aynı olmadığını da burada vurgulamak gerekir, bkz. Nomer, Sh. 401. Bu farklılık tanıma ile tenfiz arasındaki nitelik farklılığından gelmektedir. Tenfiz için mutlaka bir tenfiz kararı (exequatur) gerekirken, tanımada tanıma şartlarının mahkemece tesbii yeterlidir. Bu pratikte şu anlama gelmektedir: yabancı bir ilamın Türkiye'de icra kabiliyeti kazanabilmesi için mutlaka bir tenfiz davası açılmalıdır ve mahkeme tenfiz kararı vermelidir. Buna karşılık yabancı ilamın tanınmasında mutlaka aynı bir davaya gerek yoktur. Bu duruma göre değişir. Örneğin, yabancı ülkede bir alacak davasında mahkeme davayı esaslan reddetmiştir. Yabancı ülkede görülmüş olan bu davadaki davalı ki, dava onun lehine sonuçlanmış, Türkiye'de kendisine karşı bir daha aynı sebepten ve aynı kişi tarafından aynı konulu bir alacak davası açılırsa, bu davada, daha önce kesinleşmiş bulunan yabancı ilamın tanınması talebinde bulunarak, yabancı ilamı şartları varsa (bu şartlar mahkemece tespit edilirse) tanıtılabilir ve bu şekilde MÖHUK m.42/1 gereği tanınmış ilam kesin hüküm teşkil edeceğinden Türkiye'de açılan davayı bu sebepten reddedebilir. Görüldüğü gibi burada ayrıca bu tanıma davası açılmadan, hukuki menfaatin olması kaydı ve şartı ile, görülmekte olan bir dava içinde tanıma prosedürü işleyebilmektedir. Hiç şüphesiz tanıma ayrı bir dava ile de talep edilebilir. Örneğin yabancı bir ülkede alınmış boşanma kararı Türkiye'de Nüfus müdürlüklerinde sicile kaydedilebilmek için MÖHUK m.35 gereği yetkili olan bir Asliye Mahkemesinde bu kararın tanınması için dava açılabilir.

(28) Yargıtay 2. HD T. 16.03.1987 YKD 1988, 23. RG. 04.02.1994-21839; RG. 10.10.1994-22077;RG. 14.11.1994-22111;RG. 05.12.1994-22132;RG. 15.01.1995-22172;RG. 13.02.1995-22201; RG. 05.03.1996-22571.

(29) Bkz. Ayrıca Nomer, Sh. 402

almaktadır.³⁰

MÖHUK m.38/e konusunda asıl tartışılmalı konu; hakim'in Türk Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin gösterdiği hukukun uygulanıp uygulanmadığını tespit etmesinin yanında, bir de buna göre uygulanacak hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını araştırıp araştıramayacağıdır. Türk Kanunlar İhtilafı Kaidelerince uyuşmazlığa Türk maddi hukuku uygulanacaksa, tenfiz (tanıma) hakim'i yabancı mahkemenin Türk hukukunu doğru uygulayıp uygulanmadığını kontrol etmesi, ilk bakışta çok makul gelse de MÖHUK m.38/e ifadesinden hareketle olumlu yanıt verilebilecek bir durum değildir.³¹ MÖHUK m.38/e gereğince tanıma veya tenfize itiraz edebilmek için, kararın Türk maddi hukuku uygulanarak verilmemiş olması değil, Türk Kanunlar İhtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun uygulanmamış olması gerekmektedir. Ancak bu kurallara göre uygulanması gereken hukuk yabancı bir hukuk da olabilir. Örneğin bir yabancı ile evli bir Türk vatandaşı arasında yabancı ülkede açılmış bulunan bir boşanma davasında uygulanacak hukuk, eğer çiftler yurt dışında oturuyorlarsa, MÖHUK m. 13 II. Fıkra gereği yabancı hukuk olabilir.³² Daha sonra bu karar Türkiye'de tanıtılmak istenirse, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin ve yabancı hukukun uygulandığı bu durumda Türk vatandaşları için arzu edilen "koruma" nasıl sağlanabilecektir? Hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı Türk kanunlar İhtilafı Kaidelerine göre uygulanacak hukukun Türk maddi hukuku çıkması halinde ne kadar mantıklı görünse de, yabancı hukukun söz konusu kaidelerimizce yetkilendirilmiş olup uygulanması hallerinde o kadar mantıksızdır. Yetkili hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını tetkik, Türk Tanıma ve Tenfiz Hukuku'nda kabul edilen revision au fond-yasağı ile, yani içeriği tetkik yasağı ile de çelişir.³³

Yargıtay'a göre yabancı kararda sadece Türk hukukuna ve uygulanması gereken maddeye atıfta bulunulmuş olması m.38/e deki şartın gerçekleşmesi için yeterli değildir, Türk hukukunun gerçekten uygulandığının ispat edilmesi gerekir.³⁴ Kanunlar İhtilafı Kaidelerimizin yetkilendirdiği hukuk Türk hukuku ise onun yanlış uygulanması ile elde edilen bir karar bizi rahatsız edebilir. Bu durumlar için Yargıtay'ımızın çeşitli kararları bu-

lanmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, MÖHUK m.38/e deki itirazın ileri sürülebilmesini, davalının bu hususu yabancı ülkedeki temyiz dahil bütün mahkeme safhalarında ileri sürdüğünü, ancak dinlemediğini ispatı şartına bağlamıştır.³⁵ Bu son durum tanıma veya tenfizi, MÖHUK m.38/e üzerinden değil, olsa olsa MÖHUK m.38/c bendindeki kamu düzeni müdahalesi ile bertaraf etme imkanı yaratabilir. Çünkü m.38/e nin unsurları incelendiğinde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kullanmış olduğu kıstaslara uygun bir metne rastlayamayız. Yargıtay şartların oluşmamasına rağmen verilmiş olan boşanma kararının "tenfizine" karar veren yerel mahkeme kararını, tenfiz talebinin MÖHUK m.38/c gereği kamu düzenine aykırılıktan reddi gerektiğinden bahisle bozmuştur.³⁶ Burada da içeriğini tetkik yasağı prensibine riayet edilmediğini görüyoruz. Yargıtay yeni bir kararında, uygulanan Türk maddi hukukunun yanlış yorumlanmasını kamu düzeni müdahalesinin bir sebebi olarak görmeyip, içeriği tetkik yasağına da riayet etmiş ve bu konuda olumlu bir adım atmıştır.³⁷

SONUÇ

MÖHUK m.38/e deki hüküm hiç şüphesizdir ki, Türklerin Kişi hallerine ilişkin yabancı ilamların tanınması ve tenfizinde Türk vatandaşlarını korumaya yönelik bir düzenleme getirmek istemiştir. Ancak maddenin şu andaki metniyle yukarıda açıklanan gerekçelerle bu korumayı, çok geniş ve yapay sayılabilecek yorumlamaların dışında, sağlayabildiği kuşkuludur. Nitekim bu sebepten dolayı, Yargıtay'ımız da bir çok kararında bu korumayı m.38/e üzerinden değil m.38/c üzerinden gerçekleştirmeye çalışmıştır. Fakat bu denemeler de yukarıda adı geçen prensiple pek bağdaşamamaktadır. Yapılması gereken maddenin metnini arzu edilen korumayı sağlayacak şekilde değiştirmekten ibarettir.

(30)Yurt dışına yapılacak tebligatlarla ilgili Türkiye'nin yaptığı iki taraflı sözleşmelerin dışında, 1954 tarihli Hukuk Usulüne dair La Haye Sözleşmesi, RG. 23.05.1972-14194, ile 1965 tarihli Hukuk ve Ticari Mevzularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi, RG. 17.06.1972-14218, yürürlüktedir. 1965 tarihli Sözleşme tebligatı çok kolaylaştırmasına rağmen ülkemizde bu kolaylıktan pek yararlanılmamaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, B. Bahadır, Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat, İstanbul, 1992.

(31)Farklı görüşte Nomer, Sh. 395.

(32)Bu durum bizim için bkz. Nomer, Sh. 364.

(33)Türk vatandaşının himayesinden hareketle içeriği tetkik yasağının göz ardı edilmesi görüşü için bkz. Nomer, Sh. 395.

(34)Yargıtay 2. HD T. 14.04.1987, Yalçınkaya/Kaleli, Boşanma Hukuku II 1987, Sh. 2016 vd. Nr. 1432.

(35)Yargıtay HGK T. 18.04.1994, Barolar Birliği Dergisi, 1995, Sh. 157 vd.

(36)Yargıtay 2. HD T. 03.03.1989, YKD 1989, Sh. 1385; ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD T. 01.03.1991 YKD 1991, Sh. 843; aynı görüşte Çelikel, Sh. 368.

(37)Yargıtay 2. HD T. 27.10.1996 YKD 1996, Sh. 528.

4077 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'A GÖRE AYIPLI MAL VEYA HİZMETLERDE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

Murat AYDOĞDU (*)

Ş1. TÜKETİCİNİN KORUNMASININ TARİHİ GELİŞİMİ

I. Türk Hukukunda Tüketicinin Korunması

A. Eski Hukukumuzda Tüketicinin Korunması

Eski (Cumhuriyet öncesi) hukukumuzda, üretici ile tüketici arasındaki güç dengesini sağlamaya yönelik ve özellikle satış faaliyetlerini düzenleyen üçlü bir sistem vardı. Bu üçlü sistem, şu unsurlardan oluşuyordu¹:

1- Kadılar ve ihtisap ağalarının temsil ettikleri Devlet,

2- Esnaf Örgütleri (önceleri loncalar, sonraları gedikler gibi mesleki kuruluşlar),

3- Tüketici temsilcisi durumundaki şehrin ileri gelenleri (özellikle yaşlılar).

"İhtisap" adı verilen kontrol teşkilatı, şehrin temizlik işleri yanında, özellikle esnafın eksik mal tartması, yiyecek maddelerine hile karıştırması gibi tüketicilerin aldatıldığı konularda kontrol faaliyetinde bulunmuşdur. Selçuklular zamanında idare teşkilatında "İhtisap Divanı" kurulmuş, Konya Sultanı tarafından yiyecek, içecek, yakacak maddelerinin fiyat ve kalitelerinin denetimi ile ilgili bir ferman yayımlanmıştır².

Üretim, pazarlama, tartı, ölçüler ve fiyatlar için uygulanacak kurallar, şehrin yaşlıları ve ileri gelenlerinin de görüşleri alınarak, Devleti temsilen kadılar tarafından tespit ediliyordu. Ayrıca bu kurallar, esnaf kethudaları aracılığıyla "Tenbih" adı altında esnafa bildirilerek bunlara uyulup uyulmadığı, Kadı (Hâkim) adına "ayak Naibi" tarafından denetleniyordu³.

Osmanlı imparatorluğu döneminde "Ahilik" teşkilatı da önemli bir yer tutmuştur. Gençlik, yiğitlik ve cömertlik anlamına gelen "fütüvvet" teşkilatının anadolu'daki kolu Ahiliktir⁴. Ahiliğin aradığı, doğruluk, dürüstlük, insanları sevmek ve onlara iyi muameleler etmek gibi özellikler XVII. yüzyıl sonları ile XVIII. yüzyıl başlarından itibaren lonca adını alan esnaf teşkilatında varlığını

sürdürmüştür⁵. Ahilerin esnaf sandıkları kurarak geleceğin bankacılığına örnek bir model oluşturdukları da bilinmektedir. Esnaf ve zanaatkarlar, kendi aralarında usta, kalfa, çıрак olarak gruplara ayrılıyor ve her mesleğin başında "pir" denilen ve sözlük anlamı "büyük usta, üstad" olan kişiler bulunuyordu⁶.

Esnafın alışveriş yapmak için toplandıkları yerlere "lonca" deniyordu. Bu açıdan her esnafın kendi loncasını oluşturduğu söylenebilir. Loncaların amacı, fiyat istikrarını sağlamak, kalite denetimi yaparak standart oluşturmaktı⁷. Her esnaf teşekkülünün yönetimini elinde tutan bir "ihtiyar heyeti" vardı. Bu heyetler haftanın belli günlerinde toplanır, işçi-işveren sorunları, ham madde dağıtımı, üretilen malların kalite denetimi, alışverişlerdeki fiyat anlaşmazlıkları gibi konularda hakem rolü oynardı⁸.

Yüzyıllar boyu, ülkenin ticaret hayatında önemli roller oynayan esnaf teşekkülleri, XVIII. yüzyıl sonrasında bozulmaya başlamıştı. Esnaf ve meslek kuruluşları, 1727 yılında tekel anlamına gelen "gedik" hâlini almış, bu usul, 1860 yılında kaldırılmıştır. Tanzimattan sonra bozulan esnaf teşkilatı, eski ihtisapına bir daha kavuşmamıştır⁹.

B. Yürürlükteki Hukukumuzda Tüketicinin Korunması

Yürürlükteki (Cumhuriyet sonrası) hukukumuzda tüketicinin korunması, ilk kez zayıf olan tarafın ekonomik açıdan korunması şeklinde, 29.4.1926 yılında yürürlüğe giren 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun¹⁰ kabulü ile gerçekleşmiştir. Borçlar hukukumuzda hakim olan ilke, liberal düşüncenin¹¹ uzantısı olarak klasik hukukta da geçerli olan "irade özgürlüğü" ve onun

(*) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilimsel Araştırma Görevlisi

1 BAYKAN, Renan: Türkiye'de Tüketicinin Korunması Tedbirleri, Öneriler ve Ekonomik Etkileri, İstanbul 1996, s.121; KILKIŞ, Yıldırım: Tüketicinin Korunması, Pazarlamacı Karşısında Tüketici, İstanbul 1984, s.59; DEMİR, Galip: "Geçmişten Günümüze Ahilik Tüketicinin Korunması İlişkisi", SD., Şubat 1993, s.14

2 ASLAN, İ. Yılmaz: Tüketicinin Hukuku ve İlgili Mevzuat, Bursa 1996, BAYKAN, s.121; KILKIŞ, s.64-66

3 BAYKAN, s.121-122; KILKIŞ, s.64; KUZGUN, Şaban: "Ahilikte Kalite Kontrolü ve Tüketicinin Korunması", SD., Eylül 1988, s.12

4 ASLAN, s.29; BAYKAN, s.122-123; KILKIŞ, s.64; KUZGUN, s.10-11, dn.7.

5 BAYKAN, s.122; KILKIŞ, s.63; KUZGUN, s.10-11; Lonca sistemi ve TKHK arasındaki bağlantı hakkında bkz. ÖZCAN, Hasan: "Tüketicinin Korunması Konusunda Tarihi Lonca Sistemindeki Meslek İçi Kontrol Mekanizmasının Çağdaş Yansımaları", Türkiye'de Tüketicinin Korunması-Perspektifler Sempozyumu, Ankara 1996, s.1 vd.

6 BAYKAN, s.122; KILKIŞ, s.60; KUZGUN, s.11; ÖZCAN, s.2.

7 BAYKAN, s.122; GÖLE, Celal: aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983, s.89; KILKIŞ, s.61; KUZGUN, s.10-11; ÖZCAN, s.2-3

8 BAYKAN, s.122-123; KILKIŞ, s.61-62; ÖZCAN, s.2-3.

9 1879 tarihinde İstanbul Ticaret Odası kurulmuş ve esnafın yeniden teşkilatlanması sağlanmaya çalışılmıştır. 1910 yılında Ticaret ve Sanayi Odalarına özel bir nizamname getirilmiştir. Cumhuriyet sonrası ise bu düzenlemeler yerine çeşitli kanunlar çıkarılarak esnaf teşkilatı düzen altına alınmaya çalışılmıştır. Bkz. BAYKAN, s.122-123; KILKIŞ, s.63; KUZGUN, s.11.

10 Bkz. Fg. 29.4.1926, S.359.

11 Liberal düşünce, XVIII. yy. başlarından itibaren ortaya çıkmış ve Fransız ihtilalinin fikrî altyapısını oluşturmuştur. 1789 Fransız ihtilalinden sonra ise "liberalizm" adı altında siyasal, ekonomik ve hukuki alanlarda köklü etkileri görülmeye başlamıştır. Bkz. AKIN, İhan: Kamu Hukuku, İstanbul 1990, s.123 vd.

doğal uzantısı olan "sözleşme özgürlüğü" ilkesidir¹². Bu ilke, sözleşmenin tarafı olan kişilerin eşit olduğu ve kendi iradeleriyle, kendi haklarını en iyi koruyabileceği esasına dayanır. Ancak bazı hükümlerle zayıf olan taraf (kiracı, alıcı gibi) özel olarak korunmaya çalışılmıştır. Örneğin, satış sözleşmesinde alıcı tarafı korumaya çalışan BK.m.189 vd., 194 vd., 223-224 vb. Gündümüzün gelişen satış ve pazarlama teknikleri karşısında bu hükümler de yetersiz kalmıştır. Ülkemizde 1983 sonrası serbest piyasa ekonomisine geçme süreci nedeniyle de tüketiciler, çoğunlukla mağdur taraf olmuştur.

Borçlar Kanunumuz yanında tüketicilerin korunmasına yönelik, mevzuatımızda birçok kanun ve kanun hükmü vardır. Bu özel kanun ve kanun hükümlerine örnek olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (m.358 vd.)¹³, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı icrasına Dair Kanun¹⁴, 1593 sayılı umumi Hıfzıssıhha Kanunu¹⁵, 1705 sayılı Ticarete Tağşişin Men'i ve İhracatın Murakabesi ve Korunması Hakkında Kanun¹⁶ sayılabilir. Bütün bu mevzuat hükümleri dağınık olup bir kavram ve uygulama kargaşasına yol açmakta ve tüketicilerin etkin biçimde korunması gerçekleşmemektedir¹⁷.

1982 anayasamızın 172. maddesine göre "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder." 3143 sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 12/b maddesine göre, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın görevlerinden birisi de "Tüketicilerin meselelerini tesbit etmek, tüketicinin eğitilmesi, teşkilatlanması ve korunmasının temini için tedbirler almak"tır.

1 Ocak 1996 yılından itibaren Avrupa Birliği ülkeleri ile Gümrük Birliğine girmiş olmamız nedeniyle Avrupa Birliğinin çeşitli organları tarafından uyum

yasalarının çıkartılması istenmekte ve bunlar arasında tüketicilerin korunmasına yönelik tedbirlerin alınması da gelmekteydi. Bu tedbirler arasında rekabetin korunması (ve dolaylı olarak tüketicinin korunması) amacı ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹⁸ yürürlüğe konmuştur. Tüketicilerin doğrudan korunmasına yönelik tedbir ise 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dur¹⁹.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gerekçesinde belirtildiği üzere, bu kanun, Avrupa Birliği mevzuatından ve evrensel nitelikteki sekiz temel tüketici hakkı da gözönüne alınarak hazırlanmıştır²⁰.

II. Diğer Bazı Hukuk Sistemlerinde Tüketicinin Korunması

Her insanın tüketici olması karşısında, tüketici kavramı evrensel bir boyut kazanmıştır. Halen çeşitli ülkelerde tüketici, genel olarak Devlet, bizzat tüketiciler veya özel kuruluşlar tarafından korunmaktadır²¹.

Avrupa ülkeleri arasında tüketicilerin daha farklı ve etkin bir biçimde korunması, Avrupa Birliğine²² üye ülkeler için bir "Tüketici Koruma Politikası"nın geliştirilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Bu politika çerçevesinde tüketicinin beş hakkını belirleyen "Tüketici Enformasyon ve Koruma Programı" Avrupa Topluluğu Bakanlar Konseyince 1975 yılında kabul edilmiştir. Bu programa "I. Program"da denmektedir²³. Bu programda tüketicinin; Sağlık ve 1975 yılını takip eden dönemde Avrupa Birliği Konseyince 19.05.1981 tarihinde kabul edilen "II. Tüketiciyi Koruma Programı" kabul edil-

12 EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1994, s.267-268; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s.59-61 ve s.362-374; TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku özel Borç ilişkileri, C. I/1, İstanbul 1990, s.9-12; YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1996, s.12-15

13 Bkz. RG. 13.03.1926, S:320.

14 Bkz. RG. 14.04.1928, S:863

15 Bkz. RG. 06.05.1930, S:1489

16 Bkz. RG. 19.06.1930, S:1524

17 "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı", Komisyon Raporları-Gerekçesi: TBMM, Tutanak Dergisi, 19. Dönem, S.619, s.1-2; Tüketicinin korunmasına yönelik dağınık mevzuat için bkz. ATASOY, Ö. Adil, "Tüketicinin Korunmasının Hukuki Yönü, SD, Temmuz 1988, s.11-14; BAYKAN, s.129-130; GEMALMAZ, M. Semih; "Tüketicinin Korunması", İBD, Y:1983, S:7-8-9, C:57, s.349-351; GÖKÇEER, Fikri: "Devlet ve Belediyeler Açısından Tüketicinin Korunması", TİD., Haziran 1995, S.407, s.23-24; GÖLE, s.29-31; Yürürlükteki düzenlemelerin yetersiz kaldığı ve çeşitli alanlarda tüketiciyi koruyan düzenlemelere gereksinim duyulduğu, 1977 yılında yazılan bir eserde açıklıkla vurgulanmıştır. Bkz. TANDOĞAN, Haluk: Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıda Sınırlanması, Ankara 1977, s.10-11, s.41-42 ve s.44-47.

18 Bkz. RG. 13.12.1994.

19 Bkz. RG. 08.03.1995, S:22221. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, yayımından elli ay sonra 08.09.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir (TKHK.m.33). Bu kanunda, daha sonra korumaya ilişkin olmayan bir değişiklik yapılmıştır. Bkz. "4226 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", (RG.28.01.1997, S:22891).

20 GEREKÇE, s.3; ZEVLİLİLER, Aydın: Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Örnek Yargıtay Kararları ve İlgili Mevzuat, İzmir 1996, s.8.

21 Tüketiciyi koruyan uluslararası teşkilatların ve çeşitli ülkelerde bulunan tüketici kuruluşlarının listesi için bkz. ASLAN, s.62 vd.; KILKIŞ, s.107-117; BAYKAN, s.229 vd.

22 Avrupa Birliği (AB) terimi, Avrupa Toplulukları terimi ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Bunun sebebi, 7 Şubat 1992 tarihinde imzalanıp 7 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren ve Hollanda'nın Maastricht bölgesinde imzalanan "Avrupa Birliği Antlaşması"dır (Traité sur l'Union Européenne). Bu antlaşmaya, imzalandığı yerden esinlenerek "Maastricht antlaşması" da denmektedir. Bu antlaşma ile, "Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun (AET'nin) adı da değişmekte ve "Avrupa Topluluğu" olmaktadır. Bu konu hakkında bkz. BOZKURT, Ömer: "Maastricht antlaşması ve Avrupa Birliğinin Geleceği", Avrupa Birliği El Kitabı, Merkez Bankası Yayını, Ankara 1995, s.91. Çalışmamızın bundan sonraki kısmında, "Avrupa Toplulukları" terimi yerine "Avrupa Birliği" terimi; "Avrupa Ekonomik Topluluğu" terimi yerine "Avrupa Topluluğu (AT) terimi kullanılacaktır.

23 GEMALMAZ, s.330-331; GEREKÇE, s.2; GÖKÇEER, s.25; GÖLE, s.15-22; ÖNCE, Günal: 3Tüketici Hareketi ve Hakları", İZTOD, Eylül 1986, s.17; TANDOĞAN, 5Tüketici, s.9; YAVUZ, (Tüketici), s.261; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.8.

miştir. Keza, 23.06.1986 tarihinde kabul edilerek 05.07.1986 tarihinde yürürlüğe giren "Tüketiciyi Koruma Politikasına Yeni Hız Kazandırma III. Programı" çerçevesinde tüketici hakları yeniden gözden geçirilmiştir²⁵. Nihayet tüketici hakları, Uluslararası Tüketici Birlikleri Örgütü tarafından ilan ve 04.09.1985 tarihli BM Genel Kurulu Kararı ile de kabul edilen, evrensel nitelikli sekiz hakka ulaşılmıştır. Bu haklar şu şekilde sıralanabilir²⁶.

- 1- Temel gereksinimlerin giderilmesi hakkı,
- 2- Güvenlik ve güven duyma hakkı,
- 3- Mal ve hizmetlerin serbestçe seçilmesi hakkı,
- 4- Bilgi edinme hakkı,
- 5- Eğitilme hakkı,
- 6- Tazmin edilme hakkı,
- 7- Sesini duyurma (temsil) hakkı,
- 8- Sağlıklı bir çevreye sahip olma hakkı.

Her yılın 15 Mart günü de "Dünya Tüketiciler Günü" olarak kutlanmaktadır.

Avrupa Birliği Konseyi, çıkarmış olduğu çeşitli Direktiflerle²⁷ tüketicileri korumaya çalışmaktadır. Bu Direktiflere örnek olarak şunlar gösterilebilir;

-Aldatıcı Reklamlarla İlgili 1984 tarihli Direktif (85/37-EWG)²⁸;

-Yapımcının Sorumluluğuna İlişkin 1985 tarihli Direktif 585/37-EWG),

adını verdiği başkanlık mesajında, temel tüketici haklarının varlığını beyan ve kabul etmiştir. Bu konuşmada, şunlar söylenmiştir: "... Tüketicinin bazı görevleri vardır, fakat gözden uzak tutulmaması gereken, güvenlik, bilgi sahibi olma, seçme ve sesini duyurma hakkı gibi bazı hakları da vardır...". Bu konuşmada sözü geçen hakların, Avrupa Birliğinin I. Programına temel teşkil ettiği meydandadır. Bkz. GÖLE, s.24; ÖNCE, s.17; YAVUZ, (Tüketici), s.261-262.

²⁵ Avrupa Birliği'nde Maastricht anlaşması ile tüketicinin korunması sorunu, Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Roma sözleşmesine eklenen m.129a hükmüyle yeni bir boyut kazanmıştır. Bu maddede, Avrupa Birliğinin, tüketicinin korunmasında yüksek bir standarda ulaşmak için faaliyet göstermesi öngörülmüştür. III. Program sonrası, bu çalışmalar hakkında bkz. ATAMER, Yeşim: "Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması", İÜHFİM., C: V Y:1996, S:1-2, s.423; BOZKURT, s.93 vd.

²⁶ ATAMER, s.423-424; GEMALMAZ, s.330-331; GEREKÇE, s.2-3; KILKIŞ, s.42-44; Avrupa Birliği I. Tüketiciyi koruma programının ayrıntılı açıklaması hakkında bkz. YAVUZ, Cevdet: "Avrupa Topluluğunda Tüketicinin Korunması", I. Tüketiciyi Koruma Programı Üzerine Düşünceler, Argumentum Dergisi, Mart 1991, C:1, S:8, s.09-117; ZEVLİLER, (Tüketici), s.8-9.

²⁷ Direktifler (Yönergeler, Directives), Avrupa Toplulukları Bakanlar Konseyi veya (daha çok) Avrupa Komisyonu tarafından çıkarılır. Direktifler, sadece üye devletleri muhatap alır ve Direktifde belirtilen sürelerde, üye devletlerin iç hukuklarında düzenlemeler yapılması istenir. Bu konu hakkında bkz. ARAT, Tuğrul: "Avrupa Toplulukları Hukuku", Avrupa Birliği El Kitabı, Merkez Bankası Yayını, Ankara 1995, s.48-49.

²⁸ Bu Direktifin Türkçe Çevirisi için bkz. ASLAN, s.407 vd.; KÖKSAL, Mehmet: Tüketicinin Korunması Hakkında Mevzuat, İstanbul 1996, s.164 vd.

-Tüketici Kredilerine İlişkin 1986 tarihli Direktif (87/102-EWG)²⁹,

-Turistik Gezi Sözleşmeleri Hakkında 1990 tarihli Direktif (90/314-EWG),

-Genel İşlem Koşulları Hakkında 1993 tarihli (93/13-EWG) Direktif³⁰,

Halen çeşitli ülkeler tarafından, çeşitli kanunlar ile de tüketiciler özel olarak korunmaya çalışılmaktadır. Tüketicilerin korunmasına ilişkin uluslararası hukuki düzenlemelere örnek olarak da şu düzenlemeler gösterilebilir;

-Almanya'da "Genel İşlem Koşullarına İlişkin 09.12.1976 tarihli Kanun", "İmalatçının Kusursuz Sorumluluğuna İlişkin (15.12.1989) Kanun", "Tüketici Kredilerine İlişkin Kanun",

-Portekiz'de 22.08.1981 tarihli Kanun,

-Avusturya'da 08.03.1979 tarihli Kanunu,

-Lüksemburg'da 25.08.1983 tarihli Kanun,

-İspanya'da 19.07.1984 tarihli Kanun,

-Fransa'da 26.07.1993 tarihli Kanun.

Belirtmek gerekir ki Almanya'da, çeşitli konularda özel kanunlar çıkartılırken Almanya dışında kalan ve yukarıda belirtilen ülkelerde çıkarılan kanunlar, çerçeve niteliğindeki kanunlardır³¹,

Ş2. SATICININ AYIPLI MAL VEYA HİZMETLERDEN SORUMLU OLMASININ ŞARTLARI

I. Ayıplı Mal veya Hizmetler Kavramı

TKHK. m.4/l'e göre: "Ayıplı mal veya hizmetler; ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan veya satıcı tarafından vaad edilen veya standardında tespit edilen nitelik ve/veya niceliğe aykırı olan ya da tahsis (özgüleme) veya kullanım amacı bakımından değerinin veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya hizmetlerdir."

Kanuni tanım, son derece uzun olup anlatımda kullanılan bağlaçların çokluğu nedeniyle de sadelikten uzaktır. TKHK. m.4 hükmünde satıcının ayıba karşı tekeffül (garanti) borcundan açıkça söz edilmemişse de yapılan genel atıf gereği (TKHK. m.30), ayıplı mal ve hizmetlerden dolayı sorumluluğun, satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan doğan sorumluluk olduğu (BK. m.194-207) açıktır. Bu yüzden, BK. m.194 vd. hükümlerinden yararlanılarak daha basit bir tanım yapılabilir.

²⁹ Bu Direktifin Türkçe Çevirisi için bkz. ASLAN, s.413 vd.; KÖKSAL, s.146 vd.

³⁰ Bu Direktifler hakkında genel bilgi için bkz. ATAMER, s.423, d.1.5.

³¹ Nitelikim, ülkemizde kabul edilen 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun da çerçeve niteliğinde bir kanundur. Bunun, kanunkoyucunun bir tercihi veya politikası olduğunu söylemek mümkündür.

Buna göre; satıcının ayıplı mal veya hizmetlerden sorumluluğu, "satıcının zikir ve vaad ettiği vasıflar ile lüzumlu vasıflardan sorumluluğudur"³².

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümler (BK. m.194-207), TKHK. m.1 vd. hükümleri yürürlüğe girmeden önce uygulanmaktaydı. Hatta, genel hükümler, tüketici satışlarında da TKHK. m.30'da yapılan yollama gereğince, TKHK. m.1 vd. hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, tamamlayıcı olarak uygulanacak olan hükümlerdir. Bu bakımdan ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümlerin niteliği konusunda yapılan tartışmalar, satıcının ayıplı mal veya hizmetlerden sorumluluğu için de geçerlidir. Buna göre; satıcının ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümler³³ (BK. m.194-207), doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, ayıplı ifa için öngörülmüş özel hükümlerdir. Ayıba karşı tekeffül hükümleri yanında irade fesadı (özellikle hata ve hile), gabin, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi (BK. m.96 vd) hallerinin aynı olayda gerçekleştiği hallerde, bu hükümlerin birbirlerinden öncelikli olarak mı, yoksa birbirleriyle yarışan (telahük eden) bir tarzda mı uygulanacakları tartışmalıdır. Bir görüşe göre³⁴; irade sakatlığı halleriyle ayıba karşı tekeffül hükümlerinin şartları aynı anda gerçekleşirse, ayıba karşı tekeffül hükümleri, özel hükümler olup irade fesadı hallerinin şartları gerçekleşse bile sadece ayıplı hükümleri uygulanabilir. Diğer bir görüşe göre³⁵, irade sakatlığı halleriyle ayıba karşı tekeffül hükümleri birbirleriyle yarışan haklardandır. Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesiyse (BK. m.96 vd.),

32 AYDOĞDU, Murat: "4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar", (basılmamış yüksek lisans tezi), İzmir 1997, s.18; ZEVKLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İzmir 1995, s.62; ZEVKLİLER (Tükeltici), s.37. Daha değişik bir tanım vermek gerekirse, satıcının ayıplı mallardan sorumluluğu, "satıcının vaad ettiği veya kanunen vaad ettiği varsayılan nitelik veya niceliklerden sorumluluğudur" şeklinde de tanımlanabilir. Benzer tanım için bkz. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s.95.

33 BK m.194-207 hükümlerinde düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümleri, taşınır satımına doğrudan; taşınmaz satımında BK m.217 ve istisna (eser) sözleşmesinde BK m.357/1 gereğince, kıyasen uygulanır. Bkz. BECKER, Haman: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku-Özel Sözleşme İlişkileri, (Çeviren: DURA, a. Suat), Yargıtay Yayınları, Ankara 1993, s.71-72; FEYZİOĞLU, F. Necmeddin: Borçlar Özel Hukuku, C.I, İstanbul 1980, s.271; ZEVKLİLER, Aydın: "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Satılan Ayıplı Mallardan Dolayı Sorumluluk", Türkiye'de Tüketicinin Korunması, Sorunlar-Perspektifler, Ankara 1996, s.41; UYGUR, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu-Özel Borç İlişkileri, C.III, Ankara 1991, s.337.

34 BECKER, s.70; DOĞANAY, İsmail: Ticari Alım Satım Akdi ve Nevileri, Ankara 1993, s.98-100; TANDOĞAN, (C.I/1), s.204; YAVUZ, Cevdet: Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malin) Ayıplarından Doğan Sorumluluğu, İstanbul 1989, s.220.

35 BECKER, s.70-71; FEYZİOĞLU, s.249, dn.364; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.88-89; TANDOĞAN, (C.I/1), s.204-205; TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C.II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s.185; UYGUR, s.337; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.221 ve s.225; Nitekim, Yargıtay'da bir içtihadı birleştirme kararında, bu hükümlerin yarışma halinde olduğunu kabul etmiştir. Bu karara göre; "... satılan malın ayıplı olması halinde (BK. m.194 vd.) akdin feshi istenebileceği gibi, BK. m.24/1, b.4 uyarınca vasıfta yanılma esasına dayanılarak da akdin feshi cihetine gidilebilir." (Bkz. YİBK, 04.06.1968, E.15, K.6; Hukuk Bölümü, C.5, s.101).

ayıba karşı güvence hükümleri arasındaki bağlantıya gelince; baskın olan görüşe göre, bunlar birbiri ile yarışan haklardır³⁶. Ancak, alıcı (tüketici), ayıplı ifanın da söz konusu olduğu hallerde, BK. m.96 vd. hükümlerine başvurmak istiyorsa, ayıba karşı tekeffül (garanti) hükümlerinden doğan muayene ve ihbar külfetlerini de yerine getirmek zorundadır³⁷.

Kanımcı, tüketiciyi koruma amacından (TKHK. m.1) hareketle, bu hükümlerin (BK. 23 vd., BK. m.96 vd.) birbirleriyle yarışma halinde olduklarını ve tüketicinin bunlardan dilediğine başvurabileceğini kabul etmek gerekir³⁸.

Ayıplı mal veya hizmetlere ilişkin TKHK m.1 vd. hükümlerinin bir uyuşmazlığa uygulanabilmesi için aşağıda belirtilen genel ve özel şartların gerçekleşmiş olması gerekir.

II. Genel Şartlar

A. Taraf Şartı

Taraf şartına göre, ayıplı mal veya hizmetlere ilişkin işlemi yapan satıcı, meslekten satıcı (esnaf veya tacir) sıfatıyla hareket etmeli; alıcı ise, tüketici sıfatıyla hareket etmelidir (TKHK. m.3/f-g). Tüketici ve satıcı kavramları, TKHK. m.1 vd. anlamında özel bir anlamı haiz olduğu için bu kavramların ayrıca incelenmesi gerekir.

1. Tüketici

a. Genel Olarak

Hukuki anlamda tüketici, dar ve geniş anlamda olmak üzere, iki anlamda kullanılmaktadır. Geniş ve hukuki anlamda tüketici, ticari veya mesleki faaliyeti ya da şahsi ihtiyacı için sözleşme yapan gerçek veya tüzel kişidir. Dar ve hukuki anlamda tüketici ise, ticari veya mesleki faaliyeti dışında ya da şahsi ihtiyacı için sözleşme yapan (gerçek veya tüzel) kişidir³⁹.

36 HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.88-89; TANDOĞAN, (C.I/1), s.206-207; TUNÇOMAĞ, s.187; YAVUZ, (Borçlar), s.92, dn.10; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.230-233.

37 Nitekim, Yargıtay 13. HD yeni tarihli bir içtihadında bu görüşe uygun olarak karar vermiştir. Bkz. Y.13 HD. 19.3.1992, 384/2617 (YKD. 1992/5, s.724-726). Bu içtihadı göre "... gereği gibi ifa etmeme dolayısıyla tazminat davasında da ayıba ilişkin muayene ve ihbar külfetleri ile zamanaşımı süreleri gözardı edilmeyecektir..." Yargıtay, eski tarihli içtihatlarında muayene ve ihbar külfetleriyle zamanaşımı sürelerini nazara almadan gereği gibi ifa etmeme (BK. m.96 vd) hükümlerine dayanılabileceğini, yani bu hükümlerin birbirleri ile yarışan hükümler olduğunu kabul etmiştir. Örneğin bkz. Y.13.HD.4.4.1974, 492/755 (YKD. 1975/2, s.89-90); Y.13 HD 16.3.1984, 8918/2052 (YKD. 1984/9, s.1406 vd.); Y.13.HD.16.3.1984, 5994/7349 (TANDOĞAN, C.I/1, s.206-207).

38 AYDOĞDU, s.175.

39 Günlük dildeki anlamda tüketici ise yeme veya içme gibi şahsi ihtiyaçları için mal satın alan gerçek kişidir. Hukuki (dar-geniş) ve günlük dildeki anlamda tüketici tanımı için bkz. GUTH, Jean-Michel: "Consommateurs", Guide Juridique Dalloz, Paris 1996, C.II, s.150/1.

"Tüketici" kavramının tanımlanmasında objektif ve subjektif sistem olmak üzere iki sistem vardır⁴⁰. Subjektif sisteme göre, kişilerin mal veya hizmete ilişkin sözleşmede, hangi amaçla taraf oldukları önemlidir. Bu anlamda tüketici, mal veya hizmeti, kişisel ihtiyacı için, ticari veya mesleki amacı dışında edinen kişidir⁴¹. Objektif sistemde ise, tüketicinin hangi amaçla davrandığı önem taşımaz. Bu sistemde, bazı sözleşmeler (satım, kira vb.) tesbit edilerek hangi amaçla davranılırsa davranılsın, mal veya hizmetten yararlanan taraf korunmaktadır⁴².

TKHK, m.3/f hükmüne göre; "Tüketici: Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişiyi", ifade eder. Bu tanımın dar ve hukuki anlamda tüketici tanımı olduğunu söylemek mümkündür⁴³. Keza TKHK, m.3/f hükmünün verdiği tanımdan yola çıkarak, hukukumuzda tüketici kavramının tanımlanmasında subjektif sistemden hareket edildiği de anlaşılmaktadır. Çünkü, tüketicinin "özel amaçlarla" bir mal veya hizmeti satın alması gerekmektedir.

b. Tüketicinin Gerçek veya Tüzel Kişi Olabilmesi

TKHK, m.3/f hükmünün açık ifadesinden de anlaşıldığı gibi, tüketici satışlarında tüketici tarafının gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür. Hukukumuzda ancak gerçek veya tüzel kişilerin, fiil (hukuki işlem yapabilme) ehliyeti vardır (MK m.10,m.47)⁴⁴. Gerçek kişiler, fizik varlığı olan insanlardır. Gerçek kişiler, fiil ehliyetine, mümeyyiz (temyiz kudretini haiz) olmaları kaydıyla, kural olarak reşit oldukları andan itibaren sahip olurlar (MK, m.10). Tüzel kişiler ise fiziki varlığı olmayan ve hukukun kişilik verdiği soyut varlık-

40 **POROY**, Reha: "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Özel Hukuk Sorunları", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.520-521. Bir başka açıdan yapılan sınıflandırmaya göre, tüketicinin tesbitinde şahsi, fonksiyonel ve nesnel (objektif) kriter olmak üzere üç kriterden hareket etmek mümkündür. Şahsi kriter, kendi ihtiyacı için alışveriş yapan kişileri esas alır. Fonksiyonel kriter ise ilgili işlem ile takip edilen amacı esas alır. Nesnel kriter ise işlemin değerinin belli büyüklükte olup olmasını esas almaktadır. Bu kriterlerin karma olarak ele alınması da mümkündür. Bkz. **DOĞAN**, Vahit: "Tüketici Aktiflerine Uygulanacak Hukukun Tesbiti", SÜHFD., Şakir Barkı'ya Armağan, S:1-2, C:5, Konya 1996, s.156. Kanımca, bu görüşler açısından değerlendirme yapmak gerekirse, TKHK, m.3/f hükmündeki tüketici tanımı, şahsi ve fonksiyonel kriteri esas almaktadır.

41 **POROY**, (Tüketici), s.522-523

42 **POROY**, (Tüketici), s.525.

43 Avrupa Birliği hukukunda da benzer tanım söz konusudur. Bkz. **GUTH**, s.150/1.

44 Gerçek veya tüzel kişilerin hukuki işlem yapabilmeleri için, fiil (eylem) ehliyetine sahip olması gerektiği hakkında bkz. **ZEVKLİLER**, Aydın: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri-Kişiler ve Aile Hukuku, Ankara 1995, s.202-203 ve s.550-551 vd.; **ÖZTAN**, Bilge: Şahsin Hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara 1994, s.58; **ÖZSUNAY**, Ergun: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1978, s.71-72.

lıklardır. Örneğin; ticaret şirketleri (anonim, limited şirket vb.)⁴⁵, siyasi partiler, kulüp, sendika, dernek, vakıf, meslek odaları, belediye, köy, kamu ik-tisadi teşebbüsleri vb.⁴⁶. Tüzel kişiler, fiil ehliyetini, kanuna ve kendi kuruluş belgesine göre gerekli organlara sahip oldukları anda sahip olurlar (MK, m.47). Fiil ehliyetini haiz olan gerçek veya tüzel kişiler, hukuki işlem (dolayısıyla tüketici satış sözleşmesi) yapma ehliyetine de sahip olurlar.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda gerçek veya tüzel kişilerin tüketici olabileceğinin kabul edilmesi yerindedir. Çünkü, Avrupa Birliği hukukunda tüzel kişilerin genel olarak tüketici olması kabul edilmemekte ve bu durum eleştirilere neden olmaktadır⁴⁷. Tüzel kişilerin genellikle ticari amaçlarla hareket etmesi nedeniyle bunların özel olarak korunmasına gerek görülmemesi düşünülebilirse de amacı ticari olmayan, çoğu zaman tedavi, eğitim vb. ideal amaçlarla hareket eden dernek veya vakıflar vb. tüzel kişiler de vardır. Bundan dolayı, TKHK, m.3/f hükmünde tüzel kişilerin de tüketici tanımına dahil edilmesinin isabetli olduğu belirtilmelidir⁴⁸.

c. Tüketicinin Mal veya Hizmeti Özel Amaçlarla Satın Almış Olması

Tüketici, mal veya hizmeti özel amaçlarla satın almış olmalıdır (TKHK, m.3/f). Bu tanımda geçen "özel amaçlardan" neyin kastedildiği açık değildir. Kanımca, TKHK, m.3/f hükmünde geçen "özel amaçlar" kavramı, ticari veya mesleki olmayan amacı ifade etmektedir⁴⁹. Tüketicinin bir esnaf veya tacir

45 Ticaret şirketleri, şirket olarak kurulduğu andan itibaren, tacir sıfatını kazanırlar. Ticaret şirketlerinin ticari olmayan faaliyetlerinin olmayacağı, doktrinde, "ultra vires" görüşü olarak ileri sürülmekle birlikte, TKHK, m.3/f hükmü karşısında, ticaret şirketlerinin de ticari olmayan faaliyetlerinin olabileceği kabul edilmelidir. Aynı görüşte **TAŞKIN**, Mustafa: "Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Vasfı", ABD., S:199/1, Y:54, s.36. Tüzel kişilerde, ultra vires (sınırlı ehliyet) görüşü için bkz. **BAŞTUĞ**, İrfan/**ERDEM**, Ercüment: Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları, Ankara 1993, s.90; **POROY**, Reha: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1991, s.62. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmeden önce de ticaret şirketlerinin, ticari olmayan faaliyetlerinin de olabileceği görüşü için bkz. **POROY**, (Tüketici), s.524.

46 **ZEVKLİLER**, (Medeni Hukuk), s.539-541.

47 Bu anlamda bkz. **ATAMER**, s.427; **DOĞAN**, s.157; **GEMALMAZ**, s.328-362, s.329; **HERTIG**, Gérard: Le Role du Consommateur dans le droit de la concurrence en Suisse, aux Etats-Unis et dans la Communauté Economique Européenne, Lausanne 1984, s.10-13; **POROY**, (Tüketici), s.513; **YAVUZ**, (Tüketici), s.263; **YAVUZ**, (Satıcının Sorumluluğu), s.3-5; **ZEVKLİLER**, (Tüketici), s.22.

48 **ZEVKLİLER**, (Tüketici), s.22. Keza, "Alman Tüketici Kredileri Kanununda da sadece gerçek kişilerin tüketici olması kabul edilmekte ve bu durum alman hukuk doktrininde de eleştirilmektedir. Buna karşılık, "Kapıdan Satışlardan Cayma Hakkına İlişkin Kanun'da böyle bir kısıtlama olmadığı için kapıdan satışlarda tüzel kişilerin de tüketici olması kabul edilmektedir. Alman hukukundaki bu durum ve eleştiriler konusunda bkz. **ZEVKLİLER**, (Tüketici), s.23-24.

49 Aynı görüşte **ÇEKER**, Mustafa: "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Tüketici Kredileri Açısından Bankalara Getirdiği Yükümlülükler", Bankacılar Dergisi, S:15, v:1995, s.13; **DOĞAN**, s.156-157; **ZEVKLİLER**, (Tüketici), s.24-25.

olması önemli değildir. Önemli olan ticari veya mesleki amaçla davranmamaktır. Buradaki kıstasın subjektif olduğu, yani tüketicinin mal veya hizmeti hangi amaçla satın aldığına önemli olduğu açıktır.

Mesleki veya ticari faaliyet dışındaki amaç, gerçek kişi tüketicilerde "şahsi veya ailevi ihtiyaçların karşılanması amacı" şeklinde ortaya çıkar⁵⁰. Örneğin; günlük ihtiyaçların (yeme, içme, giyinme vb.) karşılanması böyledir. Keza, bir başkasına hediye etmek (bağışlamak) amacıyla alınan mal veya hizmetlerde de mesleki veya ticari olmayan bir amaç vardır. Tüzel kişi tüketicilerde ise ticari olmayan amaç (TKHK. m.3/f hükmünün deyimıyla "özel amaç"), tüzel kişinin ticari veya mesleki faaliyeti dışındaki ihtiyaçların karşılanması olarak ortaya çıkmaktadır⁵¹. Bir ticaret şirketinin, derneğin ya da vakfın merkezinin döşenmesi için mobilya alınması, bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁵².

Tüketicinin ticari olmayan amaçla hareket ettiği nasıl belirlenecektir? Kanımca, bu konuda TTK m.21 kıyasen uygulanabilir (TKHK. m.30). Böylece, alıcının ticari amaçla mı yoksa ticari olmayan amaçla mı borç altına girdiği ve böylece TKHK. m.1 vd. hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı anlaşılabilir. Buna göre, alıcının tacir olduğu durumlarda, karine olarak tacirin borçlarının ticari olması esas olduğunu göre⁵³ (TTK m.21/f, c.1), bu gibi durumlarda, TKHK. m.1 vd. hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak, gerçek veya tüzel kişi tacir⁵⁴, işlemi yaptığı sırada bunun ticari işletmesiyle ilgisinin olmadığını diğer tarafa (satıcıya) açıkça bildirdiği ya da işlemin ticari sayılmasına halin icabı (dürüstlük kuralları) elverişli olduğu takdirde borç, adi nitelikte sayılır (TTK m.21/f, c.2). Bu gibi işlemlerde alıcı tacir, tüketici sıfatıyla hareket ettiği için TKHK. m.1 vd. hükümleri uygulanabilir. Alıcının tacir olmadığı durumlarda ise TTK m.21/f, c.1 hükmüne kıyasen, karine olarak alıcının ticari olmayan amaçla, yani tüketici sıfatıyla hareket ettiği kabul

50 DOĞAN, s.156-157; ZEVKLİLER, (Tüketici), s.24-25.

51 DOĞAN, (s.158-159), tüzel kişilerin mutad ihtiyaçları için yaptıkları işlemlerin, TKHK. m.1 vd. kapsamında olduğunu, bunun dışındaki işlemlerin, TKHK. m.1 vd. kapsamında olmadığını belirtmektedir. Kanımca "mutad ihtiyaçlar" deyimine yerine "ticari olan veya olmayan amaç" ifadeleri tercih edilmelidir.

52 POROY, (Tüketici), s.524; ZEVKLİLER, (Tüketici), s.24-25

53 Buna, "ticari iş karinesi" de denmektedir. Bu karinenin uygulanması hakkında bkz. BAŞTUĞERDEM, s.89-90; POROY, (Ticari İşletme), s.61-62.

54 Tüketicinin bir gerçek ya da tüzel kişi olmasını kabul eden TKHK. m.3/f hükmü karşısında, tüzel kişi tacirlerin bile ticari olmayan amaçlarla (tüketici sıfatıyla) hareket etmesi mümkün olduğuna göre, ticari olmayan borcun da olabileceğini kabul eden TTK. m.21/f, c.2, tüzel kişi tacirler için de (TKHK. m.1 vd. hükümlerinin uygulamasında) nazara alınmalıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmeden önce de tüzel kişi tacirlerin ticari olmayan (tüketici sıfatıyla) hareket edebileceğinin kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. POROY, (Tüketici), s.524. Kanımca, TTK m.21/f, c.2'nin açık ifadesi karşısında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmeden önce, tüzel kişi tacirlerin ticari olmayan amaçlarla hareket edemeyecekleri kabul edilmelidir. Bu anlamda bkz. BAŞTUĞERDEM, s.90; POROY, (Ticari İşletme), s.62 ve s.103

edilmelidir. Tacir olmayan alıcı, amacının ticari olduğunu satıcıya açıkça bildirir ya da halin icabı (dürüstlük kuralları) işlemin ticari olmasına elverişli bulunursa, borç ticari nitelikte sayılmalıdır. Bunun sonucunda bu gibi işlemlere, tacir olmayan alıcı, tüketici sıfatıyla hareket etmediği için TKHK. m.1 vd. hükümleri uygulanmamalıdır⁵⁵.

Mal veya hizmet, kısmen ticari kısmen de ticari olmayan bir amaçla satın alındığında durum ne olmalıdır? ZEVKLİLER'in de yerinde olarak belirttiği gibi⁵⁶, bu gibi karma amaçlı satın almalarda, muhasebe tekniği açısından bölünme mümkün olmadığı için ticari amaç ağır basar; bu nedenle TKHK. m.1 vd. hükümleri, bu gibi işlemlere uygulanmamalı, genel hükümler (TTK m.1 vd.; BK. m.1 vd.) uygulanmalıdır⁵⁷.

d. Tüketicinin mal veya Hizmeti Nihai Kullanma amacıyla Satın Almış Olması

Mal veya hizmet, nihai kullanma veya tüketme amacıyla satın alınmış olmalıdır (TKHK. m.3/f). Bir taşınır malın nihai kullanılması veya tüketilmesi mümkünse de, hizmetin kullanılması veya tüketilmesinden söz edilmesi yerinde değildir. Kanımca, tüketicinin, mal veya hizmetten yararlanmasından söz etmek daha isabetli olurdu. Çünkü, yararlanma, hem taşınır mallar hem de hizmetler için kullanılabilir olan, nihai kullanma veya tüketmeyi de kapsayan daha geniş terimdir.

Nihai kullanma amacıyla satın alma, bu malı alan kişi (tüketici) tarafından; malın aşınması, biçim değiştirmesi, tükenmesi, azalması veya değerini yitirmesi sonucunu doğurabilecek bir tarzda, kullanma amacıyla satın alınmasını ifade eder⁵⁸. Nihai kullanma amacıyla yararlanmak, satın alma amacıyla olmalıdır. Satın alma amacı dışında yararlanmanın olduğu hallerde, nihai yararlanma yoktur. Örneğin, bir malın kiralınması ya da ariyet bırakılmasında alınan malın geriye verilmesi gerektiği için TKHK. m.3/f anlamında "nihai yararlanma" olmayacaktır. Bu yüzden bu gibi durumlarda, ortada TKHK. m.3/f anlamında tüketici olmadığından TKHK. m.1 vd. hükümleri uygulanamayacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, kanımca, TKHK. m.3/f hükmünde benimsenen tüketici tanımı yerine şöylece bir tanım yapılması

55 AYDOĞDU, s.100-101. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TKHK. m.1 vd. hükümlerinin bir olaya uygulanabilmesi için alıcının tüketici olması yetmemekte, satıcının da meslekten satıcı (ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden esnaf veya tacir) olması gerekmektedir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. §2.II.A.2.c.

56 ZEVKLİLER, (Tüketici), s.25-26.

57 aksi görüşte olan DOĞAN'a göre (s.157, dn.17), bu gibi durumlarda hangi amacın hakim olduğuna bakmak gerekir.

58 Bir malı olduğu gibi ya da işleyerek başkasına satmak veya kiralamak gibi bir ticari amacın güdüldüğü hallerde, nihai kullanma amacı olsa bile, TKHK. m.1 vd. hükümleri uygulanamaz. Bkz. ZEVKLİLER, (Tüketici), s.24.

daha isabetli olurdu⁵⁹; "Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan bir amaçla taşınır malı satın alan ya da hizmetten yararlanan gerçek veya tüzel kişidir."

2. Satıcı

a. Genel Olarak

TKHK. m.3/g hükmüne göre: "Satıcı: Kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye mal ve hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiyi" ifade eder. Bu hükümde yer verilen "satıcı" tanımı da birçok yönden eleştiriye müsaittir. Şöyle ki; "mal piyasalarında" tüketicinin sözleşme yaptığı kişi, satıcı olmakla birlikte, hizmet piyasalarında tüketicinin sözleşme yaptığı kişi, hukuken satıcı değildir. Örneğin, tüketiciye kredi verilmesinde kredi veren kuruluş, "banka", sağlık hizmetlerinde "sağlık kuruluşu", eğitim hizmetlerinde "eğitim kuruluşu", turizm hizmetlerinde "işletici" olup, bu kişiler, "satıcı" olarak nitelendirilemez⁶⁰. Buna rağmen, TKHK. m.3/g hükmünde "satıcı" kavramı, bu kişileri de kapsayacak biçimde geniş anlamda kullanılmıştır⁶¹. Bu yüzden, hukukumuzda "satıcı" kavramı artık iki anlama gelmektedir. TKHK. m.1 vd. anlamında "satıcı", bir taşınır malı satan ya da hizmet sunan gerçek veya tüzel kişidir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun dışındaki kanunlar (özellikle BK. m.182 vd., TTK m.25) anlamında satıcı, satım sözleşmesine konu olan bir (taşınır veya taşınmaz) mal ya da alacak hakkı satan gerçek veya tüzel kişidir. Kanımca, karışıklığa yol açmamak ve diğer kanunlarla bütünlük sağlamak için TKHK. m.3/g hükmünde, sadece taşınır mal satan kişiden bahsetmek, ayrı bir hükümde de "hizmet sunan" kişilerden söz etmek daha yerinde olurdu⁶².

b. Satıcının Gerçek veya Tüzel Kişi Olabilmesi

TKHK. m.3/g hükmünde açıkça belirtildiği üzere satıcı, bir gerçek ya da tüzel kişi olabilir⁶³. Yine maddenin açık ifadesinden anlaşıldığı üzere özel hukuk tüzel kişileri (demekler, vakıflar, ticaret şirketleri vb.) yanında kamu hukuku tüzel kişilerinin de satıcı olması mümkündür. Kanımca, TKHK. m.3/g hükmünde, "kamu kurum ve kuruluşları'ndan kastedilen "kamu hukuku tüzel kişileri"dir. Kamu hukuku tüzel kişileri (AY. m.112), kamu idareleriyle kamu kurumları olmak üzere ikiye ayrılır⁶⁴. Kamu idarelerine örnek olarak, Devlet, il özel idaresi, belediye, köy vb. gösterilebilir. Kamu kurumlarına örnek olarak

da, üniversiteler (AY.m.130), TRT (AY.m.133), kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (AY.m.135) vb. gösterilebilir. Kamu hukuku tüzel kişileri tarafından kurulan ve esasen özel hukuk hükümlerine göre idare edilen kuruluşlar da vardır (TTK m.18)⁶⁵. Kamu hukuku tüzel kişileri tarafından kurulan ya da ortak olunan kuruluşlar, kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT'ler) ile onlara bağlı teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklıklardır⁶⁶. Kamu iktisadi teşebbüsleri, iktisadi devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşları olmak üzere ikiye ayrılır⁶⁷. Bu kuruluşlar, yaygın şekilde tüketicilere mal ve hizmet sunmaktadırlar. Örneğin, şeker, demer, çelik, kömür, akaryakıt, doğalgaz, elektrik, su, vb. mallar ile haberleşme, ulaşım, taşıma, elektrik dağıtımı vb. hizmetler bunlar arasında sayılabilir⁶⁸.

c. Satıcının Mal veya Hizmet Sunmayı Meslek Edinmiş Olması

TKHK. m.3/g hükmünde, sadece mal ve hizmet sunan kişilerin satıcı olduğu belirtilmiş, ancak bu kişilerin mesleki faaliyetleri nedeniyle satış işlemi yapmaları gereğinden açıkça bahsedilmemiştir.

TKHK. m.3/c hükmünde, "mal" kavramı için verilen tanımdan hareketle, satıcının meslekten satıcı olması gerektiği sonucuna varmak mümkündür. TKHK. m.3/c hükmüne göre: "Mal: Ticaret konusu taşınır eşyayı", ifade eder. Kanımca, bu hüküm, "satıcı bakımından ticaret konusu taşınır eşya" şeklinde anlamak gerekir. Çünkü bir işlemin TKHK. m.1 vd. hükümleri kapsamına giren bir işlem olabilmesi için, alıcının tüketici sıfatını taşıması yani ticari amaç gütmeyen kişi olması gerekir. Şu halde, sadece satıcının ticari bir amaç izlemesi yani meslekten satıcı olması, TKHK. m.1 vd. hükümlerinin uygulanabilmesi için şarttır⁶⁹. Kanımca, bu açıklamalardan sonra şu tespiti yapmakta yarar vardır ki, satıcı ile tüketicinin sözleşme yaparken izlediği amaçlarda, zıt bir balantının olması gerekir. Bu zıt bağlantıya göre tüketici ticari veya mesleki amaç izlememeli; satıcı da bu amacın tersine, ticari veya mesleki amaç izlemelidir⁷⁰.

59 AYDOĞDU, s.103. Benzer tanımlar için bkz. ATAMER, s.427; GEMALMAZ, s.329; HERTIG, s.10-13; PORÖY, (Tüketici), s.522-523; YAVUZ, (Tüketici), s.263; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.3; ZEVLİLER, (Tüketici), s.22.

60 ATAMER, s.427-428; YAVUZ, (Tüketici), s.262-263; ZEVLİLER, (Tüketici), s.97.

61 YAVUZ, (Borçlar), s.48, dn.19a; ZEVLİLER, (Tüketici), s.26-27.

62 Böylece, şu şekilde bir tanım yapılabilir: "Satıcı: Kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye mal satan gerçek veya tüzel kişiyi, ifade eder." ve "Hizmet sunucusu: Kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder." Yapılacak kanun bakımından bu ayrımı dikkat edilmesi yerinde olacaktır.

63 Gerçek ya da tüzel kişi kavramı hakkında bkz. yuk. §6,1.B.

64 Özel ve kamu hukuku tüzel kişileri için bkz. ZEVLİLER, (Medeni Hukuk), s.539-540; ÖZSUNAY, (Tüzel Kişiler), s.32-45. Kamu hukuku tüzel kişilerine, "kamu tüzel kişileri" de denmektedir. Örneğin bkz. AY. m.127/1, 128/1, 130/1.

65 Bunların özel hukuk mu yoksa kamu hukuku tüzel kişisi mi olduğu tartışmalı ise de (Bkz. BAŞTUĞERDEM, s.79; ERDEM, Encümen: KİTlerin Tacir Sıfatı, İzmir 1992, s.59-60; ÖZSUNAY, Tüzel Kişiler, s.40-41; ZEVLİLER, Medeni Hukuk, s.50), Tüketicinin korunması Hakkında Kanun açısından, durum değişiklik arz etmez. Çünkü her iki halde de (ister kamu, isterse özel hukuk tüzel kişisi olsun) bu kuruluşlar, özel hukuk bakımından, satıcı sıfatını haizdir (TKHK. m.3/g).

66 Kamu iktisadi teşebbüsleri ve onlara bağlı kuruluşlar, 233 sayılı KHK. ile düzenlenmiş ve bu KHK.4ye ekli listede teker teker sayılmıştır (Bkz. RG. 18.06.1984, S:18435, Mükerrer). Bu konu hakkında ayrıca bkz. BAŞTUĞERDEM, s.79-84; ERDEM, s.35-44 ve s.114-117; ZEVLİLER, (Tüketici), s.26.

67 ERDEM, s.35; ZEVLİLER, (Medeni Hukuk), s.540.

68 ZEVLİLER, (Tüketici), s.26-27.

Mesleki faaliyette bulunan kişi, esnaf veya tacir olmalıdır. Ayrıca mal satma veya hizmet sunma, satıcının mesleki faaliyeti içinde ve kazanç sağlamak üzere gerçekleştirilmelidir⁷¹. Kazanç (ivaz) sağlama amacının olmadığı durumlarda, TKHK. m.3/g hükmü anlamında "satıcı" sıfatı söz konusu olmadığından bu gibi işlemlere, TKHK. m.1 vd. hükümleri uygulanmaz TKHK. m.2). Örneğin, hatır karşılığı hizmet vermesi ya da hediye (bağışlama) amacıyla mal verilmesi durumları böyledir⁷².

Görüldüğü gibi tüketicinin aksine, satıcı açısından ticari veya mesleki faaliyet kapsamında bir mal veya hizmet satılmış olmalıdır. Tüketici, ancak meslekten satıcılar karşısında kandırılmaya müsaittir ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un korumasından yararlanmalıdır. Meslekten (esnaf veya tacir) olmayan ya da mesleki faaliyeti dışında mal veya hizmet sunan kişi karşısında alıcı konumunda olan tüketici, eşit konumdadır. Bu gibi durumlarda genel hükümlerin uygulanması, adaletin ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'unun amaçladığı durumlardan birisidir⁷³. Çünkü TKHK. m.1 vd. hükümlerinin konuluş amacına (ratio legis'e) bakılırsa, bu kanunun amacı, ekonomik bakımdan zayıf olan tüketicileri, korumaktır (TKHK. m.1). Meslekten olmayan kişiler de ekonomik açıdan korunmaya değer oldukları için, taraflar hakkında daha eşit hükümler içeren genel hükümlerin doğrudan uygulanması gerekmektedir. Şu noktayı da belirtmek gerekir ki, meslekten olmayan satıcıların yaptığı işlemlerin bu kanun dışına çıkarılması açıklıkla yapılmamıştır ve bu durum yerinde olmamıştır⁷⁴. Çünkü TKHK. m.4 vd hükümleri satıcılar açısından birçok yan borç öngörmüştür (satış sonrası hizmet, garanti belgesi verme borcu vb.)⁷⁵ ve bunları, meslekten olmayan satıcının yerine getirmesi imkansızdır. Şu halde, TKHK. m.1 vd. hükümlerinin konuluş amacı ve "mal kavramından hareketle, satıcının ticari

69 Farklı gerekçelerle aynı sonuç için bkz. ERDOĞAN, İhsan: "Satıcının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Ayıba Karşı Tektüf Borcu", (THD., Ocak 1996, S.2, s.12 ve s.15); TAŞKIN, s.31; ZEVLİLER, 5(Tüketici), s.27-28.

70 AYDOĞDU, s.108-109.

71 TAŞKIN, s.31-32; ERDOĞAN, s.12 ve s.15; ZEVLİLER, (Tüketici), s.27-28. Yargıtay, yakın tarihli bir içtihadında, alıcının tüketici olması ve satış işleminin, 08.09.1995 tarihinden sonra yapılmış olması gerektiğine, yerinde olarak karar vermiştir. Bu kararda satıcının meslekten satıcı olması gerektiğine değinilmemiş ise de olayda satıcı, meslekten satıcı (ayakkabı satan mağaza sahibi bir kişi) olduğu için sonuç, değişmemektedir. Bu karar için bkz.Y.13. HD., 11.06.1996, E.5334, K.5952 (YKD. 1996/11, s.1754-1757).

72 ZEVLİLER'in de yerinde olarak vurguladığı gibi (Tüketici, s.27-28), TKHK. m.3/f hükmünde "mal ve hizmet satın alınması"ndan, TKHK. m.4-9, 12-15 hükümlerinde ise "mal ve hizmet satım"ndan bahsedilmektedir.

73 AYDOĞDU, s.109; TAŞKIN, s.31.

74 AYDOĞDU, s.109-110, dn. 201. Oysa bu konuda özel düzenlemeler getiren hukuk sistemlerinde, sadece meslekten satıcılar (tesadüli veya anzi satıcılar; vendeurs occasionnels) karşısındaki tüketiciler, özel olarak korunmaktadır. Bu konuda bkz. ATAMER, s.47; YAVUZ, (Tüketici), s.263; ZEVLİLER, (Tüketici), s.27-28.

75 Satıcının bu borçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDOĞDU, s.166 vd.

veya mesleki bir amaç özlemesi şart olmalıdır. Bu amacın olduğu bir yerde ise, mutlaka bir tacir veya esnaf bulunacağından TKHK. m.1 vd. hükümlerinin satıcıdan beklediği yan borçların gerçekleştirilmesi de mümkün olacaktır. Sonuç olarak, alıcı, tüketici olmasına rağmen, satıcının amacı ticari veya mesleki değilse, TKHK. m.1 vd. (özellikle m.8-9) hükümleri uygulanmayacaktır. Örneğin; kullandığı eşyayı, komşusuna satan kişi, mesleki amaçla davranmadığı için genel hükümler (özellikle BK. m.182 vd.) uygulanacaktır⁷⁶. Keza, meslekten satıcının bir başka meslekten satıcıya yaptığı satışlar da TKHK. m.1 vd. hükümlerinin kapsamı dışında kalacaktır. Çünkü, mesleki veya ticari faaliyeti kapsamında mal veya hizmet alan kişi, tüketici değildir. Şu halde, bir tacirin bir başka tacirden, bir esnafın bir başka esnaf veya tacirden mesleki amaçla aldığı mal nedeniyle TKHK. m.1 vd. hükümleri uygulanamayacaktır⁷⁷.

B. Konu Şartı

Ayıplı mal veya hizmetlere ilişkin bir işlem TKHK. m.1 vd. (özellikle TKHK. m.4 ve m.13) hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle işlemin konusunun TKHK. m.1 vd. hükümleri kapsamına girmesi gerekir (TKHK. m.2). Bu yüzden TKHK. m.1 vd. hükümlerinin kapsamının incelenmesi yerinde olacaktır.

TKHK. m.1 hükmünde son derece ayrıntılı bir şekilde, kanunun amacından bahsedilmiştir. TKHK. m.2 hükmüne göre, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun kapsamı şu şekilde izah edilmiştir: "Bu kanun, m.15de belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü hukuki işlemi kapsar"⁷⁸.

Mal ve hizmet piyasalarından ne anlaşılması gerektiği, TKHK. m.3 hükmünde açıklanmıştır. Buna göre; "Mal: Ticaret konusu taşınır eşyayı" (TKHK. m.3/b.c), ifade eder. Kanımca, bu hükmü, "satıcı açısından ticari bir

76 ZEVLİLER, (Tüketici), s.27-28.

77 AYDOĞDU, s.110, dn.204; TAŞKIN, s.31-32. Örneğin, sokak sokak dolaşarak çiçek satan çiçekçinin, çiçek satan dükkandan çiçek satın almasına, TKHK. m.1 vd. hükümleri değil, genel hükümler uygulanacak; büyük bir alış-veriş mağazasının işletmesinde kullanmak üzere satın aldığı bilgisayarlar için TKHK. m.1 vd. hükümleri uygulanabilecektir. bkz. YAVUZ, (Borçlar), s.49-50.

78 Kanımca, bu ifade tarzı yerinde değildir. Çünkü, kapsamı, son derece geniş bir yoldan izah etmeye çalışmış ve durum, karışık bir hal almıştır. Gerçekten de, kişilerin alışveriş yaparken hangi amaçlardan hareket ettiği gözönüne alınacaksa, bunun Kanunun amacından soyut ve fakat bununla ilintili olarak nazara alınması, sadelik ve amaca uygunluk açısından daha yerinde olacaktır. Buna göre, kapsam maddesini (TKHK. m.2) "mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflarından birini oluşturduğu her türlü hukuki işlemi kapsar" şeklinde kısaltmak ya da böyle anlamak yerinde olacaktır. Çünkü, "tüketici" kavramının tanımını veren TKHK. m.3/f hükmü karşısında, ayrıca TKHK. m.1'deki, kanunun aradığı amaçlardan bahsederek kapsamı belirlemek, karışıklığa yol açmaktadır.

eşya" şeklinde anlamak gerekir; çünkü bir işlemin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun kapsamına giren bir işlem olabilmesi için, alıcının tüketici olması gerektiğinden ve tüketici de ticari amaç gütmeyen kişi olduğundan tüketici açısından ticari olmayan bir amaç sözkonusudur. Sadece satıcının ticari bir amaç izlemesi, meslekten satıcı olması gerekmektedir ki, TKHK. m.1 vd. hükümlerinin uygulanabilmesi için bir başka şart olmaktadır⁷⁹.

"Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan bedeni ve/veya fikri faaliyetleri" ifade eder TKHK. m.3/b.d). Hizmet kavramı, tanımdan da anlaşıldığı gibi, 1475 sayılı İş Kanununda ve BK. m.313-354'de özel olarak düzenlenen hizmet (iş) akdindeki hizmet anlamında değil, iş görme aktillerinde sözkonusu olan iş görme anlamında kullanılmıştır⁸⁰.

