

# Bursa Barosu

Yil: 41 Sayı: 96 - Mart 2016

dergisi



“Eşitliğe ve  
adalete  
inanıyoruz”

“Bütün insanlar özgür, onur ve hakları yönünden eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler. Birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile hareket etmelidirler.”

(10 Aralık 1948, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 1. madde)



“İyi olmak kolaydır,  
zor olan adil olmaktır.”

**Victor Hugo**



**Yıl: 41 Sayı: 96 - Mart 2016**

Yerel Süreli Yayın (3 Aylık)

### **Yayıncı / Yönetim**

Bursa Barosu Başkanlığı

Kıbrıs Şehitleri Caddesi Adalet Sarayı

G-Blok Kat:1 Osmangazi / BURSA

T: 444 50 99 / (0224) 272 11 94 – 251 66 06

F: (0224) 251 62 49

baro@bursabarosu.org.tr

### **İmtiyaz Sahibi**

Bursa Barosu adına

Av. Ekrem Demiröz

### **Yayın Kurulu**

Av. Sarper Sarp

(Onursal Başkan)

Av. Pelin Yılmaz

(Sorumlu Yazı İşleri Müdürü -

Baro Yönetim Kurulu Üyesi)

Av. Hakkı Savunur Soğancı

(Bursa Barosu Dergisi Komisyon Başkanı)

Av. Alpay Şahinakman

(Yayın Kordinatörü)

Av. Ali Rıza Ataer

Av. Volkan Aksu

Av. Niyazi Sinan Doğan

Av. Ali Osman Kufacı

Av. Mehmet Yavuz Arıcıoğlu

Av. Emel Ferik

Av. Dilay Şenyüz

Stj. Av. Gizem Eren

# **Bursa Barosu**

dergisi



Bursa Barosu Dergisi, Bursa Barosu Başkanlığı tarafından T.C. yasalarına uygun olarak yayınlanmaktadır. Bursa Barosu Dergisi'nin isim ve yayın hakkı Bursa Barosu Başkanlığı'na aittir. Yayımlanan yazı, fotoğraf ve konuların her hakkı saklıdır ve tüm sorumluluğu eser sahiplerine aittir. İzin alınmadan alıntı yapılamaz. Reklamların sorumluluğu reklam verenlere aittir.

Bursa Barosu Dergisi, "Basın Meslek İlkeleri"ne uymaya söz vermiştir.

### **Yapım**



[www.photographica.com.tr](http://www.photographica.com.tr)

### **Baskı**



[www.imakofset.com.tr](http://www.imakofset.com.tr)

### **Dağıtım**



[www.seckurye.com.tr](http://www.seckurye.com.tr)

## Bir çocuk değişir, dünya değişir

Aylan bebeğin sahile vuran cesedi hepimizin yüreğini yaktı. Hepimiz çok üzdük ve hepimiz çabuk unuttuk. Çünkü çağımızda sevgilerimiz de acılarımız da kısa sürüyor. Çabuk tüketiyor, çabuk alıyor ve çabuk vazgeçiyoruz. Artık Aylan bebeklerin ölümü televizyon ekranlarında altıyazılara uğıştı. Ege'nin karanlık sularına gömülen yüzlerce çocuk artık ilgimizi çekmiyor.

Güneydoğu'daki çatışmalarda ise çocuklar ölüyor, öldürülüyor. Yaşayanların ise nasıl travmalar yaşadığını bilmek için özel insanlar olmamız gerekiyor. Kuşkusuz ki öncelikli hak yaşama hakkıdır. Bu nedenle dilimize ilk dökülen çocuk ölümleridir. Ama hepsi bu mu? Suça sürüklenen çocukları, aile içi şiddete ya da cinsel istismara uğrayan çocukları görmezlikten mi geleceğiz? İnsanına değer vermeyen toplum çocuğuna değer verir mi? Bu yüzdendir ki çocuk hakları ihlalinin en yaygın olduğu ülkelerden biri olmamız rağmen Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde Çocuk Hakları Komisyonu yok. Baromuzun Çocuk Hakları Komisyonu Çocuk Çalıştayı yapma önerisi ile geldiklerinde henüz bu durumu bilmiyordum. Doğrusu öneriye de sıcak bakmadım. Buluşmaları ve tartışmaları değersiz bulmam ama sonuç yaratıcı özelliği yoksa onca emeğe değer mi diye kuşku ile bakarım. Aynı akşam bir milletvekili arkadaşım ile telefonla görüşürken mecliste çocuklar için ne tür çalışmalar yapıldığını sorunca çocuklara ilişkin bir komisyon bulunmadığını öğrendim. Ertesi gün yönetim kurulu ile 8 Ocak 2016 tarihinde Bursa'da Çocuk Çalıştayı yapma kararı aldık. Çalıştaya ülkemizin her bölgesinden çok sayıda baromuzun çocuk hakları temsilcileri katıldı. Bilgi birikimleri üst düzeyde ve kendilerini bu çalışmalara adanmış birçok meslektaşımızla tanıştık ve şunun farkına vardık. Barolar olarak hiçbir sivil toplum örgütünde olmayan bir yapılanmaya sahiptik. Çocuk hakları komisyonları. Ve bu komisyonlar ne kanunla ne de talimatla kurulmuştu. Çocuğun başına gelen her türlü halden önce avukatlar haberdar olur. İşte bu duyarlılığın yarattığı yapılanmalarda çocuk komisyonları. Yaptığımız çalıştay bunca değerli çalışmalarını gün ışığına çıkarabilir



Av. Ekrem Demiröz  
**Bursa Barosu Başkanı**

ve sonuç yaratıcı çalışmaların kapılarını açabilirdi. Zaten çalıştayımdan da benzer kararlar çıktı. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde Çocuk Hakları Komisyonu kurulması için girişimde bulunmak ilk kararımız oldu. Ayrıca her baro kendi ilinde çocukların durumunu raporlayacak ve böylece Türkiye'nin çocuk haritası ortaya çıkmış olacaktı. Ön çalışmalar bittiğinde tüm barolarımızdan bir istekte bulunacağız. Her baro kendi ilindeki milletvekillerine bu çalışmaları düzenli bir biçimde ileticek ve eş zamanlı olarak tüm milletvekillerimizin bu çalışmalardan haberdar olması sağlanacak.

Türkiye'nin dört bir yanından gelen Çocuk Hakları Komisyonu üyesi meslektaşlarımızla Diyarbakır'da buluştuk. Amacımız çatışma bölgelerindeki çocukların durumunu incelemek ve tespitler yapmaktı. Bunun için Diyarbakır Valiliği, Cumhuriyet Başsavcılığı, Milli Eğitim Müdürlüğü, İl Sağlık Müdürlüğü ve Emniyet Müdürlüğü gibi birçok kurumla görüşmeler yaptık. Ayrıca bölge halkı ve bölgede görev yapmaya girmiş kamu görevlileri ile de görüşmeler gerçekleştirdik. Ertesi gün ise Diyarbakır Fidanlık Kampı'ndaki göç çocukları ile buluştuk.

Hedefimiz toplumun dikkatini çocuğa çekmek ve olabilecek her iyi şeyin yapılmasına katkı sağlamaktır. Barolar bu girişim için bir şanstır. Ve unutulmasın ki çocuğuna değer vermeyen toplumun geleceği yoktur.

<b>Bizden haberler</b> .....	6
Bursa Barosu etkinlikleri	
<b>Rabia Deniz</b> .....	20
ÇGD'nin çeyrek asırlık geleneği	
<b>Av. Şakir Çalışkan</b> .....	24
Hani elçiye zeval olmazdı!	
<b>Stj. Av. Gamze Pamuk, Stj. Av. Nesrin Mısırlı</b> .....	33
Çocuk Hak ve İhlallerinde Cezasızlığın Önlenmesinde Stratejik Yaklaşım ve Siyasetin Rolü Konferansı hakkındaki raporu	
<b>Kaybettiklerimiz</b> .....	36
Aramızdan ayrılanlar...	
<b>Av. Ali Rıza Ataer</b> .....	38
Engelli Hakları	
<b>Av. Ali Rıza Ataer</b> .....	45
Tüketici Hukuku	
<b>Av. Alpay Şahinakman</b> .....	49
Somutlaştırma yükü ve İkrar ile bunların özelinde ıslah	
<b>Av. Dilay Şenyüz</b> .....	56
Finansal Kiralama	
<b>Av. Dilay Şenyüz</b> .....	62
İkale Sözleşmesi	
<b>Av. E. Hakan Özdemir</b> .....	70
Düşünceyi düşünmek - 1. Bölüm	
<b>Av. Dilay Şenyüz</b> .....	81
Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında ortak yerlerle ilgili uyumsuzluklar	
<b>Av. Nezih Sütçü</b> .....	97
Ölünceye kadar bakma sözleşmesi (ökbs) ve muris muvazaası	
<b>Av. Nezih Sütçü</b> .....	112
Taşınmaza hukuki el atma nedeniyle yapılacak başvurular ve bunlardan idari yargıda açılacak tazminat davasındaki usul sorunları	
<b>Av. Niyazi Sinan Doğan</b> .....	132
Vergi davasının hukuki niteliği	
<b>Av. Şevket Güney</b> .....	136
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından yapılan ödemelerin yasal mal rejiminin tasfiyesindeki durumu	
<b>Av. Talih Uyar</b> .....	161
İcra ve iflas hukukunda taahhüdü ihlal suçu	
<b>Av. Talih Uyar</b> .....	176
İİK'nın 68b maddesi üzerine bir inceleme	
<b>Av. Talih Uyar</b> .....	183
Şikayetin hukuki niteliği	
<b>Av. Talih Uyar</b> .....	185
Şikayetin konusu	
<b>Av. Volkan Aksu</b> .....	190
Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk ve avukatlık mesleğine etkileri	

## Dergimize yeni soluk...

### Değerli Baro üyelerimiz;

Yepyeni bir formatta ve içerikte Bursa Barosu Dergisi olarak yayındayız. Dergiyi yayına hazırlarken ilk olarak derginin önceki büyük boyutunun sorun yarattığını gördük ve meslektaşlarımızın dergiyi kütüphanelerine koyabileceği, çantalarında taşıyabileceği ve rahatlıkla okuyabileceği bir boyutta olması gerektiğini düşündük, yine dergimizin daha fazla hukuki bilgi içeren bir hukuk dergisi, özgün bir hukuki kaynak olmasına gayret ettik. Ayrıca grafik tasarım anlamında da dergimiz çok daha modern ve şık bir hal aldı. Umarım sizler de dergimizin yeni formatını, içeriğini beğenir ve dergimizden azami şekilde fayda sağlarsınız.

Dergimiz hazırlanırken özgün bir eser oluşturmak açısından en önemli kaynağımız siz meslektaşlarımız oldu, dergimizde makalesinin yayınlanmasını isteyen tüm meslektaşlarımıza dergi sayfalarımız sonuna kadar açıktır, değerli katkılarınızı heyecanla bekliyoruz.

