

İZMİR BAROSU DERGİSİ

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına
Başkan
Av. Çetin TURAN

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Kemal YAZGAN

YAYIN KURULU

Av. Bahattin Özcan ACAR, Av. Behçet AKAL, Av. Levent DAĞAŞAN,
Av. Nevzat ERDEMİR, Av. Abbas ERDOĞAN, Av. Erdem GÜMÜŞ,
Av. Metin İPEKLİ, Av. Mehriğül KELEŞ, Av. Figen KOÇ,
Av. Hüseyin ÖZGÜR, Av. Cafer ÖZKAN, Av. Cenal SAYGI,
Av. Mehmet SEYREK, Av. Hasan YALÇIN

DİZGİ

GÜLEÇ MATBAACILIK GRAFİK BÖLÜMÜ

YÖNETİM YERİ

İZMİR BAROSU

1456 Sokak. No: 6, Barohan
Alsancak - İZMİR
Tel : 463 00 14 PBX 12 Hat
Fax
463 66 74
www.izmirbarosu.org.tr.
e-mail: info@izmirbarosu.org.tr.

BASIM YERİ

GÜLEÇ MATBAACILIK AMB. SAN. LTD. ŞTİ.

İÇİNDEKİLER

Av. Kemal YAZGAN Nollar.....	5 - 1
Av. Çetin TURAN Tahkim	12 - 21
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ Medeni Usul Hukukunda Ateniyet İlkesi	21 - 41
Av. Cengiz İLHAN Egemenliğin Paylaşılması	43 - 44
Av. Ali BAYKAL/Av. Yücel BAYKAL Yargıtay'da Ceza Davalarında Duruşmalı (Murafa) İnceleme	46 - 52
Av. Arif Ali CANGI Çevre Hakkı ve Çevre Korumanın Hukuksal Yolları	53 - 57
Av. Noyan ÖZKAN Kordonboyu'nun Mevcut Hukuki Durumu	58 - 63
M. Umurcan GAGO Türk Mali Hukukunda Yatırım Bankacılığı	64 - 75
Av. Güney DİNÇ Nice Yıllara	76 - 78
YARGI KARARLARI	
- AİHM kararı yargılamanın yenilenmesi için 'yeni kanıt' sayılmaz	81 - 84
- "12 Eylül" yasaları için anayasaya aykırılık savında bulunulamaz	85 - 89
- Maldaki gözlemlerle saptanamayacak ayıplar "gizli ayıp" niteliğindedir	90 - 92
- İpotek limiti dışında taiz istenemez	93 - 94
- Kadastro belirtmelik tutanağı ile tanık anlatımlarının örtüşmesi gerekir	95 - 97
- Kadastroda tespit dışı bırakılan yerler için kazandırıcı zamanaşımı 20 yıldır	98 - 101
- Kiralananda malikin "ikinci iş" yapma isteği tahlilye nedenidir	102 - 103
- Hamalın aynı işveren yanındaki çalışması hizmet akdine dayalıdır	104 - 105
- Köy okulu hizmetlisi iş akdinden doğan haklarını muhtarlardan isteyebilir	106 - 107

- Sigortalının "rücu tazminat" davası 2 yıllık zamanaşımına tabidir	108 - 109
- Evlenme tarihine göre uzun süre cinsel ilişkinin kurulamaması manevi ödençe gerektirmez	110 - 111
- Yargı kararlarının uygulanmaması nedeni ile manevi tazminat istenebilir ..	112 - 113
- Nafaka davalarında temyiz sınırı aylık miktara göre saptanır	114 - 115
- Hükmedilecek manevi tazminat zarar veren için caydınıcı miktarda olmalıdır	116 - 119
- Kazanç kaybının hesabında emeklilik aylığı dikkate alınamaz	120 - 121
- Tacir olmayan sigortalının halefi rücu tazminat davasında reeskont oranına göre faiz isteyemez	122 - 123
- Sigorta poliçesindeki sigortalının zararına konulmuş hükümler geçersizdir ..	124 - 125
➤ - Trafik kazası yapan sürücünün sırf alkollü olması hasarın sigorta tazminatı dışında kalmasını gerektirmez	126 - 127
- Taksitli satışlarda "vade farkı" konulması mevzuata aykırı değildir	128 - 129
- İtirazın iptali davasında önce icra dairesinin yetkisi incelenir	130
- Kiracılık sıfatı yasa ile ortadan kaldırılamaz	131 - 133
- Sevki irsaliyesinde tarih bulunmaması 'özel usulsüzlük' cezasını gerektirmez	134 - 137
YILLIK DİZİN	
- Dergi sayılarına göre	141 - 142
- Yazarların soyadlarına göre	143 - 144
- Yargı Kararları dizini	
- Yargı Yerlerine göre	145 - 153
- Kavramlara göre	154 - 158
YITİRDİKLERİMİZ	159 - 160

Notlar...

Kemal YAZGAN ()*

Toplumdaki her kesimin yaşamını etkileyecek yasal düzenlemeler tartışıldığı bir sırada deprem felaketi gündeme karabasan gibi otur Binlerce yurttaşımızla birlikte yöredeki yedi meslektaşımız yaşamı yitirirken, onlarca da açığa kaldı

Evleri, büroları yıkıntılara karışmış; kimisi mintanını ceketini bile kurta mamıştı! Birçoğu işe 'sıfırdan' başlamak zorundaydı!

İlk günlerin şaşkınlığı yerini soğukkanlılığa bırakmaya başlayınca Türk Barolar Birliği'nin çağrısı üzerine Ankara'da biraraya gelen baro başkanı bölgedeki felakete uğramış avukatlar için yapılması gerekenleri görüştüler

İzmir Barosu'na göre, felaket sonucu güç duruma düşmüş meslektaşla her yönden dayanışma içine girilmesi yalnızca etik bir sorun değil, a zamanda Avukatlık Yasası ile Meslek Kuralları'nın zorunlu kıldığı davranıştı.

Türkiye'de kırkbin civarında faal avukat olduğuna göre, herbirinin dayanışmaya en az on milyon lirayla yapacağı katkı bölgede mağc olmuş meslektaşlarımızın yeniden büro kurmalarını sağlayabilecekti. Felak bölgesindeki insanlarımızın durumu gözönüne alındığında, en darda ol arkadaşlarımızın bile bu katkıyı sağlamaktan kaçınmayacağı açıldı.

Öneri ilgiyle karşılandı, toplantıya katılanların oybirliğiyle kabul edildi.

Süreç başlatılmıştı; işte avukatlar için, yöredeki öteki yurttaşlarımız yaptıkları yardımların yanında, meslek dayanışması sınavı...

MİLLET CAN, İKTİDAR PARA...

Derdindel.. Dış kaynaklardan borç para almanın, yabancı sermaye yurda getirmenin koşulu olarak dayatılan yasaları kamuoyundaki muhalefe karşın çıkarmakta kararlı olduğunu her fırsatta gösteren iktidarı, topr altında kurtarılmayı bekleyen binlerce insanımızın feryadı bile durduramad

Danıştay'ın uluslararası imtiyaz sözleşmelerini denetleme yetkisini kaldırılmasını sağlayan anayasa değişikliği zaten gerçekleştirilmişti. Felak gelip çattığı sırada sosyal güvenlikle ilgili düzenlemelerle, barındırma hacm ni aşmış cezaevlerinin boşaltılmasını sağlama amacına yönelik 'af yasa bulunmaktaydı. Memurların disiplin suçlarının affı ile basın ve yayın yoluyla işlenen suçlarla ilgili dava ve cezaların ertelenmesine ilişkin tasarılar d arada torbaya girdi.

(*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

Ülkece insanımız felaketin yürekleri saran acıları içinde kıvrınırken, parlamento yağmurdan mal kaçırıracasına önündeki tasarıları peşpeşe kabul edip yasalastırdı. Bu yazının kaleme alındığı sırada cumhurbaşkanı tarafından yeniden görüşülmek üzere geri gönderilen Af Yasası ise Meclis'in gündemine alınmıştı.

Özelleştirmenin önündeki engelleri kaldırmaya yönelik Danıştay Yasası ile İdari Yargılama Usulü Yasası'ndaki değişiklik tasarıları ise sıraya girdi.

SOSYAL GÜVENLİK DEDİKSE!..

Kamuoyunda bu şekilde anıldığına bakılmasın; yasanın başlığında bu sözcükler yer almıyor; ama adı çok daha etkileyici: **İşsizlik Sigortası Yasası!** Asıl adının altında ise, yarım sayfa tutacağı için buraya aktarılmayan ve orijinalinde ayrıç içine alınmış çok sayıda 'göbek-adi' var!⁽¹⁾

4447 sayılı yasanın 8'nci maddesi avukatlar ve noterlerle ilgili. Ekim ayının başında yürürlüğe giren 8'inci madde ile 506 sayılı yasanın 63'ncü maddesine (B) fıkrasının birinci bendinden sonra gelmek üzere, **"Bu kanuna göre yaşlılık aylığı almakta iken avukat veya noter olarak çalışmalarını sürdürenlerin, sosyal yardım zammı dahil, almakta oldukları aylıklarından yüzde 15 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir"** hükmü yer alıyor.

Gerçi emekli olduktan sonra bir işverene bağlı olarak çalışan ücretli işçilerden, yasadaki değişiklikten önce de 1/4'ü işçiden, 3/4'ü işverenden olmak üzere prime esas kazanç üzerinden yüzde 24'lük kesinti yapılmakta idi. Bu durumdaki işçiler için öngörülmüş olan düzenlemenin temelinde esas olarak sigortasız işçi istihdamını önleme, işverenlerin daha düşük maliyetli elemana yönelme eğilimini engelleme düşüncesi yatmakta.

Serbest meslek mensubu ve 'topluluk sigortası' kapsamındaki avukatlar için ise böyle bir uygulama sözkonusu olamazdı; yasanın önceki biçiminde de benzer bir hükme yer verilmemişti.

Kaldı ki, sigortalı olarak çalışmasını sürdüren emekli işçilerden yapılan dörtte bir kesinti tamamen karşılıksız da değil; yasaya göre bu durumdaki kişiler işi temelli bıraktıkları tarihte kuruma başvurduklarında, kendilerine son çalışmaları da dikkate alınarak yeniden yaşlılık aylığı hesaplanmakta ve bu aylık önceden bağlanan miktardan fazla ise, ödemeler yeni rakam üzerinden yapılmakta.

Öte yandan değişiklik yasasının 17'nci maddesiyle Sosyal Sigortalar Yasası'na eklenen **"Geçici 81. madde'nin (A) bendi hükmüyle, bu yasanın yürürlük tarihinden önce yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlarla sigortalılık süresi 18 yıl ve daha fazla olan kadınlar**

ve sigortalılık süresi 23 yıl ya da daha fazla olan erkekler için bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan hükümlerin uygulanacağı belirtilerek kazanılmış hakların kısmen korunulması yoluna gidiliyor.

Ne ki, Sosyal Sigortalar Kurumu yasanın bu çok açık istisna hükmünü görmezden gelip, yayımladığı bir genelge ile, emekli olduğu halde çalışmasını sürdüren avukatların maaşlarından 01 Ekim 1999 tarihinden itibaren kesinti yapılması talimatını veriyor.

Genelgenin ilgili maddesinin iptali için İzmir Barosu Başkanlığının yürütmenin durdurulması istemli olarak açtığı davanın sonucu ise merakla bekleniyor.

Görüldüğü üzere her konuda olduğu gibi burada da bilinen kural işliyor; devlet **"kayıt dışı"** kalmayı başaranlar yerine, yine, daha işe başlarken kolunu kapırmış **"kayıtlı"**ya yöneliyor! Tercih değişmiyor!

AF..

Birçok gelişmiş ülkede sıkça af çıkarıldığını bir gazeteciyle yaptığı söyleşide Yargıtay Başkanı Sami Selçuk söylüyor. Örnek olarak da hukukunu pek beğendiği Anglo-Sakson ülkelerini değil, Kara Avrupası'ndan Fransa ile İtalya'yı gösteriyor. Bu tür af uygulamalarının niteliği konusunda açıklama yapmıyor ya da gazetenin haber-yorumunda yer alan bölümden ayrıntılı bilgi edinmek mümkün olmuyor.

İzmir Barosu, öteden beri **"makul, fakat 'mutlaka infaz olunacağına inanılan az bir ceza'nın af beklentili en şiddetli cezadan daha etkili"** olacağını savunmakta. Keza hukuk ve yargı reformunu gerçekleştirmeden, anayasa ve 12 Eylül hukuksuzluğunun kalıntısı ve devamı niteliğindeki düzenlemelerde değişiklik yapılmadan çıkarılacak af yasasının hiçbir yarar sağlamayacağı inancında.

Ceza hukuku hocası Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer başta olmak üzere ünlü bilim adamları, hukukçular, çıkarılacak af yasasında en azından ceza miktarlarının esas alınıp eşitlik ilkesinin belli ölçüler içinde sağlanması için iktidarı sürekli uyardılar.

Düşüncelerini açıklamasından dolayı cezaevlerine konulanların affından yana olanlardan değiliz; onlar başkalarının atıfetine gereksinim duyacak herhangi bir suç işlemeler; fikirlerini dile getirdiler. **Özgürlüklerine kavuşmaları için af değil, kendilerini suçlayan düzenlemelerin ortadan kaldırılmasını isterler.**

Af konusu gündeme geldiğinde aklı Adli Sicil Yasası'nın **"müebbede mahkum"** ettiği, sabıka kaydında, -ömür boyu silinmeyecek- "TCK.nun 491 ila 503'ncü maddelerinden hükümlü" notu bulunanlar geliyor! Baklava çalan

çocukları herkes biliyor; sahi, özel yasadan önce çeki karşılıksız çıktığı için "dolandırıcılık"tan mahkum olanlar da bu yasanın kapsamında mı? Değilse bunlar 'ceza düzenlemelerinde lehte yapılan değişikliklerden yararlanma' ilkesine mi sığınmak zorundalar!

Cumhurbaşkanı af yasasını Meclise göndermekte olsun; yukarıda değinildiği gibi, memurlarla diğer kamu görevlilerinin disiplin suçları affedilip, basın ve yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesine ilişkin yasalar köşkten geçip yürürlüğe girdi.

Bir haberi, demeci, görüşü kamuoyuna ileten basın mensuplarının bu nedenle suçlanmaması gerektiğine itirazı olan yok; yok da, bir avuç kişi önünde bu demeci, görüşü açıklamış olan kişinin günahı ne?...

Memurun, kamu görevlilerinin disiplin suçları affedilirken, yasaya göre Kamu görevi yaptığı öngörülen avukatların vd.nin sicillerinin aynen korunması da bir başka konu.

HAYAL VE GERÇEK...

Dergimizin önceki sayısından bu yana geçen süredeki notlar arasında Yargıtay Başkanı'nın yargı yılını açış konuşması da var elbette.

Sami Selçuk'un yazılarından, çevirilerinden tanıdığımız biçemiyle suya/sabuna da dokunarak özenle hazırladığı anlaşılabilir konuşması büyük gurur tözü kopardı.

Bazı yayın organları tarafından "demokrasi manifestosu" olarak nitelenen; kimilerince alkışlanırken diğer bir kesimde tepkiyle karşılanan; "çoğu bölümlerinin altına gözünü kapalı imzama atarım; ama.." diyerek söze giren 'ihtiyatlı kararsızlar'ı tereddüt içinde bırakan konuşma metnini bütünüyle ele alıp enine boyuna irdeleyerek eleştirenlerin sayısı da az değildi.

Açış konuşması vesilesiyle bazı konuların yeniden tartışılması fırsatı doğdu. İyi de oldu.

Sayın Başkan, tepkilerden çekinip her yıl ufak tefek değişikliklerle yinelenen konuşmalardan birini okuyarak gerçek düşüncelerini kendine saklasa daha mı yararlı idi!...

Burada ayrıntıya girecek değiliz; yalnızca 55 sayfalık metnin bir paragrafından kısacık alıntı ile yetinip konuşmada yer almamış olan birkaç noktaya değineceğiz.

Doç. Dr. Sami Selçuk konuşmasının "Laik devlette, devlet dinlere eşit uzaklıkta olduğundan hiçbir dini, inancı dışlayamaz ya da kayıramaz; akçalı vb. biçimlerde destekleyemez, din okulları açamaz." diyerek girdiği bölümünde, "Ancak, toplulukların din okulları açmasını da önleyemez. Din derslerine engel olamaz; bunların önünü açar" şeklinde görüşünü açıklıyor.

Peki cemaatlerin (konuşmada 'topluluklar' deniliyor) açacakları okullarda

öğrenim nasıl olacak? Sayın başkan bunu da düşünüp çerçeveyi çiziyor:

"Ne var ki, bu dersler, **beyin yıkayıcı olmayacak, çoğulcu, agnostik kuşkucu** esaslara göre olacak, birey dinler arasında seçimini özgür yapacak."

Aynen böyle!

Yani bir tarikat ya da cemaat kendi olanaklarıyla açtığı okullarda doğrultuda, yani kuşkucu, agnostik yöntemle din bilgilerini verip seçti çocukların/gençlerin özgür iradesine bırakacak!

Bu kadarı yeterli sanırız.

Başkanın söylediklerini artık biliyoruz; 'söylemedikleri'ni niçin kendisi sakladığını ise anlamakta zorlanıyoruz.

Filippo Gramatica'nın Toplumsal Savunma İlkeleri'ni Türkçe kazandıran; meslek yaşamının hemen de tamamı cumhuriyet savcı yargıç, Yargıtay üyesi, 4. Ceza Dairesi başkanı olarak ceza hukuku alanın geçmiş ve yargının en üst kurumlarından birinin başkanlığına ulaşmış yargıcın, sonuçları itibarıyla bütün toplumu ilgilendiren örneğin 'Af Yasası' gibi bir tasarı hakkında görüş bildirip değerlendirme yapmamış olması olağan karşılamak mümkün mü?

Akademik çevrelerin, baroların, hukuk kurumlarının, hukukçuların, siyasetçilerin; hükümlülerin, mağdurların, sanıkların ve bunların yakınlarının aylar ilgisiz kalamadıkları bir konuda, 'af' konusunda, yargının en üst makamlarından birinde oturan bir ceza yargıcının **tasarıyı inceleyemedi** özürünün inandırıcılığı kuşkusuz tartışılacak!

Danıştay'ın uluslararası imtiyaz sözleşmelerini denetleme yetkisi kaldıran anayasa değişikliği ya da milyonlarca çalışanın yaşamını doğrudan etkileyecek sosyal güvenlikle ilgili tasarılar hakkında "fikir beyan" etmekte kaçınan Başkanın konuşma metninde yargının sorunlarıyla ilgili bölümleri aramak boşuna çaba.

Biz bize benzeriz!

Biz, yani bu toplumun bireyleri olarak pek çoğumuz, en çok söz sah olmamız gereken konular yerine başkalarının alanında fikir yürütmekt hoşlanıyoruz. Hepimizin biraz hekim, bir miktar mühendis, azıcık yerbilin olmamızı başka nasıl açıklarız!

Barodaki görevimiz nedeniyle olsa da, kendi işimizi bir yana biral yayıncılığa soyunmuş bir avukat olarak, ülkemizin en çok tartışıl yasalardan tek satır etmeden 55 sayfalık metni dillendirebilen Yargıtay Başkanı'nı en iyi biz anlıyoruz!

Üstelik tutarlılığımıza da toz kondurmayız! Arkadaşımız Avukat Nevzat Erdemir pek de güzel özetledi: Bir yanda Anayasa Mahkemesi'nin avukat kökenli önceki başkanını, "bir gün bile yargıçlık yapmadığı halde Anayasa Mahkemesi'nin başına oturdu!" diye eleştirir; öte yanda da ülkemize Anglosakson hukukunu öneririz!

AIHM KARARI/ YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları yargılamanın yenilenmesi için yeni bir kanıt sayılabilir mi?

Konuyu eski baro başkanlarımızdan Güney Dinç gündeme getirdi.

Anayasa Mahkemesi'nin TBKP'nin kapatılmasına ilişkin kararını AIHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin örgütlenme özgürlüğünü güvence altında bulunduran 11. maddesinin ihlali olarak kabul etmişti. Sözleşmenin 53'üncü maddesine göre çelişkinin devlet tarafından giderilmesi gerekmektedir. Dergimizin "Yargı Kararları" bölümünde yayımlanan kararında Anayasa Mahkemesi, AIHM kararlarının CMUK'nun 327'nci maddesinin 5'nci bendi hükmü anlamında "yeni kanıt" oluşturmayacağı gerekçesiyle yargılamanın yenilenmesi istemini reddetti.

Böylece Anayasa Mahkemesi ile AIHM'nin aynı konuda birbiriyle çelişen iki ayrı kararı ortaya çıktı.

"AIHM Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin üstünde bir kuruluş olmadığı gibi temyiz merci de değildir. Ama bu tür çelişkilerin de giderilmesi gerekir" diyen Güney Dinç, hukukçulardan konu hakkındaki görüş ve önerilerini bekliyor.

BİR KUSUR İŞLEDİKSE!..

Bilen bilir, yayıncılık netameli bir iştir! Bir tarihte Sabahattin Ali ve arkadaşları tarafından çıkarılan **Markopaşa** dergisinin "Biz gözümüzü budaktan sakınmayız" biçiminde düzenlenen manşetindeki 'gözümüzü' sözcüğünün üçüncü harfi mürettephanede hataen değişince ortaya çıkan durumu tasavvur edin!

Dergi ve bültende zaman zaman dizgi ve maddi hatalardan bütünüyle kaçınmak mümkün olamıyor. Birkaçına değinip okurlarımızın hoşgörüsüyle karşılaşmasını diliyoruz.

Derginin 99/ Temmuz sayısının (99/3. sayı) "Yargı Kararları" bölümünün 141'inci sayfasındaki "Yayın Kurulu Notu" başlıklı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bir kararıyla ilgili açıklamada, "Yüksek Mahkeme erdemli bir davranışla bu yanlışlığı kabul etmiş.." tümcesindeki 'yanılgısını' sözcüğünün 'yenilgisini' olarak dizilmiş ve bu şekilde basılmıştır.⁽²⁾

Aynı sayının (99/3. sayı) 108. sayfasında yayımlanan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.01.1999 tarih, 1999/2-13 E., 1999/20 K. sayılı içtihadı ise hatalı bir biçimde ve "Evllenme Tarihine Göre Uzun Süre Cinsel İlişkinin Kurulamaması Manevi Ödenceyi Gerektirir" başlığı altında sunulmuş, 'özet' bölümünde de aynı yanlışlık yer almıştır.

Oysa bu sayımızda yeniden yayımladığımız bu içtihadın önceki sayıda yayımlanan biçiminde başlık ve özet bölümü dikkatsizlik sonucu yerel

mahkeme kararını bozan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin gerekçesin alınmıştır. Hukuk Genel Kurulu ise, özel dairenin değil, yerel mahkeme görüşünü benimsemiştir⁽³⁾.

Bu arada "Kıssa" yazısındaki "Tanzimat"ların dizgici arkadaş tarafın "Tazminat"a dönüştürülmesini ise günümüzün söyleminde doğal karşılığı gerekmektedir.

Saymakla bitecek gibi değil; hangi birine değinelim ki!

Üstelik Avukat Güney Dinç, Avukat Sabri Kurt gibi dikkatli okurları olmasa muhtemelen bunların farkına da varacak değiliz!

Siz kalkıp, Konya Meb'usu Avukat Ali Turel'in 53 yıl önce Fransızca' Türkçe'ye çevirdiği ve İzmir Barosu Dergisi'nin 1936/Birinciteşrin sayısı yayımlanan "İngiliz Adaleti" yazısında yer alan "İngiliz binayı adlisini" t cesinin yanına, (üstelik okurlara kolaylık olması düşüncesiyle) günür diline uyarlamaya kalk, ve "Adliye binasını" notunu ekle! ⁽⁴⁾. Demek ki Y: Kurulu'nda sözcük üzerinde düzeltme yaparken cümlelerin tamamını dikk almama kolaycılığına düşmüşüz. Tümce bugünkü Türkçede elbette, "inç adli yapısı (sistemi)" biçiminde olacaktır!

Yayın Kurulu'nun yeni üyesi Avukat Tamer Doğan'ın, "Derginin 65' değil, 64'ncü yılındayız!" uyarısına ise kulak asmayın; yarım yüzyılı geç bir zaman diliminde bir yılın ne önemi var ki!..

Görüyorsunuz işimiz kolay değil! ■

(*) Bkz. Sayfa:

(3) İzmir Barosu Dergisi, 99/ Temmuz, Sayı:3, sh. 108

(4) İzmir Barosu Dergisi, 99/ Temmuz, Sayı:3, sh. 80

"Tahkim" konusunda yaşanan ve giderek "sağırlar diyalogu"na dönüşecek gibi görünen güncel tartışmaya geçmeden bazı tesbitler yapmamız gerekiyor. Konuyu salt hukuki anlamda teknik bir düzenleme olarak ele alıp, sözleşmelerin nerede, hangi kuruluşlar arasında, hangi politik ekonomik baskı ortamında, kısaca hangi dünyada düzenlendiğini gözardı etmek ve bunları tartışma dışı saymak meseleyi eksik ve yanlış değerlendirmek olacaktır.

Sözleşmelerin genel olarak eşit hak süjeleri arasında tarafların özgür iradeleri ile düzenlendiği varsayılır.

Uluslararası alanda bu böyle mi yürümektedir?...

Hep bir yanlış değerlendirme yapılıyor; idari sözleşmelerde (imtiyaz sözleşmelerinde) idare (devlet), üstün taraf olarak sunuluyor; bu yanlışın düzeltilmesi gerekiyor. Ulusal devletin kamu yararını gözetme zorunluluğundan kaynaklanan (ve elinde kalabilen) kimi yasal, hukuki dayanakları bu yanlış izleniminin doğmasına yol açıyor.

Uluslararası bir "idari" sözleşmenin, imtiyaz sözleşmesinin taraflarını güç dengeleri açısından karşılaştıralım. Sözleşmenin bir tarafında "kalkınmakta olan", "az gelişmiş", "geri kalmış/bıraktırmış" bir ülkenin devleti var. Gelişmiş zengin ülkeler konu dışıdır, onlar gemilerini her koşulda kurtaracak donanımına sahiptir ve genellikle karşı tarafın, uluslararası sermayenin yanında yerlerini alırlar... Son yılların küresel dalgaları altında ekonomik dar boğaza itilmiş, sosyal niteliklerinden soyutlanmak istenilen, özelleştirme yağmasında kurtuluş arayan, çalışanları örgütsüz ve yoksullaştırılmış, küçültülmüş, bitirilmek istenilen ulus devlettir sözleşmenin bir tarafı... Öbür tarafta Uluslararası sermaye var; Dünya Bankası, İMF, Çokuluslu şirketler vs.... Bu iki tarafın arasındaki korkunç ekonomik uçurumu görmemek mümkün değil... Microsoft'un piyasa değeri 407.22 Milyar Dolar, Türkiye'nin ulusal geliri bunun yarısı kadar; 204.5 Milyar Dolar. General Electric 333.05 Milyar Dolar, International Business Machines 214.81 Milyar Dolar. Tek tek saymaya gerek yok, dünyanın en büyük on şirketinden dokuzu ABD şirketi ve en küçüğünün mal varlığı Türkiye'nin ulusal varlığına yakın.

Genel olarak bakıldığında ise durum daha da korkunç; sadece "üç zengin kişi" en yoksul 48 devletin toplam milli gelirini aşan servete sahip. Zengin

ülkelerin milli geliri yoksul ülke insanlarına göre 1960'da 30 kat iken, 1995'de 82 katına yükselmiş. Üç milyara yakın insan günde 500.000.-TL'nin altında bir gelirle yaşamak zorunda...

İki taraf arasındaki güç dengesi bu denli bozuk. Devlet bu ilişkide kesinlikle "üstün" olan taraf değil...

Şimdi IMF ünlü 5 şartını sıralayıp gidiyor, beşincisi "tahkim"...

"Aksi halde kredi alamayız" önermesi ile tartışmayı götürmek son derece yanlış olacaktır. Çünkü bu güne kadar verilen "krediler" aradaki uçurumu kapatmamış tersine makas gitgide açılmış. Ayrıca bu bir manipülasyon, kredinin garantisi yok... Dahası kredi için verilecek tavizin son durağını belirlemek mümkün değil... Nitekim Dünya Enerji Konseyi Genel Sekreteri Gerald Doucet çok açık konuşuyor; uluslararası tahkim olmazsa yabancı yatırımcının gelmeyeceğini; egemenlik konusunun abartıldığını; refahı artırmak için egemenlikten "biraz" "feragat edilmesi gerektiğini" söylüyor.⁽¹⁾

"Tahkim" bu ortamdan soyutlanarak tartışılmaz.

Ne var ki tartışma sürecinde ve de Anayasa değişiklikleri de gündemde iken neyin tartışıldığını ve şu andaki somut durumu bilmekte zorunluluk bulunmaktadır. Öncelikle bu durumun tesbitini, konumuzu ilgilendiren boyutları ile ve son derece özet olarak, yapmak istiyoruz.

NEDİR TAHKİM?

Tahkimin çok eski bir uzlaştırma kurumu olduğu biliniyor. Eski Yunanda, İslam Hukukunda, Osmanlı'da (mecelle'de), dünyanın tüm ülkelerinde ve ülkemizde hem yerli hem de yabancı (uluslararası) hakem kararları yıllardır uygulanmaktadır.

1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516. maddesi; "...iki taraf aralarındaki nizamı hal için hakem tayin edebilirler..." demektedir. Tahkim, özellikle ticari alanda iş yapan özel-tüzel kişilerin, aralarındaki sözleşmenin yürütülmesi sırasında doğacak uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak görevli resmi yargı organları yerine özel kişileri (ya da kurumları) seçmeleri anlamına gelmektedir.

HUMK m: 518'e göre; "yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim çereyan etmez." Yani düzenlenecek konu iki kişinin iradesine bırakılmamış konulardan ise bu konuda tahkime gidilemez. Yargıtayımız da tahkimin ancak "kamu düzenine aykırı olmayan" konularda düzenlenebileceği görüşündedir.⁽²⁾ Yani her konuda "tahkim" mümkün değildir.

Gene aynı nedenle idari görevlerin, kamu hizmetinin özel şahıslara devrini öngören "imtiyaz" sözleşmelerinde tahkime gitmek "kamu düzeni" nedeniyle mümkün değildir. Bu konuda düzenlenen sözleşmeler de tüm

(*) Avukat, İzmir Barosu Başkanı

(**) Bu yazı Anayasa değişikliğinden önce yazılmıştır.

İçerikleri itibarıyla ve Anayasa m.155 gereği Danıştay'ın vizesine tabidir. "Kamu Düzeni" sınırlaması bu nedenle son derece önemlidir.

Borçlar Kanununun 19 ve 20. maddeleri de "tahkim" açısından önem taşır. Bu maddelere göre sözleşmeler, "yasalara, ahlaka (adaba), kamu düzenine ya da kişilik haklarına" uygun olarak düzenlenmek zorundadır. Aksi halde sözleşme batıldır (bozuktur). "Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir akit olduğu için, akitler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenlerden BK.nun 19 ve 20. maddeleri, tahkim sözleşmesinin geçerlik incelemesi sırasında doğrudan göz önünde tutulacaktır."⁽ⁱⁱⁱ⁾

Yargıtay uygulaması da bu yoldadır.^(iv)

"Tahkim"ın sınırlarını çizerken kısaca değinilmesi gereken birkaç nokta daha var.

Kamu düzeni ile ilgili oldukları için, örneğin Ceza Yasası Kapsamında, 6570 sayılı GKK, M.K.'nun aynı haklar, satış, aile ve miras hukukunu düzenleyen hükümleri, işçi işveren ilişkileri, tapulama ve kadastro ile ilgili... konularda "tahkim" sözleşmesi yapılamaz.

Gene yasanın "mecburi tahkim"i düzenlediği alanlarda; örneğin kamu kuruluşları arasındaki ihtilaflarda (3533 sayılı yasa gereği) tahkim zorunludur; bu alanda özel bir tahkim sözleşmesi yapılamaz; Grev ve Lokavt'ın yasaklandığı iş yerlerinde Yüksek Hakem Kurulu'na gidilir, Futbol Federasyonu ile kulüpler ve oyuncular arasında doğacak ihtilaflar Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'na gider, vs...

TAHKİMİN NEDENLERİ

Özellikle uluslararası ticari ilişkilerde tahkim daha da önem kazanmış durumdadır. Bu tür sözleşmelerden kaynaklanan ihtilaflarda gitgide artan bir eğilim olarak, tarafların mensubu olduğu devletlerden hiçbirinin ulusal resmi mahkemesine gidilmemekte (güvenilmemekte), uyuşmazlığın çözümünde tahkim yolu seçilmektedir. Bunun haklı haksız bir sürü nedeni vardır; "karşı taraf resmi mahkemelerinin tarafsızlığına güvenmemek", "yabancı hukuku bilmemek", "yabancı avukat külfetinden kaçınmak", "teminat yatırmaktan kaçınmak", "yargılamanın uzamasından çekinmek", "sır sayılan bilgilerin açıklanmasını istememek", "ihtilafın tarafların güvendiği, işin esasını bilen uzman kişiler tarafından çözülmesi isteği", "yabancı dil sorunu" vs...

Hakeme gidilecekse taraflar bir tahkim sözleşmesi düzenleyip, uyuşmazlık çıktığında olaya hangi hakemlerin bakacağını, yargılamanın

nerede ve hangi dilde yapılacağını, hakim seçiminden yargılamaya ki hangi usulün uygulanacağını, olayın esas hakkında karar verilirken h hukukun esas alınacağını ve daha başka hususları serbe kararlaştırabilirler. Buna "Ad Hoc" tahkim (geçici tahkim) denir. En ya tahkim türüdür. ABD'de özel şahıslar arasındaki ihtilafların %60'ından faz bu tür hakemler eliyle çözülmektedir.

Ama taraflar gene anlaşarak bir kurumun, örneğin İTO'nun (İsta Ticaret Odası), ICC'nin (Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Divanı), AAF (American Arbitration Association -Amerikan Tahkim Cemiyeti), LC (London Court of International -Londra Uluslararası Tahkim Divanı), WIPO'nun (World Intellectual Property Organization -Dünya Patent ve Hakları Örgütü), vs... tahkime ilişkin kurallarının uygulanmasını ve tahki o kurumun denetiminde organize edilmesini de kararlaştırabilirler.

Bu durumda "kurumsal tahkim" söz konusudur. "Ad Hoc" tahkimin kura taraflarca belirlenir ve salt o sözleşmeden doğan uyuşmazlık için kullar bir defalıktır; geçicidir. Oysa kurumsal tahkimde tahkimi yürütmesi öngörü kurumun önceden düzenlenmiş ve tahkim sırasında uygulanacak bı kuralları vardır. Kurum, tahkimi bu kurallara göre organize eder, taraflar kı mun hakem listelerinden belirli usule göre hakemlerini seçerler, uyuşma bu hakemlerce çözümlenir.

Hangi tür tahkim seçilmiş olursa olsun, hakemler altı ayda uyuşma hakkında bir karar vermek zorundadırlar.^(v)

Hakem kararlarının niteliğine gelince; bu kararlar verildiklerinde kesin infazı mümkün kararlar değildir. Uluslararası tahkim kuruluşları hak kararlarının, verildiğinde infazı kabil kararlar olması ve ulusal yargı süzge den geçmemesini ya da bu süzgecin deliklerinin olabildiğince geniş olma istemektedirler. Kimi tahkim kuruluşları kendi tüzüklerinde hak kararlarının denetimine yer vermemiş, verildiklerinde kesin olduklar tarafların karara uymayı taahhüt ettiklerini yazmışlardır (Örneğin AAA, LI vs...).

Hakemler ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz gibi kararlar veremezler. A ICC Tahkim Kurallarının 23. maddesi hakem mahkemesinin "taraflar birinin isteği üzerine, uygun gördüğü geçici veya muhafaza amaçlı ihti tedbir kararını" verebileceğini ifade etmektedir.

Bu farklılıklara rağmen hakem kararlarının infaz edilebilmesi için bu kar ların başvurulacak ülkenin ulusal resmi yargı sistemi içinde geçmeleri gere bir ikinci süreç vardır; "onama" ya da "tenfiz" süreci.

Bu süreç son derece önemli bir güvencedir, vazgeçilmezdir.

Çünkü bu süreç, ulusal egemenlik hakkı olan yargılama erkinin haken kurumu ile bağdaşmasını sağlayan son derece önemli bir zorunluluk

III. Dr. Yavuz Alangoya, Madeni Uşul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul-1973, s:86 (Uygulamada İhtiyati Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, E. Ertekin-I.Karataş, s:44)

IV. Yargıtay 13.H.D., 25.4.1991 T.8778-4492 K.sayıli ilamı. (TAHKİM, Av.M.Balci, s:163)

V. Bu süre usule uygun bir şekilde uzatılabilir.

Hakem kararlarının infaz kabiliyeti kazanması için infaz edileceği ülkenin ulusal resmi yargı sürecinden geçerek "onanması" ya da "tenfizi" gerekir. Yerli hakem kararlarının "onanması", yabancı hakem kararlarının ise "tenfizi" sözkonusudur.

Hakem kararlarının "yerli" (milli) ya da "yabancı" (uluslararası) olarak nitelendirilmesinde dikkate alınacak ölçünün ne olacağı konusunda ise mevzuatımızda bir düzenleme yoktur. Yargıtayımız bir ara 1958 tarihli New York sözleşmesine uygun olarak (15.HD.10.3.1976 Gün, 1617-1052 K sayılı kararı ile) "hakem kararının verildiği toprak" (mülkellik) esasını "yabancılaşım" tesbitinde kıstas olarak almış ise de, bu karar sonradan eleştirilmiş ve sonuçta bu karardan önce de kabul edilen "otoritesi altında verilmiş kanun" ilkesi benimsenmiştir. Ülkemizde halen geçerli olan uygulamaya göre "yabancı kanun otoritesi altında" verilmiş olan kararlar, "yabancı hakem kararları"dır.^(VI)

Yani dünyada çok yaygın bir kurum haline gelmiş olan tahkimin varlığı, kurumun temel nitelikleri değiştirilmediği takdirde, ülkelerin ulusal hukuklarına dayanır, egemenlik haklarının (yargı tekelinin) çiğnendiği anlamına gelmez. Ne var ki "tahkim" kurumunun bu anlamda "yumuşak karın" niteliğinde olduğunu ve "tahkimin" her alana yaygınlaştırılması sürecinde tenfizin ortadan kaldırılmasına doğru bir gidişi de görmek zorundayız...

Bu noktada uluslararası tahkime ilişkin Türkiye'nin kabul ettiği yasal düzenlemeleri hatırlatmakta yarar var. Çünkü Türkiye'nin tahkim konusunda imzaladığı uluslararası sözleşmeler uzun süredir (1991'den bu yana) iç hukukumuzun bir parçası haline dönüşmüştür.

Türk hukukunda tahkim 1927 tarihli HUMK m. 516-536 ile düzenlenmiştir. Yabancı Hakem Kararlarının tenfizi gene HUMK m.537-545 ile yapılırken, 20.5.1982 gün 2675 sayılı MÖHUK (Milletlerarası Özel Hukuk ve Ulusal Hukuku Hakkında Kanun) ile bu maddeler iptal edilmiştir.

2675 sayılı MÖHUK'un 43,44 ve 45. maddeleri yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenlemektedir. Bu yasaya göre; "sözleşmede tahkim koşulu yoksa", "kararda genel ahlaka ve kamu düzenine aykırılık varsa", "tahkim yolu kapalı ise", "taraf teşkilinde usul hatası yapılmış ise", "hakem seçimi karşı tarafa bildirilmemiş ise", "savunma hakkı kısıtlanmış ise", "tahkim sözleşmesi veya koşulu geçersiz ise", "tarafaların anlaşmasına ve hukuka aykırılık var ise", "hakem kararı tahkim konusunun sınırlarını aşmış, ya da tamamen başka bir konuda verilmiş ise", "hakem kararı kesinleşmemiş ya da iptal edilmiş ise..." yabancı hakem kararının tenfizi mümkün değildir. Bu koşullardan birinin varlığı halinde tenfiz talebi reddedilir. Kuşkusuz mahkemenin bu dosyası inceleyebilmesi için kararın bir "yabancı hakem

kararı" olması ve "karşılıklılık" koşulunun bulunması gerekir.

Tenfiz talebinin kabul ya da reddine ilişkin kararlar temyiz edilebilir.

Tenfiz talebinin reddi kararı kesinleşirse hakem kararının ülkemizde infaz mümkün değildir.

Türkiye uluslararası ticari tahkim konusunda iki uluslararası sözleşmeyi kabul etmiş durumdadır. Birincisi 10 Haziran 1958 tarihinde New York'ta imzalanan; "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında Sözleşme"dir.

Türkiye'nin uluslararası ticari tahkim konusunda kabul ettiği ikinci uluslararası sözleşme 21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre'de imzalanan "Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi"dir.

Türkiye her iki sözleşmenin onaylanmasını 21.5.1991 gün 20877 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 8.5.1991 gün 3731 ve 3730 sayılı kanunlar ile uygun bulmuştur. Anayasanın 90/son maddesi gereği "usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir". New York ve Cenevre sözleşmeleri bu nedenle 1991 yılından bu yana iç hukukumuzun bir parçasıdır.^(VII) Şimdi kısaca bu iki uluslararası sözleşmede "tenfiz" in nasıl düzenlendiğine bakalım.

New York sözleşmesi (m:5/1), hangi hallerde hakem kararının tanınmasının ve icrasının reddolunabileceğini şöyle sıralamıştır; "tarafı ehliyetsiz, anlaşma hükümsüz ise", "hakem tayininde usulsüzlük yapılmışsa ya da itiraz eden taraf delillerini ikame etmek imkanından mahrum bırakılmışsa", "karar sözleşme ile belirlenen konunun dışında kalmış ya da taşmış ise", "hakem mahkemesinin oluşumu sözleşme hükümlerine aykırı ise...", "karar yetkili merci tarafından vacibülriaye olmamış, iptal edilmiş ya da icrası ertelenmiş ise..." kararın tanınması ve icrası talebi yetkili mahkeme tarafından reddolunacaktır. Bunlardan daha önemli iki koşul daha vardır; "Tanıma ve icra talebinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre ihtilaf mevzuunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması" veya "Hakem kararının tanınma ve icrasının mezkur memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olması" hallerinden biri varsa tanıma ve icra talebi gene reddedilecektir, (m.5/2). Yani New York sözleşmesi, tenfizi salt usul hukuku açısından sınırlamamış, yetkili ulusal mahkemeye hakem kararını esaslanma imkanı tanımıştır.

Cenevre (Avrupa) sözleşmesi ise uluslararası ticari hakemliğin teşkilatlanması ve doğacak güçlükleri giderme amacına yöneliktir. Sözleşme "yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası için 10 Haziran 1958 tarihli New York sözleşmesine atıfta bulunan cümlelerle başlamaktadır. Bu anlam

VI. Yabancı Hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında 10 Haziran 1958 tarihinde New York'ta Yapılan Sözleşmede ise yabancılaşım niteliğinin belirlenmesinde "mülkellik" teorisi esas alınmıştır. Bu ilkeye göre karar tenfizi istenilen ülke toprağında verilmiş ise "yabancı" bir karardır.

VII. Yargıtay 15.HD.10.7.1991 gün 1991/2383-3667 ve 1.10.1991 gün 1991/1736-4425 K. sayılı ilamları ile "New York Sözleşmesi" hükümlerinin uygulamasının iç hukukumuzda aykırı olmadığını tesbit etmiştir.

da iki sözleşme birbirlerini tamamlar niteliktedir. Cenevre sözleşmesinin 9/1 maddesinde "Hakem Kararlarının İptali" düzenlenmiştir ki bu "tenfiz"den farklıdır. Bizim hukuk sistemimizde hakem kararları temyiz edilmekle birlikte (Cenevre sözleşmesinin imzalandığı 1991 yılına kadar) hakem kararlarının "iptalini" düzenleyen bir kural yoktu. Hakem kararı iptal edilmiş ise New York sözleşmesine (m.5/1-e) ve MÖHUK m.45/i bendine göre tenfizi istenilemez. Ne var ki Cenevre sözleşmesi hakem kararlarının iptali için New York sözleşmesinde yer alan ve yukarıda özetle verdiğimiz usuli nedenlerden bir kısmını tenfiz istemeye engel nedenler olarak kabul etmekte, bunların dışındaki nedenlerle iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizinden kaçınılamayacağını ifade etmektedir. Bunların arasında "kamu düzenine aykırılık" koşulu da bulunmamaktadır. Bu durumda hakem kararı kamu düzenine aykırılığı nedeniyle iptal edilmiş olsa dahi New York sözleşmesine göre tenfiz istenilmesine engel bir durum oluşturmayacaktır. Yani sonuç olarak Cenevre sözleşmesi tenfiz talebinin reddi koşullarını daraltmış ve usuli nedenlerle sınırlamıştır.

Şimdi olup bitene daha doğru bakabiliriz. Bugün gelinen noktada "tahkim"e bağlı olarak öngörülen temel değişiklikler nereye götürülmek istendiğimizin de işaretlerini vermektedir. "... hakem kararlarının kamu düzeni açısından denetim dışına çıkartılması, en azından tenfizi kolaylaştıracak yeni bir yoruma gidilmesi, kamu yararı kavramının yeniden tanımlanması, idari sözleşmelere tahkim koşulunun konulabilmesi, danıştay denetiminin kaldırılması" ve "özelleştirme"...

Ama uluslararası sermayenin asıl programı şimdilik beklemeye alınan MAI'dır. MAI projesinin içinde de bir "tahkim" tüzüğü vardır; sözleşme imzalandığında bu tüzük hükümleri de kendiliğinden yürürlüğe girecek ve ulusal hukukun denetimi tümü ile ortadan kalkacaktır.

Gerekli temel güvenceler sağlanmadığı takdirde "tahkim" in ulusal yargı sisteminin dışında denetimsiz bir sürece dönüşme "yeteneği" gözardı edilmemelidir.

Hakem kararları ister yerli ister yabancı olsun, kamu düzenimizle gelişemez ve hakem kararlarının ulusal yargı mercilerince kamu düzenimize uygunluğu denetiminden vazgeçilemez...

Böyle bir durumda "herkese kendi hukuku" "tahkim" yolu ile rahatça uygulanacaktır. İlkel topluluk kuralları, tahkim kurumu ile ihtilafların çözümünde geçerli "hukuk" olarak kabul edilebilecek, şer'i hukuk tahkim ile yaygınlaşabilecek, tarikat şeyhleri ya da "mafya babaları" hakem olabilecekler... Uluslararası tahkim için de en az saydıklarımız kadar tehlikeli gelişmeler (uluslararası sermayeye tam teslimiyet), söz konusu olacaktır.

Bütün bu olumsuzlukları engelleyecek olan "kamu düzenine uygunluk"

açısından hakem kararlarının denetimidir, bundan vazgeçmek mümkün değildir.

İdari sözleşmelerin (imtiyaz sözleşmelerinin) diğerlerinden farklı oluşunu kaynağında bu kavram yer alır. Bu nedenle İdari sözleşmelerde "tahkim" farklı değerlendirilmiştir. İmtiyaz sözleşmeleri bu nedenle Danıştay denetimine tabidir ve bu alanda tahkim kabul edilmemiştir; uyuşmazlıklar çözümünde de davaya bakma görevi Danıştay'ındır. Danıştay denetimi kaldırmadan, ulusal tenfiz yollarını koruyarak, kamu yararı ilkesini teketmeden tahkim usulünün benimsenmesi belki düşünülebilir. Yargıların düzenimizi iyileştirerek "tenfiz"i hızlandırabiliriz. Ne var ki Anayasa değişikliği ile de görüldüğü kadarıyla siyasal iktidarın yapmak istediği, ve aslında IMF, çokuluslu şirketler, yerli büyük sermaye vs... tarafından dayatılan düzenleme bu anlamda değil, küresel entegrasyonu sağlayacak dönüşümlerle bir bütün olarak planlanmaktadır.

Koalisyon hükümeti, Anayasa'nın 47.,125. ve 155. maddelerinin değişikliğini istemektedir. Bu üç maddede öngörülen değişiklikler ile yapılmış istenilen son derece açık olarak ortaya çıkmıştır.