Bu açıklamalardan sonra şunu söylemek mümkündür; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun kapsamı (uygulama alanı), son derece geniştir. Buna göre, TKHK. m.1 vd. hükümleri, alıcının tüketici, satıcının meslekten satıcı olduğu hukuki işlemlere⁸¹, (özellikle hukuki işlemlerden olan sözleşmelere) uygulanır. TKHK. m.1 vd. hükümlerinin uygulama alanına giren sözleşmeler, özellikle şunlardır:

-Konusu taşınır mal olan satım sözleşmesi ve bu sözleşmenin çeşitleri (BK. m.195 ve 199'da düzenlenen hayvan satışları, BK. m.218'de düzenlenen nümune üzerine satım, BK. m.219-224'de düzenlenen ve konusu taşınır olan tecrübe veya muayene kaydıyla satım, BK. m.222-224'de düzenlenen taksitle satım, BK. m.225-233'de düzenlenen ve konusu taşınır olan ihtiyari açık arttırmalar, TKHK. m.7'de düzenlenen kampanyalı satışlar ile m.8-9'da düzenlenen kapıdan satışlar) ile trampaya (BK. m.232-233),

- Konusu hizmet iş görme) olan tüm sözleşmeler (sağlık, eğitim verme, taşıma, seyahat, konaklama, turizm, kredi kartı, sigorta hizmetleri vb. hizmetleri içeren sözleşmeler)⁸², TKHK. m.1 vd. hükümlerinin uygulama

alanına giren bu sözleşmelere, kısaca "Tüketici sözleşmeleri" (Consumer contracts, Verbrauchergeschäfte oder Konsumentenvertrag, les contrats de consommateur) denilebilir⁸³. Kanımca, TKHK. m.1 vd. hükümleri, "Tüketici sözleşmeleri" terimi yerine "mal veya hizmet satımı" terimlerini kullanarak "Tüketici satımları"nı düzenlemektedir⁸⁴. Çünkü, TKHK. m.3/f hükmünde, "tüketici" tanımı yapılırken bir mal veya hizmeti "satın alan" kişiden söz edilmekte ve TKHK. m.2'de, tüketicinin tarafını oluşturduğu her türlü hukuki işlemin, bu kanun kapsamında olduğu söylenmektedir. Aslında burada her türlü hukuki işlem değil, tüketici satımına ilişkin işlem sözkonusudur. Tüketici satımı, kanuni ifadeyle, bir mal veya hizmetin satımıdır⁸⁵.

Şu halde, yapılan sözleşmenin TKHK. m.1 vd. hükümleri kapsamına girebilmesi için yapılan sözleşmenin, tüketici sözleşmesi (satımı) olması gerekir. Tüketici sözleşmesinin (satımının) söz konusu olabilmesi içinse; alıcının tüketici, satıcının meslekten satıcı sıfatıyla davranması gerekir. Keza, bu sözleşmenin ivazlı (bedel veya ücret karşılığında) olması gerekmektedir. Nitekim, TKHK. m.3/d bendinde, hizmetin bir ücret veya menfaat karşılığında olması gerektiği, açıkça belirtilmiştir. Zaten meslekten satıcı sıfatıyla davranan kişinin mutlaka bir ivaz karşılığında işlem yapması söz konusu olacaktır. Bu yüzden ivazsız sözleşmelerden olan bağışlama (BK. m.234-247), tüketici sözleşmesi olamaz⁸⁶.

Dikkat edilecek olursa, taşınır satımı ve çeşitlerine ilişkin satış işlemi, TKHK. kapsamına girmekte, taşınmaz satımları ise TKHK. m.1 vd. kapsamına girmemektedir. Bu düzenlemenin yerindeliği tartışılabilir⁸⁷, eğer, amaç gerçekten tüketiciyi korumak ise, taşınmazların da ticari amaç olmaksızın, sadece alan kişinin kişisel ihtiyaçları için alınması durumunda, bu

79 Aslında "Ticaret konusu eşya" terimi yerine, "alışveriş konusu eşya" denmesi daha yerinde olurdu. Böylece, TKHK m.1 vd. hükümlerinin, tüketicinin ticari olmayan amaçla aldığı eşya için uygulama alanı bulduğu daha açık izah edilebilirdi. Aynı görüş için bkz. YAVUZ, Cevdet: "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Öntasarısı Üzerine Düşünceler", MÜHAD., C:7, S.1-3, Y:1992-1993, s.263.

80 ATAMER, s.428; ZEVKLİLER'in yerinde olarak belirttiği gibi (Tüketici, s.18, dn.5 ve s.30-31) 1475 sayılı İş K. kapsamına giren hizmet (iş) akdi, tüketici sözleşmesi sayılamayacağından TKHK. kapsamında da değerlendirilemez. Çünkü, işveren, işçinin emeğinden üretim faaliyetlerinde yararlanan kişi olarak tüketici değildir.

81 Hukuki işlemler, "kişilerin belli bir sonuca yönelen ve hukuk düzenince kendisine sonuç bağlanan irade açıklamalarıdır." Hukuki işlemler, taraflarına göre tek taraflı ve çok taraflı olmak üzere ikiye ayrılır. Çok taraflı hukuki işlemler ise iki taraflı hukuki işlemler (sözleşmeler) ve kararlar olmak üzere ikiye ayrılır. Bu tanım ve hukuki işlemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ZEVKLİLER, (Medeni Hukuk), s.111-115; EREN, s.145-210.

82 ATAMER, s.428; ZEVKLİLER, (Tüketici), S.18; ZEVKLİLER, (Borçlar), s.43.

83 ATAMER, s.426-428; ZEVKLİLER, (Tüketici), s.17-18 ve s.31. Ancak belirtmek gerekir ki, TKHK. m.1 vd. hükümlerinde "Tüketici sözleşmeleri" (işlemleri) terimi yerine "satım, satıcı" vb. terimlerin kullanılması yerinde olmamıştır. Bkz. YAVUZ, (Borçlar), s.48, dn.19a.

84 Aynı görüşte DOĞAN, s.158; YAVUZ, (Borçlar), s.48.

85 AYDOĞDU, s.11-12, dn.32; DOĞAN, s.158; YAVUZ, (Borçlar), s.48. Gerçekten de, TKHK. m.4/II hükmünde, "... satın alınan maldan ..." TKHK. m.7-9 hükümleriyle "tak-sitli, kampanyalı ve kapıdan satışlardan" söz edilmektedir. Meslekten satıcılar arasındaki satım ile meslekten satıcının tüketiciye yaptığı satım ayrımı hakkında bkz. YAVUZ, (Borçlar), s.49.

86 Ayrıntılı bilgi için bkz. ZEVKLİLER, (Tüketici), s.17-20 ve 26-28.

87 ZEVKLİLER, 55Sempozyum), s.46.

kanunun getirdiği korumadan yararlandırılması yerinde olurdu⁸⁸. Kanımca, kullanma amacıyla alınan taşınmaz alımları sonrası şikayetlerin yoğunlaştığı bir dönemde, TKHK. m.1 vd. hükümlerinin getirdiği koruma sisteminden ayrılmak yerinde olmamıştır. Ancak bir noktayı daha vurgulamak gerekir ki, konusu hizmet olan sözleşmede, "hizmet" kavramının tanımından yola çıkarak şunu söylemek mümkündür: Konusu hizmet olan sözleşmelerde, sözleşmeye konu olan şey, ister taşınır ister taşınmaz olsun, alıcı, tüketici sıfatıyla davranıyorsa, yani kişisel ihtiyacı için işlem yapıyorsa, TKHK. m.1 vd. hükümleri uygulanabilecektir. Örneğin, bir taşınmaz inşaatı veya tamiri için gereken projenin, bir ücret veya menfaat karşılığında çizilmesine, bir binaya alarm sistemi takılmasına, bir evin boyabadana işlerinin yapılması gibi hizmetlere, TKHK. m.1 vd. hükümleri uygulanabilecektir⁸⁹.

Buna karşılık şu sözleşmeler, TKHK. m.1 vd. hükümlerinin kapsamına girmez: Kullandırma sözleşmeleri (adi kira veya hasılat kirası, ariyet ya da kâr⁹⁰vb.), emanet (muhafaza) sözleşmeleri (vedia, usulsüz tevdi, otelciye tevdi vb.), teminat sözleşmeleri (kefalet, rehin, cezai şart, garantili sözleşmesi vb.), talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler (kumar ve bahis, kaydı hayatla irat ve ölünceye kadar bakma sözleşmesi vb.), ortaklık sözleşmeleri (adi şirket ya da ticaret şirketleri vb.). Bu gibi sözleşmeler, tüketici satımı olmadığı ve bir

88 **YAVUZ** (Tüketici), s.263. **YAVUZ**, bu makaleyi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı İç-Ticaret Genel Müdürlüğü'nün Şubat 1992 tarihli metnini esas alarak yazmıştır. Bu tasarıda, taşınmazlar da bu tasarı kapsamında alınarak korumadan yararlandırılmakta ve **YAVUZ**, bu düzenlemeyi yerinde bulmaktaydı. Ne var ki bu düzenleme, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından Bakanlar Kurulu'na 15/10/1992 tarihinde sunulan "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı" (**GEREKÇE**, s.17) taslağında yer almamış ve maalesef bugünkü halyle taşınmazlar, kapsam dışı bırakılmıştır.

89 Keza, bir taşınmaz mala teferruat veya mütemmim cüz olmak üzere satın alınan taşınır eşya için de TKHK. m.1 vd. hükümleri uygulanmalıdır. Bkz. **ZEVKLİLER**, (Tüketici), s.63; **ZEVKLİLER**, (Sempozyum), s.46 ve s.86.

90 Kullandırma sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, (C.1/1), s.2; Ariyet (kullanma ödencü), bir malın kullanılmasının iavatsız (bedelsiz), kira ise bir malın kullanılmasının iavaz (kira) karşılığında devredilmesi anlamına gelir (BK. m.299-305). Kârz akdi (tüketim ödencü) ise para veya misli eşyanın iavazlı veya iavatsız ayırın görü verilmesi şartıyla devredilmesidir (BK. m.306-312). Kârz akdi gereği kârz alan kişi kârz akdine konu olan para veya misli eşyayı tüketme hakkına sahip olduğundan, kârz akdine TKHK. m.1 vd. hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Aynı tartışma, kârz akdinin temlik borcu doğuran sözleşmelerden olup olmadığına da yapılmaktadır. Bu konuda kabul edilen görüş, kârz akdinin asıl amacının görü verme borcu doğurması olması nedeniyle temlik borcu doğuran sözleşmelerden sayılmamasıdır. Bkz. **TANDOĞAN**, (C.1/1), s.3. Kanımca, benzer gerekçelerle yani kârz akdinin asıl amacının tüketmek değil mislin izde etmek borcu doğurması nedeniyle, kârz akdinin (TKHK. m.1 vd. kapsamına giremeyeceği sonucuna varmak gerekir. Bkz. **AYDOĞDU**, s.14, dn.37.

tarafında, TKHK. m.3/F hükmü anlamında tüketici olmadığı için bu sözleşmeler TKHK. m.1 vd. hükümleri kapsamında olmayacaktır⁹¹. Örneğin; kullandırma sözleşmelerinden olan adi kira sözleşmesine TKHK. m.1 vd. hükümlerinin uygulanmamasının nedeni şöyle açıklanabilir; adi kira sözleşmesinde kiracının amacı, sadece malı kullanmak ve sözleşme sona erdikten sonra geriye vermektir. Bu yüzden kiracı, teknik anlamda tüketici değildir. Çünkü nihai kullanma (tüketme) amacı yoktur. Şu halde kira sözleşmesi, tüketici sözleşmesi sayılmaz ve TKHK. m.1 vd. hükümleri bu sözleşmeye uygulanamaz.

C. Süre Şartı

Süre şartına göre, ayıplı mal veya hizmetler hakkında TKHK. m.4 vd. hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayıplı mal veya hizmetlere ilişkin işlem, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1995 tarihinden sonra yapılmış olmalıdır (TKHK. m.33)⁹².

III. Özel Şartlar

A. Maddi Şartlar

1. Zikir ve vaad olunan vasıflardan dolayı sorumluluğun maddi şartları

TKHK. m.4/1'de, BK. m.194 hkmünde sözü edilen zikir ve vaad olunan vasıflardaki ayıp halini; "Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alan veya satıcı tarafından vaad edilen ... nitelik ve/veya niceliğe aykırı olan maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler" şeklinde tanımlamıştır (TKHK. m.4/1)⁹³.

Vasıf (nitelik), işlerde yaygın anlayışa göre, o şeyle ilgili olan ve onun değerinin etkilendiği kabul edilen iktisadi ve hukuki ilişkilerden doğan özelliklerdir. Satıcının zikrettiği (açıkladığı) vasıflar, maddi, hukuki veya ekonomik olabilir. BK. m.194'te, sadece maddi veya hukuki ayıptan bahsedilmişse de, vasfın ekonomik yönü de inkar edilemez⁹⁴. Nitekim, TKHK. m.4/1'de yerinde olarak, maddi, hukuki veya ekonomik eksikliklerden

91 **AYDOĞDU**, s.14. Teminat sözleşmeleri, talih ve tesadüfe bağlı sözleşmeler ve ortaklık sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN**, (C.1/1), s.5-7.

92 Nitekim Yargıtay, yeni tarihli İçtihadında, satış işleminin TKHK. m.1 vd. hükümleri kapsamında olabilmesi için en erken 08.09.1995 tarihinde yapılmış olması gerektiğine, yerinde olarak karar vermiştir. Bkz. Y.13. HD., 11.6.1996, e.5334, K.5952 (YKD. 1996/11, s.1754-1757).

93 **ZEVKLİLER**, (Borçlar), s.62; **ZEVKLİLER**, (Tüketici), s.37; **ZEVKLİLER**, (Sempozyum), s.42.

94 **ASLAN**, s.100; **BECKER**, s.72-74; **EDİS**, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Teküflül Borcu, Ankara 1963, s.89; **FEYZİOĞLU**, s.272; **HATEMİ/SERZAN/ARPAÇI**, s.93; **KARAHASAN**, M. Reşit: "Tüketicinin Korunması", YHD, C.XV, S:170/1, Şubat 1996, s.45; **TANDOĞAN**, (C.1/1), s.168; **ZEVKLİLER**, (Borçlar), s.40; **ZEVKLİLER**, (Tüketici), s.40; **ZEVKLİLER**, (Sempozyum), s.42; Avrupa Birliği hukukunda ayıp imalat ayıbı, tasarım (dizayn), uyum ve kullanma talimatı ayıbı olarak ve Türk hukukundan daha farklı şekilde ele alınmaktadır. Bkz. **YAVUZ**, Levent: "İmalatçının Ayıplı Üründen Doğan Sorumluluğu", AnBD., Y:1995/4, s.45-46; **ÖZTAN**, Bilge: İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982, s.179-184.

(ayıptan) söz edilmektedir.

Maddi ayıp, satılan malın aynı cinsten normal parçalarıyla karşılaştırıldığında, kendi değerini veya elverişliliğini kaldıran ya da azaltan, her türlü kötü niteliklerdir. Satılanın; yırtık, bozuk, kırık, lekeli, çatlak, sökkük olması gibi haller, maddi ayıp kapsamına girer. Satılan mal, (ayırtedici tüm özellikleri belirtilmeyen) cins borcuysa aksi kararlaştırılmadıkça, seçim hakkı borçluya (satıcıya) aittir; ancak borçlu, orta vasıftan aşağı mal veremez (BK. m.70; TKHK. m.30); aksi takdirde, ayıplı mal söz konusu olur⁹⁵.

Hukuki ayıp, satılan mal veya hizmetin değerini ve ondan beklenen faydaları etkileyen kamu hukukunun getirdiği sınırlama ve yasaklardan doğan eksikliklerdir. Örneğin, satılan malın hukuka aykırı marka taşıması ya da başkasının telif hakkını veya patent hakkını ihlal etmesi durumları, birer hukuki ayıptır⁹⁶.

Ekonomik ayıp ise, satılan mal veya hizmetten beklenen gelirin elde edilememesini veya ekonomik bakımdan değer eksikliğini ifade eder⁹⁷.

Satılan malın bedeli, vasıf olarak kabul edilmediği için, malda ayıp söz konusu olmaksızın sadece aşırı (fahiş) fiyat nedeniyle ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulamaz⁹⁸; bu gibi durumlarda, ancak gabin hükümlerine başvurulabilir (BK. m.21; TKHK. m.30).

Satıcı, vasıfları zikir ve vaad etmiş olmalıdır. Aksi takdirde, satıcı, ayıba karşı tekeffülden (ayıplı mal veya hizmetlerden) sorumlu olmaz. Vasıfların zikir ve vaadi, açık olabileceği gibi örtülü (zımni) de olabilir. Örneğin; bir plun veya tablonun yüksek fiyatla satışında bunların gerçek veya antika olduğu açıkça söylenmese bile, bu vasıflar, zımnen zikir ve vaad edilmiş sayılmalıdır⁹⁹.

Vaad, yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. TKHK. m.4/1'de de belirtildiği gibi vadin, malın ambalajında, etiketinde ya da tanıtma ve kullanma kılavuzunda olması da mümkündür. Ayrıca, malın belli bir standarda sahip

- 95 ASLAN, s.88-89; BECKER, s.72-74; EDİS, (Borçlar), s.13-14; FEYZİOĞLU, s.248-249; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.91-92; KARAHASAN, (Tüketici), s.45; TANDOĞAN, (C.1/1), s.168; TUNÇOMAĞ, s.119-120; YAVUZ, (Borçlar), s.93-94; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.40; Kanımca, hizmet ediminin maddi ve fiziki varlığı olmadığı için maddi ayıbın, hizmet edimlerinde gerçekleşmesi imkansızdır.
- 96 ASLAN, s.89-90; BECKER, s.74-76; EDİS, (Borçlar), s.14-15; HATEMİ/SERZAN/ARPACI, s.92-93; KARAHASAN, (Tüketici), s.45-46; TANDOĞAN, (C.1/1), s.168-169; TUNÇOMAĞ, s.121-122; YAVUZ, (Borçlar), s.94; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.41; ZEVLİLİLER, (Sempozyum), s.43.
- 97 ASLAN, s.90-91; EDİS, (Borçlar), s.17; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.92-93; KARAHASAN, (Tüketici), s.46; TANDOĞAN, (C.1/1), s.164-165; YAVUZ, (Borçlar), s.94; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.41.
- 98 EDİS, (Borçlar), s.9. Kanımca bu sonuç, ayıplı hizmetler için de geçerlidir (TKHK. m.4/V, c.1, m.30).
- 99 ARSLANLI, Halil; Ticari Bey, İstanbul 1955, s.274; BECKER, s.78; EDİS, (Borçlar), s.54-55; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.95-95; TANDOĞAN, (C.1/1), s.168; TUNÇOMAĞ, s.148-149; YAVUZ, (Borçlar), s.100.

olduğunun söylenmesi veya bunun malın ambalajında, etiketinde yazılı olması halinde de zikir ve vaad söz konusudur (TKHK. m.4/1). Örneğin, satılan malın paslanmaz çelikten yapıldığı, TSE belgeli veya ISO 9000-9001-9002 standartlarına uygun olduğunun söylenmesi durumlarında, zikir ve vaad edilen vasıflardan dolayı tekeffül söz konusudur¹⁰⁰.

Vasıfların zikir ve vaadi, ciddi olmalı; yani sözleşmenin yapılmasını etkilemelidir. Satıcının sıf malını satmak için, teamülden olan ve genel bir nitelik taşıyan güzel gösterme çabaları, vasıf vaadi olamaz. Özellikle pek abartılı olan sıf reklam mahiyetindeki beyanlar, tekeffül borcu doğurmamalıdır¹⁰¹. Ancak TKHK. m.16/1' göre; "Ticari reklam ve ilanların yasalara ve genel ahlaka uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır." Kanımca, bu kuraldan çıkan sonuca göre, tüketici satışlarında, tüketici, reklamın ciddi olduğunu kabulde haklı görülmeli; satıcı, yaptığı reklamın abartılı olduğunu yani ciddi olmadığını isbatlamalıdır¹⁰².

2. Lüzumlu vasıflardan dolayı sorumluluğun maddi şartları

TKHK. m.4/1'de, BK. m.194'te öngörülen lüzumlu vasıflardaki ayıp, "... standardında tespit edilen nitelik ve/veya niceliğe aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları, azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler..." şeklinde tanımlanmıştır¹⁰³.

Satıcı, satılanın belli bir vasıfta olduğunu söylemese bile, satılanın satım sözleşmesinden beklenen gayeyi temin edecek vasıfları taşıması, ticari veya mesleki doğruluk icabıdır. BK. m.24/b.4'ün deyişiyle bunlara "lüzumlu vasıflar" denir. Burada tam anlamıyla, kanuni bir tekeffül borcu vardır¹⁰⁴. Lüzumlu vasıflarda ayıba karşı tekeffülün doğması için gereken maddi şartlar şunlardır;

- 100 BAYKAN, s.127-129; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.37. Bu durumda, belirtilen özelliğe ya da standarda aykırı olan mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir. Satıcının bildirdiği özelliğin ya da standardın gerçekten var olup olmamasının, ya da satıcının bunu bilip bilmemesinin önemi yoktur (TKHK. m.4/1, c.son, m.4/11; BK. m.194/1, m.196). Ancak, bildirilen özellik veya standart, gerçekten yoksa ve satıcı da bu durumu biliyorsa, hileli ayıp söz konusu olur. Bu durumda, satıcının sorumluluğu artırılmıştır (TKHK. m.4/1-IV; BK. m.196).
- 101 ARSLANLI, s.273; BECKER, s.79; GÖLE, s.151-153; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.96; TANDOĞAN, (C.1/1), s.166; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.42-43; YAVUZ, (Borçlar), s.100-101.
- 102 AYDOĞDU, s.177-178. Ticari reklam, tüketim malının veya hizmetin tüketicilere tanıtılarak, satışların artırılmasının amaçlandığı reklamlardır. Her reklam, belirli bir vaadi içerir. Reklamın doğru olduğunu ispat yükünün, reklam yapanda olduğuna ilişkin Amerika, Fransa ve Danimarka'da bir usul olduğu gibi, diğer ülkelerde de, bu yolda çalışmalar yapılmaktadır. Bu konu hakkında bkz. GÖLE, s.38, 43, ve 204.
- 103 ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.37-38; ZEVLİLİLER, (Borçlar), s.62; ZEVLİLİLER, (Sempozyum), s.42.
- 104 EDİS, (Borçlar), s.57; TANDOĞAN, (C.1/1), s.167; YAVUZ, (Borçlar), s.91-92.

a. Satılan mal veya hizmetin, standardında tespit edilen ya da sözleşmede amaçlanan tahsis ve kullanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydayı azaltan veya kaldıran bir eksiklik olmalıdır.

Burada söz konusu olan standart, satıcı tarafından zikir ve vaad edilmeyen mecburi standartlardır¹⁰⁵. Çünkü, 132 sayılı Türk Standartları Enstitüsü Kuruluş Kanunu¹⁰⁶ m.1/III ve IV'e göre:

"Yalnız TSE tarafından kabul edilen standartlar, "Türk Standardı" adını alır.

Bu standartlar, ihtiyari olup; standardın ilgili olduğu Bakanlığın onayı ile mecburi kılınabilir. Bir standardın mecburi kılınabilmesi için "Türk Standardı" olması şarttır. Mecburi kılınan standartlar, Resmi Gazete'de yayımlanır."

Bu durumda mecburi standardına aykırı olan mal veya hizmetler, satıcı tarafından zikir ve vaad edilmese bile, lüzumlu vasıflarda ayıp grubuna giren ayıplı mal veya hizmetlerden olacaktır.

Satılan mal veya hizmet, tahsis (özümlenme) veya kullanma amacına aykırı ise; lüzumlu vasıflarda ayıp vardır. Satılan mal veya hizmetin tahsis amacının belirlenmesinde, satıcı ve tüketicinin anlaşması esas alınır. Bu konuda taraflar arasında anlaşma yoksa, lüzumlu vasıfların varlığı (tahsis ve kullanma amacı); çevrede egemen olan görüşlere, halin icaplarına, sözleşmenin özel şartlarına, ödenen bedele, benzer şartlar altında ne gibi vasıflar aranacağına bakılarak tespit edilir¹⁰⁷. Ancak, TKHK, m.4/1'de, tüketicinin mal veya hizmetten beklediği faydaları kaldıran veya azaltan bir eksiklikden söz edilmektedir. Yani, burada, tüketicinin, subjektif değer yargısına da bakılacaktır, ancak bu değer yargısının da sözleşmenin niteliği göz önünde tutularak, dürüstlük kuralına göre değerlendirilmelidir. Böylece dürüst, makul bir kişi nasıl bir fayda bekleyecek idiyse, bu fayda beklentisinin dikkate alınması, hakkaniyete daha uygun düşer (TKHK, m.30; MK, m.2/1)¹⁰⁸.

Lüzumlu vasıflardaki ayıp da, maddi, hukuki veya ekonomik ayıp şeklinde olabilir (TKHK, m.4/1; BK, 194/1). Zikir ve vaad olunan vasıflar da söz edilen maddi, hukuki veya ekonomik ayıplara ilişkin bilgiler, lüzumlu vasıflardaki ayıplar bakımından da geçerlidir.

Olağan satışlarda, satılan malın miktarındaki eksiklik (eksik ifa), kural olarak ayıplı ifa sayılmaz. Örneğin, 100 kilo mal teslimi yerine 95 kilo teslim edilmesi, eksik ifadır ve ayıplı ifa hükümleri değil, sadece eksik ifa hükümlerinin

105 ASLAN, s.92-93; AYDOĞDU, s.179. Bu mecburi standartların liste halinde sayıldığı eser olarak bkz. BAĞRIÇIK, Atilla/GÜLER, Ahmet. Türkiye'de Uygulamalı Distribütörlük ve Servis Teşkilatının Kurulması/Usul ve Şartları, İstanbul 1996, s.78-97.

106 Bkz. RG. 22.11.1960, S:10661.

107 ARSLANLI, s.267; ASLAN, s.103; TANDOĞAN, (C.I/1), s.167; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.37-38 ve s.41.

108 AYDOĞDU, s.180.

(BK, m.96 vd.) uygulanmasını gerektirir. Ancak, miktardaki eksiklik vasfı da etkiliyorsa, ayıplı ifanın varlığı kabul edilmektedir. Örneğin, belli bir fiyatla satılan kumaşın cm² sinde belli bir sayıda ilmek (örgü) olması lazım gelirken, bu sayıya ulaşmaması ya da belli boyutlarda olması gereken buzdolabının o boyutlarda olmaması vb.¹⁰⁹. Kanımca, tüketici satışlarında, sadece niceliğe (sayisal özelliklere) aykırı olan mal veya hizmetler de, ayıplı mal veya hizmet olarak kabul edildiğinden nicelik eksikliği, nitelik eksikliğine yol açmasa da, ayıplı ifa hükümleri uygulanabilecektir. Nitekim TKHK, m.4/1'de, açıkça "... nitelik ve/veya niceliğine aykırı olan... mal veya hizmetler, ayıplı mal veya hizmet" sayılmıştır. Şu halde malın eksik teslimi, niceliğe aykırı olacağından bu gibi durumlarda ayıplı mal söz konusu olacaktır¹¹⁰. Buradaki düzenlemenin yerinde olduğu söylenebilir. Çünkü, nicelik eksikliğinin ayıplı ifa kapsamında değerlendirilmesi, tüketicinin daha fazla korunmasını sonuçlar. Gerçekten de, ayıplı ifa hükümleri (TKHK, m.4/1; BK, m.194 vd.), BK, m.96 vd. hükümlerinden daha elverişli hükümler içermektedir.

Satılan mal yerine başka bir malın verilmesi (aliud teslimi) halinde, ayıba karşı tefeffül hükümleri değil, hiç ifa etmemeye ilişkin BK, m. 96 vd. hükümleri uygulanmalıdır¹¹¹. Örneğin, fotoğraf makinesi yerine kitap teslim edilmesi, ayıplı ifa değil, aliud (yanlış) ifadır. Ancak burada, satılan malın parça veya cins borcu olmasına göre bir ayırım yapılmaktadır. Satılan mal, parça borcu ise ve kararlaştırılan malın kendisi teslim edilmişse, umulandan bambaşka bir mal teslim edilmiş olsa bile, aliud ifa değil, ayıplı ifa vardır; satılan mal, cins borcu ise, malın ayıplı ifa mı yoksa, aliud ifa mı olduğu, işlerde yaygın görüşlere göre tespit edilir¹¹². Ancak, şunu da belirtmek gerekir ki, tüketici, başka bir nesnenin teslim edildiğini, yani aliud ifayı bilerek kabul etmişse, ifa yerini tutan edim söz konusu olur ve bu takdirde, teslim edilen mal ayıplı çıkmışsa, ayıba karşı tekeffül hükümleri (TKHK, m.4; BK,m.194 vd.) uygulanabilir¹¹³.

109 ASLAN, s.91; EDİS, (Borçlar), s.9; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.93; TANDOĞAN, (C.I/1), s.72; TUNÇOMAĞ, s.120; YAVUZ, (Borçlar), s.95; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.39.

110 AYDOĞDU, s.181. İspanya, Latin Amerika ve İskandinav ülkelerinde de miktar eksikliği ayıplı ifa olarak kabul edilmektedir. Bkz. ASLAN, s.91-92. Aksi görüşte olan ZEVLİLİLER'e göre (Tüketici, s.39 ve s.42), tüketici satışlarında da, sadece nicelik eksikliği (eksik ifa); kural olarak ayıplı ifa sayılmaz; nicelik eksikliğinin mutlaka nitelikte eksikliğe de yol açması gerekir. Kanımca, TKHK m.4/1 hükmüne göre, sadece nicelik eksikliği de, tüketici satışlarında ayıplı ifa sayılmalıdır.

111 ARSLANLI, s.264-265; ASLAN, s.97-98; EDİS, (Borçlar), s.11-12; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.94-95; KARAHASAN, M. Reşit Sorumluluk Hukuku-Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk-İstanbul 1995, s.239-240; TANDOĞAN, (C.I/1), s.172-173; ZEVLİLİLER (Tüketici), s.39-40.

112 ASLAN, s.98; DOĞANAY, s.104-105; EDİS, (Borçlar), s.24; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.94-95; KARAHASAN, (Sorumluluk), s.39; TANDOĞAN, (C.I/1), s.172-173; YAVUZ, (Borçlar), s.95; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.46-47 ve 141-142; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.39-40.

113 TANDOĞAN, (C.I/1), s.122; TUNÇOMAĞ, s.121.

Tüketici satımlarında, satılacak ayıbın önemli olmasına gerek yoktur. Çünkü, TKHK. m.4/I'de ayıbın önemli olmasından değil "... tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran..." ayıplardan bahsedilmiştir¹¹⁴. oysa, olağan satışlarda, BK. m.194'te açıkça ifade edildiği gibi, satılacak ayıbın önemli olması gerekir. Kanuni deyişle, "... maksut olan menfaati izale veya ehemmiyetli bir surette tenkis eden..." bir ayıp olmalıdır ki, alıcı, ayıplı ifadan dolayı seçimlik haklarını kullanabilsin. Kanımca, tüketiciyi korumak açısından TKHK. m.4/I'de ayıbın önemli olmasının aranmaması, yerinde olmuştur; ancak önemsiz ayıplarda, hakkın kötüye kullanımını engellemek için seçimlik hakları kısıtlanması ve sadece bedel indiriminin istenmesi söz konusu olmalıdır (TKHK. m.30; BK. m.202/II)¹¹⁵.

b. Ayıp, yarar ve hasarın intikalinden önce var olmalıdır

Alman Medeni Kanunu (BGB) § 459'da açıkça yer verilen bu şartın varlığı, hukukumuzda da aynen benimsenmektedir. Hasarın intikalinden sonra ortaya çıkan ayıplar, daha önce mevcut sebeplerden ileri gelmemişse, satıcı sorumlu olmaz¹¹⁶. Satıcının sorumlu olduğu ayıplar, çoğu zaman, imalat (üretim veya fabrikasyon) ayıbı şeklinde ortaya çıkacaktır. Keza, hasarın intikal anına kadar, taşıma esnasında malda meydana gelen zararlar da, ayıp kapsamındadır. çünkü, hasarın alıcıya (tüketici) geçmesinden sonra, satıcının kusuru olmaksızın ortaya çıkan ayıplar, hasar hükümlerine tabidir. Bu andan itibaren, satıcının kusuruyla meydana gelen ayıplar ise BK. m.96 vd. hükümleri gereğince, sadece satıcının tazminatla sorumlu olmasını gerektirir¹¹⁷.

c. Tüketici, ayıbın varlığını bilmemelidir

TKHK. m.4, hükmünde, ayıplar, açık, gizli ve hileli ayıplar olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Satıcı, bu ayıplardan kanunen sorumlu olup, onun açık veya yazılı bir taahhüdüne gerek yoktur (TKHK. m.4/II, c.son). Açık ayıplar, tüketicinin malı teslim aldıktan sonra basit (adi) bir muayene sonucunda fark edilebileceği ayıplardır¹¹⁸. Tüketici, malı veya hizmeti satın alırken ayıbın varlığını bilmemelidir. Eğer, tüketici ayıbın varlığını biliyorsa, bu ayıptan

114 AYDOĞDU, s.182; KARAHASAN, (Tüketici), s.45, d.3; Karşı görüşte olan ZEVLİLER'e göre (Tüketici, s.42-43), TKHK. m.4/I'de açıkça bu şartın yer verilmediği için TKHK. m.30'un yaptığı genel atıf gereği, BK. m.194'de sözü edilen ayıbın önemli olması, tüketici satışlarında da aranmalıdır.

115 AYDOĞDU, s.182-183.

116 ARSLANLI, s.274-275; ASLAN, s.104; BECKER, s.77; EDİS, (Borçlar), s.63-64; FEYZİOĞLU, s.273; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.90; KARAHASAN, (Sorumluluk), s.239; TANDOĞAN, (C.I/1), s.175; UYGUR, s.339; YAVUZ, (Borçlar), s.93-94; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.92; ZEVLİLER, (Tüketici), s.43.

117 ASLAN, s.104; TUŇÇOMAĞ, s.123; YAVUZ, (Borçlar), s.94; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.86; ZEVLİLER, (Tüketici), s. s.43-44.

118 ARSLANLI, s.280; FEYZİOĞLU, s.274-275; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.97; TANDOĞAN, (C.I/1), s.174; YAVUZ, (Borçlar), s.95-96; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.83-84; ZEVLİLER, (Tüketici), s.45.

dolayı satıcının sorumluluğu yoktur (TKHK. m.4/VI). Satıcı, tüketicinin bu ayıpların varlığını bildiğini iddia ediyorsa, bunu ispatlamalıdır (MK. m.6; TKHK. m.30). Nitekim, açık ayıplardan dolayı satıcı, sorumlu olmak istemiyorsa, malın üzerine, ambalajına veya tüketicinin kolaylıkla görebileceği bir yere "özürdür" etiketi koymalıdır (TKHK. m.4/VII). Bu etiketin asılması halinde, tüketici, açık ayıpları görmediğini iddia edemez. Ancak, yalnızca ayıplı mal satan veya işyerinin bir bölümünü sürekli olarak ayıplı mal satışına tahsis eden satıcıların bu tür malları için "özürdür" etiketi konmasına gerek yoktur (TKHK. m.4/VIII). Bu gibi durumlarda, yine tüketicinin açık ayıpları kontrol ettiği ve bildiği farzedilmekle birlikte her iki durumda da, satıcının gizli ve hileli ayıplardan dolayı sorumluluğu devam eder¹¹⁹. Çünkü, bu etiketin konulması, tüketiciye, sadece açık ayıplar için, (BK. m.197'de olduğu gibi¹²⁰) muayene etme kütfeği yükler. Hatta özürli mallarda, bu etiket asılması gerekirken asılmamışsa, satıcının hilesinden bahsetmek bile mümkündür¹²¹.

Gizli ayıplar, açık olmayan yani adi (olağan) bir muayene ile ortaya çıkmayan ayıplardır. Bir başka deyişle, gizli ayıplar, tüketicinin varlığını bilmediği ve açık ayıplara göre daha uzun sürede ortaya çıkabilecek olan ayıplardır¹²².

Hileli ayıp, satıcının kasten (bilerek) gizlediği ve ayıbın varlığını bilmesine rağmen, gereken uyarıyı yapmadığı takdirde ortaya çıkan ayıptır. Hileli ayıp halinde, alıcının (tüketicinin) malı muayenedeki ihmali gözönüne alınmaz; satıcı bu ayıplardan mutlak olarak sorumludur. Bu durumda gecikmiş ihbara rağmen seçimlik haklar da kullanılabilir (BK. m.200; TKHK. m.4/III ve m.30) ve zamanaşımı süresi on yıldır. (BK. m.125 ve m.207/III; TKHK. m.4/IV, c.son ve m.30)¹²³.

d. Sorumsuzluk anlaşması yapılmamış olmalıdır

Olağan ve ticari satışlarda, açık ve gizli ayıplardan sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşmalar yapılabilir; ancak hileli ayıplardan dolayı

119 ERDOĞAN, s.16; KARAHASAN, (Sorumluluk), s.268; KARAHASAN, (Tüketici), s.47; ZEVLİLER, (Sempozyum), s.48; ZEVLİLER, (Tüketici), s.45-48.

120 BK. m.197 hükmü, kötü şekilde kaleme alınmıştır. Bu hüküm, alıcıya malın teslim alınmasından önce kanunen muayene etme kütfeği yüklenmiş gibi kaleme alınmışsa da mehz İBK. m.200 hükmüne uygun yorum yapılarak, muayene kütfeğinin, malın teslim alınmasından sonra başladığı kabul edilmektedir. Sözleşme veya adet gerektiriyorsa, teslim almadan önce de muayene etme kütfeğinin varlığı kabul edilmektedir. Bkz. BECKER, s.90-91; KARAHASAN, (Sorumluluk), s.241; TANDOĞAN, (C.I/1), s.174; UYGUR, s.349; YAVUZ, (Borçlar), s.95-96, dn.21a; ZEVLİLER, (Borçlar), s.63; ZEVLİLER, (Tüketici), s.45-46.

121 KARAHASAN, (Sorumluluk), s.268; KARAHASAN, (Tüketici), s.47

122 ARSLANLI, s.280-281; EDİS, (Borçlar), s.60; ERDOĞAN, s.16; FEYZİOĞLU, s.275; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.97; TANDOĞAN, (C.I/1), s.174; YAVUZ, (Borçlar), s.95-96; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.83-84.

123 ARSLANLI, s.280-281; EDİS, (Borçlar), s.60; ERDOĞAN, s.16; FEYZİOĞLU, s.275; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.104-105; TANDOĞAN, (C.I/1), s.175-176; YAVUZ, (Borçlar), s.95-96; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.83-84.

yapılan sorumsuzluk anlaşmaları geçersizdir (BK. m.196). Hileli ayıplarda, satıcının belli vasıfların varlığını veya yokluğunu söylemesi ya da susmasıyla alıcıda yanıma uyandırması veya mevcut yanılmayı güçlendirmesi söz konusudur. Satıcının ağır kusurunun olduğu, yani ayıbın varlığını bilmesi gereken hallerde de, hileli ayıbın varlığı kabul edilmektedir¹²⁴.

Sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin BK. m.196 hükmünün, TKHK. m.30'da yapılan genel atıf gereğince, tüketici satışlarında da geçerli olduğu söylenebilir. Ancak tüketici satışlarında, sorumsuzluk anlaşmasının hiçbir ayıp çeşidinde (açık, gizli veya hileli ayıplarda) yapılamayacağını kabul etmek yerinde olur. Bu sonuç, TKHK. m.1'de belirtilen tüketiciyi koruma amacından ve bu kanunun mehazı Avrupa Birliği hukukunun bu konudaki emredici düzenlemelerinden çıkartılmaktadır¹²⁵. Kanımca, bu görüş yerinde olup, TKHK. m.4/II, c.3 hükmüyle de desteklenebilir. Bu düzenlemeye göre; satıcı, tüketicinin kullandığı seçimlik hakları yerine getirmek zorundadır. Tüketiciyi korumak amacıyla öngörülen bu emredici hükmün karşıt kavramından yola çıkılarak, sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olduğu sonucuna varmak gerekir. Aynı gerekçeyle, tüketicinin seçimlik haklarını kullanamayacağına ya da sadece belli bir seçimlik hakkını kullanılabileceğine ilişkin sözleşme hükümleri de geçersiz olmalıdır. Sadece, açık ayıp içeren mallarda, "özürdür" etiketinin konulması, kanunen açık ayıplardan dolayı sorumluluğu kaldıran bir durum olarak nitelendirilebilir (TKHK. m.4/VII-VIII). Ancak bu hükmün genelleştirilmesi ve satıcının genel olarak açık ayıplar hakkında sorumsuzluk anlaşması yapabileceğini kabul etmek de yerinde olmaz¹²⁶.

B. Muayene ve İhbar Külfeti (Şekli Şartlar)

1. Muayene ve ihbar külfetinin hukuki niteliği

Muayene ve ihbar külfeti, hem lüzümlü hem de zikir ve vaad olunan vasıflar nedeniyle tekeffülden yararlanabilmenin şekli şartıdır¹²⁷. Tüketici, maldaki ayıbı, süresinde muayene etmiş ve bu ayıbı süresinde ihbar etmişse, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanarak seçimlik haklarını

124 BECKER, s.85-86; FEYZİOĞLU, s.276-277; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.103-104; KARAHASAN, (Sorumluluk), s.241; UYGUR, s.348; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.101; Yargıtay İçtihatları da bu yoldadır. Öm. bkz. Y.11. HD. 3.10.1986, 4447/4964 (YKD. 1987/1, s.64-66).

125 ÇEKER, s.18; ERDOĞAN, s.16; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.46-47.

126 AYDOĞDU, s.188, dn.66. "Özürdür" etiketinin konulduğu ya da konulmasına gerek olmayan hallerde (TKHK. m.4/VII-VIII), tüketicinin bildiği ya da kanun gereği bilmesi gerektiği ayıptan da söz edilebilir. Gerçekten de tüketicinin, ayıbın varlığını bildiği durumlarda, satıcının sorumluluğu söz konusu olmaz (TKHK. m.4/VI).

127 BECKER, s.92-93; EDİS, (Borçlar), s.76-77; FEYZİOĞLU, s.278-279; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.98; TANDOĞAN, (C.I/1), s.177; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.106-107.

128 Keza, ayıbın muayene edilmeden yani kendiliğinden ortaya çıkması da mümkündür. Hatta hileli ayıplarda, ayıbın süresinde muayene ve ihbar edilmemesi, satıcının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (BK. m.200).

kullanabilir (BK. m.198; TKHK. m.30)¹²⁸. BK. m.198/II'de her ne kadar bunların külfet (Obliegenheit, incumbances) olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü, muayene ve ihbar, borç olarak kabul edilseydi, tüketici (alıcı), ayıbı muayene veya ihbar etmediği takdirde, borca aykırılık nedeniyle satıcıya tazminat ödemek zorunda kalır (BK. m.96 vd.). Oysa, külfet olarak kabul edilmesiyle, tüketicinin (alıcının) malı muayene etmemesi ya da muayene edip ayıbı bulduktan sonra ihbar etmemesi halinde sadece ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik haklarını kullanamayacağı sonucuna varmak gerektir¹²⁹.

Malın muayene edilmesi külfeti, en erken malın fiilen teslim alındığı (kabzedildiği) ya da hizmetin ifa edildiği anda başlar. (BK. m.198/II; TKHK. m.30). Malın muayenesi, satın alınan malın kullanılması, çalıştırılması, tahlil edilmesi anlamına gelir. Muayene, tüketici tarafından yapılabileceği gibi, onun belirlediği uzman bir kişi tarafından da yapılabilir¹³⁰. İhbar ise, muayene sonucu ortaya çıkan ayıbın satıcıya bildirilmesidir. İhbar, herhangi bir şekilde (sihhat şartına) bağlı değildir. Ancak ispat kolaylığı sağlaması nedeniyle yazılı olarak yapılması yerinde olur¹³¹.

2. Muayene ve ihbar süresi

Muayene ve ihbar süresi, ayıbın çeşidine göre belirlenir. Buna göre; satıcının hile ile gizlemediği ve varlığı tüketici tarafından bilinmeyen açık ayıplardan dolayı, tüketici, malı teslim aldığı veya hizmetin tamamen ifa edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde malı (veya hizmeti) muayene etmeli ve bu sürede ortaya çıkan ayıbı ihbar etmelidir (BK. m.198; TKHK. m.4/II, c.1). Hemen belirtelim ki TKHK. m.4/II, c.1 hükmünde, muayene ve ihbar süresinden değil, bu süre içinde seçimlik hakların kullanılması gereğinden söz edilmektedir. Ancak, muayene ve ihbar külfeti, TKHK. m.30 hükmünde

129 BECKER, s.93; EDİS, (Borçlar), s.85-86; FEYZİOĞLU, s.277, dn.409; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.98; TANDOĞAN, (C.I/1), s.176; YAVUZ, (Borçlar), s.96-97; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.105-106. Borç ile külfet kavramları veciz olarak, şöyle ifade edilmektedir: "Borca aykırı davranan başkasına, külfete aykırı davranan kendine zarar verir."

130 BECKER, s.93-94; EDİS, (Borçlar), s.77; FEYZİOĞLU, s.281; TANDOĞAN, (C.I/1), s.177-178; YAVUZ, (Borçlar), s.97-98; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.49.

131 ARSLANLI, s.284; EDİS, (Borçlar), s.78-79; FEYZİOĞLU, s.281, dn.421; TANDOĞAN, (C.I/1), s.180; YAVUZ, (Borçlar), s.98, dn.28a; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.49-50.

132 AYDOĞDU, s.190, dn.72. TKHK. m.4'de açıkça muayene ve ihbar külfetinden bahsedilmemiş sadece seçimlik hakların onbeş günlük sürede kullanılması gereğinden bahsedilmiştir. Bundan yola çıkarak KARAHASAN (Tüketici, s.46), tüketici sözleşmelerinde, tüketicinin muayene ve ihbar külfeti (ödevi) olmadığını sadece bu sürede seçimlik haklarını kullanması gereğinden bahsetmektedir. Oysa, ZEVLİLİLER'in de yerinde olarak belirttiği gibi (Tüketici, s.50), malın veya hizmetin muayenesi yapılmadan ne ayıplar ihbar edilebilir ne de seçimlik hakların kullanılması mümkün olabilir. Burada olsa olsa TKHK. m.4 hükmünün, onbeş günlük sürede (muayene ve ayıbın ihbar külfeti yanında) seçimlik hakların kullanılması külfetini de yüklediğini söylemek mümkündür ki bu da yukarıda bahsettiğimiz gibi Borçlar Kanunu'ndan daha da geriye giden bir düzenlemedir.

yapılan genel yollamadan da çıkartılabilir¹³². Yargıtay da, yakın tarihli bir kararında¹³³, tüketici satımlarında, muayene ve ihbar süresinden bahsetmeden seçimlik hakların teslimden itibaren onbeş günlük sürede kullanılması gereğinden söz etmiştir. Kanunun lafzına göre, tüketici, en azından açık ayıplarda, teslimden itibaren onbeş günlük süre içinde muayene ve ihbarla yetinmemeli, Ayrıca seçimlik haklarından hangisini kullandığını da satıcıya bildirmelidir. Şu da var ki, seçimlik haklarını bu sürede kullanan tüketicinin, muayene ve ihbar külfetini de yerine getirmiş olduğu kabul edilmelidir. ancak kanımca, bu kadar kısa sürede tüketiciye, seçimlik hakların da bildirilmesi külfetinin yüklenmesi yerinde olmamıştır. Çünkü, seçimlik haklar, kullanıldıktan sonra tek yanlı olarak geri alınamayan yenilik doğurucu haklardır. Bu yüzden, olağan ve ticari satışlarda, süresinde ihbar edilen ayıplar için, seçimlik haklar, dava zamanaşımı süresi içinde de (BK. m.207) kullanılabilir¹³⁴. TKHK. m.4/II, c.1 hükmündeki bu durum, Borçlar Kanunumuzdan da geriye giden bir durum olup tüketicinin aleyhinedir. Bu durumun sakıncalarını ortadan kaldırmak için şöyle bir görüş kabul edilebilir; tüketici onbeş günlük sürede, açık ayıpları muayene ve ihbar etmiş fakat seçimlik hakları daha sonra, (dürüstlük kuralına uygun olarak, özellikle onbeş günden sonraki kısa bir zaman dilimi içinde) kullanmışsa, bu takdirde satıcının TKHK. m.4/II, c.1 hükmündeki onbeş günlük süreyi ileri sürerek süre yönünden karşı koyması, hakkın kötüye kullanımı (MK. m.2/II) sayılmalıdır¹³⁵.

Gizli ayıplarda muayene süresi, teslimden itibaren iki yıldır (TKHK. m.4/III-IV). Gizli ayıplarda, ayıpların ihbarı ve seçimlik hakların bildirilmesi süresi açıkça öngörülmemiş; sadece burada onbeş günlük sürenin uygulanmayacağı belirtilmiştir (TKHK. m.4/II). TKHK. m.30 gereğince, bu konuda da genel hükümlere başvurmak gerekir. Buna göre, tüketici, gizli ayıbın ortaya çıkmasından itibaren derhal yani dürüstlük kuralına uygun olan en kısa sürede, bu ayıbı satıcıya ihbar etmeli ve seçimlik haklar dava za-

133 Y.13.HD., 11.6.1996, E.1996/5334, K.1996/5952 (YKD. 1996/11, s.1756). Olayda, satın alındıktan iki gün sonra alt kısmı açılan bir spor ayakkabı satın alınmış, tüketici, geri alınması için satıcıya götürmesine rağmen, satıcı, iki defa tamir etmiş, ancak tüketicinin isteğine rağmen spor ayakkabıyı geriye almamıştır. Yargıtay, onbeş günlük sürede seçimlik hakkını kullanan tüketici lehine karar vermiştir. Ancak muayene ve ihbar külfetinden bahsetmemiştir.

134 Seçimlik hakların aynı bir beyanla kullanılmasına gerek de yoktur; seçimlik haklar, dava zamanaşımı süresi içerisinde açılacak dava yoluyla da kullanılabilir (BK. m.207). Bkz. BECKER, s.95-96; EDİS, (Borçlar), s.96; TANDOĞAN, (C.I/1), s.188; YAVUZ, (Borçlar), s.98-99; ZEVLİLİLER, (Borçlar), s.64.

135 AYDOĞDU, s.192, dn.75. EDİS'e göre (Borçlar, s.99), olağan ve ticari satışlarda, alıcı, dava zamanaşımı içinde ve fakat objektif iyiniyet kuralı (MK. m.2/II) kapsamında, hangi seçimlik hakkını kullandığını bildirmelidir. Kanımca, bu görüş, TKHK. m.4/III hükmünün dar ifadesi aşarak, yukarıda bahsettiğimiz gibi, tüketici satımları için de kabul edilmelidir.

manaşımı süresi içinde kullanılmalıdır (BK. m.198/III; TKHK. m.4/III ve M.30)¹³⁶. Bu tür ayıplar, tüketiciden hıyyle gizlenmiş ise satıcı, iki yıllık süreden de yararlanamaz (TKHK. m.4/III); burada açık bir süre verilmesine rağmen olağan ve ticari satışlarda kabul edildiği üzere BK. m.125'de on yıllık on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır¹³⁷.

Canlı ve cansız hayvan satışlarında, ayıplar bakımından, TKHK. m.4 hükmünün göz önünde tutulması gerekir. Çünkü, TKHK. m.1 vd. hükümleri, tüm taşınır mallara uygulanır (TKHK. m.3/c bendi). Bu yüzden taşınır mal hükmünde olan canlı ve cansız hayvanlar hakkında da TKHK. m.4 hükmünün uygulanması gerekir¹³⁸.

§3. TÜKETİCİYE TANINAN SEÇİMLİK HAKLAR

I. Ayıplı Mallarda Tüketicinin Seçimlik Hakları

Bu başlık altında yapılan açıklamalar, esasen ayıplı mallar için de geçerli olmakla birlikte, niteliği elverdikçe ayıplı hizmetler için de geçerlidir (TKHK. m.4/v, c.1). Bununla birlikte, hizmet ediminin niteliği gereği, bazı özel durumlara da değinmek gerekir. Bu yüzden, ayıplı hizmetlerde tüketicinin haklarına ayrı bir başlık altında ileride değinilecektir¹³⁹.

Tüketici, ayıba karşı tekeffülün maddi şartları gerçekleştiğinden sonra, üzerine düşen şekli şartı da (muayene ve ihbar külfetini de) yerine getirmişse, kendisine tanınan dört seçimlik haktan yararlanabilir (TKHK. m.4/II). Bu haklar;

136 AYDOĞDU, s.192; BECKER, s.100; EDİS, (Borçlar), s.88-89; TANDOĞAN, (C.I/1), s.203; YAVUZ, (Borçlar), s.121-122; ZEVLİLİLER, (Borçlar), s.71-72; ZEVLİLİLER, (Sempozyum), s.49

137 EDİS, (Borçlar), s.132; TANDOĞAN, (C.I/1), s.203; YAVUZ, (Borçlar), s.129-130; ZEVLİLİLER, (Borçlar), s.71-72.

138 AYDOĞDU, s.192-193, dn.78. Hayvanların taşınır (menkul) eşya sayılması hakkında bkz. AKİPEK, G. jale: Menkul Davası, Ankara 1959, s.20; ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 1997, s.7; OĞUZMAN, M, Kemal/SELİÇİ, Özer: Eşya Hukuku, İstanbul 1992, s.8. Böylece, satıcının, canlı hayvanın ayıplarından sorumluluğu için öngörülen BK. m.195'de aranan yazılı tekeffül veya sorumluluk için hileli ayıbın varlığı, konusu hayvan satımı olan tecrübe veya muayene şartıyla satım sözleşmesinde, kabul edilen bu sonuç için bkz. ANTALYA, Gökhan: Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe ve Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul 1993, s.151; FEYZİOĞLU, s.142; YAVUZ, (Borçlar), s.203-204; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.155. aksi fikirde olan ZEVLİLİLER'e göre (Tüketici, s.51-52), TKHK. m.1 vd. hükümlerinde hayvan satışları için özel hükümler öngörülmediğinden, canlı ve cansız hayvan satışlarında, bu konuda daha özel hüküm olan BK. m.195 ve m.199 hükmü uygulanmalıdır. Bu görüşün sonucu olarak, tüketici satışlarında da yazılı taahhüt veya satıcının hilesi olmadıkça, ayıplı hayvanlardan dolayı, satıcı sorumlu olmayacaktır. Yukarıda belirttiğim gerekçelerle, bu görüşe katılmadığımı belirtmek isterim. Ayrıca, BK. m.195 ve m.199'da öngörülen özel hükümlerin, sadece canlı hayvanlara uygulanacağı tartışmasız ise de hangi canlı hayvanlara uygulanacağı tartışmalıdır. Bu tartışmalar için bkz. BECKER, s.103-105; (C.I/1), s.182-183; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.41.

139 Bkz. aşa. §2, II.

1. Ücretsiz değiştirme hakkı,
2. Ücretsiz tamir hakkı,
3. Bedelin iadesini isteme hakkı ve
4. Bedelden indirim isteme hakkıdır.

Hemen belirtelim ki, tüketici, bu seçimlik haklardan sadece birisine başvurabilir, bu hak kullanıldıktan sonra, tüketici tarafından tek yanlı olarak değiştirilemez. Zira bu haklar kullanılmakla sona eren (tükenen), değiştirici yenilik doğuran haklardandır¹⁴⁰. Nitekim, TKHK. m.4/1, c.1 hükmünde de, tüketicinin bu haklardan sadece birini kullanabileceği, "veya" bağlacı kullanılarak, açıkça belirtilmiştir.

BK. m.202 vd. hükümlerinde, ücretsiz tamir hakkı dışındaki üç hak, değişik adlarla tanınmıştır. Satım sözleşmelerinde, ücretsiz tamir hakkı, alıcıya kanunen tanınmadığı için tarafların anlaşması varsa alıcıya tanınmaktaydı. Oysa, BK. m.20/1, kiracıya, kiralanan yerdeki ayıpların giderilmesini talep hakkını; BK. m.360/II ise, eser sözleşmesinde iş sahibine, sözleşme konusu ayıplı eserin onarılmasını talep hakkını, kanunen vermektedir. Satış sözleşmesinde alıcıya bu hakkın, kanunen verilmemesi eleştirilmekteydi¹⁴¹. Bu yüzden, tüketici satışlarında, TKHK. m.4/II hükmüyle, kanunen ücretsiz tamir hakkının tanınması yerinde olmuştur¹⁴².

A. Ücretsiz Değiştirme Hakkı

Ücretsiz değiştirme hakkı, olağan veya ticari satışlarda alıcıya BK. m.203 hükmünde tanınan, satılanın ayıptan yoksun (ari) misliyle değiştirilmesini talep hakkına benzemekle birlikte, birçok yönlerden farklılıklar arz etmektedir.

- 140 EDİS (Borçlar), s.98; FEYZİOĞLU, s.293; TANDOĞAN, (C.I/1), s.188; YAVUZ, (Borçlar), S.101-108; ZEVLİLER, (Borçlar), s.65; ZEVLİLER, (Tüketici), s.55. Ancak bazı durumlarda (BK. m.202/II, III; m.204/1 veb.), hakim, kanunun verdiği yetkiyi kullanarak, alıcının kullandığı seçimlik hak yerine başka bir hakka karar verebilir. Seçimlik hakların sınırlı olan bu gibi durumlar, tüketici satışlarında da geçerlidir (TKHK. m.30). Keza TKHK. m.4/V'de seçimlik hakkın sınırlandırılmasına benzer durum, ayıplı hizmetler için öngörülmüştür.
- 141 HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.102-103; TANDOĞAN, (C.I/1), s.187; YAVUZ, (Borçlar), s.102.
- 142 AYDOĞDU, s.194-195; ZEVLİLER, (Tüketici), s.56.
- 143 Misli mallar, iş hayatındaki yaygın görüşlere göre ölçme, tartma, sayma yoluyla satılan, ve birbirinin yerine konabilen mallardır. Örneğin, şeker, un, kömür vb. BK. m.203 hükmündeki "misli mal" ifadesi mahaz İBK. m.206 hükmüne uygun olarak "cins (çeşit) borcu"nu da kapsayacak biçimde geniş anlaşılmalıdır. Cins borcu, taraf inadelerine göre ayıncı nitelikleri tam olarak belirtilmeyen sadece cinsiyetle belli edilen misli veya gayrimisli bir şey olabilir. Bkz. ERTAŞ, s.8-9; FEYZİOĞLU, s.300-301; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.102-103; SEROZAN, Rona: "Parça Borcu-Çeşit Borcu, aşılması Gereklî Bir Ayrım", MHAD. 1969, Y:3, S:5, s.221, dn.20; TANDOĞAN, (C.I/1), s.82-83, 198-199; ZEVLİLER, (Tüketici), s.59. Parça ve cins borcu arasındaki ayrımın modern hayata uygun olmadığı ve kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir ki bu bakımdan ücretsiz değiştirme hakkında, satılan malın cins borcu olmasının aranmaması (TKHK. m.13/III-IV), yerinde olmuştur. Keza, parça ve çeşit borcu arasındaki ayrım kaldırılınca kadar, MK. m.2/II hükmündeki güven ilkesinin izin verdiği oranda uygulanmaması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bkz. SEROZAN, (Parça Borcu), s.211-238, özellikle s.221-223 ve s.228-229.

Şöyle ki: BK. m.203'de, aranan tek şart, satılanın misli¹⁴³ mal olmasıdır. Buna karşılık, TKHK. m.4/II hükmünde, bu şart aranmamış, ancak garanti belgesiyle satılmak zorunda olan sanayi mallarında, çok daha farklı ve ağır şartlar aranmıştır (TKHK. m.13/III-IV). Hemen belirtelim ki, ücretsiz değiştirme hakkında, satılan malın misliyle karşılaştırılan bir mal olma şartının genel hüküm olarak burada da uygulanması gerekir¹⁴⁴.

Ücretsiz değiştirme hakkı, garanti belgesi ile satılmak zorunda olan sanayi mallarında bazı şartlara bağlanmışken (TKHK. m.13), diğer mallarda bu şartlar aranmamıştır (TKHK. m.4/II). Bu yüzden, ücretsiz değiştirme hakkı incelenirken garanti belgesiyle satılmak zorunda olan sanayi mallarıyla, bunlar dışında kalan mallar, ayrı ayrı ele alınmak gerekir.

1. Sanayi mallarında ücretsiz değiştirme hakkını kullanma şartları

TKHK. m.4/II hükmünde, tüm taşınır mallarda, tüketiciye ücretsiz değiştirme hakkını tanıdığı halde, daha özel bir hüküm niteliğinde olan TKHK. m.13/III, garanti belgesiyle satılmak zorunda olan sanayi mallarında bazı şartların gerçekleşmesini aramaktadır. Hangi sanayi mallarının garanti belgesiyle satılmak zorunda bulunduğunu ve bu malların tamiri için gereken azami süreleri, Bakanlık, Türk Standartları Enstitüsü ile birlikte tespit ve ilan eder (TKHK. m.13/V). Buna ilişkin tebliğ, "Garanti Belgesi ile Satılmak Zorunda Olan Sanayi Mallarının ve Bu Malların Arızalarının Tamiri İçin Gereken Azami Süreler Hakkında Tebliğ" adıyla yayımlanmıştır¹⁴⁵. Bu tebliğde, hangi sanayi mallarının garanti belgesiyle satılmak zorunda olduğu liste halinde belirtilmiştir. Bu tebliğe ekli liste, "Garanti Belgesi ile Satılmak Zorunda Olan Sanayi Mallarının ve Bu Malların Arızalarının Tamiri İçin Gereken Azami Süreler Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ"¹⁴⁶ ile iptal edilmiş ve bu tebliğe yeni bir liste eklenmiştir. Satılan mal, bu tebliğe ekli listede belirtilen sanayi mallarından ise, garanti belgesiyle satılmak zorunda olacak ve TKHK. m.13/III ve IV'ün aradığı şartlar da varsa, ücretsiz değiştirme hakkı, söz konusu olacaktır. Satılan mal garanti belgesi ile satılmak zorunda olan sanayi mallarından değilse, ücretsiz değiştirme hakkı TKHK. m.13 hükmünde öngörülen şartlar aranmadan kullanılacaktır (TKHK.m.4/II)¹⁴⁷.

TKHK. m.13/IV hükmüne dayalı olarak çıkarılan "Garanti Belgesi ile Tanıtma ve Kullanma Kılavuzunun Uygulanma Esaslarına Dair Tebliğ'in¹⁴⁸ m.4/e hükmü, TKHK. m.13'den yararlanarak garanti belgesinin tanımını

144 ZEVLİLER, (Tüketici), s.59-60.

145 Bkz. TRKGM-95/105-106, (RG. 2.9.1995, S:22392).

146 Bkz. TRKGM-97/13-14, (RG. 21.02.1997, S:22912). Bu tebliğ, 17.4.1996 tarih ve 22614 sayılı RG'de yayımlanan TRKGM-96/32-33 sayılı tebliği de yürürlükten kaldırmıştır (m.3).

147 ASLAN, s.150-152; AYDOĞDU, s.196-197.

148 Bkz. TRKGM-95/116-117, (RG. 9.9.1995, S:22399).

yapmıştır. Buna göre: "Garanti belgesi: imalatçı veya ithalatçıların imal ve/veya ithal ettikleri sanayi malları için düzenlenen ve malın garanti süresi içerisinde meydana gelebilecek arızalarının en az bir yıl süreyle ücretsiz tamirinin veya ücretsiz değiştirilmesinin taahhüt edildiğini ve satıcı ile tüketicinin yükümlülüklerini gösteren belgedir." TKHK. m.13/I, c.1 ve c.24'ye göre; garanti belgesi düzenleme zorunluluğu, ithalatçı veya imalatçı firmalara ait iken garanti belgesinin tekemmül ettirilerek (tamamlanarak) tüketiciye verilmesi sorumluluğu, tüketicinin malı satın aldığı satıcı, bayi acenta ya da temsilciliklere aittir. Garanti belgeleri, tüketiciye verildiğinde, satın alınan mala ilişkin faturanın tarih ve sayısı ile bandrol ve seri numarasını içermek zorundadır (TKHK. m.13/I, c.son). Garanti belgesi ile satılmak zorunda olan sanayi mallarında ücretsiz değiştirme hakkının söz konusu olabilmesi için aranan şartlar şunlardır:

a. Satılan maldan yararlanamama, sık sık arızalanma sonucu süreklilik kazanmış olmalı veya tamir için gereken azami süre aşılmış olmalı ya da arızanın tamirinin mümkün olmadığı belirlenmiş olmalıdır

aa. Satılan maldan yararlanama, sık sık arızalanma sonucu süreklilik kazanmış olmalıdır

TKHK. m.13/III hükmünde, "garanti süresi içerisinde sık sık arızalanması sonucu maldan yararlanamamanın süreklilik kazanmış olması" şart aranmış, ancak arıza sayısı verilmemiştir. Oysa, TKHK. m.13/IV hükmüne dayalı olarak çıkarılan Garanti Tebliği m.12/I-a hükmü, kanundaki bu şartın gerçekleşmiş sayılması için, arızaların belirli sayılarda olmasını aramaktadır. Garanti Tebliğinin bu hükmü uyarınca ücretsiz değiştirme hakkının var olabilmesi için sanayi malının, "tüketiciye teslim edildiği tarihten itibaren, belirlenen garanti süresi içerisinde kalmak kaydıyla, bir yıl içerisinde; aynı arızayı ikiden fazla tekrarlaması veya farklı arızaların dörtten fazla ortaya çıkması sonucu, maldan yararlanamamanın süreklilik kazanmış olması" gerekir.

Herşeyden önce şunu söylemek gerekir ki Garanti Tebliği'nin bu hükmü, kanuna aykırıdır ve ücretsiz değiştirme hakkının kullanılmasını son derece güçleştirmektedir. TKHK. m.13/III hükmü, arıza sayısı hakkında herhangi bir açıklama yapmadığı gibi arıza sayısının tespiti konusunda Bakanlığa yetki de vermemiştir. Şu halde Garanti Tebliği, en azından yetkisi olmadığı bir konuda düzenleme yaparak kanuna dayanmamakta ve normlar hiyerarşisine aykırı olmaktadır. Keza bir yıl içinde aynı arızanın ikiden fazla (en az üç kez), farklı arızaların dörtten fazla (en az beş kez) ortaya çıkması, çoğu kere gerçekleşmesi güç bir ihtimaldir, Oysa TKHK. m.13/III, arıza sayısı vermeyerek her somut olayda hakkaniyete uygun olacak şekilde (MK. m.4), ha-

kime, maldan yararlanamamanın süreklilik kazanıp kazanmadığını tespit etme yetkisi tanıyarak, daha yerinde bir düzenleme getirmiştir. Kaldı ki TKHK. m.13 hükmünün gerekçesinde, açıkça bu konuda hakime takdir yetkisi verildiği belirtilmiştir¹⁴⁹. Kanuna aykırı olan bu Garanti Tebliği hükmünün Bakanlık tarafından yeni bir düzenlemeyle ortadan kaldırılmasından önce, hakimın önüne gelen bir olayda Garanti Tebliğinin bu hükmünü dikkate almaması ve doğrudan TKHK. m.13/III hükmünü uygulaması gerekir¹⁵⁰. Eğer, Garanti Tebliği hükümleri uygulanacak olursa, teslimden itibaren bir yıl içinde iki aynı ve iki farklı ya da iki aynı üç farklı arızadan dolayı ücretsiz değiştirme hakkı doğmayacaktır ki, bu durum, tüketicinin mağduriyetine bir an önce son vermek isteyen kanunkoyucunun, bu amaçla öngördüğü TKHK. m.13/III hükmüyle bağdaştırılamaz¹⁵¹.

bb. Tamir için gereken azami süre aşılmış olmalıdır

TKHK. m.13/III ve Garanti Tebliği 12/b hükümlerine göre, tamir için gereken azami sürenin aşılması halinde, tüketicinin ücretsiz değiştirme hakkı doğar. Tamir için gereken azami süre, II. Sanayi Malları Tebliği m.1/II hükmüne göre: "Garanti süresi içinde sanayi malının arızalanması halinde, tamir için gereken azami süre, yetkili servise veya yetli iservisin olmaması durumunda satıcısına teslim edildiği tarihten itibaren **otuz iş günüdür**"¹⁵². Sanayi malı, bu otuz iş günü içinde tamir edilmezse, tüketicinin ücretsiz değiştirme hakkı doğar. Şu halde, tüketici, daha önce ücretsiz tamir hakkını kullanmış, fakat tamir için gereken azami süre aşılmışsa, ücretsiz değiştirme hakkı kullanılabilir. Kanımca bu düzenleme, seçimlik hakların kullanıldıktan sonra değiştirilemeyeceği kuralının kanuni bir istisnası olup, tüketicinin korunmasını sağlayan, yerinde bir düzenlemedir.

cc. Arızanın tamirinin mümkün bulunmadığı belirlenmiş olmalıdır

Garanti Tebliği m.12/c hükmüne göre, arızanın tamirinin mümkün bulunmadığı hallerde de, ücretsiz değiştirme hakkı kullanılabilir. Bu durum,

¹⁴⁹ GEREKÇE'ye göre (s.6), "sık sık arızalanma sonucu maldan yararlanamamak durumu, ihtilaf halinde hakimın takdirine bırakılmıştır." Bkz. AYDOĞDU, s.198, dn.89.

¹⁵⁰ Bu görüş, Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir. Yargıtay'ın 22.3.1996 tarihli ve e.1993/5, K.1995/1 sayılı içtihadı birleştirme kararına göre "... kanunla yönetmeliğin çatışması durumunda üstün norm durumunda bulunan kanuna değer verilerek uyumazlığın çözümü kavuşturulması gerekmektedir..." (YKD. 1996/6, s.886). Hier ne kadar, bu kararda yönetmelikten bahsedilmişse de yönetmelik için kabul edilen bu çözüm, hiyerarşik açıdan yönetmelikten daha sonra gelen tebliğ için de öncelikte (evliyette) uygulanmalıdır. Bkz. AYDOĞDU, s.199, dn.90.

¹⁵¹ AYDOĞDU, s.199.

¹⁵² I. SMT m.6 hükmünde bu süre, bir ay olarak belirtilmişti. Bu hüküm, otuz iş günü olarak, tüketicilerin aleyhine olacak şekilde, II. SMT m.1/II hükmüyle değiştirilmiştir. Bkz. AYDOĞDU, s.199, dn.91.