Yazılarınızı "Verdana" yazı karakterinde, "10 punto", "1,5 satır arası" bırakacak şekilde – Türkçe, sola dayalı ve link barındırmayan, dipnot kullanımları yerine son not ya da kaynakça olacak şekilde hazırlamanız halinde dizgi konusunda sıkıntı yaşanmayacak dergimiz daha kısa sürede yayına hazır hale gelebilecektir. Boşluksuz karakter sayısı 6000 olan fotoğrafsız bir yazı ortalama 2 dergi sayfamıza sığmakta olup

bu verilere göre yazılarımızı en çok 8 dergi sayfamızı kaplayacak şekilde dergimize ulaştırmanız rica olunur. (Yazılarınızı Baro Kalemî'ne teslim edebileceğiniz gibi dijital ortamda e-posta yolu ile barodergisi@bursabarosu.org.tr adresine gönderebilirsiniz.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı tarafından Prof. Dr. Şeref Ertaş'a DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi özel sayısı olarak hakemli bir armağan hazırlanacağı ve son yazı sunum tarihinin 01.06.2016 tarihi olduğu Bursa Barosu'na bildirilmiş olup armağana katkı sunmak yazı vermek isteyen meslektaşlarımızın gerekli ayrıntıları tarafımdan almalarını rica ederim.

Baromuz bünyesinde düzenlenen Bursa Adalet Koşusu 3 Nisan 2016 Pazar günü yapılacak olup, yıllardır zaten adalet peşinde koşan meslektaşlarımızı bu koşuya kayıt olmaya ve katılmaya davet ediyoruz. Kayıt için gerekli bilgiler Bursa Barosu internet sayfamızda mevcuttur.

Bursa Barosu Dergisi'nin tüm meslektaşlarımıza faydalı olması dileğiyle, katkı sunan herkese Bursa Barosu Dergi Komisyonu ve Yayın Kurulu adına teşekkür ederim.

Saygılarımla...

### Av. Hakkı Savunur Soğancı

Bursa Barosu Dergisi Komisyon Başkanı



## Bizden haberler



(12.11.2014)

### Soma için fidan dikimi

Baro Başkanımız Ekrem Demiröz, Manisa ve İzmir barolarını ziyaret etti. Manisa Barosu'nu ziyareti esnasında Soma'nın Yırca Köyü'nde yapılması planlanan termik santralin alanındaki 6 bin zeytin ağacının kesildiği bölgeye gidip, köylülerle zeytin fidanı dikti.

### Çalıştay

Bursa Barosu Genç Avukatlar Meclisi Olağan Genel Kurulu ve Çalıştayı 13 Aralık 2014 Cumartesi günü gerçekleştirildi.



(13.12.2014)



(27.12.2014, BAOB Ortak Salon)

### TBB Meslek İçi Eğitim Semineri: Kamulaştırma Hukuku

Seminerin konuşmacı konukları; Galatasaray Üniversitesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Ethem Saba Özmen ile İstanbul Barosu üyesi Av. Ali Rıza İlgezdi'yd.





(21.01.2015, Bursa Adalet Sarayı)

### Seminer: Toplumsal Cinsiyet Eşitliği

Olcayto Ezgin'in konuşmacı olarak katıldığı Toplumsal Cinsiyet Eşitliği konulu seminerin ardından, Bursa Barosu Kadın Hakları Komisyonu Başkanı Av. Nevin Canbaz, Bursa Barosu Yönetim Kurulu'nda cinsiyet kotası uygulayan Baro Başkanımız Ekrem Demiröz'e plaket sundu.



(16.02.2015)

### Yürüyüş

Anayasal hakları hiçe sayan, Hukuk Devleti'ne ve Kamu Vicdanına Aykırı "İç Güvenlik Yasa Tasarısı"nın geri çekilmesi Türkiye'nin dört bir yanından katılan meslektaşlarımız ile birlikte Ankara Adliyesi'nden Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne yürüdük.

### 20 yaşında canımız "Özgecan"ımız hunharca katledildi

Bursa Barosu'na kayıtlı çok sayıda kadın ve erkek avukat, kadına yönelik şiddete karşı tepki göstermek üzere Bursa Adliyesi önünde cübbeleriyle bir araya geldi.



(16.02.2015)



(02.03.2015, Bursa Adliyesi Giriş Salonu)

Açılıştaki konuşan Bursa Barosu Kadın Hakları Komisyonu Başkanı Avukat Nevin Canbaz, "Bu sergiyi 8 Mart Dünya Emekçi Kadınlar Günü nedeniyle açmış bulunuyoruz. Sergide baromuzun kadın avukatlarının albümlerinden fotoğraflar yer alıyor. Bu sergide kadının sosyal hayatın içinde yer aldığı fotoğraf karelerinin yer almasını istedik.

### Fotoğraf Sergisi: Cumhuriyet Tarihinde Kadın

Bursa Barosu tarafından 8 Mart Dünya Emekçi Kadınlar Günü etkinlikleri kapsamında, Bursa Adliyesi Giriş Salonu'nda 5 gün boyunca açık kalacak temalı fotoğraf sergisi açıldı.

Sağ olsun herkes birkaç fotoğrafını bizlerle paylaştı. Amacımız, kadının hayatın içindeki varlığını ve sosyal hayatın vazgeçilmez unsuru olduğunu vurgulamaktır. Bugünü, özellikle Özgecan Aslan özelinde tüm şiddet mağduru ve emekçi kadınlara özel olarak düzenledik. Amacımız sadece ve sadece sosyal hayattaki yerimizi vurgulamaktır" dedi.

### 8 Mart Dünya Kadınlar Günü

8 Mart Dünya Kadınlar Günü nedeniyle Bursa Barosu Başkanlığı tarafından düzenlenen etkinlikler kapsamında ilk olarak sabah saatlerinde Bursa Adliyesi önünde Bursa Barosu Başkanı Ekrem Demiröz ve Yönetim Kurulu Üyeleri tarafından karanfil dağıtıldı.

Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu (TÜBAKKOM) tarafından hazırlanan ve tüm barolar tarafından eş zamanlı olarak açıklanan metni ise Bursa Barosu Kadın Hukuku Komisyonu Başkan Yardımcısı Suna



(08.03.2015)

Soydaş tarafından kamuoyuyla paylaştı. Düzenlenen basın açıklamasının ardından Avukat Okan Gökalp'in yönetmenliğini yaptığı "Adalet'in Bir Günü" adlı kısa film gösterimi yapıldı.



### TBB Meslek İçi Eğitim Semineri: "Avukatlık Hukuku"

Mart ayında BAOB ortak salonunda gerçekleştirilen TBB Meslek İçi Eğitim Semineri'nin konusu "Avukatlık Hukuku"ydü.



(14.03.2015, BAOB Ortak Salonu)

### 5 Nisan Avukatlar Günü Kokteyli



(05.04.2015, BAOB Oditoryumu)

Avukatların yanı sıra, Bursa Cumhuriyet Başsavcısı Abdülkadir Şahin ve Bursa Bölge Adliye Başsavcısı Sait Gürlek'in de katıldığı kokteylde, meslekte 25 yılını dolduran avukatlara plaketteri verildi.



(22.04.2015, Bursa E Tipi Ceza ve İnfaz Kurumu)

### Cezaevi Çocuk Şenliği

Bursa Barosu tarafından düzenlenen ve gelenekselleşen 5. Cezaevi Çocuk Şenliği, 22 Nisan 2015 Çarşamba günü gerçekleştirildi.



(30.04.2015)

### Kan bağışı

Bursa Barosu ile Kızılay Bursa Şubesi işbirliğiyle gerçekleştirilen kan, ilik-kök hücre bağışı kampanyası yoğun ilgi gördü. Bursa Adliyesi önünde başlatılan kampanya ile ilik-kök hücre bağışı konusunda farkındalık oluşturuldu.

### Bursa Barosu SEM Farazi Dava ve Duruşma alışması

Bursa Barosu Staj Eğitim Merkezi'nin 2014-2015 dönemi eğitimi, baroya kayıtlı stajyer avukatların katılımıyla düzenlenen Farazi Dava ve Duruşma alışması ile sona erdi.

2009 yılından itibaren her yıl gerçekleştirilen, stajyer avukatların hukuk fakültelerinde ve Bursa Barosu Staj Eğitim Merkezi'nde aldıkları teorik bilgilerini somut olaylara uygulayarak deneyim kazanmalarının amaçlandığı "Farazi Dava ve Duruşma alışması"nın 7.si, 23 Mayıs 2015 tarihinde Bursa Adliyesi duruşma salonlarında gerçeğe en yakın şekilde canlandırılması ile sonuçlandı.

Stajyer avukatlar, Bursa Barosu avukatlarından oluşan Değerlendirme Kurulu'nun karşısına çıkararak gerçeğe yakın dava deneyimi yaşadılar. Ceza ve Hukuk olmak üzere iki ayrı dalda gerçekleştirilen çalışmada, 40 grup halinde 290 stajyer avukat yer aldı.

Farazi Dava ve Duruşma alışması'nda dereceye giren Bursa Barosu stajyer avukatları Bursa Adliyesi Konferans Salonu'nda düzenlenen törenle plaketlerini; 2. ve 3. olarak belirlenen grup üyelerine ise başarı belgelerini aldılar.



(23.05.2015)



**Av. Mehmet Cengiz Göröl, ölümünün  
36. yıldönümünde anıldı**

3 Temmuz 1979'da hain bir saldırı sonucu hayatını kaybeden Bursa Barosu avukatlarından Mehmet Cengiz Göröl, ölüm yıldönümünde Gemlik ilçesi Adliye Köyü'ndeki mezarı başında anıldı.



(05.07.2015)

**İş Hukuku Sempozyumu**



(09.10.2015, BAOB Oditoryumu)

Bursa Barosu'nun Türkiye Barolar Birliği'nin katkılarıyla düzenlediği ve Bursa İş Mahkemeleri'nde görülen tüm davaların temyiz inceleme yeri olan Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Başkanı Ömer Hicri Tuna, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Üyeleri, tetkik hâkimleri ile Uludağ Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi ve Marmara Üniversitesi'nden gelen akademisyenlerin konuşmacı olarak katıldıkları Sempozyum, 9-10 Ekim 2015 tarihlerinde BAOB Yerleşkesi Oditoryum Salonu'nda gerçekleştirildi.

## “Çocukların İhmal ve İstismardan Korunmasında Hukuk” seminerleri



(30.04.2015)

Bursa Barosu, Osmangazi Rehberlik ve Araştırma Merkezi aracılığıyla, 29.12.2015 – 14.01.2016 Tarihleri arasında Osmangazi ilçesine bağlı okullarda görev yapan rehber öğretmenlerine “Çocukların İhmal ve İstismardan Korunmasında Hukuk” konulu seminerler düzenledi.

Anadolu Kız Lisesi Konferans Salonu'nda düzenlenen seminerler Bursa Barosu Kadın Hakları Komisyonu Başkanı Av. Nevin Canbaz tarafından verildi. Beş gün süren seminerde; çocuğun istismardan korunması, bildirim yükümlülüğü, Türk Ceza Kanunu'nda fiziksel

istismar, Türk Ceza Kanunu'nda çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanlarla cinsel ilişki, Türk Ceza Kanunu açısından suçta yardım etme, Ceza da çocuğun korunması, Türk Medeni Kanunu ve Aile Mahkemeleri Kanunu konularına yer verildi.

## Futbol Turnuvası



(05.01.2016)

Adana Barosu 4. 5 Ocak Kurtuluş Kupası Futbol Turnuvasında Baro Futbol Takımımız 1. olmuştur. Kendilerini tebrik eder, bundan sonraki turnuvalarda başarılar dileriz.