1982 Anayasasında şeytanın bile aklına gelmediği için yer almaya "özelleştirme" bu değişiklikler ile Anayasal bir nitelik kazanmaktadır. Artı özelleştirilmenin önünde engel kalmayacağı düşünülmektedir. Devlet böylece daha kolay yağmalanıp mülksüzleştirilecektir.

Bu değişikliklerin ikinci sonucu, hangi tür yatırım ve hizmetlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğunun bundan böyle kanunla belirlenmesini öngörülmesidir. Kanun kamu hizmeti diyorsa öyle olacak demiyorsa kamu hizmeti sayılmayacaktır. Yani "kamu hizmeti" kavramının hiç bir anlamı üstünlüğü kalmayacak, yasa ile konulup kaldırılacaktır. Oysa Anayasa Mahkemesi "kamu hizmeti kararının işin niteliğine bakılarak" verilebileceği hükme bağlamış, "...kamu hizmetinin; sermaye, kar, hasar ve zararı özel hukuk kişisine ait olmak üzere, idarenin gözetim ve denetimi altında genellikle çok uzun süreli bir idari sözleşme uyarınca özel hukuk kişisine yürütülmesi"ni "imtiyaz" olarak nitelmiştir. Bu tür bir değişikliğin hukuki aykırı olacağı kuşkusuzdur.

Bir başka değişiklik ise 125.maddede yapılıyor; "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millet veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir." deniliyor. Yani artık imtiyaz sözleşmelerine "tahkim" koşulu konulabilecektir.

Bu tür sözleşmelerin iptali için Danıştayda dava açılması yolu sanki korunmuş gibi görünmekte ise de "kamu yararı" kavramının terk edilmesi ya da yeniden tanımlanması söz konusu olduğundan, iptal davasında tarafların ehliyeti açısından kısıtlamalara gidilmesi ve bu tür davaların fiilen imkansız

hale gelmesi sözkonusu olabilecektir. Türkiye, çokuluslu şirketler tarafından nükleer atık mezarlığına döndürülmek istendiğinde ulusal hukukun korumasından mahrum kalacaktır.

Ulusal hukumuza giren 1961 tarihli Cenevre sözleşmesinde hakem kararlarının tenfizinde ulusal kamu düzenine uygunluk kistası açıkça reddediliyor. 125. maddedeki değişiklik 47. maddedeki değişikliklerle birlikte bu anlamda sonuçlar doğuracaktır.

Nihayet Anayasa'nın 155/2. maddesi de değiştirilerek, Danıştay'ın "imtiyaz" sözleşmeleri üzerindeki denetimi kaldırılmaktadır. "inceleme" yetkisi, "düşünce bildirme"ye dönüştürülmektedir. Bu denemitin kaldırılması en hafif deyimle gafletten başka bir anlama gelmeyecektir.

Bu koşullarda düzenlenecek "idari" sözleşmelerin Türkiye'nin tüm maddi değerlerinin, ormanlarının, denizlerinin, yağmalanması anlamına geleceğini, çevre katliamları karşısında çaresizliğe düşeceğimizi görmek zorundayız.

Danıştay ise sadece "düşüncesini" bildirecektir. Denetimi kaldırılanlar düşünceye ne denli saygılı olacaklarını tartışmak bile gereksiz. Bu arada Danıştay'dan "düşünce suçu" işlememe konusunda özenli davranması da beklenir!... Çünkü sıra "idare hukuku"nun kaldırılmasına geldi...

Sonuç olarak Anayasa değişiklikleri gereksizdir, ulusal çıkarlarımız açısından sakıncalıdır. "Tahkim" geri çekilen ama vazgeçilmeyen MAI sürecinde bir sızma noktası olarak planlanmaktadır. Anayasa değişiklikleri ile birlikte imtiyaz sözleşmelerinde tahkim usulüne yer verilmesi bu amacın açık delilidir. ■

MEDENİ USUL HUKUKUNDA ALENİYET İLKESİ

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ(*)

GİRİŞ

Yargılamanın demokratik karakteri olarak ifade edilen aleniyet yargılamanın açıklığı⁽²⁾ ya da halka açıklık⁽³⁾ ilkesi, adil yargılama hakkının en önemli bir unsurudur. Son yirmi yıl içinde özellikle yabancı hukuk sistemlerinde, aleniyet ilkesinin medeni usul hukukunda amacına ulaştığı aleniyetin zamana uygunluğu konusunda tereddütler olmuştur. Bu çalışmada bu tartışmalar aktarılarak hukukumuz için bu tartışmalar değerlendirilecek cevap aranacaktır. Bu soruya cevap ararken ilk önce, aleniyetten ne beklediğinin tespiti gerekir.

I. Aleniyetin İlkesinin Esasları

Aleniyet tüm yargılama hukukları için temel bir ilkedir⁽⁴⁾. Aleniyet ilkesi mahkemenin yargısal işlemlerinin ilgili olmayan kişilerce dış görünümüdür. Bu ilke sayesinde davayla ilgili olan kişiler ve davanın tarafları dışında kalan üçüncü kişilerin duruşmalara katılmasına olanak tanınır. Bu ilke söz muhakeme için geçerlidir, yazılı muhakemede yani duruşma yapılmayan yargılama usulünde aleniyet geçerli değildir. Duruşmaların aleni olması, tar aleniyetinden (Partei Öffentlichkeit) farklıdır⁽⁵⁾.

Çünkü taraf aleniyeti, davanın taraflarına tanınmış bir hak olup, mahkemenin işlemlerinin onlar tarafından öğrenilmesidir. Bu nedenle taraf aleniyet taraflarla ve hukuki dinlenilme hakkı (rechtliches Gehör) ile ilgilidir. Örneği

(*) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas hukuku Anabilim Dalı Başkanı.
(1) Bkz. Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara, 1960 s.56; Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, Baskı, İstanbul 1992, 248; Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Altıncı Baskı, İstanbul 1975, s.3; Bilge-Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s.290; Berkin, Medeni Usul Hukuku Rehberi İstanbul 1981, s.420; Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939, s.358 vd. Ku aleniyet yerine "duruşmanın aleniyeti (açıklığı)" demektedir. (Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı İstanbul 1995, s.83; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Beşinci Baskı, Cilt I, s.123) Önen ise aleniyeti "aç duruşma" olarak ifade etmektedir. (Önen, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s.61).

(2) Bkz. "... Oysa gerek Anayasanın koymuş olduğu yargılamanın açıklığı kuralı, gerek hukuk Usul Muhakemeleri Kanununun 362. maddesi hükmü gereği olarak verilen kararlar alenen teblih edilmelidir." HD. 20.11.1989, 5024/8920 (Yayımlanmamıştır).

(3) Öztürk/Erdem/Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi hukuku, 4. Baskı, Ankara 1999, s.35, 153

(4) Scherer, J., Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit, Athaenum 1979, s.1

(5) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 14. neubearbeitete Auflage, München 1986, § 25 IV Schilken, E., Gerichtsverfassungsrecht, 2. neubearbeitete und ergänzte Auflage § 12 Rdnr. 15 Habscheid, W. Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel 1990, s.321.

mahkemedeki tutanakların görülmesi, bilirkişinin inceleme yerinin bildirilmesi gibi. Aleniyet ise, mahkemenin duruşma sırasında yaptığı işlemlerin üçüncü kişiler tarafından izlenebilmesidir. Taraf aleniyeti ya da dosyanın taraflara açık olması, dava dosyasının taraflar ve vekillerince incelenebilmesi (HUMK. m.157), fotokopi alınması ve duruşma tutanaklarının suretlerini talep edebilmelerini (HUMK.m.155) ifade eder⁽⁶⁾.

Yargının en önemli teminatı olan aleniyet ilkesi, yargılamanın kapalı kapılar arkasında değil, egemenliğin gerçek sahibi olan halkın gözü önünde yapılması amacıyla kabul edilmiş bir ilkedir. Bu ilke hukukun modernleşmesinden günümüze kadar devam etmiştir. Engizisyon mahkemelerindeki insanlık dışı uygulamalardan ve özellikle Fransız devriminden sonra bu ilke daha çok tartışılmış ve önem kazanmıştır. Günümüzde de aleniyet ilkesi tartışılan güncel ve önemli bir ilkedir.⁽⁷⁾

Aleniyet herkes için geçerlidir. Sadece mahkeme çevresinde oturanlar gibi bir grup veya bölge için geçerli değildir.

Aleniyet ilkesi, yargılama sonunda verilen hükmün de aleni olarak tefhim edilmesini gerektirir. Bu açıdan aleniyet doktrinde statik ve dinamik aleniyet olarak ikiye ayrılmaktadır. Statik aleniyet, hükmün taraflara bildirilmesi, dinamik aleniyet ise, duruşmaların aleni oluşudur⁽⁸⁾.

Dava sonunda verilen kısa kararın daha sonra yazılan gerekçeli kararla çelişik olmaması gerekir. Başka bir ifade ile gerekçeli karar ile tefhim olunan kararın başka olmaması gerekir. Aksi takdirde bunun da aleniyet ilkesine aykırı olduğu uygulamada kabul edilmektedir⁽⁹⁾.

(6) Berkin, s.423; Ustündağ, s.250

(7) Franzki, H., Die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung, DRiZ 1979, s.82.

(8) Novak/Schwaighofer, Das Recht auf öffentliche Urteilverkündung in Österreich, EuGRZ 1985, s.728; Franzki, s.82

(9) "... Oysa gerek Anayasanın koymuş olduğu yargılamanın açıklığı kuralı, gerek hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 382. maddesi hükmü gereği olarak verilen kararlar alenen tefhim edilmelidir. O halde zorunlu nedenlerle yalnız hüküm sonucunun tefhim edildiği hallerde sonradan yazılacak gerekçeli karar ile tefhim olunan hüküm sonucunun başka başka mahiyette olmayan aleniyet kuralına aykırı düşer ki bu da mahkemelere olan güveni sarsar. Gerçekten davanın kısmen kabulüne karar verilmişken sonra bundan dönülerek davalı yönünden kısmen kabulünü, diğer davalı aleyhine açılan davanın ise husumet yönünden reddini içeren bir ilamın varlığı düşünülemez. Diğer bir deyişle ilamın tefhim edilen karara uygun olarak düzenlenmesi zorunludur. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması bu tefhim edilen karara uygun olarak düzenlenmesi zorunludur. "gerekçeli kararın, tefhim edilene aykırı olması gerekir. Aksi tutum, mahkemelerin aleniyet ilkesine aykırılık oluşturur. Öyleyse yapılacak iş, tefhim edilene uygun gerekçeli kararın yazılarak tebliğ edilmesi, süresinde temiz durumunda dosyanın gönderilmesidir. Mahkemece bu yön gözetilmeksizin yazılan gerekçeli karar bozulmalıdır" 4. HD. 24.12.1987, 7427/9508 (Yayınlanmamıştır). "Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 10.4.1992 gün 1991/7 Esas 1992/4 Karar sayılı kararında açıklandığı gibi kısa kararla gerekçeli kararın çelişkili olması bozma nedenidir. Bozmadan sonra yerel mahkeme öncelki kısı kararla bağlı olmaksızın çelişkiliyi kaldırmak kaydı ile vicdani kanaatine göre karar verecektir. Bu itibarla kamu düzeni ile ilgili ve kendiliğinden (re'sen) göz önünde bulundurulması gereken bu usul kuralına aykırı biçimde yazılı olduğu üzere hüküm kurulması doğru değildir." HGK. 17.2.1999, 9-94/92 (İz.BD. 1999/Nisan, s.100-101). "Öte yandan yargılamanın aleniyeti ve kararların alenen tefhim edilmesine ilişkin Anayasanın 141. maddesi gerekse HUMK.nun 382. maddesi uyarınca da asıl olan tefhim edilmiş kısa karardır. Tefhim edilen kısa kararla gerekçeli kararın çelişkili olması aleniyet kuralına da aykırı düşer. Bu nedenle ilamın tefhim edilen karara uygun olarak düzenlenmesi zorunludur. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da bu yöledir "11. HD. 1.11.1987, 5654/6096 (YKD 1988/2, s.211)

II. Aleniyetin Amacı

Aleniyetin medeni usul hukukunda getireceği yararlardan söz edebilme için öncelikle medeni usul hukukunda aleniyetin hangi amaca hizmet etmesi gerektiğini belirlemek gerekir.

Aleniyet taraflar ve tanıkların yargılamaya güvenini sağlamak ve duruşmaların ciddiyetini göstermek içindir. Aynı zamanda bu ilke taraflar arasındaki mücadelede hileye ve ahlaksızlığa karşı bir sınır, duruşmanın kanuna uygunluğu ve halkın bilincinin yükselmesidir⁽¹⁰⁾.

Horten, asıl amaç olarak kontrolü görmektedir. Bu ilke yargılama esnasındaki keyfi davranışları önleyecektir. Duruşma salonunda kimsi bulunmasa bile, her an için bir kişinin duruşmaya katılabilir olması, bu amacın sağlanabilmesi için yeterlidir⁽¹¹⁾.

Aleniyetin diğer amacı, katılanların genel hukuk bilinci ve düşüncesinin uyarılması ve güçlendirilmesidir. Tanıklar kimsenin bulunmadığı yerde daha kolay yalan söyleyebilecektir.

Neumann ise, aleniyeti, maddi gerçeğin araştırılması için bir araç olarak görmektedir. Taraflar ve tanıklar eğer korkar ve utanırsa yalan söyleyemeyecektir. Çünkü aleniyet sayesinde duruşma salonunda bulunan bir kimse yalan söylediğini duyarsa, bu kişi kamu önünde yalancı durumuna düşecektir. Aleniyet duruşmaların ciddi ve onurlu yapılmasını da sağlayacaktır⁽¹²⁾.

Klein-Engel, aleniyeti, yargının bağımsızlığı ve hukuki güvenlik açısından politik zaruret olarak görmektedir.

Speil, aleniyetin amacının halka hukukun gücünün, doğruluğunun gösterilmesi ve genel olarak topluma hukukun doğruluğunun inandırılması ve kanunların nasıl doğru ve tarafsız olarak uygulandığının gösterilmesidir.

Lollak'a göre, aleniyetten, toplumun terbiye edilmesi, hakimir bağımsızlığının güçlendirilmesi ve yargının iyileştirilmesi beklenir.

Neuner'e göre, aleniyet yargıya toplumun güveninin artırılmasıdır. Herkes bu yolla davanın usulüne uygun ve tarafsız olarak yürüdüğünü gözüyle görüp kulağıyla işitecektir.

Aleniyet hakim kontrolüdür. Bu aynı zamanda yargıya güveni de sağlamaktır. Aleniyet yargıya güveni artırıcı, yargıya genel kontrol sağlayıcı ve tarafları keyfilik ve kapalı kapılar arkasında yapılan yargısından korumayı amaçlamaktadır⁽¹³⁾.

(10) Simotta, D-A, Überlegungen zur Öffentlichkeit im Zivilprozess, Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Wien 1993, s.450

(11) Horten, Österreichische Zivilprozessordnung 1908, s.651.

(12) Neumann, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, I 1927, s.764.

(13) Wolff, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 1947, s.270; Pekschek-Stagel, Der österreichische Zivilprozess, 1963, s.184; Holzhammer, Österreichische Zivilprozessrecht, 1976, s. 132.

Rechberger-Simotto'ya göre, aleniyet ilkesi gerçekte halkın güvenini ve yargının bağımsızlığını sağlamaktır. Yine kamunun kontrolünü sağlamakta ve böylelikle keyfiliğe karşı çıkmaktadır. Aleniyet yargının demokratik karakteridir⁽¹⁴⁾.

Fasching, aleniyeti yargının demokratikleşmesinin garantisi olarak görmektedir. Aleniyet sadece halkın yargıya güvenini arttırmamakta, aynı zamanda davanın daha anlaşılır olmasını sağlamakta ve keyfiliği önlemektedir⁽¹⁵⁾.

Aleniyet ilkesinin amacı, mahkemelerin ve burada yapılan yargılamanın kamu tarafından kontrolüdür. Bu sayede mahkemeye özel kişilerin, devletin veya diğer organlarının müdahalesi ve bu sayede bu hakiminki altında karar vermesi önlenmek istenmiş ve mahkemelerin bağımsızlığının dış görünümü kuvvetlendirilmek istenmiştir⁽¹⁶⁾.

Bu kontrolün tarihsel sebepleri yanında gizli yargılamanın önlenmesi ve hakiminki bağımsızlığının sağlanması gelmektedir⁽¹⁷⁾. Aslında her iki sebep de bugünkü modern devlet anlayışı içinde önemini kaybetmiştir. Bugün için artık hakiminki bağımsızlığı çeşitli hükümlerle teminat altına alınmıştır⁽¹⁸⁾. Bu hükümlerle birlikte aleniyet sayesinde devletin veya üçüncü kişilerin davaya etkisi daha zordur. Bu açıdan aleniyet günümüzde mahkeme kararları açısından meşruiyettir ve bununla yargı kararlarına halkın güvenini arttırmaktadır. Ancak meşruiyet ve kontrol oldukça soyut kavramlardır. Aleniyet sayesinde kamunun duruşmalara katılabilmesi ve bununla yapılan yargılama hakkında bilgi sahibi olabilmemesi, bu konuda teminat fonksiyonunu üstlenir. Bu açıdan meşruiyetin gerçekleşmesi ikinci derecededir. Daha çok bazı kişilerce veya basın tarafından kolektif olarak kontrol imkanı kullanılmaktadır.

Uygulamada medeni yargı alanında duruşmalara katılma ve dolayısıyla aleniyetin sağlanması, bazı sansasyonel davalar dışında, oldukça az bir öneme sahiptir. Ancak bu sonuç aleniyetin medeni yargıda daha az bir öneminin olduğu anlamına gelmez.

Aleniyet hakkında başka amaçlar da gösterilmiştir. Aleniyet yan etki olarak kişilerin yargıya güvenini artırır. Ancak aleniyetin bu amacı uygulamada son derece sınırlı olarak gerçekleşmektedir. Çünkü halkın bu amaçla duruşmaları izlememesi son derece az olduğundan, bu çok ender kullanılmaktadır. Aksine, duruşma salonlarındaki bazı davalarda görülen gösteriler veya halkın etkisi hakiminki de etkilemektedir. Sonuç olarak bu amaca çoğu kez

(14) Rechberger-Simotto, *Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren)*, 1986, Rz. 272.

(15) *Lehrbuch Rz. 682.*

(16) *Leipold (Stein/Jonas), vor § 12, Rdnr. 155; Kissel, § 169 Rdnr. 1*

(17) *Gaul, der Grundsatz der Öffentlichkeit im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Festschrift für Matscher zum 65. Geburtstag, Wien 1993, s. 119; Schilken, § 12, Rdnr., 155*

(18) *Örneğin bkz. Anayasa m. 138, 139, 140, HSYKK m. 1, 4, 4445, HUMK., m. 28-29*

ulaşılamamaktadır⁽¹⁹⁾.

Halkın tümünün duruşmalara katılması, ya da en azından duruşma salonlarına mutlaka halkın katılımı aleniyetin amacı değildir.

Aleniyet hukuk devleti prensibinin önemli bir unsurudur⁽²⁰⁾. Bu ilke ö demokratik düzenlerde çok önemli görülmesine de, politik istikrarsızlık dönemlerinde hukuk devletinin ayakta kalabilmesi açısından, korunması çok önemli bir fonksiyon ifa eder. Bu sebeple aleniyet ilkesinin tüm amaçlarını, muhakemede göstermesini beklemek doğru olmaz. Bu amaçlardan birinin birkaçının muhakemede gerçekleşmesi aleniyet ilkesinin vazgeçilmez önemli bir ilke olmasından kuşku duyulmaması için yeterli olmalıdır.

Aleniyet yargılamanın demokratik karakteridir⁽²¹⁾. Bu sayede halkın yargılamaya katılması, izlemesi ve bu yargılamayı kontrolü sağlanmaktadır.

Sonuç olarak aleniyet öncelikle halkın yargının bağımsızlığına güven sağlamakta, davanın ve mahkemelerin kamu tarafından denetlenmesi mümkün kılmakta ve keyfilik ve kapalı kapılar ardından yapılan yargılar önlemektedir. Bunun yanında aleniyet halkın yargıya ilgisini artırma duruşmaların ciddiyetini sağlamakta ve tanıkların doğruyu söylemesini ölçüde temin etmektedir.

Kapalı kapılar arkasında yapılan muhakeme, hakim ne kadar dü bağımsız ve objektif olursa olsun, halk adaletten şüpheye düşer. Gizli karanlığında saklanılmak istenen bazı müdahalelerin yapıldığı düşünceyi kapılabilirler. Bu tür gelişmeler toplumun adaletten şüphe etmesini, güven azalmasını en azından şüpheyi gerektirir.

III. Aleniyet ilkesinin Uygulamadaki Görünümü

Aleniyet ilkesi aslında sözlülük ilkesinin kardeş ilkesidir⁽²²⁾. Günümüzde özellikle medeni yargıda yargılama usulünün yazılı yargılama usulü olduğu diğer yargılama usullerinde de birçok işlemin yazılı yapılması, aleniyet ilkesi uygulamada daha az öneme sokmuştur. Bunun yanında mahkeme salonlarının oldukça küçük oluşu hatta taraflar ve vekilleri dışında başka kişilerin girişinin fiziken mümkün olmayışı bu konuda düşündürücüdür.

Aleniyet ilkesi diğer ülkelerden farklı olarak Anayasamızda teminat alınmıştır. (Anayasa m.141) Bu sebeple, bu ilkenin Anayasada düzenlenmesi oluşu, bu ilkeyi düzenleme açısından üst sıralarda yer veren ülkemiz için bunun uygulamasını sağlayamamış oluşu düşündürücüdür. Çoğu mahkeme salonu halkın katılımını önleyecek derecede sıkışık ve küçüktür. Kiralık

(19) *Schilken, § 12, Rdnr. 156.*

(20) *Leipold/Stein/Jonas, vor § 128 Rdnr. 114; Jauernig, Zivilprozessrecht, 22 Auflage, München 1988, s.88.*

(21) *Marcic, R., Die Öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie, Festschrift für Amdt 1969, s. 288 vd.*

(22) *Gaul, s. 120; Scherer, s.2; Wolf, s. 156 vd.*

salonlarda yapılan yargılama bu ilkenin amaçlarını gerçekleştirebilecek nitelikte değildir.

Aleniyet ilkesi uygulamada aslında yalancı tanıklığı ve yalan yemini de önleyememiştir. Nitekim aleniyet ilkesine rağmen yalan yere tanıklık veya yalan yere yemin konusunda günümüzde şikayetler azalmamıştır.

Aleniyet sebebiyle duruşmalara katılanlar, aslında ya bir sansasyon sebebiyle ya davanın taraflarıyla yakınlığı sebebiyle ya da bazı meraklılardır. Bunların dışında vatandaş olarak bir denetleme amacıyla katılanlar hemen hemen hiç yoktur. Yargılamaya gelenlerin amacı halk adına bir denetim değil, sansasyonel olayı işitmek veya kişileri görmek amacıyladır. Bazen dürüst fakat konuşma güçlüğü olan tanık salonda büyük bir kalabalığı görünce komik ve kötü duruma düşebilmektedir. Bu tür bir kişi kalabalığın kendisine gülmesine veya bağırması üzerine daha önce söylediklerini unutabilir ve şaşırabilir. Bu ise aleniyetin amacı olarak gösterilen gerçeğin tespitinde olumsuz rol oynayabilir⁽²³⁾.

Haksız yere davalar açılması ve haksız iddiaların sürülmesi ve bunların çoğu kez aleni yargılamada tartışılması birçok kişinin bu durumdan zarar görmesine neden olmaktadır. Sırf bir kimsenin ekonomik, ahlaki veya siyasi duruma zarar verebilmek amacıyla açılan davalar, aleni muhakeme nedeniyle herkesin önünde tartışılmakta ve sırf bu şekilde kötü niyetli kişiler bu şekilde amacına ulaşmaktadır. Muhakemenin sonunda daha sonra bu iddialar haksız çıksa da, tam olarak yarattığı sonuçları silmemektedir⁽²⁴⁾.

Duruşmaya katılanlar ve dinleyiciler duruşma salonunu tiyatro salonuna çevirebilirler. Özellikle basının görüntü alması veya fotoğraf çekmesini fırsat bilen bazı kişi veya gruplar bundan yararlanarak gösteri yapabilirler. Bu ise özellikle basın aracılığıyla durumu öğrenen kişiler için yargının ciddiyeti konusunda ciddi şüpheler uyandırır⁽²⁵⁾.

Aleniyet ilkesi tarafların ve tanıkların kişilik alanları ve yaşamlarının gizli alanlarının aleniyet yüzünden tehlikeye girebilir ve hatta ihlal edilebilir. Özellikle basının duruşmaları izlemesi, bu konudaki yasal düzenlemelere rağmen, keyfi ve yanlış haber vermesi yargıyı objektiflikten uzaklaştırabilir. Bu özellikle eksik ve yanlış bilgi verme sebebiyle kamuyu olumsuz etkileyebilmekte ve verilen kararın adil olmadığı yönünde bir düşüncenin doğmasına da neden olabilmektedir⁽²⁶⁾.

IV. Aleniyet İlkesinin Temelleri

Hukukumuzda aleniyet ilkesi verilen önem nedeniyle Anayasada açıkça düzenlenmiştir. Anayasamızın 141 maddesine göre "**Mahkemelerde**

(23) Simotta, s.454

(24) Köbl, Die Öffentlichkeit des Zivilprozess-eine unzeltgemease Form? Festschrift für Carolsfeld, 1973, s.236.

(25) Franzki, s. 82-83.

(26) Simotta, s.455.

duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesi olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir". Aleniyet birçok ülke anayasalarında düzenlenmemiş bu ilkenin anayasada mevcut olan hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olduğu kabul edilmiştir⁽²⁷⁾.

Anayasamızda düzenlenmiş bulunan aleniyet ilkesi Hukuk Usul Muhakemeleri Kanunumuzun 149. maddesinde tekrarlanmıştır. Bu hükme göre "**Muhakeme alenen yapılır. Alenen icrası adap ve ahlaki umum yeye mugayir olduğu muhakkak olan hallerde mahkeme, esbal mucibe beyanıyla muhakemeyi hafiyen icra edebilir.**"

İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre "**Hükûm aleni olarak verilir, şu kadar ki demokratik bir toplulukta amme int zaminin veya milli güvenliğin veya ahlakın yararına veya küçüğün mer faati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selametın zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zaruri görülece öçüde, aleniyet davanın devamınca tamamen veya kısmen basın mer supları ve halk hakkında tahdit edilebilir**". İnsan Hakları Sözleşmesinin göre aleniyet, adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir unsurudur. Yani aleni olarak yapılmayan yargılama adil bir yargılama değildir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesinin 11. maddesine göre "**Hiç bir şahıs, müdafaası için lüzumlu bütün teminatın bahşedilmiş bulur duğu aleni bir muhakeme sonunda mahkum edilmedikçe cezalandırılmaz**

V. Aleniyet İlkesinin Geçerlilik Alanı

Aleniyet ilkesi medeni yargı yanında, ceza yargısı (CMUK m.373), idari yargıda da (İYUK m. 18) geçerlidir. İHAS m.6'da sözü edilen aleniyet ilkesi sadece kamu hukukunda değil, medeni yargıda da geçerli bir ilke olarak kabul edilmiştir. Medeni yargıda geçerli olan tüm yargılama usullerinde geçerlidir. Ancak bazı yargılama usullerinde aleniyet ilkesi geçerli değildir. Bunun başında çekişmesiz yargı gelmektedir. Alman Çekişmesi Yargılama Usulü Kanununda aleniyet ilkesinin geçerli olmadığı kabul edilmiştir (FGG § 8)⁽²⁸⁾.

(27) Schilken, § 12, Rdnr. 159. 1839 tarihli "Gülhane Hattı Hümayununda" ve 1856 tarihli "İslahat Fermanında"da muhakemenin aleni olacağı açıklanmıştır. Yine 1908 tarihli Kanunun Esasının 8. maddesinde aleniyet ilkesi ve istisnalarına yer verilmiştir. Yine Mecelle'de duruşmaların alene yapılması kabul edilmiştir (Belgesay, s.358; Bilge/Önen, s.290; Ansay, s.56.

(28) Kissel, § 169 Rdnr.5; Brehm, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1988 § 14 V; Gaul, s. 113 vd. Baur, F., Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1 Buch, Allgemeines Verfahren, 1955, § 5 I; Bärmanr Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht 1968, § 14 II 1 b; Weirich, Freiwillige Gerichtsbarkeit 1981, § 7 V; Jansen, FGG 1969, § 8 Rz.60; Lindacher, Jus 1978, s.584; Jauernig, s.88; Köb s.239. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında (BGHZ 55, 242, 244) İHAS, m.6/II'nin çekişmesiz yargıda uygulanmayacağını açıkladı.

Bizim hukukumuzda ayrı bir çekişmesiz yargılama usulü bulunmayışı bu konuya cevap vermemizi zorlaştırmaktadır. Hukukumuzda Kuru, aleniyet ilkesinin çekişmesiz yargıda uygulanmasını, çekişmeli yargıya nazaran daha dar olduğunu ve bunun sebebi olarak da çekişmesiz yargıda duruşma yapma zorunluluğunun olmadığını göstermektedir⁽²⁹⁾. Gerçekten çekişmesiz yargıda duruşma yapılan hallerde aleniyet ilkesinin çekişmesiz yargıda da geçerli olması gerekir.

Memurların disiplin soruşturmasında, askerlerin veya hakimlerin, avukatların ve noterlerin muhakemesinde aleniyet ilkesi geçerli değildir.

Aleniyet ilkesini sadece ilk derece mahkemesi için zorunlu bir ilke olarak kabul etmektedir⁽³⁰⁾. Kanımca bu konuda başvuru kanun yolunda duruşma yapılıp yapılmamasına göre ayırım yapılmamalıdır. Eğer duruşma yapılıyorsa aleniyet ilkesi kanun yollarında da geçerli olmalıdır. Buna karşılık dosya üzerinden inceleme yapılıyorsa, örneğin hukukumuzdaki karar düzeltme talebinin incelenmesi gibi, bu durumda aleniyet ilkesi söz konusu olamaz.

VI. Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması

Aleniyet ilkesi sadece oturumlar için geçerlidir. Bununla duruşmalar kastedilmiştir. Yasada duruşmanın zorunlu olarak yapılmasının öngörülmesi ile, hakimin duruşma yapılmasını takdir etmesi bakımından aleniyet ilkesinin uygulanmasının bir farkı yoktur⁽³¹⁾. Hükmün bildirilmesi de alenidir. Ancak duruşmalar gizli yapılmışsa, hükmün taraflara bildirilmesi de gizli yapılmalıdır. Bununla beraber, aile ve çocukla ilgili duruşmalar gizli, fakat hükmün bildirilmesi aleni olmalıdır.

Hukuk eğitimi gören kişilerin gizli duruşmada kalmasına hakim izin verebilir. Bunlar genellikle staj yapan kişilerdir. Ancak lisans öğrencilerinin de buna dahil edilmesi uygun olur.

Aleniyet ilkesi sadece hükmü veren mahkemede duruşmalar ve sözlü muhakeme için geçerlidir. Yazılı yargılama usulünde aleniyet söz konusu değildir.

İcra hukukunda aleniyet söz konusu değildir. Ancak icra takibi sırasında mahkemeye başvuru hallerde ve tetkik merciine duruşma yapılan hallerde aleniyet ilkesi geçerlidir. Hakem yargısında kural olarak aleniyet yoktur. Hakemler duruşmaların aleni olup olmayacağını kendileri belirler. Ancak taraflar hakemlerin uygulayacakları yargılama usulünü belirlerken duruşma yapılacağını ve duruşmaların aleni olacağını kararlaştırmış iseler hakemlerin yaptığı duruşmalar da aleni olmalıdır. Yine

(29) Kuru, Nizasız kaza, Ankara 1961, s.164.

(30) Frowein/Peuckert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Kehl Strassburg Arlington, Art. 6 Rdnr. 79

28 (31) Leipold/Stein/Jonas, vor § 128 Rdnr. 115

taraflar hakemlerin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre karar vereceklerini kararlaştırmış iseler, hakem duruşmaları aleni yapmak zorundadır.

VII. Aleniyet İlkesi ve Diğer İlkelerle Değerlendirilmesi

Öncelikle aleniyet ilkesi halkın yargıya güvenini artırmaktadır. Aleniyet ilkesi amacının önemi ve çok yönlü olması sebebiyle diğer ilkelerle oldukça ilgilidir. Bu ilkelerin başında hukuki dinlenme hakkı (HUMK, m.73) gelmektedir. Duruşmalara taraflar ve tanık dışındaki davayla ilgili olmayan kişilerin katılması, doğruların mahkemeye açıklanması ve gerçeğin bulunması açısından son derece önemlidir. Tanık, ifade verirken etkilenmeden ve korkmadan açıklama yapabilmelidir. Özellikle tanık ve taraflar, duruşmada bulunan kişiler sebebiyle doğru vakıaları açıklayarak, uyumsuzluğun aydınlanmasını sağlayabilirler. Duruşmaların aleni olması taraflara eşit davranılmasını, eşit hak verilmesini sağlar. Bu da silahların eşitliği ile ilgilidir. Bu ilkenin tehlikeye düşmesi özellikle basın duruşma salonlarında bulunması sebebiyle olabilir. Bununla birlikte yanlış haber veren basının mahkemede hazır bulunmasından korkularak duruşmanın kamu düzeninin tehlikeye düşmesi sebebiyle gizli yapılması doğru değildir⁽³²⁾.

Aleniyet ilkesi hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Yine aleniyet ilkesi adil yargılanma hakkının önemli bir unsurudur. Aleni yapılmayan yargılama adil değildir.

Genel olarak görüntü ve film alınması, doğrunun bulunmasını etkilediği veya tehlikeye düşürdüğü ve açıklama ve ifadelerin doğru olması amacıyla birçok yabancı ülkede yasaklanmıştır⁽³³⁾. Aleniyet yerine duruşmaların gizli yapılması bazı uyumsuzluklar bakımından tanıkların görevlerini tam yapabilmeleri, etkilenmemesi amacıyla. Bazı uyumsuzluklarda tanıklar duruşmaya katılan kişiler önünde bildiklerini tam olarak aktarmaktan kaçınabilirler. Bu tanığın korku, utanma nedeniyle bildiklerini tam olarak aktaramamasından kaynaklanabilir.

Aleniyet ilkesi taraflar dışındaki kişilerin doğrudan duruşmalara katılımını sağlayan bir ilkedir. İnsan hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde de doğrudan aleniyet teminat altına alınmış ve adil yargılamanın unsuru sayılmıştır. Duruşmadan görüntü alınması fotoğraf çekilmesi veya ses alınması İHAS.m.6 anlamında aleniyetin unsuru değildir⁽³⁴⁾.

Aleniyet ilkesi ile hakimin bağımsızlığı ilkesi arasında da ilişki vardır.

(32) Schilken, § 12, Rdnr. 164; Kissel, § 169 Rdnr. 13.

(33) Örneğin Almanya'da duruşma sırasında ses kaydı, görüntü alınması veya fotoğraf çekilmesi yasaktır (GVG m. 169). Aynı yasak Avusturya hukukunda da vardır. Bkz. B-VG Art. 90.

(34) Lienbacher, G., Der Öffentlichkeitsgrundsatz des Zivil- und Strafverfahrens im österreichischen Verfassungsrecht, ÖJZ 1990, 45 Jg, H. 16 s.52

Aleniyet ilkesi sebebiyle duruşmaların aleni yapılması, hakim'in çeşitli şekillerde etkilenmesine neden olabilir. Bu etkilenme özellikle bazı davalarda küçümsenmeyecek etkiler gösterir. Örneğin, tehdit ve protestolar bu etkilenmelere örnek olarak verilebilir. Yine toplumun önemli kesimini ilgilendiren, çevre sorunları, kürtaj gibi konuların tartışıldığı davalar buna örnek olarak verilebilir. Ancak bu yolla hakim'in etkilenmesi fazla abartılmamalıdır. Hakim'in etkilenmesi bugün basın aracılığıyla da olabilmektedir. Çünkü duruşmalar aleni yapılsa bile, yargılama konusu hakkında basında yazılanlar ya da televizyonlardaki tartışmalar hakim'in kararını ve bu şekilde bağımsızlığını etkileyebilir⁽³⁵⁾.

Bağımsız ve tarafsız bir hakim'in kanunlara ve hukuka uygun ve doğru karar verebilmesi temin edilmelidir ki, aleniyet bu açıdan adil yargılanma hakkında bir engeli olarak karşımıza çıkmaktadır⁽³⁶⁾. Çünkü adil bir yargılamadan söz edebilmek için, hakim'in öncelikle bağımsız olması gerekir.

Son olarak aleniyet ilkesi duruşmaların herkese açık olarak yapılması sebebiyle bazı kişilerin kişilik haklarını da etkileyebilmektedir. Kişilik hakları etkilenen kişiler davanın tarafları olabileceği gibi, tanık, bilirkişi de olabilir. Bazı bilgilerin basın yoluyla ya da duruşmalara katılan kişilerce duyulması, kişilik haklarını önemli ölçüde etkileyebilmektedir. Bu bağlamda sadece mevcut değil, gelecekteki tehlikelerin de düşünülmesi gerekmektedir⁽³⁷⁾.

Bütün bu tehlikelere rağmen tüm muhakeme çeşitlerinde genel olarak aleniyet ilkesi geçerlidir. Ancak bazı ülkelerde duruşma sırasında film, ses ve görüntü alınması istisnasız olarak yasaklanmıştır. Bu duruşmanın disiplini ve hakim'in bağımsızlığı açısından yasaklanmıştır. Bu konuda genel bir düzenleme ile hukuki dinlenilme hakkının korunması ve yargılamaya katılanların kişilik haklarının korunması olanaklı değildir. Bu konuda en doğru karar ve en etkin önlemleri yargılamayı yürüten hakim alacaktır. Ancak hukuk politikası açısından medeni usul hukukunda aleniyet ilkesi değişen önemine, bazı hallerde sınırlandırılma gereğine rağmen, korunması gereken önemli bir ilkedir ve korunmalıdır.

VIII. Aleniyet İlkesinin İçeriği ve Sınırları

Aleniyet ilkesi, herkese duruşmaya dinleyici olarak katılma imkânını vermektedir. Burada kişiler yönünden bir sınırlama, belli bir çevre ve halk ayrımı yoktur. Genel olarak gerçek kişiler ifade edilmiştir ve duruşmayı izleyebilmeleri davayla ilgili olmalarına bağlıdır.

(35) Schilken, § 12, Rdnr. 16 6

(36) Schilken, § 12, Rdnr. 167; Kissel § 169 Rdnr. 16

30 (37) Schilken, § 12, Rdnr. 168; Kissel § 169 Rdnr. 14

Aleniyet ilkesi, asıl olarak doğrudan aracısız katılmayı, yani bizzat katılmayı amaçlamıştır. Ancak dolayısıyla katılma da aleniyet ilkesinin bir sonucudur.

Aleniyet ilkesi yargılamanın yapıldığı yer neresi olursa olsun değişmez. Örneğin, duruşma daha geniş olması sebebiyle bir başka yerde yapılıyorsa, aleniyet ilkesi burada da geçerli olacaktır. Yine, keşif için mahkeme binasının dışında bir yerde yapılan incelemede de aleniyet geçerlidir⁽³⁸⁾.

Acaba hukuki yardım talep edilen mahkeme önünde yapılacak duruşmalar da aleni olacak mıdır? Alman hukukunda Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 169 paragrafında "erkennenden" mahkeme denildiği için hukuki yardım talep edilen mahkemede duruşmaların aleni olması gerekmez görüşü hakimdir⁽³⁹⁾. Hukukumuz için bu görüş kabul edilemez. Çünkü gerek Anayasamızın 141. maddesinde gerekse HUMK da aleniyetle ilgili hükümlerde bu tür bir sınırlama getirilmemiştir. Bu sebeple hukuki yardım talep edilen mahkeme duruşma yapmış ise bu duruşmanın ayrıca karar verilmediği takdirde aleni olması gerekir.

A. Doğrudan Katılma

Doğrudan katılma, duruşmaya kişilerin bizzat katılmasıdır. Engelsiz olarak katılabilmek için duruşma yapılan mahkeme salonunun yeterli olması gerekir. Ancak duruşmaya katılacak dinleyicilerin katılabilmesi için yeterli bir duruşma salonunun seçilmesi veya araştırılması zorunlu değildir. Örneğin sadece yirmi kişinin duruşmaları izleyebileceği salona sahip olan bir mahkemenin, görmekte olduğu bir davaya katılacak kişilerin sayısının yüzlerce kişi olması halinde, bu kişilerin izleyebilmesine olanak veren daha geniş bir duruşma salonu temin etmesi, aleniyet ilkesi ile ilgili değildir ve mahkemenin böyle bir yükümlülüğü yoktur⁽⁴⁰⁾. Bazı hallerde büyük bir duruşma salonunun seçimi, duruşmanın disiplini sağlama açısından güçlükler ortaya çıkarabilir.

Aleniyet ilkesinin gerçekleşmesi için duruşma salonunda dinleyiciler için yeteri kadar oturma yerinin ayrılmış olması gerekir. Duruşmanın yapıldığı salonda dinleyiciler için bir tek oturma yeri var ve diğer kişiler ayakta ve çok sıkışık şekilde oturma imkânına sahip ise, böyle bir örnekte aleniyet ilkesinin ihlal edildiği kabul edilmiştir⁽⁴¹⁾. Eğer oturabilir yerler, dinleyicilerin sayısından daha az ise, bir kısmının duruşma salonuna alınmaması, aleniyet ilkesi açısından bir sakınca sayılmaz⁽⁴²⁾. Bu tür bir

(38) Üstündağ, s.249.

(39) Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 23 IV 2; Kissel § 169 Rdnr. 11.

(40) Schilken, § 12, Rdnr. 172, Kissel, § 169 Rdnr.25

(41) BayObLG, NJW 1982, s.395. Schilken, § 12, Rdnr.172

(42) Leipold/Stein/Jonas, vor § 128 Rdnr. 125

durumda dışarıda bekleyen topluluk arasından mahkemenin takdirine göre seçim yapılması genel olarak aleniyet ilkesini etkiler. Ancak önce gelen kişilerin duruşma salonuna alınması doğal bir davranış olur. Yine yeteri kadar yer bulunamıyorsa, bazı grupların öncelikle içeri alınması mümkündür. Örneğin, öğrenci grubunun, yabancı misafirlerin, basın mensuplarının öncelikle alınması gibi.

Yargılamaya katılan kişilerin yardımcılarının da duruşmaya katılması ve hiçbir şekilde engellenmemesi gerekir. Örneğin taraflardan birisinin avukatının yardımcısı olan kişinin duruşmaya alınması engellenmemelidir.

Dinleyici sayısının çok olması halinde, salona girişte bir izdihamın yaşanmaması için, sırayla ve önceden verilen kartlarla salona girilmesini temin amacıyla yapılan düzenleme de aleniyet ilkesine aykırı değildir⁽⁴³⁾.

Aleniyet ilkesinin korunması için, duruşma salonuna girişlerin açık olması gerekir. Bununla beraber duruşma yapılan salonlarda, gürültü ve sükunet açısından tedbir alınabilir. Ancak her halde kapının açık olduğunun belli olması ya da açık bırakılması gerekir. Normal bir kişinin girişini engelleyecek şekilde bir engel bulunmamalıdır. Örneğin, duruşma salonunun kapısına, duruşma salonuna girişin yasak olduğu düşüncesini oluşturacak tabela konulması yasaktır. Böyle bir tabelada "Lütfen" kelimesinin kullanılmış olması, durumu değiştirmez. Girilmez anlamına gelecek ifade ne kadar kibar olursa olsun, sonuçta bir değişiklik olmaz ve aleniyet ilkesi ihlal edilmiş sayılır⁽⁴⁴⁾.

Duruşmanın mahkeme binasının bulunduğu salonda veya bu salon dışında başka bir yerde yapılmasının, aleniyet ilkesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Yeter ki duruşma yapılan yer dinleyicilere açık olsun ve dinleyicilerin duruşmanın yapılacağı yeri kolaylıkla bulabilmeleri için bu yer önceden duyurulmuş veya ilan edilmiş olsun⁽⁴⁵⁾. Bu sebeple dinleyicilere açık olması şartıyla duruşma hakim odasında dahi yapılabilir.

Aleniyet ilkesine uymak, duruşmanın yeri ve saati konusunda doğru ve zamanında bilgi verilmesini gerektirir. Özellikle mahkeme binası dışında yapılacak duruşmalar için bu duyuruların önemi büyüktür. Aksi halde aleniyet ilkesi ihlal edilmiş olur.

Aleniyet ilkesi sadece mahkeme salonuna girilmesini sağlamamakta, aynı zamanda duruşma salonundaki duruşmayı tüm olarak izleyebilmeyi de gerektirmektedir. Buna karşılık duruşma sırasında mahkemeye sunulan belge ve tutanakların da görülmesi aleniyetle ilgili değildir⁽⁴⁶⁾. Ayrıca dinleyici olmaları dışında kendi yorumlarını yapmaları, açıklamaları

(43) Leipold/Stein/Jonas, vor § 128 Rdnr. 126

(44) Schilken, § 12, Rdnr. 173; Kissel, § 169, Rdnr. 22

(45) Leipold/Stein/Jonas, vor § 128 Rdnr. 125

32 (46) Kissel, § 169 Rdnr. 52; Schilken, § 12 Rdnr. 176, Köbi, s.244, Stober, s.

veya tarafları sesli olarak desteklemeleri ve buna izin verilmiş olup olması, aleniyet ilkesi ile ilgili değildir.

Doğrudan katılmanın bazı hallerde sınırlandırılması düşünülebilir. Çünkü duruşmaların ve genel olarak yargılamanın kontrolü gerek Duruşmaların düzgün ve sakin yapılabilmesi son derece önemlidir. E amaçla dinleyicilerin kimlikleri alınıp isimleri yazılarak girişleri kontrol edilebilir, günlük kimlik ya da giriş kimliği verilebilir ki bu tür sınırlamalar doğrudur.

B. Dolayısıyla Aleniyet

Dolayısıyla aleniyet, çeşitli basın araçlarıyla, örneğin televizyon gazete, radyo gibi araçlarla geniş kitlelere duyurulmalıdır. Basının temsilcileri de diğer kişiler gibi duruşmaya katılma hakkına sahiptir. Bu kişiler diğer katılanlara nazaran ne daha az ne de daha çok korunmakta, herhangi bir ayrıcalığa sahip olmamaktadır⁽⁴⁷⁾. Basın ilk olarak kamu yararı değil, aleniyet çerçevesinde haber vermek üzere duruşma salonunda bulunmaktadır.

Duruşmalar yanında hükmün bildirilmesi sırasında da basının görüntü fotoğraf çekmesi ve ses kaydetmesi birçok ülkede, örneğin Almanya⁽⁴⁸⁾ ve Avusturya'da⁽⁴⁹⁾ yasaklanmıştır. Almanya'da 1964 yılında Mahkemeler Teşkilatı Kanunu ile mahkeme salonunda basının fotoğraf çekmesi, görüntü alması ve ses kaydetmesi istisnasız yasaklanmıştır. Çünkü aleniyet ilkesinin amacı, duruşma sırasında insanların tavır ve davranışları ve söylediklerinin bir kısmının aynen duyurulması değildir. Tam aksine, aleniyet ilkesinin gerçekleşmesi için basına bu anlamda hiçbir ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle getirilmiş sınırlamalar hakkında tereddüt de etmemek gerekir.

Basının duruşma sırasında görüntü almasının fotoğraf çekmesinin ve ses kaydetmesinin yasaklanması tarafların, tanığın insan onurunun zede lenmesi aracı olmaması, gerçeğin tespitinin tehlikeye düşmemesi ve mahkeme salonlarının şov yapılan yerler olmaktan çıkarılması amacıyla. Bu yasak sadece duruşma sırasında değil, hükmün açıklanması sırasında da geçerlidir⁽⁵⁰⁾. Ancak basının duruşmadan önce ya da duruşmadan sonra görüntü alması fotoğraf çekmesi veya ses kaydetmesi mümkündür. Bu konuda bir yasak bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile yasak sadece duruşma sırasında ve hükmün tarafa bildirilmesinde geçerlidir⁽⁵¹⁾. Ancak yasak sınırlı olup, bu sayılan görüntü alma, fotoğraf çekme

(47) Schilken, § 12 Rdnr. 178; Kissel, § 169 Rdnr.33. Alman Federal Mahkemesi de bu kararında bu yönde görüş açıklamıştır (BVerfGE 50, s.234, 240).