TKHK. m.13 hükmünde açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, tüketicinin lehine olduğu için yerinde bir hükümdür. Ayrıca bu hükmün TKHK. m.13/III ve son fıkra hükümlerine aykırı olduğu söylenemez¹⁵³. Ancak, Garanti Tebliği m.12/c hükmüne göre; bu gibi durumlarda sanayi malının, firmanın servis istasyonunun, servis istasyonunun mevcut olmaması halinde sırasıyla satıcısı, bayi, acentası, temsilciliği, ithalatçısı veya imalatçısından birisinin düzenleyeceği raporla, arızanın tamirinin mümkün bulunmadığının belirlenmesi durumunda, malın ücretsiz olarak değiştirilmesi istenebilir. Bu düzenleme yerinde değildir. Çünkü arızanın tamirinin mümkün bulunmadığını belirleyecek kişiler, aynı zamanda bu arızadan sorumlu olabilen kişilerdir¹⁵⁴. Bu raporun, tüketicinin başvuru tarihinden itibaren yedi gün içinde düzenlenmemesi halinde tüketiciler, bu durumun tespiti için ilgili tüketici sorunları hakem heyetine başvurabilir (Garanti Tebliği m.12/III). Kanımca her ne kadar bu düzenlemede belirtilmemişse de, tüketici, aleyhinde düzenlenen, arızanın tamirinin mümkün bulunduğuna ilişkin rapora karşı da raporun hiç düzenlenmemesi halinde tanınan başvuru hakkına kıyasen, yedi gün içinde tüketici sorunları hakem heyetine itiraz edebilmelidir¹⁵⁵.

b. Tüketici, satın almış olduğu malı, tanıtma ve kullanma kılavuzuna uygun olarak kullanmış olmalıdır

Tüketici, satın almış olduğu malı, tanıtma ve kullanma kılavuzuna aykırı olarak kullanmışsa, ücretsiz değiştirme hakkını kullanamaz (TKHK. m.13/IV; Garanti Tebliği m.15). Kullanım hatasının varlığının nasıl tespit edileceği, sadece ücretsiz tamir hakkı için belirtilmiştir (Garanti Tebliği m.11/II ve III). Bu düzenleme evleyle ücretsiz değiştirme hakkında da geçerli olmalı ve kullanım hatasının varlığına ilişkin rapora karşı, tüketiciler, ücretsiz tamir hakkında olduğu gibi, tüketici sorunları hakem heyetine başvurabilmelidir¹⁵⁶.

Garanti belgesinde bulunması zorunlu bilgiler, Garanti Tebliği m.74de; tanıtma ve kullanma kılavuzunda bulunması gereken bilgiler, Garanti Tebliği

m.16'da belirtilmiştir¹⁵⁷. Bu tebliğ hükümlerine aykırı davranılması, yani bilgilerin hiç verilmemesi, eksik veya yanlış verilmesi halinde, TKHK. m.25 ve 26 hükümlerinde öngörülen idari para cezaları uygulanır (TKHK. m.25/II; Garanti Tebliği m.17)¹⁵⁸. Tanıtma ve kullanma kılavuzunda yer alması gereken bilgiler arasında kullanım hatalarına ilişkin bilgiler de yer almalıdır; aksi takdirde idari para cezaları uygulanacağı gibi (TKHK. m.25/II), kanımca bu durumda, satıcı veya diğer sorumlu kişiler, alıcının malı tanıtma ve kullanma kılavuzuna aykırı olarak kullandığını ileri sürememelidir¹⁵⁹.

Ücretsiz değiştirme hakkının şartları gerçekleştiğinde, tüketici, satıcıya karşı bu hakkını kullanabildiği gibi, müteselsilen sorumlu olan bayi, acenta, imalatçı üretici ve/veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir (TKHK. m.13/III,c.3). Sorumlu olan bu kişiler, şartları gerçekleştiğinde, bu talebi reddedemeyeceği gibi değiştirme nedeniyle herhangi bir ücret veya masraf da talep edemezler (TKHK. m.13/III, c.1 ve c.2).

2. Sanayi malı olmayan mallarda ücretsiz değiştirme hakkını klanma şartları

TKHK. m.4/II, tüm taşınır mallarda, ücretsiz değiştirme hakkını tanımış olduğu için, garanti belgesiyle satılmak zorunda olmayan taşınır mallarda, TKHK. m.13 hükmünde öngörülen şartlar (malдан yararlanamamanın süreklilik arz etmesi veya azami sürenin aşılması vb.) aranmayacağı için, bu, tüketicinin lehine olan bir durumdur¹⁶⁰. Yargıtay, yakın tarihli bir kararında¹⁶¹, garanti belgesiyle satılmak zorunda olup olmaması üzerinde durmadan, tüketicinin, sakın aldığı ayıplı malda, ücretsiz değiştirme hakkını kullanabileceğine hükmetmiştir.

B. Ücretsiz Tamir Hakkı

Ücretsiz tamir hakkı, hukukumuzda satım sözleşmeleri bakımından kanunen kabul edilen, yeni bir haktır. Bu hak TKHK. m.4/II hükmüyle

153 AYDOĞDU, s.200, dn.92. Bu hüküm, tebliğde yer almasaydı bile, TKHK. m.13/III hükmünün yorumundan aynı sonuca varılabilir. Şöyle ki: TKHK. m.13/III hükmünde, arızanın tamiri için gereken azami sürenin aşıldığından söz edildiğine göre, arızanın tamiri mümkün değilse, mantiken, azami sürenin beklenmesine de gerek olmadığı meydandadır. GT. m.12/c hükmünün, bu bakımdan kanuna uygun, mantıklı bir hüküm olduğunu söylemek de mümkündür. Keza, bu hükmün tüketicinin ayıplı mal nedeniyle uğradığı mağduriyeti bir an önce gidermek isteyen kanun koyucunun amacıyla da uyum içinde olduğu söylenebilir.

154 ZEVKLİLER, (Tüketici), s.152-153.

155 AYDOĞDU, s.200-201, dn.94. Farklı gerekçeyle aynı sonuç için bkz. ZEVKLİLER, (Tüketici), s.152-153. Yazar, bu gibi durumlarda, ücretsiz tamir hakkında tanınan GT. m.11/III hükmündeki, kullanım hatasının var olup olmadığını tespit için tüketicinin hakem heyetine başvuru hakkının, burada da tanınması gerektiğini, haklı olarak ileri sürmektedir.

156 AYDOĞDU, s.201; ZEVKLİLER, (Tüketici), s.152-153.

157 Bakanlığın uygun gördüğü garanti belgesi örneği için bkz. BAĞRIACIKGÜLER, s.65-68.

158 İdari para cezaları hakkında bkz. aşa. §4,III.

159 AYDOĞDU, s.201-202.

160 AYDOĞDU, s.202, dn.98; ZEVKLİLER, (Tüketici), s.150-151; KARAHASAN, (Sorumluluk, s.270-271; Tüketici, s.49), garanti belgesiyle satılmak zorunda olmayan sanayi mallarında, TKHK. m.13 hükmünde azami tamir süresi öngörülmediğini, bu mallar için azami tamir süresi olarak, alışveriş yaşamında uygulanan yeterli (münasp) sürenin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Kanımca, bu mallar için TKHK. m.13/III ve II, SMT. m.1/II hükmünde tamir süresi olarak öngörülen otuz iş gününün kıyasen uygulanması mümkün olmalıdır.

161 Y.13. HD., 11.6.1996, E.5334, K.5952 (YKD. 1996/11, s.1754-1757). Karara konu olan olayda, tüketici, spor ayakkabı almış, fakat kısa sürede tabanı çıkmıştır. Aslında, spor ayakkabılar, garanti belgesi ile satılmak zorunda olan sanayi mallarından (I. ve II. Sanayi Malları Tebliğinde) olmadığı için, karar sonuç itibarı ile doğrudur (TKHK. m.4/II). Fakat spor ayakkabı, I. veya II. SMT.lerinde yer alan bir sanayi malı olsaydı, tüketicinin ücretsiz tamir veya değiştirme hakkı için TKHK. m.13 hükmünde aranan şartlara bakmak gerekirdi.

tanınmadan önce, tarafların anlaşmaları halinde kabul ediliyordu. Uygulamada da tamir hakkı veren anlaşmalara, özellikle garanti belgesi verilmesinde, rastlanılmaktaydı¹⁶². TKHK. m.4/II hükmünde, tüm taşınır mallarda, ücretsiz tamir hakkı tanınmış, fakat ücretsiz değiştirme hakkında olduğu gibi garanti belgesiyle satılmak zorunda olan sanayi mallarında, TKHK. m.1/II hükmünde, özel bir düzenleme öngörülmüştür. Bu hükme göre: "Satıcı, garanti belgesi kapsamındaki malların, garanti süresi içerisinde, gerek malzeme ve işçilik gerekse, montaj hatalarından dolayı arızalanması halinde, malı, işçilik masrafı, değiştirilen parça bedeli ya da başka herhangi bir ad altında, hiçbir ücret talep etmeksizin tamir etmekle yükümlüdür." Aynı hüküm, Garanti Tebliği m.11/I hükmünde de tekrar edilmiştir. Ne var ki, bu ücretsiz tamir hakkından satıcı yanında ara satıcıların da müteselsilen sorumlu olduğuna ilişkin açık bir hükme maalesef yer verilmemiştir. Oysa, ücretsiz değiştirme hakkında böyle bir hüküm vardır (TKHK. m.13/III, c.son)¹⁶³.

Ücretsiz tamir hakkının söz konusu olabilmesi için, tüketici, satılan malı tanıma ve kullanma kılavuzuna uygun olarak kullanmış olmalıdır. Bu şart, tanıma ve kullanma kılavuzu ile satılmak zorunda olan sanayi mallarında geçerlidir. Bunun dışındaki mallarda tanıma ve kullanma kılavuzu da verilemeyeceğinden, tanıma ve kullanma kılavuzuna aykırılık da söz konusu olamayacağı için başka bir şart aranmaksızın ücretsiz tamir hakkı kullanılabilir (TKHK. m.4/II).

Ücretsiz tamir hakkının doğumu için bir tek arızanın varlığı yeterlidir. Ayrıca, garanti süresi içinde meydana gelen arızalardan dolayı, satıcı, hiçbir ücret ve masraf talep edemez (TKHK. m.4/I, m.13/II; Garanti Tebliği m.11/I). Ne var ki Garanti Tebliği m.13 hükmü, kanuna aykırı bir şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre; "Satıcılar veya servis istasyonları, **garanti belgesinde aksine hüküm olmadıkça** ve garanti süresi içinde tüketiciden; montaj, servis, arıza tesbit, nakliye ve bakım ücreti gibi ayrıca herhangi bir ücret talep edemezler." Bu hüküm o şekilde kaleme alınmıştır ki, garanti belgesinde aksine hüküm varsa, satıcı veya servis istasyonu, montaj, servis, nakliye ve bakım

162 ZEVKLİLER, (Tüketici), s.151; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.192-195; YAVUZ, (Borçlar), s.126-128 ve s.156-159.

163 Kanunkoyucunun böyle bir düzenleme öngörmemesinin sebebi, bilinçli olabileceği gibi bilinçsiz de olabilir. Kanun gerekçesinde bu konuya dair bir açıklık yoktur. Kanımca, kanunkoyucu bu ihmalî bilerek yapmıştır. Burada bilinçli bir boşluk vardır. Kanunkoyucu, ara satıcıların, tamir servisi kumak zorunda olmalarını veya tamir servisleriyle anlaşma yapma gibi külfetli bir işi engellemek için böyle bir düzenleme getirmiştir. Nitekim, TKHK. m.15/I hükmüne göre, servis hizmeti verme borcu, sadece ithalatçı veya imalatçılara yüklenmiştir. Ancak yapılacak kanun bakımından hiç olmazsa, ithalatçı veya imalatçı ara satıcıları, ücretsiz tamir borcundan, satıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu kılmak yerinde olur. Bilinçli veya bilinçli olmayan boşluk (ihmalî boşluğu) kavramı için bkz. EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1994, s.133; ZEVKLİLER, (Medeni Hukuk), s.91.

ücreti vb. herhangi bir ücret tale edebilecek ve böylece garanti belgesi verilmesinin anlamı kalmayacaktır. Oysa TKHK. m.13/II hükmü, açıkça bu durumu yasaklamaktadır. Bu hükümlere göre; "Satıcı ... garanti belgesi kapsamındaki malları, garanti süresi içinde **hiçbir ücret talep etmeksizin** tamir ile yükümlüdür." TKHK. m.13/II hükmünün bu ifadesinden, hükmün emredici olduğu, yani aksinin kararlaştırılmayacağı anlaşılmaktadır. Tebliğ hükmüyle kanuna açıkça aykırı bir düzenleme yapılması hukuka uygun değildir. Keza, Garanti Tebliği m.11/I hükmünde, TKHK. m.13/II hükmünün tekrarından ibaret bir hüküm de vardır. Şu halde, Garanti Tebliği m.13 hükmü, Garanti Tebliği m.11/I hükmüyle de çelişki arz etmektedir. Bu yanlışlığın, Bakanlık tarafından bir an önce düzeltilmesi gerekir. Düzeltilmese bile, ücretsiz değiştirme hakkında savunduğumuz görüş çerçevesinde, doğrudan doğruya, TKHK. m.13/II hükmü uygulanarak, hukuka uygunluğun sağlanması yerinde olur. Böylece garanti belgesinde aksine hüküm olsa bile bu hüküm geçersiz sayılacak ve satıcıyla servis istasyonları, garanti süresi içinde herhangi bir ücret talep etmeden sanayi malını, tamir etmek zorunda kalacaktır¹⁶⁴.

C. Bedelin İadesini Talep Hakkı

Bedelin iadesini talep hakkı, TKHK. m.4/II hükmünde tüketiciye tanınmış; ancak ayrıntılı bir açıklama yapılmamıştır. Şu halde genel hükümler burada da uygulama alanı bulacaktır (TKHK. m.30). Öncelikle söylemek gerekir ki, bedelin iadesini isteme kavramı, BK. 202 vd. hükümlerinde düzenlenen akdın feshi daha doğru bir deyimle sözleşmeden dönme hakkıyla aynı anlamlıdır¹⁶⁵.

Tüketici, sözleşmeden dönme hakkını kullandığında, kanuni deyişle bedelin iadesini istediği takdirde, iki taraf da almış oldukları edimleri geri vermekle yükümlü olur. Tüketici, bedeli, faiziyle; satıcı da vermiş olduğu malı, tüketicinin elde ettiği somerelerle talep edebilir (BK. m.205/I; TKHK. m.30).

Tüketici, bedelin iadesini istemesine rağmen, durumun gereği, sözleşmeden dönmeyi haklı göstermiyorsa, hakim, sadece bedelin indirilmesine karar verebilir (BK. m.202/II; TKHK. m.30). Sözleşmeden dönme

164 AYDOĞDU, s.205.

165 ASLAN, s.131; ERDOĞAN, s.17; KARAHASAN, (Tüketici), s.47; ZEVKLİLER, (Tüketici), s.56. Satım sözleşmeleri için BK. m.202 vd. hükümlerinde kullanılan "fesh" terimi, mehaz İBK. m.205 vd. hükümlerinin Almanca metnine uygun olarak "dönme" terimi şeklinde anlaşılmalıdır. Fesih (Kündigung, résiliation) hakkı, sürekli borç ilişkilerinin ileriye etkili olarak (ex nunc), sona erdirilmesini sağlayan, tek taraflı, bozucu yenilik doğuran bir hakktır. Dönme (Rücktritt) hakkıysa, ani edimli borç ilişkilerinde (örneğin satım sözleşmesinde) söz konusu olur ve sözleşmenin geriye etkili olarak (ex tunc) sona erdirilmesini sağlayan bozucu yenilik doğurucu bir hakktır. Bu kavramlar için bkz. KOÇ, Nevzat: İsviçre Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992, s.267-268; SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s.145 vd.; SEROZAN, Fena: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1976, s.122 vd., özellikle s.128.

halinde, tüketicinin bundan elde edeceği yararlar satıcının uğrayacağı zarar arasında bir oransızlık varsa, özellikle ayıplı mal, az bir değerle onarılabilirse, sözleşmeden dönme amaca aykırı olur ve hakim, BK. m.202/II hükmünü uygulayarak, satış bedelinin indirilmesine karar verebilir¹⁶⁶.

Satın alınan malın, tüketicinin kusuru dışında zarar görmesi ya da ziyaa uğraması (tamamen yok olması) halinde, tüketicinin sözleşmeden dönme (bedelin iadesini isteme) hakkı, kaybolmaz. Bu gibi durumlarda, tüketici, sözleşmeden dönme (bedelin iadesini talep) yoluna gitmiş ise, geri vermek zorunda olduğu miktar, sadece maldan elinde kalan miktardır (BK. m.204/I; TKHK. m.30). Satın alınan mal, tüketicinin kusuruyla telef olmuş ya da tüketicinin iradesiyle başkasına devrelmiş ya da şekli değiştirilmişse, sadece satış bedelinin, ayıp oranında indirilmesi istenilebilir (BK. m.204/II; TKHK. m.30).

Birden fazla şey (mal) veya parça birlikte satılmış ise, kural olarak, dönme hakkı, sadece ayıplı çıkan mallar için kullanılabilir yani kısmi dönme söz konusu olur. Ancak ayıplı olan malların ayrılması, tüketici ya da satıcı için önemli zarar yol açıyorsa o zaman dönme, tüm sözleşme için geçerli olur (BK. m.206/1 ve II; TKHK. m.30). Örneğin, porselen çay takımının bir parçasının ayıplı çıkması halinde, dönmenin sözleşmenin tamamını kapsamaması gerektiği kabul edilebilir. Çünkü kısmi dönme kabul edilirse, sadece ayıplı parçanın iadesi söz konusu olur ve bu durum, porselen çay takımının bütünlüğünü bozacağı için hem tüketiciye hem de satıcıya zarar verir¹⁶⁷.

Satılan alınan malın kendisindeki (aslındaki) ayıp nedeniyle sözleşmeden dönülmüşse, bu dönme, ayrı bedel tayin edilerek satılmış olsa bile bu mala bağlı olan ve onunla birlikte kullanılan eşya (satılanın fer'ileri veya teferruatı) içinde geçerli olur. Ancak satılanın teferruatının ayıplı çıkması ve bu yüzden sözleşmeden dönülmesi, sadece bu teferruat için geçerlidir yani kısmi dönme söz konusu olur. (BK. m.206/III; TKHK. m.30). Örneğin, bilgisayara bağlı maus, bilgisayarın teferruatıdır. Sadece mausun ayıplı çıkması ve sözleşmeden dönme, bilgisayar içinde sözleşmeden dönme anlamına gelmez. Fakat bilgisayarın ayıplı çıkması nedeniyle, sözleşmeden dönme yolunun seçilmiş olması halinde, dönme, ayrı bedel tayin edilerek de satılmış

¹⁶⁶ AYDOĞDU, s.206, dn.103; KARAHASAN, (Tüketici), s.48; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.143-145; ZEVLİLER, (Tüketici), s.56-57. Kanımca, bu gibi durumlarda, hakim, BK. m.202/II hükmüne kıyasen, ücretsiz tamire de karar verebilmelidir. BK. m.202/II hükmü, hakimin, talepten başka bir şeye karar verme yasağının (HUMK m.74), kanuni bir istisnasıdır. Bkz. KURU, Baki; Hukuk Muhakemeleri usulü, C.II, İstanbul 1990, s.2127 vd., özellikle s.2138.

¹⁶⁷ Başka örnekler için bkz. TANDOĞAN, (C.I/1), s.195; ZEVLİLER, (Tüketici), s.57.

¹⁶⁸ Başka örnekler için bkz. TANDOĞAN, (C.I/1), s.195; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.153; ZEVLİLER, (Tüketici), s.57-58; teferruat kavramı hakkında ayrıca bkz. AKIPEK, s.21; ERTAŞ, s.198 vd; OĞUZMAN/SELİÇİ, s.283-286.

olsa, maus için de geçerlidir¹⁶⁸.

D. Bedelin İndirilmesini Talep Hakkı

Tüketicinin bedelin indirilmesini talep hakkı için de TKHK. m.4 hükmünde ayrıntılı bir düzenleme getirilmemiştir. Şu halde, TKHK. m.30 hükmünde yapılan yollama gereğince, genel hükümler (özellikle BK. m.202) uygulanacaktır. "Bedelin indirilmesi" terimi, BK. m.202'de "semenin tenzili" olarak geçmektedir. Bu hakkın seçilmesi halinde sözleşme, sözleşmeden dönmenin tersine olarak, ortadan kalkmaz. Tüketici, satılanı geri vermez, sadece maldaki ayıp oranında bedelden indirim yapılır. Doktrinde oybirliğiyle kabul edilen ve Yargıtay'ın da benimsediği görüş uyarınca, tüketici; bedelin indirilmesi (semenin tenzili) hakkını kullandığında nisbi metot uygulanmak gerekir. Bu metot, satıcının sattığı malda gözönünde tuttuğu kâra göre değişen adetli bir metottur. Bu yüzden diğer metotlara göre daha fazla taraftar bulan bir metottur¹⁶⁹. Bu metot, tüketici, bedelin indirilmesini istediği durumlarda, tüketici satışlarında da uygulanmalıdır (TKHK. m.30).

Bu metotta kıymet takdiri, hasarın intikal anına göre yapılmalıdır¹⁷⁰. Bu metoda göre, ayıplı ve ayıpsız değer arasındaki oran, karşılaştırılan bedele uygulanarak, ödenmesi gereken (ödenecek) bedel bulunur. Bedelin daha önceden ödenmiş olması halindeyse, karşılaştırılan bedelden, ödenmesi gereken bedel indirilerek, geri istenecek miktar bulunmalıdır. Buna göre formül, şöyle açıklanabilir¹⁷¹:

Ayıpsız değer = Kararlaştırılan bedel

Ayıplı değer = Ödenecek bedel

Ödenecek bedel = $\frac{\text{Kararlaştırılan bedel} \times \text{Ayıplı değer}}{\text{Ayıpsız değer}}$

İstenilecek miktar = Kararlaştırılan bedel - Ödenecek bedel.

Formülü bir örnekle açıklamak gerekirse;

¹⁶⁹ BGB §472 hükmünde, nisbi metoda, açıkça yer verilmiştir. Bu metot hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EDİS, (Borçlar), s.123-124; ERDOĞAN, s.17; FEYZİOĞLU, s.295; KARAHASAN, (Sorumluluk), s.255-258; KARAHASAN, (Tüketici), s.48-49; TANDOĞAN, (C.I/1), s.197; YAVUZ, (Borçlar), s.146-151; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.182-185; ZEVLİLER, (Tüketici), s.58-59; Yargıtay da yerleşik içtihatlarında, bu metodu uygulamaktadır. Örneğin bkz. Y.13.HD., 10.11.1980, 507/5769 (YKD. 1981/3, s.331).

¹⁷⁰ EDİS, (Borçlar), s.123-124; ERDOĞAN, s.17; FEYZİOĞLU, s.295; KARAHASAN, (Sorumluluk), s.255-258; KARAHASAN, (Tüketici), s.48-49; TANDOĞAN, (C.I/1), s.197; YAVUZ, (Borçlar), s.146-151; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.182-185.

¹⁷¹ Benzer örnekler için bkz. EDİS, (Borçlar), s.123-124; FEYZİOĞLU, s.295; KARAHASAN, (Sorumluluk), s.255-258; KARAHASAN, (Tüketici), s.48-49; TANDOĞAN, (C.I/1), s.197; YAVUZ, (Borçlar), s.146-151; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.182-185; ZEVLİLER, (Tüketici), s.59.

Kararlaştırılan bedel	=	100.0000.000.TL (100 birim)
Ayıpsız değer	=	80.0000.000. TL (80 birim)
Ayıplı değer	=	40.0000.000. TL (40 birim) ise,
Ödenecek bedel	=	$\frac{100 \times 40}{80} = 50$ birim (50.000.000. TL) ve

Istenecek miktar = 100-50 = 50 birim (50.000.000. TL) olacaktır.

Şu halde, tüketici, ayıp nedeniyle, bedelin indirilmesini talep hakkını kullanmış ve bedeli daha önceden ödemişse, sadece 50.000.000. TL'yi ödeyecek; daha önceden bedeli tamamen ödemişse, 50.000.000. TL'yi geri isteyebilecektir.

Tüketici, ayıplı malı, kusuru ile zarara uğratmış, başkasına temlik etmiş (devretmiş) ise sadece bedelin indirilmesini isteyebilir. Bu gibi durumlarda da, tüketici başka bir seçimlik hakkını kullansa bile, hakim sadece bedelin indirilmesine karar verebilir (BK. m.204/II; TKHK. m.30).

Ayıp nedeni ile bedelden indirilecek değer, satılan malın bedeline eşit ise, tüketici, sadece sözleşmeden dönme (bedelin iadesini talip) hakkını kullanabilir. Bu durumda, tüketici başka bir seçimlik hakkını kullansa bile, hakim, sadece sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına ani bedelin iadesine, karar verir (BK. m.202/III; TKHK. m.30)¹⁷².

II. Ayıplı Hizmetlerde Tüketicinin Seçimlik Hakları

Sözleşmenin konusu taşınır mal olan hallerde, tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklar, yukarıda incelenmiştir. Bu açıklamalar, niteliğine uygun düşüldüğü ayıplı hizmet satışlarında da uygulanacaktır (TKHK. m.4/V, c.1). Ancak bu haklar, genellikle sözleşmenin konusunun bir taşınır mal olduğu hallerde, tam anlamıyla uygulanabilecek haklardır. Sözleşmenin konusunun hizmet (işgörme) olduğu hallerde, çoğu zaman hizmet ediminin niteliği gereği bu hakların tamamının istenmesi mümkün olmaz¹⁷³. Nitekim, TKHK. m.4/V, c.2 hükmüne göre: "Ayıplı hizmetin yeniden görülmesi imkansızlaşmışsa veya amaca aykırı sonuçlar doğuracaksa bedel iadesinde tüketicinin ayıplı hizmetten sağladığı fayda kadar indirim yapılır."

Buna göre, kural olarak, ayıplı hizmetler için de ayıplı (taşınır) mallarda söz konusu olan ücretsiz tamir veya değiştirme hakkı, kullanılabilir. Kanımca bu da, sadece hizmetin ayıplı kısmının ücretsiz olarak yeniden görülmesi ya da hizmetin tamamen ücretsiz olarak yeniden ifası şeklinde gerçekleşebilir. Ancak ayıplı hizmetin yeniden görülmesi imkansızlaşmış ya da amaca aykırı

¹⁷² AYDOĞDU, s.210; EDİS, (Borçlar), s.123-124; FEYZİOĞLU, s.295; KARAHASAN, (Sorumluluk), s.255-258; KARAHASAN, (Tüketici) s.48-49; TANDOĞAN, (C.I/1), s.197; YAVUZ, (Borçlar, s.146-151; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.182-185; ZEVLİLER, (Tüketici), s.59.

¹⁷³ ZEVLİLER, (Tüketici), s.63-64.

sonuçlar doğuracaksa, tüketici, sadece bedel (daha yerinde bir terimle hizmetin karşılığı olan ücretin) iadesini yani sadece sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir (TKHK. m.4/v, c.2). Bedel(ücret) iade edilirken de tüketicinin ayıplı hizmetten sağlanmış olduğu fayda kadar bir indirim yapılacaktır. Şu halde, tüketicinin hizmetten fayda sağlamadığı durumlarda, satıcı, iade edeceği bedelden, indirim yapılmasını da isteyemez¹⁷⁴.

TKHK. m.4/V, c.2 hükmünde, bu gibi durumlarda, sadece bedel iadesini talep hakkının kullanılacağı belirtilmiş, bedelden indirim talep hakkının istenebileceği de belirtilmemiş olmasına rağmen, kanımca, daha pratik bir çözüm olması nedeniyle bu gibi durumlarda, tüketicinin bedelden indirim hakkını da kullanabileceği kabul edilmelidir. Böylece sağlanan fayda kadar indirim yapılacak yerde, sadece tüketicinin ödeyeceği bedelden, ayıplı hizmet oranında, yukarıda açıkladığımız nisbi metot uyarınca, indirim yapılmalıdır¹⁷⁵. Örneğin, seyahat sözleşmesinde, vaad edilen yemeklerin bozuk çıkması durumunda, yemek bedeli, nisbi metot uyarınca, toplam bedelden düşürülmelidir¹⁷⁶. Böylece, hakkaniyete daha uygun bir çözüme gidilebilir.

TKHK. m.13 hükmünde, ayıplı hizmetlerde, hizmetin ayıplı kısmının ya da tamamın ücretsiz olarak yeniden görülmesi haklarının etkin bir şekilde kullanılması için kanunen garanti belgesi verme borcu yüklenmemektedir¹⁷⁷. Çünkü, garanti belgesi verme borcu, yukarıda açıkladığımız gibi, sadece Bakanlığın ilan ettiği **sanayi mallarında** söz konusudur (TKHK. m.13/II, III ve V). Zaten çoğu zaman hizmet ediminin niteliği gereği, ayıplı hizmetin yeniden görülmesi imkansız veya amaca aykırı sonuçlar doğurur. Bu yüzden pratikte, ayıplı hizmetin tamamen veya ayıp oranında yeniden görülmesini isteme pek gerçekleşemeyecek ve tüketici, bedelin iadesini (sözleşmeden dönme) ya da bedelin indirilmesini talep hakkını isteme yoluna gitmek durumunda kalacaktır¹⁷⁸.

Tüketici, ayıplı hizmet nedeniyle, ödediği bedelin iadesini (sözleşmeden dönmeyi) talep hakkını seçer veya seçmek zorunda olursa, kararlaştırılan

¹⁷⁴ AYDOĞDU, s.211.

¹⁷⁵ AYDOĞDU, s.211, dn.112. Nitekim, ZEVLİLER'e göre (Tüketici, s.64-65), hizmetin tamamen ifa edilmesinden sonra, genellikle bunun iadesi de söz konusu olmayacağı için sadece bedelden indirim yapılması istenebilir. Bu sonuca, TKHK. m.30 hükmünün atıyla genel bir hüküm olan BK. m.202/II hükmünün uygulanmasıyla da varılabilir. Bu hükmüne göre, durumun gereği (hal icabı), sözleşmeden dönmeyi haklı göstermiyorsa, hakim, sadece bedelin indirilmesiyle yetinmelidir.

¹⁷⁶ ZEVLİLER (Tüketici), s.64.

¹⁷⁷ AYDOĞDU, s.211-212, dn.114. Kanımca, sözleşme özürüğü çerçevesinde, satıcının, tek tarafı olarak ya da tüketiciyle anlaşarak hizmetler içinde garanti belgesi vermesi mümkündür.

¹⁷⁸ AYDOĞDU, s.212; ZEVLİLER, (Tüketici), s.64-65.

bedelden hizmetten sağladığı fayda kadar bir indirim yapılması gerekir (TKHK, m.4/V, c.2). Çünkü, sözleşmeden dönme halinde taraflar, ifa ettikleri edimleri birbirlerine geri vermekle yükümlüdürler (BK, 205; TKHK, m.30). Ancak, tüketici, satıcı tarafından ifa edilmiş olan hizmet edimini iade edemeyeceğinden, ayıplı da olsa sağladığı fayda kadar bir bedeli, karşılaştırdıkları bedelden indirecek bir başka deyişle, sadece indirilmiş bu miktarı, geriye isteyebilecektir. Böylece, kanun uyarınca bir denkleştirme yapılmış olacaktır¹⁷⁹. Yukarıda açıklandığı üzere, bu gibi durumlarda, tüketicinin bedelin iadesini talep yerine bedelin indirilmesi yolunu seçmesi daha pratik bir yol olacaktır; çünkü, bu gibi durumlarda sadece ayıp oranında bedelden indirim yapılacak, tüketicinin sağladığı faydanın ayrıca hesaplanmasına gerek kalmayacaktır.

Ayıplı hizmetler hakkında, TKHK, m.1 vd.da hüküm bulunmayan hallerde, hizmet (iş görme) sözleşmesini niteliğine göre, genel hükümlerin uygulanması gerekir (TKHK, m.4/v, m.30). Örneğin, tüketici satış sözleşmesinin konusu eser meydana getirmekse, TKHK, m.1 vd. hükümlerinde hüküm olmayan hallerde, eser sözleşmesindeki ayıplı ifa hükümlerinin (BK, m.359-360) tamamlayıcı olarak uygulanması gerekir. Bu gibi durumlarda, ayıplı eserdeki ayıpların giderilmesinin istenmesi (işin yeniden görülmesi) veya bedelin indirilmesinin istenmesi de mümkündür (BK, m.360/II; TKHK, m.4/II ve V)¹⁸⁰.

III. Tazminat Hakkı

TKHK, m.4/II, c.3 hükmüne göre: "Ayıplı maldan ve/veya ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı tüketiciye karşı satıcı, bayi, acenta, imalatçı, müştereken ve müteselsilen sorumludur."

Tüketici, ayıplı malda ayıp nedeniyle meydana değer azalmasını isteyebileceği gibi ayıplı mal nedeniyle satın aldığı mal dışında, başka bir zarara uğramış olması nedeniyle de uğramış olduğu zararı isteyebilir. Tüketici, sadece tazminat hakkını kullanabileceği gibi ayıplı mal veya hizmetler için haiz olduğu seçimlik haklardan biriyle birlikte, tazminat talep hakkını da kullanabilir.

Bu hüküm, özellikle "zincirleme satışlar"da önemlidir. Zincirleme satışlar,

¹⁷⁹ AYDOĞDU, s.212, dn.116. Bu sonuç, hizmet edimlerinin niteliğine de uygundur. Hizmet (iş görme) edimlerinde fesih, kural olarak, ileriye etkili sonuçlar doğurur. Yani ifa edilmiş edimler geriye istenemez. Bkz. SELİÇİ, s.145 vd.; SEROZAN, (Sözleşmeden Dönme) s.122 vd., özellikle s.128.

¹⁸⁰ ZEVKLİLER, (Borçlar), s.234.

¹⁸¹ Zincirleme satışlar ve tüketicinin sahip olduğu haklar açısından yapılan ayrıntılı tartışmalar için bkz. ÖZSUNAY, Ergun; "Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu" BATİDER., Haziran 1979, C.X, S:1, s.140 ve s.106-107 ve s.142-158; ÖZTAN, (İmalatçı), s.12-13; YAVUZ, (Borçlar), s.159-160; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.197-205. Özellikle imalatçının sorumluluğu hakkında görüş ayrılıkları vardır. Yargıtay ve bazı yazarlara göre, imalatçı, tüketiciyle yapılan sözleşmenin tarafı değilse, sadece haksız fiilinden sorumludur. Bu görüşün tüketiciyi yeterince koruyamadığı ve kusursuz sorumluluk getiren yasal bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu ileri sürülmektedir. Bkz. HATMI/SERAZON/ ARPACI, s.105-107; ÖZTAN, (İmalatçı), s.33 vd. TKHK, m.4/II, c.son hükmü nedeniyle en azından tüketici satışlarında imalatçı için kusursuz sorumluluk getirilmesi yerinde olmuştur.

malın, imalatçısından tüketiciye ulaşıncaya kadar pek çok ara satıcının (ithalatçı, bayi, acenta vb. satıcıların) elinden geçtiği satımlardır¹⁸¹. Zincirleme satışlarda, tüketicinin zararını, aslında satış sözleşmesine taraf olmayan, ara satıcılardan (bayi, acenta, imalatçı-üretici veya ithalatçıdan) isteyebilmesi, TKHK, m.1 vd. hükümlerinin kabulünden önce tartışmalara neden olmakta ve bundan tüketiciler zarar görmekteydi¹⁸². Bu tartışmaların, tüketici satışları dışında, halen devam ettiğini söylemekte mümkündür.

TKHK, m.4/II, c.3 hükmünde yerinde olarak yapılan düzenlemeyle, ayıplı maldan ve ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı, satıcı yanında (tüketici satış sözleşmesine taraf olmayan) ara satıcılar da, müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır. Üstelik, ara satıcı olmayan banka veya finans kurumları da belirli bir mal veya hizmetin satın alınması ya da belirli bir satıcıdan mal veya hizmetin satın alınmasını şart koşmaları kaydıyla tüketiciye kredi vermişlerse¹⁸³, satılan malın (veya hiz-

¹⁸² Bu tartışmalar için bkz. EDİS, (Borçlar), s.125-127; ÖZSUNAY, (Yapımcı), s.113 ve s.123; ÖZTAN, (İmalatçı), s.12-13; YAVUZ, (Borçlar), s.159-160; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.187-190 ve s.197-205. Bu tartışmalar, genel olarak ikliye ayrılmakta; bir kısım yazarlar, BK, m.205'in ifadesinden yola çıkarak akitten dönme hakkı dışındaki haklarda, alıcının tazminat isteme hakkı olmadığını savunurken diğer bazı yazarlar ise akitten dönme hakkı dışındaki haklarda da, alıcının tazminat isteme hakkı olduğunu savunmaktadır. TKHK, m.4/II, c.son hükmü nedeniyle en azından tüketici satışlarında kusursuz sorumluluk getirilmesi yerinde olmuştur.

¹⁸³ Banka veya finans kurumlarının verdiği bu tür kredilere "bağlı krediler" denmektedir. Oysa "nakdi krediler"de, tüketici, almak istediği mal veya hizmeti ve/veya satıcıyı serbestçe seçebildiğinden bu tip krediler aracılığı ile satın alınan mal veya hizmetin ayıbından ötürü banka veya finans kurumlarının sorumluluğu yoktur. Bkz. ÇEKER, s.15-16. Kanımca, burada ilginç olan nokta şudur: Malın hiç teslim edilmemesi veya hizmetin hiç yerine getirilmediği durumlarda, banka veya finans kurumları, müteselsilen hatta hiç sorumlu olmayacaktır. Halbuki, ayıplı mal teslimi veya hizmetin ifası durumlarında, sorumluluk öngören kanunkoyucu, hiç ifa etmeme durumunda da evleviyetle (öncelikle), banka veya finans kurumlarını sorumlu kılmalıydı. Olması gereken hukuki de lege ferenda ve yapılacak kanun bakımından bu durumun öz önüne alınması yerinde olacaktır. Nitekim, TKHK, m.7/II hükmüne göre, malın veya hizmetin bilahare teslim veya yerine getirilmesi koşuluyla yapılan satışlarda, ara satıcılar için, hiç ifa etmeme de müteselsilen sorumluluk kapsamına alınmıştır. Bkz. AYDOĞDU, s.21-215, dn.120.

¹⁸⁴ KARAHASAN'a göre (Sorumluluk, s.265-266; Tüketici, s.4), TKHK, m.1 vd. hükümlerinde uyumsuzluk vardır. Kanunda geçen pek çok terim, özensiz kullanılmıştır. Gerçekten de banka veya finans kurumları, "... belirli mal veya hizmetin satın alınmasını şart koşmaları ..." halinde, sorumlu kılınmış, ancak "... satılan malın ayıbından ..." ötürü sorumlu kılınmıştır. Burada "hizmetlerden" sorumlu olma terimleri unutulmuş ve satıcı yanında sorumlu olan diğer kişilerle uyumsuzluk yaratılmıştır. Kanımca da, kanun hükümleri arasında paralellik sağlanması bakımından, banka veya finans kurumlarının, belirli bir mal veya hizmetin satın alınması koşuluyla vermiş oldukları tüketici kredilerinde, satılan mal veya hizmetin ayıbından ötürü meydana gelen her türlü zarardan dolayı satıcı ve diğer kişilerle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olmalıdır. Yapılacak kanun açısından da, bu yöndeki açık bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır. Bkz. AYDOĞDU, s.214-215, dn.121.

metin) ayıbından ötürü tüketiciye karşı satıcı ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur (TKHK. m.10/IV)¹⁸⁴. Böylece banka veya finans kurumları, daha fazla özenli davranmaya yönelecektir¹⁸⁵.

TKHK. m.4/II, c.3 hükmünde belirtildiği gibi, "... ayıplı maldan ve/veya ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı ..." sorumluluk sözkonusudur. Ayıplı hizmetler hakkında da bu sorumluluk kuralı uygulanır (TKHK. m.24/IV, c.1). Burada söz konusu olan her türlü zarar kapsamına, mal veya hizmetin ayıp neden ile kendisinin meydana getirdiği doğrudan doğruya zararlar yanında bu bozukluğu izleyen (mamüle refakat eden) dolaylı zararlar da girmektedir. Bu zararlar içinde maddi zararlar yanında manevi zararlar da vardır (TKHK. m.24/IV)¹⁸⁶.

TKHK. m.4/II, c.3 hükmünün açık ifadesi karşısında, satıcı yanında müştereken ve müteselsilen sorumlu olan kişiler, bayi, acenta, imalatçı-üretici, ithalatçı ve bazı şartlarla banka veya finans kurumları¹⁸⁷ olup, bunlar sadece tazminat hakkından sorumludur. Şu halde, tüketici, seçimlik haklarını, isterse tazminat hakkı ile birlikte yalnızca satıcıya karşı kullanabilir. Fakat, tüketici, seçimlik haklarını sadece satıcıya karşı kullanabilir; seçimlik haklarını (örneğin, ücretsiz tamir hakkını), satıcı dışındaki diğer sorumlu kimselere karşı kullanamayacaktır¹⁸⁸. Ancak TKHK. m.13/III, c.3'ün açık ifadesi karşısında, seçimlik haklardan ücretsiz değiştirme hakkı, satıcı yanında ara satıcılara (bayi, acenta, imalatçı-üretici ve ithalatçı) karşı da müteselsilen ileri sürülebilecektir¹⁸⁹.

Ayıplı mal veya hizmetlerde tazminat hakkından doğan sorumluluk, bir görüşe göre¹⁹⁰, kusursuz sorumluluktur; çünkü satılan malın veya hizmetin ayıplı olduğunun bilinmemesi hallerinde de sorumlu olunacağı belirtilmiştir

185 AYDOĞDU, s.215, dn.122; ZEVLİLER, (Tüketici), s.67, HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI'nın deyişimiyle (s.43-44), banka ve satıcı arasında, "şeytan üçgeni"nde kalan tüketici de, mağdur olmaktan kurtulacaktır.

186 AYDOĞDU, s.215-216; KARAHASAN, (Sorumluluk), s.272-273; KARAHASAN, (Tüketici), s.50-51; ÖZSUNAY, (Yapımcı), s.140 ve s.148-152; ÖZTAN, (İmalatçı), s.22-26; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.173 vd.; TANDOĞAN, (C.1/1), s.192-194.

187 KARAHASAN, (Sorumluluk), s.265-266; KARAHASAN, (Tüketici), s.44-45.

188 AYDOĞDU, s.216, dn.125; ZEVLİLER, (Tüketici), s.60 ve 62; Aksi görüşte olan KARAHASAN'a göre (Sorumluluk, s.217; Tüketici, s.50), seçimlik haklara yönelik talep, tazminat talebi gibi sadece satıcıya karşı değil, kanunda sayılan diğer kişilere karşı da yöneltilir. Bu görüş, tüketiciye tanınan seçimlik haklardan sadece ücretsiz değiştirme hakkı için kabul edilebilir. Çünkü, yukarıda belirtildiği gibi, sadece TKHK. m.13/III, c.3 hükmünde, satıcı yanında ara satıcıların da, satılan malın ücretsiz olarak değiştirilmesi talebinden müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları kabul edilmiştir. Keza, banka veya finans kurumları, TKHK. m.13/III, c.3 hükmünde belirtilmediği için, bu kurumlar, ücretsiz değiştirme hakkından da sorumlu değildir.

189 Kanımca, banka veya finans kurumları, TKHK. m.13 hükmünde sayılmadıkları için bunlar, sadece tazminat talep hakkından sorumlu olacaklardır. Bkz. AYDOĞDU, s.217, dn.125.

190 ASLAN, s.136; ERDOĞAN, s.13; KARAHASAN, (Tüketici), s.50;

191 ZEVLİLER, (Tüketici), s.60-61.

(BK m.194/II; TKHK m.4/II, c.son). Ancak ZEVLİLER'in de yerinde olarak belirttiği gibi¹⁹¹, zararın kusursuz sorumluluğa tabi olduğu açık değildir ve burada genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir (TKHK m.30). Böylece, satıcı ve kanunda sayılan diğer kişiler, sözleşmeden dönme (bedelin iadesi) seçimlik hakkı seçildiğinde, doğrudan zararlar kusursuz olarak, dolaylı zararlar kusura dayalı olarak sorumlu olmalı (BK m.205/II ve III); sözleşmeden dönme dışındaki diğer haklarda ise BK m.96 gereği kusur esasına dayalı olarak sorumlu olmalıdır. Kanımca, tüketiciyi korumak (TKHK m.1) açısından, doğrudan ve dolaylı zararlar, satıcı ve diğer kişilerin, kusursuz sorumlu olduğuna dair açık bir kanun hükmünün getirilmesi yerinde olurdu. Gerçekten de TKHK m.4/II'nin, son cümlesi, kusursuz sorumluluğun kabulü için yeterli değildir. Çünkü, BK m.194/II hükmünde de aynı yönde hüküm olmasına rağmen BK m.205 hükmünde, dolaylı zararlar satıcının kusur esasına göre sorumlu olduğu belirtilmiştir¹⁹².

IV. Ayıplı Mal veya Hizmetlerde Dava Zamanaşımı

Mal veya hizmette var olan ayıbın niteliğine göre dava zamanaşımı değişmektedir. Buna göre; ayıp, açık veya gizli ise, dava zamanaşımı, teslimden itibaren en az iki yıldır. Bu iki yıllık süre, kanunda açıkça belirtildiği gibi, tüketici aleyhine kısaltılamaz (TKHK. m.4/IV c.; m.4/V). TKHK. m.4/IV, c.1 hükmünün karşıt anlamından çıkan sonuca göre, satıcının daha uzun bir süre garanti vermesi halinde bu uzun süre, dava zamanaşımı olarak uygulanır. Hileli ayıplarda, dava zamanaşımı, açıkça öngörülmediğinden, genel hükümlere göre teslimden itibaren on yıldır¹⁹³ (TKHK. m.4/IV, c.2 ve m.30; BK.m.125).

Ayıplı malın veya hizmetin neden olduğu zararlar dolayısı ile doğan tazminat talebinin zamanaşımı ise, ayıbın niteliğine bağlıdır. Buna göre, açık ve gizli ayıplarda, tazminat talebi, malın teslimi ya da hizmetin ifasından itibaren iki yıl içinde ileri sürülmelidir (TKHK. m.4/IV, c.1). Keza, hileli ayıplarda tazminat hakkı için iki yıllık süreden yararlanılamayacağı söylendiğine göre (TKHK. m.4/IV, c.2), seçimlik haklarda olduğu gibi genel hükümlere göre, teslimden itibaren on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır (TKHK. m.4/IV ve V; m.30; BK. m.125)¹⁹⁴.

§3. TÜKETİCİNİN BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ YOLLAR

I. Tüketici Sorunları Hakem Heyetine Başvurma

192 AYDOĞDU, s.217.

193 AYDOĞDU, s.218, dn.129 Hileli ayıplarda söz konusu olan on yıllık süre, BK. m.125 hükmü emredici olduğu için azaltılmadığı gibi artırılamaz da (BK. m.127). ayrıca bkz. BECKER, s.134; EDİS, (Borçlar), s.132; ERDOĞAN, s.18; HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI, s.104; KARAHASAN, (Tüketici), s.53; TANDOĞAN, (C.1/1), s.203; YAVUZ, (Satıcının Sorumluluğu), s.163-64; ZEVLİLER (Tüketici), s.68-69.

194 ERDOĞAN, s.18; KARAHASAN, (Sorumluluk), s.277; ZEVLİLER, (Tüketici), s.69.

Ayrılmış mal veya hizmet nedeniyle sahip olduğu hakları elde edemeyen tüketiciler, "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvurabilir (TKHK, m.22/I). Ancak tüketici, satıcı yanında sorumlu olan diğer kimselere (ara satıcılar ve tüketiciye kredi veren banka veya finans kurumlarına) karşı, hakem heyetine başvuramaz. Çünkü, TKHK, m.22/I'de, hakem heyetinin sadece satıcı ile tüketici arasındaki uyuşmazlıklar için çözüm bulabileceği öngörülmektedir¹⁹⁵.

Satıcı ve tüketici arasındaki uyuşmazlığın değeri belli bir miktarı aşmadığı durumlarda, tüketici, tüketici mahkemesine başvurmadan önce hakem heyetine başvurmak zorundadır. Başvuru zorunluluğu, uyuşmazlığın miktarına göre değişmektedir. 1.1.1997 tarihinden sonra doğan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusu mal veya hizmetin değeri 17.200.000 TL'yi aşmadığı takdirde¹⁹⁶, tüketici, hakkını elde etmek istiyorlarsa, öncelikle hakem heyetine başvurmak zorundadır (TKHK, m.22/IV)¹⁹⁷. 1.1.1997 tarihinden sonraki uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın miktarı, 17.200.000 TL'yi aştığında, tüketici, ihtiyari olarak, hakem heyetine başvurabilir. Bu sonuç, TKHK, m.22/IV hükmünün zıt anlamından çıkmaktadır.

Hakem heyetlerinin vermiş olduğu kararlar, mahkeme kararları gibi icrai niteliği haiz olmayıp, sadece tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir; bu başvuru yolu teknik anlamda tahkim (hakem) yolu (HUMK, m.516-58) değildir¹⁹⁹.

Hakem heyetleri, tüketici ile satıcı arasındaki uyuşmazlıkları çözmek

- 195 AYDOĞDU, s.259, dn.86. Bu düzenlemenin sebebi olarak, tüketicinin çoğu kez satıcı dışında kimselerle karşı karşıya gelmemesi gösterilmektedir. Bkz. PEKCANITEZ, Hakan: "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti", İBD, Temmuz 1996, S:3, s.47-48.
- 196 AYDOĞDU, s.259, dn.87. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yayımlandığı sırada bu miktar 5.000.000 TL idi. Bu miktar, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının, kanuna uygun olarak kullandığı yetkiye (TKHK, m.22/IV) dayanarak çıkarmış olduğu Tebliğ gereğince, 01.01.1996 tarihinden itibaren, 10.000.000 TL'ye çıkarılmıştır. Bu Tebliğ için bkz. TRKGM-95/135-136, R.G.21.12.1995, S:22500. Bu miktar, daha sonra yayımlanan Tebliğ ile de 01.01.1997 tarihinden itibaren 17.200.000 TL'ye çıkarılmıştır. Bkz. TRKGM-96/127-128, R.G. 10.12.1996, S:22843. Miktarla göre başvuru zorunluluğunu gösteren tarihler için bkz. aşağı. Tablo-1.
- 197 AYDOĞDU, s.258, dn.88. Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin kurulması, çalışması, usul ve esasları ile diğer hususların düzenlendiği yönetmelik, kanunun verdiği yetkiye (TKHK, m.22/VI) dayanarak çıkarılan "Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliği"nce (R.G. 15.08.1995, S:22375) düzenlenmiştir. Bu yönetmelik, TSHHY, m.29 hükmü gereğince, 08.09.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
- 198 Yargıtay'a göre, bu heyetlerin vermiş olduğu kararlar, "taraf tarafa kuvvetli delil" niteliğindedir. Bkz. Y.13.HD. E.5334, K.5952, T.11.6.1996, (YKD. 1996/11, s.1757)
- 199 AYDOĞDU, s.260, dn.90. Bu yüzden Tüketici sorunları hakem heyetleri terimi yerine "arabulucu" ya da "sulha teşvik edici kurul" terimlerini kullanmak ya da bu heyetleri, bu şekilde anlamak yerinde olacaktır. Keza satıcı ile tüketicinin anlaşması durumunda, "mahkeme dışı sulh sözleşmesi" yapıldığı da söylenebilir. Bu görüş için bkz. ULUKAPI, Ömer: "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri)", SÜHFD., Şakir BERKİ'ye Armağan, S:1-2, C:5, Konya 1996, s.80.

yanında çeşitli tarihlerde çıkarılan Bakanlık tebliğleriyle de bazı işler için görece kılınmıştır. Örneğin, Garanti Tebliği m.11/III hükmüne göre tüketiciler, arızalarda kullanım hatasının bulunup bulunmadığına ilişkin servis istasyonu bu servis istasyonunun olmaması halinde sırasıyla bu malın satıcısı, bayi, acentası, temsilciliği, ithalatçısı veya imalatçısından birinin düzenlediği rapora karşı hakem heyetine başvurabilir. Hakem heyeti de, bu durumun tespiti için, bir bilirkişiye başvuracaktır. Keza, arızanın tamirinin mümkün olmaması hallerinde, tüketicinin başvurusuna rağmen yedi günlük sürede rapor düzenlenmezse, yine, hakem heyetine başvurulabilir (Garanti Tebliği m.12/II).

Genel yetkili hakem heyeti, satıcının bulunduğu yerdeki hakem heyetidir (TSHHY m.5/II, c.2)²⁰⁰. Ancak tüketici, başvurusunu, mal veya hizmeti satın aldığı satıcının bulunduğu yerdeki hakem heyetine de yapabilir (TSHHY m.5/III).

Görevli hakem heyeti, 17.200.000 TL'nin üstündeki uyuşmazlıklarda; büyükşehir statüsünde bulunan illerde kurulan il hakem heyetleri, bu miktarın altındaki uyuşmazlıklarda, il hakem heyetleri dışındaki il ve ilçe merkezlerinde kurulan hakem heyetleridir (TSHHY m.5/II ve IV). Büyükşehir statüsünde bulunmayan illerde, miktar yönünden sınırlama yapılmadığı için il veya ilçe merkezindeki hakem heyeti görevli olacaktır. İl hakem heyetleri il merkezi sınırlarında, ilçe hakem heyetleri ilçe sınırları içinde görevli veya yetkilidir (TSHHY m.5/II, c.1). Görevsiz ve/veya yetkisiz hakem heyetlerine başvuru yapılmışsa, bu hakem heyetleri doğrudan doğruya (re'sen), ilgili kuruluşlara veya hakem heyetlerine bu başvuruyu iletir (TSHHY m.5/V)²⁰¹.

II. Tüketici Mahkemelerine Başvurma

Satıcı, hakem heyetinin aleyhinde vermiş olduğu karara uymazsa, tüketici, tüketici mahkemelerine başvurmak durumunda kalır²⁰². Keza tüketici, uyuşmazlığın miktarı 17.200.000 TL'nin üzerinde olduğu durumlarda

200 Kapıdan satış sözleşmesinde tüketici, kendi ikametgahındaki hakem heyetine de başvurabilir (TSHHY, m.5/II, c.3). Tüketicinin ikametgahındaki hakem heyeti özel yetkili olduğu için, tüketici, kapıdan satış sözleşmesinde, dilerse kendi ikametgahındaki, dilerse satıcının ikametgahındaki hakem heyetine başvurabilir. Bkz. AYDOĞDU, s.20-261.

201 PEKCANITEZ, (Hakem Heyeti), s.49; ZEVKLİLER, (Tüketici), s.214

202 Kanımca, hakem heyetleri tüketici aleyhine karar vermiş olsa da tüketici, tüketici mahkemelerine başvurma hakkını haizdir.

203 Uyuşmazlığın miktarından maksat, malın veya hizmetin, tüketici satım sözleşmesinin kurulduğu tarihteki bedelidir. Bedelin bir kısmı üzerinde uyuşmazlık olduğu takdirde sadece uyuşmazlık konusu olan miktar, göz önünde tutulmalıdır. Bu miktarın enflasyon karşısında değerinin artması durumu değiştirmez. Bu konuda bkz. PEKCANITEZ, Hakan: "Tüketici Mahkemeleri", İBD., Y:1996, S:4-5-6, s.145-146.

da²⁰³, doğrudan tüketici mahkemelerine başvurma hakkını haizdir (TKHK, m. 22/IV)²⁰⁴.

Tüketici, satıcı yanında sorumlu olan diğer kişilere (ara satıcılar ve bağlı kredi vermeleri şartıyla banka veya finans kurumları²⁰⁵) aleyhine de, doğrudan doğruya, dava açabilir²⁰⁶.

Tüketici mahkemeleri, kanun tarafından özel olarak kurulacak mahkemeler olup, sadece TKHK, m.1 vd. hükümlerinden doğan uyuşmazlıklara bakmakla görevlidir (TKHK, m.23/I). Tüketici, özellikle satıcının ayıplı mal teslim etmesi veya hizmet sunması halinde, kanuna uygun olarak kullandığı seçimlik haklardan biri ve/veya tazminat hakkını, satıcının hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi (TKHK, m.4/II)²⁰⁷ durumunda, tüketici mahkemesine başvurabilir.

Tüketici mahkemeleri kurulduktan sonra, bu mahkemelerin yargı çevresi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir (TKHK, m.23/II). Ancak "Tüketici mahkemeleri kuruluncaya kadar bu mahkemelerde görülmesi gereken davalara bakacak mahkemeleri, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

204 Tüketici, uyuşmazlığın miktarı 17.200.000 TL'nin altında olduğu takdirde, hakem heyetine başvurması gerekirken, doğrudan tüketici mahkemesine başvurmuşsa, heyetine başvurması gerekirken, doğrudan tüketici mahkemesine başvurmuşsa, PEKCANİTEZ'e göre (Hakem Heyeti, s.41), tüketici mahkemesi, davayı reddetmek zorunda kalacaktır. Çünkü, bu görüşe göre, hakem heyetine başvurulmuş olması, dava zorunda kalacaktır. Çünkü, bu görüşe göre, hakem heyetine başvurulmuş olması, dava şartıdır ve hakim tarafından resen araştırılır. Kanımca, bu durumda, dosyanın, tüketicinin talebi üzerine, görevli ve yetkili hakem heyetine gönderilmesi, usul ekonomisine (Ay, m.141/IV, HUMK, m.77) uygun düşeceği için, daha yerinde bir çözümdür. Böylece, TKHK, m.1 hükmünde belirtilen tüketiciyi koruma amacı da sağlanmış olur. Yapılacak kanun bakımından da, kanuna bu yönde açık bir hüküm konulmasında, arar vardır. Bkz. AYDOĞDU, s.262, dn.93.

205 ÇEKER'e göre (s.17), ayıplı mal veya hizmetler nedeniyle, tüketici, müteselsilen sorumluluğunun gereği, banka veya finans kurumlarına başvurarak bakiye (kalan) kredi ödemelerini durdurabilir. Kanımca, bu görüş tüketiciyi koruyan bir görüş olduğu için yerindedir. Ancak yine ÇEKER'e göre (s.17-18), ayıplı mal veya hizmet nedeniyle tüketici, daha önce yaptığı kredi ödemelerinin kendisine iadesini isteyemez. Kanımca tüketici daha önce ödediği kredileri de sahip olduğu tazminat hakkı oranında banka veya finansman kuruluşundan isteyebilmelidir.

206 Kanunda sayılan kişiler (satıcı, ara satıcılar ve bağlı kredi vermeleri şartıyla banka veya finans kurumları), müteselsilen sorumlu olduklarından (TKHK, m.4/I, c.3) bunlar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı vardır (HUMK, m.43/I). Buna göre, tüketici, diğersi, sorumlu olanların hepsine karşı dava açabileceği gibi bunlardan biri veya birkaçı aleyhine de dava açabilir. Bu kişilerden biri veya birkaçı aleyhine açılan davaya, diğer sorumlu kişiler, davalı yanında fer'i müdahil olarak kendiliğinden üzerine veya kendi aleyhlerine dava açılan kişi veya kişilerin ihbanı üzerine, davaya katılabilirler (HUMK, m.53). Bu konu hakkında bkz. PEKCANİTEZ, (Tüketici Mahkemeleri), s.155; TAKINAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.285 vd.

207 Ayıplı seri mallar nedeniyle, Bakanlık veya tüketici örgütleri de (demek, vakıf, kooperatif) ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulmasıyla, satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için tüketici mahkemelerine dava açabilirler (TKHK, m.24/I). Keza, mecburi standardına aykırı olarak imal edilen ve sağlık için tehlike arzeden mallarda, alınacak tedbirler ve verilecek cezalar daha etkindir (TKHK, m.25/IV). Bu cezalar, kısaca, üretim ve satışın durdurulması, işyerinin kapatılması, malın müsadaresi, ve toplatma cezaları gibi adli cezalardır. Bu adli cezalar hakkında bkz. TEZCAN, Durmuş; "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Cezalar", İZBD., S: Ocak 1997, s.66-68; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.243-246.

belirler" (TKHK, Geçici m.1). Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, 22.6.1995 tarih ve 437-2 sayılı adli teşkilata duyurduğu kararıyla, tüketici mahkemeleri kuruluncaya kadar, Tüketicinin Korunması hakkında Kanun'un uygulanmasından doğan uyuşmazlıklara, değeri ne kadar olursa olsun, Asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde, bu mahkemelerin²⁰⁸; bulunmayan yerlerde ise, Asliye Hukuk Mahkemelerinin (üç veya daha fazla Asliye Hukuk Mahkemesi varsa, üç numaralı Asliye Hukuk mahkemesinin; asliye Hukuk Mahkemesi üçten az ise, bir numaralı Asliye Hukuk mahkemesinin) bakmasını kabul etmiştir.

"Tüketici Mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örutleri ve Bakanlıkça açılacak davalar, her türlü resim ve harçtan muafır" (TKHK, m.23/III, c.1)²⁰⁹.

III. İdari Makamlara Başvurma

Ayıplı mal veya hizmet nedeniyle TKHK, m.4 vd. hükümlerine aykırı davranan satıcı, aykırılığın çeşidine göre, farklı idari cezalara çarptırılacaktır. Bu cezaları verecek makam, cezanın çeşidine ve aykırılık oluşturan kanun maddesine göre değişiklik arz etmektedir.

Satışa sunulan kullanılmış, onarılmış ya da özürli olan malın üzerine veya ambalajına kolayca okunabilecek şekilde "özürli" etiketinin konulmaması ve bu durumun tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesinde gösterilmemesi (TKHK, m.4/VII), durumunda satıcı, 01.01.1997 tarihinden itibaren 135.000.000 TL idari para cezasına çarptırılır (TKHK, m.25/I)²¹⁰.

208 Asliye ticaret mahkemelerinin sayısı ne olursa olsun, o yerdeki tüm ticaret mahkemeleri, tüketici mahkemesi sıfatıyla açılan davalara bakmakla görevlidir. Aynı olarak asliye ticaret mahkemesinin bulunduğu illerimiz; Adana, Ankara, Bursa, İstanbul, İzmir ve Mersin'dir. Bkz. PEKCANİTEZ, (Tüketici Mahkemeleri), s.143, dpn.3-4; ULUKAPI, s.92-93, dpn.60; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.227.

209 AYDOĞDU, s.264, dn.98. Kanımca, bu düzenlemenin mutlaklığı karşısında, tüketicilerin tüketici mahkemesinde açtığı davalarda, haklı çıkıp çıkmalarının önemi olmaksızın, her durumda kendilerinden harç alınmaması gerekir. Bu yönde bkz. Y.13. HD. E.5334, K.5952, T.11.6.1996, (YKD.1996/11, s.1756). Karara konu olan olayda, yerel mahkeme, davacı tüketiciyi haksız görerek, dava harcını ödemesi gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay, bu kararda, yerinde olarak tüketicinin haksız çıkması durumunda da kendisi aleyhine harç ödemesi gerektiği yolunda karar alınmayacağını belirtmiştir.

210 TEZCAN, s.54; ZEVLİLİLER, (Tüketici), s.239-240. TKHK'un yürürlükte olduğu tarihte (08.09.1995) bu miktar, 5.000.000 TL idi. Bu miktar, TKHK, m.25/V uyarınca, TCK, Ek m.2 uyarınca arttırılarak uygulanır. Buna göre, 08.09.1995 tarihinde memur maaş katsayısı, 1225'dir. 26.04.1996 tarihli RG'de yayımlanan 1996 Mali Yılı Bütçe Kanunu ile memur maaş katsayısı, 1695'e yükseltilmiştir. Aradaki fark, 470'dir. Her 75 puanlık artış bir birim olduğuna göre katsayı, altıdır (470: 75 = 6). Bu yüzden, idari para cezasının 26.04.1996 tarihinden itibaren 5.000.000 TL'nin altı ile çarpılması sonucunda, 30.000.000 TL olarak uygulanması gerekir. Keza, 1997 Mali

TKHK. m.25/II hükmüne aykırılık halinde, satıcı 01.01.1997 tarihinden itibaren 270.000.000. TL idari para cezasına çarptırılır²¹¹. Bu para cezasını gerektiren fiiller unlardır²¹²:

- TKHK. m.13/I ve II hükümlerine aykırı davranma; Bakanlığın ilan ettiği sanayi malları için garanti belgesi hiç veya gereği gibi düzenlenmemesi, ücretsiz tamir yükümlülüğüne uyulmaması,

- TKHK. m.14/I hükmüne aykırı davranma; Bakanlığın ilan ettiği sanayi mallarıyla birlikte tanıtma ve kullanma kılavuzunun ya da ithal edilenlerde Türkçe çevirisinin verilmemesi,

- TKHK. m.15/I hükmüne aykırı davranma; Bakanlığın ilan ettiği sanayi malları için servis istasyonu kurulmaması, yeterli teknisyen ve yedek parça bulundurulmaması,

- TKHK. m.27/II hükmüne aykırı davranma; denetimde bulunma konusunda yetkili ve görevli kuruluşlara istedikleri her türlü bilgi ve belgeyi doğru olarak gösterme, asıl ve onaylı kopyalarının verilmesi yükümlülüğüne uyulmaması.

TKHK. m.25/II hükmüne aykırı davrandığı takdirde, satıcı, 01.01.1997 tarihinden itibaren 2.700.000.000. TL idari para cezasına çarptırılır²¹³. Bu para cezasını gerektiren fiiller şunlardır²¹⁴:

- TKHK. m.8 hükmüne aykırı davranma; tüketicinin kullanımına sunulan mal veya hizmetlerin kişi ve çevre sağlığı yönünden zararlı ya da tehlikeli olduğu durumlarda mal üzerine veya ekli kullanım kılavuzlarına gerekli uyarıları yazmama,

Yılı Bütçe Kanunuyla uyarınca 1.1.1997 tarihinden itibaren de memur maaş katsayısı 3315'e çıkarılmıştır. Bkz. RG., 26.12.1996, S:22859 (Mükerrer). Bu yüzden 1.1.1997 tarihinden itibaren işlenen suçlarda, cezanın yirmiyedi kat artırılarak, 135.000.000. TL olarak uygulanması gerekir. (3315-1225 = 2090 : 75 = 27). Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince, Kanun Hükmünde Karamelerle, bu tarihler arasında yapılan memur maaş katsayısı artışları nazara alınmaz; maaş katsayısı artışının mülhaka kanunla yayımlanması gerekir. Bkz. AYDOĞDU, s.265, dn.100; KESKİN, Kadri: Para Cezaları-Ceza Tabloları-Ertelenen-Paraya Çevirme-Harçlar, Ankara 1996, s.55-59. Bu artışlar, Bakanlık tarafından genelgeyle ilan da edilmektedir. Bkz. TRKGM Genelge no:1996/8 ve Genelge no:1997/2. Ayrıca bkz. aşa. Tablo-2.

211 AYDOĞDU, s.266, dn.102; TEZCAN, s.57. TKHK'un yürürlükte olduğu tarihte (08.09.1995), bu miktar, 10.000.000. TL idi. Bu miktar, TKHK. m.25/V uyarınca TCK ek m.2 uyarınca memur maaş katsayısındaki artışa paralel olarak artırılmıştır. Bkz. TRKGM Genelge no: 1996/8 ve Genelge no:1997/2. ayrıca bkz. aşa. Tablo-1.

212 TEZCAN, s.57-58; ZEVKLİLER (Tüketici), s.240-241.

213 AYDOĞDU, s.266, dn.102. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1995 tarihinde, bu miktar, 10.000.000. TL idi. Bu miktar, TKHK. m.25/V uyarınca TCK Ek m.2 uyarınca, memur maaş katsayısındaki artışa paralel olarak artırılmaktadır. İdari para cezalarında arttırma katsayısı için ayrıca bkz. aşa. Tablo-2.

214 TEZCAN, s.59; ZEVKLİLER, (Tüketici), s.241.

- TKHK. m.9 hükmüne aykırı davranma; tüketicinin can ve mal güvenliği ile fizik ve çevre koşullarına uygunluğu sağlayıcı nitelikte Bakanlık tarafından belirlenecek standart ve özellikler ile tüketicinin bu konuda bilgilendirilmesine ilişkin gereklere uymama.

TKHK. m.25/V, c.1 hükmüne göre "yukarıdaki fıkralarda belirtilen para cezaları, suçun aynı yıl içerisinde tekrarı halinde iki misli olarak uygulanır"²¹⁵.

TKHK. m.25/I-II hükümlerine aykırılık nedeniyle verilecek idari para cezaları, suçun işlendiği yerin mülki amiri tarafından verilir (TKHK. m.26/I-c). İdari makamlar çoğu zaman tüketicinin başvurusu üzerine satıcının idari para cezasını gerektiren fiilin farkında olacağından, tüketicinin cezayı vermeye yetkili makama başvurusu özel bir önem arzeder. Ancak, TKHK. m.26/I, c hükmünde "... o yerin mülki amiri", cezayı vermeye yetkili makam olarak görülmüştür ki bu ifade yeterince açık değildir. ZEVKLİLER, haklı olarak²¹⁶, bu ifadenin "suçun işlendiği yerin mülki amiri" şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Kanımca, bu görüş, yerinde olup CMUK m.8/I hükmüne de uygundur²¹⁷. Bu hükme göre, "Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir." Keza, suçun işlendiği yer tayin etmek de mümkün değilse, CMUK m.9/I hükmüne kıyasen, suçu işleyen kişinin (genellikle satıcının) ikametgahındaki mülki amir yetkili olmalıdır. CMUK m.9/I hükmüne göre, "Suçun işlendiği yer belli değilse, sanığın yakalandığı yer ve yakalanmamışsa, ikametgahı mahkemesi yetkilidir."

SONUÇ

Tüketicilerin daha etkin korunması amacıyla çıkartılan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK.), 8.3.1995 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış ne varki altı ay sonra (8.9.1995) tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile ilgili olarak, çeşitli tarihlerde Tebliğler yayımlanarak ayrıntılı düzenlemeler getirilmiş ve maalesef, bazı yerlerde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Borçlar Kanuna hatta Anayasaya aykırı düzenlemeler öngörülmüştür. İncelememizde bu konulara yer geldikçe değinilmiş, hukuka uygunluk açısından ne şekilde düzenlemeler yapılması gereğinden bahsedilmiştir. TKHK. m.30 gereği TKHK. m.1 vd. da hüküm bulunmayan hal-

215 "... Suçun aynı yıl içerisinde tekrarı..." ifadesinin de yeterince açık olmadığı hakkında bkz. TEZCAN, s.61-62. Bu ifadenin "takvim yılı" olarak değil, "suçun işlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde yeniden işlenmesi" şeklinde anlaşılması gerektiği görüşü için bkz. ZEVKLİLER, (Tüketici), s.242; TEZCAN, s.62.