# Arabanın her şeyi kaliteli olsun istersin değil mi?

Peki yaşadığınız evin beton kalitesi  
arabanın kalitesinden daha mı önemsiz?  
Kaliteli beton sayesinde daha güvenli yaşar,  
depremde emniyette olursunuz.

**Bursa Beton. Kaliteli beton uzmanı.**



Bursa Beton San. ve Tic. A.Ş. Bir Bursa Çimento Fab. A.Ş. Kuruluşudur

#### Genel Müdürlük

Hacıyvas Mh. Ulubelili Hasan Bulvarı No.106 BURSA  
T: 444 16 22 F: 0 224 270 84 84 GSM: 0 533 570 87 70 (5 Hat)



## BURSA BETON

444 16 22

[www.bursabeton.com.tr](http://www.bursabeton.com.tr)  
[www.betonurunler.com](http://www.betonurunler.com)





## Bursa Barosu'nun ev sahipliğinde, tüm baroların katılımı ile Çocuk Çalıştayı Başlangıç Bildirgesi (8 Ocak 2016, Bursa)

Çocuklara yönelik her türlü istismarı, hak ihlallerini değerlendirmek ve çatışma bölgelerinde tehdit altında olan çocuklar için neler yapılabileceğini kararlaştırmak üzere bir çalıştay gerçekleştirdik.

Çocuk hakları savunucuları olarak tüm bu durumlara toplumun dikkatini çekmek, güç odaklarını ve sivil toplum örgütlerini çözüm için harekete geçirmek öncelikli hedefimizdir.

Bu nedenle çalıştayımız aşağıda belirtilen kararları almıştır:

**1** - Çocukların yaşam hakları, ihmal ve istismardan korunma hakları, eğitim ve sağlık

hakları gibi konularda ülkede çocukların durumunu araştırmak ve çözüm üretmek üzere TBMM nezdinde çocuk komisyonu kurulmasını elzem görüyoruz. Bu amaçla;  
**a** - TBMM nezdinde girişimlerde bulunacak Bursa Barosu ile birlikte çalışmak üzere bir komisyon oluşturulması,

**b** - Komisyonun kurulmasına kadar görüşmelerin grup başkanvekilleri ve



milletvekilleri nezdinde yürütülmesi

**c** - Her baronun da kendi ilinde bu konuyu il milletvekilleri ile görüşmelerinin sağlaması.

**2** - Silahlı çatışma ortamlarında çocukların maruz kaldıkları hak ihlallerine yönelik olarak;

**a** - Güneydoğu'daki çatışmalı bölgelerde tehdit altında olan, gerek bölge halkının gerekse o bölgeye görev yapmak için gitmiş insanlarımızın çocuklarına dikkat çekmek ve durumu tespit etmek için tüm barolarımızın çocuk komisyonlarının katılımı ile 29-30 Ocak 2016 tarihlerinde Diyarbakır'a gidilerek, elde edilen tüm bilgilerin kamuoyu ile paylaşılması; Diyarbakır ili Cumhuriyet Başsavcılığı, Milli Eğitim Müdürlüğü, Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü, İl Sağlık Müdürlüğü ve mağdur çocuk aileleri ile görüşülmesi.

**b** - Kamu denetçisi kurumuna iletilmek üzere dilekçeler hazırlanması

**c** - Hak ihlali oluşturan alanlara dair soru önergeleri verilmesi için çalışma yapılması

**3** -Göç ile gelen ailelerin çocuklarının

yaşadıkları hak ihlallerine yönelik olarak;

**a** - Barolar tarafından bu alandaki ihtiyacı ve yapılması gerekenleri belirleyecekleri özel bir çalıştay yapılması ve iç ve dış göçün ayrı ayrı ele alınması

**b** - Konunun bütün taraflarınca ve detaylı biçimde ele alınacağı bir sempozyum düzenlenmesi

**c** - İllerde alacakları hizmetlerin organizasyonu bakımından valiliklerle çalışma yapılması

**d** - Göç mevzuatının çocuk hakları açısından incelenmesi ve uyumlu hale getirilmesi için girişimde bulunulması. İlk olarak yeni yayınlanan yönetmeliğin iptali için 20 Ocak 2016 tarihine kadar başvuru yapılacak biçimde hazırlıkların yapılması Ankara Barosu tarafından üstlenilmiştir.

**e** - Bir komisyon kurularak bu alanda yapılması gerekenlerin İçişleri Bakanlığı ile görüşülmesi

**4** - Çocuk Hakları alanında çalışan avukatlar



olarak Çocuk Adalet Sistemi'nin işleyişi, çocukların ihmal ve istismardan korunması, aile içerisinde çocuğun ve haklarının korunması ile ilgili atılması gereken birçok adım bulunduğunu hatırlatmak istiyoruz. Bu kapsamda bir sonraki toplantıya kadar aşağıdakilerin yapılması kararlaştırılmıştır:

- a. Yerelde çocuk haklarının tespitini sağlamak üzere çocuk haritası hazırlanması
- b. Barolar tarafından hak ihlallerine ilişkin izleme ve raporlama yapılması ve bunların bir merkezde toplanması
- c. Bu raporlardan elde edilecek sonuçların Bakanlık ve TBMM'ye gönderilmesinin sağlanması
- d. Meslek içi eğitim çalışmaları ile staj eğitim çalışmalarında çocuk hakları konusunun ele alınmasını ve bunun için eğitim çalışmalarının enstitü benzeri bir eğitim merkezince yapılmasının sağlanması
- e. Mahkemelere sunulan dilekçelerde, uluslararası mahkeme kararlarına ve uluslararası sözleşmelere yer verilmesi
- f. CMK müdafiliği ve özellikle çocuk müdafiliği yapabilmek için sertifikalı eğitimin zorunlu hale getirilmesi. Bu konuda Baroların ortak ilke kararı alınmasının sağlanması ile birlikte TBB'den bu konuda yönerge çıkarmasının talep edilmesi

**5 -** Bu alanda çalışan avukatlar arasında iletişimi güçlendirmek için TBB nezdinde sadece Çocuk Hakları Komisyonu üyelerinin şifre ile girebilecekleri bir portal oluşturmak için talepte bulunulması

**6 -** Bu kararların takibinin Bursa Barosu tarafından yürütülmesine karar verilmiş olup, bir sonraki toplantının organizasyonu ise Ankara Barosu tarafından üstlenilmiştir.

### **Çocuk Adalet Sistemi Uygulamalı Eğitimi**

(09.01.2016, Bursa Barosu BAOB Hizmet Birimi)

Çocuk Adalet Sistemi Uygulamalı Eğitimi

- Birinci Oturum - Suça sürüklenen çocuk vakası
- İkinci Oturum - Mağdur çocuk vakası
- Üçüncü Oturum - Koruma ihtiyacı olan çocuk vakası
- Dördüncü Oturum - Çocukla iletişim

### **Konuşmacılar :**

Prof.Dr. Orhan Derman, Hacettepe Üniversitesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları, Adolesan Ünitesi ve Ergen Sağlığı Bilim Dalı Başkanı

Av. Şahin Antakyalıoğlu, Ankara Barosu Üyesi  
Av. Özcan Güven, Ankara Barosu Üyesi  
Zeynep Mutlu, Ankara Aile Mahkemesi Sosyal Hizmet Uzmanı

**Baromuz çalışmaları [bursabarosus.org.tr](http://bursabarosus.org.tr) adresinde güncel olarak yayınlanmaktadır.**

## Bursa Barosu "Çocuk ve Hukuk" Konulu 8. Resim Yarışması Ödül Töreni

İlimizin Nilüfer, Osmangazi ve Yıldırım ilçelerindeki ortaokul öğrencileri arasında düzenlenen "Çocuk ve Hukuk" konulu 8. resim yarışmasında ödüller sahiplerini buldu.

### Başarı Ödülleri

Beren Kont, Özel Bursa Bahçeşehir Ortaokulu 5-B Sınıfı öğrencisi  
Gizem Yılmaz, Sakarya Ortaokulu 8-O Sınıfı öğrencisi  
Gülsüm Yazıcı, BİSO Sait Ete Ortaokulu 6-C Sınıfı öğrencisi

### Jüri Özel Ödülleri

Elif Sena Mutlu, Yahya Kemal Beyatlı Ortaokulu 8-D Sınıfı öğrencisi  
Reyhan Deniz, Zafer Ortaokulu 7-C Sınıfı öğrencisi  
Rüveyda Nur Turan, Özel İlkbahar Ortaokulu 7-C Sınıfı öğrencisi  
Selin Tunçsiper, Özel Tunçsiper Ortaokulu 7-A Sınıfı öğrencisi  
Zeynep Aksoy, Özel İlkbahar Ortaokulu 6-A Sınıfı öğrencisi

### Çizim Destek Ödülü

Elif Naz Kozanlı, Özel İlkbahar Ortaokulu 6-C Sınıfı öğrencisi

Bursa Adalet Sarayı Konferans Salonu'nda



gerçekleşen ödül töreninde, Bursa Barosu Başkan Yardımcısı Avukat Neslihan Aktosun, Bursa Barosu Yönetim Kurulu Üyeleri, Bursa Barosu Çocuk Hakları Komisyonu

Başkanı Avukat Bilge Arıcıoğlu, İl Millî Eğitim Şube Müdürü Nevzat Gültekin'in yanı sıra, etkinliğe destek veren kuruluşların temsilcileri, avukatlar, öğrenciler, öğretmenler ve veliler katıldı.

### Av. Neslihan Aktosun, Bursa Barosu Başkan Yardımcısı:

"Bursa Barosu olarak, çocukları sahip oldukları hak ve özgürlükler hakkında güçlendirmeyi; erişkinleri, ebeveynleri ve eğitimcileri de çocuk hakları konusunda bilgilendirmeyi, farkındalıklarını arttırmayı hedefliyoruz. Ama asıl amacımız, çocukların seslerinin duyurulmasına olanak sağlayarak kamusal yaşama katılımlarını sağlamak."

### Av. Bilge Arıcıoğlu, Bursa Barosu Çocuk Hakları Komisyonu Başkanı:

"Her Dünya Çocuk Hakları Günü'nde çocukların maruz kaldığı tüm mağduriyetler sayılıp dökülmesine ve bir takım çözüm önerileri getirilmesine rağmen, durumda bir değişme olmadığı gibi, aksine her sene olumsuz verilerde büyük artışlar yaşanmaktadır. Bu tablo uluslararası kuruluşlar da dahil olmak üzere, bu konudaki çabaların yetersiz kaldığını göstermektedir."



## Miting: Türkiye Adaletini Arıyor

Bursa Barosu'nun öncülüğünde, Türkiye Barolar Birliği (TBB), Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV) ve Yargıçlar Sendikası tarafından düzenlenen "Türkiye Adaletini Arıyor Mitingi"nde coşku dolu anlar yaşandı.

### **Bursa, tarihi mitinge ev sahipliği yaptı**

(05.04.2015, Bursa Kent Meydanı)  
Bursa Barosu'nun öncülüğünde, Türkiye Barolar Birliği (TBB), Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV) ve Yargıçlar Sendikası tarafından düzenlenen "Türkiye Adaletini Arıyor Mitingi"nde coşku dolu anlar yaşandı.