(48) Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu (GVG) m. 169.

(49) Simotta, s. 456 vd.

(50) Kissel, § 169, Rdnr.62; Franzki, DRIZ 1979/Mart, s.82

(51) Kissel, § 169, Rdnr.63; Franzki, Schilken, § 12 Rdnr. 179.

ve ses kaydetme dışında bir yasak getirilmemiştir. Bu sebeple basın ressamı vasıtasıyla duruşmada tarafların veya tanıkların ya da genel olarak mahkemenin resmini yapabilir, söylenenleri not edebilir⁽⁵²⁾.

Ancak mahkeme basına vermeden sadece kendisi kullanabilmek için, muhakemenin aydınlanabilmesi, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi bazı hususların hatırlanabilmesi için özellikle uzun süren davalarda görüntü alınmasına karar verilebilir⁽⁵³⁾.

Bu yasağın kontrolü mahkeme başkanına aittir. Mahkeme başkanı bu konuda içeri giren basın mensuplarını bu yasağı hatırlatabilir ve hatta duruşma sonuna kadar ses alma cihazlarını ellerinden alabilir veya başka tedbirler alınabilir⁽⁵⁴⁾.

Burada şu soru sorulabilir. Basın yasama ve yürütmenin eylem ve işlemleri hakkında nasıl kamuya bilgi veriyorsa, yargının, mahkemelerin işlemleri hakkında da bilgi verecektir. Haber toplama ile basın kamusal bir görev yapmaktadır. Bu ise basın özgürlüğü ile söz konusu olabilir. Acaba, basının duruşma salonlarında görüntü alamaması, fotoğraf çekememesi veya ses kaydedememesi, bu özgürlük ile çelişmeyecek midir?

Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Zira basın duruşmaları gizli yapılması dışında diğer kişiler gibi rahatlıkla izleyebilmektedir. Fotoğraf çekilmesi veya görüntü almasına ise duruşmadan önce ya da genellikle duruşmadan sonra izin verilmektedir. Bunun dışında mutlaka basının duruşmaları izlemesi dışında fotoğraf çekmesi veya ses kaydetmesi gerekmemektedir. Basınla ilgili yasak sadece görüntü alma, ses kaydetme ve fotoğraf çekmekle sınırlıdır. Stenografik yazılar, duruşmada kara kalem resim yapılması duruşmanın disiplinini bozmadıkça yasak değildir. Yasağa aykırı şekilde görüntü alınır veya fotoğraf çekilirse, hakim duruşma sonuna kadar bunlara el koyabilir veya önleyici başka tedbirler alınabilir⁽⁵⁵⁾.

Kamusal bir görev olmasına karşılık basının haber toplaması yargıda bazı hallerde sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırma yine kamu adına, hakimın bağımsızlığı sebebiyle yapılmaktadır. Nitekim basın gizli yapılan duruşmalar hakkında açıklama yapamaz. Bu husus hukukumuzda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 377. maddesinde yasaklanmıştır. Bu hükme göre, "Gizli yapılan duruşmalarda icra kılınan muhakemenin yayımı yasaktır. Açık duruşmalarda ceryan eden muhakeme milli güven-

(52) Kissel, § 169, Rdnr.70; Franzki, Schilken, § 12 Rdnr. 179.

(53) Kissel, § 169, Rdnr.68

(54) Kissel §, 169, Rdnr.68. Yasağa rağmen sesin kaydedilmiş olması, bozma sebebi sayılmaz(Kissel, § 169, Rdnr.70). Sesi yasağa rağmen banda alınan kişi, bu bantın yayınının yasaklanması için veya bantın iadesi için genel hükümlere göre talepte bulunmalıdır. Bu konuda bir düzenleme getirilmemiştir.

34 (55) Kissel, § 169, Rdnr.67..

liğe ve genel ahlaka ve kişilerin, haysiyet, şeref ve haklarına dokunacak ve suç işlemeye kışkırtacak mahiyette ise mahkeme bunları önlemek amacı ile ve bu amacın gerektirdiği ölçüde muhakemenin kısmen veya tamamen yayınlanmasını yasaklar ve kararını açık olarak tefhim eder. Açık ve gizli muhakemeleri yasağa aykırı olarak yayınlayanlar beşyüzbin liradan ikimilyon liraya kadar (21.5.1985 gün ve 3206 sayılı Kanunun 72. maddesi ile değişik) ağır para cezası ile cezalandırılır".

Bu yasak hukuk muhakeme usullerinde de geçerlidir (CMUK, m.377/V). Ancak yasağa rağmen basın duruşmalara diğer kişiler gibi katılabilir duruşmalarda not alabilir resim yapabilir. Ancak bu konuda basının normal kişilerden daha fazla korunan bir yararı olmadığı kabul edilmektedir.

Yasağa aykırı hareket edilmesi ağır para cezasını gerektirmektedir. Eğer yayınlanmışsa, bu yayından zarar gören kişi veya kişiler genel hükümlere göre maddi veya manevi tazminat talep edebilirler. Yine özel hukuk hükümlerine göre bant kaydına yayınının yasaklanmasını veya bantın iadesini isteyebilirler⁽⁵⁶⁾.

Hukukumuzda basının duruşmalara alınmasıyla ilgili bir yasak bulunmamaktadır. Basın zaman zaman televizyon ve gazetelerden de izlendiği gibi, duruşma salonlarına girebilmekte ve duruşma sırasında istediği yerden görüntü alabilmekte, fotoğraf çekebilmekte, hatta kameralar nedeniyle taraflar hakimi, hakim de tarafları görmeden duruşma yapılmaktadır. Bu, tanıkların dinlenmesinde ve hatta tarafın isticvabında da görülebilmektedir. Tarafın yüzünü davranışlarını isticvap sırasında tam olarak görmesi gereken hakim, fotoğraf ve film çekimi nedeniyle tarafla yüz yüze gelememektedir. Bu ortam ve karmaşa izleyenlerin yargıya güvenini arttırmaya değil, azalmasına neden olmaktadır. Bu görüntüleri izleyen kişiler duruşma sırasında basını gördükten sonra sanıkların veya tarafların yaptıkları şovları, gösterileri de izlemektedirler. Bütün bunlar duruşmaların disiplinini ve düzenini bozduğu gibi, aleniyet ilkesinin amaçlarının gerçekleşmesini değil mahkemelere güvensizliği doğurmaktadır. Bütün bunlar hukukumuzda da basının duruşmaları izlemesi bakımından genel bir düzenleme yapılmasını gerektirmektedir. Gerçi bu konuda hakimın gerekli önlemleri alabilmesi mümkündür. Zira HUMK. m.150'ye göre muhakemenin idare ve zabıta işleri mahkeme başkanına tek hakim varsa o hakime aittir. Hakim bu yetkisine dayanarak duruşmada basının izlemesiyle ilgili tedbirler alabilir. Örneğin belli bir yerden görüntü alınması veya belli bir zamanda görüntü alınması gibi. Ancak hakim basının görüntü almasını veya fotoğraf çekmesini yasaklayabilir de. Bu aleniyet ilkesinin ihlali anlamına gelmez. Çünkü aleniyet ilkesi fotoğraf

(56) Kissel, § 169, Rdnr.68.

çekilmesini görüntü alınmasını ve bu şekilde dolayısıyla kamunun aydınlanmasını ve duruşmanın izlemesini değil, halkın bizzat, doğrudan duruşmaya katılmasını amaçlamaktadır. Bu konuda genel bir düzenleme yapılması hakimlerin farklı kararlarının tartışılmasını zaman zaman basını protestosunu önleyecektir.

Alman hukukunda duruşma salonunun dinleyiciler tarafından doldurulması üzerine dışarıda kalan diğer kişiler için bir koridora veya dışarıya duruşmada konuşulanların duyulması için hopelör konulması veya kapalı devre televizyon monitörü ile diğer bir bina veya koridora yayın yapılması yasak olarak kabul edilmiştir⁽⁵⁷⁾. Bunun gibi, teknik bir alet olmaksızın dahi, duruşma salonunun kapısının açık bırakılarak izleyicilerin koridor ve merdivenlere taşarak duruşmaları dinlemesi aleniyet bakımından doğru kabul edilmiştir. Yine mahkeme başkanının çalışma odasına teknik yayının aleniyet ilkesi ile bağdaşmadığı ifade edilmiştir⁽⁵⁸⁾. Ancak Alman hukukunda bu yasağın nedeni duruşmaların filme alınmasının yasaklanmış olmasıdır. Yasağın gerekçesini bu neden teşkil etmektedir. Hukukumuzda ise böyle bir yasak bulunmamaktadır. Ancak mahkeme tarafsız bağımsız ve dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır⁽⁵⁹⁾. Davanın başında mahkemenin belli bir guruba veya derneğe mensup ve özellikle mağdur durumda kişilere yönelik yayın yapması, mahkemenin bağımsızlığı hakkında ciddi şüphelerin oluşmasına neden olacak ve bu ilerde yargılamanın adil yapılmadığı iddialarına gerekçe gösterilecektir. Çünkü mahkemenin objektif olmayan davranışları adil yargılanma hakkını etkileyecektir. Bu nedenlerle bu yönde bir yasak bulunmasa da, mahkemeler belli kişi veya kişi guruplarına yayın yapılmasına izin veremezler. Aleniyet ilkesinin amaçlarından birisi de yargının her türlü bağımlılıktan uzak olduğunu göstermek iken, bu yolla yargının bağımlı hale getirilmesi söz konusu olmaktadır. Ancak bu tür bir yayının belli kişi veya kişiler hedeflenmeden halka yönelik olarak yapılması mümkündür. Tabi bu durumda kaydedilen filmler duruşma tutanağının eki olarak kabul edilecektir.

IX. Aleniyetin Kaldırılması (Gizli Oturum)

Duruşmaların gizli yapılabilmesi, bazen kanun tarafından bazen de hakim kararlarıyla olmaktadır. Günümüzde aleniyetin daha geniş bir uygulama içinde kaldırılması tartışılmaktadır. Aleniyetin bazı olumsuz yönleri sebebiyle özellikle medeni yargıda kaldırılmasını savunanlardan, Avusturya hukukunda Fasching bir teklif yapmıştır. Yazara göre, eğer davanın her iki tarafı anlaşır ve talep ederse, duruşmalar gizli yapılabilir-

(57) Roxin, *Aktuelle Probleme der Öffentlichkeit im Strafverfahren*, Festschrift für Karl Peters, Tübingen 1974, s.404; Kern-Roxin, s.231.

(58) Kissel, *Gerichtsverfassungsgesetz*, § 169 Rdnr.27.

(59) Miehsler/Vogler, *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 3. Lieferung, Köln Bonn München Berlin 1995, Art 6 Rdnr 342.

lidir⁽⁶⁰⁾. Ancak bu teklifte gerçekte sadece tarafların menfaatlerin ve özel yaşamları esas alınmakta buna karşılık tanıkların özel yaşamı dikkate alınmamaktadır. Yine taraflar genellikle davada uyuşmazlık içinde birbirlerinin hasmı durumundadır. Bu sebeple taraflardan birisinin kişilik haklarının ihlali halinde, diğer taraf duruşmanın gizli yapılmasına yanaşmaya-bilecektir⁽⁶¹⁾. Bu konuda kişilik alanının korunması amacıyla duruşmanın gizli yapılabilme yetkisinin hakimde kalması yerinde olacaktır.

Aleniyetin kaldırılmasıyla ilgili düzenlemeler, dinamik aleniyetle ilgilidir. Buna karşılık statik aleniyetin, yani hükmün açıklanmasının istisnaları yoktur. Her halde hükmün açıklanması aleni olmalıdır⁽⁶²⁾.

Aleniyet çekişmesiz yargı işlerinde de kaldırılabilir. Özellikle şahsın hukuku veya aile hukuku alanında aleniyetin kaldırılması gündeme gelebilir. Bu konuda takdir yetkisi hakime aittir⁽⁶³⁾.

A. Kanun Tarafından Aleniyetin Kaldırılması

1982 Anayasasının birinci fıkrasına göre, duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. HUMK m.149'a göre de, ahlak ve adaba aykırı olduğu kesin olan hallerde mahkeme duruşmaların gizli yapılmasına karar verebilir. Her iki düzenlemede de ahlaka aykırılıktan söz edilmiştir. Bunun yanında adaba aykırılık ve kamu güvenliği duruşmaların gizli yapılması için neden olarak gösterilmiştir. Ancak mahkeme her iki halde de duruşmanın gizli yapılmasına karar vermişse, bunun gerekçesini belirtmek zorundadır. Bu hem aleniyet ilkesinin denetimi hem de keyfiliği önlemek ve bu ilkenin doğru uygulanmasını sağlamak bakımından önemlidir. Yalnız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzdaki duruşmaların gizli yapılmasıyla ilgili düzenleme eksiktir. Özellikle kişilerin şeref ve onurlarını zedeleyecek kişilik haklarını etkileyecek hallerde de duruşmaların gizli yapılabilmesi gerekir. Bu konuda bir iç hukuk kuralı haline gelen ve medeni yargı alanında da geçerli olan insan hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde gösterilen ve duruşmaların gizli yapılması nedeni sayılan hallerde duruşmalar gizli yapılabilir. Özellikle çocukların korunması, tarafların korunması ve adaletin selameti için de hakim duruşmaların gizli yapılmasına karar

(60) Fasching, *Lehrbuch*, Rz. 682. Benzer bir teklif, 1955 yılında Adalet Bakanlığınca oluşturulan Alman medeni yargı reformu komisyonunun raporunda yer almıştır. Ancak bu teklifte mahkeme kamu yararının yargılamanın aleni yapılmasını gerektirdiği halde, yargılamanın gizli yapılmasını reddetme hakkı vardır (Smitto, s.461 dn. 83; Köbl. s.239-240).

(61) Simotta, s.463.

(62) Hukukumuzda hüküm çoğu kez, hüküm fıkrası bildirilmek suretiyle tefhim edilmekte, gerekçeli karar ise daha sonra taraflara yazılı olarak bildirilmektedir. Bu anlamda hükmün aleni olarak sadece hüküm fıkrasının aleni duruşmada bildirilmesi aleniyet ilkesinin ihlali sayılmaz. İnsan hakları (Nowak/Schwaighofer, EuGRZ, s.276; Frowein/Peuckert, Art.6 Rdnr.81).

(63) Kuru, *Nizasız Kaza*, s.164.

verebilir.

Alman Hukukunda duruşmaların gizli yapılabilmesi Mahkemeler Teşkilatı Kanununda gösterilmiştir. Öncelikle aile ve çocukla ilgili konularda Mahkemeler teşkilatı Kanununda (GVG § 170'te) duruşmaların yapılması tamamen gizlidir. Bununla çocuklar korunmak istenmiştir. Duruşmaların gizli yapılması, mahkemeyi oluşturan kişiler dışında kimsenin duruşmaya katılmamasıdır. Tanık ve bilirkişiler de dinlenilmeden önce dışarıda bekletilmelidir. Dinlendikten sonra da gerekli değilse hemen salonu terk etmelidirler. Mutlaka gizli yapılması gereken duruşmaya bazı kişilerin katılmasına mahkeme izin verebilir. Bu kişiler bilim adamları, basın temsilcileri ve o kişilerin yakınları olabilir⁽⁶⁴⁾.

İnsan Hakları Mahkemesine göre, ahlaka aykırılık, kamu düzeni, milli güvenlik amacıyla aleniyet yerine duruşmalar gizli yapılabilir. Yine çocukların ve davayla ilgili olan kişilerin özel yaşamlarının korunması ve son olarak aleni yargılama yargıya zarar verecek ise yine gizli duruşma yapılabilir. Son duruma örnek olarak eğer aleni duruşmada bir tanık tam olarak ifade veremeyecek ise, doğruyu söyleyebilmesi için sadece tanığın dinleneceği duruşma gizli yapılabilir⁽⁶⁵⁾.

B. Aleniyetin Mahkeme Tarafından Kaldırılması

Belli koşullar altında mahkeme tüm duruşma boyunca veya yargılamanın bir kısmı için aleniyeti kaldırabilir. Duruşmaların gizli yapılabilmesi Anayasa ve HUMK'da ve yine İHAS.m.6'da düzenlenmiştir. Genel olarak, kamu düzeni, genel ahlak ve devlet güvenliğinin tehlikeye düşmesi sebebiyle duruşmaların aleni yapılması kaldırılabilir. Buradaki tehlike gerçekte mevcut olmalı ve mahkemenin değerlendirilmesine göre muhtemel olmalıdır. Devletin güvenliği iç ve dış güvenlidir. Örneğin, devlet sırrının açıklanması, devlet güçlerinin somut çalışma şekil ve şartlarının açıklanması ve burada çalışan kişilerin kimliklerinin açıklanması olabilir.

Kamu düzeni, öncelikle mahkemenin hem iç hem de dış etkiden rahatsız edilmeden yürütülmesidir. Bu da doğru ve gerçeğin sınırsız araştırılabilmesi için tanıkların korunması, hukuki dinlenilme hakkının temini ve hakimin bağımsızlığıdır. Bu konuda tek başına basın yanlısı bilgi vermesinden korkulması duruşmaların gizli yapılmasını gerektirmez. Ahlak ise, değişken ve hatta bölgelere göre değişik olabilir. Ancak burada ortalama bir yurttaşın utanma duygusunu uyandıracak nitelikte olması gerekir. Federal Mahkeme bir çocuğun cinsel yönden tacize uğramasına ilişkin duruşmanın ahlaka aykırılık sebebiyle gizli yapılmasını doğru buldu. Bunun yanında Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 172 paragrafında, önemli ticari, vergi ve buluşlarla ilgili sırların açıklanmasını,

(64) Ansay, s.57, Önen, s.61 dn. 16

38 (65) Frowein/Peuckert, Art.6, Rdrr.82-86

duruşmanın gizli yapılması için mümkün görmüştür. Bilançolar, organizasyon, satış kaynakları, müşteri kartları, üretim metodu gibi hususlar işletme ve ticari sır kapsamındadır. Buluş sırrı olarak sadece buluşlar değil, model ve tasarımlar da buna dahil olmalıdır. Bunların yanında özel sırlar sebebiyle aleniyetin kaldırılması düzenlenmiştir (GVG § 172 Nr 3). Örneğin, avukat, doktor psikolog, noter ve vergi danışmanının tanık veya bilirkişi olarak sahip oldukları bazı sırları açıklamaları yasaktır.

Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 172 paragrafının dördüncü bendinde aleniyetin, bir kişinin 16 yaşından küçük olması halinde dinlenmesinde kaldırılması düzenlenmektedir. Bu düzenlemenin amacı, kişiliğin korunmasıdır. Eğer davadaki taraf çocuk ise buradaki aleniyetin kaldırılması kanun sebebiyledir.

Almanya'da 18.2.1986 tarihli Mağdurun Korunması Kanunu kişiliğin korunması sınırını oldukça genişletmiştir. Aleniyet ile kişiliğin korunması hakkındaki tercihini kanun özel hayat lehine kullanmıştır. Bu düzenleme asıl olarak ceza usul hukuku için getirilmiş ise, bu düzenleme medeni usul hukukunda da geçerlidir. Davaya katılanların aile sağlık veya cinsel yaşam gibi üçüncü kişilerin bilmesini gerektirmeyen, onların özel yaşamlarını ilgilendiren hallerde de aleniyet kaldırılabilir. Örneğin, mağdurun bir cinsel suç hakkındaki açıklaması sırasında doktorun sağlık durumu hakkındaki bilirkişiliği, cinsel yaşamının açıklanması veya ailenin iç yaşamıyla ilgili konularda gizli duruşma yapılabilir. Buna karşılık bir trafik kazasında normalin üzerinde alkol alınması veya kötü ödeme alışkanlığı gizlilik için yeterli değildir.

Aleniyet, belli hallerde kişilik haklarını tehdit edebilir. Kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren ve başkalarıyla paylaşmak istemedikleri kişilik alanlarıyla ilgili bilgileri aleniyet ilkesi sebebiyle duruşma salonunu dolduran kişilerle paylaşmak zorunda bırakılmamalıdır⁽⁶⁶⁾. Aksine kişilik haklarının korunması mahkeme önünde yargılama sırasında daha fazla korunmalıdır. Eğer yargılama sırasında aleniyet ilkesi gerçekleşiyor düşünceyle bu ihlaller yapılırsa, bu yargılama suretiyle bir ihlal sayılır ki bu tür bir yargılama aleniyet ilkesinin amacı olamaz.

Mahkeme duruşmanın gizli olarak yapılmasına karar verirse, bunu duruşma tutanağına geçirmek ve duruşmanın gizli yapılmasının gerekçesini tutanakta belirtmek zorundadır (m.149).

C. Duruşmaların Belli Kişilere Kapalı Olması

Aleniyet mahkeme veya kanun tarafından herkes için kaldırılır. Bunun yanında belli kişiler için aleniyet kaldırılabilir. Mahkeme huzurunda uygun olmayan davranışlarda bulunan kimseyi hakim duruşma salonundan çıkarır ve tevkifhaneye gönderilmesine karar verir (m.150/II). Bu durumda duruşmaya bu kişinin yokluğunda devam edilir. Burada aleniyet sadece

(66) Scherer, s.182, 185.

mahkemenin huzurunu bozan kişi bakımından kaldırılmıştır.

Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 175. paragrafında mahkemenin onuruyla bağdaşmayan veya reşit olmayan kişilerin duruşmaya alınmayacağı düzenlenmiştir. Ancak bunlar davanın tarafları değil, dinleyicilerdir. Kimlerin reşit olduğu Medeni Kanununda belirtilmiştir. Bu küçüklerin dışında, reşit olan kişiler için ayrıca olgunluk, ticari ehliyet gibi başka kriterler konulamaz.

Yaş dışında getirilen ikinci kısıtlama kişilerin dış görünüşüyle ilgili olup, bu konuda ölçütler koymak oldukça güçtür. Ancak yine de şu örnekler verilebilir. Sarhoş veya üstü başı yırtık veya yağ içinde bir kişinin duruşmaya girişi engellenebilir. Dansöz kıyafetiyle veya hamam peştemaliyle da duruşmaya girilemez⁽⁶⁷⁾.

Eğer bilinçli bir provokasyon amacıyla yapılmamışsa, uzun saç veya sakal bugünkü anlayışa göre bir sakınca yaratmaz.

Duruşma izlenirken giyilecek kıyafet konusunda uygulama ve doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Erkeklerin ceket ve kravatsız, kadınların ise mini etekle duruşmaya girişi herhangi bir kısıtlamayı mümkün kılmaz. Ancak mayo ile duruşmaya katılmak mümkün olamamalıdır. Buradaki yasak duruşmaya girme açısındandır. Duruşma sırasında bir kimsenin elbiselerini çıkarması duruşmanın disipliniyle ilgili bir sorundur.

XI. Aleniyet İlkesinin İhlalinin Sonuçları

Gerek aleniyet ilkesinin geçersiz şekilde sınırlanmış olması ve gerekse duruşmanın gerekmediği halde gizli yapılmamış olması usul hatası olarak kabul edilir. Buna karşı olağan kanun yollarına başvurulabilir. Bu ilkenin ihlalinin önemli sonuçları vardır. Aksi takdirde bu önemli ilkenin korunması düşünülemez. Ancak aleniyet ilkesine aykırı davranılmış olması hükmü iptal edilebilir kılmaktadır. Yoksa aleniyet ilkesine verilen hüküm batıl değildir ve yine bu ilkeye aykırı verilmiş kesin hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez.

Ancak aleniyet ilkesine aykırı olarak verilen karara karşı iç kanun yollarının tüketilmesinden sonra İnsan Hakları Mahkemesine başvurulabilir. Çünkü aleniyet ilkesine aykırılık adil yargılanma ilkesinin ihlali sayılır⁽⁶⁸⁾.

Aleniyet ilkesi, yargılama sırasında mahkemenin önemle koruması gereken bir ilkedir. Bununla birlikte mahkemenin bu yükümlülüğü abartılmamalıdır. Örneğin oldukça uzun süren bir duruşma sırasında duruşma salonunun kapısının sürekli açık kalması için mahkemenin sürekli bir kontrolü ve girişlerin sağlanması mahkemenin görevi olmalıdır⁽⁶⁹⁾.

(67) Bilge/Önen, s.290

(68) Leipold/Stein/Jonas, vor § 128 Rdnr. 129-131; Frowein/Peuckert, Art.6 Rdnr. 79-87; Miehseler/Vogler, Art 6 Rdnr.342

40 (69) Kissel, § 169 Rdnr. 57.

Acaba aleniyet ilkesine aykırılık nispi mi yoksa mutlak bozma sebebidir? Bu konuda Ceza Muhakemeleri Kanununda aleniyet ilkesinin ihlal mutlak bozma sebebi olarak kabul edilmiştir (CMUK m.373/1, 308/6). Tüm muhakeme çeşitleri için, eğer aleniyet belli koşullarda mahkeme tarafından kaldırılmışsa, bunun mutlak temyiz sebebi olup olmadığı tartışmalıdır. Eğer aleniyet ilkesi haksız olarak yanlış olarak kısmen veya tamamen kaldırılmışsa, mutlak bozma sebebidir. Doktrinde bazı yazarlar aleniyet ilkesine aykırılığı nispi bozma sebebi olarak görmekte ve aleniyet ilkesine aykırılığın eğer hükme etkisi olmuşsa bozma sebebi sayılacağı kabul edilmektedir⁽⁷⁰⁾. Eğer aleniyetin kaldırılması mahkemenin takdirine bırakılmışsa, bu kısmen takdirin doğru kullanılmaması olarak kabul edilir.

Bu konuda ihlalin mutlak bozma sebebi sayılabilmesi için mahkeme ihlali olaya göre yeteri kadar ihtimam, dikkat gösterse idi tespit edilecek ve sorumluluk alanını kaldırabilecek olmalıdır. Aleniyet ilkesinin koruma amacına göre objektif bir ihlal olmalıdır. Aynı zamanda mahkemenin dış etkilerini ve bununla hukuki korunmanın etkilenip etkilenmediğini karar esas alınmaksızın incelemelidir. Şüphe halinde ise mutlak bozma sebebi sayılmalıdır⁽⁷¹⁾. Sorumluluğun kimde olduğunun açıklanmaması halinde aleniyet ilkesi lehine yorum yapılmalı ve bu hata bir bozma nedeni sayılmalıdır. Örneğin, duruşma salonunun kapısı kendiliğinden kapanarak salona girişin engellenmesi, memurun salonda tüm yerlerin dolu olduğunu belirterek duruşmanın gizli yapılmasına neden olması, salona fark edilmeden "aleni" yerine "gizli duruşma" yazısının asılması gibi. Bütün bu örnekler mutlak bozma sebebi sayılmalıdır⁽⁷²⁾.

Eğer aleniyetin kaldırılması gerekli iken, mahkeme de bu yönde bir karar verir, fakat bu gerçekleşmemişse, bu da mutlak bozma sebepleri arasında sayılır. Örneğin, mahkeme, tanığın özel yaşamının korunması için duruşmanın gizli yapılmasına karar vermiş ve fakat duruşma salonuna fark edilmeden bir dinleyici girmiş ya da salonda kalmışsa, bu durum gerçekleşir⁽⁷³⁾.

Aleniyet ilkesinin ihlal edildiğini sadece davanın tarafları isteyebilir. Davanın tarafları dışında duruşmaya alınmamış kişilerin aleniyet ilkesinin ihlali nedeniyle verilen hükme karşı kanun yoluna başvurusu mümkün değildir. Aleniyet ilkesine aykırılık için ihlalin bir veya birden fazla kişi tarafından yapılmış olması önemsizdir. Yine kanuna aykırı olarak yapılan gizli duruşmaya bir kimsenin katılmak, girmek istemiş olması önemsizdir.

Davanın taraflarının ihlale icazet vermesi veya hemen itiraz etmemeleri, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmaz. Bu konuda tarafların

(70) Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, s.84; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I, Beşinci Baskı, İstanbul 1990, s.123-124.

(71) Schilken, § 12 Rdnr. 199, Kissel, § 169 Rdnr.57.

(72) BGHSt 21, s.21, 72 BGHSt 22 97

(73) Schilken, § 12 Rdnr. 196

aleniyet ilkesinin ihlaline karşı itiraz etmekten vazgeçmek gibi bir hakları bulunmamaktadır⁽⁷⁴⁾. Zira aleniyet ilkesi kamu düzenini ilgilendirmekte sadece davanın taraflarını ilgilendirmemektedir. Bu sebeple tarafların bu ilkedden vazgeçme veya bu ilkenin aksine anlaşma yapmaları mümkün değildir⁽⁷⁵⁾.

Yargıtay aleni yapılması gereken bir duruşmanın gizli yapılması hükmün sonucuna etki etmediğinden yerel mahkemenin kararını bozmamıştır⁽⁷⁶⁾. Bu kara bakarak Yargıtay'ın aleniyet ilkesinin ihlalini nisbi bozma sebebi saydığını söyleyebiliriz. Ancak genelleme yapılmasının yanlış olduğu kanısındayım. Yargıtay kısa kararın gerekçeli karara aykırı olmasını aleniyet kuralına aykırılık olarak değerlendirmektedir. Yargıtay kısa kararın gerekçeli karara aykırı olmasına aynı zamanda kamu düzenine aykırılık olarak kabul ederek bu aykırılığın mutlak bozma sebebi olduğunu açıklamıştır⁽⁷⁷⁾. ■

(74) Leibold/Stein/Jonas, vor § 128 Rdnr. 130.

(75) Kissel, § 169 Rdnr.58.

(76) "Taraflardan birinin sakat olması duruşmanın gizli yapılması için sebep değildir. Buna rağmen gizli duruşma yapılması Usulün 149. maddesine aykırıdır. Ancak bu yanlışlık hükmün sonucuna etkiyi bulunmadığından keyfiyet bozma sebebi sayılmamıştır" 2. HD. 12.11.1974 (ABD 1974/5, s.755-756)

(77) IBK, 10.4.1992, 7/4 (YKD 1992/Temmuz, s. 997 vd.)

EGEMENLİĞİN PAYLAŞILMASI

Cengiz İLHAN(*)

Birinci, ikinci cumhuriyet tartışmalarına girmek istemiyorum. 'Cumhuriyet tektir ve öyle kalacaktır' sözünün ise siyasi bir slogan olmanın ötesinde b anlamı olmadığı düşüncesindeyim. Cumhuriyet belki tektir ama ortada yalnız hükümleri bakımından değil, zihniyetleri, devlet anlayışları bakımından d birbirinden farklı üç anayasa var. Şüphesiz, her üçünde de, Cumhuriyetimi "demokratik, laik ve sosyal (1924 Anayasasında halkçı ve devletçi) bir huku devletidir." Her üçünde de "egemenlik kayıtsız ve şartsız Türk Milletininindir" Ama bu çok önemli, kullanıla kullanıla klişeleşmiş, anlamsızlaşmış kavram ları tekrarlamak elbette yeterli değil. Önemli olan bu kavramlara verilen anlam, devlet yetkilerinin örgütlenişi, daha doğrusu organlar arasında paylaşımıdır.

Örneğin 1961 Anayasasının "İktisadi ve sosyal hayatın düzeni"ne ilişkin 41. maddesinde yazılı "İktisadi ve sosyal hayat, adalete, tar çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi amacına göre düzenlenir." hükmü 1982 Anayasasına alınmamış böylece "sosyal devlet" kavramının içi boşaltılmıştır.

"Egemenlik kayıtsız şartsız Türk Milletininindir" ilkesini ele alalım; 1924 Anayasasında millete ait egemenlik hakkını, sadece, milletin tek ve gerçek temsilcisi olduğu belirtilen T.B.M.M'nin kullanabilmesine karşılık sonraki her iki Anayasada (1961 ve 1982) T.B.M.M egemenlik hakkının tek temsilcisi ve kullanıcısı olmaktan çıkarılmış, egemenlik hakkının kullanılışı, anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlara bırakılmıştır. Celal Bayar haksız değildir:

"1961 Anayasası, 1924 Atatürk Anayasasından hangi noktalarda ayrılır? Kanaatimce, en önemli ayrılık 'ulusal egemenliğin' 'kimin tarafından' ve 'nasıl kullanılacağı' noktasındaki ayrılıktır. Atatürk Anayasasına göre 'hakimiyet kayıtsız şartsız millettir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, milletin Yeğane ve hakiki mümessili olup, millet namına hakkı hakimiyeti istimal eder.'

1961 Anayasasında da hakimiyet kayıtsız şartsız millete bırakılmıştır. Ama kullanış biçimi değiştirilmiştir. Yeni Anayasaya göre; 'Millet egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle

(*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

kullanır. 'Demek oluyor ki 1961 Anayasası ulusal egemenliğin kullanılmasına yeni ortaklar getirmektedir. Vatandaş oyunun kuracağı Millet Meclisinin bu egemenliği iyi kullanabileceği konusunda kuşku vardır. Bu ulusal egemenliğin kullanılmasını güvenle yerine getirmek için müesseseler ihdas edilmiştir. Senato, Anayasa Mahkemesi, Milli Güvenlik Kurulu, Muhtar Üniversite, Muhtar TRT, Planlama, v.d'⁽¹⁾

Gerçekten 1961 Anayasasından bu yana, Kurtuluş Savaşını gerçekleştiren, Saltanatı, Hilafeti kaldıran, Cumhuriyet ilan eden güçlü, şanlı, devrimci T.B.M.M. artık, sadece, yasama ve hükümeti görevlendirme ile yetkili sıradan bir organdır. O kadar ki, Anayasayı, yasaları yorumlama, idareyi denetleme yetkileri bile elinden alınmıştır. (Susurluk olayında bu açık olarak görülmüştür). Hukuki bakımdan T.B.M.M ile örneğin Milli Güvenlik Kurulu arasında önemli bir fark kalmamıştır. Her ikisi de "millet egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre kullanan" birer "yetkili organdır" T.B.M.M. 1961 öncesi üstünlüğünü kaybetmiştir; eğer bir üstünlüğü varsa bu hukuki olmaktan çok, seçilmiş olması nedeniyle, siyasi ve moral bir üstünlüktür (Bu üstünlüğün de ortadan kaldırılması için, milletvekilleri hedef alınarak kamuoyu oluşturulmaktadır). "Milletin yegane ve hakiki mümessili ve millet namına hakkı hakimiyeti istimal eden" T.B.M.M'ine karşılık "anayasanın koyduğu esaslara göre" milletin egemenlik hakkını kullanmaya "yetkili organlardan" birisi konumuna getirilen T.B.M.M. Belki siyasi bakımdan bir ayırım yapılamaz ama, hukuki bakımdan 1960 öncesi Cumhuriyet ile sonrası Cumhuriyet arasında bu çok ciddi fark ikisi arasında bir ayırım yapmayı zorunlu kılar. 1961'den sonraki Cumhuriyet önceki Cumhuriyet değildir, ikinci Cumhuriyettir.

T.B.M.M'den başka "anayasanın koyduğu esaslara göre millet egemenliğini kullanmaya yetkili organlar" hangi organlardır? 1961 ve 1982 Anayasalarında bu husus açık olarak belirtilmiyor. Bu soru bilebildiğim kadarı ile açıktadır.

1961 Anayasasında bu bakımdan sorun yoktur. "Anayasanın koyduğu esaslara göre" egemenlik hakkını "kullanmaya yetkili organlar" bir özerk Üniversite, bir TRT, Anayasayı doğrudan yorumlama ve uygulama yetkisine sahip bir bağımsız yargı (1961 öncesinde yargının anayasayı yorumlama, doğrudan uygulama hakkı bulunmuyordu, yargı sadece yasaları yorumlar, uygulayabilirdi)⁽²⁾ ve benzeri kurumlar ve bu kurumlara tanınan yetkilerle

(1) Celal Bayar. "Ben De Yazdım" C.8.S.172-173

(2) "... her ne kadar Anayasanın 103 maddesinde (1924 Anayasası) hiçbir kanunun anayasaya aykırı olamayacağı yazılı ise de; kanunların Anayasaya aykırı olup olmadığının tetkikine mahkemelerin görevli olduğuna dair ne Anayasada ve ne de diğer kanunlarda bir hüküm mevcut değildir. (...) Görevi belirten böyle bir kanun bulunmadıkça kayıtsız şartsız egemenlik hakkını kullanmakta ve Türk Milletini temsil etmekte olan millet Meclisinin çıkardığı kanunların Anayasaya muhalefetinin tetkiki hakkının mahkemelere ait olduğu her hangi suretle kabule şayan görmemek icap eder." 3.Aralık.1952 Tarihli 4/209/96-140 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararı gerekçesi.

1961 Anayasası çoğunluk egemenliğini önlemek, kişi haklarını öne çıkararak çağdaş ve gerçekten sosyal bir Cumhuriyetin hukuki yapısını kurmak, iştir. Ne var ki bu istek çok kısa sürmüştür: Demirel'in 1961 Anayasası karşı "bu anayasa ile ülke idare edilemez" sloganı ile başlattığı savaş, N. Erim'in "bu anayasa ülkemiz için lükstür" sözü ile özetlenen 12 Mart Anayadeğişiklikleri ile sonuçlanmıştır. Arkasından 12 Eylül ve 1982 Anayasası 1961 Anayasasının millet egemenliğini kullanma yetkili kıldığı, örneğin özerk Üniversite, özerk TRT gibi organlardan, artık, hiçbirisi kalmamış, de yapı ve işleyişinde egemenliğin kullanılmasının bu gibi organlar arası paylaşımı suretiyle kurulmak istenen denge yok edilmiştir. Gerçi 1961 Anayasasında da, 1961'de olduğu gibi; yine "Türk Milleti, egemenlik Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanmakta ama bu organlardan kalan, T.B.M.M. dışında, sadece güçlendirilmiş Cumhurbaşkanlığı, yine güçlendirilmiş bir Milli Güvenlik Kurulu Genelkurmaydır; diğer kurumların özerklikleri, bir başka deyişle, milletten ayrı egemenliğini kullanan organ olma yetki ve nitelikleri kaldırılmıştır. "Türk Milleti Adına" karar veren yargı bir tarafa bırakılırsa (bu bütün anayasalarımız böyledir) 1982 Anayasasına göre; millete ait egemenlik hakkını kullanmaya yetkili iki organ vardır: T.B.M.M ve Milli Güvenlik Kurulu ile Genelkurmay. başka deyişle millete ait egemenlik hakkının, Anayasanın koyduğu esasları göre kullanılması hakkı bu iki organ arasında paylaştırılmıştır. Belki tek olarak "askeri idare" demek daha doğru olacaktır. Genel idari yargı dışında kendi içinde özel bir idari yargıya, T.B.M.M adına yapılan genel idari denetim dışında yine kendi içinde özel bir denetim aracına, yine kendi içinde özel bir "atama" kurumuna sahip askeri idareyi, özerk bir idare başka deyişle, "anayasanın koyduğu esaslara göre millet egemenliğini kullanma yetkili" devlet organlarından birisi kabul etmemek yanlış olur.

Şu veya bu; Anayasanın 6. maddesine göre "Türk milletini, egemenlik Anayasanın koyduğu esaslara göre" hangi yetkili organları eliyle kullanmaktadır, bu organların görev ve yetkileri nelerdir? Konunun tartışılması, açıklık kavuşturulması gerektiği düşüncesindeyim. ■

YARGITAY'DA CEZA DAVALARINDA DURUŞMALI (MURAFAA) İNCELEME

Av. Ali BAYKAL (*)
Av. Yücel BAYKAL (**)

Kök olarak Arapça'dan gelen "murafaa" sözcüğünün Türkçe karşılığı "duruşma"dır.

Ceza Yargılama Usulü Yasası (CMUK) hükümlerine göre ise duruşma (CMUK md. 219) hükme iştirak edeceklerin huzuru ile ara vermeksizin ve herkese açık (CMUK md. 373) yani aleni surette cereyan eden, sanığın (CMUK md.223) ve Cumhuriyet Savcısı'nın (CMUK md.220) katılma zorunluluğu olan (Sulh Ceza duruşmaları hariç) ve safahatı duruşma tutanaklarına (CMUK md.264) yazılan ve sonunda hüküm fıkrası tefhimi (bildirme) veya tebliği yapılan bir yargısal işlemdir.

8.2.1983 günlü Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 2797 sayılı Yargıtay Yasası'nın 1. ve 13. maddesinde yer alan hükme göre, "Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adil yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümleri ilk ve son inceleme mercii olarak inceleyip karara bağlayan... bağımsız bir yüksek mahkemedir".

Bizim incelemek istediğimiz Yargıtay Duruşması (murafaa), Yargıtay'ın ağır cezalı işlerde yerel mahkeme kararlarına yönelik olarak son inceleme sırasında yaptığı ceza duruşmasıdır.

Yargıtay'da ağır cezalı kararlara yönelik olarak yapılan duruşmanın (murafaa) esasları CMUK'un 318 ve 319. maddelerinde düzenlenmiştir.

CMUK'un 318. maddesinin başlığı, "Ağır ceza hükümlerinin tetkikinde duruşma" şeklindedir.

Türk Hukuk Lügatı'nda murafaa talebini (Demende de debat oral); "Kaza merciinden bir husus hakkında karar verilmeden önce şifahi izahları dinlemek üzere davet edilmelerini iki tarafın veya taraflardan birinin istemesi" (Türk Hukuk Lügatı 1947, Fasikül IV. Sahife 257) olarak tanımlanmaktadır.

CMUK'un 318. maddesinin gerekçesinde ise özel olarak ve yeni sözcüklerle anlatılmış haliyle "Mahkemenin açık ve sözlü olması, sanık için en büyük teminattır. Davada ilgilileri en fazla temin edecek cihet, sözlü beyanlarını mahkemeye ulaştırması, diğer tarafın beyanlarına yanıt verebilmesi ve son sözün sanığa verilmesidir.

İstinaf mahkemelerinin kaldırılmasından sonra, davanın esasına bakan

(*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi
(**) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

hakimin gerek yasa uygulamasında gerekse usul kurallarının uygulamasını yanıldığı noktaları, temyiz nedenlerini Yargıtay huzurunda sözlü olarak anlatmak ve açıklamakta çok büyük yarar vardır..... Yargıtay'ın sadece evre üzerinde inceleme yapması durumunda hakkın kaybına sebebiyet verme sözkonusu olabilir. Aleni yargılamada yargıç ammenin gözetim ve denetim altında bulunduğundan vereceği kararlarda daha çok dikkat ve basiretli hareket eder ve kararları gerekçeli olur..... Hukuk davalarının temyizinde kabul edilmiş olan murafaa usulünü, daha önemli haklara, hürriyetlere ve şahsın korunmasına ve hatta alakaların hayatına taalluk davalarda kabı etmemek büyük bir mantıksızlık olur" sözlerine yer verilmektedir.

Yasa maddesinde yer alan murafaanın yasal gerekçesini bu şekilde özetledikten sonra, ceza işlerindeki Yargıtay'da murafaa isteminin koşulları ve istemin kabulü halinde, yapılacak duruşmanın kurallarını açıklayabilme mümkündür.

A- Duruşma (murafaa) istemek:

CMUK'un 318. maddesi hükmüne göre sanık "Ağır cezaya müteallil hükümlerde" Temyiz dilekçesinde Yargıtay incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasını isteyebilir.

Yasa metninde de yer aldığı üzere duruşma "sanık" tarafından istenebilir. Örneğin, katılanın (müdahil) murafaa istemeğe yasal hakkı bulunmadığı Yargıtay'ca ifade olunmaktadır. Nitekim Yargıtay 1. C.D. 9.2.1954 gün ve 4004/497 sayılı içtihadında "temyiz mahkemesi tetkikinde müdahil duruşma istemeğe selahiyeti yoktur" görüşü dile getirilmektedir. Oysa ceza davasının bir tarafına tanınan hakkın diğer tarafa tanınmamasının savunulabilir yanı yoktur.

Keza istem yasında belirtildiği üzere temyiz dilekçesi ile yapılabilir.

Temyiz istemlerinin temyiz dilekçelerinin "münderecatında" yani içeriğinde açıkça yazılması gerekmektedir. Yargıtay, temyiz dilekçelerine sonradan yazılan duruşma istemlerini kabul etmemektedir. Nitekim Yargıtay 1. C.D. 3.5.1977 gün ve E.1744, K.1548 sayılı içtihadında "gerek..... tarihli müddet muhafaza dilekçesinde gerekse günlü temyiz dilekçesinin münderecatlarında duruşma istekleri bulunmadığı halde, dilekçelerin sol üst köşelerinde bulunan ve münderecat dışı olduğu aşikar şekilde belli olan "duruşma istekli" ibaresi kabule şayan görülmemiştir" diyerek dilekçelere sonradan ekleme yapılmasının önüne geçmek istemiştir.

Bunun gibi temyiz dilekçesinin de yasal süresinde verilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay (1. C.D. 28.2.1950, 792/520) "sanık vekilinin duruşma istekli temyiz layihası kanuni müddet geçtikten sonra verilmiş olduğundan, usulün 318. maddesi uyarınca bu talebin reddi gerekir" demektedir.

Saniğin temyiz dilekçesinde, duruşmalı inceleme istemesi halinde, **"incelemenin duruşmalı olması mecburidir, çünkü yasada bu açıklanmıştır"** (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili mevzuat, Prof. Dr. Erdener Yurtcan, 2.cilt 1988, sahife 603).

Saniğe verilen bu duruşmalı inceleme isteme hakkının, vekiline de tanındığında herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Ne varki vekilin bu konudaki hakkını kullanabilmesi için vekaletnamesinde **"murafaa"** isteme konusunda yetkilendirilmesi gerekmektedir.

Yargıtay'ımız sanıkla beraber duruşmalara katılan vekaletnamesiz avukatın hükmü temyizini, saniğin açık bir muhalefeti yoksa (CMUK md. 290) geçerli saymaktadır. (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 20.10.1975 gün ve E. 1975/7, K. 1975/9) Dolayısıyla vekaletnamesiz avukatın ileri sürdüğü duruşma isteğini de geçerli sayacağına kuşku yoktur.

B- Saniğin isteği olmadan da Yargıtay'ca duruşma yapılmasına karar verilebilir:

CMUK'un 318. maddesinde **"Yargıtay tetkikatını.....dilerse resen duruşma icrası suretiyle yapar"** hükmüne de yer verilmiştir.

Bu hükümden Yargıtay'ın gerek görmesi halinde kendiliğinden (resen) de duruşmalı inceleme yapmağa karar verebileceği anlaşılmaktadır.

Ancak bu açıklamayı yaparken, bu kavramın hükümlerin resen Yargıtay incelemesine tabi olması konusu ile karıştırılmaması gerekmektedir. Çünkü **"resen temyize tabi olma"** onbeş yıl ve daha yukarı cezayı kapsayan hükümlerin, hiçbir harç ve masrafa tabi olmadan kendiliğinden Yargıtay'ca incelenmesi anlamına gelmektedir. Bir hükmün **"resen temyiz incelemesine tabi olması"** hali, temyiz incelemesinin de resen duruşmalı yapılmasına karar verilmesini gerektirmez.

C- Duruşma ağır cezayı kapsayan hükümlerde istenebilir:

CMUK'nun 318. maddesi açık hükmüne göre duruşma **"ağır cezaya müteallik hükümlerde"** istenebilir. Keza duruşmalı inceleme **"eylemin gerektirdiği cezaya göre değil, verilen hükme bağlı olarak yapılır"** (Yargıtay 8.C.D.26.3.1985, 13541/1481).

CMUK'nun 421. maddesine göre de **"ağır ceza işlerinden maksat, ölüm ve ağır hapis ve on seneden fazla hapis cezalarını gerektiren cürümlere ilişkin davalardır"**.

Yargıtay'ımız muhtelif yönlerle ilişkin kararlarıyla, bu konudaki yerleşik görüşlerini açıklamıştır.

