



2024

İSTANBUL
BAROSU
DERGİSİ

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



MAYIS-HAZİRAN 2024

CİLT: 98 SAYI: 2024/3 ISSN 1304-737X

*Dergide yayımlanan yazılar yazarların, kişisel görüşünü yansıtır.
Gönderilen yazının hiçbir yerde yayımlanmamış olması gereklidir.*

*Yazılar yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez.
Yayımlanmayan yazılar için, gerekçe gösterme zorunluluğu
yoktur. Gönderilen yazılarda, Yayın Kurulu'nun saptadığı
yayın ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.*

Dergi'de yayımlanan tüm yazılarda (12 Eylül Cuntası tarafından kapatılan)

Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı Yazım Kılavuzu esas alınır.

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 1.000 TL'dir.

Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki

TR 510001 5001 5800 7286 2874 96 no'lu hesabına yatırılması,

dekontun Derginin gönderileceği adres eklenerek

muhasabe@istanbulbarosu.org.adresine e posta göndermeniz gerekmektedir.

Bilgi için: guleryuzh@istanbulbarosu.org.tr 0212 393 07 57

(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

Dergimizin bu sayısı İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile

2. 000 adet basılmıştır.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayınlanır.

Sahibi

İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Filiz SARAÇ

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Burcu ÖZTOPRAK ALSULU

Yayından Sorumlu Yönetim Kurulu Üyesi

Av. Sinan NAİPOĞLU

YAYIN KURULU

Başkan

Av. Oya Şahin MCCARTHY

Genel Yazman

Av. Gökce IŞIK ÇOŞKUN

Üyeler

Av. Burhan ÖĞÜTCÜ

Av. Lütfü BAŞÖZ

Av. Humral TAN

Av. Dr. Hakan MURAN

Av. Gökce IŞIK ÇOŞKUN

Av. Kardelen KILIÇ

Av. Pınar ŞİŞMAN

Yönetim Yeri

İstiklal Cad. Orhan Adli Apaydın Sok. No: 2 Beyoğlu-İst.

Tel: (0212) 393 07 00 Faks: (0212) 293 89 60

istbarosudergisi@gmail.com

www.istanbulbarosu.org.tr

Yayıncı Sertifika No: 47929

Baskı

Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.

Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1 347047 Ataşehir İSTANBUL

Tel: (0216) 470 44 70 Fax: (0216) 472 84 05

www.egebasim.com.tr

İÇİNDEKİLER

Yayın Kurulu'ndan.....	11
İstanbul Barosu Dergisi Makale Yazım Kuralları.....	14
Makale Yayınlama ve Telif Hakları Taahhütnamesi	20
Sanık Gizli Tanık Olabilir mi?	
AYDENİZ, Tugay.....	23
Yargıtay Kararları Işığında Kısmi Dava İle Belirsiz Alacak Davası ve Güncel Sorunlar	
DEMİR, Deniz	38
Bölge Adliye Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Banka Mevduat Hesabı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması Ve Sonuçları	
ERSOĞAN, İsmail	63
Taşıma Sözleşmelerinin Tüketici Hukuku Ve Hava Taşıma Hukuku Açısından Hukuki Değerlendirmesi	
KÖK, Can Furkan	93
“Kiracının Kiralananı Göstermesi”ne Dair Mahkeme Kararının Uygulanabilirliği	
GÜNERBÜYÜK, Uygur	101
Kamulaştırmasız El Atma Davaları	
GÖLCÜKLÜ, Mehmet Ali.....	112
CAS Lehine Öngörülen Zorunlu Tahkim Şartının Geçerliliği	
İMAMOĞLU, Senem.....	154
İçtihatlar Çerçevesinde İfade Özgürlüğü Hakkı, Hakkın Sınırları ve Sınırlandırılmasının Sınırları.....	
GÜL, Sercan	180
Anayasa Mahkemesinin Keser Altıntaş Başvurusunun Anayasanın Korunması ve Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirilmesi	
SİVRİKAYA, Ezgi	217

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI..... 233

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları251

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi260

Yargıtay 3 Hukuk Dairesi266

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi278

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi280

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi286

Yargıtay 20. Hukuk Dairesi290

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARLARI 291

YARGITAY CEZA DAİRESİ KARARLARI 299

Yargıtay 1. Ceza Dairesi.....299

Yargıtay 3. Ceza Dairesi.....300

Yargıtay 5. Ceza Dairesi.....301

DANIŞTAY KARARLARI..... 308

YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME GENEL KURULU

KARARLARI 313

KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURULU KARARLARI 323

UYGULAMADA AVUKAT335

Gelir Vergisi Yasasının 89/9 Maddesindeki “Hizmet İhracatı” Hükmü
ve Bu Maddeden Yararlanamayan Avukatların Hizmet İhracatı

SÖNMEZOCAK, Erol337

İpotekli Alacaklının Alacağı Karşılanmadan Satış Yapılabilen Durumlar
İle İpotekli Alacaklıya “Alacağı Karşılanmasa Dahı İpotek Alacağının
Altında Satış Yapılmasına Muvafakat Edip Etmediği” Konusunda İcra
Dairesine Bildirimde Bulunmasına Gerek Kalmadan Satış Yapılabilecek
Durumlar

UYAR, Talih.....346

İtalya’da Hukukta Uzmanlaşma, Avukatlar İçin Birlikte Çalışma
Modelleri ve Hukuk Bürolarının Yasal Yapıları

ACCOLLA, Marco.....353

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik	366
Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun....	376

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER VE AYRILMALAR

Yitirdiklerimiz	399
Nakiller	407
Ayrılmalar	411
KAVRAM DİZİNİ	413

YAYIN KURULU'NDAN

YAYIN KURULU'NDAN

İstanbul Barosu Dergisi'nin Mayıs-Haziran sayısı ile tekrar birlikteyiz.

Bu sayımızda da diğer sayılarımızda olduğu gibi hukukun farklı alanlarında derinlemesine incelemeler ve güncel gelişmelerle dolu bir içerik sunmaya çalıştık.

Bu iki aylık dönemde, hukuk camiası ve toplumumuz için önemli olan çeşitli yıldönümlerine ve olaylara da Yayın Kurulu'ndan yazımızda yer veriyoruz.

Mayıs ayı, Türk hukuk tarihi açısından büyük önem taşıyan, 19 Mayıs Atatürk'ü Anma, Gençlik ve Spor Bayramı'nın yıldönümünün de içeriyor.

Bugün sporun önemini vurgulayan bir gündür. Bayramımız geçmiş tarihlerde sporun teşvik edilmesi, gençlerin ve halkın spor yapma kültürünün geliştirilmesi amacıyla çeşitli spor etkinlikleri ve organizasyonlarıyla kutlanmıştır.

Atatürk'ün bu bayramı gençliğe ve spora armağan etmesindeki amacı gençlerin fiziksel ve

ruhsal sağlıklarını korumalarını teşvik etmek ve toplumda sporun yaygınlaşmasına katkı sağlamayı amacını taşımaktadır.

Fiziksel olarak aktif olmak ruh sağlığına pozitif etki eder. Depresyon ve anksiyete olasılığını azaltabilir ve daha iyi ve daha dengeli bir yaşam tarzını sağlar. Atatürk'ün klasik sözü olan "Sağlam kafa sağlam kafada bulunur." sözü fiziksel aktivite ve ruh sağlığı arasındaki bağlantıyı beş kelime ile özetlemektedir.

Bu vesileyle, hukuk ve adaletin teminatı olan genç hukukçularımızın önemini bir kez daha vurgulamak isteriz.

Makaleler bölümümüzde "Kıracının Kiralananı Göstermesi"ne Dair Mahkeme Kararının Uygulanabilirliği" isimli makale yer alıyor. İçeriğinde, hukuk mahkemesinin bazı kararlarına uymayan bir tarafın buna uymaya zorlanamaması, kiracının kiralananı göstermemesi örneği üzerinden inceleme yapılıyor.

Bir diğer makalede ise Anayasa Mahkemesinin 11.05.2023 tarihli kararında, iş kazasında

%0 maluliyetle kesinleşen tazminat davasının, maluliyetin %24'e yükselmesiyle yeniden açılması ve Yargıtay tarafından reddedilmesi ele alınıyor.

Uygulamadaki Avukat Bölümü bu sayıda oldukça zengin içeriklere sahip. Aynı zamanda hukukun birçok dalındaki önemli konulara değiniyor. Bu bölüm aynı zamanda Resmi Gazete'de yayımlanan ve siz değerli meslektaşlarımızı ilgilendiren önemli değişiklikler yer alıyor.

Kararlar bölümümüzde Anayasa Mahkemesi kararları olarak varlık yönetim şirketlerinin harç muafiyetinin sınırsız hale gelmesi eşitlik ilkesine aykırılık, karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti yasada alt ve üst sınırın öngörölmüş olması kuralın meşru amaca ulaşma bakımından yeterli olması, avukatların 5549 sayılı kanun kapsamında yükümlü tanımına dahil edilmesi MASAK Başkanlığına bildirme devamlı bilgi verme yükümlölülüğü avukat müvekkil mahremiyetinin ihlali gibi çeşitli konularda kararlara yer verdik. Ayrıca Yargıtay Kararları'nda aile hukukundan, ceza hukukuna ve usul hukuku gibi çeşitli hukuk alanlarından konulara yer verdik. Umuyoruz ki bu

kararlar siz meslektaşlarımızın bilgi ve deneyimlerinizi zenginleştirecek bu içeriklerin, günlük çalışmalarınızda sizlere fayda sağlar ve meslektaşlarımız için karşılaşılabilecekleri davalarında çözüm olarak karşlarına çıkar.

Yayın Kurulu olarak, İstanbul Barosu Dergisi'ne katkı sağlayan tüm yazarlarımıza, okuyucularımıza ve destekçilerimize teşekkür ederiz. Sizlerin değerli katkılarıyla dergimiz, her geçen gün daha da zenginleştğini ve güçleştğini bir kez daha hatırlatmak isteriz.

Yeni sayılarda buluşmak dileğiyle, mesleki hayatınızda başarılar dileriz.

Yayın Kurulu

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

MAKALE YAZIM KURALLARI*

1. GİRİŞ

İstanbul Barosu Dergisi'ne gönderilecek makalelerin, yayınlanabilmesi için belirli yazım kurallarına uygun olması gerekmektedir. Bu kurallar, hem makalelerin daha okunaklı ve anlaşılır olmasını sağlamak hem de derginin biçimsel görünümünü korumak amacıyla belirlenmiştir.

İstanbul Barosu Dergisi'nin yazım dili Türkçe'dir. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimi Yayın Kurulu tarafından yapılır.

2. MAKALELERİN GÖNDERİLMESİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1. Makalelerin Gönderilmesi

Makaleler, yazar tarafından İstanbul Barosu Dergisi'nde bulunan elektronik posta adresine (istbarosudergisi@gmail.com, dergi@istanbulbarosu.org.tr) gönderilmelidir. Ayrıca dergiye gönderilen makalenin ekinde mutlaka gönderen yazarın adı, soyadı ve unvanı, hangi baroya kayıtlı olduğu ve telefon numarası bulunmalıdır.

Dergiye gönderilen makalelerin daha önce herhangi bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere herhangi bir yayıncı kuruluşla gönderilmemiş olması gerekir.

2.2. Makale Değerlendirmesi

Yayın Kurulu makaleleri amaç, konu, içerik, sunuş tarzı ve yazım kurallarına uygunluk bakımından inceleyerek değerlendirir. Makalelerin reddine sebep olabilecek örnek durumlar şunlardır:

- Makalenin salt mevzuat metninden oluşması,
- Makale içeriğinde yer verilen mevzuat hükümlerinin bir veya birkaçının güncel olmaması,
- Makalenin intihal içermesi,

* Yazım Kurallarına ilişkin örnek şablon için 19. sayfaya bakınız.

- Yazının hukuk alanına sağlayacağı katkının sınırlı kalması veya özgün nitelik taşınamaması,
- Yazının nesnel niteliğinin olmaması ve sırf öznel görüşlerle kaleme alınmış olması,
- Yazı konusunun güncel olmaması,
- Yazının derdest bir dava hakkında olması,
- Yazının veya yazıdan türetilmiş benzer çalışmanın yazılı veya dijital ortamda önceden yayımlanmış olması,
- Makale metninde aşırı miktarda anlatım bozukluğu ve/veya yazım hatası bulunması.

Değerlendirme sonucu olumlu olan makaleler için “Yayınlanabilir Onayı” verilir ve yazar bu konuda bilgilendirilir. Şu kadar ki, makaleye verilen “Yayınlanabilir Onayı”, makalenin hangi sayıda yayınlanacağına dair bir taahhüdü içermez.

Yayın Kurulu, yazardan makalenin belli yönlerinin geliştirilmesini isteyebilir. Bu durumda Yayın Kurulu makale hakkındaki nihai kararını, yazar bu düzeltmeleri gerçekleştirdikten sonra verir. Düzeltme sonrası değerlendirme de ilk değerlendirme gibi olumlu yahut olumsuz olabilir.

Yayın Kurulu, yayınlanmasına karar verdiği makalelerde tespit edilen -aşırı olmayan miktarda- yazım hataları ve biçim farklılıklarını düzeltir, gerek gördüğünde esasa yönelik küçük düzeltmeleri yazara göndermeye gerek olmaksızın yapar.

Yayınlanması uygun bulunan makaleler, Yayın Kurulu’nun uygun bulduğu bir sayıda hem basılı hem de elektronik ortamda yayınlanır.

Yayın Kurulu, gerekçe göstermeksizin makaleyi yayınlamama kararını yazara bildirebilir.

3. MAKALE YAZIM KURALLARI

3.1. Başlıklar

- Başlıklar; ana başlık (makale başlığı), alt başlık, ikinci düzey alt başlık, üçüncü düzey alt başlık, ... kategorilerinden oluşur.

- Yazar makale başlıklarında dilediği miktarda alt kırılım yapabilir.
- Her makale, giriş ve sonuç bölümü hariç en az 2 ana başlık içermelidir.
- Giriş bölümünden itibaren makaledeki tüm başlıklar, bu yazı ekinde yer alan ‘Başlıklar’ tablosunda gösterildiği şekilde numaralandırılmalıdır.

3.2.Yazı Tipi, Stili, Boyut

- Tüm alanlarda “Times New Roman” yazı tipi kullanılmalıdır.
- Altı çizili yazı kullanılmamalıdır.
- Harf boyutu (10, 12, 16 punto), yazı tipi stili (normal, italik, normal-kalın, italik-kalın), hizalama ve büyük harf kullanım yerleri hakkında bilgi aşağıdaki tabloda verilmiştir:

Ana başlık	16 punto, normal-kalın, ortaya hizalı, tüm kelimeler büyük harf
Yazarın adı, soyadı ve unvanı	12 punto, normal-kalın, ortaya hizalı, soyadı büyük harf
Özet	12 punto, normal, iki yana yaslı
Anahtar kelimeler	12 punto, normal, iki yana yaslı, her kelimenin ilk harfi büyük
Alt başlık	12 punto, italik-kalın, sola hizalı, her kelimenin ilk harfi büyük
Birinci, ikinci, ... düzey alt başlık	12 punto, italik-kalın, sola hizalı, her kelimenin ilk harfi büyük
Metin	12 punto, normal, iki yana yaslı
Dipnotlar	10 punto, normal, iki yana yaslı
Kaynakça	10 punto, normal, iki yana yaslı

3.3.Boşluklar ve Aralıklar

- Satır aralığı genel olarak 1,5 satır, sadece dipnotlarda ve kaynakçada 1 satır olmalıdır.
- Paragraflar arasında boşluk bırakılmamalıdır.

3.4.Metin

3.4.1. Ana Başlık

Ana başlığın derginin mizanpaj düzenini bozacak derecede uzun olmaması gerekir. Uzun olması halinde, yazara gönderilmeksizin gerekli kısaltma Yayın Kurulu tarafından yapılabilir.

3.4.2. Yazar

Adı, soyadı ve unvanı ana başlığın altında yer alacaktır.

3.4.3. Özet ve Anahtar Kelimeler

- Özet kısmında, makalenin özü ve içeriği hakkında -‘Giriş’ bölümü ile aynı olmamak ve 200 kelimeyi geçmemek kaydıyla bir özet yapılmalıdır.
- Anahtar Kelimeler kısmında, makalenin ayırt edilmesini sağlayacak en az 3 en fazla 5 anahtar kelimeye yer verilmelidir.

3.4.4. Giriş

Bu bölümde, çalışmanın amacı belirtilmeli ve daha sonra yöntem, süreçler ve kullanılan araçlar açıklanmalıdır.

3.4.5. Tarih Yazımı

Tarihler 19.05.1919 ve 09.10.1923 şeklinde olmalıdır.

3.4.6. Tablolar ve Şekiller

- Tablolar ve şekiller ilgili metnin içinde yer almalıdır.
- Tablolar ve şekiller, ayrı ayrı ve sıralı şekilde numaralandırılmalıdır. (Tablo 1, Tablo 2, ..., Şekil 1, Şekil 2, ...)
- Tablonun veya şeklin ismi hemen altında ve ortaya hizalı olmalıdır.

- Alıntı tablo ve şekillerde ilgili kaynak dipnot olarak belirtilmelidir.
- Tablolar ve şekiller metin içine -jpeg veya png biçimli- resim olarak yerleştirilmeli ve ayrıca makalenin yanı sıra orijinal biçimiyle de gönderilmelidir.

3.4.7. Dipnotlar

- Metin içinde dipnot numarası noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir.
- Atıflar, metin içinde gösterilmez. İlk atıfta kaynağın tam künyesi verilir, aynı esere izleyen atıflar “age, agm, agk, ibid, id, loc. cit.” örneklerinde olduğu gibi kısaltılmış olarak verilir.
- Eserlere yapılan atıflarda dipnotta önce yazar ad ve soyadı, sonra sırasıyla eser adı ve sayfa numarasına yer verilir.
- Metin içinde makalenizin başka bir bölümüne dikkat çekmek için dipnotta sayfa numarası verilmemelidir.
- Atıf yapılan dijital kaynakların web sitesi adresleri (URL adresi) ve alıntı yapılan erişim tarihleri verilmelidir.

3.4.8. Kaynakça

- Her kaynakta yazarın soyadı (büyük harf), adı (ilk harfi büyük), eserin adı , yayınevi, yayın yılı, sayfa numarası ve diğer tanımlayıcı bilgiler yer alır.
- Kaynaklar, yazarın soyadına göre alfabetik olarak sıralanır ve metinde belirtilen tüm kaynakları içerir.
- Makalede atıf yapılmamış eserler kaynakçada gösterilmemelidir.
- Kaynakçada ayrıca sözlük, kitap, web sitesi gibi alt başlıklar oluşturulmamalıdır.

3.5. Diğer Kurallar

- Aynı yazar veya yazarlara ait farklı makaleler Derginin aynı sayısında ve ardışık sayılarında yayımlanmaz.

- Dergide yayımlanan makalelerin basılı ve dijital ortamda tüm yayın hakları İstanbul Barosu'na aittir. Makaleler için telif ücreti ödenmez.
- Yazar gönderdiği makalesini yayımlanmadan geri çekmek isterse, makaleyi gönderdiği e-posta adresine bu isteğini derhal iletmelidir. Dizgiye girmiş makaleler geri çekilemez.
- Makalelere, yazarların soyadlarının alfabetik sıralaması dikkate alınarak Dergide yer verilir.
- Dergide yayımlanan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarların sorumluluğundadır. İstanbul Barosu makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.
- Dergiye gönderilen yazılar bilimsel etik kurallarına uygun olmalı, benzerlik oranı %10'u aşmamalı ve yapay zekâ yazılımları (AI) kullanılmadan hazırlanmış olmalıdır.
- Makaleler, Kaynakça bölümü dahil 6.000 kelimeyi (yaklaşık 20 sayfayı) aşmamalıdır.

ANA BAŞLIK**Av. Adı SOYADI¹****ÖZET****Anahtar Kelimeler:****1. GİRİŞ****2. ALT BAŞLIK**

- 2.1. İkinci Düzey Alt Başlık**
- 2.2. İkinci Düzey Alt Başlık**
 - 2.2.1. Üçüncü Düzey Alt Başlık**
 - 2.2.2. Üçüncü Düzey Alt Başlık**
- 2.3. İkinci Düzey Alt Başlık**
- 2.4. İkinci Düzey Alt Başlık**
- 2.5. İkinci Düzey Alt Başlık**
 - 2.5.1. Üçüncü Düzey Alt Başlık**
 - 2.5.2. Üçüncü Düzey Alt Başlık**

3. ALT BAŞLIK

- 3.1. İkinci Düzey Alt Başlık**
 - 3.1.1. Üçüncü Düzey Alt Başlık**
 - 3.1.2. Üçüncü Düzey Alt Başlık**
 - 3.1.3. Üçüncü Düzey Alt Başlık**
- 3.2. İkinci Düzey Alt Başlık**
 - 3.2.1. Üçüncü Düzey Alt Başlık**
 - 3.2.2. Üçüncü Düzey Alt Başlık**

4. SONUÇ**KAYNAKÇA**

- EROĞLU, Hamza: Türkiye Cumhuriyeti'nin İlânı, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi* 19.56, 2003, s. 435-456.
- HOBBS, Thomas: *Leviathan*, Barnes & Noble Books, New York, 2004.

¹ Avukat, İstanbul Barosu

MAKALE YAYINLAMA VE TELİF HAKLARI TAAHHÜTNAMESİ

Dergiye makale gönderen yazarlar, makalenin kendi özgün çalışmaları olduğunu, her türlü hukuki ve cezai sorumluluğun kendilerine ait olduğunu ve makalede yer verilen metin, varsa resim, grafik, tablo vb. nin yasal mevzuata uygun olduğunu ve başka şahısların telif hakları başta olmak üzere herhangi bir hakkının ihlal edilmediğini, makalenin yayınlanması için başka bir yayıncıya gönderilmediğini, daha önce farklı bir derginin hakem heyetinden olumsuz bir değerlendirme alınmadığını, herhangi bir dergi veya herhangi bir online ortamda yayınlanmadığını, ve/veya yayınlanmak için sunulmadığını kabul ve taahhüt etmiş sayılırlar.

Yayınlanma kararının alınması ile birlikte, makalenin fiziki ve dijital ortamlar ile teknolojik olanaklar ile ortaya çıkacak yeni ortamlarda, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla ve/veya radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar aracılığıyla her türlü umuma iletim hakkı, çoğaltma, yayma, temsil, derleme, devir, üçüncü kişilere satış veya diğer biçimlerde umuma dağıtılması veya sunulması ve kişilerin seçtikleri yer ve zamanda makaleye erişimin sağlanması suretiyle umuma iletim hakkı, temsil suretiyle faydalanma hakkı, üretim, yeniden yayma, çoğaltma hakları İstanbul Barosu'na aittir.

Dergide yayınlanan yazılar hakkında herhangi bir telif ücreti ödenmez. İstanbul Barosu, işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri yazarın izni olmaksızın da yapabilir.

YAZILAR

SANIK GİZLİ TANIK OLABİLİR Mİ?

Av. Tugay AYDENİZ¹

Özet

Türk mevzuatında tanıkların korunmasına dair düzenlemeler bulunmakta olup tanıkların korunmasına yönelik tedbirlerden birisi de tanıklarının kimliklerinin gizlenmek suretiyle dinlenmesi yani “gizli tanık” ıktır. Ancak, ceza yargılamasında korunma ihtiyacının sadece tanıklar ile sınırlı olmadığı da bilinen bir gerçektir. Bu çalışmada, bir kişinin aynı zamanda sanık olarak yargılandığı aynı davada gizli tanık olarak dinlenip dinlenemeyeceği incelenmektedir.

Anahtar kelimeler: Gizli tanık, tanık koruma tedbirleri, sanık, suç ortağı.

1. Giriş

Gizli tanıklık, tanığın kimliği belli olmayacak şekilde dinlenilmesidir. Bu bilinmezliği sağlamak için gerek Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) gerekse Tanık Koruma Kanununda (TKK) çeşitli yöntemlere yer verilmiştir. TKK 5. Maddesine göre bu yöntemlere “tanık koruma tedbiri” denilir.

TKK 5/1-a maddesinde, kişinin “*Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebliğatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi.*” 5/1-b maddesinde ise “*Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi.*” tedbir olarak gösterilmiş CMK 58/2. Maddesinde “*Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin or-*

1 Avukat, İstanbul Barosu

taya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır.”, CMK 58/3 maddesinde “Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır.” denilerek benzer tedbirlere yer verilmiştir.

TKK 9/1 maddesine göre de CMK 58/2 ve 58/3 maddelerine göre dinlenen tanık “hakkında koruma tedbiri uygulanan tanık” tır.

Dolayısıyla sanık aynı zamanda gizli tanık olabilir mi sorusunun doğru soruluş şekli; “sanık, hakkında Tanık Koruma Tedbirleri uygulanmak suretiyle dinlenebilir mi?” olmalıdır.

2. Kimler Gizli Tanık Olabilir

TKK 1. ve 4. maddeleri kimlerin gizli tanık olabilecekleri düzenlenmiştir. Yine TKK 3/1-a,b maddelerinde hangi suçlarda bu tedbirler uygulanarak tanıkların dinlenebileceği sınırlı olarak düzenlenmiştir. Buna göre ağırlaştırılmış müebbet, müebbet, alt sınırı 10 yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren suçlar, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı 2 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar, terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda tanık koruma tedbirleri uygulanabilecektir. Bunun yanında CMK 58/2 ve 3. maddede düzenlenen tedbirler CMK 58/5 maddesinde belirtildiği üzere sadece örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda uygulanabilecektir. Bu nedenle CMK 58/2 ve 58/3. maddesinde düzenlenen tedbirlerin uygulanması noktasında CMK 58/5 maddesi ile TKK’ nın çelişkili olduğu görülmektedir. Bu çelişki özel kanun/ genel kanun, önceki/kanun sonraki kanun ilişkisi kapsamında giderilmelidir. Turhan’a göre de TKK sonradan yürürlüğe giren özel kanun olduğundan hareketle çelişen noktalarda CMK hükümlerinin değil, TKK hükümlerinin uygulanması gerektiğini söylemek mümkündür.²

2 Turhan,Türk, Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak Tanıkların Korunması, 2009,s. 100

Doktrinde Devrim AYDIN tarafından; gizli tanıklık CMK 58/5' e göre ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda uygulanabilecek iken TKK ile gizli tanıklık hükümlerinin uygulanabileceği suçların kapsamının genişletildiği, TKK 3-b maddesindeki düzenlemenin TCK' daki düzenlemeler ve kriminolojik açıdan doğru olmadığı, bu denli alt sınırdan ceza öngörülen suçların örgütlü şekilde işlenebileceğinin gerçekçi olmadığını, bu uygulamayla gizli tanıklık uygulamasının kapsamının genişletildiği ifade edilmiştir.³

TKK dışında Terörle Mücadele Kanunu (TMK) ve Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (KMK) incelendiğinde bu kanunlarda da kimliğin gizlenmesi ile ilgili düzenlemeler olduğu görülmektedir.

TMK 14. maddesinde *“Bu Kanun kapsamına giren suçlar ve suçluları ihbar edenlerin hüviyetleri, rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz.”* hükmü,

KMK 19/4 maddesinde ise *“Bu Kanunun 3'üncü maddesi kapsamındaki suçları ihbar edenler ile 23 üncü maddesi gereğince ikramiye ödenmesi öngörülen muhbirlerin kimliği izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluşturmamakça hiçbir şekilde açıklanamaz. Bu kişiler hakkında korunmasına tanıkların ilişkin hükümler uygulanır. Bu Kanunun 3'üncü maddesi ile 23 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde belirtilen suçlardan elde edilen malvarlığı değerlerini ihbar edenler ile bu suçlardan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunu ihbar edenler hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır.”* hükmü yer almaktadır.

Bu kanunlardaki belirtilmiş olan suçları ihbar edenler aynı zamanda bu suçlara iştirak etmiş kişiler olabilir. Bu kanun düzenlemelerinde suça iştirak edenler ile ilgili bir ayırım yapılmadığından, düzenlemelerin söz konusu suçlara iştirak eden ihbarcıları da kapsadığı düşünülebilir.

İhbarcının kimliğinin gizlenmesi ayrı kimliği gizli olarak dinlenilmesi ayrı hususlardır. TMK kapsamındaki suçların TKK 3.

3 Aydın, Devrim “Adil Yargılanma İlkeleri Açısından Türk Ceza Yargılamasında Gizli Tanıklık Kurumu”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, sayı 2021/2, ss.11-12

maddesi kapsamındaki suçlar olması, KMK' da ise ihbarcılarının korunmasında tanıkların korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair özel bir düzenleme bulunması nedeniyle kimliği gizlenmiş bu kişilerin dinlenilmesinde TKK' daki hükümlerin uygulanması gerekir.

2.1. Sanık “Ceza Muhakemesinde Tanık Olarak Dinlenen Kimseler” Kapsamında Mıdır?

Ceza Muhakemesinde istisnai ve sınırlayıcı normlarda kıyas uygulanamaz.⁴ Tanık kural olarak kimliği açıklanmak suretiyle, duruşma sırasında tarafların huzurunda ve hükmü vermeye yetkili hakim önünde dinlenir, TKK uyarınca tanık hakkında koruma tedbiri uygulanarak dinlenilmesi bu kuralın istisnası olduğundan TKK' da yer alan hükümler kıyas yoluyla ya da genişletici yorum yoluyla genişletilemez. Örneğin başkaca kanunlarda özel olarak düzenlenmediği sürece tanık koruma tedbirleri TKK 1. ve 4. maddelerinde sayılan kişiler dışında uygulanamaz. Şen ve Eryıldız' a göre de CMK 58/2 ila 5 fıkraları ile TKK düzenlemeleri uyarınca gizli tanık müessesesi istisnai olarak kabul edilmiştir.⁵

TKK 4. maddesinde 1) Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler 2) CMK 236 maddesi gereği tanık olarak dinlenen mağdurlar 3) Bu kişilerin nişanlısı, eski eşi, alt soy/üst soyu, 2.derece dahil kan/kayın hısımları, evlatlık ve yakın ilişki içerisinde bulunduğu kişiler hakkında tanık koruma tedbiri uygulanacak kişiler olarak belirtilmiştir. Terörle Mücadele Kanunu (TMK) 22. maddesinde de tanık koruma tedbirleri uygulanarak dinlenebilecek kimseler belirtilmiştir.

TKK 4. maddesinde sayılanlar arasında “sanık” terimine yer verilmediğinden, TKK 4/1-a maddesinde “*ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenen kimseler*” kapsamında sanığın hakkında da bu tedbirlerin uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmelidir. Zira madde içerisinde tedbir uygulanacak kişiler arasında “sanık” açıkça sayılmadığından ve tanığın tedbir uygulanmak suretiyle din-

4 Kunter/Yenisey, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 1998,s.537

5 Şen/ Eryıldız, Suç Örgütü,2021, s.843

lenilmesi istisna bir düzenleme olduğu için kıyas ya da genişletici yorum da uygulanamayacağından doğrudan sanık hakkında uygulanabileceğini kabul etmek mümkün değildir.

Bu nedenle ceza muhakemesinde kimlerin tanık olarak dinlenebileceğinin belirlenmesi gerekir. Tanık, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.11.2013 tarihli ve 2013/1-251 esas 2013/454 karar sayılı kararında da belirtildiği üzere, kendisine karşı yürütülmeyen bir ceza soruşturmasında, olay hakkında beş duyusu ile edindiği algılamaları ifadesiyle açığa vuran kişidir. Yargıtay kararında belirtilen “kendisine karşı yürütülmeyen” deyiminden taraf olmayanı anlamak gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle ceza muhakemesinde taraf kavramının da açıklığa kavuşturulması gerekir.

Ceza muhakemesinde şahıs itibariyle ve makam itibariyle olmak üzere iki bakımdan taraf söz konusudur. Makam itibariyle süjeler sırf bir makamı işgal ettikleri için muhakeme süjesidirler, hakim, savcı, müdafî makam itibariyle süjedirler, şahıs itibariyle süje olanlar da makam itibariyle suje olabilirler, örneğin suçtan zarar gören kişi kamu davasına katılarak ya da sanık kendisini müdafaa etmek istediğinde müdafaa makamını işgal eder. Şahıs itibariyle taraf süjeliğinde ise bu kişiler yargılanacak uyuşmazlığın şahsen tarafı olduklarından süje durumundadırlar bunlar suçtan zarar görenlerle, suç işleyerek başkasına zarar verenlerdir.⁶

Anayasa Mahkemesi (AYM) tanık kavramını özerk olarak yorumlamış, tanığın sanığa isnad edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi olabileceğini bu bağlamda suçun iştirak edeni, olayın mağduru, şikayetçi, devletin görevlendirdiği gizli/gizli olmayan soruşturmacı da tanık olabileceği ifade edilmiştir.⁷ AYM’ nin tanık kavramına verdiği anlam Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği anlam ile aynı yöndedir. Görüldüğü üzere AYM ve AİHM tanık beyanı olarak değerlendirilen beyanın uyuşmazlığın tarafı olanlar ya da tarafı olmayanlar tarafından verilmiş olmasını önemsemekte, uyuşmazlığın “tarafı” olup olmadığına bakmaksızın beyan

6 Kunter/ Yenisey, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 1995, s.291

7 AYM; Selçuk Demir 2014/9783, Kadir Akbaş 2017/29811, H.T. 2017/32857 Başvuru numaralı Bireysel Başvuru kararları

delillerinin tamamını aynı kategoride değerlendirerek AİHS 6/3-d maddesindeki güvenceleri uygulamakta, beyanı hükme esas alınan kişinin dinlenilmesi sırasında savunma tarafına soru sorma hakkı verilmemesi halini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 6/3-d maddesinde yer alan soru sorma hakkının dolayısıyla da adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmektedir.

Tanık kavramı, AİHS sisteminde özerk bir anlama sahip olduğundan suç ortaklarının da tanık kavramı kapsamında kabuledilse de bu özerk yorumun, ulusal hukukta tanık olarak kabul edilmeyen ve başka sıfatla sorgulanan suç ortağının bir de tanık sıfatıyla sorgulanması talebine cevaz vermediği ifade edilmektedir.⁸

Yargıtay tarafından tanığın *“kendisine karşı yürütülmeyen bir ceza soruşturması/kovuşturmasında”* verdiği beyan tanık beyanı sayılmasına rağmen CMK 50/1-c maddesinde *“yemin verilmeyen tanıklar”* başlığı altında soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara *iştirakten şüpheli, sanık ya da hükümlü olanların yeminsiz dinleneceği* şeklinde hüküm yer almaktadır. Suça iştirak şekilleri genel bir şekilde faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmakta olup faillik kanunda tarif edilen haksızlığın gerçekleştirilmesini zorunlu kılarken, suçun işlenişine sunduğu katkı kanuni tariftaki haksızlığı gerçekleştirilmeyen suç ortakları şerik olarak nitelendirilmektedir.⁹ CMK 50. maddesinde suça iştirak edenlerin tanıklığından söz edildiğinden CMK’ da aynı suçtan yargılananların tanık olarak dinlenilmesi halinin kabul edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak CMK 50. Maddesinde yer alan *“iştirak edenler”* ibaresinden müşterek failleri mi yoksa yarım eden azmettiren gibi şerikleri mi anlamak gerekeceği ve yargılamanın aynı yargılama mı yoksa ayrı yargılamalar mı olduğu belirli değildir.

8 Yıldırım, Anayasal Düzeyde Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı, s.178

9 Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2015, s.532

2.1.1. Suça İştirak Eden Suç Ortağının Tanık Olarak Dinlenebilmesi

2.1.1.2. CMK 50/1-C Maddesindeki “İştirak Edenler” İbaresinin Kapsamı

Şeriklerin, eylemi her ne kadar asıl failin eyleminden farklı ise de asıl failin eylemi ile bağlıdır. Bu nedenledir ki asıl fail bakımından geçerli olan nitelikli haller şerikler bakımından da uygulanmaktadır.¹⁰ Dolayısıyla yargılama sonucunda şerik hakkında verilecek hüküm asıl faile verilecek hükme bağlıdır. Örneğin sanık Mehmet sanık Ahmet’ in gerçekleştirdiği yaralama suçuna yardım etmekten yargılandığı davada sanık Ahmet’ in yaralama eylemini gerçekleştirdiğini gördüğünü ancak kendisinin yardım etmediğini sadece oradan geçtiğini beyan etmiş olabilir. Bu durumda sanık Mehmet’ in sanık Ahmet’ in eylemine ilişkin bilgisi olayın tanığı olduğunu gösterir ve sanık Ahmet’ e yönelik iddia bakımından olayın tanığı sıfatını alması gerekir. Ancak bahsettiğimiz üzere sanık Ahmet hakkında verilecek hüküm sanık Mehmet’ i doğrudan etkileyeceğinden tanık sıfatıyla dinlenememesi gerekir. Dinlenirse tanığın yükümlülüklerine tabi olur ki bunlardan biri de doğru söyleme yükümlülüğüdür. Bu durumda sanık olması ile sahip olduğu haklar ile tanık olduğu için yükümlendiği yükümlülükler çelişir.

Müşterek faillerin eylemleri ise birbirinden bağımsız olup, yargılama sonucunda haklarında verilecek hükümler birbirlerini etkilemeyecektir.¹¹

Bu nedenle yargılama sonucu asıl fail ile ilgili verilecek hüküm şeriki etkileyeceğinden bir şerikin kendisini etkileyecek hüküm verilecek yargılamada tanık olarak dinlenilememesi gerekir. Müşterek fail bakımından aynı durum söz konusu olmadığından bir fail diğer faillerin yargılandığı davalarda tanık olabilmelidir. Dolayısıy-

10 “suça yardım eden olarak katılana, katıldığı suçun asıl failinin şahsına bağlı ağırlatıcı nedenler sirayet edeceğinden” (Yargıtay 1. CD., 12.6.2008, 2008/489 E, 2008/4996 K).

11 “5237 sayılı TCK.nun 40/1-2 maddesi uyarınca, sanık Durdu’dan kaynaklanan şahsi ağırlatıcı neden suçun faili olan sanık Hamdullah’a sirayet etmeyeceğinden, bu sanık hakkında TCK.nun 82/1-d maddesi ile uygulama yapılamayacağına düşünülmemesi” (Yargıtay 1. CD., 10.11.2010, 2008/10570 E, 7354 K)

la CMK 50/1-c maddesindeki “iştirak edenler” ibaresinin sadece müşterek failleri kapsadığı kabul edilmelidir.

2.1.1.3. Yargılamanın Aynı Yargılama Mı Yoksa Ayrı Yargılamalar Mı Olduğu Hususu

Ceza yargılamasında genel kural açılan her dava üzerine ayrı bir yargılamanın yapılmasıdır. Ancak uyuşmazlıklar arasında bağlantı olduğu zaman bağlantının özelliği yüzünden bu kuraldan ayrılabilir. Tek görünen muhakemede aslında uyuşmazlık sayısı kadar muhakeme vardır.¹² İştirak durumu varsa objektif bağlantı söz konusudur.¹³

Bağlantı kavramına baktığımızda CMK 8 ila 11. maddeleri arasında düzenlendiği görülmektedir. CMK 8. maddesinde “*Bir kişi, birden fazla suçtan sanık olur veya bir suçta her ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanık bulunursa bağlantı var sayılır. Suçun işlenmesinden sonra suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme fiilleri de bağlantılı suç sayılır.*” denilmek suretiyle bağlantılı davalar bakımından kural belirtilmiştir. Bunun yanında CMK 11. maddesinde “*Mahkeme, bakmakta olduğu birden çok dava arasında bağlantı görürse, bu bağlantı 8 inci maddede gösterilen türden olmasa bile, birlikte bakmak ve hükme bağlamak üzere bu davaların birleştirilmesine karar verebilir.*” denilmek suretiyle de geniş bağlantı sebebiyle bağlantı düzenlenmiştir.

CMK 8. maddesinde bir sanığın yargılandığı birden fazla suçtan ya da birden fazla sanığın yargılandığı bir suçtan bahsedilmiş olması nedeniyle bu madde uyarınca birleşen davada sanığın yargılanan her suç bakımından suç isnadı altında olduğu yani sanık olduğu anlaşılmaktadır. Buna rağmen CMK 11. maddesine göre birleşmiş şekilde yürüyen davada bir sanığın yargılaması yapılan her eylem bakımından sanık olmayabileceği anlaşılmaktadır.

¹² Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2015, s.606, Tosun, 1984, s.399

¹³ Tosun, Suç Muhakemesi Hukuku, 1984, s.389

CMK 9 maddesinde de bağlantılı davaların kural olarak birleştirilerek açılacağı düzenlenmiştir. Bu kuraldan hareketle aslında çok sanıklı yada iştirak halinin söz konusu olduğu her davanın birleştirilerek açılmış dava olduğu sonucu doğmaktadır.

Örneğin bir sanığın mağduru darp ederek yere düşürdüğü diğer sanığın da mağdurun yere düşmesinden yararlanarak cebinden parasını aldığı her iki sanığın müşterek fail oldukları bir olay düşünelim bu olayda sanıkların birbirlerinin fiillerinin görgü tanığı olduğu sabittir. Müşterek fail olduklarından yargılama sonucu biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkilemeyecektir. Bu kişilerin yargılamalarının ayrı yapılması halinde birinin diğerinin yargılamasında tanık olarak dinlenilmesinde bir engel yoktur, dinlenildiğinde beyanları delil değeri kazanabilecektir ancak bu kişiler hakkında tek bir yargılama yapılması halinde uygulanması zorunlu bazı usul hükümleri bir sanığın diğer sanığın eyleminde tanık olarak dinlenilmesini engellemektedir. Dinlenemeyince de tanık beyanı delilinden söz edilemez.

Bir kişinin sanık olarak yargılandığı aynı yargılamada tanık olarak dinlenilmesini engelleyen usul hükümlerine baktığımız da ise,

CMK 191. maddesinde sanıkların, müdafilerin ve tanıkların hazır olup olmadıklarının tespiti ile duruşmanın başlayacağı, iddianame kabul kararının okunmasından sonra tanıkların duruşma salonundan çıkarılacağı, ardından iddianame okunup sanığın sorgusunun yapılacağı, CMK 206/1 maddesine göre delillerin ortaya konulmasına sanığın sorgusundan sonra başlanacağı düzenlenmiş buna göre tanıkların, sanığın sorgusundan sonra CMK 52. maddesinde belirtildiği üzere *“Her tanık, ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında bulunmaksızın”* dinleneceği yani tanıkların sanıkları ve önceki tanığı dinlemesi önlenerek dinleneceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler karşısında tüm duruşmayı izleyen, iddianameyi dinleyen, konuşmaları dinleyen, diğer sanıkları dinleyen, delilleri gören bir sanığın delillerin ortaya konulması aşamasında bir de tanık olarak dinlenilmesi CMK 191, 52 maddelerine aykırılık içereceği kuşkusuzdur. Bu maddelere uygun davranılması için iddianame kabul kararından sonra duruşma salonundan çıkarılması varsayımında ise iddianameyi, diğer sanıkları, tanıkları dinlemesi engel-

lenmiş olacağından savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır.

Tüm bu usul hükümleri göz ardı edilerek kişi sanık olarak dinlendikten sonra bir de kimliği gizlenerek dinlenildi diyelim her iki beyanı arasında çelişki çıkarsa çelişki nasıl giderilecektir. Zira CMK' ya göre çelişkinin giderilmesi zorunludur.

Bir sanık örneğin TCK 38/3. Maddesinde düzenlenen pişmanlıktan faydalanmak maksadıyla da gizli tanık olarak beyanda bulunmak isteyebilir, ancak gizli tanık olarak beyanda bulunmak isteyen bu sanığın kovuşturma aşamasında gizli tanık olarak ifade vermesi için duruşma sırasında duruşma salonundan ayrı bir yerde bulunması gerektiğinden aynı zamanda sanık olan bu kişinin duruşma salonunda bulunmadığı diğer sanıklar tarafından tespit edilebilecek ve zaten gizli tanığın kim olabileceği noktasında sürekli bir arayış ve tahmin içerisinde olan diğer sanıkların şüpheleri bu sanık üzerinde yoğunlaşacaktır. Dolayısıyla korumak amacıyla uygulanan bir tedbir gerçekte sanığı hedef gösterecek ve tehlike ile karşı karşıya bırakabilecektir. Öte yandan sanık kimliği gizli olarak dinlenmiş olsa bile, iddianamede kimlik bilgileri açık şekilde yer alacak hakkındaki hüküm açık şekilde kurulacaktır. Dolayısıyla kimliğinin gizlenerek beyanlarının alınmasındaki amaç gerçekleşmemiş olacaktır. Sanığın kimliği gizlenerek verdiği beyanlar etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektirir mahiyette ise sanık hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulandığı, hükümde görülecek ve gerekçeli kararda da sanık hakkında neden etkin pişmanlık hükümlerinin uygulandığı yazacağından sanığın gizli tanık sıfatıyla beyanda bulunan kişi olduğu açık ve kolay şekilde tespit edilebilecektir. Bu nedenlerle de kimliği gizlenerek ulaşılmak istenen sanığın/tanığın korunması amacına ulaşılamayacaktır.

Doktrinde Öztürk tarafından CMK 50 maddeden hareketle suç ortağının bir başka sanığın fiile olan katkısı ile ilgili olarak öğrendikleri konusunda tanık olduğunu, davaların birlikte veya ayrı görülüyor olmasının hükmün uygulanması bakımından önem taşımadığı belirtilmiştir.¹⁴

14 Öztürk ve diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,2020,s.307

Buna karşılık Feyzioğlu tarafından bu düzenleme ile ilgili olarak; aralarında bağlantı olduğu halde ayrı görülen veya görülmüş davaların kastedildiği kanaatinde olduğunu, birlikte görülen davalarda muhakemelerin de birleştigiinden muhakemenin sonuna kadar bir davada savunma makamını işgal eden sanığın diğerinde de makam sahibi olduğu düşünüleceğinden birleştirilmiş bir davada sanıklardan birinin diğerinin davasında tanık sıfatıyla dinlenilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹⁵

Alman Yüksek Mahkemesinin, davaların ayrılması halinde, suç ortağının tanık olarak dinlenilmesini kabul ettiği ifade edilmiştir.¹⁶ İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre mağdur ve aynı suça iştiraktan sanık olanlar tanık sıfatıyla dinlenemeyecekleri (İCMK 210) belirtilmiştir.¹⁷

Prof. Dr. Faruk Turhan tarafından CMUK 52 ve CMK 50/1-c düzenlemesinin kaynağı Alman CMK 63/3 maddesi ile ilgili yapılan detaylı değerlendirmede¹⁸; CMK 50/1-c maddesinde “tanıklık kurumuna aykırı” olan düzenlemenin Alman CMK ‘daki hükmün Türkçe’ ye yanlış aktarılmasından kaynaklanmış olabileceğini, CMK’ daki şüpheli/sanık kavramlarının Alman CMK’ daki kavramları ile birebir aynı olmadığını, farklı evrelerin söz konusu olduğunu, suç şüphesi altında olmakla birlikte soruşturma başlatılmamış kişilerin soruşturması ve kovuşturması yapılan suçla ilgili tanık sıfatıyla dinlenebileceği, aynı şekilde soruşturma konusu suça iştirak şüphesi altında olan ancak henüz hakkında soruşturma işlemi başlatılmamış kişilerin de tanık sıfatıyla dinlenebildiği Alman CMK’da yeminsiz dinlenmesi kabul edilen kişilerin bunlar olduğunu, hakkında suçlama yapılmış kişilerin suç ortaklarına karşı yürütülen ceza muhakemesinde tanık olmamasının Alman Ceza Muhakemesinin temel ilkelerinden biri olarak kabul edildiğini, sadece birlikte

15 Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Tanıklık, 1996, s.53

16 Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2015, s.245

17 Güngör, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi *Dergisi*, Cilt: 6, Sayı 2, Yıl 2015 , s.313, Dipnot 11

18 Turhan, “Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, *Hacıbayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, CXXIV, 2020, sayı 4, ss.369-373

yürütülen davaların ayrılması, suç ortağı hakkında düşme, beraat veya mahkumiyet kararı verilmesi gibi durumlarda artık tanıklık ile sanıklık sıfatlarının bağdaşmasına engel olan durum ortadan kalkacağından, suç ortağının tanıklık yapma yükümlülüğü olacağına kabul edildiği ifade edilmiştir.

Güngör' e göre de savunma makamını temsil eden bir sanığın aynı davada birlikte yargılandığı diğer sanıklar hakkında tanıklık yapması kabul edilemeyeceğinden bir sanık ancak başka bir davada yemin verilmeden tanık olarak dinlenebileceği, CMK 50-1-c deki hükmün ancak bağlantı nedeniyle davaların birleştirilmesi yoluna gidilmediği hallerde uygulanabileceği belirtilmiştir.¹⁹

Bu nedenlerle ancak aynı suça iştirak etmiş fakat farklı bir dosyada yargılanması yapılmakta, duruşması ayrı yapılan ya da yargılaması daha önceden ayrı yapılarak sonuçlanmış kimse ancak CMK 51/1-c maddesi kapsamında tanık sıfatıyla dinlenebilmesi ve bu kişi hakkında Tanık Koruma Tedbirleri uygulanabilmesi gerekir.

2.1.2. Suça İştirak Etmeyen Suç Ortağının Tanık Olarak Dinlenebilmesi Hali

Bir sanığın iddianamede yer alan her suçtan sanık olması diğer bir deyişle iddianamede yer alan her suçun iştirak halinde işlenmiş olması söz konusu olmayabilir ve böyle bir durumda da kişi sanığı olmadığı suçlar hakkında bilgi ve görgüsü olabilir. Örneğin hırsızlık maksadıyla girilen bir evde sanıklardan birinin hiç hesapta yokken ve diğer sanıkların karşı çıkmasına rağmen ev sahibini yaralaması olayında tüm sanıklar yaralama suçu bakımından sanık olmayabilir. Böyle bir durumda bu kişinin sanığı olmadığı suçlar bakımından suça iştirak ettiği söylenemeyeceğinden tanık sıfatıyla dinlenebilmesi gerekir.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2018/4 E., 2018/1470 K. sayılı kararı da bu yöndedir; “Sanığın kendisinin katılmadığı, suç ortakları-

19 Devrim Güngör, “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6 Sayı 2 Yıl 2015 , s.313

nın gerçekleştirdiği diğer suçlarla ilgili tanık sıfatıyla dinlenmesi mümkündür. Bir kişinin aynı suça iştirak etmediği takdirde iki sıfatı (tanık-sanık) birden taşınmasında engel bulunmamaktadır.”

Ancak bu halde de CMK 191,52 hükümlerine uygun şekilde hareket edilmesi bakımından sanığın iştirak etmediği yani tanığı olduğu suçla ilgili iddianame okunurken ve sanıklar ile diğer tanıklar dinlenirken duruşma salonundan çıkarılması gerekmesine rağmen bu kişi aynı zamanda aynı iddianamede yer alan diğer suçlarda sanık olduğundan iddianamenin okunması, diğer sanıkların ve tanıkların dinlenilmesi sırasında duruşma salonundan çıkarılması mümkün değildir. CMK’ da sanığın duruşma salonundan çıkarılması ile ilgili hükümlere baktığımızda kural olarak CMK 193 maddesine göre duruşmanın yapılması için sanığın hazır bulunması zorunlu olup CMK’ da örneğin CMK 200. Maddesi gibi bunun istisnaları gösterilmiştir. Ancak sanığın iştirak etmediği aynı zamanda da tanık olduğu için duruşmanın bazı bölümlerine katılmaması yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır.

Örgüt suçundan yargılanan ve TCK 221. Maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmak isteyen bir sanık da iştirak etmediği suçlar bakımından gizli tanık olarak dinlenilmek isteyebilir ancak burada da yukarıda bahsettiğimiz üzere hükmün açık şekilde verilecek olması nedeniyle gizli olarak beyanda bulunan sanığın kimliği açığa çıkacak olduğundan örgüt üyesi sanığın aynı yargılamada gizli tanık olarak dinlenebilmesi gerçek anlamda gizli tanıklığın amacını yerine getirmeye uygun değildir. Bu nedenle örgüt yargılamasında da bir sanık iştirak etmediği bir suçta gizli tanık olarak dinlenecekse kendi yargılamasının gizli tanık olarak dinleneceği yargılamadan ayrı yapılması gerekir.

Dolayısıyla her ne kadar Yargıtay tarafından suça iştirak etmediği sürece bir kişinin bir yargılamada sanık ve tanık olarak iki sıfatı taşınmasında sorun olmadığı belirtilse de bu şekilde bir uygulamanın usul hükümleri karşısında sorun oluşturduğu açıktır.

3. Sonuç Olarak;

1- TKK. sanığı, hakkında koruma tedbiri uygulanabilecek kişilerden saymamış olduğundan sanık gizli tanık olarak dinlenemez. Ancak, CMK 50/1-c maddesi kapsamında suç ortağı tanık olarak dinlenilmesi halinde gizli tanık olabilir.

2- Bir sanığın yargılandığı ve iştirak ettiği bir suçtan CMK 50/1-c kapsamında tanık olarak dinlenebilmesi ancak *müşterek fail olması* ve *YARGILAMASININ AYRI YAPILMASI HALİNDE mümkün* ve gizli tanık olarak dinlenebilmesi de ancak bu durumda olur.

3- Örgüt yargılamasında, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş ve *iştirak etmediği* suçun yargılamasında örgüt üyesi, tanık sıfatıyla dinlenebilir, bu nedenle gizli tanık olarak dinlenebilmesi de mümkündür.

4- Örgüt üyesi sanığın aynı yargılamada hem sanık-hemde tanık olarak dinlenilmesi halinde CMK 191,52 maddelerinin doğru uygulanabilmesi pek mümkün görünmemektedir.

5- Aynı yargılamada örgüt üyesi isnadı altındaki sanığın, sanığı olmadığı suçlarda gizli tanık olması, gizli tanıklığın amacını yani tanığın korunması amacını yerine getirmeye uygun değildir.

6- Örgütlü suç yargılamalarında da suça iştirak etmeyen suç örgütü üyesi isnadı altındaki sanığın yargılamasının ayrı yapılması halinde gizli tanık olarak dinlenilmesi hem gizli tanık müessesinin amacına uygun düşecek hem de CMK 191,52 maddelerinin doğru şekilde uygulanmasını sağlayacaktır.

Nihayetinde, sanığın suç ortaklarının eylemleri ile ilgili olarak gizli tanık olarak dinlenilmesini doğrudan yasaklayan açık bir yasa hükmü bulunmasa da dinlenilmesine engel birçok usul hükmü bulunmaktadır. Bu engeller ise ancak gizli tanık olarak dinlenilmek istenilen suç ortağı sanığın kendi yargılamasının diğerlerinden ayrı olarak yapılması ile aşılabılır.

KAYNAKÇA

- AYDIN, Devrim. “Adil Yargılanma İlkeleri Açısından Türk Ceza Yargılamasında Gizli Tanıklık Kurumu”. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, sayı 2021/2.
- CENTEL, Nur ve ZAFER, Hamide. Ceza Muhakemesi Hukuku. 2015.
- FEYZİOĞLU, Metin. Ceza Muhakemesinde Tanıklık. 1996.
- GÜNGÖR, Devrim. “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:2, 2015.
- KUNTER, Nurullah ve YENİSEY, Feridun. Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. 1995.
- KUNTER, Nurullah ve YENİSEY, Feridun. Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. 1998.
- ÖZGENÇ, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 2015.
- ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, GEZER, Özge Sırma, SAYGILAR, Kırıt Yasemin F., ALAN, Esra Alan, ÖZAYDIN, Özdem, TÜTÜNCÜ, Efser Erden ve TOK, Mehmet Can. Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. 2020.
- ŞEN, Ersan ve ERYILDIZ, Hüsnü Sefa. Suç Örgütü. 2021.
- TOSUN, Öztekin. Suç Muhakemesi Hukuku. 1984.
- TURHAN, Faruk. “Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”. Hacıbayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, CXXIV, 2020, sayı:4.
- TURHAN, Faruk. Türk, Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak Tanıkların Korunması. 2009.
- YILDIRIM, Akif. Anayasal Düzeyde Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi. Selçuk Demir, 2014/9783; Kadir Akbaş, 2017/29811; H.T., 2017/32857 Başvuru numaralı Bireysel Başvuru Kararı.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA KISMİ DAVA İLE BELİRSİZ ALACAK DAVASI VE GÜNCEL SORUNLAR

Av. Deniz DEMİR ¹

ÖZET

Belirsiz alacak dava türü düzenlenmeden önce uygulamada alacak davaları için kısmi dava veya tam eda davası ikame edilmekteydi ve özellikle faiz ve zamanaşımı bakımından alacaklılar dezavantajlı konuma düşmekteydi. Kısmi davada davanın açılmasıyla zamanaşımı devam etmekte, faiz ise ıslah tarihinden itibaren istenebildiğinden uygulamadaki bu boşluğu doldurmak amacıyla 6100 sayılı kanun ile ilk defa belirsiz alacak davası düzenlenmiştir. Belirsiz alacak davasında zamanaşımı davanın açılmasıyla kesilmekte ve faiz karşı tarafın temerrüde düşmesi tarihinden itibaren istenebilmektedir.

Belirsiz alacak davası istisnai dava türü olmasına rağmen gün geçtikçe daha fazla uygulama alanı bulmuştur. Hal böyle iken belirsiz alacak davasının açılması için gerekli koşulların oluşup oluşmadığı konusu Yargıtay önüne gitmiş ve daireler arasında görüş ayrılıkları yaşanmıştır. Yargıtay 9.HD dava konusu alacağın belirli olmasına rağmen açılan belirsiz alacak davasının hukuki yarar yokluğu nedeniyle usulden reddedilmemesini, taraflara dava şartı eksikliğinin giderilmesi için süre verilmesini savunurken Yargıtay 22.HD, hukuki yararın tamamlanabilir bir dava şartı olmadığını ve usulden ret kararı verilmesi gerektiğini savunmuştur. Tartışmalar sonucunda 9.HD görüş değiştirmiş, dava şartı eksikliği usulden ret kararı verilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir.

Her ne kadar Yargıtay içtihat değiştirmiş olsa da Anayasa Mahkemesi Yargıtay'a tam tersi görüş benimsemiş belirli alacak için be-

¹ Avukat, İstanbul Barosu / Yüksek Lisans Öğrencisi, MEF Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı

lirsiz alacak davasının açılması sonucunda usulden ret kararının verilmesinin mahkemeye erişim hakkını engellediğini belirtmiştir.

Anahtar Kelimeler: Belirsiz Alacak Davası, Kısmi Dava, Faiz, Zamanaşımı, Dava Şartı Eksikliği

1. Giriş

Alacaklılar, alacaklarını tam olarak belirleyemedikleri durumlarda 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde alacaklarına kavuşmak amacıyla kısmi dava türünü tercih etmek zorundaydılar. Bu zorundalık hali uygulamada birtakım sorunlara yol açmıştır. Sorunların giderilmesi adına 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 107’de belirsiz alacak davası düzenlenmiştir. Bu düzenleme uygulamadaki ihtiyaçları karşılamış olsa da bu sefer belirsiz alacak davasının yorumlanması bakımından sorunları da beraberinde getirmiştir.

Çalışmada Yargıtay kararları ışığında belirsiz alacak davası ve kısmi dava hakkında genel bilgilere, bu iki tür dava arasındaki farklılıklara, uygulamada karşılaşılan sorunlara ve mahkemelerin olası çözümlerine yer verilmiştir.

2. Belirsiz Alacak Davasının Safahatı

1086 sayılı eski yasa sisteminde davacıdan aslında tam olarak bilmediği bir alacak dava açması istenmekte, ayrıca daha sonra kendi isteminden daha fazla bir miktar alacağının olduğu ortaya çıktığında da bunu davayı genişleme yasağı çerçevesinde ileri sürmesi mümkün olabilmekteydi.² Önceki kanun döneminde alacağın belirsiz olduğu durumlarda alacaklı, kısmi dava türünü tercih etmekteydi. Alacaklı alacağına tam ulaşabilmek adına ek dava açmak zorunda kalmıştır. Bu durum hem yargının yükünü ağırlaştırmış hem de hukuki yarar varlığının tespitini zorlaştırmıştır. Bu nedenle alacaklının hukuki ilişkiyi, tarafları ve asgari talep sonucunu bilmesi fakat alacağını tam ve kesin olarak belirleyemediği durumlar-

2 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.107 gerekçesi

da iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına takılmadan ve yüksek yargılama giderlerine mahkum olmadan alacağına kavuşma amacıyla yeni bir dava türü düzenlenmiştir.³

Tüm bu sorunları bertaraf etmek için 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile belirsiz alacak davası düzenlenmiştir.

3.Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak Davası Hakkında Genel Bilgiler

3.1.Kısmi Dava

Kısmi dava, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almayıp Yargıtay içtihatları ile doğmuş ve uygulanmıştır. Anılan dava türü yasal olarak ilk kez 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109.maddesinde düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre kısmi davanın söz konusu olabilmesi için alacağın yalnızca belli bir kısmı talep edilmeli, dava konusu alacak özelliği gereği bölünebilir olmalı ve talep sonucunun aynı hukuki işleme dayanmalıdır.

109.maddenin 2.fıkrasına göre alacağın belli bir kısmının talep edilmesi açıkça feragat edilmediği sürece alacağın kalan kısmından vazgeçilmiş sonucunu doğurmaz. Yargılamanın sonraki aşamalarında ıslah ile alacağın tamamına kavuşma hakkı saklıdır.

3.2.Belirsiz Alacak Davası

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107.maddesine göre, belirsiz alacak davasının gündeme gelebilmesi için davacı dava dilekçesinde talep sonucunu dayandırdığı tüm vakıalarını eksiksiz şekilde göstermelidir. Davacının talep sonucunun değerini tam olarak belirleyememesi veya belirleyebilmesi kendisinden beklenmemelidir. Her ne kadar alacağın miktarı dava esnasında belirsiz nitelikte olsa da talep sonucunda minimum bir alacak miktarı/değeri gerekmektedir.

3 Muhammet Özkes, "Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu".s.1590

Belirsiz alacak davası talep edilen hukuki korumaya göre eda davasıdır. Çünkü davacının bu davayı açmadaki amacı karşı tarafı para borcunu vermeye, yerine getirmeye zorlamasıdır; fakat talep sonucu yönünden ise eda davasından farklılık göstermektedir. Zira tam eda davasında alacak tam ve kesin iken belirsiz alacak davasında alacak değerinin belirlenebilmesi dava açılış anında objektif olarak mümkün değildir.

4. Yargıtay Kararları Işığında Kısmi Dava ve Belirsiz Alacak Davası

4.1.Yargıtay Kararları Işığında Kısmi Dava ve Uygulamadaki Sorunlar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 2017/8 E., 2019/3 K., 24.5.2019⁴ tarihli kararında kısmi dava türünü şu şekilde tanımlamıştır:

“Bir davanın kısmî dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması ve alacağın şimdilik bir bölümünün dava konusu edilmesi gerekir.

Bu durumda daha fazla bir miktar üzerinden tam dava açma imkânı bulunmasına rağmen, alacağın bir kesimi için açılan davaya, kısmi dava denir.”

Aynı kararda Hukuk Muhakemeleri Kanunu 109.maddesi 3.fıkrasından hareketle “Kısmi dava açılabilmesi için talep konusunun bölünebilir olması gerekli olup, açılan davanın kısmi dava olduğunun dava dilekçesinde açıkça yazılması gerekmez.” denilmişse de davacının yargılamanın ilerleyen safhalarında hak kaybına uğramaması için dava dilekçesinin içeriğinden davanın kısmi dava olarak açıldığının anlaşılması gerekmektedir. Zira her ne kadar 6100 sayılı Kanun’un 109.maddenin 3.fıkrası “Kısmi dava açılması talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez.” dese de alacağın saklı tutmayan davacı, açtığı davada verilen hüküm kesinleştikten sonra, alacağının geri kalan kısmını dava etmek istediğinde, karşısına kesin hüküm engeli çı-

4 HGK 2017/8 E., 2019/3 K., 24.5.2019 T. (lexpera.com)

kacaktır. Bu davanın kısmi dava olduğu belirtilmemişse, aslında tam bir eda davası olacaktır.⁵

Yargıtay 3. HD 2013⁶ tarihli kararında; “Davacının kısmi dava mı yoksa tam dava mı açtığı, dava dilekçesinden (talep neticesinden) anlaşılır. Davacı, dava sebebi olarak gösterdiği vakıalardan (hukuki ilişkiden) doğan alacağının tümünü mü, yoksa yalnız bir kesimini mi istediğini (dava ettiğini) açıkça bildirmelidir (m.119, 1/ğ). Aksi halde, yani davacı alacağının yalnız bir kesimi için dava açtığını bildirmemiş ise, dava (kısmi dava değil) tam dava sayılır.” demiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu detaya vurgu yapmış, “Dava dilekçesindeki açıklamalardan davacının alacağının daha fazla olduğu ve istem bölümünde **“fazlaya ilişkin haklarını saklı tutması”** ya da **“alacağın şimdilik şu kadarını dava ediyorum”** demesi, kural olarak yeterlidir.” şeklinde hüküm kurmuştur.

Özellikle, değerli hoca Sn. Baki Kuru, 6100 sayılı Yasa’nın tanım toplantısında bu uyarıyı yapmış, Yasa’daki hükme rağmen **“Siz gene de fazlaya ilişkin haklarınızı saklı tuttuğunuzu açıklayınız**, demişlerdir.⁷

4.2.1.Alacağın Belirsiz Olması

6100 sayılı yasanın 107.maddesinde belirsiz alacak davasının açılabilme şartları sayılmıştır. Madde metninden hareketle belirsiz alacak davasının açılabilmesi için (i) davacının alacağın gerçek miktarını ya da değerinin belirsiz olmaması veya bu miktarın/değerin belirlenememesi gerekmektedir.

Bu belirleyememe durumunun objektif olarak imkansız olması, diğer bir deyişle alacaklının tüm özen ve çabayı göstermesine rağmen yine de alacağın tam ve kesin olarak ortaya koymaması gerekmektedir.

5 Çelik Ahmet Çelik, “Kısmi Dava” <https://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/kismidava>

6 3. HD 2013/8522 E., 2013/10252 K., 17.6.2013 T. (lexpera.com)

7 Çelik Ahmet Çelik, “Kısmi Dava” <https://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/kismidava>

Yargıtay HGK 2016/2090 E., 2019/623 K., 28.5.2019⁸ tarihli kararında alacağın belirsiz olma şartını tartışmıştır: “...*Likit bir alacaktan söz edilebilmesi için ise; ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez. Fakat dikkat edilmelidir ki taraflarca hesaplanması mümkün olmayan her alacak belirsiz alacak davasına konu edilemez.*

Yargıtay HGK 2012/838 E., 2012/715 K., 17.10.2012⁹ tarihli kararında şöyle belirtmiştir: “...*bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesinin, alacağın likit olup olmadığı ile ilgili başlı başına bir kıstas olarak kabul edilmesi de doğru değildir. Çünkü mahkeme uygulamasında “hesap işi”, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerden olduğundan borçlunun, kendi başına hesaplayabilecek durumda olduğu asıl alacak ve temerrüt faizine itiraz etmesi halinde, mahkemenin, alacaklının alacağının miktarını, bizzat tespit etmeyip bilirkişi vasıtasıyla belirleneceğinden, likit olan bir alacağın sırf bilirkişi incelemesi yapıldığı gerekçesi ile likit sayılmaması doğru olmayacaktır.*”

Yargıtay 9. HD biri objektif biri subjektif olmak üzere iki unsur üzerinde durmuştur.: “...*Özetle burada belirsiz alacak davasını öngören hükümde biri sübjektif, diğer objektif iki unsur karşımıza çıkmaktadır.*

Alacağın veya dava değerinin belirlenmesini objektif olarak imkansız olması halinde belirsiz alacak davası açılabilir. Sübjektif unsur ise alacaklının talep konusu miktarı belirlemesinin alacaklıdan beklenememesidir.”¹⁰

8 HGK 2016/2090 E., 2019/623 K., 28.5.2019 T. (lexpera.com)

9 HGK 2012/838 E., 2012/715 K., 17.10.2012 T. (lexpera.com)

10 9. HD 2016/13162 E., 2020/1860 K., T. 11.2.2020

4.2.2.Asgari Miktar Gösterilmesi

107.maddenin 1.fıkrasının gerekçesinde belirtildiği üzere belirsiz alacak davası açılması durumunda, alacaklı, tüm miktarı belirtmese bile davanın başında hukuksal ilişkiyi somut olarak belirtmek ve tespit edebildiği ölçüde de asgari miktarı göstermek zorundadır.¹¹ Doktrindeki görüşe göre alacaklının talepte sonucunda göstermesi gerektiği asgari alacak miktarı “rastgele” veya “göstermiş olmak için” olmamalıdır.

4.2.3.İstisnai Dava Türü Olması

Belirsiz alacak davası niteliği bakımından istisnai dava türüdür. Bu sebeple davacının bu dava türünü seçtiğini talep sonucu kısmında açıkça belirtmelidir. Aksi takdirde “fazlaya ilişkin haklarım saklı kalmak kaydıyla şeklindeki ibaresinin bulunması hakim tarafından dava türünün kısmi dava olarak yorumlanması ile sonuçlanacaktır.

Bu hususu Yargıtay **HGK 2021/485 E., 2021/971 K.**, 7.7.2021¹² tarihli kararında: “*Belirsiz alacak davası niteliği gereği istisnai bir dava türü olmakla davasını belirsiz alacak davası olarak açan kişi bunu açıkça dilekçesinde belirtmelidir.*

Her ne kadar 30.10.2014 tarihli duruşmada davacı vekili “davamız belirsiz alacak davasıdır” şeklinde beyanda bulunmuş ise de davanın türünün bu şekilde değiştirilmesine imkân bulunmamaktadır. Sonuç itibarıyla davanın kısmi dava şeklinde açıldığı sabittir.” şeklinde hüküm altına almıştır.

Koşulları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasının sonuçlarına ilişkin sorunlar ve Yargıtay dairelerinin yaklaşımları ve güncel durumu aşağıda detaylıca anlatılmıştır.

11 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.107 gerekçesi

12 HGK 2021/485 E., 2021/971 K., 7.7.2021 T. (lexpera.com)

5.Belirsiz Alacak Davası ile Kısmi Dava Arasında Zamanaşımı ve Faiz Sorunu

5.1. Zamanaşımı

5.1.1.Belirsiz Alacak Davası Yönünden

Belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlarda dava açılış anı, yalnızca dava dilekçesinde belirtilen asgari dava değeri açısından değil yargılama sırasında alacağın tam olarak belirlendiği kısmı için de zamanaşımı süresini kesecektir.

Yargıtay 9. HD 2016/13162 E., 2020/1860 K., 11.2.2020¹³ tarihli kararında değinildiği üzere: *“Tahsil talepli belirsiz alacak davasında, dava tarihinde alacağın tamamı için zamanaşımı kesilir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 157. maddesi uyarınca, dava süresince tarafların yargılamaya ilişkin her işleminden veya hâkimin her kararından sonra zamanaşımı yeniden işlemeye başlar. Bu nedenle yargılama sırasında alacağın zamanaşımına uğradığından söz edilemeyeceğinden, davacının talep artırımı dilekçesi üzerine ileri sürülen zamanaşımı definin de sonuca bir etkisi olmaz.”*

5.1.2.Kısmi Dava Yönünden

Her ne kadar belirsiz alacak davasında zamanaşımı süresi hem talep sonucu hem de artırılan değer bakımından kesiliyor olsa da kısmi dava için aynısını söylemek mümkün değildir. Kısmi davada zamanaşımı yalnızca talep sonucu için kesilirken ıslah ile artırılan değer bakımından zamanaşımı süresi yargılama süresince işlemeye devam eder.

Yargıtay 9.HD 2010/4154 E., K.2010/4666K., 23.2.2010¹⁴ tarihli kararında: *“Uygulamada, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması, dava açma tekniği bakımından, tümü ihlal ya da inkar olunan hakkın ancak bir bölümünün dava edilmesi, diğer bölümüne ait dava ve talep hakkının bazı nedenlerle geleceğe bırakılması anlamına gelir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu benimsenmiş ilkeye göre, kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olma-*

13 9. HD 2016/13162 E., 2020/1860 K., 11.2.2020 T. (lexpera.com)

14 9.HD 2010/4154 E., 2010/4666 K., 23.2.2010 T. (lexpera.com)

şı, saklı tutulan kesim için zamanaşımını kesmez, zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktar için kesilir.”

5.2.Faiz

5.2.1.Belirsiz Alacak Davası Yönünden

Belirsiz alacak davasında faiz, hükmedilecek tüm alacak yönünden (talep sonucu ve sonradan artırılan değer yönünden) dava tarihinden itibaren işlemeye başlar. Diğer bir deyişle belirsiz alacak davasında faiz başlangıç tarihi olarak talebin artırıldığı an değil dava açılış anı esas alınacaktır. Eğer dava açılmadan önce temerrüt söz konusuysa temerrüt tarihi faiz başlangıç tarihi olacaktır. Çünkü belirsiz alacak davasında yalnızca dava dilekçesinde belirtilen asgari tutar bakımından değil henüz belirlenememiş olsa bile tüm alacak yönünden hüküm altına alınması istenmektedir. Yargıtay HGK 2015/9-3162E., 2018/369 K., 28.02.2018¹⁵ tarihli kararında”...dava belirsiz alacak davası olduğuna göre, bu davanın açılması ile doğacak olan maddi ve şekli hukuk sonuçlarının (zamanaşımı kesilmesi ve diğerleri) bu dava için de geçerli olması gerekeceğinden mahkemece talep artırım dilekçesi verilerek artırılan miktarlar dahil alacakların tümüne dava tarihinden itibaren faiz işletilmesi doğru olmuştur. ” şeklinde hüküm kurarak faiz başlangıç tarihi hakkında açıklık getirmiştir.

5.2.2.Kısmi Dava Yönünden

Kısmi davada faiz başlangıç tarihini tespit edebilmek için ayırım yapmak gerekmektedir: Eğer alacaklı borçluyu temerrüde düşürmüştse temerrüt tarihi, temerrüt durumu yoksa dava dilekçesinde yer alan talep sonucu kısmi bakımından dava başlangıç tarihi, ıslah ile artırılan değer bakımından ise ıslah tarihi esas alınmalıdır.

Yargıtay 22. HD 2017/2549 E., 2018/1265 K., 24.1.2018¹⁶ tarihli kararda da değindiği üzere “...Diğer bir fark ise, kısmi davada faiz başlangıç tarihinin dava ve ıslah tarihi ayırımı yapılarak başlatılması söz konusu iken, belirsiz alacak davasında faizin tüm alacak miktarı bakımından dava tarihinden itibaren başlatılmasıdır.”

15 HGK 2015/9-3162E., 2018/369 K., 28.2.2018 T. (lexpera.com)

16 22. HD 2017/2549 E., 2018/1265 K., 24.1.2018 T. (lexpera.com)

Şartlar sağlandığı sürece belirsiz alacak davasının koşulları daha elverişli iken neden kısmi dava yoluna başvurulsun ki sorusu akla gelebilir. Elbette alacağın belirlenebilir olması yönünden kısmi dava ile belirsiz alacak davasının sınırlarını kesin olarak çizmek mümkün değildir. Fakat insan zararları yani ölüm zararları, bedensel zararlar bakımından belirsiz alacak davası açmak çok daha avantajlı ve güvenilir bir yoldur.

Öte yandan alacağın miktarı dava anında belirlenememekle birlikte daha kestirilebilir bir miktar ise kısmi dava türünü tercih etmek isabetli olacaktır. Her halükârda alacağın belirlenebilir olup olmaması açısından her somut olayı kendi içinde değerlendirmek doğru olacaktır. Yargıtay HGK'nın 2012/ 9-838 E., 2012/ 715 K., 17.10.2022 tarihli kararı da bu yöndedir.

6. İslah ile Kısmi Davanın Belirsiz Alacak Davasına Dönüştürülememesi

Yargıtay 22. HD'nin kapatılması sonrasında Başkan ve Üyelerinin Yargıtay 9.HD'de görevlendirilmesi üzerine her iki Daire kararlarında uyuşmazlık konusu hususların görüşülmesi yazısında ıslah ile dava türünün değiştirilip değiştirilemeyeceği hususu 20.maddesinde aynen şu şekilde bahsedilmektedir: “İslah yoluyla dava türünün değiştirilemez.

Örneğin belirsiz alacak davası kısmi davaya veya kısmi dava belirsiz alacak davasına dönüştürülemez.” Böylelikle tam ıslah yolu ile dava türünün değiştirilemeyeceği konusundaki soru işaretlerini giderilmiştir.

7. Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Verilmesi Gereken Karar

7.1. Karar Öncesi Dönemde Yargıtay 9.HD ile Yargıtay 22.HD Arasındaki Görüş Ayrılıkları

Her ne kadar kısmi dava türünün tanımı ve şartları bakımından ilgili Yargıtay daireleri arasında yeknesaklık olsa da belirsiz alacak davalarının mahiyeti ve koşulları açısından dairelerin birleşmesinden evvelki dönemde görüş birliği bulunmamaktaydı. Yargıtay 9.HD ile Yargıtay 22.HD arasında görüş farklılıkları mevcuttu.

Yargıtay 9.HD, alacak değerinin belirli veya belirlenebilir olmasına rağmen davanın, belirsiz alacak davası şeklinde açılması durumunda dava şartı eksikliği sebebiyle usulden ret kararı vermeyip, taraflara süre verilerek davayı ayakta tutma görüşünü benimsemiştir.

Yargıtay 9. HD 2015/6601E., 2015/14330K., 14.4.2015 tarihli kararında ¹⁷ *“...Davaya konu işçilik alacaklarının bir kısmının ya da bazılarının belirsiz alacak davasına konu olamayacağı belirlendiği taktirde, hakim hemen davayı reddetmemeli, HMK’nun 115/2 maddesi uyarınca eksikliği tamamlaması yani alacağını belirleyerek buna göre talepte bulunması için davacıya kesin süre vermeli, gereğinin yerine getirilmemesi halinde dava şartı eksikliğinden dava reddedilmelidir. Dairemiz kararları ile Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin kararları bu yöndedir.”* demiş, Yargıtay 9.HD’nin (ayrıca Yargıtay 19.HD) yargının iş yükünü daha da ağırlaştırmama düşüncesiyle hareket etmesi, hukuki yarar eksikliğinin göz ardı edilmesine sebebiyet vermiştir.

Yargıtay 22.HD ise 9. HD’nin tersine; belirli veya belirlenebilmesi mümkün olan alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesi durumunda hakimın davacıya süre vermesinin uygun olmadığı, belirli olan alacak için belirsiz alacak davası açılmasında tarafların herhangi bir hukuki yararının bulunmadığını, buradaki hukuki yarar noksanlığının sonradan tamamlanamayacak bir eksiklik olduğunu ve bu sebeple de davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmesi gerektiği görüşünü savunmuştur.

Yargıtay 22. HD 2014/16510 E., 2015/28942 K., 09.10.2015¹⁸ tarihli kararında da belirttiği üzere: *“...şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir.*

Çünkü, alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukuki yarar yokluğundan dava

17 9. HD 2015/6601 E., 2015/14330 K., 14.4.2015 T. (lexpera.com)

18 22. HD 2014/16510 E., 2015/28942 K., 09.10.2015 T. (lexpera.com)

reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir.

Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir; aslında açılmaması gerektiği halde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukuki yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukuki yarar değildir. Çünkü, dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukuki yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukuki yarar değildir.” demiştir.

Bu görüş aykırılıkları sonucunda tartışmaları önlemek için uyuşmazlık, Yargıtay İBK'ya götürülmüştür. İBK her konu ve olayda alacağın belirli/belirlenebilir olup olmamasının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini gerekçe göstererek kafalardaki soru işaretini gidermemiş, içtihadı birleştirme kararı vermekten çekinmiştir.

Yargıtay İBK“...her bir somut olayın özelliğine göre mahkemelerin alacağın belirli mi yoksa belirsiz alacak mı olduğunu tespit etmeleri gerektiği, alacağın türü itibarıyla bir alacağın belirli veya belirsiz alacak olduğundan söz edilemeyeceği, bu hususta yapılacak içtihadı birleştirmenin, içtihadı birleştirme kararlarının soyut, genel ve her defasında geçerli normatif yapısıyla bağdaşmadığı gerekçeleriyle içtihadı birleştirmeye gerek olmadığına, 15.12.2017 tarihinde oy birliğiyle karar verilmiştir.”¹⁹ şeklinde hüküm kurmuştur.

7.2. Görüş Ayrılıklarını Ortadan Kaldıran Yargıtay 9.HD'nin 2016/26476 E., 2020/7547 K., 14.9.2020 Tarihli Kararı ²⁰

Yukarıda da belirtildiği üzere ilgili daireler arasındaki görüş farklılıkları çeşitli sorunlara sebep olmaya devam etmekteydi. Bu karışıklığa bir son vermek adına Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 tarih ve 173 sayılı kararı ile aynı uyuşmazlık-

19 İBK 2016/6 E., 2017/5 K., 15.12.2017 T. (lexpera.com)

20 İsmail Ercan, “Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku El Kitabı” Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.479-486

ların temyiz incelemesini yapmakla görevli 22. HD'nin kapatılması ve tüm işlerin 9. HD'ye devredilmesi üzerine Yargıtay 9.HD'nin 2016/26476 E., 2020/7547 K., 14.9.2020 tarihli kararı, koşulları oluşmadan belirsiz alacak davasının açılmasının sorununu (sürpriz karar yasağı ilkesini de göz önünde bulundurarak) tek bir sonuca bağlamıştır.

Bu sayede belirsiz alacak davası ile ilgili soru işaretleri giderilmiş ve belirsiz alacak davası hakkında yol gösterici bir karara imza atılmıştır. Bahsi geçen karar mevcut sorunlar hakkında büyük bir önem arz ettiğinden belli bir bölümü paylaşılmaktadır:

“...Madde gerekçesinde “Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açamaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez.” şeklindeki açıklamayla, alacağın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması durumunda, belirsiz alacak davası açılarak bu davanın sağladığı imkânlardan yararlanmanın mümkün olmadığına işaret edilmiştir.

Şu halde davanın açıldığı tarihte alacağın miktarı yahut değeri belirlenebilir durumda ise, dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmelidir. Burada hukuki yarar eksikliğinin tamamlanabilir dava şartı olmadığı sonucuna varılmıştır. 7251 sayılı Kanun ile 107. maddede yapılan değişiklikler şartları olmadığı halde açılan belirsiz alacak davasında davacıya süre verilerek hukuki yarar eksikliğini tamamlama imkânı tanımamaktadır.

Hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ve sürpriz karar verme yasağı gereği birleşme tarihinden önce yukarıda belirtilen esasları dikkate alan ilk kararın Yargıtay Kararları Dergisi veya başkaca yolla yayını tarihinden sonra açılan davalarda belirtilen ilkeler uygulanacaktır.

Başka bir anlatımla açıklanan kararın yayınından önce açılan davalarda her iki Daire görev alanına giren bölgelerde verilen kararlar bakımından Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin önceki uygulamalarına devam edilecektir.”

Yargıtay 9.HD'nin yakın tarihli bir diğer kararında da: “...Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 tarih ve 173 sayılı kararı ile aynı uyuşmazlıkların temyiz incelemesini yapmakla görevli 22.Hukuk Dairesinin kapatılması ve tüm işlerinin dairemize devredilmesi üzerine, belirsiz alacak davası ile ilgili yeniden yapılan değerlendirmeler sonucunda yukarıda belirtilen ilkeler kabul edilmiştir. Dairemizin daha önce belirsiz alacak davasına ilişkin uygulaması benimsenen yeni ilkelerden farklılık arz etmekteydi.

Örneğin, hukuki yararın tamamlanabilir dava şartı olduğu; hukuki yarara ilişkin dava şartının eksik olması halinde davanın hemen reddedilmemesi; davacıya süre verilerek dava şartının tamamlattırılması gerektiği yönünde uygulama yapılmaktaydı...” diyerek daire kendi kararından dönmüş, 22.Daire'nin görüşünü benimsemiştir.

Karardan anlaşılacağı üzere 9.HD belirsiz alacak davasının açılabilmesi için alacağın likit olması şartını irdelemiş ayrıca koşulları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasının akıbetinin ne olacağı hakkında bir çözüme varmıştır.

Anılan kararda Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.107 gerekçesine yer verilmiş, alacağın tam ve kesin olarak gerçekten belirlenmesinin mümkün olmamasının veya davacının objektif olarak bu alacak değerini bilmesinin mümkün olmaması gerektiğinin altını çizmiştir.

Taraflar arasında alacağın miktarı hakkında uyuşmazlık olması alacağın tespit edilemez oluşu sonucunu doğurmamakla birlikte ilgili kararda alacaklının yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen halen kesin bir sonuca varılamamış olması gerektiği vurgulanmıştır.

Son olarak 9.HD tespit edilebilir bir alacak mevcut olmasına rağmen belirsiz alacak davası açıldığı takdirde “*Şu halde davanın açıldığı tarihte alacağın miktarı yahut değeri belirlenebilir durumda ise, dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmelidir*” diyerek davanın sonradan tamamlanması mümkün olmayan hukuki yarar eksikliği nedeniyle davanın usulden reddedilmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir.

8. 2019/12190 Başvuru Numaralı Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı: İsmail Avcı Başvurusu ²¹

Anayasa Mahkemesi 22.2.2022 tarihli İsmail Avcı başvurusu hakkında verdiği kararda, belirli alacağın belirsiz alacak davasına konu edildiği durumda hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın usulden reddedilmesini mahkemeye erişim hakkının ihlal ettiğini belirterek Anayasa’ya aykırı bulmuştur. Aşağıda ilgili Anayasa Mahkemesi kararının bazı bölümleri incelenmiştir.

- **40.**“Başvurucunun toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağının ödenmesi istemiyle açtığı davanın koşulları oluşmadan belirsiz alacak davası olarak açıldığı gerekçeyle esası incelenmeksizin dava şartı yokluğundan reddedilmesi mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil etmektedir.”

Karara göre kanuna aykırılık olsa dahi davanın usulden reddedilip esas inceleme yapılmaması, mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin kararına katılmak mümkün değildir. Şöyle ki;

Mahkemeye erişim hakkı mahkeme kararı elde edebilme hakkının güvence altına alınmasıdır. Diğer bir deyişle mahkemeye erişim hakkı, davacının iddialarını bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından incelenerek sonuca bağlanması durumudur. ²²

Dosya hakimın önüne geldiğinde hakim dava şartlarını re’sen in-

21 Anayasa Mahkemesi, İsmail Avcı Başvurusu, Başvuru numarası:2019/12190, K.T: 22.2.2022, R.G. Tarih ve Sayı: 20/4/2022-31815, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/son-erisim-tarihi:16.12.2022>.

22 Gökhan Çayan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi , 2016,C.28, s.238.

celer. Bu inceleme sonucunda noksanlık varsa tespit edilir, bu tespit gerekçelendirilir ve karar verilir. Esasa ilişkin verilen kararlarda olduğu gibi usulden ret kararı verilen davalarda da (i) davacının iddiaları bağımsız bir mahkeme tarafından incelenir, (ii) mahkemece verilen karar gerekçelendirilir ve sonuca bağlanır. Böylelikle mahkemeye erişim hakkı sağlanmış olur. Usulden ret kararı da mahkemeye erişim hakkı kapsamında verilebilecek olağan bir karardır. Davanın esasına girilmeyerek usulden reddedilmesi mahkemeye erişim hakkını ihlal etmez.

Ek olarak esas incelemeye geçilebilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 114'te sayılan dava şartlarının **eksiksiz** bulunması gerekir. Dava şartı noksanlığı tespit edildiği takdirde kural olarak esas incelemeye geçilmeyecek, dava usulden reddedilecektir. Anayasa Mahkemesi esas incelemeye geçilmesinin şarta bağlı olduğunu göz ardı etmiş **salt** esasa ilişkin inceleme yapılmamasının adil yargılanma hakkına müdahale teşkil edeceğini belirtmiştir.

Diğer yandan 40.madde göz önünde bulundurulduğunda Anayasa Mahkemesi'ne göre mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesinin tek yolu, dava şartı kurumunu ortadan kaldırıp ne olursa olsun davanın esasına girilmesi ve esas hakkında karar verilmesidir.

Tüm bu açıklamalar ışığında Anayasa Mahkemesi'nin dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulden reddedilmesinin anayasal hakka müdahale oluşturduğu görüşüne katılmak uygun değildir.

- **47.** *“Bununla birlikte somut olayda başvurucunun belirsiz alacak davası açmasında hukuki yararının bulunmadığı yorumunun öngörülebilirlik koşulunu sağlayıp sağlamadığı da incelenmelidir.”*

Öngörülebilirlik; kişinin hangi yasal düzenleme ile bağlı olduğunu ve bu yasal düzenlemelerin hangi yaptırım ile sonuçlandığını önceden bilebilme imkanının bulunmasıdır.^{23 24}

23 Haşim Özpolat, *“Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri”*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi , 2018,C.33,s.615

24 Gülden Şişman, *“Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Vergi Hukukunda Öngörülebilirlik”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,2016,C.65,S.4,s.2423-2444

Davacı mevcut alacağı için hangi dava türüne başvurması gerektiğine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili maddelerinde düzenlemeler bulunmaktadır.

Buna istinaden yasal düzenlemeye uymadığı takdirde hangi yaptırımla karşılaşacağı Muhakemeleri Kanunu 115.maddesinin 2.fikrasında açıkça düzenlenmiştir. Bu sebeple öngörülebilirlik kriteri açısından değerlendirme yapılması isabetsizdir.

- **47.**“...Hukuki yarar, kişilerin kendilerine hukuken yarar sağlamayan davaları açarak mahkemeleri gereksiz yere meşgul etmesinin önlenmesi amacıyla getirilen bir dava şartıdır.”

2015 tarihli Yargıtay HGK kararına göre hukuki yarar şu şekilde tanımlanmıştır: “Medeni usul hukukunda hukuki yarar, mahkemeden hukuksal korunma istemi ile bir davanın açılabilmesi için davacının bu davayı açmakta (veya mahkemeden hukuksal korunma istemekte) bir çıkarının bulunmasıdır.”²⁵

Hukuki yarar kavramını mahkemeleri gereksiz yere meşgul edilmesi seviyesine indirgemek isabetsizdir. Anayasa Mahkemesi'nin hukuki yarar kavramına bu pencereden bakması hukuki açıdan eksik karar verilmesine sebebiyet vermiştir.

- **47.**“...Esasen eda davalarında hukuki yararın bulunduğu kural olarak kabul edilir.”
- **50.**“...Ancak alacağın varlığının tespiti ile karşı tarafın bunu ödemeye mahkûm edilmesi yönünden belirsiz alacak davasının genel eda davasından hiçbir farkı bulunmamaktadır.”
- **51.**“Bu açıklamalar ve belirsiz alacak davasının da bir eda davası olduğu hususu gözetildiğinde bir alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesinde hukuki yararın bulunmadığının söylenmesi güçtür.”

Yukarıda da açıklandığı üzere belirsiz alacak davası talep edilen hukuki koruma açısından eda davasına benzese de alacağın belirlenebilir olması bakımından farklılık arz etmektedir. 2022 tarihli

25 HGK 2015/21-3366 E., 2019/987 K., 1.10.2019 T. (kazancı.com.tr)

Yargıtay 11.HD'nin kararında yer alan muhalefet şerhinde yazdığı üzere: *"İddiayı genişletme yasağı engeline takılmadan ve karşı tarafın rızası ile ıslaha ihtiyaç duymadan talep sonucunun artırılabilmesi, alacağın tamamı için davanın açıldığı andan itibaren faize hükmedilebilmesi, alacağın tamamı için davanın açıldığı anda zamanaşımının kesilmesi belirsiz alacak davasını tam eda davasından ayıran önemli farklılıklardandır".*²⁶

Tümdengelim metoduyla tam eda davasında hukuki yarar mevcut ise ve belirsiz alacak davası da eda davası ise burada da hukuki yarar mevcut olduğunun kabulü kanaatimce mümkün değildir. Belirsiz alacak davalarında hukuki yarar varlığının tespitini genel eda davasına benzeterek yapmak isabetli değildir.

- **52.** *"Belirlenebilir bir alacağın usul kurallarına uygun olmayan bir yöntemle açılması usul hukukuna **aykırı** olsa da bu durum alacağın hüküm altına alınmasında alacaklının menfaatinin bulunduğu hakikatini değiştirmez."*

Alacaklının menfaatinin bulunmasının (hukuki yarar değil) hukuka açıkça aykırılıktan daha üstün tutulması başka bir deyişle *"Nasıl olsa hangi dava türü yolunu seçerse seçsin davacının alacaklı olduğu açıktır o sebeple usul hukukuna aykırılık görmezden gelinebilir"* gerekçesini kabul etmek mümkün değildir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi de belirlenebilir bir alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesini usul hukukuna aykırı olduğunu kabul etmiştir.

- **53.** *"Sonuç olarak belirsiz alacak kapsamına girmediği değerlendirilen bir alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesinde hukuki yararın bulunmadığı yorumu -belirsiz alacak davasının da bir eda davası olduğu hususu dikkate alındığında- makul olarak öngörülebilecek bir yorum olarak değerlendirilmemiştir."*

Anayasa Mahkemesi'nin hukuki yarar kavramını çok geniş ve farklı yorumlaması istisnai dava türü olan belirsiz alacak davasının her türlü alacak bakımından tercih edilmesine neden olacaktır. Oysaki belirlenebilir alacak için davacının belirsiz alacak dava tü-

rünü seçmesinde hiçbir hukuki yararı, bu yolu seçmesinde hiçbir çıkarı bulunmamaktadır.

Hukuki yarar kavramı Anayasa'nın 36.maddesinde düzenlenmiş olan hak arama özgürlüğünün dürüstlük kuralı kapsamında dava açma hakkını kötüye kullanmaya engel olmaktadır.²⁷

Buradan hareketle Anayasa Mahkemesi'nin ısrarla hukuki yarar eksikliği hususunu göz ardı etmesi, Anayasa'nın 36.maddesinin kötüye kullanılmasına sebebiyet verecektir.

- **68.** *"Bununla birlikte müdahalenin ölçülü olabilmesi için bu aracın son çare olması, diğer bir ifadeyle başvurucunun haklarını en az zedeleyen bir araç olması gerekir. Davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddedilmesi oldukça ağır bir müdahaledir."*
- **70.** *"Dolayısıyla hatalı olarak belirsiz alacak davası biçiminde açıldığının düşünülmesi hâlinde davanın genel eda davası olduğu kabul edilerek başvurucunun talep sonucunu netleştirmesi için başvurucuya süre verilmesinin davanın usulden reddi biçimindeki ağır bir müdahaleden kaçınılmasını sağlayacak bir araç olduğu görülmektedir."*

"Daire, belirsiz alacak davasında talebin açık olması sebebiyle 6100 sayılı Kanun'un 119. maddesi uyarınca süre verilemeyeceğini kabul etmiş ise de davanın genel eda davası olarak kabulü hâlinde talep sonucunun eksik hâle geleceği açıktır. Yöntemince düzenlenmediği kabul edilen bir dava dilekçesinin düzeltilmesi ve yöntemine uygun hâle getirilmesi için süre verilmesi başvurucunun mahkemeye erişim hakkından yararlanmasını güvence altına alacaktır."

Eksikliğin giderilmesi için mahkeme 2 farklı maddeden yola çıkarak süre verebilir. Bu maddeler Hukuk Muhakemeleri kanunu 115.ve 119.maddeleridir.

²⁷ Cengiz Aşkan, " Kamu Düzenine İlişkin ve Kendiliğinden Gözetilen Norm Olarak Davada Hukuki Yarar", 2019, son erişim tarihi: 21.12.2022, <https://legal.com.tr/blog/genel/kamu-duzenine-iliskin-ve-kendiliginden-gozetilen-norm-olarak-davada-hukuki-yarar>

119.maddeye göre hakim, dava dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurlar mevcut değilse süre verebilir. Oysaki belirsiz alacak davasında zorunlu unsur eksikliği yoktur. Belirsiz alacak davalarında da açık bir talep sonucu mevcuttur. Sonuç olarak hakim belirsiz alacak davası bakımından madde 119'a dayanarak süre vererek eksikliğin giderilmesini istemesi mümkün değildir.

Öte yandan 115.maddeye göre hakim, tamamlanabilir dava şartı eksikliği var ise davacıya eksikliğin giderilmesi için süre verebilir. Burada süre verilmesinin tek koşulu eksikliğin sonradan tamamlanabilir olmasıdır. Belirli alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesi noktasında hukuki yarar noksanlığı sonradan giderilemez. Buradaki hukuki yarar alacağın belirsiz olmasıdır. Belirsiz alacak davasının hüküm ve sonuçlarını doğurması, alacağın belirsiz olma koşuluna bağlanmıştır.

Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere belirsiz alacak davası türü yalnızca belirlenemeyen/belirlenmesi mümkün olmayan türden alacaklar için hukuki koruma sağlayan bir dava türüdür. Sonuç olarak hakim 115.maddeye göre de süre vermesi mümkün gözükmemektedir.

Hakimin süre vererek dava şartı eksikliğini giderilmesine veya davanın türünü değiştirmesine izin vermesi hakim davanın aydınlatma sorumluluğunun sınırını aşmasına sebebiyet verebilir. Hakim davanın taraflarına yol gösterici şekilde davranması ve uyarması gibi eylemler hakim reddi sebeplerindendir. Hakim süre vermesi doğru olmayacaktır.²⁸

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulden reddedilmesinin ağır bir yaptırım olduğu yorumunda bulunmak bireysel başvurunun konusunu oluşturmaz. İlgili sorun şartları oluşmuş ise somut norm denetimine konu edilebilir. Ayrıca kanunun lafzından açıkça anlaşılabileceği üzere dava şartı eksikliği nedeniyle davanın usulden reddedilmesi hakim elinde bulunan tek hukuki seçenektir. Dava şartının tamamlanması veya dava türünün değiştirilmesi için süre verilmesini ölçülülük açısından değerlendirmek yersizdir. Zira *süre vermek*

28 11. HD 2021/4318 E., 2022/5118 K., 21.6.2022 T., Muhalefet Şerhi (lexpera.com)

zaten halihazırda kanun ile örtüşmemektedir. Hakimin, davacının alacak hakkını kanundan üstün tutmasını beklemek ve bunun için çare aramasına zorlamak isabetli değildir.

- **71.**“*Kanun koyucunun davacıların mahkemeye erişim hakkından yararlanmalarının kolaylaştırılması amacıyla getirdiği belirsiz alacak davası açma imkânı somut olayda Dairenin katı yorumu sebebiyle davacı aleyhine sonuçlar doğurmuştur.*”

Belirsiz alacak davası temel olarak belirsiz alacağı bulunan davacının tam eda davası veya kısmi dava açmak zorunda kalması nedeniyle uğranılan hak kayıplarına engel olmak için getirilmiştir.

Belirsiz alacak dava türünün getirilmesi usul hukukuna aykırılıkları göz ardı etme ve davacının alacağının türü ne olursa olsun belirsiz alacak davası açma hakkı vermemektedir. Usulüne uygun açılan her türlü dava için işin esasına girilecek ve esas hakkında karar verilecektir.

- **72.**“*Somut olayda başvurucunun koşulları oluşmadan belirsiz alacak davası açığının kabulü, sadece başvurucunun zamanaşımı veya davanın genişletilmesi yasağı ile ilgili avantajlardan yararlanamamasıyla sınırlı sonuç doğurmamış; toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacağını dava konusu etmesini bütünüyle imkânsız hâle getirmiştir.*”

Usulden ret kararı verilmesi mahkemeye erişim hakkına engel olmamakta ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir. Diğer bir deyişle davacı herhangi bir itirazla karşılaşmadan aynı kişiyi davalı olarak gösterebilecek ve aynı alacağını dava konusu edebilecektir. Bu sayede usulden ret kararı doğrultusunda davacı usulüne uygun olarak alacağına kavuşabilecektir.

Yukarıda açıklanan hususlar doğrultusunda Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararın medeni yargılamada uygulama alanı bulması halinde: (i) Anayasa’nın 36.maddesinin dava türleri yönünden yanlış yorumlanmasına neden olacak, (ii) hukuki yarar kavramının amacını yitirmesine ve çok dar yorumlanmasına sebep olacak, (iii) Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun dava şartına ilişkin hükümleri işlevini kısmen yitirecek, (iv) Belirsiz alacak davasının

istisnai bir dava türü olma özelliğini yitirmesine neden olacak, (v) uygulamada davacının kötü niyetle her türlü alacağı için belirsiz alacak davası türünü tercih etmelerine sebebiyet verecektir.

9. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve Yargıtay Kararlarına Etkisi

Anayasa Mahkemesi Bireysel başvuru kararları yalnızca başvurunun tarafları açısından bağlayıcılık özelliği taşır. Üçüncü kişiler bakımından herhangi bir sonuç doğurmaz.

Bireysel Başvuru kararlarının Yargıtay kararlarına etkisine bakıldığında ise Sevim AKAT EKŞİ başvurusunda başvuru evlilik birliği devam etmekte iken yalnızca kendi soyadını kullanmak istediğini talep etmiş ve yerel mahkeme ret kararı vermiştir. Yargıtay, Türk Medeni Kanunu 187.maddesi gereği kadının evlilik birliği içerisinde eşinin soyadını almayıp yalnızca kızkılık soyadını kullanmasının yasaya göre mümkün olmadığını belirterek ret kararı vermiştir.

Bu sefer başvuru Bireysel Başvuruda bulunmuş, Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 90.maddenin son fıkrasına göre, *"başvurucunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin "kanunilik şartını" sağlamadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir."*²⁹ Bu karardan sonra, Yargıtay görüş değiştirmemiş, aynı konu ile ilgili sonraki kararlarında bireysel başvuruyu dikkate almamıştır. Fakat sonrasında ise Yargıtay, Anayasa Mahkemesi kararını benimsemiştir. Şöyle ki; Yargıtay kararında görüldüğü üzere: *"Netice itibarıyla davacının mesleki ve sosyal yaşam ortamı bakımından tanınabilirliği sebebiyle evlendikten sonra da önceki soyadını kullanmakta hukuki yararı olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti Devletinin tanıdığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, bunlara bağlı protokol ve tavsiye kararları hükümleri ile de davacının evlendikten sonra önceki soyadını*

29 Sümeyye Elif Biber, "Bireysel Başvuru Kararlarının Yargıtay İçtihadına Etkisi: Örnek Kararlar.", 2017, <https://anayasatakip.ku.edu.tr>

kullanma hakkının korunması nedeniyle” davanın kabulüyle evli davacının bekarlık soyadını kullanmasına karar verilmiştir.”³⁰

Sonuç olarak her ne kadar Yargıtay, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru kararına paralel şekilde karar vermiş olsa da bireysel başvuru kapsamında verilen kararların medeni yargılama bakımından kesin bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

10. Sonuç

Belirsiz alacak davası ilk kez 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hukuk dünyasındaki yerini almıştır. Belirsiz alacak davasının düzenlenmesinin sebeplerini yargılama sonucunda alacağı tam ve kesin olarak belirleyemeyen davacının gereğinden fazla yargılama giderine katlanmak zorunda kalmasını önlemek, önceki kanun döneminde çoğunlukla kısmi dava türünün tercih edilmesi sebebiyle fazlaya ilişkin hakların ek dava ile talep edilip yargının yükünü daha da ağırlaştırılmasının önüne geçmek ve hukuki yarar gözetilmeksizin açılan kısmi davaların önünü almak şeklinde sıralanabilir. Esasen belirsiz alacak davası ile kısmi dava, birbirinden keskin çizgilerle ayrılması pek de mümkün olmayan iki dava türüdür. İlk bakışta belirsiz alacak davası ve kısmi davayı birbirinden ayırmak mümkün gözükme de yukarıda verilen Yargıtay Kararları ve öğreti yol gösterici niteliktedir. Ayrıca koşullar olduğu takdirde belirsiz alacak davasının kısmi davaya tercih edilmesinin hem zamanaşımı hem de faiz başlangıcı açısından daha güvenilir olduğunu söylemek mümkündür. Her ne kadar belirsiz alacak davası ile birtakım imkanlar sunulmuş olsa da zaman içerisinde belli başlı bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Örneğin şartları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasının akıbetinin ne olacağı ise uzun bir süre açıklığa kavuşturulamamış 9.Daire ile 22.Daire arasındaki görüş ayrılıkları uygulamada karışıklık yaşanmasına neden olmuştur. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu’nun 07.07.2020 tarih ve 173 sayılı kararı ile aynı uyuşmazlıkların temyiz incelemesini yapmakla görevli 22. HD’nin kapatılması ve tüm işlerin 9. HD’ye devredilmesi üzerine 9.HD verdiği sürpriz kararlar 22.HD’nin görüşünü benimsemiş, verdiği mevcut kararlarla neredeyse dava

türünün değiştirilmesine olanak veren, hukuki yarar yokluğu nedeniyle davayı usulden reddetmeyip kanuna aykırılık teşkil eden, dairelerin iş yükünü hukuka aykırılıktan üstün görerek verdiği kararlarından dönmüştür.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu kararda 9.HD'nin uygulamasını eleştirmiş, anayasaya aykırı bulmuştur. Oysaki usul hukuku ile ilgili bir uyumsuzlığa çare bulmak Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında değildir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı kanaatimce yerinde değildir. Bu sorunlara bir çözüm bulmak için en makul görünen yol, dava türleri hakkında yeniden düzenleme yoluna gidilmesidir.