5 Nisan Avukatlar Günü'nde Bursa Adalet Sarayı önünde buluşan çok sayıda avukat, Atatürk Anıtı'na çelenk sunulması ve İstiklal Marşı'nın okunmasının ardından kol kola girerek Türkiye Adaletini Arıyor Mitingi'nin yapılacağı Kent Meydanı'na doğru hareket etti.

### **Avukatlar "Adalet" için yürüdü**

Halkın yoğun katılım gösterdiği yürüyüş esnasında avukatlar, "Adalet, Adalet, Hemen Adalet, Bu Daha Başlangıç Mücadeleye Devam, Bağımsız Yargı Engellenemez, Avukata Dokunma" gibi sloganlarla atıldılar. Türkiye'nin dört bir tarafından gelen 40 baro başkanı ve temsilcisinin katıldığı yürüyüş, Kent Meydanı'ndaki miting alanından sona erdi. Kent Meydanı'ndaki mitingde; Türkiye Barolar

Birliği (TBB) Başkanı Metin Feyzioğlu, Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV) Murat Arslan, Yargıçlar Sendikası Başkanı Mustafa Karadağ, Bursa Barosu Başkanı Ekrem Demiröz, birçok ilin baro başkanı ve vatandaşlar yer aldı.

### **Bir şey yapmalı**

Konuşmalar ve açıklamaların ardından miting, Moğollar grubunun söylediği şarkılarla son buldu. Konser, Bursa Barosu Başkanı Avukat Ekrem Demiröz'ün de katıldığı "Bir Şey Yapmalı" adlı parçayla sona erdi.

### **Türkiye Adaletini Arıyor (11.04.2015 - İzmir)**

İlki Bursa'da gerçekleştirilen Türkiye Adaletini Arıyor mitinginin ikincisi 11 Nisan 2015 Cumartesi günü İzmir'de yapıldı.

Avukatların Cumhuriyet Meydanı'nda Atatürk Anıtı'na çelenk koymasıyla başlayan yürüyüşte avukatlar ellerinde "Eşitlik, Özgürlük, Adalet", "Savunmaya Özgürlük", "Bağımsız Yargı Engellenemez" yazılı pankart ve dövizlerle Gündoğdu Meydanı'na kadar yürüdü. Çok sayıda vatandaş da avukatlara yürüyüşte eşlik etti. Mitinge Bursa'dan da yoğun katılım sağlandı.









## ÇGD'nin çeyrek asırlık geleneği

**Rabia Deniz** - ÇGD Bursa YK Üyesi

24 Şubat 1978'de o günkü medya düzenine isyan eden Ankara Rüzgarlı Sokak'taki basın kuruluşlarında çalışan gazeteciler, 13 sayfadan oluşan "Kuruluş Manifestosu" ile Çağdaş Gazeteciler Derneği'ni kurarak basın tarihinde bir miladı başlattı. Bursa'da da bir şeyler ydı. Bir kıvılcım lazımdı. Tatlı sert üslubu, araştırmacı gazeteciliği ve en önemlisi özgür kalemiyle hepimize örnek olan Yılmaz Akkılıç ve beraberindeki bir avuç

gazetecinin Çağdaş Gazeteciler Derneği Güney Marmara Şubesi'ni kuralı tam 26 yıl oldu. 20 Ekim 1989'da ÇGD Genel Merkezi tarafından üyeliğe kabul edilen gazeteciler, 2 Aralık 1989'da basın yayın alanındaki tüm çirkinlikleri gözleri önüne sermek inancıyla örgütlendiler. "Ya bir yol buluruz ya da bir yol yaparız" diyerek, birlik ve dayanışma için birleşme çağrısı yaptılar. Yılmaz Akkılıç Başkanlığı'nda Arzu Arinel, Mehmet Ali





inan, İlky Balaban, Cevriye Coşkun, Bülent Cengiz, Sinan Tunç, Kutlu Esendemir 1. Olağan Genel Kurulu'nun 21 Ocak 1990 yılında toplanmasını kararlaştırdı. 21 Ocak 1990 yılında yapılan 1. Olağan Genel Kurul'da tek listeyle seçime gidildi. Yılmaz Akkılıç başkanlığındaki yönetimde Arzu Arinel, Banu Demirağ, Belkis Pişmişler, Bülent Cengiz, Bünyamin Tokmak, Adnan Baştopçu ve Yüksel Baysal yer aldı. 1989 yılında kurulan Çağdaş Gazeteciler Derneği Bursa Şubesi 26 yaşında. Bursa Şubemiz, her yıl toplumsal mücadeleye katkı yapanlara ödül vermeyi geleneksel hale getirdi. Yönetim kurulumuz medyanın özgürlük alanlarının her geçen gün kısıtlandığı günümüzde, fikir özgürlüğüne, hukuka, barışa, emeğe ve gerçek demokrasiye bir kez daha dikkati çekmek üzere çeşitli dallarda ödüller vererek, çeyrek asrı aşan bu geleneği sürdürüyor.

### **ÇGD Basın Özgürlüğü Ödülü: Cumhuriyet Gazetesi - Can Dündar**

"Memur değil, gazeteciyiz. Görevimiz, devletin kirli sırlarını saklamak değil, devlete rağmen halk adına hesap sormaktır" diyerek, "İşte Erdoğan'ın yok dediği silahlar" başlığıyla Cumhuriyet Gazetesi'nde yayınladığı MİT



tırlarıyla ilgili yılın haberine imza atan ve bu nedenle gazetenin Ankara Temsilcisi Erdem Gül ile birlikte tutuklanarak Silivri'ye gönderilen Can Dündar'ın basın ve ifade özgürlüğü için verdiği mücadelenin tüm gazetecilere örnek olmasını diliyoruz. Tehditlere boyun eğmeden, kapalı kapılar ardındaki gerçekleri bizlere aktaran Can Dündar, ÇGD Basın Özgürlüğü Ödülü'nün sahibi oldu.

### **ÇGD Yılmaz Akkılıç Gazetecilik Başarı Ödülü: Fatih Pınar**

Meslek yaşamına Atlas Dergisi'nde foto muhabiri olarak başlayan Fatih Pınar, Anadolu, Orta Doğu ve Asya'nın çeşitli bölgelerinde yaptığı siyasi - sosyal ve kültürel foto - röportajlarla yalnızca Türkiye'de değil dünyada da fotojournalizmin önemli isimlerinden... Fatih Pınar, en son 10 Ekim tarihinde Ankara'da yaşanan canlı bomba eyleminde çektiği video ile gündeme geldi. ÇGD Bursa Şubesi olarak, Yılmaz Akkılıç Gazetecilik Başarı Ödülü'nü, tüm başarılı çalışmalarının yanı sıra Ankara'da kaybettiğimiz 102 kişinin anısına saygı olarak da Fatih Pınar'a vermeyi uygun gördük.





### **ÇGD Genç Kalemler Ödülleri**

Son yıllarda basın sektöründe yaşanan daralma, mesleğe yeni muhabirlerin katılmaması ve medya kuruluşlarının muhabirliğe gereken önemi vermemesine kamuoyunun dikkatini çekmek amacıyla, Bursa'daki yerel medya kurumlarında çalışan, mesleğine gönül veren muhabir arkadaşlarımızı da 26 yıllık birlik, vefa ve dayanışma günümüzde unutmamak. Bursalı gazeteciler Dilek Atlı, Tolga Öztaş, Melissa Sevedioğulları ile Günnur Ekşi Ataokay, "Genç Kalemler Ödülü"nü'nün sahibi oldu.

### **ÇGD Sosyal Belediyecilik Ödülü: Ovacık Belediye Başkanı Fatih Maçoğlu**

Türkiye'nin tek Komünist Partili Belediyesi Tunceli Ovacık Belediyesi... Başkan Fatih Maçoğlu, göreve başladığı günden bu yana örnek çalışmalara imza atıyor. Uygulamalarıyla Ovacık'ta kolektif bir yaşamın olabileceğini Türkiye'ye ispat ediyor.

Maçoğlu şimdilerde ise yoksullara dağıtmak için hazine arazisine eklediği nohutların hasadına başladı. Hayatının ilk ödülünü ÇGD Bursa Şubesi'nden alan Başkan Maçoğlu, "Farkımız halkın çıkarını göz önünde tutmak" diyor.

### **ÇGD Barış Ödülü: Kemal Varol "Haw - Mikasa"**

Kemal Varol'un kaleme aldığı kitap, 2014 yılında "yılın romanı" seçildi. Romanın kahramanı olan dost köpek Mikasa, bir yandan gönderildiği barınakta çok zor geçen hayatını bizlere anlatırken diğer yandan da bizi ülkemizin en yakıcı sorunuya buluşturuyor. Mikasa sayesinde barışın her şeyden önce dil ve üslup meselesi olduğunu bir kez daha hatırlıyoruz. Mikasa, samimi ve elbette bir yanıyla ironik mesaj içeren ödülümüzü fazlasıyla hak ediyor. Bu vesileyle bir kez daha barışın galip geleceği bir Türkiye özlemimizi tekrarlıyoruz.





#### **ÇGD Çevre Ödülü: Bursa Barosu**

Çevre saldırılarının arttığı, kentlerin rantta açıldığı bir döneme tanıklık ediyoruz. Bu kentlin çevre savunucuları, astarı yüzünden pahalı, yok edici projelerle mücadeleyi öğrendi. Kent suçlarına karşı çevre mücadelesinin olmazsa olmazı ise yargı süreci... Kent adına pek çok davada imzası bulunan Bursa Barosu, alt komisyonlarıyla birlikte çevre kirliliğine karşı tüm platformlarda yer alıyor. Kent adına çevre mücadelesini hukuki aşamada sürdüren Bursa Barosu, ÇGD Çevre Ödülü'ne layık görülmüştür.

#### **ÇGD Hukuk Ödülü: Çağdaş Hukukçular Derneği Bursa Şubesi**

Türkiye adaleti mumla arar hale geldi. Yaşadığımız dönem, yargının en çok kuşatma ve baskı altında olduğu dönem olarak tarihe geçiyor. Yargı ülkemizde hiçbir zaman tarafsız ve bağımsız olmadığı gibi son dönemlerde yaşandığı kadar da itibarsızlaştığı ve güven yitirdiği de olmamıştır. Bizler ülkemizin gerçek hukuk devleti idealine ulaşması için atılan demokratik adımları arzularken, herkesin hukuk önünde eşit olduğu bir Türkiye'yi hedefliyoruz. Bu nedenle kardeş kuruluşumuz olan Çağdaş Hukukçular Derneği ile bir kez daha dayanışma örneği sergiliyoruz, "Herkes için adalet" diyoruz.

#### **ÇGD Kent Kültürüne Hizmet Ödülü: Nilüfer Kadın Korosu ve Bursa Filarmoni Derneği**

Nilüfer Belediyesi Kadın Korosu, profesyonel anlamda hiç müzik eğitimi almamış, geçmişte sahne deneyimi olmamış, memur, işçi, serbest meslek sahibi ya da ev hanımı 105 katılımcıdan oluşan ve tamamen gönüllülük esasına dayalı faaliyet gösteren amatör bir grup. Konserlerden elde edilen gelir, kimi zaman öğrenci bursu, kimi zaman hasta çocuklara yardım, kimi zamansa kimsesiz kadınlara desteğe dönüşüyor... Koro bugüne kadar kayıtlara geçmiş 86 konser verdi ve Şef Dr. Aysel Gürel'in özverili yönetiminde faaliyete devam ediyor. Ayrıca şehrin kültür hayatına yaptığı katkı nedeniyle Bursa Filarmoni Derneği de bu yılki "Kent Kültürüne Hizmet Ödülü" ne layık görülmüştür.