Örneğin;

"Duruşmalı tetkikat icrası muhtelif fillere ait cezaların içtimalı neticesinde ortaya çıkan ceza miktarına göre değil, her bir suçun ayrı ayrı istilzam ettiği cezalara göre ve sanık hakkında hükmolunan hapis cezalarının herbiri..... yasada yazılı süreyi tecavüz ederse istem kabul olunur" (Yargıtay 5.C.D. 3.1.1951, 4208/7).

Keza "ağır hapis cezasının mahkemece 647 sayılı kanuna göre para cezasına çevrilmesi halinde..... temel ceza ağır para cezasından ibaret bulunması nedeniyle duruşmalı inceleme isteminin reddi gerekir" (Yargıtay 1.C.D. 24.12.1989, E.3203, K.3389).

"Duruşma yapılması istemi ile temyiz edilen hüküm, Usul Yasası'nın 421. maddesinde sayılan ağır cezalı bir işe ilişkindir..... Sanıkların duruşmalı temyiz isteminde kişisel menfaatleri vardır. Örneğin eylemin sübut bulmadığına veya kastın yokluğuna yönelik bir bozma sanık lehine sonuç doğuracaktır. Hükmöden ceza ağır hapidir ve itham edici niteliktedir. Temyiz incelemesi sırasında mücerret cezanın af ile ortadan kalktığı gibi bir gerekçe ile duruşma isteğinin reddi halinde savunma bir bakıma kısıtlanmış olacaktır ki bu Usul Yasası'nın güttüğü amaca aykırıdır..... Bu nedenle duruşma isteğinin kabulüne karar verilmesi gerekir" (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.11.1975, E.1-298, K.289)

D- Duruşma Ceza Dairesi'nde istenebilir, Ceza Genel Kurulu'ndan istenemez:

Usulün 318. maddesinde duruşmanın **"Yargıtay"**dan istenebileceği yazılıdır. Maddenin metninde Ceza Dairesi veya Ceza Genel Kurulu ayrımı yapılmamıştır. Fakat uygulamada Ceza Genel Kurulu'nun 8.6.1945 gün 10/28 ve 27.4.1959 gün 1-11/11 sayılı içtihatları çerçevesinde, Genel Kuruldaki duruşma istekleri **"Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyeti'nde duruşmalı tetkikat yapılacağına dair kanunda bir kayıt ve sarahat yoktur"** görüşü çerçevesinde red olunmaktadır.

Bu görüş, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun daha sonraki tarihli içtihatlarında da aynen benimsenmiştir (Yargıtay C.G.K. 9.2.1970 gün E.1/90, K.80 sayılı, keza Y.C.G.K. 2.6.1986 gün 1/157-332 sayılı kararları).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun daha ziyade itiraz mercii olarak görev yaptığı kabul edilerek alınan bu Genel Kurul kararlarının yerinde olduğunu savunmak pek mümkün değildir. Çünkü Hukuk ve Ceza Genel Kurulları'nın çalışmasını düzenleyen Yargıtay Yasası'nın 41. maddesinin son fıkrasında tarafların sözlü açıklamalarının dinlenilmesinden söz edilmektedir ki bu da genel kurulların murafaaya olanak tanıdığı anlamına gelmektedir.

Bunun gibi Yargıtayda duruşma ilk nazarda savunmaya tanınan önemli bir hak. Sanığa Ceza Dairesi'nde tanınan bu hakkın bir üst kurul olan Ceza Genel Kurulu'nda tanınmaması doğru ve haklı değildir ve savunmanın kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır.

E- Duruşma isteminden vazgeçmek mümkündür:

Yasanın sadece sanık ve vekiline tanıdığı duruşma isteminden bunların dilekçe ile vazgeçmeleri mümkündür.

Yargıtay, böyle bir istemin kabulü gerekeceği görüşündedir. Nitekim Yargıtay 1.C.D. 4.1.1850 gün ve 368/8 sayılı içtihadında "**maznun, bilahare gönderdiği istidasında duruşma talebinden, feragat etmiş olması hasebiyle tetkikatın duruşmasız yapılması gerekir**" görüşünü ifade etmektedir.

Keza duruşma isteyen sanık ve vekillerine duruşma günü tebliğ edilmiş olmasına rağmen duruşmaya gelmezler ve mazeret de bildirmezlerse incelemenin duruşmasız yapılmasına karar verilmektedir (Yargıtay 1.C.D. 28.2.1950 gün, 41/530 sayılı içtihadı bu yöndedir).

F- Yargıtay duruşmasının mazeret nedeniyle tehir veya taliki mümkün müdür?

CMUK'nun 318. maddesi "**duruşma gününden maznuna veya talebi üzerine müdafii haber verilir**" hükmünü taşımaktadır.

Tutuklu olan sanık CMUK'nun 318. maddesi açık hükmüne göre, duruşmada bizzat hazır bulundurulmasını isteyemez.

Ancak duruşma isteyen sanığın veya vekilinin, sağlık sebeplerine, mücbir nedenlere veya mesleki durumuna dayalı olarak Ceza Dairelerine bildirecekleri "**mazeretlerinin**" kabul edilip edilmeyeceği konusunda yasa ve yönetmeliklerde açık bir hüküm bulunmamaktadır.

CMUK'nun 318. maddesinin gerekçesinde "davet olundukları murafaa gününde sanık ve müdafii gelmediği takdirde Cumhuriyet Savcısı'nın huzuru ile murafaa açılır. Tetkikatı temyiziye icra olunur Cumhuriyet Savcısı'nın mütelaasından sonra temyiz layihaları okunur ve bu suretle tetkikat vicahlarında cereyan etmiş addedilir" denilmektedir. Prof. Baha Kantar, bu yoldaki uygulamayı yani sanığın duruşmaya gelmemesi halinde, incelemenin evrak üzerinde yapılabileceğinin kabulünü, "**kanunun maznuna vermiş olduğu teminata hürmetsizlik**" olarak kabul etmektedir (Ceza Muhakemeleri Usulü, sahife 386).

Hocamız Prof. Faruk Erem ise (Ceza Usulü Hukuku 1968, sahife 499) "**mazeret halinde talik mümkündür**" görüşünü ifade ederek, mazeret nedeniyle talik ve tehirin mümkün olabileceğini ifade etmektedir.

Yargıtay 1.C.D. 28.2.1950 gün ve 41/530 sayılı içtihadında "sanık ile vekilleri usulen duruşma gününden haberdar edildikleri halde duruşmaya gelmedikleri ve mazeret de bildirmedikleri anlaşılacakla tetkikatın duruşmasız yapılmasına karar verilmiştir" demektedir. Bu görüşler ve karar içeriğine nazaran haklı mazeretlerin Yargıtay'ca kabul göreceği sonucuna varılabilir.

G- Duruşmada usul:

CMUK'nun 319. maddesine göre Yargıtay'da duruşma, raportör üyenin işi açıklamasıyla başlar. Duruşmadan önce raportörün raporunu imzalayıp dosyaya koyması gerekir. Raportörün açıklamasından sonra, Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, Sanık ve savunmanı iddia ve savunmalarını açıklamak için sırasıyla söz alırlar, temyiz isteminde bulunan önce dinlenir, son söz sanığındır.

Madde metninde, duruşmanın şekil şartlarına ilişkin başkaca hükümler konulmamıştır.

Ama, uygulama sonucu yerleşen kurallara göre Ceza Dairesi'ndeki duruşmaya Daire Başkanı ve üyeler ile Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, Zabıt Katibi, Tetkik Yargıci ve temyiz ve duruşmayı talep eden sanık ile vekili katılırlar.

Müdahilin duruşmaya katılma hakkı bulunmamaktadır. Sayın Prof. Kunter bu durumu "**duruşma esasına aykırı bulmakta, hiç olmazsa katılanın da layihasının duruşmada okunmasını**" şart koşmaktadır.

Prof. Faruk Erem "**duruşmada evvela duruşma talebi hakkında karar verilmesi**" gerektiğini ifade etmekte ise de Prof. N. Kunter "**önce duruşma yapılmasına karar verilmesini taraflar davet edilmiş olmasına göre tekrar**" niteliğinde bir işlem olarak görmektedir.

CMUK'nun 319. maddesi metninde yer alan "**raportör azanın işi izahı ve raporunu tanzim edip imzalayarak dosyaya koyması**" keyfiyeti, uygulamada iş çokluğu nedeniyle Yargıtay Yasası'nın 26. maddesi ve Yargıtay İç Yönetmeliği'nin 58. maddesi uyarınca Yargıtay Tetkik Hakimleri tarafından yerine getirilmektedir. Üyelerin raportörlüğü daha çok karar düzeltilmesi istemleri halinde sözkonusu olmaktadır. Ancak Yargıtay Yasası'nın 24/1 madde ve fıkrası ile 25/1. maddesinde "**üyenin dosyayı tkrir edeceği**" hükümleri yer almaktadır.

Duruşmaya katılan Yargıtay Cumhuriyet Savcıları'nın, dosyaya ilişkin görevleri Yargıtay Yasası'nın 28. maddesine göre tebliğname düzenlemektir.

Uygulamada Yargıtay duruşmalarında tetkik hakiminin raporu ile Cumhuriyet Savcısı'nın tebliğnamesi duruşmada okunmakta ise de duruşma

isteyen temyiz edene tebliğ edilmemekte, çoğu zaman bu konuda duruşmadan önce bilgi edinilmesine dahi olanak tanınmamaktadır. Böylesine bir uygulama Prof. F.Erem'in deyişiyle "**kanunsuzdur**".

Keza uygulamalarda, Yargıtay duruşmalarının bazılarında tutanak düzenlemekte, bazılarında ise sadece daire başkanı tarafından özel not tutulmaktadır. Bu tür uygulamaların CMUK'nun 264. maddesinde yer alan "**duruşma için tutanak tutulur**" ilkesine aykırı olduğu açıktır.

Duruşmada söz sırası raportör üye, Yargıtay Savcısı, sanığın avukatı ve sanık şeklindedir. İlgililerin sözlü açıklama haklarını kullanmasından sonra duruşmanın bittiği daire başkanı tarafından bildirilir.

Murafaa sonucu verilen karar bazen aynı gün bazen de ertelenen oturumda bildirilmektedir. Uygulamada takip eden oturumların zamanı 15 gün ile bir ay arasında değişmektedir.

CMUK 324. maddesine göre, verilen kararın tefhimi, aynı gün hüküm fıkrasının tutanağa geçirilmesi, okunması ve gerekçesinin açıklanması suretiyle yapılır (CMUK 261). Bu mümkün olmazsa bir haftalık bir sürede bu işlemin yapılması gerekmektedir.

Böylece uygulama deneyimlerimizi de aktarmaya çalıştığımız bu özet yazımızla Ceza Dairesi Murafaasının ana hatlarını anlatmaya çalıştık. Ancak Yargıtay Ceza Dairelerimizin duruşma kurallarını, yönelttiğimiz bu düşüncelere göre belirlemeye başlamasını bile, bu yazının bir kazancı kabul ederiz. ■

ÇEVRE HAKKI VE ÇEVRE KORUMANIN HUKUKSAL YOLLARI

Arif Ali CANGI (*)

İnsanların ve diğer canlıların sağlıklı yaşamasını sağlayan hava, su, toprak ve kültürel değerler çevreyi oluşturmaktadır.

İnsanlık tarihi incelendiğinde, korunması gereken hakların, gereksinimlerle ortaya çıktığı görülür. İnsanların ve canlıların yaşadığı ortamın, yani çevrenin yaşamı tehdit edencesine kirlenmesi, doğal dengenin bozulması ile çevre hakkı 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren dile getirilmeye başlanmış ve hukuk sistemlerine girmiştir.

Fransız düşünür Michel Serres; "Doğayla Sözleşme" kitabında, toplum sözleşmesinin biçimlendiği dünyanın artık yetersiz kaldığını kendimiz ve gezegenimiz için yeni bir sözleşme (düşünürün deyimi ile) "ortakyaşam sözleşmesi" yapmanın zamanın geldiğini, bu yeni sözleşmenin, insanlarla doğa arasında yapılmasını, ortakyaşayanın yani bizlerin, ev sahibi olan doğanın hakkını kabul etmemiz gerektiğini söylüyor. Düşünür, şu andaki durumumuzu "herşeyi talan ederek kendi sonunu hazırlayan asalak"lara benzetiyor.

Bir araştırmaya göre; Dünya'mızda 1,5 milyar insanın hava kirliliği nedeniyle sağlıkları tehlikeye girmiş, 1 milyar insan içilebilir sudan yoksun durumda ve her gün 150 tür canlı nesli yok olmakta... Bu iç karartıcı örnekler çoğaltılabilir.

Çevre felaketlerinin hemen hemen tamamı insanın ürünüdür. Doğal afet olarak tanımlananlar dahi, çevre koruma bilincinden uzak uygulamaların sonucudur.

Çevre hakkı, hukuk sistemimize, uluslararası hukuksal metinlerin zorlaması ile girmiştir. Bu zorlamadan olacak ki çevre mevzuatı ile konulan kuralın pek çoğu ihlal edilmektedir.

Uygulanmasındaki güçlüğüne karşın, çevre korumada en etkin mücadele yöntemi hukuksal mücadeledir.

ÇEVRE HAKKINA İLİŞKİN HUKUKSAL BAŞVURU YOLLARI:

Öncelikle, başvurularda taraf olma, başvuru ve davaları takip edebilme yetkisi sorununun çözmemiz gerekmektedir.

Anayasanın "... çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kir-

lenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir..." Hükümünü içeren 56. maddesi ile çevre yasasının "çevreyi kirlüten veya bozan faaliyetten zarar gören veya haberdar olan gerçek ve tüzel kişiler idari makamlara başvurarak bu faaliyetin durdurulmasını isteyebilirler" hükmünü getiren 30. maddesi gereğince, çevre hakkına ilişkin başvurularda, taraf olma, başvuruyu ya da davayı takip edebilme yetkisi, yurttaş olmaya bağlı bir yetkidir. Başka hiçbir hukuksal bağ bulunmadan, yalnızca yurttaş olarak çevreye ilişkin her türlü başvuru yapılabilir.

İDARİ BAŞVURU:

Anayasa ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Yasa gereğince, her yurttaş öncelikle her konuda olduğu gibi, çevre konusunda da TBMM'ne veya yetkili makamlara dilekçe verebilir.

3071 sayılı yasanın 7. maddesi gereğince, verilen dilekçedeki konularla ilgili olarak yapılmakta olan işlemler hakkında, en geç iki ay içinde dilekçeye yanıt verilmesi gerekmektedir.

Böyle bir başvuru ile; idarenin sahip olduğu çevreye zarar veren faaliyetleri durdurma yetkisini kullanması sağlanabilecek ve aynı zamanda idarece bu yetkinin kullanılmaması halinde idarenin olumsuz işlem ve eylemi hakkında dava yolu açılmış olacaktır.

YARGISAL BAŞVURU:

İdari başvurunun dışında, yargı yoluna başvurularda da çevreye zarar veren faaliyetin durdurulması ya da zararsız hale getirilmesi sağlanabilir.

Çevre yasası, çevrede olumsuz etki yaratan faaliyete karşı yargısal başvuru konusunda herhangi bir hüküm öngörmemektedir. Dolayısıyla gerek idari yargı yoluna, gerekse adli yargı yoluna başvuru genel hükümlere göre yapılacaktır.

Adli yargıdan, çevreyi olumsuz yönde etkileyen faaliyetin durdurulması veya önlenmesi itenebileceği gibi; zararın giderilmesi veya eski hale getirilmesi de istenebilir. Buna en somut örnek; Medeni Yasanın "komşu hakkı" başlığı altındaki 661. maddesinin uygulamasıdır. Maddeye göre, "Bir kimse mülkünü kullanırken, hele sınırlar yaparken komşusuna zarar verecek her türlü taşkınlıktan çekinmeye mecburdur. Özellikle zarar veren ve gayrimenkulün mevki ve mahiyetine ve mahalli örfte göre komşu arasında hoş görülebilecek derecede geçen gürültüler ve sarsıntılar yapmak ve duman ve kurum ve rahatsızlık veren toz, buğu ve koku çıkartmak yasaktır".

Bu yasa hükmünün uygulanmasında başlangıçta söz ettiğimiz yurttaş olmanın yanısıra komşuluk ilişkisinin de bulunması gerekmektedir.

Uygulamada, bu ilişkinin nerede başlayıp nerede bittiği sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Yargıtay bu konuda mutlaka sınır bitişikliği aramamakta, ancak kirlenme faaliyetten doğrudan zarar görmeyi bu davaların başlıca koşulu saymaktadır.

Buna karşılık çevreyi olumsuz yönde etkileyici faaliyet bir kamu kurumu veya kuruluşundan geliyorsa başvuru yeri doğal olarak idari yargı olacaktır.

İdari yargı organlarının görev alanı bununla sınırlı değildir. Kamu makamlarının, çevreyi etkileyici faaliyetler üzerindeki denetim yetkilerini yasalara uygun olarak yerine getirip getirmemeleri de idari yargının görev alanına girmektedir.

Bu durumda, faaliyet hangi kurum ve kuruluştan kaynaklanırsa kaynaklansın, idari yargının yargısal denetimi sağlanabilecektir.

Ortada idari bir işlem veya eylemin varolması yeterlidir. Bu, işletme için ön izin konusunda olabileceği gibi, işletmenin çevreyi etkileyebilecek faaliyeti üzerinde denetim yetkisinin kullanılmaması ya da eksik olarak yerine getirilmesi biçiminde olabilir.

Burada idarenin denetimini düzenleyen Umumi Hıfzısıhha Yasası ve Gayrisihhi Müesseseler Yönetmeliği'nden söz etmek istiyorum:

1593 sayılı umumi hıfzısıhha yasasının 268. maddesine göre; civarında ikamet eden halkın sıhhat ve istirahatini ihlal eden müesseseler ve atölyeler bu yasanın yayınlanmasından itibaren, resmi izin alınmaksızın açılmaz.

271. ve 272. maddelere göre, birinci sınıfa giren gayrisihhi müesseselerin kurulması için sağlık bakanlığından, ikinci ve üçüncü sınıfa girenler içinse mülki amirler tarafından izin verilmesi gerekmektedir.

Gayrisihhi müesseseler yönetmeliği; çevre ve toplum sağlığının korunması açısından önem arz eden gayri sıhhi müesseselerin zararlı etkilerinin yok edilmesi veya en az düzeye indirilmesi doğal kaynakların kirlenmelere karşı korunması amacıyla gayri sıhhi müesseselerin kontrol altına alınması, ruhsatlandırılması ve denetim esaslarını belirleme amacı taşır.

Yönetmeliğin 13. maddesinde "Tesis izni verilmiş olan gayri sıhhi müesseselerin açılıp çalıştırılabilmesi için, tesisin onaylı projelerine uygun olarak yapıldığının tesbit edilmesi, faaliyet esnasında çevre ve toplum sağlığı yönünden herhangi bir sakıncanın bulunmadığının belirlenmesi üzerine, müesseseye yetkili makamca açılma ruhsatı verilir.

30. maddeye göre; ruhsatsız olarak faaliyete geçen müesseseler kapatılır.

Bu durumda gayrisihhi müesseselerle ilgili olarak, idare denetimine zorlanabilir, denetim görevini yerine getirmeyen idarenin olumsuz işlem ya da eylemi dava konusu yapılabilir.

İdari davalarda genel ilke dava açmada menfaat koşulunun aranmasıdır. Çevre yasasının 30. maddesi ise, idareye başvuru konusunda "ilgi" bağıını yeterli görmektedir. Öte yandan 1. maddesinde, çevrenin bugünkü ve gelecek kuşakları kapsayacak biçimde; "bütün vatandaşların ortak varlığı" olduğu yolunda temel kuralı koymaktadır. Böyle olunca gerçek ve tüzel kişilerin "ortak sahipleri ve sorumluları" buldukları çevrenin kirletilmesi veya bozulması sonucu, aynı zamanda kişisel güncel ve somut çıkarları çiğnendiği için harekete geçmeleri sözkonusudur.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 2/1 maddesi İdari Dava türlerini sayarken a bendinde; idari işlemlerin iptalleri için çevre, tarih ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren hususlar hariç olmak üzere, kişisel hakları ihlal edilenlerin iptal davası açabileceği kuralını koymuş idi.

Yasanın bu maddesindeki "kişisel hakları ihlal edilenler" ibaresi Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından bu bendin tamamı iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 10.04.1996 tarih ve 22607 sayılı RG'de yayımlanan 21.09.1995 gün ve E.1995/27-K.1995/47 sayılı kararı ile üç ay sonra yürürlüğe girmek üzere iptal edildiği halde, aradan geçen üç buçuk yıla karşın, yasal boşluk yasama organınca doldurulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı ile ilk anda çevreye ilişkin davalarda, davacılık sıfatının sınırlandırıldığı düşünülebilir. Ancak yukarıda da söz ettiğimiz gibi, Anayasa'nın 56. maddesi ile çevre yasasının 30. maddesindeki ilgi bağına dayanılarak aynı çevrede yaşayan yurttaşlar olarak çevre konusunda idari dava açmamıza hiç bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki; Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesi yasanın önceki halindeki daha geniş anlamı olan "menfaat ihlali" yerine daha dar anlamı olan "kişisel hak ihlali" koşulunun getirilmiş olmasıdır.

Danıştay 6. Dairesi bir kararında, dava ehliyeti yokluğunda, davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi Kararını, Anayasa 56. ve Çevre Yasası 30. maddesinden sözederek, aynı çevrede yaşamının dava ehliyeti bakımından yeterli olduğu gerekçesiyle bozmuştur.

İdari yargı yoluna başvurularak, sağlanan yargısal denetim ile çevre mücadelesinde pek çok kazanım elde edilmiştir. Muğla yöresindeki Yatağan, Yeniköy ve Kemerköy (Gökova) Termiksantrallarının faaliyetlerinin durdurulmasına ilişkin Aydın İdare Mahkemesi'nin Kararı, Bergama'daki siyanürle altın aranmasına ilişkin Çevre Bakanlığı'nın izninin iptalini sağlayan karar en yakın ve çarpıcı örnekler olarak gösterilebilir.

Yargı kararlarının uygulanıp, uygulanmadığı konusuna girmek istemiyorum. Anayasa'sında Devlet'in niteliğinin "Hukuk Devleti" olduğu yazılı bir

ülkede, yargı kararlarının uygulanıp uygulanamayacağını tartışmasını dahi olası olmadığını belirtmekle yetiniyorum.

SUÇ DUYURUSU BAŞVURUSU:

Başvuru yollarından son olarak, korunması gereken taşınır ve kültü varlıklarını belirlemek ve koruma ilkelerini saptamak amacıyla çıkartılan 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasası'ndan ve bu yasanın uygulaması olan bir başka başvuru yolu üzerinde durulabilir.

Yasa'nın 3. maddesi bazı kavramlara tanımlar getirmiştir. Bunlar:

Kültür Varlıkları: Tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan, yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır.

Tabiat Varlıkları: Jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup, ender bulunmaları veya özellikleri ve güzelliği bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunması gereken değerlerdir.

Sit: Tarih öncesinden günümüze kadar geçen çeşitli uygarlıkların ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tesbiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlardır.

Yasanın 7. maddesinde, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür ve Tabiat Varlıklarının Koruma Kurullarının kurulmasından ve bu kurulların görevlerinden söz edilmektedir.

9. maddede; Koruma Yüksek Kurulu'nun ilke kararları çerçevesinde Koruma Kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarında, her çeşit inşai ve fiziki müdahalede bulunmanın, bunların yeniden kullanıma açılmasının veya kullanımlarının değiştirilmesinin yasak olduğu belirtilmektedir. Bu arada, onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, kazı veya benzeri işlerin inşai ve fiziki müdahale sayılacağı ayrıca belirtilmiştir.

Yasanın 65. maddesinde; bu yasalara aykırı hareket edenlerin (inşai ve fiziki müdahalede bulunanlar, bunlara izin verenler) müdahalenin türüne göre çeşitli sürelerle ağır hapis cezası ile cezalandırılacakları hüküm altına alınmıştır.

Burada yeni bir başvuru yolu daha karşımıza çıkmaktadır. Bu yasaya aykırı hareket edenler hakkında Cumhuriyet Savcılıklarına suç duyurusunda bulunmak. Bunun için de herhangi bir koşula gerek yoktur. Olaydan haberdar olmak yeterlidir.

Çevre hakkının başlıca insan hakkı olduğu, çevrenin ve doğal dengenin korunmasının da çevre bilinciyle ve bu bilinçle yapılacak mücadeleyle olacağı unutulmamalıdır.■

KORDONBOYU'NUN MEVCUT HUKUKİ DURUMU

Noyan ÖZKAN(*)

18 Nisan 1999 Seçimlerinden sonra gelen yeni Belediye Yönetimi, bundan önceki yönetimlerden farklı olarak, Kordonboyunun rekreasyon alanı olarak kullanılacağını ve mevcut Karayolları projesinin uygulanmayacağını kamuoyu önünde istikrarlı biçimde ifade etmektedir. Öte yandan, İzmir-Çeşme Otoyolu'nun İkiztepe-Konak-Halkapınar kentiçi geçişi olarak Karayolları programında yer alan Kordon Dolgu Yolu Projesi hala gündemden düşmemiştir. Çünkü Karayolları bürokratları, muhtelif platformlarda projelerinin devam edeceğini söylemektedirler.

Uzun yıllar süren politik ve hukuki mücadelede önemli bir dönemece girilmiştir.

İzmir kıyısını katleden bu ucube projenin durdurulması için yaklaşık 7 yıldır mücadele eden İzmir'li bir yurttaş sıfatıyla, konuyla ilgili yetkili kişi ve kurumların sağlıklı karar üretebilmeleri açısından son hukuki durumu sunmayı görev biliyorum. Hatalarımız ve eksiklerimiz konusunda uyarıları bekliyorum.

A- DAVALAR

1- Gümrük Binaları (Balık Hali Davası)

İzmir 4. İdare Mahkemesi, 95/386 E.

İzmir Büyükşehir Belediyesi tarafından Kültür Bakanlığı aleyhinde açılan dava ile eski gümrük binalarının 1-A tescilinin iptali ve böylece eski eser tescilli binanın kısmen yıkılarak Kordon Dolgu Yolu'nun geçmesi amaçlanmıştır.

Dosya bilirkişiye gitmiş, Sanat Tarihi ve Kent Planlamacı bilirkişiler, davacı Belediye'nin haksız olduğu yolunda görüş vermişlerdir. 13/3/1997 günü dava reddedilmiştir. Belediye sonradan bu davadan vazgeçmiştir.

2- Gümrük-Cumhuriyet Alanı Bölgesel Sit Davası

İzmir 4. İdare Mhk. 94/1719 E. Danıştay 6. Dairesi 97/416 E.

Gümrük Binaları ile Cumhuriyet Alanı arasında kalan alanın tarihsel sit alanı olarak tesciline ilişkin 20/1/1994 günlü, 4840 no'lu İzmir 1 nolu KTVK kararının iptali amacıyla İzmir Büyükşehir Belediyesi tarafından Kültür Bakanlığı aleyhine açılmıştır. Davalı yanında İzmir Mimarlar Odası ile İzmir

Çevre Hareketi Avukatları müdahil olmuşlardır. Bilirkişi incelemesi yapılmı ve davacı belediye haksız görülmüştür. 26/9/1996 günü dava reddedilmişti Red kararı Danıştay tarafından da onanmak suretiyle karar kesinleşmişti Böylece, Gümrük-Cumhuriyet Alanı arasının tarihi sit olduğu hususu yarış kararı ile tescil edilmiştir.

3- Belediye Meclisi Kararı İptal Davası

İzmir Mimarlar Odası tarafından Belediye aleyhinde İzmir... İdar Mahkemesinde açılan davada kent içi geçişe imkan veren İzmir Büyükşehir Belediye Meclisinin 9/4/1992 günlü nazım imar plan değişikliği kararının iptal istenmiştir. Dava önce bilirkişiye gitmeden reddedilmiştir. Danıştay ise, yere mahkemenin kararını bozmuştur. Yerel mahkeme imar plan değişikliğini iptal etmiş ancak sonradan Danıştay, koruma amaçlı imar planı hazırlanmadığı gerekçesi ile yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Dava devam etmektedir

(Not: Bu dava ile ilgili notlarımızda yanlışlık olabilir. Düzeltme hakkımı saklıdır)

4- Kordon Dolgu Yolu İptal Davası

İzmir 2. İdare Mhk. 97/224 E. Danıştay 6. Dairesi 97/3489 E.

İzmir Mimarlar Odası ile İzmir Barosu tarafından, kordon dolgu yapıma imkan veren dolgu izin işlemi ile dayanağı olan imar plan değişikliğinin iptali amacıyla açılan davada son olarak Danıştay 6. Dairesi, Konak-Cumhuriyet Meydanı-Liman arasındaki sahanın tarihi sit olması nedeniyle koruma amaçlı imar planı yapılması ve Kurul'dan onay alınması için karar verilmesine yer olmadığına, Alsancak Limanı ile Halkapınar arasındaki Bölümünün imar planının iptaline karar vermiştir. Dosya, tarafların temyizi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'na gitmiştir. Davalılar; Bayındırlık Bakanlığı, Karayolları Genel Müdürlüğü, İzmir Büyükşehir Belediyesi, Konak Belediyesi.

5- Cumhuriyet Meydanı-Liman Tarihi Sit Alanı Davası

İzmir 4. İdare Mhk. 97/244 E. 99/119 K.

İzmir Mimarlar Odasının Koruma Kurulu'na 6/2/1997 günü yapmış olduğu "İzmir Kordonunun daha önce tescilli yapılmamış Cumhuriyet Meydanı-Tren Garı arasında kalan bölümünün de tarihi sit olarak tesbit ve tescilli isteminin cevap verilmemek suretiyle zimmen reddine ilişkin İzmir 1 No'lu KTVK'nun zimni red işleminin iptali amacıyla Mimarlar Odası tarafından Kültür Bakanlığı aleyhine açılmıştır. İzmir 4. İdare Mahkemesi, 12/2/1999 günlü kararıyla, Danıştay'ın son kararı ve Rifat Bozkurt Davası gerekçe gösteril-

mek suretiyle, dava konusu alanın artık tarihi sit olduğu ve bu nedenle konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

6- Rifat Bozkurt, Koruma Kurulu Kararının Yürürlüğe Girmesi Davası İzmir 2. İdare Mahkemesi 98/479 E.

İzmir 1 no'lu KTVK'nun, Kordon, Cumhuriyet Meydanı, Konak Viyadük hk. 2/3/1998 gün ve 7089, 7090, 7091 no'lu tarihi sit tesbit ve tescil kararlarının Koruma Kurulu Müdürlüğü'nün 6/3/1989 gün ve 322, 333 no'lu "dağıtım yapılan kararların toplanması" işleminin iptali amacıyla Av. Rifat Bozkurt tarafından açılmıştır. Mahkeme, Koruma Kurulu kararlarının kesin olduğu, bu kararların idarece ortadan kaldırılması, geriye alınması veya iptallerinin yine Koruma Kurulları tarafından yapılması gerektiği gerekçesiyle davalı bakanlığın geri toplama işlemlerinin 14/10/1998 günü yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Dava devam etmektedir.

7- Belediye-Koruma Kurulu Kararlarının Yürürlükten Düşmesi Davası

İzmir 1. İdare Mhk. 1999/40 E.

İzmir Büyükşehir Belediyesi tarafından Kültür Bakanlığı aleyhine açılan davada Rifat Bozkurt davasında alınan yürütmenin durdurulması kararıyla dağıtım Yapılan Koruma kurulu'nun 7089 ve 7090 no'lu Kordon, Cumhuriyet Meydanı Tarihi sit kararlarının yürürlüğe konulmasına ilişkin 18/12/1998 gün ve 2324 no'lu işleminin iptali istenmiştir. İzmir Çevre Hareketi Avukatları ve İzmir Barosu, Kültür Bakanlığı yanında davaya müdahil olmuşlardır. Mahkeme, 29/4/1999 günlü kararıyla, Belediyenin yürütmenin durdurulması istemini reddetmiştir. Dava devam etmektedir.

B- KORUMA KURULU KARARLARI

1- 20/1/1994-4840

Mimarlar Odasının başvurusu üzerine İzmir 1 no'lu KTVK, kentin geçirdiği dönemlerin sosyo-ekonomik ve kültürel yapısını taşıdığı ve yansıttığı gerekçesiyle, Gümrük Binaları ile Cumhuriyet alanı arasında kalan bölümün tarihsel sit olarak belirlenmesine karar vermiştir. (Konak Belediyesi muhalif kalmıştır)

2- 20/1/1994 - 4841

Konak Alanı ve Gümrük Binalarının, milli mücadele ve Kurtuluş Savaşında Önemli tarihsel olaylara sahne olan Hükümet Konağı, Yalı Camii,

Saat Kulesi, İlk Kurşun Anıtı çevresinin tarihi sit olarak belirlenmesine karar verilmiştir. (Konak Belediyesi muhalif kalmıştır).

3- 1/9/1995 - 5909

İzmir Büyükşehir Belediyesi ve Karayolları 2. Bölge müdürlüğü'nün proje önerisini görüşen İzmir 1 no'lu KTVK; Bahribaba Parkı, Konak Meyanı, Kemeraltı ve Kordonboyu Sit Alanlarının bir bütün olarak ele alınması ve planlanmasına, Cumhuriyet Meydanı Kordonboyu-Gümrük Binası güzer gahındaki sahil yolu bağlantısının gereksizliğine ve bölgenin yaya ağırlıklı olarak kullanılmasına, kentin görünüm ve denize açılışının korunması sorununun en az ulaşım sorunu kadar ağırlık taşıdığına, Belediyenin düzenlediği öneri koruma planı ile önerilen ve mevcut Kordonboyu rıhtımının oluşturduğu kıyı çizgisini tümüyle denizden koparan, dolgu ve diğer yöntemlerle kapsamlı ve sürekli olarak değiştiren genişletmelerin uygun olmadığına, Cumhuriyet Meydanı ile Gümrük Binası arasındaki bugünkü Kordonboyunun ise yaya ağırlıklı ve sınırlı bir servis geçişi olarak değerlendirilmesinin tavsiyesine karar vermiştir.

Konak Belediyesi muhalif kalmıştır.

4- 27/2/1998 - 7089

İzmir Mimarlar Odasının 6/2/1997 günlü başvurusu üzerine İzmir 1 no'lu KTVK; İzmir'in öncelikle canlı bir kıyı kenti olduğuna, 1. Kordonun kentir öngörünümü ve prestij bölgesi olduğuna, Liman'da yaşanan grevler, Kurtuluş Savaşı gibi ulusal tarihimize açısından önem kazanan bölgede tahribate yönelik tehdit olduğundan, Alsancak limanına kadar tescil edilmemiş olan bölümünün de tarihi sit olarak tesciline karar verilmiştir.

Konak Belediyesi muhalif kalmıştır.

5- 27/2/1998 - 7090

Büyükşehir Belediyesinin "Cumhuriyet Meydanı Deniz Dolgusu Projesi" ile yaptığı 28/8/1997 günlü başvuruyu görüşen İzmir 1 No'lu KTVK; Tarihi sit alanlarında topoğrafik yapıyı, silüet etkisini, doğal dengeyi bozacak hiç bir eylemde bulunulamayacağına, dolgunun Cumhuriyet Meydanını ve tarihi rıhtım binalarını olumsuz etkilediğine, kent-meydan-deniz-kıyı ilişkisinin bozulacağına, gerek milli tarihimize ve gerekse kent kimliği açısından 1.Kordonun sadece ulusal değil, ancak uluslararası düzeyde önemli bir alan olduğuna, Cumhuriyet tarihinde önemli olaylara sahne olduğuna, tarihi sit olan 1. Kordon'da ve Cumhuriyet Meydanı önünde deniz dolgusu yapılamayacağına, İzmir kentinin denizden profilinin ve kıyı kullanımının odak bölgesini oluşturan Konak Meyanı ve Kordonboyu ekseninde kentin

İzmir Barosu Dergisi • Yıl 65 • Ekim 1999

görünüm ve denize açılışının korunmasını sağlayan, denizle bağlantısını sağlamlaştıran ve geliştiren, tarihi sit alanının tarih-doğa ve kültür değerleriyle bir bütün halindeki kimliğinin korunması ve geliştirilmesini amaçlayan ve tarihi sit bütünü kapsayan koruma-geliştirme çevre düzeni planının Kurul'a iletilmesine, karar vermiştir.

Konak Belediyesi muhalif kalmıştır.

6- 25/3/1999 - 7894

Karayolları 2. Bölge Müdürlüğü'nün 9/3/1999 günlü dolgunun traşlanması istemi görüşülmüş ve Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüd Başkanlığı'ndan görüş alınarak tarihi sit alanının ulusal bir yarışmayla düzenlenmesine, koruma amaçlı imar planının hazırlanıp Kurulca değerlendirilinceye kadar tarihi sit olarak tescilli alanda hiç bir inşai faaliyette bulunulamayacağına karar verilmiştir.

7- 6/5/1999 - 7934

İzmir Büyükşehir Belediyesinin 28/4/1999 günlü "görsel çirkinlik yaratan dolgu fazlasının kaldırılması" önerisi üzerine 1 no'lu KTVK,; dolgu fazlasının kaldırılmasının uygun olduğuna, tarihi sit alanı yarışma şartname taslağının Kurulun görüşüne iletilmesine, koruma amaçlı imar planı hazırlanması ve Kurulca onaylanarak uygulamaya geçilmesi aşamasına kadar, Kordon yolu dolgu alanının yaya ve yeşil alan olarak çim düzenlenmesi, sökülebilir oturma elemanları, bordür ve sert zemin döşenmesi biçiminde geçici düzenlenmesinin ve bu düzenlemenin gerektirdiği alt yapı uygulamalarının da yapılmasının uygun olduğuna, karar vermiştir.

C- DEĞERLENDİRME

Danıştay kararları ve Kurul kararları ışığı altında, artık Kordon'da Karayolları Projesini uygulama olanağı kalmamıştır. Çünkü, Danıştay, Kordonboyunda her türlü planlama ve düzenleme kararı için Kurul'un onayını aramaktadır. Kurul, ise 6 yıldır ısrarlı ve korumacı bir yaklaşımla Konak-Liman arasındaki bölgenin tarihi sit olduğuna, kıyı/kent ilişkisinin bozulması gerektiğine, mevcut dolgunun yaya ağırlıklı olarak yeşil alan olarak kullanılacağına, yarışma açılması gerektiğine karar vermektedir.

Karayolları/Bayındır A.Ş ve 18 Nisan'dan önceki Belediye Yönetimi ise Kurul kararların yok sayan dayatmacı ve keyfi bir politika ile kordon dolgu yolu projesinde ısrar etmiştir. Milyonlarca dolar boşu boşuna harcanmıştır. Pasaport İskelesinin, Gümrük Binalarının yıkılmıyacağı ve liman'da başlayan dolgunun Cumhuriyet Meydanı'ndan sonra kesinleşmiş tarihi sit kararıyla duracağı açık ve seçik iken İzmir'e son yüzyılın en büyük kötülüğü

yapılmıştır.

Belediye ve Karayolları gibi uygulamacı kurumlar, Bayındırlık Bakanlığı Kültür Bakanlığı, İzmir Valiliği ve konuyla ilgili tüm hükümet dış kurumlar/meslek odaları, projelerinde ve önerilerinde öncelikle yukarıda sunulan 7 adet Dava ile 7 adet Kurul kararını dikkate almak durumundadırlar. Kurul'un görüşlerini, mahkeme kararlarını eleştirmek veya beğenmemelermümkündür. Ancak, 7 yıldır süregelen bu ihtilafın Belediyenin yeni yönetiminin eşgüdümü ile çözülmesinde büyük yarar vardır. Bu bakımdan Kurul'un talep etmiş olduğu koruma amaçlı imar planının Kurul'un, talep etmiş olduğu koruma amaçlı imar planının Kurul'un önceki kararlarında tesbit etmiş olduğu ilkelere uygun olarak hazırlanması gerekmektedir. Tüm kurul kararları değerlendirildiğinde, Konak-Liman arasında koruma amaçlı bir imar planı hazırlanmalı, yarışma şartnamesi düzenlenmeli, geçici uygulamada yeşil alan düzenlenmesi gerçekleştirilmelidir. Kurul'un 9/6/1999 günlü en son kararında yaya ve yeşil alanın nasıl düzenleneceği tarif edilmiştir. Bu bakımdan yeni tartışma ve ihtilafı açacak, otopark ve benzeri düzenleme ve uygulamaları içeren icraattan kesinlikle kaçınılmalıdır. Sayın Vali ve Belediye Başkanı'nun müşterek kararıyla bundan yaklaşık 3 yıl önce kaldırılan, "yaz aylarında Kordonboyu'nun trafiğe kapatılması uygulaması" İl Trafik Komisyonu'nun vereceği yeni bir kararla tekrar başlatılmalıdır. Yakın bir gelecekte, metronun devreye girmesi, deniz içi ulaşımının artması, trolleybüs/tramvay hatlarının yeniden tesisi ve çevre yollarının tamamlanması ile ulaşımında sağlanacak rahatlama ile, kent içindeki aktivite merkezlerinde yayalaştırma ve araçlardan arındırma alanlarının artması kaçınılmazdır. Bu durumda, Kordonboyu'nda Kurul'un izin vermiş olduğu "sınırlı servis yolu"da tarihe karışabilir.

Ayrıca, sivil toplum kurumlarının katılımı ile Kordonboyunun ucube projeden kurtarılması ve İzmir'lilerin denizle buluşmalarının sağlanması yolunda gelişen akılcı politikanın devam eden davalara da yansması zorunludur. Devam eden 5 adet dava müşterek bir protokolle sulhe bağlanabilir, taraflar davalarından feragat edebilirler. En azından Büyükşehir ve Konak Belediyesi bu davalarda kordon dolgu yolunun yapımı amacıyla sundukları tüm iddia ve savunmalardan vazgeçtiklerine dair bir dilekçeyi mahkemelere ibraz etmelidirler.■

TÜRK MALİ HUKUKUNDA YATIRIM BANKACILIĞI

M. Umurcan GAGO (*)

A- GENEL AÇIKLAMA

Bu çalışmada yatırım bankacılığının Türk mali hukuk sistemi içindeki yeri incelenmektedir. İnceleme sırasında sadece mevcut sistem değil, globalleşen dünyamızda bankacılık alanında bir yükselen değer olarak kabul edilen "evrensel bankacılık sistemi" de irdelenerek yatırım bankalarının bu sistem içindeki yeri mukayeseli hukuk açısından ele alınmıştır.

Hem bankacılık mevzuatında hem de sermaye piyasası mevzuatında reformların yapılmakta olduğu şu günlerde konunun önemi daha da artmaktadır.

Mali hukuk sistemimizde önemli bir karar olarak nitelendirilebilecek olan 1998 tarihli Danıştay kararı konunun hukuk sistemimizdeki yerini çok iyi açıklar niteliktedir. Ancak söz konusu kararın incelenmesinden önce "yatırım bankası", "evrensel bankacılık sistemi" gibi kavramların açıklanmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Aşağıda öncelikle bu kavramlar tarihi süreçleri içinde ve mukayeseli hukuktaki durumları dikkate alınarak ele alınacak daha sonra Türk mali hukukunda yatırım bankalarının yeri incelenecektir.

B- YATIRIM BANKACILIĞI ve TARİHİ GELİŞİMİ

Basit olarak mali danışmanlık ve menkul kıymet ihraç edenler ile yatırımcılar arasında aracılık yaparak sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunan kuruluşlar olarak tanımlanan yatırım bankaları 19.yüzyılın başlarında ABD'de ortaya çıkmış, 20.yüzyılda gelişmiş ve 20. yüzyılın son döneminde yaşanan "menkul kıymetleşme" (securitisation) ile önem kazanmıştır.⁽¹⁾ Başlangıçta devlet tahvillerinin ihracı ile uğraşan yatırım bankaları özel sektör şirketlerinin finansman ihtiyacının ve buna bağlı olarak menkul kıymet ihracının artması ile bu alandaki etkinliklerini arttırmışlardır. Yaşanan gelişmeler sonucu özellikle ABD'de, menkul kıymet aracılığı giderek karlı bir iş alanı haline gelmiş ve bu durum ticari bankaların aracılık yüklenimi yoluyla büyük riskler üstlenerek, kar marjının çok yüksek olduğu bu sektöre kayması sonucunu doğurmuştur. Ancak 1929 Borsa Krizi'nin ardından çıkarılan ve Glass Steagall Act olarak tanınan 1933 tarihli bankalar yasası, ticari

bankacılık işlemleri ile sermaye piyasası faaliyetlerini birbirinden ayırmış ABD'deki Glas Steagall Act'e benzer bir yasa 1947'de Japonya'ca çıkarılarak bankaların sermaye piyasası faaliyetleri yapmala yasaklanmıştır.

Yüzyılın sonuna doğru ise, teknolojinin hızla gelişmesi, uluslararası ilişkilerin ve uluslararası ticaretin artması ile "globalleşen" dünyamızda yatırım bankaları giderek daha fazla ön plana çıkmaya başlamıştı. Günümüzde para-banka ve sermaye piyasaları arasındaki farklılık gidere azalmakta, bu piyasalar giderek "mali piyasa" adı altında bütünleşmektedir.

Öte yandan liberal ekonominin "güçlü olan yaşar" felsefesi pralelind. "Birleşme" olgusu yüzyılımızın sonlarına doğru adından gittikçe daha fazla sözettilir olmuştur.

Bugün, uluslararası mali piyasalarda pek çok hizmetin aynı anda sunulduğu "mali süpermarketlere" doğru bir yönelme bulunmaktadır.⁽²⁾

Bir yatırım bankası, parasını belli bir sisteme emanet edenlerin değil tasarruflarını yönlendirmeye çalışanların kaynaklarını yönetmektedir. Dolayısıyla yapılan işlemler, daha kompleks olup klasik bankacılık faaliyetlerini de kapsamaktadır. Bu bakımdan, bir yatırım bankasının bu tip işlemlerden uzak durmasının, asıl yapması gereken fonksiyonları da yerine getirmesini engelleyeceğine, piyasaya girmesini, hizmete ihtiyacı olan kesime yaklaşmasını zorlaştıracığına dikkat çekilmektedir.⁽³⁾ Sonuç olarak günümüzde yatırım bankacılığı ve ticari bankacılık ayırımı giderek belirsizleşmekte ve artık ticari bankalar üzerindeki kısıtlamaların kaldırılmasından çok ticari bankacılığın ve yatırım bankacılığının nasıl entegre olacağı üzerinde durulmaktadır.

Öte yandan, yüzyılın başında ABD'nin şekillendirdiği finansal yapı yüzyılın sonlarına doğru Avrupa'da yeni bir şekil almaya başlamış ve daha sonra ABD'yi de etkilemiştir.⁽⁴⁾

AB Bankacılık (89/646/EEC) ve Yatırım Hizmetleri (93/22/EEC) direktifleri ile mali şirketlerin sadece kaynak ülkede faaliyet izni almaları yeterli sayılmış bir diğer üye ülkede ilave izne gerek olmaksızın hizmet sunabilmesine olanak sağlanmıştır. Ayrıca kaynak ülkede belirlenen asgari standartlara göre faaliyet gösteren bir mali kuruluş, ev sahibi ülkenin daha yüksek düzenleme standartları olsa bile, orada faaliyet gösterebilmektedir. Getirilen tek izin sistemiyle daha yüksek düzenleme standartlarına sahip ülkelerdeki mali şirketlerin rekabet gücü azalmıştır. Bankacılığı sadece mevduat toplayıp kredi vermekle sınırlı tutmayıp sermaye piyasası işlemleri yapmakla da yetki-

(2) Samuel L. Hayes III "Investment Banking: Commercial Banks' Inroads" The Federal Reserve Bank of Atlanta-Economic Review, Mayıs 1984, syf.50-60

(3) Türkiye İş Bankası İktisad Araştırmalar Müdürlüğü "Yatırım Bankacılığı" syf.14

(4) Anthony Saunders Ingo Walter "Bank Uniqueness and The Securities Activities of Commercial Banks" Investment Banking Handbook-J.Peter Williamson, syf.433 vd.