216 ZEVKLİLER, (Tüketici), s.240.

217 AYDOĞDU, s.269. TEZCAN'a göre de (s.60 ve s.63-64), cezayı vermeye yetkili makam, suçun işlendiği yerdeki mülki amir olmalıdır. Cezayı vermede görevli mülki amir ise, eylemin (suçun) işlendiği yer; il merkezinde ise o yerin valisi, ilçelerde ise ilçe kaymakamı olmalıdır.

lerde genel hükümlerin uygulanacağını belirtmiş olması karşısında, TKHK. m.1 vd. hükümleri kapsamına giren uyuşmazlıklarda (genel ve özel şartların gerçekleşmiş olması durumunda ve TKHK. m.1 vd. da hüküm olmayan hallerde), genel hükümler (özellikle BK. hükümleri) uygulanma imkanına sahip olduğundan BK. m.1 vd. hükümlerine de yeri geldikçe değinilmiştir. İncelememizde yeri geldikçe bu düzenlemelere değinilmiş Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanuna aykırı birtakım düzenlemelerin bazen tüketicinin lehine bazende aleyhine olduğu görülmüştür. TKHK. m.1 vd. hükümlerinin mümkün oldukça tüketici lehine yorumlanması ve uygulanması gerekir. Çünkü, bu kanunun çıkarılış amacı, sosyal açıdan daha zayıf konumda bulunan tüketicileri korumaktır (TKHK. m.1).

Tüketicilerin yaptığı her işlem, TKHK. m.1 vd. hükümleri kapsamında değildir. Ayıplı mal veya hizmetlerde TKHK. m.1 vd. hükümlerinin uygulanabilmesi için genel ve özel şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Genel şartlar; 1- Alıcının tüketmek amacı ile işlem yapması (alıcının tüketici olması), 2- Satıcının sattığı malı ya da hizmeti faaliyeti kapsamında yapması (satıcının meslekten satıcı-tacir ya da esnaf-olması), 3- Yapılan işlemin bir bedel karşılığında yapılması ve işlemin konusunun taşınır mal ya da hizmet (yapılan işlemin tüketici sözleşmesi) olmasıdır (TKHK. m.2 ve 3). Tüketici, TKHK. m.1 vd. hükümlerinin kendisine tanıdığı seçimlik haklardan birini kullanmak istiyorsa, özel şartların da gerçekleşmiş olması gerekir. Özel şartlar, tüketicinin ayıba karşı tekeffülün maddi ve şekli şartlarını (muayene ve ihbar külfetini) yerine getirmiş olması halinde gerçekleşir. TKHK. m.1 vd. tüketiciye dört seçimlik hak tanıdığıdır. Bunlar; 1- Ücretsiz tamir hakkı, 2- Ücretsiz değiştirme hakkı, 3- Ödenen bedelin indirilmesi hakkı, 4- akitten dönme (ödenen bedelin iadesini isteme) hakkıdır.

Tüketicinin satın aldığı malın ya da hizmetin ayıplı çıkması ve TKHK. kapsamında bir sözleşmenin de olması halinde öncelikle TKHK. m.1 vd. (özellikle m.4) uygulanacak, burada hüküm bulunmayan hallerde ise TKHK. m.1 vd. hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla genel hükümler (özellikle BK. m.194-205) uygulama alanı bulacaktır (TKHK. m.30).

TKHK. m.1 vd., seçimlik haklar yanında ayıplı mal ya da hizmetin vermiş olduğu zarar nedeniyle tazminat haklarını da tüketiciye tanıdığıdır ki bu da yerinde bir düzenlemedir (TKHK. m.4/f.2). Üstelik bu tazminat hakkından, satıcı işlem yapan zincirleme satıcılar da müteselsilen sorumlu kılınarak yerinde bir düzenleme daha yapılmıştır (TKHK. m.4/f.2). Fakat tüketiciye tanınan ücretsiz değiştirme hakkını, BK.'undan geriye gidecek şekilde (üstelik Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılan Tebliğlerle), adeta kullanılmaz hale getirmek yerinde olmamıştır.

Tüketici, ayıplı mal/hizmet nedeniyle sahip olduğu seçimlik haklar ve/veya tazminat hakkını kullanmasına rağmen bir sonuç elde edememişse, (bugün için 10.000.000. TL'nin altındaki uyuşmazlıklarda zorunlu olarak; bunun üstündeki miktarlar için ihtiyari olarak) Tüketici sorunları hakem heyetine başvurabilecektir. Buradan lehine çıkan karara rağmen yine de hakkını elde edememişse, tüketici mahkemesine başvurabilecektir.

Tüketicilerin sorununa geç de olsa el atan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun birçok eksiklik ve hukuki hata içermesine rağmen bu alanda atılan ciddi bir adımdır. Tüketicilerin haklarına kavuşması, onların bu konuda bilgilendirilmelerine de bağlıdır. Bu bilincin verilmesi için yasa da yer alan düzenlemelerin (TKHK. m.20) biran önce hayata geçirilmesi gerekmektedir.

TABLolar
Tüketici Sorunları Hakem Heyetine Başvuru Zorunluluğunda Miktar
Tablo-1

Hukuki Sebep	Asgari Miktar	Yürürlük Tarihi
TKHK.m.22/V	5.000.000.TL	08.09.1995 - 31.12.1995
TRKGM-95/135-136	10.000.000.TL	01.01.1996 - 31.12.1996
TRKGM-96/127-128	17.200.000. TL	01.01.1997 - 31.12.1997

İdari Para Cezalarında Arttırma Katsayısı
Tablo-2

Suçun İşlendiği Tarih	Katsayı
08.09.1995 - 25.04.1996	Kanunda yazılı (arttırılmamış) ceza
26.04.1996 - 31.12.1996	Altı Kat
01.01.1997 - →	Yirmiyedi kat

KENT VE ÇEVRE HUKUKUNDA İDARİ YARGILAMA SÜRECİ

Noyan ÖZKAN (*)

1. GİRİŞ

Ülkemizin zengin doğal kaynakları büyük bir tehdit altındadır. En büyük ve yıkıcı kirlenici faaliyetler genel olarak kamuya ait kurum ve tesisler tarafından yürütülmektedir. Çevre korumacı yurttaşlar ve sivil toplum örgütleri, kamu kurumlarının çevre zararlısı idari işlem ve kararlarına karşı son çare olarak idari yargıya başvurumaktadırlar. Son yıllarda yaşadıkları yörenin çevre sorunlarına sahip çıkan duyarlı yurttaşların ve ilgili kurumların idare mahkemelerinde ve Danıştay'da açtıkları davalar ve bu davalarda alınan sonuçlar Doğa Koruma Hukuku'na önemli katkılarda bulunmaktadır. Ancak, çevre koruma hukuku ve başvuru yollarının idari yargı kurumlarında kabul görmesi kolay olmamıştır. Bugün bile idari yargılama sürecinde önemli ve caydırıcı engellerle karşılaşmaktayız. Uygulamanın içinde olan bir hukukçu sıfatıyla idari yargılama sürecinde yaşanan sorunları ve çözüm önerilerini sunmayı uygun buldum.

2. GENEL OLARAK BAŞVURU YOLLARI

Bakanlar Kurulu, Bakanlıklar, KİT'ler, belediyeler, valilik ve Kaymakamlıklar ile tüzel kişiliği içeren kamu kurumlarının yetkili organlarının verdiği idari işlem, karar ve eylemleri izlemek ve yargısal denetimi sağlamak oldukça zorlu bir uğraştır. Bunlardan bir kısmı Resmi Gazetede yayınlanır, bazıları Basında haber olarak çıkar. Çoğunlukla her şey olup bittikten sonra uygulama esnasında öğrenilir. Anılan idari işlem ve kararların iptali amacıyla idari yargıya başvuracak kişi ve kurumların dava açma süresine dikkat etmeleri gerekmektedir. Dava açma süresinin riskli olduğu durumlarda ilgililer İYUK, 10 madde uyarınca haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için önce idari makamlara başvurmakta, red cevabı alındıktan sonra idari yargıya gitmektedirler. Bunun dışında ilgililer, haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla idari yargıda doğrudan yürütmenin durdurulması istemli iptal davası açmaktadırlar.

3. İDARİ YARGILAMA SÜRECİNDE YAŞANAN SORUNLAR

a) Yargının idareye bağımlılığı

Türkiye'de 1982 Anayasası ile yargı bağımsızlığı ortadan kaldırılmıştır. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu başkanlığına Adalet Bakanı getirilmiştir. Adalet Bakanlığı müsteşarı Kurul'un tabii üyesidir. Hakimler ve savcılar idari

görevleri yönünden Adalet Bakanlığı'na bağlıdır. Kurul sekretaryasının Adalet Bakanlığı tarafından yürütülmesi ve kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayışı nedeniyle hakimler ve savcılar hükümetin ve iktidar partisi milletvekillerinin baskısı altındadır. Açıkça belirtmek gerekirse, bir idari yargıç, iktidar partisinin belediye başkanının projesinin iptali amacıyla açılan bir davada siyasi baskıya maruz kalabilir. Çocuklarının okul durumu, lojmandan taşınma riski, kurulu düzenin bozulması olasılığı karşısında idari yargıçların hükümetin veya belediyelerin tasarruflarının karşısına dikilmesi giderek zorlaşmaktadır.

b) Dava açma ehliyetinde sınırlama

İYUK 2. maddeye göre idari işlem ve eylemlerle menfaati ihlal edilenler iptal davası açabilirler. Dava açma hakkını, kişisel menfaatle sınırlamak isteyen hukuk devleti düşmanları, 10.6.1994 gün ve 4001 no.lu kanunla çevre koruma dışında amaçlarına ulaşmışlardır. Anayasa Mahkemesi, Danıştay 5. Dairesi'nin başvurusu üzerine 21.9.1995 gün ve 95/27 E., 95/47 K. no.lu kararıyla anılan yasa değişikliğini iptal etmiştir. İptal kararı 10 Temmuz 1996'da yürürlüğe girmiş ancak TBMM aradan 1 yıl geçmesine karşın gerekli yasal değişikliği yapmamıştır. Anayasanın 56. maddesinde çevre kirlenmesini önlemek yurttaşlara ödev olarak verilmiştir. 2872 no.lu Çevre Kanununun 3/a maddesine göre; "Çevrenin korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi gerçek ve tüzel kişilerle vatandaşların görevi olup, "uygulamada, Danıştay'ın geniş yorumuna karşın yerel idare mahkemelerinin menfaat ihlali hususunda sınırlayıcı kararlar verdiği görülmektedir. Bu kararlar sonradan Danıştay tarafından bozulmakta ancak bu arada kötü niyetli idareler amaçlarına ulaşmaktadırlar.

c) Yürütmenin durdurulması kararlarının gecikmesi

İYUK 27/2'de öngörülen telafisi güç ve imkansız zarar ile işlemin açıkça hukuka aykırı olmasının birlikte gerçekleşmesi koşulu, yargıçları idareden savunma almadan yürütmenin durdurulması kararı vermelerini engellemektedir. Böylece yürütmenin durdurulması kararı 3-4 ay gecikmektedir.

d) Mahkeme kararlarının uygulanması

Türkiye'de politikacılar ve idareciler tarafından idari yargı organları tarafından verilen kararları uygulamamak, geciktirmek veya kanuna karşı hile yöntemleriyle engellemek adeta kural haline gelmiştir. Anayasanın 2. ve 138. maddelerinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu ve yasa, yürütme ve idarenin mahkeme kararlarını hiç bir surette değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyecekleri

yazılıdır. Ancak, Anayasanın, bu hükümleri her gün çiğnenmektedir. Çevre koruma davalarında uzun ve güçlü bir mücadeleden sonra alınan mahkeme kararları yöneticiler tarafından uygulanmamaktadır. Çünkü, devlet memurlarını ve belediye başkanlarını koruyan 1913'ten kalma Memurin Muhakematı Hakkında Kanun halen yürürlüktedir. Ayrıca, bakanlar da milletvekili dokunulmazlığına sığınmak suretiyle mahkeme kararlarını paspas yapmaktadırlar. Bu durumda ülkemizde hukuk devletinden bahsedilemez. Hukuk devleti düşmanlarının ulu orta mahkeme kararlarını çiğnemesinde, somut olaylarda gerekli tepkiyi göstermeyen Türkiye Barolar Birliği ile Baroların ve Hukuk Fakültesi Dekanlıklarının da payı da vardır.

e) İdari yargı sürecinin pahalı olması

İdari yargıda hak aramak ve özellikle bilirkişi incelemesini gerektiren davaları yürütmek oldukça zorlamıştır. Bugün için bir iptal davası 7 1/2 milyon TL (\$ 55) bedelle açılmaktadır. İmar planı değişikliği iptali davalarında veya uzmanlık gerektiren çevre koruma davalarında mahkeme tarafından görev verilen bilirkişi heyetlerinin ücretleri 100 Milyon TL (\$ 740) civarındadır. Bu davaların kazanılması halinde yargılama giderleri iade edilmektedir. Ancak, bir dava 2-3 yıldan önce sona ermediği için dava sonunda geri alınan bedeller enflasyon nedeniyle eriyip gitmektedir. Uygulamada, yurttaşların başlangıçta büyük hevesle açtıkları iptal davaları, sonradan bilirkişi tayini sırasında gerekli para bulunmadığı için tehlikeye girmektedir.

f) İdari yargı sürecinin ağır işlemesi

Uygulamada, çevre ve kent koruma davalarında 2 yıldan önce sonuç almak mümkün değildir. Bazı idari dava dosyaları 2-3 yıl Danıştay'da beklemektedir. Mahkemelerin araç, gereç ve personel eksikliği malumdur. Fiziki çalışma ortamları genelde zayıftır. Yardımcı adli personelin maaşları son derece yetersizdir. Ancak, idari yargının, adli yargıdan daha ağır işlediği de bir gerçektir. Medeni kanun 661'e göre çevreyi kirleten bir fabrikanın komşusu, Asliye Hukuk Mahkemesinde sataşmanın önlenmesi davası açtığı takdirde, 1 hafta içinde tedbir kararı alması olasıdır. İdari yargıda ise, mahkemeler genel olarak yürütmenin durdurulması hususunun, bilirkişi incelemesi yapılmasından sonrasında görüşülmesi yolunda ara karar vermekte ve böylece 7-8 aydan önce yürütmenin durdurulması kararı alınması mümkün olmamaktadır. Bu arada atı alan Üsküdar'ı geçmektedir.

4. UYGULAMADAN ÖRNEK DAVALAR

a) Gökova, Yatağan, Yeniköy TS Davaları

(Aydın İdare Mahkemesi (93/781, 93/830, 94/1062)

İzmir Çevre Hareketi Avukatları tarafından üç yıl önce Aydın İdare Mahkemesinde; TEAŞ, Enerji Bakanlığı, Çevre Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı,

Muğla Valiliği aleyhinde çevre ve sağlık mevzuatına aykırı faaliyet gösterdikleri ve çevre tahribatına yol açtıkları gerekçesiyle iptal davaları açılmıştır. Üç bilim adamının yörede yaklaşık 1 yıl süren araştırmalara dayalı raporları uyarınca mahkeme, 20.6.1996 günü her üç santralin faaliyetinin durdurulmasına karar vermiştir. Ancak, Bakanlar Kurulu, "hukukun üstünlüğü", "Yargının bağımsızlığı", "Mahkeme kararlarının idareyi bağlayıcılığı" ilkelerine açıkça aykırı olarak 12.9.1996 günü bir prensip kararı almak suretiyle ülkenin enerji ihtiyacını gerekçe göstermiş ve santrallerde işletmenin devamını sağlamıştır. Hukuken yok hükmünde olan ve konusu suç teşkil eden bu prensip kararı halen yürürlüktedir ve santraller hiç bir önlem alınmadan çalıştırılmaktadır. 30.12.1996 günü Aydın İdare Mahkemesi esastan karar almış ve santrallerin faaliyetini iptal etmiştir. Bu karar, 13.5.1997 günü taraflara tebliğ edilmiştir. Bu karar da maalesef uygulanmamıştır.

TEAŞ yetkilileri hakkında yapılan suç duyuruları, Bakanlar Kurulu kararını uyguladıkları gerekçesiyle sonuç vermemiştir. Milas ve Yatağan Savcıları taksizlik kararı vermişlerdir. Ağır Ceza Mahkemelerine gerekli itirazlar yapılmıştır. Bakanlar Kurulu üyeleri hakkında yapılan suç duyurusu üzerine Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, Anayasa 100. maddeye göre taksizlik kararı vermiştir. Bunun üzerine Avrupa İnsan Hakları Komisyonu nezdinde, Roma Sözleşmesine muhalefet edildiği gerekçesiyle "bireysel başvuru hakkı" kullanılmıştır. Komisyon, başvuruyu incelemektedir. Ege bölgesindeki milletvekillerine, baro başkanlarına, siyasi partilere, sivil toplum örgütlerine gönderilen mektuplarla, anılan mahkeme kararlarına ve hukuk devletine sahip çıkmaları talep edilmiştir. Ayrıca, ulusal ve uluslararası hukuk ve çevre koruma kurumlarına yüzlerce faks ve mektup gönderilmek suretiyle destekleri istenmiştir. TBB ve Yüksek mahkeme başkanları ile üniversitelerin Hukuk Fakültesi Dekanlıklarına da aynı şekilde başvurulmuştur. Ne yazık ki, çoğunluğu yabancı olan toplam 7-8 kurum ve kişi dışında hiç kimse destek ve cevap vermemiştir. İşte bu somut olayda, Türkiye'deki hukukçuların kendi davalarına doğru dürüst sahip çıkmadıkları, hukukun üstünlüğü ilkesini hazmetmedikleri anlaşılmıştır. Şimdi, ülkenin her yerinde yüzlerce mahkeme kararı çiğnenmekte ve kimsenin kılı kıpırdamamaktadır. Türkiye Barolar Birliği, mahkeme kararlarının uygulanması yolunda yeterli ve güçlü mesajlar vermekten uzak bir atalet içindedir. Hakim ve Savcılarımız da, bu önemli konuda çok suskun ve çekingen davranmaktadırlar. Hukuk Fakülteleri Dekanlıkları da anlaşılabilir bir duyarsızlık içindedir. İşte bu vurdumduymazlık ve tepkisizlikten cesaret alan hukuk devleti düşmanları, mahkeme kararlarını paspas yapmaya devam etmekte ve hukuku katleden prensip kararları almaktadırlar.

b) Karşıyaka Yeşil Alan / Katlı Otopark Davası

(İzmir 2. İdare Mhk. 95/45, 94/366, İzmir 1. idare 96/862)

• Karşıyaka Belediye Meclisi, 1.2.1991 gün ve 118 no.lu kararıyla İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın önerisi üzerine, mevcut imar planında YEŞİL ALAN (park) olarak gözüken, istasyon yanındaki 3000 m2.lik alanda ÇOK KATLI OTO PARK yapımına karar verdi.

• Askiya çıkarılan imar plan değişikliğine 40 civarında yurttaş itiraz etti. İtirazların reddi üzerine, 4 yurttaş, Anayasa 56 ve Çevre Kanunu 3-30 maddeleri uyarınca karşıyaka Belediyesi aleyhinde İzmir 2. idare mahkemesinde 9.4.1992 günü imar plan değişikliğinin iptali davası açtılar. Davanın açıldığı gün ve sonrasında 3 kez mahkeme başkanı ve dosya yargıcı ile makamlarında görüşme yapılmak suretiyle, dava konusu alanda bulunan 16 adet ağacın her an Belediye tarafından kesilebileceği, yürütmenin durdurulması isteminin savunma gelmeden incelenmesinin önem taşıdığı hususları, iletilmiştir. Mahkeme 1.5.1992 günlü ara kararıyla, dava konusu alanda bilirkişi marifetiyle keşif yapıldıktan sonra yürütmenin durdurulması hususunda karar verilmesi yolunda ara karar vermiştir.

• B.Şehir Başkanı Yüksel Çakmur, tüm kentte yayınladığı reklam ve afişlerle 30.5.1992 günü dava konusu alanda temel atacağını ilan etmiştir. 17.5.1992 günü Yüksel Çakmur'a iadeli taahhütlü mektupla başvuru olarak dava konusu alandaki ağaçlara zarar vermemesi ve mahkemenin tayin ettiği bilirkişi incelemesi sürecini beklemesi rica edilmiştir.

• 25.5.1992 akşamı 20.00'de Yüksel Çakmur'a bağlı belediye ekipleri ağaçların kesimine girişmiştir. Yurttaşların direnişi karşısında ekipler geri çekilmiştir. 26.5.1992 günü mahkeme başkanına gidilmiş ve ağaçlara yönelik yakın ve ağır tehdit, gazetelerde çıkan fotoğraflarla birlikte bir dilekçe ekinde sunulmuş, yürütmenin durdurulması talep edilmiştir. Aynı gün öğlene doğru, belediye ekipleri, İzmir Valisi Kutlu Aktaş'tan çevik kuvvet yardımı almış ve yurttaşların direnişini zorla kırmak suretiyle 16 ağacı kesmiştir. Böylece yurttaşlar yeşil alan savaşımında büyük bir umutsuzluğa kapılmış, davadaki yakın ve sıcak desteklerini çekmişlerdir. Bu arada dava konusu alanda inşaat faaliyeti başlamıştır.

• İzmir 2. İdare Mahkemesi 6.8.1992 gün ve 92/407/95/45) sayılı kararla kent planlamacı bilirkişilerin raporuna dayanarak, yürütmenin durdurulması kararı vermiştir. Karar, 12.8.1992 günü davalı Karşıyaka Belediyesine ve müdahil B.Şehir Belediyesine tebliğ edilmiştir.

• Karşıyaka Belediyesi bu defa 20.2.1992 gün ve 143 no.lu belediye meclisi kararıyla komşu DDY arsasının dava konusu alana ilavesine karar vermiştir. B.Şehir Belediyesi de 10.8.1992 gün ve 10 sayılı kararıyla inşaatı yürüten belediye şirketi İzmir İmar Ltd. Şirketi'ne inşaat ruhsatı vermiş ve bu yeni idari işlemleri bahane ederek inşaatı devam ettirmiştir. Bunun üzerine, 143 no.lu yeni imar plan değişikliği ile inşaat ruhsatının iptali amacıyla İzmir 2. İdare Mahkemesi'nde (94/366) belediyeler aleyhinde ikinci bir dava

açılmıştır. İnşaat tüm hızıyla sürmektedir. İzmir 2. İdare Mahkemesi, evvelce bu konuda kendi kararı dava dilekçesine ekli olmasına karşın yine davalı idarenden savunma istemiş ve 25.5.1993 gün 93/2 (95/45) no.lu kararıyla yürütmeyi durdurmuştur.

• 20.5.1993 ile 19.9.1995 günleri arasında dava konusu alanda inşaat faaliyetleri durdurulmuştur. Her iki davada, mahkeme esas hakkında iptal kararı vermiş ve B.Şehir Belediyesinin temyizi üzerine dosyalar Danıştay 6. Daireye intikal etmiştir. Danıştay 6. Dairesi 12.7.1994 gün ve E.93 no.lu kararıyla, davacı yurttaşlardan birisinin bilirkişilerin çalıştığı 9 Eylül Üniversitesi'nde görevli olduğu ve bu nedenle yeniden bilirkişi incelemesi yapılması gerekçesiyle yerel mahkemenin iptal kararlarını bozmuştur. Danıştay 6. Dairesinin bozma kararından yararlanan yeni başkan Burhan Özfatura tüm uyarılara karşın inşaatı yeniden başlamıştır. Mahkeme, bu defa İTÜ'den bilirkişi tayin etmiş, ancak yeni inceleme ve yürütmenin durdurulması kararı alınması süreci 1 yıl gecikmiştir. Bu arada, inşaat zemin kata ulaşmıştır. İzmir 2. İdare Mahkemesi her iki davada yeni raporun eski raporu teyidi üzerine iptal kararı vermiştir. (Bu kararlar sonradan Danıştay tarafından onaylanmıştır).

• Karşıyaka Belediyesi Meclisi kararlara kısmen uyarak Katlı Otoparkın zemin altında yapılmasına, zemin üstündün yeşil alan olarak kullanılmasına karar vermiştir. İzmir B. Şehir Belediye Başkanı, 29.8.1996 günlü imar plan tadilatı işlemiyle otoparkın zemin üstünde yapılmasına karar vermiş ve yeni bir idari işlem bahanesiyle inşaatı devam ettirmiştir. Bunun üzerine İzmir 1. İdare Mahkemesi'nde (96/862) Belediye Başkanının anılan işleminin iptali için dava açılmıştır. Mahkeme, evvelce mevcut iki adet mahkeme kararına ve 3030 sayılı yasanın açık hükmüne ve inşaatın büyük bir hızla devamına karşın, normal savunma alma işlemine girişmiş, 10.1.1997 günü yürütmenin durdurulması kararı almıştır. Bu arada geçen 4 ay içinde davalı Belediye her ay bir kat çıkmış, inşaat 4. kata ulaşmıştır. Bu kararın tebliğinden bu yana yaklaşık 200 gün geçmiş ve karar uygulanmamıştır. Belediye başkanları Burhan Özfatura ve Kemal Baysak, mahkeme kararlarına karşın inşaatı devam ettireceklerini açıkça beyan etmişlerdir. Burhan Özfatura, halka dağıttığı bildirilerle, yurttaşları, davacıları protesto için mahkemeye faks/telgraf göndermeye davet etmiştir. İzmir Valisi Kutlu Aktaş'a, kararın uygulanması ve soruşturma açılması için 20 civarında başvuru yapılmış, hiç bir sonuç alınamamıştır. İzmir Valliği, sürekli olarak Özfatura'yı korumuştur. İzmir Barosu ve 14 Meslek Odasının Özfatura hakkında yaptıkları suç duyurularından hiç bir sonuç çıkmamıştır. İnşaatın mahkeme kararlarına karşın devam etmesi olgusu Karşıyaka Sulh ve Asliye Hukuk Mahkemeleri ve bilirkişileri tarafından iki kez tesbit edilmiştir. İçişleri Bakanlığı, Cumhurbaşkanlığı ve 24 İzmir Milletvekiline yapılan şikayetlerden de sonuç çıkmamıştır. Şu anda inşaat devam etmektedir. Büyükşehir Belediyesi yeni

bir imar planı değişikliği önerisi hazırlığındadır. Ancak üç adet mahkeme kararının tatbiki suretiyle Karşıyaka otopark gecekondusunun yıkılması gerekirken yeni imar plan değişiklikleri önerisini sunmak veya müzakere etmek hem hukuk devleti düşmanlığıdır hem de Türk Ceza Yasasının 240. mad'sine göre görevi kötüye kullanma suçudur.

5. SONUÇ ve ÖNERİLER

a) Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu mutlaka özerkleştirilmelidir. Adalet Bakanı ve Müsteşar Kurul'dan çıkarılmalıdır. Anayasa değişikliği gerekmektedir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun sekreteryası bağımsız olmalıdır. Kurul kararlarına karşı idari yargı yolu açılmalıdır.

b) Yerel idare mahkemeleri, dava açma ehliyetinde Danıştay'ın hak arama hürriyetini genişleten yorumunu benimsemeli ve doğa koruma davalarında Çevre Kanunu 3 ve 30. maddelerini dikkate almalıdırlar. Dernekler, sendikalar ve siyasi partiler gibi tüzel kişilerin tüzüklerinde çevre korumaya ilişkin madde olmasa bile dava açma ehliyetleri kabul edilmelidir.

c) Yerel mahkemelerin yürütmenin durdurulması istemlerine karşı genel yaklaşımları doğa koruma davalarında kesinlikle değişmelidir. İdarenin savunması beklenmeden ve bilirkişi incelemesi yapılmadan hemen ilk incelemede yürütmenin durdurulması kararı verilmeli ve memur eliyle tebliğ edilmelidir. Bu bakımdan idari yargıçların doğa koruma mevzuatı hakkında geniş bir bilgi birikimine sahip olmaları için her türlü girişimde bulunulmalıdır. Yargıçlar, çevre koruma toplantılarına davet edilmeli, doğa korumaya ilişkin yayınlar kendilerine sunulmalıdır.

d) Mahkeme kararlarının uygulanmadığı bir ülkenin hukuk devleti olarak kabul edilemeyeceği ve bu suçu işleyen politikacı ve yöneticilerin hukuk düşmanı oldukları yolunda güçlü ve nitelikli kampanyalar düzenlenmelidir. Danıştay, Yargıtay, Hukuk Fakülteleri ve Barolar tarafından ortaklaşa bir eylem planı hazırlanmalı ve en kısa zamanda yürürlüğe konulmalıdır. MMHK ve Milletvekili dokunulmazlığına alternatif Anayasa ve yasa değişiklikleri bu kampanya çerçevesinde kamuoyuna sunulmalıdır.

e) Doğa koruma davalarında, davacı duyarlı yurttaşlar ve sivil toplum örgütlerinden dava açma harcı, posta masrafı ve bilirkişi ücreti alınmaması yolunda bir yasa değişikliği tasarısı hazırlanmalıdır. Yerel mahkemeler ve Danıştay, bu yasa değişikliği yapılmassa bile, bilirkişi ücretlerinin davalı idarelerden alınmasına karar vermelidirler.

f) İdari yargılama sürecinin hızlandırılması için yasal değişikliklere gerek yoktur. İdari yargıçlar ve sekreteryalatının dosyaları çok iyi takip etmeleri, davalı idarelere kısa süre vermeleri, kararların yazılımı ve tebliğinde süratli olmaları yeterlidir.

TATİL SİTELERİNDE DEVRE MÜLK UYGULAMASI VE DEVRE MÜLK KONUSU TAŞINMAZLARIN YÖNETİMİ

Erol AKI (*)

GİRİŞ

İnsanların çalışması hem hak hem de bir ödevdir. Dinlenme ise çalışan kimselerin hakkıdır. Çalışanların çeşitli biçimde bu haktan yararlanmaları mümkündür. Bu nedenle dinlenme, günlük, haftalık ve yıllık dinlenme olmak üzere türlere ayrılmaktadır. Yıllık dinlenmenin aynı zamanda yıllık tatil biçiminde ifade edildiği bilinmektedir. Kişinin yıllık tatilini nerede ve nasıl geçireceği, onun ekonomik durumu ve sosyal ilişkileri ile yakından ilgili bulunmaktadır. Son zamanlarda bazı bireyler tatil günlerini daha iyi değerlendirebilmek amacıyla çeşitli tatil yörelerinde kurulan sitelerden devre mülk satın almaya başlamışlardır.

Devre mülk uygulaması büyük olasılıkla kentlerde yaşayan orta düzeyde gelir sahibi insanların kent dışında, bazan deniz kenarında bazan da dağ veya orman havası içinde tatil yapma gereksinimlerinin karşılanması amacıyla ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Ülkemizde devre mülk hakkı, 10.06.1985 tarihinde çıkarılan 3227 sayılı Yasayla 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa eklenen 9 maddeyle (md. 57-65) yasal bir statüye kavuşturulmuştur. Ancak 3227 sayılı Yasanın bu alanda yetersiz kaldığı kısa zamanda ortaya çıkmıştır. Bu yasa özellikle devre mülk esasına göre kurulan tatil sitelerinde oldukça yetersiz kalmaktadır. Buna rağmen devre mülklere karşı olan talep her geçen gün sürekli artmaktadır. o halde halkın önemli bir bölümünün bu ölçüde rağbet ettiği bu sistemin hukuki sorunlarının acilen çözüme kavuşturulması bir zorunluluktur.

Tatil gereksinimlerini düşünerek devre mülk satın almayı tercih edenlerin çeşitli nedenleri vardır. Örneğin yılın belirli aylarında tatil yapabilen kişiler için, yılın diğer aylarında boş kalacak bir yazlık eve yatırım yapmak ekonomik görülmemektedir. Özellikle aile bütçeleri sınırlı olan kişiler, bu tür gereksinimleri için devre mülk edinmeyi tercih etmektedirler. Öte yandan bir yazlık ev fiyatına birkaç devre mülk satın alınabileceği için böylece, ülkenin çeşitli yörelerinde her mevsim tatil yapma olanağı elde edilebilmektedir. Kullanmadığınız devreleri kiralama veya bir yakınınıza kullandırma olanağının bulunması da ayrı bir avantajdır. Bir yazlık evin bakım ve onarımı mülk sahipleri için çoğunlukla önemli bir sorun oluştururken, devre mülk sisteminde bu işler her yıl düzenli olarak yönetici tarafından yerine getirilmekte ve böylece devre mülk sahipleri bu konuda büyük bir külfetten kurtulmuş olmaktadır. Taşınmasın bakım ve onarım giderleri, her yıl toplanan avans-

larla karşılanmakta, yetmez ise ek avans istenmekte, artarsa gelecek yıl bütçesine aktarılmaktadır.

Devre mülk konusunun halk tarafından bu ölçüde rağbet görmesi dolayısıyla, devre mülk biçiminde kullanılmak üzere konutlar inşa eden iş adamları için cazip bir faaliyet alanı ortaya çıkmış bulunmaktadır. Üstelik devre mülk biçiminde inşa edilen yapılar normal meskenlere oranla daha ucuza mal edilmektedir. Buna karşılık devre mülklerin satışı, müstakil konut satışlarına nazaran daha çabuk gerçekleşmektedir. Uygulamada önceleri sınırlı sayıda taşınmazla bu işe başlayan yapımcı firmaların birkaç yıl içinde konut sayısını 30-40 misline çıkardıkları hayretle görülmüştür. İnşaatlar başlamadan alınan peşinatlar ve arkasından ödenen taksitlerle iş finanse edilirken buna ek olarak alınan krediler ve toplu inşaatın sağladığı avantajlar, yapımcı firmaları çoğunlukla memnun bırakmaktadır. Yapılan taşınmazlar devre devre satıldıktan sonra, sitenin yönetimi de yapımcı firmaya ya da bu firmanın bir yan kuruluşuna verilmektedir. Böylece sitenin yönetimini de üstlenen yapımcı firma site içinde havuz, market, restaurant, kafeterya, spor alanları, temizlik, bakım, onarım, güvenlik birimleri de oluşturarak bunlardan hem gelir elde etmekte, hem de bu işleri uzun yıllar elinde tutma fırsatını yakalamış olmaktadır.

Başlangıçta devre mülk atan ve satan kişiler bu alış verişten ve devre mülk hakkının sağladığı olanaklardan oldukça memnun iken, zaman içinde bu memnuniyet mutsuzluğa dönüşebilmektedir. Çünkü yıllar geçtikçe bir yandan taşınmazlarda önemli ölçüde eskime ve yıpranma meydana gelmekte ve devre mülk sahiplerinin bu konudaki şikayetleri cevapsız kalmaktadır. Diğer yandan yıllık katılım payları, verilen hizmetlere kıyasla normalin üzerinde artış göstermektedir.

Ayrıca devre mülk esasları üzerine yeni kurulan siteler mensuplarına daha geniş ve cazip olanaklar sağlamaktadırlar. Öte yandan, devre mülk hakkını düzenleyen 3227 sayılı Yasa 25.06.1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten sonra inşa edilen ve üzerinde devre mülk hakkı tesis edilen taşınmazların yönetimini düzenleyen sözleşmelere konulan hükümlerle, yapımcı firmalara genellikle 10 yıl süre ile yöneticilik yapma hakkı tanınmıştır. Ancak bu sürelerin artık sonuna gelinmiştir. Bu gelişmeler devre mülk sahiplerinin site yöneticileri aleyhine tavır almalarına ve onları değiştirmek istemelerine neden olmaktadır. Eski yöneticiler ise yıllarca yürüttükleri bu görevi ve sağladığı olanakları ellerinden kaçırmak istememektedirler.

Biz bu makalemizde, devre mülk hakkını, bu hakkın kullanılması ve devre mülk konusu taşınmazların yönetimi ile ilgili olup devre mülk esasına göre kurulan tatil sitelerindeki sorunları hukuki yönü ile ele alacağız.

1- Devre Mülk Hakkı

Bu paragrafta devre mülk hakkının tanımı yapılacak ve hukuki niteliği incelenecektir.

1- Devre Mülk Hakkı'nın Tanımı

Bir taşınmazdan yılın belirli zamanlarında birden çok kişinin yararlanmasına olanak veren bu hak, taşınmaz mülkiyetinin özel bir ürünüdür. Devre Mülk hakkı, bir taşınmazın müşterek maliklerinin aralarında imzaladıkları bir sözleşme (Devre Mülk Sözleşmesi) ile kurulmaktadır. Görüldüğü üzere bu hak esas itibarıyla müşterek mülkiyet esasına dayanmaktadır. Niteim 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (634 sK..) nun 57 ve 58. maddelerine göre Devre Mülk Hakkı;

"Mesken olarak kullanılmaya elverişli olup, kat mülkiyetine veya kat irtifakına dönüştürülmüş olan ya da müstakil (yani birden çok bağımsız bölümden oluşmayan) yapılar üzerinde;

Ortak maliklerden herbirinin bu bağımsız bölüm veya müstakil yapıdan, yılın belirli zamanlarında yarı yarı yararlanabilmeleri amacıyla;

Müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak hakkı olarak kurulabilecektir.

634 sK. nun 59. maddesine göre devre mülk hakkı, yılın belirli dönemlerini kapsar, ancak bu dönemler 15 günden az olamaz. Uygulamada bunun değişik örneklerine rastlamak mümkün olmaktadır. Bazı devre mülkler, 634 sayılı Yasa hükmü uyarınca bağımsız bölümlerin kullanımını 15'er günlük dilimlere ayırmışlardır. Diğer bir kısmı devreleri 20'şer günlük dilimlere ayırırken; yılın ilkbahar, yaz ve sonbahar mevsimlerine rastlatılmak üzere, her seferinde 15'er günden toplam 45 günlük dilimlere ayıran devre mülk sistemleri de mevcuttur. Yazlık olarak kullanıma sunulan devre mülklerin bakım ve onarımı çoğunlukla kış mevsimine rastlatılmaktadır. Kışa rastlayan devreler de hemen her zaman siteyi kuran ve başlangıçtan bu yana yöneten gerçek ya da tüzel kişinin mülkiyetinde kalmaktadır.

2- Devre Mülk Hakkı'nın Hukuki Niteliği

Devre mülk hakkının hukuki niteliği konusunda öğretide henüz tam bir görüş birliğine ulaşılmış değildir. Bunun başlıca nedeni 634 sK. nun 57, 60 ve 61. maddeleri arasındaki uyumsuzluktur. Nitekim 57. madde devre mülk hakkının "müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak hakkı" olarak kurulabileceğini söylerken 60. madde "tapu kütüklerinin beyanlar hanesine, bağımsız bölüm veya yapı üzerinde devre mülk kurulduğu işaret edilir ve düzenlenecek tapu senedinde bu husus belirtilir" demiş; 61. madde devre mülk sözleşmesi resmi senede eklenir ve tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilir" demekle yetinmiştir. Acaba yasa koyucu devre mülk hakkının tesisi için tapu siciline tescil edilmesini gerekli görmemiş midir? Bu soruya evet yanıtı verilebilirse devre mülk hakkının bir irtifak hakkı olarak

düzenlenmediği daha kolay ileriye sürülebilecektir. Nitekim Medeni Kanun'un 704. maddesine göre "İrtifak hakkının tesisi için tapu siciline kayıt lazımdır."

Devre mülk hakkının içerik bakımından hukukî eleştirisine gelince; Bir görüşe nazaran "devre mülk hakkıyla kast edilen kavram, bir taşınmazın müşterek maliklerinin bu taşınmazın zamansal kullanımı ve yönetimi hususunda yaptıkları sözleşmenin; tapu kütüğüne işaret edilerek, her paydaşın (daha doğrusu payın) sonraki maliklerine karşı etkisinin sağlanmasından ibarettir" (Şeref ERTAŞ, Eşya Hukuku, Ankara 1989, s. 333 vd.). "Kanunda bir irtifaktan söz edilmesine rağmen gerçekte, müşterek mülkiyete tabi bir gayrimenkulden müşterek maliklerin mesken olarak istifadelerinin zamana göre düzenlenmesi söz konusudur" diyen OĞUZMAN/SEZİÇİ'ye göre kanunda irtifak hakkından söz edilmiş olması gereksiz ve yanıltıcıdır. (Kemal M. OĞUZMAN/Özer SEZİÇİ, Eşya Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1992, s. 636).

Buna karşılık devre mülk hakkının, bir irtifak hakkı olduğunu kabul eden yazarlar (Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN/ Abdülkadir ARPACI, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 226; HAVUTÇU, s. 47, 48) bunun ne tür bir irtifak hakkı olduğu konusunda ayrılığa düşmektedirler. AYAN, ise devre mülk'ü, müşterek mülkiyette, paydaşların müşterek mülkiyet konusu şeyi nasıl kullanacakları hususunda yapacakları anlaşmaya aynı etki kazandırılmasından ibaret bir hukukî durum olarak nitelemiştir. (Mehmet AYAN, Eşya Hukuku, İkinci Cilt, Konya 1993, s. 359).

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'na 3227 sayılı Kanunla eklenen 57. maddenin gerekçesinde devre mülk hakkının "müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak olduğu belirtilmiştir. Ayrıca kanunun 58 ve 61. maddelerinde, devre mülk hakkının tesisi için resmi senet yapılması gereğine işaret edilmiştir. Devre mülk üzerinde bu hakla bağdaşan aynı haklar kurulabilmesi, müşterek mülkiyet payına bağlı olarak devir ve temlik edilebilmesi ve mirasçılara intikal edilebilmesi ona aynı hak niteliği kazandıran özelliklerdir.

Devre mülk hakkının, Medeni Kanun'unda yer alan irtifak haklarından farklı olması onun aynı hak niteliğini ortadan kaldırmaz. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununda yer alan "Kat İrtifakı" hakkında olduğu gibi bu Kanuna 3227 sayılı Kanunla eklenen "Devre Mülk Hakkı"nın da Kanunî bir irtifak hakkı olduğunu kabul etmek mümkündür (krş. HAVUTÇU, s. 48).

Ayrıca bu kabul, devre mülk hakkını daha güvenilir bir konuma getirerek halk arasında yaygınlaşmasını ve devre mülk sahiplerinin haklarının daha iyi korunmasını sağlayacaktır.

II- Devre Mülk Hakkı'nın kurulmasının Ön Koşulları

Devre mülk hakkı, bir meskenden, onun müşterek maliklerinin, yılın belirli zamanlarında yarı yarı yararlanmalarına olanak veren ve müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak hakkı olarak tesis olunan bir hak olup, müşterek ma-

likler arasında imzalanan bir sözleşme ve buna bağlı olarak tapu dairesinde yapılacak diğer işlemler sonucu kurulmaktadır. Devre mülk hakkının kurulabilmesi için gerekli koşullar aşağıda ele alınacaktır.

1- Mesken niteliğinde bir taşınmazın mevcut olması

Devre mülk hakkının tesis edilebilmesi, ortada mesken olarak kullanılmaya elverişli bir yapının ya da aynı nitelikte bağımsız bir bölümün varlığına bağlıdır (634/57). O halde bir arazi veya boş bir arsa üzerinde, hatta bir fabrika ya da işyeri olarak yapılmış binalar üzerinde devre mülk hakkı kurulması mümkün değildir.

2- Taşınmazın müşterek mülkiyete tabi olması

Mesken olarak kullanılmaya elverişli bir yapı veya bağımsız bölüme birden çok kişinin malik olması halinde; ortak maliklerden her biri lehine bu yapı veya bağımsız bölümden yılın belli dönemlerinde yararlanma hakkı, müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak hakkı olarak kurulabilecektir (634 sK. 57). Buna göre örneğin, devre mülk hakkından yararlanmak amacıyla birkaç aile bir araya gelerek bir bağımsız bölüm satın alıp yılın muhtelif zamanlarında bu taşınmazdan yararlanmayı aralarında kararlaştırabilirler. Ancak bu oldukça istisnai bir durumdur.

Devre mülk esasına göre kurulan tatil site veya köylerine gelince; buralarda durum yukarıda verilen örnekten oldukça farklıdır. Gerçekten devre mülk esasına dayalı bir tatil sitesi kurmak amacıyla girişimde bulunan firmalar, ileride yapacakları taşınmazların devrelerini, bunların henüz yapımına girişmeden plan üzerinden satmaya başlamaktadırlar. Bu konuda söz konusu firmalar tarafından yapılan reklamlara ve dağıtılan tanıtım broşürlerine göre, iyi bir tatil yapabilmek için uygun özelliklere sahip olacağı düşünülen taşınmazların mevsim itibarıyla en cazip devreleri öncelikle satılmaktadır. Bu aşamada ortada henüz bir mesken mevcut olmadığından yapılan anlaşmalar, hukukî niteliği itibarıyla Borçlar Kanununun genel hükümlerine dayanan ve devre mülk hakkı tesisine ilişkin bir taahhüt ve bunun kabulünden ibarettir. Yapılan bu anlaşmaya uygulamada Devre Mülk Satış Sözleşmesi adı verilmektedir.

Üzerinde devre mülk hakkı tesis olunacak taşınmaz, tamamen inşa edilmiş olsa bile, bu taşınmazın önceden belirlenen devreleri henüz satılmadan, müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak hakkı (devre mülk hakkı) tesis edilmesi 634 sK. nun 57. maddesi karşısında mümkün değildir. Çünkü bu durumda müşterek mülkiyet ilişkisi, yani birden çok kişinin aynı anda, aynı şey üzerinde mülkiyet hakkına paylı olarak sahip olmaları durumu henüz gerçekleşmemiştir.

Kat Mülkiyeti Kanununun devre mülk hakkı ile ilgili sekizinci bölümünde yer alan hükümler (md. 57-65) lafzen yorumlandığında, devre mülk hakkının

kurulması oldukça dar bir alanda gerçekleşebilecektir. Oysa ki uygulama, öğretinin de yardımıyla bu güçlüğü aşmış durumdadır. Bunun için önce, henüz yapı yapılmamış arsa üzerinde malik (satıcı firma) tarafından kat irtifaki kurularak tapu siciline tescil edilmekte (634 sK. 14), yapının tamamlanmasından sonra devre mülk alanlarla malik arasında imzalanan devre mülk sözleşmeleri resmi senede eklenerek, taşınmazların tapu kütüklerinin beyanlar hanesine devre mülk hakkı kurulduğu işaret edilmekte ve buna göre düzenlenen tapu senedinde de bu husus açıkça belirtilmektedir.

Dikkat edilecek olursa burada arsanın maliki yasal koşulları yerine getirmek suretiyle kat irtifakına çevrilmiş taşınmazı paylara bölerek, her pay lehine devre mülk hakkı tesis ettirip, eğer henüz satamadığı devreler varsa bunlar kendi üzerinde kalmak kaydıyla devre mülk haklarını tapuya tescil ettirmektedir. Daha sonra malik elindeki payı üçüncü kişiye temlik ettiğinde, bu paya bağlı olarak tahsis edilmiş olan devre mülk hakkı da devralana geçmektedir.

Görüldüğü üzere bu uygulamaya, 634 sK. nun 57. maddesinin, aynı kanunun 65. maddesi delaletiyle 12 ve 14. maddeleri göz önünde tutularak, devre mülk haklarının tamamının ya da bir kısmının ilk kuruluşta malik adına tescil edilebilmesine olanak verecek biçimde yorumlanması (krş. HAVUTÇU, s.56) sayesinde gerçekleşmektedir. Kat irtifakının kurulduğu sırada (634 sK. 12/a, c, d md. ne göre) düzenlenen proje, plan, liste ve yönetim planı ile diğer belgeler tapu dairesine verilmiş olacağından, devre mülk hakkının tesisinde ayrıca yönetim planı istenmemektedir (bak. 634 sK. 14). Ayrıca belirtmek gerekir ki, devre mülk hakkının tesis işleminin, kat mülkiyetinin kurulması ile birlikte aynı zamanda arka arkaya gerçekleştirilmesi de mümkündür. Elbette bu durumda önce kat mülkiyetinin kurulması işleminin tamamlanması ve arkasından da devre mülk hakkının tescilinin gerçekleştirilmesi söz konusu olacaktır.

3- Devre Mülk Sözleşmesinin Yapılması

Üzerinde devre mülk hakkı tesis edilmesi kararlaştırılan taşınmazın müşterek malikleri, aralarında bir devre mülk sözleşmesi yapmak ve bunu tapu memuruna vermekle yükümlüdürler (634 sK. 61). Devre mülk sözleşmesinde; ortak maliklerin yararlanacakları devreler (on beş günden aşağı olmamak kaydı ile), bunların devir ve teslimi ile yararlanma biçimi ve yöntemi, yöneticilerin seçimi ile hak ve sorumlulukları, büyük onarım için ayrılacak dönem, bakım masrafları ve tarafların gerekli görecekleri diğer hususlar yer alacaktır. Devre mülk sözleşmesi tüm hak sahipleri tarafından imzalanacaktır. Uygulamada, devre mülk sözleşmeleri tatil sitesini inşa eden kişi tarafından tek tip olarak önceden hazırlanmakta ve matbaada

çoğaltıldıktan sonra devre mülk satın alan kişilere ayrı ayrı zamanlarda tek tek imza ettirilmektedir. Böylece bir bağımsız bölüm için aynı tipte birden çok sayıda yapılan devre mülk sözleşmelerinin bir tarafını tatil sitesini inşa eden kişi, diğer tarafını da devre mülk satın alan kişi oluşturmaktadır.

Devre mülk sözleşmesi yapılarak, resmi senede eklenip tapunun beyanlar hanesine yazılmasıyla devre mülk hakkı tesis edilmiş olur. Üzerinde arsa payına bağlı olarak devre mülk hakkı tesis olunan taşınmaza halk arasında kısaca "devre mülk" denildiği bilinmektedir.

Bir bağımsız bölümün müşterek malikleri tarafından imzalanan devre mülk sözleşmesi, devre mülk hakkını sonradan iktisap edecek olanları da bağlayacaktır.

Uygulamada devre mülk sözleşmelerinin yapılmasında çoğunlukla, yasa koyucunun düşündüğünden oldukça farklı bir tablo ortaya çıkmaktadır. Çünkü devre mülk satışları farklı yerlerde ve farklı zamanlarda yapılmaktadır. Bu nedenle mesken olarak kullanılmaya elverişli bir yapı veya bağımsız bölümün çeşitli devrelerini satın alan kişiler birbirini görmeden ve tanımadan bir hukuki ilişki içine girmektedirler. Bu kişiler, satın alma sırasında satıcı firmanın pazarlama ve satış elemanları ile muhatap olmaktadır. Diğer taraftan bir kişinin birden çok devre satın almasına yasal bir engel bulunmadığından bütün devrelerin tek kişide toplanması olasılığında, o kişi bağımsız bölümün yegane sahibi olmaktadır. Ne var ki bu son duruma çok sık rastlamak olası değildir. Zira satıcı firma devre mülkler üzerinde söz sahibi olmak istediğinden tüm devreleri elinden çıkarmak istememektedir. Ayrıca ölü sezona rastlayan devreler için alıcı bulmak da hemen hemen olanaksızdır.

Devre mülk sözleşmesinin tüm ortak malikler tarafından birlikte imzalanması gerekiyorsa da uygulamada durum değişmekte ve biraz önce belirttiğimiz gibi, satıcı firma önceden tek taraflı olarak hazırlamış olduğu devre mülk sözleşmelerini her satışta alıcılara ayrı ayrı imza ettirmektedir. Böylece bir bağımsız bölümde örneğin 10 devre satılmış ise sonuçta, satıcı ile alıcı arasında imzalanmış 10 ayrı devre mülk sözleşmesi bulunmaktadır. Oysa ki, 634 sK. nun 61. maddesinden çıkan anlama göre, bir bağımsız bölüm için bir tek devre mülk sözleşmesi yapılacak ve bu sözleşme tüm hak sahipleri tarafından birlikte imza edilecektir.

Devre mülk sözleşmelerinin tek taraflı olarak hazırlanması, özellikle bankacılık sektöründe başvuru standart kredi sözleşmelerini anımsatmaktadır. Bu tür düzenlemelere "genel işlem koşulları" adı verilmektedir. Buna göre, gelecekte belirsiz sayıda kişilerle yapılacak sözleşmelere temel olması amacıyla müteşebbis firmanın tek başına hazırladığı genel ve soyut nitelikteki kurallar, müşteriler tarafından kabul edil-

mekle içerikleri birbirine uyan tek düze sözleşmeler ortaya çıkmaktadır (M. Polat SOYER, Genel İş Koşulları, İstanbul 1987, s. 27).

Gerçekten genel işlem koşullarının hazırlanmasında müşterilerin olumlu ya da olumsuz yönde bir katkısı söz konusu değildir. Müşterinin kabulü ile ortaya çıkan hukuki işleme sözleşme adı verilmekte ise de, yapılan iş, koşulların karşılıklı olarak ve tartışılarak kararlaştırılması değil fakat, müteşebbisin hazırladığı koşulları müşteriye dikte ettirmesinden ibarettir. Böylece müteşebbis ekonomik açıdan ve bilgi yönünden sahip olduğu üstünlüğü kendi çıkarlarını gözetme amacıyla kullanmakta, dolayısıyla hukuken güçlü bir konuma ulaşmaktadır. Hatta müşteri ile arasında çıkan bir uyuşmazlık yargı organında kendi aleyhine sonuçlansa bile, müteşebbis ileride buna benzer durumlarla karşılaşmamak için, sözleşme koşullarını yeniden düzenleme olanağına da sahiptir.

Müteşebbis genel işlem koşulları sayesinde yasanın yedek hükümlerini kendi çıkarına uygun olmak üzere değiştirip, devam eden hukuki ilişki sırasında doğabilecek riskleri bütünüyle veya önemli bir bölümüyle müşteriye yüklemek suretiyle aslında adalet prensibini de zedelemiş olmaktadır (SOYER, s.35, 36).

Devre mülk sözleşmelerinin genel işlem koşullarına benzer biçimde hazırlanması halinde, devre mülk satın alanların hukuken ne kadar zayıf durumda kalacaklarını tahmin etmek zor değildir.

Devre mülk hakkının tesisi için bilindiği gibi bir bağımsız bölüme birden çok kişinin ortaklaşa malik olmaları gerekir. Bir bağımsız bölümün sezon dışında kalan devreleri hariç olmak üzere, bütün devrelerinin bir kişiye satılması veya yalnızca bir devresinin alıcı bulması durumlarında satıcı ile alıcı o yapının müşterek malikleri olduklarından aralarında bir devre mülk sözleşmesi yaparak bunu tapuya tescil ettirebileceklerdir. Bağımsız bölümün bir devresi alıcı bulmuş ise, satılan devre dışında kalan diğer devreler satıcı firma adına tescil edilecektir. Eldede kalan devrelerin daha sonra satılması halinde, evvelce yapılmış ve resmi senede eklenmiş olan devre mülk sözleşmesi, sonraki malikleri de bağlayacağından onlarla ayrıca bu anlamda bir sözleşme yapılmasına gerek kalmıyacaktır.

Devre mülk hakkı ancak mesken nitelikli, kat mülkiyetine veya kat irtifakına çevrilmiş yapılarda kurulabileceğinden ve kat mülkiyeti ya da kat irtifakının kurulabilmesi için yönetim planının yapılarak tapu dairesine verilmesi zorunlu olduğundan (634 sK. 14) devre mülk sözleşmesi yapılırken, önceden yapılmış olan yönetim planına aykırı düşen hükümler konulmamasına özen gösterilmelidir (Devre mülk hakkı müstakil bir yapı üzerinde kurulacaksa yönetim planına zaten gerek yoktur.)

Uygulamada devre mülk esasına göre kurulan sitelerde devre mülk

sözleşmesinin imzalanması satış sırasında gerçekleştiğinden ve imzalamaktan kaçınan kişiye satış yapılmadığından, imzadan kaçınma, satın almaktan vazgeçme anlamını taşımaktadır.

Sözleşmede istenmeyen hükümlerin bulunması halinde, başlangıçta imzalanan devre mülk sözleşmesinin daha sonra değiştirilmesi istenebilir. Böyle bir değişiklik tatil sitesindeki tüm bağımsız bölümleri etkileyeceğinden, yapılmak istenen değişikliğin önce bağımsız bölümlerin temsilcilerinden oluşan kat malikleri kurulunda görüşülmesi, yapılacak değişiklik üzerinde anlaşma olursa buna göre tüm devre mülk sözleşmesini kapsayacak biçimde mevcut madde üzerinde gerekli değişikliğin yapılması daha doğru olacaktır. 634 sK. 28/3'e kıyasen devre mülk sözleşmesinin değiştirilmesi, bağımsız bölüm kurulunun 4/5 çoğunlukla karar vermesine bağlı bulunmaktadır.

III- Devre Mülk Hakkının Kurulmasının Biçimsel Koşulları

Devre mülk hakkının tesisi için buna uygun bir meskenin bulunması, bu meskenin müşterek mülkiyete konu olması ve maliklerin aralarında devre mülk sözleşmesi yapmaları yeterli olmayıp, bunun yanında tapu dairesine başvurularak resmi senet düzenlenmesi ve devre mülk hakkının tapunun irtifak haklarıyla ilgili bölümüne tescil edilmesi, ayrıca beyanlar hanesine gerekli kaydın düşülmesi gerekmektedir.

1- Resmi Senet Düzenlenmesi

Yasa devre mülk hakkının tesisini resmi-yazılı biçime bağlamıştır. Bunun için devre mülk sözleşmesini imzalayan müşterek malikler tapu dairesine başvurarak devre mülk hakkının kurulmasını talep edeceklerdir. Yapılacak başvuru yazılı veya sözlü biçimde olabilir (HAVUTÇU, s.71, dn.70).

Devre mülk hakkı, müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak hakkı olarak kurulacağına göre (634 sK. 57), bu hak tüm irtifak haklarında olduğu gibi resmi senet düzenlenmesi ve tapu kütüğüne tescil ile doğacaktır (MK.704). Nitekim Medeni Kanun'un 705. maddesine göre; "irtifak hakkını tesis için yapılan akit resmi olmadıkça muteber değildir". İrtifak hakkının tesisine ilişkin resmi senet, tapu sicil memur ve muhafızları tarafından düzenlenir (Tapu Kanunu 26). Tapu memuru, yapılan başvurunun MK. ve 634 sK. hükümlerine uygun olup olmadığını, tescil için gerekli belgelerin hazır bulunup bulunmadığını inceledikten ve başvuruda bulunanların bu konuda yetkili kişiler olduklarını saptadıktan sonra resmi senedi düzenleyecektir.

Düzenlenen resmi senette kural olarak devre mülk hakkının bağlı olduğu pay, devrelerin sayısı ve süreleri esas alınarak (aksi resmi senette kararlaştırılmadıkça) eşit biçimde açıkça belirtilir ve müşterek maliklerden hangisine yılın hangi devresinin verilmiş olduğu gösterilir. Böylece düzenlenen resmi senet tapu müdürü veya sicil memuru huzurunda yetkililer ve hazırlayan memur tarafından imzalanır.

2- Hakkın Tapuya Tescili

Devre mülk hakkının kurulması yolunda son işlem; hakkın ilgili bulunduğu taşınmazın tapu kütüğünde yer alan sayfasındaki hak ve yükümlülükler sütununa, hakkın niteliği de belirtilmek suretiyle tescildir (bak. 1476 sayılı genelge). 634 sK. nin 60. maddesine göre; "Ana taşınmaz mal ile bağımsız bölümlerin ve müstakil yapıların tapu kütüklerinin beyanlar hanesine, bağımsız bölüm veya yapı üzerinde devre mülk hakkı kurulduğu işare edilir ve düzenlenecek tapu senedinde de bu husus belirtilir".

Devre mülk hakkı, müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak hakkı olarak kurulabileceğine göre, tapu kütüğünün irtifak hakları ile ilgili sayfasına tescili gereklidir. Yoksa yalnızca beyanlar hanesine kayıt ile hakkın kurulabileceğini kabul etmek doğru olmaz. Devre mülk hakkının kurulduğunun beyanlar hanesine işaret edilmesinden maksat hakkın doğumunu gerçekleştirmek değil fakat 60. maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, devre mülk hakkının 3. kişilere duyurulmasını sağlamaktır. Yasanın 61/1 maddesine göre, resmi senede eklenen devre mülk sözleşmesi de tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilecektir. Böylece daha sonra devre mülk satın almak isteyen 3. şahıslar, taşınmazın durumunu öğrenmek ve bağlı olacağı devre mülk sözleşmesinin hükümlerini incelemek olanağına sahip olacaklardır.

Devre mülk hakkı tapuya tescil edildikten sonra, bu hakkın sahibi olan kişilere verilecek tapu senedinde, her tapu senedinde bulunması gereken hususlar dışında, bu taşınmazdan yılın hani dönemi veya dönemlerinde yararlanılacağı, devre mülk hakkının bağlı olduğu pay ve kullanılacak devrenin (veya devrelerin) süresi gösterilecektir.

IV- Devre Mülkün Yönetimi ve Denetimi

Devre mülk hakkı sahibi, devre mülk konusu taşınmazı kullanarak ondan yararlanma olanağını elinde bulunduran kimsedir. Devre mülk konusu taşınmazın yönetimi ne kadar iyi olursa, onu kullanarak ondan yararlanacak olan hak sahiplerinin istifadesi gerek nitelik gerekse nicelik açısından aynı oranda artmış olacaktır. Özellikle tatil siteleri göz önüne alındığında yönetim işinin ne kadar önemli ve o nisbette de güçlü bir iş olduğu tahmin edilebilir.

1- Tatil Setelerinde Yönetim Sorunu

Herhangi bir tatil sitesinden devre mülk satın alan kimseye, tatil sitesini inşa eden ve devre devre satan müteşebbis firma, alıcıya devre mülk evini dayalı döşeli teslim etmeyi, evin içinde yer alacak çeşitli eşyayı eksiksiz ve sağlam olarak hazır etmeyi, elektrik ve su temin etmeyi, evin her yıl bakımını yapmayı ve tatil sitesinin varsa, havuz, kafeterya, spor tesisleri, plaj vb. gibi olanaklarından yararlandırmayı kabul ve taahhüt ederek, devre mülk satış sözleşmesi ile devre mülk sözleşmesini ayrı ayrı alıcıya imza ettirir.

Böylece kişi bütçesine ve zevkine uygun bir devre mülk sahibi olduğu

için mutludur. Satış sırasında kendisine tatil sitesinin örneğinin, 10 yıl boyunca satıcı firma tarafından en güzel biçimde yönetileceği, bu süre dolunca devre mülk sakinlerinin artık kendi öz yönetimlerini oluşturabilecekleri ifade edilir. Devre mülk sahibi, yöneticiye 10 yıl içinde herhangi bir ücret de ödemeyecektir. Yalnızca tatil sitesinin her yıl olağan genel kurulunca saptanacak yıllık genel giderlere katılım payına iştirak edecektir. İlk yıl için ödenmesi gereken miktar ise son derece normal hatta olması gerekenin de biraz altındadır.

Devre mülk satın alan kişinin belki de en mutlu yılı devresini kullandığı ilk yıldır. Daha sonraki yıllarda çeşitli yönetim sorunları üst üste eklenerek nihayet katlanılması zor bir hal alacaktır. Çünkü yıllık genel giderlere katılım payı her yıl enflasyon oranının üzerinde artırıldığı halde vaad edilen hizmetler aksamaktadır. Her yıl çeşitli aleler tarafından kullanılan evler ve içindeki demirbaşlar eskimekte, bunların bakım ve onarımı gereği gibi yapılmamaktadır. Devre mülk sakinlerinin şikayetlerinin yoğunlaşması üzerine yönetimin davranışları da sertleşmektedir. Bu gelişmelerden rahatsız olan devre mülk sakinleri, yönetim hakkını 10 yıl süreyle yapımçı firmaya vermiş olmakla hata ettiklerini düşünmektedirler. Esasen 10 yıla rıza göstermeyenlere devre mülk satışı yapılmamıştır. Devre mülk satın alanlar da, imzaladıkları sözleşmenin hükümlerine uymak zorundadırlar. Bu hükümlerde kişiye göre değişiklik yapılması mümkün değildir. Çünkü bir bağımsız bölümün müşterek malikleri olan devre mülk sahiplerinin bağlı olmaları gereken hak ve yükümler arasında eşitlik olması yasal bir zorunluluktur (634 sK. 58, 61). Bu nedenle devre mülk sözleşmeleri tip olarak hazırlanmakta ve alıcıyla satıcı arasında imza edilmektedir.

Devre mülk sahipleri her yıl yapılması gereken olağan genel kurula (kat malikleri kuruluna) çağırılmamakta ve bu nedenle yönetimi denetleyememekte ve yıllık genel giderlere katılım payının belirlenmesinde söz sahibi olamamaktadırlar. Esasen tatil sitesinin yöneticisi olan kişi, devre mülk sahiplerini genel kurula davet etse bile, hukuki ve fiili olanaksızlıklar nedeniyle genel kurul toplanmamaktadır. Çünkü genel kurulu oluşturacak olan kişiler bağımsız bölüm temsilcileridir. Bunun için her bağımsız bölüm, o bağımsız bölümün müşterek malikleri olan devre mülk sahiplerinin kendi aralarından veya hariçten birisini genel kurula temsilci seçmeleri zorunludur. Ne var ki söz konusu müşterek malikler yurdun çeşitli yörelerinde hatta bazıları yurt dışında yaşayan insanlardır. Bunların bir araya gelerek temsilci seçmeleri fillen çok zor hatta olanaksız görülmektedir. İşte bu nedenle devre mülk sözleşmelerine "bağımsız bölüm temsilcisi seçilemediği takdirde, o bağımsız bölümün temsilcisi 10 yıl için tatil sitesini yöneten kuruluştur" biçiminde bir hüküm konulmakta ve bu sorun kurucu ve yönetici firma yararına böylece çözülmüş olmaktadır. Tatil sitesini kuran ve yöneten

şirketler yalnız ilk 10 yıl için değil fakat devre mülk sahipleri yönetimde etkin olmaya hazır olacakları tarihe kadar tatil sitesini kendi anlayışlarına göre yönetmektedirler.

2- Yöneticinin Belirlenmesi Yönetimi

Kat Mülkiyeti Kanununun "Devre Mülk Hakkı" ile ilgili 8. bölümünde gerçekleştirilen değişiklik yapıldığı kadar, mevcut düzenleme çerçevesinde bağımsız bölüm yöneticisinin ve site yöneticisinin belirlenmesi yolları ve bundan doğan sorunlar aşağıda ele alınmaktadır. 634 sK. nun mevcut hükümlerine göre; tatil sitesi pek çok bağımsız bölümden oluşur. Bir bağımsız bölümde birden çok devre mülk sahibi vardır. Devre mülk sahipleri, devre mülk sözleşmesiyle veya seçimle kendi aralarından veya dışarıdan bir kişiyi bağımsız bölüm için yönetici ve aynı zamanda kat malikleri kurulu (K.M.K.)'na temsilci olarak nasb eder veya seçerler. O halde K.M.K., bağımsız bölüm temsilcilerinden oluşur. Site yöneticisi de ya yönetim planıyla nasbedilir veya K.M.K. tarafından çift ekseriyetle seçilir.

11- Tatil sitesi yöneticisinin devre mülk sözleşmesiyle belirlenmesi

Bağımsız bölüm yöneticisinin devre mülk sözleşmesiyle belirlenmesi mümkündür. Hatta, 634 sK. nun genel hükümlerine göre atanmış yöneticiye, devre mülk yöneticiliği ile ilgili görevler de verilebilir (634/61 son). Uygulamada 61. madde yanlış olarak anlaşılabilir ve devre mülk sözleşmesiyle belirlenen yöneticiye yine aynı sözleşme ile 5 yıl, 10 yıl gibi sürelerle tatil sitesi yöneticiliği hak ve yetkileri tanınmaktadır. Tatil sitesinin devre mülk sahipleri yöneticiden memnun iseler işler aksamadan yürüyebilmekte; ancak aksi söz konusu ise yani mevcut yönetim başarısız ise o zaman tartışma çıkmaktadır. Acaba böyle bir durumda devre mülk sahiplerinin toplanarak başka bir gerçek veya tüzel kişiyi tatil sitesine yönetici seçmeleri mümkün müdür? Nasıl?

Devre mülk hakkı kurulan bir yapının veya bağımsız bölümün ortak malikleri kendi aralarından veya dışarıdan bir gerçek veya tüzel kişiyi o yapı veya bağımsız bölüm için yönetici seçebilir yada tayin edebilirler. Bu kişi aynı zamanda 634 sK. nun genel hükümlerine göre önceden atanmış bir yönetici de olabilir. Böyle değilse bağımsız bölümün yöneticisi olan bu kişi her yıl toplanması gereken kat malikleri kurulunda, ilgili bağımsız bölümü temsil etmeye yetkili olacak olan kişidir (634 sK. 61/2). İşte asıl sorun burada ortaya çıkmaktadır.

Yöneticinin devre mülk sözleşmesiyle belirlenmiş olması halinde devre mülk alan her kişi tek tip olan devre mülk sözleşmesini imzalamış olduklarından, bütün bağımsız bölümlerin yöneticisi ve o bağımsız bölümleri kat malikleri kurulunda temsil edecek olan kişi; 634 sayılı Kanunun genel hükümlerine göre tatil sitesini yönetmekle görevlendirilmiş olan site

yöneticisidir. Sonuç olarak bu kişi tek başına kat malikleri kurulunu oluşturacaktır. Oysa ki 634 sK. nun 31. maddesine göre kat malikleri kuruluna iştirak eden kişinin asaleten veya vakaleten sahip olacağı oy sayısı bütün oyların üçte birinden fazla olamaz. O halde bu kişinin tüm bağımsız bölümleri temsil etmesi mümkün değildir. Bu durumdan kurtulmak için devre mülk sözleşmesinin yönetici nasbı ile ilgili maddesini değiştirmek yeterli midir?

Her ne kadar bir bağımsız bölümde devre mülk hakkına sahip olan ortaklar topluluğu (bağımsız bölüm kurulu) 634 sK. nun 28. maddesine kıyasen 4/5 çoğunlukla devre mülk sözleşmesini değiştirip mansup yöneticinin görevine son verebilirler ise de, bu karar, devre mülk esasına göre kurulmuş olan ve ilgili bağımsız bölümün de dahil olduğu tatil sitesinin yöneticisini etkilemeyecektir. Çünkü görevine son verilen kişi, ait olduğu bağımsız bölümün yöneticisi ve o bağımsız bölümü kat malikleri kurulunda temsil edecek olan kişidir.

Tatil sitesinin yöneticisi ise Kat Mülkiyeti Kanunu'nun genel hükümlerine göre atanmış olan bir başka kişidir. Gerçekten 634 sK. nun 34. maddesine göre kat malikleri, ana taşınmazın yönetimini kendi aralarından veya dışarıdan seçecekleri bir kimseye veya üç kişilik bir kurula verebilirler. Yönetici, kat maliklerinin hem sayı, hem de arsa ayı bakımından çoğunluğu tarafından (çift ekseriyetle) bir yıl için atanacağına göre, her yıl yapılan olağan kat malikleri kurulunda yeni bir yönetici seçilebileceği gibi, eski yönetici de tekrar atanabilir (634 sK. 34/5). Kat malikleri bir tüzel kişiye de yöneticilik görevi verebilirler (MK. 46). Ancak yönetim planı ile siteye daimi yönetici atanması yasaya aykırıdır.