KAYNAKÇA

- ASLAN Kudret & AKYOL Leyla & KIRAZ Taylan Özgür, "Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C.16, s.975-1024.
- AŞKAN Cüneyt, "Kamu Düzenine İlişkin ve Kendiliğinden Gözetilen Norm Olarak Davada Hukuki Yarar" https://legal.com.tr/blog/genel/kamu-duzenine-iliskin-ve-kendiliginden-gozetilen-norm-olarak-davada-hukuki-yarar/#_ftn9, 2021.
- BİBER Sümeyye Elif, "Bireysel Başvuru Kararlarının Yargıtay İçtihadına Etkisi: Örnek Kararlar", 2017, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Elif-Biber-Bireysel-Basvuru-Kararlar%C4%B1n%C4%B1n-Yarg%C4%B1tay-ICC%87c%CC%A7tihad%C4%B1na-Etkisi.pdf>.
- BUDAK Ali Cem, KARADEMİR Dilek, "Şartları oluşmadığı halde belirsiz alacak davası açılırsa hâkim nasıl karar vermelidir ? " Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C.13, s.130 - 142.
- ÇELİK Ahmet Çelik, "Kısmi Dava", <https://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/kismi-dava.htm>.
- ÇELİK Ahmet Çelik, "Belirsiz Alacak Ve Tespit Davası", <https://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/belirsiz-alacak-ve-tespit-davasi.htm>, son erişim tarihi: 21.11.2022
- ERCAN İsmail, "Uygulamalar için Medeni Usul Hukuku El Kitabı", Seçkin Yayınları, Ankara.
- KÜÇÜK Alper Tunga, "Medenî Usûl Hukukunda Davacının Talep Sonucunu Genişletmesi veya Değiştirmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2021, C.18, s. 213-252

- ÖZEKES Muhammet, “Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmi Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu”, s.1589-1606
- ÖZEKES Muhammet, “Gerçek Bir İçtihat: 9. Hukuk Dairesi’nin Belirsiz Alacak ve Sürpriz Karar Yasağıyla İlgili Emsal Kararı,” 2020, <https://blog.lexpera.com.tr/gercek-bir-ictihat-9-hukuk-dairesinin-belirsiz-alacak-ve-surpriz-karar-yasagiyla-ilgili-emsal-karari/>
- ÖZPOLAT Haşim ,”Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri.” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi ,2018,C.33,s.609-622
- PEKCANITEZ Hakan & ATALAY Oğuz & ÖZEKES Muhammet, “Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı”, 2018,İstanbul, Vedat Kitapçılık,
- ŞİŞMAN Gülden, “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Vergi Hukukunda Öngörülebilirlik”,2016, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,C.65, s.2423-2444
- YAZICI Çiğdem, “7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Belirsiz Alacak Davasına Dair Değişikliklerinin Değerlendirilmesi”, (Tebliğ)
- YILMAZ Ejder, “Uygulamada Amacına Ulaşamayan Belirsiz Alacak Davasına İlişkin Hüküm Yürürlükten Kaldırılmalıdır”,2021, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,C.2, s.695-726.

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ'NİN BİR KARARI ÜZERİNE BANKA MEVDUAT HESABI ÜZERİNDE REHİN HAKKI KURULMASI VE SONUÇLARI

Av. İsmail ERSOĞAN¹

Özet

Taşınır rehininin bir türü olarak kabul edilen alacak rehini uygulamada sıkça karşılaşılan bir rehin türü olmamakla beraber, bankacılık işlemlerinde banka tarafından müşteriye kullandırılan her türlü bankacılık ürününden doğan veya doğacak hak ve alacakların teminat altına alınması için müşterinin o bankadaki mevduat hesabı üzerinde sözleşme içeriğine dahil edilen bir genel işlem şartı niteliğindeki hüküm ile banka lehine rehin hakkı tesis edildiğini söylemek mümkündür. Mevduat hesabı sahibi veya 3. kişi tarafından üzerinde rehin hakkı tesis edilen mevduat hesabına yönelik olarak bankaya iletilen taleplerin bir kısmının banka tarafından, tesis edilen mevduat rehini gerekçe gösterilerek reddedildiği durumlarla, işbu makalede inceleme konusu yapılacak Yüksek Mahkeme kararında olduğu gibi, sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu sebeple banka tarafından verilen red kararlarının hukuken geçerli olup olmadığının tespiti büyük önem arz etmektedir. Bu tespitin sağlıklı bir biçimde yapılabilmesi mevduat rehininin kendine özgü yapısı ile mevduat ilişkisinin taraflarının özel statülerinin göz ardı edilmemesini gerekli kılmakta olup, işbu makaledeki inceleme bu çerçevede yapılacaktır. Yüksek Mahkeme kararına konu edilmiş olmakla beraber aynı bir hak niteliğinde olan rehin hakkı ile geçici bir hukuki koruma olan ihtiyati haciz kurumunun aynı borç için uygulanabilir nitelikte olup olmadığı özellikle 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 257.maddesi bağlamında tartışmaya değer bir konu olarak makalenin son bölümünce incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Taşınır Rehini, Mevduat İlişkisi, Mevduat Rehini, Taşınır Rehinine Hakim Olan Prensip, İhtiyati Haciz

¹ Avukat, İstanbul Barosu / İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi

1. Karar Özeti

Mahkeme ve Dosya Bilgileri: İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesi'nin 2018/1906 E., 2019/419 K. ve 06.03.2019 tarihli kararı; İstanbul Anadolu 4. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2017/434 E., 2018/96 K. ve 22.02.2018 tarihli kararı

Davanın Konusu: İstihkak iddiasının reddi

Davacı-alacaklı Vekilinin İddiası: İstanbul Anadolu 5. İcra Müdürlüğünün 2016/10461 E. sayılı dosyasında kesinleşen alacakları için davalı bankaya 17/10/2016 tarihinde 89/1 haciz müzekkeresi gönderdiklerini, banka tarafından “dosya borçlusuna ait 4212 şube kodu 0643124 hesap numarasında bulunan 8.369,32 TL üzerine haciz konulduğuna dair “ cevap verildiğini, 01/12/2016 tarihinde banka hesabında bulunana paranın icra dosyasına gönderilmesi için davalı bankaya müzekkere yazıldığını, 03/02/2017 tarihinde ise icra müdürlüğü tarafından davalı bankaya haciz konulan paranın üzerinden takyidat olup olmadığının bildirilmesi ve üzerine haciz konulan bedelin icra dosyasına gönderilmesi için yazı yazıldığını, davalı banka tarafından 01/12/2016 ve 03/02/2017 günlü yazılara verilen cevap dilekçelerinde hacizli paranın üzerinde başka hacizler bulunduğu, bankanın riskinin olduğu dolayısıyla bankanın rehin , takas ve mahsup hakkı olması nedeniyle bu aşamada paranın gönderilmesinin mümkün olmadığını bildirildiğini, davalı bankanın yazı cevabında belirttiği istihkak iddiasının reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı-banka Vekilinin İddiası: Somut olayda müvekkil banka tarafından dosya borçlusunun bankaya da borçlu olduğu bildirilerek hak ve alacaklarının müvekkil bankaya rehinli olduğunu, rehin hakkından sonra gelmek üzere haczin işlendiği beyanı ile itiraz edildiğini, bu haklardan sonra hüküm ifade etmek üzere hesapta bulunan tutarlar üzerine dosya haczinin işlendiğini beyanla, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesinin Kararı: Yerel mahkeme dosyasında tanzim edilen bilirkişi raporunda: “İstihkak iddiasında bulunan bankanın takip borçlusu şirketten haciz ihbarnamesinin tebliğ tarihi ve haciz konulduğu tarih olan 14/10/2016 ve dava tarihi olan 02/05/2017 tarihleri itibari ile nakit, gayri nakit veya kredi kartı

riskinin olmadığı, borçlu firmanın iş bankası ile çekli çalışan müşteri olduğu, borçlu firmanın halen elinde kullanılmamış 9 adet çek yaprağı olduğu, bu boş çek yapraklarının ibrazlarında karşılıksız kalmaları halinde her yaprak için bankanın ödeme sorumluluğunun çek başına 815 TL ve 9 adet çek için 7.335 TL olduğu, müşteri ile banka arasında yapılmış olan sözleşmeler gereği risk oluşabilme ihtimali olan bu tutarı kendi lehine bloke altında tutabileceği hacizli paranın dosyaya gönderilmesinin talep edilmesi sırasında bankanın doğmuş bir riskinin olmadığı” ifade edilmiştir. Sonuç itibari ile Türkiye İş Bankasındaki borçlunun hesaptaki 8.269,32 TL hacizli paraya yönelik riskli alacak gerekçesi ile üçüncü Şahıs Türkiye İş Bankasının istihkak iddiasının reddine, mahcuz paranın borçluya ait olduğunun tespitine, takip dosyasına bankaca gönderilmesine karar verilmiştir.

Davalı-banka Vekilinin İstinaf Sebepleri: Müvekkil bankaya da riski olduğu bildirilerek hak ve alacaklarının müvekkil bankaya rehinli olduğu, rehin hakkından sonra gelmek üzere haczin işlendiği beyanı ile itiraz edildiğini, öte yandan müvekkilin dayandığı rehin ve hapis hakkının kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihte doğduğunun kabulü gerektiğini, bununla birlikte bankanın borçlusuna karşı ileri sürebildiği rehin ve hapis hakkını, borçlusunun alacaklısına karşı da ileri sürebilmesinin mümkün olduğunu, TMK'nın 881. Maddesinde “ halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bularan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir....” düzenlemesinin yer aldığını, buna göre, anılan düzenleme alacak rehinine kıyasen uygulandığında, ileride doğacak alacaklarında rehin edilebileceği sonucuna ulaşıldığını, bu çerçevede usul ve yasaya uygun olarak müvekkil banka tarafından yapılan işleme rağmen yerel mahkemece davanın kabulüne karar verilmesinin usulsüz olduğunu beyanla, istinaf taleplerinin kabulü ile mahkeme kararının kaldırılarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesinin Gerekçe ve Kararı: Bankanın muaccel olmamış alacakları için borçlunun mevduatı üzerinde hak iddia etmesinin mümkün olmadığı anlaşılmakla, mahkemece 3. Şahıs bankanın istihkak iddiasının reddine, hacizli paranın borçluya ait olduğuna ve takip dosyasında gönderilmesine yönelik verilmiş olan

kararda isabetsizlik olmadığından davalı 3. Şahsın istinaf talebinin HMK 353/1/b/1 maddesi gereğince esastan reddine oy birliği ile kesin olarak karar verilmiştir.

2. Giriş

Roma hukukundan günümüze kadar hemen her hukuk sisteminde bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğacak borçların teminat altına alınması sıkça karşılaştığımız bir durumdur. Bu teminat kimi zaman kefalet, garanti veya banka teminat mektubu gibi şahsi nitelikte, kimi zaman ise taşınmaz rehini veya taşınır rehini gibi aynı nitelikte olabilmektedir. Somut hukuki ilişkinin niteliğine göre bu teminat türlerinden bir veya birkaçının borcu güvence altına alabilmek için kararlaştırılabilmesi mümkündür.

Yargı kararına konu olan uyuşmazlığın esas itibarı ile aynı bir teminat türü olan mevduat rehininden kaynaklandığını söylemek mümkündür. “Mevduat rehini” adı altında kanunlarda doğrudan düzenlenmiş bir rehin türü olmamakla beraber, mevduat rehininin doktrinde ve uygulamada taşınır rehininin bir türü olduğu kabul edilmektedir. Bu bağlamda yargı kararında tartışılan uyuşmazlığın çözümü için taşınır rehinine ilişkin ilgili hükümlerin uygulanması gerektiği söylenebilir ise de uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak kanunun ilgili bölümlerinde yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Şöyle ki, uyuşmazlığın doğum noktası henüz doğmamış olmakla beraber doğması muhtemel bir alacağın veya vadeye bağlı bir alacağın mevduat rehini ile teminat altına alınıp alınamayacağı ve bunun hukuken mümkün olduğunun kabulü halinde böyle bir ihtimalde mevduat rehininin hüküm ve sonuçları ile rehin alacaklısına sağladığı hak ve yetkililerdir. Bu tartışmanın yapılmasına sebep olan husus ise 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 881. Maddesi uyarınca doğması kesin veya muhtemel olan bir alacak için ipotek kurulabileceğini düzenleyen hükmün taşınır rehini için de uygulanabileceğine ilişkin kanunda açık bir düzenleme olmamasıdır. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda uyuşmazlığın çözümü için yapılacak tartışmalar, doğması muhtemel veya vadeye bağlı bir alacak için mevduat rehini kurulup kurulamayacağı ile mevduat rehini kurulabileceğinin kabulü halinde bunun hukuki sonuçları düzleminde olacaktır. Bu tartışma yapılırken ayrıca aynı mevduat

hesabı üzerinde doğmuş veya doğacak iki veya daha fazla alacak için alacak rehini bulunması halinde rehinde öncelik sırasının, bir diğer deyişle önceki tarihli rehinin güvence altına aldığı alacağın henüz doğmadığı, sonraki tarihli rehinin güvence altına aldığı alacağın ise doğmuş olduğu bir ihtimalde öncelik sırasının kimde olacağı sorusu ile henüz doğmamış bir alacağı güvence altına alan rehin hakkı gerekçe gösterilerek borçlunun diğer alacaklılara olan borçları için mevduat hesabına konulan hacizlerin sırasının rehin sırasından sonraya konulup konulamayacağı sorunlarında da cevap bulunmaya çalışılacaktır.

Somut uyuşmazlık bağlamında tartışmaya değer olan bir diğer önemli konu ise hukuki bir tedbir kurumu olan ve 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 257 vd. Maddelerinde düzenlenen ihtiyati haciz kurumunun somut uyuşmazlıkta uygulanabilir olup olmayacağıdır. İhtiyati hacizin şartlarının düzenlendiği 257. Madde incelendiğinde ihtiyati haciz kurumuna başvurabilmek için gerekli olan ilk şartın *"Rehinle temin edilmemiş bir para borcunun"* varlığı olduğu görülecektir. Hal böyle iken, mevduat rehini ile güvence altına alınmış olan bir alacak için ihtiyati haciz kurumunun işletilemeyeceğini söylemek ilk bakışta mümkün olmakla beraber somut uyuşmazlıktaki özellikli durumu göz ardı etmemek gerekecektir. Şöyle ki, henüz doğmamış bir alacak için alacak rehini kurulamayacağını veya alacak rehini kurulabileceğini fakat alacak rehininin hükümlerinin ancak borç muaccel olduğu takdirde geçerli olacağının kabul edildiği ihtimalinde burada yine de alacağın rehin ile teminat altına alındığını ve ihtiyati haciz kurumunun işletilemeyeceğini mi yoksa hükümleri henüz geçerli olmayan alacak rehininin ihtiyati haciz kurumuna başvurmaya engel oluşturmayacağını mı söyleyeceğiz. Kuşkusuz ki ihtiyati haciz kurumu bu yönü itibari ile somut uyuşmazlık bakımından tartışmaya değer bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda belirtilen tüm tartışmaları sağlıklı bir biçimde yapabilmek için öncelikli olarak mevduat rehininin neden taşınır rehininin bir türü olarak kabul edildiği açıklığa kavuşturulacak, ardından ise kanunun taşınır rehininin düzenlendiği bölümde uyuşmazlığı çözecek bir yasal düzenleme yer almaması sebebi ile taşınır rehinine ilişkin ilke ve prensipler üzerinden tartışma yapılacaktır.

3. Taşınır Rehini ve Özel Bir Görünümü Olan Mevduat Rehini

3.1. Genel Olarak

Türk Hukuk Sisteminde bir alacağı teminat altına alan ve sınırlı aynı hakların² bir çeşidi olan rehin hakları uygulamada sıkça karşılaşılan hukuki kurumlardan birisidir. Aynı bir teminat olan rehin hakkına ilişkin yasal düzenlemeler esas itibari ile 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) m.850 vd. düzenlenmektedir.³ İlgili yasal düzenlemeler incelendiğinde Kanun Koyucunun rehin kurumunu Taşınmaz Rehini (TMK m.850-m.938) ve Taşınır Rehini (TMK m.939- m.972.) olmak üzere iki ana bölüme ayırarak incelediğini söylemek mümkündür. Bu ayırım doktrinde de kabul görmüş olup, üzerinde rehin hakkı kurulacak eşyanın niteliği göz önüne alınarak yapılan ayırım uyarınca kurumun taşınmaz eşya üzerinde kurulan rehin hakları (taşınmaz rehini) ile taşınır eşya üzerinde kurulan rehin hakları (taşınır rehini) olmak üzere iki ana türünün olduğu kabul edilmektedir.

İnceleme konusu yapılan Yüksek Mahkeme kararındaki uyumsuzluk esas itibari ile mevduat rehini kurumunun hukuki özellikleri ve sonuçlarından kaynaklanması sebebi ile uyumsuzluğa uygulanacak hukukun doğru bir şekilde tespiti ile uyumsuzluğun sağlıklı bir şekilde çözüme kavuşturulabilmesi için öncelikli olarak mevduat

2 Mülkiyet hakkının malikine tanıdığı kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarrufta bulunma (abusus) yetkilerinden bir veya birkaçından mahrum olan aynı haklar olarak tanımlayabileceğimiz sınırlı aynı hak kavramı ve çeşitleri hakkında ayrıca bkz.: M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s.767-769.; A. Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 7.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2019, s.30-31.; A. Tahir Ögütçü, M. Edip Doğrusöz, Rehin Hukuku, 1. Baskı, 1982, s.54 vd.; Rona Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007, s.43-46; Sınırlı aynı hakların mülkiyet hakkı ile olan ilişkisi hakkında detaylı bilgi için inc.: Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.1-2.

3 Türk Medeni Kanunu dışında düzenlenmiş olan rehin türleri için bkz.: 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun m.1012 vd. düzenlenen gemi rehini; 2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun m.69 vd. düzenlenen hava aracı ipoteği; 3213 Sayılı Maden Kanunu'nun m.42 vd. düzenlenen maden işletmesi üzerinde kurulan ipotek. Konu hakkında daha fazla örnek ve bilgi için inc. Alper Uyumaz, "Medeni Kanun Dışındaki Kanunlarda Düzenlenmiş Taşınır Rehni Çeşitleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXI, no:4, 2017, s.49 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1006-1010.; Sirmen, Eşya Hukuku, s.669 vd.

rehininin hukuki niteliği tespit edilecek, ardından ise yapılacak bu tespitin sonuçları doğrultusunda hukuki inceleme ve tartışma yapılacaktır.

3.2. Mevduat Rehini

3.2.1. Kavram Olarak Mevduat ve Mevduat İlişkisinin Hukuki Niteliği

Türk Medeni Kanunu'nun rehine ilişkin hükümleri incelendiğinde 'Mevduat Rehini' olarak düzenlenmiş özel bir rehin türünün bulunmadığından yukarıda bahsedilmişti. Dolayısı ile mevduat rehinine ilişkin bir uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukukun tespiti için bir üst kavramın, diğer bir deyişle mevduat rehininin dahil olduğu rehin türünün tespiti önem arz etmektedir.

Yukarıda belirtilen tespitin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için öncelikli olarak mevduat kavramının ve hukuki niteliğinin açıklığa kavuşturulması gerekecektir. Mevduat kelimesi Türk Dil Kurumu (TDK) tarafından; *"Belli bir süre sonunda veya istenildiğinde çekilmek üzere bankalara faizle yatırılan para"* olarak tanımlanmaktadır.⁴ Ancak bankacılık uygulamaları, toplumun ve ekonominin ihtiyaçlarını karşılayabilmek adına sürekli bir gelişim ve değişim içersindedir. Bu gelişimin ve değişimin tabii bir sonucu olarak uygulamada 'vadesiz hesap' olarak da isimlendirilen mevduat hesaplarına sıkça rastlanılmaktadır. Bu doğrultuda TDK tarafından yapılan tanıma ek olarak herhangi bir faiz getirisi olmamak üzere bankalara yatırılan paranın da mevduat kavramına dahil edilmesi gerektiği kuşkusuzdur. 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nda da (BK) tanım konusunda benzer bir yaklaşım gösterilmiş olup, anılan Kanun'un *'Tanımlar ve kısaltmalar'* başlıklı 3. Maddesinde 'Mevduat' kavramı; *"Yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen parayı"* ifade etmektedir.⁵

4 Bkz.: (Çevrimiçi) www.tdk.gov.tr

5 Benzer tanımlar için bkz.: İbrahim Kaplan, Banka Sözleşmeleri Hukuku C.1, 1. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1996, s.130.; Kürşad Nuri Turanboy, "Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Niteliği" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1997, s.254-255.; Kemal Çevik, Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku, 1.

Yukarıda yapılan tanımın hemen ardından mevduat ilişkisinin hukuki niteliğinin de açığa kavuşturulması faydalı olacaktır. Mevduat ilişkisinin hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş birliği olduğunu söylemek mümkün değildir. Doktrindeki bu görüş ayrılıklarının temelinde ise bankaya yatırılan mevduatın bir ivaz (mevduat ilişkisindeki görünümü faiz) karşılığı olup olmadığı ve bankaya tevdi edilen paranın mevduat hesabı sahibince istenildiği zaman bankadan talep edip edemeyeceğine ilişkin tartışmalar yer almaktadır.⁶

Mevduat ilişkisinin hukuki niteliği konusundaki görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin somut uyuşmazlık bağlamında önem arz eden ortak iki sonuçtan birisi bankaya tevdi edilen paranın mülkiyetinin bankaya geçecek olması,⁷ diğeri ise her iki sözleşme türünde de bankanın, kendisine tevdi edilen parayı (mevduatı), bir müddet için sakladıktan sonra mevduat hesabı sahibine mislen iade yükümlülüğünün olmasıdır.⁸

Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s.275-276.; Selçuk Özer, Mevduat Rehni, 1.Baskı, İstanbul, Der Kitabevi, 2016, s.3-5.; “*Usulsüz vedia veya ödünç olarak alınan, karşılığında herhangi bir sermaye piyasası aracının ve bir kredi teminatının verilmediği, halka ait paraların kabulü*” şeklinde yapılan tanım ve bu tanımdan hareketle mevduatın unsurlarına ilişkin yapılan açıklamalar için ayrıca bkz.: Oruç Hami Şener, Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği, 2.Tıpkı Basım, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2019, s.15 vd.; Mevduat vade ve türleri hakkında detaylı bilgi için ayrıca inc.: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB) Mevduat ve Katılım Fonlarının Vadeleri ve Türleri Hakkında Tebliğ (Sayı: 2007/1)

- 6 Doktrindeki tartışmalar ve görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için inc.: Şener, Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği, s.76 vd.; Fahri Can Doğan, “Bankacılık Uygulamasında Mevduat Rehni”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, (Erişim: çevrimiçi, https://tez.yok.gov.tr/Ulusal-TezMerkezi/tezDetay.jsp?id=oDDr94_VFk6QKt57yVZl4A&no=L9dWWQIAWmXs-Vz-ZrqhQ5Q E.T.: 17.12.2023), s.8 vd.
- 7 Bkz.: Şener, Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği, s.68.; Beyza Er, “Mevduat Sözleşmesinin Tanımı, Kurulması ve Türleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:13, Sayı:49, 2022, s.495.; Özer, Mevduat Rehni, s.14-15.
- 8 Somut uyuşmazlığın çözümü noktasında önem arz etmemekle beraber doktrindeki bu iki temel görüşün sonuçları arasındaki önemli bir fark olan takas kurumuna değinmek isteriz. Takas ,borcu sona erdiren bir sebep olarak TBK’nun 139 vd. Maddelerinde düzenlenmiş olup, kurumun temel işlevi bir miktar para veya özdeş diğer edimlerin karşılıklı olarak borçlanması halinde borcun, takas hakkının kullanılması durumunda, az olan borç tutarı oranında diğer borcun sona ermiş sayılmasıdır. Takas hakkının tüketim ödüncü sözleşmelerinde kullanılması için alacaklının rızası aranmadığı halde, usulsüz tevdi halinde bu hakkın kullanılması TBK m.144/1/ b.1 uyarınca alacaklının rızası şartına bağlanmıştır.

3.2.2.Mevduat Rehini ve Tabi Olduğu Hukuki Rejim

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında açıkça söyleyebiliriz ki bir mevduat ilişkisi kapsamında mevduat hesabı sahibi tarafından veya bu kişinin hesabına alacak kaydedilmek üzere üçüncü bir kişi tarafından bankaya tevdi edilen paranın mülkiyeti bankaya geçmektedir. Mevduat hesabı sahibinin banka nezdindeki hesabına alacak olarak yansıtılan para üzerinde ise bankaya karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkı bulunmaktadır. Bu alacak hakkı kapsamında mevduat hesabı sahibine tanınan talep hakkının hesap sahibince bankaya karşı kullanılması halinde ise banka, kendi mülkiyetinde bulunan paranın mülkiyetini mevduat hesabı sahibinin mülkiyetine geçirme borcu altına girmekte ve bu borcun ifası ile birlikte mevduat hakkı sahibi talep edilen para üzerinde mülkiyet hakkına sahip olabilmektedir. Tüm bu açıklamaların bizi ulaştırdığı sonuç ise bir banka nezdinde mevcut olan mevduat hesabı üzerinde mevduat hakkı sahibine tanınan hakkın bir alacak hakkı olduğu ve bunun tabi sonucu olarak banka nezdinde bulunan mevduat hesabı üzerinde kurulacak rehinlerin TMK'nun m.954 vd. düzenlenen alacak rehini olduğudur.

Hal böyle iken, yargı kararına konu olan uyuşmazlıkta olduğu gibi mevduat rehinine ilişkin çözümü gereken bir uyuşmazlıkta öncelikli olarak TMK'nun m.954-961. maddeleri, burada hüküm bulunmayan hallerde aynı Kanun'un m.954/2 göndermesi uyarınca Kanun'un teslimine bağlı rehine ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Ancak anılan kanun maddelerinde uyuşmazlığa çözüm getiren yasal bir düzenleme olmaması halinde ise kuşkusuz ki taşınır rehinine ilişkin uygulama ve doktrin ile gelişen ilkelere başvurulması gerekecektir.

3.3.Taşınır Rehini

3.3.1. Kavram Olarak Taşınır Rehini

Bir alacağı teminat altına almak için bir taşınır eşya, hayvan, hak veya alacak üzerinde kurulan ve rehin hakkı sahibi alacaklıya borcun yerine getirilmemesi halinde teminat konusunu paraya

çevirterek alacağını tahsil etmek yetkisi veren sınırlı ayni haklara taşınır rehini denilmektedir.⁹

Türk Medeni Kanunu “teslime bağlı rehin ve hapis hakkı”, “hayvan rehini”, “alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin”, “rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlarla yapılan rehin” ve “rehinli tahvil” olmak üzere taşınır rehininin birçok farklı türünü Kanun’un 4. Kitap, 2. Kısım, 3. Bölümünde düzenlemiş olmakla beraber, konumuz bakımından önem arz eden ve inceleme konusu yapılacak rehin türü Kanun’un m.954-m.961 aralığından düzenlenen alacaklar ve diğer haklar üzerinde kurulan rehin türü olacaktır.

Ancak burada yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, taşınır rehininin tüm türleri için uygulanabilecek genel nitelikte düzenlemeler Kanun’da bulunmamaktadır. Her ne kadar Kanun’un 954. Madde-sinde teslime bağlı rehine ilişkin hükümlerin, aksine bir düzenleme bulunmaması şartı ile alacak ve diğer haklar üzerinde kurulan rehinlere de uygulanacağı belirtilmiş ise de teslime bağlı rehine ilişkin hükümlerin de kapsayıcı nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Yargılama konusu yapılan uyuşmazlığın çözümü için gerek alacak ve diğer haklar üzerinde kurulan rehini düzenleyen hükümlerde gerekse teslime bağlı rehine ilişkin hükümlerde yasal bir düzenleme olmaması sebebi ile taşınır rehinine ilişkin ilkeler uyuşmazlığın çözümünde yol gösterici olabilecektir. Bu sebeple alacak ve diğer haklar üzerinde rehin kurumuna ilişkin birkaç kısa açıklama yaptıktan sonra taşınır rehinine ilişkin bu ilkeler üzerinde durulmasında fayda olacaktır.

9 Bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1006.; Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.297.; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.334. Yazar, taşınır rehinini bir değerlendirme hakkı olarak nitelendirmektedir.; Benzer bir tanım için bkz.: Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehlin Hukuku, s.64. Yazar, taşınır rehininin konusunun cismani varlığı olan bir eşya olması halinde sınırlı ayni haktan söz edilebileceğini, alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin tesis edilmesi durumunda bir sınırlı ayni haktan değil, mutlak haktan söz edilebileceğini belirtmektedir.; Taşınır rehininin aynı bir hak olup olmadığı hususunda yapılan tartışma için inc.: Ögütçü, Doğrusöz, Rehlin Hukuku, s.69.; Borçlandırııcı işlem niteliğinde olan taşınır rehni sözleşmesine ilişkin olarak doktrinde yapılan bir tanım ise şu şekildedir: “Taşınır rehni sözleşmesi, bir tarafın (rehin veren, malik) diğer taraf lehine (rehinli alacaklı) belirli ya da belirlenebilir bir ya da birden fazla alacağının teminatı olarak bir ya da birden fazla belirli ya da belirlenebilir nitelikteki taşınır mal ya da hak üzerinde rehin tesis etme borcu altına girdiği sözleşmedir.” Bkz.: Aşlı Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014, s.13.

3.3.2. Taşınır Rehininin Bir Türü Olarak Hak ve Alacaklar Üzerinde Rehin

3.3.2.1. Tanım ve Hukuki Niteliği

Teminat altına aldığı alacağın ödenmemesi halinde üzerinde rehin kurulan hak veya alacağı icra vasıtasıyla paraya çevirerek rehin alacaklısına alacağını tahsil etme yetkisi veren haklar olarak tanımlayabileceğimiz 10 hak veya alacak üzerindeki rehin hakkının hukuki niteliği hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüş uyarınca; rehinli alacaklı sadece paraya çevirme yetkisini elde etmekte olup, hak sahibine aynı bir hak sağlamış olmaz.¹¹ Burada rehinli alacaklının rehin hakkı, ana hak ile eş nitelikte mutlak bir haktır. Doktrindeki bir diğer görüş ise kanun koyucunun, ekonomik ihtiyaçlar sebebi ile cismani olmayan şeyleri kimi durumlarda maddi varlığı olan şeyler ile bir tutarak onları eşya gibi aynı bir hakkın konusu olabileceğini kabul etmesi sebebi ile hak ve alacaklar üzerinde kurulan rehin hakkını da sınırlı aynı hak olarak kabul etmektedir.¹²

2.3.2.2. Rehin Hakkının Konusu

Üzerinde rehin hakkı kurulabilecek hak ve alacaklar Kanun'un 954. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: *"Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir."* Bu hükümden hareketle sözleşme veya hukuki ilişkinin niteliği gereği veya bağımsız olarak temlike elverişli olmayan veya para ile değerlendirilmesi mümkün bulunmayan hak ve alacakların rehine konu olamayacağını söylemek mümkündür.¹³

10 Tanım için bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1050.; Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.122.

11 Bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1050-1051.; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.355. Yazar, 'dış aynılık' kavramı üzerinden konuyu açıklamaktadır.; Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.122.; Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, s.6.; Elmas, "Türk Hukukundaki Mevduat Rehnine, Teminat İşlemleri İçin Uncitral Model Kanun Açısından Bir Bakış" s.199.

12 Bkz.: Sirmen, Eşya Hukuku, s.698.; Ögütçü, Doğrusöz, Rehin Hukuku, s.69.; Hilal Rabia Yıldız, "Alacak Rehninin Kurulması", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, (Erişim: çevrimiçi, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET003272.pdf> E.T.: 25.12.2023), s.7-9.

13 Bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1051. Yazar, rehine konu ola-

Rehin verenin, rehin alana karşı olan bir alacağını rehin etmesinin ise mümkün olduğu doktrinde kabul edilmekte ve böylesi bir durumda rehin, rehin alanın kendisinin borçlusu olduğu alacak üzerinde kurulmaktadır.¹⁴ Uygulamada bu gibi hallere genellikle banka mevduat hesabı üzerinde hesabın bulunduğu banka lehine kurulan rehinlerde karşılaşılmaktadır. Gerçektende banka ile müşteri arasında akdedilen sözleşmeler incelendiğinde “... *doğmuş ve doğacak tüm alacakların teminatı olarak müşterinin mevduat hesabı üzerinde banka lehine rehin hakkı tesis edileceği...*” bir genel işlem şartı olarak sözleşmelerde yer almaktadır.¹⁵

Alacak bölünebilir nitelikte olup, alacağın bölünebilir bir kısmının temliki mümkünse, alacağın bir kısmı üzerinde de rehin hakkı kurulabileceği kabul edilmektedir.¹⁶

3.3.2.3. Rehın Hakkının Kazanılması

Kanunun düzenleniş biçimine bakıldığında rehin hakkının kurulmasında üçlü bir ayırım yapıldığını görmek mümkündür. Bizim

mayacak haklara ilişkin olarak şu örnekleri vermiştir: ölüncye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının hakkı, bir eşyaya bağlı irtifak hakkı, kişi varlığı hakları.; Rehın hakkı kurulabilecek ve kurulamayacak haklara örnek için ayrıca bkz.: Öğütçü, Doğrusöz, Rehın Hukuku, s.89-90.; Tülay Aydın Ünver, Müşterek Hesap, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017, s.160.; Aybay, Hatemi, Eşya Hukuku, s.302.; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.355.; Alacak veya hak için devir engelinin, kanundan veya sözleşmeden ya da işin niteliğinden kaynaklanabileceğine dair bkz.: Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehın Hukuku, s.123-124.; Sirmen, Eşya Hukuku, s.699.; Devredilebilir bir alacak olması şartıyla alacağın kaynağının öneminin olmadığı yönünde bkz.: Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, s.44-45.

- 14 Bkz.: Sirmen, Eşya Hukuku, s.699-700.; Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, s.45-46.; Özer, Mevduat Rehni, s.16.
- 15 Garanti BBVA bankası tarafından tanzim edilen Bankacılık Hizmet Sözleşmesinin ‘Ortak Hükümler’ başlıklı 7. Maddesinde rehin hakkı: “*Müşteri’nin Banka nezdinde doğmuş ve doğacak tüm alacakları, hakları ve hesapları bu Sözleşme’de düzenlenen hizmetler nedeniyle doğabilecek borçlarına karşılık Banka’ya rehinlidir.*” hükmü ile sözleşme içeriğine dahil edilmiştir. Yine aynı banka tarafından tanzim edilen Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesinin ‘Faiz, Ücret, Komisyon ve Vergiler’ başlıklı 10. Maddesinde “*Sözleşme kapsamında oluşan ya da oluşabilecek tüm alacaklarınız, haklarınız ve hesaplarınız borçlarınıza karşılık rehinlidir.*” hükmü ile banka lehine rehin hakkı tesis edilmiştir.
- 16 Bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1052.; Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, s.57.; Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehın Hukuku, s.124.; Aydın Ünver, Müşterek Hesap, s. 161.; Sirmen, Eşya Hukuku, s.699. Yazar, banka mevduatını kısmen rehnedilebilen alacaklara örnek olarak vermektedir.; Yıldız, “Alacak Rehninin Kurulması”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.42.

konumuz bakımından önemli olan husus senede bağlı olan veya olmayan alacaklarda rehinin kurulmasını düzenleyen 955. hükmüdür. Anılan hükmün birinci fıkrası uyarınca; *“Senede bağlanmış olan veya olmayan alacakların rehni için rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve senede bağlı alacaklarda senedin teslim edilmesi gerekir.”* Buradaki şekil şartının geçerlilik şartı olduğu kabul edilmektedir.¹⁷

3.3.2.4. Rehinin Hükümleri

Hak ve alacaklar üzerinde rehin hakkı kurulmasının konumuz açısından en önemli sonucu rehin alacaklısının sadece rehin konusu hak ve alacağı paraya çevirme yetkisi olmasıdır. Diğer bir ifade ile hakkın özünü ilgilendiren hususlarda hak sahibi (alacak hakkı sahibi) yetkilidir. Rehin konusu hak ve alacağın yönetimi de tabii olarak hak ve alacak sahibine ait olmaktadır. Rehin hakkı sahibi ise kendisine tanınan hak ve alacağı paraya çevirme yetkisini 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) taşınır rehinine ilişkin hükümleri (İİK m.145 vd.) uyarınca kullanabilecektir.¹⁸

3.3.3. Taşınır Rehinine Hakim Olan Prensipler

3.3.3.1. Alacağa Bağlılık Prensipleri

Yukarıda yapılan tanımdan hareketle taşınır rehininin amacının belirli bir alacağı teminat altına almak olduğunu söyleyebiliriz. Bunun tabii sonucu olarak taşınır rehni, teminat altına aldığı alacağa

17 Borç için adi senet düzenlenmiş ise bu senedin teslim edilmesinin de geçerlilik şartı olduğu görüşü hakkında bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1052.; Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.126.; Sirmen, Eşya Hukuku, s.700.; Aybay, Hatemi, Eşya Hukuku, s.303.; Yıldız, “Alacak Rehininin Kurulması”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.68-69.; İradesini yazılı şekilde açıklaması gereken kişinin ise alacağı üzerinde rehin hakkı kuran kişi olduğu kabul edilmektedir. Bkz.: Aydın Ünver, Müşterek Hesap, s.167.

18 Bkz.: Bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1054-1055.; Sirmen, Eşya Hukuku, s.702.; Özel bir anlaşma ile rehin hakkı sahibine yararlanma (rehnedilmiş aracı kullanma) yetkisi verilebileceği görüşü hakkında bkz.: Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.334.; Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.132.; Rehin hakkı sahibinin rehin konusu alacak üzerinde yararlanma yetkisi olmamasına karşın, rehin hakkı sahibinin alacaklıyı iyi bir idarenin gerektirdiği işlem ve fiillere zorlayabileceği kabul edilmektedir. Bkz.: Aybay, Hatemi, Eşya Hukuku, s.304.

bağlı (fer'i) bir hak olup, varlığı bu alacağın varlığına bağlıdır.¹⁹

Bu ilke bağlamında tartışılan konulardan birisi şarta bağlı veya ileride doğacak alacaklar için taşınır rehini kurulup kurulamayacağıdır. Bu konu aşağıda '2.3.3.4. Belirlilik Prensibi' başlığı altında inceleneceği için burada ayrıca üzerinde durulmayacaktır.

3.3.3.2. Kamuya Açıklık Prensibi

Bu ilke esas itibarı ile taşınır bir eşya üzerinde kurulan rehin hakkının üçüncü bir kişi tarafından bilinebilir oluşunu ifade etmektedir. Bu bilinebilirlik durumu ise hukuki güvenlik ile üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması ihtiyacının karşılanmasına hizmet etmektedir. Taşınmaz rehininde tapu sicili sistemi²⁰ ile sağlanan bilinebilir olma durumu taşınır rehininde, üzerinde rehin hakkı kurulan taşınır üzerindeki zilyetliğin alacaklıya veya tarafların anlaşması ile üçüncü bir kişiye devri ile mümkün olmaktadır.²¹ Zilyetliğin devri aynı zamanda taşınır rehininin kurulmasının bir şartı olarak TMK'nun 939.maddesinde açıkça ifade edilmiş olup, anılan yasal düzenleme uyarınca; " (1) Kanunda öngörülen ayrık durumlar dışında taşınırlar, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilir. (3) Taşınır, fiilen yalnız rehnedenin hâkimiyetinde kaldığı sürece rehin hakkı doğmaz."²² Adi alacaklarda alacağın senede bağlanmış olması durumunda, senedin rehin alacaklısına teslim şartının getirilmiş olmasının da kamuya açıklık

19 Taşınır rehininin fer'i bir hak oluşunun hukuki sonuçları için bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1011-1013.; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.337-338.; Sirmen, Eşya Hukuku, s.676-678.; Ögütçü, Doğrusöz, Rehin Hukuku, s.70 vd.; Alacağa karşı ileri sürülebilecek bütün savunmaların rehin hakkına dayanan taleplere karşı da kullanılabileceği görüşü hakkında bkz.: Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.70.

20 Kamuya açıklık ilkesi ile taşınmaz rehininin kurulması arasındaki ilişki hakkında inc.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.911 vd.; Aybay, Hatemi, Eşya Hukuku, s.279-280.;

21 Bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1013.; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.335.; Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.65.; Sirmen, Eşya Hukuku, s.680.; Ögütçü, Doğrusöz, Rehin Hukuku, s.72.

22 Taşınır rehininin kurulabilmesi için teslimin gerekli olmadığı hallere örnek olarak; TMK m.940/1 uyarınca hayvan rehini, TMK m.940/2 uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde kurulacak taşınır rehini, Ticari İşletme Rehini Kanunu m.5 uyarınca ticari işletmeye dahil unsurlar üzerinde kurulacak taşınır rehini verilebilir. Konu hakkında eleştirel bir görüş için bkz.: Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.340-341.

ilkesinin bir uzantısı olduğunu söylemek mümkündür.²³ Ancak senede bağlanmamış olan adi alacaklarda rehin alacaklısına teslimi mümkün olan bir şey olamayacağı için bu alacaklar için kamuya açıklık ilkesinin zedelenmiş olduğunu söyleyebiliriz. Zilyetliğin devri gerekmezsiniz tescil ile kurulabilen taşınır rehinlerinde ise bilinebilirlik unsuru tescil ile gerçekleşmektedir.²⁴

3.3.3.3. Güvenin Korunması Prensibi

Bir taşınır veya taşınmaz eşya üzerinde bir başkası lehine sınırlı aynı hak tesis edilebilmesi için tasarruf yetkisine sahip olunması gerektiği kabul edilmektedir.²⁵ Bu kabul bir taşınır eşya üzerinde rehin hakkı kurulabilmesi için de kuşkusuz geçerlidir. Bu doğrultuda tasarruf yetkisine sahip olmayan bir kişi tarafından bir taşınır eşya üzerinde rehin hakkı kurulması hukuken geçerli olmayacaktır.²⁶ Ancak kanun koyucu bu gibi hallerde iyi niyetli üçüncü kişinin hak ve menfaatlerini göz ardı etmemiş ve onun haklarını koruyucu düzenlemeler yapmıştır. Anılan yasal düzenleme uyarınca; “*Rehnedende tasarrufta bulunma yetkisi olmasa bile, rehin konusu taşınıra iyiniyetle zilyet olan kimse, zilyetlik hükümlerine göre edinimi korunduğu ölçüde rehin hakkı kazanır...*”.²⁷ (TMK m.939/2)

23 Bkz.: Yıldız, “Alacak Rehninin Kurulması”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.33-34.

24 Bkz.: Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.76.

25 Bkz.: M.Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, 21. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s.235.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.183-185.; Sirmen, Eşya Hukuku, s.680.

26 Buradaki geçersizlik türü kesin hükümsüzlüktür. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz.: Oğuzman, Barlas, Medeni Hukuk, s.220.; Rona Serozan, Medeni Hukuk, 7. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.373.; Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.78.

27 İyi niyetlin, taşınırın rehin olarak alındığı sırada mevcut olması gerektiği, rehin hakkı kurulduktan sonra tasarruf yetkisinin olmadığı öğrenilmesinin rehin hakkının kazanılmasına engel olmayacağı görüşü hakkında bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1015.; Ögütçü, Doğrusöz, Rehin Hukuku, s.73.; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.344-345.; Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.79.; Alacak rehininde eşya hukukuna ilişkin güvenin korunması ilkesinden sadece taşınır eşya ile bir tutulan hamile yazılı kıymetli evrakın yararlanacağı görüşü hakkında bkz.: Sirmen, Eşya Hukuku, s.680.; Güvenin korunması ilkesine ilişkin olarak senede bağlanmamış adi alacak ile senede bağlanmamış adi alacak yönünden yapılan ayrıma dayanan bir diğer sınırlandırma için bkz.: Yıldız, “Alacak Rehninin Kurulması”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.35-36.

3.3.3.4. Belirlilik Prensibi

3.3.3.4.1. Taşınır Rehininin Konusu Açısından

Üzerinde taşınır rehini kurulacak olan eşyanın (taşınır rehininin konusunun) belirlenmiş olması gerekmektedir.²⁸ Kurulması teslim şartına bağlı olan taşınır rehinlerinde bu gereklilik rehin hakkının kurulması aşamasında sağlanmaktadır. Taşınır rehininin kurulması için teslim şartının gerekli olmadığı hallerde de bu gerekliliğin arandığını söylemek mümkündür. Bu doğrultuda hak ve alacak rehininde de üzerinde rehin hakkı kurulacak olan hak veya alacağın belirli olması gerektiği kuşkusuzdur.²⁹

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki taşınır rehininin konusunun belirli olması gerektiği prensibi, bir borç için birden fazla taşınırın rehin konusu yapılmasına engel teşkil etmeyecektir. Böyle bir durumda taraflar, rehine konu taşınırın her biri için teminat yükü belirleyebilecekleri gibi tüm taşınırları borcun tamamı yönünden de yükümlü kılabilirler. Tarafların böyle bir anlaşma yapmaması halinde ise her bir taşınırın borcun tamamını teminat altına aldığı kabul edilmektedir.³⁰

28 Bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1016.; Ögütçü, Doğrusöz, Rehin Hukuku, s.73.; Eşya birliği ve hak birliği üzerinde taşınır rehini kurulamayacağı görüşü için bkz.: Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.343.; Eşya birliğinin rehin sözleşmesine konu olabileceğine dair farklı bir görüş için bkz.: Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.73.; Bir kimsenin malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde genel rehin hakkı tesis edilemeyeceği görüşü için bkz.: Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.73.; Sirmen, Eşya Hukuku, s.678.

29 Bir alacak üzerinde rehin hakkı kurulması durumunda rehin hakkının kapsamında rehin konusu olan alacağa bağlı fer'i hakların da dahil olacağı görüşü hakkında bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1020; Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.131.; Alacağın ferdileştirilmesi için, bu alacağın somut olarak borçlusu, miktarı ve hukuki sebebi bakımından belirlenmiş olmasının şart olmayacağı, sadece belirlenebilir şekilde tanımlanmasının yeterli olacağı görüşü için bkz.: Sirmen, Eşya Hukuku, s.678.; Yıldız, "Alacak Rehininin Kurulması", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.31-32.; Gelecekte doğacak, şarta bağlı veya henüz iktisap edilmemiş bir alacak ya da hakkın rehin sözleşmesine konu olabileceği fakat rehin tesis etme borcunun ifa edilebilmesi için hakkın doğmuş olması gerektiği yönündeki görüş için bkz.: Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, s.55.

30 Bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1017.; Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.74.; Aynı kuralın bir alacağın birden çok hak veya alacakla güvence altına alınmasında da uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz.: Sirmen, Eşya Hukuku, s.679.

Şarta bağlı alacaklar için taşınır rehini kurulup kurulamayacağı tartışmalı olmasına karşın henüz mevcut olmayan taşınırlar için rehin sözleşmesi yapılabileceği, bir diğer deyişle şarta bağlı olarak taşınır rehini sözleşmesi akdedilebileceği kabul edilmektedir. Böyle bir durumda rehin konusu taşınırın elde edilmesi ile geciktirici şart gerçekleşmiş olur ve şartın gerçekleştiği tarihten itibaren de rehin sözleşmesi hükümlerini doğurmaya başlar.³¹

3.3.3.4.2. Teminat Altına Alınacak Alacak Açısından

Taşınır rehininde teminat altına alınan alacağın rehinin kurulması anında bir para olarak gösterilmesi mecburiyeti yoktur. Taşınır rehini açısından önemli olan teminat altına alınan alacağın rehin konusu taşınırın paraya çevrilmesi anında parayla ifade edilebilir olmasıdır.³²

Bu ilke bağlamında tartışmalı olan ve yargı kararına konu uyuşmazlığın çözümünde kilit rol oynayan husus henüz doğmamış olmakla beraber ileride doğması muhtemel olan veya şarta bağlı olan alacakları teminat altına almak için taşınır rehininin kurulup kurulamayacağı hususudur. Bu konu doktrinde tartışmalı olup, bir görüş teminat altına alınan alacağın belirlenebilir olmasını aradığı için gelecekte doğacak veya şarta bağlı alacakların rehinin fer'ilik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir.³³ Diğer bir görüş ise

31 Bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1017.; Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, s.37-38.

32 Bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1018.; Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.74.; Sirmen, Eşya Hukuku, s.679. Yazar, para borcundan başka bir verme veya bir yapma ya da yapmama borcunun da taşınır rehini ile teminat altına alınabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre böylesi bir durumda borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı alacaklının uğraması muhtemel zararın tazmini borcu teminat altına alınmaktadır. Aynı doğrultuda bir başka görüş için bkz.: Şener, Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği, s.313.; Teminat altına alınan alacağın hukuki kaynağının önem arz etmediği ve bu doğrultuda örneğin kanundan veya haksız fiilden doğan alacakların da taşınır rehininin konusu olabileceği yönündeki görüş için bkz.:Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, s.81.

33 Bkz.: Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.343-344. Yazar, henüz doğmamış veya şarta bağlı alacaklar için taşınır rehini kurulabileceğinin kabulü halinde ise alacağın en azından belirlenebilir olması gerektiğini, bu noktada TMK m.23 ve TBK m.27 hükümlerinin sınırlandırıcı fonksiyon görebileceğini belirtmektedir.; Doğması muhtemel veya şarta bağlı olan alacaklar için taşınır rehini kurulabileceğini ancak yine de alacağın belirlenebilir olması gerektiği konusunda TMK m.23 ve TBK m.27'ye atıf yapan bir başka görüş için bkz.: Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.75.; Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, s.54.

TMK m.881/1 hükmünün³⁴ burada da uygulanabileceğini ve gelecekte doğacak veya şarta bağlı alacaklar için taşınır rehini kurulabileceğini ifade etmektedir.³⁵ Bu görüşün kabulü halinde, alacak daha sonra doğacak olsa bile, rehin hakkı, tasarruf işleminin yapılmasıyla kurulmuş olacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, doktrindeki ağırlıklı görüş uyarınca alacağın henüz doğmadığı dönemde rehin hakkının sadece şekli bir varlığa sahip olduğudur. Bir diğer deyişle alacağın doğmadığı bu dönemde rehin hakkı sahibi rehinin paraya çevrilmesini talep edemeyecektir. Böyle bir rehin hakkının rehin hakkı sahibine sağladığı fayda rehine konu taşınır üzerinde birden fazla rehin hakkı kurulması halinde rehinde sıranın tespitinde kendisini göstermektedir.³⁶

Müstakbel alacak kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için şu farazi örneği vermek faydalı olacaktır: A bankası ile B müşterisi arasında kredi kartı üyelik sözleşmesi akdedildiğini ve bu sözleşmede müşteriye kullandırılan x numaralı kredi kartından doğmuş veya doğacak tüm borçlar için müşterinin banka nezdinde bulunan hesapları üzerinde banka lehine rehin hakkı tesis edildiğine dair hüküm konulduğunu kabul edelim. Böylesi bir sözleşme hükmünün,

34 TMK m.881/1: “Hâlen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir.”

35 Bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1011. Yazar, bu görüşün kabulü halinde alacağa bağlılık kuralı nedeniyle, alacak doğuncaya kadar taşınır rehini- nin şekli bir varlığı olduğunu, buna rağmen kurulan taşınır rehininin sırasının, rehinin kurulması tarihine göre tayin edileceğini, alacağın doğum tarihinin bu hususta rol oynamayacağını ifade etmektedir.; taşınır rehininin sırasına ilişkin olarak aynı doğrultuda bir başka görüş için bkz.: Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.343.; Aydın Ünver, Müsterek Hesap, s.163-165.; Ömer Elmas, “Türk Hukukundaki Mevduat Rehnine, Teminat İşlemleri İçin Uncitral Model Kanun Açısından Bir Bakış” İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5 (1), 2018, s.192.; Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.70-71. Yazar, henüz temel bir ilişkiye dayanmayan doğması muhtemel alacaklar için de -belirlenebilir olması kaydıyla- taşınır rehini kurulabileceğini ifade etmektedir.; Aynı doğrultuda bir diğer görüş için bkz.: Makaracı Başak, Taşınır Rehni Sözleşmesi, s.87.; Sirmen, Eşya Hukuku, s.677-679. Yazar, henüz doğmamış alacaklar üzerinde taşınır rehini kurulabileceğini bunun ise alacağa bağlılık ilkesinin istisnası olarak değerlendirilmesi gerektiğini, ayrıca doğmuş ve doğacak tüm alacaklar için taşınır ve alacak rehini kurulabileceğini ancak bu durumun borçlunun ekonomik özgürlüğünü zedelememesi için TMK m.23 ve TMK m.27’nin uygulama alanı bulabileceğini belirtmektedir.; Ögütçü, Doğrusöz, Rehin Hukuku, s.89.

36 Bkz.: Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.70. Yazar ayrıca şarta bağlı veya henüz doğmamış alacaklar için kurulan rehinin, şartın gerçekleşmeyeceği veya alacağın doğmayacağını anlaşılmaması ile sona ereceğini ifade etmektedir.; Aynı doğrultuda bir diğer görüş için bkz.: Ögütçü, Doğrusöz, Rehin Hukuku, s.72.

müstakbel alacaklar için alacak rehini kurulabileceğini kabul eden görüş uyarınca muteber olduğunu söyleyebiliriz. Ancak sözleşme hükmünde ufak bir değişiklik yapıldığını ve müşteriye kullandırılan veya ileride kullandırılacak olan tüm ürünlerden doğmuş veya doğacak borçlar için müşterinin banka nezdinde bulunan hesapları üzerinde banka lehine rehin hakkı tesis edildiği kabul edelim. Yukarıda belirtilen her iki görüş uyarınca da bu sözleşme hükmünün geçersiz olduğunu söylememiz gerekecektir. Zira burada müstakbel nitelikteki alacağın hangi hukuki ilişkiden doğacağına dair bir bilğimiz olmadığı gibi müstakbel nitelikteki alacağın doğacağı hukuki ilişkiyi öngörme şansımız da bulunmamaktadır.

3.3.3.5. Teminatın Bölünmezliği Prensibi

Bu prensibin iki yönünün olduğunu söylemek mümkündür. Bir yönü itibari ile rehin konusu taşınır bir bütün olarak alacağı teminat altına almakta, diğer taraftan ise alacağın tümü bu rehin hakkı güvencesinden yararlanmaktadır.³⁷ Kanun'un *'Rehnin Kapsamı'* kenar başlıklı 947. maddesi bu konuda yol gösterici niteliktedir. Anılan yasal düzenleme uyarınca; *"Rehin, taşınırı eklentileriyle birlikte kapsar. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça alacaklı, rehinli taşınırın doğal ürünlerini, bütünleyici parçası olmaktan çıkınca malike vermekle yükümlüdür. Rehin, paraya çevirme sırasında bütünleyici parça niteliğindeki doğal ürünleri de kapsar."*

Alacağın tamamının rehin hakkı güvencesinden yararlanmasının pratik sonucu ise Kanun'un 944. Maddesinde düzenlenmiştir. İlgili düzenlemenin 2. fıkrası uyarınca; *"Alacaklı, alacağının tamamını almadıkça rehinli taşınırı veya onun bir kısmını geri vermek zorunda değildir."* Bir diğer deyişle kısmi ödemede bulunan borçlu, rehine konu olan taşınırın yaptığı ödemeye karşılık gelecek kısmının geri verilmesini talep edemeyecektir.³⁸

37 Konu hakkında detaylı bilgi için bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1018-1021.; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.348-349.; Ögütçü, Doğrusöz, Rehin Hukuku, s.76-78.

38 Aynı alacak için birden fazla taşınır üzerinde rehin hakkı kurulması halinde veya birden fazla alacak için bir veya birkaç taşınır üzerinde rehin kurulması halinde de aynı hukuki sonucun geçerli olacağı görüşü için bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1020.; Doktrinde aksine anlaşma yapılabileceği belirtilmektedir. Bkz.:Sirmen, Eşya Hukuku, s.681. Alacağın kapsamı ise Kanun'un 946/2 maddesinde

3.3.3.6. Öncelik Prensibi

Kanun koyucu aynı taşınır, hak veya alacak üzerinde birden fazla rehin hakkı kurulması imkanı tanımıştır. Bu gibi durumda ortaya çıkan hangi rehin alacaklısına öncelik tanınacağı sorunu da yine aynı kanun maddesinde çözüme kavuşturulmuştur. İlgili yasal düzenleme uyarınca; *“Aynı taşınır üzerinde birden çok rehin hakkı bulunduğu takdirde, alacaklılara rehin haklarının sırasına göre ödeme yapılır. Rehin hakkının sırası kuruluş tarihine göre belirlenir .”* (TMK m.948)39

Konunun mahkeme kararına konu uyumsuzluk bakımından önem arz eden kısmı ise henüz doğmamış alacaklar üzerinde rehin hakkı kurulabilmesi ihtimaline ilişkindir. İleride doğacak veya şarta bağlı alacaklar için taşınır rehini kurulabileceği görüşünün kabulü halinde rehinin kuruluş tarihinin tespiti büyük önem arz etmektedir. Doktrindeki baskın görüş uyarınca; ileride doğacak alacakları teminat altına almak için kurulan rehinin sırası da rehin sözleşmesinin yapılma tarihine göre tayin olunacaktır. Bir diğer deyişle, ileride doğacak alacağın doğduğu tarih, rehinin sırasının tayininde önem arz etmeyecektir.⁴⁰

Konuyla ilişkin olarak şu farazi örneği verebiliriz: A, B'ye olan ve fakat henüz muaccel olmayan bir borcu için 01.01.2024 tarihinde B lehine X bankasındaki mevduat hesabı üzerinde bir alacak rehini tesis ediyor. A, C'ye olan ve muaccel nitelikteki borcu için ise 01.02.2024 tarihinde aynı mevduat hesabı üzerinde C lehine alacak rehini tesis ediyor. Bu işlemlerin yapılmasından sonraki bir tarih olan 15.02.2024 tarihinde ise B'nin A'dan olan alacağı muaccel hale geliyor. Doktrindeki baskın görüşün kabulü halinde B'nin alacağı daha sonra muaccel hale gelmiş olmasına rağmen rehinde öncelik sırasının B'ye ait olduğunu söylememiz gerekecektir.

şu şekilde ifade edilmiştir: *“Rehin hakkı, alacaklıya asıl alacak ile birlikte sözleşme faizlerinin, takip giderlerinin ve gecikme faizinin güvencesini sağlar.”*

39 Anılan yasal düzenlemenin emredici nitelikte olmadığı ve tarafların rehin sırası yönünden farklı bir anlaşma yapabilecekleri görüşü hakkında bkz.: Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.80-81.; Sirmen, Eşya Hukuku, s.681.; Aynı tarihte kurulan rehin hakları ise kural olarak aynı sırayı işgal eder. Bkz.: Şener, Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği, s.312.

40 Bkz.: Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s.1022.; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.343.; Ögütçü, Doğrusöz, Rehin Hukuku, s.78.; Aydın Ünver, Müsterek Hesap, s.165.

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir diğer önemli husus ise henüz doğmamış bir alacak için rehin kurulması durumunda rehin hakkı ile haciz arasındaki öncelik ilişkisidir. Bu durumda da yukarıda bahsedilen kuralın geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin; A, B'ye olan ve fakat henüz muaccel olmayan bir borcu için 15.01.2024 tarihinde B lehine X bankasındaki mevduat hesabı üzerinde bir alacak rehini tesis ediyor. A'nın diğer alacaklısı C ise 01.01.2024 tarihinde muaccel olan alacağını tahsil edebilmek için A aleyhine icra takibi başlatıyor. Başlatılan bu icra takibi üzerinden X bankasına 89/1 haciz ihbarnamesi gönderildiği tarihte B'nin alacağının muaccel olması durumunda B'nin alacağı daha sonra muaccel hale gelmiş olmasına rağmen rehin hakkının tesis edildiği tarih haciz talebinden önce olduğu için B'nin rehin hakkı, C'nin haciz talebi karşısında öncelikli olacak, aksi ihtimalde ise B'nin borcu muaccel olmadığı için rehin hakkını C'ye karşı ileri süremeyecek ve C'nin haciz talebi, B'nin rehin hakkı karşısında öncelikli olacaktır.

3.3.3.7. Lex Commissoria İlkesi (Yasağı)

Bu ilke ile rehin konusu şeyin mülkiyetinin alacaklıya geçmesine dair baştan yapılan anlaşmaların geçersiz olması amaçlanmaktadır.⁴¹ İlkeye ilişkin yasal düzenleme hem taşınmaz rehini⁴² için hem de taşınır rehini⁴³ için ayrıca düzenlenmiştir. Bu ilkenin, alacağın muacceliyetinden önce yapılan anlaşmalar için uygulama alanı bulduğunu, alacağın muaccel olmasından sonra yapılan anlaşmaların ise bu ilke kapsamında olmadığını belirtmek gerekir.⁴⁴

41 Bkz.: Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.82.; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.349-350.; Ögütçü, Doğrusöz, Rehin Hukuku, s.70. Yazar, böyle bir anlaşmanın varlığı halinde sözleşmenin değil, yalnızca ilgili hükmün geçersiz olacağını, ancak tarafların bu koşulu sözleşmenin varlık nedeni olarak görmeleri halinde ise rehin sözleşmesinin tamamının geçersiz olacağını belirtmektedir. Esasında bu hususun, TBK m.27/2'nin (eBK m.20/2) tabii bir sonucu olduğunu söylemek mümkündür.

42 TMK m.873/2: "*Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir.*"

43 TMK m.949: "*Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir.*"

44 Bkz.: Nomer, Ergüne, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, s.82.; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.350.; Yıldız, "Alacak Rehninin Kurulması", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.45.

4. Mevduat Rehini ile İhtiyati Haciz Arasındaki İlişki

4.1. Kavram Olarak İhtiyati Haciz

Türk Hukuk Sisteminde geçici hukuki korumalardan birisi olan ihtiyati haciz kurumu 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 257 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup, bu kurum vasıtası ile mevcut veya müstakbel bir dava sonucunda verilecek ilamın icra edilebilirlik kabiliyetini sağlamak ya da yine mevcut veya müstakbel bir takip ile güdülen amaca sağlıklı ve hızlı bir şekilde ulaşmak amaçlanmaktadır.⁴⁵ İhtiyati haciz kurumu ile güdülen bu amaç ise ihtiyati hacze konu olan malvarlığı unsurları üzerinde borçlunun tasarrufla bulunma yetkisinin kısıtlanması suretiyle gerçekleşmektedir. İhtiyati haciz kurumunun konusunun, kaynağı veya sebebi önem arz etmeksizin kural olarak para alacakları olduğu doktrinde kabul edilmektedir.⁴⁶ Bu doğrultuda taraflar arasındaki bir sözleşme ilişkisinden doğmuş veya doğacak bir borç için ihtiyati haciz kararı alınabileceği gibi sebepsiz zenginleşmeden doğan bir borcu güvence altına almak için de ihtiyati haciz kurumuna başvurulabilecektir.

4.2. İhtiyati Haczin Şartları

İhtiyati hacze ilişkin düzenlemelerin İİK'nun 257 vd. Maddelerinde yer aldığından yukarıda bahsetmiştik. Kanun'un ilgili bölümünün ilk maddesi⁴⁷ ihtiyati haczin şartlarını düzenleme konusu

45 Tanım için bkz.: Hakan Pekcanitez, vd., İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.302.; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Hazırlanmış İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayınevi, 2016, s.470.; Adnan Deynekli, Mustafa Saldırım, Öğreti ve Uygulamada İhtiyati Haciz, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s.3.; Canan Ruhi, Ahmet Cemal Ruhi, Uygulamada İhtiyati Haciz, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s.31.

46 Bkz.: Pekcanitez, vd., İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, s.302.; Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku, 4.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s.1022.; İhtiyati haczin sadece para alacakları için öngörülmüş bir tedbir olduğu 4949 Sayılı Kanuna ait hükümet gerekçesinde de açıkça belirtilmiş olup, yasal düzenlemenin gerekçeleri için bkz.: Talih Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2.Tıpkı Baskı, Ankara, Turan Kitabevi, 2009, C.10, s.16865 vd.

47 İİK m.257: “ (1) Rehini temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı, borçlunun yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmaz mallarını ve

yapmakta olup, mahkemenin ihtiyati haciz kararı verebilmesi için öncelikli olarak rehinle temin edilmemiş bir para borcunun varlığı gerekmektedir.

Uyuşmazlık konusu bağlamında tartışılması gereken hususlardan birisi ihtiyati haczin bu şartına ilişkindir. Şöyle ki, somut uyuşmazlıkta banka müşterisinin mevduat hesabı üzerinde, müşterinin hesabın bulunduğu bankaya karşı doğmuş olan ve sözleşmenin imzalanmasından sonra doğacak olan tüm borçlarını teminat altına almak üzere, banka lehine mevduat rehini tesis edilmiştir. Uyuşmazlığın ortaya çıktığı, diğer bir deyişle mevduat hesabı sahibinin bir diğer alacaklısının bankaya 89/1 haciz ihbarnamesi gönderdiği tarihte bankanın mevduat hesabı sahibinden olan ve doğmuş bulunan bir alacağı bulunmamaktadır. Banka, ilgili tarih itibari ile müşterisine tesis etmiş olduğu çek yaprak bedellerinin karşılıksız çıkması ihtimaline (riskine) ilişkin olarak, çek hamiline ödeyeceği çek yaprak bedeli tutarında muhtemel bir alacak hakkına sahip bulunmaktadır. Burada yeri gelmişken hemen belirtmek gerekir ki, bankanın somut olaydaki muhtemel alacağı şarta bağlı bir alacak olup, vadeye bağlanmış bir borç söz konusu değildir. Zira borcun doğması için belirli bir zamanın geçmesi, diğer bir deyiş ile belirli bir tarihin gelmiş olması yeterli değildir. Borcun doğması için çek yaprağının hamil tarafından bankaya ibraz edildiği tarihte çek yaprağında belirtilen tutarın müşteri hesabında bulunmaması gerekmektedir. Anılan sebepler ile ihtiyati hacze ilişkin şartlardan yalnızca rehinle teminat altına alınmamış para alacağının varlığı şartı üzerinde durulacak olup, vade şartı üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

Alacak rehininin bir türü olan mevduat rehininde gerçekleşmesi muhtemel veya vadeye bağlı bir alacağın mevduat rehini ile teminat altına alınıp alınmayacağı hususunda doktrindeki farklı görüşler esas alınarak konu üç farklı ihtimal üzerinden tartışılacaktır.

alacaklariyle diğer haklarını ihtiyaten haczettirebilir. (2) Vadesi gelmemiş borçtan dolayı yalnız aşağıdaki hallerde ihtiyati haciz istenebilir: 1 – Borçlunun muayyen yerleşim yeri yoksa; 2 – Borçlu taahhütlerinden kurtulmak maksadiyle mallarını gizlemeğe, kaçırmağa veya kendisi kaçmağa hazırlanır yahut kaçır ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlâl eden hileli işlemlerde bulunursa; (3) Bu suretle ihtiyati haciz konulursa borç yalnız borçlu hakkında muacceliyet kesbeder”

Öncelikli olarak doktrindeki gerçekleşmesi muhtemel veya vadeye bağlı bir alacağın mevduat rehini ile teminat altına alınamayacağı görüşünü değerlendirmek gerekir. Böylesi bir durumda ortada hukuken geçerli bir mevduat rehini olmadığı için tabii olarak ihtiyati hacze konu olacak alacağın rehin ile teminat altına alındığını söylemek mümkün olmayacaktır. Hal böyle iken bu görüşün kabulü halinde geçersiz olan mevduat rehini sözleşmesi ihtiyati hacze başvurmayla engel teşkil etmeyecek ve alacaklı ihtiyati haciz talebinde bulunabilecektir.

İkinci olarak ise gerçekleşmesi muhtemel veya vadeye bağlı bir alacağın mevduat rehini ile teminat altına alınabileceğinin kabul edildiği görüşü tartışmak gerekecektir. Burada, somut uyuşmazlık ile bağlantılı olması adına yine ikili bir ayırım yapmak gerekecektir. İlk ayırım mevduat rehini ile teminat altına alınan ve henüz muaccel olmayan bir alacağın, mevduat hesabı sahibinin diğer alacaklıları tarafından icra işlemlerine başlanmadan ve bankaya 89/1 haciz ihbarnamesi gönderilmeden önce muaccel olması halidir. Bu ihtimalde mevduat rehini ile teminat altına alınan alacak mevduat hesabı sahibinin diğer alacaklıları tarafından icra işlemlerine başlanmadan önce muaccel hale geldiği için ortada geçerli ve bütün hukuki sonuçlarını doğurmuş olan mevduat rehini söz konusu olacaktır. Böylesi bir ihtimalde kanunun aramış olduğu rehinle temin edilmemiş alacak şartı gerçekleşmeyeceği için ihtiyati haciz kurumuna başvurulamayacaktır. Kaldı ki bu durumda bir aynı hak, doktrindeki kimi yazarlara göre ise mutlak hak niteliğinde olan mevduat rehini hükümlerine başvurmak geçici hukuki koruma niteliğindeki ihtiyati hacze başvurmadan daha avantajlı olacağı ve ihtiyati haciz kurumundan harici bir fayda elde edilemeyeceği ve rehin alacaklısının ihtiyati hacize başvurmak için hukuki yararı bulunmayacağı için ihtiyati hacze başvurulup başvurulamayacağına ilişkin bir tartışma yapmanın pratikte bir yararı olmayacaktır.

İkinci ihtimalin ikinci ayırım ise mevduat rehini ile teminat altına alınan ve henüz mevcut olmayan bir alacağın, mevduat hesabı sahibinin diğer alacaklıları tarafından icra işlemlerine başlanmadan ve bankaya 89/1 haciz ihbarnamesi gönderilmeden önce muaccel hale gelmemesi durumuna ilişkindir. Bir diğer deyişle borcun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin henüz belli olmadığı dönemde

ihtiyati haciz kurumuna başvurulup başvurulamayacağıdır. Zira hatırlanacağı üzere, böylesi bir ihtimalde mevduat rehininin kurulduğu, ancak rehinin şekli bir anlam ifade ettiği ve rehinde sıranın tespiti yönünden fonksiyon gördüğü doktrinde çoğunluk görüşü olarak kabul edilmektedir. İşte böylesi bir ihtimalde kanunun aradığı “rehinle temin edilmemiş alacak” kavramının açıklanması ve tartışılması gerekmektedir.

İhtiyati haciz kurumuna başvurabilmek için kanun tarafından getirilmiş olan alacağın rehin ile teminat altına alınmamış olması şartındaki ‘rehin’ kavramı İİK’nun 23/3 maddesi uyarınca bütün taşınır ve taşınmaz rehinlerini kapsamaktadır. Bu halde taşınır rehininin bir türü olan alacak rehini de hiç kuşkusuz ki kanunda belirtilen ‘rehin’ kavramının kapsamına dahil olmaktadır. Ancak kefalet gibi şahsi teminat niteliğinde olan teminatların ihtiyati haciz talep etmeye engel olmayacağı doktrinde kabul edilmektedir.⁴⁸

Yukarıda belirtilen ana kuralın birtakım istisnaları bulunmakta olup, bu istisnai hallerden birisinin bulunduğu somut uyuşmazlıkta alacak rehin ile teminat altına alınmış olmasına rağmen ihtiyati haciz talep edilebilmektedir. Bu istisnalardan birisi rehin ile teminat altına alınan alacağın borcun tamamını kapsamadığı hallerdir.⁴⁹ Böylesi bir ihtimalde alacaklı, teminatın dışında kalan alacak tutarı için ihtiyati haciz talebinde bulunabilecektir. Kuralın ikinci istisnasını ise önce rehine başvurma zorunluluğunun olmadığı haller oluşturmaktadır.⁵⁰ Önce rehine başvurma zorunluluğun olmadığı hallerden bir kaçı İİK’nun 45. Maddesinde, bir diğeri de

48 Bkz.: Pekcanitez, vd., İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, s.304.; Muşul, İcra ve İflas Hukuku, s.1027-1028.; Deynekli, Saldırım, Öğreti ve Uygulamada İhtiyati Haciz, s.35.; Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, s.16877.

49 Bkz.: Pekcanitez, vd., İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, s.304.; Kuru, İstinaf Sistemine Göre Hazırlanmış İcra ve İflas Hukuku, s.471.; Ruhi, Ruhi, Uygulamada İhtiyati Haciz, s.35-36.; Muşul, İcra ve İflas Hukuku, s.1029-1030. Yazar, haklı olarak böylesi bir durumun esasında alacağın rehin ile teminat altına alınmamış olması kuralına istisna oluşturmadığını, zira bu ihtimalde alacağın yalnızca teminat dışında kalan kısmı için ihtiyati haciz talep edildiğini belirtmektedir.; Uygulama da aynı yönde olup konuya ilişkin olarak Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin 2004 tarihli bir kararı için bkz.: Deynekli, Saldırım, Öğreti ve Uygulamada İhtiyati Haciz, s.33.

50 Bkz.: Pekcanitez, vd., İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, s.304.; Muşul, İcra ve İflas Hukuku, s.1029.; Ruhi, Ruhi, Uygulamada İhtiyati Haciz, s.37.; Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, s.16877-16879.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 1378.maddesinde düzenlenmiştir.⁵¹

Bir üst paragrafta belirtilen istisnaların mevcut olmadığı somut bir olayda tüm hukuki sonuçlarını doğurmuş bir rehin hakkı söz konusu ise böylesi bir durumda rehin hakkı sahibinin ihtiyati haciz talep etme yetkisinin olmadığını söylememiz gerekecektir. Ancak yukarıda belirtilen istisnalardan birisinin mevcut olması durumlarda ya da mevcut olmamakla beraber rehinin tüm hukuki sonuçlarını doğurmadığı, diğer bir deyişle rehin hakkı sahibinin rehin konusunu paraya çevirme yetkisinin olmadığı hallerde ise rehin hakkı sahibine ihtiyati haciz talep etme yetkisi verilmesi gerekmektedir.

Somut uyumsuzluk bağlamında tartışılması gereken bir diğer önemli husus ise bankanın ileri sürdüğü alacağın niteliğidir. Şöyle ki, somut olayda bankanın müşteriden talep edebileceği alacağın geciktirici şarta bağlı bir alacak niteliğinde olduğundan yukarıda detaylıca bahsedilmiştir. Hal böyle iken doğması yalnızca bir ihtimal dahilinde olan alacak için ihtiyati haciz kararı verilir verilemeyeceği hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmaların Yargıtay kararlarına da yansıdığını ve 11. Hukuk Dairesi ile 19. Hukuk Dairesi arasında görüş farklılığı olduğunu söylemek mümkündür. Bu iki daire arasındaki görüş ayrılıklarının giderilebilmesi için konu Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'na taşınmış ve Kurul tarafından 29.06.2018 tarihli Resmi Gazete'de (RG) yayımlanan 27.12.2017 tarih, 2016/1 E. ve 2017/6 K. sayılı ilamı ile "...bankanın riskinin ancak kullanılan ve karşılıksız ka-

51 İİK m. 45: "... (2) 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan rehinle temin edilmiş alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığının rehinle temin edilmiş alacaklarının takibinde, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir veya haciz yoluna başvurulabilir. (3) Police ve emre muharrer senetlerle çekler hakkındaki 167 nci madde hükmü mahfuzdur. (4) İpotekle temin edilmiş faiz ve senelik taksit alacaklarında, alacaklının intihabına ve borçlunun sıfatına göre, rehinin paraya çevrilmesi veya haciz yahut iflas yollarına müracaat olunabilir."

TTK m.1378: " Gemi üzerinde, akdi veya kanuni bir rehin hakkı bulunsa bile, alacaklı iflas yoluyla takip yapılabilir."

Konu hakkında detaylı bilgi için ayrıca inc.: Pekcanitez, vd., İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, s.285 vd.; Muşul, İcra ve İflas Hukuku, s.814 vd.; Kuru, İstinaf Sistemine Göre Hazırlanmış İcra ve İflas Hukuku, s.429-430.

lan çekler açısından söz konusu olabileceği, risk gerçekleşmemişse muaccel bir alacaktan söz edilemeyeceği kabul edilmelidir...” gerekçe gösterilerek muaccel olmayan bu alacaklar için de ihtiyati haciz kararı verilemeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun bu kararı karşısında karşılıksız çek yapırları için banka tarafından ödenecek ve ardından müşteriden talep edilecek alacaklar yönünden, somut olayda çeklere karşılıksızdır işlemi yapılmadığı ve risk gerçekleşmediği için, ihtiyati haciz kararı verilemeyeceğini söyleyebiliriz.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun yukarıda zikredilen kararını da göz önüne aldığımızda ulaşacağımız nihai sonuç ise konu hakkında alacak özelinde ikili bir ayırım yapmak olacaktır. Şöyle ki, rehin ile teminat altına alınan alacak şarta bağlı bir alacak ise rehin hakkı henüz hükümlerini doğurmamış olmasına rağmen Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun kararı karşısında bu alacaklar için ihtiyati haciz talep edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Şart gerçekleştiği takdirde ise rehin hakkı tüm hukuki sonuçlarını doğuracağı için ihtiyati haciz talep etme noktasında hukuki yarar bulunmayacaktır. Ancak rehin ile teminat altına alınan alacak vadeye bağlı bir alacak ise vade tarihi gelmeden önce rehin hakkı yine hükümlerini doğurmamış olacaktır ancak İİK m.257/2’de belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda ihtiyati haciz talep edilebilecektir.

5. Sonuç

Banka ile müşterisi arasında kurulan mevduat ilişkisinin mevduat hesabı sahibine bir alacak hakkı sağlaması sebebi ile mevduat hesabı üzerinde kurulan rehinin alacak rehini olduğundan yukarıda söz edilmişti. Bu sebeple yargı kararına konu olan müstakbel bir alacağın rehin ile teminat altına alınıp alınamayacağına dair uyuşmazlığın çözümü alacak rehinine ilişkin yasal düzenlemeler ve ilkeler ışığında yapılması gerekmektedir.

Kanaatimizce konuya ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen iki farklı görüşten TMK m.881/1 hükmünün alacak rehini için de uygulanabileceğini ve gelecekte doğacak veya şarta bağlı alacaklar için taşınır rehini kurulabileceğini kabul eden görüşün benimsenmesi

daha uygun olacaktır. Bu doğrultuda davalı-banka vekilinin istinaf dilekçesinde ileri sürdüğü TMK m.881/1 hükmünün somut uyuşmazlıkta uygulanması gerektiği ve kurulan rehinin geçerli olduğu yönündeki iddiası hukuken geçerli bir iddiadır.

Ancak somut olayda uyuşmazlığın çıktığı tarih itibari ile bankanın müşteriden talep edebileceği muaccel olmuş bir alacağı olmaması sebebi ile geçerli olduğu kabul edilen alacak rehininin hukuki sonuçları üzerinde de bir değerlendirme yapıldığında ise davalı-banka vekilinin iddialarının bu yönü itibari ile hukuken geçersiz olduğunu ve hem yerel mahkeme kararının hem de bölge adliye mahkemesinin onama kararının hukuka uygun olduğunu söyleyebiliriz. Şöyle ki, TMK m.881/1 hükmünün alacak rehini için de uygulanabileceğini kabul eden yazarların çoğunluğu kurulacak rehinin sadece şekli bir varlığa sahip olduğunu, rehin hakkı sahibine rehini paraya çevirme yetkisi vermediğini belirtmektedir ki kanaatimizce de bu görüşün benimsenmesi gerekmektedir. Bu görüşü somut olaya uyguladığımızda ise müşterinin diğer alacaklısının başlatmış olduğu icra takibi vasıtasıyla bankaya gönderilen 89/1 haciz ihbarnamesinin bankaya ulaştığı tarihte bankanın müşteriden talep edebileceği ve muaccel olmuş bir alacağı bulunmadığı, diğer bir deyişle bankanın rehin konusu alacağı paraya çevirme yetkisinin olmadığı sonucuna varmaktayız. Ulaşılan bu sonuç ise müşterinin diğer alacaklısının haciz talebinin banka tarafından rehin hakkından sonra gelmek üzere sisteme işlenmesi ve ilgili tutarın icra dairesine gönderilmemesi işlemini hukuka aykırı hale getirmektedir. Zira alacak rehini her ne kadar doktrinde sınırlı aynı hak veya kimi yazarlarca mutluk hak olarak nitelendirilse de alacak muaccel olmadığı için henüz hükümlerini doğurmaya başlamamış olup, bir başka alacaklının haciz talebi karşısında öncelik sırası bulunmamaktadır.

İhtiyati haciz talep edilebilirlik noktasında yapılacak bir değerlendirilmede ise somut uyuşmazlıkta önce rehine başvurma zorunluluğunun olmadığı bir halin bulunmaması ve teminat tutarını aşan bir borç miktarının da olmaması sebebi ile bankanın, ilgili hükümleri dayanak göstererek ihtiyati haciz talep edebilmesinin

mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekecektir. Ancak sadece şekli bir varlığı olan mevduat rehini gerekçe gösterilerek bankanın ihtiyati haciz talep edemeyeceğini söylemek de ihtiyati haczin şartını düzenleyen kanun maddesinin amacı ile örtüşmemektedir. Zira kanun koyucunun ihtiyati haciz talep edebilmek için öngördüğü para alacağın rehinle temin edilmemiş olması şartının temel mantığı aynı hak niteliğindeki rehin hakkının geçici hukuki koruma ile kıyaslandığında hak sahibine daha nitelikli hak ve yetkiler tanınmasıdır. Hal böyle iken, henüz hükümlerini doğurmayan rehin hakkının ihtiyati haciz talep etmeye engel teşkil etmeyeceği kanaatindeyim. Ancak Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 27.12.2017 tarih, 2016/1 E. ve 2017/6 K. sayılı ilamı uyarınca yapılacak değerlendirmede ise uyuşmazlık konusu olan alacağın niteliğinden ötürü, bir diğer deyişle alacağın geciktirici şarta bağlanmış olması ve şartın henüz gerçekleşmemiş olması sebebi ile bu alacak yönünden ihtiyati haciz talep edilemeyeceğini söylemek durumundayız.

KAYNAKÇA

- AYBAY Aydın, HATEMİ Hüseyin, Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010
- AYDIN ÜNVER Tülay, Müşterek Hesap, 1.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2017
- ÇEVİK Kemal, Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007
- DEYNEKLİ Adnan, SALDIRIM Mustafa, Öğreti ve Uygulamada İhtiyati Haciz, 3. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011
- DOĞAN Fahri Can, “ Bankacılık Uygulamasında Mevduat Rehni”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans. Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, (Erişim: çevrimiçi, https://tez.yok.gov.tr/Ulusal-TezMerkezi/tezDetay.jsp?id=oDDr94_VFk6QKt57yVZl4A&no=L9dWWQi-AWmXs-VzZrqhQ5Q E.T.: 17.12.2023)
- ELMAS Ömer, “Türk Hukukundaki Mevduat Rehnine, Teminat İşlemleri İçin Uncitral Model Kanun Açısından Bir Bakış” İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5 (1), 2018
- ER Beyza, “Mevduat Sözleşmesinin Tanımı, Kurulması ve Türleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:13, Sayı:49, 2022
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019

- KAPLAN İbrahim, Banka Sözleşmeleri Hukuku C.1, 1. Baskı, Ankara, Dayın-larlı Hukuk Yayınları, 1996
- KURU Baki, İstinaf Sistemine Göre Hazırlanmış İcra ve İflas Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayınevi, 2016
- MAKARACI BAŞAK Aşlı, Taşınır Rehni Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2014
- MUŞUL Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, 4.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010
- NOMER Haluk Nami, ERGÜNE Mehmet Serkan, Eşya Hukuku/ Cilt II Rehin Hukuku, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016
- OĞUZMAN M.Kemal, BARLAS Nami, Medeni Hukuk, 21. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015
- OĞUZMAN M. Kemal, SELİÇİ Özer, OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016
- ÖĞÜTÇÜ A.Tahir, DOĞRUSÖZ M. Edip, Rehin Hukuku, 1. Baskı, 1982
- ÖZER Selçuk, Mevduat Rehni, 1.Baskı, İstanbul, Der Kitabevi, 2016
- PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, ÖZEKES Muhammet, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017
- RUHİ Canan, RUHİ Ahmet Cemal, Uygulamada İhtiyati Haciz, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018
- SEROZAN Rona, Medeni Hukuk, 7. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017
- SEROZAN Rona, Taşınır Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007
- SİRMEN A.Lale, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2019
- ŞENER Oruç Hami, Banka Mevduatı ve Hukuki Niteliği, 2.Tıpkı Basım, Anka-ra, Yetkin Yayınevi, 2019
- TURANBOY Kürşad Nuri, “Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Niteliği ” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1997
- UYAR Talih, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C.10, 2.Tıpkı Baskı, Ankara, Turan Kitabevi, 2009
- UYUMAZ Alper, “Medeni Kanun Dışındaki Kanunlarda Düzenlenmiş Taşınır Rehni Çeşitleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXI, no:4, 2017
- YILDIZ Hilal Rabia, “Alacak Rehninin Kurulması”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, (Erişim: çevrimiçi, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET003272.pdf> E.T.: 25.12.2023)

TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNİN TÜKETİCİ HUKUKU VE HAVA TAŞIMA HUKUKU AÇISINDAN HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ

Av. Can Furkan KÖK¹

Özet

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 3'üncü maddesinde yer alan taşıma sözleşmelerinin tüketici işlemi sayılıp kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Taşıma hukuku, konumuz bakımından ise hava taşıma hukuku başlı başına spesifik bir alan olup kendine özgü (sui generis) kanun ve konvansiyonları haiz olan bir daldır. TKHK ile belirlenen bir madde neticesinde ortaya çıkan karışıklıklar ve problemler incelenmiştir ve bu problemlere öneriler sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Hava Taşıma Hukuku, Konvansiyonlar, Tüketici, Tüketici İşlemi, Tüketici Hakem Heyeti, Ayıba İlişkin Seçimlik Haklar, Hasar, Ziya ve Gecikme, Ölüm, Yaralama, Uçuşun İptal Edilmesi, Rötar, Overbooking, Denied Boarding.

1. Giriş

Taşıma, her geçen gün önemini artırarak uluslararası ve ulusal hacmini artırmaktadır. Tabii taşımanın hacmini artırması demek bir o kadar da olası problemlerin ortaya çıkması demektir. Bu sorunların bertaraf edilmesine yardımcı olan taşıma hukuku da her geçen gün soru ve sorunları aydınlatmaya çalışmaktadır. Bu durumlara örnek olarak; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 3'üncü maddesinde yer alan “*taşıma*” sözleşmeleri de tüketici işlemi sayılmıştır. Hal böyleyken taşıma sözleşmelerine

1 Avukat, İstanbul Barosu / İstanbul Beykent Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Mezunlu.

TKHK hükümleri, tüketici hakem heyeti ve tüketici mahkemelelerinde ihtilafların görülme durumu ortaya çıkmıştır. Bu sebepten dolayı ortaya birtakım hukuki sorular ve sorunlar çıkmaktadır. Bu durumların başında gelen sorulara örnek olarak; ihtilafa 6502 sayılı TKHK'nin mi uygulanacağı ya da 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), uluslararası mevzuat (*Varşova/Lahey, 1999 Montreal Konvansiyonu vs*) hükümlerinin mi uygulanacağı konusudur. Bu hususa ilişkin sorunlar ve çözümler çalışmamızda irdelenecektir.

2. 6502 Sayılı TKHK ve Öncesi Dönem

2.1.4077 Sayılı TKHK Dönemi

6502 sayılı TKHK öncesinde, 4077 sayılı TKHK cari olup kanun, 8.03.1995 tarihinde Resmî Gazetede (RG) yürürlüğe girmiştir.² Akabinde birtakım önemli revizyonlarla 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun kabul edilmiş olup 06.03.2003 tarihinde RG' de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.³ Bu önemli revizyonlardan biri de 3'üncü maddeye eklenen hükümdür. Buna göre: “*Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlemi*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu kanunun uygulanmasından doğacak her türlü ihtilafa m. 23 uyarınca Tüketici Mahkemesince bakılacağı belirtilmiştir. Kanun incelendiğinde de paket tur haricinde taşıma sözleşmesinden bahsedilmediği görülmektedir.⁴ Hal böyle olunca kanunda taşıma sözleşmelerine değinilmediği için ihtilaflar 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTTK) ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 4 uyarınca mutlak ticari davalar olarak asliye ticaret mahkemelerinde neticelenmiştir. Hakeza Yargıtay'ın buna ilişkin birçok müstakar kararı bulunmaktadır.⁵ Hava yolu ile taşıma sözleşmesi TSHK'ye tabi olması nedeniyle mutlak ticari dava kapsamına girecek midir sorusunun akıllara

2 RG, 08.03.1995, S: 22221.

3 RG, 14.03.2003, S: 25048.

4 Sami Aksoy, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara, 2015, Cilt: 31, Sayı: 2, Sayfa Aralığı: 305-336, s. 310.

5 Aksoy, s. 311.

gelmesi çok muhtemeldir. TSHK m. 106 hükmü⁶ incelendiğinde TTK'ye atıfta bulunulduğu için mutlak ticari dava kapsamına gireceği görülmektedir.⁷

2.2.6502 sayılı TKHK Dönemi

6502 sayılı TKHK, 28.11.2013 tarihinde Resmî Gazetede yürürlüğe girmiştir.⁸ Çalışmamız bakımından önemli olan madde 3/1-1 hükmü yani tüketici işlemi düzenlemesidir. Buna göre tüketici işlemi: *“Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi”* olarak belirtilmiştir. Dikkat edilirse hükümde taşıma sözleşmelerinin de tüketici işlemine konu olabileceği hükümden görülmektedir. Tüketici işlemine konu olan bir taşıma sözleşmesini kararlaştırmak için öncelikle tüketicinin kim olduğunu açıklamak gerekmektedir. TKHK m. 3/1-k'ye göre tüketici: *“Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi”* ifade etmektedir.

Bilindiği üzere taşıma, yolcu veya yük (eşya) taşınması olarak iki şekilde yapılmaktadır. Bu sebeple taşıma sözleşmesinin taraflarından gönderen/yolcu ticari ya da mesleki olmayan amaçlarla hareket ediyorsa bir başka söylemle kişisel amaçla hareket ediyorsa tüketici olarak sayılabilecektir.⁹ Kişisel amacın mevcut olup olmadığı somut olayın şartları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Gönderen/yolcu tüketici sıfatını haiz olduğu takdirde yapılan hukuki

6 Madde 106: *“Havayolu ile yurt içinde yapılacak taşımalarda; bu Kanunda hüküm bulunmadıkça, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri ve bu anlaşmalarda da hüküm bulunmadığı hallerde, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır”*.

7 Detaylı benzer görüş için bkz., Burhan Gürdoğan, *Ticari Usul Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, C. 13, S. 1-2, 1956, s. 173-174., Nesibe Kurt Konca, *“Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri”*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara, 2013, C. 4, S. 15, s. 90-91, Aksoy, s. 313.

8 <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6502.pdf>, E.T: 24.02.2024.

9 Can Furkan KÖK, *Hava yolu ile Yük Taşımacılığından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk* (1.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 148.

işlem, tüketici işlemi vasfını alacaktır.

TKHK m. 2 gereği de tüketici işlemi, tüketiciye yönelik uygulamaları kapsamaktadır. Hal böyleyken ortaya çıkacak olan ihtilaflarda TKHK hükümleri uygulanacak olup TKHK m. 73 uyarınca da tüketici işleminden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevli hale gelecektir. Ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin ise ayıplı hizmet kavramı gündeme gelecektir. TKHK m. 13 gereğince ayıplı hizmet; “sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmet” olarak ifade edilmektedir. Taşıma hukuku bağlamında yük taşımaya ilişkin ayıplı hizmete; *gecikme, hasar ve ziya* örnek verilebilirken yolcu taşıma bakımından ise; *denied boarding*¹⁰, *uçuşun iptal edilmesi, rötar, overbooking, bagaj kaybı, hasarı, yaralama, ölüm* gibi hallerin durumların ortaya çıkması beklenen hizmetlerin sağlanmaması durumları örnek verilebilir. TKHK uyarınca böyle bir durumun ortaya çıkması halinde m. 15 gereği seçimlik hakları kullanma durumu ortaya çıkacaktır.

Seçimlik haklar; “*hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme*” şeklinde karşımıza çıkar ve tüketici bunlardan birini tercih edebilmektedir.¹¹ Dikkat edilirse ortaya taşıma hukuku ilkeleriyle çatışan, atipik ve amorf hukuki yaptırım seçenekleri çıkmaktadır. Zira yükü hasara uğrayan bir gönderenin ya da ölüm nedeniyle bir yolcunun mirasçılarının hizmetin yeniden görülmesi veya ücretten indirim istemesi gibi madde metnindeki seçimlik haklardan yararlandırılması her taşıma faaliyetine uygulanacak veya olayla bağdaşacak bir hak olmadığı açıktır.

10 Elinde geçerli bir bileti, konfirme rezervasyonu olan ve zamanında check-in için havaalanına gelen, zaman belirtilmemişse en az 45 dakika önce hazır bulunan yolcunun, fazla rezervasyon yapılması (kapasite fazlası satış olması) nedeniyle uçuşa kabul edilmemesidir (Hülya Göktepe, “Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu ve Yolcu Hakları”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Eskişehir, 2016, C: 2 S: 3, sa: 211-223, s. 214).

11 TKHK m. 11.

3. TSHK ve TKHK Hükümlerinin Karşılaştırılması ve Sonuç

Görevli mahkeme tespitine ilişkin düzenleme TSHK, Varşova/Lahey ve Montreal Konvansiyonunda ayrıca bir düzenleme bulunmamaktadır.¹² TSHK m. 106¹³'nin atfı ile TTK'ye atıf bulunmaktadır. TKHK m. 83/2'ye baktı bakıldığında ise; *“ taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez”* hükmü geçerli olmaktadır. Dikkat edilirse iki hükmün çatışması mevzudur. Hatta TKHK daha rijit bir düzenleme ile diğer kanunlarda bir düzenleme olmasının işlemin tüketici işlemi sayılmaması anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.

Bunların yanında taşıyanın yolcu veya yük taşıma sözleşmesinden doğan sorumluluğu kural olarak sınırlı sorumluluktur.¹⁴ Hal böyleyken hasar, ziya, yolcu taşımada; ölüm, cismani zarar veya gecikmeden kaynaklanan zararlar da sınırlı sorumluluğa tabidir.¹⁵ Ancak TKHK uyarınca sınırlı sorumluluktan bahsedilmemiştir. Hal böyle olunca uluslararası antlaşmaların tahsis ettiği yetki ve akabinde kanunlarımıza entegre edilen bir hukuki müessesenin uygulanması konvansiyondan beklenen yeknesaklık amacına ulaşacak ve hizmet edecektir.

Bunun yanında TSHK m. 131 ve Konvansiyonlar¹⁶ uyarınca iki yıllık zamanaşımı öngörülmüştür. Aynı şekilde TKHK m. 16 gereğince de iki yıllık zamanaşımı öngörülmüştür ancak m. 16/2 hükmü uyarınca; ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Bir diğer taraftan ise TKHK m. 68 uyarınca¹⁷ belirli miktarda-

¹² Kök, s. 148.

¹³ Madde 106: *“Havayolu ile yurt içinde yapılacak taşımalarda; bu Kanunda hüküm bulunmadıkça, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri ve bu anlaşmalarda da hüküm bulunmadığı hallerde, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır”*.

¹⁴ Bülent Sözer, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi* (2. Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 216, Kök, s. 117.

¹⁵ Sözer, s. 216.

¹⁶ Varşova/Lahey Konvansiyonu m. 29, Montreal Konvansiyonu m. 35.

¹⁷ Madde metni: Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı kalmak kaydıyla; de-

ki¹⁸ uyuşmazlıkların tüketici hakem heyetine başvurusu zorunlu kılınmıştır. Tüketici hakem heyetini üyeleri; bakanlık tarafından, il ve ilçe merkezlerinde kurulan tüketici hakem heyetleri başkan dâhil beş üyeden oluşur.¹⁹ Heyette ise m.8 uyarınca; konu uzmanı belediye personeli, baronun mensubu, satıcı veya sağlayıcının tacir olduğu uyuşmazlıklarda ticaret ve sanayi odasının ya da bunların ayrı ayrı örgütlendiği yerlerde ticaret odası üyesi, satıcı veya sağlayıcının esnaf ve sanatkâr olduğu uyuşmazlıklarda, illerde esnaf ve sanatkârlar odaları birliğinin, ilçelerde ise en fazla üyeye sahip esnaf ve sanatkârlar odasının görevlendireceği bir üye, satıcı veya sağlayıcının tacir olduğu uyuşmazlıklarda ticaret ve sanayi odasının ya da bunların ayrı ayrı örgütlendiği yerlerde ticaret odasının; satıcı veya sağlayıcının esnaf ve sanatkâr olduğu uyuşmazlıklarda, illerde esnaf ve sanatkârlar odaları birliğinin, ilçelerde ise en fazla üyeye sahip esnaf ve sanatkârlar odasının görevlendireceği bir üyeden oluşmaktadır. Heyet üyelerinde, Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği²⁰ m. 9/1 uyarınca aranılacak şartlar²¹ incelendiğinde en az dört yıllık fakülte mezuniyet şartı arandığı hatta m. 9/2 uyarınca; dört yıllık fakülte mezunu olma şartını taşıması yeterli sayılmıştır. Üye bulunamayan yerlerde üyeler, yüksekokul veya lise mezunları arasından görevlendirileceği belirtilmiştir. Maddeden de görüleceği üzere hakem heyetinde bulunan kişilerin hukuk eğitimi alma şartı bulunmadığı (*barolar hükmü hariç*) için taşıma hukuku

ğeri otuz bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz.

- 18 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68 inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6 ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ m.3: 2024 yılı için yapılacak başvurularda değeri 104.000 (yüzdört bin) Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda, İl veya İlçe Tüketici Hakem Heyetleri görevlidir.
- 19 Yusuf Çelik, *Tüketici Hakem Heyetleri* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi, 2018, s. 69.
- 20 21 Eylül 2022 tarihli, 31960 sayılı Yönetmelik.
- 21 a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak,
b) 18 yaşından küçük olmamak,
c) 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde düzenlenen şartları taşımak,
ç) Kamu haklarından mahrum bulunmamak,
d) Görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığı bulunmamak,
e) En az dört yıllık fakülte mezunu olmak.

bilgisine haiz olmaları kendilerinden beklenmeyecek ve neticesinde eksik/hatalı kararlar verilmesi de kuvvetle muhtemel olacaktır. Bu sebeptendir ki taşıma hukuku alanında karar verebilmek için bu konuda ihtisas sahibi olan hukukçulardan veya taşıma hukuku bilirkişilerinden bir heyet oluşturularak karar verilmesi daha isabetli olacaktır.

Hava taşıma hukuku bakımından TSHK özel bir kanun niteliği taşıdığından *Lex specialis derogat legi generali* (Özel Kanun Genel Kanunları İlga Eder) ilkesinin uygulanarak uluslararası hükümler ve TSHK'dan doğan kanuni hükümlerinin tatbik edilmesi gerekmektedir. Zira taşıma hukuku kapsamının TKHK'ya vasfetmek taşıma hukukunun ruhuyla bağdaşmayacak olup taşımaya özel tasarlanmış detaylı hükümleri yok sayacaktır. Bu sebeple de sözleşmesinin taraflarının aleyhe sonuçlara uğraması kaçınılmaz olacaktır.

Kısaca, TKHK uyarınca ayıp ve ayıba ilişkin hükümlerin taşıma hukuku bakımından yetersiz ve belirsiz olacağı bu sebeple madde hükmünün revize edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira TKHK'ye eklenen bu hüküm ile tüketici mahkemelerinin iş yoğunluğu artmış olup tüketici mahkemelerine bir nevi özel bir ticaret mahkemesi niteliği kazandırmış ve kanundan elde edilmek istenen amaca ulaşamamıştır. Bunun yerine konunun tüketici kavramına dahil edilmeyerek Ticaret Mahkemelerine tevdi edilmesi daha isabetli sonuçlara sebebiyet verebilecektir.

Konu, *de facto* açıdan değerlendirildiğinde zikrettiğimiz eksik/hatalı hususlar düzeltilene kadar tüketici mahkemesinde görülen taşıma sözleşmelerine genel hükümlerin uygulanması (Konvansiyonlar, TSHK, TTK) gerektiği hüküm bulunmayan hallerde TKHK uygulanması gerektiği²² böyle bir durumda daha isabetli kararlar verileceği açıktır.

22 Kök, s. 149.

KAYNAKÇA

- AKSOY Sami, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara, 2015, Cilt: 31, Sayı: 2, Sayfa Aralığı: 305-336.
- ÇELİK Yusuf, *Tüketici Hakem Heyetleri* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi, 2018.
- GÖKTEPE Hülya, *Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Hava Taşıyıcısının Sorumluluğu ve Yolcu Hakları*, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Eskişehir, 2016, C: 2 S: 3, sa: 211-223.
- GÜRDOĞAN Burhan, *Ticari Usul Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, C. 13, S. 1-2, 1956.
- KONCA Nesibe Kurt, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ankara, 2013, C. 4, S. 15.
- KÖK Can Furkan, *Hava yolu ile Yük Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk* (1.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- SÖZER Bülent, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi* (2. Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

“KİRACININ KİRALANANI GÖSTERMESİ”NE DAİR MAHKEME KARARININ UYGULANABİLİRLİĞİ

Dr. Uygur GÜNERBÜYÜK^{1*}

Özet

Bu makalede, hukuk mahkemesinin bazı kararlarına uymayan bir tarafın buna uymaya zorlanamaması, kiracının kiralananı göstermemesi örneği üzerinden incelenmiştir. Borçlar Kanunu’nun 319. maddesine göre kiracı, bakım veya onarım yapılması için gelenlere ve satış veya sonraki kiralama için ilgililere kiralananı göstermekle yükümlüdür. Kiracı bu yükümlülüğü yerine getirmek istemezse mahkeme, belli bir dönem boyunca her hafta belli bir gün ve saatte kiraya veren ve ilgililerin bu kiralananı girmesine karar verir ancak bu kararın icra edilmesi zor veya imkânsız olabilir. Kiracı bu mahkeme kararına da uymazsa, kiraya verenin borçlar hukukunda veya icra hukukunda bazı imkanlar öngörülmüştür. Bu imkanların yanında, kiracıya sadece mahkeme kararına uymaktan kaynaklanan bir yaptırım uygulanmasına dair bir düzenleme getirilmesi önerilebilir.