(*) Hukukçu

1) J.-J.E.GOODMAN Downes 1995 Dictionary of Finance and Investment terms, Barron's, 4. baskı Oxford, "Dictionary of Finance and Banking" Oxford University Press,

lendirerek "evrensel bankacılık" sistemini benimseyen Bankacılık ve Yatırım Hizmetleri Direktifleri, AB üyesi ülkelerin düzenlemelerinde uyumlaştırmaya gitmelerini sağlamıştır.

Bu gelişmeler ticari bankacılık ve sermaye piyasası faaliyetlerinin kesin olarak birbirinden ayırdığı ABD, Japonya ve Kanada gibi ülkelerde, söz konusu düzenlemelerin rekabetçi güç üzerindeki negatif etkilerinin tartışılmaya başlamasını sağlamış⁽⁵⁾ ve değişiklikler yapılarak kısıtlamaların bir kısmının kaldırılmasına (deregulation) bir kısmının ise yumuşatılmasına sebep olmuştur.

Yatırım bankacılığının ve "evrensel bankacılık" sisteminin özellikle Türk Mali hukuku açısından incelenmesine geçmeden önce söz konusu kavramları daha ayrıntılı açıklamak yerinde olacaktır. Bu nedenle aşağıda öncelikle yatırım bankacılığı faaliyetleri, yatırım bankacılığının ticari bankacılık ve kalkınma bankacılığından farkları incelenecektir.

C- YATIRIM BANKACILIĞI FAALİYETLERİ

1- Birinci El Piyasa Oluşturulması

Yatırım bankaları ödünç alanlarla yatırımcılar arasında dolaylı finansman sağlayıcı aracılık faaliyetlerinde bulunurlar. Müşteri firmaların mali yapılarını inceleyerek alternatif kısa veya uzun vadeli finansman seçenekleri sunan yatırım bankaları genel olarak finansmanın ya sermaye piyasasından ya da ticaret bankacılığı kanalıyla sağlanmasını üstlenmektedirler. Sadece sermaye piyasası alanında faaliyet gösteren ve ticaret bankacılığı yapmayan yatırım bankalarının genellikle müşterilerin finansman ihtiyacını sermaye piyasasından sağladıklarını söyleyebiliriz.

Genel olarak yatırım bankalarının birinci el piyasada şu faaliyetleri yerine getirdiklerini söyleyebiliriz:

- a) Menkul kıymet ihracı
 - İhraç edenler ile görüşmeler yapmak
 - Tahsisli satışlar düzenlemek⁽⁶⁾
 - Fiyat belirlemek
 - İzahname hazırlamak
 - Menkul kıymetlerin kayda alınmasını sağlamak
- b) Aracılık yüklenimi
- c) Dağıtım

(5) A.Gart 1994 "Regulation, deregulation, The Future of Banking, Insurance and Securities Industries" John Wiley&sons, Inc.

(6) Bazı şirketler borçlanma araçlarının ve hisse senetlerinin halka arz edilmeksizin kurumsal yatırımcılara satılmasında yatırım bankalarından aracılık hizmeti talep edebilmektedir. Tahsisli ihraç (private placement) olarak bilinen bu işlemde firmanın finansman ihtiyacının kısa sürede karşılanması önem taşımaktadır.

Yüklenimcilik, yatırım bankasının şirketin finansman ihtiyacını karşılamak üzere çıkaracağı menkul kıymetleri belirlenen fiyat üzerinden satma yükümü lülüğü altına girmesidir. Bu aracılık, menkul kıymetlerin bir kısmının pazarlanamaması halinde yatırım bankalarının bakiyeyi yüklenerek önceder belirlenen fiyattan söz konusu menkul kıymetleri satın almayı taahhüt etmes şeklinde olabileceği gibi sadece bu konuda en iyi gayretin gösterilmesi şeklinde de olabilir.

Yatırım bankaları yukarıda sayılan faaliyetleri tek başlarına yapabilecekleri gibi bir araya gelerek oluşturacakları bir konsorsiyum aracılığı ile de yapabilirler.

2- İkinci El Piyasa Faaliyetleri (Trading)

Yatırım bankaları hem müşterileri adına menkul kıymet alım satımı yapmakta hem de tacir olarak kendi nam ve hesaplarına işlem yapmaktadır.

3- Şirketlerin Yeniden Yapılanması Alanındaki Destek Hizmetleri

Son yıllarda şirketlerin yeniden yapılanmasının popüler hale gelmesi ile yatırım bankalarının bu alandaki faaliyetleri de artış göstermiştir.

Ortaklıkların yeniden yapılanması deyince birleşme ve devralma gibi genişleyici, varlıkların devri, likidasyon gibi daralmaya yönelik işlemler ve ele geçirmeler anlaşılmaktadır.

Öte yandan yatırım bankaları mali piyasalardaki gelişmeler karşısında, firmaların finansman politikaları geliştirmelerine yardımcı olmak gibi faaliyetleri de yürütürler.

4- Diğer Faaliyetler

- a) Danışmanlık hizmetleri
- b) Yeni mali araç ve tekniklerin geliştirilmesi
- c) Portföy yönetimi
- d) Ticaret bankacılığı hizmetleri (evrensel bankacılık sistemi kabul edilmişse)

Öte yandan Yatırım bankaları ticaret bankaları gibi mevduat toplamazlar.

Temel olarak sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunan yatırım bankaları Türk mali hukuku açısından aracı kuruluş (banka veya aracı kurum) şeklinde faaliyet gösterirler. Bu konuya aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir.

D- EVRENSEL BANKACILIK SİSTEMİ VE AVANTAJLARI

Bankacılık lisansına sahip bir kuruluşun mali piyasaların her alanında serbestçe faaliyet gösterebilmesi olarak tanımlanan evrensel bankacılık sis-

temi bünyesinde şu avantajları taşımaktadır:⁽⁷⁾

1. Bankaların geleneksel finansman mekanizması olmaları nedeniyle sahip oldukları tarihsel üstünlükler

2. Bankaların öteden beri sahip oldukları kurumsal ve teknik alt yapı sayesinde müşterilere geniş bir hizmet paketi sunulabilmeleri

3. Çok çeşitli alanlarda faaliyet gösterilmesi sonucunda oluşan risk çeşitlenmesi ile farklı faaliyet alanlarındaki konjonktürel dalgalanmaların atlatılması veya bir mali hizmette zarara uğrayan kurumların başka bir mali hizmetiyle bu zararını karşılaması⁽⁸⁾

4. Maliyet avantajı: Pazarlama ve araştırma-geliştirme maliyetinin azalması ve talepteki değişikliklere göre farklı alanlara kayarak personel ve diğer kaynaklardan daha fazla faydalanabilme imkanı,

Ticaret ve yatırım bankacılığı hizmetlerini bünyelerinde toplayan evrensel bankalar perakende müşterilerine mevduat kabulü yanında menkul kıymet hizmetlerini de sunarak şubelerindeki atıl kapasiteyi değerlendirmiş olmaktadır.

5. Rekabetin yaşandığı ürünlerde kar marjını düşürmek ve rekabetin daha az olduğu alanlarda kar marjını arttırmak imkanı

6. Sahip olunan güçlü mali ve teknik yapı sayesinde gerek yurtiçinde gerek uluslararası alanda rekabetçi gücün artması

7. Sahip olunan güçlü mali ve teknik yapı sayesinde tasarrufların bu kurumlara ve dolayısıyla piyasaya duydukları güvenin artması

Buna karşılık, mali piyasaların her alanında serbestçe faaliyet gösterebilme olanağı tanıyan evrensel bankacılık sistemine yönelen en büyük eleştiri söz konusu mali kurumların faaliyet alanlarının genişlemesi nedeniyle yönetilmelerinin güçleşmesidir.

Yönetim güçlüğüne bağlı olarak ortaya çıkan çıkar çatışması (conflict of interests), sistemin en önemli zaafı olarak görülmektedir. Çıkar çatışması, bir mali kuruluşun menfaatleri birbiriyle çelişen birden fazla hizmet sunması durumunda ortaya çıkmaktadır.⁽⁹⁾

Örneğin:

• Mevduat toplamanın yanısıra, menkul kıymet alım satımına aracılık eden bir banka, mevduat toplama faaliyetini daha karlı olarak değerlendirirse müşterilerini menkul kıymet yatırımı yapmaktan vazgeçirebilir.

(7) Brian Scott Quinn, "Investment Banking-Competitive Advantage in Global Investment Banking" Euromoney Books, 1990, syf.35 vd.

(8) Böylelikle yalnız o kurum değil mali sistemin bütünü ve nihai olarak tasarruf sahipleri korunmuş olmaktadır.

(9) Edward Kelly, J.III. "Conflict of Interest: A legal view" in Ingo Walter, ed., *Deregulating Wall Street*, New York: Wiley, 1985

Sounders Anthony, "Bank Safety and Soundness and the risks of Corporate Securities Activities" in Ingo Walter, ed., *Deregulating Wall Street*, New York: Wiley, 1985

• Banka kredi verme işlemi sırasında elde ettiği bilgiyi kendi portföyünü oluştururken veya yatırım danışmanlığı faaliyeti sırasında kullanabilir.

Esasen çıkar çatışması sermaye piyasası faaliyetlerinden iki veya daha fazlasını yerine getiren kurumlarda da ortaya çıkabilir. Bir aracı kuruluşun kendi portföyündeki menkul kıymetleri pazarlayacak şekilde yatırım danışmanlığı yapması bu duruma bir örnektir. Ancak her türlü mali hizmeti gören kurumlarda hem farklı sermaye piyasası faaliyetleri arasında hem sermaye piyasası faaliyetleri ile diğer mali faaliyet alanlarında (bankacılık) çıkar çatışması çıkması mümkündür.

Öte yandan yukarıda işaret edilen çıkar çatışması önlenmeyecek nitelikte değildir. Çıkar çatışmalarının çözümünde sermaye piyasaları ve bankacılık faaliyetlerinin ayrılığı ilkesi en katı uygulamalardan biridir. Bunun yerine dünya mali piyasalarındaki gelişme yeni düzenlemelerle çıkar çatışmalarının önlenmesidir.⁽¹⁰⁾

Etkin şikayet ve kontrol mekanizmalarının geliştirilmesi, piyasada iş ahlakının, iç denetimin, aracı kurumlar birliği veya bankalar birliği örneklerinde olduğu gibi özdüzenleyici kuruluşların geliştirilmesi, kamuyu aydınlatmaya yönelik düzenlemelerin yapılması, rekabetçi ortamın güçlendirilmesi ve çıkar çatışması doğabilecek birimler arasında "Çin Seddi" olarak da adlandırılan bilgi alışverişini engelleyecek düzenlemeler⁽¹¹⁾ ile çıkar çatışmaları önlenmektedir. Yukarıda bankaların kredi verme işlemleri sırasında elde ettikleri bilgileri kendi portföylerini oluştururken kullanmaları örneğinde olduğu gibi pek çok durumda, mesele çıkar çatışmasından ziyade bir etik meselesidir.

Ayrıca sermaye piyasası faaliyetleri ile ticari bankacılık faaliyetlerinin ayrılmasını öngören sistem de çıkar çatışması meselesini giderememektedir.

Örneğin aşağıda ayrıntıları ile anlatılacak olan, SPK'nın 1996 tarihli kararı ile bankalar aracı kurum kurmak zorunda kalmış idiler. Ancak bankalar bu aracı kurumları sadece "banka" ünvanını düşürerek aynı isim ile, yönetim ve denetim açısından kendilerine bağlı ve müşterilerin tüm banka şubelerinden ve ATM cihazlarından işlem yapabilmesine olanak sağlayacak şekilde yapılandırmışlardır.

Böylesi bir yapıda çıkar çatışması meselesinin yaşanmayacağını iddia etmek mümkün değildir. Yapılması gereken, yeni düzenlemelere gitmektir.

E- TÜRK MALİ HUKUKUNDA YATIRIM BANKALARI

Yatırım bankaları pozitif hukukumuzda ilk kez 23.6.1958 tarih ve 7129 sayılı Bankalar Kanununun 48. Maddesinde düzenlenmiş, 29.11.1962 tarihinde

(10) Evrensel Bankacılık Sistemi ve Türk Sermaye Piyasalarında Bankalar SPK-Yeterlik Etüdü Selen Derin 1991 syf.36 vd.

(11) İngiltere'de uygulanan bu yöntemle mali kuruluşun fon yönetimi, mali danışmanlık, menkul kıymet servisleri gibi değişik departmanları arasında bilgi alışverişini engellenmektedir.

yayımlanan 123 s. Kanun ile daha ayrıntılı olarak ele alınmış ve fakat 3182 sayılı (E. Bankalar K.) Bankalar Kanunu'nun 92. Maddesi ile tanımlanmıştır. 4389 s. yeni Bankalar Kanununda (Bankalar K.) ise yatırım ve kalkınma bankalarından açıkça söz edilmemiştir. 3182 s. kanunun 92. maddesine göre yatırım bankaları, sermaye piyasasında faaliyet göstermek, sermaye piyasası araçları kullanılarak sağlanan kaynaklarla yatırım yapmak, işletmelerin etkin bir yönetime ve sağlıklı mali yapıya kavuşmaları amacıyla devir ve birleşme konuları dahil danışmanlık hizmetleri vermek, mevduat kabulü hariç bankacılık işlemleri yapmak üzere kurulmakta idiler.

Yasanın 94. maddesinde ise yatırım bankalarının kuruluş ve faaliyetlerinin, faaliyetlerin niteliği gereği ortaya çıkan bazı istisnai hükümler dışında, genel olarak bankalar kanununa tabi olduğu belirtilmiş idi. Ancak, yatırım bankalarına talepte bulunmaları halinde, T.C. Merkez Bankası'nın görüşü alınmak suretiyle Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakanlıkça mevduat kabul izni verilebilmekteydi. Bu takdirde istisna edilen Bankalar Kanunu (E. Bankalar K.) hükümleri uygulanmaktaydı.

4389 sayılı yeni Bankalar kanununda ise konu hakkındaki tek hüküm olan 20. maddenin 2. fıkrasında "Mevduat kabul etmeyen bankalar bu Kanunun 10'uncu maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı, 11'inci maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8) numaralı fıkraları ile 12, 15 (2/c,d ve e bentleri hariç), 16 ve 17'nci maddeleri hükümlerine tabi değildir. Bu bankaların kuruluşunda ödenmiş sermaye tutarı 7'nci maddenin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinde belirtilen tutarın üçte ikisinden az olamaz. Bu bankaların bankalardan ve kendi müstakrizlerinden genel esaslar dahilinde sağladıkları paralar mevduat sayılmaz" denilmekle yetinilmiştir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPKan.) 32. maddesinde sermaye piyasası kurumları arasında "sermaye piyasasında faaliyet göstermesine izin verilmiş diğer kurumlar" denilmiş 3. maddede aracı kuruluşlar, bankalar ve aracı kurumlar olarak tanımlanmış ve bunların 30. maddede sayılan sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunabilmeleri için SPK'dan izin almaları zorunluluğu getirilmiştir. (SPKan. md.31)

Buna göre:

- Bankaların⁽¹²⁾ sermaye piyasasında faaliyet gösterme yetkileri kanundan doğmaktadır. (E. Bankalar K.md. 94; SPKan.md. 3,32)
- Bankaların faaliyete geçebilmeleri için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulundan izin almaları gereir. (Bankalar K. md.7)
- Bankaların sermaye piyasasında faaliyet gösterebilmeleri için SPK'dan izin almaları gerekir. (SPKan. md. 31)

(12) Burada "banka" terimi hem ticari bankaları hem de yatırım bankalarını kapsar tarzda kullanılmıştır.

d) Esasen sermaye piyasasında faaliyet göstermek üzere kurulan yatırım bankalarının da diğer bankalar gibi çifte izin almaları gerekmektedir.

Yukarıda aktarılan hükümlerden ve özellikle yatırım bankalarının talepte bulunmaları halinde T.C. Merkez Bankası'nın görüşü alınmak suretiyle Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu bakanlıkça mevduat kabul izninin de elde edilebileceği yolundaki 3182 s. Bankalar Kanunu'nun 95. maddesi hükümünden çıkarılan ve konumuz açısından da oldukça önemli olan bir diğer sonuç pozitif hukukumuzda "evrensel bankacılık sisteminin" büyük ölçüde kabul edildiğidir. Zira her ne kadar ayrıca yetki alınması gerekse de bankaların sermaye piyasasında faaliyet göstermelerine olanak sağlanmış ve yatırım bankaları ile ticari bankalar arasında suni bir ayırımı yer verilmiştir.

Danıştay da 1998 yılında verdiği kararında bu görüşü ortaya koymuştur.⁽¹³⁾ Gösterdiği önem açısından mahkemenin kararını ayrıntılı olarak incelemek gerekir.

Öte yandan yatırım bankacılığının hem Bankalar Kanununda düzenlenmesi hem de Sermaye piyasası mevzuatı hükümlerine tabi olması karışıklıklara sebebiyet verecek niteliktedir. Bu durumda SPK ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu arasında ihtilaf yaşanması kuvvetle muhtemel görünmektedir.

Esasen yatırım bankalarının sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmakla beraber, bankalar kanununa göre kuruluş, sermaye piyasalarını düzenlemekle yetkili Sermaye Piyasası Kurulu'ndan (SPK) değil yine Bankalar kanununa göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulundan gerekli izinleri aldıktan sonra sermaye piyasasında faaliyet göstermesi SPK'nın kendi kanunundan kaynaklanan lisanslama yetkisini ortadan kaldırmaktadır.⁽¹⁴⁾ Eski yasa zamanında hukuk sistematigi açısından sıklıkla eleştirilen bu durum yeni yasa ile düzeltililebilmiş değildir.

Kanaatimizce yapılması gereken çağdaş anlayışı temsil eden ve esasen Türk mali hukukunda da benimsenmiş olan "evrensel bankacılık" sistemine sadık kalarak müessesenin yeniden ve yeknesaklığı sağlayacak bir şekilde ele alınmasıdır.

F- TÜRK MALİ HUKUKUNDA EVRENSEL BANKACILIK SİSTEMİ

1- 1998 Tarihli Danıştay Kararı

SPK 15.8.1996 tarihinde sermaye piyasası faaliyetinde bulunan bankaların faaliyetlerini 2.1.1997 tarihinden itibaren mevcut aracı kurumlardan birini satın almak veya yetki belgelerini bir aracı kurum kurarak bu aracı

(13) Danıştay 10.daire 1996/9498 E., 1998/5507 K.s karar

(14) Güven Sak, 2.Haziran 1999 Radikal "Yatırım Bankacılığında Garabet"

kuruma devretmek gerektiğine karar vermiş ve bunun sonucunda bankaların sahip olduğu yetki belgeleri ve borsa üyelik belgeleri iptal edilmiştir. Bunun üzerine Türkiye Bankalar Birliği ve dört banka SPK'ya dava açmıştır.

Davalı SPK, Türkiye Bankalar Birliği'nin meslek kuruluşu sıfatıyla dava açma yetkisinin bulunmadığı, davanın idari davaya konu olabilecek icrai niteliğe sahip olmadığı gibi usule ilişkin savunmalar yanında, esasa ilişkin olarak dava konusu karar ile sermaye piyasasında güven ve istikrarın teminine çalışıldığı, rekabetçi bir piyasa ortamının tesisi ile eşitliğin sağlanmasının amaçlandığı, iki ayrı faaliyetin birlikte yürütülmesinin denetim dışı kalması sonucunu doğurduğu savunmalarını ileri sürmüştür.

Mahkeme, Türkiye Bankalar Birliği'nin, 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 57. maddesine göre Türkiye'de faaliyet gösteren tüm bankaların zorunlu olarak üye oldukları tüzel kişiliğe haiz bir kuruluş olup, aynı yasanın 58. maddesine göre,

- a) Bankacılık mesleğinin gelişmesini temin etmek,
 - b) Bankaların birlik ve bankacılık mesleğinin gerektirdiği vakar ve disiplin içinde ekonominin ihtiyaçlarına uygun olarak çalışmalarını sağlamak,
 - c) Bankalar arasındaki haksız rekabeti önlemek amacıyla gerekli her türlü tedbir almak ve uygulamak
 - d) Bankacılık konusundaki mevzuatı takip etmek,
- konularında yasa tarafından yetkili kılındığından bankaları ilgilendiren konularda dava ehliyetinin bulunduğunu ve SPK'nın itirazının yerinde olmadığı sonucuna varmıştır.

Kanaatimizce de yasanın açık hükmü ve işin niteliği gereğince bir meslek kuruluşu olan Türkiye Bankalar Birliği'nin dava ehliyetinin bulunduğu açıktır. SPK'nın bu itirazı ne yasa hükümleri ne de hukuk mantığı ile bağdaşmaktadır.⁽¹⁵⁾

Diğer taraftan dava konusu karar ile bankaların borsa üyelikleri iptal edilmesine göre artık kararın icrai nitelik taşımadığını iddia etmeye imkan yoktur. Mahkeme de bu hususa değinerek SPK'nın usule ilişkin itirazlarını reddetmiştir.

Mahkemenin işin esasına ilişkin kararı ise şöyledir:

"2499 sayılı SPKan.'nın 3/1 maddesinde aracı kuruluşların, aracı kurum-
(15) 4389 s. Kanunda da Birliğin amaçları eski yasa paralelinde ve şu şekilde düzenlenmiştir:

1. Tüzel kişiliği halz ve kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan bu Birliğin amacı;

- a. Bankacılık mesleğinin gelişmesini temin etmek,
- b. Bankaların birlik ve bankacılık mesleğinin gerektirdiği vakar ve disiplin içinde ekonominin ihtiyaçlarına uygun olarak çalışmalarını sağlamak,
- c. Bankalar arasındaki haksız rekabeti önlemek amacıyla, gerekli her türlü tedbir almak ve uygulamak,
- d. İlan ve reklamlarında bankaların uyacakları esas ve şartları tür, şekil, nitelik ve miktarları itibarıyla Kurumun uygun görüşünü alarak tespit etmektir.

2. Birlik, bankacılık konusundaki mevzuatı ve aldığı karar ve önlemlerin uygulanmasını takip eder ve Kurumca alınması istenen tedbirleri alır.

lar ve bankaları ifade ettiği belirtilip, aynı yasanın 34. maddesinde de aracı kurum ve bankaların SPK'ya başvurarak, SPK tarafından belirlenecek esaslar dahilinde izin almak koşuluyla sermaye piyasası faaliyetlerini bulunabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Nitekim yasanın gerekçesinde '... diğer yandan gerek yaygın şul şebekesine sahip olmaları, gerek büyük itibar müesseseleri olmak dolayısıyla aracı kurumlar dışında bankaların da aracılık faaliyetinde bulunmalarına olanak sağlanmıştır. Esasen, Bankalar Kanunu bankaların sermaye piyasası işlemleri yapmalarını teşvik etmektedir.' denildikten sonra 3 maddede 3794 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe ilişkin gerekçede de '...ö yandan bankalar sermaye piyasası faaliyetleri bakımından kanunun 5 maddesinde aracı kurumlarla aynı rejime tabi bulduklarından, faaliyete geçme şartları da 34. maddede her iki kuruluş için ortak düzenlenmişti ifadesine yer verilerek suretiyle bankaların doğrudan aracılık faaliyetini bulunabilecekleri kabul edilmiştir.

Öte yandan aynı yasanın 22. maddesinde, SPK'nın düzenleme, denetim ve önlem alma konusundaki görev ve yetkileri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, aracı kurumlar yanında bankalara da izin almak koşuluyla sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunma hakkı tanınmıştır. Yasada faaliyet koşulları belirlenirken bankaların bu faaliyetlerini aracı kurum veya satın alma suretiyle yürütebilecekleri konusunda bir zorunluluk getirilmediği gibi SPK'ya da bu konuda düzenleme yapma yetkisi verilmiştir.

...Belirtilen bu duruma göre bankaların sermaye piyasası faaliyetlerini bulunabilmeleri için yasadaki öngörülen esas ve koşullar dışında yeni zorunluluklar getiren, bu zorunluluğa uymayan bankaların söz konusu faaliyetleri bulunmalarını engelleyen dava konusu işlem 2499 sayılı yasaya aykırı bulunmaktadır."

2- 1998 Tarihli Danıştay Kararının Değerlendirilmesi

İdare hukukunda yargısal denetim dava konusunun yerindeliğinin denetim değil hukukiliğinin denetimidir. Danıştay da 1998/5507 sayılı kararında yapmış olduğu hukukilik denetimi sonucunda SPK'nın bankaların repo-temin ve borsa dışında aracılık faaliyeti haricinde, sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmalarını yasaklayan 15.8.1996 tarihli kararını iptal etmiştir.

Pozitif hukuk açısından Danıştay kararı fevkalade isabetli idi. Hukukumuzda bankaların sermaye piyasası faaliyetlerinde de bulunabilme: serbest bırakılarak çağdaş anlayışı temsil eden evrensel bankacılık sistemi kabul edilmiştir. Esasen bir AB üyesi aday olan Türkiye, hukuki yapısını AB hukukuna uygun hale getirmeye çalışmaktadır. AB'de benimsenen evrensel

bankacılık sistemi yerine ABD'de dahi aşamalı olarak reddedilen bankacılık ve sermaye piyasası faaliyetlerini ayıran anlayışın kabulü, olması gereken hukuk anlayışı ile de bağdaşmamaktadır.

SPK söz konusu kararında rekabetçi ortamın yaratılmaya çalışıldığını iddia etmiştir. Oysaki yurtdışında birleşmeleri ve evrensel bankacılık sistemini benimseyerek gücünü daha da arttıran ve müşterilerine çok çeşitli hizmetleri daha düşük maliyetle sunan, mali yapısı güçlü ve risklerini farklı alanlara yayarak minimize etmiş finansal kuruluşlar karşısında Türk finansal kuruluşlarının rekabet edebilmesi ancak eşit olanaklara sahip olmaları halinde mümkündür.

Rekabetçi ortam, serbest piyasalarda sadece güçlü olanın yaşamasına izin verir. Finansal piyasalarda en az maddi sermaye kadar önemli bir diğer güç "itibardır". Tasarruf sahiplerinin korunması ancak maddi ve manevi olarak güçlü finansal kurumların oluşturulması ile mümkündür. O halde gerek yurtiçinde gerekse yurtdışında rekabetçi ortamın elde edilebilmesi için yapılması gereken çok sayıda ve güçsüz finansal kuruluşlar yaratmak yerine, güçlü finansal kurumların teşvik edilmesidir.

Öte yandan finansal alandaki hızlı teknolojik gelişmeler, yeni finansal ürünler, para piyasası-sermaye piyasası ve banka-aracı kurum ayırımını ortadan kaldırarak mali sektörün bir bütün olarak değerlendirilmesi zarureti ni ortaya çıkarmıştır.⁽¹⁶⁾

Bankaların sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmaları halinde denetimde güçlük yaşanması kanaatimizce SPK'nın 15.8.1996 tarihli kararı almasındaki gerekçelerin tek yerinde olanıdır. Ancak bu dahi SPK'nın kararını haklı kılmamalıdır.

Esasen sermaye piyasasında faaliyet gösteren bir kurumun SPK tarafından denetlenmesi mantık icabıdır. SPK'nın yapması gereken bu müesseseyi reddederek, denetim sorununu çözmeye çalışmak değil, etkin denetim mekanizmaları geliştirmeye çalışmak olmalıdır.

Bankalar Kanununun kendilerine tanıdığı genel kredi sınırlarına tabi olmama avantajından yararlanarak danişıklı işlemlerle, sermaye piyasasında faaliyette bulunmak yerine kredi verme faaliyetinde bulunan yatırım bankaları⁽¹⁷⁾ ile mücadele ancak etkin bir denetim ve gerekli yasal düzenlemelerin yapılması ile mümkün olur.

Hem Bankacılık mevzuatında hem de Sermaye Piyasası Kanununda değişikliklerin tasarlandığı şu günlerde kanaatimizce evrensel bankacılık sisteminden geri dönüşü ifade eden düzenlemelere gidilmemesi, mali sektörün suni biçimde kompartımanlara bölünmesinden kaçınılması, mali kurumları

ayrı ayrı düzenlemelere tabi tutarak denetimlerinin başka başka kurumlara dağıtılmaması, mali kurumların güçlerini bölerek hem si maliyet yüklenmekten, hem risk dağıtımına engel olunmasından hem c tiçinde tasarruf sahipleri açısından güven telkin etmeyen, yurtdışı rakipleri ile rekabet edebilme imkanına sahip olmayan çok sayıda ve g finansal kurumlar yaratılmasından kaçınılması gerekmektedir.■

Güney DİNÇ (*)

NİCE YILLARA... (**)

YAYIN KURULU NOTU:

İzmir'in "Adliye Binası" yalnızca bugünün sorunu değil. Dergimizin yayınına bir süre ara verdikten sonra 1983 yılında yeniden okurlarıyla buluştuğu ilk sayısında, dönemin baro başkanı Avukat Güney Dinç, aynı gereksinimin o günler için de sözkonusu olduğunu ortaya koyarak "İzmir, ...yargının saygınlığına yaraşır bir adliye binasına kavuşturulmalı..." dileğinde bulunuyor.

Zamanın Danışma Meclisi Başkanı Ord. Prof. Dr. Sadi İrmak ile Adalet Bakanı Cevdet Menteş'in yüreklere su serpen yanıtları ise yine dergimizin 1983 Nisan sayısında (Sayı:2) yayımlanıyor.

İzmir o gün bugün adliye sarayı bekliyor!...

Yaşadığımız toplumun en gerçekçi göstergeleri olan mahkeme binalarının çoğu, sürdürülen hizmete uygun düşmeyen, sağlık koşullarından yoksun, bakımsız ve yıpranmış yapılardır. Pek çok devlet kuruluşunun yapı sorunları çözüldüğü halde, her gün halkla dolup taşan adliyelerin aynı ilgiyi görmemesi düşündürücüdür.

İzmir, yıllarıyla, gereksinimlerini karşılayacak, yargının saygınlığına yaraşır bir adliye binasına kavuşturulamadı. Her gün yaşadığımız görünüm nedir? Ağlayan çocuklar, kelepçeli tutuklular, analar-babalar, namlulara sürünerek koşuşan avukatlar, çaycılar ve öğleye doğru pidecileriyle, bir panayı yerine dönmüştür. İzmir Adliyesi'nin, kişiyi soluksuz kılan koridorları.

Oysa, bir bölümü eski adliyenin yerine oturtulan Vilayet Konağı, görkemli görüntüsüyle Belediye Sarayı inşaatları tamamlanmış, kentimizin bu önemli eksikleri giderilmiştir.

Sıra Adliye'ye gelmiş midir? Bizlere bu umudu yaşatacak hiç bir izlenim alamadık.

Konak alanı ve çevresinde elverişli bir arsa bulunamadığından söz ediliyor. Adliye'nin, kentin uzağındaki geniş alanlardan birinde kurulması yolun-

daki görüşlere katılmıyoruz. Yargı kuruluşlarının çalışması kamu hizmetlerinin işleyişi ile yakından ilgilidir. Tapu ve Nüfus dairelerinin, Vilayet Belediyenin uzağında kalan bir adliyenin, işlerliğinden çok şey yitireceğinde hiç kuşku yoktur. Yurttaşlar, tek araca binerek, mahkemele bulunduğu yere gidebilmelidirler.

Biz kendimiz için değil, özellikle gelecek kuşaklar için, böyle bir gereksinimi vurguluyoruz. Konuya kalıcı bir çözüm getirebilmek için, günümüze değin izlenen bakışı temelden değiştirmek gerekir. Yargı hizmeti, rastlantılar sonucu edinilen yerlere mahkemelerin tıka-basa depolanması ile değil, en iyi, elverişli alanda amaca uygun olarak yapılacak binalarda yürütülmelidir. Kamu hizmetlerine ayrılan yapılar arasında adliyelere öncelik tanınmalıdır. Böyle bir yaklaşım benimsenirse, her gün yeni yeni beton yığınları fıskırdığı Konak alanı ve yakın çevresinde, geleceğin İzmir Adliyesi'ne yaraşır bir alan bulunabilir.

Devlet inşaatlarının başlanıp bitirilme süresi ve işin büyüklüğü anımsanırsa, özlemine duyduğumuz yapı, ancak 2000 yılının Adliye Sarayı olacaktır.

Otopark, kafeterya, kreş, revir, laboratuvarlar, adli sicil, arşiv, kitaplı emanet depoları, konferans salonu gibi gereksinimlerin rahatlıkla karşılanabileceği, tutukluların insan onuruna yaraşır koşullarda korunup duruşma götürüldüğü, yargıcın da, avukatların da, yurttaşın da, görülen iş saygınlığını çevrelerinde izleyebilecekleri bir yapıya ancak 2000 yılında kavuşabilmek için, zaman yitirmeksizin, şimdiden harekete geçmek gerekir.

Oysa zaman tersine işliyor gibi. Hukukçuların yazgisından midir, yoksa gençleri bizim kuşağın sorunlarına hazırlamak için mi olacak, İzmir Hukuk Fakültesi'nin bina durumu da, adliyemizinkinden daha parlak görünmüyor.

Dileyelim ki, Adalet Bakanlığı, Valilik ve Belediye, konularımıza daha içte bir yaklaşım gösterebilirler, İzmir Adliyesi'ni, 2000 yılında, elverişsiz yapılarca kiracılığını sürdürmekten kurtaracak önlemleri gecikmeden alsınlar.

Yılların küllenmiş Adliye sorununu çözenler, İzmir'e büyük bir hizmet unutulmayacak bir anı bırakmış olacaklar.

Bizler o günleri görebilecek miyiz? Daha güzele, daha iyiye ulaşabilme için, nice yıllara.....

(*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi/Dönemin Baro Başkanı

(**) İzmir Barosu Dergisi, 1983 Ocak, Sayı:1

**DANIŞMA MECLİSİ
BAŞKANI'NIN MEKTUBU(*)**

Sayın Güney DİNÇ
Avukat
İzmir Barosu Başkanı
İZMİR

28.12.1982 tarihli mektubunuz ile "İzmir Barosu Dergisi"nin 1983 Ocak ayı sayısını da almış bulunuyorum. Başarılı ve gayretli çalışmalarınızı candan tebrik ederim.

Yazınızda da belirttiğiniz gibi güzel İzmir'imizin şanına yaraşır bir Adliye Sarayı'na bir an önce kavuşması benim de gönülden arzuladığım bir husustur, dolayısıyla ilgili makamlara konuyu aktaracağım. 6.1.1983

Ord. Prof. Dr. Sadi IRMAK
Danışma Meclisi Başkanı

ADALET BAKANI'NIN MEKTUBU()**

Sayın Güney DİNÇ
Baro Başkanı
İZMİR

28.12.1982 tarihli ve 310 sayılı yazınızı ve ekinde gönderdiğiniz Baronuz Dergisinin Ocak 1983 ayı sayısını almış bulunuyorum.

Gerek yazınızda gerek Derginizdeki "Nice Yıllara" başlıklı makalede önemini ve ihtiyacı belirterek değindiğiniz İzmir'e Adalet Sarayı yapılması konusundaki dilek ve temenniler, Bakanlığımın yıllardır üzerinde ciddiyle durduğu bir konudur. Çok önemli girişimlerimiz, Bakanlığımızın gücünü aşan yasal veya teknik sorunlar nedeniyle gerçekleşmemiştir.

Bakanlık olarak 1983 yılı programına Etüd-Proje olarak dahil etmiş olduğumuz İzmir Adalet Sarayının yapılabilmesi için en büyük sorun arsa sağlanması konusudur. Büyük bir hassasiyetle ve bütün teşkilatımızla uygun görülecek bir arsa araştırmaktayız. Baro olarak bu konuda yapacağınız yardım veya önerileriniz Bakanlığımca mutlaka değerlendirilecektir. 5.1.1983 ■

Cevdet MENTEŞ
Adalet Bakanı

YARGI KARARLARI

AIHM KARARI YARGILAMANIN YENİLENMESİ İÇİN "YENİ KANIT" SAYILMAZ

ANAYASA MAHKEMESİ
1998/4 D. İşl.
1999/2 K.
16.02.1999 T.

ÖZET: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın 327'nci maddesi kapsamında "yargılamanın yenilenmesi"ni gerektiren yeni bir olgu ya da kanıt niteliğinde değildir.

I- BAŞVURU DİLEKÇESİ

Yargılamanın yenilenmesi istemine ilişkin 29.6.1998 günlü başvurunun ilgili bölümü şöyledir:

"1. Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 2949 sayılı Yasa'nın 33. maddesinde, "Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılan siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar, Ceza Muhakemeleri Usulü hükümleri uygulanmak suretiyle dosya üzerinden incelenir ve karara bağlanır..." denilmektedir.

CMUK'nda, siyasal partilerin kapatılma davaları ile ilgili bir düzenleme yer almamaktadır. Siyasal partilerin Anayasa Mahkemesi'nde yargılandıkları davalarda savunma hakkına ilişkin yorum ve uygulamalar, CMUK'ndaki "maznun"un hakları çerçevesinde değerlendirilmektedir.

2. CMUK'nun 327. maddesinin 5. bendinde; "yeni vakıalar veya yeni deliller dermeyan edilip de bunlar yalnız başına veya evvelce irad edilen delillerle birlikte nazara alındıkları takdirde, sanığın beraatini..." gerektirecek koşullar oluşmuşsa, bu durum yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak belirtilmektedir.

3. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi (AİHS), Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kabul edilen 10.3.1954 günlü ve 6366 sayılı yasa ile onaylanarak 19.3.1954 sayılı ve 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

AİHS, Anayasa'nın 90. maddesine göre, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürüle-meyecek ağırlıkta bir ulusal yasadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal yasa niteliğindeki AİHS'nin benimsediği yargı kuruluşlarıdır.

Türkiye, Bakanlar Kurulu kararları ile, Sözleşme'nin 25. maddesine göre Komisyon'un bireysel başvuruları inceleme yetkisini, 46. ve 48. maddelerine göre de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiş bulunmaktadır.

Sözleşme'nin 53. maddesine göre, Türkiye, "... taraf olduğu divan kararlarına uymayı taahhüt etmiş"tir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde devletler, hükümetleri eliyle temsil edilmektedirler. Ancak Sözleşme'nin 53. maddesindeki "Yüksek Akidler" sözcüğü; yargı, yasama ve yürütme organları ile birlikte devlet tüzel kişiliğinin tüm erklerini kapsamaktadır.

4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, T.C. Anayasa Mahkemesi'nin üzerinde bir kuruluş değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir temyiz mercii olmadığı gibi, bu Mahkemenin kararları da, bir temyiz mahkemesi kararı niteliği taşımaz. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin TBKP'nin kapatılmasına ilişkin kararı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 30 Ocak 1998 günlü kararı ile, AİHS'nin örgütlenme özgürlüğünü güvence altında bulunduran 11. maddesinin ihlali olarak saptanmıştır.

T.C. Devleti'nin, bu çelişkiyi Sözleşme'nin 53. maddesi doğrultusunda gidermesi gerekmektedir. AİHM önündeki davada tartışılan somut olay Anayasa Mahkemesi kararı olduğuna göre, bu çelişkiyi giderme yetkisinin de, öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin görev alanına girdiği inancındayız.

5. AİHM'nin kesin kararının CMUK'nun 327. maddesinin 5. bendine göre, en azından "yeni vakıalar veya yeni deliller" kapsamında değerlendirilmesi, oluşan çelişkinin ulusal hukuk içinde çözümüne yol açacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki çeşitli davalarında konuların ilgilendirdiği boyutlarda AİHS'ni ulusal bir yasa olarak doğrudan uygulama geleneği, kanımızca bu başvurumuzun kabulüne de ışık tutacaktır.

Sonuç:

Sunulan nedenlerle, yargılamanın yenilenmesi istemimiz kabul edilerek, TBKP'nin kapatılması hakkındaki kararın kaldırılmasına, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından açılan kapatma davasının reddine karar verilmesini talep ederiz"

II- YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI'NIN GÖRÜŞÜ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 16.7.1998 günlü, SP. Muh. 1998/459 sayılı görüşünde:

"Avrupa Konseyi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 30 Ocak 1998 gün ve 133/1996/752/951 sayılı "sözleşmenin 11 sayılı maddesinin ihlal edildiği" dair kararının C.M.U.Y.'nin 327. maddesinde sayılan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden olmadığı ve Anayasanın 90. maddesine göre bağlayıcı nitelikte bulunmadığından, Türkiye Birleşik Komünist Partisi vekilinin yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine karar verilmesi yolundaki görüşümüz saygı ile arz olunur" denilmektedir.

III- OLAY

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 14.6.1990 günlü, SP.30.Hz. 1990/34 sayılı İddianamesi ile Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin, Anayasa'nın 2., 3., 6., 10., 14., 68. ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 78., 81., ve 96. maddelerine aykırı davrandığını ileri sürerek kapatılmasını istemiştir.

Anayasa Mahkemesi, kullanılması yasaklanmış adı taşıdığı ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozduğu gerekçesiyle, Anayasa'nın 3., 14., 68., 69. maddeleri ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 78. maddesinin (a) bendi, 81. maddesinin (a) ve (b) bentleri ve 101. maddesinin (a) bendi gereğince Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin kapatılmasına, 16.7.1991 gününde karar vermiştir.

Parti Genel Başkanı ve Genel Sekreteri'nin, Parti'nin kapatılmasının, "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 6., 9., 10., 11., 14. ve 18. maddeleriyle 1 sayılı Protokol'ün 1. ve 3. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek 7 Ocak 1992'de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na yaptıkları başvuru, 28 Ekim 1996'da Divan'a gönderilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 30 Ocak 1998 günlü, 133/1996/752/951 sayılı kararı ile Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin kapatılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesini ihlal ettiği kaar vermiştir.

Yargılamanın yenilenmesine ilişkin 29.6.1998 günlü başvuruda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 327. maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendinde yer alan "yeni vakıalar veya yeni deliller" kapsamında değerlendirilerek, Sözleşme'ye aykırılığı saptanan Anayasa Mahkemesi kararının ortadan kaldırılması ve açılan kapatma davasının reddine karar verilmesi istenilmiştir.

IV- YARGILAMANIN YENİLENMESİ İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunanlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının "yeni vakıalar veya yeni deliller" kapsamında değerlendirilmesini istemektedirler. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 327. maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendi hükmüne göre, "Yeni vakıalar veya yeni deliller dermeyeran edilip de bunlar yalnız başına veya evvelce irad edilen delillerle birlikte nazara alındıkları takdirde, sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı havi kanun hükmünün tatbiki ile mahkum olmasını istilzam edebilecek mahiyette olursa", hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi istenebilir.

Bu nedenle, ancak önceki kararın dayandığı kanıtları bertaraf eden "yeni vakıalar veya yeni deliller" bulunması durumunda yargılamanın yenilenmesine karar verilebilir. Yeni vakıa veya yeni delil, mahkeme tarafından hüküm

verildiği sırada bilinmeyen olay ya da delil demektir.

Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin kapatılmasına ilişkin karar, Parti Tüzük ve Programı esas alınarak verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Parti'nin program ve tüzüğünü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesine göre inceleyerek, kapatma kararının, Sözleşme'nin ihlali olduğuna karar vermiştir. İstemde bulunanlarca, konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı dışında yeni bir olay veya kanıt ileri sürülmemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 327. maddesi kapsamına giren yeni bir vakia veya delil niteliğinde olmadığından istemin reddi gerekir.

V- SONUÇ

1- 4.4.1929 günlü, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 327. maddesi uyarınca yerinde görülmeyen yargılamanın yenilenmesi isteminin REDDİNE,

2- Karar örneğinin, gereği için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine,

16.2.1999 gününde oybirliğiyle karar verildi. ■

Gönderen: Av. Güney DİNÇ-İZMİR

"12 EYLÜL" YASALARI İÇİN ANAYASAYA AYKIRILIK SAVINDA BULUNULAMAZ

ANAYASA MAHKEMESİ
1999/33 E.
1999/18 K.
25.05.1999 T.

ÖZET: Anayasa'nın geçici 15. maddesi yasakoyucu tarafından kaldırılıncaya değin bu madde kapsamındaki yasa ve yasa hükmündeki kararname anayasaya uygunluk denetimi dışındadır. Yorum yoluyla anayasanın

geçici 15. maddesinin geçersiz ve etkisiz duruma getirilmesi olanaksızdır.

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Lapseki Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 17.2.1926 günlü, 743 sayılı "Türk Kanunu Medenisi"nin 257. maddesine 16.6.1983 günlü, 2846 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile eklenen ikinci fıkranın, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali isetimidir.

I- OLAY

Evlad edinilen küçüğün nüfus kaydında ana adı olarak, kendi adının yazılması istemiyle, açılan davada, Mahkeme, Türk Medeni Kanunu'nun, 257. maddesinin ikinci fıkrasının iptali için başvuruda bulunmuştur.

II- YASA METİNLERİ

Medeni Yasa'nın itiraz konusu kuralı da içeren 257. maddesi şöyledir:

"Madde 257- Evlatlık, kendisini evlatlığa alanın aile ismini taşır ve onun mirasçısı olur. Asıl ailesindeki mirasçılığa da halel gelmez. Ana babaya ait hak ve vazifeler, evlat edinen kimseye geçer. Evlat edinme akdinden evvel yapılmış resmi bir senet ile, nesebi sahih çocukların mirasçılık hakkına ve ana babanın çocukların malları üzerindeki haklarına dair olan mevaddı kanuniyeye muhalif hükümler kabul edilebilir.

(Ek Fıkralar: 16/6/1983-2846/2 md.)

Karı koca tarafından birlikte evlat edinilen ve mümeyyiz olmayan küçüklerin nüfus kaydında ana baba adı olarak, evlat edinen karı kocanın adları yazılır.

Evlatlığın, miras ve başka haklarının halele uğramaması, alle bağlarının devam etmesi için evlatlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlat edinilenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur. Ayrıca her iki nüfus kütüğüne evlatlıkla ilgili resmi senedin tarih ve sayısı da kaydedilir.

İzmir Barosu Dergisi • Yıl 65 • Ekim 1999

o c

Evlatlığın, reşit olduktan sonra asıl ana babasının ismini kullanma hakkı saklıdır.

Evlad edinme ile ilgili kayıtlar mahkeme kararı olmadıkça veya evlatlık istemedikçe hiçbir şekilde açıklanamaz.”

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca yapılan ilk inceleme toplantısında, ilk inceleme raporu, dava dosyası ve ekleri, iptali istenilen yasa hükmü ve ilgili Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve öbür yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

743 sayılı "Tük Kanunu Medenisi"nin 257. maddesinin itiraz konusu ikinci fıkrası 18.6.1983 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 16.6.1983 günlü, 2846 sayılı Yasa ile eklenmiştir. Kurulda daha sonra değişiklik yapılmamıştır.

Anayasa'nın Geçici 15. maddesinde, "12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezai, malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.

Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez" denilmektedir.

Bu kuralla, 12 Eylül 1980'den, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk Milleti adına kullanan Millî Güvenlik Konseyi'nin çıkardığı yasaların, Anayasa'ya aykırılığı savında bulunulamayacağı öngörülmektedir.

7.11.1982 günlü, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın halkoyu ile kabulünden sonra yapılan ilk seçimler sonucu oluşan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Başkanlık Divanı 6.2.1983'de toplanmıştır.

Anayasakoyucunun, söz konusu kural ile Millî Güvenlik Konseyi'nin yasama yetkisini tek başına ya da Danışma Meclisi'yle birlikte kullandığı dönemde çıkarılan yasalar ve kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı

Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve yapılan işlemleri Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında tutmak amacıyla olduğu açıktır.

Anayasa'da belirli konuları düzenleyen genel kurallar yanında, özel kuralara da yer verilmiştir. Bir konu özel kurallarla düzenlenmemişse, sorunların çözümünde genel kurallar uygulanır. Ancak, o konuda özel düzenlemeler varsa artık genel kurallara başvurulmaz.