#### **ÇGD Spor Ödülü – Para-Taekwondo Dünya Şampiyonu Büşra Gör**

Yıldırım Belediyesporlu Milli Sporcu Büşra Gör, "engel tanımayan" mücadelesi ve başarılarıyla Bursa'nın ismini dünyaya duyuruyor. Son olarak 37 ülkeden 127 sporcunun katıldığı, 6. Para-Taekwondo Dünya Şampiyonası'nda Türkiye, şampiyonayı 7 madalya ile tamamlarken, Büşra Gör ülkemiz adına tek altın madalyayı kazanarak büyük bir başarıya imza attı.

## Hani elçiye zeval olmazdı!

Av. Şakir Çalışkan

Tahir Elçi'nin öldürüldüğünü duyduğumda üzüldüm. Mesleğim adına üzüldüm çünkü Tahir Elçi insan hakları alanında temayüz etmiş iyi bir avukattı. Ülkem adına üzüldüm çünkü savaş tüm barışseverleri vura vura hedefine doğru hızla ilerlemeye devam ediyordu. Halkım adına üzüldüm çünkü o hem kendi halkına, hem devlete, hem de devletle savaşan örgüte bir şeyler söyleyebilen, soyadıyla müsemma güzel bir elçiydi.

Biz bildirik ki, tarihte gaddar ve gözü kara hükümdarların hışmina uğramış istisnalar dışında elçiye zeval olmaz! Yani elçi, temsil ettiği ülke ya da kitle adına bir haber, bir mesaj iletir, elçi olduğundan dolayı da ona dokunulmazdı. Biz yine bildirik ki dünyanın en gaddar savaşçıları dahi insan hakları savunucularına saldırmamaya özen gösterir, öldürme konusunda onlara pozitif ayrımcılık uygulanırdı.

Diyarbakır'da bu bilgilerimiz hiç bir işe yaramadı. Güzel bir elçi, üstelik çatışmalar buradan uzak olsun dedikten sadece bir kaç dakika sonra devlet örgüt çatışmasının arasında kalarak hayatını kaybetti. Cinayet neredeyse herkesin gözü önünde, kameralar kayıttayken, onlarca insanın tanıklığında işlenmesine rağmen henüz katil bulunabilmiş değil. Sanki çok güçlü projektörler, hepsi birden Tahir Elçi'nin basın açıklaması







yaptığı yere odaklandı ya da güneş olanca haşmetiyle bütün ışınlarını cinayet mahalline topladı da gözleri kör etti. Genelde faili meçhul kalan/kalması istenen cinayetler karanlıkta ya da delilleri karartarak işlenir. Bu cinayet ise delilleri mümkün olduğunca çoğaltarak ve ışık körlüğüne sebep olacak kadar yoğun bir aydınlıkta işlendi. İki ateş arasında kalmış olması ihtimali devre dışı kalırsa, çok profesyonelce, ancak bir kaç istihbarat ve terör örgütünün birlikte kotarabileceği bir suikast olduğunu kabul etmek gerekir.

Kasten mi öldürüldü? Çok planlı ve ustaca kurgulanmış bir cinayete mi kurban gitti? Şimdilik bilemiyoruz. Bildiğimiz, alıcı yırtıcı kuşların arasında bir barış güvercini öldürüldü!

Kendisiyle şahsen tanışmıştım, derneğin Diyarbakır şubesine insan hakları seminerine gelmişti, ayaküstü biraz muhabbet etmiştik. Sıcak sevecen ve oldukça mütevazı bir insandı. Allah rahmet eylesin, başta eşi ve çocukları olmak üzere tüm sevenlerinin başı sağ olsun. Meselenin siyasi boyutuyla ilgili çok şey söylenebilir, söyleniyor, çoğu da insanları fazlasıyla üzüyor, yaraları daha fazla kaşıyıp kanatıyor. Bu yüzden işin politik boyutuyla alakalı bir şey söylemek istemiyorum. İnanıyorum ki, Tahir Elçi Sur ilçesindeki dört ayaklı tarihi minarenin çatışmalardan zarar görmesini bahane ederek, oraya çatışmalar dursun mesajı vermeye

gitmişti. Dursun dediği çatışmaların kurbanı oldu, yazık oldu. Gönül ister ki, bu son olsun! Ama yaşadığımız ülke ve yıllar bize bu acıları daha çok yaşayacağımızı öğretti. Çatışma "bitsin" demekle bitmez, öğrendik. "İnsanlar öldürülmesin!" demekle kahpe cinayetlerden kurtulamayacağımızı da anladık. Hiç değilse bıraksalar da, bir kenarda acımızı adam gibi yaşayabilsek. Yaşarken rahat vermedikleri insanları öldürdükten sonra bari rahat bıraksalar, cenazelerini çekip durmasalar. Allah rahmet eylesin Tahir Elçi. Ben şahitlik ederim ki, sen güzel bir insan ve iyi bir elçiydin. Mekânın cennet olsun. (Av.Şakir Çalışkan'ın 01.12.2015 tarihinde Lodos Haber'de yayınlanan köşe yazısı)



## Türkiye’de sürmekte olan silahlı çatışmanın çocuklar üzerindeki etkisi

### 29 – 30 Ocak 2016 Diyarbakır çalışma ziyareti

Konu ile ilgili kapsamlı bir rapor hazırlanmış olup, tüm Barolar tarafından eş zamanlı olarak kamuoyu ve il milletvekilleri ile paylaşılacaktır. Bu yazıda raporda yer alan konular özetlenmiştir.

8 Ocak 2016 tarihinde barolarımız tarafından Bursa’da bir çocuk çalışmayı gerçekleştirildi. Çalıştayda bir dizi karar alındı. Alınan kararlardan öncelikli olanı 29-30 Ocak 2016 tarihlerinde barolarımızın çocuk hakları temsilcileri ile Diyarbakır’da buluşmaktı. Belirtilen tarihte barolarımız Diyarbakır’da bir araya geldi. Amaç, silahlı çatışmaların çocuklar üzerindeki etkilerini araştırmak ve Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 38. maddesinin hayata geçirilmesi için yapılması gerekenleri saptamaktı. Araştırmalar, silahlı çatışmaların sürdüğü yerlerden biri olan Diyarbakır Sur ilçesi baz alınarak gerçekleştirildi. Çalışmada yalnızca çatışma içinde kalmış çocuklar değil, bu duruma tanıklık etmiş ya da anne ve babası çatışma bölgesinde yaşayan çocuklar da dikkate alınmıştır. Bu çalışmaya ülkemizin her bölgesindeki barolarımızdan gelen ve her biri çocuk alanında duyarlı ve bilgili 70’e yakın meslektaşımız katılmıştır. Meslektaşlarımızdan 8 birim oluşturulmuş, her birim Diyarbakır baromuzca daha önceden haberdar edilmiş, çatışma mağduru çocuklar ve ailelere ziyarette bulunmuştur. Ziyaretlerden sonra birimler resmi kurumlarla görüşmeler için yeniden görevlendirilmiş ve resmi kurumlarla görüşmeleri sağlanmıştır. Diyarbakır Valiliği, Büyükşehir Belediye Başkanlığı, Başsavcılık, İl Sağlık Müdürlüğü, İl Millî Eğitim Müdürlüğü Ve İnsan Hakları Derneği Diyarbakır Şubesi ile birebir görüşmeler yapılmıştır. Ertesi gün ise tüm meslektaşlarımız ile birlikte Diyarbakır merkezine 20 km uzaklıkta kurulan ve Fidanlık Kampı diye bilinen Ezidi Kampı ziyaret edilmiştir.

#### I. Hukuksal dayanaklar

Rapor hazırlanırken konu hakkındaki uluslararası sözleşmeler ve TC Anayasası 41. maddesi esas alınmıştır. ÇHS 38. maddesi esas alınarak; çocukların silahlı operasyonların etkilerinden korunması ve bu amaçla ihtiyaç duydukları yardım ve bakıma sahip olabilmeleri, çocukların kendileri gönüllü olsa bile silahlı güçlerle işbirliği yapmaya zorlanmaması ve silahlı çatışmadan etkilenen çocukların korunması konuları üzerinde durulmuştur.

#### II. Tespitler

II.1. Göç edenlerin yaşamları: Aile ziyaretleri, Sur ilçesinde ilk sokağa çıkma yasağında evlerini terk eden birden çok çocuğu olan aileler ile gerçekleştirilmiştir. Bu ziyaretlerde aileler tarafından heyete verilen bilgiler şunlardır: Aileler evlerinin patlayıcı madde ile yıkılması veya kolluk güçlerinin telkin ya da tehdidi ile evlerini terk etmiş durumda. Bazı aileler birden fazla kez yer değiştirmek zorunda kalmışlar. Ailelerin tamamı kiralık evlerde 250,00 TL’den başlayan kiralar ödemek zorunda. Bazı ailelere kaymakamlıklar, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı, belediyeler tarafından bir kereye mahsus para, yakıt veya gıda kolisi yardımı yapılmış. Çocukların bakımından sorumlu yetişkinler genellikle işsiz olduklarını, ev temizliği gibi geçici işlerde çalıştıklarını veya dilenmek zorunda kaldıklarını beyan ediyorlar. Bazı aileler göç ettiklerinden beri kendileri ile ilgilenen herhangi bir yetkili ile görüşmemişler. Taşındıkları evlerde elektrik, su, doğalgaz gibi hizmetler için yatırılması

gereken abonelik bedellerini karşılamak zorunda kalmışlar. Görüşülen aileler ergenlik çağındaki çocukların terörist muamelesi gördüğünü düşünüyor.

### Heyetin gözlemleri

Evlerin fiziksel koşulları çocukların oturmalarına müsait değil. Bazılarında cam bile yokken çoğunda ısınma sistemi yok; az odalı evlerde kalabalık nüfus içerisinde çocuklar yetişkinlerle birlikte kalmakta; mutfak, banyo, yatak ve yemek ihtiyacının karşılandığı odanın bir arada olduğu evler var. Ev içinde sahip olunan eşyalar temel ihtiyaçların karşılanmasına elverişli değil. Evlerinden ayrılırken hiç bir eşyalarını dolayısıyla çocukların eşyalarını hatta eğitim malzemelerini bile alamamışlar. Çocukların beslenmeleri için gerekli temel ihtiyaçların karşılanmasını dahi engelleyen ciddi bir ekonomik zorluk yaşanmakta, bu durumun fiziksel etkileri (yüzlerinde yaralar vb.) gözle görülmektedir. Yetişkinler çocukların yararlanabilecekleri eğitim, sosyal yardım olanaklarından haberdar değililer. Çocuklar eğitimlerine devam edemiyorlar. Bazı çocukların ise göç ettikleri mahallerin okullarına ikametlerinin bu mahallede olmaması sebebiyle kabul edilmedikleri bildirilmiştir. Her ailede bakıma muhtaç yetişkinler de (yaşlı, hasta, yaralı) bulunmaktadır.