Anahtar Kelimeler: Kiracının kiralananı göstermemesi, kiraya verenin mahkeme kararı ile kiralananı göstermesi, hukuk mahkemesinin “kiralananın görülmesi” kararının icrası, hukuk mahkemesinin disiplin cezası vermesi

1. Giriş

Nazik bir şekilde dile getirilmiş olsa bile, bir isteğin yerine getirilmemesi halinde, yerine getirmeyen kişinin bir zarara veya yaptırıma uğrama ihtimali varsa, artık bu isteğe “buyruk” denebilir. Yaptırım ne kadar büyük ve gerçekleşme olasılığı da ne kadar yüksekse, buyruğa itaat olasılığının da o kadar yüksek olacağı belirtil-

1 Avukat, İstanbul Barosu

miştir.² Buna göre, mahkeme kararlarına yaptırım bağlanmış olması, bunlara uyulma ihtimalini arttırır.

Borçlar Kanunu’nun 319. maddesinde kiracının, kiralananın ayıplarının giderilmesine veya zararların önlenmesine yönelik çalışmalara katlanmakla ve kiracının bakım, satış ya da sonraki kiralama için zorunlu olduğu ölçüde, kiraya verenin ve onun belirlediği üçüncü kişinin kiralananı gezip görmesine izin vermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Maddenin devamında kiraya verenin, çalışmaları ve kiralananın gezilip görüleceğini uygun bir süre önce kiracıya bildirmek ve bunların yapıldığı sırada kiracının yararlarını göz önünde tutmak zorunda olduğu ancak kiracının kira bedelinin indirilmesine ve zararının giderilmesine ilişkin haklarının saklı olduğu düzenlemesine yer verilmiştir.

Kiracı bu yükümlülüğüne uymazsa, mahkemenin belli bir süre boyunca belli aralıklarla kiralananın ayıplarının giderilmesi, zararlarının önlenmesi, bakımı, satışı ve yeniden kiralaması için izin verilmesine karar vereceği söylenebilir. Bir mahkeme kararı örneğin “davalının 3 ay boyunca her pazar günü 17.00-18.00 saatleri arasında kiralananın görülmesine izin ermesine” benzer bir ifade içerebilir. Kiracı ise eda emri içeren bu mahkeme kararına katlanmalıdır. Ancak kiracı bu mahkeme kararına karşı, kararın konusuna göre kiralananın ayıplarının giderilmesine, zararların önlenmesine katlanmak istemez ve kiralananın bakım, satış veya sonraki kiralama için gezilip görülmesine izin vermezse, kiraya verenin imkânları veya hukuk mahkemesinin bu karara uymamanın sonuçları nelerdir? Borçlar hukukuna dair bazı görüş ve önerilerin yanında, genel olarak hukuk mahkemesinin eda hükmü içeren bir kararının icrasının sağlanmasına yönelik bir başka yol olarak “hakim kararlarına uymamak”tan kaynaklanan bir disiplin cezası düzenlemek düşünülebilir mi? Bu makale, bu sorulara cevap arayarak çözüm önerileri sunmayı hedeflemektedir.

2 Kasım Akbaş, Melike Belkıs Aydın, Sevtap Metin ve Ertuğrul Uzun, Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, İstanbul, 2019, s. 20 vd.; Mehmet Güneş, Adalet ve Devlete İtaat, Ankara, 2019, s. 127.

2. Kiracı Tarafından Evin Gösterilmemesi

Ülkedeki ekonomik koşullar ve Borçlar Kanunu’nun Geçici 2. maddesinde yer alan “yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaların bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerli olduğuna” dair düzenleme, kiracı ve kiraya veren arasındaki uyuşmazlıkların mahkemeye taşınma oranını arttırmış ve bu işlere bakan mahkemelerin iş yükü artmıştır. Kiraya verenler, kiracıların belli koşulların oluşması halinde ödedikleri kiralari arttırmalarını veya kiralananı tahliye etmelerini talep etmektedir. Bazı kiracılar ise kendilerine dava açan bir tarafın isteklerine uyumlu davranmamakta ve kiralananları bakım, onarım, satış veya kiralama için ilgililerine göstermemek istemektedirler. Bu aşamada, kiraya veren tarafından kiralananın gösterilmesi için mahkeme kararı alınmakta ve hukuk eliyle “müeyyide niteliğine sahip bir cebir”³ uygulanmaya çalışılmaktadır. Burada bahsedilen mahkeme kararını kısaca anlatmak yerinde olacaktır.

Borçlar Kanunu’nun 319. maddesine göre, kiracı kiralananın ayıplarının giderilmesine, zararların önlenmesine katlanmakla ve onarım, bakım, satış veya sonraki kiralama için gezilip görülmesine izin vermekle yükümlüdür. Kiracı bu yükümlülüğüne uymazsa kiraya veren, hukuk mahkemesinden kiracının evi göstermesine izin vermesini ister. Burada kiracının konut dokunulmazlığının ve özel hayatın gizliliğinin korunması ile kiralananın mülkiyetinin halen kiraya verende olması⁴ ve onun hukuk çerçevesinde korunan bazı istekleri karşı karşıya gelmektedir. Bunu dengelemek adına hukuk mahkemesi belli koşulların varlığını arayacaktır.

Kanun koyucunun bu maddedeki amacının “kiracı tarafından önemsenmeyen ancak kiraya verenin önemli gördüğü her türlü ayıpların giderilmesi çalışmalarına kiracının katlanmasını sağlamak olduğu” ifade edilmiştir.⁵ Esas olan, tarafların onarım veya bakım çalışmaları için ve satış veya yeniden kiralamadaki taliplerine kiralananın gösterilmesinin şekil ve zamanını anlaşılarak kararlaştır-

3 Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Bursa, 2023, s. 45.

4 Faruk Acar, Kira Hukuku Şerhi, İstanbul, 2017, s. 396.

5 Necat Kurak, Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, 2021, s. 379.

tırmalarıdır. Ne var ki, kiracının onarıma katlanma yükümlülüğü zararın doğmasını veya büyümesini engeller niteliktedir.⁶ Ayrıca, kiraya veren satış veya yeniden kiralama için bazı potansiyel taliplerin olası tekliflerini kaçırıyor olabilir. Taraflar, kiraya verenin, Kanunda belirtilen konulara ilişkin gezip görme hakkından önce-den vazgeçmesi, kiracının bedel indirimi isteme hakkından vazgeçmesi ya da kiracı aleyhine bu hakları sınırlama anlamına gelen bir anlaşma yapamayacaklardır.⁷

Ayıpların giderilmesi veya kiralananın gösterilmesine katlanma borçlarının kiracıya rahatsızlık vereceği şüphesizdir.⁸ Bu nedenle kiracının katlanma yükümlülüğü ancak bazı şartların varlığı halinde mümkündür. Kısaca bunlara değinmek yararlı olacaktır.

Öncelikle, ayıbın giderilmesi veya zararların önlenmesine konu kiralananın ayıplı olması, objektif şekilde yakın bir gelecekte ayıbın doğacak olması veya zarar tehlikesi bulunması, bu ayıp ve zarar tehlikesinden de kiracının sorumlu olmaması gereklidir.⁹

Bir diğer koşul, bu kiralanda onarım veya bakımın yapılmasının zorunlu olmasıdır. Kanun hükmünde kiracının ilgililerin kiralananı gezip görmelerine “zorunlu olduğu ölçüde” katlanma yükümlülüğü tutulduğu gözetildiğinde, ortada bir zorunluluk yoksa kiracının da katlanma yükümlülüğünün bulunmadığı belirtilmiştir.¹⁰ Kanunun, ivedi olup olmadıklarına bakılmaksızın kiracının zorunlu tamir işlerine izin vermesini sağlamayı amaçladığı düşünülebilir.¹¹ Zorunluluk konusunda makul, dürüst ve orta zekaya sahip bir kiraya verenin esas alınması gerektiği¹² ve bakım ve onarım işlerinin zorunlu olup olmadığının ise teknik şart ve kurallarına göre değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹³

6 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017, s. 360.

7 Acar, s. 395.

8 Gençer Özdemir, “Kira Sözleşmesi”, Kira Hukuku Davaları, Ankara, 2023, s. 112.

9 Acar, s. 397 vd.

10 Tuba Karaman, Kira Sözleşmesi ve Tahliye Davalarında Yap-Yapma, Ankara, 2023, s. 131.

11 Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2017, s. 242.

12 Emin Zeytinoğlu, “Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmesinde Tarafların Borçları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y: 14, Sa. 28, 2015, s. 137.

13 Eren, s. 361.

Her somut olayın ayrı özelliklerine göre mahallinde bilirkişi eşliğinde keşif yapılması gereklidir.¹⁴ Bu keşif, kiracıyı kiralananın göstermeye katlanmak zorunda bırakacak bir müdahalenin zorunlu olup olmadığı, zorunlu ise ne kadar uzun sürede bakım, onarım, satış veya yeniden kiralamanın yapılmasının mümkün olduğunun anlaşılması amacıyla yapılmalıdır. Örneğin yeniden kiralama için kiralananın gezilmesinde zorunluluk, ancak kira döneminin sona ermesinin yaklaşmış olduğu hallerde söz konusu olabilecektir.¹⁵

Kiracının kiralananın ayıplarının giderilmesine, zararların önlenmesine katlanması ve onarım, bakım, satış veya sonraki kiralama için gezilip görülmesine izin vermesi için aranan diğer bir koşul ise, kiracının menfaatlerinin gözetilmesidir. Burada kiracıya çalışma yapılması gerektiğinin veya kiralananı gezip görmek isteyen kişilerin olduğunun belli bir süre önce bildirilmesi önemlidir.¹⁶ Bu bildirimin kiracının katlanma yükümlülüğünün şekli koşulu olduğu ifade edilmiştir.¹⁷ Onarımın gece yapılmaması, evde hasta varsa, bu kişinin odasına mümkün oranda girilmemesi esastır.¹⁸ Onarımın veya bakımın kira döneminin sonuna kadar ertelenmesi mümkünse onarıma kira döneminin sonunda başlanması gerektiği söylenmelidir.¹⁹

Bunların yanında, kiracıya bu katlanma yükümlülüğü karşılığında, özellikle onarım için kiralananadan belli oranda yararlanamayabileceği haller için fesih hakkı değilse de bedel indirimi veya tazminat isteme hakkı verildiğini hatırlatmak yararlı olacaktır.²⁰

Bu koşulların sağlanmasına rağmen kiracı katlanma yükümlülüğüne uygun davranmayabilir. Bu uygun davranmama, kiralanan

14 Filiz Berberoğlu Yenipınar, *Kira Davaları*, Ankara, 2023, s. 266.

15 Karaman, s. 131.

16 Hakkı Mert Doğu, "Kira Sözleşmesinde Kiralananın Gezilip Görülmesine Katlanma Borcu", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, s. 312 vd.

17 Acar, 406.

18 Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, İstanbul, 2018, s. 266; Zeytinoglu, s. 138.

19 Nihat Yavuz, *Kira Hukuku*, Ankara, 2018, s. 297.

20 Gümüş, s. 243. Onarım nedeniyle kiralanan yerden yararlanma aşırı derecede azalır veya geçici olarak ortadan kalkarsa, kiracının sözleşmenin bozulmasını istemeye yetkinin bulunduğunu görüşü için bkz. Nihat Yavuz, s. 297.

girilmesine izin vermeme veya kiralananı görmeye gelenlere kiralanan hakkında gerçek dışı ve olumsuz bilgiler verme olarak gerçekleşebilir.²¹ Kiracının burada yazılan şekillerde katlanma yükümlülüğüne uygun davranmaması halinde kiraya veren bir ifa davası açar.

Bu davada, mahkeme kiracıya bir şeyi aktif olarak yapma veya sadece izin verme yönünde bir karar verir. Buna göre mahkeme kararında, onarımın yapılabileceği, evin satılabileceği veya yeniden kiralatabileceği bir makul süre belirlenerek bu süreyle sınırlı olarak kiracının izin vereceği yer alır. Yukarıda ifade edildiği üzere, zorunluluk her somut olayın özelliğine göre değerlendirilir ve mahallinde bilirkişi eşliğinde yapılacak keşifle kiralananın onarımı, bakımı, satışı ya da yeniden kiralınması için kiracının ne kadar süre, hangi sıklıkla izin vermesi gerektiği kararlaştırılmalıdır. Yargıtay bir kararında, yerel mahkemenin, kiracının sadece Pazar günleri çalışmadığına dair belge ibraz etmesine rağmen kiralananın 3 ay boyunca pazartesi 18.00 ve 20.00 saatleri ve pazar günleri 13.00 ve 16.00 saatleri arasında görülmesine izin verildiği bir yerel mahkeme kararındaki bu süreleri, kiraya veren tarafından kötüye kullanıma müsait bularak bozma nedeni kabul etmiştir.²²

3. Hukuk Mahkemesinin Kiracının Kiralananı Göstermesi veya Onarıma İzin Vermesine Dair Karar Vermesi ve Bu Karara Kiracının Uymaması

Yukarıda anlatıldığı üzere, kiraya verenin açacağı bu davada, şartların oluşması halinde mahkeme kiracının da cevaplarını dinledikten ve mahallinde keşif yaptıktan sonra kiracıya bir şeyi aktif olarak yapma veya sadece izin verme yönünde bir karar verir. Mahkeme kararında, onarımın yapılabileceği, evin satılabileceği veya yeniden kiralatabileceği bir makul süre belirlenerek bu süreyle sınırlı olarak, belli bir dönem boyunca her hafta belli bir gün ve saatte kiracının taşınmaza girilmesine izin vereceği yer almalıdır.

21 Doğu, s. 319.

22 Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 2014/9068 E. 2014/10173 K. sayılı ve 22.09.2014 tarihli kararı

Ancak kiracı bu karara rağmen de kiralananı bakım, onarım, satış veya yeniden kiralama için ilgililerine göstermek istemezse, mahkemenin bu kararın nasıl uygulanabileceğinin üzerinde durmakta yarar vardır. Burada, İcra ve İflas Kanunu'nun 30. maddesinde düzenlenmekte olan "bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair ilamların icrası" yoluna başvurulabileceği düşünülebilir.²³

Kiracıların çalışan veya okula giden kişiler olmaları nedeniyle, birçok davada kiralananın ilgililere gösterilmesi için hafta içi akşam veya hafta sonu uygun olduklarını beyan ettikleri bilinmektedir. Bunun yanında, örneğin "3 ay boyunca her Pazar günü 19.00-20.00 saatleri arasında kiralananın ilgililere gösterilmesi"ne dair bir kararın yerine getirilmesi için icra memuru ile ilgili gün ve saatte orada bulunmak da zor olabilir.

Usulüne uygun olarak tebliğ edilen icra emrinde verilen sürenin geçmesine ve kiraya verenin (alacaklının), icra memurunun ve satış veya kiralama için gelen potansiyel taliplerin ya da onarımı veya bakımı yapacak kişilerin hazır olmasına rağmen, kiracının gönderilen icra emrine uymayarak ilgili gün ve saatte kiralananı gösterme ihtimali vardır. Aslında muarazanın menî kararları için benzer bir uygulama zorluğundan bahsetmek mümkündür.

4. Hukuk Mahkemesinin Bu Kararının Uygulanmamasının Olumsuz Sonuçlarını Gidermek veya Uygulanmasını Sağlamak İçin Çözüm Önerileri

Öğretide, kiracının kiraya verenin önceden haber vermesine rağmen bakım veya tamirat amacıyla kiralanana girilmesine izin vermemesi halinde doğan zararların tazminini kiracıdan istemenin mümkün olduğu ileri sürülmüştür.²⁴ Örneğin banyo borularında zorunlu bir tamirat yapılması gerektiği halde kiracının izin vermesi nedeniyle geçen günlerde alt daireyi su basmış ise, burada doğan zararın kiracıdan istenmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Aynı yazara göre, bakım amacıyla kiralanana müdahale edememek, onun fiziki durumunu tehlikeye atabilecektir ve bu durum

23 Çiğdem Yazıcı Tıktık, "Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, İzmir, 2014, s. 2737 vd.

24 Doğu, s. 319.

kiraya verene kira sözleşmesini feshetme hakkı verecektir. Ancak kira sözleşmesinin olağanüstü sebeple feshedilmesinin son çare olarak uygulanması gereklidir.²⁵

Eren'e göre, benzer şekilde, katlanma ve izin verme borçlarının kiracı için bir yan edim yükümlülüğü kapsamında olması nedeniyle kiracı haklı bir neden olmadan bunları yerine getirmekten kaçınırsa, kira sözleşmesine aykırı davranmış olacaktır. Bu aykırılık ise kiraya verene uğramış olduğu zararların tazmin edilmesini isteme hakkı verebilir ve kira sözleşmesinin feshi sebebi de oluşturabilir.²⁶

Kiracının kiralananı göstermeye katlanma ve izin verme borçlarına aykırı davranması halinde, ondan tazminat istenebileceği görüşünde olan Acar'a göre bu tazminatın kapsamı, ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararların ve kiracının engelleyici tutumundan sonra doğan zararların giderimi olmalıdır. Aynı yazar, kiracının engelleyici ve borca aykırı tutumunun önemli bir sebep teşkil etmesi nedeniyle kiraya verenin Borçlar Kanunu'nun 316. maddesinde sayılan şartların oluşması kaydıyla sözleşmeyi feshetmesinin de mümkün olduğu görüşündedir.²⁷

Borçlar hukukuna dair bu açıklamaların yanında, burada "hukuk mahkemesinin bu kararının uygulanmasını sağlamaya yönelik bir kurum" getirilmesi tartışılabilir. "Kiracının kiralananı göstermesi"ne dair mahkeme kararının uygulanabilirliğinde sorun olması gibi, genel olarak muarazanın meni kararlarının ilamlı icra yoluyla uygulanmasında bir zorluk olduğu söylenebilir. Bunun için hukuk mahkemesi kararlarına uymamaktan kaynaklanan bir yaptırım düzenlenmesinin yararlı olup olmayacağı değerlendirilebilir.

Cebri icra hukukunda, alacaklı ile borçlunun menfaatlerinin çatıştığı ve bunların dengelenmesi gerektiği şüphesizdir. Bu dengelemede, borçlunun insan onuruna üstünlük tanınması ve ölçülülük ilkesinin gözetilmesi gerektiği söylenmelidir.²⁸

25 Doğu, s. 319.

26 Eren, s. 361.

27 Acar, s. 413-419.

28 Mustafa Serdar Özbek, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, Ankara, 2022, s. 237 vd.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hakim reddi talebinin kötü niyetle yapıldığının anlaşılması, duruşma düzenine uyulmaması, belgenin hakim tarafından yerinde incelenmesine engel olunması, tanıklık çağrısına mazeretsiz olarak uyulmaması gibi durumlarda disiplin para cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir. Benzer şekilde, İcra ve İflas Kanunu'nda çocuk teslimine veya nafakaya ilişkin ilamlara uyulmaması durumunda, bu kişiler hakkında tazyik hapsi uygulanacağına dair düzenlemeler mevcuttur.

Fransız hukukunda ise, hâkim tarafından tıbbi muayeneye tabi tutulmasına karar verilenlerin bu karara uymamaları halinde zorla muayene yapılamadığı ancak bu kişilere hapis ve para cezası verileceği düzenlenmiştir.²⁹

Hukukumuzda, hukuk mahkemesi ara kararlarını ve kararlarını uygulamayanlar hakkında bunların uygulanmasında yönelik disiplin cezası içeren bazı düzenlemeler olduğu açıktır. Burada, muarazanın meni kararları için de bir düzenleme yapılması düşünülebilir. Konumuz özelinde ise, Borçlar Kanunu'nun 319. maddesinde bu karara uyulmaması halinde mahkeme tarafından disiplin cezası verileceğine dair bir hükmün Borçlar Kanunu'na veya İcra ve İflas Kanunu'na eklenmesi, uygulamada sıklıkla karşılaşılan bu sorunun çözümünde yararlı olacaktır.

5. Sonuç

Kiracının, kiralananda onarım yapılması için gelenlere ve satış veya sonraki kiralama için ilgililere kiralananı gösterme yükümlülüğüne uymaması üzerine kiraya veren tarafından bunun temini amacıyla kiracıya dava açılacaktır. Mahkemenin vereceği karara da kiracının uymaması halinde bu ilamın icrası için, kiraya veren tarafından icra müdürlüğüne başvurulabilecektir.

Ancak özelde bu kararın, genel olarak ise muarazanın meni kararlarının cebri icra yoluyla uygulanması da zor veya imkansız olabilecektir. Zira "3 ay boyunca her Pazar günü 19.00-20.00 saatleri arasında belli bir adrese, bakım veya onarımı yapacak kişilerle veya satış ya da yeniden kiralama için taliplerle ve icra memuru ile

²⁹ Durmuş Tezcan, "Fransız Hukukunda Vücutta Arama ve Türk Hukukunda Durum", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s. 213.

giderek kiralananın ilgililere gösterilmesi”nin gerçekçi olmadığını söylemek gerekir. Burada öğretide kiralananın onarımının yapılamaması ve engellenmesi nedeniyle doğan zararların kiracı tarafından tazmininin veya kira sözleşmesinin feshinin önerildiği görülmektedir.

“Beşeri davranışının cebri düzeni” olarak tanımlanabilecek hukuk düzeninde, bir normun hukukiliğinin kriterleri arasında bu norma müeyyide bağlanmış olması yer almaktadır.³⁰ Mahkeme kararlarına uyulması ihtimali, bunlara uymayanlara yaptırım bağlanmış olması halinde artar. Hukuk mahkemesinin kararı cebri icra yoluyla uygulanmalıdır ancak bu uygulamanın mümkün olmaması halinde buna bir yaptırım bağlanması yararlı olabilecektir. Konumuz özelinde de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, İcra ve İflas Kanunu’nda ve Fransız hukukunda var olan örneklerine benzer şekilde bir disiplin cezası düzenlenmesi önerilebilir. Bu önerinin kabulü halinde, Borçlar Kanunu’nun 319. maddesine göre verilen mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin temini amacıyla Borçlar Kanunu’nda veya İcra ve İflas Kanunu’nda “hukuk mahkemesinin bu karara uymayanlara disiplin cezası verileceğine” dair bir düzenleme yapılması yararlı olacaktır.

Bu düzenlemenin kiracının ve kiraya verenin haklarını dengelede gözetmesi için, mahkeme kararının ancak kiracının kiralananı göstermesinin zorunlu olması ve yukarıda anlatılan diğer şartlara uymaması halinde verilmesi gereklidir. Bu mahkeme kararı ise makul sıklıklarla makul uzunlukta bir süre boyunca kiracıya “kiralananı gösterme” yükümlülüğü yüklemelidir. Kiracıya yapılacak ilamlı icra takibinde ona kanunen tanınan sürenin sonunda belirlenen günde adrese gidilmelidir. Kiracının kiralananı bu durumda da göstermemesi halinde bu disiplin cezasına hükmedilmesi doğru olacaktır.

30 Gözler, s. 45 vd.

KAYNAKÇA

- ACAR Faruk, *Kira Hukuku Şerhi*, İstanbul, 2017.
- AKBAŞ Kasım, AYDIN Melike Belkıs, METİN Sevtap, UZUN Ertuğrul, Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, İstanbul, 2019.
- BERBEROĞLU YENİPİNAR Filiz, *Kira Davaları*, Ankara, 2023.
- DOĞU Hakkı Mert, “Kira Sözleşmesinde Kiralananın Gezilip Görülmesine Katlanma Borcu”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, (309-323).
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2017.
- GÖZLER Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Bursa, 2023.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, 2017.
- GÜNEŞ Mehmet, *Adalet ve Devlete İtaat*, Ankara, 2019.
- KARAMAN Tuba, *Kira Sözleşmesi ve Tahliye Davalarında Yap-Yapma*, Ankara, 2023.
- KURAK Necat, *Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar*, Ankara, 2021.
- ÖZBEK Mustafa Serdar, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği*, Ankara, 2022.
- ÖZDEMİR Genç, “Kira Sözleşmesi”, *Kira Hukuku Davaları*, Ankara, 2023.
- TEZCAN Durmuş, “Fransız Hukukunda Vücutta Arama ve Türk Hukukunda Durum”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan*, İzmir, 2000, (211-217).
- YAVUZ Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, İstanbul, 2018.
- YAVUZ Nihat, *Kira Hukuku*, Ankara, 2018.
- YAZICI TIKTIK Çiğdem, “Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına ilişkin İlamların İcrası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, İzmir, 2014, (2735-2776).
- ZEYTİNOĞLU Emin, “Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmesinde Tarafların Borçları”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* Y: 14, Sa. 28, 2015, (111-144).

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA DAVALARI

Mehmet Ali GÖLCÜKLÜ¹

Özet

Kamulaştırmасız el atma, kanunlarımızda ve Anayasa'mızda yer alan bir kavram değildir. Ülkemizde Kamulaştırma konusunu düzenleyen gerek 6830 sayılı İstimlâk Kanunu, gerekse 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ve bunu değıştiren 4650 sayılı kanunlarda kamulaştırmасız el atma tabirine yer verilmemiştir.

Kamulaştırmасız el koyma olayı, ülkemizde ilk defa en yetkili kurul olan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunda 1956 yılında görüşölmüş, 1956/1- 6 sayılı ve 16.05.1956 tarihli kararın konusu olmuştur. Yüksek Kurul bu kararında taşınmazına kamulaştırma yapılmadan el atılan mülk sahibinin seçimlik iki hakkı olduğuna karar vermiştir;

Birincisi; Taşınmaz maliki isterse, idare aleyhine meni müdahale davası açarak idarenin müdahalesini (el atmasını) menettirebilecektir.

İkincisi; Men'i müdahale davası açarak idare ile uğraşmak istemeyen mülk sahibi, fiili durumu kabullenip, taşınmazın mülkiyetini idareye bırakarak, el atan idare aleyhine açacağı dava ile taşınmazın bedelini talep edebilecektir.

Kamulaştırmасız el koyma kavramının hukuk literatürümüze bu kararla girmiş olduğu kabul edilmektedir. Hakkında kanunlarımızda hiçbir hukuki düzenleme bulunmayan kamulaştırmасız el atma davalarının ana kaynağı söz konusu tevhide içtihat kararıdır. Uygulama Yüksek Yargıtay kararları rehberliğinde şekillenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırmасız, el atma, el koyma.

1 Avukat, Denizli Barosu

1. GİRİŞ

1.1.Kamulaştırmasız El Atma Nedir?

Kamulaştırmasız el atma, kanunlarımızda ve Anayasa'mızda yer alan bir kavram değildir. Ülkemizde Kamulaştırma konusunu düzenleyen gerek 6830 sayılı İstimlâk Kanunu, gerekse 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ve bunu değiştiren 4650 sayılı kanunlarda kamulaştırmasız el atma tabirine yer verilmemiştir. Mevzuatımızda da kamulaştırmasız el atmanın tanımı yapılmış değildir. Bu konuda çalışma yapanlar kamulaştırmasız el koymayı, idarenin bir işlemine dayanmayan veya idare hukuku açısından kendisine sonuç bağlanan bir idari eylem niteliğinde de kabul edilmeyen, adeta idarenin haksız fiili olarak nitelendirilen bir eylem olarak tarif etmişlerdir.²Bir başka deyişle, kamulaştırmasız el atmadan söz edilebilmesi için, kamu hizmetinde kullanılmak üzere, özel kişilere ait bir gayrimenkulün, idarece işgal edilmiş olması ve bu işgalin geçerli bir kamulaştırma işlemine dayanmadan gerçekleştirilmiş bulunması ve daimi olması gerekmektedir.

Kamulaştırmasız el atma halinde idare, bir kanun hükmüne dayanmadan ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuştur.³ Bu itibarla kamulaştırmasız el atma davaları haksız fiilden kaynaklanan davalardan olup, davacıya verilen kamulaştırma bedeli değil, haksız el atmanın karşılığı olan tazminattır.⁴

Kamulaştırmasız el koyma olayı, ülkemizde ilk defa Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunda ele alınmış, 1956/1 - 6 sayılı ve 16.05.1956 tarihli kararın konusu olmuştur. Yüksek Kurul bu kararında taşınmazına kamulaştırma yapılmadan el atılan mülk sahibinin seçimlik iki hakkı olduğuna karar vermiştir;

Birincisi; Taşınmaz maliki isterse, idare aleyhine meni müdahale davası açarak idarenin müdahalesini (el atmasını) menettirebilir.

İkincisi; Men'i müdahale davası açarak idare ile uğraşmak istemeyen mülk sahibi, fiili durumu kabullenip, taşınmazın mülkiye-

2 Kutlu Gürsel, s. 382

3 YİBGK, 1958/17 E. 1959/15 E.11.02.1959 T.

4 5.HD.2023/7727 E.2023/3145 K.21.12.2023 T.

tini idareye bırakarak, el atan idare aleyhine açacağı dava ile taşınmazın bedelini talep edebilir.

Kamulaştırmасız el koyma kavramının, hukuk literatürümüze bu kararla girdiğı kabul edilmektedir.⁵Hakkında kanunlarımızda hiçbir hukuki düzenleme bulunmayan kamulaştırmасız el atma davalarının ana kaynağı söz konusu tevhide içtihat kararıdır.

Kamulaştırmасız el koyma kavramı mevzuatımızda, ilk defa30.06.2010 tarihinde yürürlüğe giren 5999 sayılı kanunda kullanılmıştır.

2. Kamulaştırmасız El Atmanın Şartları

2.1. El Atılan Taşınmaz Gerçek Kişilere veya Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Ait Olmalıdır

Kamu tüzelkişilerine ait taşınmazlar kamulaştırılamaz. İdareler kendi aralarında, kanunda belirtilen usul ve şartlara göre taşınmaz devri yapılabilir. (2942 sk. Md.30) Bu sebeple kamulaştırmасız el atma, ancak şahısların veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkleri için söz konusu olabilir.

2.2. Taşınmaza El Koyan idare, Kamulaştırma Yetkisine Sahip Bir Kamu Tüzel Kişisi Olmalıdır

Taşınmaza el koyanın kamulaştırma yetkisi yoksa yapılan müdahale kamulaştırmасız el atma sayılamaz. Böyle durumlarda el koyan veya taşınmaza müdahale eden kişi veya kuruluş aleyhine MK. hükümlerine göre müdahalenin men'i davası açmak gerekir. Kamulaştırma yetkisine hangi kuruluşların sahip olduğu Kamulaştırma Kanunun 1, 2. maddelerinde belirtilmiştir.

2.3. El Atma, Kamulaştırma Yetkisine Sahip İdare Tarafından Kamu Yararı Gerektirdiğı İçin Yapılmış Olmalıdır.⁶

Kamu yararı söz konusu değilse yapılan müdahale kamulaştırmасız el atma sayılamaz. Kamulaştırma yetkisine sahip olan idare

5 BUYURGAN/ KARABAĞ, Kamulaştırma Davaları 2.baskı, s.1131 Yetkin Yayınları- Ankara 2021

6 Ali ARCAK, Edip DOĞRUSÖZ, Kamulaştırmасız Elkoyma, s. 20.- Ankara, 1992

re taşınmaza, görevli olduğu kamu hizmetini yerine getirmek için kamu yararı saikiyle el atmalıdır.

2.4.Kamulaştırma Yetkisine Sahip Olan İdare, Sahiplenme Kastıyla Hareket Etmeli,Taşınmazı Sahibine İade Etme Düşüncesinde Olmamalıdır.

İdare, yol yapımı sırasında sahipli bir araziye sahibinden izin almaksızın malzeme depolamış ve malikin bir süre taşınmazı kullanmasına mani olmuş ise bu müdahale kamulaştırmaz el atma olarak kabul edilemez. Taşınmaza yapılan müdahalenin kamulaştırmasız el atma sayılabilmesi için kamulaştırma yetkisine sahip olan kişi veya kuruluşun sahiplenme kastı ile hareket etmesi ve taşınmazı sahibine iade etme düşüncesinde olmaması gerekir.

2.5. İdare, Taşınmaza Eylemli Olarak El Koyup Malikin tasarrufuna Mani Olmalıdır

Bir proje kapsamında taşınmazın bir kısmına fiilen el atılması halinde proje bütünlüğü ilkesi gereği el atılmayan kısma da el atılmış sayılmakta ve dava açılması halinde tamamının bedeline hükmedilmektedir.

3. Kamulaştırmasız El Atma Sayılmayan İşlemler

1. Tapuya kamulaştırma şerhi düşülmesi, kamu yararı kararı alınması, kıymet takdiri yapılması, kamulaştırmasız el atma olarak kabul edilemez.⁷

2. 3194 sayılı İmar Kanunu 18. maddesine göre yapılan imar düzenlemelerinde, Belediye veya Valilik düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımı sırasında bunların yüzölçümlelerinden yeteri kadar sahayı, düzenleme ortaklık payı olarak düşebilir. Bu işlemler yasaya dayanılarak yapıldığından kamulaştırmasız el atma sayılamaz. Ancak taşınmazın yüzölçümünden düşülen oran %45' i aşıyorsa, aşan kısım için kamulaştırmasız el atma söz konusu olacaktır.

3. 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlemesine Dair Tarım Reformu Kanunu 6/3. maddesine göre arazinin %10'unu

7 5. HD. 2010 / 17343 E. 2011 / 3393 K. 01.03.2011 T.

geçmemek üzere katılım payı kesilir. Yasaya dayanan bu işlem de kamulaştırmatsız el atma sayılamaz.

Kamulaştırmatsız el atma sayılmayan haller bunlardan ibaret değildir. Muhtelif kanunlardan doğan, mülkiyet hakkını sınırlayıcı gibi görünen fakat kamulaştırmaz el atma sayılmayan başka durumlar da söz konusu olabilmektedir. (2942/35. maddesi, vs.)

4. Kamulaştırmatsız El Atma Konusu Üç Başlık Altında İncelenmek Gerekir⁸

- * 09.10.1956 dan öncegerçekleşen el atmalar,
- * 09.10.1956 - 04.11.1983 arasında gerçekleşen el atmalar,
- * 04.11.1983 tarihinden sonra gerçekleşen el atmalar,

5. 09.10.1956'dan Önce Gerçekleşen Kamulaştırmatsız El Atmalar

İstiklal harbini zaferle tamamlayan milletimiz, büyük bir kalkınma hamlesi başlatmıştır. Nüfus az, arazi geniş, kaynaklar yetersiz olmakla, kamulaştırmaya ödenek ayrılmadan, ülkenin tüm varlığı yatırımlara tahsis edilmiştir. En yüksek kalkınma hızına da bu dönemde ulaşılmıştır.

Esasen o günlerde, ülkenin tamamını kapsayan, çağdaş normlara uygun bir kamulaştırma mevzuatımız da yoktu. 09.10.1956 tarihinde yürürlüğe konulan 6830 sayılı İstimlâk Kanunu ile bu alan ilk defa bir düzene kavuşmuştur. Ülkenin tamamında istimlâk Kanunu uygulaması başlayınca, önceki dönemin de düzenlenmesi gerekmiş 221 sayılı kanun bu ihtiyacı karşılamak üzere çıkarılmıştır.

12.01.1961 tarihinde yürürlüğe giren 221 sayılı kanunla; 09.10.1956 tarihine kadar, bedel ödenmeksizin fiilen kamu hizmetlerine tahsis edilen gayrimenkullerin kamulaştırılmış sayılacağı, (Md.1) gayrimenkullere müdahalenin men'i davası açılmayacağı, (Md. 3) bedel hakkının kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki sene sonra düşeceği hükme bağlanmıştır. (Md.4)

8 Hukuki el atma konusu da, kamulaştırmatsız el atmanın bir başka nevi'dir. Bu konudaki yazımız Ankara Barosu Dergisinde yayımlanmıştır. Hukuki el atma davaları yazılıp tıklandığında ulaşılmaktadır.

Ancak Anayasa Mahkemesi, 221 sayılı kanunun tamamını Anayasaya aykırı bulmuş, 21.04.2022 günü 2021/19 E. 2022/46 K. sayılı kararı ile iptal etmiştir. İptal hükmü Anayasa Mahkemesi Kararı uyarınca 04.05.2023 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe girmesi üzerine, bir başka tabirle hak sahiplerinin başvuru yollarını kapatan 221 sayılı kanun yürürlükten kalkınca, mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramaması⁹ zaman ötesi özelliği sebebiyle 09.10.1956 tarihinden önce kamulaştırmasız el atılan taşınmazlar için bedel davaları açılmasının önünde bir engel kalmamıştır.

Anayasa Mahkemesinin 221 sayılı kanunu iptal etmesinden sonra, 09.10.1956 tarihinden önce bedel ödenmeden el atılan taşınmazların hukuki durumu ile 04.11.1983 ten sonra elatılan taşınmazların durumu arasında bir fark kalmamıştır. Her iki döneme ilişkin davalar aynı hükümlere tabi olacaktır. Bu sebeple konu, “04.11.1983 den sonra gerçekleşen el atmalar” bahsinde detaylı olarak incelenecektir..

09.10.1956 - 04.11.1983 TARİHLERİ ARASINDA GERÇEKLEŞEN KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMALAR

İlgili Kanun Maddesi

2942 sayılı kanun Geçici madde 6- (Değişik madde RG. 11.06.2013 – Kanun 6487/21)

1- Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi halinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde hükümlerine göre yapılır. Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır.

9 Anayasa Mahkemesi 2009/58 E. 2011/52 K. 17/03/2011 T.

2- İdarenin daveti veya malikin müracaatı üzerine, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının idarenin daveti veya malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değeri; bu Kanunun 8'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre teşkil edilen kıymet takdir komisyonu marifetiyle, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri esas alınmak ve bu Kanunun 11'inci ve 12'nci maddelerine göre hesaplanmak suretiyle tespit edilir. Tespitten sonra, bu Kanunun 8'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre teşkil olunan uzlaşma komisyonunca, idarenin daveti veya malikin müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içinde 7201 sayılı Kanun hükümlerine göre tebliğ edilen bir yazı ile, tahmini değer bildirilmeksizin, talep sahibi uzlaşma görüşmelerine davet edilir.

3- Uzlaşma; idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle veya bunların mümkün olmaması halinde nakdi bedel üzerinden yapılabilir.

4- Uzlaşma görüşmeleri, hukuki veya fiili engel bulunmadığı takdirde davete icabet tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılır ve uzlaşmaya varılıp varılmadığı, malik veya temsilcisi ile komisyon üyeleri tarafından imzalanan bir tutanağa bağlanır. Bu tutanak ile uzlaşma görüşmelerine ilişkin bilgi ve belgeler, açılacak davalarda taraflar aleyhine delil teşkil etmez. Uzlaşmaya varılması halinde, üzerinde uzlaşılan hakkın türünü, tanınma şart ve usullerini, nakdi ödemede bulunulacak ise miktarını ve ödeme şartları ile taşınmazların tesciline veya terkinine dair muvafakati de ihtiva eden bir sözleşme akdedilerek bu sözleşme çerçevesinde işlem yapılır ve uzlaşma konusu taşınmazlar resen tapuya tescil veya terkin edilir.

5- Uzlaşılan bedel, bütçe imkanları dahilinde sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitli olarak da ödenebilir. Taksitli ödeme süresince, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir.

6- İdare ve malik arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği tarihten itibaren üç ay içinde malik veya idare tarafından bedel tespiti davası açılabilir. Dava açılması halinde, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının dava tarihindeki değeri, ikinci fıkranın birinci cümlesindeki esaslara göre mahkemece bu Kanunun 15'inci maddesine göre bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle tespit ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine hükmedilir. Tespit edilen bedel, bu maddenin sekizinci fıkrasına göre idarece ödenir. Tescile veya terkine ilişkin hüküm kesin olup tarafların hükmedilen bedele ilişkin temyiz hakkı saklıdır.

7- Bu madde kapsamında açılan davalarda mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekâlet ücretleri bedel tespiti davalarında öngörülen şekilde maktu olarak belirlenir.

8- Kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden bu madde uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması halinde, merkezi yönetim bütçesine dahil idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerinin (Milli Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı bütçelerinin güvenlik ve savunmaya yönelik mal ve hizmet alımları ile yapım giderleri için ayrılan ödeneklerin) yüzde ikisi, belediye ve il özel idareleri ile bağlı idareleri için en son kesinleşmiş bütçe gelirleri toplamının, diğer idareler için en son kesinleşmiş bütçe giderleri toplamının en az yüzde ikisi oranında yılı bütçelerinde pay ayrılır. Kesinleşen alacakların toplam tutarının ayrılan ödeneğin toplam tutarını aşması halinde, ödemeler, sonraki yıllara sari olacak şekilde, garameten ve taksitlerle gerçekleştirilir. Taksitlendirmede, bütçe imkânları ile alacakların tutarları dikkate alınır. Taksitli ödeme süresince, 3095 sayılı Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir. İdare tarafından, mahkeme kararı gereğince nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkrada belirtilen diğer uzlaşma yolları da teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.

9- Bu maddenin bedele ilişkin hükümleri, vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmasız el koymadan dolayı açtıkları tazminat davası süre bakımından dava hakkının düştüğü gerekçeyle reddedilmiş olanlar hakkında da

uygulanır. Evvelce açtıkları davalar sonunda tazminat almaya hak kazanmış veya süre dışındaki sebeplerden dolayı davaları reddedilmiş olanlar hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz. Ancak, gerek iç hukuka ve gerekse milletlerarası hukuka göre evvelce açtıkları davalar sonunda hak kazanmış oldukları tazminat henüz ödenmemiş olanlara, idare tarafından nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkra da belirtilen diğer uzlaşma yolları teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.

10- Vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmazlık el koymadan dolayı bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce tazmin talebiyle dava açmış olanlar; bu madde hükümlerine göre uzlaşma yoluna gitmeyi isteyip istemediklerini bu maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde idareye ve mahkemeye verecekleri dilekçeler ile bildirebilirler. Uzlaşma talebi üzerine, uzlaşma görüşmelerinin neticesine kadar dava bekletilir; uzlaşılamaması halinde, uzlaşmazlık tutanağının mahkemeye sunulmasından sonra davaya devam edilir. ⁽¹⁰⁾Bu madde hükümleri karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş tüm davalara uygulanır. Kararı kesinleşen davalara ise, bu maddenin yalnızca sekizinci fıkra hükümleri uygulanır.

11- Bu madde uyarınca ödenecek olan bedelin tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez.

12- (İptal edilen fıkra, Anayasa Mahkemesi 2013/95 E. 2014/176 K. 13.11.2014 T. sayılı kararı. RG. 13.03.2015)¹¹

10 6745 sk. 33 maddesi ile EK MADDE konulunca, gereksiz kalan, Kamulaştırma Kanunu geçici 6. maddesinin 10. fıkrasındaki "Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir" cümlesi 6745 sk. 34. maddesi ile kaldırılmıştır.

11 İptal edilen Geçici 6. Maddenin 12. fıkrası: 24/2/1984 tarihli ve 2981 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan imar uygulamalarından doğan ve ipotekle teminat altına alınanlar da dâhil olmak üzere her türlü alacak ve bedeller, borçlu idarelerce, ipotek veya uygulama tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanunda belirtilen kanuni faiz oranı uygulanmak suretiyle güncellenerek ilgililerine ödenir. Bu hüküm devam eden davalarda da uygulanır. Bu fıkra uyarınca yapılacak ödemeler hakkında da bu madde hükümleri uygulanır.

13- (İptal edilen fıkra, Anayasa Mahkemesi 2013/95 E. 2014/176 K. 13.11.2014 T. sayılı kararı. RG. 13.03.2015)¹²

14- (Eklenen fıkra RG. 24.11.2016Kanun 4745/40) Bu madde uyarınca açılacak davalarda 15'inci maddede düzenlenen bilirkişiliğe ilişkin hükümler uygulanır.

Maddenin tarihçesi

Cumhuriyet döneminde, bölgesel – kurumsal bazı mevzuat uygulanmış ise de, çağdaş normlara uygun, tüm kamulaştırma işlerini düzenleyen,yurt sathının tamamında uygulanan ilk kanunumuz 6830sayılı İstimlâk Kanunudur. Bu kanun 09.10.1956 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 27 yıl uygulanmıştır. Tatbikatta görülen aksaklıklar, hâsıl olan yeni ihtiyaçlar sebebiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu çıkarılarak 08.11.1983 tarihinde yürürlüğe konulmuş, 6830 sayılı eski kanun kaldırılmıştır.

1956 yılında ilk defa yeni bir İstimlâk kanunu çıkarılmış ve yurt sathında uygulamaya geçilmiş ise de kamulaştırmasız el atmalar tamamen son bulmamıştır. Çeşitli sebeplerle, önceki dönem kadar olmasa da kamulaştırma yapılmadan, bedeli ödenmeden mülkiyet hakkının ihlali olayları tamamen son bulmamıştır.

Envanteri yapılmadığından, miktar ve değeri bilinmemekle birlikte zaman içinde devasa boyutlara ulaştığı sanılan kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedellerinin kamu maliyesini sıkıntıya sokmadan çözüme kavuşturulması için çareler aranmıştır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa konulan 38. madde ile *“Kamulaştırmasız el atılan ...taşınmaz malın maliklerinin taşınmazla ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer.”*Hükümü getirilmiştir.

¹² İptal edilen Geçici 6. Maddenin 13. fıkrası:13-4/11/1983tarihinden bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihe kadar kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazların idare tarafından kamulaştırılması hâlinde kamulaştırma bedeli ve mahkemelerce malikleri lehine hükmedilen tazminat ile bu davalara ilişkin mahkeme ve icra vekâlet ücretleri de, idarelerce bu maddenin sekizinci fıkrasına göre bütçelerden ayrılacak paydan ve aynı fıkroda belirtilen usule göre ödenir ve işlem yapılır. Bu alacaklar için de bu maddenin on birinci fıkrası, bu fıkra kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılan her türlü davalarda ise yedinci fıkra hükümleri uygulanır. Bu fıkra hükmü, bu fıkra kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılan ve kesinleşmeyen davalarda da uygulanır.

Ancak Anayasa Mahkemesi bu hükmü Anayasaya aykırı bularak 10.04.2003 tarihinde iptal etmiştir. ¹³İptal kararından sonra mevzuatımızda, kamulaştırmaz el atılan taşınmaz maliklerinin dava haklarını zaman ile sınırlayan bir hüküm kalmamıştır.

Taşınmazına bedel ödenmeden el atılan vatandaşların mağduriyetlerini gidermek, tazminat ödenmesini objektif esaslara bağlamak, idarenin muhatap olacağı ihtilâfları en aza indirmek ve idarenin malî sıkıntıya düşmesini önlemek maksadıyla kamulaştırmaz elkoyma sebebiyle talep edilebilecek olan tazminatın dava açmaya gerek olmaksızın uzlaşma yoluyla ödenebilmesini, uzlaşma temin edilemeyen hâllerde dava yoluna gidilmesini sağlamak için Kamulaştırma Kanununa Geçici 6. Madde eklenmiş, 30.06.2010 tarihli Resmi Gazete de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Görülen lüzum üzerine, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Geçici 6. Madde 6487 sayılı kanunun 21. maddesi ile tamamen değiştirilmiş, Resmi Gazetenin 11.06.2013 günlü nüshasında yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Şu anda uygulanmakta olan, 2013 yılında yeniden düzenlenen Geçici 6. Maddedir.

Geçici 6. Madde, bir tasfiye hükmüdür. 09.10.1956 - 04.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmaz el atılan taşınmazların, mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi halinde bedel tespiti ve diğer işlemler bu madde hükümlerine göre yapılır. Bir dönemi tasfiye amacı ile konulan bu hüküm bu vasfı itibariyle daha sonraki uyumsuzluklara uygulanamaz. ¹⁴

Bu genel açıklamanın ardından aşağıda bu davaların tabi olduğu esaslar ele alınacaktır.

5,2, Uzlaşma Usulünün Uygulanması Dava Şartıdır

(Geç. 6/1 Mad.)

Kamulaştırmaz el atma davasına bakan mahkemenin ilk yapacağı iş, taşınmaza hangi tarihte el atıldığını belirlemek olmalıdır. El atma tarihinde ihtilaf çıkarsa, refakate re'sen alınacak hava

13 Anayasa mahkemesinin 2002/112 E.2003/33 K. 10/4/2003T. Sayılı kararı. RG. 04.11.2003

14 5. HD. 2014/5538 E. 2014/16314 K. 09.06.2014 T. 5.HD. 2017/16111 E. 2019/1601 K. 07.02.2019

fotogrametri uzmanı bilirkişiler eşliğinde mahallinde keşif yapılarak, 09.10.1956 tarihinden öncesini ve sonrasını gösterir şekilde hava fotoğrafları ile kamulaştırma ile ilgili krokiler getirtilip, hava fotoğrafları ile dava konusu taşınmazların ölçekli krokilerinin çakıştırılması sağlanıp, bu konuda denetime elverişli şekilde krokiye bağlanmış, bilirkişi raporu alınmak suretiyle el atma tarihinin kesin olarak tespiti gerekmektedir.¹⁵

Mahkeme, dava konusu taşınmaza 09.10.1956 - 04.11.1983 tarihleri arasında kamulaştırmasız el atıldığını tespit ettiğinde, geçici 6. maddenin 1. fıkrasına göre dava açılmadan evvel uzlaşma usulünün uygulanıp uygulanmadığını araştıracaktır.

Taşınmaz malik veya zilyedinin dava açmadan evvel el koyan idareye dilekçe ile başvurarak nakdi ödeme, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması isteği ile uzlaşma talebinde bulunması gerekir.¹⁶

Taşınmaz maliki dava dilekçesinde, ilgili idareye uzlaşma başvurusu yaptığını, uzlaşmanın sağlanamadığını beyan etmeli, bunun delillerini de (başvuru dilekçe örneği, uzlaşmazlık tutanağı vs.) dava dilekçesine eklemelidir.

Dava açılmadan önce uzlaşma usulünün uygulandığı, belgelerle ispatlanamaz ise dava şartı gerçekleşmediğinden davanın usulden reddine karar verilir. (6100 sk. Mad.115) Bu konu dava şartı olup, beyanı süreye tabi olmadığı gibi taraflarca davanın her aşamasında ileri sürülebilir, mahkemece de resen nazara alınır.¹⁷

5.2. Uzlaşma Görüşmelerinin Yapılması

(Geç. Mad. 6/2.)

1. 09.10.1956 - 04.11.1983 tarihleri arasında kamulaştırmasız el atılan taşınmazın maliki idareye yazılı olarak başvurarak;

- İdareye ait bir taşınmazın kendisine bırakılması, (Trampa)
- İdareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması,

15 5. HD. 2020/2941 E. 2020/11725 K. 24.12.2020 T.

16 18. HD. 2013/2176 E. 2013/5886 K. 09.04.2013 T

17 5. HD. 2010/18120 E. 2011/3447 K. 02.03.2011 T.

• İmar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullanılması,

*Uzlaşma sağlanamaması halinde taşınmaz bedelinin nakden ödenmesini talep eder.

2. İdarenin daveti veya malikin müracaatı üzerine, fiilen el konulan taşınmazın müracaat tarihindeki tahmini değeri, bu Kanunun 8.maddesinin 2. fıkrasına göre teşkil edilen kıymet takdir komisyonu marifetiyle, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri esas alınmak ve bu kanunun 11. ve 12. maddelerine göre hesaplanmak suretiyle tespit edilir. Belirlenen bu değer uzlaşma komisyonunun pazarlık sınırı olup, mal sahibine bildirilmez. Daha ileri safhalarda da bir bağlayıcılığı yoktur.

3. Tahmini değer belirlendikten sonra, bu kanunun 8. maddesinin 3. fıkrasına göre teşkil olunan uzlaşma komisyonu taşınmazın malikini, idarenin daveti veya malikin müracaatından itibaren en geç altı ay içinde uzlaşma görüşmelerine davet eder. Uzlaşmaya davet yazısı mal sahibine 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir.

5.3. Görüşmelerin Uzlaşma ile Sonuçlanması

(Geç. Mad. 6/3-4-5)

Uzlaşma görüşmeleri, hukuki veya fiili engel bulunmadığı takdirde davete icabet¹⁸ tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılır.

İdare ile taşınmaz malikinin uzlaşması halinde tarafların müşterek imzalarını ihtiva eden bir satın alma tutanağı/tescil belgesi düzenlenir. Belgenin idare tarafından sunulması üzerine tapu müdürlüğü resen malik üzerindeki tapuyu iptal ve idare adına tescil eder.¹⁹ (Geç. mad.6/4)

18 Uzlaşma görüşmelerine davet yazısında belirtilen tarih.

19 İdare temsilcisi ile malik arasında imzalanan bu anlaşma tutanağı malikin ferağ beyanı ve tapuda idare adına yapılacak tescilin hukuki sebebi sayılır. (6745 sk. Md.31) Tapu müdürü bu tutanak münderecatına göre resen iptal ve tescil işlemlerini yapar.

5.4. Görüşmelerin Anlaşmazlıkla Sonuçlanması

(Geç. Mad.6/6)

İdare ile mülk sahibi arasında altı ay içinde bir anlaşma sağlanamaz ise durum bir tutanakla tespit edilir ve taraflarca imzalanır. Bu anlaşmazlık tutanağının imzalandığı tarihten itibaren üç ay içinde taşınmaz maliki veya idare tarafından bedel tespiti davası açılabilir.

Kamulaştırma davalarına temyiz merci olarak bakmakta olan 5. Hukuk Dairesi bu üç aylık sürenin hak düşürücü süre olmadığı gerek mal sahibinin gerekse idarenin süreye bağlı olmaksızın tazminat davası açabileceği görüşündedir.²⁰

5.5.Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Davacı

(Geç.6. Md.)

Taşınmazların malikini tapu sicili belirlemektedir. Bunun doğal sonucu olarak taşınmaz tapu sicilinde kimin adına kayıtlı ise el atma davasını da tapu maliki açabilir. Taşınmazın tapu maliki ölmüş ise veraset ilamında ismi yazılı mirasçıları, hep birlikte veya her bir mirasçı kendi payı için ayrı ayrı dava açabilir. Bunda bir tereddüt yoktur. El atılan taşınmaz tapusuz ise açılan davada mahkemenin vereceği önel üzerine davacı, yetkili ve görevli mahkemeye başvurarak taşınmazın zilyedi olduğunu ve mülkiyet hakkını kazandığını kesinleşmiş mahkeme kararı ile ispatlaması halinde el atma davasına devam olunmalıdır.²¹

Başkası adına tapulu taşınmaz üzerinde muhdesat²² meydana getirilmiş ise zilyedin, taşınmazın mülkiyetinde hakkı olmasa bile muhdesatın kendisi tarafından meydana getirildiğinin tespitini talep ve dava etme hakkı bulunmaktadır.²³

20 BUYURGAN- KARABAĞ, Kamulaştırma Davaları 2.baskı, s.1046 Yetkin Yayınları-Ankara 2021 5.HD.2011/2462 E. 2011/6219 K. 07.04.2011

21 HGK. 1993/5-380 E.1993/493 K. 30.06.1993 T.

22 Muhdesat, taşınmaz üzerinde malikten başka birisine ait yapı, bitki, bağ, bahçe gibi şeylerdir.

23 BUYURGAN /KARABAĞ, Kamulaştırma Davaları 2.baskı, s. 1141 Yetkin Yayınları-Ankara 2021

5.6.Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Davalı

(Geç. 6. Md.)

Kamulaştırmasız el atılan taşınmazı davanın açıldığı tarihte hangi idare kullanıyor, faydalıyor ve elinde tutuyorsa dava onun aleyhine açılmalıdır. Taşınmaza kimin el attığı değil, dava tarihinde kimin elinde bulunduğu önemlidir. Yargılama sırasında mahkeme, taşınmaz başında keşif yapacak ve bu konuyu araştıracaktır. Davanın husumet noktasından reddedilmemesi için dava açılmadan önce taşınmazı hangi kurumun kullandığı, bakım ve tamirinden hangi idarenin sorumlu olduğu ciddiyle araştırılmalıdır.⁵²¹⁶ sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7. maddesinde gerek büyükşehir belediyesinin gerekse İlçe Belediyelerinin görevleri tek tek sayılmıştır. Ayrıca belediyelerin internet sitelerinde sorumluluk alanlarını belirleyen bilgiler de bulunmaktadır. Sorumlu idarenin net olarak belirlenemediği durumlarda, keşif yerinde görevlendirilen bilirkişi kurulunun bu durumu kanun, yönetmelik, meclis kararları ve çevre incelemesi suretiyle belirlemesi mümkün olabilir.

Dava devam ederken, davalı gösterilen idarenin dava tarihinde taşınmazdan sorumlu olmadığı, taşınmaza bir başka idarenin tasarruf ettiği ortaya çıkarsa, husumetin bu idareye yöneltmesi icap eder. Her ne kadar hasım değişikliği için karşı tarafın rızası gerekmemekte ise de maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebini hâkim, karşı tarafın rızasına bakmadan kabul edebilir. Bu durumda davacının, mahkemeye sunacağı dahili dava dilekçesi ile gerçek davalıyı davaya dahil etmesi ve talebini bu idareye yöneltmesi gerekir. Bu takdirde ilk davalı dava dışı kalır. Dava dışı kalan ilk davalının, davanın açılmasına sebebiyet vermediği anlaşılırsa lehine yargılama giderlerine hükmedilir. Dava dışı kalan davalı lehine yargılama giderlerine hükmedilmek için davanın sonucunun beklenmesine gerek yoktur. Taraf, hangi anda dava dışı kalmış ise o an esas alınarak yargılama giderlerine hükmedilmelidir.²⁴(6100 Sk. Md.124) Mahkemece nihai kararda takdir edilecek avukatlık ücretleri yargılama giderinden sayılmaktadır. (6100 sk Md. 323/ğ) Husumet sebebiyle dava-

24 Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Huk. 5. Baskı s. 151 Vedat Kitapçılık-İstanbul 2017

nın reddi halinde, davanın değeri ne olursa olsun yanlış hasımın vekili için takdir edilecek avukatlık ücreti Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 7. maddesinde belirtilen maktu miktarı geçemez.^{25,26,27}

5.7. Görevli Ve Yetkili Mahkeme (Geçici Madde 6)

Bedel davası taşınmazın aynı ile ilgili değildir. İdarenin taşınmaza müdahalesi hangi sebeple olursa olsun hukuk dışı, haksız bir eylemdir. Özel kişilerin haksız fiil teşkil eden eylemlerinden hiçbir farkının bulunmadığı, bu nedenle bu tip eylemlerden doğan zararların da özel kişilerin haksız fiilinden doğan zararlarda olduğu gibi adli yargıda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir.²⁸ Kamulaştırmasız el atma sebebiyle açılan bedel davası tazminat talebini içerdiğinden taşınmaz mal üzerindeki aynı hakka ilişkin bulunmayan böyle bir davada, *“Taşınmazın aynına ilişkin davalar, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülür”* (6100 sk.- md.12) kesin yetki kuralı uygulanamaz. Taşınmazın aynı ile ilgili olmayan bedel davalarının taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması şart olmayıp, davalının ikametgâhı asliye hukuk mahkemesinde açılması da mümkündür.²⁹

Ancak Yargıtay 5. Hukuk Dairesi uygulamaları; 2942 sayılı kanunun 37. maddesi karşısında Geçici 6. Madde kapsamında görülen davalarda yetki ve görev konusunun kamu düzeni ile alakalı olduğu, bu davaların taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiğini ve bu hususların resen nazara alınacağı yönündedir.³⁰

25 17. HD. 2015/10196 E. 2016/5185 K. 26.4.2016 T.
HGK . 2013/14-385 E. 2014/100 K. 12-02-2014 T.

26 BUYURGAN /KARABAĞ, Kamulaştırma Davaları 2.baskı, s. 1156 Yetkin Yayınları-Ankara 2021

27 5. HD. 2014/17297 E. 2015/20 K.19.01.2015 T.
5. HD.2013/2561 E.2013/7003 K.11.04.2013 T.
18. HD. 2013/18070 E. 2014/7318 K. 21.04.2014 T.
5. HD. 2012 / 11760 E.2012 / 19481 K. 15.10.2012 T.
5. HD., 2014/21616 E. 2015/3762 K. 26.02.2015 T.
5. HD. 2012/19078 E. 2013/1567 K. 31.1.2013 T.
5. HD. 2013/4763 E. 2013/9876 K. 20.05.2013 T.

28 Anayasa Mahkemesinin 2013/93 E. 2013/101 K. 25.9.2013 T. li kararından.

29 HGK. 2008/5-742 E.2008/740 K. 17.12.2008 T.- HGK. 1984 / 3-356 E. 1984 / 719 K. 20.06.1984 T.

30 BUYURGAN/KARABAĞ, Kamulaştırma Davaları 2.baskı, s. 973 – 1046 Yetkin Yayınları-Ankara2021
Bekir YILDIRIM, Kamulaştırma Davaları 3. baskı, s. 759, Yetkin Yayınları-Ankara2018

5.8. Yargılama Usulü (Geçici Madde 6)

Adli Yargıda uygulanacak yargılama usulleri Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiştir. 6100 sayılı HMK. temel yargılama usulü olarak yazılı muhakeme usulü ve basit muhakeme usulü olmak üzere iki yargılama usulü benimsemiştir.

Basit usul genel olarak, ivedi - daha seri- daha basit - daha kısa sürede yapılabilecek bir inceleme ile sonuçlanabilecek işlerde uygulanan bir usuldür.³¹

HMK. 118-186. maddelerinde yazılı usul, 316-322. maddelerinde basit usul düzenlenmiştir. Genel olarak Asliye Hukuk Mahkemelerinde yazılı usul, Sulh Hukuk Mahkemelerinde basit usul uygulanır. (6100 sk. Mad.316/1-a) Kanun yapıcı, özelliğine -ivediliğine - önemine göre bazı davalarda bu genel kuraldan ayrılarak, uygulanacak yargılama usulünü belirlemek ihtiyacı duymuştur. Nitekim 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun37. maddesi, bu kandan doğan tüm davaların asliye hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulü ile görüleceğini amirdir.

Geçici 6. Madde kapsamında görülen davalar 37. maddenin açık hükmü karşısında taşınmazın bulunduğu yerde görevli asliye hukuk mahkemesinde görülecek ve basit yargılama usulü uygulanacaktır.³²

Yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK.176. maddesinde sulh hukuk mahkemelerinde görülen davalar ile basit usule tabi davaların adli tatile tabi olmadığı belirtilmektedir. Oysa 6100 sayılı yeni HMK. nin103. maddesinde adli tatilde görülemeyecek işler tek tek sayılmış ise de bu listede kamulaştırma davalarına yer verilmemiştir. Ancak 5.Hukuk Dairesi Kamulaştırma Kanunun 10. maddesinde yapılacak iş ve işlemler için belirlenen süreler de göz önünde bulundurulduğunda bedel tespiti ve tescil davalarını, HMK. nun 103. /h bedi uyarınca ivedi görülmesi gereken davalar³³ olarak kabul etmiştir. Bu sebeple söz konusu davaların adli tatil-

31 PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES ,Medeni Usul Hukuku,5. Baskı s.445, Vedat Kitapçılık -İstanbul 2017

32 BUYURGAN/ KARABAĞ, Kamulaştırma Davaları 2.baskı, s.1046 Yetkin Yayınları- Ankara 2021

33 5. HD. 2017/35853 E. 2018/3666 K. 07.03.2018 T.

de görüleceği ve istinaf-temyiz sürelerinin adli tatilde de işleyeceği kabul edilmektedir.³⁴⁻³⁵ Bedel tespiti ve tescil davası dışında kalan ve mahiyeti itibariyle aciliyet göstermeyen, kamulaştırma kanunun diğer maddelerinden doğan davalar ivedi işlerden sayılmaz ve adli tatilde görülemez. (2942 sayılı kanunun 22,23,26,36. maddelerinden doğan davalar gibi)³⁶ Bu açıdan bakıldığında kamulaştırmasız el atma davalarının adli tatilde görülmesi ve sürelerin adli tatilde işlemesi mümkün olmamak gerekir.

5.9. Dava Konusu Taşınmazın Bedelinin Tespiti

(Geç. Mad. 6/6)

09.10.1956 - 04.11.1983 tarihleri arasında kamulaştırmasız el atılan taşınmazların bedelinin belirlenmesinde de 2942 sayılı kanunun 11. maddesi hükümleri uygulanır. Geçici 6. Maddenin, 2. fıkra 1. cümlesinde, *“...fıilen el konulan taşınmazın...idarenin daveti veya malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değeri; bu Kanunun 8. maddesinin ikinci fıkrasına göre teşkil edilen kıymet takdir komisyonu marifetiyle, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri esas alınmak ve bu Kanunun 11.ve 12. maddelerine göre hesaplanmak suretiyle”*belirleneceği açıkça ifade edilmiştir.

Geçici 6. Madde kapsamında görülmekte olan davada taşınmaza değer biçilirken, 8. ve 10. maddede yapılandırılan farklı olarak, taşınmazın dava tarihindeki vasfı değil, el atıldığı tarihteki vasfı dikkate alınacaktır. El atıldığı zaman sadece tahıl yetiştirilebilen bir arazi 1983’den sonra şehir içinde kalmış, arsa haline gelmiş, üzerine kamu binaları inşa edilmiş olabilir. Geçici 6. Maddeye göre, bilirkişi kurulu tarafından, bu taşınmazın el atıldığı zamanki vasfı (tahıl yetiştirilebilen bir arazi) dikkate alınarak dava tarihindeki değeri tespit edilecektir.

İkinci farklı düzenleme de bedelin ödenmesi konusundadır. Olağan kamulaştırmalarda mahkeme, bilirkişi kurulunca tespit

34 BUYURGAN / KARABAĞ, Kamulaştırma Davaları 2.baskı, s. 975 Yetkin Yayınları-Ankara2021

35 5.HD. 2015/22794 E.2016/2789 K. 17.02.2016 T.

36 BUYURGAN / KARABAĞ, Kamulaştırma Davaları 2.baskı, s. 975 Yetkin Yayınları-Ankara2021

edilen bedelin mülk sahibi adına bankaya yatırıldığına dair banka dekontunun dosyaya sunulmasından sonra mal sahibi uhdesinde bulunan tapunun iptaline, idare adına tapuya tesciline karar verir. Oysa Geç. 6. Madde kapsamındaki davalarda mahkeme taşınmazın dava tarihindeki bedelini tespit eder, belirlenen bedeli bankaya yatırtmadan tapuyu iptal ve idare adına tescil kararı verir. Kanun vaazı belirlenen bedelin ödenmesi konusunu mahkemelere bırakmamış özel olarak düzenlemiştir. (Geç.6/8)

Geçici 6. madde kapsamındaki davalarda da tescile veya terkinde ilişkin hüküm kesin olup, bedele ilişkin hükmün istinaf ve temyizi mümkündür. (Geç.6/6)

5.10. Taşınmazın Mahkemece Belirlenen Bedelinin Ödenmesi (Geç.Md.6/8)

Geçmişte vatandaşların rıza ve muvafakati alınmadan taşınmaz mallarına el konulmuş ve üzerine kamuya ait tesisler yapılmıştır.

Kamu yöneticileri bu devasa yükün kamu mali disiplinini bozacağını düşünerek aşağıdaki tedbirleri almışlardır;

1.1961 yılında 221 sayılı kanun çıkarılmış, 09.10.1956 dan önceki el atma olayları kamulaştırma sayılmış ve problemin üstü örtülmüştür.

2.1983 yılında çıkarılan 2942 sayılı kanunun 38. maddesi ile 20 senelik zamanaşımı süresi konulmuş yük hafifletilmeye çalışılmıştır.

3.2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na 2019 yılında eklenen Geçici 14. Madde ile; 04.11.1983 den 12.06.2019 tarihine kadar kamulaştırmaz el konulan (Hukuki-Fiili) taşınmaz bedellerine ilişkin mahkeme kararlarının kesinleşmeden icraya verilemeyeceği hükmü getirilmiştir.

4. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na 2021 yılında eklenen Geçici 16. Madde ile; 04.11.1983 den 19.06.2021 tarihine kadar kamulaştırmaz el konulan (Hukuki -Fiili) taşınmaz bedellerine ilişkin mahkeme kararlarının kesinleşmeden icraya verilmesini önleyen hükümler konulmuştur.

2024 yılı itibariyle bu önlemlerin tamamı Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Geldiğimiz bu noktada kamu yönetiminin sorunu çözmeye niyetlendiğine dair yeterli işaretler de görülmektedir;

2013 yılında yürürlüğe konulan Geçici 6. Madde ile bir dönemin tasfiyesi amaçlanmış ve 8. fıkrasında idarelerin bu borçlar için ödenek temini ve ödeme şartları düzenlenmiştir.

2023 yılında eklenen Geçici 19. Madde ile; 04/11/1983 -28/07/2021 tarihleri arasında kamulaştırmasız el konulan (Huku-ki -Fiili) taşınmaz bedellerinin ödeme şartları ve ödenek teminine dair düzenleme yapılmıştır.

Kamunun bu borçları ödeme niyetinin bir başka işareti de 2942 sayılı kanuna 26.11.2022 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 7421 sayılı kanunun 5. maddesi ile eklenen Ek Madde 4' tür.

Görüldüğü üzere, gelinen noktada kamu idarelerinin geçmişte kamulaştırma yapılmadan el attığı ve kamuya tahsis ettiği özel mülklerin, mahkemelerce belirlenecek karşılıklarının ödenmesi için yasal tedbirler alınmıştır. Gerek Geçici 6. Maddede gerekse Geçici 19. Maddede belirtilen esaslara göre sağlanan ödeneklerle mahkeme kararına bağlanan ve kesinleşen borçların ödenmesi yasal güvenceye bağlanmıştır.³⁷

5.11. Harçlar ve Avukatlık Ücretleri (Geç. Md. 6/7.)

Geçici 6. Maddeye dayanılarak açılacak dava ve icra takiplerinde miktar ne olursa olsun alınacak dava ve icra harçları maktu olarak hesaplanacak, takdir edilecek vekâlet ücretleri de karar tarihinde yürürlükte olan baro tarifesine göre miktara bakılmaksızın maktu olarak belirlenecektir. Davalar karara bağlandığında da harçtan muaf olmayan idarelere yükletilecek harçlar yine maktu olarak tespit edilecektir. (Geç. Md. 6/7 – Ek Mad.4)

³⁷ Kesinleşmiş mahkeme kararına bağlanan borçların ödenmesi şartları “ kamulaştırmasız el atma tazminatına ilişkin kararların infazı” bahsinde açıklanmıştır.

5.12. Davası Zamanaşımı Sebebiyle Reddedilenlere Yeni Dava Hakkı Verilmiştir (Geç. Mad. 6/9)

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunun 38. maddesinde, kamu-laştırmasız el atılan taşınmaza ilişkin *her türlü dava hakkının el atma tarihinden itibaren 20 yıl geçmekle düşeceği* hükmü yer almakta idi. Bu hüküm yürürlükte olduğu sürece, taşınmaz malik veya zilyetlerinin açtığı bedel davaları, el atma tarihi ile dava tarihi arasında 20 yıl geçmiş ise dava hakkı düşmüş olduğundan redde-dilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu hükmü, 2002/112 E. 2003/33 K. sayılı ve 10.04.2003 tarihli kararı ile iptal etmiş ve bu karar 04.11.2003 tarihli resmi gazetede yayımlanmıştır. 04.11.2003 den itibaren 09/10/1956 - 04/11/1983 tarihleri arasında fiilen el atılan taşın-mazların bedeli için açılan davaların önünde bir engel kalmamış-tır.

38. maddenin yürürlüğe girdiği 04.11.1983 ile Anayasa Mahke-mesini iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe gir-diği 04.11.2003 tarihleri arasında açılan ve zamanaşımı sebebiyle davası reddedilen mal sahipleri ile davasını iptal kararından sonra açan ve Geçici 6. Madde çerçevesinde davayı kazanan mal sahipleri arasında aşırı bir haksızlık doğmuştur.

Bu haksızlığı telafi etmek, mağduriyetleri önlemek için hakkani-yete uygun bir çözüm bulunmuş, 38. madde yürürlükte iken davası zamanaşımı sebebiyle reddedilenlere yeni bir dava hakkı tanınmış-tır. Bu durumda olan mal sahipleri yeniden dava açıp taşınmazla-rın bedellerini talep edebileceklerdir.

5.13. Geç. 6. Madde Kapsamında Kazanılan Alacağın Tahsili İçin Davalı İdarelerin Malları Haczedilemez. (Geç.Mad. 6/11)

Geçmişte ne kadar taşınmaza el atıldığı, ne kadar dava açıla-cağı ve bunlar neticesinde hükmedilebilecek tazminat miktarının bilinmemesi, hükmedilecek meblâğların hemen ödenmesi hâlin-de, idarelerin kaldıramayacakları bir yükün altına girebilecekleri, tazminat ödemeleri sebebiyle idarelerin mali müzayakaya düşme ihtimalinin bulunması, bu takdirde kamu hizmetlerinin aksayaca-

ğı,³⁸ esasen ilama bağlanmış el atma tazminatlarının ödenebilmesi için gerekli yasal düzenlemelerin yapılmış bulunması sebebiyle Geçici 6. Maddeye 11. fıkra eklenerek bu madde uyarınca ödenecek olan bedelin tahsili için idarenin mal hak ve alacaklarının haczedilemeyeceği hükme bağlanmıştır.³⁹

5.14. Geçici 6. Madde Kapsamında Açılan Davalarda Zamanaşımı

2942 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde 38. Madde, kamulaştırmasız el atılan taşınmaza ilişkin her türlü dava hakkının el atma tarihinden itibaren 20 yıl geçmekle düşeceği hükmünü ihtiva ediyordu.

Anayasa Mahkemesi bu maddeyi “...Ayrıca, hukukun evrensel ilkelerine saygı duymak hukuk devleti olmanın gereğidir. Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının “zamanötesi” niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır. Bu nedenle, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu tarafından bir taşınmazın malik, zilyed veya mirasçılara tanınmış olan hakların, hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılmaması, o kimselerin taşınmazla aralarındaki ilişkiyi fiilen kestiğini göstermiş olsa bile, o taşınmazla aralarındaki hukuksal ilişkinin sona erdiği anlamına gelmez. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir...” gerekçesi ile iptal etmiştir.⁴⁰

38.maddenin iptalinden sonra mevzuatımızda Geçici 6. Madde kapsamında açılacak davaları engelleyen bir hüküm kalmamıştır.⁴¹Bugün itibarıyla Geçici 6. Madde kapsamında kalan taşınmazlar için zaman sınırlaması olmaksızın istenildiği zaman açılabilir.

38 Geçici 6. Madde gerekçesinden.

39 Konu “kamulaştırmasız el atma tazminatına ilişkin kararların infazı” bahsinde incelenmiştir.

40 RG.04.11.2003 T. – Any. Mh. 2002/112 E. 2003/33 K. 10.04.2013 T.

41 Yargıtay İç. Bir. Gnl. Krl. 1954/1 E. 1956/7 K. 16.05.1956 T.

6. 09.10.1956'dan Önce 04.11.1983'ten Sonra Gerçekleşen Kamulaştırmasız El Atmalar

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 16.05.1956 Tarih ve 1956/1-6 sayılı kararında “ *istimlâk edilmeksizin gayrimenkulü yola dönüştürülen şahsın, gayrimenkulünü yola dönüştüren amme hükmi şahsiyeti aleyhine menî müdahale davası açmağa hakkı olduğuna, ancak dilerse bu fiili duruma razı olarak, mülkiyet hakkının amme hükmi şahsiyetine devrine karşılık gayrimenkulünün bedelinin tahsilini de dava edebileceğine*” hükmedilmiştir.

İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. (2797 Sk. Md. 45)

Kamulaştırmasız el atılan taşınmazın maliki söz konusu karara göre seçimlik iki hakka sahip olmaktadır. İsterse idarenin haksız müdahalesinin men'i için dava açabilir. Dilerse el atılan kısmın mülkiyetini İdareye bırakarak bedelinin ödenmesini dava edebilir.

Uygulanacak hükümler el atma tarihine göre değiştiğinden bu tür davalarda öncelikle taşınmaza hangi tarihte el atıldığının doğru olarak tespiti gerekir.

Bu zorunluluk da 2942 sayılı kanuna Geçici 6. Maddesinin eklenmiş olmasından ileri gelmektedir. Kanun koyucu, geçmişte yaşanmış bir dönemde (09.10.1956-04.11.1983) devletin yaptığı bedelsiz el koymalar sebebiyle doğan haksızlıkları telafi etmek için daha uzlaşmacı ve olağan dışı bir uygulama öngörmüştür.

09.10.1956 dan önce kamulaştırmasız el atılan taşınmazlar için dava açılmasını önleyen 221 sayılı kanun Anayasa Mahkemesi tarafından 2021/19 E. 2022/46 K. 21.04.2022 tarihli kararla iptal edildikten sonra Cumhuriyet dönemi kamulaştırmasız el atma olaylarını taşınmaza el atılan tarih itibariyle iki başlık altında incelemek yerinde olacaktır;

Birincisi, Geçici 6. Madde ile düzenlenen, 09.10.1956 - 04.11.1983 tarihleri arasında gerçekleşen kamulaştırmasız el atmalar,

İkincisi, 09.10.1956 tarihinden önce ve 04.11.1983 den sonra gerçekleşen kamulaştırmasız el atmalar.

Davalı idarenin taşınmaza 09.10.1956 - 04.11.1983 tarihleri arasında el attığı tespit edilirse dava, Geçici 6. Madde hükümleri, 09.10.1956 tarihinden önce veya 04.11.1983 tarihinden sonra kamulaştırmasız olarak el atıldığı belirlenirse aşağıda açıklayacağımız esaslar dairesinde görülecektir.

6.1.Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Davacı

(09.10.1956 den Önce, 04.11.1983 ten Sonra Gerçekleşen)

Doğal olarak taşınmaz tapu sicilinde kimin adına kayıtlı ise el atma davasını da tapu maliki açabilir. Tapu maliki ölmüş ise vaset ilamı ile tespit edilen mirasçılar hep birlikte veya her bir mirasçı kendi payı için ayrı ayrı dava açabilirler. Bunda bir tereddüt yoktur. El atılan taşınmaz tapusuz ise açılan davada mahkemenin vereceği önel üzerine davacı, yetkili ve görevli mahkemeye başvurarak taşınmazın zilyedi olduğunu ve mülkiyet hakkını kazandığını kesinleşmiş mahkeme kararı ile ispatlaması halinde el atma davasına devam olunmalıdır.⁴²

Başkası adına tapulu taşınmaz üzerinde muhdesat⁴³ meydana getirilmiş ise zilyedin, taşınmazın mülkiyetinde hakkı olmasa bile muhdesatın kendisi tarafından meydana getirildiğinin tespitini talep ve dava etme hakkı bulunmaktadır.⁴⁴

6.2.Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Davalı

(09.10.1956 den önce, 04.11.1983 den sonra gerçekleşen)

Kamulaştırmasız el atılan taşınmazı davanın açıldığı tarihte hangi idare kullanıyor, faydalıyor ve elinde tutuyorsa dava onun aleyhine açılmalıdır. Taşınmaza kimin el attığı değil, dava tarihinde kimin elinde bulunduğu önemlidir. Davanın husumet noktasından reddedilmemesi için dava açılmadan önce taşınmazı hangi kuru-

42 HGK. 1993/5-380 E.1993/493 K. 30.06.1993 T.

43 Muhdesat, taşınmaz üzerinde malikten başka birisine ait yapı, bitki, bağ, bahçe gibi şeylerdir.

44 BUYURGAN /KARABAĞ, Kamulaştırma Davaları 2.baskı, s. 1141 Yetkin Yayınları-Ankara 2021

mun kullandığı, bakım ve tamirinden hangi idarenin sorumlu olduğu ciddiyle araştırılmalıdır. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7. maddesinde gerek büyükşehir belediyesinin gerekse İlçe Belediyelerinin görevleri tek tek sayılmıştır. Ayrıca belediyelerin internet sitelerinde sorumluluk alanlarını belirleyen bilgiler de bulunmaktadır. Taşınmazın hangi idarenin sorumluluk alanında kaldığının net olarak belirlenememesi halinde, keşif yerinde görevlendirilen bilirkişi kurulunun bu durumu kanun, yönetmelik, meclis kararları ve çevre incelemesi suretiyle belirlemesi mümkün olabilir.

Dava devam ederken gösterilen davalının dava tarihi itibarıyla gerçek sorumlu ve hasım olmadığı, bir başka idarenin davalı olması gerektiği sonucuna varılırsa, husumetin bu idareye yöneltmesi icabeder. Her ne kadar hasım değişikliği için karşı tarafın rızası gerekmekte ise de maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebini hâkim, karşı tarafın rızasına bakmadan kabul edebilmektedir. Bu durumda davacının, mahkemeye sunacağı dahili dava dilekçesi ile gerçek sorumluyu davaya dahil etmesi ve talebini bu idareye yöneltmesi gerekir. Bu takdirde ilk davalı dava dışı kalır. Dava dışı kalan ilk davalının, davanın açılmasına sebebiyet vermediği anlaşılırsa lehine yargılama giderlerine hükmedilir. Dava dışı kalan davalı lehine yargılama giderlerine hükmedilmek için davanın sonucunun beklenmesine gerek yoktur. Taraf, hangi anda dava dışı kalmış ise o an esas alınarak yargılama giderlerine hükmedilmelidir.⁴⁵⁻⁴⁶⁻⁴⁷(6100 sayılı HMK. Md. 124

45 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı s. 151 Vedat Kitapçılık-İstanbul 2017

46 BUYURGAN /KARABAĞ, Kamulaştırma Davaları 2.baskı, s. 1156 Yetkin Yayınları-Ankara 2021

47 5. HD. 2014/17297 E. 2015/20 K.19.01.2015 T.
5. HD.2013/2561 E.2013/7003 K.11.04.2013 T.
18. HD. 2013/18070 E. 2014/7318 K. 21.04.2014 T.
5. HD. 2012 / 11760 E.2012 / 19481 K. 15.10.2012 T.
5. HD., 2014/21616 E. 2015/3762 K. 26.02.2015 T.
5. HD. 2012/19078 E. 2013/1567 K. 31.1.2013 T.
5. HD. 2013/4763 E. 2013/9876 K. 20.05.2013 T.)

7. Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Görevli Mahkeme

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunun 37. maddesi “*Bu Kanundan doğan tüm anlaşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi gerekenleri, taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulü ile görülür.*” Hükmünü amir-dir. Kamulaştıran idare 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’na göre işlem yapmış ve bu işleminden ihtilaf doğmuş ise bu anlaşmazlıkların mahalli asliye hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulüne göre rüyeti gerekir.

Oysa Kamulaştırmasız el atma olaylarında kamu kurumu, Kamulaştırma Kanunu’na uygun hareket etmeden, kişinin malını elinden zorla alarak kanunsuz bir iş yapmıştır. Bu bakımdan dava, mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır.⁴⁸ Konumuz olan kamulaştırmasız el atma davaları 2942 sayılı kanundan değil, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun, 16.05.1956 tarih ve 1956/1-6 sayılı kararından doğmaktadır.⁴⁹ Bu sebeple işbu davalar Yargıtay’ın muhtelif kararlarında da belirtildiği gibi genel hükümlere tabidir. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri kanununun 2. maddesiyle “*Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, ..görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.*” Hükmü yer aldığından 01.10.2011 tarihinden itibaren açılan davalar değerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir.

8. KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA DAVALARINDA YETKİLİ MAHKEME

Taşınmaza kamulaştırmasız el atan idare aleyhine men’i müdahale davası açılabilceği gibi sadece bedelinin tahsili için de dava açılabilir. Bu sebeple yetki konusunun iki başlık altında incelenmesi uygun görülmüştür;

⁴⁸ HGK.2012/5-1826 E. 2013/1298 K.11.09.2013 T.

⁴⁹ Zeki AKAR, Kamulaştırma Davaları, s. 942. -Ankara, 2000.

8.1. Müdahalenin Men'i Davalarında Yetkili Mahkeme

Kamulaştırmasız el atılan taşınmazın maliki, el atan idare aleyhine men'i müdahale davası açmak isterse, 6100 sayılı HMK'nın 12. maddesi gereğince, taşınmazın bağlı bulunduğu ilçe asliye hukuk mahkemesinde davasını açmalıdır. Esasen taşınmazın aynı ile ilgili davaların taşınmazın bulunduğu yerde görev yapan asliye hukuk mahkemesinde açılması ve görülmesi genel ve kesin yetki kuralıdır. Kesin yetki kuralı kamu düzeni ile ilgili olup mahkemelerce re'sen nazara alınır. Yetkisiz mahkemede açılan taşınmazın aynı ile ilgili davalar taraflar itiraz etmeseler dahi mahkemece yetkisizlik sebebiyle reddedilir.

8.2. Bedel Davalarında Yetkili Mahkeme

El atılan taşınmazın maliki, meni müdahale davası açmak yerine malının bedelini talep etmek hakkına da sahiptir. Bedel davası taşınmazın aynı ile ilgili değildir. İdarenin taşınmaza müdahalesi hangi sebeple olursa olsun hukuk dışı, haksız bir eylemdir. Özel kişilerin haksız fiil teşkil eden eylemlerinden hiçbir farkının bulunmadığı, bu nedenle bu tip eylemlerden doğan zararların da özel kişilerin haksız fiilinden doğan zararlarda olduğu gibi adli yargıda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁰ Kamulaştırmasız el atma karşılığının dava edilmesi tazminat talebini içerdiğinden taşınmaz mal üzerindeki aynı hakka ilişkin bulunmayan böyle bir davada, *"Taşınmazın aynına ilişkin davalar, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülür"*(6100 sk.md. 12) kesin yetki kuralı uygulanamaz. Taşınmazın aynı ile ilgili olmayan bedel davalarının taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması şart olmayıp, davalının ikametgâhı asliye hukuk mahkemesinde açılması da mümkündür.⁵¹

Ancak, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi uygulamaları, kamulaştırmasız el atma sebebiyle açılan bedel davaların da 2942 sayılı kanun 37. 6100 sayılı HMK'nın 12. maddeleri uyarınca taşınmazın bulun-

50 Anayasa Mahkemesinin 2013/93 E. 2013/101 K. 25.9.2013 T. li kararından.

51 HGK. 2008/5-742 E.2008/740 K. 17.12.2008 T.- HGK. 1984 / 3-356 E. 1984 / 719 K. 20.06.1984 T.

duğu yer asliye hukuk mahkemesinin kesin yetkili olduğu yönündedir.⁵²

9. Kamulaştırmasız (Fiili) el atma Davalarında Yargılama Usulü

“Bu Kanundan doğan tüm anlaşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi gerekenleri, taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulü ile görülür.”(2942 sk. Md.37) Görülmekte olan davanın 2942 sayılı kanunda düzenlenen davalardan olduğu açık ve net ise tereddütsüz basit usul uygulanmalıdır. Görülmekte olan dava 2942 sayılı kanunda düzenlenen dava türlerinden değilse yazılı usule göre bakılması gerekir.

09.10.1956 – 04.11.1983 tarihleri arasında fiilen el konulan taşınmazların hukuki durumu 2942 sayılı Kanun Geçici 6. Madde ile düzenlenmiştir. Bu iki tarih arasında gerçekleşen kamulaştırmasız el atmalar 2942 sayılı kanundan doğduğu için 37. madde gereğince asliye hukuk mahkemesinde ve basit usulle görülecektir. Bu sebeple dava konusu taşınmaza hangi tarihte el atıldığının net olarak belirlenmesi lazımdır.

Taşınmaza 09.10.1956 dan önce veya 04.11.1983’ten sonra fiilen el atıldığı iddiası ile açılan davalar Kamulaştırma Kanunu’nda düzenlenen davalardan olmadığından bir başka deyişle 37. madde kapsamında kalmadığından basit usulle görülemez.

İdare tarafından açılan bedel tespiti ve tescil davaları, (2942 s.k. 10. Mad.) ile kamulaştırmasız el atma davaları ayrı yargılama usullerine tabi olduğundan, birleştirilerek görülemez.⁵³ Önce, İdare tarafından açılan bedel tespiti ve tescil davası karara bağlanmalı, kesinleştikten sonra bekletilmekte olan kamulaştırmasız el atma davası hakkında bir karar verilmelidir.⁵⁴

52 BUYURGAN/ KARABAĞ, Kamulaştırma Davaları 2.baskı, s. 1146 Yetkin Yayınları-Ankara2021

Bekir YILDIRIM, Kamulaştırma Davaları 3. baskı, s. 887, Yetkin Yayınları-Ankara2018

53 5. HD. 2011/7274 E.2011/14958 K. 27.09.2011 T.

54 5. HD. 2008/10735 E. 2008/15070 K. 24.11.2008 T.

10. Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Faiz Konusu

Kamulaştırmasız el atmanın hukuki mahiyeti itibariyle bir haksız fiil olması, bundan doğan borçların tazmini nitelik arz etmesi sebebiyle uygulanacak faizin 3095 sayılı yasa da belirlenen yasal faiz olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay istikrarlı şekilde kamulaştırmasız el atma davalarında kanuni faiz uygulanmasını uygun görmüştür.

Kamulaştırmasız el atma davalarında taşınmazın bedeli dava tarihi itibariyle belirleneceğinden(2942 sk. Md. 15/son) faize el atma tarihinden değil dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir.

Kamulaştıran İdare icraya verilmek gerekirse takip talebinde açıkça “mahkemece hükmedilen taşınmaz bedeline kararın kesinleşme tarihine kadar kanuni faiz, kesinleşme tarihinden ödeme tarihine kadar da kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz” talep edilmelidir.⁵⁵

01.01.2013 tarihinden bu yana yasal (kanuni) faiz 3095 sayılı kanunun 1. maddesi uyarınca yıllık %9 olarak uygulanmakta iken, Resmi Gazetenin 21.05.2024 tarihli nüshasında yayımlanan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile 01.06.2024 tarihinden itibaren % 24 olarak uygulanacaktır. Kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı ise 6183 sayılı yasa’nın 51. maddesi uyarınca 21.05.2024 tarihinden itibaren aylık %4,5 yıllık % 54 olarak uygulanmaktadır

Hukuk davalarında mahkemeler taleple bağlı olduklarından dava dilekçesinde faiz talep edilmemiş ise mahkeme kararında faiz hakkında hüküm kurulmayacaktır. Davada faiz talep edilmesi unutulmuş ise, faize ilişkin yeni bir dava açılıp, asıl dava ile birleştirilerek birlikte görülmesi gerekir. Faiz talep edilmeden açılan asıl dava faizsiz olarak sonuçlanmış ise hükmedilen bedelin idareden tahsili sırasında “faiz talep hakkım saklıdır” şerhi ile alınmalı ve daha sonra faize ilişkin dava açılmalıdır.

Bir çok davada olduğu gibi kamulaştırmasız el atma davalarında da kısmi dava açılmasına mani bir hüküm yoktur. Fazlaya mahsus talep saklı tutularak, düşük bir bedel üzerinden kısmi dava açılıp,

55 12. HD., 2012/4504 E. 2012/14546 K. 30.04.2012 T.

bedel kesin olarak belirlendiğinde ıslah yolu ile müddeabihin arttırılması mümkündür. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi dava dilekçesinde istenen ile ıslahen arttırılan meblağın tamamı için dava tarihinden karar tarihine kadar kanuni faiz uygulamaktadır.⁵⁶⁻⁵⁷

11. Fiili El Atma Davalarında Vekâlet Ücreti Ve Harçlar

Hukuk davalarında taraflar davalarını avukat marifetiyle takip etmişlerse mahkeme davayı kazanan taraf lehine karar tarihindeki baro tarifesine göre avukatlık ücretine hükmeder. Avukatlık ücreti yargılama giderleri kapsamındadır. Davada iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, mahkeme, yargılama giderlerini tarafların haklılık oranına göre paylaşır. Yargılama giderlerine ve bu giderler kapsamında olan avukatlık ücretine talep olmasa dahi resen hükmedilir. (HMK. 332)

Gerek müdahalenin men'i, gerekse kamulaştırmasız el atılan taşınmazın bedelinin tahsili davalarında hak kazanan taraf lehine geçici 6. madde 13. fıkrasının gönderme yaptığı 7. fıkrasına göre, mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekâlet ücretleri maktu olarak belirlenmekteydi. Ancak geçici 6. maddenin 13. fıkrası Anayasa Mahkemesince⁵⁸ iptal edildikten sonraki Yargıtay uygulamasına göre, 04.11.1983 tarihinden sonraki zamanlarda vuku bulan kamulaştırmasız el atmalarda nispi harç ve nispi vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir.⁵⁹

Önemle ifade edelim ki Geçici 6. madde ile düzenlenen 09.10.1956 – 04.11.1983 tarihleri arasındaki el atmalardan doğan davalarda vekâlet ücreti ve harçların maktu olarak belirlenmesi konusunda fikir birliği vardır.⁶⁰ (Geçici 6/7. Md.)

Anayasa Mahkemesi 28.07.2022 tarihinde verdiği Kübra YILDIZ ve diğerleri bireysel başvurusunda fiili el atma davasında mülk

56 5.HD. 2020/ 4695 E. 2021 / 861 K. 03.02.2021 T. - 12. HD. 2012/4504 E. 2012/14546 K. 30.04.2012

57 Danıştay 6. Daire 2021/460 E. 2021/489 K. 26.01.2021 T.

58 Anayasa Mahkemesi 2013/95 E. 2014/176 K. 13.11.2014 T.RG. 13.03.2015

59 18. HD., 2015/2035 E. 2015/11589 K. 30.06.2015 T.

5. HD., 2014/21948 E. 2015/6627 K. 01.04.2015 T.

60 18. HD., 2015/11244 E.2015/12411 K. 10.09.2015 T.

sahibi aleyhine, idare lehine vekâlet ücreti ve yargılama giderine hükmedilmesini Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. Artık bundan sonra mahkemelerce kabul edilen el atma davalarında, kısmi kabul mevzu bahis olsa bile idare lehine, mülk sahibi aleyhine vekâlet ücreti ve yargılama giderine hükmedilmeyecektir⁶¹

12. Müdahalenin Men'i ve Eski Hale Getirme Davalarının Birlikte Açılması

Kamulaştırmasız el atılan taşınmaza vaki olan müdahalenin önlenmesi ve eski hale getirme talebi birlikte dava edildiğinde, arazi niteliğindeki taşınmaz bedeli; oluşturulacak bilirkişi kurulunca gelir metodu esas alınarak belirlenmeli, ayrıca taşınmazın eski hale getirme bedeli de tespit edildikten sonra; el konulan bölüm bedeli, eski hale getirme bedelinden fazla ise müdahalenin önlenmesiyle birlikte taşınmazın eski hale getirilmesi için gerekli tazminatın ödenmesine, eski hale getirme masrafları zemin bedelinden fazla ise bu durumda el konulan zemin bedelinin davalı idareden tahsili ve el konulan bölümün davacı üzerindeki tapusunun iptali ile davalı idare adına tesciline veya mahiyetine göre terkinine karar verilmelidir.⁶²

13. Kamulaştırmasız El Atılan Taşınmaz Bedelinin Belirlenmesi

Kamulaştırmasız el atma davalarında, değer biçme esaslarını düzenleyen herhangi bir yasal düzenleme yoktur. Ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre kamulaştırmasız el atma davalarında da Kamulaştırma Kanununun değer tespitine ilişkin hükümleri kıyasen uygulanmaktadır.

Kamulaştırma bedelinin tespiti esaslarını düzenleyen 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinde; taşınmazın cins ve nevinin, yüzölçümünün, kıymetini etkileyebilecek bütün nitelik ve unsurların, her unsurun ayrı ayrı değerinin, kamulaştırma tarihindeki resmi makamlarca yapılmış kıymet takdirlerinin ve özellikle

61 Anayasa Mah.2018/32734 sayılı başvuru. RG. 04/10/2022

62 5. HD., 2012/22663 E. 2013/201 K. 15.01.2013 T.

yapılarda resmi birim fiyatları ve yapı maliyet hesaplarının ve yıpranma payının, ayrıca bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçülerin esas alınarak bedel takdiri gerektiği öngörülmüştür. Söz konusu 11. maddede, kamulaştırılan taşınmazın bedeli belirlenirken taşınmazın değerini etkileyen tüm unsurların dikkate alınması ilkesi getirilmiştir.⁶³

Taşınmazın niteliğine göre 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasının 11. ve 12. maddelerinde öngörülen usullere göre üç kişilik bilirkişi kurulunca, arsalara emsal satışların karşılaştırılması, arazilere net gelir metoduna göre dava tarihi itibarıyla değer biçilir.⁶⁴

14. Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Zamanaşımı

Malikin eşya üzerinde mutlak, sınırsız ve tekелci bir hâkimiyet hakkı vardır. Mülkiyet hakkı kişiye bağlı, dokunulmaz, vazgeçilmez, zamanaşımına uğramaz, kutsal bir haktır. Çünkü mülkiyet hakkı özgürlük, güvenlik gibi kişinin doğal haklarından biridir. Mülkiyet de özgürlük gibi herkese ve devlete karşı ileri sürülebilecek bir haktır. Bireyin hak ve özgürlüklerinin sınırı, diğer bireylerin hak ve özgürlüklerinin sınırındır. Bunun için de birey hak ve özgürlüklerini dilediği gibi kullanabilir, birey bu haklara doğal olarak sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu için devlet de bunlara saygılı olmak zorundadır. Bu nedenle mülkiyet hakkına dışarıdan hiçbir müdahale yapılamaz. Aksine mademki mülkiyet hakkı malike mutlak ve tekелci bir kullanma, yararlanma ve tasarruf hakkı vermektedir, o halde malik dilerse malını kullanmama, yararlanmama ve tasarruf etmeme yetkilerine de sahiptir.⁶⁵ Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının “zamanötesi” niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramama özelliğidir. Mülkiyet hakkından doğan gerek men’imüdahale davalarında gerekse bedel davalarında zaman aşımı söz konusu olamaz. Her iki dava türü de her zaman açılabilir.

63 HGK. 2015/18-2165 E. 2016/804 K. 15.06.2016 T.
18. HD. 2013/18361 E. 2014/4013 K. 06.03.2014 T.

64 Bkz. Kamulaştırma Kanunu şerhi, Mehmet Ali GÖLCÜKLÜ 5. Baskı s. 245. Ankara 2022

65 HGK. 2010/ 5-662 E. 2010 / 651K. 15.12.2010 T.

15. Mahkeme Kararlarına Karşı Başvurulacak Kanun Yolları

15.1. İstinaf Kanun Yolu

Adalet dağıtımında hata yapmamak, verilen kararların hukuka ve olaylara uygunluğunu denetlemek, yurt sathında uygulama birliğini sağlamak amacı ilk derece mahkemelerinden verilen kararların bir üst mahkeme tarafından tekrar incelenmesi bütün hukuk sistemlerinde uygulanan bir yöntemdir. İlk derece mahkemesi kararlarının denetimi için bazı hukuk sistemleri ikili, (İlk derece mahkemesi - Yargıtay) bazı hukuk sistemleri üçlü (İlk derece mahkemesi – İstinaf – Yargıtay) mekanizmalar geliştirmiş ve uygulamışlardır. Ülkemizde 1927 yılından 2011 yılına kadar uygulanan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda sadece temyiz kanun yoluna yer verilmiş olmakla yargıda ikili sistem uygulanmıştır. İstinaf kanun yolu yargı sistemimize 5235 sayılı Kanunla girmiştir. Ancak Bölge Adliye mahkemelerinin kuruluşu ve faaliyete geçmesi geciktiği için ülkemizde üçlü denetim sisteminin fiilen hayata geçirilmesi 20.07.2016 tarihinde mümkün olabilmıştır. Bir başka tabirle bölge adliye mahkemelerinin ülkemizde 20.07.2016 dan itibaren göreve başlamalarıyla üçlü sistem uygulanmaya başlanmıştır.

Bölge adliye (İstinaf) mahkemeleri “*Adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamak*” görevini yerine getirmek üzere kurulmuştur. (5235 sk.33. Md.)

İlk derece mahkemesinden verilen bir kararın hatalı olduğunu düşünen taraf, kararın kendisine tebliğ edildiği günden itibaren iki hafta içinde (HMK. 345) kararı veren mahkemeye, dışarıda bulunuyorsa bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine dilekçe ile başvurup gerekli harçları yatırdığında kararın yetkili bölge adliye mahkemesinde yeniden incelenmesini sağlayabilir.

İki haftalık istinaf süresi⁶⁶ geçirildikten sonra istinaf yoluna gidilirse, kararı veren mahkeme sürenin geçirildiği gerekçesi ile talebin reddine karar verir. İstinaf yoluna başvurmakta ısrarlı olan taraf

66 Süre, hafta olarak belirlenmişse başladığı güne son hafta içindeki karşılık gelen günün tatil saatinde biter. HMK. 92.

mahkemenin red kararının kendisine tebliğ edildiği günden itibaren bir hafta içinde bu ret kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Mahkeme bu takdirde dosyayı istinaf mahkemesine göndermek zorundadır..(HMK. 346)

İstinaf dilekçesi verilirken gerekli harçlar ve tebliğ giderlerinin hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde eksik harç ve masrafların tamamlanması, aksi halde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana tebliğ edilir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, istinaf başvurusunun reddine karar verilir. Bu ret kararının tebliğinden itibaren bir hafta içinde istinaf yoluna başvurulması mümkündür. (346)

İstinaf dilekçesinin bir sureti davanın karşı tarafına tebliğ edilir. İstinaf dilekçesini alan taraf, dilekçenin tebliği tarihinden itibaren iki hafta içinde başvurma hakkı bulunmasa veya başvuru süresini geçirmiş olsa bile, vereceği cevap dilekçesi ile verilen kararı katılma yolu ile istinaf edebilir. (6100/348).

İlk derece mahkemelerinden verilen, değer ve miktarı her yıl başında yeniden belirlenen ve o yıl geçerli olan miktarı aşan nihai kararlar istinaf edilebilir.(HMK. 341)⁶⁷

İstinafa başvuranın istinaf sebebi ve gerekçesini açıkça belirtmesi lazımdır. Kamu düzenine ilişkin istisna dışında, istinaf incelemesi, sadece belirtilen istinaf sebepleri ile sınırlı olarak yapılır. (6100/355)

Bölge adliye mahkemesinde 353. ve 356. maddeler çerçevesinde duruşma yapılır.

İlk derece mahkemesinde ileri sürülmemiş deliller, istinafta da ileri sürülemez. İlk derece mahkemesinde usulüne uygun olarak gösterildiği halde incelemeden reddedilen delillere istinafta dayanılabilir. Mücbir sebeple daha önce gösterilmesine olanak bulunmayan delillere istinafta dayanılabilir.

⁶⁷ 2024 yılı istinaf parasal sınırı 28.250.- Tl.dir.