Anayasa kuralları etki ve değer bakımından eşit olup hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanmaları zorunludur. Sözü edilen maddenin "Geçici Madde" olarak adlandırılmış bulunması etki ve değer bakımından Anayasa'nın öteki maddelerinden daha zayıf ve önemsiz olduğu biçiminde yorumlanmasına neden olamaz. Geçici maddeler, genellikle geçiş dönemlerine ilişkin işlemlerin uygulama yöntemini ve kapsamını gösteren ayrı hükümleri içerirler. Hukukta genel kural olarak, yasalar, yayımlanmalarından sonraki olaylara ve durumlara uygulanırlar. Bu ilkenin en çarpıcı ayrıklığı, yasaklardaki geçici kurallardır. Bu nedenle yasaların geçici maddeleri ile esas maddeleri arasında farklılık varsa, özel niteliği nedeniyle, geçici maddeler esas maddeden önce uygulanırlar. Çünkü, yasakoyucu, kuralın ayrıklığında kamu yararı görmüştür. Özel düzenlemenin genel düzenlemeden önce geleceği hukukun genel bir ilkesidir. Anayasa'da da belli bir konuyu düzenleyen özel kural varken, o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel kural bulursa bile, onun değil, konuya özgü Anayasa kurallarının uygulanması gerekir. Bir yasada, öncelik alan geçici maddeler, uygulanıp sonuçları tümüyle alındıktan sonra işlevlerini yitirir. Tersine durumda, yasalardaki geçici maddeler, yasanın bir ayrıklık olarak kapsadıkları konularla birlikte geçerliliklerini sürdürürler.

Yasa metinlerinin ve sözcüklerinin, hukuk dilindeki anlamlarına göre anlaşılmalı gerektir. Yasa kuralının, günün toplumsal ve ekonomik gerekleriyle geliştiği sanılsa bile, yürürlükte kaldığı sürece uygulanması hukukun gereğidir. Kimi gerekçelerle bu kuralın dışına çıkılması, metinlerin anlamlarından başka biçimlerde yorumlanması, metnin bir tür düzeltilmesine kalkışılması, aslında yasada olmayan yasaya yakıştırmak ve yorum yoluyla amacını değiştirmek ya da yasakoyucunun yerini almak olur.

Geçici 15. madde kapsamındaki olağanüstü yönetimin olağanüstü koşulları altında çıkarılan yasalarla kanun hükmündeki kararnamelerin, geçilen demokratik düzen içinde değiştirilmesine ya da yürürlükten kaldırılmasına değin Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında bırakılmasında kamu yararı görülmüştür. Ancak, yasakoyucu, siyasal ve sosyal gelişmelere ve gereksinimlere göre, söz konusu yasal kurallardan gerekli gördüklerini değiştirebileceği ya da kaldırabileceği gibi Anayasa'da öngörülen koşullara

uyarak Anayasa'daki geçici maddeleri de kaldırılabir. Bunun dışında, yorum yoluyla Anayasa'nın geçici 15. maddesinin geçersiz ve etkisiz duruma getirilmesi olanaksızdır.

Anayasa'nın geçici 15. maddesi kapsamına giren kuralların hukuk devleti ilkesine uygun biçimde yargı denetimine açılması, Anayasa'ya aykırılık savında bulunma ve inceleme yasağının kaldırılmasına bağlı olup bu da Anayasa'nın 87. maddesi uyarınca doğrudan yasama organının görev ve yetkisi kapsamına girmektedir.

Bu nedenlerle, söz konusu kural hakkında Anayasa'ya aykırılık savında bulunulmasına Anayasa'nın geçici 15. maddesi olarak vermediğinden, itirazın, başvuran Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

Güven DİNÇER ve Lütfi F. TUNCEL bu görüşe katılmamışlardır.

IV- SONUÇ

17.2.1926 günlü, 743 sayılı "Türk Kanunu Medenisi"nin 257. maddesine, 16.6.1983 günlü, 2846 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile eklenen ikinci fıkranın, Anayasa'nın Geçici 15. maddesinin son fıkrası kapsamında olması nedeniyle Anayasa'ya aykırılığı savında bulunulamayacağından, Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle BAŞVURUNUN REDDİNE, Güven DİNÇER ile Lütfi F. TUNCEL'in karşıoyları ve oyçokluğuyla, 25.5.1999 gününde karar verildi.

KARŞIOY YAZISI

I- 12 Eylül 1980 tarihinden ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet meclisi'nin Başkanlık Divanı oluşuncaya kadar geçen süre içinde çıkarılan kanunlar ve kanun hükmünde kararnamelemler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca çıkarılan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceği yolundaki Anayasa'nın geçici 15'nci maddesinin son fıkrasındaki kuralın, maddenin bütünü ile birlikte değerlendirilmesi ve yorumlanması gerekir.

Anayasa'nın geçici 15'inci maddesi, belirli bir dönemde fevkaledede şartlar altında siyasal görev yapan Millî Güvenlik Konseyi ve Danışma Meclisi Üyeleri ile bu dönemde alınan kararları uygulayan kamu görevlilerini cezai, mali ve hukuki sorumluluktan koruyan kurallar bütünüdür.

Bu dönemde çıkarılan kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesi, o dönem karar ve tasarruflarının daha sonra Anayasa'ya aykırılık yoluyla hukuki tartışma konusu yapılmasını önlemeye yöneliktir. Yoksa, bu olağanüstü dönem aşıldıktan ve demokratik ve normal anayasal döneme geçildikten sonra 1980-1983 yılları arasında

çıkan kanunların uygulanması nedeni ile mahkemelerin itiraz yoluk yaptıkları Anayasa'ya aykırılık başvurularını önlemeye yönelik değildi. Nitekim, 1961 Anayasası'nın 1982 Anayasası'nın geçici 15'inci maddesinin son fıkrasına paralel olan geçici 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yolunu kapatmak için çok ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır. Geçici 15'inci madde bu derece ayrıntılı ve kapsamlı düzenlenmemiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarının, bu iki maddesinin mukayesesi geçici 15'inci maddenin Anayasa'ya aykırılık iddiasını önlemek için değil hukuki sorumluluk konusunu çözemlemek için konulduğunu açıkça göstermektedir.

II- Anayasa'nın geçici 15'inci maddesinin Anayasa'nın yürürlüğü ile ilgili 177'inci maddesi ile birlikte yorumlanması gerekir. Sözü edilen madde hükümleri yürürlükte olan ve Anayasa'ya aykırılık taşıyan tüm hukuk kurallarının yeni anayasa dönemi içindeki durumunu ele almakta ve açıklığa kavuşturmuştur. 177'inci maddenin (e) bendi hükmüne göre, Anayasa hükümlerinin mevcut kurum ve kurullarla olan ilişkileri doğrudan doğruya Anayasa hükümlerinin uygulanması ile çözümlenebilecektir.

Anayasa'nın 177'inci maddesinin (e) bendi hükmü ile Anayasa'nın geçici 15'inci maddesindeki Anayasa'ya aykırılık iddiasını engelleyen hüküm, 12 Eylül 1980 ile TBMM'nin açılışı arasındaki tesis edilen tasarrufların tartışılması dışında bütün Anayasa'ya aykırılık iddialarına imkan verici anlamdadır.

III- Geçici 15'inci madde ile ilgili olarak yapılacak engelleyici bir yorum 1980-1983 yıllarında yürürlüğe konulan yasaların anayasal denetimini sürekli engelleme demektir. 1961 Anayasası'nın geçici 4'üncü maddesi ile başlayan ve 1982 Anayasa'nın geçici 15'inci maddesi ile sürdürülen bu durum, pek çok konuda Türkiye'yi Anayasası ile değil Anayasa'nın yasaklayıcı geçici hükümleri ile yönetilen bir ülke olma yükü altında bırakmaktadır. Anayasal yorumlarda anayasal hakların eksiksiz kullanılması ve anayasa müesseselerinin bütünüyle çalışması temel yorum kuralı olmalıdır. Anayasa kurullarında belirsizlik ve uyumsuzluk hallerinde Anayasa hükümlerinin bu yönde yorumlanması ve Anayasa'nın geçici 15'inci ve 177'inci maddelerinin bu anlayışla ele alınarak Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması gerekir.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 152'inci ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28'inci maddesine göre Mahkemenin itiraz başvurusunun esaslan incelenmesi gerektiği oyuyla karara karşıyız. ■

Başkanvekili
Güven DİNÇER

Üye
Lütfi F. TUNCEL

MALDAKI GÖZLEMLE SAPTANAMAYACAK AYIPLAR "GİZLİ AYIP" NİTELİĞİNDEDİR

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
1999/11- 44 E.
1999/55 K.
03.02.1999 T.

ÖZET: Miktar itibariyle çok fazla olan satıma konu zeytinlerin muayene ve ihbarın hemen ya da birkaç gün içinde yapılması mümkün değildir. Mallardaki ambalaj yazım hatası ve son kullanma tarihi ile malın bünyesindeki şişme

sayının nitelik yönünden "gizli ayıp" sayılabilecek derecede olduğunun kabulü gerekir.

Taraflar arasındaki "teslim edilen malların ayıplı olduğunun tesbiti ile yerine ayıpsız malların verilmesine ilişkin asıl dava ile tazminat ve sözleşmenin feshine ilişkin" karşılık davadan dolayı yapılan yargılama sonunda; Bursa 1. Asliye Ticaret Mahkemesince davanın reddine, karşılık davanın kısmen kabulüne dair verilen 6.11.1996 gün ve 1993/604 E-1996/435 K.sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 9.6.1997 gün ve 1997/1338-4259 sayılı ilamı ile; (...Davacı vekili, müvekkili ile davalı arasında düzenlenen 1.3.1991 tarihli tek satıcılık sözleşmesi gereğince, davalının Bursa-FOB satışla gönderildiği zeytinlerin hukuki ve maddi ayıplı olduğunun tesbitini, ayıplı olanların davalıya iadesini, yerine sözleşmeye uygun ayıpsız mal verilmesini, diğer yasal haklarının saklı tutulmasını talep etmiştir.

Davalı vekili cevabında, son kullanma tarihi 5/93 yazılı olan ürünlerdeki hatayı kabul ettiklerini, diğer ayıpları kabul etmediklerini, ancak ayıplı olduğu iddia edilen ürünlerin teslimi halinde yenileri ile değiştirileceğinin ihtar edilmesine rağmen, süresi içinde gereğinin yapılmadığını beyanla, davanın reddini istemiş, karşı davasında da taraflar arasındaki 1.3.1991 tarihli sözleşmenin feshini ve ambalaj değiştirme zararı olarak (835.000.000) lirasının da tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece, tesbit raporları, yurtdışında yaptırılan tesbit raporları, bilirkişi raporu ve toplanan delillere göre, satılan malların Mayıs 1993 tarihinde iki parti halinde davacıya gönderildiği, birinci parti malın 34 adet tır ile, ikinci parti malın ise 22 adet konteynerlerle alıcının depolarına teslim edildiği, 34 adet tır ile gönderilen mallardaki ambalaj yazım hatası ve son kullanma tarihi ile malın bünyesindeki şişme durumlarının 2 gün içinde ihbar edilecek açık ayıplardan olduğu ve süresinde ayıp ihtarlarının yapılmadığı, diğer ayıpların ise 8 gün içinde ihbarı gerekmekte olup, bu malların hangi tarihte teslim edil-

diğinin CMR. makbuzların ibraz edilmemesi nedeniyle ispat edilmediği gibi 22 adet konteynerlerle taşınan malların da süresinde muayene ve ihbar ta rihleri saptanamadığından, davacının tüm malları ayıbı ile kabul etmiş sayıldığı, davalıya teslim edilen (60.363) kg. malın dava dışı olduğu, tarafla arasındaki uyumsuzluk dikkate alındığında, sözleşmeye devamın taraflarda beklenmesi gerektiği ve alıcının olaydaki tutumuna göre kötü niyetli olduğu ancak hüküm tarihinde sözleşme süresi sona erdiğinden feshi yolunda vak istem konusunda karar verilmesine yer olmadığı gerekçesiyle, asıl davanın reddine, karşılık davanın kısmen kabulü ile (275.959.183) lirasının iskonti faiziyle birlikte davalı şirketten tahsiline, fazla istemin reddine karar verilmiştir.

Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve dava konusu 2/ konteyner ile gönderilen zeytinler yönünden gerekli ayıp ihbarının yapıldığı anlaşılmadığı gibi teslim tarihlerinin isbat edilemediği ve bu yönün açıkça da temyize getirilmediği sonucuna varıldığından, davacı tarafın aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davacı taraf, 18.6.1993 günlü dava dilekçesinin 9 ve 10 sayfelerinde kullanma tarihleri "05 1993" olan zeytinlerin "BK. 203 ve aynı nitelikte hüküm lere müsteniden davalıya iadesine ve yerine anlaşma ve mevzuata uygun ambalajlarda ayıpsız mal verilmesine" karar verilmesini istemiş ve buna ilişkin zarar-zıyanın saklı tutmuş olmasına göre "05/1993" tarihli 60.363 kg'lık zeytinin dava konusu yapıldığı gözlenmiştir. Ayrıca, davalı vekili de 30.10.1996 günlü oturumda, aynen "Asıl davanın 60.363 kg'lık zeytinle ilgili..." kısmını aynen kabul ediyoruz demek suretiyle, bu tutar zeytinin dava konusu yapıldığını imzası ile teyit etmiştir. Şu halde, açıklanan tutarda davanın kabulüne karar verilmemiş olması usul ve yasaya aykırıdır.

3- Davacı taraf, dava konusu 34 tır ile taşınan zeytinlerin ayıplı olduğunu ileri sürmüştür. Bu zeytinlerin "397.200" kg olduğu anlaşılmıştır. Davacı tarafın iddiası, mahkemece alınan bilirkişi kurulu raporu ve Almanya'da yaptırılan tesbite göre, bu bölüm zeytinlerin, "gri-yeşil renk aldığı ve küf tutma ve mayalanma sonucu" acılık meydana getirdiği gözlenmiştir. 34 tır halinde taşınan ve önemli tutarda olan bu zeytinler için yapılacak muayene ve ihbarın hemen veya birkaç gün içinde yapılması mümkün değildir. İddia edilen ayıplar nitelik yönünden de, gizli ayıp sayılabilecek derecededir. Çünkü, bu ayıplar sadece gözlemlerle değil, laboratuvar sonucu ortaya çıkabilecek niteliktedir. Bu durumda, 397.200 kg. tutarındaki zeytinlerin ayıpları yönünden süresinde ihbar yapıldığını kabulü ile sonucu çerçevesinde karar vermek gerekirken, yazılı biçimde hüküm kurulması da doğru görülmemiştir.

4- Davalı ve karşı davacının temyizine gelince;

Usul Hukukumuza göre her dava, açıldığı tarihteki koşullar gözönüne alınarak çözümlenmelidir. Karşı dava 16.7.1993 tarihinde açılmıştır. Taraflar arasındaki sözleşme 1.3.1991 tarihini taşımakta olup, bu sözleşmenin feshini istediğine göre, fesih halinin dava tarihine göre değerlendirilmesi ve ayrıca bu halin tesbiti gerekir. Yerel mahkemece, bu usul kuralının gözardı edilmesi de doğru görülmemiş ve hükmün karşı davacı yararına bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı-karşılık davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı-karşılık davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 3.2.1999 gününde, oybirliği ile karar verildi. ■

İPOTEK LİMİTİ DIŞINDA FAİZ İSTENEMEZ

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
1999/19 -10 E.
1999/42 K.
03.02.1999

ÖZET : 1- İpotek ile teminat altına alınan alacak için yapılan icra takibinde ipotek limiti dışında faiz istenemez.

2- Asıl alacak yönünden ipotek limiti dışında kalan alacak için açılan icra takibinde temerrüt faizi talep edilebilir.

Taraflar arasındaki "itirazın iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 5. Ticaret mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 29/5/1997 gün ve 1996/310-1997/339 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 3/12/1997 gün ve 1997/7133-10262 sayılı ilamı ile; (...TTK.nun 8/2. maddesi hükmünde, ticari iş mahiyetinde olan karz akıtlarında 3 aydan aşağı olmak üzere tahakkuk ettirilen akdi faizin ana paraya ekleneceği ve yeniden akdi faiz yürütüleceği belirtilmektedir.

Ayrıca taraflar arasında imzalanan kredi sözleşmesinin 3. maddesinde kullanılan krediye 30/6 ve 30/12 dönemlerinde tahakkuk ettirecek faizin derhal ödenmesi, ödenmez ise ayrı bir hesaba alınarak yeniden akdi faiz işletileceği kararlaştırılmıştır.

O halde mahkemece, kredi borcuna 30/6 ve 30/12 dönemlerinde tahakkuk ettirilecek akdi faiz ve ferilerin ayrı bir hesaba alınıp veya ana paraya eklenerek yeniden akdi faiz işletilmesi ve temerrüt tarihine kadar oluşan asıl alacağın bu şekilde tesbiti gerekirken olaya uygun düşmeyen bilirkişi raporu ile alacağa basit faiz yürütülmesi doğru olmadığı gibi, ipotek ile teminat altına alınan alacak için, yapılan icra takibinde ipotek limiti dışında faiz istenemeyeceğinden bu asıl alacak yönünden ipotek limiti dışında kalan alacak için açılan icra takibinde temerrüt faizi talep edebileceği gözetilmeden istemin reddi isabetsizdir.

Kabul şekli itibarıyla de, davalının yargılamada kendisini vekil ile temsil ettirmediği dikkate alınmadan davalı yararına vekalet ücreti verilmesi yanlıştır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : 1- Davacı vekili
2- Davalılar vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

1- Yerel mahkemenin davanın kısmen kabulüne dair verdiği karar davalılar tarafından temyiz edilmemiş, davacı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece bozulmuştur.

Hal böyle olunca mahkeme kararı hükmü temyiz etmeyen davalılar(...) A.Ş. ve T.S.G. yönünden kesinleşmiştir.

Bu durumda haklarında hüküm kesinleşmiş olan davalıların direnme kararını temyize hakları bulunmamaktadır.

O itibarla davalılar (...) A.Ş. ve T.S.G.'in temyiz istemleri reddedilmelidir.

2- Davacı vekilinin temyizine gelince;

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle bilirkişi raporunda açıkça ihtarname öncesi dönemde faize faiz olarak hesaplanan kalemlerin dikkate alınmadan hesaplama yapılmış olduğunun açıkça belirtilmiş olmasına göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

1- Bozmadan önceki kararı temyiz etmemeleri nedeniyle haklarındaki karar kesinleşmiş bulunan davalılar S. T. ve T.S. G.'in direnme kararını temyize hakları olmadığından temyiz isteklerinin REDDİNE, istek halinde temyiz peşin harcının iadesine.

2- Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, 3/2/1999 gününde, oybirliği ile karar verildi. ■

KADASTRO BELİRTMELİK TUTANAĞI İLE TANIK ANLATIMLARININ ÖRTÜŞMESİ GEREKİR

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
1999/7 - 33 E.
1999/23 K.
27.01.1999 T.

ÖZET: Toprak komisyonunca düzenlenen belirtmelik tutanağının içeriği ile tanık anlatımları arasında ortaya çıkan çelişkinin giderilip, 3402 sayılı Kadastro Yasası'nın 14/2'nci maddesinde öngörülen araştırmalar noksansız olarak tamamlandıktan sonra sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.

Taraflar arasındaki "Kadastro Tepsitine İtiraz" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kayseri Kadastro Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 3.12.1997 gün ve 1996/464 E. 1997/234 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 30.3.1998 gün ve 1998/638 E. 1998/1438 K. sayılı ilamı ile; (...Kadastro sırasında 6645 parsel sayılı 2811,92 m2, 6746 parsel sayılı 14269,96 m2 6749 parsel sayılı 3919,21 m2 yüzölçümündeki taşınmazlar 4753 sayılı yasaya göre oluşturulan ve dava dışı parsellere de uygulanan hazine tapu kayıtlarına dayanılarak hazine adına tespit edilmiştir. Davacı Ahmet Işık kazandırıcı zaman aşımı zilyetliğine dayanarak dava açmıştır. Mahkemece davanın kabulüne, taşınmazların davacı adına tesciline karar verilmiş, hüküm davalı hazine tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dava konusu 6645 ve 6746 parsel sayılı taşınmazlar 4753 ve 5618 sayılı kanunlar gereğince oluşturulan tapu kaydına dayanılarak hazine adına tesbit edilmiştir. Hazineye ait tapu kaydının haritalarının nizalı taşınmazlara ait olduğu çekişme konusu değildir. 3402 sayılı kadastro kanununun 46/1 maddesi hükmünce koşullarının varlığı halinde bu nitelikteki taşınmazların zilyetleri adına tesbit ve tescil edileceği hükme bağlanmıştır. Taşınmazların Hazineye ait tapu kayıtlarının kapsamı içinde kaldığı, ancak tapu kayıtlarının oluşturulduğu güne kadar taşınmazlarda zilyet davacı yararına kazandırıcı zaman aşımı zilyetliği ile taşınmaz edinme koşullarının gerçekleştiği, mahkemece yapılan keşif, uygulama, dinlenen yerel bilirkişi anlatımı, tanık düşünceleri ve toplanıp değerlendirilen diğer delillerle saptanmıştır. Bu nedenlerle hazinenin 6645 ve 6746 parsel sayılı taşınmazlar hakkındaki hükme yönelik yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddi ile hükmün ONANMASINA ilan harcı alınmasına yer olmadığına.

2- Hazinenin 6749 parsel sayılı taşınmaz hakkında oluşturulan hükme yönelik temyiz itirazlarına gelince: Mahkemece hazineye ait tapu kaydının İzmir Barosu Dergisi • Yıl 65 • Ekim 1999

oluşturulduğu günde davacı yararına 3402 sayılı Kadastro Kanununun 14. maddesi hükmünde öngörülen taşınmaz edinme koşullarının gerçekleştiği gerekçe gösterilmek suretiyle hüküm kurulmuş ise de; yapılan araştırma, inceleme ve uygulama hüküm vermeye yeterli bulunmamaktadır. Nizalı taşınmaza revizyon gören hazineye ait tapu kaydının dayanağı olan toprak komisyonunca düzenlenen belirtmelik tutanağında; nizalı taşınmaza ait davacı veya miras bırakanlarının dayandıkları herhangi bir belge bulunmadığı, davacının 1949 yılından beri taşınmazda zilyet olduğu açıklanmıştır. Belirtme tutanağında gösterilen 1949 yılı zilyetlik başlangıcı olarak dikkate alındığında Hazine'nin dayandığı tapu kaydının oluşturulduğu tarihe kadar 20 yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmaktadır. Diğer taraftan dinlenen bilirkişi ve tanıklar zilyetliğin başlangıcını 1940 yılı olarak haber vermişlerdir. Bu durumda belirtmelik tutanağı içeriği ile duruşma sırasında dinlenen yerel bilirkişi ve tanık sözleri arasında çelişki meydana gelmiştir. Mahkemece bu çelişki üzerinde durulmamış, giderilmemiştir. O halde taşınmazın türünün ne olduğu devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan mera olup olmadığı konusunda başka köyden dinlenen yerel bilirkişi aracılığı ile araştırma yapılmalı, bundan sonra taşınmazın ilk malikinin kim olduğu ne biçimde tarım toprağı haline getirildiği, zilyetliğin sürdürülüş biçimi, kimden kime kaldığı mirasçılar arasında paylaşma olup olmadığı ve ayrıca davacı yararına zilyetlikle taşınmaz edinme koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmalı, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 14/2 maddesi hükmünde öngörülen araştırma yapılmalı, bu konuda bilirkişi ve tanıklardan ayrıntılı bilgi alınmalı, belirtmelik tutanağı bilirkişileri çağrılıp dinlenmeli, anlatımlar konusunda çelişki bulunduğu takdirde bu çelişki giderilmeli, ayrıca bilirkişi ve tanık beyanlarının denetlenmesi yönünden tüm komşu taşınmazlara ait kadastro tutanak örnekleri ve dayanağı belgeler getirilmek suretiyle taşınmaz başında uygulanmalı, teknik bilirkişiden keşfi izleme olanağı sağlayan kroki tanzim ettirilmeli, ondan sonra toplanan ve toplanacak deliller hep birlikte değerlendirilmek suretiyle sonucuna göre hüküm kurulmalıdır...) gerekçeyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı Vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak

gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, 27.1.1999 gününde, oybirliği ile karar verildi. ■

**KADASTRODA TESPİT DIŞI BIRAKILAN YERLER
İÇİN KAZANDIRICI ZAMANASIMI 20 YILDIR**

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
1999/8 - 7 E.
1999/33 K.
03.02.1999 T.

**ÖZET : Tespit dışı bırakılan bir yerin
MK.nun 639/1 ve 3402 sayılı yasanın 14 ve
17. maddelerine göre tapuya tescil
edilebilmesi için bu yer üzerindeki tasarruf
ve zilyetliğin en erken tespit dışı bırakılma
tarihinden başlayacağıının kabulü ile tespit**

**işleminin yapıldığı tarihten dava tarihine kadar 20 yıldan fazla süre ile
yasada belirtilen koşullar altında zilyetliğin sürdürölmesi gerekir.**

Taraflar arasındaki "tapu iptali ve tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Çal Sulh Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulü, kısmen reddine dair verilen 3.12.1997 gün ve 96/181 E., 97/366 K. sayılı kararın incelenmesi davacı-davalı ve Hazine tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 22.6.1998 gün ve E. 98/490-K.98/7169 sayılı ilamı ile; (...Davacı, M.D. Hazine ve Belediye Başkanlığını hasım göstererek açtığı ve kendisine ait 5835 parselin doğusuna isabet eden yoldan bir kısmının adına tesciline ilişkin dava ile 5832 parsel maliki Hatice aleyhine açtığı aynı yer Sulh Hukuk Mahkemesinin 1997/50 esas sayılı dosyası ve keza aynı şahsın 5834 parsel maliki M.A. aleyhine açtığı aynı mahkemenin 1996/313 sayılı dosyası ile M.A.'ın davacı M.D. ve H.A. aleyhine açtığı ve bu şahıslara ait 5835 ve 5832 parsellerde yerleri bulunduğu dair 1996/318 sayılı dosyaların birleştirilerek birlikte yapılan yargılama sonunda yerel mahkemece davacı M.D.'nin 1996/313, davacı M.A.'ın 1997/318 sayılı dosyalarda açtığı davaların reddine, davacı M.D.'nin Hatice aleyhine açtığı 1997/50 sayılı dosyayla ilişkili olarak da teknik bilirkişinin tarihsiz krokisinde yeŐille taralı bölüm için kabulüne ve davacı M.D.'nin 1996/181 sayılı dosyayla ilişkili olarak sözü edilen krokide kırmızı renkli I ve mavi renkle III sayılı bölümlere yönelen davanın kabulüne karar verilmiş, hükmü davacı M.A. ile davalı H.A. ve Hazine temyiz etmiştir.

Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verildiğine ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre davacı M. A. davalı Hatice ve Hazine'nin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün 1,2 ve 3. bentlerinde yazılı olan ve 1996/313 esas ile 1997/318 esas sayılı davaların reddine ve 1997/50 esas sayılı dava ile ilgili olarak krokide yeşil renkle gösterilen 5832 parsel bölümünün iptaline dair hüküm bölümlerinin ONANMASINA,

Hükmün 4. bendindeki yol olarak tapulama ve kadastro harik bırakılan krokide kırmızı ve mavi renklerle taralı ve birleŐtirilen 1996/181 esas sayılı davaya konu taşınmazla ilgili temyiz itirazlarına gelince: Davacı kadastro sırasında tespit dışı bırakılan dava konusu yerin MK.nun 639/1 maddesi hükmü uyarınca tescilini istemiştir.

Dava konusu taşınmaz, kadastro işlemi sırasında hukuksal niteliğ belirlenerek yol olması nedeniyle tespit dışı bırakılmıştır. Tesbit dışı bırakılma işlemi de bir tapulama işlemidir. Taşınmazın özel mülkiyete konu olamayacağı gerçeği ile tesbit dışı bırakıldığı tarihte, hak iddiasında bulunan davacının yürürlükte bulunan yasa hükmü uyarınca bir itirazda bulunmadığı gib çekişmeli yere komşu 5835 sayılı parselin kadastroca davacı adına tespi edildiği 21.6.1989 tarihinde dava konusu taşınmazın adına tespit ve tescil edilmeyerek tespit dışı bırakıldığına dair yapılan tapulama iŐleminde hâberdar olduğu anlaşılmaktadır.

Bu tür yerler hakkında hak iddiasında bulunanlar tarafından tespit dışı bırakılma işlemine karşı 3402 S.K.nun 7/4. maddesi hükmüne dayanarak taşınmazın kadastroya tabi olması gerektiği şeklindeki iddia ile komisyona itirazda bulunabileceği gibi kadastro mahkemelerinde itiraz davası ve genel mahkemelerde de ilgili davayı açabilir. Tesbit dışı bırakılan yer üzerinde hak iddiasında bulunan kişi tarafından takip edilecek yol yürürlükten kaldırılan 766 S.K.nun 2 ve 3402 S.K.nun da 7/4. maddesinde belirtilmiştir. Anılan 7. maddenin 4. fıkrasına göre, "kadastro tutanağı düzenlenmeyen yerlerin kadastroya tabi olması yolunda iddia vaki olursa, bu kanun gereğince tahdit ve tesbiti açıklanarak kadastro yapılarak tutanak düzenlenir ve iddia sebepleri açıklanarak kadastro komisyonuna tevdi edilir". Komisyonca yapılacak işlem ve incelemenin şekli ve süresi de 10. maddede açıklanmıştır. Bu maddelerde öngörölün süreler içerisinde hak iddiasında bulunulmadıkça yani tesbit dışı kalma işlemi yönünden uyumsuzluk çıkarılıp tutanak düzenlenmedikçe tesbit dışı bırakılma yolunda yapılan kadastro işlemi kesinleşir. Davacının dava konusu taşınmazın tesbit dışı bırakılma işlemine karşı hak iddiasıyla itirazda bulunduğu iddia ve ispat edilmemiştir.

Yargıtay'ın kararlılık kazanan uygulamalarına göre, tesbit dışı bırakılan bir yerin MK.nun 639/1 ve 3402 S.K.nun 14 ve 17. maddelerine göre tapuya tescil edilebilmesi için tespit dışı bırakılma işleminin yapıldığı tarihten dava tarihine kadar 20 yıldan fazla süre ile Yasada belirtilen koşullar altında zilyetliğin sürdürölmesi gerekir. (HGK. 22.3.1995 t. 1994/8-873 E. 1995/216 K.; 19.2.1997 T. 1996/8-768 E. 1997/100 K.; 18.2.1998 T. 1998/8-15-129)

Nizalı taşınmazın hukuki niteliğinin belirlendiği tespit dışı bırakılma tarihinde Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olup henüz imar,

ihya ve zilyedlik yoluyla tasarrufa başlanılmadığı, ziraate elverişli hale getirilmediği ve zilyedliğin ancak en erken tespit tarihinde başladığının kabulünün gerekli olduğu tespit işlemi ile ilgili belgelerle ve açıklanan ve aksi iddia ve ispat edilemeyen nedenlerle sabittir.

Davaya ve temyize konu somut olayda tespit dışı bırakma işleminin yapıldığı 21.6.1989 tarihi ile davanın açıldığı 26.7.1996 tarihi arasında (20) yıllık kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap süresi dolmadığı ve böylece MK.nun 639/1 ile 3402 sayılı Kanununun 14. maddesinde açıklanan tescilin zilyedlik süresi ile ilgili iktisap koşulu tamamlanmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken değişik sebep ve gerekçe ile kabulüne karar verilmesi isabetsiz ve Hazine'nin temyiz itirazları yerinde görülmeyle kabulü ile hükmün dördüncü bendinde yazılı taşınmazla ilgili bölümünün açıklanan nedenlerle BOZULMASINA...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı Hazine

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Davacı, kadastro sırasında tespit dışı bırakılan dava konusu yerin M.K.nun 639/1. maddesi hükmü uyarınca tescilini istemiştir.

Dava konusu taşınmaz, kadastro işlemi sırasında hukuksal niteliği belirlenerek tespit dışı bırakılmıştır. Tespit dışı bırakılmak eylemi de bir tapulama işlemidir. Bütün yerler hakkında hak iddiasında bulunanlar tarafından tespit dışı bırakılma işlemine karşı 3402 S.K.nun 7/4. maddesi hükmüne dayanarak taşınmazını kadastroya tabi olması gerektiği şeklindeki iddia ile komisyona itirazda bulunulabileceği gibi kadastro mahkemelerinde itiraz davası açabilir. Komisyonca yapılacak işlem ve incelemenin şekli ve süresi de 10. maddede açıklanmıştır. Bu maddelerde öngörülen süreler içerisinde hak iddiasında bulunulmadıkça yani tespit dışı kalma işlemi yönünden uyumsuzluk çıkarılıp tutanak düzenlemedikçe tespit dışı bırakılma yolunda yapılan kadastro işlemi üzerinden uzun süre geçtikten sonra tespit dışı bırakılma tarihindeki niteliğin aksini iddia etmek o tarihte kadastro işlemi ile belirlenen fiili duruma aykırı düşer. Davacının dava konusu taşınmazın tespit dışı bırakılma işlemine karşı hak iddiasıyla itirazda bulunduğu da iddia ve ispat edilmemiştir.

Yargıtayın kararlılık kazanan uygulamalarına göre, tespit dışı bırakılan bir yerin MK.nun 639/1 ve 3402 S.K.nun 14 ve 17. maddelerine göre tapuya tescil edilebilmesi için bu yer üzerindeki tasarruf ve zilyetliğin en

erken tespit dışı bırakılma tarihinde başlayacağını kabulü ile tespit dışı bırakılma işleminin yapıldığı tarihten dava tarihine kadar 20 yıldan fazla süre ile Yasada belirtilen koşullar altında zilyedliğin sürdürülmesi gerekir. (HGK 22.3.1995 T., 1994/8-873 E., 1995/216 K.; 19.2.1997 T., 1996/8-768 E., 1997/100 K.; 18.2.1998 T., 1998/8-15-129).

Nizalı taşınmazın hukuki niteliğinin belirlendiği tespit dışı bırakılma tarihinde Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olduğu ve henüz tasarrufa başlanılmadığı tespit dışı bırakma işlem ve nedeninden ve davacı zilyedin bu işleme karşı hak iddiasıyla itirazda bulunmadığından anlaşılmalıkla zilyedliğin ancak en erken tespit tarihinde başladığının kabulü gerekir.

Davaya ve temyize konu somut olayda tespit dışı bırakma işleminin yapıldığı 21.6.1989 tarihi ile davanın açıldığı 26.7.1996 tarihleri arasında (20) yıllık kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap süresi dolmadığı ve böylece MK.nun 639/1 ile 3402 sayılı Kanununun 14. maddesinde açıklanan tescil davasının zilyedlik süresi ile ilgili iktisap koşulu tamamlanmamıştır.

Yerel mahkemenin davanın on yıllık hak düşürücü sürede açıldığı şeklindeki görüşünde de isabet yoktur. Zira Kadastro Kanununun hak düşürücü süre ile ilgili 12/3. maddesi hükmü tapulama dışı bırakılan yerler hakkında uygulanmaz (HGK. 26.6.1987 T., 1986/8-669 E., 1987/568 K., HGK. 22.5.1991 T., 1991/8-177-287). Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı Hazine'nin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, 3.2.1999 gününde, oyçokluğu ile karar verildi.■

KIRALANANDA MALİKİN "İKİNCİ İŞ" YAPMA İSTEĞİ TAHLİYE NEDENİDİR

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
✓ 1999/6 - 116 E.
1999/130 K.
03.03.1999 T.

ÖZET: Kiralananın (mecurun) yeni malikinin bir işyerine sahip olması, ikinci bir iş yapma isteğiyle tahliye davası açmasına engel değildir.

Taraflar arasındaki "tahliye" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Turgutlu Sulh Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 30.12.1997 gün ve 1997/1057 E- 1158 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 8.6.1998 gün ve 1998/4900-4937 sayılı ilamıyla; (... Dava yeniden iktisap ve işyeri ihtiyacı nedeniyle kiralananın boşaltılması istemine ilişkindir. Mahkemece istem gibi karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacılar vekili, davalının kiracı olduğu ve tapuda 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69 bağımsız bölüm numarası ile kayıtlı taşınmazları davacıların satın aldığı bu yerlerin tamamında üniversiteye hazırlık dershanesi açacaklarını belirterek davalının tahliyesini istemişlerdir. Davalı vekili davacıların aynı binanın diğer bir katında başka bir işle iştigal ettiklerini mevcut işe ilaveten ikinci bir iş yapma arzusunun zorunlu ihtiyaç olarak kabul edilemeyeceğini davanın reddini savunmuştur. Dinlenen tanık beyanlarından davacıların aynı binada bir sürücü kursu işlettikleri anlaşılmaktadır. Turgutlu Ticaret Sicil Memurluğunun getirilen yazısından her üç davacının da Özel Ç. Sürücü Motorlu Taşıt Sürücüleri Kursu Limited Şirketinin ortağı ve şirket müdürleri olarak şirketi temsile yetkili oldukları görülmektedir. Davacıların halen bir işleri bulunduğuna göre, ikinci bir iş yapma isteği 6570 sayılı Yasa'nın tarif ettiği anlamda zorunlu ihtiyaç kapsamı içinde düşünülemez. Bu nedenle davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle tahliye kararı verilmesi hatalı olmuştur. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır...) gerekçeyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı Vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA, 3.3.1999 gününde oyçokluğu ile karar verildi. ■

HAMALIN AYNI İŞVEREN YANINDAKİ ÇALIŞMASI HİZMET AKDİNE DAYALIDIR

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
1999/21 - 2 E.
1999/24 K.
27.01.1999 T.

ÖZET: Aynı işverenin yanında uzun yıllar hamal olarak görev yapan kişinin bu çalışmasının "hizmet akdi"ne dayalı olduğunun kabulü gerekir.

Taraflar arasındaki "hizmet tespiti" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ordu-Ulubey Asliye Hukuk mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 13.5.1997 gün ve 1995/203 E- 1997/57 K. sayılı kararın incelenmesi davalı SSK. vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 25.12.1997 gün ve 1997/7238-8597 sayılı ilamı ile; (... Dairemizce verilen bozma kararı doğrultusunda yapılan araştırma ve inceleme sonucu toplanan delillere göre davacılar murisinin serbest hammaal olarak çalıştığı ve zaman zaman başka işverenlerin işini de yaptığı, olarak hizmet akdine dayalı bir çalışmasının olmadığı anlaşıldığından davanın reddine karar vermek gerekirken, kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

O halde davalı kurumun bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı SSK. vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Dava, 506 sayılı Kanunun 79/8. maddesine dayanılarak açılmış hizmet tespiti isteğine ilişkindir.

Yerel mahkeme, davacılar murisinin davalı işveren yanında, hizmet aktine dayalı olarak çalıştığını kabulle 19 yıl üzerinden 5928 işgünü hizmeti olduğunun tespitine karar vermiştir.

Özel Daire, davacılar murisinin serbest hamal olarak çalıştığı zaman zaman başka işverenlerin işini de yaptığı, hizmet aktine dayalı bir çalışmasının olmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuş mahkeme önceki gerekçeleriyle kararında direnmiştir.

Yerel mahkemenin davacılar murisinin aynı işveren yanında deva olarak hizmet akti ile çalıştığı yönündeki kabulü, dosya kapsamı, tutanak kanıtlar karşısında, somut olayın özelliğine göre doğru bulunmuş, diren bu yönüyle yerinde görülmüş ise de, hizmet süresinin tespitine yönelik ola mahkemece yapılan hesaplama dairesince incelenmediğinden bu yıl işlen temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Dairesine gönderilir ldir.

SONUÇ

Yukarıda gösterilen nedenlerle direnme kararı yerinde ise de hizr süresinin hesabına yönelik temyiz itirazlarının tetkiki için dosyanın 21. Hul Dairesine gönderilmesine 27.1.1999 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Olayda hizmet sözleşmesi kurulmamıştır. O nedenle Sosyal Sigorta Kurumu ile bağlantısı yoktur. İçtihattan dönüş, içtihadı birleştirme kararı konusudur. Gerçi, böyle bir zorunluluk yoktur; ama konu önem arzettiği i içtihattan dönüş için neden göremiyorum. O nedenle kararın bozulm gerekir.■

Erbay TAYL,
19.H.D.Üy.

**KÖY OKULU HİZMETLİSİ İŞ AKDİNDEN DOĞAN
HAKLARINI MUHTARLIKTAN İSTEYEBİLİR**

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
1999/10 - 117 E.
1999/128 K.
03.03.1999 T.

ÖZET: Ücreti veliler tarafından ödenen köy ilkokulunun hizmetlisini köyü temsil eden muhtarlığın işe aldığı kabulü ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan davaların muhtarlığa karşı açılması gerekir.

Taraflar arasındaki "Hizmet Tesbiti" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Aydın 1. Asliye Hukuk (İş) Mahkemesince davanın reddine dair verilen 10.6.1998 gün ve 1996/1567 E- 1998/782 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 17.9.1998 gün ve 1998/5395 E. 1998/5661 K. sayılı ilamı ile; (...Davacının köy ilkokulunun hademelik işini yaptığı ve ücretinin her yıl çocuk velilerinden toplanıp ödendiği tartışmasızdır. Öte yandan Milli Eğitim Bakanlığının davacı ile hizmet sözleşmesi yapmadığı yönü de açıktır. Davacının çalıştığı sürelerde anılan köyde okulu koruma adı altında bir dernek kurulduğu da iddia ve ispat edilmiş değildir. Köy kanununa göre köyü muhtarlık temsil ettiğinden davacıyı işe alanın muhtarlık olduğu ve hizmet sözleşmesinin muhtarlıkla davacı arasında akdedildiği kabul edilmelidir. Şu hale göre işin esasına girilerek varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmesi gerekirken yazılı düşüncelerle davanın husumet noktasından reddine karar verilmiş olması usule ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, 3.3.1999 gününde, oybirliği ile karar verildi.■

SİGORTANIN "RÜCUEN TAZMİNAT" DAVASI 2 YILLIK ZAMANAŞIMINA TABİDİR

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
1998/1583 E.
1998/3009 K.
04.05.1998 T.

ÖZET: Sigorta tazminatını ödeyen sigortacının, sigorta ettirenin halefi sıfatıyla zarara neden olan araç maliki aleyhine açacağı rücuen tazminat" davaları olay tarihinden itibaren 2 yıllık zamanaşımına tabidir.

Taraflar arasındaki davadan dolayı İzmir 6. Sulh Hukuk Mahkemesince verilen 4.12.1997 tarih ve 795-1433 sayılı hükmün temyizden tetkiki davalı Koll. Şti. vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verilmediği anlaşılmalı olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı vekili, müvekkili şirkete kasko sigortalı olan 35 HH 911 plakalı araca 30.12.1994 tarihinde davalı şirkete ait diğer davalı Mehmet'in sevk ve idaresindeki 35 VA 106 plakalı aracı çarparak hasar verdiğini, müvekkilinin 47.250.000 lira hasar bedelini 1.9.1995 tarihinde sigortalıya ödediğini ileri sürerek 47.250.000 liranın 1.9.1995 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı E. Koll. Şti. vekili, iki yıllık zamanaşımı süresinin geçtiğini, istenen tazminatın fazla olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir.

Davalı Mehmet, davayı kabul etmediğini belirterek reddini istemiştir.

Mahkemece; iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, dava konusu trafik kazasında davalı sürücü Mehmet'in %100 oranında kusurlu olduğu, davacının sigortaladığı araçta 47.251.671 lira maddi hasar meydana geldiği gerekçesiyle, 47.255.000 liranın 1.9.1995 ödeme tarihinden itibaren yıllık %30 faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınıp davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Kararı davalı Koll. Şti. vekili temyiz etmiştir.

Dava, sigorta tazminatını ödeyen sigortacının, sigorta ettirenin halefi sıfatıyla TTK.nun 1301.'nci maddesi gereğince tazminat istemine ilişkindir. Trafik kazası 30.12.1994 tarihinde vukubulmuş ve dava 10.6.1997 tarihinde açılmıştır. Davacı sigorta şirketi TTK.nun1301'nci maddesi gereğince kendi sigortalısına ödeme, yapması sonucu sigortalının yerine kaim olmuştur. 2918 olaya sebebiyet veren aracın maliki hakkında açılacak sorumluluk davası iki yıllık zamanaşımına tabidir. Olay ve dava tarihlerine göre, dava bu süre

geçtikten sonra açıldığından ve davalı araç maliki vekili de süresinde zamanaşımı itirazda bulunduğundan, E. Tic. ve Paz. Koll. Şti. aleyhinde açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı E. Koll. Şti. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün temyiz eden davalı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 4.5.1998 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.■

Gönderen:
Av. Ahmet DOKUCU-İzmir

EVLENME TARİHİNE GÖRE UZUN SÜRE CİNSEL İLİŞKİNİN KURULAMAMASI MANEVİ ÖDENCE GEREKTİRMEZ

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
1999/2 - 13 E.
1999/20 K.
27.01.1999 T.

ÖZET : Evlenme tarihine göre uzunca sayılacak bir süre içinde cinsel ilişkinin kurulamaması olgusunun kişisel hakları zedelediği kabul edilemez. Bu durum manevi tazminat ödenmesini gerektirmez.

YAYIN KURULU NOTU:

Dergimizin 99/Temmuz sayısının (99/3. sayı) 108-109. sayfalarında yayımlanan aşağıdaki içtihadın başlığı ve özeti Y.H.G.K. Kararı yerine hataen yerel mahkeme kararını bozan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin kararından alınmıştır. Doğru biçimini yeniden veriyor, okurlarımızdan özür diliyoruz.

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda: İzmir 6. Asliye Hukuk Mahkemesince asıl davanın reddine karşılık davanın kısmen kabulüne dair verilen 30.12.1997 gün ve 1996/888 E. 1997/1192 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.4.1998 gün ve 1998/3499 E- 4599 K. sayılı ilamıyla; (... 1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davacıların ve karşılık davacı ve davalı İsmail'in tüm davalı ve karşılık davacı Derya'nın aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2- Evlenme tarihine göre, uzunca sayılacak bir süre içinde cinsel ilişkinin kurulamadığı konusunda çekişme bulunmamaktadır. Belirlenen bu olgunun kişisel hakları zedelediği dikkate alınmadan davalı ve karşı davacı Derya için Medeni Kanunun 4. maddesiyle öngörülen hakkaniyet ilkesine göre, uygun miktarda manevi ödenceye hüküm verilmemiş olması doğru bulunmamıştır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı - karşılık davacı Derya vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde ten edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gel görüşüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak kanıtlara mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özel delilleri değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerek;

SONUÇ

Davalı karşılık davacı Derya'nın temyiz itirazlarının reddi ile, diren kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA, gerekli temyiz harç peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına gerek olmadığı 27.1.1999 gününde oyçokluğu ile karar verildi. ■

YARGI KARARLARININ UYGULANMAMASI NEDENİYLE MANEVİ TAZMİNAT İSTENE BİLİR

YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU
1999/4 - 79 E.
1999/68 K.
10.02.1999 T.

ÖZET: 1402 sayılı yasa uyarınca işine son verildikten sonra eski görevine iadesine ilişkin yargı kararının tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde uygulanmaması ile ilgilinin manevi tazminat isteme hakkı doğar.

Taraflar arasındaki "manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 29. Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 16.7.1997 gün ve 1996/496 E. 1997/528 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 16.2.1998 gün ve E. 1997/8629-K. 1998/490 sayılı ilamı ile; (... 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre öteki temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Dava, yargı kararının uygulanmaması nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili müvekkilinin Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Halk Sağlığı Ana Bilim Dalında Sosyolog olarak çalışmakta iken 1982 yılında 1402 sayılı yasa uyarınca görevine son verildiğini, yargı kararı ile eski görevine iadesine karar verildiği halde sosyolog kadrosu ile değil genel idare hizmetleri sınıfında memur olarak atandığını, bu işleme karşı da iptal davası açtıklarını, iptal davasının kabul edilerek sosyolog olarak atanması gerektiğine karar verildiğini, bu kararın uygulanması isteminin davalı rektöre noter kanalı ile bildirilmesine rağmen uygulanmadığını ileri sürmüştür.

Davalı vekili ise müvekkilinin kusuru ve kasda dayalı bir eylemi bulunmadığını, idare aleyhine dava açılması gerektiğini, olayda Borçlar Kanununun 49. madde koşullarının oluşmadığını savunmuştur.