### II.2. Tespitler

Çocuk ölümleri ve yaralanmaları

İl Sağlık Müdürlüğü, yaralıları ile ilgili verileri düzenli olarak takip etme faaliyeti çerçevesinde çocuklar ile ilgili verileri de takip etmektedir. Bireysel olarak yaralı her bir çocuğun sağlık durumu hastane düzeyinde takip edilmektedir.

Yaralı bildirildiği anda İl Sağlık Müdürlüğü ve Büyükşehir Belediyesi tarafından ambulans gönderildiği ancak ambulansın yaralıya ulaşmasının ve müdahalenin hemen yapılmasının can güvenliği nedeniyle her zaman mümkün olmadığı belirtilmiştir. Sağlık hizmetlerine erişim zorluğu yaşayan çocuklar olmasına rağmen buna sebebiyet veren durumla mücadeleye yönelik (bağımsız heyet daveti, zirhli ambulans temini vb.) bir stratejiden söz edilmemektedir. Yaralı çocukların veya yakınlarının ambulanslar aracılığı ile bölgeden çıkarılması sırasında soyarak arama yapıldığı, hem çocuk hem de çocuğunu hastaneye yetiştirmeye çalışan ebeveyn için bunun duyulan elem ve ızdırabı arttırıcı bir faktör olduğu ifade edilmektedir.

### Çatışma ortamında olma

Ziyaretlerin gerçekleştirildiği tarihte Sur ilçesinde top atışları ve silah sesleri devam etmekteydi. Sokağa çıkma yasağı öncesinde verilen süre içerisinde bulunduğu yerden ayrılamayan ailelerin çocuklarının korunmasına yönelik bir yöntemden söz edilmemektedir. Sokağa çıkma yasağında sokakta olan veya gösterilere katılan çocuklar ile ilgili olarak ailelere Kabahatler







Kanunu'na göre idari para cezası kesildiği ve ailelerin velayetin kaldırılması veya sağlık güvencelerinin iptali gibi yaptırımlar ile tehdit edildikleri beyan edilmektedir. Heyet, kamu çalışanlarının, çocukların silahlı çatışma ortamlarında korunması ve bu alanda kamunun yükümlülüklerine dair yeterli bilgiye sahip olmadığı kanaatini edinmiştir.

### **Barınma ihtiyacı**

Göç eden ailelere mensup çocukların önemli bir bölümü, güvenli ve temel ihtiyaçların sağlandığı bir konut olanağından yoksundur. Hem Valilik hem de Büyükşehir Belediyesi'nin evlerinden göç etmek zorunda kalan bütün aileleri yaşam alanlarında tespit etmek ve onlara destek olmak konusunda bir sosyal hizmet faaliyeti sürdürme gayreti içinde oldukları, ancak hâlihazırda sahip olunan işgücü ve kaynak ile bunu ihtiyacın aciliyeti ile uyumlu biçimde gerçekleştiremedikleri anlaşılmaktadır.

### **Beslenme ve sağlık kontrolleri**

Çatışma ortamında yaşamayı sürdüren hamile kadınlar, bebekler ve çocukların düzenli sağlık kontrollerinin yapılma imkânı yoktur. Düzenli sağlık hizmetleri can güvenliği tehdidi veya bu hizmetlerin verildiği binaların tahrip olması ya da güvenlik hizmetlerinde kullanılması nedeniyle verilememektedir. Ailelere zaman zaman gıda paketi dağıtılmakla birlikte, çocukların sağlıklı gelişebilmeleri için gerekli yeterli besini içeren yiyeceklere erişimlerini sağlayacak bir hizmet planı bulunmamaktadır. Çocukların

yeterli beslenme olanağına sahip olmadıkları gözlenmiştir.

### **Okula devamsızlık**

Sokağa çıkma yasağı olan yerlerde okulların kapalı, bazı okulların ise kullanılamaz halde olduğu bilgisi alınmıştır. Sokağa çıkma yasağı olmayan mahallerindeki çocukların devam ettiği okullarda da can güvenliği riski yaşanabildiği ve çocukların okula gitmekten çekindikleri dile getirilmektedir. Resmi makamların, adrese bakılmadan okula kayıtların yapılması yönünde okulların talimatlandırıldıklarını belirtmelerine rağmen ziyaret edilen aileler çocuklarının MERNİS sistemi nedeniyle okula kayıtlarının yapılmadığını belirtmişlerdir.

Ziyaret sırasında okula gitme olanağı bulunmayan çocuklar olduğu, Valilik tarafından da okula gönderilmeyen çocukların tespit edilmesi ve bildirilmesi halinde okula kayıtların yapılmasına çalışıldığı gözlenmiştir. 600 çocuğa sömestir tatili sırasında YİBO'da hızlandırılmış bir eğitim verildiği, geri kalanlar için de okullar açıldıktan sonra hafta sonları takviye kursları yapılacağı söylenmektedir. Hızlandırılmış eğitimin çocukların gereksinimlerine uygunluğu ve bu eğitimlerde kullanılacak materyal, program ve eğitici ihtiyacı ile ilgili bir değerlendirme hakkında bilgi edinilememiştir.

### **Ebeveyn kaybı**

Çatışmalar sırasında henüz tam sayısı

açıklanmamış olmakla birlikte pek çok yetişkinin hayatını kaybettiği bilinmektedir. Ülke geneline yayılan bu kaybın boyutu ve ebeveynleri ile yakınlarını kaybeden çocuklara yönelik destek hizmetleri hakkında bilgi edinmek mümkün olmamıştır.

### **Ruh sağlığını tehdit eden haller**

Çocukların çatışma ortamında yaşaması, beslenme, oynama, eğitim gibi temel ihtiyaçlarının karşılanmaması ve bunların belirsiz süre ile ertelenmesi, ebeveynlerini kaybetme veya ebeveynlerini kaybetme riski altında yaşama, yaralanmış veya ölmüş insanlar ve hatta hayvanlar ile aynı ortamda yaşama gibi ruh sağlığını örseleyen ciddi tehditler devam etmektedir. Bu zararların etkilerini azaltacak psiko sosyal destek kadar, çocukların bilgilendirilmesi ve sürecin yönetimine katılımının sağlanması gibi sağaltıma yardımcı olacak yaklaşımlardan henüz söz edilmemiştir. Sivil toplum örgütlerinin çocukların zaman geçirmesini sağlamaya yönelik faaliyetleri mevcuttur ancak bunlar da henüz yeterince yaygın ve sürekli değildir.

### **Suçlu muamelesi görme ve buna bağlı hak ihlalleri**

Özellikle ergenlik çağındaki çocuklar, terör örgütüne üyelik ile suçlanma ve buna bağlı olarak gözaltına alınma veya tutuklanma tehdidi altında bulunmaktadır. Çocuklara yönelik kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline dair örnekler kaygı vericidir.

### **II.3. Öneriler**

Yaşama ve tedavi olma hakkı  
Yaşam ve gelişme hakkı (ÇHS 6), devletlere aktif yükümlülük veren bir haktır. Silahlı

çatışma ortamlarında sivillerin korunmalarını hedefleyen bütün uluslararası sözleşmeler yaralıların sağlık hizmetlerine erişimi ve çocukların silahlı yaralanma ve öldürülmeye karşı korunmasına ilişkin taahhütler içerir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için uygun çözümlerin (zırhlı ambulans temini, bağımsız gözlemci bulundurulması, yardım koridoru oluşturulması gibi yöntemlerin) kullanılmasını beklemek toplumsal bir sorumluluk ve hak olarak kabul edilmeli ve bu talebin yerine getirilmesini sağlayacak bir çözüm bulunmalıdır.

### **Silahlı çatışmadan korunma hakkı:**

**ÇHS 38.1, 38.2, 38.3** maddeleri çocukların çatışmadan uzak tutulmasını, silah altına alınmamasını ve silahlı mücadelenin tarafı haline getirilmemesini öngörmektedir. Bu kapsamda, ÇHS 18. ve 9. maddelerine uygun olarak ebeveyni ile birlikte yaşama haklarına ve ebeveynlerin çocukların gelişim ve yetiştirilmesindeki yükümlülüklerine saygı kuralları gözetilerek silahla müdahale edilecek yerde çocukların bulunmamasını güvence altına alacak bir yol izlenmelidir. Bu yol kamuoyu ile paylaşılmalı ve gerekirse Cenevre Taahhütnamesi'ne uygun biçimde sivil gözlemcilerin de katılımı sağlanmalıdır. Çocuklar ve ebeveynlerin çatışma ortamlarından korunmaları içerisinde temel hizmetlere kesintisiz erişimlerini sağlayacak bir planlama da bulunmalıdır. Aynı zamanda çatışma ortamında kalan ve herhangi bir biçimde çatışmaya karışmış olan çocuklar varsa can güvenlikleri ve özgürlükleri güvence altına alınarak ortamdaki uzaklaştırılmalarına çalışılmalıdır. Yeterli yaşam standardına sahip olma hakkı  
Yeterli yaşam standardına sahip olma (ÇHS





27) ve çocuğa yeterli yaşam standardı sunmakla görevli ailenin devlet tarafından desteklenmesi (ÇHS 18) bir çocuk hakkıdır. Olağanüstü durumlarda, çocuklu ailelerin çocuğun esenliği ve güvenliği için gerekli konut, eşya, temel ihtiyaçlarını karşılamak olanağına sahip olması öncelikle ve acil olarak tesis gereken bir haktır. Bu yükümlülük yerine getirilirken, çocuklar için ihmal ve istismar açısından çok riskli olan bir konutta birden fazla ailenin konaklaması, çadır kent veya spor sahaları gibi büyük alanlarda konaklanması gibi uygulamalardan kaçınılması çocuğun ihmal ve istismardan korunma hakkı (ÇHS 19) bakımından elzemdir. Bu konuda acil olarak ihtiyaç tespiti ile ihtiyaçların karşılanmasına yönelik hizmetlerin sunulması için işbirliği yapılmalıdır. Bu illerdeki valilik, kaymakamlık ve belediyeler personel açısından komşu iller veya merkezi yönetimden katkılar ile desteklenmeli, İl düzeyinde kurumlar arası eşgüdümün sağlanması için acilen koordinasyon ekibi oluşturulmalı, tespit edilen ihtiyaçların hak temelli bir anlayışla karşılanmasını sağlayacak bir planlama yapılmalı ve tüm toplumun da desteği alınmalıdır.

### **Beslenme ve sağlık kontrolleri**

Çocukların gelişmelerinin önemli bir parçası olan yeterli besleyici gıda ve düzenli sağlık hizmetlerine erişim haklarını (ÇHS 24)

kullanamamaları, yaşamlarının bütününde taşıyacakları gelişim bozukluğundan kaynaklanacak hasarlara neden olacağı için insani değerleri zedeleyici bir ihaldir ve kabul edilemez. Hamilelerin, bebeklerin ve çocukların düzenli sağlık kontrollerinin yapılmaya başlanması için muhtarlar, sağlık ve eğitim çalışanları, sosyal hizmet çalışanları ile hızlı bir tarama ve bilgilendirme çalışması yapılmalıdır. Bunun için gerekirse iller arası işbirliği ile sosyal hizmet ve sağlık ekipleri güçlendirilmelidir. Hamilelerin, bebeklerin ve çocukların yeterli besleyici gıdalara ve gıda desteklerine erişimleri de hekimler aracılığı ile verilecek hizmet kapsamında planlanmalı ve yürütülmelidir.