İstinaf mahkemesi kararları onama veya bozma şeklinde olmaz. Bölge Adliye Mahkemesi incelediğin dava hakkında yeniden yargılama yapıp karar verebilir. İstinaf mahkemesi, bir hata veya eksiklik olmadığı müddetçe, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitleri ve dava malzemesi ile bağlıdır.⁶⁸

15.2. Temyiz Kanun Yolu

Bölge Adliye Mahkemelerinden verilen kararlara karşı başvurulacak kanun yolu ise temyiz kanun yoludur. HMK. 361 ve devamındaki maddelerde düzenlenen temyiz şartlarını şöyle sıralamak mümkündür;

- * Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen bir kararın tebliğ edilmiş olması,
- * Tebliğ edilen kararın temyizi kabil nihai bir karar özelliğini taşıması, (HMK. 362)
- * Değer ve miktarı o yıl için belirlenen parasal sınırı geçmiş olması.⁶⁹
- * Kararın tebliğ edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulması.

Temyiz edilen bölge adliye mahkemesi dosyası, incelenmek üzere Yargıtay ilgili dairesine gönderilir. 1086 sayılı HUMK.da yer alan tashihi karar (karar düzeltme) yoluna 6100 sayılı yeni HMK. de yer verilmediğinden, Yargıtay incelemesi son kanun yolu olmaktadır. Bu itibarla, bölge adliye mahkemesi kararları, Yargıtay ilgili dairesi tarafından onandığı anda kesinlik kazanmaktadır.

Yargıtay, tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir. (6100 sk. Md. 369) Dava hakkında yeni bir karar veremez. Önüne gelen kararı bozar veya onar. (Tasdik eder). Yeniden yargılama yapılmasını gerektirmeyecek hatalı durumların tespiti halinde bu hatayı düzelterek kararı onayabilir. Bu işlemlere tashihen onama denilmektedir. Bu görevi itibarıyla Yargıtay denetiminin

68 Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES, Hukuk yargılamasında Yeni Kanun Yolu Sistemi

69 2024 yılı temyiz parasal sınırı 378.290 TL.dir.

ülke çapında içtihat birliğini sağlamayı amaçladığı söylenebilir.

Yargıtay İncelemeleri genel olarak dosya üzerinden yapılır. Ancak taraflardan birisi tarafından talep edilmesi veya Yargıtay'ca gerekli görülmesi halinde inceleme duruşmalı olarak da yapılabilir. Hangi davalarda duruşma yapılacağı 6100 sayılı HMK. 369. maddesinde belirtilmiştir. Her ne kadar maddede “*Değer ve miktarı 60.000.- TL. ve altındaki davalarda duruşma yapılamaz.*” hükmü yer almakta ise de, 24/11/2016 tarihinde, 6100 sayılı kanuna 6763 sk. 44. maddesi ile eklenen ek madde 1 hükmüne göre bu rakamlar her yıl yeniden değerlendirme oranı kadar arttırılacağından duruşma talep ederken karar tarihinde⁷⁰ geçerli olan parasal sınırın dikkate alınması lazımdır.⁷¹

15.3. Kamulaştırma Davasına İlişkin Kararlarının İstinaf Ve Temyizinde Parasal Sınır Uygulaması

6100 sayılı HMK. 341. maddesinin ikinci fıkrasının 1. cümlesi şöyledir: “*Miktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir.*” Bir başka ifade ile, miktar ve değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar temyiz edilemez.

Kamulaştırma davaları mal varlığına ilişkin davalar olduğuna göre bu hüküm karşısında kamulaştırma bedeli bu miktarın altında kalan kararlara karşı temyiz kanun yolunun kapalı olması gerekir.

Ancak Anayasa Mahkemesi, 15.04.2022 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 24.02.2022 tarihli kararı ⁷²ile 6100 sayılı HMK.nun 341. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin “*kamulaştırma bedelinin tespiti*ne ilişkin davalar” yönünden Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı Resmi Gazetede yayımlandıktan sonra kamulaştırma davalarına bakan Yargıtay 5. Hukuk

70 7. Hukuk Dairesi 2023/3437 E. 2023/3749 K. 14.07.2023 T. Sayılı kararı

71 2024 yılı duruşma parasal sınırı 567.250.-TL. dir.

72 Anayasa Mahkemesi 2021/34 E. 2022/21 K. sayılı kararı

Dairesi “ 6100 sayılı Kanun’un 362⁷³ maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi için de aynı hususun uygulanması gerektiğinden temyiz incelemesine konu edilen kararın miktar itibarıyla kesinlik sınırına bakılmaksızın temyizinin olanaklı bulunduğu kabul edilmelidir.” gerekçesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 10,11. maddelerine göre açılan bedel tespiti ve tescil davalarında parasal kesinlik sınırına bakmadan temyiz incelemesi yapmaya başlamıştır. ⁷⁴

Sonuç olarak ifade etmek gerekirse; 24.02.2023 tarihinden itibaren 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu 10,11. maddelerine göre verilen bedel tespiti ve tescil kararlarına karşı istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulması halinde, miktar ve değerine bakılmaksızın inceleme yapılacak ve gerekli kararlar verilecektir.

16. Kamulaştırmasız El Atma Tazminatı Kararlarının İnfazı (Mahkeme kararında hükmedilen alacağın tahsili)

Mahalli mahkemelerden verilen para alacaklarına dair ilamların taraflara tebliği üzerine; Davacı kararda yazılı alacağın tahsili için icraya başvurmak, davalı da aleyhine verilen kararı istinaf etmek hakkını kazanır.

Alacaklının (Davacı - elatılan taşınmaz sahibi) alacağını tahsil etmek üzere icraya başvurduğunu, borçlunun da (davalı – elatan idare) mahkeme kararını istinaf ettiğini varsayalım;

Davalı idarenin kararı istinaf etmesi icra takibini durdurmaz. (HMK,367/1) Borçlu idarenin icra takibini durdurabilmesi için mahkemece kabul edilecek teminatı göstermek suretiyle icranın geri bırakılmasını talep etmesi gerekir.⁷⁵ (İİK 36)

Borçlu idareler karar kesinleşmeden kararda yazılı borçlarını ödemek istemezler. Çünkü, kesinlik kazanmayan kararlar için ödeme yapıldığında telafisi zor bazı problemlerle karşılaşmaktadır;

Mahalli mahkemenin ilk verdiği karar İstinaf – temyiz incelemesi sonunda bozulduğunda, ilk kararda hükmedilen miktar ile bozmadan sonra verilen nihai kararda hükmedilen miktar arasın-

73 6100 sayılı HMK. 362/1-a maddesi “miktar veya değeri kırk bin Türk Lirasını geçmeyen davalara ilişkin kararlar.” için temyiz yoluna başvurulamaz.

74 5.Hukuk Dairesi 2023/2993 E. 2023/11357 K. sayılı ve 21.11.2023 T. li kararı.

75 Borçlu, Devlet ise teminat gösterme zorunluluğu yoktur

da fark ortaya çıkabilmektedir. Bu fark mülk sahibi lehine olursa çıkan farkı başka ifade ile eksik bedeli el atan idare mal sahibine ödemekte ve dosya kapanmaktadır. Tam tersi bir durumla karşılaşıldığında da mülk sahibi aldığı fazlalığı iade etmek zorunda kalmaktadır. Tecrübe ile sabit olduğu üzere, mal sahipleri çoğu zaman aldıkları parayı tamamen harcamış olduklarından geri ödemede sıkıntılar yaşanmakta ve iş mahkemeye ve icraya intikal etmekte vatandaşla devlet karşı karşıya gelmektedir.

Devlet ile vatandaşın davalık ve icralık olması istenen bir durum olmadığı gibi hukuk devletine yakışan bir durum da değildir. Doğru olan da Kamu kurumlarına yakışan da kesinleşen borcun gününde ödenmesidir.

Problem iki sebepten çıkmaktadır;

Problemi yaratan ilk sebep davaların gereğinden fazla uzamasıdır. Eskiden bir denetim mekanizması (Yargıtay) varken, şimdi denetim mekanizması ikiye çıkmıştır. (İstinaf –Yargıtay) Eskiden iki-üç senede kesin karara bağlanabilen davalar, İstinaf mahkemeleri kurulduktan sonra ortalama beş seneye kadar uzar olmuştur. Kararın Yargıtay aşamasında bozulması halinde bu süre neredeyse 10 seneye kadar uzayabilmektedir. İnsanların ömrü mahkeme kapılarında adalet beklemekle geçmektedir. Kapalı kapıların ardındaki bazı karar vericiler, kapıda adalet bekleyenlerin derdini hiç anlamamakta, duruşma aralıklarını uzattıkça uzatmaktadırlar. Duruşmaları gereksiz yere talik etmekte ve karar vermemek için adeta bahane icat etmektedirler. Bu durumlar üst kurumlar ve denetim elemanları tarafından fark edilmese de hak arayanların gözünden kaçmamaktadır.

İkinci sebep taşınmaza dava tarihi itibarıyla değer biçilmesidir. Ülkemizde yıllık enflasyon oldukça yüksek oranlarda seyretmektedir. Enflasyonun sebep olduğu ekonomik kayıpları yıllık % 9 sabit faizle karşılamak imkânsızdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunun 10. maddesinin 8. fıkrasında yer alan (Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılmaması hâlinde, tespit edilen bedele bu sürenin bitiminden itibaren kanuni faiz işletilir) hükmünü şu gerekçe ile iptal etmiştir;“İtiraz konusu kuralla geç ödenen kamulaştırma

bedeli için sadece kanuni faiz ödeneceği belirtilmiştir. Enflasyon nedeniyle uğranılacak ve kanuni faizi aşan zararlarla ilgili herhangi bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir. Özellikle yüksek enflasyonist dönemlerde devletin kamulaştırma nedeniyle borçlu olduğu tutar ile alacaklı hak sahibi tarafından nihai olarak alınan tutar arasındaki enflasyon nedeniyle oluşan değer kayıplarını gidermek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla hak sahibinin kamulaştırılan taşınmazının bedelini gerçek karşılık ölçütüne uygun olarak aldığından da söz edilemez.”⁷⁶

Mal sahibinin isteği, el konulan taşınmazının davayı açtığı günkü gerçek değerinin kendisine ödenmesidir. (Anayasa Md. 46) Bunu sağlayacak olan da kamu yönetimidir. Bu sağlanamadığı sürece mal sahiplerinin rahatsızlıkları bitmeyecektir.

Kamulaştırmasız el atılan taşınmazlar sorununun çözümü için 2010 yılında 2942 sayılı kanuna 5999 sayılı kanunla Geçici 6. Madde eklenmiştir. Kısa bir uygulamadan sonra 6487 sayılı kanunla tamamen değiştirilen madde 11.06.2013 tarihinde tekrar yürürlüğe konulmuştur. Geçici 6. Maddenin 8. fıkrasında 09.10.1956-04.11.1983 tarihleri arasında kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedellerini karşılayacak ödeneklerin hangi kaynaklardan sağlanacağı ve ödeme şartları düzenlenmiş, 11 fıkrasında da el atılan taşınmaz bedellerinin tahsili için idarelerin mallarının haczedilemeyeceğini hükme bağlanmıştır.

Belirtilen tarih aralığında el atılan taşınmaz malikleri yıllarca uğraşarak elde ettikleri mahkeme kararını icraya verebileceklerse de borçlu idarenin mallarına haciz konulamayacağı için idarenin kendi planlaması dairesinde borcunu ödemesini bekleyeceklerdir. El atan borçlu idare de, karar kesinleştikten sonra, kendi ödeneği varsa bu ödenekten, yoksa veya yeterli değilse bu maddeye göre temin edilecek fonları kullanarak borcu kapatmak zorundadır.

04.11.1983 tarihine kadar olan kamulaştırmasız el atma sorununun geçici 6. madde ile çözüme kavuşturulmuş olması, bu tarihten sonra gerçekleşen kamulaştırmasız el atma probleminin de ele alınmasını ve düzenlenmesini gerektirmiştir.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi 2022/83 E. 2023/69 K. 05.04.2023 T.

Bu ihtiyaç sebebiyle 04.11.1983 tarihinden 28.07.2021⁷⁷ tarihine kadar malikin rızası olmaksızın, taşınmazlara fiili olarak el konulması veya hukuken el atılması sebebiyle açılan davalarda hükmedilen bedel ve tazminat ödemelerinde kullanılmak üzere, kaynak sağlanması ve ödeme koşullarının düzenlenmesi için 2942 sayılı kanuna Geçici 19. Madde eklenmiş 26.11.2022 tarihinde yürürlüğe konulmuştur.⁷⁸

Böylece 09.10.1956 – 04.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmasız el atmalar Geçici 6. Madde ile, 04.11.1983 - 28.07.2021 tarihleri arasındaki hukuki ve fiili el atmalar da Geçici 19. Madde ile düzenlenerek 09.10.1956 tarihinden 28.07.2021 tarihine kadar tüm fiili ve hukuki el atmaların tamamı kanun kapsamına alınmıştır.

7421 sayılı kanunun 5. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na Ek Madde 4, eklenerek, borçlu idarelerin bu kanundan doğan mahkeme kararına dayalı borçlarını ödeme usul ve yöntemleri hükme bağlanmıştır.

Ek Madde 4 şöyledir;

“Bu Kanun uyarınca mahkemelerce hükmedilen bedel, tazminat, vekâlet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, otuz gün içinde yatırılır. Bu süre içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde icra olunur.

Bu Kanun uyarınca yapılacak icra takiplerinde idare, ... İcra ve İflas Kanununun 36.maddesi uyarınca icranın geri bırakılmasını talep ederse idarenin teminat gösterme zorunluluğu yoktur.

Bu Kanun kapsamında açılan davalarda verilen bedel ve tazminat kararlarına ilişkin mahkeme ve icra harçları, davalı idare tarafından ödenmek üzere maktu olarak belirlenir.”

77 İdarelerin hukuki-fiili el atmalara gitmemesini temin için 3194 sayılı İmar Kanunun 18. maddesinde yapılan değişikliklerin yürürlük tarihidir.

78 Geçici 19. Madde 7421 sayılı kanunun 7. maddesi ile eklenmiştir.

Bu düzenlemeye göre; mülk sahibi bedel tespitine dair kararın kendisine tebliği üzerine önce mahkeme kararını eklediği bir dilekçe ile idareye başvuracak, kararda yazılı tazminat, faiz, vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin dilekçede bildireceği banka hesabına yatırılmasını talep edecektir. İdare kararda yazılı borcunu alacaklının banka hesabına yatırmaz ise alacaklı dilekçenin idareye tebliğ edildiği tarihten itibaren 30 gün sonra ilamı icraya vererek olağan usuller çerçevesinde icra tabibi başlatabilecektir. Kamulaştırmasız el atma sebebiyle tazminat davalarında ve icra takiplerinde harçlar maktu olarak hesaplanacak ve idareye yükletilecektir. Mülk sahibine harç ve avukatlık ücreti yükletilmeyecektir.⁷⁹ Bu davalarda mahkemece ve icra dairesince mülk sahibi vekili için idareye yükletilecek vekâlet ücreti nispi tarifeye göre hesaplanmak gerekmekte ise de,⁸⁰ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, Bu Kanun kapsamında açılan davalarda harçların da, vekâlet ücretlerinin de maktu olarak hesaplanması gerektiği düşüncesindedir.⁸¹

İdarenin, süresi içinde kararı istinaf etmesi ve 30 gün içinde ilamda yazılı borcunu alacaklının hesabına yatırmaması halinde, icra emrinin tebliğ üzerine İİK'nın 36. maddesinde düzenlenen prosedürü işleterek icranın geri bırakılmasını sağlama hakkına sahiptir. Karar kesinleştikten sonra ise Geçici 6/8. Madde ve Geçici 19. Madde çerçevesinde temin edilen ödeneklerden bu borçlar ek maddede 4 dairesinde ödenecektir.

Kamulaştırmasız el atan idare icraya verilmek gerektiğinde, takip talebinde açıkça “*mahkemece hükmedilen taşınmaz bedeline kararın kesinleşme tarihine kadar kanuni faiz, kesinleşme tarihinden ödeme tarihine kadar da kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz*” talep edilmelidir. 01.01.2013 tarihinden beri yasal (kanuni) faiz 3095 sayılı kanunun 1. maddesi uyarınca yıllık %9

79 Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, Kübra Yıldız vd. başvurusu (2018/32734 - T. 28/07/2022)

80 7421 sayılı kanun 5. madde teklif metninde “Bu Kanun kapsamında açılan davalarda verilen bedel ve tazminat kararlarına ilişkin mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekâlet ücretleri, davalı idare tarafından ödenmek üzere maktu olarak belirlenir.” Cümlelerine yer verilmiştir. Ancak Mecliste yapılan görüşmeler sırasında madde metnindeki “ile her türlü vekâlet ücretleri” tabirleri metinden çıkarılarak kabul edilmiştir.

81 5. HD. 2023/7569 E. 2024/1231 K. 06.02.2024 T.

iken, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile 01.06.2024 tarihinden itibaren % 24 olarak uygulanacaktır. Kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı 6183 sayılı Yasa'nın 51. maddesi uyarınca 21.05.2024 tarihinden itibaren aylık %4,5 yıllık %54 olarak hesaplanacaktır.

Kaynakça

- AKAR, Zeki. Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atma Davaları. Turhan Kitabevi, Ankara.
- ARCAK, Ali. Kamulaştırmasız Elkoyma. Ankara.
- ARCAK, Ali. Kamulaştırma ve Devletleştirme Kanunları. Ankara.
- ARCAK, Ali. Kamulaştırmasız El Atma ve Yeni Hükümler. Ankara.
- BUYURGAN, ... ve KARABAĞ, Kamulaştırma Davaları, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- DOĞRUSÖZ, Edip. Kamulaştırmasız El koyma. Ankara.
- GÖLCÜKLÜ, Mehmet Ali. Kamulaştırma Kanunu Şerhi, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- KARAHACIOĞLU, Ali Haydar. Kamulaştırma Kanunu. Ankara.
- PEKCANITEZ, H., ATALAY, O., ve ÖZEKES, M. Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ÖZEKES, Muhammet. Hukuk Yargılamasında Yeni Kanun Yolu Sistemi.
- TUTAR, M. ve PULAK, M. Kamulaştırma Davaları. Adalet Yayınevi, Ankara.
- YILDIRIM, Bekir. Kamulaştırma Davaları, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

CAS LEHİNE ÖNGÖRÜLEN ZORUNLU TAHKİM ŞARTININ GEÇERLİLİĞİ

Av. Senem İMAMOĞLU¹

Özet

Sporun dünya çapındaki gelişimi ile artan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla kurulan Spor Tahkim Mahkemesi ("CAS"), çeşitli kaynaklardan beslenen uluslararası spor hukukunda önemli bir yer tutar. CAS, 1984 yılında Uluslararası Olimpiyat Komitesi ("IOC") tarafından kurulmuştur. Ancak, IOC tarafından kurulması nedeniyle bağımsızlığı ve tarafsızlığına dair endişeler ortaya çıkan CAS'ın yapısında bir süre sonra değişikliğe gidilmiştir. Buna rağmen, söz konusu endişelerin bertaraf edildiğini söylemek güçtür.

CAS Kodu (*Code of Sports-related Arbitration*) doğrultusunda yargılama yürüten CAS, standart tahkim şartı içeren bir kılavuz yayımlamıştır. Neredeyse bütün uluslararası spor federasyonlarının mevzuatında söz konusu tahkim şartına yer verilir. Sporcuya verilen lisanslarda veya sporcunun uluslararası yarışmalara katılabilmesi için imzaladığı kayıt formlarında ise sporcunun bağlı bulunduğu uluslararası spor federasyonlarının kurallarına riayet edeceği öngörülür. Böylece, sporcular dolaylı olarak CAS lehine öngörülen zorunlu tahkim şartını kabul etmiş olur. Öte yandan, sponsorluk sözleşmeleri veya spor yarışmalarının yayın haklarına ilişkin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar da tarafların CAS lehine uyuşmazlık ortaya çıktıktan önce veya sonra geçerli bir tahkim anlaşması akdetmesi halinde CAS önünde çözümlenecektir.

Spor uyuşmazlıklarının çözüm mercii olarak CAS'ın önemi giderek artmaktadır. Ancak, sporcuların dolaylı olarak kabul etmek zorunda kaldıkları CAS lehine öngörülen tahkim şartı tartışma konusu olmuştur. Federasyonların kontrolü altında olan sporcuların

1 Avukat, İstanbul Barosu

tahkim şartını kabul etmekten başka seçenekleri olmaması çeşitli hukuk sistemlerinde eleştirilmiş, CAS lehine öngörülen bu tür tahkim şartının zorunlu tahkim şartı niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Zorunlu tahkim şartının geçerliliği ise hem yerel mahkemeler hem de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (“AİHM”) nezdinde uyuşmazlıklara konu olmuştur. Özellikle Pechstein kararları ile CAS kurallarının hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığını yeterli ölçüde güvence altına almadığı ve zorunlu tahkim şartının geçersiz olduğu yönündeki iddialar kapsamlı olarak ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Spor Tahkim Mahkemesi, CAS, CAS Kodu, IOC, olimpiik hareket, zorunlu tahkim şartı, Pechstein, AİHM, adil yargılanma hakkı

1. Giriş

Uluslararası spor hukuku, ulusal kurallar ve olimpiik hareket gibi uluslararası sivil organizasyonlar tarafından yönetilir. Uluslararası hukukun kaynakları olan uluslararası sözleşmeler, örfi hukuk, daha sınırlı bir ölçüde de hukukun genel ilkeleri ile uluslararası spor hukukunda en nitelikli kuramcılarının araştırmaları ve içtihat hukuku, uluslararası spor hukukunun da kaynakları olarak görülebilir.² Bunun yanı sıra, olimpiizmin temel ilkelerinin ve IOC tarafından kabul edilen kuralların kodifikasyonu olan Olimpiik Şart (*Olympic Charter*)³, Uluslararası Spor Federasyonlarının (“ISF”) tüzükleri, Ulusal Olimpiyat Komitelerinin (“NOC”) ve ulusal federasyonların koydukları kurallar da spor hukukunun önemli kaynaklarındandır. CAS’a ait yargılama kurallarını içeren CAS Kodu’nun (*Code of Sports-related Arbitration*) özellikle tahkim usulüne ilişkin bölümü (*Code: Procedural Rules*)⁴ ve Dünya Anti

2 Jason Gubi, ‘The Olympic Binding Arbitration Clause and the Court of Arbitration for Sport: An Analysis of Due Process Concerns’ (2008) 18(4) *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 997, 1000.

3 ‘Olympic Charter’ (*International Olympic Committee*, 8 August 2021) <<https://olympiccs.com/ioc/olympic-charter>> date of access 5 August 2023.

4 ‘Code: Procedural Rules’ (*Tas-cas.org*, 1 February 2023) <<https://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>> date of access 5 August 2023.

Doping Ajansı'nın ("WADA") kuralları (*World Anti-Doping Code*)⁵ ile uygulamaları da kaynaklar arasında sayılmalıdır. Diğer yandan, IOC tarafından yürütülen olimpiik hareketin, spor hukukunun gelişimi açısından hızlandırıcı bir rol oynadığı belirtilmelidir. Zira, olimpiik hareketin kural ve uygulamalarının uluslararası örfi hukuk haline geldiği söylenebilir.⁶

Bu makalede CAS lehine öngörülen zorunlu tahkim şartı üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda öncelikle olimpiik hareket ve IOC ilişkisi kısaca ele alınacak, CAS'ın genel yapısı, onun temel hukuki metni olan CAS Kodu (*Code of Sports-related Arbitration*) ve CAS'ın yargı yetkisinin kaynağına, CAS lehine olan standart tahkim şartının (*model arbitration clause*) geçerliliğine ilişkin çeşitli hukuk sistemlerindeki eleştirilere ve uyumsuzlıklara değinilecektir.

2. Olimpiik Hareket ve IOC

Olimpiik hareket, olimpiyatları yönetmektedir. Olimpiik hareket sivil toplum örgütlerinin bulunduğu bir ortak ağ oluşturduğu için, onun kuralları uluslararası hukuk anlamında devletler üzerinde bağlayıcılık oluşturmaz. Yine de bir devletin sporcularının olimpiyatlarda yarışmaya hak kazanabilmesi, olimpiik hareketin prensiplerine büyük ölçüde uyum sağlamalarını gerektirir. Bu uyumun olimpiyat oyunlarına katılıp katılmadığına bakılmaksızın devletler üzerinde bağlayıcılığı olan uluslararası örfi hukuku ortaya çıkardığı ileri sürülmektedir.⁷ Ancak, her ne kadar Olimpiik Şart (*Olympic Charter*) m. 33(3) gereği olimpiyat oyunları sırasında ev sahibi devletlerin Olimpiik Şart'a (*Olympic Charter*) ve IOC'nin üst yetkisine uyması gerekse de bu uygulamanın opinio juris oluşturup oluşturmadığı ve bu sebeple temaül halini alıp almadığı tartışma konusudur.⁸

5 'World Anti-Doping Code' (*world anti-doping agency*, 1 January 2021) <https://www.wada-ama.org/en/resources/the-code/world-anti-doping-code?gclid=Cj0KCQjwzYGG-BhCTARIsAHdMTQxcOvVm6r_pnsWaYgIqnOqN9fgOF0Vt4TwA_8Xcr24yNe7xGKVC-lqEaAhjEEALw_wcB> date of access 5 August 2023.

6 Gubi (n 1) 1000.

7 ibid 1000.

8 Kerem Gülay, 'Halkaların Efendisi: Uluslararası Örgütler Hukuku Bakışıyla Uluslararası Olimpiyat Komitesi' in Mehmet Polat Kalafatoğlu (ed.), *Olimpiyat Oyunları ve Hukuk* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020) 99.

Olimpik hareket; IOC, ISF, NOC, belirli olimpiyat oyunlarını organize eden komiteler ve Olimpiyat Kongresi'nden oluşur. Yerel ve ulusal hükümetlerin yanı sıra bu kurumlar uluslararası spor yarışmalarını yürütür.⁹ Bu noktada, IOC uluslararası spor hukukunun oluşumunda önemli bir rol oynar. Olimpik Şart'ta (*Olympic Charter*) belirtildiği üzere bir sivil toplum örgütü olan IOC'nin uluslararası hukuk yaratma yetkisi bulunmaz. IOC'nin, uluslararası değil devlet dışı bir örgüt olduğu yönünde doktrinde görüş birliği söz konusudur.¹⁰ Buna rağmen, devletlerin IOC tarafından ortaya konulan uygulamaları takip etmesi, olimpik hareketin ve uluslararası hukukun gelişmesini sağlar. Devletler genelde gönüllü olarak Olimpik Şart'ın (*Olympic Charter*) ve IOC'nin koyduğu kuralları ulusal spor hukuku politikalarıyla bütünleştirmektedirler. Belirli bir sporun olimpiyatlarda yürütülmesi için ISF'ler, IOC'nin sağladığı temel çerçeveyi izlemelidir. Herhangi bir ISF, birden fazla olimpiyat sporunun resmi federasyonu olsa dahi, IOC belirli bir spor için yalnızca bir tane ISF'yi onaylar. İlgili federasyon dünya genelindeki devletlerin NOC'leri ile koordinasyon halinde çalışır.¹¹

IOC, birçok ISF'ye uluslararası yarışmaların yürütülmesi için yetki verir. ISF'ler ise IOC'nin kurallarını, uygulamalarını ve ideallerini gerçekleştirir. Örneğin, bir sporcunun olimpiyat oyunlarında yarışabilmesi için kendi ulusunun NOC'si tarafından seçilmesi ve yarıştığı ISF'nin kurallarıyla uyum içinde olması gerekir.¹² ISF'nin kuralları, uygulamaları ve mevzuatı da Olimpik Şart (*Olympic Charter*) ile uyum içinde olmalıdır.¹³ Her bir ISF, ilişkili olduğu spor dalına uygulanacak kuralları belirleyerek ilgili spora dair dünya genelinde bir uyum yaratır.¹⁴ NOC'ler ise uluslararası spor yarışmalarında ülkeyi kimin temsil edeceğini belirlemekle görevlidir.¹⁵ Bu nedenle de NOC'ler tarafından, kendi Ulusal Düzenleme

9 Gubi (n 1)1001.

10 Gülay (n 7) 101.

11 Gubi (n 1) 1002.

12 ibid 1002.

13 ibid 1002; Erkan Küçükgüngör, 'Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Milletlerarası Tahkim' (2004) 53(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 5.

14 ibid 1003; Küçükgüngör (n 12) 5.

15 ibid 1003; Küçükgüngör (n 12) 4.

Topluluklarına (“NGB”) ülkeyi temsil edecek kişinin belirlenmesi için bir yarışma düzenleme yetkisi verilir. NGB’ler ISF’lerin spor dalları için getirmiş olduğu kuralları uygulayarak ISF kurallarının yerel düzeyde de yayılmasını sağlar. Bu şekilde uluslararası pratik ile uyum sağlanarak IOC’nin idealleri dünya çapında yaygınlaşır.¹⁶

3. CAS’ın Genel Yapısı

Spor ile ilgili bir uyuşmazlık çıktığı zaman, hakkaniyetli çözümlerin bulunması gerekir. Bu nedenle, uluslararası spor alanında çıkan uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlere olan ihtiyaç giderek artmaktadır. Zira, bir yandan devlet mahkemeleri önündeki dava süreci çok uzun sürerken diğer yandan ulusal düzenlemelerin çatışması nedeniyle çoğu zaman tatmin edici sonuçlara ulaşılamaz. Bu kapsamda, CAS da spora dair uyuşmazlıkların devlet yargısına nazaran daha hızlı çözülebilmesi amacıyla, bilgisi ve uzmanlığıyla bağımsız bir otorite teşkil eden ve bağlayıcı kararlar veren¹⁷ bir tahkim kurumu olarak 1984 yılında kurulmuştur. CAS, olimpiik hareketin de yardımıyla mevzuatı değiştirme yetkisine sahip olan ve CAS tahkim yargılamalarını yürüten bir kurum olan IOC tarafından kurulmuştur ve spor federasyonlarının kullanabileceği standart tahkim şartını (*model arbitration clause*) içeren bir tahkim kılavuzu yayımlamıştır. Böylelikle, standart tahkim şartını (*model arbitration clause*) kabul eden sporcular bağlı bulundukları spor federasyonlarının kararlarına CAS önünde itiraz edebilmektedir.¹⁸

Kurulduktan belli bir süre sonra CAS’ın yapısında değişikliğe gitme gereksinimi duyulmuştur. Bu kapsamda, Gundel davasının CAS’ın yapısal değişimi bakımından bir dönüm noktası teşkil ettiğini belirtmek gerekir.¹⁹ Elmar Gundel, üyesi olduğu spor federasyonunun vermiş olduğu karara karşı CAS’a başvurmuş ancak CAS

16 ibid 1003.

17 Küçükgüngör (n 12) 21.

18 Gubi (n 1) 1013.

19 Corneel Bogaert, ‘The Court of Arbitration for Sport: A Champion of Institutional Arbitration’ Academia.edu <https://www.academia.edu/37143567/The_Court_of_Arbitration_for_Sport_A_champion_of_institutional_arbitration> date of access 12 August 2023.

kararından hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmadığı gerekçesiyle memnun kalmayıp İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'ne (*Swiss Federal Supreme Court*) iptal başvurusunda bulunmuştur.²⁰ Karar özelinde CAS'ın bağımsız ve tarafsız davrandığı ortaya konulsa da taraflardan birinin IOC olması durumunda söz konusu tarafsızlığın sürdürülemez ihtimaline ilişkin endişeler ortaya çıkmıştır. Bu nedenle CAS'ın yapısında onun IOC'den bağımsızlaştırılabilmesi amacıyla birtakım değişikliklere gidilmiştir ve CAS'ın yönetim ve finansman işleriyle ilgilenmesi için Uluslararası Spor Tahkim Konseyi ("ICAS") kurulmuştur.²¹ Yapısal değişiklikten sonra, CAS hakemlerinin sayıları ICAS'a verilen atama yetkisiyle artmıştır. Bu doğrultuda, IOC, ISF ve NOC'ler tarafından belirli sayıda hakem seçilmesi yerine ICAS; IOC, ISF ve NOC'ler tarafından sunulan teklif üzerine tüm hakemleri atamaya başlamıştır.²² ICAS'ın seçiminden sonra ise CAS Kodu (*Code of Sports-related Arbitration*) S13 uyarınca, ICAS'ın oluşturduğu bu listedeki tahkim veya arabuluculuk yargılamasında görev yapmaya yetkili kişiler arasından tekrar bir seçim gerçekleşir.

CAS Kodu (*Code of Sports-related Arbitration*), CAS yargılamasının temel hukuki metnini teşkil etmekte olup, ICAS ve CAS'ın yapısıyla ilgili S1-S26 arası hükümler²³ ile tahkime ilişkin kuralların öngörüldüğü R27- R70 arası hükümlerden²⁴ meydana gelir. Spor ile ilişkili her türlü uyuşmazlık CAS Kodu (*Code of Sports-related Arbitration*) uyarınca çözümlenebilir. CAS'a atlet gibi sporcuların yanı sıra spor derneği veya şirketler de başvurabilir.²⁵ Diğer yandan, CAS Kodu (*Code of Sports-related Arbitration*) S20 uyarınca CAS, İlk Derece Tahkim Birimi (*Ordinary Arbitration Division*, "OAD"), Anti-Doping Birimi (*The Anti-doping Division*, "ADD")

20 Gubi (n 1) 1013.

21 ibid 1013; Nuray Ekşi, *Spor Tahkim Hukuku*, (1st edn, Beta Yayıncılık, 2015) 509.

22 Gubi (n 1) 1013.

23 'ICAS Statutes' (*Tas-cas.org*, 1 February 2023) <<https://www.tas-cas.org/en/icas/code-icas-statutes.html>> date of access 5 August 2023.

24 'Code: Procedural Rules' (*Tas-cas.org*, 1 February 2023) <<https://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>> date of access 5 August 2023.

25 Cenk Akil, 'Genel Olarak Milletlerarası Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) ve Bu Mahkemede Uygulanan Tahkim Çeşitleri' (2011) 13(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 76.

ve Temyiz Tahkim Birimi (*Appeals Arbitration Division*, “AAD”) olarak üç birimden oluşur. OAD’de daha çok ticari uyuşmazlıklar gündeme gelmekteyken, ADD’de doping ve disiplin konularına ilişkin davalar sonuca bağlanır.²⁶ Paris Anlaşması’ndan²⁷ önce, CAS nezdinde OAD ile AAD önüne getirilen uyuşmazlıklar arasında herhangi bir ayırım yapılmazken artık iki prosedür arasında bir ayırım söz konusudur.²⁸ OAD’de daha çok sponsorluk, televizyon yayın hakları, lisans sözleşmeleri ve haksız fiil gibi uyuşmazlıklar ele alınır ve OAD süreci genelde 6-12 aylık sürede tamamlanır.²⁹ AAD yoluna gidilebilmesi için ön şart bir dernek, federasyon veya spor kuruluşunun kararının olmasıdır ve temyiz süreci başvurudan itibaren 4 ay içinde sonuçlanır.³⁰ Spor uyuşmazlıkları bir veya üç kişiden oluşan paneller vasıtasıyla çözümlenir. Paneller olağan tahkim yolunda önlerine gelen uyuşmazlıkları karara bağlar, temyiz tahkim yolunda federasyon, kulüp veya diğer spor kuruluşlarının verdiği kararları inceler.³¹

Paris Anlaşması CAS’ın tavsiye kararları vermesini, tahkim prosedürü öncesinde arabuluculuk yapmasını³² ve uluslararası yarışmalar sırasında uyuşmazlık çözümü için CAS’ın geçici biriminin (*ad hoc division*) oluşturulmasını sağlamıştır.³³ CAS nezdinde olimpiyat oyunları ve diğer bazı uluslararası yarışmalardan doğan uyuşmazlıklar geçici birim (*ad hoc division*) usulü ile çözülür.³⁴ İlk geçici birim (*ad hoc division*) 1996 yılında Atlanta’da gerçekleştirilmiştir.

26 Mehmet Polat Kalafatoğlu ‘Olimpiyat Oyunlarında CAS Tahkimi’ in Mehmet Polat Kalafatoğlu (ed.), *Olimpiyat Oyunları ve Hukuk* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020) 358; Akil (n 24) 88.

27 ICAS’ın kurulması ve CAS’ın yeni yapısı, 22 Haziran 1994 tarihinde Paris’te, “Paris Anlaşması” olarak bilinen “Uluslararası Spor Tahkim Konseyi”nin Kurulmasına İlişkin Anlaşma’nın imzalanmasıyla onaylanmıştır.

28 Gubi (n 1) 1014.

29 Akil (n 24) 78.

30 Akil (n 24) 89. Yazar bu usulü istinaf tahkim usulü olarak nitelendirmiştir.

31 Ekşi (n 20) 513.

32 CAS’a ilişkin arabuluculuk süreci için bkz. Ian Blackshaw ‘ADR and Sport: Settling Disputes Through the Court of Arbitration for Sport, the FIFA Dispute Resolution Chamber, and the WIPO Arbitration & Mediation Center’ (2013) 24(1) *Marquette Sports Law Review* 1-57.

33 Gubi (n 1) 1014.

34 Ekşi (n 20) 525.

şen olimpiyat oyunları için kurulmuştur.³⁵ Daha sonraki olimpiyat oyunlarının yanı sıra Avrupa Futbol Birliği Şampiyonası ve İngiliz Milletler Topluluğu oyunları için de geçici birimler (*ad hoc division*) oluşturulmuştur.³⁶ Geçici birimler (*ad hoc division*) önünde basit yargılama usulü kullanılarak, tahkim yargılaması yirmi dört saat gibi kısa bir süre içinde neticelenmektedir.³⁷

4. CAS'ın Yargı Yetkisi

CAS'a veya herhangi bir tahkim heyetine başvurabilmek için tahkim iradesinin, ilgili sporu yöneten organın düzenlemelerindeki tahkim şartı, ayrı bir tahkim anlaşması veya tahkime başvurma niyetinin ifade edildiği başka bir yol ile ortaya konulması gerekir.³⁸ Aksi halde uyuşmazlığın tahkime gönderilmesinin hukuki bir dayanağı olmayacaktır. Bir kararında İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi (*Swiss Federal Supreme Court*) de aynı sonuca varmıştır.³⁹

CAS Kodu (*Code of Sports-related Arbitration*) A bölümü R27 başlığı altında, usul kurallarının yalnızca tarafların spor uyuşmazlığının CAS'a götürülmesi konusunda anlaşmaları söz konusu ise uygulanacağı belirtilir. İlk derece tahkime sözleşme veya düzenlemedeki tahkim şartı veya uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra imzalanan tahkim anlaşması ile başvurulabilir. Spor kuruluşlarının -federasyon, dernek vb.- verdikleri karara karşı temyiz yoluna ise ilgili kuruluşların kurallarında veya bir anlaşmada yer alan ve CAS'a temyiz başvurusu imkanı veren bir hüküm ile gidilebilir.

CAS Kodu (*Code of Sports-related Arbitration*) R 28 gereği tahkim yeri İsviçre'dir ve tahkim yargılaması İsviçre hukukuna tabi olarak yürütülür. Bu nedenle, R 46 ile R 59 gereği, taraflar CAS'ın verdiği karara karşı İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi (*Swiss Federal Supreme Court*) nezdinde iptal yoluna başvurabilir. İptal da-

35 Gubi (n 1) 1014.

36 ibid 1014.

37 ibid 1014.

38 Jan Łukomski, 'Arbitration Clauses In Sport Governing Bodies' Statutes: Consent Or Constraint? Analysis From The Perspective Of Article 6(1) Of The European Convention On Human Rights' (2013) 13(1-2) International Sports Law Journal 60, 63; Ekşi (n 20) 517.

39 Łukomski (n 37) 63.

vasında yargılama usulü ve iptal sebepleri ise İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda ("MÖHUK") düzenlenmiştir. Buna göre tahkim şartı veya anlaşmasının iptal davasını engelleyen bir hüküm içermemesi gerekir. Taraflar, İsviçre'de ikamet etmediği ya da mutad meskeni veya işyerlerinin İsviçre'de bulunmadığı hallerde, tahkim anlaşmasına koyacakları bir klotla veya sonradan anlaşmak suretiyle iptal davası açmaktan feragat edebilir.⁴⁰ Ancak, MÖHUK'taki düzenlemeye rağmen İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi (*Swiss Federal Supreme Court*) söz konusu feragatin spor tahkimi açısından uygulanmayacağını dile getirmiştir.⁴¹ Öte yandan, eğer karar söz konusu tarafın vatandaşı olduğu -tüzel kişi ise kurulduğu- ülkede icra edilecek ise ilgili ülke mahkemesinin Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde ("New York Sözleşmesi") yer alan tanıma-tenfiz engelleri dolayısıyla kararı tenfiz etmemesi de gündeme gelebilir.⁴² Dolayısıyla, diğer tahkimlerde olduğu gibi CAS tahkimi de söz konusu iptal ve tenfiz mekanizmaları ile denetlenebilecektir.

5. Zorunlu Tahkim Şartı ve Çeşitli Hukuk Sistemleri Kapsamında Kısa Bir Değerlendirme

5.1. Zorunlu Tahkim Şartı

Spor federasyonlarının tüzüklerinde veya talimatlarında yer alan ve CAS lehine öngörülen tahkim şartı, uluslararası yarışmalara katılacak veya federasyona bağlı olarak faaliyet gösterecek tüm sporcuların tahkim şartının dolaylı olarak referans gösterildiği belgeyi imzalaması ile kabul edilir. Bu yolla, ISF üyeleri CAS lehine tahkim şartına rıza göstermiş olur. Zira, sporcu lisans alabilmek için federasyon ile anlaşma yapmak zorundadır. Aksi halde bir federasyona bağlı olarak çalışamaz. Aynı şekilde sporcu uluslararası bir yarışmaya katılmak istediğinde de kayıt formu imzalamak zorundadır. Söz konusu lisans anlaşmasında veya kayıt formunda ise sporcunun bağlı olduğu uluslararası spor federasyonunun ku-

40 Ekşi (n 20) 547-548; Akil (n 24) 88.

41 Ekşi (n 20) 548.

42 Gubi (n 1) 1015.

rallarına riayet edeceğine ilişkin hükümlere yer verilir.⁴³ Neredeyse tüm spor federasyonlarının kurallarında ise standart tahkim şartı öngörülmüştür. Sonuçta, sporcular spora ilişkin uyuşmazlıkları mahkeme önüne getirme hakkından vazgeçip CAS'ın vereceği nihai karar ile bağlı olmayı dolaylı olarak kabul etmiş olur.⁴⁴

Her ne kadar futbol, basketbol, voleybol gibi ünlü branşlarda yarışan sporcuların korunmasının gerekmediği düşünülebilir ise de esasen hem gelirleri hem de bağlı oldukları federasyon karşısındaki konumları nedeniyle çoğu sporcu uyuşmazlık ortaya çıktığında zayıf taraf haline gelir.⁴⁵ Unutmamak gerekir ki sporcuların mesleki hayatlarını sürdürebilmeleri için bir federasyona bağlı olarak çalışmaları gerekir. Bağlı oldukları ulusal ve uluslararası federasyonların tüzüğü ise CAS lehine tahkim şartı içermekte ve bu yolla CAS uyuşmazlık çözümünde tek yetkili organ haline gelmektedir. Görüldüğü üzere, sporcular sırf mesleklerini icra edebilmek için güçlü taraf olan spor kuruluşlarının adeta bir dayatması sonucu gerçekleşen zorunlu tahkim şartını iradelerine aykırı olarak kabul etmek durumunda kalmaktadır.⁴⁶

5.2. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda zorunlu tahkim şartının geçerliliği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS") nezdinde tartışılmıştır. AİHS'nin İngiliz hukukuna İnsan Hakları Yasası kabul edilerek girmesi ile AİHS hükümlerinin İngiliz hukuku açısından büyük bir önem taşıdığı ileri sürülmüştür.⁴⁷ Bu kapsamda, zorunlu tahkim şartının AİHS kapsamında geçerliliği değerlendirilmiştir.⁴⁸ İnsan Hakları Yasası m. 6(1) ve 3(a)'ya göre ulusal mahkemelerin AİHS'e uygun

43 Zeynep Derya Tarman, 'Pechstein Davası Çerçevesinde Tahkim Şartının Sporçunun İradesi Bakımından Geçerliliği' in Mehmet Polat Kalafatoğlu (ed.), *Olimpiyat Oyunları ve Hukuk* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020), 395.

44 Tim Hülskötter, 'Sports arbitration agreements under review: should they be considered invalid under English national law?' (2017) 17(1-2) *International Sports Law Journal* 15, 15.

45 Tarman (n 42) 395.

46 ibid 396.

47 Hülskötter (n 43) 16.

48 ibid 16.

davranması gerekir.⁴⁹ Bu doğrultuda, İngiliz mahkemeleri Stretford 1 ve 2 davalarında zorunlu tahkim şartının AİHS m. 6(1)'e uygun olduğuna karar vermiştir.⁵⁰ İngiliz doktrininde de bu davaların dolaylı etkisi, zorunlu tahkim şartının İngiliz sözleşmeler hukukuna aykırı olmadığı şeklinde ifade edilmiştir.⁵¹

Strentford 1⁵², Strentford 2⁵³ ile Smith ve McDonnell⁵⁴ davalarında tahkim şartının İngiliz sözleşmeler hukukundaki standart hükümler nezdinde denetlenebilir olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Strentford davalarında zorunlu tahkim şartının AİHS m. 6'ya aykırı olup olmadığı incelenmiş olup İngiliz mahkemesi zorunlu tahkim şartının AİHS m. 6'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.⁵⁵ Zira, söz konusu davalarda haksız nüfuz kullanımı veya baskıya dair herhangi bir durum tespit edilemediği ortaya konmuştur.⁵⁶ Ancak mahkeme, haksız nüfuz kullanımı veya baskıya dair bir olgu tespit edilseydi ve taraflar bunu ileri sürseydi zorunlu tahkim şartının AİHS m. 6'ya aykırı olacağını ifade etmiştir.⁵⁷ Smith ve McDonnell davasında ise taraflar zorunlu tahkim şartının makul olmayan rekabet yasağı (*restraint of trade*) olarak uygulanamaz olduğunu iddia etmiş fakat sonuçta başarısız olmuştur.⁵⁸ Zira taraflar, tahkim yargılaması sürecinde söz konusu tahkim şartına itiraz etmediklerini kabul etmiştir.⁵⁹

İngiliz doktrininde sporcuların tahkim şartını özgür iradeleri ile kabul edip etmedikleri AİHS m. 6 perspektifinden incelenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki AİHM'e göre AİHS m. 6 hükmü tah-

49 ibid 16

50 ibid 16

51 ibid 16.

52 Stretford v Football Association Ltd & Another [2006] EWHC 479 (Ch) (17 March 2006).

53 Stretford v The Football Association [2007] EWCA Civ 238 (21 March 2007).

54 Smith and McDonnell v The British Boxing Board of Control [2015] Kluwer Arbitration A40LV002 (13 April 2015).

55 Hülskötter (n 43) 18.

56 ibid 18

57 ibid 18

58 ibid 19.

59 ibid 19.

kime başvurmayı engellemez.⁶⁰ AİHM, bireylerin adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkından tahkim lehine feragat edebileceklerini, bunun özgür ve hukuka uygun bir seçim olacağını belirtir.⁶¹ Buna rağmen, mahkemeye erişim hakkından ancak hiçbir zorlama ve kısıtlama olmaksızın feragat edilebilir. Bu doğrultuda, doktrin spor tahkim şartının geçerliliğini AİHM'in çeşitli içtihatları ışığında yorumlama gereği duymuştur. AİHM'e göre üçüncü kişilerce akdedilen tahkim anlaşması AİHS m. 6'ya aykırıdır. Örneğin, *Chadzitaskos and Franta v. Czech Republic* davasında⁶² AİHM başvuru- nun azınlık statüsünden dolayı hiçbir etkisinin olmadığı ve üçüncü taraflarca akdedilen tahkim anlaşmasının AİHS m. 6'yı ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁶³ Doktrinde spor tahkim şartı açısından da benzer bir durumun söz konusu olduğu savunulmuştur.⁶⁴ Bu doğrultuda, sporcuların müzakere etmedikleri bir sözleşmeyi ve ilgili sözleşmede yer alan tahkim şartını kabul etmek zorunda kaldıkları, ulusal hukuk açısından geçerli görülen her tahkim anlaşmasının AİHS'e uygun olarak değerlendirilemeyeceği, özel hukuk sözleşmeleri bakımından yeterli koruma sağlamayan devletlerin pozitif yükümlülüklerini ihlal etmiş sayılacakları ileri sürülmüştür.⁶⁵

5.3. İsviçre Hukuku

Sporda tahkim açısından rızanın bulunmayışı tartışmasıdır. Zira, neredeyse bütün spor organlarının kuralları zorunlu tahkimi öngörür.⁶⁶ Hatta, uygulamada mahkemeye erişim hakkını kullanmak isteyen sporcular aleyhine disiplin işlemlerinin uygulandığı dahi görülür.⁶⁷ Sporun tekelci yapısı gereği, rızanın geri alınması da pek mümkün gözükmez.⁶⁸ İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi

60 Lukomski (n 37) 65.

61 ibid 67.

62 *Chadzitaskos and Franta v. the Czech Republic*, App nos 7398/07, 31244/07, 11993/08 and 3957/09 (ECtHR, 27 September 2012).

63 Lukomski (n 37) 67.

64 ibid 67.

65 ibid 67.

66 ibid 68.

67 ibid 68.

68 ibid 68.

(*Swiss Federal Supreme Court*) Canas davasında⁶⁹, MÖHUK m. 192 çerçevesinde CAS kararının iptali isteminden feragat hususunu incelemiş ve çok önemli tespitlerde bulunmuştur. Buna göre, hakem kararının iptali isteminden peşinen vazgeçmek sporcunun özgürce verdiği bir karar değildir.⁷⁰ Bu nedenle MÖHUK m. 192'deki şartlar sağlansa dahi söz konusu feragat geçersiz olacaktır.⁷¹ Mahkeme, yarışmalara katılmasına izin verilmesi için itiraz hakkından feragat etmeyi kabul etmekten başka seçeneği olmayan bir sporcunun bu durumunun AİHS m. 6 nezdinde de tartışılması gerektiğinin altını çizmiştir.⁷² Ayrıca ticari tahkim ile spor tahkimi arasındaki ayrımı vurgulayarak uluslararası yarışmalara katılmak isteyen sporcuların federasyonların kontrolü altında olduğunu, tahkim şartını kabul etmekten başka seçenekleri olmadığını, bu sebeple tahkim şartının sporcular açısından bir baskı teşkil ettiğini de vurgulamıştır.⁷³ İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi (*Swiss Federal Supreme Court*) bir başka kararında ise kendi kurallarında tahkim şartı bulunmayan Brezilya Futbol Federasyonunun (CBF) bağlı olduğu Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği (FIFA) kurallarında yer alan tahkim şartının CBF üyesi sporcular tarafından dolaylı olarak kabul edildiği, bunun geçerli ve içtihatların da aynı yönde olduğu sonucuna varmıştır.⁷⁴ Dolayısıyla, İsviçre yargısında federasyona bağlı sporcuların özgürce tahkim şartını kabul etmediğini tartışan kararlar bulunsada dahi sonuç olarak İsviçre hukuk sistemi açısından CAS lehine öngörülen tahkim şartının geçerli olduğu düşünülmektedir.⁷⁵

5.4. Alman Hukuku

Yalnızca Olimpik Şart (*Olympic Charter*) değil neredeyse tüm spor federasyonlarının kuralları zorunlu tahkim şartını içerir.⁷⁶ Bu

69 Guillermo Cañas v ATP Tour [2007] 4P.172/2006 (22 March 2007).

70 Guillermo Cañas v ATP Tour (n 68) para. 4.3.2.2.

71 ibid para. 4.3.2.2.

72 ibid para. 4.3.2.2.

73 Lukomski (n 37) 68.

74 A v Fédération Internationale de Football Association (FIFA) and World Anti-Doping Agency (WADA) [2009] 4A_460/2008 (9 January 2009), para. 6.2.

75 Lukomski (n 37) 70; Guillermo Cañas v ATP Tour (n 68) para. 4.3.2.2.

76 Hülskötter (n 43) 16.

nedenle özgür bir rızanın/iradenin olmayışı, sözleşme taraflarının kendi koşullarını diğer tarafa kabul ettirme konusundaki eşitsizlikler ve tahkim şartının hukuka uygunluğu ile ilgili hukuki argümanlar neredeyse her spor yarışmasında gündeme gelir.⁷⁷ Özellikle son zamanlarda zorunlu tahkim şartının hukuka uygunluğu Alman mahkemeleri tarafından da detaylıca incelenmiştir.⁷⁸ Bu kapsamda, Pechstein saga olarak da adlandırılan ve Claudia Pechstein ve Uluslararası Paten Derneğinin ("ISU") tarafları olduğu davada, Federal Adalet Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) tahkim şartının geçerli olduğuna dair çeşitli tespitlerde bulunmuştur.⁷⁹ Federal Adalet Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) Pechstein'in ilgili anlaşmayı, herhangi bir fiziksel veya psikolojik bir zorlama olmaksızın gönüllü olarak imzaladığını, imzalamamanın kendi elinde olduğunu belirtmiştir.⁸⁰ Pechstein'in ilgili anlaşmayı imzalama veya imzalamama niyetinin üçüncü bir tarafça zaten belirlenmiş olmasının spor tahkim sisteminin gerekliliğini ortadan kaldırmayacağı sonucuna varmıştır.⁸¹ Görüldüğü üzere, Alman yargısı da CAS lehine öngörülen tahkim şartının geçerli olduğu kanaatindedir.

6. Zorunlu Tahkim Şartının Geçerliliği Bağlamında Pechstein Kararı 1 ve 2'ye Yakından Bakış

6.1. AIHM Süreci

Pechstein profesyonel bir buz pateni sporcusu olarak, Norveç'in Hamar kentinde 2009'da düzenlenecek olan Dünya Geneli Sürat Pateni Şampiyonasında yarışabilmek amacıyla, ISU ile ISU Statüsü'ne göndermenin yapıldığı bir giriş formu imzalamıştır.⁸² Anlaşmaya göre Pechstein, devlet yargı yolundan (*state litigation*) vazgeçmekte ve ISU disiplin kurulu ile olan tahkim yargılaması sürecinin CAS önünde gerçekleştirilmesine onay vermektedir.⁸³ Pechstein'in kanında düzensiz miktarda retikülosit tespit edildiği gerekçesiyle, ISU Disiplin Kurulu onu 2 yıllık süre için tüm spor yarışmalarına

77 ibid 16.

78 ibid 16.

79 ibid 16.

80 ibid 17.

81 ibid 17.

82 ibid 16.

83 ibid 16.

katılmaktan men etmiştir.⁸⁴

Alman vatandaşı olan Pechstein, ISU Disiplin Kurulu kararına karşı, imzalamış olduğu tahkim anlaşmasına dayanarak CAS'a başvuruda bulunmuştur.⁸⁵ Başvurusu CAS tarafından 25 Kasım 2009 tarihinde reddedilmiştir.⁸⁶ Pechstein, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Yasası m.190 (2)'ye dayanarak CAS tahkim kararının iptal edilmesi amacıyla İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nde (*Swiss Federal Supreme Court*) dava açmıştır.⁸⁷ Mahkeme 10 Şubat 2010'da İsviçre MÖHUK'un ilgili maddesindeki iptal sebeplerinin somut uyuşmazlıkta bulunmaması nedeniyle davayı reddetmiştir.⁸⁸ Sporcu yeni bir tıbbi rapor deliline dayanarak tekrar aynı mahkemede dava açmıştır fakat bu da 28 Eylül 2010'da reddedilmiştir. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin (*Swiss Federal Supreme Court*) ret kararından sonra Pechstein, AİHS m. 6'ya dayanarak İsviçre devleti aleyhine AİHM'e başvurmuştur.⁸⁹ AİHM, CAS'ın tarafsız ve bağımsız olup olmadığına ilişkin olarak başvurunun iddiası nezdinde hakemlerin seçim usulü yönünden bir değerlendirme yapmıştır.⁹⁰ Mahkemeye göre hakem listesinin oluşturulmasında federasyonların önemli derecede etkilerinin olması hususu tek başına CAS'ın tarafsız ve bağımsız olmadığı sonucunu doğurmaya yetmez ve Pechstein, bu iddialarını destekleyecek delil de sunamamıştır.⁹¹ Bunun yanı sıra AİHM, Pechstein'in CAS önündeki duruşmaların kamuya açık yapılmadığına ilişkin diğer iddiasına yönelik olarak, bu hususun adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna oybirliği ile karar vermiştir.⁹²

Mutu and Pechstein vs Switzerland adıyla İsviçre aleyhine AİHM

84 İbid 16.

85 İbid 16.

86 İbid 16.

87 İbid 16.

88 Tarman (n 42) 398.

89 İbid 399; Hatice Özdemir Kocasakal, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pechstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı', (2020) 40(1) Public and Private International Law Bulletin 84.

90 İbid 399.

91 İbid 400.

92 İbid 401.

önünde görülen davada birtakım sonuçlara varılmıştır.⁹³ AİHM, kişi bakımından uygulama yetkisi açısından çeşitli tespitlerde bulunmuştur. Şikayetler özellikle CAS'ın yapısı ve CAS önünde gerçekleştirilen yargılama süreci ile ilgilidir.⁹⁴ CAS ne bir devlet mahkemesi ne de İsviçre kamu hukukunun bir organıdır.⁹⁵ Aksine ICAS'ın desteğiyle kurulmuş bir özel hukuk kuruluşudur.⁹⁶ İsviçre hukukuna göre, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi (*Swiss Federal Supreme Court*) CAS tarafından verilen kararların geçerliliğini inceleme konusunda yargı yetkisine sahiptir.⁹⁷ İlgili davada, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi (*Swiss Federal Supreme Court*) Pechstein'in başvurusunu reddederek İsviçre hukuk düzeninde kesin hüküm (*res judicata*) etkisinin ortaya çıkmasını sağlamıştır.⁹⁸ Bu doğrultuda, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin (*Swiss Federal Supreme Court*) gerekli denetimi yapmamış olması halinde İsviçre'nin sorumluluğu doğacaktır.⁹⁹ Bu nedenlerle, AİHS kapsamında itiraz edilen işlemin incelenmesi bakımından AİHM'in kişi bakımından uygulama yetkisi bulunmaktadır.¹⁰⁰

AİHM içtihadına göre zorunlu tahkim söz konusu olduğunda AİHS m. 6 doğrudan uygulama alanı bulurken ihtiyari tahkimde AİHS m. 6'da yer alan bazı teminatlar açısından dolaylı bir uygulama söz konusu olmaktadır. Bu nedenle CAS tahkiminin ihtiyari mi yoksa zorunlu mu olduğunu tespit etmek önem arz eder.¹⁰¹ AİHM'e göre Pechstein'in CAS tahkimini kabul etmesi zorunlu tahkim (*compulsory arbitration*) olarak görülmelidir.¹⁰² Zira tahkim şartını kabul etmeme halinde sporcunun mesleki hayatına gelecek kısıtlama dikkate alındığında, bu şartın özgürce kabul edildiği söy-

93 *Mutu and Pechstein v Switzerland* App nos 40575/10 and 67474/10 (ECtHR, 2 October 2018)

94 *Mutu and Pechstein v Switzerland* (n 92) para. 65.

95 *ibid* para. 65.

96 *ibid* para. 65.

97 *ibid* para. 66.

98 *ibid* para. 66.

99 Özdemir Kocasakal (n 88) 91

100 *Mutu and Pechstein v Switzerland* (n 92) para. 67.

101 Özdemir Kocasakal (n 88) 91

102 *Mutu and Pechstein v Switzerland* (n 92) para. 115.

lenemez.¹⁰³ Bu sebeple tahkim yargılamasının AİHS madde 6'nın sağladığı güvenceleri sağlamış olması gerekir.¹⁰⁴

AİHM'in CAS'ın tarafsızlığı ve bağımsızlığı bakımından yaptığı incelemeye göre CAS hukukun üstünlüğü ilkesini dikkate alarak önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin olarak tüm olguların ve hukukun tespitinde tam bir yargı yetkisine sahiptir.¹⁰⁵ Üstelik İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi (*Swiss Federal Supreme Court*) de yerleşik içtihadında kendi önüne gelen CAS kararlarının ulusal bir mahkemenin kararları ile karşılaştırılabilir kararlar (*proper/genuine judgments*) olduğunu kabul eder.¹⁰⁶ Bu sebeplerle CAS, AİHS m. 6 kapsamında kanunla kurulan mahkeme (*tribunal established by law*) niteliğindedir.¹⁰⁷ Pechstein ve ISU arasındaki uyuşmazlıkta görev yapan tahkim paneli ICAS'ın belirlediği listeden seçilen üç hakemden oluşmuştur.¹⁰⁸ Her ne kadar Pechstein bu listeden istediği hakemi seçme konusunda özgür olsa da bu listeyi kullanma zorunluluğuna bağlı olarak sınırlı bir seçim hakkı vardır ve tamamen özgür bir seçim yapmamıştır.¹⁰⁹ Buna rağmen Pechstein, CAS'ın tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda, genel olarak da uyuşmazlığın çözümlendiği hakem heyeti nezdinde şüphe uyandırabilecek herhangi bir olgu ileri sürememiştir.¹¹⁰ AİHM, söz konusu kuruluşların hakem seçme mekanizmasındaki etkisinin sporcular nezdinde zorlayıcı bir durum yarattığını kabul etse de yalnızca oluşturulmuş hakem listesine dayanarak hakemlerin nesnel veya öznel olarak taraflı ve bağımlı oldukları sonucuna varılamayacağını belirtmiştir.¹¹¹ Açıklanan gerekçelerle, AİHM bu konuda ihlalin olmadığına karar vermiştir.¹¹²

103 ibid para. 114.

104 ibid para. 115; Özdemir Kocasakal (n 88) 86.

105 ibid para. 149.

106 ibid para. 149.

107 ibid para. 138.

108 ibid para. 156.

109 ibid para. 156.

110 ibid para. 157.

111 ibid para. 157.

112 ibid para. 159.

6.2. Alman Mahkemeleri Önündeki Süreç

İsviçre'deki hukuk yollarını tükettikten sonra yukarıda açıklandığı üzere AIHM'e başvuran Pechstein AIHM önündeki yargılama devam ederken mutad meskeni olan Almanya'da Münih Eyalet Mahkemesi 1 (*Landgericht München 1*) önünde hakkındaki men kararının geçersizliğinin tespiti ile hukuka aykırı doping yasağı nedeniyle Alman Paten Federasyonu'nun ve ISU'nun kendisine verdiği zararlar için başvuruda bulunmuştur.¹¹³ Münih Eyalet Mahkemesi 1 (*Landgericht München 1*) sporcu ile ISU arasındaki tahkim anlaşmasının ISU'nun sporcu üzerindeki inhisari etkisi ve sporcunun seçim hakkının olmaması gerekçesiyle geçersiz olduğuna karar vermiş, ancak sporcunun daha önceki bir aşamada iddiasını ileri sürmediği için tahkim anlaşması ile bağlı olduğunu ifade etmiştir.¹¹⁴ Pechstein, Münih Eyalet Mahkemesi 1'in (*Landgericht München 1*) kararına karşı Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi'nde (*Oberlandesgericht München*) dava açmıştır.¹¹⁵ Söz konusu mahkeme tahkim anlaşmasının Alman Antitröst Yasası (Art. 19 GWB) hükümlerini ihlal ettiği ve bu nedenle geçersiz olduğu sonucuna varmıştır.¹¹⁶ Mahkemeye göre CAS hakemlerinin seçiminde yapısal bir orantısızlık vardır.¹¹⁷ Öte yandan, CAS hakem kararı Alman kamu düzenini ihlal eder.¹¹⁸ Sonuç olarak Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi'ne göre (*Oberlandesgericht München*) Pechstein ile ISU arasındaki tahkim anlaşması geçersizdir ve Alman mahkemeleri uyusmazlığın esasına girebilecektir.¹¹⁹

Federal Adalet Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*), Alman Medeni Usul Kanunu m. 1025 uyarınca Pechstein ile ISU arasındaki tahkim anlaşmasının geçerli olduğu sonucuna vararak Münih Yüksek Eya-

113 Tarman (n 42) 402.

114 Despina Mavromati, 'The Legality Of An Arbitration Agreement In Favour Of CAS Under German Civil And Competition Law - The Pechstein Ruling Of The German Federal Tribunal (BGH) Of 7 June 2016' (2016) SSRN Electronic Journal <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800044> date of access 6 August 2023.

115 Mavromati (n 113) 3.

116 Tarman (n 42) 403.

117 Mavromati (n 113) 3.

118 ibid 3.

119 Tarman (n 42) 403; Özdemir Kocasakal (n 88) 83-84.

let Mahkemesi'nin (*Oberlandesgericht München*) kararını 7 Haziran 2016 tarihinde bozmuştur.¹²⁰ Zira ilgili Kanun'a göre CAS gerçek bir tahkim mahkemesidir (*a genuine court of arbitration*).¹²¹ Buna göre CAS bağımsız ve tarafsız bir tahkim mahkemesidir ve bu husus İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin (*Swiss Federal Supreme Court*) Danilova/Lazutina davasında da onaylanmıştır.¹²² 2009'daki tahkim yargılaması sırasında uygulama alanı bulan 2004 CAS Kodu'na göre CAS hakemlerinin listesini oluşturacak olan ICAS üyeleri; IOC, ISF ve NOC'ler tarafından atanmıştır. (20 üyeden 12'si).¹²³ Ancak, Federal Adalet Mahkemesi'ne (*Bundesgerichtshof*) göre bu CAS'ın tarafsızlığını etkileyecek bir orantısızlık yaratmaz.¹²⁴ Zira hakemler yalnızca bir tarafça atansaydı orantısızlıktan bahsedilebilirdi.¹²⁵ Mahkemeye göre CAS yargılamasında hakemler kapalı liste halinde olsa da her iki taraf da istedikleri hakemi atayabilme şansına sahiptir.¹²⁶

Federal Adalet Mahkemesi'ne (*Bundesgerichtshof*) göre CAS kuralları hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığını yeterli ölçüde güvence altına alır.¹²⁷ Hakemlerin atanmadan önce bağımsızlık beyanı imzalamasının yanı sıra, taraflardan herhangi biriyle ilgili olarak tarafsızlık ve bağımsızlıklarını zedeleyebilecek bir durumla karşılaştıklarında hakemler bunu açıklamakla yükümlüdür.¹²⁸ Üstelik hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarına ilişkin şüphe uyandırabilecek bir durum ortaya çıkarsa, bu hakemin reddi sebebi oluşur.¹²⁹ Ayrıca, New York Sözleşmesi gereği, yabancı hakem kararları hakemin herhangi bir tarafın çıkarlarını üstün tutması nedeniyle diğer devletler nezdinde tanınmayabilir.¹³⁰ Federal Adalet Mahke-

120 Mavromati (n 113) 7.

121 ibid 7.

122 ibid 5.

123 ibid 5.

124 ibid 5.

125 ibid 6.

126 ibid 6.

127 ibid 6.

128 Tarman (n 42) 404.

129 ibid 404.

130 Mavromati (n 113) 7.

mesi (*Bundesgerichtshof*) tahkimde tarafsızlık ilkesinin ihlalinin somut yargılama bakımından gerçekleşmesi gerektiğini, ancak bu durumun CAS yargılamasında Pechstein açısından söz konusu olmadığını belirtmiştir.¹³¹ Federal Adalet Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*), Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin (*Oberlandesgericht München*) bu konuyu detaylı incelemediğini ve yalnızca hakemlerin spor federasyonlarının çıkarlarını üstün tutma riskinden bahsettiğini belirterek Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin (*Oberlandesgericht München*) görüşünden ayrılmıştır.¹³² Diğer yandan Federal Adalet Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*), spor federasyonlarının CAS yargılamasında güçlü bir etkisi olduğunu kabul etmeyerek hem sporcuların hem federasyonların doping yasağına karşı çıkma konusunda ortak çıkarları olduğunu belirtmiştir.¹³³

Federal Adalet Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) ISU ile sporcu arasında yapılan tahkim anlaşmasının Alman Antitröst Yasası'na (*Art. 19 GWB*) uygun olup olmadığı yönünde de bir inceleme yapmıştır.¹³⁴ Spor organizasyonu ekonomik bir faaliyeti de içerdiği ve ISU dünya şampiyonalarının organize edilmesinde tekele sahip olduğu için, ilgili spor piyasasında hakim konumdadır.¹³⁵ Ancak, bahsi geçen yasanın 19. maddesinin ihlal edilmiş olabilmesi için, hakim tarafın konumunu kötüye kullandığının kanıtlanması gerekir.¹³⁶ Bir tahkim şartının spor federasyonları tarafından zorla kabul ettirilmesi, Federal Adalet Mahkemesi'ne (*Bundesgerichtshof*) göre tek başına hakim tarafın durumu kötüye kullandığı anlamına gelmez.¹³⁷ Federal Adalet Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) bunun için denge-çıkartı testi (*balance-interest test*) uygulamıştır.¹³⁸ Sonuç olarak ISU'nun piyasadaki hakim konumunu kötüye kullanmadığı sonucuna varmıştır.¹³⁹ Tahkim şartının zorla kabul ettiril-

131 ibid 7.

132 ibid 7.

133 ibid 7.

134 Mavromati (n 113) 8.

135 ibid 8.

136 ibid 8.

137 ibid 8.

138 ibid 11.

139 ibid 10.

mesinin, sporcunun adalete erişim, mesleğini icra etme veya adil yargılanma gibi haklarıyla çelişmediğini, bu nedenle gerçekleştirilen tahkim anlaşmasının geçerli olduğunu ifade etmiştir.¹⁴⁰

Federal Adalet Mahkemesi'ne (*Bundesgerichtshof*) göre her iki tarafın da eşit şekilde korunmaya değer anayasal hakları söz konusudur.¹⁴¹ Diğer yandan, sporcu tahkim anlaşmasını gönüllü olarak imzalamıştır.¹⁴² İki taraf da temel haklarından gönülsüz veya irade dışı olarak feragat etmemiştir ve sözleşmenin tarafları karşılıklı borç ve yükümlülük altına girmiştir.¹⁴³ Ayrıca, iradeyi etkileyen tehdit (*threat*), hile (*fraud*) veya zihinsel sınırlama (*mental restraint*) koşulları da somut olayda mevcut değildir.¹⁴⁴ Öte yandan, spor federasyonlarının amacı tutarlı ve yeknesak kuralların konulabilmesidir.¹⁴⁵ Özellikle de doping konusunda yeknesak kuralların uygulanabilmesi spor tahkimini gerekli kılar.¹⁴⁶ Ancak bu şekilde sporcular için adil bir yarış gerçekleşebilir.¹⁴⁷ Federal Adalet Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*), Almanya'nın Dünya Anti-Doping kurallarından (*World Anti-Doping Code*) kaynaklanan bir sorumluluğu olduğunu da ifade etmiştir.¹⁴⁸ Zira Almanya, UNESCO Sözleşmesini imzalayarak bu hükümlerin kendileri açısından bağlayıcı olduğunu kabul etmiştir.¹⁴⁹ Sonuçta Almanya'nın en yüksek yargı mercii de diğer ülke mahkemeleri ile paralel olarak CAS lehine olan tahkim şartının geçerli olduğu kanaatine varmıştır.

7. Sonuç

CAS'ın uluslararası spor uyuşmazlıklarının çözümü hususunda IOC ile işbirliği içinde çalışarak uluslararası spor hukukuna dair

140 ibid 10.

141 ibid 10.

142 ibid 9.

143 ibid 9.

144 ibid 9.

145 ibid 10.

146 ibid 10.

147 ibid 10.

148 ibid 10.

149 ibid 10.

katkıları yadsınamaz. Zira devlet mahkemeleri nezdindeki yargılama sürecinin oldukça uzun sürmesi ve makul sürede yargılanma bakımından tarafların menfaatinin zedelenmesi tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının rağbet görmesini sağlamıştır. Diğer yandan, ISF ve NOC'lerin koordine şekilde çalışması sayesinde IOC'nin getirdiği uluslararası spor hukuku kuralları, devletlerin kendi iç düzenlemelerine de yansiyarak dünya genelinde yeknesaklığın oluşmasına hizmet etmektedir. Buna rağmen, federasyonlara tanınan ve sporcuyla zayıf duruma düşüren orantısız yetkiler CAS'ın tarafsızlığı ve bağımsızlığının tehlikeye düştüğü yönündeki eleştirilere zemin hazırlamış, dahası CAS lehine öngörülen tahkim şartının geçerliliğinin sorgulanmasına yol açmıştır. Nitekim, zorunlu tahkim şartının geçerliliği hem çeşitli hukuk sistemlerindeki yerel mahkemeler hem de AİHM nezdinde uyuşmazlıklara konu olmuştur. Özellikle Pechstein kararları ile zorunlu tahkim şartının geçersiz olduğu yönündeki iddialar kapsamlı olarak ele alınmıştır.

Her ne kadar hem yerel mahkemelerin hem de AİHM'in bakış açısı, zorunlu tahkim şartının geçerli olduğu/ihlal oluşturmadığı yönünde ise de federasyonların kontrolü altında olan sporcuların tahkim şartını kabul etmekten başka seçenekleri olmaması çeşitli hukuk sistemlerinde eleştirilmiş, CAS lehine olan tahkim şartının geçerliliği sorgulanmıştır. Yargı mercilerinin özellikle "rıza" konusunda sporcu aleyhine olan yaklaşımları sebebiyle Türk doktrininde¹⁵⁰ de bu kararlar eleştiri konusu olmuştur. Bazı devletlerin yüksek yargı mercileri CAS tahkiminin rızaen kabul edildiğini ileri sürse de AİHM, en azından CAS lehine öngörülen tahkim şartının zorunluluk oluşturduğunu, zira tahkim şartını kabul etmeme halinde sporcunun mesleki hayatına gelecek kısıtlama dikkate alındığında, bu şartın özgürce kabul edildiğinin söylenemeyeceğini ifade etmiştir. Buna rağmen, AİHM özgürce kabul edilmemiş olan CAS tahkiminin AİHS madde 6'daki güvenceleri sağlamış olması şartı ile ihlal oluşturmayacağı sonucuna varmıştır. Söz konusu güvencelerin başında ise hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı gelmektedir. Ancak, AİHM CAS hakemlerinin bağımsız ve tarafsız olduğu

150 Özdemir Kocasakal (n 88) 79-123; Tarman (n 42) 408.

görüştüğüdür. Bu nedenle, AİHM'in Pechstein kararında, AİHS m. 6'ya bir aykırılık görmemesinin kendi geliştirdiği içtihadıyla çelişki içinde olduğu yönünde eleştiriler söz konusudur. Zira, Pechstein davasında ISU'nun hakem listesinin oluşumundaki rolünün veya bunun CAS hakemlerinin tarafsızlığını ortadan kaldırdığının ispat edilmesi gerektiğini ileri süren AİHM, tarafsızlık konusundaki içtihadı ile çelişmiştir.¹⁵¹ Rızanın son derece önem teşkil ettiği tahkimde, CAS lehine öngörülen tahkim şartının rızai olmayıp zorunluluk içerdiğini açıkça kabul eden AİHM'in hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığına ilişkin bu denli sığ değerlendirmelerle AİHS m. 6'daki güvencelerin sağlandığını belirtmesi yerinde değildir.

Zorunlu rıza sisteminde gerekli olan CAS tahkiminin yeniden yapılandırılması, şeffaflık ve adaletin sağlanmasıdır. Uluslararası spor hukukunun doğası gereği CAS tahkiminin zorunluluğu bir noktaya kadar kabul edilebilir olsa da tahkim sisteminin belkemiği olan tahkim iradesinin yok sayıldığı spor tahkiminde, AİHS m. 6'daki güvencelerin sağlanıp sağlanmadığının çok daha hassas bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Ancak maalesef AİHM'in bu konudaki tutumu hayal kırıklığı yaratmıştır. Diğer yandan, çeşitli devletlerdeki yargı mercilerinin CAS tahkiminin zorunluluğunu dahi reddederek elle tutulur hiçbir gerekçe göstermeksizin rızanın özgürce verildiğini kabul etmesi ve AİHS kapsamındaki güvenceleri görmezden gelmesi daha ciddi ve vahim bir durumdur.

Sonuç olarak, spora ilişkin uyuşmazlıkların devlet yargısı yerine tahkimde çözülmesinin uluslararası spor hukukunun niteliğinden kaynaklandığı kabul edilebilir olsa da tahkim yargılamasının adil bir şekilde yürütülebilmesi için gerekli güvencelerin hala sağlanamamış olması hiçbir şekilde kabul edilemez. Zorunlu rızaya dayalı CAS tahkiminde, CAS hakemlerinin tarafsız ve bağımsız olması sporcular açısından en önemli güvencedir. Ancak, halihazırdaki hakem seçimi sistemi bu güvenceyi sağlamamaktadır. CAS hakem listesinin bağımsız ve tarafsız bir şekilde oluşturulabilmesi için halihazırdaki seçim mekanizmasında değişikliğe gidilmesi gerekir. Böyle bir değişiklik CAS tahkimini kabul etmekten başka seçenekleri olmayan sporcuların etkin bir çözüme başvurma ve adil

151 Özdemir Kocasakal (n 88) 118.

yargılanma hakkı konusundaki endişelerini giderebilir. Ancak bu şekilde zorunlu rızaya ilişkin eleştiriler bir nebze de olsa son bulabilir.¹⁵²

KAYNAKÇA

- A v Fédération Internationale de Football Association (FIFA) and World Anti-Doping Agency (WADA) [2009] 4A_460/2008 (9 January 2009).
- Agreement concerning the constitution of the International Council of Arbitration for Sport”, known as the “Paris Agreement”, 1994.
- Akil C, ‘Genel Olarak Milletlerarası Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) ve Bu Mahkemede Uygulanan Tahkim Çeşitleri’ (2011) 13(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71-105.
- Blackshaw I, ‘ADR and Sport: Settling Disputes Through the Court of Arbitration for Sport, the FIFA Dispute Resolution Chamber, and the WIPO Arbitration & Mediation Center’ (2013) 24(1) Marquette Sports Law Review 1-57.
- Bogaert C, ‘The Court of Arbitration for Sport: A Champion of Institutional Arbitration’ Academia.edu <https://www.academia.edu/37143567/The_Court_of_Arbitration_for_Sport_A_champion_of_institutional_arbitration> date of access 12 August 2023.
- *Chadzitaskos and Franta v. the Czech Republic*, App nos 7398/07, 31244/07, 11993/08 and
- 3957/09 (ECtHR, 27 September 2012).
- ‘Code: Procedural Rules’ (*Tas-cas.org*, 1 February 2023) <<https://www.tas-cas.org/en/arbitration/code-procedural-rules.html>> date of access 5 August 2023.
- De Marco KC N, ‘The Dichotomy And Future Of Sports Arbitration - Compelled Consent– Lawinsport’ (*Lawinsport.com*, 2016) <<https://www.lawinsport.com/topics/item/the-dichotomy-and-future-of-sports-arbitration-compelled-consent>> date of access 9 August 2023.
- Ekşi N, *Spor Tahkim Hukuku*, (1st edn, Beta Yayıncılık, 2015) 1-692.
- Elmar Gundel v FEI, CAS 96/A/63.

¹⁵² Nick De Marco QC, ‘The Dichotomy And Future Of Sports Arbitration - Compelled Consent – Lawinsport’ (*Lawinsport.com*, 20 July 2016) <<https://www.lawinsport.com/topics/item/the-dichotomy-and-future-of-sports-arbitration-compelled-consent>> date of access 9 August 2023.

- Elmar Gundel v FEI, Swiss Supreme Court 4P.217/1992, 15 March 1993.
- Gubi J, 'The Olympic Binding Arbitration Clause and the Court of Arbitration for Sport: An Analysis of Due Process Concerns' (2008) 18(4) Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 997-1024.
- Guillermo Cañas v ATP Tour [2007] 4P.172/2006 (22 March 2007).
- Gülay K, 'Halkaların Efendisi: Uluslararası Örgütler Hukuku Bakışıyla Uluslararası Olimpiyat Komitesi' in Mehmet Polat Kalafatoğlu (ed.), *Olimpiyat Oyunları ve Hukuk* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020) 85-131.
- Hülskötter T, 'Sports arbitration agreements under review: should they be considered invalid under English national law?' (2017) 17(1-2) International Sports Law Journal 15-32.
- 'ICAS Statutes' (*Tas-cas.org*, 1 February 2023) <<https://www.tas-cas.org/en/icas/code-icas-statutes.html>> date of access 5 August 2023.
- Kalafatoğlu MP, 'Olimpiyat Oyunlarında CAS Tahkimi' in Mehmet Polat Kalafatoğlu (ed.) *Olimpiyat Oyunları ve Hukuk* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2020) 355-388.
- Küçükgüngör E, 'Spor Hukuku Uyuşmazlıklarında Milletlerarası Tahkim' (2004) 53(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-32.
- Łukomski J, 'Arbitration Clauses In Sport Governing Bodies' Statutes: Consent Or Constraint? Analysis From The Perspective Of Article 6(1) Of The European Convention On Human Rights' (2013) 13(1-2) International Sports Law Journal 60 -70.
- Mavromati D, 'The Legality Of An Arbitration Agreement In Favour Of CAS Under German Civil And Competition Law - The Pechstein Ruling Of The German Federal Tribunal (BGH) Of 7 June 2016' (2016) SSRN Electronic Journal <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2800044> date of access 6 August 2023.
- *Mutu and Pechstein v Switzerland* App nos 40575/10 and 67474/10 (ECtHR, 2 October 2018)
- Olympic Charter' (International Olympic Committee, 8 August 2021) <<https://olympics.com/ioc/olympic-charter>> date of access 5 August 2023.
- Özdemir Kocasakal H, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pechstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı', (2020) 40(1) Public and Private International Law Bulletin 79-123.
- Regional Court of Munich I, Judgment of 26 February 2014, 37 O28331/12, SchiedsVZ 2014,100 – Pechstein I.

- Smith and McDonnell v The British Boxing Board of Control [2015] Kluwer Arbitration A40LV002 (13 April 2015).
- Stretford v Football Association Ltd & Another [2006] EWHC 479 (Ch) (17 March 2006).
- Stretford v The Football Association [2007] EWCA Civ 238 (21 March 2007).
- Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL) 1987.
- Tarman ZD, 'Pechstein Davası Çerçevesinde Tahkim Şartının Sporcunun İradesi Bakımından Geçerliliği' in Mehmet Polat Kalafatoğlu (ed.), *Olimpiyat Oyunları ve Hukuk* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 390-410.
- 'World Anti-Doping Code' (*world anti-doping agency*, 1 January 2021) <https://www.wada-ama.org/en/resources/the-code/world-anti-doping-code?gclid=Cj0KCQjwzYGGBhCTARIsAHdMTQxcOvVm6r_pnsWaYglgN9fgOF0Vt4TwA_8Xcr24yNe7xGKVClqEaAhjEEALw_wcB> date of access 5 August 2023.

İÇTİHATLAR ÇERÇEVESİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKI, HAKKIN SINIRLARI VE SINIRLANDIRILMASININ SINIRLARI

Av. Sercan GÜL ¹

Özet

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında da bahsedildiği üzere ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun mihenk taşıdır. Bu nedenle çoğulcu demokratik bir toplumun inşasında ifade özgürlüğü hakkının sınırlarının iyi çizilmesi önem arz eder. İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin sınırsız olması, sık sık ve hukuka aykırı bir şekilde hakka müdahale edilmesi sonucunda ise ifade özgürlüğüne has bir kavram ortaya çıkabilecek olup bu kavram aynı zamanda ciddi bir tehlikeyi de bünyesinde barındırır. Bu kavram yapılan orantısız müdahaleler sonucunda kişilerin kendilerine otosansür uygulayarak ifadede bulunmaktan çekinmeleri olarak tanımlanabilecek olan “chilling effect” kavramıdır.

Anahtar Kelimeler: *İfade Özgürlüğü, Hakkın Sınırları, Otosansür*

1. Giriş

Günümüz dünyasında liberal demokratik devletin temelinde insan hakları bulunmaktadır. Özellikle 2. Dünya Savaşından sonra temel hak ve hürriyetler bağlamında ciddi gelişmeler yaşanmış ve bu gelişmeler sonucunda insan hakları kavramı evrensel bir kavram haline gelmiştir. Buna bağlı olarak insan, ulusal hukukun öznesi olduğu gibi artık uluslararası hukukun da öznesi haline gelmiştir.² Zira artık insan hakları kavramı ve kavrama dâhil olan

1 Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi

2 KÜÇÜK, Adnan. “İfade Hürriyetinin Unsurları”, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınla-

çeşitli haklar uluslararası ve ulusal düzlemde korunmaya başlamış ve hak ihlallerin yaşanması halinde de doğrudan “insanın varlığına” müdahale edildiği kabul edilmiştir.

Dünyada yaşanan sosyal, ekonomik, toplumsal ve teknolojik tüm gelişmeler sonucunda güvence altına alınan en önemli insan haklarından biri de ifade özgürlüğüdür. Zira medeniyetten bahsedilebilmesi için gereken en önemli değerlerden biri olan ifade özgürlüğü, bir toplumun ne kadar medeni olduğunun tespitinde temel alınabilir.³

İfade özgürlüğü hakkı bünyesinde birden fazla insan hakkını barındıran, uluslararası ve ulusal düzenlemelerde tüm unsurları ile beraber korunan bir insan hakkıdır. İfade özgürlüğü hakkının bünyesinde birden fazla hakkı barındırması ve bazı insan haklarının da kullanılmasının ön koşulu olmasının nedeni hakkın niteliğinden kaynaklanır. Hakkın niteliği ise yargı kararlarında şu şekilde ifade edilmektedir: **“Çoğulculuk olmadan demokrasi olmaz, demokrasi ise ifade özgürlüğüne dayanarak serpilip gelişir.”**⁴ Bu açıdan ifade özgürlüğü hakkı niteliği gereği demokrasi kavramı ile sıkı bir ilişki içindedir ve hakkın demokrasi ile olan bu sıkı ilişkisi ifade özgürlüğünün önemini daha da artırmaktadır. Bu nedenledir ki, ifade özgürlüğü hakkının sınırları ve bu sınırların da sınırları belirli olmalıdır. Aksi halde ifade özgürlüğüne hukuka aykırı ve orantısız bir şekilde müdahale edilebilecek ve yapılan bu müdahaleler de hem kişiler üzerinde hem de çoğulcu demokratik toplum yapısı üzerinde olumsuz etkilere neden olabilecektir.

Bu kapsamda çalışmada ifade özgürlüğünün kavramsal çerçevesi, hakkın uluslararası ve ulusal çerçevesi, kapsamı ve nitelikleri aktarılacak olup son olarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ve sınırlandırılmasının da sınırları aktarılacaktır.

rı. 2003. Bakınız: <http://www.liberal.org.tr/uploads/yuklemeler/%C4%B0fade%20H%C3%BCrriyetinin%20Unsurlar%C4%B1%20-%20Adnan%20K%C3%BC%C3%A7%C3%BCK.pdf>

3 YAYLA, Atilla. “İfade Hürriyeti Nedir ve Niçin Gereklidir?”, Liberal Düşünce Dergisi, Cilt: 50, s. 159-175. 2008. Bakınız: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/791552>

4 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Centro Europa S.R.L. ve Di Stefano/İtalya Kararı. Tarihi: 07.06.2012

2. Kavramsal Çerçeve

1.1.Kavram

İfade özgürlüğü sözlük anlamı olarak “kişinin serbestçe düşünebilme, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanmama, bunları açıklama ve yayma hakkının dokunulmazlığı” anlamına gelmektedir.⁵ İlgili tanım ifade özgürlüğü hakkının bünyesine düşünme, düşüncelerden dolayı kınanmama, düşünceleri açıklama ve yayma hürriyetlerini dâhil etmiş ve özgürlüğü genişletmiştir.

İfade özgürlüğünün daha net bir şekilde anlaşılabilmesi için “ifade” kavramının da tanımlanması gerekir. İfade, kişinin çevreden edindiği duyuları kendi zihninde nesnel gerçekliğe uğratarak bu düşünceleri yeniden dışa vurmasına denir.⁶ Başka bir anlatımla ifade kişinin düşüncelerini aktarma özgürlüğüdür ve kısaca “aktarım” olarak da anlatılabilir.⁷ Bir başka şekli ile ifade; fikirlerin, bilgilerin ve sanatsal tasvirlerin dille, resimle veya geleneksel sanat yollarıyla anlatılması şeklinde genel ve soyut olarak tanımlanabilir.⁸

İfade özgürlüğünün hukuksal terminoloji açısından ise net bir şekilde tanımını yapmak geçmişten beri zor bir iş olmuştur. Zira uygulamada ve doktrinde ifade özgürlüğü ile beraber başka bir takım insan haklarının da birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Özellikle düşünce hürriyeti ile beraber kullanılan ifade hürriyeti, bünyesinde bulunan diğer haklar sebebiyle de zor tanımlanmaktadır. Bu durum da kafa karışıklığına yol açabilmektedir.⁹

Doktrinde düşünce hürriyeti ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişki üç grupta incelenebilir. İlk grup yazarlar düşünce hürriyeti ile

5 KILAVUZ, Mehmet. “1982 Anayasasında İfade Özgürlüğü ve Sınırlanması”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. 2014. Bakınız: https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/563501/yokAcikBilim_10035934.pdf?sequence=-1&isAllowed=y

6 BALOĞLU, Çiğdem. “İfade Özgürlüğü”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi. 2006. Bakınız: <http://dspace.kocaeli.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11493/10742/204361.pdf?sequence=1>

7 Türk Dil Kurumu Sözlüğü. Bakınız: <https://sozluk.gov.tr/>

8 BAHÇE, Ahmet, DEMİR, Abdullah, “İfade Özgürlüğünün Teorik Boyutu ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğü”, *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*. 4 (2), 41-80. Bakınız: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/982180>

9 BALOĞLU, Çiğdem. a.g.e.

ifade özgürlüğünün aynı anlama geldiğini ve birbirinin yerine kullanılabileceğini belirtir. Bu grup yazarlar uygulamada her iki hak arasında bir ayırım yapmanın anlamsız olduğunu ve nihayetinde bu şekilde bir ayırımın anlam karmaşasına neden olacağını belirtir. İkinci grup yazarlar her iki hakkın birbirinden farklı olduğunu ancak ifade özgürlüğü ile düşünce hürriyeti arasında bir ilişki olduğunu belirtir. Düşünce hürriyetinin kişinin iç dünyasında kendi hür iradesi ile istediği konuyu düşünebilmesini ve bu konularda fikir yürütebilmesini ifade ederken ifade özgürlüğü ise bu düşüncelerin dışa vurumunu anlatır. Bu bağlamda her iki hakkın birbirini beslediği de belirtilmektedir. Son grup yazarlar ise her iki hak arasında bir ayırımın olması gerektiğini ve bu ayırım sebebiyle meydana gelebilecek anlam karmaşasının önüne geçmek için ise “fikir özgürlüğü” kavramını bir üst başlık olarak kullanmaktadır.¹⁰ Bu üst başlığın altında ise ifade özgürlüğü ile düşünce özgürlüğü hakları yer almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında ise ifade özgürlüğünün net bir şekilde tanımı yapılmamaktadır. Bunun yerine hakkın kapsamı ve nitelikleri üzerinde durulmakta ve ifade hürriyetinin kilit kavramlarına vurgu yapılarak kavramın bu şekilde çerçevesi çizilmektedir. Handyside/Birleşik Krallık kararında Mahkeme, ifade özgürlüğü ile alakalı “*demokratik bir toplumun mihenk taşı*” nitelendirmesini yapmakta ve hakkın unsurlarını belirlemektedir. Mahkemeye göre ifade özgürlüğü hakkının unsurları bilgi sahibi olma, bilgi edinme ve bu bilgileri yayma hakkıdır. Mahkeme ifade özgürlüğü ile alakalı değerlendirmelerinde hakkın net bir şekilde tanımının yapılması halinde bünyesinde bulunan diğer hak unsurlarının tam anlamıyla korunamayacağını ve net bir tanımın ilgili hakkı sınırlandıracağını belirtmektedir.¹¹ Mahkeme yorumuna göre ifade özgürlüğü hakkının tanımının yapılmaması ilgili hakkın korunmasının yararınadır.

Anayasa Mahkemesi (AYM) ise bazı kararlarında ifade özgürlüğünün tanımını yapmaktan çekinmemiş olup bazı kararlarında

10 KILAVUZ, Mehmet. a.g.e.

11 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Handyside/Birleşik Krallık Kararı. Tarih: 07.12.1976. Bakınız: <https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=handyside.pdf>

ise doğrudan tanım yapmamıştır. Yine AİHM ile paralel bir değerlendirme yöntemi izlenmiş ve bazı somut uyuşmazlıklarda ifade özgürlüğünün net bir şekilde tanım yapılmasının hakkın içeriğini tam korumayacağı belirtilmiştir. AYM Emin Aydın ve Ali Karatay davalarında ilgili hakkı şu şekilde tanımlamıştır: *“İnsanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.”*¹² Tanımdan da anlaşılacağı üzere Mahkeme, ifade özgürlüğünün unsurlarına da vurgu yapmakta ve bu kapsamda kişinin başka fikirlere ve haberlere ulaşabilmesi, bunları yayması, savunması, aktarması, ifade etmesi ve bu fikirlerinden dolayı kınanamaması unsurlarının da ifade özgürlüğü bağlamında bulunduğunu ve korunduğunu vurgulamaktadır.

Danıştay kararlarında da ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirmeler yapıldığı görülmekte ve bu değerlendirmelerin net bir tanım yapmaktan ziyade hakkın unsurlarından yola çıkılarak sınırların çizilmesi şeklinde olduğu görülmektedir. Bu kapsamda Danıştay 13. Dairesi tarafından 2014/3811 Esas sayılı kararında yer alan karşıt görüşte şu değerlendirmelere yer verilmiştir: *“İfade özgürlüğünden söz edebilmek için kişinin farklı fikir ve düşüncelere özgürce ulaşması, bu fikirleri arasında özgürce tercih yapabilmesi ve tercih ettiği düşünce ile kanaati başkalarıyla paylaşma özgürlüğünün mevcut olması gerekir. Bu üç unsurun birleşimi ifade özgürlüğünü meydana getirir.”*¹³ İlgili görüşe göre farklı fikir ve görüşlere özgürce ulaşma, bu görüşler arasında özgürce tercih yapabilme ve tercih edilen görüş sonucunda ulaşılan kanaati başkalarıyla yayma özgürlüğü ifade hürriyetinin unsurlarından olup bu unsurların birleşimi de ifade özgürlüğü hakkını meydana getirmektedir.

12 Anayasa Mahkemesi Emin Aydın Başvurusu Kararı. Başvuru Numarası: Başvuru Numarası: 2013/2602 Tarih: 23.1.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2602>, Anayasa Mahkemesi Ali Karatay Başvurusu Kararı. Başvuru Numarası: 2012/990. Tarihi: 10.12.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/990?KelimeAra%5B0%5D=ya&page=872>

13 Danıştay 13. Daire, Esas No: 2014/3811, Karar No: 2014/8564.

Görüleceği üzere ifade hürriyetinin her ne kadar net bir tanımı yapılmasa da/yapılamasa da hakkın nitelikleri ve unsurları ile genel bir çerçeve çizilmekte ve ilgili çerçevenin sınırları olabildiğince geniş tutulmaktadır. Aksi durumda ilgili hakkın sınırları daralacak ve bu durumda da herhangi bir sınırlamada hakkın korunması engellenebilecektir.

2.2. Hakkın Unsurları (Kapsamı)

İfade özgürlüğü hakkının kavramsal çerçevesinin çizilebilmesi için hakkın unsurlarından da bahsedilmelidir. Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gerek Anayasa düzenlemelerine bakıldığında ifade özgürlüğünün bünyesinde çeşitli hakları barındırdığı ve bu hakların ifade özgürlüğünün olmazsa olmaz unsurları olduğu anlaşılmaktadır.

İfade özgürlüğünün kullanılması bir süreçtir ve bu süreç düşünüldüğünde ilk aşamada kişinin bilgi sahibi olması, sonrasında bu bilgiyi kendi içinde değerlendirmesi yani düşünmesi ve yaptığı düşünme eyleminden sonra da belli bir kanaate ulaşması gerekir. İlgili kanaatlerin yayılması eylemi de bu sürecin bir parçasıdır. İşte ifade özgürlüğünün kullanılması sürecindeki tüm bu eylemler özgürlük güvencesi altında olan alt haklardır.

Yine ilgili düzenlemelere göre ifade özgürlüğü hakkının unsurları da ifade özgürlüğünün korumasından faydalanmaktadır. İlgili unsurlar ise şu şekildedir;

2.2.1. Bilgi Edinme ve Düşünme Özgürlüğü

Bilgi edinme ve düşünme özgürlüğü ifade özgürlüğü hakkının en temel unsurlarından biridir. Zira kişinin bir konu hakkında kanaat oluşturabilmesi için ve bu kanaati de yayabilmesi için öncesinde bilgi edinme ve edindiği bilgileri düşünebilme özgürlüğüne sahip olması gerekir.

AİHM eski içtihatlarında bilgi edinme yani bilgiye erişim hakkının ifade özgürlüğü ile ilişkili olmadığını kabul etmekteydi. Bu kapsamda bilgiye erişim hakkı ilk olarak bireyler arası iletişime müdahale etmeme bağlamında negatif bir yükümlülük olarak yorumlanmış ve Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında olan iletişim

hakkı ile ilişkilendirilmiştir.¹⁴ Ancak AİHM yeni içtihatlarında bilgi edinme hakkını daha kapsamlı yorumlamaktadır. Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung/Avusturya davasında Mahkeme, devlet elinde bulunan belgelere olan erişimin engellenmesini ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirmiş ve ihlal kararı vermiştir. Yine Kenedi/Macaristan davasında da tarihsel bir araştırma yapan kişinin istediği verilere ulaşamaması olayında da ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine oy birliği ile karar verilmiştir. Mahkeme bilgi edinme hakkı bünyesinde her türlü belgenin olmadığını da belirtmektedir. Bu kapsamda özellikle devlet sırrı niteliğinde belgelere erişimin engellenmesi durumunda ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğine yönelik kararlar mevcuttur.¹⁵

Görüleceği üzere bilgiye erişim hakkı doğrudan bilgi edinme hakkı ile bağlantılıdır. Bu kapsamda Türkiye uygulamasında bilgi edinme hakkı ve 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu da ilgili hakkın kullanılmasına hizmet etmektedir.

AİHM bilgiye erişim hakkının bilgi alma özgürlüğünü de içerdiğini vurgulamaktadır. Bilgi alma özgürlüğü ise doğrudan basın ile ilişkilidir. Zira kişiler çoğu bilgiye basın aracılığı ve televizyon yayınları ile ulaşmaktadır. Basının bilgi alma hakkı üzerindeki etkisi Yargıtay Genel Kurulu'nun kararına da konu olmuştur. Buna göre: *“Basın özgürlüğü ise, ifade özgürlüğünün en önemli unsurlarından birisidir. AİHM basın ile ilgili kararlarında, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birisini oluşturduğuna değinildikten sonra, basına tanınması gereken güvencelerin özel bir öneme sahip bulunduğu belirtilmektedir. Basın ve diğer medya organlarının ifade özgürlüğü, kamuoyuna yöneticilerin görüş ve davranışlarını tanıtmak ve yargılamak için en iyi araçlardan birisini sunmaktadır. Basına siyasal arenada ve kamunun ilgilendiği diğer alanlarda tartışma konusu olan bilgi ve görüşleri iletme görevi düşer. Basının bu görevi, kamuoyunun da bilgi ve görüşleri alma hakkı ile tanımlanır. O halde*

14 KARAN, Ulaş. “İfade Özgürlüğü”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2, 2018. Bakınız: https://www.anayasa.gov.tr/media/3545/02_ifade_ozgurlugu.pdf

15 BYCHAWSKA-SINIARSKA, Dominika. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması”, Avrupa Konseyi Yayınları Uygulamacılar İçin El Kitabı. 2017.

*basın özgürlüğü, bir yönüyle halkı ilgilendiren haber ve görüşleri iletme özgürlüğüdür; diğer yönüyle de halkın bu bilgi ve görüşleri alma hakkıdır. Mahkeme'ye göre basın ancak bu şekilde, kamuoyunun bilgi edinme hakkı bakımından yaşamsal önemi bulunan "halkın gözcülüğü" ya da "bekçisi" görevi yapabilir. Basın özgürlüğü söz konusu olduğunda, ulusal makamlara tanınan takdir yetkisi demokratik bir toplumun yararı dikkate alınarak sınırlandırılır."*¹⁶ İlgili karardan da anlaşılacağı üzere basının temel görevi halkın gözcüsü olmasıdır. Bu nedenle basın özgürlüğünün iki yönü bulunur. Bu yönlerden ilki halkı ilgilendiren haber ve bilgileri halka iletme özgürlüğüdür ve bu özgürlük doğrudan basın ve yayın organlarına tanınmıştır. Diğer yönü ile de halkın basının iletmediği bilgi ve haberleri alma hakkıdır. Bu hak ise doğrudan kişilere tanınmış bir hak olup ifade özgürlüğü ile yakından ilişkilidir.

Bilgi edinme ve bilgi alma hakkı bağlamında basılı medyanın da ifade özgürlüğü bağlamında korunduğunu belirtmekte fayda vardır. Zira Sözleşme ifadelerin içeriğini koruduğu kadar bilgiyi edinme araçlarını da güvence altına almaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi bir kararında şu şekilde değerlendirmelerde bulunmuştur: "Gazete, dergi veya kitap biçiminde basın yayın yoluyla düşüncenin yayılmasının başlıca aracı olan basın, ifade özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir. Basın özgürlüğü, AİHS'de ayrı bir madde olarak değil ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin altında koruma altına alınmıştır. AİHS'nin 10. maddesi, yalnızca düşünce ve kanaatlerin içeriğini değil iletme biçimlerini de koruma altına almaktadır. Buna karşın basın özgürlüğü, Anayasa'nın 28-32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir."¹⁷

2.2.2. Kanaat Sahibi Olma Özgürlüğü

İfadede bulunma sürecinin diğer bir basamağı ise kanaat sahibi olma özgürlüğüdür ve bu özgürlük de ifade özgürlüğünün güvencesinden faydalanır. Diğer özgürlüklerden farklı olarak kanaat/görüş

16 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Esas No: 2013/4-2436, Karar No: 2015/1731.

17 Anayasa Mahkemesi Fatih Taş Başvurusu: 2013/1461, Karar Tarihi: 12.11.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1461?KelimeAra%5B0%-5D=ya&page=704>

sahibi olma hakkında hem pozitif hem de negatif özgürlük alanı korunmaktadır.¹⁸

Kanaat sahibi olma özgürlüğünün pozitif alanında herkes istediği konuda istediği görüşe ve fikre sahip olma özgürlüğüne sahiptir. Kişi kendi hür iradesi ile farklı görüşlere ulaşabilmeli ve bu görüşler arasında kendi içinde bir değerlendirme yaparak belli bir kanaate sahip olabilmelidir.¹⁹ Bu kapsamda devletler belli bir fikre sahip kesime telkinlerde bulunmamalı ve farklı görüşlere sahip gruplar veya kişiler arasında ayırım yapmamalıdır. Yani kimse sahip olduğu kanaatlerden dolayı kınanmamalıdır.²⁰ Ek olarak devletler tek taraflı bilgileri teşvik etmemelidir. Zira bu durumda da demokratik toplum düzeni zarar görebilecektir.