Bu hükümden şu sonuçlar çıkmaktadır. Devre mülk sözleşmeleri ile bir tatil sitesinin tümünü yönetecek kişinin belirlenmesi yasaya aykırı olacağı için geçerli olmayacaktır. Diğer taraftan yukarıda değinildiği üzere 634 sK. göre site yöneticisinin Yönetim Planı ile veya bir seçimle bir yıldan uzun bir süre için belirlenmesi de mümkün değildir. Ancak kat malikleri eski yöneticiden memnun iseler onu her seferinde yeniden atayabilirler. O halde bağımsız bölüm için, devre mülk hakkı sahiplerinden oluşan ortaklar topluluğu devre mülk sözleşmesinin tatil sitesine yönetici belirlenmesi ile ilgili maddesini değiştirmeseler bile site yöneticisinin her yıl yapılan olağan kat malikleri (diğer ifadesiyle bağımsız bölüm temsilcileri) kurulu tarafından değiştirilmesi pekala mümkündür.

Diğer önemli bir nokta da şudur, devre mülk hakkı kurulan bağımsız bölümler için ortak malikler topluluğu bir tüzel kişiyi örneğin bir ticaret şirketini başlangıçta devre mülk sözleşmesiyle veya sonradan aralarında toplanıp oy çokluğu ile karar vermek suretiyle bölüm yöneticisi ve kat ma-

likleri kuruluna temsilci olarak tayin edebilirler ise de bu tüzel kişinin evvelce site yöneticisi seçilmiş olan kişi olması durumunda işlem 634 sK. nun 31. maddesinin açık hükmü karşısında geçerli olmayacaktır. Bu açıklamalardan varılan sonuca göre, devre mülk satın alan kimselerle imzalanan devre mülk sözleşmelerine hüküm koyarak, tatil sitesine yönetici atamak ve görev süresini bir yılı aşacak biçimde belirlemek mümkün ve geçerli değildir.

Ne yazık ki uygulama 634 sK. na aykırı biçimde devam etmektedir. Devre mülk sözleşmeleri ile belirlenen (nasbedilen) tatil sitesi yöneticisi, tatil sitesini kuran ve bağımsız bölümleri devre devre satan kişi olup burayı kendi kişisel tercihleri ve insafı ölçüsünde yönetmektedir. Çünkü genel işlem şartları niteliğindeki devre mülk sözleşmelerinde, egemen olan tarafın, iradesini tamamen kendi çıkarlarına uygun olarak sözleşmeye yansıtması söz konusudur. Sözleşme koşullarını hazırlayan taraf, ekonomik açıdan güçlü ve tekel konumundadır. Bu nedenle genel işlem şartları niteliğini taşıyan sözleşmelerin çarpıcı özelliği, irade serbestisi prensibinden uzak adeta tek taraflı birer sözleşme olmalarıdır.

22- Tatil sitesi yöneticisinin bağımsız bölüm temsilcileri tarafından seçilmesi

Bir tatil sitesinde kat malikleri kurulu (K.M.K.)nu bağımsız bölüm temsilcileri oluşturur. Bağımsız bölüm temsilcisi aynı zamanda o bağımsız bölümün yöneticisidir. Gerçekten 634 sK. nun 61/2 maddesine göre; "Devre mülk hakkı kurulan her yapı veya bağımsız bölüm için ortak malikler, kendi aralarından veya dışardan bir gerçek veya tüzel kişiyi yönetici ve kat malikleri kuruluna temsilci olarak tayin ederler."

Bir bağımsız bölümün tüm devrelerini tek bir kişinin satın alması mümkün ise de, ölü mevsime rastlayan devrelere müşteri çıkmadığından, satılmayan bu devreler, tatil sitesini kuran firmanın mülkiyetinde kalmaktadır. Bağımsız bölümün ortak malikleri iki kişiden ibaret ise, kat malikleri kurulunda o bağımsız bölümü kimin temsil edeceği iki kişinin aralarında anlaşması ile belirlenecektir. Anlaşamazlar ise, ortaklardan birinin başvurusu üzerine o mahalde kurulu sulh hukuk mahkemesi ilgili bağımsız bölüm için bir temsilci tayin eder (634 sK. 34/6). Bağımsız bölümün ortak malikleri ikiden çok ise, temsilci seçim yolu ile belirlenir. Temsilci seçiminde de 34/4 maddesine kıyasen hem sayı hemde arsa payı çoğunluğu (çifte çoğunluk) aranacaktır.

Bu konuda asıl sorun, devre mülk sahiplerinin yani aynı bağımsız bölümün ortak maliklerinin seçim için bir mahalde toplanmalarının çoğu zaman mümkün olmayışıdır. Böyle bir durumda devre mülk sahipleri telefon, mektup ya da faks yolu ile haberleşip anlaşarak kendi aralarından veya hariçten bir gerçek ya da tüzel kişiyi kendi bağımsız bölümleri için yönetici ve K.M.K. na temsilci tayin edebilirler. Devre mülk sahiplerinin isim

ve adresleri, satıcı firmadan, tapu idaresinden öğrenilebileceği gibi devre başında ve sonunda karşılaşan devre mülkçüler, birbirinin isim, adres ve telefon varsa faks numaralarını alıp haberleşebilirler.

Bir devre mülk sahibinin kimi temsilci olarak seçtiğini yazılı olarak belirtmesi ve bu belgeyi temsilci seçtiği kişiye göndermesi gerekir. Nitekim K.M.K. na katılacak olan bağımsız bölüm temsilcileri yetkili olduklarına dair temsilcilik belgelerini genel kurul divanına sunacak ve toplantıya katılanlar listesini (hazırın cetvelini) imzalayacaklardır. Temsilcilik belgelerinin gerçek olmadığı bu nedenle geçersizliği tartışmalarını önlemek için bunların noterlikçe doğrudan doğruya veya temsilci seçen kişinin kimliğinin tesbiti ve imzasının onaylanması suretiyle düzenlenmesi yararlı olacaktır.

Bir bağımsız bölümün ortak malikleri yani devre mülk sahipleri, temsilci seçiminde anlaşamazlarsa, 634 sK. nun 34/6 maddesine kıyasen o bağımsız bölümün temsilcisini, devre mülk sahiplerinden herhangi birisinin başvurusu üzerine mahallî sulh hukuk hakimi tayin eder. Bu takdirde temsilci, K.M.K. na katılmaya ve oy kullanmaya yetkili olduğunu mahkeme kararı ile belgelemiş olacaktır. K.M.K. yılda en az bir defa yönetim palında gösterilen zamanda, eğer böyle bir zaman gösterilmemişse, her takvim yılının ilk ayı içinde toplanacaktır. Toplantı çağrısını mevcut yönetim yapar (634 sK.35/k). Çağrı yazısı taahhütlü mektupla gönderilmelidir. Bu mektup her bir devre mülk sahibine ayrı ayrı gönderilerek, sahip oldukları bağımsız bölümü temsil edecek olan kişiyi seçmeleri, temsilcilerin genel kurul toplantısına yetki belgeleriyle katılmaları, ayrıca yapılacak toplantının yeri, saati belirtilerek, birinci toplantıda yeter sayıya ulaşılamadığı takdirde, ikinci toplantının hangi tarihte, nerede ve saat kaçta yapılacağı belirtilmelidir. KMK. nun toplantıya çağırılmaması halinde denetçinin veya bağımsız bölüm temsilcilerinin üçte birinin istemi üzerine kurul toplantıya çağırılabilir. Bunun için toplantı nedeni de bildirilerek yapılacak çağrının temsilcilere ya imza karşılığında elden verilmesi veya taahhütlü mektupla gönderilmesi gereklidir (634 sK.29/2). Görüldüğü üzere KMK.nun toplanabilmesi için bağımsız bölüm temsilcilerinin seçilmiş olması son derece önemlidir. Temsilciler seçilmemişse KMK. da toplanamaz.

KMK. bağımsız bölüm temsilcilerinin sayı ve arsa payı bakımından yarısından fazlasıyla toplanır ve oy çokluğu ile karar verir (634 Sk.30/1). Birinci toplantıda yeter sayıya ulaşamamış ise, en geç bir hafta içinde yapılacak ikinci toplantıda, toplantı nisabı aranmaz ve kararlar ikinci toplantıya katılan temsilcilerin oy çokluğu ile yani yarısından bir fazlasını oyları ile verilir.

Her temsilci, arsa payı oranına bakılmaksızın ancak bir oy hakkına sahiptir. Bağımsız bölüm temsilcileri, sahip oldukları temsil hak ve yetkilerini

kullanmak üzere diğer bir bağımsız bölüm temsilcisine yetki verebilirler. Bu takdirde bağımsız bölüm temsilcisi, oy hakkını kullanmak üzere bir başka bağımsız bölüm temsilcisine vekalet vermiş olmaktadır (634 sK,31/3). Bu amaçla verilecek vekaletnamenin de noter tarafından düzenlenmesi veya vekalet verenin kimliği saptanarak imzasının noterlikçe onaylanması yararlı olacaktır.

Ancak bir bağımsız bölüm temsilcisi toplam oy sayısının üçte birinden fazlasını kullanmak üzere vekil tayin edilemez (634 sK, 31/son). Örneğin bir tatil sitesinde 150 bağımsız bölüm mevcut olsa, her bağımsız bölümün bir temsilcisi olacağına göre KMK. da toplam oy sayısı 150 olacaktır. Bu durumda bir temsilci, kendisi de dahil olmak üzere en çok 50 bağımsız bölümü temsil edebilecektir. İşte bu nedendir ki, devre mülk sözleşmelerine konulan bir hükümle, tüm devre mülk satın alan kişiler aynı kimseyi (uygulamada bu kişi hemen daima tatil sitesini kuran müteşebbis veya onun ortak olduğu bir tüzel kişi olmaktadır) KMK.na temsilci seçmiş iseler bu hüküm, 634 sK.nun 31/son maddesinin emredici ifadesine aykırı ve bu sebeple geçersiz olacaktır.

Bir an için bu hükmü geçerli kabul edersek, tüm devre mülk sahiplerinin imzaladıkları sözleşmelerle temsilci seçtikleri bu (gerçek veya tüzel) kişi, tek başına K.M.K.nu oluşturacağından, bu kişi kimi isterse yönetici seçebileceği ve böylece kimseye hesap vermek zorunda kalmaksızın ve bir süreyle sınırlı olmaksızın tatil sitesini yönetebilecektir. Elbette varılan bu sonuç 634 sayılı Kanunun amacına aykırıdır. Çünkü kanuna göre ana yapı (olayımızda tatil sitesi) K.M.K.nca yönetilir. Ayrıca yönetim tarzına da bu kurul karar verir. Bağımsız bölüm temsilcilerinden oluşan K.M.K., tatil sitesinin yönetimini kurul üyeleri arasından veya dışarıdan seçeceği gerçek veya tüzel kişiye ya da üç kişilik bir kurula verebilir. Yönetici, bağımsız bölüm temsilcilerinin hem sayı, hem arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından atanır (634 sK. 34).

Tatil sitesi (ana taşınmaz) yöneticisini her yıl temsilciler kurulunun (K.M.K.) olağan genel kurulunda yeniden atanması veya yeni bir yönetici seçilmesi 634 sayılı Kanunun 34. Maddesinin 4. fıkrasının hükmüdür. Bir kimsenin bir yıldan daha uzun süre için yöneticilik yapabilmesi, her yıl yeniden atanması koşuluna bağlıdır. Bir kez daha vurgulamak gerekirse, devre mülk sözleşmesi ile tatil sitesine yönetici atanamaz. Çünkü devre mülk sahipleri ancak kendi bağımsız bölümleri için temsilci seçebilirler. Diğer taraftan yönetim planına konulan bir hükümle bir kimsenin tatil sitesine yönetici olarak tayin edilmesi mümkün ise de bu kişi, kanımıza göre ancak K.M.K.nun ilk olağan toplantısına kadar bu görevi yürütebilir. K.M.K.nda yeniden atanmadığı takdirde görevi sona ermiş olacaktır.

Tatil sitesinin ilk yöneticisinin kim olduğu hakkında yönetim planında bir

hüküm bulunmuyorsa ya da K.M.K.da bağımsız bölüm temsilcileri çift ekseriyetle bir yönetici seçememişlerse; temsilcilerden birisinin başvurusu halinde, tatil sitesinin kurulu bulunduğu yerin sulh hukuk mahkemesince tatil sitesine bir yönetici atanır. Sulh hukuk mahkemesi tarafından atanan yönetici, bu atama üzerinden altı ay geçmedikçe K.M.K. tarafından değiştirilemez (634 sK. 34/6).

3- Yönetimin Denetlenmesi

Devre mülk sisteminde tatil sitesi yöneticisinin denetlenmesi son derece önemlidir. Her ne kadar 634 sK.nun 41. Maddesi, "Kat malikleri kurulu, yöneticinin bu görevdeki tutumunu devamlı olarak denetler ve haklı bir sebebin çıkması halinde onu her zaman değiştirebilir" demekte ise de; bir tatil sitesinde K.M.K.nun toplanması oldukça zahmetli ve masraflı olduğu için bu görev bağımsız bölüm temsilcileri arasından çift ekseriyetle seçilecek bir denetçiye veya üç kişilik bir denetim kuruluna verilmelidir.

K.M.K. tarafından seçilen denetçi veya denetim kurulu, yönetim planında yazılı zamanlarda, eğer zaman yazılmamışsa her takvim yılının birinci ayı içinde kat malikleri kuluna verecekleri bir raporla, yaptıkları denetimlerin sonucunu ve tatil sitesinin yönetim biçimi hakkındaki düşüncelerini bildirirler. Bu rapor çoğaltılarak birer örneği taahhütlü mektupla bağımsız bölüm temsilcilerine gönderilir. Denetçiler ayrıca, bu raporu, verdikleri kararları ve gerekli gördükleri diğer hususları, her sayfası noter mühürüyle onaylanmış denetim defterine yazıp tarih attıktan sonra altı imza ederler (634 sK. 41/3 ve 4).

Uygulamada, devre mülk esasına göre kurulan bazı tatil sitelerinde, yönetim planına konulan hükümlerle aynı gerçek veya tüzel kişinin hem yönetici hem de denetici olarak atandığına tanık olunmaktadır. Hiç kuşkusuz böyle bir hüküm 634 sK.nun 41. maddesine aykırıdır. Çünkü bu madde uyarınca denetçinin görevi, yöneticinin işlemlerini sürekli biçimde denetlemektir. Yöneticilik ve deneticilik sıfatları aynı kişide birleşince, denetim yapılamayacağından, yasanın sözleşme olarak nitelendirdiği (634 sK. 28/1) yönetim planının bu hükmü batıl (BK. 19 ve 20) sayılacaktır. Yönetici aynı zamanda denetici olamayacağından yönetimin denetlenmesi hak ve yetkisi yalnızca K.M.K. na ait olacaktır.

Kanımızca K.M.K. nun yöneticiyi denetleme hakkı mutlaklıktır. Bu hak başkasına tümden devir ve temlik edilemez. O halde tatil sitesinin atanmış veya seçilmiş bir denetim organının varlığı, denetim hakkının başkasına devredildiği anlamına gelmez. Örneğin haklı bir nedenin varlığı halinde K.M.K., her zaman hesap denetimi yapabilir. Ancak K.M.K.nun toplanması zahmetli olduğundan pratikte, yöneticinin faaliyetleri yıldan yıla genel kurullarda denetlenmektedir.

SONUÇ

Son yıllarda ülkemizin çeşitli yörelerinde kurulan tatil siteleri, devre mülk sahiplerine sağladıkları dinlenme ve eğlenme olanakları açısından adeta birbirleri ile yarış etmektedirler. Bu gelişmenin ülkemiz ve insanlarımız için yararlı yönleri yadsınamaz. Ne varki tatil sitelerinin yer yer doğal çevreyi tahrip etmeleri, devre mülk edinimlere başlangıçta verilen sözlerin zaman içinde yerine getirilememesi veya bilerek getirilmemesi, tatil sitesinin denetimden uzak ve keyfi yönetimi ile incelememizin kapsamı dışında kalan alt yapı, ulaşım, pahalı hizmet, tekelleşme vb. gibi sorunlar, devre mülk sistemini giderek aşındırmaktadır.

Devre mülk hakkının hem elde edinilmesinde hem de kullanılmasında ortaya çıkan sorunlar bakımından tatil sitelerinin özel bir yeri bulunmaktadır. Gerçekten tatil sitelerini yapan müteşebbislerin ekonomik gücü karşısında, çoğunluğu orta ve dar gelirlilerden oluşan ve devre mülk sistemi hakkında yeterli bilgi sahibi olmayan bireyler, önceden tek yanlı olarak ve esas itibarıyla satıcı firmanın çıkarlarına uygun biçimde hazırlanan devre mülk sözleşmelerini okuyup anlamadan, belki de hiç okumadan imzalamaktadırlar. Gerçi sözleşmenin bazı hükümlerine itiraz edecek olsalar bile önceden tip olarak hazırlanan ve "genel işlem koşulları" niteliğini taşıyan sözleşmenin hükümlerinin bir kişi bakımından değiştirilmesi mümkün olmadığından alıcı sözleşmeyi ya o haliyle imzalamakta veya devre mülk satın almaktan vazgeçmektedir. Şu halde sözleşmenin zayıf olan, dolayısıyla korunmaya muhtaç olan tarafı devre mülk satın alan kişilerdir. Bu durum nedeniyle sözleşmenin zayıf tarafını koruyacak yasal düzenlemelere gerek vardır. Ayrıca devre mülk sözleşmelerinin yorumunda da zayıf tarafın yararı gözletilmelidir.

Bağımsız bölümün ortak malikleri tarafından imzalanan devre mülk sözleşmesinin ve tatil sitesinin yönetim planının 634 sK.nun ve bu kanunun atıfta bulunduğu diğer kanunların emredici (buyurucu) nitelikteki hükümlerine aykırı düşen maddeleri hukuken geçersizdir. Eğer devre mülk sahiplerinin korunması isteniyorsa, 634 sK. değiştirilirken, zayıf tarafın sömürülmesine yol açan durumların, buna engel olunabilmesi açısından buyurucu hükümlerle düzenlenmesi yoluna gidilmelidir.

Bu gün için mevcut ve uygulanmakta olan yönetim planlarında ve devre mülk sözleşmelerinde yer alan fakat 634 sK.na uymayan veya devre mülk sahipleri aleyhinde olan hükümlerin K.M.K.nun veya bağımsız bölüm malikleri topluluğunun 4/5 çoğunlukla verecekleri kararlarla değiştirilmeleri kural olarak mümkündür (HAVUTÇU, s.66). Ancak tatil sitesi tüm bağımsız bölümleriyle bir bütündür. Bu nedenle her şeyden önce tatil sitesinin yönetim planıyla devre mülk sözleşmesi hükümlerinin uyum içinde olması zorunludur.

aksi takdirde hem sitenin yönetimi aksayacak hem de devre mülk sahipleri arasındaki hak ve menfaat eşitliği bozulacaktır. Bunun için yapılacak değişikliklerin tüm sözleşmeleri kapsamına ve yönetim planı ile uyumlu olmasına dikkat edilmelidir. Tatil sitesinin tümünü ilgilendirmeyen ve yalnızca belirli bir bağımsız bölüm ile alakalı bir hususun sözleşmenin tadili yolu ile yeniden düzenlenmesi elbette mümkündür.

Tatil sitesinin bütününe ilgilendiren bir konuda, bir tatil sitesindeki tüm bağımsız bölümlerin devre mülk sözleşmelerinin birbirinin aynı olacak biçimde değiştirilmeleri kolay değildir. Gerçekten bağımsız bölümlerden herhangi birisi için farklı hükümler içeren bir devre mülk sözleşmesi, uygulama birliğini bozacağı için kabul edilemez. Bize göre sorun, önce K.M.K.da görüşülmeli ve yapılması uygun görülen değişiklik üzerinde fikir birliğine ulaşıldıktan sonra öneri, bağımsız bölüm temsilcileri vasıtasıyla her bağımsız bölümün malikler topluluğuna (bölüm kuruluna) götürülmelidir. Ancak bu yol ile tüm devre mülk sözleşmelerinde aynı değişikliği yapmak ve böylece uygulama birliğini korumak mümkün olabilecektir. Ancak bunun pratik bir yol olmadığı da itiraf olunmalıdır.

Bu gün yürürlükte olan 634 sayılı Kanunun devre mülk hakkı ile ilgili hükümleri, devre mülk sistemine göre kurulmuş ve bir çok bağımsız bölümden oluşan tatil site veya diğer adıyla tatil köylerinin sorunlarını karşılayacak düzeyde değildir. Ancak her şeyi yasa koyucudan beklemek de doğru olmaz. Öncelikle devre mülk sahipleri, kendilerini otel müşterisi gibi görme alışkanlığını bırakmalı ve bölüm temsilcilerini seçerek her yıl yapılan K.M.K. toplantılarına mutlaka katılmalıdırlar. Unutulmamalıdır ki bir tatil sitesinin K.M.K., gerek yönetim gerekse denetim erkini elinde tutan en güçlü yasal organdır. Kimin yönetici olacağını belirleyen bu organ, gerektiğinde onu değiştirmeye de yetkilidir.

Bilinmesi gereken diğer önemli husus da şudur: Tatil site ve köylerinin iyi bir biçimde yönetimi, bu alanda profesyonelleşmiş kadrolar ile mümkündür. Mevcut yönetimlerin hataları ve eksiklikleri, denetim yolu ile düzeltilebiliyorsa yöneticinin değiştirilmesine gerek yoktur. Site yönetiminin sık sık el değiştirmesi, özellikle amatör kadroların, uzmanların yönetim konusundaki uyarılarına kulak asmadan işleri yürütmeye çalışmaları, mevcut sorunların çözümü bir yana, bir takım yeni sorunların ortaya çıkmasına da yol açabilecektir. ■

YANLIŞ VE TEHLİKELİ OLAN SÖYLEMEK DEĞİL, SÖYLEYECEK SÖZÜ OLMAMAKTIR...

METE GÖKTÜRK(*)

SAVUNMA (**)

Yeni Yüzyıl Gazetesi'nin 14 Ekim 1996 tarihli nüshasında yayınlanan bir yazım ve ATV televizyonunun SİYASET MEYDANI programında 8 Kasım 1996 tarihinde yaptığım konuşmam nedeniyle hakkımda açılan bu dava:

Farklı düşünceye, eleştiriye katlanamama, her türlü gelişme ve değişime karşı olma anlayışının bir ürünüdür.

Bu nedenle hakkımda başlatılan soruşturma ve açılan dava:

Öncelikle en başından beri açık hatalar ve yanlışlıklarla doludur.

İkinci olarak hukuk dışı amaçlarla açılmış haksız bir davadır.

Kısaca ortada bir hukuk ayıbı vardır. Konuyu bir ceza davası olarak önünüze getirmekte, beni sanık olarak huzurunuzda çıkartmakta katkısı olan herkesin bu ayıpta payı vardır.

Biraz önce değindiğim gibi bu dava başından beri yanlışlıklarla doludur. Şöyle ki:

İlk olarak davaya konu eylemlerin görevimle hiç bir ilgisi yok iken, eylem göreve ilişkin suç olarak kabul edilmiş, 2802 sayılı yasanın göreve ilişkin suçlarda yargılama prosedürünü düzenleyen 89 ncu maddesine göre hakkımda soruşturma yapılmıştır. Bu konudaki tüm itirazlarım ve savunmalarım hiç bir aşamada dikkate alınmamıştır. Bu açık hata ve itirazımın haklılığı ancak Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin görevsizlik kararıyla açıklığa kavuşturulabilmiştir.

İkinci olarak HSYK'na yönelik eleştirilerimin yargıya hakaret suçü oluşturduğu kabul edilmiş, TCK 159/1 maddesi gereğince cezalandırılmam için hakkında kamu davası açılmıştır.

Hiç bir yargısal işlevi olmayan, yalnızca Yargıç ve C. Savcılarının özlük işleri ile görevli, Başkanının siyasi iktidar ve yürütme organının içinde yer alan Adalet Bakanı olduğu, yine yürütme organı içinde görevli Adalet Bakanlığı Müsteşarının tabii üyesi bulunduğu bir kurula yargı organı denilebilir mi?

HSYK'ya yönelik hakaret suçunun TCK 268'nci maddesi kapsamı içinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin, Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin bir kararını

(*) İstanbul DGM Savcısı

(**) Savcı Mete Göktürk'ün Beyoğlu 2. Ağır Ceza Mahkemesinde yaptığı savunma (97/151 E.)

delil olarak sunuyorum.

Pekiye neden yapılmıştır bu kadar açık yanlışlıklar? Hakkımda ceza davası açılmasını öneren, izin veren, son soruşturma kararı veren koskoca Sayın Adalet Başmüfettişleri, Sayın Genel Müdürler, Sayın Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Sayın Adalet Bakanı, Beyoğlu 1'nci Ağır Ceza Mahkemesi'nin Sayın Yargıçları bunları bilmiyorlar mıydı acaba? Tabii ki bunların yanlış olduğu biliniyordu. Ancak, daha önce de değindiğim gibi:

Bu dava hukuk dışı amaçları gerçekleştirmek için açılmış haksız bir davadır da onun için bilmezlikten gelinmiştir. Çünkü amaçlanan şey, gerçekte yasalara aykırı bir eylemin cezalandırılması değildir. Yazı ve konuşmamın suç teşkil etmediği biline biline bu dava açılmıştır. Amaç korkutmaktır, sindirmektir, yılgınlık yaratarak yargı içindeki çarpıklıklardan söz edilmesini engellemektir. TCK 159'ncü maddesini bile bile çarpıtılarak kullanmak pahasına da olsa bunu sağlamaktır.

İşte bu yüzden eleştiri ve görüşlerime öyle büyük bir öfkeyle tepki gösterilmiştir ki, konuyla ilgili yasa hükümleri bile unutulmuştur. Nasıl mı?

Benim davaya konu olan yazımın yayınlandığı Yeni Yüzyıl Gazetesi'nin sorumlu yazıişleri Müdürü hakkında bu yazı nedeniyle hiç bir soruşturma yapılmamış, hiç bir dava açılmamıştır. Oysaki bilindiği gibi 5680 sayılı yasa, suç teşkil eden bir yazının yayınlandığı gazetenin sorumlu yazıişleri müdürü hakkında da yazının yazarı ile birlikte soruşturma yapılmasını ve kamu davası açılması hükmünü amirdir.

Yine davaya konu yazı, İstanbul Barosu'na alt Baro gündemi dergisinin ikinci sayısında yeniden ve aynen yayınlanmış, bu yazıdaki görüşleri benimseyen pek çok değerli hukukçu ve avukat bana da destek olmak amacıyla bu yazının altını imzalamışlardır. Bu yürekli ve uygarca tavırları nedeniyle bu değerli avukatlara en küçük bir zarar gelmesini tabii ki en başta ben istemem. Sevindirici olan gerçekten de bu konuda şu ana kadar hiç bir soruşturma açılmamıştır. Ancak, bütün bunlar hakkımda ceza davası açılmasında katkısı olan kişilerin, suçun fiile göre değil, faile göre belirlenmesi görüşünde olduklarının açık bir kanıtı değil midir?

Neşren tahkir suçunun oluşması için suça konu yazı veya konuşmanın bir bütün olarak değerlendirilmesi, yazı veya konuşmacının genel kasdının araştırılması gerektiği, yazı veya konuşma içinde adeta cimbızla seçilen sözcüklerle sonuca varılmaması gerektiği (bu sözcükler açıkça sövmü, küfür olmamak koşuluyla) Yargıtayın yerleşmiş görüşüdür.

Yargı sistemi ben davaya konu olan yazı ve konuşmamda genel olarak yargının önünü tıkayan, yargı bağımsızlığına engel olan yasal ve Anayasal engellerin neler olduğunu anlatmaya çalıştım. Özellikle HSYK'nın kararlarına

karşı yargı yolunu kapatan, Anayasa'nın 159'ncu maddesinin uygulamada ne gibi sorunlar yarattığını, yaşanmış somut örneklerle açıklamak istedim. Bunu yaparken konuyu kişiselleştirmemeye, politik polemiklere yol açmayacak bir üslup kullanmaya özen gösterdim.

Durum böyle iken, müfettiş raporunun hemen hemen kelimesi kelimesine tekrarı olan son soruşturma kararında neden ve ne için hakaret oldukları da açıklanmaksızın ve tartışılmaksızın şu cümleler üzerinde durulmuş ve bunların hakaret suçunu oluşturduğu sonucuna varılmıştır.

Önce Yeni Yüzyıl Gazetesindeki yazımdan alınan cümlelerden başlıyorum.

1. "HSYK'nın işlevini yerine getirirken gerekli duyarlılığı göstermemesi, kararlarının her türlü denetimin dışında olmasının verdiği rahatlık ve sorumsuzluğun giderek uygulamalarda ilkesizliğe ve keyfilliğe dönüşmesidir."

Yazının bütününe ve amacını bir tarafa bıraksak bile burada hangi sözcüğün hakaret suçunu oluşturduğunu anlayabilmiş değilim. Keyfilik, ilkesizlik kelimeleri mi hakarettir? Duyarlılık gösterme sözcüğü mü tahkirdir? Bunlar hakaretse, keyfi davranışı, ilkesizliği ya da duyarlılık göstermemek kavramlarını acaba hangi sözcüklerle anlatabiliriz. Ben sonradan da araştırdım. Bu kavramları anlatacak daha yumuşak hiç bir sözcük bulamadım. Hangi ansiklopediye, hangi sözlüğe bakılırsa bakılsın, bunların aşağılama ve hakaret anlamı taşıyan sözcükler olmadığı açıkça anlaşılabilir.

2. "Ancak baştan beri demokrasiyi içine sindirememiş politik iktidarlar yargı bağımsızlığı, yargıç güvencesi gibi kavramlara sıcak bakmamış, kontrol ve güdümlerinde olmayan bir yargıyı kabullenememişlerdir. Dolayısıyla Anayasal bir kurum olsa da HSYK'nın göstermelik bir kurul olması için ne gerekiyorsa onu yapmışlardır."

Görüldüğü gibi burada Adalet Bakanlığı'na veya HSYK'na yönelik hiç bir eleştiri sözkonusu değildir. Siyasal iktidarlara yönelik bir eleştiri vardır. Her nasılsa ayrıca Devletin veya Parlamentonun veya her ikisinin manevi kişiliğini tahkir etmekten de, ayrıca bir veya iki defa daha TCK 159'ncu maddesinin uygulanmasının istenmesi unutulmuş olsa gerek. Bunun için kendimi şanslı saymalıyım herhalde, yoksa hakkında istenen ceza 24 yılı bulacaktı.

3. ".....HSYK kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamamasının hukukun temel ilkelerine aykırı bulunduğu, hem davalı hem yargıç konumundaki kurulun bugüne dek kendisine yapılan tüm itirazları, gerekçe göstermek, sorumluluk ve zahmetine bile katlanmaksızın (itirazın reddine) diyerek iki kelimele bir sözcükle reddetme rekoruna ulaştığı..."

Bu görüşümün ve kullandığım sözcüklerin de niçin hakaret kabul edildiğini yine kesinlikle anlayabilmiş değilim. HSYK'nın tasarruflarının idari ta-

sarruf olduğu mu yanlıştır? tüm idari tasarrufların yargı denetimine tabi olması gerektiğinin hukukun temel bir ilkesi, bir Anayasa hükmü olduğu mu yalandır? Anayasa'nın 159'ncu maddesindeki (kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaz) hükmünün bu temel ilkeye ters düştüğü mü bir uydurmadır? Bu durumda kurul kararlarına karşı yine bu kurula itiraz edilmesi zorunluluğu, bu kurulun hem davalı, hem yargıç konumunda olması sonucunu doğurmuyor mu? Yine bu nedenle HSYK itirazları gerekçe göstermeksizin (itirazın reddine) diye geri çevirmiyor mu? İşte kanıtı: İkisi 1990 yılında, ikisi 1996 yılında yaptığım dört başvuru ve bu başvurulara kurulun verdiği 4 ret cevabı. Bunların hangisinde en küçük bir gerekçe var? Bunları da kanıt olarak sunuyorum.

4. "Haksızlıklar, Adalet Bakanlığı ile Kurul içinde dalbudak salan "adam kayırma", "adam harcama" gibi keyfi eğilimlerin toplumdaki çürümeye paralel olarak tırmanmasında, kimseye hesap zorunda olmamanın sağladığı sorumsuzlukla ilkesizliği ilke edinir duruma düşülmesinden kaynaklanmaktadır."

"Adam kayırma", "adam harcama" gibi uygulamaların ahlaki davranışlar olmadığı bir gerçektir. Denetimin olmadığı her kurumda meleklerden oluşsa bile bu çeşit uygulamalara rastlamak kaçınılmazdır. Ancak ben bu çeşit davranışları hiç bir şekilde tüm HSYK'ya veya Bakanlık teşkilatına maletmedim. aksine bu eğilimlerin, bu eğilimdeki unsurların etkilerini arttırmalarının tırmanmasının Kurulun ve Bakanlık teşkilatının varlığını tehdit ettiğini vurgulamaya çalıştım. Bu yanlış eğilimdeki unsurların varlığının bir gerçek olduğunun en açık kanıtı, HSYK üyesi Sayın Zuhal Çoker'in istifa gerekçesidir. Bu konudaki haberin kupürünü de delil olarak sunuyorum.

Şimdi gelelim ATV televizyonunun Siyaset Meydanı programında yaptığım ve suç oluşturduğu iddia edilen konuşmamdan seçilerek, son soruşturma açılması kararında yer verilen cümlelere: Bu konuşma bir eleştiri bile değildir.

"Türkiye'de yargının bağımsızlığına inanmadığımı, yargının bağımsız olmadığı bir toplumda demokratik hukuk devletinden söz edilemeyeceğini, hakimlik güvencesinin tanınmadığını, Yargıtaydan seçilen Kurul üyelerinin bu görevlerini ikinci işler olarak yaptıklarını, önlere gelen bir karamameyi inceleyip haksızlık yapıp yapılmadığını bilemeyeceklerini, bu ofanağın Bakanlığın elinde bulunduğunu, yargının önünde bazı yasal engeller olduğunu, hakimlinin elinin kolunun bağlandığını, bir kısım emniyet görevlilerinin bir cinayet davası olayına karıştıkları halde tutuklanmadıklarını veya yargılamalarının geç başladığını" beyan etmek suretiyle Adalet Bakanlığı ve HSYK'nın manevi kişiliğini tahkir ettiğim öne sürülüyor.

Türkiye'de yargının bağımsız olmadığını, yargıç güvencesi bulunmadığını, yargının önünü tıkayan bazı yasal engeller olduğunu ilk söyleyen ben değilim. Bu husus defalarca pek çok hukukçu, politikacı, yazar, çizer, sade vatandaş tarafından dile getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Yekta Güngör Özden'den, Yargıtay 4'ncü Ceza Dairesi Başkanı Sayın Sami Selçuk'a, MGK'dan Meclis Susurluk Komisyonu'na, Baro Başkanlarından öğretim üyelerine kadar pek çok kişi ve kuruluş bunları dile getirmiştir.

Ancak daha önce de belirttiğim gibi bu davanın açılmasını sağlayanlar için eylemin niteliği önemli değildir. O eylemi gerçekleştiren kişi önemlidir. Onlar istiyorlar ki, yargı içindeki çarpıklıkları yeterli yargıç görmesin, C. Savcısı görmesin, görse bile sesini çıkartmasın, böyle bir yol açılmasın. Aksi halde egemenlikleri sarsılır, saltanatları sona erer

SAYIN YARGIÇLAR

26 yıldır yargı camiası içinde yer alan bir insanım. Bugüne kadar meslek itibarına, yargıya gölge düşürecek en küçük bir davranışım olmamıştır. Resmi sıfatımın sorumluluğunu bilecek bir konumdayım. Her zaman da bu sorumluluk içinde davrandığıma inanıyorum. Bu nedenledir ki, yargıyı ve Adalet Bakanlığı'nı aşağılayıcı bir amaçla hareket ettiğim düşünülemez. Aksine yargıyı yüceltmek, onun layık olduğu bir konumda olduğunu görmektir amacım. Bu nedenle daima yargıyı savundum. Bunun kanıtı olarak 1995 yılında yine Yeni Yüzyıl Gazetesi'nde yayınlanan bir yazımı sunuyorum.

Toplumun her kesiminde yargının etkinliğini yitirdiği, yargının tıkandığı, acilen bir yargı reformuna gereksinim bulunduğu tartışmalarının yapıldığı bir ortamda, uygulamanın içinden gelen bir kişi olarak düşüncelerimi açıklamayı, yargının neden etkisiz kaldığını, önündeki kaldırılması gereken engellerin neler olduğunu, yine yargıyı yüceltmek amacıyla kendime göre açıklama gerekliliğini bir anlamda görev saydım ve bu nedenle suça konu yazıyı yazdım ve televizyon programına katıldım.

Bu durumu bir kamu görevlisinin görevi ile ilgili bir konuda izinsiz demeç vermesi, sorumsuz açıklamalar yapmasıyla karıştırmamak gerektiğini düşünüyorum. Çünkü inanıyorum ki:

Bir hukukçu ister yargıç, ister C. Savcısı, ister avukat, ister öğretim görevlisi olsun uğraş alanı ve işinin konusu insan haklarıdır, insan özgürlükleridir. Haklar ve özgürlükler konusunda bir hukukçunun mutlaka düşündükleri ve söyleyecekleri vardır ve olmalıdır.

Bir hukukçunun hak ve özgürlüklerinin sınırlarını belirleyen yasalar ve Anayasalar konusunda mutlaka düşündükleri ve söyleyecekleri vardır ve olmalıdır.

Yine her hukukçunun bu hak ve özgürlüklerin güvencesi olan yargı sistemi, yargının bağımsızlığı, yargı güvencesi, yargının sorunları konularında mutlaka düşündükleri ve söyleyecekleri vardır, olmalıdır.

Yanlış ve tehlikeli olan bir hukukçunun bu konularda düşündükleri ve söyleyeceklerinin olması değil, hiç bir düşüncesi, fikri ve söyleyeceğinin olmamasıdır. Ne yazık ki istenen ve amaçlanan bu ikincisidir.

Buraya beni vekil olarak temsil etmek için gelen bunca değerli avukat, benden vekalet ücreti alarak buraya gelmediler. Kişisel dostluklarımız olduğu için de gelmediler. Pek çoğunu ilk kez görüyorum. Bu sıcakta yol paralarını da ceplerinden ödeyerek, yargının sorunlarıyla ilgili düşüncelerimi paylaştıkları için buradalar. Yargının sorunlarıyla ilgili kendilerinin de düşünceleri olduğu için geldiler. Benim düşüncelerimin suçlanmasının, kendi düşüncelerinin de suçlanması anlamına geldiğine inandıkları, bunun bir hukuk ayıbı olduğunu düşündükleri için buradalar.

Bu bakımdan kendilerine sadece beni yalnız bırakmadıkları için değil, Türkiye'de gerçek hukukçular bulunduğunu kanıtladıkları için de teşekkür ediyorum.

Sayın Yargıçlar

Mahkemenizin hakkımda vereceği kararın beraat olacağından kuşku duymuyorum. Bu karar benim aklanmam kadar ve hatta ondan daha çok Türkiye'de yargı sistemi içindeki çarpıklıkların en azından benim değindiğim kadarının bir gerçek olduğunun ilk kez bir mahkeme kararıyla tesbiti anlamını taşıdığı için çok önemli.

Yani bu dava, bu bakımdan Mahkemenize çok önemli bir misyon yüklemiştir.

Ancak her şeye karşın ben yanılıyorsam ve Mahkemeniz aksi görüşte, yani benim suçlu olduğum düşüncesinde ise, sizlerden tek isteğim hakkımda hükmolunacak cezadan TCK 59 veya 647 sayılı Yasa hükümlerine dayanarak hiçbir indirim yapılmamasıdır. Çünkü ben ne yazdıklarım, ne de söylediklerimden hiç bir pişmanlık duymuyorum. Yargı sistemimizdeki çarpıklıklar düzeltilmediği sürece de aynı şeyleri yaşamım boyunca tekrarlayacağı mı şimdiden ilan ediyorum.

Savunmam bundan ibarettir. Saygılarımla. ■

Sanık
Mete GÖKTÜRK

**ANAYASA MAHKEMESİNE GÖRE;
"AVUKATLIK, YARGIÇLIK VE SAVCILIKLA EŞİT DEĞİL"**

Nevzat ERDEMİR ()*

"Avukatlar topluluğu, en mükemmel, en ziyade itibara lâyık öyle şerefli insanlar birliğidir ki, mütat doğruluğu az görür ve tatbikatta kusursuzluk derecesine vardırırlar. Eğer erdem, toplum tarafından kovulsaydı, son sığınağı onların yanında bulurdu."

(Savcı Bellart)

Avukatların, yargıçlık ve savcılık mesleğine geçişi ve diğer konularda kısmi değişiklikler getiren 4087 sayılı Yasa 21 Mart 1995 tarih ve 2234 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.

4087 sayılı Yasa, istenen ve beklenen nitelikte olmasa, yargıç ve avukatlar arasında mesleğe giriş, staj ve meslekte ilerleme gibi konularda tam bir eşitliği sağlamasa bile, avukatlıktan yargıçlığa geçişte kısmi bir takım iyileştirmeler getirmiştir. Örneğin avukatlıkta geçen sürenin tümünün yargıçlıkta geçmiş sayılması, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ilke kararı ile getirdiği "yaş sınırının" yükseltilmesi bunlar arasında sayılabilir. Ancak yurdumuzda yargıda görev yapan yargıç ve savcılar ile avukatlar arasında "kalın ve aşılmaz duvarlar örüldüğü", bu meslekler çok farklı mesleklermiş gibi "yanlış önyargılar" yerleştiği için olsa gerek, yapılan bu kısmi iyileştirmeler hazmedilememiş, kimi yargıç ve savcıların tepki ve yönlendirmesi sonucu: Anayasa Mahkemesinde "IPTAL DAVASINA" konu kılınmıştır.

İptal davası ve gerekçesini açıklamadan önce, 4087 Sayılı Yasa ile Hakimler ve Savcılar Yasasında yapılan değişikliğin kısa tarihçesini ve bu konuda verilen "hukuk savaşı"ni özetlemek isteriz.

1) Emil Ünen Tarafından Hakimler ve Savcılar

Yüksek Kurulu Aleyhine Danıştay'a Açılan Dava:

1992 yılında Emil Ünen hazine avukatlığından yargıçlığa geçmek için Adalet Bakanlığına başvuruda bulunur. Kendisine şu yanıt verilir: "35 yaşını aşmış bulunduğunuz anlaşılmaktadır. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 35 yaşını aşan avukatların yargıçlık ve savcılık mesleğine kabul edilemeyeceğine ilişkin ilke kararı uyarınca isteminiz red olunmuştur."

Bu olumsuz yanıt karşısında, adigeçen avukat, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yargıçlığa geçiş isteminin reddine ilişkin kararının iptali için "Danıştaya" dava açmış ve açılan davaya İzmir Barosunun "müdahil" olarak katılmasını talep etmiştir.

II) Avukatlıktan, Yargıçlığa Geçişte Amaç, Bilgi Birikimi, Deneyimi Adaletin Hizmetine Sunmaktır. Bu Meslekler Arasında Üstünlük Farkı veya Sıralaması Yoktur: Baro Başkanlığı, Danıştaya açılan iptal davasına "katılma istemi" konusunda hukuksal görüş bildirmek üzere bu satırların yazarına görev vermiştir. 21.4.1992 tarihli raporumuz şöyledir:

Avukatlığın amacı, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesine, her türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlığın adalet ve hakkaniyete uygun çözümlenmesine ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması konusunda yargı organları ve hakemlere, resmî ve özel kurul ve kurumlara yardım etmektir. (Av Yasası md.1)

Sav, savunma ve karar üçgeninde avukat, yargının ayrılmaz bir parçası ve onusuz olmaz bir ögesidir. Öyle olduğu içindir ki, Hakimler ve Savcılar Yasasının 39'uncu maddesi "mesleklerinde en az beş yıldan beri fiilen çalışmakta olup bilimsel güç ve ahlaki metanetleri ile tanınmış bulunan avukatlar, avukatlıkta geçen sürelerinin üçte ikisini meslekte geçmiş sayılarak..., hakim ve savcılıklara atanabilirler hükmünü koymuştur.

Hakimlik ve Savcılık mesleğine, avukatlıktan geçmede en az beş yıl avukat olarak fiilen çalışmış olma koşulu getirilmiş, yaş konusunda üst sınır özellikle konulmamıştır. 39.ncu maddenin birinci fıkrasında yapılan düzenleme ile de fakültelerde profesör ve doçent olarak görev yapan kişilerin de hakimlik veya savcılık görevlerine atanabilecekleri kurala bağlanmıştır. Bir başka deyişle, yasa koyucu belli bir mesleki birikim ve deneyimi olan kişilerin hizmetlerinden yararlanma ilkesini kabul etmiştir. Amaç bilgi birikimi ve deneyimi adaletin hizmetine sunmaktır.

Diğer hizmetlerden hakimlik ve savcılık mesleğine geçmede aranacak koşullar anılan yasanın 39.ncu maddesinde tahdidi biçimde sayılmıştır. Yasada bulunmayan 35 yaşını geçmeme koşulunun ilke kararı ile yasaya eklenmesine veya yasa hükmünü tadil edecek biçimde ilke kararı verilmesine olanak yoktur. Böyle bir ilke kararı Anayasanın "güçler ayrılığı" ilkesine ters düşer. H.S. Yüksek Kurulu bu ilke kararı ile yasanın 39.ncu maddesini tadil etmiş olmakla, kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi (yasama erki) kullanmış olmaktadır. Bu fiili durumun yönetim hukukundaki adı fonksiyon gasbidir.

Anayasa'nın 159/4 maddesine göre "Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz." 1982 Anayasası hak ve adalet dağıtana hak arama özgürlüğü tanınmamış, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun hukuksal tasarruflarını yargı denetimi dışında tutmuştur. Bu nedenle, Sayın Emil Ünen tarafından açılan iptal davasının pozitif hukuk açısından dinlenme yeteneği (mesmu olma kabiliyeti) yoktur. Sonucu önceden belli olan davaya baromuzun katılmasının pratik yararı olacağı kanısında değilim.

35 yaşını bitiren bir yargıç veya savcının Avukatlık mesleğine kabul edilemeyeceğine ilişkin barolarca alınacak bir karar ne denli yanlış ve eşitlik ilkesine aykırı olur ise, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun avukatlarla ilgili ilke kararı da, (aslında ilkesiz ve dayanaksız demek gerek) o denli yanlış ve onur kırıcıdır.

Yasaya aykırı bu ilke kararının kaldırılması konusunda, tüm baroların ve TBB'nin ortak tavır koymasının, Adalet Bakanlığı ve Başbakanlık nezdinde girişimlerde bulunulmasının daha yararlı olacağı görüşümdedir.

Avukatlık mesleğinin onuru ile bağdaşmayan, 35 yaşını aşan avukatlara "ifsat olmuşlardır" önyargısı ile bakan bu ilkesiz kararın altında imzası bulunanlar ve bu hatalı kararda direnenler tesbit olunmalı, bunlar, başvuruları halinde 1136 sayılı yasanın 5/c maddesi uyarınca avukatlığa kabul edilmemelidirler.

Bu rapor zamanın İzmir Barosu Yönetim Kurulunun 28.2.1992 günlü oturumunda görüşülmüş o aşamada "Danıştay'a" açılan iptal davasına müdahalede bulunulmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

III) Türkiye Büyük Millet Meclisine Yapılan Başvuru:

İzmir Barosu Başkanlığına sunduğum 22.4.1992 tarihli "raporundaki görüş ve öneriler" doğrultusunda 12.10.1992 tarihinde hazırladığım dilekçeyi bir kısım meslektaşların imzasına açtım. Ortak dilekçeyi 12 Ekim 1992 tarihinde TBMM Başkanlığına sunduk. Dilekçede özetle:

Avukatı dışlayan zihniyetin sahiplerine şunu anımsatmak isteriz: Amerika ve İngiltere'de avukatlık, hukukçuluğun genel çalışma alanıdır. Yargıçlar ve savcılar bu ülkelerde avukatlar arasından çıkmaktadır. Özellikle, İngiltere'de çeşitli yargıçlık görevlerine göre değişmekle birlikte genellikle on ya da on beş yıl süreyle avukatlık yapmış olmak yargıçlığa atanabilmenin temel ve başlangıç koşuludur. Üstün hukuk niteliklerine, insan değerine ve yeterli deneylere sahip olmak bu temel koşulu tamamlayan öğelerdir. Avukatlığa öğrenim ve staj süresi de göz önünde tutulduğu zaman yargıçlığa ata-

nabilme olanağının doğumu için bu sürenin çoğu zaman 30 yılı bulduğu düşünülmelidir. Bu nedendir ki, günümüzde İngiltere'de en genç yargıçlar 45-50 arası bir yaş kuşağını oluşturmakta çoğu zaman 50 yaşın altında bir yargıca rastlayabilmek güç olmaktadır. Hukukun uzun yıllara ve güç deneylere bağlı bir bilim dalı olduğuna inananlar için İngiltere'deki yargıç saygınlığının ve öneminin oluşumunu bu sisteme bağlamak gerçekçi bir yaklaşım olacaktır.

Türkiye'de yargıç ve savcı açığı her geçen gün azalacağına daha da büyümekte, meslek nicelik ve nitelik bakımından "irtifa kaybına" uğramaktadır. Avukatı dışlayan, onun mesleki bilgi ve deneyiminden yargıç ve savcı olarak yararlanmayı kabul etmeyen, hukuka aykırı fiili direncin bunda etkisinin büyük olduğu kabul edilmelidir.

Ne acıdır ki, 1982 Anayasası (m. 159/4) hak dağıtana ve bu dağıtıma aday olanlara hak arama özgürlüğü tanımamış, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun tasarruflarını yargı denetimi dışında tutmuştur. Anayasa'nın 36. maddesi "Herkes meşru bütün vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle, yargı mercileri önünde iddia ve savunma hakkına sahiptir" diyor. Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu kararlarına karşı, yargı yolunun tıkanmış bulunmasının izah edilebilir yanı yoktur. Hukuka ve hukukun üstünlüğüne inanan her yurttaşın, hak arama özgürlüğünün önüne konulan Anayasal engelini aşılması konusunda tavır koyması gerektiğine inanıyoruz. Yüce Meclisi, yargı ve anayasa reformu sırasında, Anayasanın 159/4 maddesini kaldırmaya, hak arama özgürlüğünü yaşama geçirmeye davet ediyoruz.

IV) TBMM'ne Yapılan Başvuru

Semeresini Veriyor 4087 Sayılı Yasa Kabul Ediliyor:

Türkiye Büyük Millet Meclisine sunduğumuz bu ortak dilekçe 18 Kasım 1992 tarih 947 sayı numarası ile Kanunlar Kararlar Müdürlüğüne intikal ettirilmiş ve nihayet yapılan başvuru semeresini vermiş, Hakimler ve Savcılar Yarasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Yasaya Geçici Bazı Maddeler Ekleneceği Hakkındaki 4087 sayılı Yasa kabul edilmiştir.

V) Anayasa Mahkemesine Açılan İptal Davası :

Dönemin Anamuhalefet Partisi ANAP tarafından Anayasa Mahkemesine açılan "İPTAL DAVASINDA": 21 Mart 1995 tarih ve 2234 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan 9.3.1995 tarihli 4087 sayılı Hakimler ve Savcılar

Yasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Yasaya Geçici Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkındaki Yasanın;

a) Birinci maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasanın 32. maddesinin ikinci fıkrası; ikinci maddesiyle değişik 39 ncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci ve üçüncü fıkraları; üçüncü maddesiyle değiştirilen 9 ncu maddenin "tamamı" ibaresi; beşinci maddesiyle eklenen geçici 8, 9, 10 ve 11 nci maddeleri ile Yasasının geçici bir ve üçüncü maddeleri Anayasanın başlangıç bölümünün 5 ve 8 nci bentleriyle 10, 11, 138 ve 153 maddelerine aykırı olmakla iptali,

b) Yürürlüğün durdurulması, istemlerinde bulunmuştur.

VI) Yürürlüğün Durdurulması Kararı :

Anayasa Mahkemesi 4087 sayılı Yasanın iptali hakkında açılan davada, 7.6.1995 tarihinde, "yürürlüğün durdurulması" istemini incelemek üzere toplanmış; 1995/19 Esas, 1995/1=1 sayılı kararında:

"Uygulamadan doğacak ve sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların önlenmesi için iptal isteminin reddi durumunda karar gününe, kabulü durumunda ise iptal kararının resmi gazetede yayımlanacağı güne kadar 4087 sayılı yasanın kimi hükümlerinin yürürlüğünün durdurulmasına OYBİRLİĞİ ile karar vermiştir."

VII) Barolara ve Türkiye Barolar Birliğine Yaptığımız Başvuru:

Anayasa Mahkemesinin 4087 sayılı Yasasının "yürürlüğünü durdurması" kararından sonra, başta İzmir Barosu olmak üzere Türkiye Barolar Birliğine ve diğer barolara (toplam 43 baroya) yüksek yargının bazı başkan ve üyelerine gönderdiğim ve İstanbul Barosunun Antalya'da 25/29 Ekim 1995 tarihinde avukatlık Mesleği ile ilgili düzenlediği Sempozyuma sunduğum metni burada aktarmayı yararlı görmekteyim:

"Bilimsel birikimi, deneyimi ve ahlaki metaneti ile tanınan, uzun yıllarını hak arama ve hakkı savunma savaşımına veren avukatların, bu birikim ve deneyimden sadece ilk derece yargı yerlerinde değil, üst yargı yerlerinde de (yüksek mahkemelerde) yargıç ve savcı olarak yararlanmanın önündeki hukuk dışı engeller kaldırılmalıdır. Türk Ulusuna, Türk insanına yaraşır bir adalet düzeni yaratılmak isteniyor ise; bu nitelikli hukukçu toplumunu dışlamaktan vazgeçilmelidir.

Yargının bağımsız ve onsuz olmaz ögesi olan savunmayı, savunma

mesleğinin mensuplarını dışlamak hiçbir kişi veya kuruluşa onur kazandırmamıştır, kazandıramaz da.

Bu "onur ve eşitlik savaşımının" destek ve katkılarınızla ergeç zafere ulaşacağına inanıyorum.

VIII) Yürürlüğü Durdurma Kararının Eleştirisi:

Türkiye Cumhuriyeti başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayalı demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir. (Anayasa md: 2) Hukuk devletini, polis devleti veya mülk devleti anlayışından ayıran en belirgin nitelik, devlet faaliyetlerinin takdiri veya keyfi kurallara değil, hukuk kurallarına uyruk olmasıdır. Yine hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de, yasaların anayasaya uygunluğunun yargı yolu ile denetimidir. Ülkemizde, bu ilke ilk kez 1961 Anayasası ile benimsenmiş, 1982 Anayasasına da aynen aktarılmıştır.

Yasaların, yasa hükmündeki kararnamelerin, T.B.M.M.'si içtüzüğünün veya bunların belirli bir madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırı olduğu iddiası doğrudan doğruya iptal davası açılabilirdiği gibi, bu aykırılığın yasanın yürürlüğe girmesinden sonra da itiraz yolu ile ileri sürülmesi, itirazın yargı organınca ciddi bulunması halinde veya resen yargı organının kararı ile Anayasa Yargısına (Anayasa Mahkemesine) götürülmesine olanak tanınmıştır.

A. Anayasa Yargısında "Yürürlüğün Durdurulması":

1961 ve 1982 Anayasalarında "Yürürlüğü Durdurma" konusunda açık bir hüküm yoktur. 1972 yılında Anayasa Mahkemesi üç kişinin idam cezasının yerine getirilmesine ilişkin kanun hakkındaki kararında kendisine ne Anayasa, ne de Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve Yargılama Usulü hakkındaki Yasa ile böyle bir yetki tanınmamış olduğunu belirterek, yürürlüğün durdurulması istemini red etmiş, Anayasa koyucunun, Anayasa Mahkemesi için dava konusu olan bir yasanın "yürürlüğünü durdurma" yetkisini öngörmeyi düşünmediğini, yani böyle bir yetkiyi Anayasa Mahkemesine vermediğini kabul etmiştir. Kararda, Anayasa Mahkemesinin uygunluk denetimini yaptığı yasanın nasıl bir özelliği olursa, olsun kendisini, yorum ve kıyaslamaya giderek, yasaca verilmemiş bir yetki ile donatma yetkisinin olmadığı da vurgulanmıştır.

1985 yılında Anayasa Mahkemesi, iptal edilmiş, fakat iptal kararı henüz yayınlanmamış bir yasanın uygulanmasının, iptal kararı yayınlanıncaya değin tedbir niteliğinde olarak durdurulması istemini red etmiştir.

Yabancılar Türkiye'de karşılıklılık kuralına uyulmaksızın taşınmaz mal edinebilmeleri için Bakanlar Kurulu'na yetki veren yasa 1.10.1986 tarihinde Anayasa Mahkemesince iptal edildi. İptal olunan yasaların tıpkısının, tekrar TBMM'sine kabul edilmesi, siyasal iktidarların "yasaya karşı hile" yoluna başvurmaları karşısında; hukukçularımız Anayasa Yargısında "Yürürlüğü Durdurma" kurumunu tartışmaya ve genellikle de bu konuda Anayasaya hüküm konulmasını savunmaya başladılar.

B. Yeni Uygulama:

Anayasa'da değişiklik yapılmadığı halde, bir süreden beri Anayasa Mahkemesi, iptal davasının esası hakkında karar vermeden önce, tedbir niteliğinde iptali istenen yasanın "Yürürlüğünü Durdurma" yolunda kararlar vermeye başladı. Bu cümleden olarak, avukatlık mesleğinden yargıçlığa geçişi ve sair konuları düzenleyen 4087 sayılı Yasanın;

a- 2. maddesiyle değiştirilen 24.2.1983 günlü, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun;

38. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ve aynı maddenin üçüncü fıkrasının,

b- 3. maddesiyle aynı yasanın 9. maddesinin ikinci fıkrasında ve 40. maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğin,

c- 5. maddesiyle aynı yasaya eklenen;

aa- Geçici 8.nci maddenin,

bb- Geçici 10. maddenin ikinci fıkrasının

cc- Geçici 1. ve geçici 3. maddelerinin

uygulamadan doğacak ve sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların önlenmesi için iptal isteminin reddi durumunda karar gününe, kabulü durumunda ise iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA 7.6.1995 günü OYBİRLİĞİ İLE KARAR VERMİŞTİR.

Bu karar hukuken sakattır. Şöyleki:

a) Anayasanın 153/3 maddesi "Kanun, kanun hükmünde kararname veya TBMM'si içtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayınlandığı tarihte yürürlükten kalkar" demektedir.

Bir başka deyişle, iptal davasına konu bile olsa, yasa, yasa gücünde kararname veya TBMM'i içtüzüğü, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı yayınlanıncaya kadar yürürlükte kalır. Başka türlü bir yorum Anayasanın

153/3 maddesinin özüne de, sözüne de aykırı düşer.

b) Anayasanın 153/5 fıkrası "iptal kararlarının geriye yürüyemeyeceğini" kurala bağlamıştır.

İptal davasına konu kılanan yasa kuralının, dava sonuçlanmadan önce "yürürlüğünün durdurulması" iptal kararının geriye doğru yürütülmesinden başka bir şey değildir.

IX. SONUÇ OLARAK:

Anayasaya yargısında, yönetsel yargıya benzer biçimde, "Yürürlüğün durdurulması kurumunun kabulü, Anayasa'da bu yolda değişiklik yapılması" olması gereken hukuk bakımından doğru ve yerinde bir çözüm olacaktır. Böyle bir düzenleme, Anayasa Mahkemesi kararlarına saygınlık ve etkinlik kazandırır.

Ancak, yürürlükteki 1982 anayasası iptal davası açılması, hatta yasanın iptali halinde bile "yasa boşluğu" doğmamasını temel ilke olarak kabul etmiş, Anayasa Mahkemesine yürürlüğü durdurma yetkisi tanımak şöyle dursun, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ertelemeyi kurala bağlamıştır.

İptal kararının geriye yürümezliği kuralı, yürürlüğü durdurma kararlarının "Anayasal dayanağının" bulunmadığının en açık kanıtıdır. Anayasa kuralını (153/5) tadil edecek nitelikte karar verilemez.

Bu karar "eşitlik adına" hukukçular arasındaki eşitliği bozan, avukatlık hizmetini, yargısal hizmet olarak kabul etmeyen, avukatı dışlayan, onu yoksayan bir karardır. Bu tedbir kararının Anayasanın 10.nucu maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı düştüğü tartışma kabul etmez bir gerçektir.

Yürürlüğü durdurma kararı, Avukat kökenli olan, Sayın Mahkeme Başkanın, Mahkeme Başkanı olarak, Anayasa yargısında bulunmuş statüsüne (statü hukukuna) aykırı düşmektedir.

Yargıç, savcı ve avukat ayrımı yapay bir ayırımdır. Bu ayırım, hukukçular arasında, işbölümü ayırımıdır. Her üçünün (Yargıç, savcı, avukat) işlevi, yargısal bir işlemdir. Bunlar arasında, astlık ve üstlük ilişkisi olmadığı gibi, üstünlük farkı veya sıralaması da yoktur. Önemli olan hukukçu olmak veya olmamaktır.

IV) Hukuka ve hukukun üstünlüğüne inancı ve saygısı olan hiçbir hukukçu, hukukçular arasına "yargı kararı ile eşitsizlik duvarı" örülmesine, göz yumamaz. Bu haksız "tedbir kararı" karşısında, sessiz kalma hakkını kendisinde göremez. Eşitler arasındaki, eşitliği bozan bu karara karşı tavır koymak hem hakkımız ve hem de ortak görevimizdir."

Üzülerek belirtmek gerekir ki, avukatlar açısından ve özellikle, yargıda yargıç ve savcı açığının giderilmesi açısından çok önemli bir konuda, başta T. Barolar Birliği olmak üzere hiçbir barodan, Anayasa Mahkemesinin "tedbir niteliğindeki" yürürlüğü durdurma kararına karşı en ufak bir itiraz, en ufak bir tepki, en ufak bir eleştiri gelmedi. Barolar bu konuda susmayı, suskun kalmayı yeğlediler. Ne var ki, bu suskunluk ve tepkisizlik verilen kararın hukuka uygun bulunduğu anlamında değildi ve olamazdı.

Hukuk devleti ilke ve kurallarının yerleşip kök salması, haksızlık veya hukuka aykırı uygulama kimden veya hangi makamdan gelirse gelsin, karşı durmayı, eleştirmeyi, savaşımlı vermeyi gerekli ve zorunlu kılar.

Başka türlü hukuk devleti ilke ve kurallarını yerleştirmeye olanağı yoktur ve olamaz.

X. ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARI

Anayasa Mahkemesinin 14.12.1985 tarihinde 1995/19 Esas, 1995/94 Karar sayılı kararı 4087 sayılı yasanın önemli maddelerini iptal etmiştir. Ancak, iptal kararı verildiği tarihten 19 ay sonra yazılmış ve 29 Temmuz 1997 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Özetle:

"Yargıç ve savcıların mesleğe alınıp biçimleri, meslekte ilerlemeleri, bağlı oldukları meslek kurallarının, avukatlık mesleğinin kuralları ile farklı olduğu, avukatlıkta geçen sürenin tümünün yargıçlık veya savcılıkta geçmiş sayılmasının, avukatlıktan yargıçlık veya savcılığa geçenleri diğerlerine nazaran ayrıcalıklı kılacağı, bu durumun Anayasanın 10.ncu maddesindeki eşitlik ilkesine, ters düşeceği, Adalet Bakanlığının yapacağı "yeterlik sınavı" sonucu yargıç ataması yapılmasının, atanmaların "kamu vicdanında" tarafsızlıklarından kuşku duyulmasına neden olacağı, bunun Anayasanın 138, 139, 140 ve 159 uncu maddelerine aykırılık oluşturacağı...." benzeri gerekçelere yer verilerek, 4087 sayılı yasa ile getirilen "kısmi iyileştirmeler" iptal olunmuştur.

Anayasa Mahkemesi üyelerinden Haşim Kılıç karara "kamu avukatları yönünden muhalif kalmış kararın bazı bölümlerinde çoğunluk görüşüne katılmayan Mahkeme Başkanı Yekta Güngör Özden ise karşıoy yazısında şu hukuksal değerlendirmeyi yapmıştır:

"1. Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilen 4087 sayılı Yasa, Yargıç ve Savcı açığını kapatmak, hiç değilse azaltmak amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Yasa'nın değiştirilen ilgili maddelerinde birbirine uygun içerikte yinelenen "avukatlar" genelde yanlış değerlendirilmiştir. kararın biçimsel

yaklaşımı, görev giysisi ve yan değişikliğinden başka temelde hiçbir ayırım bulunmayan Yargıç, Savcı ve Avukatları ayrı meslek adamları gibi almasından bellidir. Avukatlar, yargı erkini oluşturan sav-savunma-karar üçlüsünün yadsınıp dışlanması, gözardı edilip vazgeçilmesi olanaksız bir öğesidir. Yargıç ve Savcılarla eşit durumları, Anayasa Mahkemesi'nin Avukatlık Yasası'nda 8.5.1984 günlü 3003 sayılı Yasa'yla yapılan değişikliklere ilişkin 13.1.1985 günlü, Esas 1984/12, karar 1985/6 sayılı kararında yinelenip vurgulanmıştır (Resmî Gazete, 17.5.1985, Sayı 18757). Bu karardaki karşıoyumu ve ek gerekçemi, avukatlık mesleğinin yapısı, anlamı, amacı ve gereği yönünden şimdiki kararın ilgili bölümleri için de gerekçem kapsamına alıyorum. Kaynağı, eğitim-öğretimi, uğraş alanı ve amacı aynı olan Yargıçlık, Savcılık ve avukatlık mesleğinin, özdeki birliği gözetenmeden sav ve karar bölümlerinden ayrı düşünülmesi, yargının doğasına aykırıdır. Avukatlar stajdan sonra, yargının her alanında ve her katında çalışmakta, uygulama deneyimleriyle yargının en devingen öğesi sayılmaktadırlar. Belli alanda çalışan bir yargıç ve savcıdan daha çok edimlerini bulan avukatların ayrı bir meslek olduğu ve meslek konusunda eğitime bağlı tutulması gerektiği görüşü asla gerçekçi değildir. Adaletçiler içinde bir görevli olan avukatın Yargıç ve Savcı'dan ayrı olan yanları, görevi gereği devlete bağlı özlük haklarıdır. Avukatlığın serbestliği dışında başka bir ayrılık yoktur. Kaldık avukatlar, konuları gereği daha bağımsız, daha geniş ve değişik alanlarda, yargı yerleri dışında da yargısal çalışmalar yapan bir hukukçudur. Çalışmaları yargısal değilmiş, yargı yerlerinde bulunmuyormuş, adaleti gerçekleştirmede katkısı geçmiyormuş gibi algılayıp değerlendirmek yargının yapısına ters düşmektedir.

Avukatların çalışması başka bir konuda değildir. Sosyal güvenlik bağının aynı kuruluşlarla olması, haklarında aynı uygulamayı gerektirmez. Mesleğin özündeki eşitlik, sıfat (san), değişikliğinde de korunmalıdır. İster kamuda çalışsın, ister serbest çalışsın, avukat, avukatlar ve bir yargıçla savcıdan ayrı tutulmasını gerektiren hiçbir neden yoktur. Yargıç ve Savcılar nasıl avukat oluyorsa, avukatlar da yargıç ve savcı olabilirler. Kimi ülkelerde sadece avukatlardan yargıç atandığını, avukatlık yapmayanların yargıç olamadığını göstermektedir. Kimi ülkelerde yargıç, savcı ve avukatlar aynı meslek kuruluşunda toplanmaktadır. Özetlenen bu nedenlerle avukatlıkta geçen sürenin tamamının, eylemleri olarak yargıçlık ve savcılık mesleğinde geçmiş sayılması yerindedir, doğrudur, gerçekçidir ve Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur. Tersine yorum, Anayasa'nın 2., 10. maddeleriyle ve hak arama özgürlüğü anlayışıyla bağdaşmaz. Avukatlık süresinin tümünü meslekte

geçmiş sayıp buna göre sınıf ve derecede mesleğe kabul amaca uygun bir düzenlemedir. Adalet-yargı bağlamında meslek-görev astlığı üstlüğü yoktur. Seçimle ya da atamayla gelinen süreli ve geçici çalışma yerleri yönetsel gereklerle dayanmaktadır. Kimi olanaklarını bırakıp gelen avukatlar, başka, ilgisiz yerlerden gelen, kamuda bilgisi becerisi olmayan, eğitilecek kimseler sayılamaz. Devlet görev verecekse hakkını da verecektir. 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle avukatlıkta geçen sürenin tamamını meslekte geçmiş saymak ve meslek yılı bölümü Anayasa'ya aykırı değildir. Öbür bölümlerin aykırılığına katılmıyorum.

39. maddenin üçüncü fıkrasıyla 4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 8. maddenin iptal kararı için de oyum böyledir. 39. maddenin üçüncü fıkrasının son tümcesi bir yükselme dönemi bekleme gereğiyle dengeyi sağlamaya yeterlidir. Birinci sınıfa ayrılma durumu dışında, meslek süresini aykırı bulan görüşe katılmıyorum.

2. incelenen 4087 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'nın 9. ve 40. maddelerindeki "üçte ikisi" sözcüklerinin "tamamı"na dönüştürülmesini iptal eden karara da aynı gerekçelerle katılmıyorum. İçinde iptali gerektiren bölüm görmediğim ve iptalde birleştiğim yön ve yan olmadığı için burada karşıoy kullanıyorum."

Bu karar yasa, yasa hükmünde kararname ve TBMM içtüzüğünün veya bunların belli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından anayasaya uygun bulunup bulunmadığını, iptal davası yolu ile veya itiraz yolu ile denetleyen Anayasa Mahkemesinin üye yapısının değiştirilmesi gerektiğini, yüksek mahkemenin hukukçulardan oluşması gerektiğini,

Hukukçu adaylarının adaylık sınavı, staj, staj döneminde yapılacak ödeme ve benzeri konular da eşit işleme tabi tutulmaları, yani stajda yargıç, savcı ve avukat ayırımı gözetilmeksizin aynı stajdan geçirilmeleri gerektiğini, soruna bütünsel ve eşitlikçi biçimde yaklaşılmadıkça kalıcı ve sağlıklı çözümlerin üretilmesine olanak bulunmadığını, ortaya koymaktadır.