Ankara İkinci İdare Mahkemesinin davacının sosyolog olarak atanması işleminin iptali ile ilgili 996/805 esas sayılı davasında verdiği 19.9.1996 günlü iptal kararı davalı rektöre tebliğ edildiği halde otuz gün içinde uygulanmamış bulunduğu davalının manevi tazminat isteme hakkı doğmuştur. Ne var ki, davalının, dava konusu olayların son aşamasında rektörlük görevine seçilmiş olması ve bu göreve geldikten sonra konuya iyiniyetle yaklaşarak çözüm arama yoluna gitmiş bulunması, dosya kapsamı ve olayın özelliği gibi

yönler gözetildiğinde, mahkemece hüküm altına alınan 350.000.000 TL. fazladır. Bu nedenle daha ılımlı bir miktara hükmedilmek üzere karar bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA 10.2.1999 gününde, oybirliği ile karar verildi. ■

**NAFAKA DAVALARINDA TEMYİZ SINIRI
AYLIK MİKTARA GÖRE SAPTANIR**

YARGITAY
2. HUKUK DAİRESİ
1999/7643 E.
1999/7732 K.
02.07.1999 T.

ÖZET : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 4. maddesi hükmü tümü hesap ve taktir edilebilen muaccel alacağa ilişkin olduğundan, nafaka davalarında nafakanın belirli bir zaman dilimi içinde belirlenmesi bu davalara kısmi niteliği vermez. Aynı yasanın 4146 sayılı yasa ile değişik 427/2. maddesi gereğince taşınır mal ve alacak davalarında temyiz sınırı 01.01.1998 tarihinden itibaren 20.000.000 lira olup değer itibariyle bunun altında kalan kararlar kesindir.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Nafaka ve nafakanın artırılması davaları kanundan doğan bir alacağın tesbiti ve tahsili davası niteliğindedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 4. maddesi hükmü tümü hesap ve takdir edilebilen muaccel alacağa ilişkin olduğundan, nafaka davalarında nafakanın muayyen bir zaman dilimi içinde belirlenmesi bu davalara kısmi niteliği vermez.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 23.06.1996 gün ve 4146 sayılı yasa ile değişik 427/2. maddesi ile taşınır mal ve alacak davalarında temyiz sınırı 1.1.1998 tarihinden itibaren 20.000.000 liraya çıkarılmıştır. Belirtilen konularda değer itibariyle 20.000.000 liranın altında kalan kararlar kesindir.

➤ Hukuk Genel Kurulu 14.05.1997 gün ve 32/422 sayılı kararında da açıklanan gerekçelerle karar düzeltme de bağlanan aylık nafaka miktarının gözetileceğini açıklamıştır. Benimsenen bu ilkeler doğrultusunda gerek temyiz, gerekse karar düzeltmeler de üst sınır aylık nafaka miktarıyla belirlenmelidir.

Somut olayda aylık nafaka da "reddedilen miktar 20.000.000 TL. lirayı aşmadığından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427/2. maddesi gereğince temyiz edilebilme sınırı altında kalan nafaka takdirine ilişkin karar kesindir.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle miktarı itibariyle kesin hükme yöneltilen temyiz dilekçesinin REDDİNE oyçokluğuyla karar verildi. 2.7.1999.

MUHALEFET ŞERHİ

Nafaka davalarında, kesinlik sınırının aylık nafaka miktarına göre tesbi edilmesi gerektiği yolunda yasalarımızda bir hüküm yoktur.

Harçlar Kanununa göre nafaka verilmesine dair hükümlerde, bir senelik nafaka bedeli üzerinden karar ve ilam harcı alınması gerekmektedir.

Avukatlık asgari ücret tarifesinin 10. maddesine göre de, belirlenen nafakanın yıllık tutarı üzerinden ücreti vekalet hesaplanır.

Harcın ve ücreti vekaletin yıllık nafaka miktarı üzerinden hesaplanması karşısında, temyiz edilebilme sınırının da yıllık nafaka tutarı üzerinden hesaplanması gerektiği, buna göre de kararın kabili temyiz olduğu, işin esasının incelenmesi gerektiği kanaati ile sayın çoğunluğun red kararına katılmıyorum.■

Üye

Ferman Kıbrıscıklı

Gönderen: Av. Suat ÇELEBİ-İZMİR

HÜKMEDİLECEK MANEVİ TAZMİNAT ZARAR VEREN İÇİN CAYDIRICI MİKTARDA OLMALIDIR

YARGITAY
4. HUKUK DAİRESİ
1998/7491 E.
1999/843 K.
09.02.1999 T.

ÖZET : Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde, zarar görenin tatmin duygusunun karşılanması gerektiği gibi, zarar veren için de caydırıcı olma özelliği taşımaktadır.

Adı Kızılay Kan Merkezi olan bir kurumdan alınan kanların beklenen gereksinmeye

yanıt verecek nitelikte olduğu varsayılır. Yaşamsal önem taşıyan bir maddeyi, bu maddenin kullanılış amacı ile önemine uygun olarak teknolojinin öngördüğü tüm testlerden ve denetimden geçirilmesi zorunludur.

Davacıların küçük çocuklarının tedavisinde kullanılan kanda AIDS virüsünün bulunduğu sabit olduğuna göre, bu durum çocuk ile anne ve babasının şimdiki ve gelecekteki yaşamlarını önemli ölçüde çekilmez hale getirecektir. Mahkemece herbiri lehine taktir edilmiş bulunan 10'ar milyar liralık manevi tazminat miktarı yüksek değildir.

Taraflar arasındaki manevi tazminat davası üzerine yapılan yargılama sonunda, ilamda yazılı nedenlerden dolayı davalılardan Sağlık Bakanlığı hakkındaki davanın mahkemenin görevsizliği nedeniyle reddine 30.000.000.000 lira manevi tazminatın 17.6.1996 olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalı Kızılay Genel Müdürlüğünden alınarak davacılara ilamda belirtilen şekilde ödenmesine, fazla istemin reddine ilişkin hükmün davalılardan Kızılay Genel Müdürlüğü avukatları tarafından duruşma istekli olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıtı gönderilmiştir. Belli günde temyiz eden davalı idare adına Avukat (...) ile diğer taraftan davacı asiller N.O. (asaleten, velayeten) ve N.O. ve adlarına Avukatı gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanarak temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan, hazır bulunanların sözlü açıklamaları dinlendikten ve tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor okunduktan sonra dosya incelendi gereği görüldü.

Davacılar, anne N., baba N. kendilerine asaleten, çocukları Y. adına velayeten açtıkları davada, çocukları Y.'in prematüre olarak doğduğunu, bundan dolayı da kan verilmesi gerektiğinin hastahane yetkililerince bildirilmesi üzerine, İzmir Kızılay Bölge Müdürlüğü'nden gerekli kanı satın alıp, sağlık görevlilerine teslim ettiklerini, çocuklarına bu kanın verilmesinden dört ay kadar sonra AIDS virüsü taşıdığıının belirlendiğini belirterek toplam 75 milyar lira manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır.

Mahkemece, istem kısmen kabul edilmek suretiyle 30 milyar liranın (he davacı için 10'ar milyar) davalı Kızılay Genel Müdürlüğü'nden alınmasına diğer davalı Sağlık Bakanlığı hakkındaki davanın ise, hizmet kusurunda kaynaklandığı, bundan dolayı da idari yargı yerinde açılması gerektiği gerekçesi ile mahkemenin görevsizliği yönünde hüküm kurulmuştur.

Karar, davalı Kızılay Genel Müdürlüğünce, öncelikle davanın İzmir'de değil, Genel merkezin bulunduğu Ankara'da açılması gerektiği belirtilerel yetki itirazını da tekrar etmiştir.

Esasa ilişkin temyiz itirazında da, davacı çocuğa verilen kanın, kan bağışlıyan kişiden kanın alındığı tarihte henüz ANTIHIV ELISA NEGATİF olduğu, ancak daha sonra pozitive dönüştüğü, bunun başlangıçta saptanmasının mevcut teknik olanaklar itibariyle mümkün olamadığı, bu bakımdan da kusurlu sayılamıyacakları ileri sürülmüştür. Davalı, bu savunmasının doğrulamak için, Sağlık uzmanı olan kişilerin bilgilerini de dosyaya sunmuştur. Ayrıca hüküm altına alınan tazminatın fazla olduğu da belirtilmiştir.

1- Davalının aşağıda belirtilen bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Şöyle ki;

a) Haksız eylem İzmir'de meydana gelmiş olup, davacılar o yerde zarara uğradıkları gibi aynı yerde oturmaktadırlar. HUMK.nun 21. maddesinde, haksız eylemeden doğan davaların, eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde açılacağı öngörülmüştür. Bu bakımdan davalının yetki itirazı yerinde görülmemiştir.

b) Dava, davalının haksız eylemi ile uğranılan zararın ödetilmesine ilişkin bulunmaktadır. İddia edilen eylemden, davalının sorumlu tutulabilmesi için, davalının kusurlu olduğunun davacıların bu eylemden dolayı zarar gördüklerinin, eylemle oluşan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasının ve eylemin de hukuka aykırı olmasının kanıtlanması gerekmektedir. Açıklanan şu unsurlardan zararın oluştuğu, zararın da kullanılan kan nedeniyle meydana geldiği, böyle bir eylemin de hukuka aykırı olduğu konusunda yanlar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yine somut olayın oluş biçimine göre, davacıların küçük çocuklarının tedavisinde kullanılan kanı, Kızılay İzmir bölge Müdürlüğünden aldıkları, bu kanda AIDS virüsünün bulunduğu da tartışmasızdır.

Uyuşmazlığın odak noktası, davalı Kızılay Genel Müdürlüğü'nün kusurunun bulunup-bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Yasalarımızda kusurun bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte, kusurlu sorumluluğun dayanağını teşkil eden BK.nun 41. maddesinde, "... haksız bir surette..." sözcük dizisi ile sorumluluk için, kusurun varlığının zorunlu olduğu ifade edilmek istenmiştir. O halde kusur, hukuk düzeninin kınadığı, hoşgörmediği bir davranış olarak

tanımlanabileceği gibi, olması gereken biçimde davranmak gerekirken, somut olaydaki gibi davranmış olmak olarak da tanımlanabilir. Hukuk düzenince öngörülen bu tanımlamayı somut olaya uyarladığımızda, ismi Kızılay Kan Merkezi olan bir kurumun, kan gereksinimlerinin giderilmesinde birinci derecede önem taşıdığı ve bu hizmeti nedeniyle güvenilir olduğu bilinen bir olgudur. Diğer bir anlatımla, davalı kurumdan alınan kanların beklenen gereksinmeye cevap veren bir nitelik taşıdığı varsayım olarak kabul edilmektedir. Ne var ki, alınan ve kullanılan kanın hiç de temiz olmadığı, mümkün olamayacak kadar zararlı olduğu ortaya çıkmıştır. Kullanılan kanın sağlandığı kişinin bilinen virüsü taşıması, davalıyı sorumluluktan kurtarmaz. Davalı bu denli önemli olan ve yaşamsal değer taşıyan bir maddeyi, o maddenin kullanılış amacı ve önemine uygun olarak teknolojinin öngördüğü tüm testlerden ve denetimden geçirmesi gerekli ve zorunludur. Ne var ki, olayda kullanılan kanın mevcut teknolojinin öngördüğü teste tabi tutulmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca olayın özelliği itibarıyla davalının kusursuzluğunun kanıtlanmasında tanık açıklamaları da sonuca etkili değildir. Diğer bir anlatımla tanık açıklamaları ile davalının kusursuz olduğu sonucuna varılamaz. Somut olayda davalının kasıtlı davrandığı iddia edilmediği gibi, böyle bir olgu da söz konusu değildir. Davalı somut olaydaki sonucun meydana gelmesini istememektedir. Ne var ki meydana gelmemesi için de gerekli dikkat ve özeni göstermediği, anlaşılmaktadır.

Davalının hüküm altına alınan manevi tazminat miktarının fazla olduğuna ilişkin itirazına gelince, bu tür tazminatların yasal dayanağı MK.nun 24, 24/a ve BK.nun 49. maddesidir. Olayda, çocuğun ve davacı olan anne ve babasının şimdiki ve gelecekteki yaşamlarının önemli ölçüde çekilmez bir hale geldiği, toplumun tüm katmanlarınca, bu kişilerle sosyal ve fiziki ilişki kurmada son derece olumsuz bir sonucun ortaya çıktığı tartışmasız kabul edilmelidir. Böylece, tüm davacıların ve özellikle çocuğun fiziki ve sosyal, anne ve babanın da sosyal kişilik değerlerinin yaşam boyunca ve her an saldırıya uğradığı açıktır. Tüm bu olgular gözönüne alındığında BK.nun 49. maddesinde öngörülen, "... tarafların... sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır" biçimindeki kural uyarınca ve paranın günümüz koşullarındaki alım gücü de gözetildiğinde, hüküm altına alınan manevi tazminatın fazla olmadığı sonucuna varılacaktır. Bu bağlamda manevi tazminat miktarının belirlenmesinde, zarar görenin tatmin duygusunun karşılanması gerektiği gibi zarar veren için de caydırıcı olma özelliği de taşınmalıdır. Bu nedenle davalının bu yöne ilişkin itirazları da yerinde görülmemiştir.

2- Davalının diğer temyiz itirazına gelince, 3685 sayılı yasa ile değiştirilen 1606 sayılı, Bazı Dernek ve Kurumların Bazı Vergilerden Bütün Harç ve Resimlerden muaf Tutulmasına İlişkin Yasanın 1. maddesi gereğince,

Türkiye Kızılay Derneği harçtan başışık tutulmuş olmasına karşın, davalının harçla yükümlü tutulması anılan yasa maddesine aykırı ise de, bu hatanın giderilmesi, HUMK.nun 438. maddesi uyarınca yeniden yargılamayı gerektirmediğinden kararın düzeltilerek onanması uygun görülmüştür.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın (2) sayılı bentte gösterilen nedenle, hüküm fıkrasının 2 nolu bendinde "... alınması gerekli 1.080.000.000 lira ilan harcının davalı Kızılay Genel Müdürlüğü'nden alınmasına..." sözcük dizisinin çıkarılmasına, yerine "Türkiye Kızılay Derneği harçtan muaf olduğundan harç alınmasına yer olmadığına" sözcük dizisinin yazılmasına, davalının diğer temyiz itirazlarının (1-a, b) sayılı bentteki nedenle reddine, kararın bu düzeltilmiş biçimi ile ONANMASINA, 9.2.1999 gününde oybirliğiyle karar verildi. ■

GÖNDERENLERİN NOTU:

Yüksek Mahkeme yukarıdaki kararında, günümüz koşullarında paranın alım gücü gözetilerek belirlenen manevi ödencenin fazla olmadığı sonucuna varılmakla birlikte Hukuk sistemimizde ilk olarak, "Manevi tazminat miktarını belirlenmesinde zarar görenin tatmin duygusunu karşıladığı gibi, zarar veren için de caydırıcı olma özelliği taşımalıdır" görüşüne yer verilerek Manev tazminat miktarının belirlenmesinde yeni bir çığır açmıştır.

Yüksek Mahkemece verilen bu karar, Manevi tazminat davalarında emsa olacak son derece çağdaş bir karardır. Artık manevi tazminat davalarında "zarar veren açısından caydırıcı olma" unsuru, diğer unsurlarla birlikte gözetilecektir.

Gönderenler:
Av. Mehriğül KELEŞ
Av. M.Emin KELEŞ/İZMİR

KAZANÇ KAYBININ HESABINDA EMEKLİLİK AYLIĞI DİKKATE ALINMAZ

YARGITAY
4. HUKUK DAİRESİ
1998/10573 E.
1999/2379 K.
18.03.1999 T.

ÖZET: Trafik kazasından doğan tazminatın hesaplanmasında davacının yaptığı (kuaförlük) iş nedeniyle uğradığı kazanç hesaplanırken Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan aldığı emekli aylığının düşülmesi yasaya ve uygulamaya aykırıdır.

Taraflar arasındaki trafik kazasından doğan tazminat davası üzerine yapılan yargılama sonunda, ilamda yazılı nedenlerden dolayı 58.447.493 lira tazminatın 9.12.1993 olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalı Salih'ten alınarak davacıya ödenmesine, fazlaya dair istem ile diğer davalı Muslu hakkındaki davanın reddine ilişkin hükmün süresi içinde davacı avukatı ile davalılardan Salih avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor okunduktan sonra dosya incelendi gereği görüldü.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerekçirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalı Salih'in temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacının temyiz itirazlarına gelince; dava, 9.12.1993 tarihinde oluşan ve yaralanmayla sonuçlanan trafik kazasından kaynaklanmıştır. Davacı ilk davayı açıp yararına hüküm verildikten sonra 22.9.1997 tarihinde eldeki bu davayı açmıştır. Davalı İşleten Muslu yönünden davayı zamanaşımı nedeniyle reddetmiş, karar, davacı ve davalı Salih tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, 2918 sayılı yasanın 109/2. ve BK'nun 60. maddesi uyarınca yıllık beş yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır. Olayda açıklanan süre geçmediğine ve işleten de sorumlu olduğuna göre davalı Muslu yönünden davanın reddi doğru değildir; kararın bozulması gerekmiştir.

3- İlk davadaki SSK Müdürlüğü'nün cevabi yazısına göre davacıya (1.2.1990) tarihinden itibaren yani, olay tarihinden önce yaşlılık aylığı bağlanmıştır. Yine ilk davada alınan bilirkişi raporunda, davacının ek olarak yaptığı kuaförlük nedeniyle işgücü kaybı hesaplanmıştır. Davacı, açtığı bu ikinci davada ise, bakiye kazanç kaybı talebinde bulunmuştur. Mahkeme, ilk davadaki bilirkişi raporunda hesaplanan miktardan Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan aldığı aylıkları düşerek kalan miktara hükmetmiştir. Oysa,

davacının yaptığı (kuaförlük) iş nedeniyle uğradığı kazanç kaybı hesaplanırken Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan aldığı emekli aylığının düşülmesi yasaya ve uygulamaya aykırıdır, kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın (2) ve (3) sayılı bendleride gösterilen nedenlerle davacı yararına BOZULMASINA; davalı Salih'in temyiz itirazlarının ilk bendeki nedenlerle reddine 18.3.1999 gününde oybirliğiyle karar verildi. ■

Gönderen: Av. Fuat ATEŞOĞLU-BERGAMA

**TACİR OLMAYAN SİGORTALININ HALEFİ RÜCUAN TAZMİNAT
DAVASINDA REESKONT ORANINA GÖRE FAİZ İSTEYEMEZ**

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ
1998/733 E.
1998 K.
30.03.1998 T.

ÖZET: Tacir olmayan sigortalının haklarına halef olan sigortanın açacağı rücuun tazminat davasında reeskont oranlarının değil, yasal faiz oranlarının uygulanması gerekir.

Taraflar arasındaki davadan dolayı İzmir 9. Sulh Hukuk Mahkemesince verilen 20.11.1997 tarih ve 724-1477 sayılı hükmün temyizden tetkiki davalı Hazine Vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, davalıların maliki ve sürücüsü bulunduğu aracın müvekkiline kasko sigortalı araçla çarpışması sonucu sigortalı araçta meydana gelen hasar bedelinin sigortalıya ödendiği sigortalı araç sürücüsünün %100 oranında kusurlu bulunduğunu, hasar bedelinin bir kısmının davalı araç sigortasınca karşılandığını ileri sürerek, bakiye 22.208.000 TL'nin 16.10.1995 tarihinden itibaren işleyecek reeskont faizi ile birlikte davalılardan mütessesilen tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı İdare vekili, hasar miktarını kabul etmediklerini, ticari faiz istenemeyeceğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre yaptırılan bilirkişi incelemesinde, olayda davalı araç sürücüsünün %100 oranında kusurlu olduğu, davacının isteyebileceği tazminat miktarının 22.208.000 TL. olarak belirlendiği, davacı sigorta şirketinin TTK. hükümlerine göre kurulmuş ve bu kanun hükümlerine göre işlem yapan bir ticari kuruluş olması dava konusunun da, TTK'nun 1301. maddesine göre yapılan ödemeden kaynaklandığı tartışmasız olduğundan davacının halefinin tacir olup olmadığına bakılmaksızın Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin son içtihatları gözönünde bulundurularak reeskont faize hükmedilmek gerektiği, davalı Y.D. hakkındaki davanın atıye terk edildiği gerekçesiyle, davalı Y.D. hakkındaki davanın takipsiz bırakılmasından itibaren 3 aylık süre geçtiğinden açılmamış sayılmasına, 22.208.000 TL'nin 16.10.1995 tarihinden itibaren işleyecek %57 ve değişen oranlarda reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı Hazine vekili temyiz etmiştir.

Dava, TTK'nun 1301. maddesi uyarınca, rücuun tazminat istemi ilişkindir. Anılan madde uyarınca, sigortacı, sigortalının haklarına ha olduğuna göre, ancak sigortalının isteyebileceği miktarı isteyebilir. Da konusu olay, haksız fiilden kaynaklanmakta olup, TTK'nun 3. maddesi uyarınca, ticari işletmeyi ilgilendiren tüm fiil ve işlerin ticari işlerd sayılacağı düzenlenmiş ise de, davalının sıfatının dikkate alınması gerekrr sine göre, hükmedilecek faiz oranının %30 yasal oranda olması gerekti düşünülmeden, yazılı gerekçe ile reeskont oranında faize hükmedilm doğru görülmemiş ve kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiş ise de, yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, HUM 438/7. maddesi uyarınca, kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, hüküm fıkrasındaki "%57 reeskont faibaresinin çıkartılarak yerine "%30 yasal faizi" ibaresinin eklenmesir kararın düzeltilmiş bu şekli ile ONANMASINA, 30.3.1998 tarihin oybirliğiyle karar verildi.■

SİGORTA POLİÇESİNDEKİ SİGORTALININ ZARARINA KONULMUŞ HÜKÜMLER GEÇERSİZDİR

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ
1997/10307 E.
1998/1300 K.
02.03.1998

ÖZET : Türk Ticaret Yasası'nın 1264. maddesinin 4. fıkrası uyarınca sigorta poliçesine sigorta ettirenin zararına olacak biçimde konulan hükümler geçersizdir. Poliçedeki yıllık yüzde 10 oranı yerine reeskont oranı üzerinden faiz hesaplanmalıdır.

Taraflar arasında açılan davadan dolayı İzmir Asliye 1. Ticaret Mahkemesince verilen 3.10.1997 tarih ve 484-851 sayılı hükmün temyizden tetkiki davacı ile davalılardan Sigorta vekilleri tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü.

Davacı vekili; müvekkil aracının davalılar tarafından kasko sigortası yapıldığını, primin peşin ödendiğini, ancak risk gerçekleşikten sonra hasarsızlık indirimine ilişkin belge sunulmadığı gerekçesiyle poliçenin iptal edildiği ileri sürülerek hasar tazminatının ödenmediğini, bu nedenle fazlaya ilişkin hak saklı kalmak kaydıyla şimdilik 30.000.000 TL'nin 23.2.1995 tarihinden itibaren reeskont oranı üzerinden faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı Sigorta vekili savunmasında; hasar ihbarından sonra istenen hasarsızlık indirimine ilişkin belgenin ibraz edilmediğini, bu nedenle poliçe genel koşulları C 2/2 maddesi uyarınca cayma hakkını kullandıklarını, poliçede istenebilecek faizin yıllık %10 olarak kararlaştırıldığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davalı sigorta şirketince poliçe düzenlenir iken istenmesi gereken hasarsızlık indirimi belgesinin, riziko gerçekleşikten sonra talep edilip, ibraz edilmemesi nedeniyle poliçeden cayılmasının hukuken korunamayacağı, hasar miktarına herhangi bir itirazın bulunmadığını, poliçede temerrüt faizinin en fazla %10 olacağını kararlaştırıldığı gerekçesiyle davanın kabulüne; 30.000.000- TL'nin dava tarihinden itibaren yıllık %10 faizi ile birlikte davalılardan tahsiline, fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmasına karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili ve davalı Sigorta vekili temyiz etmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin

yerinde görülmeyen tüm, davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddin karar vermek gerekmiştir.

2- Davacının temyizine gelince: dava; kasko sigorta poliçesinin dayanılarak açılmış tazminat davasıdır. Taraflar arasındaki sigorta sözleşmesi ticari sözleşme niteliğindedir. TTK.nun 3. maddesi uyarınca tica işlerde uygulanacak faiz oranı 3095 sayılı yasanın 2/3 maddesinde açıklanan T.C Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı reeskont faiz oranı olup, TTK.'nun 1264. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, sigorta poliçesine sigorta ettirenin zararına olacak şekilde konulan hükümler geçersiz olduğundan, istem gibi reeskont oranı üzerinden faize hükmetme gerekir iken, yazılı şekilde geçersiz olan poliçedeki faiz oranının uygulanması doğru görülmemiştir. Ancak, anılan eksikliğin yeniden yargılamayı gerektirmemesi karşısında hükmün HUMK.nun 438/7 maddesi uyarınca düzeltilerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle Sigorta vekilinin tüm, davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bendde açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile kararın hüküm fıkrasından "taraflar arasında düzenlenen poliçede faize ilişkin özel hüküm de dikkat alınarak yıllık %10" ibaresinin çıkarılarak yerine "%57 ve sonrada değişecek oranlar infazda nazara alınmak üzere reeskont oranı üzerinden ibaresi yazılmak suretiyle düzeltilmesine, hükmün düzeltilmiş bu durumu il HUMK.nun 438/7 maddesi uyarınca ONANMASINA 2.3.1998 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.■

**TRAFİK KAZASI YAPAN SÜRÜCÜNÜN SIFR ALKOLLÜ OLMASI
HASARIN SİGORTA TEMİNATI DIŞINDA KALMASINI GEREKTİRMEZ**

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ
1998/868 E.
1998/2404 K.
02.04.1998 T.

ÖZET: Trafik kazasının ve hasarın sürücünün alkolün etkisi altında bulunmasından meydana gelip gelmediği nöroloji uzmanı tabib, hukukçu ve trafik uzmanı bilirkişilerden oluşacak kurula tespit ettirilip sonucuna göre karar verilmelidir. Çünkü sürücünün sırf alkollü olması hasarın teminat dışı kalmasını gerektirmeyecektir.

Taraflar arasındaki davadan dolayı İzmir 9. Sulh Hukuk Mahkemesince verilen 4.12.1997 tarih ve 692-1557 sayılı hükmün temyizden M.N.A. vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, davalı Mehmet'e ait aracın müvekkili şirkete zorunlu mali mesuliyet sigortası ile sigortalı olduğunu, ancak bu araç diğer davalı tarafından alkollü olarak kullanılırken 3. şahsın aracına çarptığını ve müvekkilinin 3. şahsa (81.200.000) TL tazminat ödediğini polişe şartlarının 4. maddesine göre alkollü araç kullanmanın teminat dışı kaldığını ileri sürerek (81.200.000) TL'nin ödeme tarihi olan 16.10.1996 tarihinden itibaren reeskont faizi ile birlikte davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı Zeki Cevabında; zarar miktarının fazla olduğunu ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Davalı Mehmet vekili cevabında; aracını noter vekaletnamesi ile dava dışı Salih'e sattığını, Salih'in de kaza yapan Zeki'ye sattığını müvekkiline husumet yöneltilemeyeceğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddiaya, savunmaya, toplanan delillere, bilirkişi raporuna göre, davalı sürücü Zeki'nin 2,20 promillü almış olduğu alkolün etkinliği ile park halinde bulunan minübüse çarparak hasara sebep olduğu böylece davalı Zeki'nin %100 kusurlu olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile (81.200.000) TL'nin 16.10.1996 tarihinden itibaren %57 reeskont faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı davalı Mehmet vekili temyiz etmiştir.

Taraflar arasındaki sigorta poliçesi genel şartları 4/d maddesine göre, kaza ve hasarın sürücünün alkolün etkisi altında bulunmasından ileri gelmiş

olması halinde, bu hasar teminat dışında kalır. Diğer bir deyişle, sürücünün sırf alkollü olması hasarın teminat dışı kalmasını gerektirmez. Bu durumda mahkemece, nöroloji uzmanı tabib, hukukçu ve trafik uzmanı bilirkişilerden oluşacak bilirkişi heyetine inceleme yaptırılarak, olayın meydana geliş şekliyle kaza ve hasarın sürücünün sadece alkolün etkisi altında bulunmasından meydana gelip gelmediği saptanarak sonucu çerçevesinde karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde eksik incelemeye dayalı karar verilmesi doğru görülmemiş kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 2.4.1998 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. ■

TAKSİTLİ SATIŞLARDA "VADE FARKI" KONULMASI MEVZUATA AYKIRI DEĞİLDİR

YARGITAY
11. HUKUK DAİRESİ
1998/9960 E.
1999/1865 K.
08.03.1999 T.

ÖZET: Ülkenin ekonomik koşulları dikkate alındığında, taksitli satışlarda "vade farkı" konulmasında mevzuata aykırı bir durum yoktur. Bu konuda taraflar arasında bir sözleşme yapılabileceği gibi, vade farkı kaydını içeren faturanın tebliğinden itibaren

8 gün içinde itiraz edilmemiş olması ya da o iş kolunda TTK.nun 1. ve 2. maddelerinde belirtildiği biçimde ticari örf-adeetin sözkonusu olması halinde vade farkı istenebilecektir.

Taraflar arasındaki davanın İzmir 9. Sulh Hukuk Mahkemesince görülerek verilen 19.10.1998 tarih ve 713-1234 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmalı olmakla dava dosyası için Tetkik Hakimi Ayşe Altun tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, 3.11.1997 20.11.1997 ve 18.12.1997 tarihli faturalar karşılığı 110.542.600 lira tutarında mal alan davalıların bedeli ödemediklerini, itiraz edilmeyen faturalar üzerinde yazılı son ödeme tarihinden itibaren işlemiş faiziyle birlikte tahsili amacı ile başlatılan icra takibine davalıların itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptaline, %40 icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmesine talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, gönderilen mallar içerisinde bir cantın eksik çıktığını, Tire Mahkemelerinin yetkili olduğunu, kalan bütün borçların da ödendiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalıların davacı taraftan satın aldığı 110.562.600 lira mal bedelini ödemediği, faturada yazılı vade ve faiz oranlarını ticari teamüle göre geçerli olduğu, davalı tarafın ödeme konusunda bir belge sunmadıkları gibi hatırlatılmasına rağmen yemin teklif etmedikleri gerekçesiyle, davalıların icra dosyasına yaptıkları itirazlarının iptaline, takibin devamına, %40 icra inkar tazminatının davalılardan alınıp davacıya verilmesine, takip talebinde istenilen faizin asıl alacak miktarı üzerinden ve takip tarihinden itibaren yürütülmesine karar verilmiştir.

Kararı davalılar vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararını gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vekilinin aşağıdaki ber dışında sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Dava, tacirler arasındaki satın sözleşmesinden kaynaklanan alacağı tahsili amacıyla başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı taraf, 3.11.1997, 20.11.1997 ve 18.12.1997 tarihli faturalara karşılığı malın davalı tarafından satın alındığını ispat etmiştir. Ancak vadenin ve vade farkı oranının %15 olduğu faturaların davalı tarafa tebliğ edildiği dair davalı kabulü olmadığı gibi bu konuda bir delil de görülmemiştir.

Ticari hayatta alım-satım sözleşmelerinde mal bedelinin "peşin" veya "taksitle" ödenmesi mümkün bulunmaktadır. Ülkenin ekonomik şartlar dikkate alınarak taksitli satışlarda "vade farkı" adı altında uygulamaya dayatılmaktadır. Vade fark, ilk satış bedeline yani sermene belirli oranlarda ilaveler yapılarak, ödeme tarihinde bu orana göre belirlenen mal bedelidir. Vade farkı konusunda taraflar arasında ayrı bir sözleşme yapılabileceği gibi vade farkı kaydını içeren faturaya TTK.nun 23/2. maddesine göre tebliğden itibaren 8 gün içinde satın alan tarafından itiraz edilmemesi suretiyle vade farkının kabul edilmesi ya da faturada böyle bir kayıt olmasa da taraflar arasında süre gelen ticari ilişkide vade farkı konusunda bir uygulama olması mümkündür. Hatta o iş kolunda TTK.nun 1 ve 2. maddesinde belirtildiği şekilde ticari örf-adet uygulaması da sözkonusu olabilir.

Davacının takibe dayanak yaptığı faturaların altında "ödeme tarihi ve vadesi geçen ödemeler için aylık %15 vade farkı uygulanacağı" yazılı olmasına, fatura bedelinin belirtilen tarihlerde ödenmediği anlaşılmasına rağmen, faturaların davalıya tebliği belli değildir. Mahkemece, vade fark konusunda taraflar arasında bir anlaşma bulunup bulunmadığı, takibe konu faturaların davalıya tebliğ edilip edilmediği, bunların olmaması halinde taraflar arasında süre gelen bir vade farkı uygulaması olup olmadığı, bunun da tesbit edilememesi halinde o iş kolunda ticari örf-adet olup olmadığı araştırılarak, davacının davalıdan vade farkı isteyip isteyemeyeceği tespiti edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte yazılı nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte yazılı nedenlerle hükmün davalı yararına BOZULMASINA, 8.3.1999 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. ■

İTİRAZIN İPTALİ DAVASINDA ÖNCE İCRA DAİRESİNİN YETKİSİ İNCELENİR

YARGITAY
19. HUKUK DAİRESİ
1996/6826 E.
1997/4334 K.
01.02.1997 T.

ÖZET: İtirazın iptali davaları, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinde görüleceğinden, icra dairesinin yetkisine ve takibin esasına yönelik itirazın iptali davasında öncelikle icra dairesinin takibe yetkili olup olmadığı hususunun incelenmesi gerekir.

Takibin yetkisiz icra dairesinde yapıldığının saptanması durumunda "İtirazın iptali" talebinin bu nedenle reddi gerekir.

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, bir miktar para borcunun ödenip ödenmediğine ilişkin olmayıp, satım konusu malların bir kısmının ayıplı ve bedelin fahiş olduğu da iddia edildiğinden olayda B.K.nun 73. maddesinde düzenlenen yetki kuralının uygulama olanağı yoktur. Öte yandan davalının ikamet-gahının İzmir'de bulunması ve akdin ifa yerinin de aynı yer olması nedeniyle İİK.nun 50 ve HUMK.nun 9 ve 10. maddeleri hükümleri doğrultusunda davalının icra dosyasında yaptığı yetki itirazının haklı olduğu anlaşılmaktadır.

İcra Dairesinin yetkisine yönelik itirazın kaldırılması esasa yönelik itirazın iptali ile birlikte, takibin yapıldığı yer mahkemesinden istenmişse mahkemece öncelikle İcra Dairesinin takip yapmakta yetkili olup olmadığına incelenmesi gerekir. Somut olayda icra takibinin yukarıda açıklanan nedenlerle yetkisiz icra dairesinde yapıldığı gözetilerek mahkemece davacının itirazın iptali talebinin bu nedenle reddi gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına BOZULMASINA, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, 1.5.1997 gününde oybirliğiyle karar verildi. ■

KİRAÇILIK SIFATI YASA İLE ORTADAN KALDIRILAMAZ

KARŞIYAKA
1. SULH HUKUK MAHKEMESİ
1998/664 E.
1999/342 K.
24.03.1999 T.

ÖZET: Hukukun üstünlüğü ilk karşısında, kamu düzeni ile ilgili durun dışında, tarafların serbest iradeler yapmış oldukları sözleşmelerin yasa ortadan kaldırılması sözkonusu olama Anayasa Mahkemesince iptal edil olan 4331 sayılı yasanın kiracıların bu sıfatını ortadan kaldırır mümkün değildir.

Bu yasa kapsamına alınmış olan taşınmazların kira bedellerinin dava yoluyla genel hükümler çerçevesinde tespit edilmesi ada uygundur.

DAVA: Davacı vekili mahkemeye verdiği dilekçe ile, davalıya Vakıfhanın bir bağımsız bölümünde müvekkilinin kiracı olduğunu, daha önce davalının müvekkiline bir ihbarname göndererek dava konusu taşınmazın aylık kirasının yeni dönemde 1.1.1998 tarihinden itibaren aylık kira 11.000.000 lira olarak ödenmesini istediğini, daha sonra 4331 sayılı y uyarınca müvekkiline yeni bir ihtarname göndererek 28.4.1998 tarihinden itibaren aylık kiranın 20.000.000 lira olarak yatırılmasını istediğini müvekkilinin ihtirazi kayıfta bu parayı yatırdığını, 30 günlük süre içi davalının kendilerinden bu miktar üzerinden sözleşme yapmasını istedi beyanla, dava konusu taşınmazın aylık kirasının 1.1.1998 tarihinden itibaren 11.000.000 lira olarak tesbitine karar verilmesini istemiş, davalının sonra istediği 20.000.000 liranın fahiş olduğunu savunmuş olmakla, yapılan yargılama sonunda.

GEREKÇE: Davacı vekili duruşma sırasında dilekçedeki beyan ve delillerini tekrar etmiştir.

Davalı vekili taraflar arasındaki sözleşmenin yasa uyarınca feshedildiği davacının kiracılık sıfatının kalmadığını, davanın yersiz olduğunu beyan davanın reddini savunmuştur.

Burada tartışılması gereken konu 4331 sayılı yasadır. Önce davalı id dava konusu taşınmazın 1.1.1998 tarihi itibarı ile getirebileceği kirayı ölçülere uygun olduğunu düşünerek davacıdan 1.1.1998'den itibaren 11.000.000 lira olarak talep etmiştir. Daha sonra 4331 sayılı yasa uyarınca davacıyı aylık 20.000.000 liradan sözleşme yapmaya zorlamıştır. Emsal

toplanarak yerinde ehil bilirkişi aracılığı ile keşif yapılmış, dava konusu dükkanın 1.1.1998 tarihi itibarı ile aylık kirasının 10.800.000 lira olacağına dair rapor vermiştir. Bu rapor kabule şayan ve hüküm vermeye yeterli bulunmuştur.

4331 sayılı yasanın irdelenmesine gelince; her ne kadar yasa eski kiracıların kiracılık sıfatlarının kalmadığını belirtmekte ise de bu özel bir yasadır. Genel anlamda 6570 sayılı yasa mevcuttur. Yıllardan beri arpalık gibi görülen Vakıf mallarının çok ucuz fiyatlarla kiralandığı bilinmektedir. Ancak burada vakıfları yöneten idarecilerin ve Vakıflar hukukçularının büyük ihmalleri vardır. Olayların hiçbir zaman üstüne gitmemişlerdir. Mahkemelerde her zaman kira tesbit davası açılması mümkündür. Ve kira bedelleri günün şartlarına göre uyarlanabilir. Burada masum ve iyi niyetli kiracıları cezalandırmak adaletin ruhuna uygun düşmez. Bilindiği gibi 4331 sayılı yasa Anayasa mahkemesince iptal edilmiştir. Ancak her ne kadar iptal kararları geriye yürümez ise de yine sayın Anayasa mahkemesinin özel durumlarda Anayasa mahkemesi kararlarının geriye yürüyeceğine dair mütealaları mevcuttur. Sayın Yekta Güngör Özden'in de bu konuda açıklamaları vardır. Sayın Meclisin ölü doğmuş bir yasayı, yani iptale mahkum bir yasayı yapmış olması mevcut kiracıların kiracılık sıfatlarının sona erdirilmesine neden olmamalıdır. Zira olay özel hukuk alanına giren bir konudur. Ve tarafların serbest iradeleri ile yapılmış kira sözleşmeleri vardır. Özel hukukta akit serbestisi geçerli olmasına göre, kamu düzeni gerektirmedikçe çıkarılacak yasaların özel hukuk alanına ve akit yapan tarafların serbest iradelerine set çekmemesi gerekir. Bu sayılan nedenlerden dolayı bizim hukuk anlayışımıza göre iptal gerekçesi yayınlanmış bulunan 4331 sayılı yasanın mevcut kiracıların kiracılığının sona erdirmesini gerektirmemelidir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti bir kanun devleti değildir; bir hukuk devletidir. Ve Devlet yönetimi hukukun üstünlüğüne dayanır; dayanmalıdır. Yasalar ve yargıtay içtihatları herşeyden önce adaleti aramalıdır. Yoksa klişeleşmiş şekilde bazı norm ve formların dar kalıplara sokulması sureti ile uygulanması adaletsizlik doğurur. Bize İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde (fazla adaletin adaletsizlik doğuracağı) öğretilmiştir. Tüm bu sayılan nedenlerden dolayı 4331 sayılı yasanın davacının kiracılık sıfatını ortadan kaldırması mümkün değildir. Ve olmamalıdır. Bu hali ile davacının kiracılık sıfatı ve dolayısıyla bu davayı açmaya ehliyeti vardır. Toplanan tüm delillere göre davanın kabulüne karar verilmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçe nedeni ile,

Davacının davasının kabulü ile dava konusu davacının icarındaki Karşıyaka, Kemalpaşa caddesi, Vakıfışhanı, No: 125/116'daki dükkanın aylık

kirasının 1.1.1998 tarihinden geçerli olmak üzere 11.000.000 lira ola TESBİTİNE... 24.3.1999.

İlam, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 24.05.1999 tarih, 1999/5289 1999/5410 K. sayılı kararıyla onanarak kesinleşmiştir.■

Gönderen: Yargıç Adnan KOCATÜRK-KARŞIYA

SEVK IRSALİYESİNDE TARİH BULUNMAMASI 'ÖZEL USULSÜZLÜK' CEZASINI GEREKTİRMEZ

DANIŞTAY
3. DAİRE

1999/1497 E.
1999/2415 K.
10.06.1999 T.

ÖZET: Üzerinde fiili sevk tarihi bulunmayan irsaliyenin hiç düzenlenmemiş sayılarak 'özel usulsüzlük' cezası kesilmesi yasaya uygun değildir. Bu tür belgeler için Vergi Usul Yasası'nın 352'nci maddesinin "İl. derece usulsüzlükler" alt başlığını taşıyan bölümün 7

numaralı bendi hükmü çerçevesinde 'usulsüzlük' cezası kesilir.

İstemin Özeti: Davacı şirket adına naklettiği mallara ilişkin olarak düzenlediği 17.12.1997 tarih ve 396805 seri nolu sevk irsaliyesine sevk edilen malların fiili sevk tarihinin yazılmadığının 18.12.1997 tarihli ve G/502476 sıra nolu tutanakla tesbit edildiğinden bahisle kesilen özel usulsüzlük cezasına karşı açılan davayı; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 353'üncü maddesinin 2'nci bendinde; perakende satış fişi, ödeme kaydedici cihazla verilen fiş, giriş ve yolcu taşıma bileti, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi ile Maliye Bakanlığınca düzenlenme zorunluluğu getirilen belgelerin; düzenlenmediğinin, kullanılmadığının, bulundurulmadığının, düzenlenen belgelerin aslı ile örneğinde farklı meblağlara yer verildiğinin veya gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğinin tespiti halinde, her bir belge için özel usulsüzlük cezası kesileceğinin hükme bağlandığı, dosyanın incelenmesinden, 17.12.1997 tarih ve 396805 nolu sevk irsaliyesinin düzenlenmiş olduğu, ancak düzenlenen sevk irsaliyesinde sevk edilen malların fiili sevk tarihinin yazılmadığından bahisle sevk irsaliyesi hiç düzenlenmemiş sayılarak dava konusu özel usulsüzlük cezasının kesildiğinin anlaşıldığı, olayda, sevk irsaliyesinin düzenlenmemesi, kullanılmaması, bulundurulmaması, farklı meblağlar içermesi veya gerçeğe aykırı düzenlenmesi hallerinin mevcut olmadığının görüldüğü, bu durumda, özel usulsüzlük cezası kesilmesini öngören ve bu cezanın kesilmesine dair koşulları düzenleyen maddede belirtilmiş unsurların uyumsuzluk konusu olayda bir arada gerçekleşmediği, idari cezalar için de geçerli olan "cezaı gerektiren fiilin tüm unsurları tamam olmadan failin cezalandırılmayacağı" yolundaki genel ceza hukuku ilkesinin varsayım ya da kıyas yolu ile ceza tayinine olanak tanımaması nedeniyle de kesilen özel usulsüzlük cezasında hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle kabul ederek kesilen özel usulsüzlük cezasını kaldıran Konya Vergi Mahkemesinin 11.6.1998 günlü ve E: 1998/93, K: 1998/411 sayılı kararına

karşı davalı idare tarafından yapılan itirazı kabul ederek mahkeme karar bozan ve kesilen özel usulsüzlük cezasını onayan Konya Bölge İdare Mahkemesinin 30.9.1998 günlü ve E: 1998/87, K: 1998/86 sayılı kararın Vergi Usul Kanunu'nun 353'üncü maddesinin 4108 sayılı kanunla değişik numaralı bendinde; perakende satış fişi, ödeme kaydedici cihazla verilen giriş ve yolcu taşıma bileti, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi ile Maliye Bakanlığınca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin düzenlenmediğinin, kullanılmadığının, bulundurulmadığının düzenlenen belgelerin aslı ile örneğinde farklı meblağlara yer verildiği veya gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğinin tespiti halinde madde metninin yazılı tutarda özel usulsüzlük cezası kesileceğinin belirtildiği, bu hükme göre özel usulsüzlük cezasının ancak madde metninde sayılan belgelerin düzenlenmemesi, kullanılmaması, bulundurulmaması, aslı ile örneğinde farklı meblağlara yer verilmiş olması ya da gerçeğe aykırı olarak düzenlenme hallerinde kesilebileceği, olayda sözü edilen sevk irsaliyesir düzenlendiğinin ve malın sevk edildiği araçta bulundurulduğunun görüldüğü ayrıca bu irsaliyede sevk edildiği yazılı emtia ile ilgili olarak Kulu Toprak Mahsulleri Ofisi tarafından 17.12.1997 tarihli ve 076861 numaralı tartı bülteni düzenlendiği, buna karşın irsaliyede malın fiili sevk tarihi yazılmadığı tespit edilerek ve bu durum, Vergi Usul Kanununun 227'nci maddesine 353 sayılı Kanunla eklenen "Bu kanuna göre kullanılan belgelerin ve bu kanunla Maliye Bakanlığınca verdiği yetkiye dayanılarak kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin, öngörülen zorunlu bilgileri taşıması halinde vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılacağı"na ilişkin üçüncü fıkraya hükme bağlanarak görüldüğü, bu durumda, özel usulsüzlük cezasının kesilmesi, söz konusu kanun hükümleri, gelirin doğmasına neden olan olaylar arasında ilişki kurulabilmesi ve vergi kaybına yol açacak suçları zamanında önlenmesi amacıyla getirilmiş olup, hükümlerin bu anlayışta değerlendirilmesi gerektiği, diğer bir deyişle, kanunen düzenlenmemiş zorunlu bulunan belgelerin ve bu belgelerde yazılı emtia giriş çıkışlarının defter kayıtlarında doğru bir biçimde yer alması esas olup, mükelleflerin vergi kaybına neden olunmasını önleme amacına yönelik bu hükümleri küçük bazı noksanlıklardan dolayı ve malın fiili sevk tarihinin belirlenebileceği hallerde de belgenin hiç düzenlenmemiş sayılması sonucu doğuracak şekilde yorumlanmasına olanak bulunmadığı, aynı Kanun 352'nci maddesinin 11'nci derece usulsüzlükleri belirleyen 7'nci bendinde belgelerin belli şekil ve muhteviyatı ve ekleri ile bunlarla ilgili olarak yapılan diğer düzenlemelere ilişkin hükümlere uyulmamış olmasının 11'nci derece usulsüzlük fiilini teşkil ettiği belirtilmekte olup, uyumsuzluğa konu sevk irsaliyesi üzerindeki tarih noksanı nedeniyle ancak bu madde uyarınca 11'nci

derece usulsüzlük cezası kesilmesi mümkün iken, özel usulsüzlük cezası kesilmesinin kanuna uygun bulunmadığı ileri sürülerek Danıştay Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozulması isteminden ibarettir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince, Konya Bölge İdare Mahkemesince verilen 30.9.1998 günlü ve E: 1998/87, K: 1998/86 sayılı kararın, Danıştay Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz edilerek bozulmasının istenmesi üzerine Tetkik Hakimi Nurten Karaçay'ın açıklamaları dinlenildikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Uyuşmazlık; davacı şirketin naklettiği mallara ilişkin 17.12.1997 tarih ve 396805 seri nolu sevk irsaliyesinde fiili sevk tarihinin bulunmadığının 18.12.1997 tarihli ve G/502476 sıra nolu tutanakla saptanması üzerine sevk irsaliyesi hiç düzenlenmemiş sayılarak kesilen özel usulsüzlük cezasına ilişkin bulunmaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4108 sayılı Kanun'un 8'inci maddesiyle değişik 353'üncü maddesinin 2'inci bendinde; perakende satış fişi, ödeme kaydedici cihazla verilen fiş, giriş ve yolcu taşıma bileti, sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi ile Maliye Bakanlığı'nca düzenleme zorunluluğu getirilen belgelerin; düzenlenmediğinin, kullanılmadığının, bulundurulmadığının, düzenlenen belgelerin aslı ile örneğinde farklı meblağlara yer verildiğinin veya gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğinin tespiti halinde, her bir belge için özel usulsüzlük cezası kesileceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükme göre, özel usulsüzlük cezası kesilebilmesi için, maddede sayılan belgelerin; düzenlenmediğinin, kullanılmadığının, bulundurulmadığının, düzenlenen belgelerin aslı ile örneğinde farklı meblağlara yer verildiğinin veya gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğinin hukuken geçerli bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Dava konusu özel usulsüzlük cezasının kesilmesine neden olan olayda, bu hususlara ilişkin olarak yapılmış bir tespit bulunmamaktadır. Aksine 18.12.1997 tarihli tutanakla davacı şirketin, sevk ettiği mallara ilişkin olarak sevk irsaliyesi düzenlediği ve araçta bulundurduğu tespit edildiğinden, cezai yaptırıma bağlanmış olan fiilin tüm unsurları ile oluşmuş bulunduğu söylenemez. Bu bakımdan kesilen özel usulsüzlük cezasında yasal isabet görülmemiştir.