Kanaat sahibi olma özgürlüğü negatif alanda ise kişilerin sahip olduğu görüşleri bildirmeye zorlanamayacaklarını ifade eder. İlgili hak konuşmama özgürlüğü yani susma hakkı ile doğrudan ilişkilidir. Bu nedenle susma hakkının da ifade özgürlüğü bağlamında korunan haklardan olduğunu belirtmekte yarar vardır.²¹

2.2.3. Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü

Nihayetinde ifade hürriyeti hakkının kullanılma sürecinin son safhasında düşünceyi açıklama özgürlüğü yer almaktadır. Düşünceyi açıklama özgürlüğü “izah yapmak, herhangi bir konuyu aydınlığa kavuşturmak amacıyla konuşmak ya da yazmak” şeklinde tanımlanabilir.²² Bu bağlamda kişi kendi iç dünyasında birden fazla düşünceye sahip olmuştur, bu düşüncelerini herhangi bir müdahale olmadan zihninde değerlendirmiş ve belli bir kanaate ulaşmıştır. Ve nihayetinde kişi bu kanaatini herhangi bir ifade aracı

18 KILAVUZ, Mehmet. a.g.e.

19 Danıştay 13. Daire, Esas No: 2014/3811, Karar No: 2014/8564.

20 Anayasa Mahkemesi Özkan Kart Başvurusu: 2013/1821, Karar Tarihi: 5.11.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1821?KelimeAra%5B0%-5D=ya&page=714>

21 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Vont/Almanya Kararı. Tarih: 26 Eylül 1995. – KARANLIK, Meltem. “Susma Hakkı”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi. 2019. Bakınız: https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/87194/yokAcikBilim_10294464.pdf?sequence=-1&isAllowed=y

22 KÜÇÜK, Adnan. a.g.e.

ile açıklayacaktır. Bu bağlamda tüm ifade özgürlüğü hakkının kullanılması süreci düşünüldüğünde AİHS ve Anayasa korumasının aslında bu sürecin son ayağı olan düşünceyi açıklama hürriyeti için daha önemli hale geldiğini belirtmekte fayda vardır. Zira kişinin kendi içinde ve egemenlik alanında bulunan düşünceleri dış dünyaya tezahür etmeye başladığı anda ifade etme eylemi de başlamış demektir. Kişinin kullandığı ifadeler bu andan itibaren kamuoyunda olumlu ya da olumsuz karşılanacağından devlet müdahalesine maruz kalma ihtimali en yüksek olan safha düşünceyi açıklama safhasıdır.

Düşünceyi açıklama hürriyeti kişi tarafından kullanılırken herhangi bir araç sınırlandırması söz konusu değildir. Kişi ifadede bulunmaya elverişli olan dilediği araçla düşüncesini açıklayabilir. Bu nedenle ilgili hürriyetle beraber ifadede bulunma araçları da Sözleşme ve Anayasa koruması altındadır. Anayasa Mahkemesi Ali Karatay başvurusunda ilgili konu ile alakalı şu şekilde değerlendirmelerde bulunmuştur: *“Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar ‘söz, yazı, resim veya başka yollar’ olarak ifade edilmiş ve ‘başka yollar’ ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.”*²³ İlgili konu Danıştay’ın 2013/1727 Esas ve 2014/377 Karar sayılı ilamında ise şu şekilde belirtilmiştir: *“Anayasa’da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da güvence altına alınmıştır.”*²⁴

Düşünceyi açıklama hürriyeti ile beraber düşünceyi yayma hürriyetinden de bahsedilmelidir. Kişi egemenliğinde bulunan düşünceleri açıklamakla yetinmeyebilir. Buna ek olarak bu ifadelerini daha geniş kitlelere ulaştırmak isteyebilir. İşte bu esnada düşünceyi yayma hakkı gündeme gelir. Yaymak kelimesi sözlük anlamı olarak “birçok kişiye duyurmak” anlamına gelmektedir.²⁵ Hukuksal açıdan ise düşünceyi yayma hakkı, ifade hürriyetine mümkün olduğunca geniş bir etki alanı sağlamak amacıyla kişinin düşünce-

23 Anayasa Mahkemesi Ali Karatay Başvurusu Kararı. Başvuru Numarası: 2012/990. Tarihi: 10.12.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/990?-KelimeAra%5B0%5D=ya&page=872>

24 Danıştay Kararı. Esas No: 2013/1727. Karar No: 2014/377.

25 Türk Dil Kurumu Sözlüğü. Bakınız: <https://sozluk.gov.tr/>

lerini daha geniş kitlelere duyurabilmesi, aktarabilmesi hakkıdır.

Düşünceyi yayma hakkı AİHS ve Anayasa’da da koruma altına alınmıştır. Bu kapsamda AİHS 10/1 hükmünde *“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar.”* şeklinde bir düzenleme yapılmıştır ve ilgili düzenlemede geçen haber ve görüş verme ibaresi düşünceyi yayma hakkı ile ilişkilidir. AİHS düzenlemesinde düşünceyi yayma hakkının ülke sınırları gözetilmeksizin kullanılacağını da belirtmekte fayda bulunmaktadır. Sadece bu ibare dahi düşünceyi yayma hakkını anlatır nitelikte olup düşüncelerin ülke sınırları dışında dahi yayılabilmesini ifade etmektedir.

Anayasa’nın 26. Maddesinin başlığı ise doğrudan *“düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”* olup şu şekilde bir düzenleme mevcuttur: *“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.”* Görüleceği üzere Anayasa’da da açık bir şekilde düşünceyi yayma hürriyeti güvence altına alınmıştır.

Düşünceyi yayma hakkı sadece Anayasa’nın 26. madde hükmü bağlamında değerlendirilmemelidir. Zira Anayasa’da düşünceyi yayma hakkına hizmet eden birden fazla hürriyet düzenlenmiştir. Bu hürriyetlerin başında Anayasa’nın 28. maddesinde düzenlenen basın hürriyeti gelmektedir. Kişinin bilgi ve haber alma hakkını kullanırken en önemli araçlardan biri olan basın, bilgi ve düşünceyi yayma hakkında da çok önemli bir araçtır. Bu nedenledir ki AİHM ve AYM içtihadında basın hürriyeti, ifade hürriyetinin daha özel bir görünümü olarak nitelendirilmekte ve farklı esaslar ile değerlendirilmektedir.²⁶ Anayasa Mahkemesi Fatih Taş başvurusunda basının düşüncenin yayılması noktasında önemine şu ifadeler ile vurgu yapmaktadır: *“Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusun-*

26 KARAN, Ulaş. a.g.e.

da ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir.”²⁷ İlgili değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere basının temel işlevlerinden biri de düşünceyi toplumun farklı kesimlerine iletmek ve düşüncelerin toplumda sirkülasyonunu sağlamaktır. Basın bu işlevi ile bireylerin bilgilenmesini sağlar. Karardan da anlaşılacağı üzere ifadede bulunma sürecinin alt haklarından olan bilgiye ulaşma hakkı ile düşünceyi yayma hakkı birbirini besleyen iki hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira bilgiler, düşünceyi yayma hakkı ve basın hürriyeti sayesinde toplumsal alanda dolaşıma çıkmaktadır ve bu dolaşım sonucunda da kişiler bilgi sahibi olmaktadır.

Düşünceyi yayma hakkı bağlamında Anayasa’da yapılan bir diğer düzenleme ise “sürelili ve süresiz yayın hakkı” başlıklı 29. madde hükmüdür. Anayasa’nın 27. maddesinde düzenlenen “bilim ve sanat hürriyeti” de düşünceyi yayma hakkına katkı sağlayan bir diğer haktır. Zira ilgili düzenlemede “Herkes, bilim ve sanatta serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.” ifadesi kullanılmış olup kişilere bilim ve sanat faaliyetlerini yayma hakkı tanınmıştır. Bir diğer düzenleme ise Anayasa’nın 130. madde hükmüdür. İlgili maddede yer alan “Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler.” düzenlemesi ile akademisyenlere serbestçe bilimsel çalışma yapma ve bunları yayınlama hakkı tanınmıştır.²⁸

Gerek düşünceyi açıklama gerekse de düşünceyi yayma hürriyetinin kullanılması bağlamında en önemli araçlardan bir diğeri de internettir. Teknolojinin de gelişmesi ile birlikte internetin kullanılması yaygınlaşmış ve internet düşüncelerin ifade edildiği ve bu ifadelerin tüm dünyaya yayıldığı bir ortam haline gelmiştir. Bu nedenle de AİHM ve AYM içtihatlarında internet özgürlüğü de tartışılır

27 Anayasa Mahkemesi Fatih Taş Başvurusu. : Başvuru Numarası: 2013/1461, Karar Tarihi: 12.11.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1461?KelimeAra%5B0%5D=ya&page=704>

28 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. Bakınız: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>

olmuştur.²⁹ Nispeten yeni bir özgürlük olan internet özgürlüğünde “internet vasıtasıyla telekomünikasyon özgürlüğü söz konusudur. Bu özgürlük, verileri, enformasyonları ve düşünceleri yayarak iletmeği ve almayı kapsar.”³⁰

İnternet özgürlüğü bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yaman Akdeniz ve Diğerleri başvurusuna değinilmesi yerinde olacaktır. İlgili başvuruda şu şekilde değerlendirmelerde bulunulmuştur: “İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşünceyi açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.”³¹ İlgili kararda da belirtildiği gibi günümüz dünyasında internet sadece ifade özgürlüğü değil diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından da önemli bir araçtır. Özellikle kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama ve bunları tüm dünyaya yayma konusunda “vazgeçilmez” bir araç olan internet ve sosyal medya ağlarının devletin orantısız müdahalesine konu olması ifade özgürlüğü ve bu hakkın alt unsurlarına zarar vereceği bu şekilde içtihatlarla da belirtilmiştir.

29 KARAKAYA, Yavuz Selim. “İfade Özgürlüğünün En Yeni İhlali: Wikipedia’ya Erişim Engeli”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (2), s. 103 – 124. 2018

30 GÖREN, Zafer. “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 31-60. Bakınız: http://www.istanbulticaret.edu.tr/uploads/yayin/sosyal/31_60_Zafer_Goren.pdf

31 Anayasa Mahkemesi Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu. Başvuru Numarası: 2014/3986. Karar Tarihi: 02.04.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3986>, ŞEN, Murat, KAPLAN, Recep. “T.C. Anayasa Mahkemesinin İfade Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararların Özeti”, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi Yayını. Bakınız: <http://rm.coe.int/16807005e5>

3. Uluslararası ve Ulusal Çerçeve

İfade özgürlüğü hakkının, hakkın niteliklerinin, sınırlandırılma sebeplerinin ve bu sebeplerin de sınırlarının daha iyi anlaşılabilmesi için uluslararası ve ulusal düzenlemelere değinilmelidir.

3.1.Uluslararası Düzenlemeler

İfade özgürlüğü hakkının düzenlendiği birçok uluslararası düzenleme bulunmakla birlikte hakla alakalı en önemli düzenlemeler özellikle 2. Dünya Savaşı'ndan sonra temel hak ve hürriyetler alanında yaşanan gelişmeler sonucunda oluşturulmuştur.

Bu düzenlemelerin başında 1789 Tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 11. maddesi gelmektedir. İlgili düzenlemeye göre *“Düşüncelerin ve inançların serbest dille iletimi en değerli insan haklarındandır. Bu nedenle her yurttaş serbestçe konuşabilir, yazabilir ve yayımlayabilir, ancak bu özgürlüğün yasadada belirlenen kötüye kullanılması hallerinden sorumlu olur.”*³² İlgili düzenlemede diğer uluslararası düzenlemelerden farklı olarak hakla alakalı spesifik bir değerlendirme yapılmış ve hak, en değerli insan haklarından biri olarak nitelendirilmiştir. Madde ifade özgürlüğünün unsurlarına da yer vermiş ve bu kapsamda konuşma, yazma ve bunları yayma haklarını da ifade hürriyetine dâhil etmiştir. İfade özgürlüğü hakkı ilgili düzenlemede sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş olup kötüye kullanılma hallerinde kişinin sorumlu tutulacağı belirtilerek hak sınırlandırılmıştır.

Bir diğer önemli düzenleme Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'dir. Beyannamenin 19. madde hükmünde *“Her ferdin fikir ve fikirlerini açıklamak hürriyetine hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, memleket sınırları mevzubahis olmaksızın malumat ve fikirleri her vasıta ile aramak, elde etmek veya yaymak hakkını içerir.”*³³ ifadelemesine yer verilerek ilgili hakkın herkes için tanınan bir hak olduğu belirtilmiştir. İlgili maddede ifade hürriyetinin alt unsurlarına da

32 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi. Bakınız: <http://dusuncetarihi.kapadokya.edu.tr/makale/insan-ve-yurttas-haklari-bildirisi-1789.html>

33 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi. Bakınız: <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeac05.pdf>

yer verilmiş olup bunlar kişilerin fikirlerinden dolayı kınanmaması hakkı, ülke sınırları gözetilmeden bilgi ve düşünceleri ulaşma, bunları edinme ve yayma haklarıdır. Son olarak ilgili düzenlemede ifade hürriyeti hakkının kullanım araçları da “her vasıta ile” ibaresiyle koruma altına alınmıştır.

İfade hürriyeti ile alakalı bir diğer düzenleme de Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nde yer almaktadır. Sözleşmenin 19. maddesi şu şekildedir:

- “1. Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikirlere sahip olma hakkı vardır.
2. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak bir kim-
senin ülke hudutlarıyla sınırlanmaksızın sözlü, yazılı veya
basılı veya sanatsal ürün şeklinde veya kendi tercih ettiği
başka bir iletişim vasıtasıyla her türlü bilgi ve düşünceyi
arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerir.
3. Bu maddenin ikinci fıkrasındaki haklar özel bir ödev ve so-
rumlulukla kullanılır. Bu nedenle bu hak, sadece hukuken
öngörülen ve aşağıdaki sebeplerle gerekli olan sınırlamalara
tabi tutulabilir:
 - a) Başkalarının haklarına ve itibarına saygı;
 - b) Ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya sağlık ve ah-
lakı koruma.”³⁴

İlgili Sözleşme hem fikir (düşünce) sahibi olma hakkını hem de ifade hürriyetini aynı madde başlığı altında düzenlemiştir. Mad-
denin ilk fıkrasında herkesin hiçbir müdahale olmaksızın fikirlere
sahip olabileceği düzenlenmişken ikinci fıkrasında ise ifade özgür-
lüğü hakkı ve bu hakkın alt unsurlarındaki haklar düzenlenmiştir.
Yine aynı düzenlemede ifade hürriyetinin kullanılmasında araçlar
da koruma altına alınmıştır. Son olarak madde metninde ifade
hürriyetinin belli ödev ve sorumluluklar yüklediği belirtilmiş ve
hakkın sınırlandırılma sebeplerine de yer verilmiştir.

34 Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi. Bakınız: https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf

Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde yer alan bu düzenlemeye tamamen paralel olan bir diğer düzenleme ise Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 19. maddesinde yer almaktadır.³⁵ Bu düzenlemede de düşünce hürriyeti ile ifade hürriyeti ayrı ayrı düzenlenmiş olup hakkın sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. İlgili sınırlama sebepleri her iki sözleşmede de aynıdır. Uluslararası sözleşmelerde bu şekilde düşünce hürriyeti ile ifade hürriyetinin aynı başlık altında düzenlenmesi her iki hak arasındaki ilişkiyi ortaya koyar niteliktedir.

İfade hürriyeti ile alakalı en önemli düzenlemelerden biri de AİHS 10. madde düzenlemesidir. İlgili madde hükmü şu şekildedir;

“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”³⁶

İlgili düzenlemeden de anlaşılacağı üzere ifade hürriyeti herkese tanınan bir haktır. Düzenlemede hakkın unsurlarına da yer verilmiş olup sonrasında ifade özgürlüğü hakkının görev ve sorumluluklar yüklediğine değinilmiş ve hakkın sınırlandırılma sebeplerinden de bahsedilmiştir.

35 Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi. Bakınız: <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaralliskinSozlesme.pdf>

36 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. Bakınız: https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf

Son olarak Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 13. maddesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı 9. maddesinde de ifade özgürlüğü hakkında düzenlemelere yer verilmiştir. **İlgili düzenlemeler de diğer uluslararası düzenlemelere paralellik göstermektedir.**

3.2.Ulusal Düzenlemeler

Anayasa'nın 26. maddesinde "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlığı altında ifade özgürlüğü hakkı düzenlenmiş olup ilgili düzenleme şu şekildedir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."*³⁷

İlgili düzenleme uluslararası metinler ile paralel olup Anayasa'da da hak herkese tanınmıştır. Madde metninde hakkın alt unsurları olan diğer haklar ve ifade araçları düzenlenmiş ve ifade hürriyeti-

37 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. Bakınız: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>

nin korunmasına dâhil edilmiştir. Anayasal düzenlemenin ikinci fıkrasında ise hakkın özel sınırlandırma sebepleri belirtilmiştir. İfade özgürlüğü ile beraber diğer temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlandırma sebepleri ise Anayasa'nın 13. madde hükmünde düzenlenmiş olup madde metni şu şekildedir:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”³⁸

4. İfade Özgürlüğü Hakkının Nitelikleri

İfade özgürlüğü kavramı, kavramın unsurları ile uluslararası ve ulusal düzenlemeleri ışığında ifade hürriyetinin nitelikleri ortaya konulabilmektedir. Tüm bu başlıklar ışığında ifade özgürlüğü hakkının nitelikleri şu şekilde sıralanabilir:

4.1.İfade Özgürlüğü Demokratik Bir Toplumun Mihenk Taşıdır

AIHM ve AYM tarafından ifade özgürlüğü hakkında verilen hemen hemen her kararda ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun olmazsa olmazı olduğu konusunda vurgular yapılmaktadır. Zira bu hürriyet ile insanlar kendilerini sınırlandırmadan ve otosansür uygulamadan ifadede bulunabilirler. Kişilerin bu şekilde ifadede bulunmaları ise çoğulcu bir ortam sağlayacak olup çoksesli ve daha demokratik bir toplum inşasında fayda sağlayacaktır.³⁹ İşte bu nedenle ifade özgürlüğü yapıcı bir etkiye sahiptir ve bir toplumun demokratikleşmesinde mihenk taşı olma özelliğine sahiptir.

AIHM Handyside/Birleşik Krallık kararında ise demokratik bir toplumun inşasında o toplumun belli bir kesimini incitici, şok edici, dehşete düşürücü ifadelerin dahi korunması gerektiğini belirte-

38 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. Bakınız: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>

39 ZORLU, Süleyman Yasir. “Yargı Kararları Çerçevesinde İfade Özgürlüğü ve Sansür”, İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını. Bakınız: http://www.umut.org.tr/userfiles/files/Document/document_033cfb23f0d4490596da7424d4abdc2a.pdf

rek şu şekilde değerlendirmelerde bulunmuştur: *“İfade özgürlüğü, 10. maddenin 2. fıkrasına bağlı olarak, yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görülen bilgi veya düşünceler için değil, aynı zamanda devletin veya nüfusun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.”*⁴⁰

4.2.İfade Özgürlüğü Herkese Tanınmış Bir Haktır

Çalışmanın ikinci başlığında aktarılan düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere ifade hürriyeti herkese tanınan bir haktır. Bu bağlamda kişinin herhangi bir ülkenin vatandaşı olup olmaması önemli değildir. Kişinin vatandaşı olmadığı bir ülkede ifade hürriyetinin ihlal edilmesi durumunda da şayet o ülke AİHS’e taraf ise hakkı korunacaktır. Ek olarak kişinin gerçek veya tüzel kişi olması da hakkın korunması noktasında önem arz etmemektedir. Bu konuda AİHM Autronic/İsviçre kararında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: *“10. madde ister gerçek ister tüzel kişi olsun herkes açısından geçerlidir. Mahkeme, kar amacı giden kuruluşlar için de bu hakkın geçerli olduğunu kabul etmiştir. Bir şirketin kar amacı güdüp gütmemesi, statüsü ve özel işlevleri hakkın varlığı aşamasında değil sınırlandırılması aşamasında değerlendirilebilir.”*⁴¹ İlgili karardan da anlaşılacağı üzere ifade özgürlüğünün kar amacı güden kuruluşlar için dahi geçerli olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda bir kuruluşun kar amacı güdüp gütmemesi hakkın varlığı konusunda ziyade hakkın sınırlandırılması konusunda önem arz edecektir.

AİHM Incal/Türkiye kararında ise herkes için değerli olan ifade özgürlüğünün siyasi partiler ve aktif üyeleri için özellikle önem taşıdığını vurgulamıştır.⁴² Verilen AİHM kararlarından da anlaşıla-

40 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Handyside/Birleşik Krallık Kararı. Tarih: 07.12.1976. Bakınız: <https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=handyside.pdf>

41 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Autronic/İsviçre Kararı.

42 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Incal/Türkiye Kararı. Tarih: 09.06.1998. Bakınız: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-141254%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-141254%22]}), BYCHAWSKA-SINIARSKA, Dominika. *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması”*, Avrupa Konseyi Yayınları Uygulamacılar İçin El Kitabı. 2017.

çağı üzere ifade özgürlüğü gerçek kişiler, sivil toplum kuruluşları, siyasi partiler, kar amacı güden kuruluşlar ve diğer tüm tüzel kişilikler için geçerlidir.

AYM ise bazı kararlarından ifade özgürlüğü ihlal edilen kişinin şahsiyeti bağlamında “herkes için tanınma” ilkesini değerlendirmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi Abdullah Öcalan başvurusunda “*Herhangi bir kimsenin yalnızca kişiliğine bağlı olarak düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesi haklı kılınamayacağı gibi yasaklanmış bir örgütün bir mensubunun veya yöneticisinin görüş ve düşüncelerini açıklaması da tek başına düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılmaz. Zira böylesi bir değerlendirme, bazı kişi ve grupların Anayasa’nın 26. maddesinde teminat altına alınan haklardan yararlanmasına engel olacağından anayasal hakların kullanılması bakımından kabul edilemez.*”⁴³ şeklinde değerlendirme yaparak kişinin yalnızca kişiliğine bağlı olarak ifade özgürlüğünün sınırlandırılması durumunda herkes için tanınma ilkesinin ihlal edilebileceğine vurgu yapmıştır.

4.3.İfade Araçları da Hakkın Koruması Altındadır

Uluslararası ve ulusal düzenlemelerde düşüncelerin ifade ediliş biçimi ile ifadede kullanılan araçların da hakkın korumasından faydalandığı belirtilmektedir. Bu kapsamda kişiler sözle, yazıyla, broşürle, filmle, karikatürle, afişle, sosyal medyayla, basın ve yayın organlarıyla veya başka herhangi bir yolla ifadede bulunabilir ve bu yollar da hakkın korumasından faydalanır.

Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda “*Sözleşme’nin 10.maddesi sadece ifade edilen haber ve fikirlerin içeriğini değil, fakat aynı zamanda bunların nakledilme biçimlerini de korur. (Oberschlick V. Avusturya, Başvuru No: 20834/92, 57).*”⁴⁴ şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.

43 Anayasa Mahkemesi Abdullah Öcalan Başvurusu. Başvuru Numarası: 2013/409. Tarihi: 25.6.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/409?Dil=tr>

44 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı. Esas No: 2013/4-2436, Karar No: 2015/1731.

4.4.İfade Özgürlüğü Bazı Hakların Kullanılmasının Ön Koşulunu Oluşturur

Anayasa’da düzenlenen bazı hakların kullanılması için en başta genel olarak ifade özgürlüğü hakkının bulunması gerekir. Zira bu hak bazı haklar ile yakından ilişkili olup bazı hakların kullanılması için elzemdir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi Emin Aydın başvurusunda şu şekilde değerlendirmede bulunmuştur: *“İfade özgürlüğü, Anayasa’da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. Basın özgürlüğü, AİHS’de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin altında koruma altına alınmışken, Anayasa’nın 28-32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir.”*⁴⁵ Görüleceği üzere en başta basın özgürlüğü ifade hürriyetinin özel bir görünümü olarak kabul edilmektedir.

İfade özgürlüğü basın özgürlüğünün yanında internet özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü, bilgi edinme hakkı, iletişim hakkı, bilim ve sanat hürriyeti, süreli ve süresiz yayın hakkı, din ve vicdan hürriyeti, halkın gerçekleri öğrenme hakkı ve düşünce özgürlüğü ile de ilişkilidir.

4.5.İfade Özgürlüğü Mutlak Bir Hak Olmayıp Belli Sınırları Vardır

İfade özgürlüğü ile alakalı düzenlemeler incelendiğinde hakkı mutlak olmadığı ve belli koşullar dâhilinde sınırlandırılabilceği görülmektedir. Ancak ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilir bir hak olması hakka orantısız müdahalelerde bulunulabileceği anlamına gelmemelidir. Zira insan hakları hukukunun temel ilkelerinden biri olan “hakkın kullanılmasının kural, sınırlandırılmasının ise istisna olması” ilkesi ifade özgürlüğü için de geçerlidir. Bu bağ-

45 Anayasa Mahkemesi Emin Aydın Başvurusu Kararı. Başvuru Numarası: Başvuru Numarası: 2013/2602 Tarih: 23.1.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2602>

lamda istisna teşkil eden sınırlama sebeplerinin de dar ve katı yoruma tabii tutularak genişletilmemesi gerekir.⁴⁶

Anayasa Mahkemesi Ali Karatay başvurusunda “*Mutlak olmayan ve sınırlanabilir bir hak niteliğinde olan ifade özgürlüğü, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine tabidir.*”⁴⁷ diyerek hakkın mutlak bir hak olmadığını vurgular.

İfade özgürlüğünün sınırlarının dar yorumlanması ile alakalı Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise şu şekilde değerlendirmelerde bulunmaktadır: “*Düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin olabildiğince dar yorumlanması gerektiği, sınırlandırma için, önemli bir toplumsal gereksinim veya zorunluluğun bulunması, bu sınırlandırmanın meşru bir amacı gerçekleştirmek için yapılması, sınırlandırmada asla aşırıya gidilmemesi ve her hal ve koşulda sınırlandırmanın bireysel ve toplumsal gelişimi zedelemeyecek ölçüde olması görüşü genel ve yoğun bir kabul görmüştür.*”⁴⁸ İlgili karar hem sınırlama sebeplerinin istisnai olduğunu ve bu nedenle dar yorumlanmasını gerektiğini belirtmiş, hem de ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında uygulanması gereken ölçütleri ortaya koymuştur.

4.6.İfade Özgürlüğü Hakkı Bünyesinde Başka Hakları da Barındırır

İfadede bulunma süreci niteliği gereği belli süreçleri bünyesinde ihtiva eder ve her süreç aslında ifade özgürlüğü bünyesinde korunan başka bir hakkı temsil eder. Gerek AİHS gerek Anayasa düzenlemelerine bakıldığında ifade özgürlüğü bünyesinde bulunan diğer haklar bilgi edinme ve düşünme özgürlüğü, kanaat sahibi olma özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlükleridir.

46 ARSLAN, Zühtü. “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 139 – 155. 2002.

47 Anayasa Mahkemesi Ali Karatay Başvurusu Kararı. Başvuru Numarası: 2012/990. Tarihi: 10.12.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/990?-KelimeAra%5B0%5D=ya&page=872>

48 Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı. Esas No: 2007/8-244, Karar No: 2008/92.

Çalışmanın 1.2. kısmında ilgili özgürlüklerle alakalı detaylı açıklamalarda bulunulduğundan bu aşamada isimlerinin sayılması ile yetinilmiştir.

4.7.İfade Özgürlüğünün Belli Görev ve Sorumluluklar İle Kullanılması Gerekir

AİHS madde 10/2 hükmünde ifade özgürlüğünün kişiye belli görev ve sorumluluklar yüklediği belirtilmiştir. Bu kapsamda yargı kararlarında görev ve sorumluluklar ibaresinin daha çok basın mensupları için kullanıldığını belirtmekte fayda vardır. Zira basın niteliği gereği geniş kitlelere daha çabuk ulaşabilecek ve daha fazla kişiyi etkileyebilecek güçte bir organ olduğundan yapılan haberlerde basının görev ve sorumlulukları olduğu bilincinde hareket etmesi gerekecektir.

AİHM, basın mensupları ile alakalı Sürek/Türkiye (No:4) davasında basın mensuplarının görev ve sorumluluklarının gerginlik ve çatışma ortamlarında daha da arttığını belirtmektedir. Bu kapsamda basın, çatışma ve şiddet ortamında kin ve nefrete sürükleyici düşünce açıklamalarında bir araç olarak kullanılmamalıdır. Basın terör örgütü propagandası yapan kişilerin düşüncelerini aktarırken görev ve sorumlulukları bilinciyle hareket etmelidir.⁴⁹

Danıştay 13. Dairesi ise bir kararında basının görev ve sorumlulukları ile alakalı şu şekilde değerlendirmelerde bulunmuştur: *“İfade özgürlüğünün demokratik toplumların en önemli temellerinden biri olduğu, basına görev ve sorumlulukları çerçevesinde kamu yararına ilişkin haber ve fikirleri iletme görevi düştüğü, demokratik bir sistemde hükümetin eylemlerinin, adli ve yasal güçlerin, basının ve aynı zamanda kamuoyunun denetimi altında bulunmasının gerekli olduğu, bu itibarla mevcut davada, dava konusu programın yolsuzluk, güvenlik güçlerinin teröristlerle mücadelesi ya da devletle mafya arasında olası bir bağlantı olması gibi basında da geniş yer tutan çeşitli sorunlara değinildiği, bu bilgilerin daha önce de kamuoyuna sunulduğu, ayrıca bu*

49 BOZKURT, Enver, DOST, Süleyman. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 7 (1), 47 – 74, 2002. Bakınız: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/195090>

yayınlar sırasında her defasında alıntı yapıldığı ve söz konusu bölümlerin yayımlandığı gazetenin adının ve tarihinin belirtildiğinin vurgulandığı, sonuç olarak davacı şirkete uygulanan cezanın, öngörülen amaçlarla orantılı olmadığı ve buna bağlı olarak da demokratik bir toplumda gereklilik arz etmediğinin belirtildiği; buna göre, davacı şirkete ait radyonun 08.06.1998 tarihli Ter-
sname isimli haber programındaki ifadelerin, yorumsuz olarak ve bir gazete haberinden alıntı olarak verildiği hususları dikkate alındığında, haber verme ve basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gibi, toplumu şiddet, terör ve etnik ayrımcılığa sevk edecek ve toplumda nefret duyguları oluşturacak nitelikte olmadığı, dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata uygunluk görülmediği...”⁵⁰

5. İfade Özgürlüğünün Sınırları

İfade özgürlüğü mutlak bir hak olmayıp Sözleşme ve Anayasa’da düzenlenen belli sınırlama sebepleri dâhilinde sınırlandırılabilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki gerek Sözleşme’nin “hakkın kötüye kullanılması” başlıklı 17. maddesi ve gerekse de Anayasa’nın 13. maddesi gereği ifade özgürlüğüne getirilen hiçbir sınırlama ile hakkın özüne dokunulamaz.

Bu kapsamda AİHS 10/2 ve Anayasa 26/2 ve 13 hükümleri ayrı ayrı değerlendirilerek ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında uygulanması gereken kurallar aktarılacaktır:

5.1.AİHS 10/2 Düzenlemesi

“Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

⁵⁰ Danıştay 13. Daire, Esas No: 2009/13060, Karar No: 2013/3694.

AIHS 10/2 hükmü gereğince ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için gereken şartlar şu şekildedir:

- Sınırlamanın yasayla öngörülmüş olması
- Sınırlamanın meşru bir amaca dayanması
- Ulusal güvenlik
- Toprak bütünlüğü veya kamu güvenliği
- Kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi
- Sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması
- Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması
- Sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması

5.2. Anayasa 26/2 ve 13 Düzenlemeleri

Anayasanın 13. maddesi genel anlamda temel hak hürriyetlerin sınırlandırılması ile alakalı rejimi düzenlemektedir. Bu kapsamda ifade özgürlüğü de 13. madde de belirtilen kurallar çerçevesinde sınırlandırılabilir.

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

İlgili maddeye göre genel sınırlama sebepleri şu şekildedir:

- Sınırlama hakkın özüne dokunamaz.
- Sınırlama ilgili hakkın özel sınırlama sebeplerinden en az birine dayanmalıdır.
- Temel hak ve hürriyetler sadece kanunla sınırlandırılabilir.
- Sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamaz.

- Sınırlama ölçülü olmalıdır.

Anayasa'nın 26/2 hükmündeki özel sınırlama sebepleri ise şu şekildedir:

“Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”

İlgili hükme göre özel sınırlama sebepleri AİHS 10/2 hükmünde belirtilen meşru sınırlama sebepleri ile paralellik göstermektedir. Bu sebepler şu şekildedir:

- Millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması
- Suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması
- Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması
- Başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması
- Yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi

Görüleceği üzere AİHS ve Anayasa'da düzenlenen ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler paralellik teşkil etmektedir ve bu sınırlama sebepleri hep birlikte AİHM ve AYM içti-hadında uygulanan “3 aşamalı test” uygulamasını oluşturmaktadır.

5.3. Aşamalı Test Uygulaması

AİHM ve AYM ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğini araştırırken AİHS ve Anayasa düzenlemeleri doğrultusunda hazırlanan 3 aşamalı testi olaya uygulamakta ve ilgili teste göre ihlal kararını değerlendirmektedir. Test üç sorudan oluşmakta olup bir önceki soruya olumlu cevap verilmemesi halinde ihlal kararına da hükme-

dilmemektedir. Bu nedenle bir olayda ihlal kararı verilebilmesi için testin her sorusuna olumlu yanıt verilmelidir.

3 aşamalı test ve sorulan üç soru ise Anayasa Mahkemesi'nin Fatih Taş başvurusunda şu şekilde aktarılmıştır: *“İfade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olup olmadığının, gerçekleştirilen müdahalenin yasayla öngörülmüş olup olmadığı, müdahalenin meşru amaçlara dayanıp dayanmadığı ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı temelinde incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.”*⁵¹

Buna göre 3 aşamalı test uygulaması ve cevaplanması gereken üç soru şu şekildedir:

5.3.1. Sınırlama Yasayla Öngörülmüş Mü?

AIHS ve Anayasa düzenlemelerine göre ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için gereken ilk koşul sınırlamanın yasayla öngörülmesidir. Ancak bu konuda sınırlamayı öngören yasal düzenlemelerin de sahip olması gereken belli özellikler bulunmaktadır.

İlk olarak sınırlamayı öngören yasal düzenlemenin belirli, açık ve net bir düzenleme içermesi gerekmektedir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi Ali Karatay başvurusunda şu şekilde değerlendirmede bulunmuştur: *“Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir takım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların kamu otoritesine hangi müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp, davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olması-*

51 Anayasa Mahkemesi Fatih Taş Başvurusu. : Başvuru Numarası: 2013/1461, Karar Tarihi: 12.11.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1461?KelimeAra%5B0%5D=ya&page=704>

nı, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”⁵²

İlgili değerlendirmeden de anlaşılacağı üzere ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerini içeren yasanın hem hakkı sınırlanacak olan kişi için hem de hakkı sınırlayacak olan idare için hiçbir te-reddüte yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gerekmektedir. Bu gereklilik doğrudan hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olan belirlilik ilkesi ile bağlantılıdır.

Belirlilik ilkesi ile bağlantılı olan bir diğer sonuç ise sınırlamayı öngören yasanın sınırlama nedeni ile birlikte hangi durumda hangi yaptırımın uygulanabileceğini de düzenlemesi gerektiğidir. Yasa hangi somut olayda hangi yaptırımın uygulanacağını da düzenlemelidir ki, kişi kendi davranış kalıbını yasaya uydurabilsin ve ortadaki hukuka aykırılık ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulmadan kişi tarafından kaldırılabilir. Bununla bağlantılı olarak yasaların erişilebilir olması da gerekmektedir. Zira erişilebilir olmayan bir yasaya kişi ulaşamaz ve davranış kalıplarını yasaya uyduramaz.⁵³

İlgili konuda yasadaki anlaşılması gereken işlemlerin neler olduğu üzerinde de durulmasında fayda vardır. AİHM değerlendirmelerinde ifade özgürlüğünün sınırlama sebeplerinin öngörüleceği yasaların şekli anlamda yasa değil de maddi anlamda yasa olduğunu belirtmektedir. Zira bir ülkenin sınırlama sebeplerini hangi işlemlerle öngöreceği o ülkenin iç sorunudur ve AİHM buna müdahale etme yetkisini kendisinde görmemektedir. Bu bağlamda yasadaki anlaşılması gereken şey münhasıran yasama organı tarafından oluşturulmuş yazılı kurallar değil yazılı olmayan hukuk kurallarını da kapsar. Yasa ibaresinden sadece kanun da anlaşılmalıdır. Kural koyan her türlü yazılı kurallar yasa kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bağlamda kanun, tüzük, yönetmelik, kararname, yazılı olmayan kurallar gibi tüm düzenleyici hukuk kuralları yasa kavramının içinde yer alır.⁵⁴

52 Anayasa Mahkemesi Ali Karatay Başvurusu. Başvuru Numarası: 2012/990. Tarihi: 10.12.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/990?KelimAra%5B0%5D=ya&page=872>

53 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Centro Europa S.R.L. ve Di Stefano/İtalya Davaları.

54 ÖZBEY, Özcan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62 (1), s. 93 – 146. 2013. Bakınız: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/623309>

Aktarılan kriterler doğrultusunda ifade özgürlüğü sınırlaması yasayla öngörülmüş ise 3 aşamalı testin ikinci sorusuna geçilir.

5.3.2. Sınırlama Meşru Amaçlardan En Az Birine Dayanıyor Mu?

AIHM ve AYM testin ikinci aşamasında sınırlamanın AIHS 10/2 ve Anayasa 26/2 hükümlerindeki meşru amaçlardan birine dayanıp dayanmadığını araştırmaktadır.

Mahkemeler her somut olayı kendi içinde değerlendirerek yapılan sınırlamanın meşru bir amaca dayanıp dayanmadığını kendisi araştırmaktadır. Bu bağlamda sınırlamayı yapan idarelere düşen sınırlamanın dayandığı meşru amacı hiçbir tereddüt oluşturmaya-cak şekilde gerekçeli bir biçimde ortaya koymaları gerekmektedir.

Sınırlama AIHS ve Anayasa’da belirtilen meşru sınırlama amaçlarından birine dayanıyorsa testin son sorusuna geçilir.

5.3.3. Sınırlama Öngörülen Amaca Ulaşmak İçin Gerekli ve Orantılı Mıdır? Demokratik Toplum Düzeninde Zorunlu Mudur?

3 aşamalı test uygulamasında değerlendirmesi en zor ve karmaşık aşama üçüncü aşamadır. Zira mahkemeler burada müdahaleyi gerçekleştiren ülkeyi müdahale tarihindeki koşulları içinde ayrıca incelemekte ve buna göre karar vermektedir. Üstelik müdahalenin gerekliliği ve orantılılığı konusu da ayrı tartışma başlıklarına yol açmaktadır.

Anayasa Mahkemesi Ali Karatay başvurusunda demokratik toplum düzeninde gereklilik hususunu şu şekilde yorumlamaktadır: “Anayasa’da belirtilen ‘demokrasi’ kavramı, çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanmalıdır. ‘Demokratik toplumda gereklilik’ ölçütü, Anayasa’nın 13. maddesi ile Sözleşme’nin “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünün bulunduğu 9., 10. ve 11. maddeleri arasındaki uyumu açıkça yansıtmaktadır. Bu itibarla, ‘demokratik toplumda gereklilik’ ölçütü; çoğulculuk, hoş-

görü ve açık fikirlilik temelinde yorumlanmalıdır.”⁵⁵ Görüleceği üzere demokratik toplumda gereklilik konusu tamamen demokrasi, çoğulculuk ve açık fikirlilik kriterleri ile değerlendirilmektedir. Bu nedenle yapılacak olan değerlendirmede somut olaydaki müdahale ile alakalı şu soru sorulmalıdır: yapılan müdahale çoğulcu ve açık fikirli bir toplumun bakış açısı ile örtüşüyor mu?

AYM yine aynı kararında devamla “*AİHM de konuyla ilgili ilk kararlarından itibaren, Sözleşme’nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında geçen “gerekli” kavramını Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına benzer bir biçimde açıklamıştır. AİHM’ye göre “gerekli” kavramı, “toplumsal bir ihtiyaç baskısı”nu (“pressing social need”) ima etmektedir (Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7.12.1976, § 48). O halde ifade özgürlüğüne yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Bu çerçevede bir müdahale, meşru amaç taşıyan orantılı bir müdahale olmalıdır; ikinci olarak müdahalenin haklılığı için kamu makamlarının gösterdikleri gerekçeler konuyla ilgili ve yeterli olmalıdır.” değerlendirmelerinde bulunmaktadır. İlgili metinden de anlaşılaacağı üzere AİHM gereklilik kavramını “toplumsal bir ihtiyaç baskısı” şeklinde değerlendirmektedir. Yani toplumda ilgili ifadeye müdahalede bulunulması noktasında bir ihtiyaç baskısı bulunuyorsa yapılacak müdahale gereklilik kriterini taşımaktadır denilebilir. Bir başka anlatımla çoğulcu ve açık fikirli toplum müdahale edilecek ifadeye de kendisi karar vermelidir. Devlet bu bağlamda keyfi müdahalelerde bulunmamalıdır.*

Ek olarak belirtmek gerekir ki, yapılacak olan müdahalenin toplumsal bir ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı noktasında ilk aşamada takdir yetkisi ulusal makamlardadır. Bu nedenle herhangi bir ifadeye müdahale edilirken ilk olarak ulusal makamların 3 aşamalı testi bilmesi ve uygulaması ve bunun sonucunda takdir yetkisini kullanması hak ihlallerini azaltabilecektir. Sonrasında yapılan müdahaleyi değerlendirme görevi mahkemelerdedir.⁵⁶

55 Anayasa Mahkemesi Ali Karatay Başvurusu. Başvuru Numarası: 2012/990. Tarihi: 10.12.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/990?KelimAra%5B0%5D=ya&page=872>

56 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı. Dudgeon/Birleşik Krallık Kararı.

Üçüncü aşamada değerlendirilmesi gereken bir diğer konu ise yapılan müdahalenin orantılı olup olmamasıdır. Orantılılık ilkesinden anlaşılması gereken husus hedeflenen amaca ulaşabilmek adına yapılan müdahalenin buna elverişli olmasıdır. Bu bağlamda AYM tarafından yüksek güvenlikli cezaevinde hükümlü olarak bulunan başvuruçunun odasında bulundurduğu kitap sayısının on ile sınırlandırılması ile elde edilmek istenen oda ve koğu düzeninin sağlanması amacına ulaşmak için yapılan sınırlama işleminin ölçülü olmadığı söylenemeyeceğine ilişkin karar verilmiştir.⁵⁷

Son olarak yapılan müdahalenin hakkın özüne dokunmaması esastır. Bu hem AİHS 17. madde hem de Anayasa 13. madde hükümleri gereğidir. Anayasa Mahkemesi Nilgün Halloran başvurusunda ilgili konu ile alakalı şu şekilde değerlendirmelerde bulunmuştur: *“Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihatlarında demokratik toplumu, ‘Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler.’ (AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24.9.2008) biçiminde tarif etmiştir. Diğer bir deyişle yapılan sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunarak, kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır. Öze dokunmama ya da demokratik toplum gereklerine uygunluk kriterleri, öncelikle düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. Nitekim AİHM de demokratik toplumda gerekli olmayı, ‘zorlayıcı sosyal ihtiyaç’ şeklinde somutlaştırmak-*

57 Anayasa Mahkemesi Özkan Kart Başvurusu. Başvuru Numarası: 2013/1821, Karar Tarihi: 5.11.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1821?KelimeAra%5B0%5D=ya&page=714>

tadır. Buna göre, sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanması ya da gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez.”⁵⁸

İlgili değerlendirmeye göre hakka yapılan müdahale hakkın kullanılmasını engellememeli veya aşırı derecede zorlaştırmamalıdır. Eğer yapılan müdahale ile hakkın kullanımı duruyorsa, hak etkisiz hale geliyorsa ve araç ile amaç arasındaki denge bozuluyorsa yapılan müdahale demokratik toplum düzenine uygun değildir. Zira demokratik toplum düzeni temel hak ve hürriyetlerin korunduğu ve zorunlu olmadıkça müdahale edilmediği bir ortamı sağlamaktadır.

Son olarak devlet tarafından yapılan müdahalenin son çare niteliğinde olması gerektiğini de belirtmekte fayda vardır.

6. Chilling Effect (Caydırıcı Etki - Soğutma Etkisi)

İfade hürriyetinin sınırlandırılmasında AİHM içtihatları ile geliştirilen 3 aşamalı testin devlet ve devlet organları eliyle uygulanması büyük önem taşımaktadır. Zira 3 aşamalı test sadece yargı makamları tarafından ihlal araştırmasında uygulanması gereken bir test olmayıp aynı zamanda idarelerce hakkın sınırlandırılmasında da uygulanması gereken bir test olmalıdır. Sadece bu durumda ifade özgürlüğü ihlallerinin önüne geçilebilir.

İfade özgürlüğüne 3 aşamalı test uygulanmadan yapılan hukuka aykırı müdahaleler sonucunda ifade özgürlüğüne has bir kavram olan “chilling effect” tehlikesi meydana gelebilecektir. Bu kavram Anayasa Mahkemesi kararlarında caydırıcı etki, AİHM kararlarında ise soğutucu etki olarak geçmektedir.

Anayasa Mahkemesi Bekir COŞKUN kararında “*yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde kesintiye uğratan bir etki si vardır ve sonunda kişi denetim süresini yeni bir mahkûmiyet almadan geçirse bile kişinin bu etki altında ileride düşünce açık-*

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi Nilgün Halloran Başvurusu. Başvuru No: 2012/1184, Karar Tarihi: 16.7.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1184?-Dil=tr>

lamalarından veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riski bulunmaktadır.”⁵⁹ şeklinde değerlendirmede bulunarak caydırıcı etkinin ne kadar tehlikeli olduğuna dikkat çekmektedir.

Anayasa Mahkemesi Tansel Çölaşan kararında da benzer değerlendirme bulunmuştur: “*Kamusal tartışmalara katılan bireylerin hafif bile olsa yaptırıma maruz kalma endişesi taşımaları, bireylerin düşüncelerini açıkça ifade etmeleri üzerinde kesintiye uğratici etki doğurur. Kişilerin böyle bir etki altında, ileride düşüncelerini açıklamaktan ve yaymaktan imtina etme riski bulunmaktadır.*”⁶⁰

AİHM kararlarında ise soğutucu etki kavramı daha çok basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Devlet eliyle basına yapılan orantısız müdahaleler sonucunda basın organlarının haber yaparak bilgi yaymaktan çekinmesi durumunda kendilerine uyguladıkları otosansür kamunun gözcüleri niteliklerine zarar vermekte hem de demokratik toplum yapısını zedelemektedir.

Tüm aktarılanlar sonucundan chilling effect (soğutucu – caydırıcı etki) kavramı devletin çok sık bir şekilde ifade özgürlüğüne ağır ve orantısız müdahalelerde bulunması ve bunun sonucunda bireylerin otosansür uygulayarak ifadede bulunmaktan çekinmesi olarak tanımlanabilir.⁶¹

7. SONUÇ

İfade özgürlüğü geçmişten günümüze kadar en önemli insan haklarından biri olmuştur. Zira niteliği gereği hem belli hakların kullanılmasının ön koşulunu oluşturmakta hem de bünyesinde alt unsur olarak birden fazla hak barındırmaktadır. Üstelik ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun olmazsa olmazı olarak görülmekte ve çoğulculuğun, açık fikirliliğin ve hoşgörünün sağlanabil-

59 Anayasa Mahkemesi Bekir Coşkun Başvurusu. Başvuru No: 2014/12151, Tarih: 4.6.2015. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/12151>

60 Anayasa Mahkemesi Tansel Çölaşan Başvurusu. Başvuru No: 2014/6128, Tarih: 7.7.2015. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/6128>

61 GÜL, Sercan. “İfade Özgürlüğü Sınırlandırılırken Uygulanması Gereken 3 Aşamalı Test ve Bu Testin Uygulanmaması Durumunda Ortaya Çıkabilecek Tehlike: Chilling Effect”, 7. Uluslararası Hukuk Kongresi Bildirisi, 2021.

mesi için gerekmektedir.

Bireyin ifadede bulunma serüveni bir süreçtir ve bu süreç temelde üç aşamalı olup her aşama aslında genel bir başlık olan “fikir hürriyetinin” alt haklarını oluşturmaktadır. Bu bağlamda kişi ilk olarak bilgi edinme ve edindiği tüm farklı bilgileri de hiçbir müdahaleye maruz kalmadan değerlendirme hakkına sahiptir. Birey edindiği bilgileri kendi zihin süzgecinden geçirdikten sonra ikinci aşama olan kanaat sahibi olma hakkı söz konusu olacaktır. Zira kişi artık düşünceleri sonucunda belli bir fikre/kanaate sahiptir. Son aşama ise kişinin sahip olduğu fikirleri ifade etmesi, yani bunları açıklaması ve yayması hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa düzenlemeleri ile asıl korunması gereken aşama kişinin fikirlerini kendi egemenlik alanından çıkartarak topluma tezahür ettirdiği alandır ki, bu aşamadan itibaren fikirler toplumca ya olumlu ya da olumsuz karşılanacaktır. Bu da ilgili ifadeye bir müdahale yapılabileceği anlamına gelebilir.

İfade özgürlüğü mutlak bir hak olmayıp belli sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamalar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa’da genel ve özel sınırlama sebepleri olarak düzenlenmiştir. İlgili sınırlama sebeplerinden de ifade özgürlüğünün ihlal iddiasından uygulanması gereken 3 aşamalı test ortaya çıkmaktadır. Testin ilk basamağında sınırlama sebebinin yasayla öngörülüp öngörülmediği araştırılır. İkinci aşamada sınırlamanın meşru amaçlardan birine hizmet edip etmediği irdelenir. Son olarak ise yapılan sınırlamanın demokratik bir toplumda elzem olup olmadığı, gerekliliği ve orantınlılığı değerlendirilir. Her bir aşamadaki sorulara olumlu yanıt verilmesi durumunda ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine karar verilir.

İlgili testin sadece yargı makamları tarafından değil aynı zamanda müdahalede bulunacak idareler tarafından uygulanması da önem arz eder. Zira test, ifade özgürlüğüne yapılan hukuka aykırı müdahaleleri en aza indirmekte bir araç olarak kullanılabilir. Devlet tarafından bu teste uyulmaması ve hakka orantısız şekilde hukuka aykırı devamlı müdahale edilmesi durumunda chilling effect tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Bu da kişinin kendisine otosansür uygulayarak ifadede bulunmaktan çekinmesi anlamına gelir.

KAYNAKÇA

- BYCHAWSKA-SINIARSKA, Dominika. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması”, Avrupa Konseyi Yayınları Uygulamacılar İçin El Kitabı. 2017
- “İfade Özgürlüğü İle İlgili Türk Yüksek Mahkeme Kararları Kaynakçası”, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi Kitabı. <https://rm.coe.int/16807005e3>
- KARAN, Ulaş. “İfade Özgürlüğü”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2, 2018. Bakınız: https://www.anayasa.gov.tr/media/3545/02_ifade_ozgurlugu.pdf
- ŞEN, Murat, KAPLAN, Recep. “T.C. Anayasa Mahkemesinin İfade Özgürlüğü Konusunda Verdiği Kararların Özeti”, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi Yayını. Bakınız: <https://rm.coe.int/16807005e5>
- ARSLAN, Zühtü. “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 139 – 155. 2002.
- BAHÇE, Ahmet, DEMİR, Abdullah, “İfade Özgürlüğünün Teorik Boyutu ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğü”, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi. 4 (2), 41-80. Bakınız: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/982180>
- BOZKURT, Enver, DOST, Süleyman. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 7 (1), 47 – 74, 2002. Bakınız: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/195090>
- GÖREN, Zafer. “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 31-60. Bakınız: http://www.istanbulticaret.edu.tr/Uploads/yayin/sosyal/31_60_Zafer_Goren.pdf
- KARAKAYA, Yavuz Selim. “İfade Özgürlüğünün En Yeni İhlali: Wikipedia’ya Erişim Engeli”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (2), s. 103 – 124. 2018
- KÜÇÜK, Adnan. “İfade Hürriyetinin Unsurları”, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları. 2003. Bakınız: <http://www.liberal.org.tr/uploads/yuklemeler/%C4%B0fade%20H%C3%BCrriyetinin%20Unsurlar%C4%B1%20-%20Adnan%20K%C3%BC%C3%A7%C3%BCK.pdf>
- ÖZBEY, Özcan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62 (1), s. 93 – 146. 2013. Bakınız: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/623309>

- YAYLA, Atilla. “İfade Hürriyeti Nedir ve Niçin Gereklidir?”, Liberal Düşünce Dergisi, Cilt: 50, s. 159-175. 2008. Bakınız: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/791552>
- ZORLU, Süleyman Yasir. “Yargı Kararları Çerçevesinde İfade Özgürlüğü ve Sansür”, İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını. Bakınız: http://www.umut.org.tr/userfiles/files/Document/document_033cfb23f0d4490596da7424d4abdc2a.pdf
- BALOĞLU, Çiğdem. “İfade Özgürlüğü”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi. 2006. Bakınız: <http://dspace.kocaeli.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11493/10742/204361.pdf?sequence=1>
- KARANLIK, Meltem. “Susma Hakkı”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi. 2019. Bakınız: https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/87194/yokAcikBilim_10294464.pdf?sequence=-1&isAllowed=y
- KILAVUZ, Mehmet. “1982 Anayasasında İfade Özgürlüğü ve Sınırlanması”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. 2014. Bakınız: https://acikbilim.yok.gov.tr/bitstream/handle/20.500.12812/563501/yokAcikBilim_10035934.pdf?sequence=-1&isAllowed=y
- GÜL, Sercan. “İfade Özgürlüğü Sınırlandırılırken Uygulanması Gereken 3 Aşamalı Test ve Bu Testin Uygulanmaması Durumunda Ortaya Çıkabilecek Tehlike: Chilling Effect”, 7. Uluslararası Hukuk Kongresi Bildirisi, 2021.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Autronic/İsviçre Kararı
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Centro Europa S.R.L. ve Di Stefano/İtalya Kararı. Tarihi: 07.06.2012
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı. Dudgeon/Birleşik Krallık Kararı
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Handyside/Birleşik Krallık Kararı. Tarih: 07.12.1976. Bakınız: <https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=handyside.pdf>
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Incal/Türkiye Kararı. Tarih: 09.06.1998. Bakınız: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-141254%22%5D%7D>
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Vont/Almanya Kararı. Tarih: 26 Eylül 1995
- Anayasa Mahkemesi Abdullah Öcalan Başvurusu. Başvuru Numarası: 2013/409. Tarihi: 25.6.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/409?Dil=tr>
- Anayasa Mahkemesi Ali Karatay Başvurusu Kararı. Başvuru Numarası: 2012/990. Tarihi: 10.12.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/990?KelimeAra%5B0%5D=ya&page=872>

- Anayasa Mahkemesi Bekir Coşkun Başvurusu. Başvuru No: 2014/12151, Tarih: 4.6.2015. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/12151>
- Anayasa Mahkemesi Emin Aydın Başvurusu Kararı. Başvuru Numarası: 2013/2602 Tarih: 23.1.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2602>
- Anayasa Mahkemesi Fatih Taş Başvurusu: 2013/1461, Karar Tarihi: 12.11.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1461?KelimeAra%5B0%5D=ya&page=704>
- Anayasa Mahkemesi Nilgün Halloran Başvurusu. Başvuru No: 2012/1184, Karar Tarihi: 16.7.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1184?Dil=tr>
- Anayasa Mahkemesi Özkan Kart Başvurusu: 2013/1821, Karar Tarihi: 5.11.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1821?KelimeAra%5B0%5D=ya&page=714>
- Anayasa Mahkemesi Tansel Çölaşan Başvurusu. Başvuru No: 2014/6128, Tarih: 7.7.2015. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/6128>
- -Anayasa Mahkemesi Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu. Başvuru Numarası: 2014/3986. Karar Tarihi: 02.04.2014. Bakınız: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3986>
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Esas No: 2013/4-2436, Karar No: 2015/1731
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı. Esas No: 2007/8-244, Karar No: 2008/92
- Danıştay 13. Daire, Esas No: 2014/3811, Karar No: 2014/8564 Danıştay 13. Daire, Esas No: 2009/13060, Karar No: 2013/3694
- Danıştay Kararı. Esas No: 2013/1727. Karar No: 2014/377

ANAYASA MAHKEMESİNİN KESER ALTINTAŞ BAŞVURUSUNUN ANAYASANIN KORUNMASI VE HAK ARAMA HÜRRİYETİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Ezgi SİVRİKAYA¹

ÖZET

Adil yargılanma hakkı, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne en çok ihlal iddiası ile taşınan haklardan biridir. Bu hak, kapsamında makul sürede yargılanma hakkını da barındırmakta iken makul sürede yargılanma hakkının adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olduğu söylenebilmektedir. Ne var ki mahkemeler iş yükünün çok olması ya da istihdamdaki kısıtlı sayı sebebi ile yargılamaları kısa sürede tamamlayamamaktadır. Böyle durumlarda yargılamaların uzun sürmesi sistematik hale gelebilmekte ve makul sürede yargılama hakkı ihlali adeta normal uygulama halini alabilmektedir. Bu gibi durumlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pilot karar uygulaması geliştirilmiş ve belli kriterler ortaya koyarak, esas çözümü üretmesi gereken aleyhe başvuru yapılan devletlerin çözüm üretmeyişi üzerine başvuruların incelenmesini sürdürülebilir bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi bakımından da benzer biçimde sistematik ihlal olan durumlarda pilot karar uygulamaları bulunmakla birlikte, makul sürede yargılama hakkı bakımından uygulanacak pilot karar usulü adil yargılama hakkı bakımından oldukça sakıncalı bir pozisyonda yer almaktadır. Bu çalışma kapsamında Anayasa Mahkemesi tarafından Keser Altıntaş başvurusu üzerine verilen karar, hak arama hürriyeti ile ilişkisi ve mahkemenin verdiği kararların kendi içinde tutarlılığı bakımından irdelenecektir.

ANAHTAR KELİMELER: Adil Yargılanma Hakkı, Makul Sürede Yargılanma Hakkı, Hak Arama Hürriyeti, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasayı Koruma Ödevi, Pilot Karar Usulü

¹ İstanbul Barosu Avukatlarından, Türk Alman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi

1. Giriş

Yürürlükte bulunan Anayasa'nın 125.maddesi² gereği idare her türlü eylem ve işlemlerinde yargısal bir denetime tabidir. Bu husus hukuk devleti olmanın bir gereği iken, devletin eylem ve işlemlerinden ötürü hesap verebilir olmasını başka bir ifade ile hukuk ile bağlı kalmasını sağlamaktadır.

Diğer yandan anayasada düzenlenmiş bulunan temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması sadece bir metinde yer almasının ötesinde bir düzen gerektirmektedir. Kelsen'in bir hukuk devletinde merkezi bir anayasa mahkemesinin kurulmasının gerekli olduğu görüşü³ yürürlükte bulunan Anayasa'nın 125.maddesini de bir anlamda temellendiren görüşe denk düşmektedir. Zira Kelsen'in demokratik bir hukuk düzeninin kurumsallaşması ve korunmasını sağlayacak ideal hukuk tekniğinin anayasa mahkemesi olduğu görüşü⁴ Türk Hukuku bakımından da güncelliğini koruyan bir yerde durmaktadır.

İdarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi oluşu ise, idare bakımından denetimi somutlaştırır iken, bireyler bakımından da hak arama hürriyetinin somutlaşmış halini ortaya koymaktadır. Nitekim idarenin eylem ve işlemlerinin etki doğurduğu bireyler bakımından da bu yargısal yolun açık olması, hak arama hürriyetinin kullanılacağı ihtimallere gebedir. Öyle ki Anayasa'nın hak arama hürriyeti kenar başlıklı 36.maddesi⁵ bireylere meşru vasıta ve yollardan yargısal imkân tanır iken, mahkemelere de görev ve yetkisi dahilinde bulunan davaya bakmaktan kaçınmama yükümlülüğü getirmektedir.

Bu çalışma kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne yapılan Keser Altıntaş başvurusuna dair tesis edilen karar, mahkemenin görev alınan giren bir davaya bakma yükümlülüğünden kaçınması ve

2 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 9/11/1982, Sayı: 17863 (Mükerrer)

3 Berke Özenç, Demokrasii ve Anayasayı Korumak Kelsen Schmitt'e Karşı, İstanbul, İletişim Yayınları, İstanbul, s.25

4 Özenç, s.27

5 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, Yayımlandığı Resmi Gazete: Tarih: 9/11/1982, Sayı: 17863 (Mükerrer)

anayasal güvence altında olan bir hakkın bizzat anayasaya uygunluk bakımından güvence sağlayan mahkeme tarafından gözetilmesinin sakıncaları üzerinden irdelenecektir.

2. Bireysel Başvuruya Konu Olay⁶

Başvurucu Keser Altıntaş, tapu iptal ve tescil davasının uzun sürmesi sebebi ile makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla 14.03.2023'te Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

Başvuruya konu uyuşmazlık bakımından, başvuru 14/12/2016 tarihinde Van Büyükşehir Belediye Başkanlığı, Gevaş Belediye Başkanlığı ve Gevaş Mal Müdürlüğü aleyhine Gevaş Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştır. Açılan bu dava ile kadastro çalışmaları sırasında tespit harici yol olarak bırakılan taşınmazın eski tapu kaydına göre başvuru Keser Altıntaş adına tesciline karar verilmesini talep etmiştir. Yargılama sırasında M.B. isimli kişi asli müdahale dilekçesi vererek taşınmazın kendi adına tescilini talep etmiştir. Mahkeme 12/12/2017 tarihinde başvuru açtığı davanın kabulüne, tapu kaydının iptali ile taşınmazın davacı Keser Altıntaş adına tapuya kayıt ve tesciline, asli müdahil M.B' nin açtığı davanın reddine karar vermiştir. Davalıların karara dair istinaf talebi üzerine Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesince ilk derece mahkemesince tesis edilen karar kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir. Yargılamaya yeniden başlayan Gevaş Asliye Hukuk Mahkemesi 1/11/2022 tarihinde davanın kabulüne, tapu kaydının iptali ile taşınmazın davacı adına tapuya kayıt ve tesciline, asli müdahilin açtığı davanın açılmamış sayılmasına karar vermiştir.

Mahkeme yapılan başvuruyu değerlendirirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Türkiye aleyhine yapılan yargılamaların uzun sürdüğü ve makul sürede sonuçlanmadığı iddiası ile yapılan başvurulara ilişkin değerlendirmelere atıf yapmıştır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çok sayıda verdiği ihlal kararı sonrası makul sürede yargılama hakkının ihlaline yönelik

6 Keser Altıntaş Başvurusu, Başvuru Numarası: 2023/18536, Karar Tarihi: 25.07.2023, Yayınlandığı Resmi Gazete Sayısı: 32335, Yayınlandığı Tarih: 10 Ekim 2023

etkin bir başvuru yolu bulunmaması sebebi ile Sözleşmenin 13. Maddesinin ihlal edildiği belirtmiş ve bu yönde yapısal bir sorun olduğuna işaret ederek pilot karar usulüne geçtiği örneksenmiştir. Anayasa Mahkemesi de bu örnek üzerinden gerekçelendirerek Nevriye Kuruç⁷ kararını pilot karar olarak belirlemiştir. Öte yandan makul sürede yargılanma hakkı ihlalleri yönünden yapısal bir sorun olduğunu tespit etmiş ve bu anayasal sorunun çözümü için kararını TBMM'ye göndermiştir.

Keser Altıntaş başvurusu bakımından da 09.03.2023 tarihinde makul sürede yargılama yapılmadığına ilişkin tazminat komisyonuna başvuru imkânı getirildiğinden içtüzüğün 80.maddesi kapsamında başvurunun incelenmesini haklı kılan bir sebep bulunmaması nedeniyle düşme kararı verilmiştir.

3. Bireysel Başvurunun Hak Arama Hürriyeti Boyutu

Anayasanın 36. Maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti, herkese meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ya da davalı olarak adil yargılanma hakkı sunmaktadır.⁸ Bu hak, mahkeme hakkı olarak da nitelendirilmektedir⁹. Zira adil yargılanma hakkı bünyesinde mahkemeye erişim hakkını da barındırmaktadır. Bireysel başvuru bakımından ise bu anlamda hak arama hürriyetinin adalet erişim kavramı ile ortaklaştığı söylenebilmektedir. Zira mahkemece tesis edilmiş ve kesin olan bir hükmün adil olmadığı yönünden yapılan bir başvurunun adalet erişim bakımından yeni bir pencere açtığı kuşkusuzdur.

Acces to justice olarak anılan adalet erişim kavramı ABD de ortaya çıkmış ve genel olarak dezavantajlı grupların haklarının çoğaltılması sebebi ile mahkemeye ve alternatif çözüm mekanizmalarına ulaşımının anayasal eşitlik prensibi gereği olduğu vurgulanmıştır¹⁰.

7 Nevriye Kuruç Başvurusu, Başvuru Numarası: 2021/58970, Karar Tarihi: 05.07.2022, Yayınlandığı Resmi Gazete Sayısı:31900, Yayınlandığı Tarih: 22.07.2022

8 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, Yayınlandığı Resmi Gazete: Tarih: 9/11/1982, Sayı: 17863 (Mükerrer)

9 Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 4, Avrupa Konseyi, Nisan 2018, s. 40

10 Prof. Dr. Meral Sungurtekin Özkan, Anayasal Şikâyet ve Adalet Erişim, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 399-400

Bu vurgu sebebi ile anayasal şikâyet olarak da adlandırılan bireysel başvurunun, yapılan bir yargılamada hükmün kesinleşmiş olması halinde başvuru imkânı öngörmesi ve olası bir ihlal kararı verilmesi halinde yargılamanın yenilenmesini sağlaması açısından adalete erişimin en önemli enstrümanlarındanıdır. Zira bu başvuru yöntemi adalete erişimi kolaylaştırıcı bir işlev üstlenmektedir¹¹.

Mahkemeye erişim hakkı salt yargı makamına başvuru ekseninde değerlendirilmemekte ve geniş yorumlanarak hukukun üstünlüğünün bir parçası olarak görülmektedir¹². Öyle ki yasaların uygulanması ve hukukun işlerliği bakımından olası bir ihlal halinde bir yargılama merciinin mevcut olması, esas olanın var olan hukuk kuralları ve hukuken genel kabul gören ilkeleri olduğunu ortaya koymak ile üstün olanın hukukun kendisi olduğuna işaret etmektedir.

Makul sürede yargılama ilkesi bakımından ise, temel amaç yargılamaların sürüncemede kalmadan hukuk güvenliği temelinde hızlıca çözüme kavuşturulması ve ihlalin sonuçlarının hafifletilmesidir. Nitekim bir yargılama yapılması durumu ortada bir uyuşmazlık ve ihlal olduğunu göstermektedir. Bu durumun uzun sürmesi ihlalin mağdurunun uzunca bir süre ihlalin sonuçlarına maruz kalması anlamını taşımaktadır ki, böylesi bir olasılık *“geç gelen adalet, adalet değildir”* sözünü akıllara getirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 6.maddenin bir parçası olan bu ilke, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası bakımından 141. Maddenin 4.fıkrasında düzenlenmiş olsa da temelinde 36.maddenin zımni bir parçasıdır¹³. Bu sebeple makul sürede yargılanma hakkı bakımından yapılacak olan başvuruların, bireyin hak arama hürriyeti ve adalete erişimi bakımından hukukun üstünlüğünü esas alan demokratik bir devlette incelenmesi esas olandır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her ne kadar yargıç açığı, iş yükünün ağırlığı, yetkili makamların ihmal ve kusuru gibi sebeplerden meydana gelse de oluşan gecikmeden devletleri sorumlu tutmaktadır¹⁴.

11 Sungurtekin Özkan, s.410

12 Prof. Dr. Osman Doğru, Dr. Atilla Nalbant, İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Legal Yayıncılık, 1. Cilt, 2012, s.674

13 Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Beta, 3. Baskı, S.283

14 İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, s. 274-275

İncelemeye konu Anayasa Mahkemesi kararı bakımından ise, kararın gerekçesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan makul sürede yargılanma ihlali başvuruları için verilen pilot kararlar örnek gösterilerek anılan bu kararlarda bir tazminata hükmedilmesinden öteye geçilemediği ve yapısal bir sorun olduğu, bu konudaki asıl sorumluluğun devletlere ait olduğu yönündeki ifadeleri gerekçe gösterilmiştir¹⁵. Anılan AİHM kararlarında ise sistematik olarak bu yönde ihlal kararı verilen devletlerin sözleşmenin 13.maddesinde düzenlenen “ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkı” tanımadığından bahisle yükümlülüklerini yerine getirmediği belirtilmiştir.

Bu noktada hatırlatmak gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devletler aleyhine yapılan başvuruları değerlendiren ulusal üstü bir mekanizmadır. Bu hali ile aleyhine yargılamayı yürüttüğü devletin hukuk sisteminin başvuru öngördüğü bir yapı olmasına karşın esasında o devletin içerisinde bizzat oluşum gösteren bir mekanizma değildir. Hali ile önüne gelen uyuşmazlıklarda, bir devlet açısından süreklilik arz eden bir ihlalin varlığı halinde, esasında o devletin sözleşmeye uymadığına işaret ederek yapısal bir sorun olduğu tespiti ile pilot karar uygulaması AİHM bakımından kendi içerisinde tutarlı bir sistem iken, bizim hukukumuz bakımından Anayasa Mahkemesi'nin bu örnek üzerinden pilot karar uygulamasına gitmesi doğru bir yöntem değildir. Zira AİHM'in 13.madde ile işaret ettiği etkin başvuru yolu tam da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun kendisidir. Nitekim AİHM bir devletin işleyişinde ya da içerisinde bulunan yapısal bir sorunu o devletin dışında var olan bir yapı olarak giderememektedir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi ulusal üstü bir mekanizma olmayıp Türkiye Cumhuriyeti devleti tarafından ve bu ülkenin hukuk düzenince ihdas edilmiş bir mahkemedir. Dolayısıyla devletin işleyişi açısından ortada yapısal bir sorun olması halinde, kendisi de devletin bir parçası olan mahkemenin bu sorunu gidermesi beklenmektedir. Haliyle yaptığı inceleme ile ihlalin sonuçlarının giderilmesine karar verilmesini sağlayacak mahkemenin, yapısal bir sorun olduğundan bahis ile pilot karar verip başvurunun incelenmesinin sürdürül-

15 Keser Altıntaş Başvurusu, p.32

mesini haklı kılan neden görülmediğinin kabulü bir bütün olarak, bütün adil yargılanma hakkı ihlali başvuruları için bir tehdit oluşturacak niteliktedir.

4. Anayasanın Korunması Bakımından Bireysel Başvuru Hakkı

Anayasa mahkemelerinin temel işlevi var olan anayasanın uygulamasını denetlemektir. Normlar hiyerarşisinde en üstte bulunan anayasa esasında bir devletin toplum sözleşmesi olmakla birlikte, devletlerin idari yapısının genel çerçevesini çizmektedir. Bu hali ile bütün normlar anayasaya uygun olmalı iken, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi ise anayasa mahkemelerinin görev alanına girmektedir¹⁶. Zira Kelsen'in teorisine göre de anayasa yargısının temel konusu anayasaya aykırılığı iddia edilen kanunlardır¹⁷. Öte yandan demokratik bir hukuk devletinden söz edebilmek adına çoğunluğun meşruiyetinin azınlığın haklarını gözetmekten geçtiği savı ile anayasa yargısının anayasal düzenin güvencesi olduğu Kelsen tarafından ortaya konmuştur¹⁸.

Mahkemelerin yargılama yetkileri bakımından temel hak ve hürriyetlere sağlanan koruma sistemlerinde ise AİHM ve anayasa mahkemelerinin benzeştiği yönler bulunsa da farklılaştıkları çok fazla nokta bulunmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen bir başvuruda aleyhine başvuru yapılan devletler bakımından takdir marjı doktrinini uygular iken, her devletin kendi yapılanmasında belirli takdir alanları olduğunu belirterek bu alanlarda devletlere esneklik tanımıştır¹⁹. Anayasa mahkemeleri bakımından ise bizzat devletlerin kendi yapılanmaları içerisinde bir iç hukuk yolu olmaları dolayısı ile devletlerin tüm yapısı

16 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Ocak 2019, s. 1067

17 Hans Kelsen, (Çeviren: Yasin Sönmez), *Anayasanın Yargısal Teminatı* (Anayasa Yargısı), AÜHFD, 64 (3) 2015, s.886

18 Kelsen (Çev:Sönmez), s. 909

19 Tolga Şirin, *Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı*, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 2, Sayı:4, Yıl:2013, s.363
Detaylı inceleme için bkz. Egemen Esen, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2020

ve genel işleyişine hâkim olan ilkeler ile birlikte değerlendirmeler yapmak ile yükümlüdür. AİHM ulusal üstü bir mekanizma olarak devletlere aktif bir biçimde ve her konuda müdahale gerçekleştiremeyeceği gibi her devletin yapılanmasını oluşturan ilkelerin tüm inceliklerine hâkim olması beklenemez. Haliyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargılamaları bakımından takdir marjı uygulaması olağandır. Oysa anayasa mahkemeleri bizzat var olduğu devletin anayasal düzeninin koruyucusu ve garantörü konumunda iken, devletin hangi konuda nasıl bir hassasiyeti olduğunu bilmesi mümkün değildir. Zira hukukumuz bakımından da yürürlükteki Anayasanın 36. Maddesinin 2. fıkrası "*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*" ifadesi ile mahkemelere yargılama konusunda net bir hat çekmiştir. Bu kapsamda hiçbir mahkeme görev ve yetkisi dahilinde bulunan bir yargılamayı yapmaktan imtina edememektedir. Burada tanınan tek esnek yapı hâkimin takdir yetkisidir. Bu yetki dahi hâkime sınırsız bir özgürlük tanımamakta ve kanunun takdir yetkisi tanıdığı hallerde hukuka, hakkaniyete uygun karar verme ödevi yüklemektedir. Öyle ki devletin ulusal yargılamasında kanun koyucunun bıraktığı boşlukları hâkimin takdir yetkisi ile doldurması imkânı bulunmakta iken, AİHM'in yaptığı incelemelerde hakimlerin değerlendirmeler yapması mümkün değildir²⁰. Bu hali ile dahi mahkemelerin yargılama yetkisini kullanmaktan imtina etmesinin önüne geçilmeye çalışılmış ve olası öngörülemeyen hallerin dahi çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır.

Açıklanan tüm sebepler devletler açısından hukukun üstünlüğü ve anayasal güvence altında bulunan hakların korunması bakımından adeta bir bekçi görevi gören, başka bir ifade ile demokratik bir siyasi rejimin hukuk düzenini ihlallerden korumak için ihdas edilen²¹ anayasa mahkemesine, önüne gelen bir davaya bakmaktan imtina edemeyeceği yükümlülüğü yine bizzat yürürlükte bulunan anayasa ile tanınmaktadır. Bireysel başvuru imkânı da yine anayasa tarafından güvence altına alınan bir hakkın ihlali iddiası ile yapıldığından yapılan her incelemede Anayasa Mahkemesi anayasaya uygun hareket edilmesini ve ihlallerin sonuçlarının ortadan

20 Esen, s.31

21 Özenç, s. 237

kaldırılmasını sağlamak ile anayasayı koruma görevini yerine getirmektedir.

5. İnsan Hakları Yargılamalarında Pilot Karar Usulü

İncelemeye konu karar bakımından pilot karar usulüne değinmekte fayda gözükmektedir. Pilot karar usulü ulusal üstü yargılamalarda, neredeyse aynı nitelikteki davalarda yapısal sorunların tespit edilmesi ile devletlerin bu sorunları çözmesi amacı için geliştirilmiş bir yöntemdir²². Uygulamanın temeli AİHS'in kararların bağlayıcılığı ve infazı başlıklı 46.maddesi olmakla birlikte, sözleşmenin işbu maddesinde ya da diğer maddeleri kapsamında bu usul açık bir biçimde düzenlenmemiştir²³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde pilot karar usulü, AİHM İç Tüzüğü'nün 61. maddesinde²⁴ düzenlemiştir. Pilot karar usulü ile amaçlananlar; sözleşme ihlali olup-olmadığı, ihlalin temelinde yer alan ve ulusal hukukta var olan sorunun tespiti, sorunun giderim yöntemine ilişkin yol göstericilik ve benzer husustaki derdest davalar için sonuç elde etmektir²⁵. Nitekim AİHM, Ümmühan Kaplan v. Türkiye başvurusunda²⁶ pilot karar usulü uygulamış ve yargılamanın uzun sürmesi nedeni ile yapılan başvuru bakımından Türkiye için etkin bir iç hukuk yolu yaratma yükümlülüğü ön görmüştür²⁷.

22 Leyla Nur Oduncu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Pilot Karar Usulü, İnsan Hakları Yılı, Cilt 38, 2020, s.84

23 Selman Karakul, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kendi Kararlarının Yerine Getirilmesindeki Rolü, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Güz, 2018, s.134

24 Bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/insan-haklari-bilgi-bankasi/avrupa-insan-haklari-mahkemesi/aihm-ic-tuzugu/> (Erişim Tarihi: 05.02.2024)

25 Karakul, s.136

26 AİHM Ümmühan Kaplan v. Türkiye Kararı, Başvuru No: 24240/07, Karar Tarihi: 20.03.2012

27 Serkan Cengiz, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, Nisan 2017, s.174-239

Anayasa Mahkemesi açısından ise İç Tüzük' ün²⁸ 75.maddesinde pilot karar usulü açıkça düzenlenmiştir. AİHM usulü ile paralel olan bu düzenleme ile de yapısal sorun ve sorunun çözümü için alınması gereken tedbirlerin ortaya konması öngörülmüştür.

Pilot karar uygulaması bakımından en can alıcı tartışma, ilgili devletin kararda belirtilen tedbirleri kendisine verilen sürede yerine getirmemesine rağmen AİHM'in benzer başvurular hakkında verdiği düşme kararıdır²⁹. Zira bu durum yapısal sorun devam ederken başvuru sahipleri hukuki güvenceden yoksun bırakma riski doğurmaktadır. Öte yandan pilot karar uygulamasında karara konu başvuru ile daha sonra başvuru yapacak olası başvuru sahipleri arasında bir tür ayrımcılık yapıldığını da söylemek mümkündür. Zira aynı türden başvuruyu yapan iki başvuru sahibinden birinin başvurusu incelenir iken, diğeri bakımından inceleme yapılmaması başvuru sahiplerinin aynı sözleşme ile aynı haklarının korunduğu düşünüldüğünde hakkaniyete uyar gözükmemektedir. Zira hakkı daha önce ihlal edilenin mahkemeye daha önce başvurması olağan iken, hakkı daha sonra ihlal edilenin mağduriyeti bir öncekinden daha hafif değildir. Öte yandan sistematik bir biçimde ihlal oluşan devlet bakımından da bu durum bir tür yaptırım mekanizması olmayıp, gerekli adımlar atılmadığı takdirde devletler adına bir mü-kafata, başvuru sahipleri adına ikinci bir ihlale yol açmaya mahiridir³⁰. Zira devletler tarafından gerekli önlemlerin alınmaması halinde ihlal devam edecek iken, pilot karar sebebi ile aleyhe başvuru da yapılamayacaktır³¹. Dolayısı ile pilot karar verilmesi ancak diğer başvuru sahipleri açısından da bir giderim sunulması halinde verildiği takdirde hakkaniyete uygun düşmektedir. Aksi durum insan hakları çalışmalarının ve sözleşmenin genel yapısı ile çelişmekte ve mahkemenin de var oluş amacı ile örtüşmemektedir³².

28 <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/ictuzuk/> (Erişim Tarihi: 06.02.2024)

29 Oduncu, s.109

30 Oduncu, s.112

31 Erkan Duymaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukukun Üstünlüğü İlkesi, Kamu Hukukçuları Platformu VII Toplantı, https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Erkan_Duymaz.pdf (Erişim Tarihi: 06.02.2024)

32 Kerem Altıparmak, Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?, Ankara Barosu Yayınları, S.107, <https://aihmiz.org.tr/13062023/files/AIHPilotkarar.pdf> (Erişim Tarihi: 06.02.2024)

6. Bireysel Başvuruya Konu Olayın Değerlendirilmesi

Başvuruya konu olay bir tapu iptal ve tescil davasının yargılamaının uzun sürmesi dolayısı ile makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Önceki bölümlerde de bahsedildiği üzere Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin devletler bakımından, aynı hakkın ihlali sebebi ile çok sayıda başvuru halinde uyguladığı pilot karar usulünü gerekçe ve örnek göstererek bu konuda pilot karar verdiğini belirtmiş, başvuruyu incelemeyi haklı kılan sürdürülebilir bir sebebin olmadığını ifade etmiştir. Makul sürede yargılanmaya ilişkin hak ihlalleri iddiası açısından bireysel başvuru yapılması yerine bir tazminat komisyonu kurulduğunu işaret ederek, mahkemenin bir tazminat mahkemesi olmadığını, inceleme bakımından tazminat komisyonuna başvuru imkânı getirildiği belirtmiştir³³.

Daha önceki başlıklarda detaylıca üzerinde durduğumuz gerekçeler sebebi ile bu karar her yönü ile anayasal güvencelerin gözetilmesi bakımından sağlıklı bir zeminde durmamaktadır. Zira değindiğimiz gibi yürürlükte bulunan anayasada açıkça belirtildiği üzere hiçbir mahkeme görev ve yetkisi dahilinde bulunan bir davaya bakmaktan kaçınamaz. Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan ve bireysel başvuruya konu edilecek bir hakkın ihlal edildiği iddiasını inceleme yetkisinin bir tazminat komisyonuna bırakılması adil yargılanma hakkının ihlali başvurularının tamamı bakımından ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Öyle ki mahkeme aynı hakkın ihlali konusunda çok sayıda başvuru olduğunu belirterek yapısal bir sorun olduğunu ortaya koymuş iken, adil yargılanma hakkı bakımından yapılan başvuru sayılarının geneli dikkate alınarak bu yönde yapılan tüm başvuruların benzer yapısal sorunlar taşınması sebebi ile bir tazminat komisyonuna devredilmesi sonucu ortaya çıkabilecektir. Bu da yargılamaların adil olmamasının tazminat ödenerek meşru olması sonucunu ortaya çıkarabileceğinden adalet sisteminin tamamının ciddi anlamda hasar görmesine sebebiyet verecektir. Oysa bir toplumda yargı organına olan güven asli olarak adil yargılanacağına ilişkin beklen-

33 Keser Altıntaş Kararı, p.80-83

tinin gerçekleştiği ölçüde güçlenmektedir³⁴. Adil yargılanma ya da ilkelerinin herhangi birisine dair ihdas edilmiş olan bir tazminat komisyonu dahi bu beklentinin nafile olduğunun çapıcı bir kanıtı niteliğindedir. Öyle ki böyle bir komisyonun bulunduğu bir yargılama sisteminin hiçbir zeminde adil olmayacağı ön kabul ile hareket etmek gerekmektedir. Bu noktada, pilot karar verilmesinin ancak diğer başvuruçular açısından da bir giderim sunulması halinde hakkaniyete uygun düşeceği görüşü ile işaret edilen bir tazminat komisyonu olmamalıdır. Zira tazminat komisyonunun uzun süren yargılamalar bakımından sorunu çözecek ya da başka bir ifade ile yargılamaları hızlandıracak bir çözüm olmadığı aşikardır.

Öte yandan daha önceleri değindiğimiz üzere örnek gösterilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasının esas alınması da doğru bir tutum olarak gözükmemektedir. Zira AİHM ulusal üstü bir yargılama mekanizması iken yapısal bir sorun gördüğü devlet aleyhine pilot karar uygulayabilmesi, o devletin yargı sisteminin bizzat iç hukuku dahilinde olmadığından anlaşılabilir bir yönü bulunmaktadır. Aynı şekilde devletlere takdir alanı sunması bakımından da kendi içerisinde tutarlı ve anlamlı bir yönü olduğundan uygulanması mümkündür. Oysa ki Anayasa Mahkemesi bizzat bir iç hukuk yolu olmak ile birlikte, kuruluş maksadını aldığı anayasayı korumak ve güvencelendirmekle yükümlü iken, önüne gelen davalarda gördüğü yapısal sorun sebebi ile yargılama yapmaktan el çekmesi kabul edilebilir değildir. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından da 13. maddede öngörülen ulusal bir mercii önünde etkili bir başvuru hakkının bertaraf edilmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Nitekim devlet burada yapısal sorunu gidermekle yükümlü iken, bir tazminat komisyonu kurup bu yapısal sorunu gidermek yerine adeta baskılamaktadır. Hal böyle iken anayasa tarafından güvence altına alınan bir hakkın ihlaline ilişkin bir başvurunun inceleme yetkisinin herhangi bir komisyona, hele de bir tazminat komisyonuna bırakılması yargılamaya ya da başka bir ifade ile adalete erişime bedel biçmek anlamı taşımaktadır.

34 Kenan Güzel, Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C.5, Sayı 8, 2018, s.58

Öte yandan Anayasa Mahkemesi, veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirlerin alınmadığından bahis ile Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından uygulanan idari para cezası nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası ile yapılan bir başvuruda³⁵ kesilen para cezasına ilişkin yapılan itirazda Sulh Ceza Hakimliği'nin itiraza konu iddiaların hiçbirini değerlendirmeksizin karar verdiği belirtilerek mülkiyet hakkının ihlaline karar vermiştir. Olay bakımından ödenen idari para cezasının kişinin aktif ve pasifini etkilediği için malvarlığına etki ettiği kuşkusuzdur. Fakat başvurunun geneli ve ihlal kararının verildiği gerekçe, esasında yargılamanın adil olması noktasında iddia ve savunmaların değerlendirilmediği yönündedir. Bu anlamda bu başvuru bakımından verilen karar salt bir para cezası ödenmesi sebebi ile mülkiyet hakkı ihlali ile ibaret olmayıp, adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir. Bir bütün olarak değerlendirdiğimizde bir şirketin ödediği idari para cezasına itirazın değerlendirilmemesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğinden bahis ile bir hüküm tesis eder iken esasında adil yargılama yapılmaması sebebi ile ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Makul sürede yargılama hakkı bakımından verilen pilot karar sonrası yapılan işbu başvuruda tüzel kişiler bakımından gözetilen hassasiyetin, gerçek kişi olan vatandaşın makul sürede yargılanmaması sebebi ile sürünce-medede kalan hakkının ihlali iddiasında, incelemeyi haklı kılan bir yön bulunmadığı gerekçesi ile sürdürülemez bulunması ise eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira Anayasa Mahkemesine başvurunun kabul edilebilirlik kriterlerinden birisi de önemli zarar ölçütü³⁶ iken bir şirketin yüksek miktarda ödediği cezaya tanınan imtiyazın sade vatandaşın ulaşamadığı hakkına tanınması da eşitlikçi ve demokratik bir hukuk devletinin gereğidir. Aksi durum önemli zarar ölçütüne ilişkin derin bir yara açmakta ve bu zararın öneminin etki doğurduğu kişiye göre belirlendiği şüphesi uyandırmaktadır.

35 Anayasa Mahkemesi M.I.I. Başvurusu (Genel Kurul Kararı), Başvuru No: 2020/7518, Karar Tarihi: 12.10.2023, Yayınlandığı Resmi Gazete Sayısı: 32400, Yayınlandığı Tarih: 15 Aralık 2023

36 Karşılaştırmalı ve detaylı inceleme için bkz. Zelal Pelin Doğan, Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Ekim 2021, İstanbul

7. Sonuç

İnsan hakları hukuku yargılamaları bakımından pilot karar ile yapısal sorunların ortaya konulması ve çözüm için yol gösterilmesi uygulaması özellikle uluslararası sahada yapılan yargılamalar için önceki bölümlerde de değindiğimiz üzere -her ne kadar bu alanda da eleştiriler mevcut olsa dahi- kendi içinde tutarlıdır. Nitekim belirttiğimiz üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devletin dışında yer alan ulusalüstü bir mekanizma olarak devletlere etkin bir biçimde müdahale etmesi mümkün değildir. Bu anlamda neredeyse kopya niteliğinde olan başvurular bakımından iş yükünü dikkate alarak pilot karar uygulaması mahkemenin genel işleyişi bakımından kendi içinde doğruluğu ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte tutarlı bir zemine oturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin pilot karar uygulaması ile makul sürede yargılama hakkının ihlali bakımından yapılan başvuruları incelemeyi sürdürülebilir bulmaması ise mahkemenin varlık amacı ile oldukça çelişmektedir. Zira değindiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru tam da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13.maddesinde düzenlenmiş olan ulusal anlamda etkin başvuru merciidir. Tam da bu merciin pilot karar vererek yapılan başvuruları incelememesi görev alanına giren bir davaya bakmaktan imtina etmesi anlamı taşımakta ve hukuk devletinin genel yapısına aykırılık teşkil etmektedir. Öte yandan bu yöndeki başvurulara bakmaması, AİHM'in pilot karar uygulamasına getirilen eleştirileri AYM açısından da gündeme getirmeye muktedirdir. Zira süreklilik arz eden bir hak ihlalinin AYM tarafından gündeme alınmayacak olması mevcut sorunun sonlanmasından ziyade devamlılığı bakımından cesaret verici niteliktedir. Yapısal sorun arz eden ihlal bakımından verilen pilot karara konu başvurunun ise aynı nitelikteki diğer ihlalden daha üstün ya da daha ağır bir niteliği bulunmaz iken sadece zaman bakımından erken meydana gelmiş olması sebebi ile başvurular açısından farklı muamelelerin ortaya çıkması eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Özellik arz eden bir diğer hal de önceki başlıkta değindiğimiz üzere, bir şirketin mülkiyet hakkı ihlali iddiası ile yaptığı başvurunun kapsamıdır. Zira bir şirkete kesilen para cezasının mülkiyet

hakkı ihlali iddiasına sebebiyet vermesi ile yapılan başvuru, kesilen para cezasına yapılan itirazın Sulh Ceza Hakimliği tarafından itiraza konu iddialar dikkate alınmaksızın reddedilmesi esasında mülkiyet hakkı değil adil yargılanma hakkı kapsamında ihlal niteliğindedir. AYM tarafından işbu başvurunun, kesilen para cezasına yapılan itirazın Sulh Ceza Hakimliği tarafından değerlendirilmeksizin reddedilmiş olması gerekçesi adil yargılanma hakkı ihlalinin var olduğuna gerekçe iken, mülkiyet hakkı ihlali için gerekçe olarak gösterilmiş ve ihlal kararı verilmiştir. Hal böyle iken farklı bir hakkın ihlal edilmesi sebebi ile yapılan başvuruda adil yargılanma hakkı kriterlerini gözeterek ihlal kararı veren AYM, adil yargılanma hakkının bizzat kalbinde yer alan makul sürede yargılama yapılmadığı iddiası ile yapılan başvurular bakımından incelemeyi haklı bulmaması kendi ile çelişmesine, başka bir ifade ile tutarsız bir izlenim bırakmasına neden olmaktadır. Zira bu halde makul sürede yargılanma hakkı bakımından da farklı bir hak olan mülkiyet hakkının ihlali iddiası ile adeta hukukun dolanılması yoluyla bir başvurunun yapılması ve mahkeme tarafından değerlendirmeye alınması bu ihtimalde çok olası gözükmektedir.

Nihai olarak Anayasa Mahkemesi'nin pilot karar usulü uygulaması çok özellikli bir durum olamadığı müddetçe ihlale maruz kalanlar açısından farklı muamele edilmesi sorununu gündeme getirecek ve tıpkı incelemeye konu karar gibi sorunu çözmek yerine yeni bir başvuru yolu türetilmesi ile bu yoldan da sonuç bulamayan başvuruçular arasında zaten uzun süren yargılamaları kısaltmak yerine daha da uzatmaya sebebiyet verecektir.

KAYNAKÇA

- ALTIPARMAK, Kerem. "Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?". Ankara Barosu Yayınları, s.60-107.
- CENGİZ, Serkan. Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması. On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, Nisan 2017, s.174-239.
- DOĞAN, Zelal Pelin. Bireysel Başvuru Usulünde Önemli Zarar Ölçütü. On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, Ekim 2021, İstanbul.

- DOĞRU, Osman ve NALBANT, Atilla. İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar. Legal Yayıncılık, 1. Cilt, 2012.
- ESEN, Egemen. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini. On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2020.
- GÖZLER, Kemal. Türk Anayasa Hukuku. Ekin Basım Yayın Dağıtım, 3. Baskı, Ocak 2019.
- GÜZEL, Kenan. “Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”. Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 8, 2018, s.50-75.
- İNCEOĞLU, Sibel. Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 4. Avrupa Konseyi, Nisan 2018.
- İNCEOĞLU, Sibel. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme. Beta, 3. Baskı.
- KARAKUL, Selman. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kendi Kararlarının Yerine Getirilmesindeki Rolü”. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Güz, 2018, s.125-156.
- KELSEN, Hans. (Çeviren: Yasin Sönmez). “Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)”. AÜHFD, 64 (3) 2015, s.855-914.
- ODUNCU, Leyla Nur. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Pilot Karar Usulü”. İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 38, 2020, s.83-121.
- ÖZENÇ, Berke. Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak Kelsen Schmitt’e Karşı. İstanbul, İletişim Yayınları.
- ŞİRİN, Tolga. «Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı». Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı: 4, Yıl: 2013, s.359-399.
- Erkan Duymaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukukun Üstünlüğü İlkesi, Kamu Hukukçuları Platformu VII. Toplantı
- Anayasa Mahkemesi Keser Altıntaş Başvurusu, Başvuru Numarası: 2023/18536, Karar Tarihi: 25.07.2023, Yayınlandığı Resmî Gazete Sayısı: 32335, Yayınladığı Tarih: 10 Ekim 2023
- Anayasa Mahkemesi M.I.I. Başvurusu (Genel Kurul Kararı), Başvuru No: 2020/7518, Karar Tarihi: 12.10.2023, Yayınlandığı Resmî Gazete Sayısı: 32400, Yayınladığı Tarih: 15 Aralık 2023
- Anayasa Mahkemesi Nevriye Kuruç Başvurusu, Başvuru Numarası: 2021/58970, Karar Tarihi: 05.07.2022, Yayınlandığı Resmî Gazete Sayısı: 31900, Yayınlandığı Tarih: 22.07.2022
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ümmühan Kaplan v. Türkiye Kararı, Başvuru No: 24240/07, Karar Tarihi: 20.03.2012

ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLARI

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**AVUKATLARIN 5549 SAYILI KANUN KAPSAMINDA
YÜKÜMLÜ TANIMINA DAHİL EDİLMESİ**

•

MASAK BAŞKANLIĞINA BİLDİRME

•

DEVAMLI BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

•

AVUKAT MÜVEKKİL MAHREMİYETİNİN İHLALİ

5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendine eklenen "..., savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak ve 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrası ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında ifa edilen mesleki çalışmalar nedeniyle edinilen bilgiler hariç olmak üzere, taşınmaz alım satımı, sınırlı ayni hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi, devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE karar verilmiştir.

(AYM, E. 2021/28, K.2024/11, T. 18.01.2024)¹

İPTAL DAVASININ KONUSU

(...) ...22/12/2020 tarih ve 7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin 20. maddesiyle

1 Kararın tamamı için, RG. 03.04. 2024-32509 Bknz.

5549 Sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (d) Bendine Eklenen "... savunmak hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak ve 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrası ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında ifa edilen meslekî çalışmalar nedeniyle edinilen bilgiler hariç olmak üzere, taşınmaz alım satımı, sınırlı aynî hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar ..." ibaresinin incelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

- Dava konusu kuralla serbest avukatlar, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrası ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında ifa edilen meslekî çalışmalar nedeniyle edinilen bilgiler hariç olmak üzere taşınmaz alım satımı, sınırlı aynî hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi, devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle sınırlı olmak üzere suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesine ilişkin usul ve esaslarını belirlemek amacını haiz 5549 sayılı Kanun kapsamındaki yükümlü tanımına dahil edilmiştir.

- Anılan Kanun'un "Yükümlülükler ve Bilgi Değişimi" başlıklı İkinci Bölümü'nde yer alan hükümlere göre yükümlülerin müşterinin tanınmasına ilişkin esaslar kapsamında kendileri nezdinde yapılan veya aracılık ettikleri işlemlerde işlem yapılmadan önce işlem yapanlar ile nam veya hesaplarına işlem yapılanların kimliklerini tespit etme ve gerekli diğer tedbirleri alma, kendileri nezdinde veya aracılığıyla yapılan ya da yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu mal varlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir hususun bulunması halinde bu işlemleri MASAK Başkanlığına bildirme, *devamlı bilgi verme* yükümlülü-

ğü kapsamında taraf oldukları veya aracılık ettikleri işlemlerden Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenecek tutarı aşanları MASAK Başkanlığına bildirme, Kanun'la getirilen yükümlülüklerle ve işlemlere ilişkin her türlü ortamdaki belgeleri düzenleme tarihinden tarihinden, defter ve kayıtları son kayıt tarihinden, kimlik tespitine ilişkin belgeleri ise son işlem tarihinden itibaren sekiz yıl süreyle muhafaza ve istenmesi halinde yetkililere ibraz etme gibi yükümlülükleri bulunmaktadır.

- Kanun 'un 13. ve 16. maddelerinde ise yükümlülük ihlali halinde uygulanacak idari ve adli cezalar düzenlenmiştir. (...)

- Kişilerin meslekî hayatlarının onların özel hayatlarıyla sıkı bir irtibatı bulunduğundan mesleki hayatlarına yönelik müdahaleler söz konusu olduğunda özel hayata saygı hakkı gündeme gelmektedir. Öte yandan avukat müvekkil mahremiyeti özel hayata saygı kapsamında kalmaktadır. Avukat müvekkil mahremiyeti, avukatla müvekkili arasındaki konuşma ve bilgi alışverişinin avukatla müvekkili arasında gizli kalmasını, kural olarak bu konuşma ve bilginin müvekkilin rızası olmaksızın açıklanmamasını gerektirmektedir.

- Buradan hareketle dava konusu kuralla avukatların 5549 sayılı Kanun kapsamında yükümlü tanımına dahil edilmelerinin ve başta şüpheli işlem bildirimini olmak üzere müvekkilleri ile olan ilişkilerinde elde ettikleri bilgileri idareyle paylaşma yükümlülüğü altına alınmalarının, avukat müvekkil mahremiyetini etkileyebileceği açıktır. Dolayısıyla kuralın özel hayata saygı hakkına yönelik sınırlama içerdiği anlaşılmaktadır. (.....)

- (...) Hukuk devletinin olmazsa olmaz unsuru olan *bağımsız yargı*, yargının olmazsa olmaz unsuru olan *savunma* ile birlikte anlam kazanır. Savunma *sav-savunma-karar* üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir (AYM, E. 2007/16, K. 2009/147, 15/10/2009; Özlem Kenan, B. No : 2018/25808, 7/4/2021, para. 57). (.....)

- (...) serbest avukatların da diğer yükümlülerle birlikte aynı şekilde, herhangi bir ön inceleme olmaksızın doğrudan Hazine ve Maliye Bakanlığı ile MASAK Başkanlığıyla bilgi paylaşmakla sorumlu tutulduğu anlaşılmaktadır.

-Dolayısıyla kural, bu haliyle avukatlık mesleğinin önemi ve adalet hizmetindeki rolü karşısında mesleklerinin icrası noktasında serbest avukatlara katlanamayacakları bir külfet yüklemekte olup kuralla özel hayata saygı hakkına getirilen sınırlamanın orantılı ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı anlaşılmıştır.

-Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptal gerekir.

DAVA ŞARTI ARABULUCULUK
•
ARABULUCULUK TOPLANTISINA KATILMAMAYA
CAYDIRICI ÖNLEM
•
KİŞİLERE AŞIRI KÜLFET YÜKLENMESİ

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 6/12/2018 tarihli ve 7155 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen 18/A maddesinin (11) numaralı fıkrasının; Birinci cümlesinin "...bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur." bölümünün, İkinci cümlesinin, Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE karar verilmiştir.

(AYM, E. 2023/160, K. 2024/77, T. 14/3/2024)¹

"(...) Arabuluculuk toplantısında anlaşamama tutanağı düzenlenmesinin ardından açılan itirazın iptali davasında itiraz konusu "Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. "kurallarının Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme (Çorum Tüketici Mahkemesi), iptalleri için başvurmuştur.

(....)Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin (11) numaralı fıkrasının birinci cümlesine göre taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf son tutanakta belirtilecek ve bu taraf, davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulacaktır. Anılan cümlelerin "...

1 Kararın tamamı için, R.G.Tarih-Sayı : 18/4/2024-32521

bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur.” bölümü itiraz konusu kurallardan birini oluşturmaktadır. Söz konusu fıkranın itiraz konusu diğer kural olan ikinci cümlesiyle de ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmeyeceği öngörülmüştür.

(...) İtiraz konusu kurallar uyarınca geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk ilk toplantısına katılmayan tarafın sorumlu tutulduğu yargılama giderleri ve bu taraf lehine hükmedilmeyecek olan vekalet ücreti Anayasa’nın 35. maddesi kapsamında mülk teşkil etmektedir (bu yönde bkz. AYM, E.2018/80, K.2022/136, 9/11/2022, § 147).

(...) Kişinin bir haksızlığa uğradığını iddia edebilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, uğradığı zararı giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir (AYM, E.2017/178, K.2018/82, 11/7/2018, § 11).

(...) Dava şartı olarak arabuluculuğa başvuru yapılmasının öngörüldüğü uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk ilk toplantısına geçerli bir mazeret göstermeden katılmayan tarafın yargılama giderlerinin tümüne katlanmak zorunda olması ve vekâlet ücretinden yoksun bırakılması arabuluculuk faaliyetlerine katılımın sağlanması amacının yerine getirilmesi bakımından elverişli bir araçtır.

(...) Diğer yandan devletin yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi sağlanırken kişilere yüklenen külfetin aşırı ve orantısız sonuçlar doğurmaması gerekir. Kurallar, karşı tarafında da arabuluculuk toplantısına katılmasını zorlayıcı bir etki oluşturmakla birlikte bu kişilerin yargılama sonunda kısmen ve hatta tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulmasını ve vekâlet ücretinin tamamından yoksun kalmasını öngörmektedir. Kuralın bu hâliyle haklılığı yargı kararı ile ortaya çıkan kişilerin her halükârda yüksek tutarları bulabilecek maddi külfetlere katlanmasına neden olabileceği açıktır.

Bu itibarla haklılık durumu gözetilerek uygulanabilecek istisnalar ya da belli bir üst sınır öngörülmeden, özellikle yargılamada tamamen haklı çıkan, diğer bir ifadeyle aslında bütünüyle haksız bir sürece maruz kaldığı yargılamanın soncunda anlaşılan tarafın özel durumu da gözetilmeden, mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmayan tarafın yargılama giderlerinden tümüyle sorumlu tutulmasının ve vekâlet ücretinin tamamından yoksun bırakılmasının kişilere aşırı bir külfet yüklediği, kamu yararı ile mülkiyet hakkı ve mahkemeye erişim hakları arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi kişi aleyhine bozduğu ve bu itibarla orantısız bir sınırlamaya neden olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Kenan YAŞAR ve Yılmaz AKÇİL bu görüşe katılmamışlardır.

İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

(....) iptal edilmeleri nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükümlerinin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

KARŞI TARAFYA YÜKLETİLECEK VEKALET ÜCRETİ
•
YASADA ALT VE ÜST SINIRIN ÖNGÖRÜLMÜŞ OLMASI
•
**KURALIN MEŞRU AMACA ULAŞMA BAKIMINDAN
YETERLİ OLMASI**

19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 31/10/1980 tarihli ve 2329 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle değiştirilen 169. maddesinin “... avukatlık ücret yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz.” Bölümünün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE karar verilmiştir.

(AYM, E. 2021/58, K. 2024/14, T. 23.01.2024)¹

“İTİRAZLARIN KONUSU : 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 31/10/1980 tarihli ve 2329 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle değiştirilen 169. maddesinin “... avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz.” bölümünün Anayasa’nın 2., 36. ve 141. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talepleridir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun’un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 169. maddesi şöyledir :

“Yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücretinin tamamı ;

Madde 169- (Değişik : 31/10/1980 – 2329/2 md.)

Yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti, avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz.” ...

1 Kararın tamamı için, RG.05.04.2023-32511 Bknz.

IV. ESASIN İNCELENMESİ

A. Anlam ve Kapsam

(...) hukuk, ceza, idarî ve vergi usul hükümlerine göre davayı kazanan taraf ile beraat eden sanığın ya da mahkûmiyet, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi hâlinde katılanın kendisini vekille temsil ettirmesi durumunda lehine vekâlet ücretine hükmedileceği, aleyhine karar verilen taraf ya da sanık veya devletin de Tarifede belirlenen vekâlet ile diğer yargılama giderlerini ödemekle yükümlü olduğu anlaşılmaktadır. (....)

(...) kural kapsamında karşı taraf lehine ya da aleyhine hüküm verildiği tarihteki yürürlükteki Tarifede öngörülen konusu para olsa veya para ile değerlendirilebilse dahi maktu ücrete bağlı olan ya da konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukuki yardımlarda ödenecek vekalet ücretinin asgari haddi kadar ya da bu miktarın üç katına kadar vekâlet ücretine hükmedilebileceği anlaşılmaktadır.(....)

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

(...) Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilmektedir. Anılan maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisinin temel bir hak olma özelliğinin yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir (AYM, E. 20212/9, K. 2022/4, 26/1/2022, para. 28; E. 2022/104, K. 2023/28, 16/2/2023, para 9).(....)

(...) Davada haksız çıkan tarafa yükletilecek vekâlet ücreti bakımından alt ve üst sınırların öngörülmesinin objektif ve kabul edilebilir nedenlerinin bulunduğu gözetildiğinde kuralın anılan meşru amaca ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olduğu anlaşılmaktadır.(...)

Dava değerinden bağımsız olarak yargı mercilerince davalı idare veya devlet aleyhine yükletilecek vekâlet ücretiyle ilgili Tarifede

öngörülen alt ve üst sınırın makul ve kabul edilebilir bir düzeyde olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralda Tarifedeki maktu ücrete göre belirlenen vekâlet ücretiyle kamu yararını sağlama amacı arasında makul dengenin kurulmadığı söylenemez.(....)

V. HÜKÜM

19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 31/10/1980 tarihli ve 2329 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 169. maddesinin "... avukatlık ücret yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz." Bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE 23/1/2024 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VARLIK YÖNETİM ŞİRKETLERİN HARÇ MUAFİYETİ

•

SINIRSIZ HALE GELMESİ

•

EŞİTLİK İLKESİNE AYKIRILIK

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 143. maddesinin 7338 sayılı Kanun'un 58. maddesi ile ibare değişiklikleri yapılan altıncı fıkrasında yer alan "...492 sayılı Harçlar Kanununa göre ödenecek harçlardan,..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

(AYM, 2023/110 E., 2024/35 K., T.01.02.2024)¹

İtiraz Konusu Kural

İtiraz konusu kuralda, varlık yönetim şirketlerinin yaptıkları işlemlerin ve bunlarla ilgili olarak düzenledikleri kâğıtların 492 sayılı Harçlar Kanunu'na göre ödenecek harçlardan istisna tutulması öngörülmektedir.

Başvuru Gerekçesi

Başvuru kararında özetle; varlık yönetim şirketlerine beş yıl süre ile tanınmış olan harç muafiyetinin sınırsız hâle getirilmesinin bu şirketlere imtiyaz tanınması anlamına geldiği, bu durumun kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Mahkemenin Değerlendirmesi

İtiraz konusu kuralın, varlık yönetim şirketlerini 492 sayılı Kanun'a göre alınan harçlardan muaf tutmak suretiyle bu şirketlerin diğer teşebbüslerden farklı muameleye tabi tutulmasına imkân tanıdığı görülmüş ve bu farklı muamelenin varlık yönetim

1 Kararın tamamı için , RG. 5/6/2024-32567

şirketi olup olmama temelinde yapıldığı anlaşılmıştır. Bu bağlamda varlık yönetim şirketleri lehine olan bu farklı muamelenin nesnel ve makul bir nedeni olup olmadığı incelenmiştir.

Anayasa Mahkemesi E.2019/55, K.2020/44 sayılı kararında, varlık yönetim şirketlerinin yaptıkları işlemler ve bunlarla ilgili olarak düzenledikleri kâğıtlar sebebiyle beş yıl süreyle harç ödemeyecek olmasının makul ve nesnel bir nedene dayandığını tespit etmiştir. Anılan kararda varlık yönetim şirketlerine ilk beş yıllı sınırlı olarak getirilen harç muafiyetinin ölçüsüz olmadığına karar verilmiş, öngörülen ayırımın nesnel ve makul bir temele dayandığı, dolayısıyla beş yıl süreyle harç ödememe avantajının ölçüsüz bir yönünün bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Dava konusu kural yönünden de anılan kararda yapılan değerlendirmeden ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmadığı kanaatine varılmıştır.

Bununla birlikte 492 sayılı Kanun'a göre ödenecek harçlardan varlık yönetim şirketlerinin -kuruluşlarından itibaren beş yıl süreyle- müstesna tutulmasına yönelik uygulama Anayasa Mahkemesinin anılan kararından sonra yapılan değişiklikle süresiz hâle getirilmiştir. Bu itibarla diğer teşebbüslerin harç ödeme yükümlülüğünün kural olarak devam etmesine karşın 5411 sayılı Kanun kapsamında kurulan varlık yönetim şirketlerinin, yaptıkları işlemler ve düzenledikleri kâğıtlar sebebiyle süresiz şekilde harçlardan istisna tutulmasının orantılı olup olmadığı hususu incelenmiştir.

İtiraz konusu kuralda, varlık yönetim şirketlerinin yaptıkları işlemlerin ve bunlarla ilgili düzenlenen kâğıtların 492 sayılı Kanun'a göre ödenecek harçlardan süresiz olarak istisna tutulmuş olması, varlık yönetim şirketlerine diğer teşebbüslerin aleyhine olacak nitelikte önemli bir avantaj sağlamaktadır. Bu avantaj varlık yönetim şirketleri bakımından giderlerinin azaltılması suretiyle kâr oranlarının artması anlamına gelmektedir. Bu şirketlerin kurulmasının teşvik edilmesi için kuruluşdan itibaren belirli süre ile sınırlı olarak bunlara harç istisnası tanınması kabul edilebilir fakat bunun sürekli hale getirilmesi diğer teşebbüsler aleyhine orantısız bir avantajın oluşmasına yol açacaktır. Bu değerlendirmeler ışığın-

da, ticari hayatta kârlılık esasına göre faaliyet gösteren teşebbüsler arasında varlık yönetim şirketleri lehine süreklilik arz eden bir farklılığın orantılı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

HÜKÜM:

“...492 sayılı Harçlar Kanununa göre ödenecek harçlardan,...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Kadir ÖZKAYA, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Basri BAĞCI, İrfan FİDAN ile Muhterem İNCE’nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 1/2/2024 tarihinde karar verildi.

KARŞI OYLAR:

(...) Kanun koyucunun şirketler açısından geçici olan bir düzenlemeyi kalıcı hale getirmesi takdir hakkı kapsamında bulunmakta olup, özel iştigal sahası bulunan bir grup şirkete faaliyet sahalarının zorluklar dikkate alınmak suretiyle sağlanan kolaylıkların belirsiz ve ölçüsüz olduğunu iddia etmekte mümkün olmadığından çoğunluğun kuralın iptal edilmesi yönündeki görüşüne iştirak edilmemiştir.

Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Basri BAĞCI, İrfan FİDAN ile Muhterem İNCE

(...) İncelenen kuralın amacı dikkate alındığında, söz konusu harç istisnasının sürekli hâle getirilmesinin de yasama organının takdir yetkisi içinde kaldığı, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı gibi ölçüsüz de olmadığı, dolayısıyla önceki kararımızdan ayrılmayı gerektiren bir neden bulunmadığı açıktır.

M. Emin KUZ,

Yukarıda belirtilen sebeplerle kuralın Anayasaya aykırı olmadığı ve iptal talebinin reddedilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun aksi yöndeki kararına karşıyım.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU**İŞ YERİ KİRASINDA STOPAJ**

•

**KİRALANIN YENİ MALİKİNİN KURUMLAR VERGİSİ
MÜKALLEFİ OLMASI**

•

KİRA BEDELİNE İLAVE EDİLECEK KDV’NİN HESAPLANMASI

İşyeri kiralalarında, kiraya veren malik gelir vergisi mükellefi iken kiralananın devri sonucunda kurumlar vergisi mükellefi olması hâlinde, kira bedeli %18 KDV’li olarak belirlenecektir. Taraflar arasındaki kira sözleşmesinde aylık olarak belirlenen kira bedelinin brüt olduğu belirtildiğine göre aylık kira bedelinin net olarak ödenmesi gerekir. Bu durumda sözleşmedeki net miktara %18 KDV’li tutar ilave edilerek bu toplam tutar kiraya verene ödenecektir

(Y 3 HD, 2018/635 E., 2022/286 K., T. 10.03.2022)¹

“(…) kiracı stopaj sorumlusu iken, kiraya konu yerin satışı sonrasında stopaj ödenmesinin söz konusu olmayacağı, kiraya verenin de stopaj vergisi ödeme mükellefiyetinin sona ereceği ancak stopaj yükümlülüğünün kalkması ile birlikte davacı şirketin KDV sorumlusu olacağı, davalının net kira+KDV ödemek istediği, davacı tarafın ise net kira+stopajın asıl kira bedeli olduğunu ileri sürdüğü, stopaj sorumluluğu kalkınca kiracının ödemesi gereken miktarın brüt kira olduğu, brüt kiranın ise bilirkişi raporuna göre 59.603,21TL olduğu, bunun üzerine KDV eklendiğinde kiracının ödemesi gereken miktarın 70.331,79TL olacağı (...)

1 Kararın tamamı için <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.20.04.2024

(...) Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; kiraya veren davacının ticarî şirket olduğu somut olayda, kira bedeli belirlenirken KDV'nin kira sözleşmesinde belirtilen net kira bedeli üzerinden mi yoksa brüt kira bedeli üzerinden mi hesaplanması gerektiği noktasında toplanmaktadır.(...)

- Türk vergi sistemi, kiralama işlemlerinde KDV'nin "kiraya veren" tarafından ödenmesini öngörmüştür.

- Devlet, bu yasal düzenlemelerle, kiraya verene, KDV'yi yasal düzenlemelerin öngördüğü şekil ve zamanlarda kendisine (Maliye) ödemek yükümlülüğünü getirmiştir.(...)

- Kira sözleşmesinde kiracının asli edim yükümü, kira bedelinin ödenmesi; kiraya verenin asli edim yükümü ise, kiralananı kira süresince kiracının kullanımına hazır bulundurmasıdır.

- Kiracının kira bedelini ödeme yükümlülüğünün yanında, kiralanan taşınmazın işyeri ve kiraya verenin de gelir vergisi mükellefi olması durumunda, %20 gelir vergisi stopajının kiracı tarafından kiraya veren ad ve hesabına vergi dairesine yatırılması gerekmektedir. İşyeri kiralarında taraflar kira bedelini, içinde %20 stopaj olduğu hâlde "brüt" şekilde belirleyebilecekleri gibi, %20 stopaj hariç olmak üzere sadece kiraya verene ödenecek kısım olmak üzere net olarak da belirleyebilirler. (Kanık, Hikmet: Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuk Davaları, Ankara 2021, s. 385-386).

- Sözleşmedeki tutarın stopaj dâhil olması hâlinde ilk kira yılı sonrasındaki yenileme yıllarında yapılacak artış oranlarının bu miktara uygulanması ile tespiti yapıp, belirleme brüt kira olarak yapılmış olur (Kanık, s. 386).

- İşyeri kiralarında kiraya verenin kurumlar vergisi mükellefi olması hâlinde, sözleşmede kira bedeli %18 KDV'li olarak belirlenecektir. Ancak sözleşmede yazılı olan veya kararlaştırılan kira bedelinin net olduğu, tüm KDV ve diğer vergilerin kiracıya ait olacağına ilişkin şartların bulunması hâlinde bu kira bedeline ayrıca %18 KDV ilave edilerek kiraya verene ödenmesi, kiraya verenin de KDV'li tutar üzerinden faturayı düzenlemesi gerekir. Sözleşmede

yazılı kira bedelinin net veya brüt olduğu yazılmamış ise bu sözleşme tutarının içinde KDV'nin de olduğu (brüt kira) kabul edilmelidir (Kanık, s. 387).

- İşyeri kirasına konu olan kiralananın maliki gelir vergisi mükellefi gerçek şahıs iken devir ile kurumlar vergisi mükellefi olan özel veya kamu hukuku tüzel kişinin malik olması hâlinde, sözleşmede net kira bedelinin kararlaştırılmış olması durumunda, önceden kira bedeline göre gelir vergisi mükellefi olarak stopaj kiracı tarafından ödenmekte iken, bu devir sonrası bu stopaj kiracı tarafından vergi dairesine ödenmeyip sözleşmedeki net miktara %18 KDV'li tutar ilave edilerek bu toplam tutar kiraya verene ödenecektir. Bu nedenle sözleşmedeki tutar “net” olarak belirlendiğinde ve vergilerin (gelir vergisi, stopaj, KDV) kiracıya ait olduğu belirtildiğinde net tutara KDV ilavesiyle bu miktar kiraya verene ödenir (Kanık, s. 388).

- Kiralananın mülkiyetinin devri durumunda, devralan şirket anonim şirket ise önceki malikten farklı olarak, gelir vergisine değil kurumlar vergisine tabi bulunduğundan, artık kiracının önce sorumlu bulunduğu brüt kira miktarını belirleyip, onun üzerinden vergi dairesine gelir vergisi yatırması, net miktarı ise kiraya verene ödemesi gerekmemektedir. Kiracının yapması gereken, kiraya verenin hukukî statüsünde ortaya çıkan bu farklılığa uygun olarak, bir önceki yılın net kira bedeline, sözleşmedeki artış hükmünü uygulamak suretiyle hesaplayacağı net kira bedelini ve onun KDV'sinin toplamını doğrudan davalıya ödemektir (Hukuk Genel Kurulunun 02.10.2002 tarihli ve 2002/19-712 E., 2002/660 K. sayılı kararı).

-Yapılan bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalı ile eski malik dava dışı ... arasında 01.11.2004 tarihli ve 5 yıl süreli kira sözleşmesi düzenlendiği, sözleşmede kira bedelinin aylık 11.000.000.000ETL (11.000TL) ve her üç ayda bir peşin olarak ödeneceğinin kararlaştırıldığı, sözleşmenin “Hususi Şartlar” bölümünün 3. maddesinde “Kiralama ile ilgili her türlü vergi, resim harç kiralayana aittir.” hükmünün, 4. maddesinde ise “193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü maddesine göre, kira bedelinden vergi tevkifatı yapılması gereken hallerde mülk sahibine kira bedelinin gelir vergisi, SSDF vesair kanuni kesintiler yapıldık-

tan sonra kalan kısmı ödenecektir.” hükmünün bulunduğu, dava konusu taşınmazın davacı tarafından 22.04.2014 tarihinde satın alındığı, yeni malik davacı tarafından davalı kiracıya keşide edilen ve 02.05.2014 tarihinde davalıya tebliğ edilen Beşiktaş 17. Noterliğinin 30.04.2014 tarihli ve 31081 yevmiye numaralı ihtarname ile kiralananın davacı tarafından satın alındığının ve kira bedellerinin her üç ayda bir 59.602,50TL+KDV [47.682TL (net)+11.920,50TL (stopaj)+10.728,45TL (KDV) olmak üzere toplam 70.330,95TL] olarak davacıya ait banka hesabına yatırılmasının ihtar edildiği anlaşılmaktadır.

-Yukarıda da belirtildiği üzere işyeri kiralarda, kiraya veren malik gelir vergisi mükellefi iken kiralananın devri sonucunda kurumlar vergisi mükellefi olması hâlinde, kira bedeli %18 KDV’li olarak belirlenecektir. Taraflar arasındaki kira sözleşmesinde aylık olarak belirlenen kira bedelinin brüt olduğu belirtildiğine göre aylık kira bedelinin net olarak ödenmesi gerekir. Bu durumda sözleşmedeki net miktara %18 KDV’li tutar ilave edilerek bu toplam tutar kiraya verene ödenecektir. Başka bir anlatımla kiracının yapması gereken, kiraya verenin hukukî statüsünde ortaya çıkan bu farklılığa uygun olarak, bir önceki yılın net kira bedeline, sözleşmedeki artış hükmünü uygulamak suretiyle hesaplayacağı net kira bedelini ve onun KDV’sinin toplamını davalıya ödemektir. O hâlde, Mahkemece, KDV’nin brüt kira bedeli üzerinden hesaplanarak hüküm kurulması doğru olmamıştır.(....)

-Hâl böyle olunca, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.(...)

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayıBOZULMASINA,.....karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 10.03.2022 tarihinde oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.

KARŞI OY

“(....) Taraflar aralarındaki sözleşme ile kira bedelini net miktar olarak belirlemişler ve gelir vergisi stopajı veya KDV gibi vergilerin

bu miktara ilave edileceğini kararlaştırmışlar ise kiralayanın eline mutlaka net kira bedeli geçecek ancak ödenmesi gereken vergilerin karşılığı miktarı da kiracı ayrıca ödemek durumunda kalacaktır. Bu durumda vergi oranlarındaki artış veya azalışlardan etkilenecek olan da kiracıdır.

Taraflar kira bedelini net miktar olarak değil brüt olarak belirlemişler ve ödenmesi gereken vergilerin bu miktara dahil olduğunu kararlaştırmışlar ise bu durumda vergi oranlarındaki artış veya azalışlara göre kiralayanın elde edeceği net kira miktarı değişebilecektir. Bu durumda vergi oranlarındaki artış veya azalışlardan etkilenecek olan da kiracıdır.

Kiralanan taşınmaz iktisadi bir işletmeye ait olmadığı için KDV'den istisna iken daha sonra taşınmazın el değiştirmesi ve iktisadi bir işletmeye dahil olması sonucu gelir vergisi stopajının kalkması ve kira bedelinin KDV'ye tabi olması hâlinde brüt kira bedeli içinde yer alan stopajın yerini KDV alacaktır. Taraflar kira bedelini brüt olarak belirlemişler ise bu iki vergi oranındaki farklılıktan etkilenecek olan kiralayandır. Kira bedelinin net olarak belirlenmesi hâlinde ise oran farklılığından etkilenecek olan kiracıdır.

Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurallarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde; taraflar arasında düzenlenen 01 Kasım 2004 başlangıç tarihli kira sözleşmesindetaraflar kira bedelini brüt olarak belirlemişler olup ayrıca tüm vergilerin kiraya ait olduğunu kararlaştırdıklarından verginin cinsi veya oranındaki değişikliklerin davacı lehine veya aleyhine sonuç doğması mümkün değildir. Sözleşmede gelir vergisi tevkifatından söz edilmesinin amacı kiranın net olarak belirlenmesi olmayıp sözü edilen 94. maddedeki stopaj kesme yükümlülüğünün sözleşmeye aktarılması niteliğindedir.

Taşınmaz ... tarafından kiraya verilmişken tüzel kişi şirket tarafından sonrasında taşınmazın satın alındığı bu nedenle gelir vergisi yükümlülüğünün yerine KDV yükümlülüğü geldiği anlaşılmakta olup tarafların belirlediği kira bedelinin içinde stopaj yerine bu kez KDV'nin olması gerektiği, KDV oranındaki düşüklük nedeniyle kira bedelinin inmesinin söz konusu olmayacağı açıktır.

Mahkemece net kira+stopaj+KDV olarak kira bedeli istenebileceği kabul edilmiş ise de bu taraflar arasındaki sözleşmeye aykırıdır. Sözleşme gereğince belirlenen brüt kira stopaj yükümlülüğü kalkmış olsa da istenebilecek olup, stopaj yerine gelen KDV'den de kiralayan sorumlu olacaktır. Bunun sonucu ise brüt kiranın düşmeyecek olması KDV oranındaki düşüklüğün ise kiralayan yararına sonuç doğuracak olmasıdır.

Özel Daire bozma kararı ise stopaj düşülmüş net kira üzerinden KDV eklenerek brüt kiranın belirlenmesi sonucunu doğurduğundan bu da sözleşme kapsamına aykırı bir sonuç doğurmaktadır.

Mahkemece yapılması gereken iş taafların kararlaştırdığı 11.000TL brüt kiranın yapılan artışlarla uyumsuzluk tarihine göre ulaştığı değeri belirleyip sonucuna göre karar vermek olup açıklanan bu nedenlerle hükmün daire bozmasından değişik nedenle bozulması gerekir. Hüküm kiracı davalı tarafından temyiz edilmiş ve stopaj düşülüp KDV eklenmesi şeklinde karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüş ise de oran düşüklüğünden kendisinin yararlanması gerektiği sonucunu doğuran fazla talep yönünden ise temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle sair temyiz itirazları reddedilmek suretiyle direnme hükmünün değişik nedenle bozulması gerektiği görüşünde olduğumdan daire kararı gibi bozma yönünde oluşan değerli çoğunluk görüşüne katılamıyorum.

AVUKATIN ELEKTRONİK TEBLİGAT ADRESİ BULUNMAMASI

•

KLASİK YOLLA YAPILAN TEBLİGATIN GEÇERLİLİĞİ

Baro levhasına yazılı avukat 7201 sayılı Kanun'un 7/a maddesine göre kendisine elektronik tebligat yapılması zorunlu olan gerçek kişilerden ise de, tebligatın yapılacağı tarihte elektronik tebligat adresinin bulunmaması veya kendisi için oluşturulan adresin aktivasyon işlemi yapılarak kullanıma açılmamış olması durumunda elektronik tebligat yapılması mümkün olmadığından, yargılama sürecinin işletilebilmesi için 7201 sayılı Kanun'nun 7/a maddesinin üçüncü fıkrası ve yine Yönetmeliğin 16 ncı maddesinde açıkça ifade edildiği üzere bu zorunlu sebepten dolayı 7201 sayılı Kanun'da öngörülen diğer klasik usullere göre tebligat yapılması gerekecektir. Klasik usulle (posta yoluyla) yapılan tebligatın yok hükmünde olduğu söylenemez.

(YHGK, 2023/657 E., 2024/41 K., T.31.01.2024)2

(.....) Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda gerekçeli kararın tebliğ tarihi itibarıyla dosyada davalı ... vekili olan avukatın elektronik tebligat adresinin bulunup bulunmadığı ve elektronik tebligat yapma imkânının olup olmadığı; tebligat yapılan kişinin avukat olduğu nazara alındığında 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinin birinci fıkrası gereği tebligatın elektronik yolla yapılmasının zorunlu olduğu gözetilerek posta yolu ile yapılan gerekçeli karar tebligatının yok hükmünde mi olduğu buradan varılacak sonuca göre davalı ... vekilinin 01.09.2021 tarihli istinaf başvurusunun süresinde olduğunun kabulü ile işin esasının incelenmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

(.....) Görüldüğü üzere muhataba elektronik yolla tebligat yapılabilmesi için onun kayıtlı elektronik tebligat adresinin olması ge-

reker. Elektronik tebligat adresi bulunan muhataplara elektronik tebligat adresi aldıktan sonra klasik yolla tebligat yapılamayacak doğrudan elektronik yolla tebligat yapılması gerekecektir. Bu durumun istisnası elektronik tebligatın zorunlu sebeple yapılamaması hâlidir. Elektronik tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde 7201 sayılı Kanun'da belirtilen diğer usullerle tebligat yapılacağı hem 7201 sayılı Kanun'nda hem de Yönetmelik'te düzenlenmiş ancak elektronik tebligatın yapılamamasının neden olan zorunlu sebeplerin neler olduğuna açıkça yer verilmemiştir.

Tebliğatın çıkarılacağı tarihte altyapının zarar görmesi sebebiyle UETS'nin çalışmaması veya muhatabın başvurusu üzerine elektronik tebligat adresinin kapatılmış olması gibi sebeplerin varlığı hâlinde elektronik tebligatın yapılmasını imkânsız kılan bir durumun varlığı kabul edilebilir. Bu gibi hâllerde, muhataba ait olan herhangi bir elektronik adrese elektronik tebligat mesajı gönderilmemelidir. Buna rağmen tebligat evrakı elektronik yolla (mesela UYAP üzerinden) gönderilirse, tebligat işleminin yokluğu söz konusu olur. Zira başka bir sistem veya UETS'ye kayıtlı olmayan bir elektronik adres Tebligat Kanunu anlamında belgelendirme işlevini haiz değildir. Bu yüzden, Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinin üçüncü fıkrasında ve yine Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin 16 ncı maddesinde açıkça ifade edildiği üzere elektronik tebligat yapılamıyorsa, Tebligat Kanunu hükümlerinde öngörülmüş diğer klasik usullere göre tebligat yapılmalıdır (Taner Emre Yardımcı, "Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat", Ankara Barosu Dergisi, 2019/3, s.12).

Tüm bu açıklamalar karşısında baro levhasına yazılı avukat 7201 sayılı Kanun'un 7/a maddesine göre kendisine elektronik tebligat yapılması zorunlu olan gerçek kişilerden ise de tebligatın yapılacağı tarihte elektronik tebligat adresinin bulunmaması veya kendisi için oluşturulan adresin aktivasyon işlemi yapılarak kullanıma açılmamış olması durumunda elektronik tebligat yapılması mümkün olmadığından yargılama sürecinin işletilebilmesi için 7201 sayılı Kanun'un 7/a maddesinin üçüncü fıkrası ve yine Yönetmeliğin 16 ncı maddesinde açıkça ifade edildiği üzere bu zorunlu sebepten dolayı 7201 sayılı Kanun'da öngörülen diğer klasik usullere göre tebligat yapılması gereği açıktır. Bu durum zorunlu sebep sayılma-

dığı takdirde yargılama süreci elektronik tebligat adresi kullanımı zorunlu olduğu hâlde elektronik tebligat adresini kullanıma açmayan gerçek veya tüzel kişinin keyfine bırakılmış olacaktır ki böyle bir durumun kabul edilmesi mümkün değildir.

(...) somut olay değerlendirildiğinde; dahili davalı vekili Avukat ...'e yargılama sürecinde tebligatların tamamının klasik usulle yapıldığı, baroya kayıtlı avukat olarak kendisine elektronik tebligat yapılması zorunlu ise de gerekçeli kararın tebliği tarihi itibarıyla elektronik tebligat adresi bulunmadığından elektronik tebligat yapma imkânı olmadığı dikkate alındığında bu zorunlu sebepten dolayı gerekçeli kararın dahili davalı vekiline klasik usulle tebliğ edilmesinin 7201 sayılı Kanun'un 7/a maddesinin üçüncü fıkrası ve yine Yönetmeliğin 16 ncı maddesine uygun olduğu anlaşılmakla klasik usulle (posta yoluyla) yapılan tebligatın yok hükmünde olduğu söylenemez.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında yasa koyucunun nizam çabasının kişilerin insiyatifine bırakılmayacağı, hâkimin yargılamanın sağlıklı işlemesi için her türlü tedbiri almakla yükümlü olduğu, mahkemenin zorlayıcı tedbirleri alarak kanunun emredici hükümlerini yerine getirmesi gerektiğinden gerekçeli kararın tebliği tarihinde vekilin elektronik tebligat adresi bulunmasa da mahkemece vekilin elektronik tebligat adresi kullanımı konusunda gerekli tedbirlerin alınması sağlanarak gerekçeli kararı elektronik tebligat yoluyla tebliğ etmesi gerektiğinden direnme kararının bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Hâl böyle olunca usul ve yasaya uygun olan direnme kararı onanmalıdır.

Davalı ... vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun olan direnme kararının ONANMASINA.....oy çokluğuyla kesin olarak karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

TERK VE ŞİDDETLİ GEÇİMSİZLİK NEDENİNE DAYALI BOŞANMA DAVASI

BOŞANMA NEDENLERİNİN SAİK AÇISINDAN ÇATIŞMAMASI

ERKEĞİN EŞİNİN GÖRÜŞÜNÜ ALMADAN GAYRİMENKULÜNÜ SATMASI

EKONOMİK ANLAMDA GÜVEN SARSICI DAVRANIŞ

MANEVİ TAZMİNAT

Hem terk sebebine dayanarak boşanma davası açmak, hem de evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının ileri sürülerek boşanma talebinde bulunmak birbiriyle çelişmektedir. İhtar isteği ile bundan önceki kusurlu tutum ve davranışları af etmiş veya en azından hoşgörü ile karşılamış olacağı ve ihtara rağmen evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ileri sürmek ihtarı samimi kılmayacaktır.

Erkeğin kendi adına kayıtlı taşınmazı eşinin görüşünü almadan sattığı anlaşıldığından bu vakıanın davacı erkeğe kusur olarak yüklenmesinin gerekir ve bu durumda boşanmaya sebep olan olaylarda davacı-davalı erkek tam kusurludur.

(Y 2HD, 2022/9210 E., 2023/126 K., T.11.01.2023)¹

(...) Davacı-davalı erkek vekili 07.06.2021 tarihli dava dilekçesinde özetle; tarafların daha öncede evlilikler yaptıkları ve bu evliliklerinden çocukları olduğu, kadının kızının kendileri ile birlikte kaldığı ve evliliklerinin 30 yıl kadar devam ettiği, en son, erkeğin

1 Kararın tamamı için, <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.20.04.2024

önceki evliliklerinden olan çocuklarına gayrimenkul vermesi üzerine kadının da kendi adına gayrimenkul istediği, veremeyeceğini söylediğinden evi terk ettiği, eve geri dönmesi için noterden ihtar çektiğini, gönderdiği parayı almasına rağmen eve dönmediğini, hatta eve dönmesi için emanete bıraktığı evin anahtarı alarak evde bulunmadığı bir sırada eve girip evdeki eşyalarını alarak gittiğini, müşterek eve dönmeyen eşi ile müşterek hayatlarının devam etmesine imkân kalmadığını beyanla yargılama yapılarak 4721 sayılı Kanun'un 164 üncü maddesinde yer alan terk hukuksal sebebi ve 166 ncı maddesinde yer alan evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuksal sebepleri ile davaların kabulüne, tarafların boşanmalarına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

(....) Davalı-davacı kadın vekili 07.12.2021 tarihli cevap ve karşı dava dilekçesinde özetle; iddiaların asılsız olduğu, adeta evi terke zorlayan davacı erkek olduğu, bağımsız konut temin etmediği gibi eve dön ihtarını da bağımsız olmayan bu konuta yaptığı, evlilik birliği içinde edindikleri gayrimenkulleri habersiz satarak oğluna daire aldığı ve bu alım için ayrıca kredi çekerek borçlandığını, dolayısıyla kızının evinden başka gidecek yer bulamayan kadın yokluğa düşmüş olması göz önünde bulundurularak, adli yardım talebinin kabulü ile asıl davanın reddine, 4721 sayılı Kanun'un 166 ncı maddesi gereğince tarafların boşanmalarına, kadın yararına 50.000,00 TL maddî ve 50.000,00 manevî tazminat ile 1.000,00 TL tedbir ve sonrasında yoksulluk nafakasına hükmedilmesine, yargılama giderleri ile vekâlet ücretinin karşı tarafa yüklenilmesini dava ve talep etmiştir.

İlk Derece Mahkemesince....terk hukuksal sebebine dayalı boşanma davasının kabulüne, tarafların boşanmalarına, karşı davanın reddine karar verilmiştir.

İlk Derece Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı - davacı kadın vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

(...) Bölge Adliye Mahkemesince;..... davacı- davalı erkek dava dilekçesinde birden fazla hukuksal sebebe dayanarak boşanma davası açtığını, bunun mümkün olduğunun ancak boşanma nedenlerinin saik açısından çatışmaması ve evlilik birliğini sona erdirmeye

isteği yönünden çelişmemesi gerektiğini, hem terk sebebine dayanarak boşanma davası açmak, hem de evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının ileri sürülerek boşanma talebinde bulunmanın birbiriyle çeliştiğini, ihtar isteği ile bundan önceki kusurlu tutum ve davranışları af etmiş veya en azından hoşgörü ile karşılaşmış olacağını, ihtara rağmen evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ileri sürmenin ihtarı samimi kılmayacağını, terke dayalı davanın kabulü için ihtar edilen usulüne uygun ve samimi ihtar tebliğine rağmen eşin haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmemesi gerektiğini, somut olayda erkeğin ihtarı samimi olmadığı bu nedenle davacı erkeğin terke dayalı boşanma davasının reddinin gerektiği belirtilerek hükmün kaldırılmasına davacı-karşı davalı erkeğin davasının reddine karar verilmiş kadının davası açısından ise erkeğin kendi adına kayıtlı taşınmazı eşinin görüşünü almadan sattığı anlaşıldığından bu vakıanın davacı erkeğe kusur olarak yüklenmesinin gerektiğini, bu durumda boşanmaya sebep olan olaylarda davacı-davalı erkeğin tam kusurlu olduğu belirtilerek gerekçenin düzeltilmesine,kadının istinaf başvurusunun kısmen kabulüne infazda tereddüt yaratmaması için hükmün bu kısmının kaldırılmasına, yeniden esas hakkında hüküm kurulmak suretiyle kadının davasının kabulü ile 4721 sayılı Kanun'un 166 ncı maddesinin birinci fıkrası gereğince tarafların boşanmalarına, davalı-davacı kadın yararına 25.000,00 TL maddî tazminata, koşulları oluşmayan manevî tazminat talebinin reddine, davalı-davacı kadın yararına aylık 500,00 TL tedbir ve 750,00 TL yoksulluk nafakasına karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde taraf vekillerince temyiz isteminde bulunmuştur.

Uyuşmazlık, taraflarca açılan karşılıklı boşanma davasında kadının evi sebepsiz terk etmesi nedeniyle taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamında imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik bulunup bulunmadığı, terk hukuksal sebebine dayalı davanın koşullarının oluşup oluşmadığı, geçimsizlik var ise kusurun kimden kaynaklandığı, kadının davasının kabulü, maddî ve manevî tazminat ile yoksulluk nafakası verilmesi şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ile miktarları noktasında toplanmaktadır.

(...) Tarafların iddia, savunma ve dayandıkları belgelere, uyumsuzluğun hukuki nitelendirilmesi ile uygulanması gereken hukuk kurallarına, dava şartlarına, yargılamaya hâkim olan ilkelere, ispat kurallarına ve temyiz olunan kararda belirtilen gerekçelere göre erkek vekilin tüm temyiz itirazları ile kadın vekilinin aşağıdaki (2) nolu paragrafın kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde görülmemiştir .

Bölge Adliye Mahkemesi tarafından yukarıda da belirtildiği üzere; erkeğe “kendi adına kayıtlı taşınmazı eşinin görüşünü almadan sattığı” vakiasının kusur olarak yüklenildiği, kadından habersiz yapılan bu eylemin ekonomik anlamda güven sarsıcı davranış niteliğinde olduğu, belirlenen ve gerçekleşen bu kusurun kadının kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. 4721 sayılı Kanun’un 174 üncü maddesinin ikinci fıkrası koşulları kadın yararına oluşmuştur. Hal böyle iken Bölge Adliye Mahkemesince kadının yararına uygun miktarda manevî tazminat hükmedilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile manevî tazminatın reddine karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

Açıklanan sebeplerle

1.Yukarıda (2) numaralı paragrafta belirtildiği üzere temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının manevî tazminat yönünden BOZULMASINA,

2. Yukarıda (1) numaralı paragrafta belirtildiği üzere davacı-karşı davalı erkeğin tüm, davalı-karşı davacı kadının ise sair temyiz itirazlarının reddi ile Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozma kapsamı dışında kalan temyize konu bölümlerinin 6100 sayılı Kanun’un 370 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ONANMASINA,.....oy birliğiyle karar verildi.

İPOTEĞİN KALDIRILMASI DAVASI

•

SATIŞIN DURDURULMASI HAKKINDA İHTİYATİ TEDBİR KARARI

Mahkemenin davanın konusu olmayan bir takipte ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi bulunmamaktadır. O halde, 28. İcra Müdürlüğünün 2012/17319 esas sayılı dosyasında yapılan takip nedeniyle satışın tedbiren durdurulmasına karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

(Y 2HD, 2015/7264 E., 2015/20653 K., T.09.11.2015)²

(....) Dava, Türk Medeni Kanununun 194. maddesine dayalı ipoteğin kaldırılması davasıdır. Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkansız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde “uyuşmazlık konusu” hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir (HMK.md.389/1). Mahkemenin tensiple, bu davanın konusunu teşkil eden, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluylaİcra Müdürlüğünün 2012/16257 esas sayılı dosyasında başlatılan icra takibiyle ilgili olarak, satışın durdurulmasına ilişkin verdiği ihtiyati tedbir kararı doğrudur.

Ancak, mahkemece 28.01.2014 tarihli ara kararla, 28. İcra Müdürlüğünün 2012/17319 esas sayılı dosyasında yapılan takip nedeniyle dava konusu taşınmazın satışının tedbiren durdurulmasına karar verilmiştir. 28.İcra Müdürlüğünün 2012/17319 esas sayılı dosyanın incelenmesinde; davalı banka tarafından diğer davalı eşe karşı genel haciz yolu ile takip yapıldığı ve bu takip nedeni ile taşınmazın satışa çıkarıldığı, mahkemece verilen ara kararla da taşınmazın satışının tedbiren durdurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda genel haciz yolu ile yapılan ve eldeki davanın konusu olmayan bir takipte de ihtiyati tedbir kararı verilmiştir. Mahkemenin

2 Kararın tamamı için, <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.15.05.2024

davanın konusu olmayan bir takipte ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi bulunmamaktadır. O halde, 28. İcra Müdürlüğünün 2012/17319 esas sayılı dosyasında yapılan takip nedeniyle satışın tedbiren durdurulmasına karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA, bozma kapsamı dışında kalan temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple ONANMASINA,tebliğden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3 HUKUK DAİRESİ

AÇIĞA ATILAN İMZANIN SONRADAN ANLAŞMAYA AYKIRI DOLDURULMASI

İSPAT YÜKÜ

İSTİNAFTA İLERİ SÜRÜLMİYEN HUSUSLARIN TEMYİZDE DİKKATE ALINAMAYACAĞI

Açığa atılan imzanın aksinin yasal delillerle ispat yükünün davalıda olduğu, davalının iddiasını yasal delillere ispat edemediği ve istinafta ileri sürülmeyen hususların temyizde dikkate alınamayacağı hakkında

(Y 3 HD, 2023/2863 E., 2024/49 K., T. 08.01.2024)³

“(.....) Bölge Adliye Mahkemesi’nce; davalı taraf başka bir sebepten dolayı boş kağıda imza attığını, imzanın davacı tarafından kötüye kullanılarak, imzalanan boş kağıdın doldurulduğunu ileri sürmüş ise de, bu iddianın yazılı delille ispat edilemediği, davalının şikayeti üzerine davacı hakkında özel belgede sahtecilik suçundan başlatılan ceza soruşturmasında alınan raporda imzanın davalı eli ürünü olduğunun tespit edildiği, anılan soruşturmada kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği, boşa atılan imzanın sorumluluğunun da imzayı atan kişide olduğu, Mahkemece kurulan hükümde usul ve esas yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı, süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

3 Kararın tamamı için, <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.20.05.2024

Temyiz Gerekçeleri:

04.11.2021 tarihli ek dilekçede bildirilen sebepler tekrarlanarak ve sosyal-ekonomik durum araştırılması yapıldığında da bu para alacağının müvekkil tarafından almasını gerektirecek bir durumun olmamasının, alacaklının bunu ödeyebilecek bir maddi durumunun olmamasının söz konusu işlemin muvazaalı olduğunu kanıtlayacağını da ileri sürerek kararın bozulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

(.....)

Dava dosyasının incelenmesinde; 03.04.2019 düzenleme tarihli borç ikrarını içeren borç senedine dayalı olarak davalı hakkında icra takibi başlatıldığı, davalının 15.08.2019 tarihli icra takibine itirazında "...hakkımda açılmış olan takipte belirtilen borç ile benim bir ilgim yoktur. Dosyada borcun kaynağı gösterilen senet altındaki imza bana aittir fakat atmış olduğum imza başka bir evraka ait olup kopya edilerek sanki karşı tarafa imzalamış olduğum bir senet varmış gibi yapıştırılmıştır. Dolayısıyla hakkımda başlatılmış olan ilamsız takibe süresi içerisinde tüm borç ve ferilerine itiraz ediyorum. Ayrıca hakkımda usulsüzce işlem yapmış olan alacaklı kişi hakkındaki yasal haklarımı saklı tutmak kaydıyla tüm borç ve ferilerine itiraz ederek hakkımda açılmış olan takibin durdurulmasını talep ederim." şeklinde itirazda bulunduğu, imzanın kendisine ait olduğunu kabul ettiği,

Daha sonra 19.08.2019 tarihli şikayeti üzerine açılan Bozova Cumhuriyet Başsavcılığının 2019/779 soruşturma no.lu soruşturma dosyasında 06.09.2019 tarihli Van Jandarma Kriminal Laboratuvarından alınan raporda imzanın davalının eli ürünü olduğu tespit edildiği,

Davalının sahtecilik konusundaki şikayeti hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği,

Ayrıca aleyhine bu sebeple açılan Bozova Asliye Ceza Mahkemesinin 23.06.2020 tarihli ve 2020/77 E., 2020/200 K. sayılı kararıyla iftira nedeniyle mahkumiyet kararı verildiği ve kararın istinaf incelemesinden geçerek 30.12.2022 tarihinde kesinleştiği, açığa atılan imzanın aksinin yasal delillerle ispat yükünün davalıda olduğu, davalının iddiasını yasal delillere ispat edemediği, istinafta ileri sürül-

meyen hususların temyizde dikkate alınamayacağı anlaşıldığından davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

Açıklanan sebeplerle;

Davalı vekilinin yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının 6100 sayılı Kanun'un 370 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ONANMASINA,.....oy birliği ile karar verildi.

İŞ YERİ İHTİYACI NEDENİYLE TAHLİYE DAVASI

YENİ MALİKİN BİR AY İÇİNDE DURUMU KİRACIYA BİLDİRMESİ

BİLDİRİMİN BİR AY İÇİNDE TEBLİĞ EDİLMİŞ OLMASI

İHTİYACIN YARGILAMA SIRASINDA DA DEVAM ETMESİ

Özel teşebbüsün ticaretini genişletme amacı ve bu doğrultudaki gereksinimlerinin Türk Borçlar Kanununda tahliye sebebi olarak tanımlanan zorunlu ihtiyaç kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir

Davacı ihtiyaçlı, ticari faaliyetini ikamet ettiği yerden farklı bir yerde de sürdürebilir zira buna hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bu itibarla; zorunlu ihtiyaç iddiasının gerçek ve samimi olduğu da kanıtlandığından kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davacının iş ve faaliyet alanını kısıtlar şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

(Y 3 HD, 2017/10686 E., 2018/4323 K., T.19.04.2018)⁴

(...) Davacı dava dilekçesinde, ihtiyaç nedeniyle tahliyenin yanı sıra ödenmeyen kira bedellerinin tahsilini de talep etmiştir. Mah-

4 Kararın tamamı için, <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.20.04.2024

kemece, davacının alacak istemi bulunmasına rağmen, bu hususta olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeden hüküm kurulması hatalıdır.

Davacının tahliyeye ilişkin temyiz itirazlarına gelince; Konut ya da çatılı işyeri niteliğindeki bir taşınmazı iktisap eden kimse dilerse eski malik ile kiracı arasında yapılmış sözleşmeye dayanarak sözleşmenin sonunda bir ay içinde, dilerse TBK.'nın 351. maddesi uyarınca edinme günü de dahil olmak üzere edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla edinme tarihinden itibaren altı ay sonra ihtiyaç nedeniyle tahliye davası açabilir.

Davanın altı ayın sonunda hemen açılması şart olmayıp sözleşme sonuna kadar açılması mümkündür. Ancak edinmeyi izleyen bir ay içerisinde bildirimin tebliği zorunlu olup bunun sonradan giderilmesi mümkün değildir. Açılacak davada tahliyeye karar verilebilmesi için ihtiyacın varlığının kanıtlanması gerekir.

İhtiyaç iddiasına dayalı davalarda tahliyeye karar verilebilmesi için ihtiyacın gerçek, samimi ve zorunlu olduğunun kanıtlanması gerekir. Devamlılık arzetmeyen geçici ihtiyaç tahliye nedeni yapılamayacağı gibi henüz doğmamış veya gerçekleşmesi uzun bir süreye bağlı olan ihtiyaç da tahliye sebebi olarak kabul edilemez. Davanın açıldığı tarihte ihtiyaç sebebinin varlığı yeterli olmayıp, bu ihtiyacın yargılama sırasında da devam etmesi gerekir.

(...) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01/10/1997 tarih 1997/6-630 Esas 1997/762 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere özel teşebbüsün ticaretini genişletme amacı ve bu doğrultudaki gereksinimlerinin Türk Borçlar Kanununda tahliye sebebi olarak tanımlanan zorunlu ihtiyaç kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Öte yandan; Mahkemece, her ne kadar davacının ikamet etmediği ...'da yeni bir iş yeri açacağı veya işini burada genişleteceği yönündeki ihtiyaç iddiasının samimi bulunmadığı belirtilerek davanın reddine karar verilmiş ise de davacı ihtiyaçlı, ticari faaliyetini ikamet ettiği yerden farklı bir yerde de sürdürebilir zira buna hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bu itibarla; zorunlu ihtiyaç iddiasının gerçek ve samimi olduğu da kanıtlandığından kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davacının iş

ve faaliyet alanını kısıtlar şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru değildir.

Hüküm bu nedenlerle bozulmalıdır.

BOŞ KİRA SÖZLEŞMESİ İMZALANDIĞI İDDİASI

•

ÇIKINTI KAZINTI VEYA SİLİNTİ OLMAMASI

•

AKSİNİN YAZILI BELGE İLE İSPATLANMASI GEREĞİ

Dava konusu olan ve sözleşmeye el yazısı ile eklenen 22. madde ile kiraya verenin on yıldan önce kiracıyı çıkartmak istemesi, binayı başkasına satması veya devretmesi halinde kiracı tarafından kira sözleşmesinden önce taşınmazda yapılan inşaat ve sair masraflar için kiraya verenin kiracıya taşınmazın değer artışı olarak 40.000 Euro ödemeyi kabul ettiğine dair ifade, HMK'nın 207. maddesinde belirtilen çıkıntı, kazıntı veya silinti olarak kabul edilemeyeceğinden, taraf iradeleriyle boş bırakılan sözleşme metni doldurulmak suretiyle sözleşmenin tamamlandığının kabulü gerekir. Davalı tarafça aksi yazılı belge ile de ispatlanamamıştır. İşin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yapılmamış olması bozmayı gerektirmiştir.

(Y 3 HD, 2022/838 E., 2022/3768 K., T.19.04.2022)⁵

Davacı; -----taşınmazı devralan ... tarafından da aleyhine ihtiyaç sebebi ile tahliye davası açıldığını, bu durumun sözleşmeye aykırılık oluşturduğunu ve sözleşme hükmü gereği 40.000 Euro bedele hak kazandığını, ayrıca davalıya ödenen 12.000 TL depozitonun da iadesi gerektiğini ileri sürerek; davalının itirazının iptali ile takibin kaldığı yerden devamına karar verilmesini talep etmiştir.

5 Kararın tamamı için <https://karararama.yargitay.gov.tr> bkzn, ET.22.04.2024

Davalı; davacı şirketin sahibi olan İlker ile kardeş olduklarını, güven ilişkisine dayalı olarak boş kira kontratını imzalamak suretiyle kardeşine verdiğini, dava konusu cezai şarta ilişkin düzenlenen sözleşme maddelerinin bilgisi dışında doldurulduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

İlk derece mahkemesince; sözleşmenin açık hükmü gereği kiracının yapmış olduğu masraflar nedeniyle taşınmazda ortaya çıkan değer artışını talep hakkı bulunduğu, yine davacının üç aylık süre içerisinde iadesi gerçekleştirilmeyen güvence bedelini davalıdan talep etmesinin mümkün olduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiş; karara karşı, davalı vekilince istinaf yoluna başvurulmuştur.

Bölge adliye mahkemesince; davalı vekilinin ... bedeline ilişkin itirazının, matbu sözleşmedeki boş kısımların rıza dışında doldurulduğunun yazılı belge ile ispatlaması gerektiğinden yerinde olmadığı, taşınmazdaki değer artışına ilişkin itirazının ise; el yazısı ile sözleşmeye eklenen ibarenin ayrıca imza edilmeyip, davalı tarafça da inkar edildiği, bu nedenle davalı açısından sorumluluk doğurmayacağından bu miktar yönünden davanın reddi gerektiği gerekçesiyle; davalı vekilinin istinaf talebinin kabulüne, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ile yeniden davanın kısmen kabulü ile davalının itirazının ... bedeli olan 12.000 TL yönünden iptali ile takibin bu miktar üzerinden devamına, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiş; karar, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

.....

1-Davalının temyiz talebi yönünden;

(...) Dosya içeriğine göre, hüküm altına alınan ve temyize konu edilen toplam miktar 12.000 TL olup bölge adliye mahkemesinin karar tarihi itibari ile kesinlik sınırı olan 78.630 TL'nin altında kalmaktadır.

Bu itibarla davalı tarafın temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

2-Davacının temyiz talebi yönünden yapılan incelemede;

Taraflar arasında imzalanan 01/01/2013 başlangıç tarihli ve on yıl süreli kira sözleşmesi matbu evrak şeklinde düzenlenmiş, mah-

kemenin de kabulünde olduğu üzere belli kısımları nokta şeklinde boşluk bırakılarak sonradan el yazısı ile doldurulmak suretiyle tamamlanmış, yine sözleşmenin boşluk bırakılan alt kısmı elle devam madde numaraları yazılmak suretiyle tamamlanmış, en son olarak da yine boşluk doldurmak suretiyle sözleşmenin yirmi üç maddeden oluştuğu kararlaştırılmış olup birer suretin taraflara verildiği sözleşme metnine eklenmiştir. Dava konusu olan ve sözleşmeye el yazısı ile eklenen 22. madde ile kiraya verenin on yıldan önce kiracıyı çıkartmak istemesi, binayı başkasına satması veya devretmesi halinde kiracı tarafından kira sözleşmesinden önce taşınmazda yapılan inşaat ve sair masraflar için kiraya verenin kiracıya taşınmazın değer artışı olarak 40.000 Euro ödemeyi kabul ettiğine dair ifade yazılmıştır.

Her ne kadar bölge adliye mahkemesince el yazısı ile sözleşmeye eklenen ibarenin ayrıca imza edilmeyip, davalı tarafça da inkar edildiği gerekçesiyle sorumluluk doğurmayacağı kabul edilmiş ise de; sözleşme metnine bakıldığında ne bir çıkıntı, ne bir kazıntı ne de bir silinti mevcut değildir. Matbu sözleşmedeki bu madde, HMK'nın 207. maddesinde belirtilen çıkıntı, kazıntı veya silinti olarak kabul edilemeyeceğinden, taraf iradeleriyle boş bırakılan sözleşme metni doldurulmak suretiyle sözleşmenin tamamlandığının kabulü gerekir. Kaldı ki davalı tarafça aksi yazılı belge ile ispatlanamamıştır.

Hal böyle olunca bölge adliye mahkemesince; davacının talebi yönünden işin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığlı değerlendirme ve eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalının temyiz dilekçesinin miktar itibariyle REDDİNE, ikinci bentte açıklanan nedenlerletemyiz olunan bölge adliye mahkemesi kararının davacı yararına BOZULMASINA,oy birliği ile karar verildi.

**YETKİ BELGESİNDE SÜRE VE YETKİ YÖNÜNDEN
KISITLAMA OLMAMASI**

•

**TEVKİL EDİLEN VEKİLE YAPILAN TEBLİGATIN GEÇERLİ
OLMASI**

•

İSTİNAF SÜRESİNİN GEÇİRİLMİŞ OLMASI • GİZLİ AYIP

Davalı vekili İlk Derece Mahkemesince verilen gerekçeli kararın usulüne uygun olarak kendilerine tebliğ edilmediğini belirterek temyiz itirazlarında bulunmuş ise de;

Avukat ...'na “dosyada mübrez vekaletnamedeki tüm yetkiler” açıklaması ile yetki belgesi verildiği, yetki belgesinde süre yönünden herhangi bir kısıtlama yer almadığı görülmüştür. Yetki belgesi vekâletname hükmündedir.” şeklinde düzenleme gereğince, davalı vekili olarak Avukat ... T.....'ya (Tevkil edilen) İlk Derece Mahkemesinin gerekçeli kararının tebliğ edildiği anlaşılmış olup bu durumda, karara karşı istinaf başvurusunda bulunmayan davalının temyiz hakkı bulunmadığından davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.

(Y 3 HD, 2023/4246 E., 2024/1009 K., T.05.03.2024)⁶

(....) Taraflar arasındaki malın ayıplı olmasından kaynaklanan misli ile değişim davasından dolayı yapılan yargılama sonunda İlk Derece Mahkemesince davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararın davalı vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince, davalının istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı davalılar tarafından temyiz edilmekle; kesinlik, süre, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönünden yapılan ön inceleme sonucunda, Tetkik Hâkimi tarafından

6 Kararın tamamı için, <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.30.05.2024

hazırlanan rapor dinlenerek dosyadaki belgeler incelenip gereği düşünüldü:

Değerlendirme

1. Davalı ...A.Ş. vekilinin temyiz itirazları yönünden yapılan incelemede; davalı vekili İlk Derece Mahkemesince verilen gerekçeli kararın usulüne uygun olarak kendilerine tebliğ edilmediğini belirterek temyiz itirazlarında bulunmuştur. Dosyasının incelenmesinde Avukat ... tarafından 09.05.2018 tarihinde davalı vekilinin dosyaya sunmuş olduğu cevap dilekçesi ekinde yer alan vekaletname sürelili olduğuna ilişkin bir ibare yer almadığı görülmüştür.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 56 ncı maddesindeki (Ek fıkra: 2/5/2001) "Avukatlar veya avukatlık ortaklığı başkasını tevkil etme yetkisini haiz oldukları bütün vekâletnamelerini kapsayacak şekilde bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına vekâletname yerine geçen yetki belgesi verebilir. Bu yetki belgesi vekâletname hükmündedir." şeklinde düzenleme gereğince de davalı vekili olarak Avukat ... T.....'ya İlk Derece Mahkemesinin gerekçeli kararının tebliğ edildiği anlaşılmış olup bu durumda, karara karşı istinaf başvurusunda bulunmayan davalının temyiz hakkı bulunmadığından davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.

2. Diğer Davalı vekilinin temyiz itirazları yönünden yapılan yapılan incelemede; uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kurallarının doğru şekilde tespit edildiği, hükme esas alınan bilirkişi raporunda ayıpların gizli olduğunun belirlendiği araçta 5 kez EGR ve DPF, 3 kez ND sensörünün değiştirildiği ve halen de arızaların devam ettiği ve raporun hüküm kurmaya elverişli olduğu anlaşılmakla, davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun bulunan kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Açıklanan sebeple;

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının 6100 sayılı Kanun'un 370 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ONANMA-SINA,.....oy birliğiyle karar verildi.

KİRA SÖZLEŞMESİNDE KİRALANANIN ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARA DEVREDİLMEMEYECEĞİ TAAHHÜDÜ

•

CEZAI ŞARTIN YERİNE GETİRİLMESİ KOŞULLARI

Kira sözleşmesi ile, kiralayan, sözleşmenin devamı müddetince mecuru 3. şahıslara satıp, devretmeyeceğini; devrederse kiracının mecurdan sözleşme sonuna kadar yararlanmasını temin edeceğini garanti ve taahhüt etmiş ve aksi halde sözleşmeye göre cezai şart ödenmesi kararlaştırılmış ise de; anılan sözleşme hükmüne dayalı olarak cezai şart bedeli talep edilebilmesi için; kiralananın yeni malik tarafından açılan tahliye davası neticesinde tahliye edilmesi gerekmektedir

(Y 3 HD, 2022/8311 E., 2023/340 K., T. 27.02.2023)⁷

Davacı; davalıların murisinden kalan taşınmazı 2007 yılında kiraladığını, 2013 yılında imzalanan protokol ile kira süresinin beş yıl daha uzadığını ve önceki kira sözleşmesi hükümlerinin aynen geçerli olacağını kararlaştırıldığını, kira sözleşmenin yedinci maddesinde kiraya verenlerin; taşınmazı üçüncü kişilere devretmemeyi, devredildiği takdirde kiralananın sözleşme sonuna kadar yararlanılmasını temin etmeyi taahhüt ettiklerini, bu tahhüdün yerine getirilmemesi durumunda ise tahliye tarihinden sözleşme süresinin sonuna kadar işleyecek kira bedelleri toplamının iki katı tutarında cezai şart bedeli ödemeyi kabul ettiklerini, sözleşmenin bu hükmüne aykırı şekilde kiralananın üçüncü kişiye devredildiğini, üçüncü kişinin ihtarname ile kiralananın tahliyesini talep ettiğini ve aksi halde ihtiyaca dayalı tahliye davası açılacağını ihtar ettiğini, taşınmaz hakkında yıkım kararı aldırılması üzerine 2015 yılı Ağustos ayında kiralananı tahliye etmek zorunda kaldığını iddia ederek; fazlaya dair hakları saklı kalmak üzere protokole güvenerek mecura yaptığı 172.535 TL harcama bedeli ile 19.989,20 TL taşınma masrafının davalılardan tahsilini talep etmiş; sunduğu

7 Kararın tamamı için <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.20.04.2024

ıslah dilekçesi ile davayı sözleşmenin yedinci maddesinde öngörülen cezai şart tazminatının tahsili olarak ıslah ettiğini bildirerek, fazlaya dair hakları saklı kalmak üzere 192.524,28 TL cezai şart bedelinin davalılardan tahsilini talep etmiştir.(...)

Davanın reddi üzerine davacı vekili; Sözleşmedeki hükmün ifa yerine cezai şart olduğunu ve davalıların ifa yerine cezai şarta dayanarak sözleşmeden döndüğünü, riskli yapı tespitinin yeni malik döneminde gerçekleştiğini, sözleşmedeki cezai şart hükmünün koşullarının gerçekleştiğini, davanın ifa imkansızlığı nedeniyle reddine dair kararın usul ve kanuna aykırı bulunduğunu ileri sürerek; kararın bozulmasını istemiştir.(...)

- (...) davacı vekilinin aşağıdaki paragrafların kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

- Taraflar arasındaki kira sözleşmesinin “kiralayanın taahhüdü ve cezai şart” başlıklı yedinci maddesi; “Kiralayan, sözleşmenin devamı müddetince mecuru 3. şahıslara satıp, devretmeyeceğini; devrederse kiracının mecurdan sözleşme sonuna kadar yararlanmasını temin edeceğini garanti ve taahhüt eder. Şayet Kiralayan bu garanti ve taahhüdüne aykırı olarak mecuru 3. şahıslara devreder ve yeni malik de Kiracının mecurdan tahliyesini isterse, bu durumda kiralayan, tahliye tarihinden sözleşme sonuna kadar olan kira bedelleri toplamının iki katı tutarındaki meblağı, cezai şart olarak Kiracıya derhal ve defaten ödeyeceğini; ayrıca kiracının bunu aşan zararlarını da tazmin edeceğini, gayrikabil-i rücu kabul, beyan ve taahhüt eder.” hükmünü içermektedir.

- Anılan sözleşme hükmüne dayalı olarak cezai şart bedeli talep edilebilmesi için; kiralananın yeni malik tarafından açılan tahliye davası neticesinde tahliye edilmesi gerekmektedir. Anılan hükümde; yeni malikin kiralananın tahliyesini istemesi ve cezai şart hesabının tahliye tarihi esas alınarak yapılacağı düzenlendiğinden, yalnızca yeni malik tarafından ihtar gönderilmesi cezai şartın gerçekleşmesi için yeterli değildir.

- Buna göre Mahkemece; sözleşmede öngörülen cezai şartın koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken,yanılgılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirir.

Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 370 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmü uyarınca sonucu itibarıyla ilk derece mahkemesi kararının gerekçesinin değiştirilerek ve düzeltilerek onanması gerekir.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

TRAFİK KAZASINDAN KAYNAKLANAN MADDİ TAZMİNAT DAVASI

YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

BİRDEN FAZLA GENEL VE ÖZEL YETKİLİ MAHKEME BULUNMASI

Bir davada, birden fazla genel ve özel yetkili mahkeme varsa, davacı bu mahkemelerden birinde dava açmak hususunda bir seçimlik hakka sahiptir. Davacı, davasını bu genel ve özel yetkili mahkemelerden hiçbirinde açmaz ve yetkisiz bir mahkemede açarsa, o zaman seçme hakkı davalılara geçer.

(Y 5 HD, 2022/10685 E., 2022/14058 K., T.17.10.2022)⁸

(...) Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir.

(...) Erzincan'da meydana gelen trafik kazası sonrasında davacının ilk önce Erzincan hastanelerinde tedavi gördüğü, daha sonra Erzurum'a sevk edilerek tedavisine burada devam edildiği, davacının vücudunda meydana gelen hasarlar nedeniyle davacının tedavisine bu sefer İzmir'de devam ettiği anlaşılmakla davacının daha sonra Erzurum hastanelerine sevk edilmesinin zararın Erzurum'da meydana gelme ihtimalinin gerçekleştiğini göstermeyeceği, bu nedenle HMK'nın 16/1 maddesinde düzenlenen zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yerin Erzurum olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığı, bunun yanında kazaya karışan aracı sigorta ettiren araç sürücüsü S... S....'nın davalı olmaması nedeniyle bu hükme dayanarak Erzurum mahkemelerinin yetkili

olduğunu kabul etmeye yasal olarak imkan olmadığı, haksız fiilden kaynaklı tazminat davasında davacının yetkili mahkeme hususunda seçimlik bir hakka sahip olmasına rağmen yetkili mahkemede dava açmadığı, davalı vekilinin usulüne uygun bir biçimde yetki itirazında bulunduğu, bu durumda seçim hakkının davalı tarafa geçtiği gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir.

İstanbul Anadolu 1. Tüketici Mahkemesince, davalı ... şirketinin merkezinin İstanbul olduğu ancak davacının (lehdarın) adresinin ne kazanın olduğu tarihte ne de dava açtığı tarihte İstanbul İli olmadığı ayrıca kazanın Erzincan Sivas Karayolunda gerçekleştiği gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir.

(...) Bir davada, birden fazla genel ve özel yetkili mahkeme varsa, davacı bu mahkemelerden birinde dava açmak hususunda bir seçimlik hakka sahiptir. Davacı, davasını bu genel ve özel yetkili mahkemelerden hiçbirinde açmaz ve yetkisiz bir mahkemede açarsa, o zaman seçme hakkı davalılara geçer.

6100 sayılı HMK'nın "Yetki itirazının ileri sürülmesi" başlıklı 19/2. maddesinde; "Yetkinin kesin olmadığı davalarda, yetki itirazının, cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir. Yetki itirazında bulunan taraf, yetkili mahkemeyi; birden fazla yetkili mahkeme varsa seçtiği mahkemeyi bildirir. Aksi takdirde yetki itirazı dikkate alınmaz" hükmü yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinde, kazanın Erzincan Sivas Karayolunda meydana geldiği davacının yerleşim yerinin ise Eleşkirt /Ağrı olduğu tespit edilmiştir. Ancak, yapılan araştırma ile davalı ... şirketinin İstanbul İlinde genel müdürlüğünün ve Kadıköy İlçesinde bölge müdürlüğünün bulunduğu anlaşılmıştır. Somut olayda ise birden çok mahkemenin yetkili olduğu ve kesin yetki kuralının bulunmadığı bu davada, davanın yetkisiz mahkemede açıldığı, davalının da usulüne uygun ve süresinde yetki itirazında bulunduğu anlaşıldığına göre, davanın İstanbul Anadolu 1. Tüketici Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri ve 5235 sayılı Kanun'un 36/3. maddesi gereğince İstanbul Anadolu 1. Tüketici Mahkemesinin YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE, 17.10.2022 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

KESİNLİK SINIRININ BELİRLENMESİ

•

TEMYİZİN REDDİNE DAİR EK KARARIN TEMYİZİ

Bölge Adliye Mahkemesi'nin ilgili dairesince kesin olarak verilmiş kararın temyiz başvurusu konusunda; ilk derece mahkemesinin yetkisi olmadan davalının isteminin reddine karar vermesi usul ve yasaya aykırı olduğundan ek kararının ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırını belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra (inkar) tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz

(Y 9 HD, 2017/23304 E., 2017/14392 K., T.28.09.2017)⁹

(.....) İlk Derece Mahkemesi HMK.nun 346. Maddesinin verdiği yetkiye dayanarak davalı vekilinin temyiz talebini 30.01.2017 tarihli ek kararı ile “temyize konu kararın kesin olduğu “ gerekçesi ile reddetmiştir.

İlk Derece Mahkemesi'nin temyiz talebinin reddine ilişkin kararı süresinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

... ..Mahkemesi 24. Hukuk Dairesi de davalının temyiz talebini 02/02/2017 tarih 2016/175 Esas, 2017/16 Karar sayılı ek kararı ile Daire kararının kesin olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.Mahkemesi 24. Hukuk Dairesi'nin temyiz talebinin reddine ilişkin kararı süresinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlenildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup, düşünüldü.

9 Kararın tamamı için, <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.06.06.2024

YARGITAY KARARI

Her ne kadar ilk derece mahkemesinceMahkemesi kararının kesin olduğu gerekçesiyle davalının temyiz istemi reddedilmişse de,Mahkemesi kararının temyizi kabil olup olmadığının değerlendirmesinin, kararı temyiz edilenMahkemesince ya da Yargıtay'ın ilgili dairesince yapılacağı, bu nedenle ilk derece mahkemesinin yetkisi olmadan davalının isteminin reddine karar vermesi usul ve yasaya aykırı olduğundan ilk derece mahkemesinin 30.01.2017 tarihli ek kararının ORTADAN KALDIRILMASINA karar verilmesi gerekmiştir.

(.....)

Kesinlik sınırı kamu düzeni ile ilgilidir. Temyiz kesinlik sınırı belirlenirken yalnız dava konusu edilen taşınır malın veya alacağın değeri dikkate alınır. Faiz, icra (inkar) tazminatı, vekalet ücreti ve yargılama giderleri hesaba katılmaz.

Birleştirilen davalarda, temyiz sınırı her dava için ayrı ayrı belirlenir.

İhtiyari dava arkadaşlığında, temyiz sınırı her dava arkadaşının davası için ayrı ayrı belirlenir.

Karşılık davada, temyiz sınırı asıl dava ve karşılık dava için ayrı ayrı belirlenir.

Tespit davalarında, temyiz sınırı tespit davasının öncüsü olduğu eda davasının miktar ve değerine göre belirlenir.

Temyiz sınırından fazla bir alacağın tamamının dava edilmiş olması halinde, hükümde asıl istemin kabul edilmeyen bölümü temyiz sınırını geçmeyen tarafın temyiz hakkı yoktur. Kısaca temyize konu edilen miktara bakılarak kesinlik belirlenir.

Alacağın bir kısmının dava edilmesi halinde, kısmi davada kesinlik sınırı dava edilen miktara göre değil, alacağın tamamına göre belirlenir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.06.1975 gün ve 1975/6-8 sayılı içtihadında, " 5521 sayılı yasada açık düzenleme olmamakla birlikte, bu yasanın 15. maddesindeki düzenleme gereği HUMK.nun 427 maddesindeki kesinlik sınırının

iş mahkemelerinde verilen kararlarda da uygulanması gerektiği, grup halinde açılan davaların salt iş mahkemelerine özgü bir dava türü olmadığı, bu nedenle seri olarak açılan davalarda her dosya için kesinlik sınırına bakılması gerektiği” açıkça belirtilmiştir.

01.12.2016 tarihi itibarıyla iş mahkemelerinde verilen kararların 6763 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle yapılan değişiklikle temyiz parasal sınırı 5.000 TL.’den 40.000 TL.’ye çıkarılmıştır.

Somut uyuşmazlıkta, dosya içeriğine göre temyize konu edilen miktar 23.349,98 TL. kıdem tazminatı ve 4.903,44 TL. fazla mesai ücreti olmak üzere toplam 28.253,42 TL. olup karar tarihi itibarıyla 40.000,00 TL. lik kesinlik sınırı kapsamında kalıp, davalının temyiz isteminin reddine ilişkinMahkemesi’nin 02/02/2017 tarihli ek kararı H.M.K.’nun 362/1-a ve 362/2 maddelerine uygun olduğundan bu kararlara yönelik temyiz isteminin reddi ile ek kararın ONANMASINA, oybirliği ile karar verildi.

BASİT YARGILAMA USULÜ

•

DAVALININ CEVAP SÜRESİNİN DOLMASI BEKLENMEDEN DOSYANIN BİLİRKİŞİYE HAHALESİ

•

HUKUKİ DİNLENİLME HAKKININ İHLALİ

6100 sayılı Kanun’un 320 nci maddesinde basit yargılama usulüne tabi davaların kısa sürede tamamlanmasını sağlamak amacıyla birtakım farklı düzenlemelere yer verilmiş olması, Kanun’da yer alan diğer düzenlemelerin göz ardı edilebileceği anlamına gelmez.

Somut uyuşmazlık bakımından henüz dilekçelerin sunulması aşaması tamamlanmadan ve tahkikata esas ilk duruşma (ön inceleme duruşması) yapılmadan tahkikat aşamasına geçilerek dosyanın bilirkişiye verilmesi, Anayasa’nın 36 ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile 6100 sayılı Kanun’un 27 nci

maddesinde yer alan hukuki dinlenilme hakkı kapsamındaki savunma ve ispat hakkının ihlaline sebep olmuştur

(Y 9 HD, 2024/5139 E., 2024/6725 K., T.15.04.2024)¹⁰

(...) İlk Derece Mahkemesi kararı kesin olarak verilmiştir.

(...) Adalet Bakanlığı; davalıya ait işyerinde toplum yararına çalışma projesi kapsamında çalışan davacının açtığı davada, ödenmeyen ilave tediye alacağının tahsiline karar verilmesinin talep edildiği, Mahkemece dilekçelerin karşılıklı verilmesi beklenmeden, usulüne uygun şekilde ön inceleme yapılmadan, deliller toplanmadan, hiçbir ivedilik ve zaruret olmadığı halde dosya üzerinden ara karar kurularak tensip tutanağı ile bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilerek ispat ve savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle tensip zaptı sonrası açılan ilk duruşmada davanın sonuçlandırılmasının, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın (Anayasa) 36 ncı maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (6100 sayılı Kanun) 27, 137, 138, 139, 140 ve 320 nci maddelerine aykırı olduğunu belirterek kanun yararına temyiz yoluna başvurmuştur.

(...) Uyuşmazlık, davalının hukuki dinlenilme hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığına ilişkindir.

(...) 6100 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinde yer bulan hukuki dinlenilme hakkı gereğince davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup bu hak, yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir.

Mahkeme, iki tarafa eşit şekilde hukuki dinlenilme hakkı tanıyarak hükmünü vermelidir..... Bu hak çerçevesinde, tarafların gerek yargı organlarınca gerekse karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir.

10 Kararın tamamı için, <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.08.06.2024

(...) 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca basit yargılama usulüne tabi olan ilave tediye alacağının tahsili istemli somut davada; İlk Derece Mahkemesince, 13.12.2023 tarihli "Ön İncelemeye Hazırlık Tensip Tutanağı"nın (22) numaralı ara kararında; davacının Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarının getirtilmesine ilişkin (19) numaralı, davalı Şirkete müzekkere yazılarak davacının şahsi sicil dosyasının, puantaj kayıtlarının, bordroların ve işe giriş çıkış kayıtlarının istenmesine ilişkin (20) numaralı ve Türkiye İş Kurumuna müzekkere yazılarak davacıya ait tüm kayıtların istenmesine ilişkin (21) numaralı ara kararlar yerine getirildiğinde dosyanın bilirkişiye gönderilmesine karar verilmiştir.

Tensip zaptı ile birlikte dava dilekçesi ve duruşma gününün davalı vekiline 19.12.2023 tarihinde tebliğ edildiği görülmektedir. Ancak İlk Derece Mahkemesince DA.12.2023 havale tarihli bilirkişi raporu ile dava konusu ilave tediye alacağının miktarı hesaplanmıştır. Bilirkişi raporu aldırıldıktan sonra davalı vekilince, yasal süresinde olmak üzere 29.12.2023 tarihinde davaya cevap dilekçesi sunulmuştur. Bilirkişi raporu davalı vekiline 26.12.2023 tarihinde tebliğ edilmiş ve davalı vekilince 04.01.2024 tarihinde bilirkişi raporuna itiraz dilekçesi sunulmuştur.

İlk Derece Mahkemesince 23.01.2024 tarihinde yapılan ilk duruşmada; dava ve cevap dilekçelerinin sunulduğu, bilirkişi raporunun aldırıldığı belirtilmiş, ardından ilk itirazların değerlendirildiği ve bu konuda verilecek bir kararın bulunmadığı belirlendikten sonra tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda uyuşmazlığın tespitine geçilmiştir. Uyuşmazlık belirlendikten sonra ön inceleme aşamasının sona erdiği belirtilerek duruşmada hazır bulunan davacı vekilinin imzası alınıp tahkikat aşamasına geçilmiştir. Tahkikat aşamasına geçildikten sonra da daha önce aldırılan bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kabulüne karar verilmiştir.

(...) Basit yargılama usulünde ilk duruşma, yazılı yargılamadaki ön inceleme aşamasının yerini almıştır. Bu duruşmada, daha önce dosya üzerinden karar verilmemişse, usule ilişkin (dava şartları ve ilk itirazlarla ilgili) hususlarla hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerine ilişkin hususlarda tarafların dinlenmesi; daha sonra tarafların

iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların tespiti yapılacaktır. Uyuşmazlık konularının tespit edilmesinden sonra hâkim, tarafları sulhe yahut arabuluculuğa teşvik edecek, tarafların sulh olup olmadıkları, sulh olmadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların neler olduğu tutanağa yazılacak ve tutanağın altı hazır bulunan taraflarca imzalanacaktır. Tahkikat, bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülecektir.

(...) Belirtmek gerekir ki 6100 sayılı Kanun'un 320 nci maddesinde basit yargılama usulüne tabi davaların kısa sürede tamamlanmasını sağlamak amacıyla birtakım farklı düzenlemelere yer verilmiş olması, Kanun'da yer alan diğer düzenlemelerin göz ardı edilebileceği anlamına gelmez. Zira somut uyuşmazlık bakımından henüz dilekçelerin sunulması aşaması tamamlanmadan ve tahkikat kata esas ilk duruşma (ön inceleme duruşması) yapılmadan tahkikat aşamasına geçilerek dosyanın bilirkişiye verilmesi, Anayasa'nın 36 ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile 6100 sayılı Kanun'un 27 nci maddesinde yer alan hukuki dinlenilme hakkı kapsamındaki savunma ve ispat hakkının ihlaline sebep olmuştur. Ayrıca davalı tarafça cevap dilekçesi sunulmasına rağmen, İlk Derece Mahkemesi gerekçeli kararında davalının davaya cevap vermediğinin yazılmış olması da 6100 sayılı Kanun'un 297 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine aykırı olup gerekçeli karar hakkının ihlali mahiyetindedir.

Kanun yararına temyiz istemi belirtilen gerekçelerle yerinde bulunduğundan, İlk Derece Mahkemesi kararın kanun yararına bozulması gerekmiştir.

KARAR

Açıklanan sebeplerle;

Adalet Bakanlığının 6100 sayılı Kanun'un 363 üncü maddesinin birinci fıkrasına dayalı kanun yararına temyiz isteminin kabulü ile kararın sonuca etkili olmamak üzere KANUN YARARINA BOZULMASINA, Dava dosyasının İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına gönderilmesine,..... oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

MİSLİYLE DEĞİŞİM YA DA AYIP ORANINDA BEDEL İNDİRİM TALEBİ

• AYIPLI ARAÇ

• HER İKİ TARAFINDA TACİR OLMASI

• TERDİTLİ DAVADA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

Mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'i talebini inceleyemeyecektir. Yani dava asli talebe göre nitelendirilecektir. Bu durumda, Mahkemece davacının asli talebinin para alacağı olmadığı, bu talebin de arabuluculuk dava şartı olmadan incelenebileceği gözetilmeksizin davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

(Y 11 HD, 2021/5334 E., 2023/1568 K., T.15.03.2023)¹¹

(...) İlk Derece Mahkemesininkararı ile eldeki davanın her iki tarafının da tacir olduğu ve dava konusu aracın davacının ticari işletmesinde kullanılmak üzere satın alındığının dosya kapsamı itibarıyla sabit olduğu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (6102 sayılı Kanun) 5 e A maddesi yürürlüğe girdikten sonra 15.01.2019 tarihinde açılan eldeki davanın aynı Kanun'un 4 üncü maddesi gereği nispi ticari dava olduğu ve uyuşmazlık konusunun bir miktar para alacağına ilişkin olduğu dikkate alındığında davacı vekilinin dava açmadan önce arabulucuya başvurarak anlaşamama son oturma anlaşamama tutanağını dosyaya ibraz etmesi gerekirken davacı vekilinin böyle bir belge ibraz etmediği, iddialarının ileri sürülüş

11 Kararın tamamı için, <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.30.05.2024

biçimine göre dava açmadan önce arabulucuya başvurmadığının açıkça anlaşıldığı, zorunlu arabuluculuk dava şartının yerine getirilmediğinin dosya kapsamı itibarıyla sabit olduğu, bu hususun kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle taraflarca ileri sürülmesi dahi resen nazara alınmasının gerektiği, zorunlu arabuluculuk dava şartının yargılama sırasında tamamlanabilen bir dava şartı da olmadığı, aksi halin kabulünün arabuluculuk müessesesinin doğasına aykırı olacağı gerekçesiyle davacının davasının dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmiştir.

Kararın davacı vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince başvurunun esastan reddine karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesinin kararına karşı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

(.....)

Dava, ticari nitelikli ayıplı araç satımından kaynaklı misliyle değişim ya da ayıp oranında bedel indirimini istemine ilişkindir

(...) Tarafların iddia, savunma ve dayandıkları belgelere, uyuşmazlığın hukuki nitelendirilmesi ile uygulanması gereken hukuk kurallarına, dava şartlarına, yargılamaya hâkim olan ilkelere, ispat kurallarına, temyiz olunan kararda belirtilen gerekçelere ve davanın her iki tarafın ticari işletmesi ile ilişkili olmasına göre davacı vekilinin aşağıdaki paragrafın kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

6102 sayılı Kanun'un 5/A maddesinde aynı Kanun'un 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğu belirtilmiştir. Dava konusu uyuşmazlığın ise 4 üncü madde kapsamında kaldığı, ticari dava olduğu İlk Derece Mahkemesi gerekçesinde de yer aldığı üzere sabittir.

Somut olayda, davacının ayıp hukuki nedenine dayalı olarak misli ile değişim, kabul edilmediği taktirde bedel iadesi istemli terditli dava açtığı anlaşılmaktadır. 6100 sayılı Kanun'un 111 inci maddesinin ikinci fıkrasında Mahkemenin, davacının asli talebinin

esastan reddine karar vermedikçe, fer'î talebini inceleyemeyeceği belirtilerek asli talebe öncelik verildiği, yani davanın asli talebe göre niteleneceği açıktır. Bu durumda Mahkemece davacının asli talebinin para alacağı olmadığı, bu talebin de arabuluculuk dava şartı olmadan incelenebileceği gözetilmeksizin davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİ

•

TARAFLARDAN BİRİNİN TÜKETİCİ OLMASI

•

TÜKETİCİ İŞLEMİ

Taraflardan birinin tüketici olması halinde, yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkin davada tüketici mahkemeleri görevlidir.

(Y 11 HD, 2020/1952 E., 2020/4199 K., T.19.10.2020)¹²

Dava, yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece, yazılı şekilde, somut uyumsuzluk bakımından asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmiştir.

Ancak, dava tarihinde yürürlükte bulunan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/1-k maddesinde tüketicinin; “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi” ifade edeceği, 3/1-l maddesinde ise tüketici işleminin; “mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere

12 Kararın tamamı için, <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, et.08.06.2024

her türlü sözleşme ve hukuki işlemi” ifade edeceği düzenlenmiş, aynı Kanunun 73/1 maddesinde, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalara bakmaya tüketici mahkemelerinin görevli olduğu hüküm altına alınmış, 83/2. maddesinde ise taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve 6502 sayılı Yasa’nın görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceğine değinilmiştir. Buna göre, mahkemece, tüketici konumundaki davacı tarafından açılan işbu davada tüketici mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalılar ..., ..., ... ve ... vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, kararın BOZULMASINA, oy-birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ

KAMBIYO SENEDİNDEN KAYNAKLANAN HUKUK DAVALARI MUTLAK TİCARİ DAVA

Somut olayda dava, kambiyo senedi özelliklerini taşıyan bonodan kaynaklanmakta olup, TTK'nın 4/1-a ve 5/1 maddeleri gereğince, mutlak ticari dava niteliğindeki uyuşmazlığın ticaret mahkemesi tarafından çözümlenmesi gerekmektedir.

(Y 20 HD, 2019/6433 E., 2020/697 K., T.13.02.2020)¹³

(...) Dava, dolandırıldığını iddia ederek, bono nedeniyle borçlu olmadığının tespiti istemine ilişkindir.

Konya 2. Asliye Ticaret Mahkemesince, “Borçlar Kanununda düzenlenen ikrah nedenine dayalı olan davada asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu” gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

Konya 4. Asliye Hukuk Mahkemesi ise, “Uyuşmazlığın kambiyo senedinden kaynaklandığı ve ticari dava olduğu gerekçesiyle” görevsizlik kararı vermiştir.

(...) TTK'da düzenlenmiş olan kambiyo senedinden kaynaklanan hukuk davaları, mutlak ticari dava olup, aynı Kanunun 5/1. maddesi gereğince uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Somut olayda dava, kambiyo senedi özelliklerini taşıyan bonodan kaynaklanmakta olup, TTK'nın 4/1-a ve 5/1 maddeleri gereğince, mutlak ticari dava niteliğindeki uyuşmazlığın ticaret mahkemesi tarafından çözümlenmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince Konya 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE 13/02/2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

13 Kararın tamamı için <https://karararama.yargitay.gpv.tr> bkznz, ET.05.05.2024

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARLARI

AVUKATIN AHZU KABZ YETKİSİNE DAYANARAK TAHSİL ETTİĞİ PARA

TAHSİLE RAĞMEN MÜVEKKİLE ÖDENMEMESİ

ZİMMET SUÇU

GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

İcra takibi neticesinde zilyetliği devredilen parayı uhdesinde tutup müvekkili olan katılana vermeyip mal edinen sanığın eyleminin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.¹

(YCGK, 2021/43 E., 2021/287 K., T.17.06.2021)

(.....) Avukat olan sanık ...'ın, Çorlu Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 20../... esas sayılı kamulaştırma bedelinin artırılması davasında alacaklı olan katılan ...'nın vekili sıfatı ile davayı takip ettiği, davanın kısmen kabulüne karar verildikten sonra faizi ile birlikte 748.660,54 TL'lik alacağın tahsili için icra takibi başlattığı, bu takibe ilişkin toplam 792.284,76 TL alacağı 31.07.2000 tarihli vekâletnamede bulunan ahzu kabz yetkisine dayanarak 10.05.2010 tarihinde iki adet reddiyat makbuzu ile tahsil ettiği hâlde yaklaşık üç yıl boyunca bu parayı müvekkili olan katılan ...'ya vermediği ve uhdesinde tuttuğu, katılanın sanık hakkında şikâyetçi olduktan sonra sanık aleyhine icra takibi başlattığı ve sanığın eyleminin zimmetsiz suçunu oluşturduğu kabul edilen olayda;

1 Kararın tamamı için, <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.29.05.2024

(....) avukat olan sanığın mesleğinin icrası kapsamında yaptığı icra takibinde bulunma işinin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35/1. maddesinde sayılan yalnız avukatların yapabileceği işler arasında sayılan “adli işlemleri takip etmek” kapsamında olduğu ve kanun koyucunun bu mesleğe olan güvenin ve kamu inancının korunması için ayrı statüde değerlendirerek TCK'nın 6/1-d maddesinde düzenlenen “yargı görevi yapan” tanımına avukatları da dahil ettiği, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76/1 ve 109/1-2. maddelerindeki baroların ve Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğu kabul edilmekle birlikte;

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmetinin yanı sıra serbest bir meslek olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, TCK'nın 6/1-c-d fıkralarında düzenlenen “kamu görevlisi” ve “yargı görevi yapan” kavramlarının birbirinden farklı olup aynı sonucu doğurmadığı, TCK'nın 6. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere mesleklerin icrası sırasında avukatların kamu görevlisi olduğu ancak serbest meslek mensubu olan avukatların yaptığı tüm işlerde kamu görevlisi sayılacağını kabul etmenin TCK'nın 2. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesine ve bunun önemli sonucu olan kıyas yasağına aykırılık oluşturacağı, 1136 sayılı Kanun'un 35. maddesinde sayılan ve yalnız avukatların yapabileceği işler arasında olan “adli işlemleri takip etmek” kapsamında kalan icra takibinde bulunma görevini sanığın kanundan almakla birlikte, bu yetkiyi kullanma sırasında, müvekkilinin parasını tahsil etmesinin doğrudan avukatlık görevinden doğmayıp suç tarihinde yürürlükte olan HUMK'un 63. maddesindeki düzenleme uyarınca “ahzu kabz” yetkisine dayanarak gerçekleştirdiği, vekâletnamede ahzu kabz yetkisinin bulunmaması hâlinde sanığın parayı tahsil edemeyeceği, bu yetkinin de katılanın iradesi doğrultusunda verilmesi üzerine vekâletnamede ayrıca yer aldığı, ahzu kabz yetkisinin istenildiği zaman katılan tarafından geri alınabileceği gibi katılan tarafından sanığın azledilerek aralarındaki vekâlet ilişkisinin bitirilebileceği gibi sanık tarafından da istifa nedeniyle sonlandırılabilirliği, yine suç tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 397. maddesindeki düzenleme

uyarınca aralarındaki vekâlet ilişkisinin ölüm, ehliyetsizlik ve iflas gibi nedenlerle sona erdirilebileceği göz önüne alındığında aralarındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olup sanık ile katılan arasındaki ilişkide kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı, sanığın eyleminden dolayı kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişinin değil sanık ile katılan arasındaki vekâlet ilişkisinin zarar gördüğü, sanığın hukuka aykırı olarak mal varlığına geçirdiği maddi değerın müvekkili olan katılana ait bir değer olduğundan, oluşan zararın da kamu zararı olmadığı ve sanığın somut olayda TCK'nın 6/1-c maddesinde belirtilen kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi konumunda olmayıp suç tarihinde yürürlükte olan 1086 sayılı HMUK'un 63. maddesindeki düzenleme uyarınca söz konusu paranın tahsili için katılan tarafından sanığa verilen ahzu kabz yetkisine dayanılarak sanık tarafından tahsilat yapıldığından, söz konusu paranın sanığa teslim edilmemesinin sanığın doğrudan görevi nedeniyle yani avukat olmasının tabi sonucu olarak değil katılan tarafından sanığın şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen ahzu kabz yetkisine dayanarak gerçekleştirildiği ve aralarındaki ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı birlikte değerlendirildiğinde; icra takibi neticesinde zilyetliği devredilen parayı uhdesinde tutup müvekkili olan katılana vermeyip mal edinen sanığın eyleminin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kabulüne karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Ceza Genel Kurulu Üyeleri ... ve ...; “.....Bu olayda sanık avukatın eyleminin zimmet suçunu oluşturduğu kanaatinde olduğumuzdan Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun çoğunluk görüşüne katılmıyoruz;

Şöyle ki;

Olayın oluş ve kabulünde, sayın çoğunluk ile aramızda herhangi bir fark olmayıp, sayın çoğunluktan ayrıldığımız husus eylemin nitelendirilmesi ile ilgilidir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere sanık avukatın eyleminde oluş ve kabul açısından farklı bir değerlendirme olmamakla birlikte olayın hukuki nitelendirilmesi açısından sayın çoğunluk ile aramızda fark bulunmaktadır. Bu konuda daha önce Yargıtay 15. Ceza Dairesi ile Yargıtay 5. Ceza Dairesi arasındaki içtihat farklılığının giderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca CMK'nın 308. maddesi gereği itiraz kanun yoluna müracaat edilmiş bu dosyalarda eksiklik veya usuli konulardan esasa girilmemiştir. O dosyalarda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı eylemin zimmet suçunu oluşturduğu yönünde itirazda bulunmuştur.

(...) Avukat ile müvekkili arasındaki sözleşme gereği icradan tahsil edilen paranın makul bir süre sonunda müvekkile verilmesi eylemi zimmet suçunu mu yoksa hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu mu oluşturur?

Avukatların mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz diğer organlar hususunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek, savunmak adli işlemleri takip etmek şeklindeki yetkilerinin yargısal bir işlevi olduğu ve bu görevleri sırasında TCK'nın 6/1-d maddesi anlamında yargı görevi yapan kişi sayılacaklarında kuşku yoktur.

İcra ile ilgili işlemlerde avukatlar yargı görevi yapan kişi olur mu?

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.04.2013 tarihli ve 223-469 sayılı ilamında; 'İcra müdürleri birer adli memur, yaptıkları işlemler de adli işlemlerdir' şeklinde karar vermiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 28.01.2020 tarihli ve 1419-38 sayılı ilamında;

'Avukatların TCK'nın 6. maddesinin 1/d bendi kapsamında yargı görevi yapan kişilerden olması ve müvekkilleri adına haciz işlemlerini takip etmelerinin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi anlamında adli bir işlem olması karşısında, bu görev sırasında, görevin engellenmesine yönelik olarak katılan avukata karşı gerçekleştirilen eylemler nedeniyle TCK'nın 265. maddesinin 2.

fıkrasında yer alan görevi yaptırmamak için direnme suçunun 'yargı görevi yapan' kişilere karşı işlenmesine ilişkin cezayı ağırlaştıran nitelikli halin uygulanma koşulunun gerçekleştiği ve sanıkların eylemlerinin bir bütün halinde birden fazla kişiyle birlikte yargı görevi yapan kişilere karşı görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.'

Bu düzenlemeler karşısında. Hukuk Genel Kurulu ve Ceza Genel Kurulu kararları da dikkate alındığında icra işlemlerinde avukatın kamu görevlisi ve yargı görevi yapan kişi olduğunda hiç bir tereddüt bulunmamaktadır.

(.....)

Sanık Avukat ...'ın Çorlu Asliye Hukuk Mahkemesinde kamulaştırma bedelinin artırılması davasını müvekkili katılan ... adına vekili sıfatıyla açıp kazandıktan sonra, ... 35. İcra Müdürlüğünün dosyasında takip yaparak 702.284 TL parayı vekâletnamesindeki ahzu kabz yetkisine dayanarak 10.05.2010 tarihinde tahsil ettiği hâlde, parayı müvekkiline vermediği, uhdesinde tuttuğu, katılanın icra takibi yaparak sanıktan icra yoluyla parasını tahsil edebildiği olayda; Sanık avukatın TCK'nın 6/1-c maddesi gereğince kamu görevlisi olduğu, yaptığı işin kamusal faaliyet olduğu, icra işlemlerinin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesine göre avukatın takip edebildiği adli işlemlerden olup TCK'nın 6/1-d maddesine göre avukatın icra ve haciz mahallinde ve işlerinde yargı kararlarına göre de yargı görevini yapan olarak kabul edildiği, TCK'nın 5. maddesine göre 'Bu kanunun genel hükümleri özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır' hükmü karşısında 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 62. maddesine göre TCK'nın genel hükümlerinin uygulanması gerektiği, TCK'nın 5. maddesinin yürürlük tarihinin 01.01.2009 olduğu, suç tarihinin de 10.05.2010 olduğu, sanığın savunmasının hiçbir maddi delile dayanmadığı, ödemede bulunmadığı, TCK'nın 247. maddesinin gerekçesinde zimmete geçirilen malın devlete, bir kamu kuruluşuna veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşumu bakımından bir öneminin bulunmadığı anlaşılmakla,

Serbest meslek sahibi de olsa sanık avukat ...'ın 01.01.2009 tarihinden sonra 10.05.2010 tarihinde işlediği kabul edilen görevi gereği zilyetliği kendisine devredilen koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu parayı uhdesinde tutarak müvekkili hak sahibi katılana vermeme eyleminin TCK'nın 247. maddesindeki zimmet suçunu oluşturduğu görüşüyle, Çoğunluk görüşüne katılmayan beş Ceza Genel Kurulu üyesi de; benzer gerekçelerle karşı oy kullanmışlardır.

2- Yerel Mahkeme kararından sonra yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile 5271 sayılı CMK'nın 253. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca "uzlaştırma" işlemi yapılması gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesinde;

(...) Uzlaştırma usulü uygulanmaksızın dava açılması veya suçun uzlaştırma kapsamında olduğunun ilk defa duruşmada anlaşılması hâlinde uzlaştırmanın uygulanması gerekmekte olup uzlaşma başarıyla gerçekleşir ve edim bir defada yerine getirilirse kamu davasının düşmesine karar verilecektir.

Ceza hukukunda genel kural, suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanunun uygulanmasıdır. Sonradan yürürlüğe giren bir kanunun, yürürlük tarihinden önce işlenen suçlara tatbik edilebilmesi, ancak lehe sonuçlar doğurması durumunda mümkündür. Önceki ve sonraki kanunlara göre hükmedilecek cezalar ve güvenlik tedbirleri aynı ise, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunun uygulanmasına imkân bulunmamaktadır.

TCK'nın "zaman bakımından uygulama" başlıklı 7. maddesi, 765 sayılı Kanun'un 2. maddesine benzer şekilde düzenlenmiş olup, her iki maddede de ceza hukuku kurallarının yürürlüğe girdikleri andan itibaren işlenen suçlara uygulanacağına ilişkin ileriye etkili olma prensibi ile bu ilkenin istisnasını oluşturan, "failin lehine olan kanunun geçmişe etkili olması", "geçmişe etkili uygulama" veya "geçmişe yürürlük" ilkesine de yer verilmiştir.

Bu ilke uyarınca, suçtan sonra yürürlüğe giren ve fail lehine hükümler içeren kanun, hükümde ve infaz aşamasında dikkate alınmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sanığın mağdura yönelik eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 155/2. fıkrasında düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu sonucuna ulaşılması ve Yerel Mahkeme kararından sonra CMK'nın 253. maddesinde 24.10.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonucu hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun uzlaştırma kapsamına dahil edilmesi karşısında, mahkemece CMK'nın 223. maddesinin sekizinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca durma kararı verilerek, aynı Kanun'un 253 ve 254. maddelerinde belirtilen esas ve usule göre uzlaştırma işlemleri yerine getirildikten sonra, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Dairenin sanık hakkındaki bozma kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkeme hükmünün, sanığın eyleminin TCK'nın 155/2. fıkrasında düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi isabetsizliğinden ve CMK'nın 253. maddesinde 24.10.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu sanığın eylemine uyan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun uzlaştırma kapsamına alınması karşısında, CMK'nın 253. maddesinde belirtilen esas ve usule göre uzlaştırma işlemleri yerine getirildikten sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması nedeninden bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle,

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 17.09.2020 tarihli ve 9173-12292 sayılı bozma kararının KALDIRILMASINA,

3- ... 17. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 17.12.2015 tarihli ve 247-329 sayılı sanık hakkında zimmet suçundan kurulan mahkûmiyet hükmünün, sanığın eyleminin TCK'nın 155/2. fıkrasında düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi isabetsizliğinden ve CMK'nın 253. maddesinde 24.10.2019 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu sanığın eylemine uyan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun uzlaştırma kapsamına alınması karşısında, CMK'nın 253. maddesinde belirtilen esas ve usule göre uzlaştırma işlemleri yerine getirildikten sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması nedeninden BOZULMASINA,

4) Dosyanın, Yerel Mahkemeye gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİ EDİLMESİNE, 17.06.2021 tarihinde yapılan müzakerede birinci uyuşmazlık yönünden oy çokluğuyla, ikinci uyuşmazlık bakımından ise oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA DAİRESİ KARARLARI

YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ

GİZLİ TANIK

.

BEYANI TESPİT EDİLİRKEN YEMİN VERDİRİLMESİ

Gizli tanıkların duruşmada bulunma hakkına sahip olanların yokluğunda dinlenmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması usule aykırıdır

(Y 1 CD, 2015/3430 E., 2015/4775 K., T.08.10.2015)

Gizli tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında 5271 sayılı CMK'nun 58/2-3 ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 9.maddesinde öngörülen usuller uygulanarak, ayrıca CMK'nun 201. maddesi uyarınca sanık ve müdafinin tanıklara soru yöneltebilmelerine imkan sağlanması gerekirken, belirtilen yöntemlere aykırı olarak gizli tanıkların duruşmada bulunma hakkına sahip olanların yokluğunda dinlenmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması,

14.11.2014 ve 17.11.2014 tarihli duruşmalarda dinlenen gizli tanık .. ile (3) nolu gizli tanığın beyanları tespit edilirken yemin verdirilmeyerek CMK'nun 54. maddesine muhalefet edilmesi,

Usule aykırı olup, sanık ve müdafileri ile o yer Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, diğer yönleri incelenmeyen hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak (BOZULMASINA), bozmanın mahiyetine, verilen cezanın süresine, temyiz incelemesi dışında tutukluluk müddetine göre tahliye talebinin REDDİNE, 08/10/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 3. CEZA DAİRESİ

GİZLİ TANIK BEYANI

•

UAYPTA OLUŞTURULAN ÖRGÜTLÜ SUÇLAR BİLGİ HAVUZU

Diğer deliller ile doğrulanmayan gizli tanık beyanları tek başına hükme esas alınamaz. Tek delil olan gizli tanığın, sanığa sorgulama ve soru sorma hakkı da tanınmadan istinabe suretiyle dinlenmesi ile yetinilemez.

(Y 3 CD, 2021/4449 E., 2021/9107 K., T. 28.09.2021)²

(...) Suç : Silahlı terör örgütüne üye olma

Hüküm : TCK'nın 314/2, 3713 sayılı Kanunun 5/1. TCK'nın 62, 53, 58/9, 63. maddeleri uyarınca mahkumiyet kararına yönelik istinaf başvurusunun esastan reddi

(...) Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede;

5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9/8. maddesi sarahatince, diğer deliller ile doğrulanmayan gizli tanık beyanlarının tek başına hükme esas alınamayacağı ve tek delil olan gizli tanığın, sanığa sorgulama ve soru sorma hakkı da tanınmadan istinabe suretiyle dinlenmesi ile yetinilemeyeceği de gözetilerek;

UYAP'ta oluşturulan örgütlü suçlar bilgi havuzunda ve özellikle tanığın yabancı uyruklu olması ve gizli tanık "DORA"nın beyanlarına göre Irak ülkesindeki faaliyetleri nedeniyle Amerika Birleşik Devletleri yetkililerince 2007 veya 2008 yılında Buka'da tutulduğunun anlaşılması karşısında, ilgili birimlerden sanık hakkında bilgi ve beyan bulunup bulunmadığı araştırılıp, varsa aşama beyanlarının aslı veya onaylı suretlerinin getirtilerek, CMK'nın 217. maddesi uyarınca duruşmada okunup tartışılmasından, varsa ve gerekirse

2 Kararın tamamı için, <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.08.06.2024

tanık olarak ifadelerine başvurularak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan, bu sebeplerden dolayı hükmün CMK'nın 302/2. maddesi uyarınca BOZULMASINA,oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. CEZA DAİRESİ

ZİNCİRLEME BİÇİMDE BASİT ZİMMET

•

ÜCRETİ ÖDENMEYEN AVUKATIN HAPİS HAKKI

•

VEKALET İLİŞKİSİNDE KAMU OTORİTESİ VE KAMU GÜCÜNÜN KULLANILIP KULLANILMADIĞI

Sanık ile katılan arasındaki vekalet ilişkisinde kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı, söz konusu paraların teslim edilmesinin sanığın avukat olmasının doğal sonucu değil, katılan tarafından şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen ahzu kabz yetkisi kapsamında gerçekleştirildiği ve buna bağlı olarak da aralarındaki ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı gözetildiğinde sanığın eyleminin 5237 sayılı Kanun'un 155 inci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı

(Y 5 CD, 2022/7813 E., 2023/3777 K., T. 30.03.2023)³

(...) sanık hakkında zimmet suçundan, 5237 sayılı Kanun'un 247 nci maddesinin birinci fıkrası ve 43 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, 53

3 Kararın tamamı için <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.20.04.2024

üncü maddesinin birinci ve beşinci fıkraları uyarınca hak yoksunluklarına hükmedilmiştir.

(...) Sanık müdafinin 08.12.2021 havale tarihli temyiz dilekçesi, 1136 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik gereğince hükmü temyiz etme haklarının olduğuna, davaya konu çeklerin tamamı katılana iade edildiği halde katılan vekalet ücreti ödemediğinden sanığın teminat tutarına ilişkin hapis hakkı bulunduğundan suçun oluşmadığına, yerel mahkemece sanığın vekalet ücreti alacağı bulunup bulunmadığı araştırılmadan eksik incelemeye dayalı karar verildiğine, öte yandan mahkemenin kabulüne göre suçun görevi kötüye kullanma veya hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağına, hüküm kurulurken ceza miktarı belirlenmesinde önce artırım sonra indirim yapılması gerektiği hususunun gözetilmediğine, 62 nci maddenin uygulanma koşullarının bulunduğu ve temyiz dilekçesinde belirtilen sair hususlar gereğince usul ve yasaya aykırı olan kararın bozulması istemine ilişkindir.