Son Söz: Savcı Bellart avukatlar için şöyle diyor: "Avukatlar topluluğu, en mükemmel, en ziyade itibara layık öyle şerefli insanlar birliğidir ki, mütat doğruluğu az görür ve tatbikatta kusursuzluk derecesine vardırırlar. Eğer erdem, toplum tarafından kovulsaydı, son sığınağı onların yanında bulurdu.

Erdemin son sığınağı olan avukatları dışlamak hiçbir kişi ve kuruluşa onur kazandırmamıştır. Bundan böyle de kazandırmayacaktır. ■

YARGI KARARLARI

KAMULAŞTIRMA BEDELİNİN GEÇ ÖDENMESİ MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT TALEP HAKKI DOĞURUR

AVRUPA İNSAN HAKLARI
DIVANI
Karar T. : 09.07.1997

ÖZET : Enflasyon oranının faizlerden yüksek olan bir ülkede kamulaştırma bedelinin geciktirilerek ödenmesi kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasındaki den-

genin bozulması sonucunu doğurur. Mahkeme kararının kesinleşme tarihi ile ödeme tarihi arasındaki değer farkı taşınmazını kaybeden malikin ek zararını oluşturur. Bu durum kendisine maddi ve manevi tazminat talep hakkı verir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Strasbourg'da 9 Temmuz 1997 tarihli Akkuş-Türkiye davasında; yasal faiz oranı ile enflasyon oranı arasındaki fark sonucunda oluşan değer kaybının, yetkililerin başvuru sahibine kamulaştırma bedelinin artırılmış kısmını geç ödemelerinden kaynaklandığına ve bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolünün 1inci maddesinin ihlal edildiğine, ikiye karşı yedi oyla karar vermiştir.

Karar, Mahkemece Başkan Yardımcısı Rudolf BERNHARDT tarafından, açık duruşmada okunmuştur.

DAVANIN GEÇMİŞİ

A. Maddi Olaylar

Başvuru sahibi Sariye Akkuş'a ait bulunan, eşiyile birlikte oturduğu Sinop ili Gökdoğan köyündeki taşınmaz, Kızılırmak vadisinde Antinkaya hidroelektrik barajının kurulacağı gerekçesiyle DSİ (devlet Su İşleri) tarafından Eylül-Ekim 1987 tarihinde kamulaştırılmıştır. Taşınmaz, şu anda sularla kaplıdır. DSİ, başvuru sahibine kamulaştırma bedeli olarak 122.000.- TL. ödemiştir.

Başvuru sahibi kamulaştırma bedelinin artırılması istemiyle, 12.10.1987 tarihinde Durağan Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı davada verilen kararı temyiz etmiştir. 17.09.1990 tarihinde Yargıtay, kamulaştırma bedelinin toplam 271.039.- TL. olarak artırılmasına; bu bedele 04.09.1987 tarihinden itibaren yıllık % 30 oranında faiz uygulanmasına hükmetmiştir. Kamulaştırma

bedelinin tamamı, Yargıtay kararının kesinleşmesinden yaklaşık 17 ay ve başvuru sahibinin şikayetini Komisyona sunmasından 6 ay sonra ödenmiştir.

B. Komisyon Nezdindeki İşlemler

Başvuru 26 Ağustos 1991 tarihinde Komisyona sunulmuş ve 10 Ocak 1994 tarihinde kabuledilebilirlik kararı açıklanmıştır.

Dostane çözüm girişimlerinin sonuçsuz kalmasının ardından, Komisyon 27 Şubat 1996 tarihli raporuyla, davanın esasına ilişkin koşullar ve 22'ye karşı 6 oyla aldığı 1 No.lu Protokolün 1inci maddesinin ihlal edildiğine ilişkin kararını belirtmiştir.

Dava 19 nisan 1996 tarihinde Divan önüne getirilmiştir.

KARARIN ÖZETİ

A. Hükümetin İlk İtirazları

1. 6 Aylık Hak Düşürücü Süreye Uyulmadığına İlişkin İtiraz

Hükümet, Sariye AKKUŞ'un başvurusunun, Sözleşmenin 26. maddesindeki 6 aylık hak düşürücü süreye uyulmadığı gerekçesiyle Divan tarafından reddedilmesini istemiştir. Hak düşürücü sürenin, gerçekte başvuru sahibine kamulaştırma bedelinin ödendiği tarihte (Mart 1992) değil, Durağan Asliye Hukuk mahkemesinin 1989 tarihli kararıyla belirlendiği bedelin Yargıtay tarafından onaylandığı tarih olan, 17 Eylül 1990'ten itibaren başladığını ileri sürmüştür.

Divan şikayetin, doğrudan devlet yetkililerinin kamulaştırma bedelini ödemekte gecikmelerinden ve bunun sonucunda başvuru sahibinin katlanmak durumunda kaldığı zarardan kaynaklandığını belirtmiştir. Başvuru sahibi, Yargıtay'ın nihai kararına kadar geçen süre içinde, böyle bir şikayette bulunmamıştır.

Başvuru, 26 Ağustos 1991 tarihinde komisyon'a yapılmıştır -ki kamulaştırma bedeli halen ödenmiş değildir-. Dolayısıyla, Sözleşmenin 26. maddesine aykırı davranılmış olduğu iddiası yerinde değildir. İtiraz, açıklanan nedenden dolayı reddedilmiştir (bire karşı sekiz oyla).

2. İç Hukuk Yollarının Tüketilmediği İtirazı

Hükümetin iddiasına göre AKKUŞ, Borçlar Yasasının 105. Maddesinin sağladığı yasal kullanılmış ve Türk mahkemelerine güvenmek yerine Sözleşmenin olanaklarından yararlanmak istemiştir. Bu nedenle de Sözleşmenin 26. maddesinin aradığı iç hukuk yollarını tüketme koşuluna uygun davranmamıştır.

Divan, Komisyon önünde ileri sürülmediği nedeniyle, Hükümetin iddiasının bu aşamada değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. (bire sekiz oyla)

B. 1 NO'LU PROTOKOLÜN 1inci MADDESİ

AKKUŞ'un başvurusunun konusunu, Türkiye'deki enflasyon oranının yıllık % 70 olduğu bir tarihte kamulaştırma bedelinin sonradan artırılan bölümüne uygulanan faizin (% 30) yetersiz kalması ve yetkililerin bu bedeli ödemede gecikmiş olmaları oluşturmaktadır.

Somut olayımız açısından, başvuru sahibinin yakınması "malların münseyipetine uyulması hakkına sahip olmak" ile ilgilidir. Divan, temel kişisel hakların korunsa ve kamu yararının gerekleri arasında adil bir dengenin korunup korunmadığını incelemek durumundadır; bu bakış açısına göre, süreler ve koşullar açısından kamulaştırma bedelinin iç hukuk yollarına göre ödenebilirliği ve izlenen usul değerlendirilmelidir.

Görülmekte olan davada, kamulaştırma bedelinin artırılmış olan bölümü, Şubat 1992 tarihinde yıllık % 30 faiz oranının eklenmesiyle birlikte ödenmiştir. Yani ödeme Türkiye'deki yıllık enflasyon oranının % 70'e ulaştığı bir dönemde ve Yargıtay'ın kararından 17 ay sonra yapılmıştır.

Sadece yetkililerin geç ödediği bölüme ilişkin olarak Yargıtayın nihai olarak karara bağladığı kamulaştırma bedeli ile ödeme yapıldığı tarihteki değer arasındaki fark, AKKUŞ için taşınmazını kaybetmesine ek ayrı bir zarar oluşturmuştur.

Sonuç olarak, kamulaştırma bedelinin 17 ay geç ödenmesi nedeniyle, yetkililerin kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasındaki dengeyi korumadıkları anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerden dolayı, 1 No.lu Protokolün 1'inci maddesi ihlal edilmiştir.

C. SÖZLEŞMENİN 50inci MADDESİ

1. Tazminat

(a) Maddi Tazminat

Divan, Başvuru sahibinin katlanmak durumunda kaldığı zararın, 1992 Şubat ayında ödenen bedel ile, enflasyon nedeniyle 14 ayda ortaya çıkan değer kaybı arasında oluşan farktır. Toplam kaybı 273.916 TL, ya da 48 U.S. Dolarıdır. AKKUŞ'un başvurusunda da bu bedel ifade edilmiş ve Hükümet de aksine bir görüş ileri sürmemiştir.

Bu koşullar altında Divan, ödeme tarihindeki kur üzerinden Türk Lirasına çevrilmek üzere, 48 U.S. doları ödenmesine karar vermiştir. (İkiye karşı yedi oyla).

b) Manevi Tazminat

Divan başvuru sahibinin, manevi tazminata hak kazandığına kanaat etmiş ve hakkaniyet temelinde 1.000 U.S. Dolar ödenmesine karar vermiştir. (İkiye karşı yedi oyla).

2. Ücretler ve Giderler

Divan, hakkaniyet temelinde; davacıya şimdiye kadar, seyahat ve avukatlık ücreti ve diğer giderler için yasal yardım yoluyla ödenmiş bulunan 8.968.- Fransız Frangının indiriminden sonra, ödeme zamanında Türk lirasına çevrilmek üzere, toplam 5.000.- Amerikan doları ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.

İki yargıç karara muhalif kalmışlar ve görüşleri karara eklenmiştir. ■

Çeviren: Av. Nilgün TORTOP

İzmir Barosu Üyesi

Av. S. Önder DEMİR

İzmir Barosu Üyesi / İnsan Hakları Merkezi Proje Müdürü

Düzeltili: Av. S. Önder DEMİR

**HAKİMLER VE SAVCILAR YASASINDA
DEĞİŞİKLİK YAPAN YASA, AVUKATLIKTAN
BU MESLEĞE GEÇECEKLERE AYRICALIK TANIMIŞTIR**

ANAYASA
MAHKEMESİ
1995/19 E.
1995/64 K.
14.12.1995 T.

ÖZET : Farklı kuralları olan iki ayrı grubun mesleklerinde geçen süreleri eşdeğer kabul ederek, avukatlıkta geçen sürenin tamamının yargıçlık ve savcılıkta geçmiş gibi

sayılması avukatlıktan mesleğe geçenleri diğerlerine göre ayrıcalıklı konuma getirir.

İPTAL DAVASINI AÇAN : Anamuhalefet (Anavatan) Partisi Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu Adına Grup Başkanı A. Mesut YILMAZ.

İPTAL DAVASININ KONUSU : 9.3.1995 günlü, 4087 sayılı "Hakimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun"un 1. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasındaki "... Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarıyla bitirenler için dokuz..." sözcüklerinin; 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci ve üçüncü fıkrasının; 3. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasındaki "tamamı" sözcüğünün, 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 8., 9., 10. ve 11. maddelerinin ve 4087 sayılı Yasa'nın geçici 1. ve 3. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç'ının beşinci ve sekizinci paragrafları ile 10., 11., 138. ve 153. maddelerine aykırı olduğu savı ile iptali ve yürürlüğün durdurulması istemidir.

I- İPTAL İSTEMİNİN GEREKÇESİ

27.4.1995 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"21 Mart 1995 tarih ve 22234 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanarak bu tarihten itibaren yürürlüğe giren 9.3.1995 tarih ve 4087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanunun;

1- a) Birinci maddeleriyle 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 32 nci maddesinin (b) bendi değiştirilmek suretiyle, birinci sınıfa ayrılmada bu meslekte fiili olarak ön yılın doldurulması

öngörülürken, aynı maddenin ikinci fıkrası da değiştirilerek mastér yapanlarla Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarı ile tamamlayanların dokuz yılda, meslekleriyle ilgili öğrenim dallarından birinde doktora yapanların da sekiz yılda birinci sınıfa ayrılmaları öngörülmektedir.

Oysa hakim ve savcılık kariyer mesleği olup sınıf içinde bilfiil başarılı olarak hizmet vermek esastır. Hakim ve savcılık mesleğine atanan bir kimsenin maddi hukuk (Ceza Hukuku, Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku, Borçlar Hukuku v.s. gibi) alanlarında yapacağı master veya doktora mesleği ile ilgili kabullensek dahi fiilen hakimlik veya savcılık yapanlara karşı bir eşitsizlik doğmaktadır. Zira mesleğini icra eden bir hakim veya savcının hata ve yanlış yapma ve dolayısıyla iyi sicil alamama gibi bir ihtimal varken doktora veya master için bu ihtimal ortadan kalkmaktadır. Kaldı ki, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünün uyguladığı program hakim ve savcılık mesleği ile ilgili olmayıp kamu yönetimi alanındadır. Hakim ve savcılık mesleği ile ilgili olmayan bir programın tamamlanmış olması halinde birinci sınıfa ayrılmada bir avantaj tanınmasının Anayasanın eşitlik ilkelerine aykırı olacağı düşünülmektedir.

b) İkinci maddesiyle değiştirilen 24.2.1983 tarihli ve 2802 sayılı kanunun 39 uncu maddesinin (b) bendiyle mesleklerinde en az üç yıldan beri eylemli olarak çalışan ve Hakim ve Savcılık mesleğine kabulde aranan şartları taşıyan ve kırk yaşını bitirmemiş avukatların yapılacak yeterlik sınavı sonuçlarına göre, avukatlıkta geçen sürelerinin tamamı Hakim ve Savcılıkta geçmiş gibi mütalaa edilerek mesleğe kabulleri ile bu sürelerinin ayrıca birinci sınıfa ayrılmak için gerekli olan sürelerin hesabında da dikkate alınacağı öngörülmektedir. Bu düzenlemelerin de, esas itibarıyla Anayasanın gerek başlangıç bölümünde ve gerekse 10 uncu maddelerinde yer alan eşitlik ilkelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Zira sözkonusu Kanunun 9 uncu maddesi, Hakim ve Savcılık mesleğine girmek isteyenler için gerekli şartları ve sınav usulünü genel olarak düzenlemiştir. Bu sınavlar sonucunda mesleğe alınan hakim ve savcıların hizmet bölgeleriyle her bölgede ne kadar müddetle hizmet verecekleri belirtilmişken, 4087 sayılı Kanunun mezkûr hükmüyle avukatlar için bir istisna getirilerek hem sınav şartları basitleştirilmekte ve hem de birinci sınıfa ayrılmada, belli hizmet bölgelerinde hizmet etme koşulu zimmen kaldırılmıştır. Öte yandan hakim ve savcılık mesleğine girmek için kanunun 9 uncu maddesi uyarınca açılan sınavda başarılı olamadığı için bu mesleğe giremeyen ve neticede avukatlık mesleğini seçenlerin bilahare basit bir sınavla Hakim veya Savcılığa atanması da eşitlik ilkelerini zedeleyen bir uygulama oluşturacaktır.

Şöyleki;

1- İlgili kanunun 2 nci maddesinin (b) bendinde avukatlardan hakimlik ve savcılığa atanacaklar için yapılacak yeterlik sınav ve mülakat konusu, ikinci fıkrada ise bunun usul ve esaslarına dair çıkarılacak yönetmelikle ilgili düzenleme yapılmıştır.

Oysa 2802 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde adaylığa atanma ve yazılı yarışma sınavı ve mülakat ile ilgili düzenleme olup usul ve esaslarına dair yönetmelik de mevcuttur. Bu iki kaynaktan gelecek şahısların ayrı sınav ve usullere tabi tutulması Anayasaya aykırıdır. Mesleğe 9 uncu maddeye göre gireceklerin iki yıllık bir adaylık süresine tabi tutulması, 8 inci maddeye göre 30 ve 35 yaş sınırlarının olması gibi şartlar bulunmasına rağmen avukatlıktan geçenler için yaş sınırının 40'a yükseltilmesi de eşitlik kuralına aykırıdır. Ayrıca bu düzenleme adaylık için başvurup başarılı olamayanları mesleğe almak için ayrıcalıklı bir usule tabi tutulmaktadır. Zira adaylık sınavını kazanıp staj yapanlar, sınavı kazanamayıp avukatlık yapan ve memuriyet disiplinine tabi olmayanlara hem mesleğe kabulde ve hem de sınıfa ayrılmada avantajlar getirilmektedir.

2- İkinci maddenin 3 üncü fıkrası da Anayasanın eşitlik kuralına aykırıdır. 2802 sayılı Yasanın 32 nci maddesinde Birinci Sınıfa ayrılma koşulları düzenlenmiştir. 3 üncü fıkraya göre 8 yıl avukatlık yapıp mesleğe giren bir hakim veya savcı bir terfi dönemi sonunda on yılını dolduracak ve birinci sınıfa ayrılmaya hak kazanacaktır. Ancak 32 nci maddenin C, D, E, F bentlerindeki düzenlemelerin tespiti nasıl yapılacaktır? Adaylık sureti ile mesleğe girip stajla birlikte 10 yıl boyunca sicil incelemesine, müfettiş denetimine, en az beş defa terfi incelemesine tabi tutulup çalışma şartları nedeni ile haklı haksız birçok şikayetlere maruz kalıp ülkenin birçok yerinde mesleğin zor koşullarının altında ezilip bu şartlar sonunda birinci sınıf incelemesine tabi tutulan hakim ve savcılarla sekiz yıl avukatlık yapıp mesleğe giren hakim veya savcılar arasındaki denge nasıl kurulacaktır?

Yine bu suretle mesleğe giren avukatlar çok kısa sürede birinci sınıfa ayrılacaklarına göre bu hakim savcılara 5. 4. 3. bölge hizmetleri yaptırılmayacaktır. Birinci sınıf hakimlerin görev alacakları yerler ve iller sınırlı olduğuna göre normal şartlarda en az 15 yıl hizmeti gerektiren bölgelerin bir kaç yıl içinde avukatlıktan mesleğe geçenler tarafından doldurulması gibi gayri adil bir durum ortaya çıkacaktır.

Bu tür bir uygulamada Anayasamızda yer alan eşitlik ilkelerinin ihlali olduğu kadar meslek kuralları da zedelemektedir. Kaldı ki, bu tür düzenlemelerin süreklilik arz etmesi mesleğe olan ilgiyi azaltacağı ve özellikle de 5, 4 ve 3 üncü hizmet bölgelerinde eleman açıklarının oluşmasına ve dolayısıyla adalet hizmetlerinin de aksamasına yol açacaktır.

c) Kanunun üçüncü maddesiyle 2802 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasında geçen "üçte ikisi" ibaresi "tamamı" olarak değiştirilmek suretiyle serbest avukatlıkta geçen sürelerin tamamı meslekte geçmiş gibi sayılmak suretiyle hem hakim ve savcılık mesleğinde sınıfa ayrılmada on yıl hakim veya savcılık yapanla 10 yıl serbest avukatlık yapanların hizmet süresi itibarıyla aynı noktaya getirilmekle yaratılan dengesizlik kadar, 657 sayılı devlet Memurları Kanunu hükümlerine göre (md. 36/C.3) özel sektör veya serbest meslekten devlet Memurluğuna geçenlerin bu sürelerinin dörtte üçünün memuriyette geçmiş sayılacağına dair olan hükümle çelişki ve eşitsizlik yaratmaktadır. Bu düzenleme meslek içinde mevcut olan müsavat ve dengeleri bozmakla birlikte yaratacağı mesleki huzursuzluk yanında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre herhangi bir kuruluşa memur ya da avukat olarak atanacaklarla hakim veya savcılık mesleğine atanacaklar arasında da Anayasanın eşitlik ilkelerine aykırı bir uygulamanın kaynağını oluşturmakla iptali gerektiği düşünülmektedir.

d) Gerçek 4087 sayılı Kanunun bir ve ikinci maddeleriyle değiştirilen 2802 sayılı Kanunun 32 ve 39 uncu maddelerinde yer alan hükümler ve gerekse yine 2802 sayılı Kanunun 32 ve 39'uncu maddelerinde yer alan hükümler ve gerekse yine 2802 sayılı kanuna, 4087 sayılı Kanunla eklenen geçici 8 ve 9 uncu maddelerde yer alan hükümlerle; Başlangıçtan beri hakimlik ve savcılık mesleğini tercih edenler aleyhine, başka mesleklerden bilahare hakimlik ve savcılık mesleğine giren veya girecek olanlar lehine, Anayasanın eşitlik ilke ve esaslarına aykırı olarak yeni düzenlemelere gidilmiş ve birinci sınıfa ayrılmada bir takım öncelik ve imtiyazlar tanınmıştır.

Örneğin; Memleketin belirli bölgelerinde belirli sürelerde hizmet etme koşulu aranmamakta, Hakim veya Savcılıkla hiçbir ilgisi bulunmayan, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünün Kamu yönetimi uzmanlık programını tamamlayanların dokuz yılda birinci sınıfa ayrılmalarını sağlayan hükümlerde ayrıcalıklı uygulamaların temeli oluşturulmuştur. Bu düzenlemeler geçici 8 ve 9 uncu maddelerle de eskiden mesleğe girmiş olanlar için de geçerli kılınmıştır.

Yapılan düzenlemelere göre Hakimlik veya Savcılık mesleğine, meslek dışından atanacaklarda ve özellikle de serbest avukatlıktan alınacaklarda, mesleğe mezuniyetlerini müteakip girişimlerini birinci sınıfa ayrılmaya şartlarının hizmet süresi dışında hiç birisi aranmamaktadır.

Şöyleki;

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 32 nci maddesinde (Birinci Sınıfa Ayrılmaya Koşulları) düzenlenmiştir.

Bunlar:

- 1- Birinci dereceye yükselmek
- 2- Hakimlik ve Savcılık mesleğinde 10 yılını doldurmak,
- 3- Bilimsel güç ve yeteneği ile hizmet ve meslekteki başarısına göre emsali arasında temayüz etmiş olmak,
- 4- Yer değiştirme cezası almamış olmak,
- 5- Kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması veya derece yükselmesinin durdurulması cezalarını aynı neviden olmasa bile birden fazla almamış olmak,
- 6- Mesleğin vakar ve onuruna dokunan veya kişisel haysiyet ve itibarını kıran veya görevle ilgili herhangi bir suçtan affa uğramış olsa bile hüküm giymemiş olmaktır.

Başlangıçta hakimlik ve savcılık mesleğini tercih edenler, sekizinci derecenin birinci kademesinden göreve başlayarak, birinci dereceye yükselinceye kadar, derece yükselmesi ve kademe ilerlemesi için, karar verip Yargıtay ve Danıştay incelemesine tabi tutulan dosyalar için not alacak, ayrıca denetim organlarından müspet sicil alıp almadıkları Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca incelenecek, bunun sonucu bir üst dereceye terfili ve birinci sınıfa ayrılmaları belirlenmişken, mesleğe başka mesleklerden atanacaklar için bu şartlar geçerli olmayacaktır. Kaldı ki, bazı özel durumlarda 10 yıllık sürede aranmamaktadır. Bunlar da ayrıcalıklı uygulamalardır.

Söz konusu düzenlemelerin haklı bir nedeni; kamu yararı, veya kamu düzeni ile bir alakası olmaksızın, meslektaşlar arasında büyük huzursuzlukların doğmasına sebep olacak ve eşitsizlik yaratacak düzenlemeler olması sebebiyle aynı durumdaki meslektaşlar için ayrı ve farklı düzenlemeler getiren söz konusu maddelerin Anayasaya aykırı olduğu düşünülmektedir.

e) Kanunun geçici birinci maddesi de 2802 sayılı kanunun 4087 sayılı kanunla değişik 39 uncu maddesinin (b) bendindeki esaslar gözönünde bulundurularak bir yıllık bir süre için 55 yaşını doldurmamış avukatlardan mesleğe girmek isteyenler için düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak mezkûr kanunun 39/b fıkrası, dava dilekçemizin (b) bölümünde arzedilen sebeplerle Anayasaya aykırı bulunduğundan bu geçici maddenin de Anayasanın eşitlik prensiplerine aykırı bulunduğu düşünülmektedir. Diğer taraftan bu maddenin serbest avukatlıkta uzun süre bulunmuş ve 54 yaşında veya 55 yaşını doldurmaya bir veya bir kaç ayı kalmış olanların sırf Sosyal Sigortalar Kurumu yerine T.C. Emekli Sandığından emekli olabilmelerine imkan sağlamak üzere düzenlendiği de sezilmektedir. Maddenin bu yönüyle de Anayasaya aykırı olduğu kanaatini taşıyoruz.

Keza 4087 sayılı Kanunun geçici 3 üncü maddesi de yine kanunun 39 uncu maddesinde yapılan yeni düzenleme ile serbest avukatlıktan gelecekle için öngörülen yeterlik sınavına dair yönetmeliğin düzenleme süresiyle ilgili olup 2802 sayılı Kanunun 39 uncu maddesinde yapılan değişikliğin bir gereği olarak tedvin edilmiş bulunan mezkûr maddenin (b) bendinin iptali karşısında uygulama imkanı kalmayacağından bu maddenin de iptali gerektiği düşünülmüştür.

İf- 4087 sayılı Kanunun birinci maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Kanunun 32 nci maddesinin ikinci fıkrasındaki "Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarı ile bitirenler" ibaresi; 2 nci maddesiyle değiştirilen 39 uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci ve üçüncü fıkraları; 3 üncü maddesiyle değiştirilen 9 uncu maddesindeki "üçte ikisi" ibaresinin "tamamı" olarak değiştirilmesine dair olan hükmü; 5 inci maddesiyle 2802 sayılı Kanuna eklenen geçici 8, 9, 10 ve 11 inci maddelerinin geçici birinci ve geçici üçüncü maddelerinin Anayasanın başlangıç bölümünün 5 inci ve 8 inci bentleri ile 10, 11, 138 ve 153 üncü maddelerinde yer alan ilke ve kurallarına aykırılığı;

a) Anayasanın Başlangıç Hükümlerine Aykırılık:

Anayasanın başlangıç bölümünde yer alan beşinci bendinde "... ege-menliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu Millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiç bir kişi veya kuruluşun bu Anayasa'da... belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı", sekizinci bendinde ise "Her Türk vatandaşının bu Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince sahip olduğu" şeklindeki ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Zira 21.3.1995 gün ve 22234 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan 9.3.1995 gün ve 4087 sayılı Kanunun dava konusu ettiğimiz maddelerinde yer alan hükümlerle yapılan düzenlemelerle Hakim ve Savcılık Mesleğinde yerleşmiş bulunan hizmet içinde yetiştirme ve kariyerde ilerleme, avukatlar lehine bozulmakta ve yargı eğitimiyle hiç bir alakası bulunmayan ve Türkiye ve Ortadoğu Amme idaresince uygulanan kamu yönetimi programları da yeni bir ayrıcalık getirmekle 4087 sayılı Kanunun dava konusu yaptığımız hükümlerinin Anayasanın bu temel ilkelerine açıkça aykırılık teşkil ettiği ve iptali gerektiği düşünülmektedir.

b) Anayasanın 10 ve 11 inci Maddelerine Aykırılık :

Anayasanın 10 uncu maddesinde "Herkes... ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır."; 11 inci mad-

desinde "Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ... bağlayan hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olmaz." hükmü yer almaktadır.

Anayasanın bu kurallarına rağmen mezkûr kanunun dava konusu ettiğimiz madde ve fıkralarında yer alan hükümlerini, yaratacağı adaletsizlikler, eşitsizlikler ve taşıdığı imtiyazlı, düzenlemeler sebebiyle Anayasa kurallarıyla bağdaştırmak mümkün görülmemekle Anayasanın 10 ve 11 inci maddelerine aykırı olmakla iptali gerektiği düşünülmektedir.

Zira 4087 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeler bir yandan kariyer bir meslek olan hakim ve savcılık mesleğine gönül vererek mezuniyetlerini müteakip usulü dairesinde bu mesleğe girenlere kıyasla; Hakimlik veya Savcılık için açılan sınavlarda başarılı olamadıkları için veya özel tercihleri sebebiyle Avukat mesleğini seçenlere, sonradan şu veya bu sebeple hakimlik veya savcılık mesleğine geçmek isteyenlere, imtiyaz tanıdığı gibi hemen hemen neredeyse yaş sınırını da subjektif bazı sebeplere binaen ortadan kaldırmakla birlikte birinci sınıfa ayrılmak için memleketin belirli bölgelerinde belli sürelerle hizmet vermeyi de avukatlar lehine ortadan kaldırmaktadır. Öte yandan kamu yönetiminde uzmanlık programı uygulayan Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü programını hakimlik mesleğiyle bir tutmak suretiyle fiilen hakimlik veya savcılık yapanlar aleyhine bir düzenlemeyi Anayasanın eşitlik ve kanunların Anayasaya uygunluğu ilkesiyle bağdaştırmak mümkün görülmemektedir.

c) Anayasanın 138 ve 153 üncü Maddelerine Aykırılık :

Anayasanın 138 inci maddesinin dördüncü fıkrasında "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır..." ve 153 üncü maddesi de "Anayasa Mahkemesi kararları kesindir... Anayasa Mahkemesi kararları... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını... bağlar." hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin, daha önce bir çok defa Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık sebebiyle vermiş bulunduğu müesses iptal kararları muvacehesinde dava konusu edilen hükümlerde yine Anayasanın yukarıda arz edilen 138 ve 153 üncü maddelerinde yer alan ilke ve kurallara aykırı olduğu ve bu yönüyle de iptali gerektiği düşünülmektedir.

Sonuç ve İstem:

21 Mart 1995 tarihli ve 22234 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan "9.3.1995 tarihli ve 4087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanunun";

a) Çerçeve birinci maddesiyle değiştirilen, 2802 sayılı Kanununun 32 inci maddesinin ikinci fıkrasında geçen "... Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarıyla bitirenler için dokuz..." ibaresinin,

b) Çerçeve ikinci maddesiyle; değiştirilen, 3803 sayılı Kanununun 39 uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile iki ve üçüncü fıkralarının

c) Çerçeve üçüncü maddesiyle değiştirilen, 2802 sayılı Kanununun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki "tamamı" ibaresinin,

d) Çerçeve beşinci maddesiyle 2802 sayılı Kanuna eklenen geçici 8, 9, 10 ve 11 inci maddelerinin,

e) Geçici birinci ve üçüncü maddelerinin,

İptal gerekçelerimiz bölümünde açıklanan sebeplerle Anayasanın başlangıç bölümünün 5 inci ve 8 inci bentlerinde yer alan ilkelerle 10, 11, 138 ve 153 üncü maddesine aykırı bulunması sebebiyle:

- 1- Dava konusu kadar uygulamasının (yürütmenin) durdurulması,
- 2- Anayasaya aykırı olan bu hükümlerinin iptali,

İsteminden ibaret olup Anamuhalefet Partisi (Anavatan Partisi) Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu adına bu istikamette karar verilmesini arz ve talep ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

9.3.1995 günlü, 4087 sayılı Yasa ile değiştirilen ve geçici maddeler eklenen 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın iptali istenilen sözcüklerini içeren kimi maddeleri ile 4087 sayılı Yasa'nın geçici 1, ve 3. maddeleri şöyledir.

1- "MADDE 32.- ...

b) Hakimlik ve savcılık mesleğinde on yılını doldurmak,

Meslekleriyle ilgili lisansüstü öğrenim (Master) yapmış olanlarla Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarıyla bitirenler için dokuz, meslekleriyle ilgili öğrenim dallarında doktora yapanlar için sekiz yıllık meslek kıdemli, birinci sınıfa ayrılmada yeterli sayılır."

2- "MADDE 39.- ...

b) Mesleklerinde en az üç yıldan beri eylemli olarak çalışan, mesleğe kabulde aranan şartlara sahip olup yeterlik sınavının yapıldığı yılın ocak ayının son günü itibarıyla kırk yaşını bitirmemiş olan avukatlardan; Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Ku-

rule tarafından yapılacak mülakatta başarı gösteren avukatlar arasından avukatlıkta geçen süresinin tamamı fiilen meslekte geçmiş gibi sayılarak ve görevin gerektirdiği yasal koşulları göz önünde bulundurularak girebilecekleri sınıf ve derecedeki adli ve idari yargı hakimlik ve savcılık mesleğine kabullerine,

Karar verilebilir.

Avukatlık mesleğinden atanacaklar için yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile mülakatın usul ve esasları yönetmelikle gösterilir.

Bu Kanununun 9 ve 40 inci maddelerinin ikinci fıkralarına ve bu maddeye göre avukatlıkta geçen sürenin tamamı ile bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ve 40. maddesinin ikinci fıkrasına göre doçentlik veya profesörlükte geçirilen sürelerin tamamı birinci sınıfa ayrılma ve her türlü yükselmeye nazara alınır. Ancak bu madde ile 40. maddenin ikinci fıkrasına göre avukatlıktan mesleğe atanmalar, atandıkları tarihte 32 nci maddede yazılı koşulları haiz olsalar bile, bunların birinci sınıfa ayrılabilmesi için atandıkları tarihten itibaren bir terfi dönemi fiilen meslekte çalışmaları zorunludur.⁴

3- "MADDE 9.- ...

Yukarıdaki maddede belirtilen niteliklere sahip olup, yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösterenler, başarı derecelerine göre sıraya konularak Adalet Bakanlığınca önceden belirlenen ihtiyaç sayısına, daha önce başka görevlerde kadro, maaş ve derece yönünden iktisap etmiş oldukları haklar nazara alınmak suretiyle lisans, master ve doktora öğrenim durumlarına göre Devlet memuriyetine giriş derece ve kademesiyle veya bu derecelerden aşağı olmamak şartıyla müktesep olarak almış oldukları derece ve kademeyle adaylığa atanırlar. Bu atamada, daha önce serbest avukatlık yapmış olanların avukatlıkta geçen sürelerinin tamamı değerlendirilir. Bu sıraya göre ihtiyaç sayısınca atanmaların dışında kalanlar bir hak iddia edemezler..."

4- "GEÇİCİ MADDE 8- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 9, 39, ve 40 inci maddelerine göre hakimlik ve savcılık mesleğine girmiş bulunanlar hakkında da 39 uncu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır.

Bu durumda olanlardan, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilmiş olan hakim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılma tarihleri de 39 uncu maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre düzeltilir."

5- "GEÇİCİ MADDE 9- Halen görevde bulunan hakim ve savcılar hakkında da 32 nci maddenin değişik birinci ve ikinci fıkrası hükümleri uygulanır.

Bu durumda olanlardan, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilmiş olan hakim ve savcılar ile meslekte fiilen on yılını dolduran ve birinci sınıf incelemesine tabi tutulacak hakim ve savcıların bu tarihten geçerli olmak üzere birinci sınıfa ayrılma tarihleri de 32 nci maddenin birinci ve ikinci fıkrası hükmüne göre düzeltilir."

6- "GEÇİCİ MADDE 10- Kendi Kanunlarında değişiklik yapıncaya kadar bu Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce mesleğe girmiş ve halen görevde bulunan askeri hakimler, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanununun 15 inci maddesinde belirtilen diğer koşulları taşımak kaydıyla askeri hakimlik mesleğinde 10 hizmet yılını doldurdıkları ve binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf askeri hakimliğe geçirilirler. Daha önceki tarihler itibarıyla bu şartları taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemleri; birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri tarihe göre düzeltilir."

24 Mayıs 1989 tarihinden önce mesleğe girmiş ve halen görevde olan askeri hakimler, 357 sayılı kanunun 15 inci maddesindeki süre kaydına bakılmaksızın bu Kanundaki diğer koşulları taşımak kaydıyla, binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf askeri hakimliğe geçirilirler. Daha önceki tarihler itibarıyla bu şartları taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemleri, birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri tarihe göre düzeltilir."

7- "GEÇİCİ MADDE 11- Geçici 8, 9 ve 10 uncu maddelere göre birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilenler ile birinci sınıfa ayrılma tarihleri düzeltilenler, geçmişe yönelik olarak mali hak isteminde bulunamazlar."

8- "GEÇİCİ MADDE 1- Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde başvurma kaydıyla, başvuru tarihinde ellibeş yaşını bilmemiş olan avukatlar arasından 2802 sayılı Kanunun 39. maddesindeki esas ve usule göre atama yapılabilir."

9- "GEÇİCİ MADDE 3- Bu kanunda öngörülen yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde çıkartılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

İptal gerekçesinde dayanılan Anayasa kuralları şunlardır:

1- Başlangıç'ın ilgili paragrafları:

"Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmağa yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı;"

"Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve

hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;"

2- "MADDE 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

3- "MADDE 11- Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır."

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz."

4- "MADDE 138- Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa kanna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler."

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görümekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

5- "MADDE 153- Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz."

Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.

Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi, İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırılabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçmez.

İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.

İptal kararları geriye yürümez.

Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar."

C- İlgili Anayasa Kuralları

İlgili Anayasa kuralları şunlardır:

1. "MADDE 139- Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri iş-temedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayırlamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır."

2- "MADDE 140- Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülür.

Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.

Hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Hakimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askeri hakimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.

Hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar.

Hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar.

Hakim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar, hakimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tabidirler. Bunlar, hakimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hakimler ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar."

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi içtüzüğü uyarınca Yekta Güngör ÖZDEN, Yılmaz ALİFENDİOĞLU, İhsan PEKEL, Selçuk TÜZÜN, Ahmet N. SEZER, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Mustafa BUMİN, Sacit ADALI, Ali HÜNER ve Lütfi F. TUNCEL'in katılmalarıyla 30.5.1995 günü yapılan toplantıda, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğün durdurulması konusunda ek rapor hazırlamak üzere raportöre süre verilmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI

Yasa'nın uygulanmasından doğacak ve sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için esas hakkında verilecek kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar 4087 sayılı Yasa'yla değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin ve aynı maddenin üçüncü fıkrasının 9. maddesinin ikinci ve 40. maddesinin ikinci fıkralarında yapılan değişikliğin, geçici 8. maddenin, geçici 10. maddenin ikinci fıkrasının, 4087 sayılı Yasa'nın geçici 1. ve geçici 3. maddelerinin yürürlüğünün durdurulmasına 7.6.1995 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, iptali istenilen yasa kurallarıyla dayanılan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri, öbür yasama belgeleri okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Davacı, dava konusu 4087 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasının 2. maddesiyle değişik 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci ve üçüncü fıkralarının, 3. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin ikinci fıkrasındaki "tamamı" sözcüğünün, beşinci maddesiyle eklenen geçici 8., 9., 10. ve 11. maddeleri ile geçici 1. ve 3. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç'ının beşinci ve sekizinci paragrafları ile 10., 11., 138. ve 153. maddelerine aykırı olduğu savında bulunmuştur.

1- Dava Konusu Kuralların Anayasa'nın 153. maddesi yönünden incelenmesi.

Davacı, eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nce verilmiş bir çok iptal kararı bulunduğundan söz ederek dava konusu kuralların Anayasa'nın 153. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Başta Yasama Organı olmak üzere tüm organlar kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Kararlar gerekçeleriyle, yasama etkinliklerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, yasakoyucu, kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükleri farklı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık oluşturur.

Bir yasa kuralının Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilebilmesi için, iptal edilen önceki kuralla "aynı" ya da "benzer nitelikte" olması gerekir. Bunların saptanabilmesi için öncelikle, aralarında "özdeşlik" yani amaç, anlam ve kapsam yönlerinden benzerlik olup olmadığı incelenmelidir.

4087 sayılı Yasa ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nda değişiklik yapan kurallarla "aynı" veya teknik içerik ve kapsam bakımından benzerlik gösteren herhangi bir yasa kuralı için Anayasa Mahkemesi'nce verilmiş bir iptal kararı bulunmamaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık savı yerinde görülmemiştir.

2- 4087 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile Değişik 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasının incelenmesi.

a) Anlam ve Kapsam

4087 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın "Birinci Sınıfa Ayrılma Koşulları" başlıklı 32. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası değiştirilerek birinci sınıfa ayrılabilmek için hakimlik ve savcılık mesleğinde fiilen geçirilmesi gereken süre kısaltılmıştır. Bu değişikliğe göre, birinci sınıfa ayrılabilmek için hakimlik ve savcılık mesleğinde on yılını doldurmak yeterli görülmüş, ancak, bu süre meslekleriyle ilgili lisansüstü öğrenim (master) yapmış olanlarla Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsünü başarıyla bitirenler için dokuz, meslekleriyle ilgili öğrenim dallarında doktora yapanlar için de sekiz yıl olarak belirlenmiştir.

Başka bir anlatımla 32. maddenin birinci fıkrasının (b) bendindeki süre (12) yıldan (10) yıla indirildiğinden aynı maddenin ikinci fıkrasıyla da buna koşut düzenleme yapılmıştır.

b) Anayasa'nın 10 Maddesi Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, hakim ve savcı olarak görev yapanların birinci sınıfa ayrılabilmeleri için bu süre içinde iyi sicil almaları gerektiği halde master ve doktora yapanlarda bu koşulun aranmadığı TODAİE'nin uyguladığı kamu yönetimi uzmanlık programının hakimlik ve savcılık mesleği ile ilgisi bulunmadığı, ikinci gruba girenlerin diğerlerine göre daha kısa sürede birinci sınıfa ayrılmalarının ayrıcalık oluşturduğu, bu durumun da Anayasa'nın 10. maddesine aykırı düştüğü ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın iptali istenilen 4087 sayılı Yasa ile değişik 32. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin Anayasa'ya aykırılık durumunu irdelemeden önce master, doktora ve TODAİE'de yapılan öğrenimin niteliğine kısaca değinmek gerekir.

Adli yargı hakim ve savcısı olabilmek için Türkiye'deki hukuk fakültelerinin birinden mezun olmak veya yabancı bir hukuk fakültesini bitirdikten sonra Türkiye'deki hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden sınava katılarak başarı belgesi almak zorunludur.

İdari yargı hakim ve savcısı olabilmek için de hukuk ve hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye dallarında en az 4 yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği Millî Eğitim Bakanlığı'nca kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmak gereklidir. Bu durumda, adli ve idari hakim ve savcısı olabilmek için yasadaki öngörülen yüksek öğrenim dallarından "lisans eğitimi" yapmış olmak yeterlidir.

2547 sayılı Yüksek Öğretim Yasası'nın 3. maddesinin (t/1) nolu bendinde tanımlandığı gibi, "master", lisans öğretimine dayalı, eğitim-öğretim ve araştırmanın sonuçlarını ortaya koymayı amaçlayan bir yükseköğretimdir. Maddenin (t/2) bendinde de doktora "lisans dayalı en az altı veya yüksek lisansa veya eczacılık veya fen fakültesi mezunlarınca Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından düzenlenen esaslara göre bir laboratuvar dalında kazanılan uzmanlığa dayalı en az dört yarı yıllık programı kapsayan ve orijinal bir araştırmanın sonuçlarını ortaya koymayı amaçlayan bir yükseköğretimdir" biçiminde tanımlanmıştır.

7163 sayılı Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Teşkilat Yasası'nın 1. maddesine göre de, Enstitü, kamu yönetiminin çağdaş anlayışa göre gelişmesine yararlı çalışmalar yapmak suretiyle yönetim sanatında eleman yetiştirmek ve memurların yönetsel alanda olgunlaşmasını sağlamak amacıyla kurulmuştur. Enstitüde öğrenim görebilmek için en az dört yıllık lisans eğitimi veren bir yüksek öğretim kurumunu veya bunlara denkliği ilgili makama onanmış yabancı ülkelerdeki benzerini bitirmek,

yükseköğrenimden sonra en az beş yıl kamu kesiminde eylemli olarak çalışmış olmak, son üç yıl olumlu sicil almak ve bu süre içinde uyarma ve kınama cezalarından daha ağır bir disiplin cezasıyla cezalandırılmamış olmak, programa başlandığı tarihte 45 yaşını geçmemiş bulunmak ve Enstitü'nün açtığı yeterlik ve yarışma sınavında başarılı olmak gerekir. Yasa'nın 15. maddesinde ise, Enstitü'yü bitirenlerin öğrenimde geçirdikleri sürenin memuriyet kıdemlerine sayılması ve bu sürenin bir katının ayrıca (bir seneden az olmamak üzere) kıdemlerine eklenmesi öngörülmektedir.

Hakim ve Savcılar ile hakim adayı iken master ve doktora öğrenimi yapacaklar veya TODAİE'de öğrenim görmek isteyenler 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 31. maddesi uyarınca Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun iznini almak zorundadırlar.

Doktora ve master yapanlar ile TODAİE'yi bitirenlerin, bilgilerinin ve uzmanlaşmış araştırmacı niteliklerinin artacağı kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında vurgulandığı gibi, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik uygulamaları gerekli kılabilir. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı hukuksal durumlar aynı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara, konuları kurullarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz. Eşitliği bozduğu ileri sürülen kural haklı bir nedene dayanmakta veya kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise, bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez.

TODAİE'yi bitiren hakim ve savcılarının diğer koşulları taşımaları halinde 9 yılda birinci sınıfa ayrılmasına olanak tanınmasında Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırı bir yön yoktur. İptal isteminin reddi gerekir.

3- 4087 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile değişik 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin "Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile" Sözcükleri Dışındaki Kısmı ilk Üçüncü Fıkrasının incelenmesi.

a) Anlam ve Kapsam

39. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin dava konusu kısmında, mesleklerinde en az üç yıldan beri eylemli biçimde çalışan ve mesleğe kabul için aranan koşulları taşıyıp yeterlik sınavının yapıldığı yılın ocak ayının son günü itibarıyla 40 yaşını bitirmemiş olan avukatlardan; yapılacak yeterlik sınavı ve mülakatta başarı sağlayanların görevin gerektirdiği yasal koşullar gözönünde bulundurularak adli ve idari yargı hakimliği ve savcılığına kabul edilebilecekleri öngörülmüştür. Üçüncü fıkrasında da, Yasa'nın 9. maddesi uyarınca adaylığa atananlarla 40. maddenin ikinci fıkrasına göre hakimlik ve savcılık mesleğinden kendi istekleri ile ayrılanlardan, ayrıldıktan sonra avukatlık yaparak yeniden mesleğe dönenlerin fiilen avukatlıkta geçirdikleri, bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ve 40. maddenin ikinci fıkrasına göre alınanların da doçentlik veya profesörlükte geçirdikleri sürelerin tamamının her türlü yükselmeye ve birinci sınıfa ayrılmada gözönünde tutulacağı ancak bu madde ile 40. maddenin ikinci fıkrasına göre avukatlıktan mesleğe atanmışlar, atandıkları tarihte 32. maddede yazılı koşulları taşısalar bile, atandıkları tarihten itibaren bir terfi dönemini, (2 yıl) fiilen meslekte geçirilmeden birinci sınıfa ayrılmayacakları belirtilmiştir.

Yasa tasarısının genel gerekçesinde, hakim ve savcı kadrolarındaki açığın staj yoluyla alınacaklarla karşılanmasının uzun zaman alacağı, belirtilerek bu açığın giderilmesinde öğretim üyeleri ile avukatlık mesleğinde yetişmiş hukukçulardan da yararlanılması amacıyla bu tasarının hazırlandığı, avukatlık mesleğinden geçecekler için öngörülen beş yıllık sürenin üç yıla indirildiği belirtilmiş, Yasa'daki avukatlıkta geçen sürenin üçte ikisinin hakimlik veya savcılık mesleğinde geçmiş sayılacağına ilişkin hüküm, "tamamı" olarak değiştirilmiştir. Ayrıca, avukatlıkta geçen sürelerin tamamının her türlü yükselmeye ve birinci sınıfa ayrılmada esas alınacağı ve koşullar elverse de bir terfi dönemi fiilen meslekte çalışmak gerektiği yolundaki kural da Komisyonunda eklenmiştir.

Yasa'da yapılan değişiklikten önce, mesleklerinde en az beş yıldan beri fiilen çalışmakta olup bilimsel güç ve ahlaki metanetleri ile tanınmış bulunan avukatlar, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 18.4.1983 gün ve 7 sayılı ilke kararı uyarınca 35 yaşını doldurmamış olmak koşulu ile Kurul tarafından yapılan mülakat sonucu hakimlik ve savcılık mesleğine kabul edilerek avukatlıkta geçirdikleri sürelerin üçte ikisi meslekte geçmiş gibi sayılarak girebilecekleri sınıf ve derecelerdeki adli veya idari yargı hakim ve savcılıklarına atanabiliyorlar ve bunların birinci sınıfa ayrılabilmesi, içinde Yasa'nın 32. maddesinde öngörülen diğer koşulların yanında (b) bendinde belirtilen süre kadar hakimlik ve savcılık mesleğinde çalışmaları gerekiyordu.

4087 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci ve üçüncü fıkralarında yapılan değişiklik sonucu, avukatlıktan hakimlik ve savcılık mesleğine geçiş için beş yıllık avukatlık yapma koşulu üç yıla indirilmiş, mesleğe kabul için aranan "bilimsel güç ve metanetleri ile tanınmış bulunmak" kriteri maddeden çıkarılmış, Yasa'da yer almamış olmasına karşın ilke kararı ile getirilen (35) yaş sınırı (40) olarak belirlenmiş, değişiklikten önce mevcut olmayan "yazılı yeterlik sınavı ve mülakatta başarılı olma" koşulları getirilmiş ve mesleğe kabulden sonra da avukatlıkta geçen sürenin "tamamı" her türlü yükselmeye ve birinci sınıfa ayrılmada değerlendirilmiştir.

b) Anayasa'nın 10. ve 11. Maddeleri Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, maddenin birinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkraları için özetle,

- Adaylıktan hakim ve savcılığa atanmaların, Atama ve Nakil Yönetmeliği hükümlerine göre her bölgede belli bir süre görev yapmaları zorunlu iken, avukatlıktan hakimlik ve savcılığa geçenlerin alt bölgelerde hizmet görmeden üst bölgelerde görev alabilecekleri;

- Hakim ve savcı adayları ile avukatlıktan mesleğe geçmek isteyenler için farklı sınav sistemleri getirildiği;

- Adaylığa kabul edilenlerde 35 yaş sınırı aranırken avukatlıktan geçenler için yaş sınırlarının 40 olarak belirlendiği;

- Avukatlıktan mesleğe alınanlar için 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin diğer bentlerinin nasıl uygulanacağı hususunda açıklık bulunmadığı;

- Bu düzenlemelerin avukatlıktan mesleğe geçenleri, mesleğe kabulde ve birinci sınıfa ayrılmada adaylıktan mesleğe alınanlara göre daha ayrıcalıklı duruma getirdiği;

İleri sürülerek anılan yasa kurallarının Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 10., 11. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ve iptali istenilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesiyle aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı, farklı hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulmasının ayrıcalık oluşturmayacağı kabul edilmiştir.

Yasa'nına 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile avukatlıktan hakimlik ve savcılık mesleğine geçişte kimi özel kurallar getirilmiştir.

2802 sayılı Yasa'ya göre hakim ve savcı adayı olabilmek için, yapılacak yazılı sınav ile mülakatta başarı göstermek ve mesleğe alınabilmek için de iki yıl staj yaparak başarı sağlamak zorunludur. Oysa, avukat stajyeri olabilmek için sınav koşulu öngörülmemiştir.

İki yıllık stajı başarı ile tamamlayan hakim ve savcı adayları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararı ile mesleğe kabul edildikten sonra atama ve nakil yönetmelikleri uyarınca alt bölgelerden başlayarak üst bölgelerde görev alabilmektedirler. Hakim ve savcılarının kademe ve derece yükselmesi yapabilmeleri, birinci sınıfa ayrılabilmesi kimi özel koşullara bağlıdır. Şöyleki, hakim ve savcılar yükselmeye engel yargı kararı ve disiplin cezası almamak koşuluyla ahlaki gidişleri, mesleki bilgi anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerde birikime neden olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, göreve bağlılıkları ve devamları, üst mercilerce ve müfettişlerce haklarında düzenlenen tezkiye fişleri ve hal kağıtları, Yargıtay veya Danıştay'ca verilen notları, örnek karar ve mütalaaları, mesleki eser ve yazıları gözönünde tutularak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca derece yükselmesine tabi kılınmakta ve yükselmeye ilişkin Kurul kararları da Resmi Gazete'de yayımlanmaktadır. Yükselmeye layık olmadıklarına karar verilen hakim ve savcılar için iki yıl sonra yeniden yükselme incelemesine bağlı kılınmaktadır. Bir derecede iki veya bir sınıfta üç kez yükselmeye layık görülmeyenler hakkında meslekte kalmalarının uygun olup olmayacağına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca karar verilmektedir. "Yer değiştirme cezası" almış olanlar, cezanın kesinleşmesini izleyen derece yükselmesi tarihinden itibaren iki yıl süre ile kademe ve derece ilerlemesi yapmamaktadırlar.

2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesi ile 33. maddesi uyarınca hazırlanarak Resmi Gazete'de yayımlanan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilke kararına göre, hakim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılabilmesi için yukarıda belirtilen koşullarla terfi ederek birinci derece maaşını fiilen almış olmalarının yanısıra meslek yaşamları boyunca aldıkları her yükselmeden geri (TG) iki adı terfi (2A), her mümtazen yükselme (C) iki tercihlil yükselme (2B) kabul edilerek yapılan değerlendirme sonucu yükselmelerin yarısından fazlasının tercihlil (B) olması ve son yükselmenin de adiyen (A) olmaması gerekmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 2. maddesinde, "avukatlığın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesine, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesine ve genellikle hukuk kurallarının tam olarak uygulanması hususunda yargı organları ve hakemlerle resmi ve özel kurul ve kurumlara yardım etmektir. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder." denilmektedir. Avukat olabilmek için gerekli koşullar da Yasa'nın 3. maddesinde belirtilmiştir.

Yukarıda açıklandığı gibi, hakim ve savcılarının mesleğe alınış biçimleri, meslekte ilerlemeleri ve bağlı oldukları mesleki kurallar avukatlardan

farklıdır. Farklı kuralları olan bu iki ayrı grubun mesleklerinde geçen süreleri eşdeğerde kabul ederek, avukatlıkta geçen sürenin tamamının hakimlik ve savcılıkta geçmiş gibi sayılması avukatlıktan mesleğe geçenleri diğerlerine göre ayrıcalıklı konuma getirmektedir. Bu nedenle birinci fıkranın (b) bendinin "Bakanlıkça yapılacak yeterlik sınavı ile" sözcükleri dışında kalan kısmı Anayasa'ya aykırıdır. iptali gerekir.

Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki gerekçeye Yekta Güngör ÖZDEN "... Bakanlıkça yapılacak yeterlik sınavı ... dışındaki bölümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığı", Lütfi F. TUNCEL ise "hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlar yönünden Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığı görüşüyle katılmamışlardır.

2802 sayılı Yasa'nın değişik 39. maddesinin üçüncü fıkrasında, Yasa'nın 9. ve 40. maddelerinin ikinci fıkraları ile 39. maddenin birinci fıkrasına göre atanmaların kendi mesleklerinde geçirdikleri sürelerin tamamının her türlü yükselme ve birinci sınıfa ayrılımda nazara alınacağına öngörülmesi nedeniyle, Yasa'da sayılan kademe ilerlemesi, derece yükselmesi ve birinci sınıfa ayrılmaya ilişkin öteki koşullar avukatlıktan hakimlik ve savcılığa alınanlar için aranmayacaktır. Hakimlik ve savcılıktan ayrılarak avukatlık, doçentlik ve profesörlük yaptıktan sonra yeniden mesleğe alınanların da bu görevlerdeki süreleri aynı şekilde değerlendirilmektedir. Bunlardan avukatlık hizmeti yapanların birinci sınıfa ayrılabilmesi için sadece bir terfi dönemi (2 yıl) hakimlik ve savcılık yapımları yeterli sayılmıştır.

2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinde birinci sınıfa ayrılmanın koşul ve yöntemleri gösterilmiştir. Maddeye göre birinci sınıfa ayrılabilmek için, birinci dereceye yükselmek, bilimsel güç ve yeteneği ile hizmet ve meslekteki başarısına göre emsal arasında temayüz etmiş olmak, yer değiştirme cezası almamak, kınama, kademe ilerlemesinin durdurulması veya derece yükselmesinin durdurulması cezalarını aynı neviden olmasa bile birden fazla almamış olmak, mesleğin vakar ve onuruna dokunan veya kişisel haysiyet ve itibarını kıran veya görevle ilgili herhangi bir suçtan affa uğramış olsa bile hüküm giymemek gerekmektedir.

Adaylık yoluyla hakim ve savcılığa girenler için 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinde sayılan öteki koşulların yanında "hakimlik ve savcılık mesleğinde on yılını doldurmak" koşulunun da aranmasına karşın, 39. maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, avukatlıktan hakimlik ve savcılığa geçenlerde bu bekleme süresinin iki yıla indirilmesi, doçentlik ve profesörlükten gelenlerde ise birinci sınıfa ayrılabilmek için hiçbir süre öngörülmemesi bunlar için ayrıcalık teşkil etmekte olup böyle bir ayrıcalık getirmeyi haklı kılacak bir neden de bulunmamaktadır.

4087 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin üçüncü fıkrası Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Yekta Güngör ÖZDEN "... birinci sınıfa ayrılma ... dışındaki bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığı", Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ve Lütfi F. TUNCEL de "hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla üniversite doçent ve profesörleri yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı" görüşleriyle bu gerekçeye katılmamışlardır.

c) Anayasa'nın Başlangıcı ile 138. Maddesi Yönünden İnceleme

Anayasa'nın Başlangıcı'nın üçüncü paragrafında, egemenliği millet adına kullanan hiçbir kişi ve kuruluşun Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı, altıncı paragrafında da, her Türk vatandaşının Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereğince yararlanarak maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinde de, "mahkemelerin bağımsızlığı" "hakim teminatı" ve "yargı kararlarının bağlayıcılığı" ilkelerine ilişkin ilkelere yer verilmiştir.

Dava konusu 39. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin incelenen kısmı ile üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıcı ve 138. maddesiyle ilgili görülmemiştir.

4- 4087 sayılı Yasa'nın 2. Maddesi ile Değişik 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan "Bakanlıkça Yapılacak Yazılı Yeterlik Sınavı ile" Sözcüklerinin Anayasa'nın 138., 139., 140., ve 159. Maddeleri Yönünden İncelenmesi.

39. maddenin (b) bendinin incelenen kısmında, maddede sayılan koşulları taşıyan avukatların hakimlik ve savcılık mesleğine kabulleri için gerekli yeterlik sınavının "Bakanlıkça" yapılacağı belirtilmiştir.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. İstemle bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçelerle de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, maddenin ikinci fıkrası Anayasa'nın 138., 139., ve 140. ve 159. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Hakimlerin görevlerini yapabilmeleri için bağımsızlığa ve güvenceye sahip olmaları gerekir. Bu bağlamda Anayasa'nın 9. maddesinde "Yargı yetkisi" Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" denilmektedir. Ha-

kimlerin bağımsızlığı, kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle, demokratik ülkelerin tümünde hakim bağımsızlığı kabul edilmiş ve güçler ayrımı ilkesinin doğal bir sonucu olarak bu bağımsızlık öncelikle yasama ve yürütme organlarına karşı güvenceye bağlanmıştır.

Hakimlerin bağımsızlığı, onların kararlarını verirken özgür olmaları, her türlü kaygıdan maddi ve manevi baskı ve etkiden uzak bulunmaları ile mümkündür. Hakimlerin yasama ve yürütmeye karşı bağımsızlığını sağlayabilmek için Anayasa'da çeşitli önlemler getirilmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinde "mahkemelerin bağımsızlığı" 139. maddesinde "hakimlik ve savcılık teminatı" 140. maddesinde de "hakimlik ve savcılık mesleği"ne ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır.

Anayasa'nın 138. maddesinde, "Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" denilmek suretiyle hakimlerin bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiş ve böylece yasakoyucu, hakimlerin bağımsızlığına aykırı yasa koymaktan yasaklanarak (Anayasa Md. 11) hakimlerin bağımsızlığı yasakoyucuya karşı da korunmuştur.

Anayasa'da bununla da yetinilmeyerek hakimlerin bağımsızlığını korumak için 139. maddede "hakim teminatı" kabul edilmiştir. Anayasa'nın 139. ve 140. maddelerinde, hakim ve savcıların özlük haklarına ilişkin yasalarda yer alması gereken ilkeler gösterilmiş ve böylece yasama organının bu ilkelere aykırı düzenlemeler yapması önlenmiştir. Bu hükümlerle hakimlerin, maddi ve manevi kuşkulardan ve her türlü etkilerden uzak tutularak, Anayasa'ya, yasalara ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vermeleri sağlanmak istenilmiştir.

Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında, hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasa ile düzenleneceği öngörülmüştür.

Öte yandan, Anayasa'nın 159. maddesinde belirtildiği gibi, "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "hakimlik teminatı" esaslarına göre görev yapmak üzere Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kurularak; adli ve idari yargı hakim ve savcılarının mesleğe kabulü, atanması, geçici yetki verilmesi, yükselme ve birinci sınıfa ayrılması, kadro dağıtılması, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verilmesi, disiplin cezası verilmesi ve görevden uzaklaştırma işlemleri hakkında karar verilmesi bu Kurul'un görevleri arasında sayılmıştır.

Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre hakim veya

savcılığa alınacak avukatların yeterlik sınavı, Bakanlıkça oluşturulan komisyon tarafından yapılacak; bu sınavda başarılı olanların mülakatları Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yapılarak mesleğe kabullerine karar verilecektir.

Nitelik saptamadan mesleğe kabul kararı verilemeyeceğine göre, hakim ve savcılarının nitelikleri, mesleğe kabulden önceki dönemde, yani, adaylığa atanma ve adaylık süresi içinde belirlenecektir. Bu nedenle, hakim ve savcılarının diğer özlük haklarının yanısıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 140. maddesinde belirtilen "hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları" ile 159. maddesindeki "adli ve idari yargı hakim ve savcılarının mesleğe kabulü ve atanması"nın "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "hakimlik teminatı" esaslarına göre yürütüleceği yolundaki kuralın adaylığa kabul dönemini de kapsadığını kabulü gerekir. Anayasa, hakimlik ve savcılık mesleğine verdiği özel önemin gereği olarak bu mesleğe girecekleri adaylığa alınıp ve adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturmak istemektedir. Bu da hakimlik ve savcılık mesleğine girmek isteyenlerin (ister adaylıktan, isterse avukatlıktan geçiş yoluyla olsun) yeterlik sınavlarının yürütmenin etkili olamayacağı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenecek bir sınav kurulu tarafından objektif ölçme ve değerlendirme esaslarına göre yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Yasa'da belirlenen biçimde Bakanlıkça yapılacak bir yeterlik sınavı öncelikle hakimlik ve savcılık mesleğine alınacakların yürütme organına karşı bağımsızlığını gölgelemektedir. Ayrıca, mensubu olduğu partinin siyasal görüşünü gerçekleştirmek zorunda olan bir bakana hiyerarşik olarak bağlı olan bakanlık yöneticilerinin yaptıkları yeterlik sınavı sonucu mesleğe alınacak avukatların kendilerini her türlü maddi ve manevi etkilerden uzak ve özgür hissetmeleri zorlaşacaktır. Onlar hakimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşıyabilirler bile kamu vicdanında daima tarafsızlıkları konusunda kuşku duyulacaktır. Bu durum ise, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatını düzenleyen Anayasa'nın 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırılık oluşturur. Dava konusu "Bakanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı" sözcüklerinin iptali gerekir.

5- 2802 sayılı Yasa'nın 39. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Yasa'nın 39. maddesinin ikinci fıkrasında avukatlıktan hakimlik ve savcılık mesleğine atanacaklar için yapılacak yazılı yeterlik sınavında başarılı olanlar Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yapılacak mülakata katılma hakkını kazanacaklardır.

Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "Ba-

kanlıkça yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile" sözcükleri için açıklanan iptal gerekçeleri maddenin ikinci fıkrası için de aynen geçerli olduğundan, bu fıkranın da Anayasa'nın 138., 139., 140. ve 159. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali gerekir.

6- 4087 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasındaki "tamamı" sözcüğünün incelenmesi.

2802 sayılı Yasa'nın 26.3.1983 tarihinde yürürlüğe giren 9. maddenin değişiklikten önceki ikinci fıkrasına göre, adaylığa atanmadan önce başka görevlerde bulunanların, önceki kadro maaş ve derecelerine bakılmaksızın öğrenimlerine göre devlet memurluğuna ilk girişteki derece ve kademeleri ile 276 sayılı KHK'nin 4. maddesi ile fıkra yapılan değişiklik sonucu da, adaylığa atanmadan önce başka görevlerde bulunanların, kazandıkları derece ve kademeleriyle avukatlıktan gelenlerin ise avukatlıkta geçen sürelerinin üçte ikisi intibakta değerlendirilerek adaylığa atanırken 4087 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle, bu fıkra yer alan "üçte ikisi" ibaresi "tamamı" olarak değiştirilerek avukatlıktan adaylığa atanmaların avukatlıkta geçirdikleri sürenin tamamı, hakimlik ve savcılık kıdeminden sayılmıştır.

657 sayılı Yasa'nın 36/c-3 maddesinde özel sektörden veya serbest meslekten memuriyete geçenlerin geçmiş hizmet sürelerinin dörtte üçünün memuriyette geçmiş sayılacağı öngörülmüşken, 2802 sayılı Yasa'da yapılan değişiklik sonucu, serbest avukatlıkta geçen sürelerin tamamının intibakta değerlendirilmesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

Lisans ve lisansüstü (master) eğitimi yapmış olanların hakim ve savcı aday olabilmeleri için giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının son günü itibarıyla otuz, doktora eğitimini tamamlamış olanların da otuzbeş yaşını bitirmemiş olmalarının yanında 2802 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde yazılı diğer koşulları da taşımaları gereklidir. Adaylığa atandıktan sonra da, iki yıl süre ile staj yapmak zorunludur. Staj sırasında adaylar hakkında, görevi yapmada gösterilen kabiliyet, başarı ve göreve bağlılık ile ahlaki gidışlerine ilişkin bilgiyi içeren belgeler çalıştıkları daire amirleri tarafından düzenlenerek adayın bağlı olduğu adalet komisyonuna verilmektedir. Danıştay ve Yargıtay'da staj yapan adaylar için de staj sonunda çalışılan daire başkanlarının rapor düzenlenerek Adalet Bakanlığı'na gönderilmektedir. 2802 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin (c) bendine göre de, adaylık üsresi içindeki davranışlarında hakimlikle bağdaşmayacak tutumlarda bulunanlar ile göreve devamsızlığı olanlar ve bilgi ve iş yapma yeteneği bakımından yeterli olmadığı saptanan adayların adaylığına son verilmektedir.

Oysa serbest avukatlık yapabilmek için bir yıl staj yeterli olup, staj sonu

sınavı da yoktur. Ayrıca, baro levhasına yazıldıktan sonra da mesleğin ifası sırasında herhangi bir merciiden tezkiye fişi, not ya da başkaca bilgi veya belge de alınmamaktadır.

Yapılan düzenleme sonucu avukatlık yapmakta iken hakim ve savcı adaylığına atanmaların avukatlıkta geçirdikleri sürenin tamamı değerlendirilerek girecekleri derece ve kadroları bulunacaktır. Bu derece ve kademe almak suretiyle fiilen hakimlik ve savcılığa atanacaklardır. Bu nedenle de avukatlıkta geçirilen sürenin tamamının her türü yükselmeye ve birinci sınıfa ayrılmada değerlendirilmesi sonucu bu durumdakiler avukatlık yapmadan doğrudan adaylığa başlıyanlardan daha önce yükselme yapacaklar ve birinci sınıfa ayrılacaklardır. Başka bir anlatımla, hakim adaylığı ve hakimlikten gerek giriş ve gerekse çalışma koşulları bakımından tamamen farklı statüdeki avukatlıkta geçen sürenin tamamı değerlendirilerek avukatlıktan adaylığa girenler lehine imtiyazlı bir durum yaratılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa kuralı Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olup, iptali gerekir.

Yekta Güngör ÖZDEN bu görüşe katılmamıştır.

7- 4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya Eklenen Geçici 8. Maddenin incelenmesi

a) Anlam ve Kapsam

4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'na geçici 8., 9., 10. ve 11. maddeler eklenmiştir. Geçici 8. maddenin birinci fıkrasına göre, Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesi uyarınca aday olup staj yaparak mesleğe giren avukatlara, 39. maddeye göre doğrudan mesleğe giren avukat, doçent ve profesörlere veya 40. madde uyarınca hakimlik ve savcılık mesleğinden istekleriyle çekilenler ile emekli olduktan sonra avukatlık doçentlik veya profesörlük yapıp da tekrar mesleğe alınanlara aynı Yasa'nın değişik 39. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanacağı öngörülmektedir.

Geçici 8. maddenin ikinci fıkrasında da, bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce birinci fıkra belirtilen şekilde mesleğe giren hakim ve savcılardan birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilenlerin birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin değişik 39. maddenin üçüncü fıkrasına göre düzeltileceği belirtilmiştir.

Başka bir anlatımla, geçici 8. maddenin ilk fıkrasına göre, hakimliğe adaylık yoluyla veya doğrudan ya da hakimlikten ayrıldıktan sonra yeniden girenlerin avukatlık, doçentlik veya profesörlükte geçirdikleri sürelerin

tamamı her türlü yükselmeye ve birinci sınıfa ayrılmaya değerlendirecek, ikinci fıkrasına göre de, 4087 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden önce bu türlü görevlerde bulunup da birinci sınıfa ayrılmış olanların bu görevdeki sürelerinin tamamı değerlendirilerek birinci sınıfa ayrılmaları gereken tarih yeniden belirlenecektir. Böylece bu tarih geriye doğru çekilecek düzeltme yapılacaktır.

b) Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, başka mesleklerden hakimlik veya savcılığa girenleri doğrudan adaylık yoluyla mesleğe alınanlara göre daha üstün konuma getiren geçici 8. maddenin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

Geçici 8. maddede, 2802 sayılı Yasa'nın değişik 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkrasında getirilen kuralların aynısı bu Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce hakimlik ve savcılık mesleğine girenler için de getirildiğinden, 39. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi ile üçüncü fıkrasında yapılan değişiklik için açıklanan Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri bu madde için de geçerlidir. Geçici 8. madde Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesine aykırıdır. İptali gerekir.

Yekta Güngör ÖZDEN "birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin düzeltilmesi dışındaki bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığı", Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ve Lütfi F. TUNCEL "Hizmetli kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla üniversite doçent ve profesörleri yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı" görüşleriyle bu gerekçeye katılmamışlardır.

8. Geçici 9. Maddenin İncelenmesi

Maddenin birinci fıkrasında "Halen görevde bulunan hakim ve savcılar hakkında da 32. maddenin değişik birinci ve ikinci fıkrası hükümleri uygulanır" denilmektedir. Buna göre, halen görevde bulunan hakim ve savcılardan master yapanlar ile TODAİE'yi bitirenler 9, doktora yapanlar 8 yıllık meslek kıdemine ile 32. maddede sayılan öteki koşullara da sahip olmaları halinde birinci sınıfa ayrılma işlemine bağlı tutulacaklardır.

Yasa'nın geçici 9. maddesinde, 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılmak için getirilen kuralların, halen görevde bulunan hakim ve savcılara da uygulanacağı öngörüldükten sonra, önceden birinci sınıfa ayrılmış olan hakim ve savcılarının ise birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin yeni kurallara göre düzeltilmesi meslekte fiilen on yılını doldurmuş olanlar hakkında birinci sınıf incelemesi yapılacağı, fiilen on yılını doldurmuş olanların da bu süre tamamlandığında birinci sınıfa ayrılma işlemine bağlı tutulacağı belirtilmiştir.