Öte yandan, Vergi Usul Kanununun 352'nci maddesinin "II. derece usulsüzlükler" alt başlığını taşıyan bölümünün 7 numaralı bendinde; vesikaların kanunen belli şekil ve muhteviyatı ve ekleri ile bunlarla ilgili olarak yapılan diğer düzenlemelere ilişkin hükümlere uyulmamış olması usulsüzlük cezası kesilmesini gerektiren fiil olarak kabul edilmiştir.

Bu hükme göre, sevk irsaliyesinde fiili sevk tarihi bulunmaması usulsüzlük cezası kesilmesini gerektiren bir fiil olup, bu fiilden dolayı özel usulsüzlük cezası kesilmesine olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Danıştay Başsavcılığı temyiz isteminin kabulü ile Konya Bölge İdare Mahkemesinin 30.9.1998 günlü ve E: 1998/87 K: 1998/86 sayılı kararının; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 51 maddesi uyarınca kanun yararına ve hükmün hukuki sonuçlarına etkili olma üzere bozulmasına, kararın birer örneğinin Maliye Bakanlığı ile Danıştay Başsavcılığına gönderilmesine ve Resmi Gazete'de yayımlanmasına 10.6.1999 gününde oybirliğiyle karar verildi. ■

YILLIK DİZİN
1999

- **Dergi Sayılarına Göre**
- **Yazar Soyadlarına Göre**
- **Yargı Kararları Dizini**
 - Yargı Yerlerine Göre
 - Kavramlara göre

SAYILARA GÖRE YILLIK DİZİN

	<u>Sayı</u>	<u>Sayfa</u>
- Katkı / Kemal Yazgan..	99/1	5 - 8
- Devlet Güvenlik Mahkemeleri Raporu / İzmir Barosu	99/1	9 - 28
- AİHM Yargısı, DGM'ler ve Anlatım Özgürlüğü Paneli / Güney Dinç, Gündüz Aslan	99/1	30 - 47
- Ne İlgisi Var? / Hilal Küey	99/1	48 - 51
- Mahkumiyetin Devlet Memuriyetine Etkisi / Oğuz Sancakdar	99/1	52 - 72
- Yerel Yönetimlerde Siyaset Yasağının Yersizliği / Erol Temelkuran	99/1	73 - 76
- 3984 Sayılı Kanun Kapsamında Radyo-Televizyon Yayınının Durdurulması / İknur Serdar	99/1	77 - 87
- Kalite / Kemal Yazgan	99/2	5 - 7
- Yargıtay Kararlarında "Tenkise Tabi Tasarruf (Teberrular)/ Talih Uyar	99/2	8 - 17
- Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Mütakabiliyet Açısından Bazı Ülke Hukuklarının Durumu ve Bu Ülkelerle Türkiye Arasında Özellikle Taşınan Hususlar/ Bahar Yeşim Durak	99/2	18 - 42
- Ölüm ve Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat/ Ergun Orhunöz	99/2	43 - 47
- Büyük Hukukçular: 11 BAHRİ SAVCI/ İskender Özturanlı	99/2	48 - 52
- Antonio Di Pietro Gibi Karizmatik Bir Savcı mı, Yoksa, Hukuk Devleti ve Bağımsız-Tarafsız Yargıya Dayalı Sağlam Bir Sistem mi?/ Zeki Kaner	99/2	53 - 58
- Sanatçılar ve Sosyal Güvenlik Hakkı/ Argun Bozkurt	99/2	59 - 61
- Avukat/ Refik İnce	99/2	62 - 64
- Kıssa/ Kemal Yazgan	99/3	5 - 8
- Ceza Davalarında Avukatlık Ücreti/ Murat Aydın	99/3	9 - 27
- Hukuk ve Yargı Reformu Sorunları/ M. Handan Surlu	99/3	28 - 35
- Büyük Hukukçular: 12 FARUK EREM/ M. İskender Özturanlı	99/3	36 - 42
- Uygulamacılar İçin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Rehberi/ Orhan Kemal Cengiz	99/3	43 - 73

SAYILARA GÖRE DİZİN

	Sayı	Sayfa
- İngiliz Adaleti/ Çeviren Ali Rıza Turel	99/3	74 - 80
- Notlar/ Kemal YAZGAN	99/4	5 - 11
- Tahkim/ Çetin TURAN	99/4	12 - 20
- Medeni Usul Hukukunda Aileniyet İlkesi/ Hakan PEKCANITEZ	99/4	21 - 42
- Egemenliğin Paylaşılması/ Cengiz İLHAN	99/4	43 - 45
- Yargıtay'da Ceza Davalarında Duruşmalı (Murafaa) İnceleme/ Ali BAŞKAL - Yücel BAYKAL	99/4	46 - 52
- Çevre Hakkı ve Çevre Korumanın Hukuksal Yolları/ Arif Ali CANGI	99/4	53 - 57
- Kordonboyu'nun Mevcut Hukuki Durumu/ Noyan ÖZKAN	99/4	58 - 63
- Türk Mali Hukukunda Yatırım Bankacılığı/ M. Umurcan GAGO	99/4	64 - 75
- Nice Yıllara/ Güney DİNÇ	99/4	76 - 78

YAZARLARIN SOYADLARINA GÖRE YILLIK DİZİN

	Sayı	Sayfa
- ASLAN Gündüz/ AİHM Yargısı, DGM'ler ve Anlatım Özgürlüğü Paneli (Somut Çözüm Önerileri)	99/1	37 - 47
- AYDIN Murat/ Ceza Davalarında Avukatlık Ücreti	99/3	9 - 27
- BAYKAL Ali- - BAYKAL Yücel/ Yargıtay'da Ceza Davalarında Duruşmalı (Murafaa) İnceleme	99/4	46 - 52
- BOZKURT Argun/ Sanatçılar ve Sosyal Güvenlik Hakkı	99/2	59 - 61
- CANGI Arif Ali/ Çevre Hakkı ve Çevre Korumanın Hukuksal Yolları	99/4	53 - 57
- CENGİZ Orhan Kemal/ Uygulamacılar İçin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Rehberi	99/3	43 - 73
- DİNÇ Güney/ AİHM Yargısı, DGM'ler ve Anlatım Özgürlüğü Paneli (DGM'ler Ne Olacak?)	99/1	30 - 36
- DİNÇ Güney/ Nice Yıllara	99/4	76 - 78
- DURAK Bahar Yeşim/ Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Mütakabiliyet Açısından Bazı Ülke Hukuklarının Durumu ve Bu Ülkelerle Türkiye Arasında Özellik Taşıyan Hususlar	99/2	18 - 42
- GAGO M. Umurcan/ Türk Mali Hukukunda Yatırım Bankacılığı	99/4	64 - 75
- İLHAN Cengiz/ Egemenliğin Paylaşılması	99/4	43 - 45
- KANER Zeki/ Antonio Di Pietro Gibi Karizmatik Bir Savcı mı, Yoksa; Hukuk Devleti ve Bağımsız-Tarafsız Yargıya Dayalı Sağlam Bir Sistem mi?	99/2	53 - 58
- KÜEY Hilal/ Ne İlgisi Var?	99/1	48 - 51
- ORHUNÖZ Ergun/ Ölüm ve Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat	99/2	43 - 47
- ÖZKAN NOYAN/ Kordonboyu'nun Mevcut Hukuki Durumu	99/4	58 - 63
- ÖZTURANLI M. İskender/ Büyük Hukukçular: 11 BAHRİ SAVCI	99/2	48 - 52
- ÖZTURANLI M. İskender/ Büyük Hukukçular: 12 FARUK EREM	99/3	36 - 42
- PEKCANITEZ Hakan/ Medeni Usul Hukukunda Aileniyet İlkesi	99/4	21 - 42

YAZARLARIN SOYADLARINA GÖRE DİZİN

	Sayı	Sayfa
- SANCAKDAR Oğuz/ Mahkumiyetin Devlet Memuriyetine Etkisi	99/1	52 - 72
- SERDAR İlknur/ 3984 Sayılı Kanun Kapsamında Radyo-Televizyon Yayınının Durdurulması	99/1	77 - 87
- SURLU M.Handan/ Hukuk ve Yargı Reformu Sorunları	99/3	28 - 35
- TEMELKURAN Erol/ Yerel Yönetimlerde Siyaset Yasağının Yersizliği	99/1	73 - 78
- TURAN Çetin/ Tahkim	99/4	12 - 20
- TUREL Ali Rıza/ (Çeviren)/ İngiliz Adaleti	99/3	74 - 80
- UYAR Talih/ Yargıtay Kararlarında "Tenkise Tabi Tasarruf (Teberru)lar" (MK. 502, 507)	99/2	8 - 17
- YAZGAN Kemal/ Katkı	99/1	5 - 8
- YAZGAN Kemal/ Kalite	99/2	5 - 7
- YAZGAN Kemal/ Kıssa	99/3	5 - 8
- YAZGAN Kemal/ Notlar	99/4	5 - 11

**YARGI KARARLARI
DİZİNİ****YARGI YERLERİNİN
GÖRE DİZİNİ****İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI**

Hükümet ile zarar gören arasındaki anlaşmanın hakkaniyete uygun nitelikte olması gerekir. (01.04.1998 T., 99/1995/605/693) 99/2 67

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

- Kadının zinası da suç olmaktan çıktı.
(23.06.1998 T., 98/3 E., 98/28 K.) 99/3 83 -
- AİHM kararı yargılamanın yenilenmesi için 'yeni kanıt' sayılmaz.
(16.02.1999 T., 98/4 D. İŞ., 99/2 K.) 99/4 81 -
- "12 Eylül" yasaları için anayasaya aykırılık savında bulunulamaz.
(25.05.1999 T., 99/33 E., 99/18 K.) 99/4 85 -

YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI

- Kazandırıcı zamanaşımı yoluya tapusuz taşınmazın mülkiyeti,
tescil kararının kesinleşmesiyle edinilir. (04.12.1998 T., 96/4 E., 98/3 K.) 99/3 91 -

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

- Haczedilmezlik şikayetinin süresi "davet kağıdı"nın değil,
"filli haciz tutanağı"nın borçluya tebliği tarihinden başlar.
(29.01.1997 T., 1996/12 - 722 E., 1997/3 K.) 99/1 90 -
- Trafik sicilindeki rehın şerhi terkin edilmedikçe aracın zilyetliğinin
iadesi akdi geçersiz kılmaz. (10.02.1999 T., 1999/11-43 E., 1999/67 K.) 99/2 72 -
- Satım sözleşmesinde yer alan çeklerin akdin yerine getirilmemesi
sonucu takibe konulmuş olmasında mevzuata aykırılık yoktur.
(10.02.1999 T., 1999/11-78 E., 1999/79 K.) 99/2 78 -
- Kıdem tazminatlarının taksitlerle ödenmesi durumunda işçi ihbar
ödenmesindeki zararlardan yararlanır.
(03.02.1999 T., 1999/9-35 E., 1999/54 K.) 99/2 80 -

YARGI YERLERİNE GÖRE DİZİN

	<u>Sayı</u>	<u>Sayfa</u>
- İstifa eden işçiye kıdem tazminatı ödendiği halde çalışmasını sürdürdüğüne göre ortada hukuken geçerli fesih yoktur. (03.02.1999 T., 1999/9-46 E., 1999/46 K.)	99/2	84 - 85
- Görme özürü kişinin "ATM" kartının iptali manevi zarar ödencesini gerektirmez. (03.02.1999 T., 1999/4-55 E., 1999/64 K.)	99/2	86 - 88
- Önalım bedelinin belirlenen uygun sürede depo edilmesi gerekir. (03.02.1999 T., 1999/6-19 E., 1999/49 K.)	99/2	80 - 91
- Boşanmada kabahatsiz karı ya da koca lehine maddi ve manevi ödenmeye hükümlenmelidir. (17.02.1999 T., 1999/2-103 E., 1999/90 K.)	99/2	92 - 93
- Boşanmada kusurlu olan eş lehine de manevi tazminata hükümlenabilir. (24.02.1999 T., 1999/2-107 E., 1999/109 K.)	99/2	94 - 95
- Temsilcide hata davanın reddini gerektirmez. (03.02.1999 T., 1999/10 - 70 E., 1999/76 K.)	99/2	96 - 97
- Mahkemenin kısa kararında hüküm fıkrasının oluşturulması gerekir. (10.02.1999 T., 1998/4 - 105 E., 1999/72 K.)	99/2	98 - 99
- Kısa kararda gerekçeli kararın çelişkili olması bozma nedenidir. (17.02.1999 T., 1999/9 - 94 E., 1999/92 K.)	99/2	100-101
- Fiili ayrılığa dayalı boşanmada önceki kararın kesinleşmiş olması yeterli olup gerekçesine bakılmaz. Boşanmada yabancı para ile ödenince istenemez. (27.01.1999 T., 99/2-6 E., 99/41 K.)	99/3	100-105
- Kadın, taşınmazın edinilmesine katkısı oranında ondan yararlanır. (03.02.1999 T., 99/2-56 E., 99/40 K.)	99/3	106-107
- Evlenme tarihine göre uzun süre cinsel ilişkinin kurulamaması manevi ödenceyi gerektirir. (27.01.1999 T., 99/2-23 E., 99/20 K.)	99/3	108-109
- Boş olarak imzalanıp kiralayana verilen "fahliye taahhütnamesi" geçerlidir (27.01.1999 T., 99/6-29 E., 99/11 K.)	99/3	110-111
- Hataen tasfiyeye başlanmış olan kooperatifin ihya edilerek "rücuan tazminat" davasının kooperatife karşı açılması gerekir (27.01.1999 T., 99/10-1 E., 99/1 K.)	99/3	112-115
- Komisyoncu aracılığıyla bulduğu evi sonradan satın alan kişinin komisyon ücreti ödeme borcu doğar (03.02.1999 T., 99/13-61 E., 99/32 K.)	99/3	116-117
- Hizmet tespitinde sigortalının imzası bulunan bildirme ve bordroların incelenmesi gerekir (27.01.1999 T., 99/21-24 E., 99/27 K.)	99/3	118-119

YARGI YERLERİNE GÖRE DİZİN

	<u>Sayı</u>	<u>Sayı</u>
- Kesintili çalışma savı yazılı delille kanıtlanır (27.01.1999 T., 9/10-14 E., 99/2 K.)	99/3	120-1
- Kayalıklarla kaplı alan tarım arazisi olarak kabul edilemez. (03.02.1999 T., 99/8-8 E., 99/29 K.)	99/3	122-1
- Kamu düzeni dışında tarafların bozma kararına uyulması istemi yargıcı bağlar. (27.01.1999 T., 99/18-26 E., 99/4 K.)	99/3	127-1
- Bozma kararına gönderme yapılarak hüküm kurulamaz. (27.01.1999 T., 99/2-62 E., 99/13 K.)	99/3	129-1
- Mahkeme kararının idarece uygulanmaması manevi tazminat ödenmesini gerektirir. (03.03.1999 T., 99/4-129 E., 99/129 K.)	99/3	131-1
- Maldaki gözlemlerle saptanamayacak ayıplar "gizli ayıp" niteliğindedir. (03.02.1999 T., 99/11-44 E., 99/55 K.)	99/4	90 - 1
- İpotek limiti dışında faiz istenemez. (03.02.1999 T., 99/19-10 E., 99/42 K.)	99/4	93 - 1
- Kadastro belirtmelik tutanağı ile tanık anlatımlarının örtüşmesi gerekir. (27.01.1999 T., 99/7-33, 99/23 K.)	99/4	95 - 1
- Kadastroda tespit dışı bırakılan yerler için kazandırıcı zamanaşımı 20 yıldır. (03.02.1999 T., 99/8-7 E., 99/33 K.)	99/4	98 - 1
- Kiralananda "ikinci iş" yapma isteği "zorunlu ihtiyaç" kapsamına girmez. (03.03.1999 T., 99/6-116 E., 99/130 K.)	99/4	102-10
- Hamalın aynı işveren yanındaki çalışması hizmet akdine dayalıdır. (27.01.1999 T., 99/21-2 E., 99/24 K.)	99/4	104-10
- Köy okulu hizmetlisi iş akdinden doğan haklarını muhtarlıktan isteyebilir. (03.03.1999 T., 99/10-117 E. 99/128 K.)	99/4	106-10
- Sigortalının "rücuan tazminat" davası 2 yıllık zamanaşımına tabidir. (04.05.1998 T., 98/1583 E., 98/3009 K.)	99/4	108-10
- Evlenme tarihine göre uzun süre cinsel ilişkinin kurulamaması manevi ödence gerektirmez. (27.01.1999 T., 99/2-3 E., 99/20 K.)	99/4	110-11
- Yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle manevi tazminat istenebilir. (10.02.1999 T., 99/4-79 E., 99/68 K.)	99/4	112-11

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Sağlığında malvarlığını makul ölçülerde paylaşmayan murisin 'mal kaçırma' kastı yoktur. (20.10.1998 T., 1996/9564 E. 1998/11285 K.)	99/1	93 - 9
---	------	--------

YARGI YERLERİNE GÖRE DİZİN

Sayı Sayfa

- Vekil, müvekkili zararlandırıcı davranışlardan kaçınma yükümlülüğü
altındadır. (30.09.1998 T., 98/9042 E., 1998/10055 K.) 99/2 102-103

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Kusursuz eş hakkındaki boşanma davasının reddi gerekir
(14.01.1998 T., 1998/13283 E., 1998/205 K.) 99/1 97 - 98

- "Ölünceye kadar bakma akdi" ivazlı tasarruf olup tenkisi istenemez.
(27.11.1998 T., 1998/11090 E., 1998/12801 K.) 99/2 102-103

- Davalı eşin kusursuz olması durumunda şiddetli geçimsizlik nedeniyle
boşanmaya karar verilemez.(07.04.1999 T., 99/1116 E., 99/3159 K.) 99/3 134-135

- Nafaka davalarında temyiz sınırı aylık miktara göre saptanır.
(02.07.1999 T., 99/7643 E., 99/7732 K.) 99/4 114-115

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Otoparka ücret karşılığında bırakılan araçtaki hırsızlıktan işletmeci
sorumludur. (22.06.1998 T., 1998/6320 E., 1998/6832 K.) 99/1 99-102

- Avukata "yetkilendirme belgesi" verilmemiş ise "haksız azil" nedeniyle
kısmi ücret istenebilir. (29.12.1997 T., 1997/11339 E., 1997/12497 K.) 99/1 103-104

- Kira bedelinin tespitinde ilk kira ilişkisinin başlangıç tarihine bakılır.
(06.10.1998 T., 1998/9851 E., 1998/10341 K.) 99/2 104

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Kira sözleşmesini imzalayan eşin tahliye taahhünamesi geçerlidir.
(14.07.1998 T., 1998/6611 E., 1998/6570 K.) 99/1 105

- Avukatın kişisel haklarına saldırı niteliğindeki sözleri için yargıçtan tazminat
talep edebilir. (26.05.1998 T., 1997/10228 E., 1998/3972 K.) 99/1 106-107

- Manevi tazminatın taktirinde özel durumlar ve koşullar gözetilir.
(21.12.1999 T., 99/7768 E., 99/10580 K.) 99/3 136-137

- Hükmedilecek manevi tazminat zarar veren için caydırıcı miktarda olmalıdır.
(09.02.1999 T., 98/7491 E., 99/843 K.) 99/4 116-119

- Kazanç kaybının hesabında emeklilik aylığı dikkate alınmaz.
(18.03.1999 T., 98/10573 E., 99/2379 K.) 99/4 120-121

YARGI YERLERİNE GÖRE DİZİN

Sayı Sayfa

YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Taraflar ilk kira sözleşmesindeki başlangıç tarihini sonraki dönemde
değiştirebilirler. (09.11.1998 T., 1998/9241 E., 1998/9347 K.) 99/2 101

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Mer'a davalarında hazinenin de taraf gösterilmesi zorunludur.
(12.06.1998 T., 1998/602 E., 1998/6766 K.) 99/2 101

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Önellere işveren lehine artırılamaz.
(29.09.1998 T., 1998/11002 E., 1998/13716 K.) 99/1 101

- İşçinin kullandığı izin süresi tespitinde puantaj kayıtlarına dayanılmaz.
(12.05.1997 T., 1997/3745 E., 1997/8791 K.) 99/2 101

- Sendikanın yetkisinin tespitinde, sahtelik savıyla başlatılan ceza
soruşturmasının sonucunun beklenmesi gerekir.
(28.10.1998 T., 1998/15987 E., 1998/15438 K.) 99/2 110

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Ölen sigortalının mirasçıları pasif dönem'de destekten yararlanır.
(02.02.1998 T., 1998/129 E., 1998/380 K.) 99/2 111

- Sigortalılık süresinin tespiti kamu düzeni ile ilgilidir.
(05.05.1998 T., 1998/3383 E., 1998/3388 K.) 99/2 111

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Faks belgesi geçerli kanıttır.
(02.03.1998 T., 1997/10712 E., 1998/1264 K.) 99/1 111

- Kooperatif Yönetim Kurulu, Anasözleşmenin temsil hükmüne aykırı
yetkilendirme yapamaz.
(15.10.1998 T., 1998/6905 E., 1998/6661 K.) 99/1 111

- Tazminatın hesaplanmasından davadan sonraki değil önceki durumlar
dikkate alınır.
(25.04.1995 T., 2575E., 1995/3800 K.) 99/2 114

- Kooperatiften ihraç edilen ortağın talep edeceği tazminatın tutarını hesaplama
yöntemi değiştirildi. (08.03.1999 T., 98/6746 E., 99/1928 K.) 99/3 138

YARGI YERLERİNE GÖRE DİZİN

	Sayı	Sayfa
- Maddi hataya dayalı bozma kararı taraflar yararına kazanılmış usuli hak oluşturamaz. (16.04.1999 T., 99/1486 E., 99/2912 K.)	99/3	141-144
- Tacir olmayan sigortalının halefi rücu tazminat davasında reeskont oranına göre faiz isteyemez. (30.03.1998 T., 98/733 E., 98/2336 K.)	99/4	122-123
- Sigorta poliçesindeki sigortalının zararına konulmuş hükümler geçersizdir. (02.03.1998 T., 97/10307 E., 98/1300 K.)	99/4	124-125
- Trafik kazası yapan sürücünün sırf alkollü olması hasarın sigorta teminatı dışında kalmasını gerektirmez. (02.04.1998 T., 98/868 E., 98/2404 K.)	99/4	126-127
- Taksitli satışlarda "vade farkı" konulması mevzuata aykırı değildir. (08.03.1999 T., 98/9960 E., 99/1865 K.)	99/4	128-129

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Bonodaki (TL) çizilip yabancı para birimi yazılmış olması senedi geçersiz kılmaz. (17.11.1998 T., 1998/12499 E., 1998/12943 K.)	99/4	116-117
- Tapudaki "ihtiyatlı tedbir" kaydı, taşınmazın cebri icra ile satışına engel değildir. (11.05.1998 T., 1998/4949 E., 1998/5291 K.)	99/2	118-119
- Hacizli taşınmazın tapu iptali ve tesciline ilişkin davayı kazanan kişiye bu taşınmaz "hacizle yükümlü" olarak itikal eder. (05.05.1998 T., 1998/4573 E., 1998/4959 K.)	99/2	120-123
- Tallaliye ücreti ihalenin kesinleşmesinden sonra ödenir. (02.02.1999 T., 99/248 E., 99/525 K.)	99/3	145-146
- Konkordato koşullarının varlığı re'sen araştırılır. (25.02.1999 T., 99/119 E., 99/1118 K.)	99/3	147-148

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Sözleşmeden dönen taraf tazminat isteyemez. (28.01.1999 T., 99/10120 E., 99/275 K.)	99/3	149-150
- Birlikte davalı gösterilenlerden biri için görevli olan mahkeme diğerleri hakkındaki davaya da bakar. (09.03.1999 T., 99/2058 E., 99/2202 K.)	99/3	151

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- İmar planı dışında olup satışı yasaklanan yerlerin davalıların kabulüyle itikali yasaya karşı hiledir. (14.04.1998 T., 1998/2334 E., 1998/2787 K.)	99/1	113-115
--	------	---------

YARGI YERLERİNE GÖRE DİZİN

Sayı S

YARGITAY 18. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Kısmi bozmaya karşı karar düzeltme istememiş olan taraf, dairesinin lehteki uygulama değişikliğinden yararlanamaz. (14.12.1998 T., 1998/13874 E., 1998/14303 K.)	99/2	124
--	------	-----

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Önceki tarihte uygulanan ihtiyatlı haciz, sonradan kamu alacağı için konulan hacze iştirak edemez. (26.02.1998 T., 1997/8692 E., 1998/1350 K.)	99/1	111
- Kamu alacağından dolayı konulan hacze adi ve imtiyazlı alacaklının iştiraki mümkün değildir. (13.11.1997 T., 1997/285 E., 1997/9479 K.)	99/1	121
- İtirazın iptali davalarında, takip tarihindeki alacak-borç durumunun dikkate alınması gerekir. (30.06.1997 T., 1997/4241 E., 1997/6727 K.)	99/1	124
- Bankalar faizi "fahiş kazanç" sağlayacak şekilde yükseltemezler. (04.12.1996 T., 1996/2334 E., 1996/10804 K.)	99/1	125
- Borçlunun alacaklıları lehine ipotek veren kişilerin "müstakbel rücu alacakları" konkordato dikkate alınmaz. (08.10.1998 T., 1998/5041 E., 1998/5868 K.)	99/2	125
- Tacirler arasındaki haksız fiillerden doğan davalarda ticari faiz uygulanır. (02.11.1998 T., 1998/5055 E., 1998/6572 K.)	99/2	127
- Cebri icra satışlarında "ihale tarihi"ne kadar işlemiş olan faiz dikkate alınır. (30.10.1997 T., 99/6402 E., 99/9042 K.)	99/3	152
- Borçlunun dürüst olması konkordatonun onayı koşuludur. (10.12.1999 T., 99/6965 E., 99/7516 K.)	99/3	155
- İtirazın iptali davasında önce icra dairesinin yetkisi incelenir. (01.02.1997 T., 96/6826 E., 97/4334 K.)	99/4	131

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ KARARLARI

- Sigortalı sayılmak için işe giriş bildirgesinin varlığı yeterli değildir	99/2	125
--	------	-----

YEREL MAHKEME KARARLARI

- Kiracılık sıfatı yasa ile ortadan kaldırılamaz. (Karşıyaka İ. Sulh Hukuk Mah., 24.03.1999 T., 98/664 E., 99/342 K.)	99/4	131-
---	------	------

YARGI YERLERİNE GÖRE DİZİN

Sayı Sayfa

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARLARI

- Lehe bozmada da sanığa davetیه tebliğ edildikten sonra karar vermek gerekir. (29.09.1999 T., 99/6-215 E., 99/278 K.) 99/3 157-158

YARGITAY 4. CEZA DAİRESİ KARARLARI

- Faillerden birinin kişiliğine bağlı kışkırtma nedeninden diğer sanıklar yararlanamaz. (28.05.1998 T., 1998/4388 E., 1998/4968 K.) 99/2 130-131

YARGITAY 7. CEZA DAİRESİ KARARLARI

- Borçlu sanığın mahcuz mallarının alacağı karşılayıp karşılamayacağı araştırılmalıdır. (27.11.1998 T., 1998/9186 E., 1998/9750 K.) 99/2 132

YARGITAY 8. CEZA DAİRESİ KARARLARI

- "Sorguda işkence" savı tahliyeden sonra alınan hekim raporlarıyla kanıtlanabilir. (12.10.1998 T., 1998/10667 E., 1998/12819 K.) 99/1 128-131
- Borçlu adına mal beyanında bulunan vekilde özel yetki aranmaz. (16.12.1996 T., 1996/15565 E., 1996/16490 K.) 99/2 132-133
- Huzur ve sükunu bozacak boyutlara ulaşmayan slogan atmaktan ibaret eylem yasaldır. (26.11.1998 T., 99/13212 E., 99/15621 K.) 99/3 159

YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ KARARLARI

- Hukuken kuruluşu gerçekleşmeyen sendikaya 2908 sayılı yasa hükümleri uygulanmaz. (14.10.1996 T., 96/4171 E., 96/5318 K.) 99/3 160

DANIŞTAY VERGİ DAVA DAİRELERİ GENEL KURULU KARARLARI

- Hataen idare mahkemesinde açılmış davanın görevli vergi mahkemesinde görülebilmesi 30 günlük dava açma süresinin geçmemiş olmasına bağlıdır. (13.03.1998 T., 1996/224 E., 1998/45 K.) 99/1 132-140

DANIŞTAY 3. DAİRE KARARLARI

- Sevk irsaliyesinde tarih bulunmaması "özel usulsüzlük" cezasını gerektirmez. (10.06.1999 T., 99/1497 E., 99/2415 K.) 99/4 134-137

YARGI YERLERİNE GÖRE DİZİN

Sayı Sayfa

DANIŞTAY 10. DAİRE KARARLARI

- "İdari işlem" nedeniyle hakları ihlal edenler önce idareye başvurmadan doğrudan dava açabilirler. (09.03.1996 T., 1998/1621 E., 1998/1039 K.) 99/2 134-131

DANIŞTAY 12. DAİRE KARARLARI

- Adaylık süresi içinde memurluğa bağdaşmayan hareketler göreve son verme nedenidir. (13.09.1995 T., 1995/2178 E., 1995/1746 K.) 99/1 141-143

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ (HUKUK) KARARLARI

- Yargı yolunu değiştiren görevsizlik kararı üzerine dosya farklı yargı düzenindeki mahkemeye gönderilemez. Suyu yapılan müdahalenin önlenmesi davası adli yargıda görülür. (06.07.1998 T., 1998/23 E., 1998/25 K.) 99/2 137-140

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ (CEZA) KARARLARI

- Asker ve sivil kişilerin birlikte işledikleri askerlik dışı suçlar adli yargıda görülür. (03.07.1998 T., 1998/7 E. 1998/12 K.) 99/2 141-143

YARGI KARARLARI

KAVRAMLARA GÖRE YILLIK DİZİN

Sayı Sayfa

A

- Aday memur/ Memuriyetle bağdaşmayan hareketler/ Göreve son verme	99/1	141-143
- Alacaklılarını zarara sokma kastıyla mal kaçırma	99/2	132-133
- Alkollü sürücü/ Nedenellik bağı	99/4	126-127
- Anayasaya aykırılık savı/ "12 Eylül" yasaları için sözkonusu olmaması	99/4	85 - 89
- Asker ve sivil kişilerin birlikte suç işlemesi/Yargı yeri	99/2	141-143
- ATM kartı/ Görme özürü kişinin kartı yitirmesi	99/2	86 - 88
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları/ yargılamanın yenilenmesi nedeni olmaması	99/4	81 - 84
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi/ Hükümet ile yurttaş arasındaki anlaşma/ Hakkaniyete uygunluk	99/2	67 - 71
- Avukatın haksız azil/ Vekalet ücreti	99/1	103-104

B

- Bonoda yabancı para kaydı	99/2	116-117
- Boşanma/ Fiili ayrılık/ Önceki mahkeme kararının etkisi	99/3	100-105
- Boşanma/ Kabahatsız eşin tazminat istemi	99/2	92 - 93
- Boşanma/ Kusurlu eş lehine tazminat	99/2	94 - 95
- Boşanma/ Kusursuz eş hakkındaki davanın reddi	99/1	97 - 98
- Boşanma/ Şiddetli geçimsizlik/ Kusursuz eşin durumu	99/3	134-135
- Boşanma/ Yabancı para ile tazminat istemi	99/3	100-105
- Bozma kararı/ Sanığa davetiye kararı	99/3	157-158
- Bozma kararı/ Tarafların bozmaya uyma istemi	99/3	127-128
- Bozma kararı/ Usulî kazanılmış hak sorunu	99/3	141-144

C

- Cebri icra satışlarında işlemiş faiz	99/3	152-154
- Cinsel ilişkinin (eşler arasında) kurulamaması/ Tazminat	99/3	108-109

E

- Eşler arasında cinsel ilişkinin kurulamaması/ Manevi tazminat	99/3	152-154
---	------	---------

F

- Faiz (cebri icra satışlarında)	99/3	152-154
- Faiz (ipotek limiti dışında faiz istenemeyeceği)	99/4	93 - 94
- Faiz (Tacırlar arasındaki haksız fiillerden doğan alacaklarda)	99/2	127-128
- Faizin fahiş şekilde yükseltilememesi/ Kuralın bankalar için geçerliliği	99/1	125
- Faks belgesinin delil niteliği	99/1	110

YARGI KARARLARI/ KAVRAMLARA GÖRE DİZİN

Sayı Sayfa

G

- Gizli ayp	99/4	90 - 9
- Görevli mahkeme/ Birlikte davalıların durumu	99/3	151
- Görevsizlik kararı/ Yargı yolunun değişmesi	99/2	137-14

H

- Haczedilmezlik şikayetinde sürenin başlangıcı	99/1	90 - 9
- Hacizli malların satışından sonra açılacak istihkak davası	99/3	122-12
- Hacizli taşınmazın tapu iptali ile tescili	99/2	120-12
- Haksız azil/ Kısmi vekalet ücreti	99/1	103-10
- Hamalın mesaisi/ Hizmet akdi	99/4	104-10
- Haksız rekabetin önlenmesi/ Tazminat	99/2	114-11
- Hırsızlık/ Otopark işletmecisinin sorumluluğu	99/1	99 - 10
- Hizmet süresinin tespiti/ Bildirge ve bordroların incelenmesi	99/3	118-11

I

- İdari dava açma süresi/ Vergi mahkemesi yerine hataen idare mahkemesinde açılmış davada süre sorunu	99/1	132-14
- İdari yarı/ İdareye başvurmadan dava açılması	99/2	134-13
- İhalede teltaliye ücreti	99/3	145-14
- İhale tarihine kadar işlemiş faiz	99/3	152-15
- İhtiyati hacze kamu alacağının iştirak	99/1	116-12
- İhtiyati tedbir kaydı (tapuda)/ Cebri icra	99/2	118-11
- İpotek limiti/ Limit dışında faiz istenemeyeceği	99/4	93 - 9
- İstihkak davası (Hacizli malların satışından sonra)	99/3	122-12
- İşçinin haklarını kısıtlayan sözleşmelerin geçersizliği	99/1	108-10
- İşçinin hizmetinin tespiti/ Bildirge ve bordroların incelenmesi	99/3	118-11
- İşçinin kesintili çalıştığı savı/ Yazılı delil	99/3	120-12
- İşçinin ölümü/ Mirasçılarının pasif dönemde destekten yararlanması	99/2	111-11
- İşçinin sigortalılık süresinin tespiti	99/2	113
- İşkence/ Tahliyeden sonra alınan hekim raporu	99/1	128-13
- İtirazın iptali davası/ İcra dairesinin yetkisinin incelenmesi	99/4	130
- İtirazın iptali/ takip tarihine göre alacak-borç ilişkisinin saptanması	99/1	124
- İzin süresinin (işçinin kullandığı izinin) tespiti	99/2	109

K

- Kadastro belirtmelik tutanağı/ Tanık anlatımlarıyla örtüşmesi	99/4	95 - 97
- Kadının zinası	99/3	83 - 9
- Kamu alacağının ihtiyati hacze iştiraki	99/1	116-12
- Kanuna karşı hile/ Satışı yasaklanan taşınmazlarla ilgili davanın kabulü	99/1	113-115
- Karar düzeltme/ Bozmadan sonra karar düzeltme istememiş tarafın lehteki uygulama değişikliğinden yararlanamaması	99/2	124
- Kazanç kaybının hesabı	99/4	120-121
- Kazandırıcı zamaşımı (tapusuz taşınmazlarda)	99/3	91 - 96

YARGI KARARLARI/ KAVRAMLARA GÖRE DİZİN

	Sayı	Sayfa
- Kazandırıcı zamaşaşımı (tespit dışı bırakılan yerler için)	99/4	98 - 101
- Kıdem tazminatı/ İstifa eden işçinin çalışmasını sürdürmesi	99/2	84 - 85
- Kıdem tazminatı/ Taksitlerle ödeme	99/2	80 - 83
- Kısa karar/ Gerekeçli kararlarla çelişkili olmaması	99/2	100-101
- Kısa karar/ Hüküm fıkrasının oluşturulması	99/2	98 - 99
- Kışkırtma/ Diğer sanıklara etkisi	99/2	125-126
- Kıra bedelinin tespiti/ İmk kıra ilişkisi	99/2	104
- Kiracılık sıfatı/ Yasa ile ortadan kaldırılamaması	99/4	131-133
- Kiralananda ikinci iş yapma isteği	99/4	102-103
- Kıra sözleşmesi/ Başlangıç tarihinin taraflarca sonradan değiştirilebileceği	99/2	105-106
- Kıra sözleşmesini imzalayan eşin 'tahliye taahhütnamesi'	99/1	105
- Kıra/ Tahliye taahhütnamesi	99/3	110-111
- Kocanın iade borcu/ Kadının taşınmazın edinilmesindeki katkısı	99/3	106-107
- Komisyon ücreti/ Taşınmazın komisyoncu aracılığıyla satın alınması	99/3	116-117
- Konkordato/ Borçlunun alacaklıları lehine ipotek verenlerin hakları	99/2	125-126
- Konkordato/ Borçlunun dürüst olma koşulu	99/3	155-156
- Konkordato/ Koşulların re'sen araştırılması	99/3	147-148
- Kooperatifin hataen tasfiyesi/ Alacaklıların hakları	99/3	112-115
- Kooperatiften ihraç/ Ortağın tazminat isteminin hesabı	99/3	138-140
- Kooperatif yönetim kurulunun yetkilendirilmesinin sınırları	99/1	111-112
- Köy okulu hizmetlisinin iş akdi	99/4	106-107

M

- Mahkeme kararlarının uygulanmaması/ Tazminat	99/3	131-133
- Mal beyanı/ Vekilde özel yetki aranmaması	99/2	133
- Mal kaçırma (Alacaklıları zarara sokma kastıyla)	99/2	132
- Manevi tazminat/ Caydırıcı miktarda olması	99/4	116-119
- Manevi tazminat/ Evlilikte uzun süre cinsel ilişki kurulamaması	99/4	110-111
- Manevi tazminat/ Özel koşulların gözetilmesi	99/3	136-137
- Manevi tazminat/ Yargı kararlarının uygulanmaması	99/4	112-113
- Memur adayının memuriyetle bağdaşmayan hareketleri/ Görevine son verme	99/1	141-143
- Mer'a davaları/ Hazineye yöneltilmesi	99/2	107-108
- Muvazaa/ Murisin mal kaçırma kastı	99/1	93 - 94
- Muvazaa/ Sözleşmeye karşı muvazaa savının yazılı delille ispatlanacağı	99/3	97 - 99
- Müdahalenin (Suya) önlenmesi	99/2	137-140

N

- Nafaka davalarında temyiz sınırı	99/4	114-115
--	------	---------

O

- 12 Eylül yasaları/ Anayasaya aykırılık savında bulunulamaması	99/4	85 - 89
---	------	---------

YARGI KARARLARI/ KAVRAMLARA GÖRE DİZİN

	Sayı	Say
Ö		
- Ölüncüye kadar bakma akdi/ Tenkis	99/2	102-10
- Önalım bedelini ödeme zamanı	99/2	89 - 9
- Özel usulsüzlük/ Sevk irsaliyesinde tarih bulunmaması	99/4	134-13

R

- Rehlin sözleşmesi/ Rehlinli aracın zilyetliğinin iadesinin sözleşmeye etkisi	99/2	72 - 7
- Rücuen tazminat davası	99/4	103-10

S

- Satım sözleşmesinde yer alan çeklerin takibe konulması	99/2	78 - 7
- Satış vaadi sözleşmesinden dönme/ Tazminat	99/3	149-15
- Sendikanın kuruluşunun gerçekleşmemesi durumunda 2908 sayılı yasanın uygulanamayacağı	99/3	160
- Sendikanın yetkisinin tespiti	99/2	110
- Senede bağlanmış sözleşmeye karşı muvazaa iddiası/ İspat	99/3	97 - 9
- Sevk irsaliyesi/ Özel usulsüzlük cezası	99/4	134-13
- Sigortalı işçinin ölümü/ Mirasçılardan pasif dönemde destekten yararlanmaları	99/2	111-112
- Sigortalılık süresinin tespiti	99/2	113
- Sigortalının hizmetinin tespiti/ Bildirge ve bordroların incelenmesi	99/3	118-11
- Sigortalının "rücuen tazminat" davası/ Zamaşaşımı	99/4	108-10
- Sigortalının zararına poliçeye hüküm konulamaması	99/4	124-12
- Sigortalı sayılmak için işe giriş bildirgesinin yeterli olmaması	99/2	129
- Sivil ve asker kişilerin birlikte işledikleri askerlik dışı suçlarda yargı yeri	99/2	141-14
- Slogan atma eylemi/ Yasal sınırları	99/3	159
- Suya müdahalenin önlenmesi	99/2	137-14

T

- Tacirler arasındaki haksız fillerden doğan tazminat davaları	99/2	127-128
- Tahliye taahhütnamesi	99/3	110-111
- Tahrik/ Diğer sanıklara etkisi	99/2	130-131
- Taksitli satışlar/ Vade farkı	99/4	128-129
- Tapusuz taşınmazın kazandırıcı zamaşaşımı yoluyla edinilmesi	99/3	91 - 96
- Tarım arazisi/ Kayalıklarla kaplı alan	99/3	124-126
- Tazminat/ Haksız rekabetin önlenmesi	99/2	114-115
- Tazminat hesabı (Ihraç edilen kooperatif ortağının istediği ödence)	99/3	138-140
- Tazminat/ Yargıcın avukata hakareti	99/1	106-107
- Tellaliye ücreti	99/3	145-146
- Temsilcide hata	99/2	96 - 97
- Tenkis/ Ölüncüye kadar bakma akdi/ İvazlı işlem	99/2	102-103
- Trafik kazası/ Sürücünün alkolü olması	99/4	126-127
- Trafik sicilindeki rehlin kaydı/ Aracın zilyetliğinin iadesi	99/2	72 - 77

YARGI KARARLARI/ KAVRAMLARA GÖRE DİZİN

Sayı Sayfa

V

- Vekalet ücreti (haksız azil durumunda)	99/1	103-104
- Vekilin müvekkili adına mal beyanı	99/2	133
- Vekilin müvekkilini zararlandırıcı davranışlardan kaçınması	99/1	95 - 96
- Vergi davasının hataen idare mahkemesinde açılması/ Süre	99/1	132-140

Y

- Yargı kararlarının uygulanmaması/ Manevi tazminat	99/4	112-113
- Yargılamanın yenilenmesi/ AİHM kararları	99/4	81 - 84
- Yargı yolunu değiştiren görevsizlik kararı	99/2	137-140
- Yetki/ İtirazın iptali davasında icra dairesinin yetkisinin incelenmesi	99/4	130

Z

- Zamaşımı/ Sigortalının "rücuan tazminat" davası	99/4	108-109
- Zina/ Kadının zinası	99/3	83 - 90

YÜCEL BAYKAL'I YİTİRDİK

Av. Erdal KARDAŞ(*)

Av. Yelda Topuz KARDAŞ(**)



Av. Yücel BAYKAL

Sicil No: 4048

Doğum Tarihi: 03.03.1968

Kayıt Tarihi: 01.10.1991

Sevgili dost, iyi insan, espri küpü, gerçek neşe kaynağı meslektaşımı; maalesef artık aramızda değil...

Neden, nasıl ve niçin sorularının, beynimize ok gibi saplandığı, inanmas zor bir haberi, inanılası kılamadığımız, bir türlü arkadaşımıza ölüm denir belirsiz karanlık adı yakıştıramadığımız bir günde onu gözyaşları içerisinde Urla Zeytinalanı'nda sonsuzluğa uğurladık.

Ne zaman, nasıl ve nerede tanıştığımızı hatırlamıyorum; ancak İzmir Bornova Anadolu Lisesi'nde başlayan arkadaşlığımızın her ikimiz de yargıç çocukları ve her ne hikmetse hukuk sevdalısı olmamızla ortak bir idealle aynı mesleğe taşınması çok zaman almadı. Benim İstanbul onun 9 Eylül

(*) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

(**) Avukat, İzmir Barosu Üyesi

Hukuk'da okuması da geçen zaman içinde arkadaşlığımıza hiçbir zaman gem vurmadı. Uzun, upuzun bir süre gibi gelen dostluğumuzun daha yaşanılabilir çok ama çok şeyi vardı, ancak maalesef, O şimdi aramızda değil...

Yücel hep dost kaldı insanlarla; hep vefalıydı, hep aradı sordu arkadaşlarını, paylaşmayı bildi onca zaman; neş'esi eksik kalmadı hiç, cimri davranmadı ve neşesini de dağıtmayı bildi etrafına. Zor anlarını bile şaka konusu yaptı, rahatsızlıklarını tatlı diliyle güzel anılar gibi anlattı. Onun sıkıntılarını kimseye yansıtmadı; ama bizleri zor anlarımızda sırtlamaya kalktı. Öğrenmeye meraklıydı, gezmeye ve yabancı ülkelere, onların konuştukları dillere de... hep orijinal şeyleri ilk kez ondan duyardık ve elbette espri bunların içerisinde hep vardı...

Yaz başında İtalyan Kültür Merkezi'nden İtalya bursu kazandığında, onca avukatlık koşuşturması içerisinde işi gücü bırakıp nasıl gidebildiğini bize anlatırken; "... geçen yıl bu yılı göremeyeceğim diye korkmuştum, bu sene korkum kalmadı, ama seneye ne olur ne olmaz..." dediğinde, bizler buna hepimizin yaptığı alalede kadercilik oyunu diye gülüp geçiştirdik. Ama şimdi "iyi ki gitmişsin be adamım" demek kalıyor bize.

Planları vardı herkes gibi, özençleri vardı, umutları ve bilinmez yarınları... O hepsini, ama hepsini bırakıp gitti. 2000 yılına Rio'da gireriz, sambalar yaparız diyorduk. Onsuz yeni bin yılın da tadı yok artık...

Ve Yücel'e;

*Yücel; sanki bir oyun oynar gibi saklanmış,
Sobe diye bağırınca ortalara çıkacakmışsın gibi.
Sanki her adliyeye gittiğimizde seni görecekmışiz gibi...
Adliye önünde sabahları bir bardak çayı,
yine kahkahalarla paylaşırsın gibi...
Yokluğuna alışmak inan çok zor olacak
Rahat uyu dost insan.
Yukarılardan bir yerlerden duyuyorsan eğer bizi,
Kalbimizin bir köşesindeki yeri sana ayırdık
Biz seni hep ama hep sevmiştik. Unutma e mi? ■*