Suç tarihinde Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan sanığın, davacı katılan vekili sıfatıylaAsliye Hukuk Mahkemesinin 20../... Esasına kayden görülen kıymetli evrakın iptali davasını takip ettiği, yargılama sırasında 17.06.2014 tarihli ve 2120 sayılı tahsilat makbuzu ile yatırılan teminat bedelinin 6.900 TL'lik kısmı 24.06.2014 tarihli ve 2662 sayılı reddiyat makbuzu, 3.750 TL'lik kısmı ise 02.12.2014 tarihli ve 4438 sayılı reddiyat makbuzu ile sanığa ödendiği halde katılana vermeyerek uhdesinde tuttuğu iddia ve kabul edilerek zincirleme biçimde basit zimmet suçundan cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Dairemizce de benimsenen Ceza Genel Kurulunun 17.06.2021 tarihli ve 2021/5-43 Esas, 2021/287 sayılı Kararında da açıklandığı üzere; sanık ile katılan arasındaki vekalet ilişkisinde kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı, söz konusu paraların teslim edilmesinin sanığın avukat olmasının doğal sonucu değil katılan tarafından şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen ahzu kabz yetkisi kapsamında gerçekleştirildiği ve buna bağlı olarak da aralarındaki ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı gözetildiğinde, sanığın eyleminin 5237 sayılı Kanun'un 155 inci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan hizmet nedeniyle güveni kötü-

ye kullanma suçunu oluşturacağı ve hükümden sonra 24.10.2019 tarihinde 30928 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 26 ncı maddesi ile değişik 5271 sayılı Kanun’un 253 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine eklenen alt bentler arasında yer alan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun da uzlaşma kapsamına alındığının anlaşılması karşısında; 5237 sayılı Kanun’un 7 nci maddesinin ikinci fıkrasının “Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur” hükmü de gözetilerek, 6763 sayılı Kanun’un 35 inci maddesi ile değişik 5271 sayılı Kanun’un 254 üncü maddesi uyarınca aynı Kanun’un 253 üncü maddesinde belirtilen esas ve usule göre uzlaştırma işlemleri yerine getirildikten sonra, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması nedeniyle hukuka aykırılık görülmüştür.

Başkaca yönleri incelenmeyen Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesinin,2017 tarihli ve 20../... Esas, 20../...sayılı Kararının, gerekçe bölümünde açıklanan nedenle, 5271 sayılı Kanun’un 302 nci maddesinin ikinci fıkrası gereği, Tebliğname’ye uygun olarak, oy birliğiyle BOZULMASINA,.....karar verildi.

AVUKATIN İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA DAVASINI GECİKTİRMESİ

MÜVEKKİLİN TALEBİ İLE HAREKET EDİLDİĞİ İDDİASI

İHMALİ DAVRANIŞLA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

Görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için, görevin gereklerine aykırı davranış yanında objektif cezalandırma şartı olan “kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması” ya da “kişilere haksız bir menfaat sağlanması” şartlarından birinin de bulunması gerekir. Objektif cezalandırma şartlarından birinin oluşup oluşmadığının, oluştuysa ne şekilde oluştuğunun ve sanık savunmalarına neden itibar edilmediğinin denetime imkan verecek şekilde karar yerinde tartışılması ile sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması yanlıştır.

(Y 5 CD, 2021/7038 E., 2023/10320 K., T.25.10.2023)⁴

(...) Sanık 25.01.2016 havale tarihli dilekçesi ile; katılanın talebi doğrultusunda ihaleyi fesat karıştırma davasını geciktirdiğini, duruşmalara katılıp ilk celsede karar çıktığı takdirde katılanın mağdur olacağından kararı temyiz ettiğini beyan etmiştir.

OLAY VE OLGULAR

Suç tarihinde İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan sanığın, davacı katılan vekili sıfatıyla, davalılar ... ve ... aleyhine Ümraniye 2. İcra Hukuk Mahkemesinin 20./... esasına kayden açtığı ihalenin feshi davasında mazeret dilekçesinin kabul edildiği 20.01.2012 tarihli ilk duruşmadan sonra yapılan diğer 14.03.2012, 30.03.2012 ve 20.04.2012 tarihli oturumlara katılmayıp, gerekli hiçbir hukuki talepte bulunmayarak davanın reddine dair müvek-

4 Kararın tamamı için <https://karararama.yargitay.gov.tr> bknz, ET.23.05.2024

kili aleyhine 20.04.2012 tarihli kararın verilmesine sebebiyet verdiği iddia ve kabul edilerek ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılmasına karar verilmiştir.

.....

Sanığın, davacı katılan vekili sıfatıyla, davalılar aleyhine Ümraniye 2. İcra Hukuk Mahkemesinin 20./... esasına kayden açtığı ihalenin feshi davasında duruşmalara katılmayıp, gerekli hiçbir hukuki talepte bulunmayarak davanın reddine dair müvekkili aleyhine kararın verilmesine sebebiyet verdiği iddia ve kabul edilmiş ise de; söz konusu kararda, taşınmazın satımına konu alacak davasının tehiri icra talepli temyiz edilmediği gibi yapılan ihaleye katılımının engellenmediğinden bahisle davanın reddine hükmedildiği, ihaleye fesat karıştırma suçuna ilişkin bir soruşturma yahut kovuşturma bulunmadığı gibi Ümraniye 2. İcra Hukuk Mahkemesinin söz konusu kararının sanık avukat tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin, 20./... Esas ve 20./... sayılı Kararıyla onandığı, karar düzeltme talebinin de aynı Daire tarafından 22.04.2013 tarihli karar ile reddedildiği, sanığın savunmalarında müvekkilinin talebi doğrultusunda süreci uzattığını da beyan ettiği hususları nazara alındığında, sanığın hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerin 5237 sayılı Kanun'un 257 nci maddesinde belirtilen görevi kötüye kullanma suçunu oluşturması için görevin gereklerine aykırı davranış yanında objektif cezalandırma şartı olan "kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması" ya da "kişilere haksız bir menfaat sağlanması" şartlarından birinin de bulunması gerektiği ancak objektif cezalandırma şartlarından birinin oluşup oluşmadığının, oluştuysa ne şekilde oluştuğunun ve sanık savunmalarına neden itibar edilmediğinin denetime imkan verecek şekilde karar yerinde tartışılması ile sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kabule göre de;

Sanık hakkında tayin edilen kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi sırasında adli para cezasına esas alınan tam gün sayısı ile uygulama maddesi olan 5237 sayılı Kanun'un 52 nci maddesinin ikinci fıkrasının hüküm fıkrasında gösterilmemesi su-

retiyile aynı Kanun ve maddenin üçüncü fıkrası ile 5271 sayılı Kanun'un 232 nci maddesinin altıncı fıkrasına muhalefet edilmesi,

Yüklenen suçu 5237 sayılı Kanun'un 53 üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendindeki hak ve yetkileri kötüye kullanmak suretiyle işlediği kabul edilen sanık hakkında aynı Kanun'un 53 üncü maddesinin beşinci fıkrası gereğince hak yoksunluğuna hükmolunmaması,

Hukuka aykırı bulunmuştur.

KARAR

Gerekçe bölümünde açıklanan nedenlerle İstanbul Anadolu 3. Ağır Ceza Mahkemesinin, 30.12.2015 tarihli ve 20../.. Esas, 20../... sayılı Kararına yönelik sanığın temyiz isteği yerinde görüldüğünden hükmün, ... oy birliğiyle BOZULMASINA,

DANIŞTAY KARARLARI

DANIŞTAY VERGİ DAVA DAİRELERİ KURULU

YURT DIŞINDA İNŞA EDİLEN VEYA HAZIR OLARAK SATIN ALINAN GEMİLER

•

İTHALDE ALINAN GÜMRÜK VERGİSİ VE DİĞER VERGİLERDEN MUAFİYET

•

İTHALAT VERGİLERİ DEYİMİNİN KAPSAMI

Yükümlü şirketin 2581 sayılı Yasa kapsamında 11.7.1995 tarihli gümrük giriş beyannamesiyle ithal ettiği gemi nedeniyle muafiyet hükmünden yararlandırılması gerekirken 492 sayılı Harçlar Kanununun 108 inci maddesi uyarınca Harçlar Kanuna bağlı 8 sayılı Tarifenin II. Bölümünün 2/e maddesine göre adına salınan ithalat talep harcına karşı açılan davanın reddine ilişkin direnme kararı hukuka uygun görülmemiştir

(DVDDK, 1999/366 E., 2000/124 K., T.24.03.2000)¹

(...) Uyuşmazlık; yükümlü şirket tarafından 11.7.1995 tarih ve ... sayılı gümrük giriş beyanmamesi ile 2581 sayılı Deniz Ticaret Filosunun Geliştirilmesi ve Gemi İnşa Tesislerinin Teşviki Hakkındaki Kanuna İstinaden yurt dışından ithal edilen gemiye ait ithal harcının ödenmediğinden bahisle 1996 yılı için tarh edilen ağır kusur cezalı ithal harcına ilişkin davayı reddederek cezalı tarhiyatı onayan Vergi Mahkemesi kararının Danıştay Dokuzuncu Dairesince bozulması üzerine ilk kararında ısrar eden vergi mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

1 Kararın tamamı için, <https://karararama.danistay.gov.tr>, ET. 17.04.2024

(...) Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Yükümlü kurum tarafından 11.7.1995 günlü ... sayılı gümrük giriş beyannamesiyle 2581 sayılı Yasaya dayanılarak ithal edilen gemi nedeniyle salınan kusur cezalı ithalat talep harcına karşı açılan davanın reddi yolundaki ısrar kararı temyiz edilmiştir.

2581 sayılı Deniz Ticaret Filosunun Geliştirilmesi ve Gemi İnşa Tesislerinin Teşviki Hakkında Kanunun birinci maddesinde; yurt dışında inşa suretiyle veya hazır olarak satın alınan gemilerin ilgili mercilerin müsaadesi şartıyla gümrük vergisi ile ithalde alınan diğer vergi ve resimlerden muaf olduğu kurala bağlanmıştır.

13.6.1986 tarihinde yürürlüğe giren 3283 sayılı Bazı Kanunlarla Tanınmış Olan Gümrük Muafiyetlerinin Kaldırılması Hakkında Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrasında kuruluş kanunları veya başka kanunlar ile kamu kurum ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri, bunların bağlı ortaklıkları ve müesseseleri ile özel kuruluşlar ve gerçek veya tüzel kişilere tanınan ithalde alınan her türlü vergi, resim ve harç muafiyeti hükümlerinin yürürlükten kaldırıldığı, ikinci fıkrasında ise 14.1.1982 tarih ve 2581 sayılı Kanun hakkında birinci fıkra hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiş olup, bu hüküm karşısında 2581 sayılı Kanunun yürürlükte bulunduğu açıktır.

2581 sayılı Kanunun genel gerekçesinde deniz ticaret filosunun geliştirilebilmesi için gemi inşa sanayiinin ve deniz taşımacılığının himaye edilmesi gerektiği, bu itibarla gemi inşa sanayiinin geliştirilmesi ve ticaret filosu tonajının artırılması ve mevcut gemilerin idamesinin sağlanması için mevcut teşvik tedbirleri yanında bazı yeni tedbirleri de getirmenin bir zaruret halini aldığı belirtilmiş olup, böylece 2581 sayılı Kanunla deniz ticaret filosunun geliştirilmesinin ve gemi inşa tesislerinin kurulmasının teşvik edildiğinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak da yurt dışında inşa ettirilerek veya hazır olarak gemi satın alıp ithal eden gerçek veya tüzel kişilerin ithalatla ilgili olarak alınan her türlü vergi ve resim yanında harçtan da muaf olduklarının kabulü gerekmektedir.

Yükümlü şirketin 2581 sayılı Yasa kapsamında 11.7.1995 tarihli gümrük giriş beyannamesiyle ithal ettiği gemi nedeniyle muafiyet hükmünden yararlandırılması gerekirken 492 sayılı Harçlar Kanununun 108 inci maddesi uyarınca Harçlar Kanununa bağlı 8 sayılı Tarifenin II. Bölümünün 2/e maddesine göre adına salınan ithalat talep harcına karşı açılan davanın reddine ilişkin direnme kararı hukuka uygun görülmemiştir.

Bu nedenle temyiz isteminin kabulüne, ... Vergi Mahkemesinin, ... günlü ve E: ..., K: ... sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından yargılama giderleri yönünden hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 24.3.2000 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

X - KARŞI OY

3283 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrası karşısında yürürlükte olan 2581 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde,”harç” ifadesi yer almamaktadır. Kanunda açıkça yer almayan bir konuda muafiyet tanınması söz konusu olamayacağından, yükümlü şirket tarafından 11.7.1995 tarihinde yurt dışından ithal edilen gemi için Harçlar Kanununa bağlı (8) sayılı Tarifenin II. bölümünün 2/e maddesi uyarınca ithal harcı ödenmesi gerekmektedir. Bu nedenle 2581 sayılı Kanunun 3283 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle yürürlükten kaldırıldığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki ısrar kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmadığından temyiz isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

XX - KARŞI OY

(...) harç istisnasıyla ilgili hükmün 3283 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırıldığı gerekçesiyle reddeden Vergi Mahkemesinin buna dair kararının, 2581 sayılı Kanununun, 3283 sayılı Kanunun 1’inci maddesinde, kaldırılan muafiyet hükümleri dışında tutulduğu gerekçesiyle Danıştay Dokuzuncu Dairesince bozulmasından sonra, aynı Vergi Mahkemesince verilen direnme kararının bozulması istemine ilişkindir.....direnme kararının gerekçesine katılma olanağı yoktur.

Ancak;olayda, iptali istenilen tarhiyata konu harç, 2581 sayılı Kanununun 1'inci maddesinde muafiyet tanınabilmesi için ön koşul olarak aranan, “ilgili mercilerin müsaadesi” dolayısıyla 492 sayılı Harçlar Kanununun ekli (8) sayılı Tarifenin, vergiyi doğuran olay tarihinde yürürlükte bulunan, (II) başlıklı bölümünün 2'nci fıkrasının (e) bendinde öngörülen “ithalat talep” harcıdır; yani, ithal harcı değildir. Söz konusu harç, maddenin düzenlenmesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, ithalattan önceki aşamaya; yani, izin aşamasına ilişkindir ve bu yüzden “ithalde alınan harç” olarak kabulüne hukuken olanak yoktur. Esasen, mahkeme kararına vaki temyiz başvurusunun, Danıştay Yedinci Dairesinde değil de, Danıştay Dokuzuncu Dairesinde görülüp karara bağlanmış olması da, bunu doğrulamaktadır.

Bu bakımdan; davacı Şirket adına yapılan tarhiyata konu harç, 2581 sayılı Kanunda öngörülen muafiyet kapsamında olmadığından, temyiz isteminin reddi gerekeceği oyu ile aksine verilen karara katılmıyorum.

**YARGITAY İÇTİHADI
BİRLEŞTİRME GENEL KURULU
KARARLARI**

**TAHSİLDE TEKERRÜR OLMAMAK KAYDI İLE
AYNI ANDA İKİ AYRI TAKİP
•
MÜKERRER İCRA TAKİBİ
•
İCRA HUKUKUNDA DERDESTLİK
•
ÖNCE REHNE MÜRACAAT ZORUNLULUĞU
•
MENFAAT DENGESİNİN KORUNMASI**

Rehinle teminat altına alınmış ve ayrıca kambyo senedine de bağlanmış alacağın tahsili amacıyla borçlu aleyhine tahsilde tekerrür olmamak kaydı ile aynı anda ve sıra gözetilmeksizin hem rehnin paraya çevrilmesi yolu ile hem de kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapılamayacağı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

(YİBGK, E. 2021/2, K. 2023/1, T. 20.1.2023)¹

(...) içtihadı birleştirme konusu; Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 23.11.2022 tarihli ve 311 sayılı kararı ile, “Rehinle teminat altına alınmış ve ayrıca kambyo senedine de bağlanmış alacağın tahsili amacıyla, borçlu aleyhine tahsilde tekerrür olmamak kaydı ile aynı anda ve sıra gözetilmeksizin hem rehnin paraya çevrilmesi yolu ile, hem de kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapıp yapılamayacağı” şeklinde belirlenmiştir.

(...) Medeni usul hukukunda 6100 sayılı Kanun’un 114 üncü maddesinde bir dava şartı olarak düzenlenen derdestliğin icra hukuku bakımından pozitif bir düzenlemesi bulunmamakla birlikte icra hukukunda icra takibinin derdestliğinin ya da uygulamadaki

¹ Kararın tamamı için, RG.16.07.2023-32250 bknz.

bir diğer kullanımı ile mükerrerliğin düzenlenmemiş olması, derdestlik ortaya çıktığında herhangi bir hukuki sonucunun doğmayacağı alanına gelmemektedir. Derdestliğin içerdiği anlam medeni usul hukukundaki düzenleme ile paralellik arz etse de icra hukukunun kural lan ve pratiği içerisinde kendine özgü bir tanıma karşılık gelmektedir (Kılınç, s.27-29).

Hukukumuzda aleyhine başlatılan icra takibine karşı borçlunun (başlatılan icra takibinin türüne göre farklılık arzeden) başvurabileceği hukuki imkânlar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler sayesinde aleyhine başlatılan icra takibinin haksız veya hukuka aykırı olduğunu iddia eden borçlu çeşitli sebeplerle icra takibine karşı koyabilir. Ancak derdest bir icra takibinin mevcudiyetine rağmen aynı alacak için ikinci defa icra takibinin başlatılması, borçlu bakımından, alacaklının maddi hukuka göre alacaklı olup olmaması sebebinden bağımsız olarak karşı konulması gereken bir duruma sebebiyet verir. Borçlu aynı alacak dolayısıyla başlatılan ve hâlen devam etmekte olan ilk icra takibinde gerekli savunma sebeplerini ileri sürmüş veya sessiz kalmış olabilir. Bununla birlikte derdestlik meydana geldiğinde borçlunun ihlal edilen menfaati aynı alacağın kendisinden ikinci kez talep edilmiş olması sebebiyle ilk defa alacağın talep edilmesine göre farklılık gösterecektir. Bu durumda da alacaklı ile borçlu arasında menfaat dengesini korumayı hedef edinen icra hukukunda borçlunun başvurabileceği kendine özgü hukuki çareler mevcuttur. İcra takibinde derdestliğin meydana gelmesi takip ekonomisine aykırılık oluşturması dolayısıyla icra hukukunun ve genel olarak hukukun asıl amacı olan hukuki barış ve güveni zedelemektedir. Bu sebeple icra takibinde mükerrerlik veya derdestlik durumunda başvurulacak hukuki yolların bulunması icra hukukunun amacına ulaşması bakımından oldukça önemlidir (Kılınç, s.33-34).

(...) İctihadı birleştirmenin konusu takip hukukuna ilişkin olup, 2004 sayılı Kanun hükümlerine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.

2004 sayılı Kanun'un 45 inci maddesinin birinci fıkrası "önce rehne müracaat zorunluluğu " olarak ifade edilen kuralı düzenlemektedir, İcra ve İflas hukuku sistemimize göre kural olarak alaca-

ğı rehinle temin edilmiş olan alacaklı, borcun ödenmemesi hâlinde Öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapmak zorundadır. Önce rehne müracaat zorunluluğu iki amaca hizmet eder. İlk olarak önce rehne müracaat zorunluluğu sebebiyle rehin alacaklısı haciz yoluna müracaat edemeyeceğinden merhun dışında borçlunun diğer malvarlığı unsurlarını haczederek borçlunun malvarlığını gereksiz yere azaltmasını engellemektir. Bu sayede borçlunun diğer alacaklıları, borçlunun diğer malvarlığı unsurlarına müracaat ederek alacaklarını karşılayabilme imkânına sahip olmaktadır. Buna göre ilgili norm asıl etkilerini takip hukuku üzerinde doğurmaktadır. Diğer taraftan önce müracaat zorunluluğu, takip borçlusunun diğer alacaklılarını korumaktadır. Bu kural olmasaydı rehin alacaklısı hem rehne hem de borçlunun diğer malvarlığı unsurlarına müracaat ederek diğer alacaklıların müracaatı için borçlunun malvarlığını daraltmış olacaktı. Bu sebeple kural hem emredici hem de kamu düzenine ilişkin olduğu için kurala aykırı olarak takibin kabul edilmesi hâlinde süresiz şikâyet yoluna başvurularak takibin iptali istenebilir (Kuru, İcra, C. 3, s.2382; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özkes, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2011, s.424; Adnan Deynekli, İcra ve İflas Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Ankara, 2013, s. 68; Aşık, Oruç, Tok, Saraç, s. 435-436).

2004 sayılı Kanun'un 45 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca rehinli alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takiptebulunmak mecburiyetinde olup, 2004 sayılı Kanun'un ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin hükümleri sadece alacaklının başkibir takip yoluna müracaat etme hakkını kapatmaktadır, ancak alacaklının alacağını dava yolu ile istemesine engel değildir (Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 2004, s.308; Deynekli, s.63). Dolayısıyla rehin alacaklısı isterse bir alacakdavası açabilir, ancak bu durumda elde edilen ilam ile yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapabilir (Arslan,Yılmaz, Taşpınar Ayvaz, Hanağası, s.428.).

İcra ve iflas hukukunda kural önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması olmakla birlikte, bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır. 2004 sayılı Kanun'un 45 maddesinin üçüncü fıkrası ile 167 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca alacağı birkambiyo

senedine bağı olan alacaklı alacak rehinle temin edilmiş olsa bile, doğruca kambyo senetlerine mahsus haciz veya (borçlu iflasa tabi ise) iflas yoluna başvurabilir. 2004 sayılı Kanun'un 45 inci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü nedeniyle ayrıca 167 nci maddesinin birinci fıkrasında "alacak rehinle temin edilmiş olsa bile" ibaresine yer verilmesi sadece bir tekrardan ibarettir.

Alacaklının alacağı hem rehin ile teminat altına alınmış hem de kambyo senedine bağlanmış ise alacaklı sıra gözetilmeksizin rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yollarına veya kambyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip yollarından birine başvurabilir. 2004 sayılı Kanun'un 45 inci maddesinde önce rehne başvurulması kuralına yer verildikten sonra istisnalarına yer verilmiş olması karşısında, aynı anda tahsilde tekerrür etmek kaydıyla da olsa aynı alacaktan dolayı aynı borçluya karşı her iki takibe de aynı anda başvurulabileceği sonucuna varılamaz. Bu durumda alacaklı her iki takip yolundan birini tercih etmek bakımından serbesttir. Dolayısıyla alacaklı bu takip yollarından birini tercih ederek takip başlattığında bu icra takibi devam ederken aynı alacak için "tahsilde tekerrür olmamak" kaydı içerse bile diğer takip yoluna başvuramaz. Aksi halde aynı alacak için aynı borçluya karşı derdest bir icra takibi var iken mükerrer olarak ikinci bir takibin yapılması söz konusu olur. İcra takibinin türleri farklı olsa bile her iki icra takibindeki para alacağı da aynı hukuki ilişkiden doğmuş olduğundan derdestlik meydana gelir. İcra ve İflas Kanunu sistemimizde alacaklı tarafından aynı borçlu aleyhine, aynı alacaktan dolayı tek takip yapılması asıl olup, "tahsilde tekerrür" kaydı içerse bile aynı anda iki takip yapılabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Alacaklı tercih hakkını kullanarak rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapması durumunda bu icra takibi sonucunda rehin tutarı borcu ödemeye yetmezse kalan alacağını haciz (veya iflas) yolu ile isteyebilir. Rehinle teminat altına alınmış ve ayrıca kambyo senedine de bağlanmış alacağın tahsili amacıyla, tahsilde tekerrür etmemek kaydıyla borçlu aleyhine hem rehnin paraya çevrilmesi yolu ile hem de kambyo senetlerine özgü haciz yolu ile takip başlatılması menfaatler dengesini bozacağı gibi takip ekonomisine de aykırıdır.

İcra ve iflas hukuku, icra ve iflas takiplerinin usul hukuku niteliğindedir. Bu hukuk dalının amacı, bir yandan takip alacaklısının alacağına kavuşması için borçlu veya üçüncü kişilerin çıkarabilecekleri zorlukları ortadan kaldırmak, diğer yandan kötü niyetli takiplere karşı takip borçlusunun kendisini korumasını sağlayacak hukuki çareler bulmak, bu arada takipten etkilenen üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak, takip işlemlerinin yapılması sırasında insan hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesini önlemektir.

Borçlunun borcunu zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirmemesi, alacaklıya borçlunun anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan temel haklarına ölçsüz ve sınırsız müdahale hakkını tanımaz.

Cebri icra hukukunda sadece alacaklının değil, borçlunun menfaatleri de dikkate alınmalı ve bunlar dengelenmeye çalışılmalıdır. Henüz geçici rehin açığı belgesinin düzenlenmediği aşamada borçlunun rehin verdiği malı dışında da diğer mallan üzerine ayrıca haciz konulması, borçlu için aşırı bir yük oluşturacağından menfaatler dengesine aykırı olup, cebri icranın amacıyla da bağdaşmaz. Bu durum Anayasal olarak korunan hukuk devleti, insan onuru, mülkiyet hakkı ve ölçülülük ilkeleri ile çelişmektedir. Cebri icranın amacı, borçluyu cezalandırmak değil; alacağın tahsilidir. Diğer taraftan rehin sahibi alacaklı tarafından borçlunun diğer mallarının da haczedilmesi, borçlunun diğer alacaklılarının alacağının tahsilini de engelleyeceğinden üçüncü kişilerin de menfaatini ihlal eder.

6100 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ilkesi, Anayasal dayanağı olan bir ilkedir. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa)'nın 141 inci maddesinin dördüncü fıkrasında davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğuna açıkça işaret edilmiştir. Usul ekonomisi ilkesi yasalarda öngörülen düzenleme çerçevesinde yargılamanın kolaylaştırılmasını, yargılamada öngörülen olağan zaman süresinin aşılmamasını ve gereksiz gider yapılmamasını amaçlar ve bunu hâkime bir görev olarak yükler. Bu bağlamda, basitlik, hızlilik ve ucuzluk usul ekonomisini oluşturan unsurlar olarak ortaya çıkar. Usul ekonomisi ilkesi takip hukukunda da uygulanır. Anayasanın 141 inci maddesinin dördüncü

fıkrası uyarınca mahkemelerin yargı faaliyetlerinde usul ekonomisini gözetme yükümlülüğü ile takip hukukunda icra organlarının usul ekonomisini gözetmesi aynı amaca hizmet eder. Usul ekonomisi İlkesine göre takibin ve icra faaliyetlerinin mümkün olduğunca kısa sürede, basit ve ucuz şekilde sonuçlandırılması gerekir. Bu İlkenin unsurları, takip hukukundaki görünümüne göre takibin makul sürede tamamlanması, takibin en az giderle tamamlanması ve takibin düzenli bir şekilde yürütülmesi olarak ifade edilebilir. Usul ekonomisi ilkesi takibin her aşamasında gözetilmesi gereken bir ilkedir.

Takibin makul sürede ve en az giderle tamamlanabilmesi için, takibin düzenli bir şekilde yürütülmesi gerekir.

2004 sayılı Kanun'un 59 uncu maddesi uyarınca takip masrafları borçluya aittir (md. 15/1, 138/2)

(...) İcra takibinin amacının alacağın tahsili olmakla birlikte icra takibindeki menfaat dengesinin korunması bakımından icra takibi sonucunda borçlunun da en az giderle yükümlü tutulmasının sağlanmasını gerektirir. Alacaklı tarafından aynı alacaktan dolayı aynı borçluya karşı ikinci kez takip yapılması, borçlunun fazladan icra takip masraflarına ve (alacaklı kendisini vekil ile temsil ettirmiş ise) icra vekâlet ücretine katlanmasına neden olur. Bu durumda icra takibinde menfaat dengesi bozulacağı gibi, cebri icra organları da gereksiz yere meşgul edilmiş olacağından adil yargılanmanın bir unsuru olan usul ekonomisine de aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 36 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan "hak arama özgürlüğü" diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte aynı zamanda toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. İcra hukuku bakımından bireylerin özel hukuktan kaynaklanan haklarını elde edememeleri durumunda, cebri icra organlarına başvurmalarının zorunluluğu, icra hukukunda hak arama hürriyetinin temelini oluşturur. Bireylerin kendi haklarını elde etmelerinin yasak oluşu, diğer bir ifadeyle ihkak-ı hak yasağı dolayısıyla devlet, cebri icra organları aracılığıyla hakkın elde edilmesini sağlamaktadır. Buna göre hakkın cebri icra

yoluyla elde edilmesi hak arama hürriyeti sayesinde gerçekleşmektedir.

Alacaklının icra takibi yoluyla hak arama hürriyetine sahip olması sınırsız olmayıp, bu hak dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılamaz. Alacaklının mevcut bir icra takibi devam ederken aynı alacaktan dolayı aynı borçluya karşı ikinci kez icra takibi başlatmasında hak arama hürriyetinden de bahsedilemez, Kaldı ki alacaklının aynı alacağı için aynı borçluya karşı ikinci icra takibi yapmasında hukuki yaran da bulunmamaktadır. Borçlunun hukuki dayanaktan yoksun bu icra takibi karşısında korunması gerekir. Bu koruma hem hak arama hürriyetinin bir gereği hem de borçlu aleyhine bozulan menfaat dengesinin kurulabilmesi için oldukça önemlidir (Kılınç, s.35-39).

(....) Rehinle teminat altına alınmış ve ayrıca kambyo senedine de bağlanmış alacağın tahsili amacıyla, borçlu aleyhine tahsilde tekerrür olmamak kaydı ile aynı anda hem rehnin paraya çevrilmesi yolu ile hem de kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapılması hâlinde borçlu şikâyet yolu ile icra mahkemesine başvurarak aleyhine başlatılan ikinci takibin iptalini isteyebilir.

Bu husus kamu düzeni ile ilgili olup, süresiz şikâyete tabidir.

2004 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi gereğince icra mahkemesi, icra ve iflas dairelerinin işlemlerine karşı yapılan şikâyetlerle, itirazları incelemeye görevli olup, takip hukukuna ilişkin kararlar verir. Borçlunun şikâyeti üzerine icra mahkemesince takibin iptaline verilecek olup, genel mahkeme gibi rehin hakkının iptali veya kambyo senedinin iptaline hükmedilmemektedir. İkinci takibin iptali üzerine, ilk takipte alacağının karşılanamaması hâlinde alacaklı dilerse (ilgili takip prosedürü içerisinde) diğer takip yoluna da başvurabilir. Alacaklı elindeki kambyo senedinin zamanaşımına uğrama ihtimalini de göz önünde tutarak belirtilen takip yollarından birini tercih etmekte serbesttir. Bu tercih hakkı Kanun'da alacaklıya bırakılmıştır.

Hâl böyle olunca, rehinle teminat altına alınmış ve ayrıca kambyo senedine de bağlanmış alacağın tahsili amacıyla, borçlu aleyhine tahsilde tekerrür olmamak kaydı ile aynı anda ve sıra gözetilmeksizin hem rehnin paraya çevrilmesi yolu ile, hem de kambyo senetle-

rine mahsus haciz yolu ile takip yapılamayacağı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

SONUÇ : Rehinle teminat altına alınmış ve ayrıca kambyo senedine de bağlanmış alacağın tahsili amacıyla, borçlu aleyhine tahsilde tekerrür olmamak kaydı ile aynı anda ve sıra gözetilmeksizin hem rehnin paraya çevrilmesi yolu ile, hem de kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip yapılamayacağına dair, 20.01.2023 tarihinde yapılan üçüncü görüşmede oy çokluğu ile karar verilmiştir.

**KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA
KURULU KARARLARI**

**“BİR EĞİTİM KURUMU TARAFINDAN KAMERA
VASITASIYLA GÖRÜNTÜ VE SES KAYDI
ALINMASI”
HAKKINDA
KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURULUNUN
24/08/2023 TARİHLİ VE 2023/1461 SAYILI
KARAR ÖZETİ**

Karar Tarihi : 24/08/2023

Karar No : 2023/1461

Konu Özeti : Bir eğitim kurumu tarafından kamera vasıtasıyla görüntü ve ses kaydı alınması ile ilgili somut olayda, ilgili kişiler ve veri sorumlusu arasındaki bir ihtilafın çözümünde delil olarak kullanılmak üzere ve aynı zamanda güvenlik amacıyla ses verisinin işlenmesinin, ses verisini işlemeyi mecburi kılacak bir sebep olarak nazara alınamayacağı, bu nedenle görüntü kaydı alınmaksızın yalnızca ses kaydının alındığı durumda dahi kişisel verinin meşru menfaat kapsamında işlenmesinin söz konusu olmayacağı,

Kuruma intikal ettirilen şikâyet dilekçelerinde özetle; veri sorumlusunun ilgili kişilerden birinin kiracısı olduğu, kira uyuşmazlığı nedeniyle aralarında bir görüşme gerçekleştiği, daha sonra veri sorumlusu tarafından gönderilen ihtarnamede, yapılan görüşme esnasında ilgili kişilere ait ses ve görüntü kayıtlarının alındığının beyan edildiği, bu doğrultuda ilgili kişiler tarafından veri sorumlusuna gönderilen cevap ihtarnamesinde ilgili kişilerin açık rızası dışında ses ve görüntü kaydının alınmasının Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 133’üncü maddesi vd. hükümleri gereği suç teşkil eden bir fiil olduğunun hatırlatıldığı, veri sorumlusu tarafından gönderilen ihtarnamede ise ilgili kişilerin ses ve görüntü kaydının açık rızası ve muvafakati olmadığı halde alınmasının veri sorumlusuna tanınmış yasal bir hak olduğunun belirtildiği, bununla birlikte veri so-

rumlusu tarafından ilgili kişilerden yalnızca birine cevap verildiği diğer ilgili kişiye ise cevap verilmediği belirtilerek gereğinin yapılması talep edilmiştir.

Kurul tarafından, "...veri sorumlusunun bir iş yeri olduğu göz önüne alınarak, veri sorumlusu tarafından iş sağlığı ve güvenliği çerçevesinde kamera vasıtasıyla gerçekleştirilen kişisel veri işleme faaliyetlerinin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (Kanun) 5'inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (ç) bendinde yer alan "Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için veri işlemenin zorunlu olması" ve (f) bendinde yer alan "İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması" kapsamında gerçekleştirilebileceği, bu bakımdan Kanun'un 5'inci maddesindeki diğer veri işleme şartlarına dayanılması açısından ilgili kişinin görüntü kaydının açık rızası olmadan alınması hakkındaki şikayetiyle ilgili Kanun kapsamında yapılacak bir işlem olmadığı değerlendirilmekle birlikte, ilgili kişinin kendisine aydınlatma yapılmaması yönündeki soru ve taleplerinin veri sorumlusu tarafından karşılanmaması ve kamera kaydının hem görüntü hem ses kaydı içerdiğine ilişkin iddialar kapsamında ses kaydı yapılmasının "işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması" ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi bakımından inceleme başlatılmasına..." karar verilmiştir.

Konuya ilişkin başlatılan inceleme çerçevesinde veri sorumlusundan savunması talep edilmiş olup veri sorumlusu tarafından verilen cevapta özetle;

Kendilerinin okul öncesi, ilk ve orta öğretim kurumları işlettiği, Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 11'inci maddesinde 2017 yılında yapılan değişiklikle, okullarda, bahçe giriş ve bina kapıları öncelikli olmak üzere, en az on beş gün süreyle görüntü kayıtlarını depolayacak güvenlik kamera sistemi kurulabilmesinin mümkün hale getirildiği, bu sebeple okullarda güvenlik amaçlı kamera ile görüntü ve ses kayıtlarının alındığı,

Bu amaçla da okulun genel kullanıma açık bulunan yerlerinde kameralarla görüntü ve ses kaydı yapıldığı, bu kameralardan bir tanesinin de kurucu odasında bulunduğu, bu hususun ilgili kişiler tarafından da bilinmekte olduğu,

Okul olarak kullanılan gayrimenkulün ilgili kişilerden kiralandığı ve bu sebeple ilgili kişiler ile kendileri arasında kiracılık ilişkisi bulunduğu, kiraya veren ilgili kişi ile yapılan görüşme esnasında, kira ödemesinin elden ve nakit olarak yapıldığı sırada görüntü ve ses kaydı alındığı, yapılan kira ödemesiyle ilgili kendilerine belge verilmesinin istenmesi üzerine kiraya veren ilgili kişinin böyle bir belgeye gerek olmadığını, ilişkinin güvene dayalı sürdüğünü ifade ettiği,

Bu beyandan sonra kiraya veren ilgili kişinin daha fazla kira ödemesi alabilmek maksadıyla kendileri tarafından ödenen parayı almadığını beyanla, yeniden kira bedeli ödemesi talep ettiği, talebin üzerine görüntü ve ses kayıtlarının kendilerinde mevcut olduğunun ve delil niteliğinde olduğunun kendisine ifade edildiği,

Kiraya veren ilgili kişi tarafından gönderilen ihtarnamede yer alan, görüntü ve ses kaydının izinsiz ve habersiz yapıldığı iddiasının doğru olmadığı ayrıca bu durumun TCK'nın 133'üncü maddesindeki suçu oluşturmayacağına kendisine izah edildiği, TCK'nın 133'üncü maddesindeki suçun oluşması için kişiler arasındaki aleli olmayan konuşmaların, konuşmanın tarafı olmayan kişi ya da kişilerce kayda alınmış olması gerektiği, somut olayda böyle bir durumun söz konusu olmadığı,

Bu itibarla, görüntü ve ses kayıtlarının kendileri tarafından kiraya veren ilgili kişiye ödenen kira bedellerinin alınmadığı iddiası ve hak edilmemiş bir paranın istenmesi sebebiyle, paranın ödenmiş olduğunun ispatlanması amacıyla ve güvenlik önlemleri gereğince alındığı; delil mahiyetinde olması nedeniyle de kiraya veren ilgili kişiye bu kayıtların verilemeyeceğinin bildirildiği,

Öte yandan, diğer ilgili kişinin kendileri ile herhangi bir hukuksal ilişki içinde olmadığı, bu nedenle bir verisinin işlendiğinden de bahsedilemeyeceği,

Olayın yaşandığı tarih bakımından kendilerinin 50 çalışana sahip olmaması nedeniyle, Kanun'dan doğan sorumluluğunun bulunmadığı, ayrıca 50 çalışana bulunsa dahi gerçekleşen olay nedeniyle, Kurum tarafından tanınan süre içinde VERBİS kaydı oluşturulmasının gerekli olmadığı, bu anlamda kendilerinin, Kanun anlamında herhangi bir yükümlülüğünün bulunmadığı, alınan kayıtların da Kanun uyarınca alınmadığı,

Kendilerinin kanuni bir sorumluluğu bulunmadığından istenen bilgileri şikâyet edenlere verme yükümlülüğünün de bulunmadığı, ayrıca diğer ilgili kişi ile ilgili herhangi bir kişisel veri de işlenmediği için talebi ile alakalı herhangi bir cevap verilmediği,

Sonuç olarak, alınan görüntü ve ses kayıtlarının delil elde etme amaçlı olduğu, Kanun'a aykırı bir yön taşımadığı, kayıtların delil niteliğinde olması nedeniyle yargı makamları nezdinde kullanılacağı ifade edilmiştir.

Konuya ilişkin yapılan inceleme neticesinde Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 24/08/2023 tarihli ve 2023/1461 sayılı Kararı ile;

Veri sorumlusunun Kurumu muhatap cevap yazısında, okulun genel kullanımına açık bulunan yerlerde Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği hükümleri uyarınca mümkün hale getirildiğinden bahisle ve güvenlik amacıyla görüntü ve ses kaydı yapıldığı belirtilmişse de ilgili mevzuat incelendiğinde görüntü kaydı alınabilecek yerlerin sayıldığı ve belirli bazı yerlere kamera yerleştirilmesinin yasaklandığı görülmekte olup söz konusu hükümlerin yalnızca görüntü kaydına yönelik olduğu ve ses kaydı alınmasını meşru hale getiren özel bir hüküm ihdas etmediği,

Kameralar vasıtasıyla alınan görüntü kaydının her durumda meşru bir gereklilik teşkil etmediği, bu yolla kişisel veri işleme faaliyetinin Kanun'a uygun olması için görüntü kaydının alınmasını gerektiren amaca makul başka türlü yöntemlerle ulaşmanın mümkün olmaması gerektiği, kaydın alınmasını gerektiren sebebin kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile çatışması halinde üstün tutulacak bir menfaate işaret etmesi gerektiği,

Görüntü kaydına ek olarak ses kaydının da alınmasının; kişisel verinin işlenmesi yönünden meşru bir menfaatin bulunup bulunmadığı, çatışan menfaatlerin söz konusu olup olmadığı ve meşru bir menfaatin bulunması halinde dahi işlemenin ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesini gerektirdiği, veri sorumlusunun bir eğitim kurumu olarak faaliyet gösterdiği, öğrencilerinin okul öncesi, ilk ve orta öğretim öğrencileri olduğu, güvenlikleri için gerekli tüm işlemlerin hassasiyetle yürütülmesi gerektiği ve çalışanları açısından iş sağlığı ve güvenliği amaçlarını gerçekleştirme ihtiyacı bir arada düşünüldüğünde kamera vasıtasıyla görüntü kaydı alınmasının

bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli, meşru ve ölçülü bir işleme faaliyeti olduğu, böylesi bir durumda görüntü kaydına ek olarak ses kaydı alınması gerekliliği söz konusu olmadığı gibi daha fazla verinin işlenmesinin, verisi işlenen tüm ilgili kişilerin özel hayatlarının gizliliği hakkı genelinde ve kişisel verilerinin korunması hakkı özelinde bir menfaat çatışması doğurduğu, öte yandan, güvenlik gerekçeleri ile kamera kaydı alınmasının yaygın bir uygulama olduğu ancak aynı gerekçe ileri sürülerek ses kaydı alınmasının, kişisel verisi işlenen ilgili kişilerin makul beklentilerinin ötesinde olduğu,

Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 25.03.2019 tarihli ve 2019/78 sayılı Kararında da belirtildiği üzere Kanun'un 5'inci maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendine göre "ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması" hali tespit edilirken veri sorumluları tarafından değerlendirilmesi gereken birtakım hususların bulunduğu,

Bunlar içerisinde "söz konusu menfaate ulaşılabilmesi bakımından kişisel veri işlenmesinin zorunluluk arz etmesi" ve "ilgili kişinin temel hak ve hürriyetleri ile yarışabilir nitelikte olan meşru menfaatin elde edilmesi halinde bir yarar sağlanacak olması ve kişisel veri işlenmeksizin başkaca bir yol ve yöntemle bu yararın ortaya çıkmasının mümkün olmaması" kriterleri ele alındığında, halihazırda kamera ile görüntü kaydı alınması güvenliği sağlama amacı ile bağdaşmakta ve bu amacı gerçekleştirmeye yeterli olmakta iken ilaveten ses kaydı alınmasında veri sorumlusunun meşru menfaati bulunmadığı, zira zorunluluk arz etme ve kişisel veri işlenmeksizin başkaca bir yol ve yöntemle bu yararın ortaya çıkmasının mümkün olmaması şartının ortadan kalktığı,

Görüntü kaydı yerine yalnızca ses kaydının alındığı varsayımında dahi bu işlemeyi mecburi kılacak bir sebebin bulunmadığı hallerde kişiler arasındaki iletişimin devamlı olarak kayıt altına alınmasının başta özel hayatın gizliliği hakkı olmak üzere kişinin maddi ve manevi varlığının korunması gibi birtakım diğer temel hak ve özgürlüklerine ağır bir müdahale teşkil edeceği, bu durumda çatışan menfaatler arasındaki denge testinin dikkatli biçimde yapılması ve işlemeyi mecburi kılacak sebeplerin genişletilmemesi gerektiği,

Somut olayda, ilgili kişiler ve veri sorumlusu arasındaki bir ihtilafın çözümünde delil olarak kullanılmak üzere ve aynı zamanda güvenlik amacıyla ses verisinin işlenmesinin, ses verisini işlemeyi mecburi kılacak bir sebep olarak nazara alınamayacağı, bu nedenle görüntü kaydı alınmaksızın yalnızca ses kaydının alındığı durumda dahi kişisel verinin meşru menfaat kapsamında işlenmesinin söz konusu olmayacağı,

Veri sorumlusunun ses kaydı alma yönündeki uygulaması Kanun'a uygun bulunmadığından söz konusu işleme faaliyetinin her halde hukuka aykırı olduğu ve bu sebeple aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği hususunun ayrıca incelenmesine gerek bulunmadığı, buna karşılık görüntü kaydı alınmasında Kanun'a uygun bir işleme sebebi bulunduğundan hukuka uygun olan kişisel veri işleme faaliyeti açısından aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin de ayrıca ele alınması gerektiği,

Her ne kadar ilgili kişilerin görüntü kayıtlarının açık rızaları olmaksızın alınması yönünden Kanun'a aykırılık bulunmasa da "Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi"nde belirtildiği üzere aydınlatma yükümlülüğünün gerek açık rızadan gerekse de Kanun'daki diğer kişisel veri işleme şartlarından bağımsız olarak yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğu, Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'in "Usul ve Esaslar" başlıklı 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirmesi gerektiği, aynı maddenin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğine ilişkin ispat yükünün veri sorumlusunda olduğu, veri sorumlusu tarafından ilgili kişilere aydınlatma yapıldığı hususunun ispatlanamadığı değerlendirmelerinden hareketle;

Ses kaydı alınması suretiyle gerçekleştirilen kişisel veri işleme faaliyetinin Kanun'un 5'inci maddesinde yer alan veri işleme şartlarından herhangi birine dayanılmaksızın gerçekleştirildiği, bu bakımdan veri sorumlusu tarafından, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri

alması zorunluluğunu getiren, Kanun'un 12'nci maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket edildiği değerlendirilmiş olup bu doğrultuda veri sorumlusu hakkında Kanun'un 18'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca 200.000 TL,

Kamera vasıtasıyla görüntü kaydı alınmasının Kanun'un 5'inci maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendinde yer alan "veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için veri işleminin zorunlu olması" ve (f) bendinde yer alan "ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması" kapsamında hukuka uygun olduğu değerlendirilse de veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünün devam ettiği; buna karşılık aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat edemediği, bu bakımdan Kanun'un 10'uncu maddesinde düzenlenen hükme aykırı davranması nedeniyle veri sorumlusu hakkında Kanun'un 18'inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca 30.000 TL olmak üzere toplam 230.000 TL idari para cezası uygulanmasına,

İlgili kişilerin veri sorumlusuna başvuruları neticesinde erişemedikleri, kendileri ile ilgili kişisel verilerin ilgili kişilere sağlanması ve hukuka aykırı olarak işlenen ses verilerinin imha edilmesi ve sonucundan Kurula bilgi verilmesi hususlarında veri sorumlusunun talimatlandırılmasına,

İlgili kişilerin soru ve taleplerinin veri sorumlusu tarafından karşılanmadığı iddiası yönünden ise ilgili kişiler tarafından Kanun kapsamında yapılacak başvuruların Kanun'un 13'üncü maddesi hükmü ile veri sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ'in 6'ncı maddesi hükmü uyarınca etkin, hukuka ve dürüstlük kuralına uygun şekilde, gerekçe belirterek ve süresi içinde sonuçlandırılması gerektiği hususunun veri sorumlusuna hatırlatılmasına karar verilmiştir.

**“YEMEK KARTI HİZMETİ SUNAN VERİ
SORUMLUSUNA AIT MOBİL UYGULAMADA
T.C. KİMLİK NUMARASININ İŞLENMESİ”
HAKKINDA**

**KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURULUNUN
17/08/2023 TARİHLİ VE 2023/1430 SAYILI
KARAR ÖZETİ**

Karar Tarihi : 17/08/2023

Karar No : 2023/1430

Konu Özeti : Yemek kartı hizmeti sunan veri sorumlusuna ait mobil uygulamada T.C. kimlik numarasının işlenmesi bakımından; Telefon numarası ve T.C. kimlik numarası genel nitelikte kişisel veri kategorisinde yer almakla birlikte, T.C. kimlik numarasının niteliği itibarıyla telefon numarasına nazaran daha önemli bir veri olduğu ve veri ihlali yaşanması halinde kişiler açısından daha büyük zarara yol açacağı gözetildiğinde; ilgili kişilerin menfaatlerinin korunması için çalışan tarafından fiziksel kartların mobil uygulamaya eklenmek istenmesi halinde uygulamadaki doğrulamanın, işveren aracılığıyla veri sorumlusuna ibraz edilecek kart bilgisi ve telefon numarası bilgisiyle yapılması gibi yöntemlerle sağlanarak T.C. kimlik numarasının işlenmemesi için gerekli teknik ve idari tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Kuruma intikal eden ihbarda, yemek kartı hizmeti sunan veri sorumlusuna ait mobil uygulamayı kullanmak için kayıt olurken kişilerin T.C. kimlik numarası bilgilerinin istendiğinin belirtilmesi üzerine konu hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulu (Kurul) tarafından resen inceleme başlatılmıştır. Mobil uygulama üzerinde yapılan incelemede, mobil uygulamaya kayıt olurken isim, soy isim, telefon numarası, doğum tarihi, e-posta bilgilerinin talep edildiği; kişi profiline yemek kartı tanımlanmak istediğinde ise girilen

bilgilerin T.C. kimlik numarası ile karşılaştırılacağını belirtildiği tespit edilmiştir.

Konuya ilişkin başlatılan inceleme çerçevesinde şikâyet edilen veri sorumlusundan savunması talep edilmiş olup veri sorumlusu tarafından verilen cevapta özetle;

Çalışanların, işverenlerinin kendilerine sağladığı yemek kartlarını kullanarak yemek harcamalarını gerçekleştirebildiği, yemek kartlarının mobil yemek kartı ve fiziki yemek kartı olmak üzere ikiye ayrıldığı ve işverenin bu kartlardan dilediğini tercih edip çalışanlarına kullandırabildiği,

Mobil yemek kartları verilirken çalışan ilgili kişilerin telefon numarası verileri, işveren aracılığıyla taraflarınca işlendiği için uygulamada telefon numarası ile doğrulama yapılarak ilgili kişilerin T.C. kimlik numarasının istenmediği,

Fiziki yemek kartlarının kullanılması için uygulamaya kayıtlı olunması gerekmediği ve bu kartların anonim olarak fiziki ödeme yöntemi ile kullanılabilirdiği, ancak çalışan fiziki yemek kartını mobil uygulamaya tanımlayarak mobil ödeme özelliğinden faydalanmak isterse, fiziki yemek kartları verilirken çalışanlara ait herhangi bir veri taraflarınca işlenmediği için uygulamada çalışanın doğrulanması ve güvenlik amacıyla T.C. kimlik numarasının istendiği ve girilen bilgilerin T.C. kimlik numarası ile doğrulandığı ifade edilmiştir.

Konuya ilişkin yürütülen inceleme neticesinde Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 17/08/2023 tarihli ve 2023/1430 sayılı Kararı ile;

Telefon numarası ve T.C. kimlik numarası genel nitelikte kişisel veri kategorisinde yer almakla birlikte, T.C. kimlik numarasının niteliği itibarıyla telefon numarasına nazaran daha önemli bir veri olduğu ve veri ihlali yaşanması halinde kişiler için daha büyük zararlara yol açabileceği gözetildiğinde; ilgili kişilerin menfaatlerinin korunması için çalışan tarafından fiziksel kartların mobil uygulamaya eklenmek istenmesi halinde uygulamadaki doğrulamanın, işveren aracılığıyla veri sorumlusuna ibraz edilecek kart bilgisi ve telefon numarası gibi bilgilerle sağlanması için yapılacak düzenle-

melerin tasarımı mahremiyet, veri minimizasyonu ve kişisel verilerin amaca uygun ve ölçülü işlenmesi ilkelerine uygun olacağı değerlendirilmelerinden hareketle,

Fiziksel yemek kartlarının mobil uygulamada kayıt altına alınması halinde kartın doğrulanması işleminin kişilerin T.C. kimlik numarası bilgisi işlenmeden, işveren aracılığıyla kart ve telefon numarası bilgisi işlenmesi gibi ilgili kişileri daha çok koruyacak yollarla yapılması mümkün olduğundan, T.C. kimlik numarası verisinin işlenmesinin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (Kanun) 5'inci maddesindeki hukuki sebeplere dayanmaksızın yapıldığı ve Kanun'un 4'üncü maddesindeki kişisel verilerin işlendiği amaçla ölçülü işlenmesi ilkesine aykırı olduğu değerlendirildiğinden Kanun'un 12'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan yükümlülüklerini yerine getirmediği değerlendirilen veri sorumlusu hakkında 200.000 TL idari para cezası uygulanmasına,

Telefon numarası ve T.C. kimlik numarası genel nitelikte kişisel veri kategorisinde yer almakla birlikte, T.C. kimlik numarasının niteliği itibarıyla telefon numarasına nazaran daha önemli bir veri olduğu ve veri ihlali yaşanması halinde kişiler açısından daha büyük zarara yol açacağı gözetildiğinde; ilgili kişilerin menfaatlerinin korunması için çalışan tarafından fiziksel kartların mobil uygulamaya eklenmek istenmesi halinde uygulamadaki doğrulamanın, işveren aracılığıyla veri sorumlusuna ibraz edilecek kart bilgisi ve telefon numarası bilgisiyle yapılması gibi yöntemlerle sağlanarak T.C. kimlik numarasının işlenmemesi için gerekli teknik ve idari tedbirleri alması ve sonucundan Kurula bilgi verilmesi hususunda veri sorumlusunun talimatlandırılmasına,

İşlenmesini gerektiren hukuki sebebi olmayan T.C. kimlik numaralarının Kanun'un 7'nci maddesine ve Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'e uygun bir biçimde imha edilmesi, imha işlemlerinin yapıldığını kanıtlar nitelikteki belgeler (log kaydı gibi) ile Kurula bilgi verilmesi hususunda veri sorumlusunun talimatlandırılmasına karar verilmiştir.

UYGULAMADA AVUKAT

GELİR VERGİSİ YASASININ 89/9 MADDESİNDEKİ “HİZMET İHRACATI” HÜKMÜ ve BU MADDEDEN YARARLANAMAYAN AVUKATLARIN HİZMET İHRACATI

Erol SÖNMEZOCAK¹

ÖZET

Hizmet İhracatı, Gelir Vergisi Yasasına 31.05.2012 tarihli, 6322 sayılı amme alacaklarının tahsil usulü hakkında kanun ve bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanun ile girmiştir.

Serbest meslek tanımına bakarsak, Uluslararası vergi anlaşmalarında serbest meslek faaliyetleri, bağımsız olarak yürütülen bilimsel, edebi, artistik, eğitici ve öğretici faaliyetleri, bunun yanı sıra, doktorların, avukatların, mühendislerin, mimarların, dişçilerin, muhasebecilerin bağımsız faaliyetlerini ve özel mesleki bilgi ve maharet gerektiren diğer faaliyetleri kapsamına alacak şekilde ortaya konmuştur.

Avukatlık hizmeti verenler yurtdışı mükelleflerinin yurtdışında yaptıkları işleri ilgili işverenlerle/iş görenlerle yaptıkları sözleşmelerde, uyuşmazlık çözümü için yabancı bir devletin mahkemesi yetkili kılınabilmektedir. Ayrıca, yine uyuşmazlık çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılacağı kararlaştırılabilmektedir.

Hizmet ihracatı uygulaması için Kurumlar Vergisi 7 No'lu Genel Tebliğ ile gerekli açıklamalar yapıp ve uygulama açısından gelir vergisi mükelleflerine yol gösterdiği bilinmektedir.

Hizmetten yurtdışında faydalanılmasından kasıt, Türkiye'de yurtdışındaki müşteri için yapılan hizmetin, müşterinin yurtdışındaki iş, işlem ve faaliyetleri ile ilgili olması; Türkiye'deki faaliyetleri ile ilgisi bulunmamasıdır.

1 S.M.M.M

Yurtdışı avukatlık hizmetlerinin hizmet ihracı kabul edilerek KDV'den istisna olduğuna dair Gelir İdaresinin vermiş olduğu bir özelge örneği ve bir vergi uzmanının görüşleri de vardır.

193 sayılı yasanın 89. maddesine, ilk yayınlanmasından sonra ilk yayınlanan mesleklere defalarca ek meslekler ilave edilmesine rağmen, yurtdışı şirketlere hizmet veren avukatlara, özellikle yurtdışındaki şirketlerle, uluslararası tahkim davaları ile iştigal eden avukatlara %80 gelir vergisi indirimi yapılmayıp nedeni anlaşılmamıştır.

ANAHTAR KELİMELER: Hizmet, İhracat, K.D.V İstisnası, Serbest Meslek, Vergi İndirimi

I. GİRİŞ

Hizmet İhracatı, Gelir Vergisi Yasasına 31.05.2012 tarihli, 6322 sayılı amme alacaklarının tahsil usulü hakkında kanun ile bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanun ile girmiştir. Bu Yasanın 9. maddesi ile 193 No'lu Gelir Vergisi yasasının 89. Maddesine (6322 sayılı Kanunun 9. maddesiyle eklenen bent; Yürürlük 5.06.2012) Türkiye'de yerleşmiş olmayan kişilerle, işyeri, kanuni ve iş merkezi, yurtdışında bulunanlara Türkiye'de verilen ve münhasıran yurtdışında yararlanılan mimarlık, mühendislik, tasarım, yazılım, tıbbi raporlama, muhasebe kaydı tutma, çağrı merkezi ve veri saklama hizmeti alanlarında faaliyette bulunan hizmet işletmeleri ile ilgili bakanlığın izni ve denetimine tabi olarak eğitim ve sağlık alanında faaliyet gösteren ve Türkiye'de yerleşmiş olmayan kişilere hizmet veren işletmelerin münhasıran bu faaliyetlerinden elde ettikleri kazancın %50'si olup, bu indirimden yararlanılabilmesi için fatura veya benzeri belgenin yurtdışındaki müşteri adına düzenlenmesi şarttır. Bu bentte yer alan oranı, hizmet alanları itibarıyla sifra kadar indirmeye veya %100'e kadar artırmaya Bakanlar Kurulu, bu bendin uygulamasına ve denetime ilişkin usul ve esasları belirlemeye ilgili bakanlıkların görüşünü almak suretiyle Maliye Bakanlığı yetkilidir. Bu hüküm, 28/12/2023 tarihli ve 32413 sayılı Resmî Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan 7491 Sayılı Kanun'un 59'uncu maddesi ile, Kurumlar Vergisi Kanunun 10/1 (ğ) maddesi uyarınca yurtdışına verilen bazı hizmetlerden elde

edilen kazançlara uygulanan yüzde 50 indirim oranı, söz konusu düzenleme çerçevesindeki şartlar dahilinde yüzde 80'e çıkarılmıştır. Hizmet ihracı olarak ta adlandırılan uygulama Kurumlar Vergisi Kanunun 10/1 (ğ) maddesi ile Gelir Vergisi Kanunun 89. maddesinde düzenlenmiştir.

Serbest meslek tanımına bakarsak, Uluslararası vergi anlaşmalarında serbest meslek faaliyetleri, bağımsız olarak yürütülen bilimsel, edebi, artistik, eğitici ve öğretici faaliyetleri, bunun yanı sıra, doktorların, avukatların, mühendislerin, mimarların, dişçilerin, muhasebecilerin bağımsız faaliyetlerini ve özel mesleki bilgi ve maharet gerektiren diğer faaliyetleri kapsamına alacak şekilde ortaya konmuştur.

Dolayısıyla Türkiye'de mukim bir avukatın yurtdışına verdiği hukuki hizmet, serbest meslek niteliğinde olup, ilgili avukatların kazancı da serbest meslek kazancı niteliğindedir.

Avukatlık hizmeti verenler yurtdışı mükelleflerinin yurtdışında yaptıkları işleri ilgili işverenlerle/iş görenlerle yaptıkları sözleşmelerde, uyuşmazlık çözümü için yabancı bir devletin mahkemesi yetkili kılınabilmektedir. Ayrıca, yine uyuşmazlık çözümü için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılacağı kararlaştırılabilmektedir. Son dönemlerde, uyuşmazlıkların özellikle uluslararası ticari tahkim kurallarına göre çözüleceği hususunun hüküm altına alındığı sözleşmeler de sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu tip uyuşmazlık çözümlerinde, uyuşmazlık çözüm yeri olarak yabancı bir devleti seçilebilmekte ve uyuşmazlık çözümünde de yine sözleşme taraflarının üzerinde mutabık kaldığı bir yabancı dil belirlenebilmektedir

II. GELİR VERGİSİ KANUNU YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

6322 sayılı yasanın 9. Maddesi daha sonra defalarca değiştirilmiştir. Maddenin son hali aşağıdadır.

(6322 sayılı kanunun 9.maddesiyle eklenen bent; Yürürlük 15.06.2012) 13. Türkiye'de yerleşmiş olmayan kişilerle, işyeri, kanuni ve iş merkezi yurt dışında bulunanlara Türkiye'de verilen ve münhasıran yurt dışında yararlanılan mimarlık, mühendislik,

tasarım, yazılım, tıbbi raporlama, muhasebe kaydı tutma, **(6728 sayılı kanunun 15 inci maddesiyle değişen ibare; Yürürlük 09.08.2016)** çağrı merkezi, ürün testi, sertifikasyon, veri saklama, veri işleme, veri analizi ve ilgili bakanlıkların görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirlenen mesleki eğitim alanlarında faaliyette bulunan hizmet işletmeleri ile ilgili bakanlığın izni ve denetimine tabi olarak eğitim ve sağlık alanında faaliyet gösteren ve Türkiye’de yerleşmiş olmayan kişilere hizmet veren işletmelerin münhasıran bu faaliyetlerinden elde ettikleri kazancın %50’si. Bu indirimden yararlanılabilmesi için fatura veya benzeri belgenin yurt dışındaki müşteri adına düzenlenmesi şarttır. Bu bentte yer alan oranı, hizmet alanları **(6728 sayılı kanunun 15 inci maddesiyle eklenen ibare; Yürürlük 09.08.2016)** ve kazanç tutarları itibarıyla sifıra kadar indirmeye veya %100’e kadar artırmaya **(700 Sayılı KHK’ nın 45’inci maddesiyle değişen ibare; Yürürlük: 09.07.2018)** Cumhurbaşkanı, bu bendin uygulamasına ve denetimine ilişkin usul ve esasları belirlemeye ilgili bakanlıkların görüşünü almak suretiyle Maliye Bakanlığı yetkilidir. Bu madde hükmü yukarıda belirtildiği üzere 2023 yılından itibaren %80 olarak değiştirilmiştir.

Gelir Vergisine eklenen bu maddenin nasıl uygulanacağını açıklayan Genel Tebliğ bugüne değin yayınlanmamıştır. 6322 sayılı yasa ile getirilen vergisel avantajlar hakkında Gelir Vergisi yasasının tebliği yayınlanmamasına karşılık bu konuda Gelir İdaresi konuya özelemler ile yön vermektedir.

III. KURUMLAR VERGİSİ KANUNU YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

6322 sayılı Kanunla Kurumlar Vergisi Kanununun 10 uncu maddesine eklenen (ğ) bendi ile 15.6.2012 tarihinden itibaren uygulanmak üzere Türkiye’de yerleşmiş olmayan kişilerle, iş yeri, kanuni ve iş merkezi yurt dışında bulunanlara Türkiye’de verilen ve münhasıran yurtdışında yararlanan mimarlık, mühendislik, tasarım, yazılım, tıbbi raporlama, muhasebe kaydı tutma, çağrı merkezi ve veri saklama hizmeti alanlarında faaliyette bulunan hizmet işletmeleriyle ilgili bakanlığın izni ve denetimine tabi olarak eğitim ve sağlık alanında faaliyet gösteren ve Türkiye’de yerleşmiş olma-

yan kişilere hizmet veren işletmelerin münhasıran bu faaliyetlerinden elde ettikleri kazancın %50'sinin beyan edilen kurum kazancından indirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Belirtilen madde 28.12.2023 tarihli ve 32413 sayılı Resmî Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan 7491 Sayılı Kanunun 59'uncu maddesi ile, Kurumlar Vergisi Kanunun 10/1 (ğ) maddesi uyarınca yurtdışına verilen bazı hizmetlerden elde edilen kazançlara uygulanan yüzde 50 indirim oranı, söz konusu düzenleme çerçevesindeki şartlar dahilinde yüzde 80'e çıkarılmıştır. **Hizmet ihracı olarak da adlandırılan uygulama Kurumlar Vergisi Kanunun 10/1 (ğ) maddesi ile Gelir Vergisi Kanunun 89. maddesinde düzenlenmiştir.**

Hizmet ihracatı uygulaması için Kurumlar Vergisi 7 No'lu Genel Tebliğ ile gerekli açıklama yapılmıştır. Uygulama açısından gelir vergisi mükelleflerine Kurumlar Vergisinin 7 No'lu Genel Tebliğinin yol gösterdiği bilinmektedir.

IV. K.V.K İNDİRİMİNDEN YARARLANABİLME ŞARTLARI

Şirketlerin ana sözleşmelerinde yazılı esas faaliyet konuları arasında, mimarlık, mühendislik, tasarım, yazılım, tıbbi raporlama, muhasebe kaydı tutma, çağrı merkezi, veri saklama, eğitim ve sağlık hizmetleri sunmak olmalıdır. Şirket bünyesinde sözü edilen hizmetlerden sadece birisi verilebileceği gibi ana sözleşmelerinde yer almak şartıyla birden fazlasını da verilebilir. Mimarlık, mühendislik, tasarım, yazılım, tıbbi raporlama, muhasebe kaydı tutma, çağrı merkezi ve veri saklama hizmeti ile Milli Eğitim Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığının izni ve denetimine tabi olarak eğitim veya sağlık alanında faaliyet gösteren işletmelerin Türkiye'de yerleşmiş olan kişilere de hizmet vermesi indirimden faydalanmaya engel teşkil etmeyecek, Türkiye'de yerleşmiş olmayan kişilerle, iş yeri, kanuni ve iş merkezi yurt dışında bulunanlara verilen hizmetlerden elde edilen kazancın %50'sine indirim uygulanacaktır.

Sağlık alanında faaliyet gösteren işletmelerin elde ettiği kazançlara indirim uygulanabilmesi için Sağlık Bakanlığından alınan ruhsat çerçevesinde faaliyette bulunulması zorunludur. Eğitim alanında faaliyet gösteren işletmelerin de Millî Eğitim Bakanlığından alınan izin belgesi veya ruhsat çerçevesinde faaliyette bulunmaları

gerekmektedir. Sağlık Bakanlığınca ruhsatlandırılmış olmak şartıyla sağlık turizmi ile uğraşan işletmelerin de indirimden faydalanması mümkündür. Bu hizmetlerin Türkiye’de yerleşmiş olmayan kişilerle, iş yeri, kanuni ve iş merkezi yurtdışında bulunanlara; eğitim veya sağlık hizmetlerinin de Türkiye’de yerleşmiş olmayan kişilere verilmesi gerekmektedir. Verilen hizmetten yurtdışında yararlanılmış olması gerekir. Diğer bir anlatımla, yurtdışı mukimi kişi ve/veya kurum için verilen hizmetin, bu kişilerin ve/veya kurumların Türkiye’deki faaliyetleri ile ilgisinin olmaması gerekmektedir. Sağlık ve eğitim hizmetlerinin ise, fiziki olarak Türkiye’de verilmekle birlikte yararlanıcısının Türkiye’de yerleşmiş olmayan kişiler olması gerekmektedir.

Belirtilen vergi indirimi ile ilgili olarak 31.05.2012 tarihinde yayınlanan yasaya ek olarak 15.07.2016 tarihli Resmî Gazete’ de yayınlanan 6728 sayılı yasa ile Kurumlar Vergisi 1 No’lu Genel Tebliğ’ine ilave yapılmıştır. Yukarıda belirtilen işlemlere çağrı merkezi, ürün testi, sertifikasyon, veri saklama, veri işleme, veri analizi ve ilgili bakanlıkların görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirlenen mesleki eğitim işlemleri de ilave edilmiştir.

Belirtilen işlemlerden elde edilen kazançlarda da %50 Kurumlar Vergisi istisnasından yararlanabileceklerdir. Yukarıda belirtildiği üzere 28.12.2023 tarihli ve 32413 sayılı Resmî Gazete’ de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan 7491 Sayılı Kanun’un 59’uncu maddesi ile, Kurumlar Vergisi Kanunun 10/1 (ğ) maddesi uyarınca yurtdışına verilen bazı hizmetlerden elde edilen kazançlara uygulanan yüzde 50 indirim oranı, **söz konusu düzenleme çerçevesindeki şartlar dahilinde yüzde 80’e çıkarılmıştır.** Hizmet ihracı olarak ta adlandırılan uygulama Kurumlar Vergisi Kanunun 10/1 (ğ) maddesi ile Gelir Vergisi Kanunun 89. maddesinde düzenlenmiştir.

Kısacası 7491 sayılı kanunun 59. maddesinde yapılan düzenleme ile indirim oranı yüzde 80’e çıkarılmış olup bu değişiklik, bu hizmetlerden elde edilen kazançlara indirim uygulanabilmesi için kazancın tamamının, elde edildiği hesap dönemine ilişkin kurumlar vergisi beyannamesinin verilmesi gereken tarihe kadar Türkiye’ye transfer edilmesi şartı getirilmiş ve indirim oranı yüzde 80’e çıkarılmıştır. Ayrıca, bu indirimden yararlanılabilmesi için fatura

veya benzeri belgenin yurt dışındaki müşteri adına düzenlenmesi şarttır.

V. KATMA DEĞER VERGİSİ KANUNU YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

Hizmet ihracatı ile ilgili olarak 3065 sayılı Katma Değer Vergisi (KDV) Kanununun; 11/1-a maddesinde, yurtdışındaki müşteriler için yapılan hizmetlerin KDV'den istisna olduğu, 12/2'nci maddesinde, hizmetin yurtdışındaki müşteriler için yapılan hizmet sayılabilmesi için, hizmetin yurt dışındaki bir müşteri için yapılmış olması ve hizmetten yurt dışında faydalanılması gerektiği belirtilmektedir. Kısacası hizmet ihracatı için yasanın aradığı koşullar;

A-Hizmetin yurtdışındaki bir müşteri için yapılması,

B-Hizmetten yurtdışında faydalanılması gerekir.

C-Hizmetin yurtdışındaki bir müşteri için yapıldığı, yurtdışındaki müşteri adına düzenlenen fatura ve benzeri belge ile tevsik edilir.

Hizmetten yurtdışında faydalanılmasından kasıt, Türkiye'de yurtdışındaki müşteri için yapılan hizmetin, müşterinin yurtdışındaki iş, işlem ve faaliyetleri ile ilgili olması; Türkiye'deki faaliyetleri ile ilgisi bulunmamasıdır.

Yurtdışı avukatlık hizmetlerinin hizmet ihracı kabul edilerek KDV'den istisna olduğuna dair gelir İdaresinin vermiş olduğu bir özelge örneği ve bir vergi uzmanının görüşleri aşağıdadır.

Soru: Türkiye'de mukim bir avukat tarafından yurtdışında mukim şahıs ve/veya tüzel kişilere verilen avukatlık hizmeti kapsamında tevkifat yapıp yapılmayacağı konusunda bilgi verebilir misiniz?

Yanıt: Konuya ilişkin Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 14.06.2016 tarihli 62030549-120[65-2015/363]79460 sayılı özelgesine⁹ göre: ilgede kayıtlı özelge talep formunda; avukatlık faaliyetinde bulunduğunuzu, Yunanistan ve Romanya'da kurulmuş bulunan şirketlere Türkiye'de danışmanlık hizmeti ve dava takibi yaptığınızı belirterek,

-Yurtdışındaki müvekkillerinize düzenlenecek serbest meslek makbuzlarında stopaj kesintisi yapıp yapılmayacağı,

- Yurtdışı mukim şirket adına yapılan tevkifatların ödenip ödenmeyeceği,

- Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Çerçevesinde neler yapmanız gerektiği hususunda bilgi talep ettiğiniz anlaşılmakta olup konu hakkında Başkanlığımız görüşü aşağıdaki gibidir;

- Söz konusu hizmetlerin Yunanistan veya Romanya’da ifa edilmesi durumunda, Romanya’da bu hizmetler için kullanılabilecek bir sabit yere sahip olunması veya faaliyetlerin icra edilmesi amacıyla Romanya’da bir yılda birkaç seferde 183 günden fazla kalınması durumunda söz konusu faaliyetlerden elde edilen gelirleri Romanya’nın da vergilendirme hakkı olacaktır.

- Söz konusu hizmetlerin Yunanistan’da ifa edilmesi durumunda ise, Yunanistan’da bu hizmetler için kullanılabilecek bir sabit yere sahip olunması veya faaliyetlerin icra edilmesi amacıyla Yunanistan’da ilgili mali yıl içinde başlayan veya biten bir 12 aylık dönemde bir veya birkaç seferde 183 günden fazla kalınması durumunda söz konusu faaliyetlerden elde edilen gelirler üzerinden Yunanistan’ın da vergi alma hakkı olacaktır.

İlgili özelge kapsamında “Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması” hükümlerinden yararlanabilmek için Türkiye’de tam mükellef olunduğunun ve tüm dünya kazançları üzerinden Türkiye’de vergilendirildiğinin Türkiye’deki yetkili makamlardan alınacak bir mukimlik belgesi kanıtlanması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca, Yunanistan ve Romanya’da mukim firmalara Türkiye’de verilen (danışmanlık ve dava takibi hizmeti) serbest avukatlık hizmeti nedeniyle elde edilen gelirin serbest meslek kazancı olarak Gelir Vergisi Kanunu’nun 92’nci maddesinde belirlenen sürede, yıllık gelir vergisi beyannamesi ile beyan edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.

Konuya ilişkin Sn. Prof. Dr. Ahmet Erol’un Vergi Dünyası Dergisi’nin Haziran 2015/406 sayısında yayınlanan “Yurtdışında Avukatlık Hizmetlerinden Elde Edilen Kazancın Vergilenmesi ve Belge Düzeni” makalesinde konu bir örnekle aktarılmaktadır:

Örnek: Av. M.K., Türkiye yerleşği ve gerçek usulde gelir vergisi mükellefi bir müvekkilinin alacak davası için Almanya’da avukatlık hizmeti sunmuştur. Bu hizmet karşılığında 100.000.-TL serbest meslek kazancı elde etmiştir. Söz konusu gelirin vergilendirilmesinde izlenecek yol nedir?

Türkiye’de serbest meslek faaliyeti dolayısıyla KDV mükellefi olan bir doktor veya avukatın Türkiye’de KDV mükellefi olan bir firmaya yurtdışında verdiği hizmetler de verginin konusuna girmeyecektir.

Buna göre Av. M.K.’nin Türkiye’de vergi mükellefi olan müvekkilinin Almanya’daki alacağı ile ilgili olarak alacak davasının yurtdışındaki bir mahkemede görülmesi Av. M.K. tarafından verilen avukatlık hizmetinin yurtdışında ifa edilmesi nedeniyle KDV’nin konusuna girmemektedir. Serbest meslek makbuzu düzenlenirken Av. M.K.’nin KDV hesaplamasına gerek bulunmamaktadır.”

VI. SONUÇ

193 sayılı yasanın 89 maddesinin 19. bendine ilk yayınlanmasından sonra ilk yayınlanan mesleklere, defalarca ek meslekler ilave edilmesine rağmen, yurtdışı şirketlere hizmet veren avukatlara, özellikle yurtdışı şirketlerle, uluslararası tahkim davaları ile iştigal eden avukatlara sözkonusu kazançların %80’inin indirilmesi imlânının tanınmasının nedeni anlaşılmamıştır.

Avukatlık Kanunu’nda yapılması icap edecek olan değişiklikler elbette Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin karar ve iradesine tabidir. Ancak kanunla düzenlenmesine ihtiyaç olmayan konularda, örneği hizmet ihracatı olgusunda KDV istisnasından yararlanan Avukatların, Gelir Vergisi indirim hakkından da yararlanmaları için meslek örgütleri “Türkiye Barolar Birliği’nin” Maliye Bakanlığı nezdinde gerekli girişimlerde bulunarak yurtdışına hizmet veren avukatların bu sorununun çözüleceğini düşünmekteyim.

İPOTEKLİ ALACAKLININ ALACAĞI KARŞILANMADAN SATIŞ YAPILABİLEN DURUMLAR İLE İPOTEKLİ ALACAKLIYA “ALACAĞI KARŞILANMASA DAHİ İPOTEK ALACAĞININ ALTINDA SATIŞ YAPILMASINA MUVAFAKAT EDİP ETMEDİĞİ” KONUSUNDA İCRA DAİRESİNE BİLDİRİMDE BULUNMASINA GEREK KALMADAN SATIŞ YAPILABİLECEK DURUMLAR

Av. Talih UYAR^{1*}

I- 30.11.2021 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 7343 sayılı, 24.11.2021 tarihli Kanun² ile ‘satış aşaması’nda çok önemli değişiklikler yapılmıştır.³

Yapılan bu değişikliklerle ‘fiziki satış usulü’ tamamen kaldırılıp ‘elektronik satış usulü’ getirilmiştir...

Değişiklikten önce, “taşınır mallara ilişkin gerek birinci artırmanın ve gerekse ikinci artırmanın ne şekilde yapılacağı” İİK.m. 115/I, c: 3’de;

“...artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse, bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaştırılması masraflarını aşması gerekir...”

1 İzmir Barosu avukatlarından (Dokuz Eylül Ün. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

2 Bknz: İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (R.G. 30.11.2021 T. sayı: 31675)

3 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR.T. “(20 Soruda) 24.11.2021 Tarihli ve 7343 Sayılı ‘İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yenilikler” (Legal Huk. Der. S: 235, Temmuz/2022, s: 2791-2802) – ASLAN.K. İhalenin Feshi Hakkında 7343 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Bunların Değerlendirilmesi (AHBVÜHFD. 2022, C:26, S:4, s: 1-35) – GÜNDOĞAN.A. İcra Hukuku’nda Satış İşlemleri ve Özel Satış Türleri, 2. Baskı, 2022, s: 188-192)

şeklinde düzenlenmişti...⁴

Yine değişiklikten önce “*taşınmaz mallara ilişkin gerek birinci artırmanın ve gerekse ikinci artırmanın ne şekilde yapılacağı*” İİK.m. 129/I, c: 3’de

“...artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse, bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaştırılması masraflarını aşması gerekir...”

şeklinde düzenlenmişti...⁵

7343 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden sonra;

“*Taşınır mallara ilişkin gerek birinci ve gerekse ikinci artırmanın ne şekilde yapılacağı*” İİK.m. 115/I, c: 3’de;

“...artırma bedelinin, haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi⁶ ile o malla güvence altına alınan ve satış isteğinin alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını da geçmesi şarttır.”

şeklinde düzenlenmiştir.^{7 8}

4 UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 3. Baskı, 2014, C: 2, s: 2143 vd. – KURU,B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s: 623 – YILMAZ,E. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2016, s: 641 vd.

5 UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age., C: 2, s: 2261 vd.- KURU,B. age.,s : 675 – YILMAZ,E. age., s: 683 vd.

6 İhalenin yapılabilmesi için “hem birinci hem ikinci ihalede malın tahmini bedelinin yüzde ellisini bulması gerekliliğine ilişkin koşulun aranmasının Anayasa’ya aykırı olmadığına” ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin 04.07.2013 T. ve E:2012/100, K: 2013/84 sayılı kararı için bkzn: ARSLAN,R./YILMAZ,E./AYVAZ,S.T./ HANAĞASI,E. İcra ve İflas Hukuku Pratik Çalışmaları, 19. Baskı, 2023, s: 49

7 ARSLAN,R./YILMAZ,E./AYVAZ,S.T./ HANAĞASI,E. İcra ve İflas Hukuku, 9. Baskı, 2023, s: 394 vd. – GÖRGÜN,L.Ş./BÖRÜ,L./KODAKOĞLU,M. İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, 2023, s: vd. – ATALI,M./ ERMENEK,İ./ERDOĞAN,E. İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, 2023, s:304 vd. – AŞIK,İ./ORUÇ,Y./TOK,O./ SAÇAR,Ö.F. İcra ve İflas Hukuku, 2. Baskı, 2023, s: 250 vd. – MUŞUL,T./MUŞUL,A.T. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2024, s: 954 vd.

8 Bknz: 12. HD. 19.01.2023 T. 12919/317 (www.e-uyar.com)

7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra “taşınmaz mallara ilişkin gerek birinci ve gerekse ikinci artırmanın ne şekilde yapılacağı” İİK.m. 129’da “115. madde hükmü taşınmazın ihale edilmesi hakkında da uygulanır.”

şeklinde, İİK.m. 115’e atıfta bulunularak belirtilmiştir.

Buraya kadarki açıklamalarımızda belirtilen; ihalenin yapılabilmesi için “ileri sürülen peyin (artırma bedelinin), satışa konu malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi ile, o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak paraya çevirme ve paylaştırma masraflarını da geçmesi” kuralına karşılama prensibi denilmektedir.

Doktrinde bu husus “paraya çevrilen mal veya hakkın kanunda karşılanması öngörülen bedelin altında ihale edilemeyeceğine ilişkin esas”⁹, “ihalenin yapılması için teklif edilen bedelin takipte bulunan alacaklıdan önce gelen rehin varsa bunun haklarının karşılanması prensibi”¹⁰, “açık artırmada teklif edilen en yüksek peye ihalenin yapılabilmesi için bu payın belirli kalemleri (İİK.m. 115/I,c:3) karşılaması gerekir ki buna karşılama prensibi denilir”¹¹ şeklinde tanımlanmıştır.

“Karşılama prensibi”, İİK.m. 114/VII-8 ve İİK.m. 115/I,c:3’de açıkça düzenlenmiştir.

Karşılama prensibine ilişkin hükümler, İİK.m. 150/g hükmünün atfıyla ‘rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipler’de uygulama alanı bulur.¹²

Emredici bir kural olan ‘karşılama prensibi’, hem alacaklının hem de borçlunun menfaatini koruyan önemli bir kuraldır.¹³ Bu nedenle icra takiplerinde icra müdürü tarafından re’sen dikkate

9 MERİÇ,N. İcra Hukuku’nda Karşılama Prensibi, 2022, s: 18

10 POSTACIOĞLU,İ.E. İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, 1982, s: 472

11 MUŞUL,T./MUŞUL,A.T. age.,s: 955

12 TOPAL,M. İhalenin Feshi, 2023, s: 247

13 AŞIK,İ./ORUÇ,Y./TOK,O./SAÇAR,Ö.F. age.,s : 278

alınması gerektiği gibi icra mahkemesince de kurala uyulup uyulmadığı kendiliğinden incelenir.^{14 15} Bu kural *kamu düzenine ilişkin* bir kuraldır.¹⁶

Artırma sırasında teklif edilen en yüksek peye ihalenin yapılabilmesi için, malın satışını isteyen alacaklının alacağının karşılanması gerekmez.^{17 18}

Eğer taşınmaz –somut mütalâa konusu olayda olduğu gibi- ipotekli alacaklı tarafından yapılan takip sonucunda satışa çıkarılmışsa, satış bedelinin ipotek tutarını karşılaması gerekmez.^{19 20}

İİK.m. 115/I, c: 3’de geçen “*rüçhanlı alacaklar*” kavramı ile ‘*satış isteyen alacağına göre önceliği olan alacaklar*’ kastedilmiştir.²¹ Elbette, taşınmazlarda önceki sırada yer alan rehinli alacaklar, taşınmazın ayından kaynaklanan kamu alacakları, satış isteyen alacağına göre *rüçhanlı* sayılırlar.²²

Buraya kadar ana ilkelerini belirttiğimiz 7343 sayılı Kanun ile getirilen yeni hükümlerle “*karşılama prensibi*”nde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu nedenle 7343 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 30.11.2021 tarihinden gerek sonra ve gerekse önce yapılan ihalelerde ‘*karşılama prensibi*’ aynen uygulanır.

14 UYAR,T./UYAR,A./UYAR,C. age., C: 2, s: 2854 – MERİÇ,N. age., s: 27 vd.

15 Bknz: 12. HD. 19.12.2023 T. 3479/8970 - 12. HD. 19.01.2023 T. 12919/317 - 12. HD. 25.12.2019 T. 13710/18442

16 ARSLAN,R. İcra ve İflas Hukuku’nda İhale ve İhalenin Feshi, 1984, s: 131 – NAMLI,M. İcra Hukuku’nda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, 2019, s: 503 – AŞIK,İ./ORUÇ,Y./TOK,O./SAÇAR,Ö.F. age., s: 277

17 MUŞUL,T./MUŞUL,A.T. age.,s:955 – ATALI,M./ERMENEK,İ./ERDOĞAN,E. age., s: 307 – UYAR,T./ UYAR,A./UYAR,C. age., C:2, s:2263

18 Bknz: 12. HD. 27.09.2012 T. 19839/28161; 15.01.2013 T. 28089/428; 26.04.2012 T. 32122/14070; 27.09.2012 T. 19844/28160; 10.04.2000 T. 4697/5535; 12.11.1998 T. 10765/12719

19 UYAR,T./ UYAR,A./UYAR,C. age., C:2, s: 2263

20 Bknz: 12. HD. 27.09.2012 T. 19839/28161; 15.01.2013 T. 28089/428; 26.04.2012 T. 32122/14070; 27.09.2012 T. 19844/28160; 10.04.2000 T. 4697/5535; 12.11.1998 T. 10765/12719

21 UYAR,T./ UYAR,A./UYAR,C. age.,C:2, s: 2263

22 AŞIK,İ./ORUÇ,Y./TOK,O./SAÇAR,Ö.F. age., s: 251 – COŞKUN,M. Haciz-Satış ve İhalenin Feshi, 2023, s: 937

II- Buraya kadar anlattıklarımızı aşağıdaki iki örnekle şu şekilde açıklayabiliriz:

A- Birinci örnek:

Taşınmazın muhammen kıymeti: 400.000,00 TL.

Satış ve paylaştırma masrafları (Gazete ilan masrafı + keşif ve bilirkişi ücreti + tebligat masrafı : 5.000,00 TL.

Satış isteyen alacaklı (A)'nın alacak miktarı: 250.000,00 TL.

Satış isteyen ipotekli alacaklının ipoteginden önce kurulmuş olan ipotekte yer alan alacaklının ((C)'nin) alacak miktarı: 500.000,00 TL.

Satış isteyen ipotekli alacaklının ipoteginden sonra kurulmuş olan ipotekte yer alan alacaklının ((D)'nin) alacak miktarı: 300.000,00 TL.

Bu örnekte; ipotekli alacaklı (A)'nın satış talebinde bulunması üzerine alıcı (Ü), artırmada;

a) 200.000,00 TL. (taşınmazın muhammen kıymetinin %50'si) + 5.000,00 TL. (satış ve paylaştırma masrafları) = 205.000,00 TL. pey sürerse, taşınmaz kendisine ihale edilemez.

Taşınmazın kendisine ihale edilebilmesi için ayrıca önceki ipotekli alacaklı (C)'nin alacak tutarı olan 500.000,00 TL.'sini de karşılayan bir pey sürmesi gerekir. Çünkü, alacaklı (C), burada satış isteyen alacaklı (A)'ya göre *rüçhanlı alacaklı* konumundadır.

b)Eğer bu örnekte *rüçhanlı alacaklı* (C) bulunmasa idi, alıcı (Ü) bu taşınmazı 200.000,00 TL. + 5.000,00 TL. = 205.000,00 TL. pey sürerek satın alabilirdi... Çünkü, bu durumda satış bedelinin, satış isteyen ipotekli alacaklı (A)'nın 250.000,00 TL. tutarındaki alacağını karşılaması gerekmez!...

Bu durumda satış isteyen ipotekli alacaklı (A)'nın ipoteginden daha sonra kurulmuş ipotekli alacaklı (D)'nin -300.000,00 TL. tutarındaki- alacağının da karşılanması gerekmediği gibi, onun bu satışın yapılmasına muvafakat edip etmemesi de sonucu değiştirmezdi...

B- İkinci örnek²³:

Taşınmazın muhammen kıymeti 900.000,00 TL.

Gazete ilanı 6.000,00 TL.

Keşif ve bilirkişi ücreti 5.000,00 TL.

Tebliğat gideri 500,00 TL.

Haciz alacaklısı (A : 250.000,00 TL.

Satış isteyen ipotek alacaklısı (X) Bankası (1.Derece): 600.000,00 TL.

İpotek alacaklısı (Y) Bankası (2. Derece): 400.000,00 TL.

“İpotek alacaklısı (X) Bankası, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatmış ve taşınmaz malın satışını istemiş olsun. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibini yapan ve satış isteyen ipotek alacaklısının alacağının altında satış yapılması mümkün olup, taşınmaz malın paraya çevrilebilmesi için en yüksek teklifin ipotekle güvence altına alınan alacak tutarını (600.000,00 TL.’yi) aşması aranmaz. Bun sebeple birinci veya ikinci artırmada taşınmaz malın ihale edilebilmesi için malın muhammen kıymetinin %50’sinin (450.000,00 TL.’sinin) paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını (11.500,00 TL.’yi) geçmesi gerekir. O halde, açık artırma (450.000,00 TL. + (11.500,00 TL.) = 461.500,00 TL.’den aşağı olmamak üzere başlatılmalıdır.

Satış talep eden haciz alacaklısının alacağına rüçhanı olan ipotek alacaklıları ve diğer alacaklılar, artırma bedelinin bu ipotekli alacakları veya diğer rüçhanlı alacakları karşılama şartından vazgeçemezler. Zira ‘karşılama ilkesi’ sadece rüçhanlı alacakları değil, borçlunun da menfaatini korumaktadır...”

III- Bir olayda;

• İcra Müdürlüğü’nün sayılı dosyasında alacaklı AŞ. tarafından borçlular (G), (Z) ve (B) hakkında ‘*ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip*’ yapılmıştır. Bu takibin kesinleşmesi ve takip konusu borcun ödenmemesi üzerine İcra Mü-

23 GÖRGÜN,L.Ş./BÖRÜ,L./KODAKOĞLU,M. age., s: 279

dürlüğü'nce, İcra Müdürlüğü'ne satış talimatı gönderilmiştir.

- İcra Müdürlüğü'nün sayılı talimat dosyasından 05.02.2021 tarihinde yapılan 2. artırma sonucunda, “..... ili, ... ilçesi, mah. mevkii, 372 parselde kayıtlı 10.680 metrekare miktarındaki, 228.000 TL. değerindeki bağ nitelikli taşınmaz”, ihale alıcısı (İ)'a 135.000 TL. bedel ile ihale edilmiştir.

- Bu ihale hakkında, davacılar (Z)ve (G); *“İhaleye hazırlık işlemlerinin gereği gibi yapılmadığını, kıymet takdir raporlarının ve artırma ilanlarının ilgililere usulüne uygun şekilde tebliğ edilmediğini, ihaleye fesat karıştırıldığını vs.”* ileri sürerek *“ihalenin feshine karar verilmesini”* istemişlerdir.

İhalenin feshi davasının açıldığı İcra Hukuk Mahkemesi, T. ve E: 2021/18, K: 2022/104 sayılı kararı ile *“ihalenin feshine ilişkin şikayetin reddine, şikayet eden borçlunun İİK.'nın 134. maddesi uyarınca ihale bedeli olan 135.000,00 TL.'nin %10'u olan 13.500,00 TL. para cezası ile cezalandırılmasına”* karar vermiştir.

- Bu karara karşı borçlular (Z)ve (G) tarafından *istinaf yoluna* başvurulması üzerine,..... Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi T. ve E: 2023/278, K: 2024/161 sayılı kararı ile;

“.....İİK.'nın 129/1. maddesi yoluyla 115/1. maddesi uyarınca, artırma bedelinin, malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından fazla olup olmadığı, bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını geçip geçmediği tespit edilerek, işin esasına girilerek...”

Şeklindeki gerekçe ile, yerel mahkeme tarafından verilen fesih kararını kaldırmıştır.

- Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi'nin bu *‘kaldırma kararı’* düşündürücüdür.

Gerçekten; bir taşınmaz üzerinde birden fazla -birinci, ikinci, üçüncü derecede olmak üzere- ipotek bulunması ve bu taşınmazın, örneğin; üçüncü derecede yer alan ipotek alacaklısı tarafından yapılan ipotekli takip sonucunda satışa çıkarılması halinde, bu ta-

şınmazın ihalede satılabilmesi için, önceki derecede -yani; birinci ve ikinci derecede- yer alan ipotekli alacaklıların alacaklarının da karşılanması gerekirse de, bu taşınmaz 'birinci derecede' yer alan ipotekli alacaklı tarafından yapılan ipotekli takip sonucunda satılabilmesi için, daha alt derecede yer alan -ikinci ve üçüncü derecede bulunan- ipotekli alacaklıların alacağını da karşılaması gerekmez²⁴. Bu nedenle, kararın;

"Somut olayda, ihaleye konu taşınmazın tapu kaydında A.Ş. lehine 1. dereceden, Tarım Kredi Kooperatifi lehine 2. ve 3. dereceden ipotek tesis edildiği, ekli ihale dosyasında ve UYAP kaydında, ihaleye konu taşınmazın satış kararı tarihi itibarıyla mevcut bir ipotek alacağının mevcut olup olmadığına, ipotek alacaklılarına ipotek alacağının altında satışa muvafakat edip etmediklerine ilişkin icra müdürlüğünce bir bildirimde bulunulduğuna ilişkin herhangi bir bilgi ve belgenin bulunmadığı görülmüştür.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, ilk derece mahkemesince, satış kararı tarihi itibarıyla mevcut bir ipotek alacağının mevcut olup olmadığı, mevcut ise ipotek alacaklılarının ipotek bedelinin altında satışa muvafakat edip etmedikleri, paraya çevirme ve paraların paylaştırılması masrafları da belirlenerek İİK.'nin 129/1. maddesi yoluyla 115/1. maddesi uyarınca, artırma bedelinin, malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından fazla olup olmadığı, bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaştırılması masraflarını geçip geçmediği tespit edilerek..."

bölümü hatalıdır. Çünkü bu gerekçe, kamu düzenine aykırıdır. Somut olayda; 'birinci derecede' ipotekli alacaklı olan kişinin (..... A.Ş.'nin) satış talebi üzerine, bu taşınmaz 135.000 TL.'ye pey süren alıcı Ü'ye satılmıştır...İkinci ve üçüncü derecede ipotekli alacaklı olan Tarım Kredi Kooperatifleri bu satışa muvafakat etmese, 135.000 TL. pey sürmüş olan alıcıya bu taşınmaz satılamayacak mıdır? Gerçekten somut olayda alacak tutarı 150.000,00 TL. olan satış isteyen A.Ş.'nin alacağının altında (ondan sonra 'ikinci derecede' ipotek kurdurmuş olan Tarım Kredi Kooperati-

24 Bu konuda bkzn: Yuk. s: 4 ve 5'de verilen iki örnek

fi'nin alacak tutarı 200.000,00 TL. ve 'üçüncü derecede' ipotek kur-
durmuş olan diğer Kooperatifi'nin alacak tutarı 300.000,00
TL.'dir. Kıymeti 228.000,00 TL. olan bu taşınmazın 150.000,00
TL. alacağı bulunan AŞ.'nin satış talebi üzerine satılabil-
mesi için satış bedelinin Tarım Kredi Kooperatifi'nin ikinci
derecedeki ipotek tutarı 200.000,00 TL.'yi + üçüncü derecedeki
ipotek tutarı 300.000,00 TL.'yi de karşılması mı gerekecektir veya
bu iki ipotekli alacaklı Tarım Kredi Kooperatiflerinin "*kendi
alacaklarının altında satış yapılmasına muvafakatlerinin bulu-
nup bulunmadığı*" mı araştırılacaktır?

Somut olayda borçlularda 150.000,00 TL. alacağı bulunan '*bi-
rinci derecede*' ipotekli alacaklı AŞ.'nin yaptığı ipotekli ta-
kip sonucunda, muhammen kıymeti 228.000,00 TL. olan taşınma-
zın 05.02.2021 tarihinde yapılan ikinci artırmada 235.000,00 TL.
pey sürmüş olan alıcı (İ)'ye ihale edilmiş olmasında bir isabetsizlik
bulunmamaktadır...

İTALYA'DA HUKUKTA UZMANLAŞMA, AVUKATLAR İÇİN BİRLİKTE ÇALIŞMA MODELLERİ VE HUKUK BÜROLARININ YASAL YAPILARI¹

Av. Marco ACCOLLA²

Çev.: Sinan NAIPOĞLU

İtalya'da 240,000 avukat bulunmaktadır ve toplumda her 1,000 kişiden 4'ü avukattır. Avukatlar, kadın ve erkek sayısı açısından eşit olarak dağılmıştır. Meslekteki ortalama yaş 47.7'dir ve 2022'de İtalya'daki hukuk piyasası 14 milyar Euro olarak değerlendirilmiştir. Her bir avukat için ortalama işlem hacmi 63,000 Euro'dur ve bu tutar her yıl artmaktadır.

Şirketler hukuku alanı, tüm hukuk alanları arasında yıllık 3,2 milyar Euro ciro ile en önemli alan olarak kabul edilir. İş dünyasında, hukuk önemli bir yer tutmaktadır. Bu alanda faaliyet gösteren hukuk büroları, mevcut bütçeleri ve yenilikçi yaklaşımları sayesinde, hukuk endüstrisinin gelişimine dair bir öngörüye sahiptir.

Son yıllarda bu sektörde yer alan firma sayısında ciddi bir azalma olduğunu ve ilk 50 hukuk bürosunun 1,64 milyar Euro'luk bir ciro elde ettiğini gördük ki bu meblağ, alandaki toplam cironun yarısıdır. En üst düzeydeki hukuk yapılarının sayısı azalmakla beraber, daha büyüyen ve belirli departmanlarda uzmanlaşmış bir şekilde örgütlenmeye başlamaktadır. Verimliliği hedefleyen girişimci

1 5 Nisan 2024 tarihinde "Avukatlık Mesleğinin Bugünü ve Yarını" başlıklı sempozyum dahilinde İstanbul Barosu Konferans Salonu'nda saat 17:00'de Milano Barosu Genel Sekreteri Av. Marco Accolla'nın, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyesi Av. Sinan Nipoğlu ile birlikte gerçekleştirdikleri İtalya Uzmanlaşma ve Avukatların Birlikte Çalışma Modelleri başlıklı son oturumunda yapılan konuşmanın tercümesidir. Sempozyumun video kaydına İstanbul Barosu Youtube kanalından ulaşılabilir.

2 Milano Barosu Genel Sekreteri

bir yaklaşım, İtalya'da 2000'li yılların başında büyük uluslararası firmaların ülkeye gelişiyle ortaya çıkmıştır.

2022 yılı, “Dört Büyükler” (Deloitte, KPMG, PwC, EY) olarak adlandırılan büyük firmaların öne çıktığı bir yıl olmuştur. Bu dört büyük firma, ilk 50 içinde yer almakta olup (hepsi ilk on hukuk firması içindedir ve EY firması 235 milyon Euro ile ilk sırada yer almaktadır. İkinci sırada 228 milyon Euro ile Deloitte firması bulunmaktadır.) şirketler hukuku alanında %24,4'lük bir pazar payına sahiptir ve her yıl bu pay artmaktadır.

Büyük İtalyan hukuk büroları, daha büyük payı korumakla birlikte, payları %34'ten %29,3'e düşmüştür. Tüm bu hukuk firmaları yasal yapılar içinde örgütlenmiştir. Bu konuşmanın teması, İtalya'da bu duruma nasıl geldiğimizi göstermektir.

Her şey Bologna'da başladı. 1965 yılında İtalya'da Baro Başkanlığı yapmış olan ilk kadın avukatlardan biri olan Angiola Sbaiz, Avukatlar Ulusal Kongresi sırasında şu gözlemde bulunmuştur: *“Teknik açıdan bakıldığında bile, faaliyetlerimizi teşkilatlandırarak daha faydalı bir şekilde icra edilebilir ve zamanın ortaya çıkardığı farklı ve çoklu ihtiyaçlara cevap verilebilir hale getirebiliriz. Bu nedenle, üniversite ve üniversite sonrası hazırlık dönemi, avukatın mahkemedeki veya dışarıdaki somut mesleki görevleriyle daha uyumlu olmalı ve gerekli araçları sağlamalıdır. Aynı zamanda bilgece bir alçakgönüllülükle, artık uzmanlaşma bayrağı altında ve bunun sonucu olan ‘ekip çalışması’ bayrağı altında işleyen dünyamızın karmaşıklığının farkına varmalı ve diğer ülkelerin örneklerini izleyerek, genel avukatlar ile baro sicilinde müşterek sorumluluk ve belirli niteliklere sahip uzmanları birbirine bağlayabilecek kolektif profesyonel şirketlerin kurulmasını sağlamalıyız.”*

İtalyan yasa koyucunun, Avrupa Birliği'nin direktifi kapsamında, avukatlar arasındaki ortaklığı tamamen düzenleyen bir yasa çıkarması 30 yıldan fazla sürmüştür. Angiola Sbaiz'in konuşma-

sından bu yana, hukuk sektöründe uzmanlaşmaya ilişkin bir düzenleme yapılması 50 yıldan fazla zaman almıştır.

Hukuki yapılar ve uzmanlaşmadan birlikte bahsediyoruz çünkü biri olmadan diğeri var olamaz. Hukukun spesifik bir noktasında faaliyet göstermek, müvekkile en iyi hizmeti sunarken, aynı zamanda avukatlardan veya diğerk uzmanlaşmış avukatlardan daha sınırlı, hedefe yönelik bir bakış açısı sağlamaktadır. İşte bu noktada, müvekkile tam ve eksiksiz bir hizmet sunabilecek hukuki yapılara sahip olma fırsatı ortaya çıkmaktadır. Bu planın başarısı, İtalya'daki hukuk endüstrisinin eğiliminden de anlaşılmaktadır.

İtalya'da avukatlık mesleği hem bireysel hem de toplu olarak (birlikte) icra edilebilmektedir. Ticari olmayan tüzel kişilikler; tek bir isim altında ve organize bir yapıda çalışan avukatlardan veya diğerk profesyonellerden oluşur. Ancak, mesleki rol her zaman kişisel olarak avukata verilir. Bir avukatlar ortaklığına katılım, avukatın görevlerini yerine getirmesi, özgürlüğünü ve fikri veya yargısal bağımsızlığını etkilemez. Müvekkile birden çok alanda hizmet sağlamak amacıyla, baro üyelerinin yanı sıra, meslekleri düzenlenen diğerk profesyoneller de avukatlık ortaklıklarına katılabilir. Bir avukat aynı anda birden fazla avukatlık ortaklığına üye olabilir.

Avukatlık mesleğinin toplu olarak icra edilmesinin bir diğerk yolu da avukatlar arasında kurulan şirketlerdir; bu şirketlerin kurulmasını engelleyen yasanın uygulaması 1997 yılına kadar neredeyse altmış yıl boyunca devam etmiştir. Ancak 2001 yılında, Avrupa Birliği'nin bir direktifini uygulayan ulusal yasa koyucu, avukatlık mesleğinin toplu bir şekilde icra edilmesi amacıyla kurulacak avukatlık şirketlerine etkin bir şekilde izin vermiştir.

Bu nedenle avukatlar, şirketin bulunduğu bölgedeki baro tarafından tutulan sicilın özel bir bölümüne kayıtlı adi ortaklık, anonim şirket veya kooperatif kurabilirler. Avukatlık şirketlerinin, iki kriterden birine uymaları halinde birden çok alanda faaliyet yürütmelerine izin verilir. Sermayenin ve oy haklarının üçte ikisi kayıtlı avukatlar veya diğerk sicillere kayıtlı profesyoneller tarafından verilmelidir, ancak her durumda yönetim organının çoğunluğu hisse

sahibi olan avukatlar tarafından oluşturulmalıdır. Bu şirketlere, vakıflar, fonlar veya aracı şirket tarafından üyelik yasaklanmıştır.

Mesleki hizmetlerin kişiselliği ilkesi, avukatlık mesleğinin kurumsal biçimde icra edilmesi durumunda da geçerlidir. Görevlendirme, yalnızca müvekkil tarafından talep edilen özel mesleki hizmetin yerine getirilmesi için gerekli şartları karşılayan, görevlendirme süresince tam bağımsızlık ve tarafsızlığı sağlayan, başlangıçtaki veya mevcut olası çıkar çatışmalarını veya uyumsuzlukları beyan eden meslek mensupları tarafından gerçekleştirilebilir.