Birinci sınıfa ayrılabilme için fiilen meslekte geçirilmesi gereken süre 2556 sayılı Hakimler Yasası'nın yürürlüğe girdiği 14.7.1934 tarihinde oniki yıl olarak saptanmışken, 2556 sayılı Yasa'nın 47. maddesinde 6.4.1955 günlü, 190 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile yapılan değişiklikle bu süre on yıla indirilmiştir. Daha sonra 2556 sayılı Yasa'yı 26.2.1983 günü yürürlükten kaldıran 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 32. maddesinin (b) bendi ile, birinci sınıfa ayrılabilme için meslekte oniki yılı doldurmak koşulu yeniden getirilmiş, 4087 sayılı Yasa ile 32/b maddesinde yapılan ve 21.3.1995 günlü değişiklikle de bu süre yeniden on yıla indirilmiştir. Görüldüğü gibi hakim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılmaları için meslekte geçirmeleri gereken en az süre kimi dönemlerde oniki, kimi dönemlerde de on yıl olarak belirlenmiştir.

Yasa'nın geçici 9. maddesinde, 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılmak için getirilen kuralların görevde bulunan hakim ve savcılara da uygulanacağı öngörülmüş, önceden birinci sınıfa ayrılmış olan hakim ve savcılarının ise birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin yeni kurallara göre düzeltilmesi, meslekte fiilen on yılını doldurmamış olanların da bu süre tamamlandığında birinci sınıfa ayrılma işlemine bağlı tutulacağı belirtilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında "bu durumda olanlardan, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilmiş olan hakim ve savcılar ile meslekte fiilen on yılını dolduran ve birinci sınıf incelemesine tabi tutulacak hakim ve savcılarının bu tarihten geçerli olmak üzere birinci sınıfa ayrılma tarihleri de 32 nci maddenin birinci ve ikinci fıkrası hükmüne göre düzeltilir" denilmektedir. Buna göre halen görevde bulunan hakim ve savcılardan master yapanlar ile TODAİE'yi bitirenler 9, doktora yapanlar 8 yıllık meslek kıdemine ile 32. maddede sayılan diğer koşullara da sahip olmaları halinde birinci sınıfa ayrılma işlemine bağlı tutulacaklardır.

Dava konusu Yasa hükmü ile, birinci sınıfa ayrılabilme için 32. maddede öngörülen oniki yıllık bekleme süresinin on yıla indirilmesi sonucu ortaya çıkacak haksızlıkların giderilmesi amaçlanmıştır. Yani, oniki yıl esasına göre birinci sınıfa ayrılanların on yılı aşan süreleri değerlendirilerek on yıl esasına göre ayrılanlarla eşit konuma getirilmek istenilmiştir. Bu nedenle Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesinin gerçekleştirilmesi için getirilen bu yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez. İptal isteminin reddi gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ve Ali HÜNER bu görüşe katılmamıştır.

9- Geçici 10. Maddenin İncelenmesi

a) Birinci Fıkrasının İncelenmesi

aa- Anlam ve Kapsamı

Geçici 10. maddede kendi yasalarında değişiklik yapıncaya kadar askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılma esasları yeniden düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrası ile askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılmalarında aranılan rütbe ve hizmet yılında değişiklik yapılarak halen görevde bulunanlar için meslekte on yılını doldurdıkları ve binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf hakimliğe geçiş olanağı getirilmiştir. Değişiklikten önce askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılabilmesi için kıdemli binbaşı rütbesine gelebilmeleri ve askeri hakimlikte oniki yılını doldurmaları gereklyken bu fıkra ile yapılan değişiklikle rütbe binbaşılığa, süre de on yıla indirilmiştir. Fıkranın son cümlesinde de birinci sınıfa ayrılan askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin bu değişiklik uyarınca düzeltilmesi öngörülmüştür.

bb- Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme

Dava konusu Yasa hükmü ile, askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılmaları için gereken oniki yıllık sürenin on yıla, rütbenin de binbaşılığa indirilmesi nedeniyle önceki tarihler itibariyle bu koşulları taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemlerinin birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri bu tarihe göre düzeltileceği öngörülmüştür.

Birinci sınıfa ayrılabilmek için meslekte doldurulması gereken sürenin takdiri yasakoyucuya ait olup, bu sürenin on yıla indirilmesi sonucu ortaya çıkacak haksızlıkların giderilmesi amacıyla dava konusu yasa kuralı getirilmiştir. Başka bir anlatımla, oniki yıl esasına göre birinci sınıfa ayrılan askeri hakimlerin on yılı aşan süreleri değerlendirilerek 10 yıl esasına göre birinci sınıfa ayrılacakla eşit konuma getirilmek istenilmiştir. Bu nedenle, Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesinin gerçekleştirilmesi için getirilen bu yasa hükmünün Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı söz konusu değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI ve Ali HÜNER bu görüşe katılmamışlardır.

b) İkinci Fıkrasının İncelenmesi

aa- Anlam ve Kapsam

İkinci fıkra ile 357 sayılı Askeri Hakimler Yasası'nın 15. maddesinde öngörülen birinci sınıfa ayrılma koşullarında değişiklik yapılarak 24.5.1989 tarihinden önce mesleğe üsteğmen veya yüzbaşı rütbesinde giren askeri hakimlerin 357 sayılı Yasa'nın 15. maddesindeki süre kaydına bakılmaksızın diğer koşulları taşımak kaydıyla, binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf askeri hakimliğe geçirilecekleri öngörülmüştür. Bu koşulu daha

önceki tarih itibariyle taşıyanların birinci sınıfa ayrılma işlemleri de birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri tarihe göre düzeltilecektir.

bb- Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünde İnceleme

357 sayılı Askeri Hakimler Yasası'nın 2. maddesine göre askeri hakim ve savcı ihtiyacı:

- Muvazzaf subay olan isteklilerden, üniversitelerce aranıyorsa, hukuk fakültelerine giriş sınavlarını veya testlerini kazananlardan bu fakültele gönderilip öğrenimlerini başarı ile bitirenler,

- Askeri liseleri bitirerek harp okullarına kabul olunan isteklilerden, üniversitelerce aranıyorsa, hukuk fakültelerinin giriş sınavlarını veya testlerini kazananlardan bu fakültele gönderilip öğrenimlerini başarı ile bitirenler,

- Kitada başarı göstermiş ve bir hukuk fakültesini bitirmiş bulunan yedek subaylardan askerlik görevleri sırasında istemde bulunanlar,

- Üsteğmen veya yüzbaşı rütbesinin ilk üç yılında bulunan Harp Okulu mezunu subaylardan kendi hesabına hukuk fakültesini bitirenler,

- Kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren kadınlardan istemde bulunanlar

- Liseleri bitirerek hukuk fakültelerine devam hakkını kazanmış olanlar ile hukuk fakültelerinde okudukları sınıfları başarı ile bitirenlerden lüzum ve ihtiyaç duyulduğunda askeri öğrenciliğe kabul edilip, öğrenimlerini tamamlayanlarda karşılanmaktadır.

926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Yasası'nın 30. maddesine göre, rütbelerde bekleme süresi teğmenlikte (3) üsteğmenlikte ve yüzbaşılıkta (6) yıldır.

Bu duruma göre, teğmen rütbesiyle askeri hakimliğe başlayanlar onbeş yılda binbaşılığa yükselebileceklerinden birinci sınıfa ayrılabilmek için 357 sayılı Yasa'nın 15. maddesinde öngörülen "askeri hakimlik hizmetinde en az (12) yılını doldurmuş olmak" koşulunun bunlar için önemi bulunmamaktadır. bu sürenin, 4087 sayılı Yasa'nın geçici 10. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yasalarında değişiklik yapıncaya kadar on yıla indirilmiş olması bunlara bir yarar da sağlamamaktadır. Oysa, yüzbaşı rütbesinin üçüncü yılında hukuk fakültelerini bitirerek askeri hakimliğe başlayanlar üç yıl sonra binbaşı rütbesine gelebileceklerinden 4087 sayılı Yasa'nın geçici 10. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen "askeri hakimlik mesleğinde on hizmet yılını" doldurma koşulu bunlar yönünden gerçekleşmediği halde ikinci fıkra ile getirilen ayrıntı kural nedeniyle 357 sayılı Yasa'nın 15. maddesinde öngörülen bekleme süresine bağlı olmaksızın birinci sınıfa ayrılacaklardır. Daha önceki tarihler itibariyle bu koşulları taşıyanların bi-

rinci sınıfa ayrılma işlemleri de birinci sınıfa ayrılmayı hak ettikleri tarihe göre düzeltilcektir.

Yukarıda açıklandığı gibi 4087 sayılı Yasa'nın geçici 10. maddesinin ikinci fıkrası iki ayrıcalık getirmektedir. İlki askerî hakimliğe farklı rütbelerde başlayanlardan yüksek rütbede başlayanlar lehine olanıdır. İkincisi de 24 Mayıs 1989 tarihinden önce mesleğe girmiş olanlarla bu tarihten sonra alınanlar arasında haklı bir neden olmadan yaratılan eşitsizliktir.

Bu nedenle geçici 10. maddenin ikinci fıkrası Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

10- Geçici 11. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Yasa'nın 11. maddesinin Anayasa'nın başlangıç'ının beşinci ve sekizinci paragrafları ile 10., 11., ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istenilmektedir.

Geçici 11. maddede, "Geçici 8., 9., ve 10. maddelere göre birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilenler ile birinci sınıfa ayrılma tarihleri düzeltilenler, geçmişe yönelik olarak mali hak isteminde bulunamazlar" denilmektedir. Bu kural ile geçici 8., 9. ve 10. maddelerin uygulanması sonucu ortaya çıkan durum nedeniyle geriye yönelik hak isteminde bulunulamayacağı öngörülmektedir.

Yasalarda yer alan intibak hükümleri, kamu görevlilerinin maaş ve ücretlerinin belirlenen yeni esaslara göre düzenlenmesini ve görevlilerin belirli tarih itibarıyla yeni düzenlemeye intikallerini sağlayan hükümler olup, kural olarak Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği tarihte hukuki sonuç doğururlar. İntibak hükümlerinin geriye yürür biçimde mali haklar sağlayabilmesi için yasalarda bu hususta bir kural bulunması gerekir. Bu hususta geçici bir hükme yer verip vermeme bütçe olanakları ile sınırlıdır ve bunun takdiri de Yasama Organına aittir.

Maddenin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Öte yandan, geçici 11. maddenin Anayasa'nın Başlangıç'ı, 11. ve 138. maddeleri ile de ilgisi görülemez.

11- 4087 sayılı Yasa'nın Geçici 1. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, uzun süre serbest avukatlık yapanlardan elli beş yaşını doldurmaya bir veya birkaç ayı kalanların Sosyal Sigortalar Kurumu yerine T.C. Emekli Sandığından emekli olmasını sağlamak amacıyla bu kuralın getirildiği, bunun da Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

Geçici 1. madde ile, avukatlıktan hakimlik veya savcılık mesleğine geçmek isteyenlerin Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde

başvurmaları halinde, başvuru tarihinde elli beş yaşını bitirmemiş olmaları koşuluyla Yasa'nın 39. maddesine göre atanabilmelerine olanak tanınmıştır.

39. maddede, avukatlıktan hakimlik veya savcılığa atanacakların yeterlik sınavının yapılacağı yılın Ocak ayının son günü itibarıyla kırk yaşını bitirmemiş olmaları koşulu aranırken, geçici 1. madde ile de Yasa'nın yürürlüğünden itibaren bir yıl içinde başvuranlarda yaş sınırı elli beş olarak kabul edilmiştir.

2820 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin iptaline ilişkin bölümünde etraflıca açıklandığı gibi, hakim ve savcıların mesleğe alınış biçimleri, meslekte ilerlemeleri ve bağlı oldukları mesleki kurallar avukatlardan farklıdır. Farklı kuralları olan avukatların mesleklerinde geçirdikleri sürenin tamamının hakimlik ve savcılıkta geçmiş gibi sayılarak elli beş yaşını bitirinceye kadar hakimlik veya savcılığa alınmaları bunlar için getirilen bir ayrıcalık teşkil eder. Bu durum işe, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturduğundan geçici 1. maddenin iptali gerekir.

12- 4087 Sayılı Yasa'nın Geçici 3. Maddesinin İncelenmesi

2802 sayılı Yasa'nın 4087 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değişik 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, avukatlıktan hakimlik veya savcılığa geçmek isteyenlerin Bakanlıkça yapılacak yeterlik sınavı ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na yapılacak mülakatta başarı göstermeleri gerektiği; ikinci fıkrasında da yapılacak yazılı yeterlik sınavı ile mülakatın usul ve esaslarının yönetmelikte düzenlenmesi öngörülmüştür. Dava konusu geçici 3. maddeye göre de, söz konusu yönetmelik 4087 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde çıkarılacaktır.

2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "Bakanlıkça yapılacak yeterlik sınavı ile" sözcüklerinin iptaline ilişkin bölümde açıklandığı gibi, nitelik saptamadan mesleğe kabul kararı verilemeyeceğine göre, hakim ve savcılarının nitelikleri, mesleğe kabulden önceki adaylığa atanma ve adaylık sırasında belirlenecektir. Bu nedenle, hakim ve savcılarının diğer özlük haklarının yanısıra niteliklerinin de mahkemelerin bağımsızlığına ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasa ile düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 140. ve 159. maddelerinin adaylığa kabul dönemini de kapsadığının kabulü gerekir. Anayasa, hakimlik ve savcılık mesleğine verdiği özel önemin gereği olarak bu mesleğe girecekleri adaylığa alınış ve adaylık döneminden başlayarak güvenceye kavuşturmak istemektedir.

Yasa'da belirlenen biçimde Bakanlıkça yapılacak bir yeterlik sınavı öncelikle hakimlik ve savcılık mesleğine alınacakların yürütme organına

karşı bağımsızlığını gölgeler. Ayrıca, mensubu olduğu partinin siyasal görüşünü gerçekleştirmek durumunda olan bakana hiyerarşik olarak bağlı olan bakanlık yöneticilerinin yaptıkları yeterlik sınavı sonucu mesleğe alınacak avukatların kendilerini her türlü etkiden uzak ve özgür hissetmeleri de zorlaşacaktır. Onlar hakimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşıyabilir bile kamu vicdanında tarafsızlıkları konusunda kuşku duyulacaktır. Bu durum da, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatını düzenleyen Anayasa'nın 138., 139., ve 140. ve 159. maddelerine aykırılık oluşturur. Geçici 3. maddenin iptali gerekir.

B- İptal Sonucunda Yasa'nın Diğer Hükümlerinin Uygulama Olanağını Yitirip Yitirmediği Sorunu

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 29. maddesinin ikinci fıkrasında, "Ancak, başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu belirli madde veya hükümlerin iptali, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğünün bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir" kuralına yer verilmiştir.

Avukatlık ile doçentlik ve profesörlükten hakimlik ve savcılık mesleğine geçenlerin, önceki görevlerinde geçirdikleri sürelerin tamamının her türlü yükselmeye ve birinci sınıfa ayrılma tarihinde bulundurulmasını öngören 2802 sayılı Yasa'nın değişik 39. maddesinin üçüncü fıkrası ile Yasa'nın değişik 40. maddesinin ikinci fıkrası ve 2802 sayılı Yasa'nın değişik 9. ve 40. maddelerinin ikinci fıkralarındaki "tamamı" sözcüklerinin iptalleri nedeniyle bu fıkraların kalan bölümlerinin uygulanma olanağı kalmamaktadır.

Bu nedenlerle, 2802 sayılı Yasa'nın belirtilen kurallarının 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 29. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca iptalleri gerekir.

VI. SONUÇ

9.3.1995 günlü, 4087 sayılı "Hakimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun'un;

A) 1. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişikliğin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B) 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin,

1- Birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yekta Güngör ÖZDEN'in "... Bakanlıkça yapılacak yeterlik sınavı... dışındaki bölümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığı", Lütfi F. TUNCEL'in ise "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlar yönünden Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığı" yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- Üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yekta Güngör ÖZDEN'in "...birinci sınıfa ayrılma... dışındaki bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığı", Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ile Lütfi F. TUNCEL'in "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla üniversite doçent ve profesörleri yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı" yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C) 3. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasındaki "üçte ikisi de" ibaresinin "tamamı" olarak değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yekta Güngör ÖZDEN'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D) 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen;

1- Geçici 8. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yekta Güngör ÖZDEN'in "birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin düzeltilmesi dışındaki bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığı", Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ile Lütfi F. TUNCEL'in "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla üniversite doçent ve profesörleri yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı" yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Geçici 9. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ile Ali HÜNER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- Geçici 10. maddenin;

a) Birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin ERDDİNE, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI ile Ali HÜNER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b) İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- Geçici 11. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E) Geçici 1. ve geçici 3. maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALLERİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F) 1-2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin üçüncü fıkrasının iptali nedeniyle, aynı Yasa'nın 40. maddesinin 3. maddeyle değiştirilen ikinci fıkrasındaki "tamamı" sözcüğünün,

2-3. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 9. ve 40. maddelerinin ikinci fıkralarındaki "tamamı" sözcüklerinin iptalleri nedeniyle bu fıkraların kalan bölümlerinin,

uygulanma olanakları kalmadığından 2949 sayılı Yasa'nın 29. maddesi gereğince İPTALLERİNE, OYBİRLİĞİYLE,

14.12.1995 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Yekta Güngör ÖZDEN	Güven DİNÇER	Selçuk TÜZÜN
Üye	Üye	Üye
Ahmet N. SEZER	Samia AKBULUT	Haşim KILIÇ
Üye	Üye	Üye
Yalçın ACARGÜN	Mustafa BUMİN	Sacit ADALI
Üye	Üye	
Ali HÜNER	Lütfi F. TUNCEL	

KARŞIOY GEREKÇESİ

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

Kimi bölümlerinde iptal sonucunda birlikteliğe karşın kararın katılmadığım bölümlerine ilişkin karşıoyumun, gerekçelerini aşağıda, madde sırasıyla, açıklıyorum:

1. anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilen 4087 sayılı Yasa, Yargıç ve Savcı açığını kapatmak, hiç değilse azaltmak amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Yasa'nın değiştirilen ilgili maddelerinde birbirine uygun içerikte yinelenen "avukatlar", genelde yanlış değerlendirilmiştir. Kararın biçimsel yaklaşımı, görev giysisi ve yan değişikliğinden başka temelde hiçbir ayırım bulunmayan Yargıç, Savcı ve Avukatları ayrı meslek adamları gibi almasından bellidir. Avukatlar, yargı erkini oluşturan sav-savunma-karar

üçlüsünün yadsınır dışlanması, gözardı edilip vazgeçilmesi olanaksız bir ögesidir. Yargıç ve Savcılarla eşit durumları, anayasa Mahkemesi'nin Avukatlık Yasası'nda 8.5.1984 günlü, 3003 sayılı Yasa'yla yapılan değişikliklere ilişkin 13.1.1985 günlü, Esas 1984/12, Karar 1985/6 sayılı kararında yinelenip vurgulanmıştır (Resmi Gazete, 17.5.1985, Sayı 18757). Bu karardaki karşıoyumu ve ek gerekçemi, avukatlık mesleğinin yapısı, anlamı, amacı ve ereği yönünden şimdiki kararın ilgili bölümleri için de gerekçem kapsamına alıyorum. Kaynağı, eğitim-öğretimi, uğraş alanı ve amacı aynı olan Yargıçlık, Savcılık ve avukatlık mesleğinin, özdeki birliği gözetilmeden sav ve karar bölümlerinden ayrı düşünülmesi, yargının doğasına aykırıdır. Avukatlar stajdan sonra, yargının her alanında ve her katında çalışmakta, uygulama deneyimleriyle yargının en devingen ögesi sayılmaktadırlar. Belli alanda çalışan bir yargıç ve savcıdan daha çok edinimleri bulunan avukatların ayrı bir meslek olduğu ve meslek konusunda eğitime bağlı tutulması gerektiği görüşü asla gerçekçi değildir. Adaletçiler içinde bir görevli olan avukatın Yargıç ve Savcı'dan ayrı olan yanları, görevi gereği devlete bağlı özlük haklarıdır. Avukatlığın serbestliği dışında başka bir ayrılık yoktur. Kaldık avukatlar, konuları gereği daha bağımsız, daha geniş ve değişik alanlarda, yargı yerleri dışında da yargısal çalışmalar yapan bir hukukçudur. Çalışmaları yargısal değilmiş, yargı yerlerinde bulunmuyormuş, adalati gerçekleştirmede katkısı geçmiyormuş gibi algılayıp değerlendirmek yargının yapısına ters düşmektedir.

Avukatların çalışması başka bir konuda değildir. Sosyal güvenlik bağının aynı kuruluşlarla olması, haklarında aynı uygulamayı gerektirmez. Mesleğin özündeki eşitlik, sıfat (san) değişikliğinde de korunmalıdır. İster kamuda çalışsın, ister serbest çalışsın, avukat, avukatlar ve bir yargıçla savcıdan ayrı tutulmasını gerektiren hiçbir neden yoktur. Yargıç ve Savcılar nasıl avukat oluyorsa, avukatlar da yargıç ve savcı olabilirler. Kimi yabancı ülkelerdeki uygulamalar ancak belli hizmet yılı olan avukatlardan yargıç atandığını, avukatlık yapmayanların yargıç olamadığını göstermektedir. Kimi ülkelerde yargıç, savcı ve avukatlar aynı meslek kuruluşunda toplanmaktadır. Özetlenen bu nedenlerle avukatlıkta geçen sürenin tamamının, eylemlilik olarak yargıçlık ve savcılık mesleğinde geçmiş sayılması yerindedir, doğrudur, gerçekçidir ve Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur. Tersine yorum, Anayasa'nın 2.,10. maddeleriyle ve hak arama özgürlüğü anlayışıyla bağdaşmaz. Avukatlık süresinin tümünü meslekte geçmiş sayıp buna göre sınıf ve derecede mesleğe kabul amaca uygun bir düzenlemedir. Adalet-yargı bağlamında meslek-görev astlığı üstlüğü yoktur. Seçimle ya da atamayla gelinen süreli ve geçici çalışma yerleri yönetsel gereklere dayanmaktadır. Kimi olanaklarını bırakıp gelen avukatlar, başka, ilgisiz yer-

lerden gelen, kamuda bilgisi-becerisi olmayan, eğitilecek kimseler sayılmaz. Devlet görev verecekse hakkını da verecektir. 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle avukatlıkta geçen sürenin tamamını meslekte geçmiş saymak ve meslek yılı bölümü anayasa'ya aykırı değildir. Öbür bölümlerin aykırılığına katılmıyorum.

39. maddenin üçüncü fıkrasıyla 4087 sayılı Yasa'nın 5 maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 8. maddenin iptal kararı için de oyum böyledir. 39. maddenin üçüncü fıkrasının son tümçesi bir yükselme dönemi bekleme gereğiyle dengeyi sağlamaya yeterlidir. Birinci sınıfa ayrılma durumu dışında, meslek süresini aykırı bulan görüşe katılmıyorum.

2- İncelenen 4087 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'nın 9. ve 40. maddelerindeki "üçte ikisi" sözcüklerinin "tamamı"na dönüştürülmesini iptal eden karara da aynı gerekçelerle katılmıyorum. İçinde iptali gerektiren bölüm görmediğim ve iptalde birleştiğim yön ve yan olmadığı için burada karşıoy kullanıyorum.

Başkan
Yekta Güngör ÖZDEN

MUHALEFET GEREKÇESİ

Esas Sayısı : 1995/19

Karar Sayısı : 1995/64

1- 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 39. maddesinde yapılan değişiklikle, eylemli olarak en az üç yıl avukatlık yapanların, Hakimlik ve Savcılık mesleğine geçişlerinde yazılı yeterlik sınavının Bakanlıkça, mülakat sınavının ise Hakimler ve Savcılık Yüksek Kurulu tarafından yapılacağı öngörülmüştür. Kararda, yazılı yeterlik sınavının Bakanlıkça yapılmasının Anayasa'nın özellikle 159. maddesine aykırı görülmesi ve sınavın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılması gerektiği görüşlerine ben de katıldım. ancak, Yasa'da belirtilen şartları taşıyan avukatların Hakimlik ve Savcılık mesleğine doğrudan kabulleri sözkonusu olmasına rağmen, gerekçe, iki yıllık adaylık süresini geçirerek hakim ve savcılığa kabul edilenleri de kapsar biçimde genişletilerek yazılmıştır. Oysa, avukatlık yaparak hakimlik ve savcılık mesleğine geçmek isteyenler herhangi bir "adaylık" süresi geçirmeden doğrudan mesleğe kabul edildiklerinden, buna ilişkin yazılı ve sözlü sınavın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yapılması anayasa'nın 159. maddesinin kapsamında düşünüldür. Ancak, Bakanlıkça yazılı ve sözlü sınav yapılarak adaylığa kabul edilenlerden iki yıllık staj

döneminden sonra başarılı olanların mesleğe kabullerine Kurul karar vermektedir. İki yıl süren bu adaylık döneminin hukuksal yapısı farklıdır. Önümüzde bu adaylık dönemini tartışacak ya da anayasa'ya uygunluk denetimini gerektirecek bir yasal düzenleme sözkonusu olmadığına göre dışarıdan doğrudan" hakimlik ve savcılık mesleğine kabul koşullarını düzenleyen 39. madde içinde ve anayasa'nın 159. maddesine aykırılığı "adaylık" dönemini de kapsar biçimde genişletilerek gerekçeli kararın yazılması düşüncesine katılmadım. Bakanlıkça yapılan yazılı-sözlü sınavdan ve iki yıllık adaylık dönemi geçirdikten sonra mesleğe kabullerine karar verilenlerin durumu ancak, 2802 sayılı Yasa'da buna ilişkin düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiği anda görüşülmesi gereken bir konudur.

2- 4087 sayılı Yasa ile 2802 sayılı Yasa'nın 39. maddesinde yapılan değişiklikle, belirtilen fakültelerde görev yapan doçent ve profesörlerle dışardan belli süre eylemli olarak avukatlık yapanların Yasa'da gösterilen esas ve usuller çerçevesinde hakimlik ve savcılık mesleğine kabul olanağı sağlanmıştır. Yasa'nın Geçici 8. maddesinde de avukatlık, doçent ve profesörlük yaparak bu Yasa'yla getirilen olanaklardan faydalanabilmeleri için intibak kuralları düzenlenmiştir.

Serbest avukatlardan hakimlik ve savcılık mesleğine geçenerlere ilişkin anayasa'ya aykırılık düşüncelerine katılmıyorum. Ancak, kamu kurumlarında avukatlık yapanlarla Yasa'da belirtilen fakültelerde doçentlik ve profesörlük yapanlar yönünden anayasa'ya aykırılık düşüncelerine katılmadım.

Yasa'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, birikim, deneyim ve yetiştirme koşulları paralellik arzeden mesleklerden geçiş yapılması imkanı getirilerek hakim ve savcı açığının kapatılması amaçlanmıştır. Serbest avukatlık mesleği ile hakim ve savcılığın çok farklı kurallara bağlı olması yetiştirme ve terfi koşullarının serbest avukatlık mesleğine hiç benzememesi, bu nedenle avukatlar için getirilen düzenlemelerin bir ayrıcalık taşıdığı gerekçesi yerindedir. Ancak 39. maddenin (a) bendindeki fakültelerde doçent ve profesörlük yapan öğretim üyeleriyle kamu kurum ve kuruluşlarında avukatlık yapanlar yönünden aynı gerekçeleri söylemek mümkün değildir. Hakim ve Savcılarının çeşitli bölgelerde görev yaptığı, terfiilerinin ve birinci sınıfa ayrılmalarının kimi özel koşullara tabi olması, doçent ve profesörlerle kamuda çalışan avukatların yetiştirme ve çalışmalarının hiçbir koşula bağlı olmadığı sonucunu doğurmaz. Doçent ve profesörlük görevleri de bir kariyer meslek olup terfiileri çok özel kurallara tabi tutulmuştur. Hakimlerin çeşitli bölgelerde görev yapmasını ve yükselmelerini düzenleyen kurullarla doçent, profesör ve kamuda çalışan avukatların aynı konuları düzenleyen kuralları

aynı ağırlıkta olabileceği gibi farklı ağırlıkta da olabilir. Serbest avukatlarda olduğu gibi, yetiştirme ve terfi koşulları hiç yok değildir. Paralel koşulların olduğu bu görevlerde öncelikle liyakat, yetiştirme ve amaç gözönünde tutulmalıdır. Hakim ve savcı açığını kapatma amacı haklı bir nedendir. Hakimlik ve savcılık mesleği koşullarıyla doçentlik, profesörlük ve kamu avukatlarının koşulları arasında büyük ölçüde bezerlik bulunması ve gerekçede belirtilen "haklı neden" kimi ayrıcalıkların gözardı edilmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle Yasa'nın 39. maddesinin üçüncü fıkrası ile geçici 8. maddenin iptal kararına doçentler, profesörler ve Kamu'da çalışan avukatlar yönünden katılmıyorum.

3- Geçici 9. madde, halen görevde bulunan hakimlerle daha önce birinci sınıfa ayrılmış veya meslekte fiilen 10 yılını doldurupta birinci sınıf inceleme tabii tutulacak hakim ve savcılarının 32. maddede yapılan değişiklik gereğince birinci sınıfa ayrılma işlemlerinin düzeltilmesini öngörmektedir. Yasa'nın değişik 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılabilme için daha önce 12 yıl olan süre 10 yıla indirilmiş, master yapan ve Türkiye ve Orta Doğu amme idaresi Enstitüsünü bitirenler için bu süre 9 doktora yapanlar için de 8 yıla düşürülmüştür.

Hakim ve Savcılarının birinci sınıfa ayrılabilmesi için diğer şartlar yanında meslekte 10 yılını doldurmak ve birinci dereceye yükselmiş olmak koşullarını taşımaları gerekir. Ancak hakimlik mesleğine başka kurumlardan geçenlerle başka kurumla çalışmaksızın ilk defa başlayanlar arasında farklılık doğmaktadır. Çünkü, 2802 sayılı Yasa'nın 9. maddesine göre, daha önce başka görevlerde bulunup ta hakim adaylığı görevine atanmış kadro, maaş ve derece yönünden iktisap ettiği hakları koruyarak mesleğe başlamaktadırlar. Başka bir kurumdan gelerek müktesebi 5. dereceden hakimliğe başlayan bir kişi birinci dereceyi sekizinci yılının sonunda elde ederken, başka kurumda hizmeti olmadan ilk defa hakimliğe başlayan diğer kişi ise 8. dereceden başlayarak 14. yılın sonunda 1. dereceye gelebilmektedir. Buna göre, mesleğe aynı anda başlayan, ancak başka kurumdan naklen gelen, örnekte olduğu gibi 1. dereceyi daha önce almakta ve 10. yılını doldurduğu anda birinci sınıfa ayrılırken ilk defa hakimliğe başlayan, 14 yıl sonra birinci sınıfa ayrılırken ilk defa hakimliğe başlayan, 14 yıl sonra birinci sınıfa ayrılırken ilk defa hakimliğe başlayan, 14 yıl sonra birinci sınıfa ayrılma hakkını kazanmaktadır. Birinci sınıfa ayrılmak için gereken 10 yıllık hizmet şartı ilk defa hakimliğe başlayan yönünden 14 yıla çıkmaktadır. Buna göre, halen görevde bulunanların birinci sınıfa ayrılma işleminin 12 yıl yerine 10 yıla göre düzeltilmesinin gerektiği öngörülen Geçici 9. maddede memuriyete

ilk defa hakim olarak başlayanlar aleyhine düzenleme yapılması Anayas'a'nın 10. maddesine aykırı olduğundan çoğunluk görüşüne katılmadım.

4- Geçici 10. maddede de askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılma koşulları değiştirilmekte, yeni koşullara göre gerekli düzeltmelerin yapılacağı öngörülmektedir. 24 Mayıs 1989'dan önce mesleğe girmiş olanlar ise, maddenin birinci fıkrada belirtilen 10 yıllık süre şartına bakılmaksızın binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte birinci sınıf askeri hakimliğe geçirileceklerdir. Önceki tarihler itibarıyla bu şartları taşıyanların durumları da düzeltililecektir.

Askeri hakimler iki kaynaktan gelmektedir. Birincisi hukuk fakültelerini bitirerek askeri hakimliğe başlayanlar, ikincisi de Harp Okulu sonrası muvazzaf subay olduktan sonra hukuk fakültesini bitirerek hakimlik sınıfına geçenlerdir. Muvazzaf subayın asker hakimliğe geçebilmesi için üsteğmen rütbesinde veya yüzbaşı rütbesinin ilk üç yılında Hukuk Fakültesini bitirmiş olması gerekmektedir.

Geçici 10. maddenin birinci fıkrası ile yapılan düzenlemeden sonra askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılabilme şartları kıdemli binbaşılık rütbesi binbaşılık rütbesine, 12 yıl olan asker hakimlik süresi de 10 yıla indirilmiştir.

Bu durumda, teğmen rütbesi ile askeri hakimliğe başlayanların birinci sınıfa ayrılabilmeleri binbaşı rütbesine terfi etmekle yani 15 yılın sonunda mümkün olur hale gelmektedir.

Muvazzaf subaylıktan askeri hakimliğe geçenler yönünden ise; üsteğmen rütbesinin birinci yılında Hukuk Fakültesini bitiren askeri hakim 11 yılda binbaşı rütbesine terfi edecek, bunun yanında, 10 yıllık askeri hakimlik yapma şartı da gerçekleşeceği için 11 yılda birinci sınıf askeri hakimliğe ayrılabilir. Eğer yüzbaşı rütbesinin 3. yılında Hukuk Fakültesini bitirmiş ise 3 yıl hakimlik yaptıktan sonra binbaşı rütbesine gelecek, ancak 10 yılı doldurmak için 7 yıl daha hakimlik yapması gerekecektir. Ne varki, beş yıl sonra yarbay rütbesine terfi edeceği için toplam 8 yıl hakimlik yapmak suretiyle birinci sınıfa ayrılacaktır.

Geçici 10'uncu maddenin ikinci fıkrasında 24 Mayıs 1989 tarihinden önce askeri hakimlik mesleğine girenlerin birinci sınıfa ayrılma durumları ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, 24 Mayıs 1989 tarihinden önce askeri hakimlik mesleğine girenlerin 10 yıllık süre şartı aranmaksızın binbaşı rütbesine terfi etmeleri, birinci sınıfa ayrılmak için yeterli olacaktır.

Böylece, teğmen rütbesi ile askeri hakimliğe başlayanlarla, muvazzaf subaylıktan askeri hakimliğe geçenlerin durumuna baktığımızda; teğmen rütbesi ile askeri hakimliğe geçenlerin 15 yılda birinci sınıfa ayrılmaları mümkün iken, muvazzaf subaylıktan geçen askeri hakimlerin en erken 3

yılda, en geç 11 yılda birinci sınıfa ayrılmaları olanaklı hale gelmiştir.

Görüldüğü gibi, muvazzaf subaylıktan askeri hakimliğe geçenler yönünden ayrıcalıklı kurallar getirilmiştir. Bu nedenle Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olan Geçici 10. maddenin iptali gerekir. Çoğunluk görüşüne bu düşünceyle katılmadım.

Üye

Haşim KILIÇ

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı: 1995/19

Karar Sayısı: 1995/64

Geçici 10. maddenin birinci fıkrası ile yapılan düzenlemeye göre askeri hakimlerin 1. sınıfa ayrılabilmesi için diğer koşulların gerçekleşmesiyle beraber meslekte en az 10 yılı geçirmeleri ve binbaşı rütbesi almaları gerekir.

Bu durumda teğmen rütbesi ile askeri hakimlik mesleğine başlayanlar ancak 15 yıl sonra binbaşı olabilirler -diğer koşullarda gerçekleştiği takdirde- 1. sınıfa ayrılabilirler. Muvazzaf subayken Hukuk Fakültesini bitirerek askeri hakim nasbedilenler ise mesleğe girdikleri tarihteki rütbelerine göre 11 ile 9 yıllık bir bekleme süresinden sonra 1. sınıfa ayrılabilirler. Bu şekildeki düzenleme fakülteyi kendi hesabına veya Milli Savunma Bakanlığı hesabına bitirdikten sonra askeri hakim nasbedilenler ile muvazzaf subayken hukuk fakültesini bitirdikten sonra askeri hakim nasbedilenler arasında Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı ayrımlar yer almaktadır. Bu nedenle maddenin birinci fıkrasının iptali gerekirken, iptal isteminin reddine karar verilmesine karşıyım.

Üye

Yalçın ACARGUN

MUHALEFET GEREKÇESİ

Esas Sayısı: 1995/19

Karar Sayısı: 1995/64

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'yla ilgili olarak, Üye Haşim KILIÇ tarafından yazılan muhalefet gerekçesi'ndeki 1. madde hariç, 2., 3., ve 4. maddelerdeki görüşlere katılarak muhalif kaldığımı beyan ediyorum.

Üye

Sacit ADALI

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı: 1995/19

Karar Sayısı: 1995/64

9.8.1995 günlü 4087 sayılı "Hakimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun"un kimi maddelerinin iptali istemiyle açılan dava sonunda verilen kararın; 4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 9. maddenin ve Geçici 10. maddenin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine ilişkin çoğunluk görüşüne aşağıda belirtilen nedenlerle katılmıyorum.

1- 4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle, 2802 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 9. maddede, 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılmak için getirilen hükümlerinin, halen görevde bulunan hakim ve savcılara da uygulanacağı belirtildikten sonra, önceden birinci sınıfa ayrılmalarına karar verilmiş olan hakim ve savcılarının, birinci sınıfa ayrılma tarihlerinin yeni kurallara göre düzeltileceği, meslekte fiilen on yılını doldurmuş olanlar hakkında da birinci sınıf incelemesi yapılacağı belirtilmektedir.

2802 sayılı Yasa'nın 4087 sayılı Yasa ile değişik 32. maddesiyle birinci sınıfa ayrılabilmek için daha önce 12 yıl olan süre 10 yıla meslekleriyle ilgili lisansüstü öğrenim (master) yapmış olanlarla Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü'nü başarıyla bitirenler için bu süre 9, meslekleriyle ilgili öğrenim dallarında doktora yapanlar için de 8 yıla indirilmiştir.

Hakim ve savcılarının birinci sınıfa ayrılma koşulları, 2802 sayılı Yasa'nın 32. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre diğer koşulların yanında:

a) Birinci dereceye yükselmek

b) Yeni değişikliklerle hakimlik ve savcılık mesleğinde on yılını doldurmuş olmak

koşulları bulunacaktır.

Ancak, hakim ve savcılar bakımından bu iki koşulun her zaman aynı anda gerçekleşmesi olanaklı değildir. Daha önce başka kurum veya kuruluşlarda çalışıp da sonradan hakimliğe geçenlerle, başka kurumlarda çalışmaksızın doğrudan doğruya hakimliğe başlayanlar arasında derece yönünden farklılıklar olmaktadır.

Daha önce başka görevlerde bulunup da sonradan hakim adaylığına atanlara kadro, maaş ve derece yönünden iktisap ettiği hakları verildiğinden bu şekilde hakim ve savcılık mesleğine girenler "birinci dereceye yükselme" koşulunu daha önce elde etmelerine karşın evvelce başka kurum ve kuruluşlarda hiç çalışmadan, bir görevde bulunmadan doğrudan hakim

adaylığına atanınlar 8. derecenin birinci kademesinden göreve başlayacaklarından "birinci dereceye yükselme" koşulunu çok sonraları elde edebileceklerdir. Başka görevlerde çalışıp sondana hakimlik mesleğine girenler, 10 yıllık süreyi doldurmaları ile birlikte 1. derece koşulu evvelce gerçekleşmiş olacağından hemen birinci sınıfa ayrılmaları olanaklı iken, başka bir görevde bulunmadan hakimlik mesleğine girenler ise ancak 14. yıl sonunda "birinci dereceye yükselme" koşulunu ihraz edebileceği cihetle, bu müddet sonunda "birinci sınıfa ayrılma" işleminin tabi tutulacağından bunlar arasında eşitsizlik yaratılmış olmaktadır ki, bu da Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu nedenle Geçici 9. maddenin iptaline karar verilmesi gerekirken istemin reddine karar verildiğinden çoğunluk görüşüne katılmadım.

2- 4087 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 10. maddede, askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılma koşulları yeniden düzenlenerek, bu yeni koşullara göre gerekli düzeltmelerin yapılacağı öngörülmektedir. Maddenin birinci fıkrası ile askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılmalarında aranılan rütbe ve hizmet yılında değişiklik yapılarak halen görevde bulunanlar için hakimlik mesleğinde 10 hizmet yılını doldurdıkları ve binbaşı rütbesine nasbedildikleri tarihte "birinci sınıf askeri hakimliğe" geçirilecekleri kuralı getirilmiştir.

Askeri hakimlerinin "Birinci sınıfa ayrılma" esasları ve koşulları 357 sayılı Askeri Hakimler Yasası'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir. 4087 sayılı Yasa'nın Geçici 10. maddesinde yapılan değişiklikten önce askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılmaları diğer koşulların yanısıra;

- a) Kıdemli binbaşı rütbesinde bulunmak,
- b) Askeri hakimlik hizmetinde en az oniki yılını doldurmuş olmak,

koşullarının birlikte gerçekleşmesiyle olanaklı iken yapılan değişiklikle, kıdemli binbaşı rütbesi, binbaşı rütbesine, oniki yıllık askeri hakimlik süresi de on yıla indirilmiş bulunmaktadır.

Askeri hakim ve savcı ihtiyacının hangi kaynaklardan karşılanacağı 357 sayılı Askeri Hakimler Yasası'nın 2. maddesinde sayılmıştır. Madde metninde sayılan altı kaynağı başlıca iki gruba ayırabiliriz.

Birinci grup: Hiçbir askeri hizmeti olmadan hukuk fakültelerini bitirerek teğmen rütbesi ile askeri hakimlik mesleğine kabul edilenler,

İkinci grup: Evvelce muvazzaf subay iken hukuk fakültelerini bitirenlerden askeri hakimlik mesleğine geçirilenler. Bu grupta olanların üsteğmen veya yüzbaşı rütbesinin ilk üç yılında hukuk fakültesini bitirmiş olmaları koşulu aranacaktır.

Subayların normal rütbe bekleme süreleri 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Yasası'nın 30. maddesinde gösterilmiştir.

4087 sayılı Yasa ile yapılan yeni düzenlemeye göre, asker hakimlikte diğer koşulların yanısıra binbaşı rütbesinde olmak ve meslekte on hizmet yılını doldurmak koşulları gerçekleştiğinde "birinci sınıfa ayrılma" olanağı getirilmekle, yukarıda belirtilen birinci grup askeri hakimler, yani hukuk fakültesini bitirerek teğmen rütbesi ile askeri hakimliğe başlayanlar binbaşı rütbesinde ancak 15 yıl sonra gelebileceklerinden asgari 15 yıl askeri hakimlik görevini yaptıktan sonra birinci sınıfa geçirilebilecekler, buna karşın muvazzaf subay iken hukuk fakültesini bitirip askeri hakimlik sınıfına geçirilenlerden üsteğmen rütbesinin birinci yılında sınıfına geçirilenlerden üsteğmen rütbesinin birinci yılında geçenler 11 yıl, yüzbaşı rütbesinin üçüncü yılında geçenler de 3 yıl sonra binbaşı rütbesinde olacaklarından üsteğmen rütbesinde asker hakimliğe geçen 10 hizmet yılını doldurmuş olduğundan hemen, yüzbaşı rütbesinde askeri hakimliğe geçen de 7 yıl daha askeri hakimlik yaptıktan sonra birinci sınıfa ayrılacaklardır. Diğer taraftan 353 sayılı Yasa'nın 15. maddesinde yarbay rütbesindeki askeri hakimler için on yıl hizmet koşulu aranmayacağı kuralı olduğundan yüzbaşı rütbesinde askeri hakim olanlar 7 hizmet yılını da beklemeden binbaşı bekleme süresi olan 5 yılı doldurduğunda birinci sınıfa ayrılacaklardır.

Böylece teğmen rütbesi ile askeri hakimliğe başlayanlar ile muvazzaf subay iken hukuk fakültesini bitirerek askeri hakim olanlar arasında birinci sınıfa ayrılmaları bakımından eşitsizlik yaratılmış olduğundan, yapılan bu düzenleme, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu nedenlerle Geçici 10. maddenin birinci fıkrasının iptaline karar verilmesi gerekirken istemin reddine karar verildiğinden çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Ali HÜNER

KARŞIOY YAZISI

Esas sayısı: 1995/19

Karar sayısı: 1995/64

Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1995 günlü ve E. 1995/19, K. 1995/64 sayılı kararıyla 9.3.1995 günlü ve 4807 sayılı "Hakimler ve Savcılar Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Kanuna Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun"un kimi maddeleri oybirliği, kimi maddeleri de oyçokluğuyla iptal edilmiştir. Oyçokluğuyla iptal edilen maddelerinden;

4807 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 2802 sayılı Yasa'nın 39.

maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki karara "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlar yönünden", üçüncü fıkrası ile 5. maddesiyle 2802 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 8. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki kararlara da "Hizmeti kamu kuruluşlarında geçen avukatlarla, üniversite doçent ve profesörleri yönünden" katılmıyorum.

Gerek kamu avukatlarının gerekse üniversite doçent ve profesörlerinin mesleğe kabulünde, intibak sürelerinin hesabında ve birinci sınıfa ayrılmalarında kamuda hiç görev almamış avukatlarla birlikte düşünülmesinin yerinde olmayacağı açıktır. Zira, belirtilen görevliler kamu hizmetine girişte belirli koşullara tabi olmuş, buldukları derece ve kademelere terfilerinde de ilgili yasalarında öngörülen süreleri geçirmişlerdir. Bu nedenle bu görevliler yönünden yapılan yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Bu görüşler ve bu konuya ilişkin sayın üyeler Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI'nın karşıoy gerekçelerine de katılarak çoğunluk görüşüne katılmıyorum. ■

Üye

Lütfi F. TUNCEL

KAMULAŞTIRILAN TAŞINMAZLARDA AMACA UYGUN İŞLEM YAPILIP YAPILMADIĞI PARSELLERİN TÜRÜ DİKKATE ALINARAK TESPİT EDİLİR

YARGITAY
5. HUKUK DAİRESİ
1997/6827 E.
1997/9262 K.
10.06.1997 T.

ÖZET: Aynı amacın gerçekleştirilmesi için kamulaştırılan taşınmazların bir bölümünde amaca uygun faaliyetlerde bulunulduğunun ve tesisat yapıldığının

saptanması durumunda geri alma davasının reddi gerekir.

Taraflar arasındaki kamulaştırma yasasının 23. maddesi uyarınca amacına uygun olarak kullanılmayan taşınmazın geri alma davasının reddine dair verilen yukarıda tarih ve numaraları yazılı hükmün duruşmalı olarak Yargıtay'da incelenmesi davacılar vekili tarafından verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla duruşma için belli edilen 10.6.1997 günü belli saatte temyiz eden davacılar vekili ile aleyhine temyiz olunan Davalı İdare vekilinin yüzüne karşı duruşmaya başlanarak temyiz isteminin süresinde olduğu taraf vekillerinin sözlü açıklamaları dinlendikten, dosyadaki kağıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz birlikte kamulaştırıldığında bunların durumu bir küll halinde kabul edilir ve gerek dava açma süresi ve gerekse kamulaştırma amacına yönelik işlem veya tesisat yapılıp yapılmama durumu kamulaştırılan parsellerin tamamına göre tesbit olunur.

Aynı amacın gerçekleştirilmesi için kamulaştırılan taşınmazların bir bölümünde kamulaştırma amacına uygun faaliyetlerde bulunulduğu ve tesisat yapıldığı dosya muhtevasına uygun olarak kabul ve takdir edildiğinden geri alma davasının reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.

Davacılar vekilinin temyiz itirazları yerinde olmadığından usul ve yasaya uygun hükmün ONANMASINA 10.6.1997 gününde oybirliği ile karar verildi. ■

Gönderen: Yargıç Aslan YENİÇERİ

KAMULAŞTIRMA BEDELİNİN ALINMIŞ OLMASI TEBLİGAT NİTELİĞİNDE DEĞİLDİR

YARGITAY
5. HUKUK DAİRESİ
197/6568 E.
197/9259 K.
1.06.1997 T.

ÖZET: Çekişmesiz kamulaştırma bedelinin alınması sadece Tebligat Kanununun 32 nci maddesi uyarınca usulsüz tebligatı geçersiz hale getirir. Hiçbir şekilde tebligat yapılmamış ise mal sahibi tarafından bedelin alınması tebligat niteliğinde sayılamaz.

Taraflar arasındaki kamulaştırma bedelinin artırılmasına dair verilen kararda tarih ve numaraları yazılı hükmün duruşmalı olarak Yargıtay'ca incelenmesi davalı idare vekili tarafından verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla iruşma için belli edilen 10.6.1997 günü belli saatte temyiz eden davalı vekili ile aleyhine temyiz olunan davacılar vekilinin yüzüne karşı duruşmaya işlanarak temyiz isteminin süresinde olduğu, taraf vekillerinin sözlü açıklamaları dinlendikten, dosyadaki kağıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Kamulaştırma Kanunu'nun 14. cü maddesindeki 30 günlük dava açma irresi kamulaştırma işleminin tebliği veya taşınmazın tapuya ferağının vemesi ile başlar.

Davacılar kamulaştırma işlemi hiç bir şekilde tebliğ edilmemiştir. Çekişmesiz bedelinin alınması tebligat niteliğinde kabul edilmez.

Çekişmesiz kamulaştırma bedelinin mal sahibi tarafından alınması sadece tebligat kanununun 32. nci maddesi uyarınca usulsüz tebligatı geçerli ile getirir.

Davacılar, kamulaştırma tebliğ edilmediğinden, olayda Tebligat Kanunu'nun 32. nci maddesinin tatbik yeri yoktur.

Bu nedenle davanın süresinde açıldığının kabulü doğru görülmüştür.

Mahkemece bilirkişi incelemeleri yaptırılmıştır. Alınan raporlar yasa hükümlerine uygundur.

Yapıya resmi birim fiyatları esas alınarak, yıpranma payı da düşülerek değer biçilmesinde ve buna göre kamulaştırma parasının artırılmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.

Davalı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde olmadığından usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA 10.6.1997 gününde oybirliği ile karar verildi. ■

Gönderen: Yargıç Aslan YENİÇERİ

ARAZİ BEDELİNİN TAKDİRİNDE NESNEL DEĞER ARTIRICI UNSURLAR DİKKATE ALINMALIDIR

YARGITAY
5. HUKUK DAİRESİ
1997/6739 E.
1997/8812 K.
03.06.1997 T.

ÖZET: Arsa niteliği kazanmamış olmakla birlikte sanayi tesislerinin yer aldığı bölgede bulunan arazinin değerini yüksek oranda etkileyecek bu türden objektif değer artırıcı unsurların gözönünde bulundurulması gerekir.

Ayrıca taşınmaza fiilen elkonulmadığına ve ferağı da verilmediğine göre, faizin başlangıcı dava tarihi değil, kamulaştırma işleminin idari yönden kesinleşme tarihidir.

Taraflar arasındaki kamulaştırma bedelinin artırılmasına dair verilen yukarıda tarih ve numaraları yazılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi taraf vekilleri tarafından verilen dilekçelerle istenilmiş, davacı vekilince de temyiz dilekçesinde duruşma isteminde bulunulmuş olmakla duruşma için belli edilen 3.6.1997 günü belli saatte temyiz eden davalı idare vekili ile temyiz eden davacı vekillerinin yüzlerine karşı duruşmaya başlanarak temyiz isteminin süresinde olduğu görülüp taraf vekillerinin sözlü açıklamaları dinlendikten sonra dosyadaki kağıtlar okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR

Mahkemece bilirkişi incelemeleri yaptırılmıştır. Dava konusu taşınmaz Belediye nazım imar planı içerisinde olmadığı gibi Belediye hizmetlerinden yararlanan ve etrafı meskun olan yerlerden de olmadığından arazi olarak değer biçilmesi doğrudur.

Diğer taraftan arazi niteliğindeki taşınmaza gelir metoduna göre değer biçilmesinde de yöntem itibarıyla bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak;

1) Dava konusu taşınmaz arsa niteliğini kazanmamış olmakla birlikte sanayi tesislerinin yer aldığı bölgede bulunmaktadır. Bu husus bilirkişi raporlarında da açıkça belirtilmiş ve gelir metoduna göre biçilen değere objektif değer artırıcı unsurlar nedeniyle %20 eklemeye yapılmıştır. Raporlarda belirtilen unsurların arazi niteliğindeki taşınmazın değerine daha yüksek oranda etki yapacağı gözetilmeden %20 gibi düşük oranda objektif değer artırıcı unsur kabul edilerek kamulaştırma bedelinin düşük tesbiti.

2) Kabule göre;

a) Birinci bilirkişi raporunda taşınmazın M2'sine 974.100. TL. İkinci bi-

rkışı raporunda ise 979.500. TL. değer biçilmiştir. Uzlaştırıcı nitelikte keşif apılmadan düşük değerli rapora göre hüküm kurulması,

b) Dava konusu taşınmaza fiilen el konulmadığı gibi ferağ da ve-
ilmemiştir. Bu durumda 20.10.1989 gün ve 4 sayılı içtihadı birleştirme karar
ıyarınca kamulaştırma işleminin idari yönden kesinleşme tarihi olan
'0.10.1996'dan itibaren faiz başlatılması gerekirken daha önceki dava
jününden faiz başlatılması,

doğru görülmemiştir.

Taraf vekillerinin temyiz itirazları yukarıda açıklanan nedenlerle yerinde
olduğundan usul ve yasaya uygun olan hükmün HUMK'un 428. maddesi
gereğince BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde
ödeyene geri verilmesine 3.6.1997 gününde oybirliği ile karar verildi. ■

Gönderen: Yargıç Aslan YENİÇERİ

İÇERİĞİNDEN ŞİRKET ADINA YAPILDIĞI ANLAŞILAN SÖZLEŞME ORTAKLIĞI BAĞLAR

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ
1997/1707 E.
1997/3609 K.
20.05.1997 T.

ÖZET: İlke olarak anonim
şirket adına düzenlenen
sözleşmenin geçerli olması için
temsile yetkili olanlardan ikisinin
kaşenin altında imzalarının bu-

lunması gerekirse de, şirket adına yapıldığı içerikten anlaşılın
sözleşmeler de ortaklığı bağlar.

Taraflar arasındaki davadan dolayı İzmir 1. Asliye Ticaret Mah-
kemesince verilen 30.12.1996 tarih ve 920-1351 sayılı hükmün duruşmalı
olarak temyizen tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş olmakla duruşma için
tayin edilen 20.5.1997 gününde taraflar avukatları tebligata rağmen gel-
mediğinden, tetkikatın evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten temyiz
dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan, dosyadaki kağıtlar okun-
duktan sonra işin gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirketin kurucu ortağı iken hisselerini
devrettiğini, ancak, uluslararası taşımacılık yapan davalı şirketin TIR Yetki
Belgesi alabilmesi için belli sayıda TIR'ın şirket özvarlığı olması ge-
rektiğinden davalıya ait TIR ve çekicinin 19.8.1988 günlü noter satış
sözleşmesi ile davalıya satılmış gibi gösterildiğini, şirketin imzaladığı
taahhünameye göre TIR üzerinde üçüncü kişilere satış hususunda tasarruf
yetkisinin olmamasına rağmen davacıya ait TIR'ın üçüncü kişiye satıldığını,
davacının bu nedenle (850.000.000)lira alacaklı olduğu gibi, 7 aylık kira getiri
kayı da olduğunu, buna ilişkin şimdilik (100.000.000) lira talep edildiğini ileri
sürerek (950.000.000) liranın reeskont faizi ile davalıdan tahsilini talep ve
dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili şirkette Nisan 1995 tarihine kadar taşıma işi
yapan davacının cari hesaba göre (430.275.000) lira borçlu olduğunu,
davacının talibi ile arızalı olan aracın (550.000.000)TL na satıldığını, bu du-
rumda davacının (119.725.000) lira alacaklı olduğunu, araç 26.5.1995 ta-
rihinde satılmış olduğundan iş verilemesi dolayısıyla zarar istenemeyeceğini
savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere, bilirkişi raporuna
nazaran, davacıya ait aracın Trafik Kanunu hükümlerine göre davalıya
satılarak devredildiği, artık araç üzerindeki her türlü tasarruf hakkının davalı

şirkete ait olduğu, davacının dayandığı taahhütnamenin ise şirketin kaşesi altında yetkili şirket temsilcilerince imzalanmadığından şirket yönünden bağlayıcı olmadığı, bu durumda araç bedeli ve iş verilmediğinden bahisle alacak istenemeyeceği ancak, davalının kısmi kabulünün nazara alınması gerektiği sonucuna varılarak, davalının kabul ettiği (119.725.000) liranın %60 ve değişen oranlardaki reeskont faizi ile davalıdan tahşiline karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Sahteliği ileri sürülmeyen davalı şirketin 27 ortağından içlerinde dönemin şirketi temsil ve ilzama yetkili iki yönetim kurulu üyesinin de bulunduğu 20 ortak tarafından imzalanmış "TAAHHÜTNAME" başlıklı belgede; dava konusu aracın E. Nakliyat ve Tic. A.Ş. ne maledilmiş ise de, aracın gerçek sahibinin davacı olduğu, şirket tasarrufundan çıkarılması kararlaştırıldığına yalnız davacı veya varislerine veya temsil edecekleri 3. şahsa aynı bedeli ile satılacağı kabul ve taahhüt edilmiştir. Davalı vekilinin davaya karşı verdiği 8.9.1995 tarihli cevap dilekçesinde de, davacının muvazaâ iddiası inkar edilmediği gibi, aracın satışının davacı tarafından talep edildiği savunulduğu gibi yine, davacının şikayeti üzerine yürütülen hazırlık tahkikatı sırasında yönetim kurulu üyelerinden İ.İ. 6.11.1995 tarihli beyanında; "davacının da şirkette bir adet TIR'ı olduğunu, ancak davacının borçları nedeniyle önceki yönetim kurulu tarafından satışına karar verildiğini" açıkça ikrar ve kabul etmiştir.

İlke olarak, Anonim Şirket adına tanzim edilecek evrakın geçerli olması için anasözleşmede aksine hüküm olmadıkça temsile selahiyetli olanlardan ikisinin şirket kaşesi altında imzası gerekir ise de, şirket adına mukavele yapıldığı tanzim olunan vesika münderacatından anlaşılıyor ise artık mukavele hükümleri ile şirket bağlı olup, somut olayda TAAHHÜTNAME'nin davalı şirket adına imzalandığı tereddüde yer vermeyecek şekilde taahhütname içeriğinden anlaşılmaktadır. Öte yandan, davacının aracı ile 1988 yılından 1995 yılına kadar davalı şirkette çalıştığı kabul edilerek, araç satış bedelinden davacı borçları düşülerek bakiye iadesi davalı tarafından kabul edildiğine göre, mahkemece, 19.8.1988 tarihli araç satış sözleşmesinin muvazaâ ile yapıldığı, gerçekte araç mülkiyetinin davacıda kaldığı, satış sözleşmesi aksinin yazılı delil ile ve kısmen kabul ve ikrar ile kanıtlandığı kabul edilerek işin esası incelenerek hasil olacak sonuca uygun bir karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına BOZULMASINA, 20.5.1997 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. ■

Gönderen: Av. Erol ÖZCAN

TAPUDA MESKEN GÖRÜNEN DAİRE ŞİRKETİN MUHASEBE HİZMETLERİ İÇİN İŞYERİ OLARAK KULLANILAMAZ

YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ
1996/10648 E.
1996/11526 K.
19.12.1996 T.

ÖZET: Sermaye şirketinin faaliyetlerinin yürütüldüğü yer işyeri niteliğindedir. Bir yerin muhasebe hizmetleri için kullanılıyor olması onun büro olarak tanımlanmasını

gerektirmez. Bu nedenle tapuda "mesken" olarak kayıtlı taşınmazın işyeri olarak kullanılabilmesi tüm kat maliklerinin oybirliği ile alacakları karara bağlıdır.

Dava dilekçesinde tahliye istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

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

Kat Mülkiyeti Kanununun 24. maddesinin 2. fıkrası, tapuda mesken olarak kayıtlı bulunan taşınmazın işyeri olarak kullanılabilmesini tüm kat maliklerinin oybirliği ile verecekleri bir karara bağlamış olup, sözü edilen maddenin 1. fıkrasındaki istisna gereği doktor muayenehaneleri ile yerleşmiş uygulama gereği münferiden ve bağımsız olarak çalışılan "büro" kullanımını bunların dışında bırakılmıştır.

Bir sermaye şirketinin yardımcı veya ek kuruluşu ya da şubesi de olsa hangi amaçla kullanılırsa kullanılsın şirket faaliyetlerinin yürütüldüğü bir yer ise, işyeri niteliğindedir. Hem Ticaret Kanunu hem İş Kanunu hükümleri yönünden bu sonuca varılmalıdır. Bir yerin muhasebe hizmetleri için kullanılıyor olması onun büro olarak tanımlanmasına, muhasebenin de şirketin faaliyetlerinden bulunduğu cihetle yeterli değildir.

Bu nedenle mahkemece belli bir süre verilerek taşınmazın mesken olan eski hale getirilmesine, bu süre içinde gereği yapılmadığı takdirde kiracının tahliyesine karar verilmesi gerekirken davanın reddi 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 nci maddesi gereğince BOZULMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 19.12.1996 gününde oybirliğiyle karar verildi. ■

MAHCUR BABANIN VELAYETİ NEZ OLUNMADIKÇA BUNDAN DOĞAN HAKLARI DEVAM EDER

YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ
1996/9994 E.
1996/11429 K.
17.12.1997 T.

ÖZET: Velayet altındaki kişinin vasisi, kişiyle sıkı sıkıya bağlı bulunan hakları mahcur şahıs adına re'sen kullanamaz. Baba velayet görevini yerine ge-

tiremeyecek durumda ise küçüğün nüfus kaydının düzeltimi davasının çocuğa tayin edilecek vasi ya da sırf bu dava için tayin edilecek kayyum tarafından açılması gerekir.

Dava dilekçesinde oğlu Barış'ın doğum yerinin düzeltilmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm Cumhuriyet Savcısı tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

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

Davayı baba adına vasi açmıştır.

Medeni Kanununun 274. maddesi hükmüne göre mahcur babanın velayeti nez olunmadıkça velayetten doğan hakları devam eder. Bu durumda vasinin baba adına dava açma hakkı söz konusu olamaz. Kaldı ki vasi, şahısla sıkı sıkıya bağlı bulunan hakları vesayet altındaki kişi adına re'sen kullanamaz. Hacir altına alınmış olan velinin Medeni Kanununun 274. maddesi uyarınca velayetinin nez'i söz konusu ise de, bu konuda henüz verilmiş mahkeme kararı bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu takdirde velayet altındaki küçüğe vasi tayini gerekecektir.

Davaya konu Barış'ın Nüfus Kanunu hükümlerine göre doğum yerinin düzeltilmesi gerektiği takdirde, baba velayet görevini yerine getiremeyecek durumda ise, mahkemece böyle bir davanın, çocuğa tayin edilecek vasi veya sırf bu davayı açmak üzere tayin edilebilecek kayyum tarafından açılması mümkündür.

Bu durumda mahkemece babanın vasisinin açtığı davaya bakılarak esas hakkında hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.

Mahkemece küçük Barış'a bir vasi tayin edilmiş olup olmadığı araştırılmalı, edilmemiş ise bu dava itibarıyla bir kayyum atanması için keyfiyetin ilgili mercie bildirilmek üzere mehil verilerek davaya yasal temsilci huzuru ile devam edilip hasıl olacak sonuca göre karar verilmelidir.

Ayrıca söz konusu ise, davada görev alan Hakim ve Cumhuriyet Savcısı bakımından 2802 Sayılı Kanununun 46. maddesinin 1. fıkrası da gözetilmelidir.

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 BÖZÜLMESİNE, 17.12.1996 gününde oybirliğiyle karar verildi. ■

**KÜÇÜĞÜN YAŞININ DÜZELTİLMESİ DAVASINDA SAĞ OLAN
BABANIN DA MUVAFAKATI ALINMALIDIR**

YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ
1996/10981 E.
1996/11653 K.
23.12.1996 T.

ÖZET: Küçüğün yaşının düzeltilmesi davasında kayden sağ olan babanın da çağrılarak açılan davaya muvafakati olup olmadığı konusunda muvafakatının alın-

ması zorunludur.

Dava dilekçesinde kızı Leyla'nın 25.1.1991 olan doğum tarihinin 25.1.1990 olarak düzeltilmesi istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş, hüküm davalı nüfus idaresi temsilcisi tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

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

Dosya içerisinde bulunan nüfus kayıtlarına göre davacı anne evli olup kocası sağdır. Medeni Kanunumuz; anne ve babanın velayeti birlikte icra edeceklerini, uyuşmazlık halinde babanın reyinin geçerli olacağını hükme bağlamıştır. Bu durumda kayden sağ olduğu anlaşılan babanın da duruşmaya davet edilerek açılan davaya muvafakati olup olmadığı konusunda beyanının alınması gerekirken, annenin tek başına açtığı dava üzerine çocuğun yaşının düzeltilmesine karar verilmesi doğru değildir.

Bundan ayrı, Yargıtayın yerleşmiş uygulamalarına göre yaş düzeltme davalarında küçüklerin kemik grafileri de çekilmek suretiyle sağlık kurulu raporu alınmak üzere tam teşekküllü bir hastaneye sevk edilip bu konuda heyet raporu temin edilmeden hüküm tesisi de doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.'nın 428. maddesi gereğince BÖZÜLMESİNE, 23.12.1996 gününde oybirliğiyle karar verildi. ■

**İSTİHDAM EDİLENLERE VE İŞÇİLERE YARDIM VAKIFLARI
"DIŞINDAKİLER" MUAFİYETLERDEN YARARLANAMAZLAR**

YARGITAY
18. HUKUK DAİRESİ
1996/9481 E.
1996/9683 K.
05.11.1996 T.

ÖZET: Türk Medeni Kanunu Hükümlerine göre Kurulan Vakıflar Hakkındaki Tüzüğün 22. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen istisna hükmü yalnızca "is-

tihtdam edilenlere ve işçilere yardım vakıfları" için geçerlidir. Bunun dışındaki vakıflar belirtilen muafiyetlerden yararlanamazlar.

Dava dilekçesinde 42.195.000 lira alacağın faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

YARGITAY KARARI

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

Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkındaki Tüzüğün 22. maddesinde, Vakıflar Genel Müdürlüğü, vakıfların safi gelirinin %5'ini teftiş ve denetleme giderlerine katılma payı olarak alır, hükmüne yer vermiş, bunun yıllık tutarını şubeler hariç, bir vakıf için 10.000.000 lira olarak sınırlandırmıştır. Aynı maddenin 5. fıkrası, istihdam edilenlere ve işçilere yardım vakıflarında, istihdam edilenler ve işçilerde işverenlerin vakfa ödedikleri aidat veya katılma paylarının, yukarıda sözü edilen katılma payının belirlenmesi için baz alınacak gayri safi gelirin (dolayısıyla safi gelirin) hesabında nazara alınmayacağını; ancak, bu aidat veya katılma payları herhangi bir şekilde işletildiği takdirde bu meblağa dahil edileceğini hükme bağlamıştır. Görüldüğü gibi bu istisna hükmünden yararlanacak vakıflar yalnız, istihdam edilenlere ve işçilere yardım vakıflarıdır.

Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün, teftiş ve denetleme payının hesaplanmasına dair 25.12.1991 tarihli genel yazılarında teftiş ve denetleme masraflarına katılma payının hesaplanmasında ilke olarak vakıfların bütün gelir kalemleri gayri safi gelir olarak nitelendirilmiş olmakla beraber, bu genelgenin 3. maddesinin (c) bendinde Türk Ticaret Kanununun 468. maddesine göre kurulan, istihdam edilen ve işçilere yardım vakıflarında vakfa ödenen aidat ve katılma paylarının teftiş ve denetleme payına esas olarak yıllık gayri safi gelir hesabında nazara alınamayacağı belirtilmiş olup böyle bir vakfın ayrıca ana sözleşmesinde müstahdem ve işçilere yardım

yapılacağına dair akçe ayrılması derpiş olunmuş ve bu vakfın anonim şirketin ayıracağı paylar ile müdahdem ve işçilerin katılım paylarından kurulmuş bir vakf olması gerektiği açıklanmış; aynı maddenin (d) bendinde ise 506 sayılı S.S.K. geçice 20. maddesi kapsamına giren vakıfların da ödenen her türlü aldatların teftiş ve denetleme masraflarına katılma payının hesaplanmasında gelir sayılmayacağı, yukarıda sözü edilen tüzük maddesine paralel olarak belirtilmiş ve bunun için belli koşullar öne sürülmüştür.

Geri çevirme kararı üzerine dosyaya getirilen davalı vakfa ait tüzüğün 4. maddesi vakfın gayesini açıklamış olup, kuruluş şekli ve maddede açıklanan amaçları itibarıyla davalı vakıf, Türk Ticaret Kanununun 468. maddesinde sözü edilen ve 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20. maddesi kapsamına giren vakıflardan da değildir. Bu durumda davalı vakıf, tüzüğün 22. maddesindeki istisna ve genelgede sözü edilen muafiyetler kapsamında bulunmamaktadır.

Davanın tüzüğün 22. maddesindeki kapsam ve sınırlama içerisinde kabulü gerekirken reddi doğru görülmüştür.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.'nun 428. maddesi gereğince BÖZÜLMESİNE, 5.11.1996 gününde oybirliğiyle karar verildi. ■

EK KREDİ KARTI SAHİBİ EŞ KENDİ HARCAMALARINDAN SORUMLUDUR

YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ
1997/3883 E.
1997/6037 K.
11.06.1997 T.

ÖZET: Ek kart hamili, asıl kart sahibinin yaptığı harcamalardan sorumlu değilse de, kendi harcamalarından sorumludur. Ek kart hamili kadın kredi kartı

sözleşmesinden dolayı olarak yararlanmakta olup, koca lehine bir hareketi sözkonusu olmadığından Medeni Yasanın 169/2. maddesinin uygulama yeri bulunmamaktadır. Bu tür işlemlerde sulh yargıcının onamı aranmaz.