### **Eğitim hakkı**

Çocukların eğitim olanaklarından uzak kalması, eğitim hakkının (ÇHS 18, 29, 30) birçok yönlü ile ihlal etmektedir. Hiç vakit geçirmeden eğitim ortamlarının düzenlenmesi yapılmalıdır. Silahlı müdahalelerden etkilenme riski olan yerlerdeki okulların risk durumları değerlendirilerek bu yerlerin korunması sağlanamayacağı anlaşıldığı takdirde çocukların bu risklerden arındırılmış yerlerde eğitim almaları sağlanmalıdır. Okula devam edemeyen çocukların eğitim öğretimde yaşatlarından çok geri kaldıkları, maruz kaldıkları tehditin yarattığı etkinin öğrenmeleri üzerinde olumsuz etkileri olacağı dikkate alınarak eğitim – öğretim

faaliyetleri uzmanların da desteği alınarak planlanmalı ve sunulmalıdır. Çocukların eğitimlerine devam edebilmeleri için eğitim giderleri desteğine ihtiyaçlar saptanmalı ve çocuklar ve aileleri bu ihtiyaçların karşılanması için desteklenmelidir. Bütün ülkede çocukların barış içinde yaşama anlayışlarını, farklılıklara saygı kültürünü geliştirici programlar oluşturulmalıdır.

### **Aile bakımına sahip olma hakkı**

Çatışmalarda hayatını kaybeden bütün yetişkinlerin çocuklarının tespiti sosyal çalışmanın öncelikli konularından biri olmalıdır. Ebeveynini veya bakım desteği veren yetişkini kaybeden çocuklara psiko sosyal ve ekonomik destek sağlanmalıdır. Ülke genelinde ebeveynlerini kaybeden çocukların kendi ailelerinde bakımlarının, bunun mümkün olmaması halinde aile bakımına en yakın biçimde bakım olanağına sahip olma haklarının (ÇHS 9) güvence altına alınması gerekmektedir.

### **Ruh sağlığı desteği**

Çocukların ruh sağlığını derinden zedeleyen uygulamalardan kaçınılması, doğan zararın giderilmesi için en uygun hizmetlerin sunulması sağlık hakkının (ÇHS 24) bir gereğidir. Çatışmanın olduğu illerde nüfusa oranla ruh sağlığı hizmetlerinde uzman ve mekan desteği sağlanmalıdır. Bu merkezlerde görev yapacak meslek elemanlarına uzmanlık dernekleri ve üniversiteler aracılığı ile eğitim ve süpervizyon desteği sağlanmalıdır. Yurt genelinde ebeveynleri çatışma bölgelerinde yaşayan, çalışan veya hayatını kaybeden çocukların ruh sağlığı hizmetlerine erişimini

sağlayacak bir sosyal hizmet desteği sunulmalıdır. Çocukların ruh sağlıklarının desteklenmesinin sadece bir terapi sürecinden ibaret olmadığı, çocuğa oyun, sosyal ve kültürel ortam, temel ihtiyaçların karşılanmasında istikrar, güvenli yaşam alanları gibi hakların sağlanması ile mümkün olduğu dikkate alınmalıdır.

### **Hak ihallerinin takibi ve önlenmesi**

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına (AİHS 5; ÇHS 37) uygun hareket edilmesine ilişkin uluslararası hukuka ek olarak silahlı çatışma ortamlarında çocuklar lehine bir güvence daha bulunması gerekmektedir. Çocukların Ceza Hukuku müdahalesinden ve özgürlüğü kısıtlayıcı müdahalelerden korunması esastır. Delil toplanmasına azami özenin gösterilmesi önemlidir. Ancak hepsinden önemlisi kamu görevlilerinin hukuka uygun hareket etmesinin sağlanmasıdır. Çatışma bölgelerinde gerek tahliye, gerek sağlık ve diğer yardımların ulaşması, gerekse ceza hukuku müdahalesi işlemlerinde uluslararası hukuka uygun olarak bağımsız gözlemci heyetlerin görev yapmasına olanak tanınmalıdır.

### **Fidanlık Kampı'na dair genel bilgiler**

26.08.2014 de kurulan, şu an sayıları -732'si çocuk- 1610 olan Şengalli Ezidilerin kaldığı Fidanlık Kampı'nda sivil toplum örgütleri, belediye ve halk sayesinde belli bir sistemin kurulduğu gözlemlenmiştir. Kamp her bölümü Diyarbakır'dan ayrı bir belediyenin ismini alan ve o belediye elemanlarının hizmet verdiği 5 bölümden oluşmaktadır. Her ay toplanan meclisleri ve sözcüleri mevcuttur.







Sağlık konusunda özellikle ağır hastalar için sıkıntılarının olduğu, kampta kalanların son 6 aydır sağlık desteği alamadıkları, sağlık merkezinin önceleri Tabipler Birliği ve Eczacılar Odası ile yürütüldüğü sonraları Ezidi doktorlar ve Yeryüzü doktorlarının geldiği öğrenilmiştir. Doğum sayısının fazla olduğu, eğitim için 6 derslik ve 3 kreş bulunduğu, çocuklar için oyun atölyeleri kurulduğu görülmüştür. En büyük sıkıntı çocuk maması ve çocuk bezi olduğu, gıdaların Rojava Derneği aracılığıyla sağlandığı, Hayata Destek Projesi kapsamında kişi başı 45 TL destek verildiği, psiko-sosyal destek sağlandığı kampta bir marketin kurulduğu öğrenilmiştir.

### **Ana talep barıştır...**

Silahlı çatışmalar hem maruz kalan her bir çocuğun bütün haklarını, hem ülke genelinde bütün çocukları, hem de çocukların bugünlerini ve yarınlarını tehdit etmektedir. Bir grup çocuk doğrudan çatışmaya maruz kalmaktadır, bir grup çocuk, ebeveyni çatışma ortamında yaşadığı veya çalıştığı için onları kaybetme riski ile karşı karşıyadır, bir grup çocuk buldukları ildaki çatışmaya uzaktan da olsa doğrudan maruz kalarak yaşamaktadır.



Ülkedeki bütün çocuklar ise silahlı çatışmalara, çocuk ölüm ve yaralanmaları başta olmak üzere silahlı çatışma mağduriyetlerine tanıklık etmektedir.

Bütün bunların engellenmesi bu ülkede yaşayan yetişkinlere, topluma ve devlete düşen önemli bir görevdir. Herkesi acil olarak ulusal ve uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülöklere uymaya, çocuklara borçlu olduğumuz öncelikle çatışmasız bir ortamı ve sonunda kalıcı barışı tesis etmek için elinden gelenin en iyisini yapmaya ve bu süreç boyunca çocuğun üstün yararını gözetmeye birinci önceliği vermeye çağırıyoruz. Bütün kamuoyunu ve yetkilileri bu süreçte çocukların taleplerini dinlemeye, onlara sorunun çözümüne katılım fırsatı vermeye davet ediyoruz.

### **Bu taleplerin hayata geçirilmesi için bize düşen görev farkıdayız...**

Barolar ve Çocuk Hakları Merkez ve Komisyonları olarak bu sürecin takipçisi olacak, alan ziyaretleri ile raporlama ve izleme çalışmalarımızı sürdüreceğiz. Hazırladığımız raporu ve bu alanda hazırlayacağımız diğer belgeleri bütün barolar eş zamanlı olarak kamuoyu ile il milletvekilleri ile paylaşacağız. Türkiye Büyük Millet Meclisinin konuyu ele almasını, bütün siyasi partilerin çocuğun yararını gözetmek esas çerçevesinde birleşerek hareket etmesini sağlamak üzere mecliste bir çocuk hakları komisyonu oluşturulmasını talep etmeyi ve bunu sağlamaya yönelik girişimlerimizi sürdüreceğiz.

# Çocuk Hak ve İhlallerinde Cezasızlığın Önlenmesinde Stratejik Yaklaşım ve Siyasetin Rolü Konferansı hakkındaki raporu

Stj. Av. Gamze Pamuk

## Çocuk Hak İhlallerinde Cezasızlığın Haritalandırılması – Ezgi Koman

Çocuk hak ihlallerinde cezasızlığın temel nedenleri; çocuk algısı ve hak arama mekanizmalarına erişim sorunlarıdır. Cezasızlığı tüm boyutları ve aktörleri ile görebileceğimiz bir resim ortaya koymak amacı ile "Stratejik Haritalama" sisteminin önemine değinen Ezgi Koman, çıkarılacak harita sayesinde Sivil toplum örgütlerinin de stratejik düşünebileceğini belirtti.

## Çocuğa yönelik cezasızlığın üç boyutu

1. İlk olarak yükümlülük sahiplerinin ihlaldeki sorumluluğu kabul etmesi, sorumluluklarla yüzleşmesi esastır.
2. İkincisi ihlalden doğan zararı tazmin etme, telafi etme, eski hale getirme sorumluluğudur.
3. Üçüncüsü ise ihlalin tekrarının önlenmesi için yapılması gerekenlere odaklanmaktır.

## Bir Kısır Döngü Olarak Cezasızlık – Kerem Altıparmak

"Cezasızlık bir sistem sorunudur çünkü ceza verilmedikçe ağır insan hakları ihlallerine neden olunmakta ve cezasızlık bir kısır döngüye dönüşmektedir. Türkiye'de demokrasi açığından ziyade hukukun üstünlüğünün tanınmaması meselesi vardır. Hukuk üstünlüğünün tanınmaması aslında cezasızlığın en büyük nedenidir. Tüm dünyada otoriter rejimler yükselişte ve durum 1980-90'lardan farklı. Bizzat hukuk "öğütücü" durumda yani bir cezasızlık sistemi mevcut. Cezasızlık, ifade özgürlüğü ile de doğrudan ilintilidir. Hakikatin önünü engellediğiniz zaman ceza adaletinin de önüne geçilmiş olunuyor. Devletin çocuklara karşı cezasızlığı kimliklerine göre işliyor. Türkiye'de ceza

Stj. Av. Nesrin Mısırlı

adaletinde çocuklar yalnızca çocuk olarak değil; Kürt çocuk, Roman çocuk, Alevi çocuk olarak değerlendiriliyorlar. Devlet, muteber görmediği çocukları hukuk korumasının dışına çıkarıyor."

## Cinsel Şiddet Vakalarında Cezasızlık – Av. Şahin Antakyalıoğlu

"Cinsel şiddet vakalarında yaşanan ve cezasızlığa sebebiyet veren ihlaller ilk olarak polis karakolunda başlıyor. Mağdur çocuğun öncelikle çocuk şubede dinlenmesi ve uygun ortam olması gerekiyor. Bunların olmayışı en baştan cezasızlığa neden olabiliyor çünkü mağdur çocuktan sağlıklı beyanlar alınmıyor, deliller uygun koşullarda toplanamıyor, eksik soruşturma yürütülüyor ve tüm bunlar cezasızlığa neden oluyor.

Alınan eksik ve hukuka aykırı beyanlar mahkeme aşamasında şüpheye sebep oluyor ve "şüpheden sanık yararlanır ilkesi" uygulanarak çocuğun mağduriyeti daha da fazlaştırılıyor. Ayrıca bu süreçte çocuk, toplum tarafından etiketleniyor. Mağduriyetler içinde kaybolan çocuk bir an önce bu etiketten kurtulmak amacı ile çoğunlukla şikâyetinden de vazgeçiyor. Böylece failler cezasız kalıyor."