Şirketin ve ortakların sorumluluğu, ilgili hizmeti yerine getiren profesyonelin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu tüzel kişiliklerin şirket adlarında «Avukatlık Şirketi» ibaresini bulundurmaları gerekmektedir. Milano barosunda yaklaşık 1.000 adet resmi yasal yapımız bulunmaktadır. Bunların %80'i mesleki kuruluşlar, %20'si Avukatlık Şirketidir. Bu son hukuki yapı her yıl 30 ila 50 arasında artmaktadır. Bu organize yapıların çoğu birden çok alanda faaliyet göstermektedir. Bu durum, hukukun farklı alanlarında uzmanlaşmış avukatların tek bir bayrak altında faaliyet göstermesini ve becerilerini birleştirmesini kapsamaktadır. Aksi takdirde İtalya'da hukuki uzmanlıklardan bahsetmek kolay değildir.

Uzmanlıkları düzenleyen bakanlık kararı Aralık 2020'den bu yana yürürlüktedir. Bu kararname, 2010 tarihli orijinal metnin üçüncü revizyonu olup, Hukuk birlikleri ve Barolar birliğinin çeşitli itirazları nedeniyle hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir. Kararname 2020'den itibaren yürürlüğe girmiştir. Kararname, öngörülen 13 alandan en fazla 2'sinde "Uzman Avukat" unvanı alma imkanı sağlamaktadır.

Ancak, Türkiye'de olduğu gibi, uzmanlık disiplininin kapsadığı alanlarda mesleki faaliyette bulunmak, listelerde yazılı uzman avukatlara özgü bir ayrıcalık değildir. Herkes, herhangi bir şekilde ve zamanda, tabii ki beceri ve yetkinliklerinin sınırları dahilinde, herhangi bir konuda mesleki faaliyette bulunabilir. Uzmanlıklar avukat tarafından "avukatlık hizmetinin daha ileri düzeyde nitelenmesi ve güvence altına alınması unsuru" olarak kabul edilir.

Yargı çevrelerinde, konunun önemi “uzmanlaşmanın düzenlenmesinin ana nedenlerinden biri olarak arz ve talep arasındaki boşluğu kapatma ihtiyacı” şeklinde tanımlanarak anlaşılmaktadır. Aynı Yasa Koyucu, ayrıca “uzmanlaşma disiplini, profesyonelin asistanlarına ortalama hazırlıktan daha fazlasını sunabileceği konuları, hedefe yönelik içgörüler veya kanıtlanmış saha deneyimi açısından kolayca tanınabilir hale getirme ihtiyacına yanıt verdiğini” kabul etmektedir.

Bu kişiler uzman bir avukat olarak adlandırılabilir:

- Ulusal Baro Konseyi tarafından onaylanmış bir uzmanlık kursunu başarıyla tamamlamış olanlar. (Kurs en az iki yıl sürmeli ve 200 saatten az olmamalıdır. Adayın yeterli hazırlık seviyesini tespit etmek için her yılın sonunda yazılı ve sözlü olmak üzere en az bir sınava tabi tutulması gerekir.)

veya

- Uzmanlık alanında, en az sekiz yıl kesintisiz baroya kayıtlı olma ve son beş yılda düzenli bir şekilde, uzmanlık alanlarından birinde hakim ve sürekli avukatlık faaliyetinde bulunmak. (Başvuru sahibinin, uzmanlık alanlarındaki deneyimini kanıtlayan belgelerin sergilenmesi ve tartışılması için bir mülakata katılması gerekecektir.)

Uzman avukatlık unvanına 3 yıllık süreyle sahip olunmalıdır ve Türk hukuk sistemiyle farklı olarak, Ulusal Baro Konseyi tarafından verilen resmi unvanın yokluğunda kendini uzman avukat olarak adlandırmak bir disiplin suçudur. Bu niteliği korumak için, avukatın belirli bir uzmanlık alanında okullara veya ileri eğitim kurslarına karlı ve sürekli bir şekilde katılması veya üç yıl boyunca uzmanlık alanında avukatlık faaliyetini sürekli olarak titizlikle yürüttüğünü göstermesi gerekir.

Son olarak, uzmanlığa tabi hukuk alanlarından herhangi birinde profesör olanlar veya doktorası olanlar uzman avukat olarak

kabul edilmektedir. Yukarıda bildirilen hüküm, uzmanlıkları getiren kararnamenin hükmüdür.

İtalya'daki kritik husus, şu anda, uygulama kararnamelerinin kabul edilmesinde büyük gecikme yaşanmasıdır. Mayıs 2023'te uzmanlık eğitimi derece programlarına ilişkin bakanlık yönergeleri yayınlanmıştır. İlk kurslar önümüzdeki aylarda başlayacak ve tamamlanması için en az iki yıl beklemek gerekecektir.

Bugüne kadar, unvanlarını kanıtlamış deneyimlerine dayanarak tanıma başvurusunda bulunan avukatları inceleyecek olanların listeleri hala mevcut değildir. İtalya'da 2023 yılı ortalarında 240.000 avukattan sadece 172'sine uzman avukat unvanı tanınmıştır.

Uzmanlıklar ve hukuki yapılar söz konusu olduğunda, ilgili olduğu için başka bir konu da ele alınır.

Yapay Zeka Uygulamasının Hukuk Üzerindeki Etkisi

“Yapay Zeka”, 2020 yılında CCBA tarafından “makine öğrenme algoritmalarına dayalı otomatik sistemler” olarak tanımlanmıştır. Bu algoritmalar, sisteme kendi uygulamasını sonradan düzeltmek, kullanmak için analiz etme, düzeltmeyi sağlıyor ve bu yönüyle kendi kendine öğrenme kapasitesine sahip olmayan algoritmalar ile ayrılmaktadır. Avukatlar topluluğu, pek çok kişinin görüşüne göre faaliyetlerimizi değiştirecek olan bu epik meydan okumayla yüzleşmeye çağrılmaktadır.

Otomatik çeviri, blok zinciri, belge oluşturmak için üretken yapay zeka, otomatik analiz ve sohbet botu, hukuk mesleğinin halihazırda nasıl değiştiğine dair ilk etkili örneklerdir. Bunun ayrıntılarına girmeyeceğim, çünkü buraya bunu yapmaya çağırılmadım. Ancak bunun hukuki yapılar ve uzmanlıklar konusuyla nasıl ilişkili olduğunu belirtmek önemlidir.

Hukuk sektöründe yeni teknolojilerin uygulanması pahalı bir süreçtir. Ayrıca avukatlara özgü becerilerin ötesinde beceriler ge-

rektirmektedir. Karmaşık ve organize yapılar, inovasyona yatırım yapmaya yönelik yapılardır. Kendi yapay zeka araçlarını yaratabilen ilk hukuk firmaları rekabet avantajına sahip olacaklardır.

Sadece bu da değil, hukuk mesleğinin gelişimi hakkındaki tahminler yalnızca hukuk firmaları tarafından değil, pahalı hukuki hizmetlere erişimi azaltacak olan şirketler tarafından dahi otomasyona tabi tutulacağını göstermektedir.

Ortak görüş, hayatta kalmak isteyen her avukatın yüksek katma değerli hukuki hizmetler sunması gerektiğidir. Bu, yapay zeka sistemleri ile ikame edilemeyecek hizmetlerdir. Farkı yaratacak olan insan unsurudur. Bu bağlamda, belirli bir hukuk alanında yüksek bilgi birikiminin, müvekkil nezdinde cazibesini korumasını sağlayacağına inananlar çoğunluktadır. Dolayısıyla uzmanlıklar, mesleğimizin bu bağlamda gelişebilmesi için en iyi yol olarak görünmektedir.

Sbaiz'in 1965 yılında yaptığı konuşmada yabancı ülkelerin deneyimlerine atıfta bulunması gibi, büyüklük yapısı ve yargı sistemi açısından birbirine çok benzeyen iki hukuk piyasasını, Türkiye ve İtalya'yı karşılaştırma fırsatına sahibiz. Kontrol altında veya büyük uluslararası firmalarla ortaklık içinde olan çoklu uygulama çalışmalarına doğru yaygın bir evrim görebiliriz.

Birkaç hafta önce bir öğle yemeği sırasında, dünyanın en önemli hukuk firmalarından biri olan Dentons'un İtalya ofisinin yönetici ortağı ve Avrupa firmalarının koordinatörü ile konuşma fırsatı buldum. Federico Sutti en iyi İtalyan avukatlardan biri olarak kabul ediliyor. Bir zamanlar altın çocuk olarak bilinen kişi, bugün 50 milyon doların üzerinde ciroya sahip avukatlık firmalarının az sayıdaki yönetici ortaklarından biridir ve müvekkillerinin davalarını bireysel olarak savunmaya devam etmektedir.

Tonları açısından hoş bir öğle yemeği, içerikleri açısından ise endişe verici bir toplantıydı. Uluslararası gözlemevi sayesinde, önümüzdeki 5 yıl içinde hukuk piyasasının, en azından İtalyan hukuk piyasasının, yapay zeka tarafından getirilen yeniliklerle boğulaca-

ğını öngörmektedir. Ceza hukuku, iş hukuku ya da aile hukuku gibi hala insan unsuruna ihtiyaç duyan bazı özel hukuk alanları haricinde, hukuk endüstrisi kendisini “süreç” olarak adlandırılan tüm faaliyetlerden mahrum görecektir.

Hukuki hizmetleri standartlaştırılmış faaliyetler, hukuki durum tespiti (due diligence), toplu sözleşmeler, dava takibi gibi sektörler yapay zeka araçlarına başvuracak ve avukatın rolünü makinelerin ürününün denetleyicisi ya da daha kötüsü sadece imzacısı konumuna indirgeyecektir. Bu sürecin durdurulamaz olduğu düşünülmektedir. Daha ekonomik, daha hızlı olması büyük şirketleri yapay zekaya yönlendirecektir.

Dediğimiz gibi, avukatlar sınıfı sadece yüksek katma değerli hukuki hizmetlere veya strateji danışmanlığına odaklanabilir ve bu sonuca ulaşmanın yolu hukuk firmaları için uzmanlaşma ve kolektif çalışma modelleridir.

Bu bir dönüm noktasıdır. İtalya’da değil, hatta bence Türkiye’de bile bu inovasyon sürecini tamamlamak için önümüzde 30 ya da 50 yıl var. Eminim ki bu fırsat, diğerleri gibi, mesleğimizin her zamankinden daha fazla ihtiyaç duyduğu değişimi hızlandıracak en iyi farkındalığı da beraberinde getirecektir ve şu anda daha önce hiç olmadığı kadar gereklidir.

21.5.2024 tarihli Resmi Gazete’de “3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 1 inci Maddesinde Düzenlenen Kanuni Faiz Oranının, 1/6/2024 Tarihinden Geçerli Olmak Üzere Yıllık %24 Olarak Uygulanması Hakkında Karar (Karar Sayısı: 8485)” yayımlanmıştır.

Karar ile; 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 1 inci maddesinde düzenlenen kanuni faiz oranının, 1/6/2024 tarihinden geçerli olmak üzere yıllık % 24 olarak uygulanmasına karar verilmiştir.

İlgili Cumhurbaşkanlığı Kararı

R.Gazete No: 32552 R.G. Tarihi: 21.5.2024 Karar Sayısı: 8485 Karar Tarihi: 20.5.2024

3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 1 inci maddesinde düzenlenen kanuni faiz oranının, 1/6/2024 tarihinden geçerli olmak üzere yıllık % 24 olarak uygulanmasına, mezkûr Kanunun 1 inci maddesi gereğince karar verilmiştir.

21.5.2024 tarihli Resmi Gazete’de “6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan Gecikme Zammı Oranının, Her Ay İçin Ayrı Ayrı Uygulanmak Üzere %4,5 Olarak Belirlenmesi Hakkında Karar (Karar Sayısı: 8484)” yayımlanmıştır.

Karar ile Kanun’un Gecikme Zammı, Nispet ve Hesabı başlıklı 51. maddesinin birinci fıkrasında yer alan gecikme zammı oranı her ay için ayrı ayrı uygulanmak üzere %4,5 olarak belirlenmiştir.

İlgili Cumhurbaşkanlığı Kararı;

R.Gazete No: 32552 R.G. Tarihi: 21.5.2024 Karar Sayısı: 8484 Karar Tarihi: 20.5.2024

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan gecikme zammı oranının, her ay için ayrı ayrı uygulanmak üzere %4,5 olarak belirlenmesine, 6183 sayılı Kanunun mezkûr maddesi gereğince karar verilmiştir.

11.6.2024 tarihli Resmi Gazete’de 1.3.2024 tarihinden geçerli olmak üzere yayımlanan Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneğine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in amacı ve kapsamı; 25.8.1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işverenin, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz, genel salgın ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltması veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durdurması hallerinde, sigortalılara kısa çalışma ödeneği ödenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Bu Yönetmelik ile 30.4.2011 tarihli ve 27920 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

11.6.2024 tarihli Yönetmelik ile yer verilen başlıklar;

- Tanımlar
 - Kısa çalışma talebi
 - Talebin değerlendirilmesi
 - Kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşulları
 - Kısa çalışma ile kısa çalışma ödeneğinin miktarı ve ödenmesi
 - Kısa çalışma ödeneğinin denetimi ve durdurulması
 - Kısa çalışma ödeneğinin kesilmesi ve durdurulması
 - İşverenin kayıt tutma ve bildirim zorunluluğu
 - Kısa çalışmanın erken sona ermesi
 - Geçiş hükümleri
- Şeklindedir.

Yönetmeliğin tamamı;

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından:

KISA ÇALIŞMA VE KISA ÇALIŞMA ÖDENEĞİNE İLİŞKİN USUL VE ESASLAR HAKKINDA YÖNETMELİK

R.Gazete No: 32573 R.G. Tarihi: 11.6.2024

BİRİNCİ BÖLÜM

Başlangıç Hükümleri

Amaç ve kapsam

MADDE 1- (1) Bu Yönetmeliğin amacı ve kapsamı; 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununa göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işverenin, genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz, genel salgın ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltması veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durdurması hallerinde, sigortalılara kısa çalışma ödeneği ödenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Dayanak

MADDE 2- (1) Bu Yönetmelik, 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun ek 2 nci maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Tanımlar

MADDE 3- (1) Bu Yönetmelikte geçen;

- Bakanlık: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı,
- Bölgesel kriz: Ulusal veya uluslararası olaylardan dolayı belirli bir il veya bölgede faaliyette bulunan işyerlerinin ekonomik olarak ciddi şekilde etkilenip sarsıldığı durumları,
- Genel ekonomik kriz: Ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olayların, ülke ekonomisini ve dolayısıyla işyerlerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları,

ç) Genel salgın: Bir hastalığın veya enfeksiyon etkeninin ülke çapında veya belirli bir bölgede çok geniş bir alanda yayılım gösterdiği ve işyerlerini ciddi anlamda etkileyip sarstığı durumları,

d) Kısa çalışma: Üç ayı geçmemek üzere 4447 sayılı Kanunun ek 2 nci maddesinde sayılan gerekçelerle; işyerinde uygulanan çalışma süresinin, en az dört hafta süreyle işyerinin tamamında veya bir bölümünde geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılmasını veya süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulmasını,

e) Kısa çalışma dönemi: Kısa çalışmanın başlama tarihi ile bitiş tarihi arasındaki dönem,

f) Kısa çalışma ödeneği: 6 ncı maddede belirtilen koşulların sağlanması halinde sigortalıya yapılan ödemeyi,

g) Kısa çalışma süresi: Kısa çalışma dönemindeki haftalık çalıştırılmayacak saati,

ğ) Kurum: Türkiye İş Kurumunu,

h) Kurum birimi: Çalışma ve İş Kurumu il müdürlükleri ile hizmet merkezlerini,

ı) Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Rehberlik ve Teftiş Başkanlığını,

i) Sigortalı: 4447 sayılı Kanun kapsamına giren bir işyerinde bir hizmet akdine dayalı olarak çalışan ve çalıştığı süre içerisinde işsizlik sigortası primi ödeyen kimseyi,

j) Sektörel kriz: Ulusal veya uluslararası ekonomide ortaya çıkan olaylardan doğrudan etkilenen sektörler ve bunlarla bağlantılı diğer sektörlerdeki işyerlerinin ciddi anlamda sarsıldığı durumları,

k) Uygunluk tespiti: İşverenin kısa çalışma talebinin uygunluğuna ilişkin iş müfettişleri tarafından yapılan inceleme faaliyetlerini,

l) Yönetim Kurulu: Türkiye İş Kurumu Yönetim Kurulunu,

m) Zorlayıcı sebep: İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile

sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da işyerinin fiziken doğrudan olumsuz etkilendiği deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri durumları,

ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Kısa Çalışma Talebi ve Talebin Değerlendirilmesi

Kısa çalışma talebi

MADDE 4- (1) Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz, genel salgın ile zorlayıcı sebeplerle işyerinde kısa çalışma yapılmasını talep eden işveren; Kurum birimine Kurum tarafından belirlenecek yöntemle talebini iletir ve varsa toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasına yazılı olarak bildirimde bulunur.

(2) İşveren talebinde;

a) Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz, genel salgın ile zorlayıcı sebeplerin işyerine etkilerini ve zorlayıcı sebebin ne olduğunu belirtmek,

b) İşyerinin unvanını, adresini, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasını, işyeri İŞKUR numarasını ve sosyal güvenlik işyeri sicil numarasını belirtmek,

c) Kurumca belirlenen şekilde hazırlanan kısa çalışma yaptırılacak sigortalılara ait kısa çalışma dönemi ve kısa çalışma sürelerine ilişkin bilgileri içeren listeyi bildirmek zorundadır.

(3) Kısa çalışma dönemi, kısa çalışma başlama tarihi dâhil üç ayı geçemez. İşveren tarafından farklı tarihlerde aynı başvuru gerekçesi ile birden fazla kısa çalışma talebinde bulunulması halinde, üç aylık süre ilk talebin kısa çalışma başlangıç tarihinden itibaren hesaplanır. Belirlenen kısa çalışma dönemi içerisinde kalması koşuluyla, işveren tarafından her bir sigortalı için uygulanacak kısa çalışma başlama tarihi farklı olabilir. Başvuruya konu kısa çalışma dönemi, işyeri için dört haftadan az olamaz. Başvuruda kısa çalışma uygulamasına tabi tutulacağı bildirilen sigortalılar için kısa

çalışma dönemi, sigortalının iş sözleşmesinin sona ermesi, aynı işverene ait diğer işyerine nakli veya iş sözleşmesinin askıya alınması durumları hariç, dört haftadan az olamaz.

(4) Kısa çalışma başvurusu esnasında işyeri yönünden; işyerinde veya işyerinin bir bölümünde uygulanan kısa çalışma süresi, işyerinin haftalık normal çalışma süresinin üçte bir oranından az olamaz. Sigortalı yönünden ise kısa çalışma uygulamasına tabi tutulan sigortalının kısa çalışma süresi, sıfır olmamak kaydıyla üçte bir oranından daha az belirlenebilir.

Talebin değerlendirilmesi

MADDE 5- (1) İşverenin kısa çalışma talebi, öncelikle Kurum birimi tarafından sebep ve şekil yönünden değerlendirilir.

(2) Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz, genel salgın ile dışsal etkilere kaynaklanan dönemsel durumlardan ileri gelen zorlayıcı sebeplerin varlığı, işçi ve işveren sendikaları konfederasyonlarının iddia etmesi ya da bu yönde kuvvetli emarenin bulunması halinde, Yönetim Kurulunca karara bağlanır.

(3) İkinci fıkrada yer alan sebeplerle Yönetim Kurulunca alınmış bir karar bulunmuyorsa işverenlerce yapılan başvurular Kurum birimi tarafından reddedilir.

(4) İşyerinin fiziken doğrudan etkilendiği deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri durumlardan kaynaklanan zorlayıcı sebep gerekçesiyle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak en az üçte bir oranında azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulmasına ilişkin kısa çalışma başvurularında Yönetim Kurulu kararı aranmaz.

(5) Deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik ve benzeri durumlar gerekçesiyle yapılan başvurulardan işyerinin fiziken doğrudan etkilenmediği ancak nakit darlığı, ödeme güçlüğü, pazar daralması ve stok artışı gibi sebeplerle dolaylı olarak etkilendiği gerekçesiyle yapılan başvurular Kurum birimi tarafından reddedilir.

(6) Kısa çalışma talepleri; Kurum birimi tarafından sebep ve şekil yönünden inceleme tamamlandıktan sonra iş müfettişlerince uygunluk tespiti yapılması amacıyla Rehberlik ve Teftiş Başkanlığına gönderilir.

(7) Kurum birimi tarafından uygunluk tespiti yapılması amacıyla Rehberlik ve Teftiş Başkanlığına gönderilmiş olan ve uygunluk tespiti henüz tamamlanmayan kısa çalışma başvurularında, iş müfettişlerinin uygunluk tespiti sırasında gerekli gördüğü değişiklikler hariç olmak üzere, işverenler tarafından kısa çalışma döneminin değiştirilmesi, kısa çalışma süresinin artırılması ve/veya kısa çalışma uygulamasına yeni sigortalı eklenmesi hususunda herhangi bir değişiklik yapılamaz, aynı gerekçeyle yeni talep oluşturulamaz.

(8) Uygunluk tespiti sonucu ilgili Kurum birimine gönderilir. Uygunluk tespiti sonuçları Kurum birimince işverene bildirilir. İşveren durumu, işyerinde sigortalıların görebileceği bir yerde ilan eder ve varsa toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına bildirir. İlan yoluyla sigortalılara duyuru yapılamadığı durumlarda, kısa çalışmaya tabi sigortalılara bildirim yapılır.

(9) Uygunluk tespiti tamamlanan başvurularda yer alan sigortalılar için aynı kısa çalışma gerekçesi ile kısa çalışma döneminin uzatılması, kısa çalışma süresinin artırılması ve/veya kısa çalışma uygulamasına yeni sigortalı eklenmesi talepleri, ilk talebin devamı olan yeni başvuru olarak değerlendirilerek Rehberlik ve Teftiş Başkanlığına uygunluk tespiti yapılması için gönderilir. Bu kapsamdaki başvuruların başlama tarihi, ilk kısa çalışmanın başlama tarihinden önce olamaz.

(10) Kısa çalışma uygulanan işyerinde kısa çalışmaya tabi tutulan bir sigortalının, aynı işverene ait diğer işyerine nakli halinde, sigortalının nakledildiği işyerinde kısa çalışmaya tabi tutulabilmesi için nakledildiği işyeri tarafından söz konusu sigortalı için yeni kısa çalışma başvurusunda bulunulması gerekir.

(11) Kısa çalışma başvurusu ve uygunluk tespitine ilişkin diğer hususlar Kurum ve/veya Bakanlık tarafından belirlenir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği

Kısa çalışma ödeneğinden yararlanma koşulları

MADDE 6- (1) Sigortalının kısa çalışma ödeneğinden yararlanabilmesi için;

- a) İşverenin kısa çalışma talebinin uygun bulunması,
- b) Sigortalının kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 120 gün hizmet akdine tabi olması ve son üç yılda en az 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olması, gerekir.

Kısa çalışma ile kısa çalışma ödeneğinin miktarı ve ödenmesi

MADDE 7- (1) Günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 39 uncu maddesine göre uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının % 150'sini geçmemek üzere, sigortalının son on iki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 60'ıdır.

(2) Kısa çalışma ödeneğinin süresi üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma süresi kadardır.

(3) Kısa çalışma döneminde, kısa çalışmanın başladığı ve sona erdiği aylar parmak hesabı yapılarak fiili gün sayısı üzerinden; ara aylar, şubat ayı dâhil, 30 gün üzerinden değerlendirilir.

(4) Kısa çalışma ödeneği, işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresini tamamlayacak şekilde, çalışılmayan süreler için aylık olarak hesaplanır.

(5) Kısa çalışmanın günlük, haftalık veya aylık çalışma süresi içerisinde yapılacağı zaman aralığı, işyerinin gelenekleri ve işin niteliği dikkate alınarak işverence belirlenir.

(6) Kısa çalışma uygulamasına tabi tutulan sigortalının çalışılmayan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerine ilişkin ücret ve kısa çalışma ödeneği miktarı, kısa çalışma yapılan süreyle orantılı olarak işveren ve Kurum tarafından ödenir.

(7) Kısa çalışma ödeneği, uygunluk tespitinde belirtilen süreyi aşmamak kaydıyla fiilen gerçekleşen kısa çalışma süresi üzerinden verilir. Sosyal Güvenlik Kurumuna verilen aylık prim ve hizmet belgeleri veya muhtasar ve prim hizmet beyannameleri ile uyumlu bir şekilde fiilen gerçekleşen kısa çalışma süresinde, haftalık çalışma süresinin en az üçte bir oranında azaltılmış olması kuralı aranmaz

(8) Kısa çalışma döneminde fiili gerçekleşen kısa çalışma sürelerine ilişkin bildirimler ve değişiklikler, kısa çalışma döneminin son ayına ilişkin aylık prim ve hizmet belgelerinin veya muhtasar ve prim hizmet beyannamelerinin verilmesi gereken tarihi izleyen ayın sonuna kadar işverenler tarafından Kurum birimine iletilmesi halinde ödemelerde esas alınır.

(9) Birden fazla işyerinde çalışırken, çalıştıkları işyerlerinde kısa çalışma uygulamasına tabi tutulan sigortalılar adına işverenleri tarafından ayrı ayrı bildirilen prim ödeme gün sayıları toplanır. Bu kişiler adına 30 günden eksik kalan gün sayısı kadar, uygunluk tespitinde belirtilen süreyi aşmamak kaydıyla kısa çalışma ödeneği ödenir. İlgili ayda toplamda 30 gün ve üzeri prim bildirilmesi halinde, söz konusu ay için kısa çalışma ödeneği ödenmez.

(10) Kısa çalışma uygulanacak kısmi süreli çalışan sigortalılar için kısa çalışma süresi, sigortalının kısa çalışma döneminden önceki haftalık normal çalışma süresinden fazla olamaz.

(11) İşyerinde iş sözleşmesi askıda olan sigortalı adına kısa çalışma talebinde bulunulabilmesi için söz konusu sigortalının kısa çalışma başlama tarihi veya öncesinde işe başlatılmış olması gerekir.

(12) İşvereni tarafından aynı işyerinden, aynı gerekçeyle, aynı sigortalı için birden fazla kısa çalışma başvurusu yapılması halinde sigortalının kısa çalışma hak sahipliği, sigortalının ilk başvurudaki kısa çalışma başlangıç tarihi esas alınarak incelenir.

(13) Kısa çalışma ödeneği, her ayın beşinde aylık olarak sigortalının kendisine ödenir. Ödeme tarihini öne çekmeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı yetkilidir.

(14) Zorlayıcı sebeplerle işyerinde kısa çalışma yapılması halin-

de, ödemeler 4857 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinin (III) numaralı bendinde ve 40 ıncı maddesinde öngörülen bir haftalık süreden sonra başlar.

(15) Sigortalının kısa çalışma ödeneği aldığı süre için, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu gereği ödenecek sigorta primi, İşsizlik Sigortası Fonu tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna aktarılır.

(16) Hak sahipliğine esas kısa çalışma başlama tarihi 1/3/2024 ve sonrasında olan sigortalılar için, kısa çalışma ödeneği olarak ödenen süreler, sigortalının aynı gerekçe ile yapılmış hak sahipliğine esas ilk kısa çalışma talebinin başlama tarihinden itibaren üç yıl içerisindeki hizmet akdi fesihlerine istinaden yapılacak işsizlik ödeneği ödemelerine ilişkin hak sahipliği sürelerinden düşülür.

(17) Kısa çalışma ödeneği, damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulamaz, nafaka borçları dışında onda birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir veya temlik edilemez.

(18) İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ödemeler, yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir. Sigortalının kusurundan kaynaklanan fazla ödemeler ise, ölen sigortalılara ait fazla ödemeler hariç, yasal faizi ile birlikte sigortalıdan tahsil edilir.

Kısa çalışma ödeneğinin denetimi ve durdurulması

MADDE 8- (1) Kısa çalışma uygulamasına ilişkin işyerlerinin denetimi iş müfettişlerince yapılır.

(2) Kısa çalışma uygulaması devam eden işyerlerinde yapılan inceleme sırasında işverenin ödenek alan sigortalıların çalışma süreleri ile ilgili hatalı bilgi ve belge verdiğinin tespit edilmesi ve iş müfettişinin yazılı talebi halinde hakkında hatalı bilgi verilen sigortalı sayısı da dikkate alınarak kısa çalışma ödeneği durdurulur.

(3) Kısa çalışma başvurularında talebin uygunluğunun tespiti için Bakanlık tarafından 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu kapsamında yapılan giderler İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanır. Bu kapsamdaki harcamalar için Bakanlık tarafından be-

lirlenecek tutar her ayın 25'inde talep edilir. Talep edilen bu tutar, bildirimin yapıldığı ayın en geç son gününe kadar İşsizlik Sigortası Fonundan, Bakanlığın Merkez Saymanlık Müdürlüğünün banka hesabına aktarılır. Bu madde kapsamında aktarılan tutarlardan, herhangi bir sebeple Bakanlık hesabında fazla kalan miktarlar, bir sonraki ayda talep edilecek miktardan düşülür. Bu maddede belirtilen tarihlerin hafta sonu tatili veya resmi tatil gününe denk gelmesi halinde takip eden ilk iş günü işlemler gerçekleştirilir. Ödeme işlemi gerçekleştikten sonra giderlere ilişkin bilgi ve belgelerin birer nüshası Bakanlık tarafından Kuruma gönderilir.

Kısa çalışma ödeneğinin kesilmesi ve durdurulması

MADDE 9- (1) Kısa çalışma ödeneği alanların, kısa çalışmaya tabi tutulduğu işyerinde iş sözleşmesinin sona ermesi, farklı işyerine nakli, iş sözleşmesinin askıya alınması, yaşlılık aylığı almaya başlaması, herhangi bir sebeple silahaltına alınması, herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi nedeniyle işinden ayrılması, tutuklanması, hüküm giymesi, yurt dışına çıkması, ölümü hallerinde söz konusu durumun gerçekleştiği tarih itibarıyla ödenekleri kesilir veya durdurulur. Ayrıca, geçici iş göremezlik raporu alınması durumunda raporun başladığı tarih itibarıyla kısa çalışma ödeneği durdurulur.

İşverenin kayıt tutma ve bildirim zorunluluğu

MADDE 10- (1) İşyerinde kısa çalışma uygulanan işveren, sigortalıların çalışma sürelerine ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi halinde ibraz etmek zorundadır.

(2) 9 uncu maddede belirtilen durumların gerçekleşmesi halinde işveren tarafından Kuruma ilgili döneme ilişkin ödeme yapılmadan önce bildirim yapılır. Söz konusu durumlar hakkında diğer kamu kurum ve kuruluşlarından elektronik ortamda bilgi temin edilerek Kurum tarafından resen işlem gerçekleştirilmesi halinde işverenlerin bildirim yapması gerekmez. Bildirim yapılmayacak durumlar Kurum tarafından ilan edilir. Geç bildirimlere ilişkin oluşan yersiz ödemeler hakkında 7 nci maddenin on sekizinci fıkrasına göre işlem yapılır.

Kısa çalışmanın erken sona ermesi

MADDE 11- (1) İşveren, ilan ettiği süreden önce normal faaliyetine başlamaya karar vermesi halinde durumu; Kurum birimine, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasına ve sigortalılara altı işgünü önce yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bildirimde belirtilen tarih itibarıyla kısa çalışma sona erer. Geç bildirimlere ilişkin oluşan yersiz ödemeler hakkında 7 nci maddenin on sekizinci fıkrasına göre işlem yapılır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**Çeşitli ve Son Hükümler****Yürürlükten kaldırılan yönetmelik**

MADDE 12- (1) 30/4/2011 tarihli ve 27920 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Geçiş hükümleri

GEÇİCİ MADDE 1- (1) Kısa çalışma başlama tarihi 1/3/2024 tarihinden önce olan kısa çalışma uygulamalarında, 12 nci madde ile yürürlükten kaldırılan Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

(2) Kısa çalışma başlama tarihi 1/3/2024 tarihinden önce olan sigortalının, kısa çalışma döneminde sigortalıya herhangi bir ödeme yapılmaması ve işveren tarafından sigortalının fiilen kısa çalışmaya tabi tutulmadığına dair bildirim yapılması halinde, kısa çalışma ödeneği hak sahipliği iptal edilir.

Yürürlük

MADDE 13- (1) Bu Yönetmelik 1/3/2024 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 14- (1) Bu Yönetmelik hükümlerini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı yürütür.

SERMAYE PİYASASI KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 7518 Kabul Tarihi: 26/6/2024

MADDE 1- 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 3 üncü maddesine aşağıdaki bentler eklenmiştir.

“aa) Cüzdan: Kripto varlıkların transfer edilebilmesini ve bu varlıkların ya da bu varlıklara ilişkin özel ve açık anahtarların çevrim içi veya çevrim dışı olarak depolanmasını sağlayan yazılım, donanım, sistem ya da uygulamaları,

bb) Kripto varlık: Dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak elektronik olarak oluşturulup saklanabilen, dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan ve değer veya hak ifade edebilen gayri maddi varlıkları,

cc) Kripto varlık hizmet sağlayıcı: Platformları, kripto varlık saklama hizmeti sağlayan kuruluşları ve bu Kanuna dayanılarak yapılacak düzenlemelerde kripto varlıkların ilk satış ya da dağıtım dâhil olmak üzere kripto varlıklarla ilgili olarak hizmet sağlamak üzere belirlenmiş diğer kuruluşları,

çç) Kripto varlık saklama hizmeti: Platform müşterilerinin kripto varlıklarının veya bu varlıklara ilişkin cüzdandan transfer hakkı sağlayan özel anahtarların saklanmasını, yönetimini veya Kurulca belirlenecek diğer saklama hizmetlerini,

dd) Platform: Kripto varlık alım satım, ilk satış ya da dağıtım, takas, transfer, bunların gerektirdiği saklama ve belirlenebilecek diğer işlemlerin bir veya daha fazlasının gerçekleştirildiği kuruluşları,

ee) TÜBİTAK: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu,”

MADDE 2- 6362 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümleler eklenmiştir.

“Kurul, sermaye piyasası araçlarının bu madde hükümlerine göre kayden ihraç edilerek MKK tarafından izlenmesi yerine, kripto varlık olarak ihracına ve bunların oluşturulup saklandıkları kripto varlık hizmet sağlayıcıları tarafından sunulan elektronik ortam nezdinde kayden izlenmesine ilişkin esaslar belirleyebilir. Sermaye piyasası araçlarının kripto varlık olarak ihracı hâlinde; hakların izlenmesi, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ve devredilmesinde, bunların oluşturulup saklandıkları elektronik ortamdaki kayıtlar esas alınır. Kurul, bu elektronik ortamdaki kayıtlarla MKK sistemi arasında entegrasyon sağlanmasını zorunlu tutabilir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir.”

MADDE 3- 6362 sayılı Kanuna 35/A maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Kripto varlık hizmet sağlayıcıları ve kripto varlıklara ilişkin hükümler

MADDE 35/B- (1) Kripto varlık hizmet sağlayıcıların kurulabilmesi ve faaliyete başlaması için Kuruldan izin alınması zorunlu olup, bunlar münhasıran Kurulca belirlenecek faaliyetleri yerine getirir. Bunların kuruluşlarına ve faaliyete başlamalarına, ortaklarına, yöneticilerine, personeline, organizasyonuna, sermayelerine ve sermaye yeterliliğine, yükümlülüklerine, bilgi sistemleri ve teknolojik altyapılarına, pay devirlerine, yapabilecekleri faaliyetlere, faaliyetlerinin geçici veya sürekli olarak durdurulmasına ilişkin esaslar ile faaliyetleri sırasında uymaları gereken diğer ilke ve esaslar Kurul tarafından belirlenir. Pay devirlerinde Kurul izninin alınması zorunludur. Bu fıkra uyarınca yapılan düzenlemelere aykırı olarak gerçekleştirilen devirler pay defterine kaydolunmaz ve bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür.

(2) Kripto varlık hizmet sağlayıcıları, sistemlerinin güvenli bir şekilde yönetilebilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmak, önlemleri almak ve gerekli iç kontrol birim ve sistemlerini oluşturmakla yükümlüdür. Kripto varlık hizmet sağlayıcıların kuruluşlarına ve/veya faaliyete başlamalarına Kurulca izin verilebilmesi için bilgi sistemleri ve teknolojik altyapıları konularında TÜBİTAK'ın belirleyeceği kriterlere uygunluk aranır.

(3) a) Kripto varlık hizmet sağlayıcılarının ortaklarının;

1) 2004 sayılı Kanun veya diğer mevzuat hükümlerine göre müflis olmaması, konkordato ilan etmiş olmaması, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma başvurusunun tasdik edilmiş olmaması ya da hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması,

2) Tasfiyeye tabi tutulan bankerler ile iradi tasfiye haricinde faaliyet izni iptal edilmiş faktoring, finansal kiralama, finansman, tasarruf finansman, varlık yönetim, sigorta, reasürans, emeklilik şirketleri ve ödeme sistemi işleticileri, ödeme hizmeti sağlayıcıları ile para ve sermaye piyasalarında faaliyet gösteren kurumlarda doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazla paya sahip olmaması veya kontrolü elinde bulunduramaması,

3) Taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar bile mülga 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunlar uyarınca basit veya nitelikli zimmet, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlâk kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçlarından, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçlarından, terörizmin finansmanı ve 27/12/2020 tarihli ve 7262 sayılı Kitle İmha Silahlarının Yayılmasının Finansmanının Önlenmesine İlişkin Kanunun 5 inci maddesinde sayılan suçlardan veya Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlardan, Devletin güvenliğine karşı suçlardan, Anayasal düzene ve bu düzenin

işleyişine ve milli savunmaya karşı suçlardan, Devlet sırlarını açığa vurma suçu ile Devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluktan, yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlardan, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlardan, vergi kaçakçılığı suçlarından veya bu suçlara iştirakten hükümlü bulunmaması, kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olmaması ya da bu Kanunda yazılı suçlardan kesinleşmiş mahkûmiyetinin bulunmaması,

4) Kanunun 101 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca işlem yasaklı olmaması,

5) Gerekli mali güç ve işin gerektirdiği dürüstlük ve itibara sahip bulunması,

6) Ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması,

şarttır.

b) Yönetim kurulu üyelerinin ve yönetim kurulu üyesi olmaksızın kripto varlık hizmet sağlayıcıyı temsile yetkili kişilerin bu fıkranın (a) bendinde yer alan mali güç şartı hariç ortaklar için öngörülen şartları taşımaları zorunludur.

c) Kripto varlık hizmet sağlayıcının dağıtılabılır kârının yarısından fazlasını tek başına alma hakkını haiz olan veya şirket esas sözleşmesi uyarınca yönetim kurulunda üye sayısının yarısından fazlasını seçme veya aday gösterme şeklinde temsil edilme hakkına sahip olan gerçek kişilerin (a) bendinde yer alan şartları taşımaları zorunludur.

ç) Kripto varlık hizmet sağlayıcının tüzel kişi kurucu ortaklarının sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını temsil eden payları ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurulunda temsil edilme hakkı veren imtiyazlı paylarına sahip ortaklarının da (a) bendinde yer alan şartları taşımaları zorunludur. Kuruluştan sonraki ortaklık yapısı değişikliklerinde, kripto varlık hizmet sağlayıcının sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını temsil eden payları ile bu oranın altında olsa dahi yönetim ku-

rulunda temsil edilme hakkı veren imtiyazlı paylarına sahip tüzel kişi ortaklarının, sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını temsil eden payları ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurulunda temsil edilme hakkı veren imtiyazlı paylarına sahip ortaklarının da (a) bendinde yer alan şartları taşımaları zorunludur.

d) Kripto varlık hizmet sağlayıcının sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını temsil eden payları ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurulunda temsil edilme hakkı veren imtiyazlı paylarına sahip gerçek ve tüzel kişi ortakları ile (ç) bendinde belirtilen ortakların, (a) bendinin (5) numaralı alt bendi hariç olmak üzere, (a) bendinde belirtilen nitelikleri kaybetmeleri hâlinde, sahip oldukları payları (a) bendinde belirtilen şartları sağlayan kişilere altı ay içinde devretmeleri gerekir. Söz konusu süre içinde devredilecek paylara düşen oy haklarının kimlerce ve nasıl kullanılacağı Kurul tarafından belirlenir.

(4) Platformlar üzerinden kripto varlıkların alınıp satılmasına ve ilk satış ya da dağıtımının yapılmasına; kripto varlıkların takasına, transferine ve saklanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından düzenlenir.

(5) Kripto varlık hizmet sağlayıcıları bu Kanunda atıf yapılan hükümler dışında bu Kanunun diğer hükümlerine tabi değildir. Bu madde ile 35/C ve 99/B maddelerinde düzenlenip açıklık bulunmayan ya da uygulamanın yönlendirilmesi gereken hususlarda bu Kanunun 128 inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında Kurul düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak uygulamayı düzenlemeye ve yönlendirmeye yetkilidir. Bu madde ile 35/C ve 99/B maddeleri uyarınca Kurulca bankalara yükümlülük getirecek düzenlemeler için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun görüşü alınır.

(6) Sermaye piyasası araçlarına özgü haklar sağlayan kripto varlıklara ilişkin olarak düzenleyici işlemler tesis etmek, özel ve genel nitelikte kararlar almak ve tedbir ve yaptırım uygulamak konusunda Kurul yetkilidir. Kurul, sermaye piyasası araçlarına özgü haklar

sağlayan kripto varlıklar dışında, dağıtık defter teknolojisinin veya benzer bir teknolojik altyapının geliştirilmesi suretiyle oluşturulan, değeri bu teknolojiden ayrıştırılamayan nitelikte olan kripto varlıkların satış ya da dağıtımının, Kanunun sermaye piyasası araçlarıyla ilgili hükümlerine tabi olmaksızın platformlar nezdinde yapılabilmesi konusunda esaslar belirleyebilir. Bu esaslara tabi olacak kripto varlıkları belirleme aşamasında teknik kriterler açısından değerlendirme yapmak üzere TÜBİTAK'tan ya da bakanlıklara bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlar ile diğer kamu kurumlarından teknik rapor isteyebilir. Bu kapsamda bir kripto varlığın teknolojik özelliklerinin uygun görülmesi ve bunların satış ya da dağıtımına izin verilmesi bunların kamuca tekeffülü anlamına gelmez. Bu kripto varlıkların satış ya da dağıtımının yapılması suretiyle halktan para toplayanlar ile bunlara fon sağlayanlar arasındaki ilişkiler genel hükümlere tabidir. Bu işlemler sırasında Kurulca belirlenecek şekilde hazırlanan ve ilan edilen her türlü bilgilendirme dokümanını imzalayan gerçek ve tüzel kişiler bu dokümanlarda yer alan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan müteselsilen sorumludur.

(7) Kurum ve kuruluşların, kripto varlıklara ilişkin diğer mevzuattan kaynaklanan görev ve yetkileri saklıdır.

(8) Bu maddenin altıncı fıkrasında belirtilen nitelikteki kripto varlıklar ile 35/C maddesinin ikinci fıkrasındaki esaslar dâhilinde platformlarda işlem gören kripto varlıklar dışındaki kripto varlıklara bu Kanun uygulanmaz.

(9) Kripto varlıklarla yapılan her türlü işleme ilişkin 20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ve ilgili mevzuat hükümleri saklıdır.

(10) Kripto varlıkları konu edinen rehin sözleşmelerine, 20/10/2016 tarihli ve 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uygulanmaz.”

MADDE 4- 6362 sayılı Kanuna 35/A maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Kripto varlık hizmet sağlayıcıların faaliyetlerine ve kripto varlıkların transfer ve saklanmasına ilişkin esaslar

MADDE 35/C- (1) Kripto varlık hizmet sağlayıcıları ile bunlarda işlem yapmak isteyen müşteriler arasında imzalanan sözleşmeler, yazılı şekilde veya uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle mesafeli olarak ya da mesafeli olsun olmasın Kurulun yazılı şeklin yerine geçebileceğini belirlediği ve bir bilişim veya elektronik haberleşme cihazı üzerinden gerçekleştirilecek ve müşteri kimliğinin doğrulanmasına imkân verecek yöntemler yoluyla kurulabilir ve buna ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir. Kurul, kripto varlık hizmet sağlayıcılarla müşterileri arasında sözleşmelerin düzenlenmesine, kapsamına, değiştirilmesine, ücret ve masraflara, sözleşmenin sona ermesine ve feshine ve bu sözleşmelerin içeriğinde yer alması gereken asgari hususlara ilişkin belirlemeler yapabilir. Kripto varlık hizmet sağlayıcıların müşterilerine karşı sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran her türlü sözleşme şartı geçersizdir. Platformlar müşterilerinin işlemlerine ilişkin itirazlarını ve şikayetlerini etkin şekilde çözecek dâhili mekanizmalar kurmakla yükümlüdür. Kripto varlık hizmet sağlayıcıları müşterilerin kimliklerini, 11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümleri kapsamında tespit etmekle yükümlüdür.

(2) Platformlarca kendi nezdlerinde işlem görecektir veya ilk satış ya da dağıtım yapılacak kripto varlıkların belirlenmesine ve bunların işlem görmesinin sonlandırılmasına ilişkin yazılı listeleme prosedürü oluşturulması zorunlu olup, bu konuda Kurul tarafından ilke ve esaslar düzenlenebilir. Belirlenecek ilke ve esaslarda, TÜBİTAK'ın ya da gerekli görülen diğer kurum ve kuruluşların görüşü alınarak kripto varlıkların teknolojik özelliklerine ilişkin teknik kriterlere yer verilebilir. Bir kripto varlığın platformlarca listelenmiş olması bunların kamuca tekeffülü anlamına gelmez.

(3) Platformlarda fiyatlar serbestçe oluşur. Kurulca yurt dışı piyasalarda yaygın olarak işlem gördüğü değerlendirilen ve fiyatı yurt dışı piyasalarda da oluşan kripto varlıklara ilişkin işlemler hariç olmak üzere, platformlarda gerçekleştirilen makul ve ekonomik bir gerekçeyle açıklanamayan ve platform nezdindeki işlemlerin

güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemlere ilişkin bu Kanunun 104 üncü maddesi hükümleri uygulanır. Platformlar işlemlerin güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil, dürüst ve rekabetçi bir şekilde gerçekleşmesinin sağlanması ve piyasa bozucu nitelikte eylem ve işlemlerin tespit edilmesi, önlenmesi ve tekrarlanmaması amacıyla emir ve işlem esaslarını belirler, bünyelerinde gerekli gözetim sistemini kurar ve her türlü önleyici tedbirleri alır. Platformlar nezdlerinde gerçekleştirilen piyasa bozucu nitelikte eylem ve işlemlere ilişkin olarak tespitleri yapmak, bu nitelikteki eylem ve işlemleri gerçekleştiren hesapların kısıtlanması, durdurulması ve kapatılması dâhil olmak üzere gerekli tedbirleri almak ve ulaşılan tespitleri rapora bağlayarak Kurula bildirmekle yükümlüdür.

(4) Platformlar ile bunların müşterileri arasındaki ilişkiler ve platformlarda gerçekleştirilen işlemler nedeniyle taraflar arasında oluşan uyuşmazlıklar genel hükümlere tabidir. Platformlara Kurul tarafından faaliyet izni verilmiş olması, işlemlerin kamunun güvenesi altında olduğu anlamına gelmez. Kripto varlıklar bu Kanunun 82 nci maddesinde düzenlenen yatırımcı tazmin hükümlerine tabi değildir.

(5) Müşterilerin kripto varlık transferlerinin gerçekleştirildiği cüzdanlara ve fon transferlerinin gerçekleştirildiği hesaplara ilişkin kayıtlar kripto varlık hizmet sağlayıcıları tarafından güvenli, erişilebilir ve takip edilebilir şekilde tutulur. Tüm işlem kayıtlarının bütünlüğü, doğruluğu ve gizliliği sağlanır. Müşterilerin kripto varlık transfer işlemlerinde Kurul ve Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı tarafından yapılan düzenlemelere uyulur. Bu düzenlemelerde transfer mesajlarında gönderici ve alıcıya ilişkin olarak yer alması öngörülen bilgi ve veriler kripto varlık hizmet sağlayıcıları tarafından yine düzenlemelerde belirlenen sürelerde güvenli bir şekilde gönderilir. Bu amaçla dağıtık defter teknolojisi, başkaca bağımsız bir mesajlaşma platformu veya uygulama ara yüzü gibi mesajlaşmaya imkân veren yazılım uygulamaları ve teknolojik araçlar kullanılabilir.

(6) Platformların müşterilerine ait kripto varlıkların müşterilerin kendi cüzdanlarında bulundurulması esastır. Müşterilerin ken-

di cüzdanlarında bulundurmamayı tercih etmedikleri kripto varlıklara ilişkin saklama hizmetinin, Kurul tarafından yapılacak düzenleme uyarınca yetkilendirilmiş ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından uygun görülen bankalarca veya Kurulca kripto varlık saklama hizmeti sunma konusunda yetkilendirilmiş diğer kuruluşlarca sunulması ve müşterilere ait nakitlerin bankalarda tutulması zorunludur. Bankalar nezdinde saklanan kripto varlıklar ile müşterilere ait bu kapsamdaki nakitler 5411 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde düzenlenen mevduat ve katılım fonunun sigortalı olması hükümlerine tabi değildir. Kurul, her bir kripto varlık için veya bunların dayandığı teknolojik özellikler ya da kripto varlıkların nitelik ve nicelikleri kapsamında saklama konusunda ayrı esaslar belirlemeye yetkilidir.

(7) Müşterilere ait nakit ve kripto varlıklar, kripto varlık hizmet sağlayıcıların mal varlığından ayrı olup, kayıtlar da bu hükme uygun olarak tutulur. Müşterilerin her ne suretle olursa olsun kripto varlık hizmet sağlayıcıları nezdinde bulunan nakit ve kripto varlıkları, kripto varlık hizmet sağlayıcılarının borçları nedeniyle, kripto varlık hizmet sağlayıcılarının mal varlığı ise müşterilerin borçları nedeniyle kamu alacakları için olsa dahi haczedilemez, rehnedilemez, iflas masasına dâhil edilemez ve üzerlerine ihtiyati tedbir konulamaz. Kripto varlık hizmet sağlayıcıları tarafından müşteri nakitlerinin bankalarda tutulmasına ilişkin olarak bu Kanunun 46 ncı maddesinin yedinci ve sekizinci fıkraları kripto varlık hizmet sağlayıcıları bakımından da uygulanır.

(8) Kripto varlıklara yönelik yatırım danışmanlığı ve portföy yöneticiliği yapılmasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir.

(9) Kripto varlık hizmet sağlayıcıları yayın, ilan, reklam ve duyurular ile her türlü ticari iletişimle ilgili olarak Kurulca belirlenen esaslara uyar.

(10) Kripto varlık hizmet sağlayıcılara icra edecekleri faaliyetleri gösteren yetki belgesi verilir. Bankalar için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun uygun görüşü aranır.”

MADDE 5- 6362 sayılı Kanunun 46 ncı maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“(7) Bankalar nezdinde tutulmakta olan müşteri nakitlerinin ilgili yatırım kuruluşu müşterileri için açılacak olan münferit hesap veya hesaplarda, yatırım kuruluşunun kendi nakit varlığından ayrı olarak izlenmesi esastır. Müşteri hesaplarının bankalarda nemalandırılmasına ilişkin esaslar Kurulca belirlenir. Müşteri hesapları kredi teminatı olarak gösterilemez, bu hesaplar üzerinde yatırım kuruluşu lehine bloka, rehin ve benzeri takyidat tesis edilemez. Bankaların bu kapsamdaki sorumluluğu yatırım kuruluşlarınca yapılan bildirimlerle sınırlıdır. Bu hesaplarda bakiyesi yer alan müşterilerle ilgili tedbir, haciz ve benzeri her türlü idari ve adli talepler münhasıran ilgili yatırım kuruluşuna bildirilir ve yatırım kuruluşu tarafından yerine getirilir.

(8) Yatırım kuruluşlarınca müşteri nakitleri için bankalar nezdinde açılan hesaplar banka muhasebesinde ayrı bir hesapta izlenir. Bankalar yatırım kuruluşu müşteri nakitlerinin kaydedildiği hesaplara ilişkin olarak Kurulca belirlenen şekilde ve sıklıkta Kurula bildirim yapmak zorundadır. Bu yükümlülük Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından Kurula tahsis edilen bir sistem yoluyla da yerine getirilebilir.”

MADDE 6- 6362 sayılı Kanunun 74 üncü maddesinin birinci fıkrasına “sermaye piyasalarında faaliyet gösteren kurumlardan Kurulca uygun görülenler” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile kit- le fonlama platformları ve kripto varlık hizmet sağlayıcıları” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 7- 6362 sayılı Kanunun 99 uncu maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde ve dördüncü fıkrasında yer alan “Kurulun başvurusu üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, ilgili internet sitesine erişimi engeller” ibaresi “internet aracılığıyla yapılan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine Kurul tarafından karar verilir. Karar uygulanmak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir” şeklinde değiştirilmiştir.

“(3) İzinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin, internet aracılığı ile yürütüldüğü tespit edildiğinde; internet aracılığıyla yapılan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellen-

mesine Kurul tarafından karar verilir. Karar uygulanmak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir.”

MADDE 8- 6362 sayılı Kanuna 99 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Kripto varlık hizmet sağlayıcıların faaliyetlerinde uygulanacak tedbirler

MADDE 99/A- (1) Kripto varlık hizmet sağlayıcıların hukuka aykırı faaliyet ve işlemlerinde uygulanacak tedbirler için bu Kanunun 96 ncı maddesi; izinsiz kripto varlık hizmet sağlayıcılığı faaliyetinde uygulanacak tedbirler için bu Kanunun 99 uncu maddesi; izinsiz kripto varlık hizmet sağlayıcılığı faaliyetinde bulunanların ilan, reklam ve açıklamaları ile her türlü ticari iletişimlerine ilişkin olarak bu Kanunun 100 üncü maddesinin birinci fıkrası hükümleri uygulanır. Yurt dışında yerleşik platformlar tarafından Türkiye’de yerleşik kişilere yönelik faaliyette bulunulması ya da Kurulca yapılacak düzenlemeler kapsamında kripto varlıklara ilişkin yasaklanmış bir faaliyetin Türkiye’de yerleşik kişilere sunulması da izinsiz kripto varlık hizmet sağlayıcılığı sayılır. Yurt dışında yerleşik platformlar tarafından Türkiye’de iş yeri açılması, Türkçe internet sitesi oluşturulması, sunulan kripto varlık hizmetlerine ilişkin olarak doğrudan ve/veya Türkiye’de yerleşik kişi ya da kurumlar aracılığıyla tanıtım ve pazarlama faaliyetlerinde bulunulması durumlarından herhangi birinin varlığı hâlinde faaliyetlerin Türkiye’de yerleşik kişilere yönelik olduğu kabul edilir. Faaliyetlerin Türkiye’de yerleşik kişilere yönelik olduğunun tespitine ilişkin ilave kıstaslar Kurul tarafından belirlenebilir.

(2) Kurul, kripto varlık hizmet sağlayıcıların faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme ve kripto varlık teslim yükümlülüklerini yerine getiremediği veya kısa sürede yerine getiremeyeceği ya da bunlardan bağımsız olarak mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğu ya da mali durumunun taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflamış olduğunun tespiti hâlinde, üç ayı geçmemek üzere verilecek uygun süre içinde mali yapılarının güçlendirilmesini istemeye ya da herhangi bir süre vermeksizin doğrudan kripto varlık hizmet sağlayıcılarının faaliyetlerini geçici olarak durdur-

maya; faaliyet yetkilerini kaldırmaya; sorumluluğu tespit edilen yöneticilerin ve çalışanların imza yetkilerini sınırlamaya veya kaldırmaya yetkilidir. Bu fıkra uyarınca faaliyetleri geçici olarak durdurulan kripto varlık hizmet sağlayıcıları için bu Kanunun 97 nci maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır.

(3) Aşağıdaki hâllerde Kurul internet aracılığıyla yapılan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verir. Karar uygulanmak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir.

a) Kurulca belirlenen esaslara ya da yasaklara aykırı olarak internet üzerinden ilan, reklam ve duyuru yapıldığına ilişkin bilgi edinilmesi

b) Kurulca belirlenen esaslara aykırı olarak kripto varlıklara yönelik yatırım danışmanlığı ve/veya portföy yöneticiliği yapıldığına ilişkin bilgi edinilmesi

c) İzin alınmaksızın kripto varlık hizmet sağlayıcılığı faaliyetinin internet aracılığıyla yapıldığının Kurulca tespit edilmesi

(4) Üçüncü fıkranın (a) bendi saklı kalmak kaydıyla, Kurulca belirlenen esaslara aykırı olarak internet dışındaki mecralardan ilan, reklam ve duyuru yapıldığının tespiti hâlinde, sorumluların ilgili mevzuat uyarınca ilan ve reklamları durdurulabilir, kanuna aykırı belgeleriyle, ilan ve reklamları toplatılabilir. Söz konusu işlemler mahallin en büyük mülkî idare amirinin bildirimi üzerine iş yeri açma ve çalışma ruhsatlarına ilişkin mevzuatta belirlenen yetkili idareler tarafından yerine getirilir.”

MADDE 9- 6362 sayılı Kanuna 99 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Kripto varlık hizmet sağlayıcıların denetimi ve uygulanacak yaptırımlar

MADDE 99/B- (1) Kripto varlık hizmet sağlayıcıların bu Kanuna ve ilgili mevzuata uygunluğunun denetimi konusunda Kanunun 88 inci, 89 uncu ve 90 ncı maddeleri uygulanır. Kripto varlık hizmet sağlayıcıların bu Kanuna ve ilgili mevzuata uygunluğunun

denetiminde Kanunun 88 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca belirlenen yetkiyi haiz olarak Kurul personeli ile birlikte denetim faaliyeti icra etmek ya da kendi düzenlemelerinin imkân verdiği şekilde denetim faaliyeti yürütenlere teknik destek verecek şekilde meslek personeli olma şartı aranmaksızın nezaret etmek üzere Kurulun talebi üzerine bakanlıklara bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlar ile diğer kamu kurumlarından bu kurum ve kuruluşların onayı ile personel görevlendirilebilir. Bu Kanun uyarınca görevlendirilenler bakımından da Kanunun 89 uncu, 90 inci, 111 inci ve 113 üncü maddeleri uygulanır.

(2) Kripto varlık hizmet sağlayıcılarının mali denetimi ve bilgi sistemleri bağımsız denetimi Kurulca ilan edilen listede yer alan bağımsız denetim kuruluşlarınca yapılır. Bilgi sistemleri denetimine ilişkin ilave usul ve esaslar TÜBİTAK ya da gerekli görülen diğer kurum ve kuruluşların görüşü alınarak Kurulca belirlenir. Kurul personeli ve bu maddenin birinci fıkrası kapsamında görevlendirilen diğer personel, Kurulca belirlenecek program çerçevesinde yetkili kuruluşlar tarafından yapılacak bilgi sistemleri denetimlerinin her aşamasına, denetçi bağımsızlığı ilkesini zedelemeksizin izleyici sıfatı ile eşlik edebilir. Bu şekilde denetime katılanlar bağımsız denetim kuruluşlarının ulaştığı denetim sonuçlarıyla ilgili bir sorumluluk taşımaz ve yetkili kuruluşun bilgi birikimini şahsına veya bir başka yetkili kuruluşa çıkar sağlamak için kullanamaz.

(3) Kripto varlık hizmet sağlayıcılarının hukuka aykırı faaliyetleri ile nakit ödeme ve/veya kripto varlık teslim yükümlülüklerini yerine getirememesinden kaynaklanan zararlardan kripto varlık hizmet sağlayıcıları sorumludur. Zararın kripto varlık hizmet sağlayıcılarından tazmin edilememesi veya edilemeyeceğinin açıkça belli olması hâlinde; kripto varlık hizmet sağlayıcı mensupları kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumlu olup, şahsi sorumlulukla ilgili olarak bu Kanunun 110/B maddesi uygulanır.

(4) Kripto varlık hizmet sağlayıcıları bilişim sistemlerinin işletilmesi, her türlü siber saldırı, bilgi güvenliği ihlalleri gibi fiillerden veya personelin her türlü davranışından kaynaklanan kripto varlık kayıplarından 6098 sayılı Kanunun 71 inci maddesi kapsamında

sorumludur. Kayıpların kripto varlık hizmet sağlayıcılarından tazmin edilememesi veya edilemeyeceğinin açıkça belli olması hâlinde; kripto varlık hizmet sağlayıcı mensupları kusurlarına ve durumun gereklerine göre kayıplar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumlu olup, şahsi sorumlulukla ilgili olarak bu Kanunun 110/B maddesi hükümleri uygulanır. Kripto varlık hizmet sağlayıcıların kusuru olmaksızın sunulan hizmetlerde yaşanan kesintilerden kaynaklanan, geçici bir süre emir iletilmemesi ya da işlem/transfer yapılamaması hâlleri ve benzeri hâllerde ortaya çıkan zararlar bu fıkra kapsamında değerlendirilmez.

(5) Kanunun 35/B ve 35/C maddelerine ya da Kurulca yapılacak düzenlemelere aykırı fiillerde bulunanlara bu Kanunun 103 üncü ve 105 inci maddeleri uyarınca idari para cezası uygulanır.

(6) Kripto varlık hizmet sağlayıcıları hakkında bu Kanunun 111 inci, 112 nci, 113 üncü ve 115 inci maddeleri uygulanır. Bu Kanunun 35/B maddesinin altıncı fıkrası kapsamında sermaye piyasası araçlarına özgü haklar sağlayan kripto varlıklar dışında Kurulca esasları belirlenmesi öngörülen kripto varlıkların bu Kanuna ve ilgili düzenlemelere aykırı şekilde satış ya da dağıtımının yapılması hâlinde Kanunun 91 inci ve 92 nci madde hükümlerinde öngörülen tedbirler uygulanabilir. Söz konusu aykırılıklarda Kanunun 109 uncu maddesinde öngörülen yaptırımlar uygulanır.

(7) Müşterilere ait nakit ve kripto varlıklara ilişkin tedbir, haciz ve benzeri her türlü idari ve adli talepler münhasıran kripto varlık hizmet sağlayıcıları tarafından yerine getirilir. Nakit ve kripto varlıkların bilişim sistemleri vasıtasıyla sorgulanması ve elektronik ortamda haczi hakkında 2004 sayılı Kanunun 78 inci maddesi uygulanır. 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip edilecek alacaklar için de bilişim sistemleri vasıtasıyla sorgulama yapılabilir ve elektronik ortamda haciz tatbik edilebilir. Müşterilere ait nakit ve kripto varlıklara adli makamlarca el konulması hâlinde, el konulan varlıkların Kurulca yetkilendirilmiş saklama hizmeti sağlayan kuruluşlar nezdinde oluşturulan cüzdanlarda muhafazası için gerekli tüm işlemler adli makamlarca tesis edilir.”

MADDE 10- 6362 sayılı Kanunun 101 inci maddesinin başlığı “Piyasa bozucu eylemler, bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı incelemelerinde uygulanacak tedbirler” şeklinde değiştirilmiş, birinci fıkrasına “Kurul,” ibaresinden sonra gelmek üzere “104 üncü,” ibaresi ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(3) Bu Kanunun 104 üncü, 106 ncı ve 107 nci maddeleri uyarınca gerçekleştirilen inceleme ve denetimler kapsamında, Kurulca internet aracılığıyla yapılan yayınlarla ilgili olarak içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda karar uygulanmak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir.”

MADDE 11- 6362 sayılı Kanunun 103 üncü maddesinin birinci fıkrasına “bu fıkranın birinci cümlesinde yer alan asgari miktardan az olmamak üzere” ibaresinden sonra gelmek üzere “aykırılık tarihinden önceki son” ibaresi ile fıkraya aşağıdaki cümle ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Tüzel kişiliğin niteliğine göre, brüt satış hasılatı ile vergi öncesi kârın belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar Kurulca düzenlenir.”

“(9) Bu maddede ve Kanunun 104 üncü maddesinde belirtilen menfaat hesaplamalarında; kişinin menfaatin elde edilmesiyle bağlantılı işlemler ve faaliyetlerde ödediği komisyonlar, vergiler, kredi faizleri, danışmanlık ücretleri ve Kurulca benzer kapsamda olduğu değerlendirilen diğer maliyetler dikkate alınmaksızın ve elde edilen menfaatin nakde çevrilip çevrilmediğine bakılmaksızın hesaplama yapılır. Alım satım işlemleriyle ilgili olarak yapılacak menfaat hesaplamalarında dikkate alınacak fiyatlar, maliyet yöntemleri ile diğer hususlara ilişkin esaslar Kurulca belirlenir.”

MADDE 12- 6362 sayılı Kanuna 109 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“İzinsiz kripto varlık hizmet sağlayıcılığı faaliyeti

MADDE 109/A- (1) İzin almaksızın kripto varlık hizmet sağlayıcı olarak faaliyet yürüttüğü tespit edilen gerçek kişiler ve tüzel

kişilerin yetkilileri üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.”

MADDE 13- 6362 sayılı Kanuna 110 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet

MADDE 110/A- (1) Kripto varlık hizmet sağlayıcı görevi nedeniyle kendisine tevdi edilmiş olan veya koruma, saklama ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri, diğer malları veya kripto varlıkları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren kripto varlık hizmet sağlayıcı yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, sekiz yıldan on dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi kripto varlık hizmet sağlayıcının zararını tazmine mahkûm edilirler.

(2) Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on dört yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir. Ancak, adli para cezasının miktarı kripto varlık hizmet sağlayıcının ve müşterilerinin uğradığı zararın üç katından az olamaz.

(3) Faaliyet izni kaldırılan bir kripto varlık hizmet sağlayıcının; hukuken veya fiilen yönetim veya kontrolünü elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kripto varlık hizmet sağlayıcının ya da müşterilerinin kaynaklarını, her ne suretle olursa olsun kripto varlık hizmet sağlayıcının emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullanırmak suretiyle, kripto varlık hizmet sağlayıcıyı veya müşterilerini zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on iki yıldan yirmi iki yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur; ancak, adli para cezasının miktarı kripto varlık hizmet sağlayıcının ve müşterilerinin uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettilmesine karar verilir.

(4) Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin, diğer malların veya kripto varlıkların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.

(5) Kovuşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin, diğer malların veya kripto varlıkların gönüllü olarak aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.

(6) Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların veya kripto varlıkların suçun işlendiği tarihteki değerinin azlığı nedeniyle verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.

(7) Bu maddenin uygulanmasında kontrol, 5411 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde tanımlanan kontrolü ifade eder.”

MADDE 14- 6362 sayılı Kanuna 110 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Kripto varlıklara ilişkin şahsi sorumluluk

MADDE 110/B- (1) Kripto varlık hizmet sağlayıcının bu Kanunun 110/A maddesi kapsamında zimmet sayılan karar ve işlemler gerçekleştirdiği tespit edilen yönetim kurulu başkan ve üyeleri, diğer mensupları, hukuken veya fiilen yönetim veya kontrolünü elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının müşterilere verdikleri zararlar sınırlı olarak zimmete geçirildiği tespit edilen tutardan öncelikli olarak karşılanmasını sağlamak amacıyla şahsi sorumlulukları yoluna gidilerek, Kurulun talebi üzerine doğrudan şahsen iflaslarına mahkemece karar verilebilir. Bu karar ve işlemler, üçüncü kişilere menfaat temini amacıyla yapıldığı takdirde, menfaat temin eden kişiler hakkında da temin ettikleri menfaat üzerinden uygulanır. Haklarında şahsi iflas kararı verilenlerin aktiflerinden nakit olanlar doğrudan doğruya, olmayanlar ise paraya çevrilmek suretiyle, müşterilerin zararlarının ödenmesinde kullanılır. Aktiflerden öncelikle müşteri zararları ödenir. Müşteri zararlarının tamamının

karşılanamaması hâlinde garameten ödeme yapılır. Müşteri zararları tamamen karşılandıktan sonra artan kısım haklarında şahsi iflas kararı verilenlere iade edilir. Bu madde hükmüne göre iflası istenenler hakkında mahkemece 2004 sayılı Kanunun 257 nci ve izleyen maddeleri hükümleri uygulanır.”

MADDE 15- 6362 sayılı Kanuna 115 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Kripto varlıkların zimmet suçuna özel soruşturma usulü

MADDE 115/A- (1) Bu Kanunun 110/A maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar Kurulun yazılı bildirimi üzerine veya gecikmesinde sakınca görülen hâllerde resen Cumhuriyet savcılarınca yapılır ve Kurul haberdar edilir. Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianame-nin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır.

(2) Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca başlatılan soruşturmalar neticesinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verirse, bu karar ilgisine göre Kurula ve soruşturmanın tarafı ilgililere tebliğ edilir. Kurul ve ilgililer kendisine tebliğ edilen bu kararlara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraza yetkilidir. Kamu davası açılması hâlinde, iddianamenin bir örneği Kurula tebliğ edilir.

(3) Bu Kanunda tanımlanan zimmet suçuna ait davalar, fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemelerinde görülür. Gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulunca bu tür suçlara bakmak üzere o yerlerdeki diğer ağır ceza mahkemeleri de görevlendirilebilir.

(4) Bu Kanunun 110/A maddesinin üçüncü fıkrası kapsamına giren suçların soruşturma ve kovuşturmalarında 5411 sayılı Kanunun 166 ncı maddesinde yer alan hükümler tatbik olunur.

(5) Bu Kanunun 110/A maddesinde yazılı suçlardan dolayı mahkûm olanlar, Hazineye olan borçları ve tazminatları ödemediği

veya bu borçlar ve tazminatlar malvarlıklarından tahsil olunamadığı sürece, bunlar hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.

(6) Bu Kanunun 110/A maddesinde tanımlanan suç bakımından, 5271 sayılı Kanunun 128 inci maddesinde yer alan elkoyma ve 133 üncü maddesinde yer alan şirket yönetimi için kayyım tayini tedbirlerine ilişkin hükümler uygulanabilir.”

MADDE 16- 6362 sayılı Kanunun 130 uncu maddesine dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiştir.

“(5) Her yıl platformların bir önceki yıl faiz gelirleri hariç tüm gelirlerinin yüzde biri Kurul, yüzde biri de blokzincir ve ilgili bilişim teknolojilerinin geliştirilmesinde kullanılmak üzere TÜBİTAK bütçesine ilgili yılın mayıs ayı sonuna kadar ödenerek gelir olarak kaydedilir. Bu fıkraya göre yapılacak tahakkuk ve ödemelerle ilgili diğer esaslar Kurulca belirlenir.”

MADDE 17- 6362 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“Kripto varlık hizmet sağlayıcılara ilişkin geçiş hükümleri

GEÇİCİ MADDE 11- (1) Bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kripto varlık hizmet sağlayıcılığı faaliyeti yürütenler, yürürlük tarihinden itibaren bir ay içinde, Kurulca belirlenecek belgelerle Kurula başvuruda bulunarak, Kanunun 35/B ve 35/C maddeleri hükümleri uyarınca çıkarılacak ikincil düzenlemelerde öngörülecek şartları sağlayarak faaliyet izni almak üzere gerekli başvuruları yapacaklarına veya müşteri hak ve menfaatlerini zarara uğratmadan üç ay içinde tasfiye kararı alacaklarına ve tasfiye sürecinde yeni müşteri kabul etmeyeceklerine dair bir beyan sunmak zorundadır. Bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğü sonrasında faaliyete başlamak isteyenler faaliyetlerine başlamadan önce Kurula başvuruda bulunarak ikincil düzenlemelerde öngörülecek şartları sağlayarak faaliyet izni almak üzere gerekli başvuruları yapacaklarını beyan ederler. Bu fıkra kapsamında Kurula yapılan başvurular Kurul internet sitesinde ilan edilir. Tasfiye olacak

kuruluşlar bu durumu internet sitelerinde duyururlar, ayrıca müşterilerine elektronik posta, kısa mesaj, telefon ve benzeri iletişim araçları ile bildirirler.

(2) Birinci fıkrada belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında Kanunun 99/A ve 109/A maddeleri hükümleri uygulanabilir. Tasfiyeye gitmeyi tercih eden ya da belirlenen süre içinde Kurula başvuru yapmayan kuruluşlarda hesapları bulunan müşterilerin transfer taleplerinin yerine getirilmemesi 109/A maddesi kapsamında izinsiz kripto varlık hizmet sağlayıcılığı faaliyeti suçunu oluşturur. Bu transfer talepleriyle ilgili ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda genel hükümler uygulanır.

(3) Bu Kanun uyarınca Kurulca çıkarılacak ikincil düzenlemeler yürürlüğe girdikten sonra, birinci fıkrada belirtilenler dışındaki kuruluşlar faaliyet izni almaksızın faaliyete başlayamaz, birinci fıkra kapsamında faaliyette bulunan kuruluşlar da ikincil düzenlemede belirtilecek süre içinde Kurula faaliyet izni başvurusunda bulunurlar. İkincil düzenlemelerin yayımlanmasıyla birlikte Kurul birinci fıkra kapsamında faaliyet gösteren kuruluşların yetkilendirilme işlemlerinin tamamlanması için bir süre belirleyerek, bu süre içinde yetki belgesi alamayan kuruluşların faaliyetlerini sonlandırmalarını isteyebilir. Kurul belirlediği süreleri uzatabilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında Kanunun 99/A ve 109/A maddeleri hükümleri uygulanır.

(4) Yurt dışında yerleşik kripto varlık hizmet sağlayıcıları, Kanunun 99/A maddesinin birinci fıkrasında belirtilen şekilde Türkiye’de yerleşik kişilere yönelik faaliyetlerini bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihi takip eden üç ay içinde sonlandırır.

(5) Müşterilerin kripto varlıkları nakde veya nakdi kripto varlığa çevirebilmelerine ve kripto varlıkların transferinin gerçekleştirilmesine imkân veren Türkiye’de yerleşik ATM ve benzeri elektronik işlem cihazlarının faaliyetleri bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihi takip eden üç ay içinde sonlandırılır, faaliyetini sonlandırmayan ATM’ler mahallin en büyük mülkî idare amirinin bildirimi üzerine iş yeri açma ve çalışma ruhsatlarına ilişkin

mevzuatta belirlenen yetkili idareler tarafından kapatılır. Faaliyette bulunmaya devam edenler ve buna imkân sağlayanlar hakkında Kanunun 99/A ve 109/A maddeleri hükümleri uygulanır.

(6) Bu Kanunun 130 uncu maddesi uyarınca platformların gelirleri üzerinden Kurul ve TÜBİTAK bütçesine gelir kaydedilmesi uygulamasına 2024 yılı gelirleri üzerinden 2025 yılında başlanır.

(7) Bu Kanunun 35/B ve 35/C maddeleri uyarınca çıkarılacak ikincil düzenlemeler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yürürlüğe konulur.”

MADDE 18- Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 19- Bu Kanun hükümlerini Cumhurbaşkanı yürütür.

1/7/2024

YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR



Baromuzun 22436 sicil sayısında kayıtlı

AV. AHMET ÖZMEN

29/04/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1939 yılında Adıyaman'da doğmuş, 1977 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1998 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 21169 sicil sayısında kayıtlı

AV. ALİ ÇULPAN

14/05/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1969 yılında İsviçre'de doğmuş, 1995 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1997 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 17396 sicil sayısında kayıtlı

AV. AVNİ AKSU

08/03/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1938 yılında Erzincan'da doğmuş, 1963 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Erzurum Barosunda yaptıktan sonra 1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 32311 sicil sayısında kayıtlı

AV. AYŞEGÜL EGEMEN

08/06/2023 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1939 yılında İstanbul'da doğmuş, 2004 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 2006 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



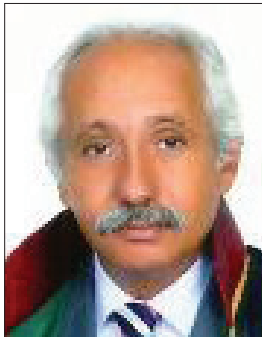
Baromuzun 68610 sicil sayısında kayıtlı

AV. BATUHAN KOÇ

22/05/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1996 yılında Kayseri'de doğmuş, 2018 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 2020 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



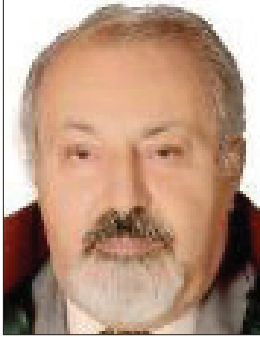
Baromuzun 10704 sicil sayısında kayıtlı

AV. DAVUT CİBİLİ

16/05/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1948 yılında İstanbul'da doğmuş, 1974 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1977 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 11650 sicil sayısında kayıtlı

AV. DENİZ ÖZKAYA

26/04/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında Gaziantep'te doğmuş, 1978 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1980 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 5023 sicil sayısında kayıtlı

AV. ESİN NURAL GÖKDEMİR

23/05/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1935 yılında İstanbul'da doğmuş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1963 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 15475 sicil sayısında kayıtlı

AV. ESMA TULAY TAVMAN

11/04/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1943 yılında Kocaeli'nde doğmuş, 1987 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1988 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



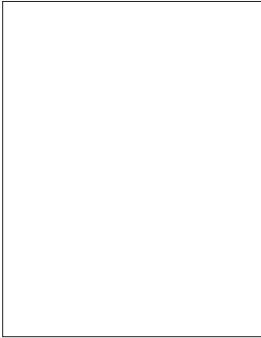
Baromuzun 13555 sicil sayısında kayıtlı

AV. FAHRIYE URAS

30/05/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1950 yılında Tırgovişte'de doğmuş, 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1985 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 4262 sicil sayısında kayıtlı

AV. İLHAN ÖZBAY

17/05/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1930 yılında Balıkesir Gönen'de doğmuş, 1957 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1958 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 9738 sicil sayısında kayıtlı

AV. MEHMET MELİH TANSEN

15/05/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında İstanbul'da doğmuş, 1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1975 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 12297 sicil sayısında kayıtlı

AV. MUHSİN ÇALIŞKAN

03/05/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1952 yılında İstanbul'da doğmuş, 1982 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1982 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



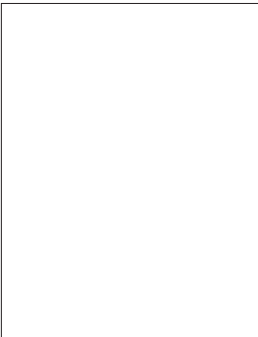
Baromuzun 24897 sicil sayısında kayıtlı

AV. MURAT POLAT

31/10/2020 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1977 yılında Kayseri'de doğmuş, 1999 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 2001 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 33445 sicil sayısında kayıtlı

AV. MUSTAFA ANİBAL MEMİŞOĞLU

04/02/2021 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1963 yılında Artvin'de doğmuş, 1986 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 2006 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 35512 sicil sayısında kayıtlı

AV. MUSTAFA GÜNEŞ

25/04/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1942 yılında Kars'da doğmuş, 1968 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 2007 yılında hakimlikten emekli olup, 2008 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allah'tan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 16327 sicil sayısında kayıtlı

AV. NİHAT YOLCU

08/04/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1966 yılında Kastamonu Devrekani'de doğmuş, 1988 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1990 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allah'tan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 37277 sicil sayısında kayıtlı

AV. ORHAN YAVUZ KOÇAK

29/04/2022 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1947 yılında Adana'da doğmuş, 1975 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Adana Barosu'nda yaparak, 1978 yılında Adana Barosu'na kaydolmuştur. 1978 yılında Baromuz levhasına yeniden kaydolmuştur.

Merhuma Allah'tan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 30936 sicil sayısında kayıtlı

AV. OZAN KAYAHAN

15/05/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1973 yılında İzmir'de doğmuş, 1962 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını İzmir yaptıktan sonra 2001 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allah'tan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 35737 sicil sayısında kayıtlı

AV. SERHAT BARAN KILIÇ

31/03/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1975 yılında Adıyaman'da doğmuş, 2003 yılında Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Adıyaman Barosunda yaparak 2005 yılında İzmir Barosuna Kayıt olmuştur. 2008 yılında İzmir Barosundan naklen Baromuz levhasına 35737 sicil sayısına kayıt edilmiştir.

Merhuma Allah'tan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 6512 sicil sayısında kayıtlı

AV. SEZAI YAZICI

10/05/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1937 yılında İstanbul'da doğmuş, 1968 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1970 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allah'tan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 13216 sicil sayısında kayıtlı

AV. ŞENER BÜYÜKYAŞI

30/03/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1944 yılında Adana'da doğmuş, 1981 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1984 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 10571 sicil sayısında kayıtlı

AV. TAYLAN ERİMER

02/05/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1938 yılında İstanbul'da doğmuş, 1959 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1977 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 20992 sicil sayısında kayıtlı

AV. TURAN TAŞKIRAN

12/05/2024 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1972 yılında Sivas'da doğmuş, 1995 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1997 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Allahtan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
1	74322	KAAN	AYTEN	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	4/18/2024
2	88023	MERVE	BOZKURT	SAKARYA BAROSU	4/18/2024
3	90358	MUHAMMED E.	YEŞİL	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	4/18/2024
4	88644	BEYZA	ALTUNCU	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	4/18/2024
5	75668	HURİYE BUSE	DEMİR	ÇORUM BAROSU	4/18/2024
6	73941	DEMET	AKYILDIZ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	4/18/2024
7	79174	BÜŞRA NUR	ÖKSÜZ	DENİZLİ BAROSU	4/18/2024
8	90806	EMRECAN	ÇETİN	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	4/18/2024
9	68572	SEYFULLAH	BAŞOĞLU	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	4/18/2024
10	73178	KORCAN	CİVANOĞLU	ADANA BAROSU	4/18/2024
11	90307	YAĞMUR YAREN	COŞKUN	SAMSUN BAROSU	4/18/2024
12	44360	KAMİLE DİCLE	AKSOYDAN G.	ANKARA BAROSU	4/18/2024
13	79166	BURAK	NAS	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	4/18/2024
14	74198	MEHMET	ZEHİR	MUĞLA BAROSU	4/18/2024
15	85902	ENES	SANCAK	BURSA BAROSU	4/18/2024
16	81410	MUHAMMED E.	ÜNAL	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	4/18/2024
17	88642	MEHMET FATİH	ŞEYHUN	İZMİR BAROSU	4/18/2024
18	82191	DİDEM	TEMEL	ANKARA BAROSU	4/18/2024
19	92592	AHMET	UNAT	MERSİN BAROSU	4/18/2024
20	32470	PELİN	EKER KARAMAN	MUĞLA BAROSU	4/18/2024
21	61975	İDRİS	YILMAZ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	4/18/2024
22	44192	ERDİ	YILDIZ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	4/18/2024
23	84711	BÜŞRA NUR	YILDIRIM	DENİZLİ BAROSU	4/18/2024
24	37860	ŞEBNEM	İNTEPE ERDOĞAN	ANKARA BAROSU	4/18/2024
25	75298	BERKE	AKTÜRK	ANKARA BAROSU	4/18/2024
26	26701	ABDURRAHMAN	TOKGÖZ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	4/18/2024
27	66200	RAMAZAN	KÜTÜK	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	4/18/2024
28	77330	SEHER	SAVAŞ	ANTALYA BAROSU	4/18/2024
29	75833	İSA	TEMUR	ORDU BAROSU	4/18/2024
30	77934	NAHİDE DEMET	DEMİR	MUĞLA BAROSU	4/18/2024
31	44926	SERKAN	DUMAN	MERSİN BAROSU	4/18/2024
32	56551	MERVE	TOPKAN	DÜZCE BAROSU	4/18/2024
33	88939	SEDAT	GÜL	KOCAELİ BAROSU	4/18/2024
34	90324	BERRE	ÖZ	BURSA BAROSU	4/25/2024
35	83523	YİĞİT	KOÇER	GAZİANTEP BAROSU	4/25/2024
36	49443	VİLDAN	ÇAPAN	DİYARBAKIR BAROSU	4/25/2024
37	92225	MUHAMMET S.	KARACA	ERZURUM BAROSU	4/25/2024
38	90107	BERFİN	PARLAK	GAZİANTEP BAROSU	4/25/2024

NAKİLLER

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
39	22049	OSMAN	KARLI	İZMİR BAROSU	4/25/2024
40	86810	HİCRAN	SAYAR	DİYARBAKIR BAROSU	4/25/2024
41	89656	NESLİŞAH	AKÇİÇEK	ARTVİN BAROSU	4/25/2024
42	85478	HAVİN	ARZU	DİYARBAKIR BAROSU	4/25/2024
43	65399	MUAMMER U.	OĞUL	ANKARA BAROSU	4/25/2024
44	91141	ERTUĞRUL	KOCA	ANKARA BAROSU	4/25/2024
45	91035	PINAR	KARPUZ	BURSA BAROSU	4/25/2024
46	84391	YAVUZ	KALEMOĞLU	ANKARA BAROSU	5/2/2024
47	84676	İMGE	PEHLİVANOĞLU	İZMİR BAROSU	5/2/2024
48	82853	MERVE	BELLİ	HATAY BAROSU	5/2/2024
49	51145	GAMZE	ÖZPİRİNÇİ	KOCAELİ BAROSU	5/2/2024
50	87972	ALİ	ÇOBANKAYA	ISPARTA BAROSU	5/2/2024
51	89010	MUHAMMED E.	ERDEM	VAN BAROSU	5/2/2024
52	44944	MEHMET BİROL	ÇELİK	SAMSUN BAROSU	5/9/2024
53	90744	MURAT METE	YAMAN	MUĞLA BAROSU	5/9/2024
54	87675	HATİCE A.	TÜMER	KAHRAMANMARAŞ BAROSU	5/9/2024
55	75216	HASAN	ECE	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	5/9/2024
56	40626	REHA ERSİN	ÇAKIR	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	5/9/2024
57	77280	İREM	BAĞCI	TEKİRDAĞ BAROSU	5/9/2024
58	90759	EZGİ SU	YÜZBAŞIOĞLU	ANKARA BAROSU	5/9/2024
59	90275	BEGÜM	SEVER	ÇORUM BAROSU	5/9/2024
60	83433	ELVAN	BARAN	DİYARBAKIR BAROSU	5/9/2024
61	86992	KÜBRA	YAŞAR	ŞANLIURFA BAROSU	5/9/2024
62	84721	KERİM KAAAN	IŞIK	BURDUR BAROSU	5/9/2024
63	46833	CAN BERK	MÜSELLİM	İZMİR BAROSU	5/9/2024
64	76301	CANAN	TILAVER	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	5/9/2024
65	88475	OĞUZHAN	KÜÇÜKOKKA	KONYA BAROSU	5/9/2024
66	90284	FATMA SENA	EREN	İZMİR BAROSU	5/9/2024
67	39584	ORKUN	AYHAN	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	5/9/2024
68	49539	BÜŞRA	ERMAN	GİRESUN BAROSU	5/9/2024
69	79432	BERİKA HİLAL	KAYA	İZMİR BAROSU	5/9/2024
70	64373	MERVE NUR	ÖZGEN	SAMSUN BAROSU	5/9/2024
71	86920	BİLGE HAN	ÇINAR	ANKARA BAROSU	5/16/2024
72	48120	HAKKI EFE	DİVANOĞLU	SAMSUN BAROSU	5/16/2024
73	51883	PELİN	ERDEMCI	SAMSUN BAROSU	5/16/2024
74	78164	KAYRAHAN AKIN	BALCI	MERSİN BAROSU	5/16/2024
75	70893	AYŞE ŞEYMA	KURNAZ	İZMİR BAROSU	5/16/2024
76	79909	BEGÜM EDA	İSET	MUĞLA BAROSU	5/16/2024

NAKİLLER

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
77	72504	ECEM	GÜRBÜZ	KIRKLARELİ BAROSU	5/16/2024
78	90280	HAYDAR	ODAMAN	BURSA BAROSU	5/16/2024
79	46228	FİLİZ	YEŞİLLİ	KIRŞEHİR BAROSU	5/16/2024
80	80522	NİYAZİ	VAROĞLU	KAYSERİ BAROSU	5/16/2024
81	74638	TUTKU GÜLCE	ALTUNDAĞ	SAMSUN BAROSU	5/16/2024
82	89615	ŞEYDA NUR	YARBI	KAHRAMANMARAŞ BAROSU	5/16/2024
83	85661	ZEYNEP BERFİN	ÇELİK	ŞANLIURFA BAROSU	5/16/2024
84	77876	HİLAL	DURMAZ	ANTALYA BAROSU	5/16/2024
85	11602	MUSTAFA	ÇAKAN	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	5/23/2024
86	78155	ATAKAN	UYSAL	ISPARTA BAROSU	5/23/2024
87	80018	TUNAHAN	SARIALAN	BOLU BAROSU	5/23/2024
88	61782	CEREN MÜGE	ARSAN	ANTALYA BAROSU	5/23/2024
89	55615	NAZLI	KARA AKÇAY	BALIKESİR BAROSU	5/23/2024
90	86506	MEHMET ÇAĞRI	TELLİGÖZOĞLU	BALIKESİR BAROSU	5/23/2024
91	63559	CEYDA	ATAKAN	BURSA BAROSU	5/23/2024
92	89970	SENE	İMAMOĞLU	ARTVİN BAROSU	5/23/2024
93	84937	GÜL SEDA	ÖZER	KAYSERİ BAROSU	5/23/2024
94	66521	BURAK	ULUDAĞ	ANTALYA BAROSU	5/23/2024
95	21549	ERHAN	İPEK	AYDIN BAROSU	5/23/2024
96	60928	NURAL	KILIÇ	ADANA BAROSU	5/23/2024
97	48569	MEHMET YİĞİT	ECE	BALIKESİR BAROSU	5/23/2024
98	59852	CANAN	BOZOĞLU KUŞ	ANKARA BAROSU	5/30/2024
99	72966	ELİFNUR	ELMASTAŞ	BURSA BAROSU	5/30/2024
100	91907	İLYAS	ASLANHAN	ANKARA 2 NOLU BAROSU	5/30/2024
101	81774	SÜMEYRA	ANUK	BİNGÖL BAROSU	5/30/2024
102	31286	SEVİM	DOĞAN PALAZ	İZMİR BAROSU	5/30/2024
103	90416	YASEMİN	ÖZEN	ANKARA BAROSU	5/30/2024
104	39857	ASLI	DOĞAN	ANKARA BAROSU	5/30/2024
105	92662	MAHMUT	GÜNGÖR	ŞANLIURFA BAROSU	5/30/2024
106	77376	ENES	ÇINAR	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	5/30/2024
107	82651	TAHA BERAT	YILMAZ	İZMİR BAROSU	5/30/2024
108	63931	DENİZ	ÇİFTLİK	ÇORUM BAROSU	5/30/2024
109	91797	EMİNE	TEMEL	BURSA BAROSU	5/30/2024
110	18240	MEHMET SAİT	GÜNDÜZALP	İZMİR BAROSU	5/30/2024
111	60228	MERVE	AĞAR	ANTALYA BAROSU	5/30/2024
112	89320	MAŞUKA B.	DAŞBAŞ	KAYSERİ BAROSU	5/30/2024
113	68039	ALPER	ESKİCİOĞLU	İZMİR BAROSU	6/6/2024
114	76508	OĞUZHAN	İLHAN	ADANA BAROSU	6/6/2024

NAKİLLER

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
115	51518	ZEYNEP	ALTAY	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	6/6/2024
116	72099	BİLGE	MADENİ	TEKİRDAĞ BAROSU	6/6/2024
117	85444	CANSU	BEYAZ	HATAY BAROSU	6/6/2024
118	81889	MUSTAFA E.	GÖKMEN	ANKARA 2 NOLU BAROSU	6/6/2024
119	66654	BETÜL	KOÇAK	MUĞLA BAROSU	6/6/2024
120	84379	KADER	EDİS	SAMSUN BAROSU	6/6/2024
121	59931	UĞUR ATAKAN	KOÇAK	MUĞLA BAROSU	6/6/2024
122	61234	İREM CEREN	ATİK	ORDU BAROSU	6/6/2024
123	87920	MURAT	GÜNAY	ERZURUM BAROSU	6/6/2024
124	78938	MEHMET ALİ	ÖZDEMİR	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	6/6/2024
125	46714	GÖKHAN	AYDOĞDU	SAMSUN BAROSU	6/6/2024
126	75535	ESRA	KOÇAN	TEKİRDAĞ BAROSU	6/6/2024
127	20112	CAVİDAN	YILMAZ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	6/6/2024
128	64070	BENGİSU	YILDIRIM	BALIKESİR BAROSU	6/6/2024
129	89266	UĞUR	İMRENLİ	KAYSERİ BAROSU	6/6/2024
130	71214	BURAK	KARACE	İZMİR BAROSU	6/6/2024
131	88269	ÖZAY	KORKMAZ	ŞANLIURFA BAROSU	6/6/2024
132	85887	ABDULLAH	CİN	SİVAS BAROSU	6/6/2024
133	75277	ÜMİT	ÇINAR	SİVAS BAROSU	6/6/2024
134	65431	İPEK GÜL	ÖZKARDEŞ	İZMİR BAROSU	6/6/2024
135	86128	ALİCAN	BİLGİN	ANTALYA BAROSU	6/6/2024
136	56665	SEFA	ÇAKIR	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	6/6/2024
137	43269	OZAN	ÖZDEN	BALIKESİR BAROSU	6/6/2024
138	72876	CEREN	KÖKEN	MUĞLA BAROSU	6/6/2024
139	32844	FATİH	KIZMAZ	İZMİR BAROSU	6/13/2024
140	92703	İBRAHİM	AYANA	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	6/13/2024
141	84581	BÜŞRANUR	ATAYETER	GAZİANTEP BAROSU	6/13/2024
142	93184	MELİKE HAZAL	KÜÇÜK KALLE	ZONGULDAK BAROSU	6/13/2024
143	79761	BATİHAN	BAYINDIRIK	İZMİR BAROSU	6/13/2024
144	53519	MUSTAFA O.	YALÇIN	BALIKESİR BAROSU	6/13/2024
145	44495	SAİD	ALLAHVERDİ	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	6/13/2024
146	78117	ASLIHAN SENA	KURU	BURSA BAROSU	6/13/2024
147	81017	CEYHUN	TÖMEK	AYDIN BAROSU	6/13/2024
148	52090	YAKUP	ŞEREMET	İSTANBUL 2 NOLU BAROSU	6/13/2024

AYRILMALAR

Sıra	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
1	45388	MERVE	ÇETİNKAYA	4/18/2024 0:00
2	20403	ASLI	ŞAHİN	4/18/2024 0:00
3	17582	ERKUT	KIZILOCAK	4/18/2024 0:00
4	85615	ŞEVVAL	ÖZ	4/18/2024 0:00
5	38175	NECMETTİN	ÇAKIR	4/18/2024 0:00
6	83145	HALİL İBRAHİM	KARABULUT	4/25/2024 0:00
7	81429	HAMİYET GÜLİN	ÖZCAN	4/25/2024 0:00
8	20295	YÜKSEL OKAN	ÖZ	4/25/2024 0:00
9	56626	ELİF SONNUR	KOCA	4/25/2024 0:00
10	8809	AYŞE	ATAK	5/2/2024 0:00
11	84376	YEŞİM	GÜR	5/2/2024 0:00
12	26135	YÜKSEL	ACUN	5/2/2024 0:00
13	84073	MİRZA SAMET	ERZURUMLOĞLU	5/2/2024 0:00
14	50345	ERCAN	KARAIŞMAİLOĞLU	5/9/2024 0:00
15	39272	SEVGİ	HAZAR	5/16/2024 0:00
16	91586	AYŞE ZEREN	YARICI	5/16/2024 0:00
17	12078	ŞEHNAZ	YÜZER	5/23/2024 0:00
18	47560	BÜŞRA	ÇOBAN	5/23/2024 0:00
19	48304	SERTAÇ	OĞUZ	5/23/2024 0:00
20	15905	HASAN ATİLA	BÜYÜKMURAT	5/30/2024 0:00
21	87624	MEHMET	HIŞIR	5/30/2024 0:00
22	12553	NAMIK KEMAL	ÇELİK	5/30/2024 0:00
23	84943	MURAT ADEM	TUZ	6/6/2024 0:00
24	69278	BEYZA	YILDIZ	6/13/2024 0:00

KAVRAM DİZİNİ

KAVRAM DİZİNİ

A

AÇIĞA ATILAN İMZANIN SONRADAN	
ANLAŞMAYA AYKIRI DOLDURULMASI	266
AKSİNİN YAZILI BELGE İLE İSPATLANMASI GEREĞİ	270
ARABULUCULUK TOPLANTISINA KATILMAMAYA	
CAYDIRICI ÖNLEM	239
AVUKATIN AHZU KABZ YETKİSİNE DAYANARAK	
TAHSİL ETTİĞİ PARA	292
AVUKATIN ELEKTRONİK TEBLİGAT ADRESİ BULUNMAMASI	257
AVUKATIN İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA DAVASINI GECİKTİRMESİ...	305
AVUKATLARIN 5549 SAYILI KANUN KAPSAMINDA	
YÜKÜMLÜ TANIMINA DAHİL EDİLMESİ	235
AVUKAT MÜVEKKİL MAHREMİYETİNİN İHLALİ	235
AYIPLI ARAÇ	286

B

BASİT YARGILAMA USULÜ	282
BEYANI TESPİT EDİLİRKEN YEMİN VERDİRİLMESİ	300
BİLDİRİMİN BİR AY İÇİNDE TEBLİĞ EDİLMİŞ OLMASI	268
BİRDEN FAZLA GENEL VE ÖZEL YETKİLİ MAHKEME BULUNMASI ...	278
BOŞANMA NEDENLERİNİN SAİK AÇISINDAN ÇATIŞMAMASI	260
BOŞ KİRA SÖZLEŞMESİ İMZALANDIĞI İDDİASI	270

C

CEZAİ ŞARTIN YERİNE GETİRİLMESİ KOŞULLARI	275
ÇIKINTI KAZINTI VEYA SİLİNTİ OLMAMASI	270

D

DAVALININ CEVAP SÜRESİNİN DOLMASI BEKLENMEDEN	
DOSYANIN BİLİRKİŞİYE HAVALESİ	282
DAVA ŞARTI ARABULUCULUK	239
DEVAMLİ BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	235

E

EKONOMİK ANLAMDA GÜVEN SARSICI DAVRANIŞ	260
ERKEĞİN EŞİNİN GÖRÜŞÜNÜ ALMADAN GAYRİMENKULÜNÜ SATMASI	260
EŞİTLİK İLKESİNE AYKIRILIK	245

G

GİZLİ AYIP	273
GİZLİ TANIK	300
GİZLİ TANIK BEYANI	301
GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU	292

H

HER İKİ TARAFINDA TACİR OLMASI	286
HUKUKİ DİNLENİLME HAKKININ İHLALİ	282

I

İCRA HUKUKUNDA DERDESTLİK	321
İHMALİ DAVRANIŞLA GÖREVİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU	305
İHTİYACIN YARGILAMA SIRASINDA DA DEVAM ETMESİ	268
İPOTEĞİN KALDIRILMASI DAVASI	264
İSPAT YÜKÜ	266
İSTİNAF SÜRESİNİN GEÇİRİLMİŞ OLMASI	273
GİZLİ AYIP	273
İSTİNAFTA İLERİ SÜRÜLMİYEN HUSUSLARIN TEMYİZDE DİKKATE ALINAMAYACAĞI	266
İŞ YERİ İHTİYACI NEDENİYLE TAHLİYE DAVASI	268
İŞ YERİ KİRASINDA STOPAJ	251
İTHALAT VERGİLERİ DEYİMİNİN KAPSAMI	311, 315
İTHALDE ALINAN GÜMRÜK VERGİSİ VE DİĞER VERGİLERDEN MUAFİYET	311, 315

K

KAMBİYO SENEDİNDEN KAYNAKLANAN HUKUK DAVALARI	291
KARŞI TARAFA YÜKLETİLECEK VEKALET ÜCRETİ	242
KESİNLİK SINIRININ BELİRLENMESİ	280
KİRA BEDELİNE İLAVE EDİLECEK KDV'NİN HESAPLANMASI	251
KİRALANIN YENİ MALİKİNİN KURUMLAR	
VERGİSİ MÜKALLEFİ OLMASI	251
KİRA SÖZLEŞMESİNDE KİRALANANIN ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARA	
DEVREDİLMEYECEĞİ TAAHHÜDÜ	275
KİŞİLERE AŞIRI KÜLFET YÜKLENMESİ	239
KLASİK YOLLA YAPILAN TEBLİGATIN GEÇERLİLİĞİ	257
KURALIN MEŞRU AMACA ULAŞMA BAKIMINDAN	
YETERLİ OLMASI	242

M

MANEVİ TAZMİNAT	260
MASAK BAŞKANLIĞINA BİLDİRME	235
MENFAAT DENGESİNİN KORUNMASI	321
MİSLİYLE DEĞİŞİM YA DA AYIP ORANINDA	
BEDEL İNDİRİM TALEBİ	286
MÜKERRER İCRA TAKİBİ	321
MUTLAK TİCARİ DAVA	291
MÜVEKKİLİN TALEBİ İLE HAREKET EDİLDİĞİ İDDİASI	305

O

ÖNCE REHNE MÜRACAAT ZORUNLULUĞU	321
---------------------------------------	-----

S

SATIŞIN DURDURULMASI HAKKINDA İHTİYATİ TEDBİR KARARI	264
SINIRSIZ HALE GELMESİ	245

T

TAHSİLDE TEKERRÜR OLMAMAK KAYDI İLE	
AYNI ANDA İKİ AYRI TAKİP	321
TAHSİLE RAĞMEN MÜVEKKİLE ÖDENMEMESİ	292
TARAFLARDAN BİRİNİN TÜKETİCİ OLMASI	288, 289
TEMYİZİN REDDİNE DAİR EK KARARIN TEMYİZİ	280
TERDİTLİ DAVADA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK	286
TERK VE ŞİDDETLİ GEÇİMSİZLİK NEDENİNE	
DAYALI BOŞANMA DAVASI	260
TEVKİL EDİLEN VEKİLE YAPILAN TEBLİGATIN GEÇERLİ OLMASI	273
TRAFİK KAZASINDAN KAYNAKLANAN	
MADDİ TAZMİNAT DAVASI	278
TÜKETİCİ İŞLEMİ	288, 289

U

UAYPTA OLUŞTURULAN ÖRGÜTLÜ SUÇLAR BİLGİ HAVUZU	301
ÜCRETİ ÖDENMEYEN AVUKATIN HAPİS HAKKI	302

V

VARLIK YÖNETİM ŞİRKETLERİN HARÇ MUAFİYETİ	245
VEKALET İLİŞKİSİNDE KAMU OTORİTESİ VE KAMU	
GÜCÜNÜN KULLANILIP KULLANILMADIĞI	302

Y

YASADA ALT VE ÜST SINIRIN ÖNGÖRÜLMÜŞ OLMASI	242
YENİ MALİKİN BİR AY İÇİNDE DURUMU KİRACIYA BİLDİRMESİ	268
YETKİ BELGESİNDE SÜRE VE YETKİ YÖNÜNDEN	
KISITLAMA OLMAMASI	273
YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME	278
YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİ	288, 289
YURT DIŞINDA İNŞA EDİLEN VEYA HAZIR	
OLARAK SATIN ALINAN GEMİLER	311, 315

Z

ZİMMET SUÇU	292
ZİNCİRLEME BİÇİMDE BASİT ZİMMET	302