Davacı banka ile davalı vekili arasında görülen dava hakkında İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesinden verilen 16.4.1996 gün ve 1543-363 sayılı hükmün onanmasına ilişkin Dairemizin 5.3.1997 gün ve 6722-1541 sayılı ilamına karşı dava vekilince süresinde karar düzeltme yoluna başvurulmuş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Medeni Yasanın 169/2. maddesi koca yararına kadının üçüncü kişilere karşı borçlanma durumunda Sulh Yargıcının onayını öngörmüştür. Yani koca birinden ödünç alıp da karısı ona kefalet eder ya da ipotek rehin ve benzeri güvenceler verirse bu çeşit sözleşmeler Sulh Yargıcının onamasıyla geçerlilik kazanır. M.Y. nin 169/2 maddesi yönünden Anayasanın başlangıç hükümleriyle 10. maddesinde yer alan cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin herkesin yasa önünde eşit olduğu ilkesine aykırılık savı ileri sürülmüştür. İtiraza konu edilen yasa kuralında öngörülen koşulun gerçekleşmesi o durumda bulunan her kişiden beklendiği için eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Yine bir hakkın tanınması ya da korunması için bir takım kayıtlar konması biçimindeki sınırlandırma hakkın özüne dokunmadığı takdirde aykırılık oluşturmaz. Bu nedenle Anayasa'nın 152. maddesine aykırılık savı ciddi görülmediğinden, işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre, aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan öbür karar düzeltme isteklerinin reddi gerekmektedir.

2- Banka uygulamasında genel olarak kredi kartı üyelik sözleşmesini imzalayan asıl borçlu yanında onun arzusuna bağlı olarak dilersen eşine, çocuğuna ya da bir yakınına ek kart verilmektedir.

Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre ek kart hamili, asıl kart hamilinin yaptığı harcamalardan sorumlu değil ise de, kendi ek kartıyla yapılan harcamalardan sorumludur. Ancak asıl kart sahibi, kendi harcamaları yanında ek kart hamilinin yaptığı harcamalardan da sorumludur.

Bu durum genel kredi sözleşmelerinde olduğu gibi, asıl borçlu dışında "müteselsil borçlu" olarak alacaklıya güvence sağlama amacıyla üçüncü kişi tarafından imzalanan bir borç üstlenme ya da borca katılma olarak kabul edilemez. BK. nun 18. maddesine göre bir sözleşmenin biçim ve koşullarını belirlemede onların gerçek ve ortak amaçlarını aramak gerekir. Somut olaya özgü olarak dava dışı koca kredi kartı sözleşmesinden doğrudan yararlanmıştır. Ek kredi kartı sahibi sıfatıyla davalı kadın, sözleşmeden dolayı olarak yararlanmaktadır. Koca lehine bir hareketin kabulü için kadının bu hareketinden kocanın herhangi bir biçimde çıkarı olması yeterli olmayıp hukuksal durumunun daha uygun bir hale getirilmesi gerekir. Burada çıkarı olan üstün yararlanması bulunan kadındır. Davalı kadının kendi harcamalarından sorumlu tutulması durumunda ise MK. nun 169/2. maddesinin uygulanma yeri bulunmamaktadır.

Davacı banka ek kart hamili davalıdan asıl kart hamilinin de yaptığı tüm harcamaların bedelini istemiştir. Bankanın ek kart hamilinin yaptığı harcamadan dolayı kendisine başvurulabileceği gözetilerek davalının savunmasında belirtip hesap özetinde gösterilen "alışverişten doğan bakiye ve borç" ile "nakit çekmeden doğan borç" dan oluşan dava konusu alacağı ilişkin harcama belgeleri üzerinde gerekli bilirkişi incelemesi yaptırılarak, davalının kendi harcamalarından sorumlu tutulacağı miktar saptanarak sonucuna uygun bir karar verilmek gerekir. Bu yönden kararın bozulması gerekirken Dairemiz kararında yazıldığı biçimde onandığı anlaşılınca davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulüyle yerel mahkeme kararının bozulması uygun görülür.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte belirtilen nedenle öbür karar düzeltme istemlerinin reddine, ikinci bentte açıklanan nedenle davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulüyle Dairemizin 5.3.1997 gün, 96/6722 esas, 97/1541 karar sayılı onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme kararının BOZULMASINA, 11.6.1997 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Dairemizin MK'nun 169'ncü maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına dair görüşüne katılmaktayım.

Ancak, karar düzeltme talebinin kabulüne dair bozma kararının 3. nolu bendindeki bozma nedenine katılmıyorum.

Şöyle ki;

Kredi Kartı Sözleşmesi hükümlerine ve dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre asıl kart hamilinin yaptığı harcamalardan ek kart hamili sorumlu tutulamaz. asıl kart hamili ise ek kart harcamalarının tamamından kendi harcamaları gibi sorumludur.

Çözülmesi gereken sorun, ek kart hamilinin salt kendi yaptığı harcamalardan dolayı Bankaya karşı sorumlu olup olmayacağıdır.

Öncelikle, somut olaya özgü olarak, ek kart hamili davalı asıl kart sahibinin eşinin sözleşmedeki durumunu irdelemek gerekir. Kredi Kartı sözleşme hükümlerine göre asıl borçlu dava dışı kocadır ve kendi hesabından harcama yapmak üzere davalı eşine ek kart verilmesini sağlamıştır. Böylece ek kart hamili; ortak yaşamın (Aile birliğinin) gereksinim duyduğu; örneğin yemek, içmek, giyim vs. gibi ihtiyaçları sağlanan kredi limiti dahilinde ek kartı ile alabileceği gibi eşinin kendisine veya aile dışında bir kişiye almak istediği hediyeyi dahi almak yetkisine sahiptir. Ek kart hamili işte bütün bu harcamalarını, asıl kart sahibi hesabına ve ona borç kaydedilmek üzere yapmaktadır. Bu hukuksal sorumluluk kredi sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren banka ve asıl borçlu tarafından bilinmekte ve kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenledir ki ek kart hamili, asıl borçlu dışında müteselsil borçlu sıfatıyla alacaklı bankaya güvence sağlayan bir borç üstlenme ve borca katılma olarak kabul edemeyiz. BK'nun 18. maddesine göre bir sözleşmenin biçim ve koşullarını belirlemede onların gerçek ve ortak amaçlarını aramak gerekir. Olayımızda kadın, kocanın yapması gereken harcamaları onun sağladığı ek kredi kartı ile yapmakta ve böylece koca MK'nun 152. maddesine göre yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Bu yükümlülüğe rağmen ek kart hamili eşi kendi harcamalardan dolayı sorumlu tutmaya kalkarsak aile birliği için yapılan harcamaları da kadına yüklemiş oluruz. Diğer bir söyleyişle kocanın yapması gereken masrafları kadından (eşinden) tahsil etmiş duruma düşeriz ki, bu da koca menfaatine kadını borç altına sokmak demektir. İşte bu durumda MK'nun 169/son maddesindeki Sulh Yargıcının onayını aramak gerekir. Yasanın bu amir hükmünün kredi sözleşmesi ile önceden bertaraf edilmesi de hukuken mümkün değildir. Diğer taraftan kadının kendi çıkarına harcamalarda bulunduğunu ayırt etmek ve tesbit etmek mümkün müdür? Hangi harcamalar kadının çıkarıdır, hangileri değildir? Bunların tesbitinde hangi ayırıcı unsurları arayacağız. Kadın kendisine bir çorap almış ise bu kadını çorabıdır kocanın rızası ile alıp alınmadığını ispat etmesi gerekir, aksi halde sen sorumlusun mu denecek... Böyle bir ayrıma girmenin getireceği sorunlar davalının yıllarca sürmesini gerektirecek, alacaklı zamanında alacağını tahsil edemeyecektir.

Kocanın, Banka ile yaptığı kredi kartı sözleşmesindeki amacı, kendi alışverişine yardımcı olmasını yeğlemesi yanında, kendi hesabından ortak

giderler veya eşinin zati ihtiyaçlarını gidermesi için ona nakit para verme yerine ek kart sağlamasıdır. Bu yetkinin eşe tanınmış olması, kendi kartı ile yapılan alışverişlerden kadının bankaya karşı asıl kart hamili var olduğu müddetçe sorumlu tutulması mümkün değildir. Ek Kart hamilinin kendi çıkarına aşırı harcamaları, asıl kart sahibi ile bir iç sorun teşkil edip bankanın bu harcamalar tutarını asıl kart sahibinden istemesine de engel değildir.

Ö halde somut olayda, ek kart hamili davalı için yukarıda açıklanan nedenlerle sorumluluğuna gidilemez. Yerel Mahkeme kararının bu sebeplerle onanmasına dair daire kararı doğru olup, karar düzeltme isteminin reddi gerekir. ■

Üye
Gültekin NAZLIOĞLU

Gönderen: Av. Nail Yılmaz TOKSÖZ

BANKANIN SÖZLEŞMEDEKİ YETKİYE DAYANARAK FAİZ ORANINDA YAPTIĞI DEĞİŞİKLİK KREDİ KARTI SAHİBİNİ BAĞLAR

YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ
1996/8326 E.
1997/5623 K.
02.06.1997 T.

ÖZET: Kredi kartı üyelik sözleşmesinde, yetkili merciler ya da banka tarafından faiz oranlarında değişiklik yapılması durumunda ihtara gerek kalmaksızın

Yeni oranların uygulanacağı kararlaştırıldığına göre, bu hükümler ve emsal bankacılık faiz oranları dikkate alınır.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

Taraflar arasında imzalanan Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesi'nin 8. maddesinde hem akdi hem de temerrüt faiz oranları belirtilmiştir. Aynı sözleşmenin 20. maddesinde ise faiz oranlarında yetkili merciler veya banka tarafından değişiklik yapılması halinde ihtara gerek kalmaksızın değişiklik tarihinden itibaren yeni faiz oranlarının uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Mahkemece alınan 5.10.1995 tarihli asıl ve buna ek bilirkişi raporunda tarafların serbest iradesi ile oluşturduğu sözleşme hükümleri gözetilmeksizin hesaplama yapıldığından, mahkemece bu raporun hükmüne esas alınması doğru görülmemiştir.

Mahkemece yapılacak iş; MK'nun 2. maddesi, sözleşme hükümleri ve o tarihte aynı tür kredilere uygulanan emsal bankacılık faiz oranları da dikkate alınmak suretiyle yeni bir uzman bilirkişiden rapor alınarak sonucuna uygun bir karar vermektir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına BOZULMASINA, 2.6.1997 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Gönderen: Av. Nail Yılmaz TOKSÖZ

**ZORUNLU MÜDAFİ ATANMASI GEREKEN DURUMLARDA
FERDİ SAVUNMANIN YETERLİ ÖLÇÜDE YAPILMASI
SAĞLANMALIDIR**

YARGITAY
CEZA GENEL KURULU
1996/8-74 E.
1996/116 K.
28.05.1996 T.

ÖZET : Onsekiz yaşını bitirmemiş, sağır veya dilsizler ya da kendisini savunamayacak derecede malûl olan sanıkların yahut yakalanan kişilerin savunmalarının sağlıklı ve tam olarak gerçekleşip gerçekleşmediği; itham karşısında hukuksal yardımdan gerekli ve yeterli ölçüde yararlanıp yararlanmadıklarının gözetilmesi; sava karşılık bireysel savunmanın sağlanması gerekir.

Yalan tanıklık yapmak suçundan sanık C.A.'ın T.C.Y. nin 286/2. 55/3 ncü maddesi uyarınca 2 yıl ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin, Zile Ağır Ceza Mahkemesince 16.2.1995 gün ve 77-11 sayı ile verilen kararın sanık tarafından temyizi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 8 nci Ceza Dairesince 28.2.1996 gün ve 435-2492 sayı ile;

(20.2.1977 doğumlu olup, karar tarihinde dahi reşit olmayan sanığa kendiliğinden atanan müdafinin, C. Savcısının esas hakkındaki görüşünü açıkladığı oturumda hazır bulundurulup, savunma olanağı verilmeyerek yokluğunda hüküm kurulmak suretiyle 3842 sayılı Yasa ile değişik C.Y.U.Y.nin 138 nci maddesine aykırı davranılması) isabetsizliğinden bzulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay C. Başsavcılığı ise 4.4.1996 gün ve 38395 sayı ile:

(Sanığın sorgusu 20.10.1992 tarihli oturumda müdafii tayin edilmeden yapılmış, mahkeme durumu farkedince, baro başkanlığınca müdafii atanması sağlanmış ve müdafii 30.3.1993 tarihli oturuma katılmıştır. Dosyayı incelemek için süre istemiş, 11.5.1993 tarihli oturumda müvekkili ile bağlantı kuramadığını, bağlantı kurup savunma yapmak üzere yeniden süre istediğini bildirmiş, mahkeme sanığın ihtarına karar vermiş, 22.6.1993 tarihli oturuma sanık katılmıştır. Ancak, bu kez müdafii gelmemiş, 22.6.1993 tarihli savunma dilekçesini, "duruşmadan sonra verildi" şerhiyle vermiş, sanığın beraatini istemiş 21.9.1993 tarihli oturum dışında, başkaca oturuma da katılmamıştır. Sanık ve müdafinin yokluklarında verilen karar 20.3.1995 de sanık müdafiiye tebliğ edilmiş, ancak karar tebliğden önce 24.2.1995 de sanık müdafii tarafından temyiz edilmiştir.

Bu durumda Yerel Mahkeme 3842 Sayılı Yasa ile değişik 138. maddenin emredici kuralına uyarak sanığa müdafii tayin ettirmiş, müdafii yukarıda açıklanan oturumlara katılmış, katılmadığı oturumlarda ise esasa ilişkin bir işlem yapılmamıştır. Duruşmalara kısmen katılmamasına rağmen tebliğden önce kararı temyiz etmiştir. Bu durumda, müdafinin görevini yapmadığından bahisle C.Y.U.Y. nin 141. maddesi uyarınca yeni bir müdafii tayinini istemek olanaklı değildir.

Yargılama Yasasında, sanık müdafinin esas hakkında görüş bildirilen oturuma katılmasını zorunlu kılan bir hüküm yoktur. amaç, sanığın hukuki yardımdan yararlandırılmasıdır. olayda müdafii, açıklanan faaliyetleri ile yasa yoluna da başvurarak hukuki yardımı gerçekleştirmiştir. Müdafinin her oturuma katılmasını istemek şekilciliktir. Ayrıca, karar kesinleşinceye dek savunma her aşamada yapılabilir.) Açıklaması ile itiraz etmiştir.

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

CEZA GENEL KURULU KARARI

İncelenen dosyaya göre;

Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki uyumsuzluk; Onsekiz yaşını bitirmemiş olan sanık C.A.'ya 3842 sayılı yasa ile değişik C.Y.U.Y. nin 138 nci maddesi uyarınca atanan müdafinin, yargılama aşamasında görevini yerine getirip, getirmediği hususundadır.

Ceza Yargılama Yasasında kural olarak zorunlu müdafilik sistemi benimsenmemiştir. Buna rağmen yakalanan kişi veya sanık soruşturmasının her hal ve derecesinde isterse bir veya birden fazla müdafii yardımından yararlanabilir. 3842 Sayılı Yasa ile değişik C.Y.U.Y. nin 138. maddesinin birinci cümlesine göre; yakalanan kişi veya sanık müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse istem halinde, kendisine baro tarafından bir müdafii atanır.

138 nci maddenin ikinci cümlesine göre de, yakalanan kişi veya sanık onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl olur ve bir müdafii bulunmazsa istemi aranmaksızın kendisine müdafii atanır.

Ferdî müdafada kural olarak ihtiyari müdafilik sistemini benimsemiş olan yargılama yasası, 138 nci maddenin ikinci cümlesinde açıklandığı üzere onsekiz yaşını bitirmemiş küçükler veya sağır veya dilsizler ya da kendisini savunamayacak derecede malûl olanların yakalanması veya sanık sıfatıyla yargılanması söz konusu olduğunda, bu kimselerin kendilerini yeterince savunamayacakları ve kamusal bir kurum olan müdafinin zaafa uğrayacağı kabulünden hareketle zorunlu müdafilik esasını benimsemiştir.

Hal böyle olunca, zorunlu müdafî atanması gereken yakalanan kişi veya sanık bakımından gözetilmesi gereken; ferdi müdafinin GEREKLİ ve YETERLİ bir biçimde yapılıp yapılmadığının belirlenmesidir. Yoksa, şeklen müdafî atanması ve ferdi savunmanın gereğince, yeterli biçimde yerine getirilmemesi halinde, buyurucu bu usul kuralına uygun davranıldığı kabul edilemez.

Esasen, onsekiz aşından küçük olan kimseler veya sağır ya da dilsizler veya kendisini savunamayacak derecede malûl olanlar sadece yargılama yasası bakımından müdatalarını yeterince ve gerekli biçimde yapamayacakları için zorunlu müdafî atanması yoluyla özel bir düzenlemeye tabi tutulmamışlardır. Bu gibi kimselerin T.C. Yasası bakımından ceza ehliyetleri sınırlıdır. 11-15 yaş grubunda bulunan sanıklara 2253 Sayılı Yasanın 12 nci maddesi, 15-18 yaş grubundaki sanıklara T.C.Y. nin 55/3 ncü maddesi, kısmen akıl malûllyete müptela olan kimselere TCYL. nin 47 nci maddesi, sağır veya dilsizlere de T.C.Y. nin 57 nci ve 58 nci maddeleri uyarınca indirim yapılmak suretiyle ceza tayin olunurken, Özel hukuk alanında da bu gibi kimselerini vesayet altına alınmaları, hak ve çıkarlarının bir vasi tarafından gözetilmesi gibi düzenlemelere yer verildiğini görmekteyiz. Bu düzenlemeler onların hukuk düzenince özel olarak korunmaları gerektiğini göstermektedir.

O halde, onsekiz yaşını bitirmemiş, sağır veya dilsizler ya da kendisini savunamayacak derecede malûl olan sanıkların veya yakalanan kişilerin müdafîlerinin (savunmalarının) sağlıklı ve tam olarak gerçekleşip gerçekleşmediği; itham karşısında hukuksal yardımdan gerekli ve yeterli ölçüde yararlanıp yararlanmadıklarının gözetilmesi gerekir.

Bu genel açıklamalardan sonra inceleme konusu dosyaya bakıldığında; sanık C.A. yalan tanıklık suçunu işlediği iddia edilen tarihte ve son soruşturma aşamasında onsekiz yaşını bitirmemiştir. Bu nedenle de hakkında T.C.Y. nin 55/3 ncü maddesi uygulanmıştır. Sanığın sorgusunun yapıldığı 20.10.1992 tarihli oturumda müdafî bulunmamaktadır. Yerel Mahkeme bu eksikliği farederek, C.Y.U.Y nin 138 nci maddesi uyarınca baredan sanığa müdafî atanmasını istemiş, baredo tarafından 13.3.1993 tarihinde sanık müdafî olarak atanan Avukat 30.3.1993 tarihli oturumda hazır bulunarak, dosyayı incelemek için önel istemiş, 11.5.1993 tarihli oturumda da sanık ile temas kurmak üzere davanın talikini talep etmiş, 22.6.1993 tarihli oturumdan sonra duruşma dışı savunma dilekçesi vermiş, başkaca ve özellikle C. Savcısı tarafından esas hakkında görüşün açıklandığı ve hükmün verildiği 16.2.1995 tarihli, oturumda hazır bulunmamış, 20.2.1995 tarihinde tebliğ edilen hükmü suresinde temyiz etmiştir.

Davanın bu seyri karşısında sanık iddianame okunup, üzerine yüklenen

suç anlatıldıktan sonra sorguya çekilirken müdatlı bulunmamaktır. Sonraki aşamada şekle uygun olarak C.Y.U.Y. nin 138 nci maddesinin ikinci cümlesi uyarınca kendisine bir müdafî atanmışsa da; bu müdafîin sanığın savunmasını gerekli ve yeterli bir biçimde yaptığı söylenemez. Kaldı ki, C. Savcısının esas hakkındaki görüşünü açıkladığı ve hükmün verildiği 16.2.1995 tarihli son oturumda da hazır bulunmamış, iddiaya karşı ferdi savunmayı gerekli ve yeterli ölçüde sağlamamıştır.

Yasa koyucu; kendilerini yeterince, hukuken gerekli ve güvenli biçimde savunamayacakları görüşüyle, onsekiz yaşından küçüklere, sağır veya dilsizlere ya da kendilerini savunamayacak derecede malûl olanlara zorunlu müdafî atanması gerektiğini benimserken; onların savunmalarının sağlıklı bir biçimde gerçekleşmesi ve korunmaları gerektiği anlayışından hareket etmiştir. Artık, evrensel hukuk ilkeleri ve ülkemizin imzalayarak kabul ettiği İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin de benimsediği üzere; yargılamada sanığın en önemli hakkı savunma hakkıdır. Bu hak hiçbir kısıtlamaya tabi tutulmadan ferdi savunmayı sağlayacak biçimde korunmalıdır. Müdafî atanması ile sorun çözümlenmiş sayılmaz. Atanan müdafî görevini yapmazsa, yapmağa zorlanmalı veya C.Y.U.Y nin 141 nci maddesi uyarınca yerine yenisi atanmalı ve böylece savunma gerekli ve yeterli ölçüde yapılarak; küçük, sağır veya dilsiz ya da kendisini savunamayacak derecede malûl olan; usul hukukun öngördüğü tüm güvenirlilik sağlanarak korunmalıdır.

Halbuki; sanığa atanan müdafî Avukat, onsekiz yaşını bitirmemiş olan sanığın, sağlıklı bir biçimde savunmasını gerçekleştirilmeyerek gerekli hukuksal korunmasını tam olarak sağlayamadığından Özel Dairenin bozma kararı isabetlidir. İtirazın reddine karar verilmelidir.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının REDDİNE 28.5.1996 tarihinde oybirliği ile karar verildi. ■

ADLI OLAYI BASTIRMAK İÇİN CEZAEVİNE GİREN KOLLUK GÜÇLERİNİN BU SIRADA İŞLEDİKLERİ SUÇLAR DA ADLI NİTELİKTEDİR

YARGITAY
CEZA GENEL KURULU
1997/YYB-57 E.
1997/57 K.
18.03.1997 T.

ÖZET : Cezaevindeki tutukluların ayaklanmaları üzerine olayları önlemek için kolluk güçlerinin cezaevine girmeleri idari bir tasarrufa yönelik olmayıp

işlenmekte olan suçu önlemek, sanıkları yakalamak içindir. Bu sırada görev sınırını aşarak işledikleri suçlar için Memurin Muhakemet Kanunu hükümlerine göre değil genel hükümlere göre yargılanmaları gerekir.

Görevi ihmal, zaruretın tayin ettiği sınırı aşarak katil kastı olmaksızın faili belli olmayacak şekilde adam öldürmek suçlarından yukarıda adları yazılı sanıklar hakkında yapılan soruşturma sonunda; Diyarbakır Valiliği Memurin Muhakematı Komisyonu 19.12.1996 gün 1996/149 sayı ile, "Yüklenen suçun TCK. nın 304. maddesi ile ilgili ve adli kovuşturmayı gerektirir suç niteliğinde olduğu, C. Savcılığının talimatı üzerine güvenlik güçlerinin müdahale ettiği ve olayların meydana geldiği anlaşıldığından kurulun görevsizliğine" karar vermiş. Diyarbakır C. Başsavcılığının 23.12.1996 gün 3635/478 sayılı iddianamesi ile sanıkların TCY. nin 230 ve bir kısım sanıkların TCY. nin 50, 452/1, 463, 31, 33. maddeleri gereğince cezalandırılmaları için dava açılmıştır.

Diyarbakır 3. Ağır Ceza Mahkemesi 13.1.1997 gün 10/42 sayı ile, "2803 Sayılı Yasanın 7/b maddesinde Jandarmanın adli görevleri sayılmış olup, bunlar arasında cezaevinde çıkan isyanları bastırmak yer almamıştır. Bu nedenle cezaevinde çıkan isyanın bastırılması Jandarmanın idari görevleri arasında yer almamaktadır." gerekçesiyle yargılamanın durmasına karar vermiştir.

Bu suretle Diyarbakır Valiliği Memurin Muhakematı Komisyonu ile O yer Ağır Ceza Mahkemesi arasında olumsuz görev uyumsuzluğu doğduğundan dosya; Yargıtay C. Başsavcılığının "Ağır Ceza Mahkemesi görevsizlik kararının kaldırılmasını" isteyen 24.2.1997 günlü tebliğnamesiyle Birinci Başkanlığa gönderilmekle Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

CEZA GENEL KURULU KARARI

Diyarbakır E Tipi Kapalı Cezaevinde bulunan siyasi tutukluların isyan çıkartarak cezaevi ikinci müdürü ile cezaevi infaz ve koruma memurlarını ya-

raladıkları, isyanın büyümesi üzerine kolluk kuvvetlerinden yardım istendiği, Jandarma Bölük Komutanlığı ve Emniyet Müdürlüğüne ait personelin silahlarından arındırılarak jop, kalkan ve miğferle teçhiz edilerek cezaevine girdikleri, isyan çıkartanların etkisiz hale getirilmeleri sırasında tutuklulardan ölen ve yaralananların olduğu olayda; amir konumunda olan sanıkların TCY. nin 230. diğer sanıkların ise TCY. nin 50. maddesi yoluyla 452/1, 463, 31, 33. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları için açılan davada Ağır Ceza Mahkemesi ile İl İdare Kurulu arasında olumsuz görev uyumsuzluğu doğmuştur.

2803 Sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7. maddesinde Jandarmanın görevleri:

"a) Mülki görevleri;

Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurları ve tutuklevlerinin dış korumalarını yapmak,

b) Adli görevleri;

İşlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri apmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek,

c) Askeri görevleri;

Askeri kanun ve nizamların gereği görevlerle Genelkurmay Başkanlığınca verilen görevleri yapmak,

d) Diğer görevleri;

Yukarıda belirtilen görevler dışında kalan ve diğer kanun ve nizam hükümlerinin icrası ile bunlara dayalı emir ve kararlarla Jandarmaya verilen görevleri yapmak." şeklinde belirlenmiştir. Benzer hükümler içeren Jandarma Yönetmeliği ve Dış Koruma Yönergesinde adli ve idari görevleri genel esasları açıklığa kavuşturulmuştur.

Tutukluların, cezaevi ikinci müdürü ile infaz ve koruma memurlarını yaralayarak cezaevi idaresine karşı ayaklanmaları ve TCY. nin 304. maddesinde yazılı suçu işlemeleri üzerine güvenlik görevlisi olan sanıklar bu adli olayı bastırmak için cezaevine girmişlerdir. Kolluk güçlerinin cezaevine girmeleri, idari bir tasarrufa yönelik olmayıp, işlenmekte olan suçu önlemek, suçluları yakalamak içindir. İşlenmiş olan suçla ilgili olarak yasalarla verilen görevleri yerine getirirken yüklenen suçları işledikleri iddia olunan sanıkların eylemleri bu itibarla adli görevle ilgili olduğundan, Ağır Ceza Mahkemesi görevsizlik kararı kaldırılmalıdır.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle, Diyarbakır 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 13.1.1997 gün 10/42 sayılı görevsizlik kararının kaldırılmasına, 18.3.1997 günü, tebliğnamedeki görüşe uygun olarak oybirliğiyle karar verildi. ■

TAHRİKİN VARLIĞI VE DERECESESİ, FAİLİN DURUMUNA VE YÖRESEL KOŞULLARA GÖRE DEĞERLENDİRİLİR

YARGITAY
CEZA GENEL KURULU
1997/1-8 E.
1997/26 K.
25.02.1997 T.

ÖZET : Tahrikin varlığı ve derecesi, failin durumuna ve yöresel koşullara göre değerlendirilmeli, olaya kimin neden olduğu, suçun işleniş şekli, niteliği, özellikleri,

tahrik eden ile failin hal ve davranışları dikkate alınmalıdır. Fail, tahriki oluşturan haksız fiilin doğurduğu öfke ve şiddetli elemin etkisi ve içinde bulunduğu ruhsal durumun tepkisiyle suçu işlemiş olmalıdır.

Kasten adam öldürmek suçundan sanık M.A.Ö.E.'in TCY. nın 448, 51/1, 59. maddeleri uyarınca 15 sene ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına ve ter'î ceza tayinine ilişkin Ankara 5. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 12.12.1995 gün 159/250 sayılı hükmün katılan ve sanık vekilleri tarafından temyizî üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesi 05.06.1996 gün 1071/2106 sayı ile;

"Maktûl yanında 14-15 yaşlarındaki kızı D.G. ve yeğeni ile parkta otururken alkollü olan sanığın ceketini omuzunda yanlarına gelerek ters ters bakmasına maktûlün "ne bakıyorsun" demesi ile tartışmanın başladığı, sanığın başkasını da bıçaklamadan yargılandığı, kendi yeğeni M.E.E.'in ifadesine göre saldırgan tanınan kişiliği bulunduğu, kendi vücudunu da bıçaklayan çevrede psikopat diye tanınan kişilikte olduğu tanıkların anlatımından anlaşıldığından maktûlden kaynaklanan haksız bir hareket bulunmadığı halde sanık lehine TCK.nun 51/1. maddesinin uygulanması" isabetsizliğinden bozulmuş.

Yerel Mahkeme 12.09.1996 gün 150/153 sayı ile;

"Olay gecesi ölenin sanığa "ne bakıyorsun lan" diye hitap etmesi üzerine olayın geliştiği ve böylece kavgayı başlatanın da ölen olduğu anlaşılmalı bozma ilamına uyulmamıştır." gerekçesiyle önceki hükümden di-

renmiştir.
Re'sen temyize tabi olan bu hükmün Yargıtayca incelenmesi ayrıca katılan vekili tarafından da süresinde istenildiğinden dosya, Yargıtay C. Başsavcılığının "onama" istemli 16.12.1996 günlü tebliğnamesiyle Birinci Başkanlığa gönderilmekle Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

CEZA GENEL KURULU KARARI

Kasten adam öldürmek suçundan sanığın cezalandırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir.

Haksız tahrik, failin; haksız bir fiilin doğurduğu öfke ve elemin etkisi altında hareket ederek suç işlemesidir. Haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için;

- Tahriki oluşturan bir fiil olmalı,
- Bu fiil haksız bulunmalı,
- Fail öfke veya şiddetli elemin etkisi altında kalmalı,
- Failin işlediği suç, bu ruhi durumun tepkisi olmalıdır.

Tahrikin varlığı ve derecesi, failin durumu ve yöresel koşullara göre değerlendirilmeli, olaya kimin neden olduğu, olayın işleniş şekli, niteliği, özellikleri, tahrik eden ile failin hal ve davranışları dikkate alınmalıdır. Fail, tahriki oluşturan haksız fiilin doğurduğu öfke ve şiddetli elemin etkisi ve içinde bulunduğu bu ruhi durumun tepkisiyle haksız fiili ika edene karşı bir suç işlemelidir.

Dosya içeriğine göre;

Sanık, babası Almanya'da, boşanan annesi Ankara'da çeşitli otellerde, kendisi de teyzesinin evine ait bodrumda kalan bir kişidir. Yakın akrabası tanık M.E.E.'in ifadesinde belirttiği ve yakalandığında sevkedildiği sağlık ocağı raporunda da açıklandığı üzere, zaman zaman vücudunun muhtelif bölgelerini merdiven şeklinde kesen, başkaları ile geçinemeyen, önüne gelene çatan, devamlı bıçak taşıyan, sık sık olay çıkaran bir kişilik yapısına sahiptir. İki kez bıçakla yaralama suçundan mahkum olmuş ve bu kararlar kesinleşmiştir.

Maktûl olay akşamı 1980 doğumlu olan kızı ve 1986 doğumlu olan yeğeni ile birlikte parkta otururken, ceketini omuzunda sarhoş bir vaziyette gelen sanık, maktûl ve yanındakilere anormal şekilde bakmıştır. Öldürülenin "ne bakıyorsun" demesi üzerine aralarında tartışma çıkmış, sanık içki parası istemiş ve para vermeyen maktûlü oturduğu banktan zorla kaldırıp çimlere doğru çekmiş, bıçaklayarak akciğer ile kalp delinmesinden gelişen iç kanama sonucu ölümüne neden olmuş ceket ve terliklerini de olay yerinde bırakarak kaçırmıştır.

Sanık ile öldürülen birbirini tanımamaktadır. Olaya parkta genç kızı ve yeğeni ile birlikte oturan maktûle, sanığın ters ters bakıp sataşması neden olmuş, ilk haksız hareket sanıktan gelmiştir. Yerel Mahkemenin kabulü gibi, öldürülenin "ne bakıyorsun lan" dediği kabul edilse dahi olayı başlatan ve ilk saldırdı bulunan sanık olup, maktûlden kaynaklanan haksız hareketin

varlığından sözedilemez. Bu itibarla, sanık hakkında TCY. nin 51/1. maddesinin uygulanması isabetsiz olup Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle, Yerel Mahkeme direnme hükmünün BOZULMASINA, 25.02.1997 günü tebliğnamedeki isteme aykırı olarak oybirliği ile karar verildi.

YASANIN SUÇ UNSURU YA DA AĞIRLAŞTIRICI NEDEN KABUL ETTİĞİ HALLERDE SAİKE İTİBAR OLUNUR

YARGITAY
CEZA GENEL KURULU
1996/1-105 E.
1996/130 K.
11.06.1996 T.

ÖZET :Kan gütme; failin, daha önce öldürülen bir kimsenin intikamını almak için, ilk olayın doğurduğu elem ve infial geçtikten sonra suçluyu ya da

onun mensup olduğu gruptan birisini öldürmesidir. Oğlunun öldürülmesinden sonra yeni olaylar çıkmaması için köyü terkeden kişinin, tesadüfen karşılaştığı avlanmak amacıyla yanına aldığı av tüfeği ile ateş edip yaralaması eyleminin kan gütme saiki ile işlenmemiş olduğunun kabulü gerekir.

Kan gütme saiki ile adam öldürmeye teşebbüs ve saldırgan sarhoşluk suçlarından sanık Y.K.'ın TCY. nin 450/10, 62, 59, 572/1, 59. maddeleri gereğince 16 yıl 8 ay ağır hapis ve 1 ay 20 gün hafif hapis cezası ile cezalandırılmasına, fer'i ceza tayinine ilişkin Muğla Ağır Ceza Mahkemesince verilen 17.5.1995 gün 420/142 sayılı hükmün sanık vekili tarafından temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesi 9.11.1995 gün 3068/3272 sayı ile;

"1- Müdahil V.K.'ın 9.5.1990 tarihinde sanığın oğlunu öldürdüğü ve 3713 Sayılı Yasadan yararlanarak cezaevinden çıktığı, oğlu öldürülen bir baba için bu acının geçtiğini kabule elverişli bir zaman geçmeden müdahili öldürmeye teşebbüs ettiği, müsnet suçu maruz kaldığı bu ağır tahrikin etkisiyle değil kötü bir geleneği bir görev bilinciyle sürdürmek amacıyla işlediğini kabule elverişli delil elde edilemediği gözönünde tutulduğunda, sanığın TCK. nin 448, 62, 51/2, 59. maddeleriyle cezalandırılmasında zorunluluk bulunduğu halde yazılı şekilde hüküm kurulması.

2- Ağır bir tahrik etkisiyle suç işleyen sanığın müteceviz sarhoşluktan cezalandırılmasına karar verilmesi,

3- Emanete kayıtlı boş fişekler ve saçma tanelerinin zoralımı hususunda bir karar verilmemesi" isabetsizliğinden bozmuş.

Yerel Mahkeme 27.12.1995 gün 339/371 sayı ile;

"İlk olaydan sonra geçecek zaman süresi, her kişiye göre değişebilecektir. Sanık cezaevinden çıkan mağduru görmüş ve bu fiili işlememiştir. Bu nedente tahrik altında değildir. Oğlunun öldürülmesi nedeniyle bu fiili işlemiştir. Oğlunun öldürülmesi yasa tarafından ağırlaştırıcı

neden olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle (1) ve buna bağlı olarak (2) no. lu bozmaya uyulmamıştır Müsadere konusunda da her zaman karar verilebilecektir." gerekçesiyle direnilmiştir.

Re'sen temyize tabi olan bu hükmün sanık vekil tarafından da Yargıtayca incelenmesi talep olunmakla dosya Yargıtay C. Başsavcılığının "bozma" istemli 2.4.1996 tarihli tebliğnamesiyle Birinci Başkanlığa gönderilmekle Ceza Genel Kurulunca okundu. Ceza Genel Kurulunda duruşmalı inceleme yapılacağına dair yasal bir hüküm olmadığından sanık vekilinin duruşma isteminin reddi ile incelemenin dosya üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra gereği konuşulup düşünüldü;

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanığın adam öldürmek suçundan cezalandırılmasına karar verilen olayda, Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyumsuzluk, suçun kan gütme saiki ile işlenip işlenmediğine ilişkindir.

Saik; failin eyleme geçmesine etken olan nedenlerdir. Yasanın suç unsuru veya ağırlatıcı neden olarak kabul ettiği hallerde saike itibar edilmelidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.2.1991 gün 1/41, 11.3.1991 gün 36/76, 14.10.1991 gün 233/264 sayılı kararlarında belirtildiği üzere kan gütme; failin, daha önce öldürülen bir kimsenin intikamını almak için, ilk olayın doğurduğu elem ve infiat geçtikten sonra suçlunun mensup olduğu gruptan birisini veya suçluyu öldürmesidir.

Adam öldürme suçunun kan gütme saiki ile işlendiğinin kabulü için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:

- 1- Olaya neden olan önceki hadise, ölümle sonuçlanmış olmalıdır.
- 2- Fail, önceki suç failini veya onun mensubu olduğu grup ya da aileden birisini, öç alma duygusuyla ve bir görev bilinciyle öldürmelidir.
- 3- İlk öldürülen ile ikinci suçun faili arasında kan hısımlığı bulunması şart olmayıp, suçun kan gütme saiki ile işlenmesi yeterlidir.
- 4- İlk öldürme olayı ile, ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir süre geçmeli, bu süre içinde fail, ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak geleneklerin etkisiyle bir görevi yerine getirme istek ve bilinciyle hareket etmelidir.

Maddi olayda; sanığın oğlu 9.5.1990 tarihinde şikayetçi tarafından öldürülmüş ve TCY. nın 448, 51/1, 59. maddeleri gereğince 15 yıl ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilen şikayetçi, 3713 Sayılı Yasanın geçici 1. maddesinden yararlanarak 9.5.1993 günü tahliye olmuştur.

Sanık, oğlunun öldürülmesi üzerine köyü terketmiş ve Milas İlçesine yerleşmiştir. 13.11.1994 günü, köyde bulunan tarlasını satın almak isteyen M. S. ile yol üzerinde bulunan lokantalardan birinde buluşup pazarlık

yapmıştır. Fiyat konusunda anlaşma sağlanamamış, içki içen sanık tarlayı satmasını abisine söylemek amacıyla kendi kullandığı arabasıyla köye gitmiştir. Köyde bulunan üç yol kavşağına gelince şikayetçiyi görmüş, avlanmak amacıyla yanına aldığı av tüfeği ile 21 metre mesafeden ateş ederek müdahili yaralamıştır.

Sanık, 24 yaşındaki oğlunun öldürülmesinden sonra yeni olaylar çıkmaması için köyü terketmiş, öç alma bilinci ve gelenekleri sürdürme amacı ile değil, tesadüfen karşılaştığı katılana, oğlunun öldürülmesi olayının yarattığı gazap ve şedit elemi doğurduğu ağır tahrik etkisiyle ateş etmiştir. Sanığın savunmaları, suçun işlenmesindeki özellikler, olayın akışı ve dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, kan gütme saikinin suçun işlenmesinde etken olmadığı sonucuna varılmakla direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

Öte yandan olay; sanığın sarhoş olması nedeniyle ve sarhoşluğunun etkisiyle meydana gelmemiş, oğlunun öldürülmesinin doğurduğu ağır tahrik sonucu işlenmiştir. Sanığın alkollü olmasının olayda etken olmaması nedeniyle hakkında saldırgan sarhoşluk suçundan mahkumiyet hükmü kurulması da yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle, Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına, tebliğnamedeki düşünce gibi 11.6.1996 günü oybirliğiyle karar verildi. ■

İDDİANAMEDE GÖSTERİLMİYEN EYLEMDEN HÜKÜM KURULAMAZ

YARGITAY
CEZA GENEL KURULU
1997/10-12 E.
1997/9 K.
04.02.1997 T.

ÖZET : CMUK'un 257. maddesinde de belirtildiği gibi, hükmün konusu, duruşmanın sonucuna göre iddianamede gösterilen fiilden ibarettir. Fiil

yönünden kamu davasının dışına çıkılması, dava olmadan karar verilmesi anlamını taşır.

Devlet malına zarar vermek ve kavgada silah teşhiri suçlarından sanık M.K.'ın değişen suç vasfına göre TCK, nun 258/2. maddesi uyarınca 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca sanığın bu cezasının ortadan kaldırılmasına ilişkin Kaman Asliye Ceza Mahkemesince 7.9.1995 gün ve 28/135 sayı ile verilen karar, Üst C. Savcısının temyizi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 10. Ceza Dairesince 4.6.1996 gün 6175/6405 sayı ile;

"İddianame içeriğine göre görevli memura etkin direnme suçundan dava açılmadığı gözetilmeden yazılı şekilde bu suçtan hüküm kurulması" isabetsizliğinden bozulmuştur.

Yerel Mahkeme ise 3.10.1996 gün ve 74/119 sayı ile;

"CMUK'nun 257. maddesine göre hükmün mevzuu, iddianamede gösterilen fiilden ibarettir. Olay, sanığın kavgada silah çektiği ve yol yapım aracına zarar verdiği şeklinde tavsif edilmiş ise de mahkeme iddianamedeki hukuki nitelendirme ile bağlı değildir. Esasen iddianame yeterince açık olmadığından hazırlık ve duruşma sırasındaki beyanlara bakılıp iddianamedeki tavsif de gözönünde tutulduğunda sanığın eylemlerinin küll halinde etkin direnme suçunu oluşturacağı açıktır. Dozerin bir kısım parçalarının kırılması eyleminde zarar verme genel kastı, yani suçun manevi unsuru oluşmamıştır. Öğreti ve içtihatlar da bu doğrultudadır" biçimindeki gerekçe ile ve öğreti ile içtihatlardan emsal göstermek suretiyle önceki kararında direnmiştir.

Bu kararın da o yer C. Savcısı tarafından süresinde temyiz edilmesi üzerine dosya, Yargıtay C. Başsavcılığının bozma isteyen 16.12.1996 günlü tebliğnamesiyle Birinci Başkanlığa gönderilmekle Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü.

CEZA GENEL KURULU KARARI

İncelenen dosyaya göre;

Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık sanık hakkında memura etkin direnme suçundan dava açılıp açılmadığı hususuna ilişkindir.

Sanık hakkında memura etkin direnme suçundan dava açılıp açılmadığının belirlenebilmesi için iddianameye bakılması gerekir.

Kaman C. Başsavcılığının aşağıda aynen yer alan 13.2.1995 gün ve 14 sayılı iddianamesiyle; "Kaman Savcılıbüyükoba Kasabası belediyesince yol yapım çalışmaları yapıldığı bir esnada sanığın hak iddia ettiği taşınmaza varıldığında taraflar arasında çıkan kavgada,

Sanığın kavgada silah çektiği ve keza yol yapım aracına zarar verdiği dosya kapsamı ile anlaşılmalı, TCK, nun 516/3, 522, 466/1. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle" kamu davası açıldığı anlaşılmaktadır.

CMUK, nun 150. maddesi uyarınca, tahkikat ve hüküm, yalnız iddianamede beyan olunan suça ve zan altına alınan şahıslara hasredilir.

Bu hudut dahilinde olarak, mahkemeler istiklal ile hareket etmek hak ve görevini haiz olup ceza kanununun tatbikinde kendilerine arzedilen iddialar ile bağlı değildir."

257. maddede de; "hükmün mevzuu, duruşmanın neticesine göre iddianamede gösterilen fiilden ibarettir.

Fiili takdirde mahkeme, iddia ve müdafaalarla bağlı değildir." hükümleri yer almaktadır.

Bu iki maddede fiil bakımından kamu davasının sınırı açıkça gösterilmektedir. Fiil yönünden kamu davasının dışına çıkılması demek, dava olmadan karar verilmesi anlamını taşır. Böyle bir uygulamaya Yargılama Yasasının açıklanan kuralları kesin engel oluşturur. Ancak, hakim fiilin niteliğini tayin ve takdirde iddianamedeki hukuki görüşle ve savunma ile bağlı değildir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun duraksamaya yer vermeyen içtihatlarına göre, bir olayın açıklanması sırasında bir başka olaydan sözedilmesi de o olay hakkında dava açıldığını göstermez. İddianamede (veya yargılamanın gerekliliği kararı ya da şahsi dava dilekçesinde) dava konusu yapılan fiilin bir başka olaya dayalı olmadan, bağımsız olarak açıklanması gerekir.

Davanın dayanağını oluşturan ve içeriği yukarıda aynen açıklanan iddianamede sanığın memura etkin direnmede bulunduğu söz edilmiştir. Bu itibarla, sanık hakkında memura etkin direnme suçundan dava açıldığı görüşü yerinde değildir. Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle Yerel Mahkeme direnme hükmünün istem gibi **BOZULMASINA**, 4.2.1997 gününde oybirliği ile karar verildi. ■

YAKINANIN TELEFON TELİNİ KESME EYLEMİ TAKİBİ ŞİKAYETE BAĞLI "IZRRAR SUÇU"NU OLUŞTURUR

YARGITAY
4. CEZA DAİRESİ
1996/8670 E.
1996/9821 K.
19.12.1996 T.

ÖZET: Sanığın, mağdurun telefon telini kesmekten ibaret eylemi TCY. nın 516/ilk maddesine uyan yakınmaya bağlı ve geri almakla düşen ızzar suçunu

oluşturur.

Konut dokunulmazlığını bozma ve haberleşmeyi engelleme suçlarından sanık Hakkı hakkında TCY. nın 391, 413, 193/2, 59, 72, 647 sayılı Yasanın 4, 6. maddeleri uyarınca sanığın 1.500.000 lira ağır para cezasıyla hükümlülüğüne ve cezasının ertelenmesine ilişkin SEYİTGAZİ Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 1995/25 Esas, 1995/45 Karar sayılı ve 30.11.1995 tarihli hükmün temyiz yoluyla incelenmesi üst C. Savcısı ile sanık Hakkı tarafından istenilmiş ve temyiz edilmiş olduğundan; Yargıtay C. Başsavcılığının 22.1.1996 tarihli bozma isteyen tebliğnamesiyle 2.12.1996 tarihinde daireye gönderilen dava dosyası başvurunun nitelik ve kapsamına göre görüşüldü.

Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.

Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede:

1) a- Yargılama ve olayın kanıtlanmasına ilişkin gerekçe: Sanığa yükletilen geceleyin konut dokunulmazlığını bozma eylemiyle ulaşılan çözümlü haklı kılıcı zorunlu öğelerinin ve bu eylemin sanık tarafından işlendiğinin yasaya uygun olarak yürütülen duruşma sonucu saptandığı, bütün kanıtlarla aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların temyiz denetimini sağlayacak biçimde ve eksiksiz sergilendiği, özleri değiştirilmeksizin tartışıldığı, vicdani kanının kesin tutarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığı, böylece olaylara ilişkin sorunlarda gerekçenin yeterli bulunduğu;

b- Hukuksal tanı: Eylemin doğru olarak nitelendirildiği ve Yasada öngörülen suç tipine uyduğu,

c- Yaptırım: Cezanın yasal bağlamda uygulandığı,

anlaşıldığından, sanık Hakkı'nın ileri sürdüğü nedenler yerinde görülmemiş olmakla, tebliğnameye uygun olarak TEMYİZ DAVASININ ESASTAN REDDİYLE HÜKMÜN ONANMASINA,

2) Haberleşmeyi engelleme suçuyla ilgili kurulan hükme yönelik temyize gelince;

Başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak; sanığın mağdurun telefon telini kesmekten ibaret eyleminin TCY. nın 516/ilk maddesine uyan yakınmaya bağlı ve geri almakla düşen ızzar suçunu oluşturduğu ve mağdurun yakınmasını geri aldığı gözetilerek, sanıktan yakınmayı geriye almayı kabul edip etmediğinin sorulması ve kabul ettiği takdirde davanın düşürülmesi gerekirken, öğeleri oluşmayan haberleşmeyi engelleme suçundan hükümlülük kararı verimesi,

Yasaya aykırı ve Üst C. Savcısı ve sanık H.S.'in temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 19.12.1996 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. ■

ÖĞULUN BABASINI EVE ALMAMASI "AİLE BİREYLERİNE KÖTÜ DAVRANIŞ" SUÇUNU OLUŞTURMAZ

YARGITAY
4. CEZA DAİRESİ

1996/8417 E.
1996/9510 K.
12.12.1996 T.

ÖZET: Sanığın babası olan mağduru evine almamaktan ibaret eylemde, aile bireylerine kötü davranma suçunun öğeleri mevcut değildir.

Aile bireylerine kötü davranma suçundan sanık hakkında TCY. nin 478/2, 647 sayılı Yasanın 4, 6. maddeleri uyarınca 450.000 lira ağır para cezasıyla hükümlülüğüne ve cezasının ertelenmesine ilişkin ALTINÖZÜ Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 1995/72 Esas, 1995/73 Karar sayılı ve 17.10.1996 tarihli hükmün temyiz yoluyla incelenmesi sanık tarafından istenilmiş ve temyiz edilmiş olduğundan; Yargıtay C. Başsavcılığının 15.11.1996 tarihli BOZMA isteyen tebliğnamesiyle 25.11.1996 tarihinde daireye gönderilen dava dosyası, başvurunun nitelik ve kapsamına göre görüşüldü.

Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.

Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak; sanığın babası olan mağduru evine almamaktan ibaret eyleminde, aile bireylerine kötü davranma suçunun öğeleri oluşmadığı gözetilmeden, hükümlülük kararı verilmesi,

Yasaya aykırı ve sanık Remzi'nin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 12.12.1996 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. ■

TANIK ANLATIMLARI ARASINDAKİ ÇELİŞKİ GİDERİLEMEMİŞ İSE BİRİNİN ÖTEKİNE TERCİH NEDENİ KARARDA AÇIKLANMALIDIR

YARGITAY
4. CEZA DAİRESİ

1996/7036 E.
1996/921 K.
05.12.1996 T.

ÖZET: Mahkemece tanık anlatımları arasında ortaya çıkan çelişkilerin giderilmesi, giderilemediği takdirde ise yöntemince incelenip hangisinin

hangi nedenle üstün tutulduğunun kararda açıklanması gerekir.

Yaralama suçundan sanık Ali hakkında TCY. nin 456/3-4, 457/1, 55/3, 59, 647 sayılı Yasanın 4. maddeleri uyarınca 3 yıl, 8 ay, 13 gün ağır hapis ve 220.000 lira ağır para cezalarıyla hükümlülüğüne ilişkin EDİRNE 2. Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 1995/37 Esas, 1995/85 Karar sayılı ve 25.10.1995 tarihli hükmün temyiz yoluyla incelenmesi sanık Ali müdafileri tarafından istenilmiş ve temyiz edilmiş olduğundan; Yargıtay C. Başsavcılığının 15.10.1996 tarihli BOZMA isteyen tebliğnamesiyle 21.10.1996 tarihinde daireye gönderilen dava dosyası, başvurunun nitelik ve kapsamına göre görüşüldü.

Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.

Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan duruşmalı inceleme başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak; tanık Zafar hazırlıkta, sanığın sövdüğünden söz etmemesine karşın, duruşmada sanığın mağdurlara sövdüğü belirtilmiş, tanık Olcay hazırlıkta, mağdurlarla sanık arasında kavga olduğunu, mağdur Özkan sanığa (bir daha bize küfretme) dediğini bildirdiği halde, duruşmada daha önceki küfürleşme olayından dolayı aralarında anlaşmazlık bulunduğunu ve mağdurların sanığa (bize neden küfrettin) dediğini söylemiş ve yerel mahkeme sanığın mağdurlara sövdüğünü ve ilk haksız hareketin sanıktan geldiğini kabul ederek, yasal indirici nedenin uygulama isteğini reddetmiştir.

Bu durum karşısında,

Tanık anlatımları arasındaki çelişkilerin giderilmesi, giderilemediği takdirde yöntemince incelenip hangisinin hangi nedenle üstün tutulduğunun açıklanması ve sonucuna göre haksız kısırtma konusunun tartışılması,

Gerekirken eksik soruşturma ve yetersiz gerekçe ile hükümler kurulması,

Yasaya aykırı ve sanık Ali Şarman müdafilerinin dilekçelerinde ve

duruşmada ileri sürdükleri nedenler yerinde görülmüş olmakla tebliğnameye uygun olarak, temyiz davasının esastan kabulüyle HÜKÜMLERİN BÖZÜLMESİNE, ilişkin oyçokluğuyla alınan karar 5.12.1996 tarihinde Yargıtay C. Savcısı'nın önünde, sanık müdafinin yüzüne karşı açıkca ve yöntemince okunup anlatıldı, 10.12.1996.

KARŞIYI:

1- Yerel Mahkeme verilen görevsizlik kararı üzerine, mağdurların iddiası ve sanığın savunmasını almış ve daha önce görevsiz mahkemede dinlenen tanıkların anlatımlarıyla yetinilerek hüküm kurulmuştur.

Sağlıklı bir vicdani kanaat yargısının oluşabilmesi için, duruşmanın temel ilkeleri doğrultusunda, kanıt kaynakları ile yüzyüzelik ve doğrudanlık kuralları uyanınca ilişki kurmak, sözlülük kuralı gereğince de tanıklar duruşma yapan yargıçlarca bizzat dinlenmek, duruşmada edinilen izlenimlere göre hüküm kurulmak zorunludur. Eğer dolaylı kanıt niteliğinde bulunan ve yalnızca tanık anlatımlarını yansıtan tutanaklarla yetinilirse, kanıtlarla doğrudan ilişki kurmayan ve sözlü olarak dinlemeyen yargıcının vicdani kanısına göre hüküm kurulmuş olacaktır ve bu da hukuken yeterli olmayacaktır.

CYY. nın 242, 244 ve 254. maddelerinin özleri bu yöndedir. O nedenle doğrudanlık ve yüzyüzelik ilkelerine uyulmamıştır. İlkin bu yönden karar bozulmalıdır.

2- TCY. nın 456. maddesinde duyu ya da öbür organlardan birinin anatomik, fizyolojik ve işlevsel açıdan zayıflama ya da yitimi ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Böbrek, testis gibi çift organlarda ya da yine göz, kulak gibi çift duyu organlarında bunların yitimi için, bu işlevi yapanların tümünün yitimi gerekir. Olayda yakının tek ciğerini yitirmiş ise de, solunma işlevini yitirmemiştir. O nedenle bu durumuyla eylem, TCY. nın 456. maddesinin 3. değil, 2. fıkrasına uymaktadır. Ancak, araştırma yetersizdir sürekli beden hastalığı olup olmadığı araştırılmak, sonucuna göre karar verilmek gerekir.

SUÇ TİPİNDE YER ALMAYAN ÖZEL KASITA DAYANILARAK HÜKÜM KURULAMAZ

YARGITAY
4. CEZA DAİRESİ
1996/8540 E.
1996/9778 K.
18.12.1996 T.

ÖZET: ESHOT İdare Encümenince tamamlanan kiraya verme işlemini onaylayan sanığın bu eyleminin bilirkişiye başvuru olarak yazılı hususlara hangi

aşamada aykırı düştüğünün saptanıp sonucuna göre görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan, sonradan gelen izne ve kasitle amaç ve iyiniyeti birbirine karıştıran, dolayısıyla suç tipinde yer almayan özel kasta dayanılarak hüküm kurulması yasaya aykırıdır.

Görevli savsama suçundan sanık Y.C.'un yapılan yargılaması sonunda beraatine ilişkin İZMİR Asliye 13. Ceza Mahkemesinden verilen 1994/494, Esas, 1995/1110 Karar sayılı ve 29.11.1995 tarihli hükmün temyiz yoluyla incelenmesi katılanlar vekili tarafından istenilmiş ve temyiz edilmiş olduğundan; Yargıtay C. Başsavcılığının 28.11.1996 tarihli bozma isteyen tebliğnamesiyle 2.12.1996 tarihinde daireye gönderilen dava dşyası başvurunun nitelik ve kapsamına göre görüldü.

Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.

Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede;

1- Toplu taşımacılığın özel şirkete verilmesiyle ilgili eyleme ve yükletilen suça yönelik katılanlar vekilinin temyiz iddiaları yerinde görülmediğinden, tebliğnameye uygun olarak, TEMYİZ DAVASININ ESASTAN REDDİYLE HÜKMÜN ONANMASINA,

2- Öbür eylemle ilgili hükmüne yönelik temyize gelince;

Beşkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak; Belediyeden ayrı bir malvarlığına sahip olmayan ve tüzel kişiliği de bulunmayan ESHOT işletmesinin 4483 sayılı Yasa ile Belediyeye bağlı olarak katma bütçe ile idare edildiği ve Güzelyalı'da bulunan trolleybus bakım atölyesinin yer aldığı taşınmazın mülkiyetinin de izmir Büyükşehir Belediyesine ait olduğu ve fakat kullanımının ESHOT Genel Müdürlüğüne tahsis edildiği anlaşılmalıdır. 1580 sayılı Yasanın 11. bendi gereğince genel yararlılara uygun bir yöne tahsisinin veya tahsis yönünün değiştirilmesini veya eski haline dönüştürülmesinin belediye meclis kararı ile olabileceği hükmüne

karşın kapatılan bu yerin zemin üstü tesislerinin kiraya verilmesi de, taşınmazdan ayrı düşünölemeyeceği ve bağımsız kullanılmasının da mümkün olmadığı gözetilmeden, ayrıca kiraya verilme işleminde 2886 sayılı Yasanın öngördüğü yöntemler çerçevesinde yapılması yolundaki hükme karşın, yalnızca ESHOT idare encümenince tamamlanan kiraya verme işlemini onaylayan sanığın bu eyleminin belirkişiyeye başvurularak yazılı hususlara hangi aşamada aykırı düştüğünün saptanıp sonucuna göre görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan, sonradan gelen izne ve kasıtlı amaç ve iyiniyeti birbirine karıştıran, dolayısıyla suç tipinde yer almayan özel kasta dayanılarak hükümler kurulması,

Yasaya aykırı ve katılan izmir Büyükşehir Başkanlığı ve ESHOT Genel Müdürlüğü vekilinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden HÜKÜMLERİN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürölü sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 18.12.1996 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. ■

ERTELEME İSTEMİNİN REDDİ İÇİN YASAL VE YETERLİ GEREKÇE GÖSTERİLMELİDİR

YARGITAY
4. CEZA DAİRESİ
1996/8502 E.
1996/9279 K.
19.12.1996 T.

ÖZET: 647 sayılı Yasanın 6. maddesinde öngöröldüğü üzere sanığın geçmişteki durumu ve suç işleme hususundaki eğilimi belirtilmeden, yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile erteleme isteminin reddine karar verilmesi yanlıştır.

Konut dokunulmazlığını bozma, sarkıntılık ve saldırgan sarhoşluk suçlarından sanık Y. hakkında TCY. nin 193/2, 421/2, 59, 72, 647 sayılı Yasanın 4. maddeleri uyarınca sanığın 1.500.000 lira ağır para cezasıyla hükümlölüğüne saldırgan sarhoşluk suçundan beraatine ilişkin SEYİTGAZİ Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 1995/37 Esas, 1995/52 Karar sayılı ve 20.12.1995 tarihli hükmün temyiz yoluyla incelenmesi sanık Yüksel müdafii ile katılanlar vekili tarafından istenilmiş ve temyiz edilmiş olduğundan; Yargıtay C. Başsavcılığının 20.11.1996 tarihli bozma isteyen tebliğnamesiyle 25.11.1996 tarihinde daireye önderilen dava dosyası başvurunun nitelik ve kapsamına göre göröşüldü.

Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.

Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görölmemiştir.

Ancak;

1- Oluşa göre sarhoş olan sanığın yakınının konut dokunulmazlığını bozduğu ve devamlı telefonla sarkıntılık yaptığı anlaşılmasına göre, sarhoşluğunun saldırgan hale dönüştüğü ve TCY. nin 572. maddesindeki suçun öğelerinin oluştuğu gözetilmeden karar verilmesi,

2- 647 sayılı Yasanın 6. maddesinde öngöröldüğü üzere sanığın geçmişteki durumu ve suç işleme hususundaki eğilimi belirtilmeden, yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile ertelemeye yer olmadığına karar verilmesi,

Yasaya aykırı ve katılanlar vekili ile sanık müdafinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde göröldüğünden HÜKÜMLERİN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürölü sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 9.12.1996 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi. 26.12.1996

KARŞIOY:

Sanığın eylemi sarkıntılık değil, birden çok söz atmadır.

Sami SELÇUK
Başkan

BORÇLU ŞİRKET KEFİLLERİNİN DE MAL BİLDİRİMİNDE BULUNMA YÜKÜMLÜLÜKLERİ VARDIR

YARGITAY
8. CEZA DAİRESİ
1997/7484 E.
1997/7629 K.
20.05.1997 T.

ÖZET: Kefil sıfatıyla sözleşmeyi imzalayan şirket temsilcilerinin kendileri adına da mal bildiriminde bulunma yükümlülükleri olup, aksine eylemleri iki

ayrı suç oluşturur.

Mal beyanında bulunmaktan sanıklar A.R.A., Y.K.A. yapılan yargılanmaları sonunda; şikayet hakkının düşürülmesine dair İZMİR 7. İcra Ceza Mahkemesinden verilen 3.2.1997 gün ve 4425 Esas. 322 karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtaydan incelenmesi müşteki vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığından tebliğname ile 7.5.1997 günü daireye dönderilmekle inelenip gereği düşünüldü:

1- Borçlu konumunda bulunan B.Konserve ve San. Tic. Ltd. Şirketi yanında kefil sıfatıyla kredi sözleşmesini imzalayan sanıkların temsil ettikleri borçlu-şirket dışında kendileri adına da mal beyanında bulunma yükümlülükleri bulunduğu, bu yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmaları nedeniyle eylemlerinin iki ayrı suç oluşturacağı gözetilmeden olaya uymayan bir gerekçeyle şikayet hakkının düşürülmesine karar verilmesi.

2- Kabule öre de CMUK. nun 253. maddesi uyarınca davanın reddi yerine şikayet hakkının düşürülmesine karar verilmesi.

Bozmayı gerektirmiş müşteki vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı (BOZULMASINA), 20.5.1997 gününde oybirliğiyle karar verildi. ■

PROJE DEĞİŞİKLİĞİNİN ONAYLANMASI İÇİN İLK PROJE MÜELLİFİNİN OLURU GEREKMEZ

DANIŞTAY
6. DAİRE
1996/1345 E.
1997/2217 K.
07.05.1997 T.

ÖZET: İdarece proje değişikliğinin onayı için bunun imar mevzuatına, teknik ve fenni koşullara uygun olup olmadığının tesbiti gerekir. İmar mevzuatında

yer almadığından onay için ilk proje müellifinin oluru gerekmez.

İstemin Özeti: İzmir 3. İdare Mahkemesinin 18.1.1996 günlü, E:1995/627, K:1996/45 sayılı kararının devamı idarenin yanında davaya katılanın projesinin aynen uygulandığı, davalı idarenin onaylamadığı projenin, önceki projenin değiştirilmesi niteliğinde olmayıp yeni bir proje olduğu; Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 16. maddesine göre tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeler için eser sahibinin iznine gerek görülmediği öne sürülerek bozulması istenilmektedir.

Davalı İdarenin ve Davalı İdare Yanında

Davaya Katılanın Savunmalarının Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi Ahmet Arslan'ın Düşüncesi : Dava, davacının proje değişikliğinin onanması isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince, 5846 sayılı Kanun Kapsamında olan mimari projenin başka bir mimar tarafından izinsiz değiştirilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davalı idarece proje değişikliğinin imar mevzuatına, teknik ve fenni koşullara uygun olup olmadığının incelenerek, bu incelemenin sonucunda proje değişikliğinin onaylanması veya reddedilmesi gerektiğinden ilk proje müellifinin muvafakatının bulunmaması nedeniyle proje değişikliğinin onaylanmaması işleminde mevzuata uyarlık bulunmadığından mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Savcı Habibe Ünal'ın Düşüncesi : Dava, (...) Evler Arsa ve Konut Yapı Kooperatifine ait olup, yüklenici olarak davacı tarafından inşa edilen yapılarla ilgili olarak başka bir mimar tarafından hazırlanan değişiklik projesinin, mimari proje müellifinin projede değişiklik yapılmasına muvafakati olmaması nedeniyle kabul edilmemesine ilişkin davalı idare işleminin iptali isteğiyle açılmış, İdare Mahkemesince, 5846 sayılı Yasa kapsamında olan mimari projenin başka bir mimar tarafından izinsiz değiştirilmesinin anılan Yasa kurallarına aykırı düştüğü gerekçesiyle tesis edilen işlemde mevzuata aykırılık görülmemekle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Belediyeye verilen değişiklik projesinin imar mevzuatına, teknik ve fenni koşullara uygun olup olmadığı yönünde incelenerek bunun sonucuna göre onaylanması ya da reddedilmesi gerekirken imar mevzuatında yer almayan ilk proje müellifinin muvafakatının bulunmaması nedeniyle değişiklik projesinin onaylanmaması işleminde hukuka uyarlık görülmediğinden temyize konu İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren ve 2575 sayılı Danıştay Kanununa 3619 sayılı Kanunla eklenen Ek 1, maddé hükmü uyarınca birlikte toplanan Danıştay Altıncı ve Onuncu Dairelerince Tetkik Hakiminin açıklamaları dindikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, davacının proje değişikliğinin onanması isteminin reddine ilişkin 31.5.1995 günlü, 5/5929 sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, 328 pafta, 13910 ada, 1 parsel sayılı taşınmaz için hazırlanan projelerin mimarı G.K. ile anlaşamadığı için başka bir mimara projeler üzerinde tadilat yaptırıldığı ve onanması için davalı idareye başvurulması üzerine proje müellifi G.K. tarafından davalı idareye bir ihtarname çekilerek 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca onanmaması gerektiğinin bildirilmesi üzerine dava konusu işlemin tesis edildiğinin anlaşıldığı, 5846 sayılı Kanun kapsamında olan mimari projenin başka bir mimar tarafından izinsiz değiştirilmesi anılan Kanuna muhalefet teşkil edeceğinden işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanununun 20. maddesinde, Yapının imar planı, Yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılacağı, 21. maddesinde de; Bu Kanunun kapsamına giren bütün yapılar için 26'ncı maddede belirtilen istina dışında belediye veya valiliklerden yapı ruhsatı alınmasının mecburi, ruhsat alınmış yapılarda herhangi bir değişiklik yapılmasının da yeniden ruhsat alınmasına bağlı olduğu, 22. maddesinde de; Yapı ruhsatı almak için belediye, valilik bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edileceği, dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa ebatlı kroki eklenmesi gerektiği hükmüne bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, 328 pafta, 13910 ada 1 parsel sayılı taşınmaz için hazırlanan projelerde değişiklik yapılması için mimari proje müellifi ile anlaşamaması üzerine başka bir mimara proje değişikliği yaptırıldığı, yaptırılan proje değişikliğinin ise proje müellifinin projede değişiklik yapılmasına muvafakatı olmadığını ihtarname çekerek davalı idareye bildirmesi üzerine muvafakatının olmaması nedeniyle onaylanmadığı

anlaşılmaktadır. Yukarıdaki hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden davalı idarece proje değişikliğinin onaylanması için değişikliğin, İmar mevzuatına, teknik ve fenni koşullara uygun olup olmadığına incelenmesi, bu inceleme sonucunda da proje değişikliğinin onaylanması veya reddedilmesi gerektiğinden, imar mevzuatında yer almayan ilk proje müellifinin muvafakatının alınmaması nedeniyle proje değişikliğinin onaylanmaması işleminde mevzuata uyarlık bulunmadığından aksi yöndeki mahkeme kararında isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle İzmir 3. İdare Mahkemesinin 18.1.1996 günlü, E:1995/627, K:1996/45 sayılı kararının BOZULMASINA, 7.5.1997 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY:

Dava, 328 pafta, 13910 ada, 1 parsel sayılı taşınmaz için hazırlanan projelerde değişiklik yapılması için mimari proje müellifi ile anlaşamaması üzerine başka bir mimara proje değişikliği yaptırılarak onanması için davalı idareye yapılan başvurunun proje değişikliğinin mimari proje müellifinin projede değişiklik yapılmasına muvafakatı olmadığı gerekçesiyle kabul edilmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 1. maddesinde genel anlamda "eser" tanımı yapılmış, 2. maddesinin 3. fıkrasında ise, bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette..... projeler, krokiler... mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketlerin, fikir ve sanat eseri sayıldığı, 16. maddesinin 1. fıkrasında da, eser sahibinin izni olmadıkça eserde ve yahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamayacağı hükmüne bağlanmıştır.

Yukarıdaki hükümler uyarınca mimari projenin teknik ve bilimsel fikir eseri olarak korunduğu, eser sahibinin izni olmadıkça projede değişiklik yapılamayacağı, projede değişiklik yapılması için proje müellifinin muvafakatının alınması gerektiği kuşkusuzdur.

3194 sayılı İmar Kanununun 22. maddesinde; Yapı ruhsatı almak için belediye, valilik bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edileceği, dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gerektiği, bu hususlarda eksiklik olduğu takdirde müracaat tarihinden itibaren müracaatçıya onbeş gün içinde ilgili bütün eksik ve yanlışların yazı ile bildirileceği hükmü yer almaktadır.

5846 sayılı Kanun kapsamında bulunan mimari projenin "eser" olarak korunmaya alınmış olması, mimari projenin proje müellifi ile anlaşamaması üzerine başka bir mimara yaptırılan proje değişikliğinin davalı idarece proje

YİTİRDİKLERİMİZ

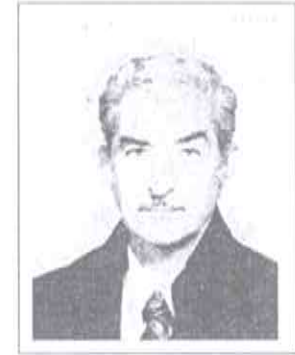
Ölümlerine değin mesleklerini onurlu ve saygın biçimde sürdüren değerli meslektaşlarımıza Tanrı'dan rahmet, üzüntülü ailelerine ve meslektaşlarımıza başsağlığı diliyoruz.

İzmir Barosu Yönetim Kurulu

YİTİRDİKLERİMİZ



Av. Ahmet AVCI
Baro Sicil : 1755
Kayıt Tarihi : 26.10.1978
Ölüm Tarihi : 07.10.1997



Av. Riyaz KAYIHAN
Baro Sicil : 348
Kayıt Tarihi : 14.11.1949
Ölüm Tarihi : 21.10.1997