## Okullarda Fiziksel Güvenlik ve Cezasızlık – Mehmet Onur Yılmaz

"Çocuklar okullarda neden ölüyor?" "Denetimsizlik ve standart dışı uygulamalardan dolayı okulların fiziksel koşulları çok kötü durumda. Mevcut okul yapı stoku fiziksel güvenlik açısından hiç denetlenmiyor. Bakımsız demir kapılar, okul bahçesinde açık unutulmuş çukurlar, önlem alınmayan ansöfor boşlukları, projersiz ve yanlış monte edilmiş lavabolar çocukları

öldürüyor. Okullardaki yenilenme, tadilat ve tamiratlar okul müdürlerinin inisiyatifinde ve denetimsiz, projersiz, onaysız şekilde yapılıyor. Eğitim sistemimizde, okulların çocuklar için fiziksel olarak güvenli olup olmadığını denetleyen hiçbir sistem yok. Eğitim mevzuatı bu anlamda kör ve sağır. Okullardaki her ölümün ardından yetkililer soruşturma yapma gereği duymadan ağız birliği yapmışçasına olayın bir kaza ve münferit bir vaka olduğunu belirten açıklamalar yapıyor. Oysa her yıl okullarda en az 20 çocuk yaşamını yitiriyor. Bu tür olayların ardından Milli Eğitim Bakanlığı çocuğun ve ailesinin tarafında durup çocuğun hakkını araması ve savunması gerekirken kendisini ( devleti ) ve sorumlu personelini savunmaya, çocukları suçlamaya geçiyor. Örneğin okuldaki ihmalkârlık yüzünden üzerine lavabo düşerek yaşamını yitiren Efe Boz olayında, devlete göre Efe yaramazdı bu sebeple mevcut ihlal meşru gösterilmeye çalışıldı. Ayrıca ailelere dava açmamaları konusunda psikolojik ve idari baskılar uygulanıyor, bu durum beraberinde cezasızlığı getiriyor.”

### **Yaşam Hakkı İhlallerinde Cezasızlık – Av. Rojhat Dilsiz**

Yaşam hakkı ihlallerinin geçmişte de bugün de en yoğun yaşandığı bir coğrafyadan geldiğini belirterek söze başlayan Av. Rojhat Dilsiz ise şunları kaydetti:

“Doksanlı yıllarda yaşanan hukuk dışı uygulamalar ve akabinde uygulanan cezasızlık durumu bu ihlallerin taşındığı ALİHM tarafından büyük cezalar verilerek kaldırıldı. Maalesef aradan yıllar geçmesine rağmen bugün aynı sistem “topyekün temizlik” adı altında sivil halka aynı zulmü uyguluyor. Sokağa çıkma yasağı süresince 200den fazla sivil hayatını kaybetti ve bu kayıplar her geçen gün artarak devam ediyor. Yaşanan hukuk dışı uygulamalara karşı başvurulabilecek tek yol olan yargı maalesef faillere ceza vermiyor. Spesifik olarak ele alabileceğimiz Yahya Menekşe dosyasında fail belli olmasına rağmen tüm aşamalarda etkin bir soruşturma yapılmamış, deliller toplanmamış ve fail polis memuru hakkında beraat kararı verilerek bu karar bir süre önce Yargıtay’da kesinleşmiştir. Aynı şekilde Nihat Kazanhan dosyasında da sadece bir kişinin üzerine suç yığılarak esas organizasyon bertaraf edilmeye

çalışılmaktadır. Yaşam hakkı ihlallerindeki cezasızlık hali benzer durumlardaki faillere güç veriyor. Nitekim yargı karşısında cezasızlık zırhından faydalanacağını bilen failler daha pervasızca hareket edebiliyorlar. Bu gücü de kendilerini koruma ve kollama görevi üstlenmiş olan iktidar odaklarından alıyorlar.”

### **Çocuk Hak İhlalleri ve Cezasızlıkla Mücadelede Medyanın Rolü – Gökçer Tahincioğlu**

“Fırat Simpil, Berkin Elvan, Mahsun Mızrak, Enes Ata dosyaları ile ilgili yaşam hakkı ihlallerinin medyada farklı ele alındığının farkında olmak önemli. Cezasızlık, vicdan ile ilgili değil; adalet ile ilgili bir mevzu. Çoğu sivil toplum kuruluşu bu dediğim şeye karşı çıksa da çocuklarla ilgili olan bitenlerin tüm çıplaklığı ile paylaşılması gerektiğine inanıyorum. Hikâyeler, raporlar ve atılan adımlar apaçık anlatılmalı, dönüştürücü olabilmek için ortak bir dil oluşturmak önemli. Yanımızdakileri ikna edebilmeliyiz. Çocukların başına gelenler ve bunu yapanlar duyurulmadıkça benzer olaylar da sıkça yaşanmaya devam edecektir.”

### **Çocuk İş Cinayetleri – Dr. Arif Müezzinoğlu İş cinayetleri raporları**

2013-----1235

14 yaş ve altında 18 çocuk işçi, 15-17 yaşında 41 çocuk/genç işçi

2014-----1886

14 yaş ve altında 19 çocuk işçi, 15-17 yaş arasında 35 çocuk/genç işçi

2015-----1730

14 yaş ve altında 18 çocuk işçi, 15-17 yaş arasında 45 çocuk/genç işçi

İş cinayetleri raporlarına bakıldığında yaşamını yitiren çocukların sayısı her yıl artmaktadır. Ancak raporlar ve istatistikler arasında farklar vardır, çalışan çocuklar kayıtsız olarak çalışmakta ve bu durum beraberinde birçok mağduriyeti doğurmaktadır. Ahmet Yıldız, Eren Eroğlu ve Velican Çelik davaları çocuk iş cinayetlerinde cezasızlığın en somut örneğidir.”

### **Kapalı Kurumlarda Cezasızlık – Av.Sabit Aktaş/Emrah Kırımsoy**

“Suça sürüklenen çocuk açısından öncelikle gözetilmesi gereken üstün yarar



ne yazık ki göz ardı ediliyor. Çocuğun hak ihlaline uğrayacağı mahkeme tarafından bilinmesine rağmen çocuğun aleyhine tutuklama kararları veriliyor. Çocuğun sürüklendiği suç gereğince cezalandırılması, bu cezalandırılmanın kapalı kurumda gerçekleştirilmesine dair kanaat çocuğun örselenmesine, istismar edilmesine zemin hazırlıyor. Çocuk, suç işlediği andan itibaren adeta yetişkin olarak kabul edilerek tutuklanmasına dair hüküm kurulmaya çalışılıyor; suça sürükleyen nedenler gözardı edilerek çocuğun korunması gereken üstün yararı korunmuyor. Çocuk kapalı kurumda kalmaya başladığında çoğu kez şiddete, istismara uğruyor. Bu istismarı kapalı kurumdaki memurdan ya da kapalı kurumda kalan başka suça sürüklenen çocuktan görüyor. Ancak bu durum çoğu kez cezasızlık ile sonuçlanıyor. Son yıllarda gündeme gelen Pozanti, Sincan ve Şakran cezaevlerindeki istismara yönelik yapılan raporlamalarda görülüyor ki; hak ihlalleri cezaevlerindeki kameraların görüş açısında olan yerlerde değil kör nokta olarak tabir ettiğimiz bölgelerde gerçekleştiriliyor. Çocuk istismara uğrasa da maruz kaldığı eylemlerle bir daha karşılaşmamak adına yaşadıklarını anlatamıyor. Bu durum da kamu görevlisinin cezasızlığına neden oluyor.”

### **Roman Çocukları – Av. Sinem Hun / Yücel Tuğal (Roman Hakları Derneği)**

“Roman çocukları özellikle eğitim hakkı hususunda hak ihlallerine uğruyorlar. Eğitim hakkı ihlali karşısında hukuki dayanaklarımız Anayasa'nın 10.maddesi ,Türk Ceza Kanunu'nun 122.maddesi ve 657 Sayılı Kanun'un 7. Ve 125. Maddeleri olurken ayrıca doğrudan ve dolaylı ayrımcılığa yönelik AİHM kararları (Sampani/ Yunanistan, Sampanis/ Yunanistan, D.H/ Çek Cumhuriyeti ,Orsus vd./ Hırvatistan, Horvat ve Kiss/ Macaristan) Sayılan kararlara ek olarak ana ilke olarak kabul ettiğimiz BROWN / ABD kararı (Eğitimde ayrı ama eşit prensibi geçerli olamaz. Ayrılmış eğitim mekanları doğaları gereği eşit olamazlar.) Yasalarla güvence altına alınmış olmasına rağmen roman çocuklarının eğitim hakkı ihlaline uğraması önlenemiyor. Nefret ve ayrımcılık suç sayılmasına rağmen çocuklar roman oldukları için diğer çocuklardan ayrı muamele görüyorlar. Adrese dayalı sisteme göre okullara yerleştirilen çocukların aileleri

çocuklarının roman çocuklarla birlikte eğitim görmesini istemiyorlar. Roman çocukları azınlık olduklarında dışlanıyorlar. Bu durum da çocuğun verimini, eğitim görme isteğini düşürüyor. Öğretmenlere bu hususta büyük görevler düşerken çoğu zaman karşılaştığımız tablo hiç iç açıcı olmuyor. Öğretmen roman çocuğun eğitim hayatının sırf roman uyruklu olduğu için kısa süreliğinden hareketle diğer çocuklara verdiği eğitimi vermiyor. Okul idarecilerinin, gözetilmesi gereken bu dengede sorumluluklarını yerine getirmediği durumlarla da karşılaşılıyor. Aile, çocuğunun roman çocuk ile eğitim görmesini istemediğinde eşitlik prensibi gereğince hareket etmesi gereken okul idaresi roman çocuklarına ayrı bir sınıf oluşturma gibi yanlış bir yola başvuruyor. İdareciler çocuğun eğitim ve öğretimi konusunda temel görevli olmalarına rağmen toplumsal önyargılarını mesleklerinin üstünde görerek roman çocuğunun hak ihlaline maruz kalmasına; eğitim hayatının kısa sürmesine sebep olabiliyorlar.”

### **Cezasızlıkla Mücadelede Siyasetin Rolü Nedir? –**

#### **CHP Milletvekili Av. Şenal Sarıhan ve HDP Milletvekili Burcu Çelik Özkan**

“Özellikle çatışma bölgesinde yaşayan çocukların hak ihlalleri ile ilgili olarak mevcut İnsan Hakları Komisyonunun çalışmaları yeterli olmuyor. Başta cezasızlık sorunu olmak üzere çocukların yaşadığı hak ihlallerine yönelik gerekli çalışmanın yapılması için mecliste “Çocuk Hakları Komisyonu” kurulması gerektiğini düşünüyoruz. Çatışma bölgesinde yaşanan ihlallerin hangi boyutlara vardığını bilmemize rağmen mevcut komisyon ile bu ihlallerin çözümüne yönelik çalışmalar ne yazık ki yeterli değil. Ayrıca komisyonun kapsamı gereği gündem yoğunluğu sebebiyle yaşanan sorunlara gerekli özen gösterilmiyor. Muhalefet partileri olarak addedilmemiz sebebiyle yaşanan hak ihlallerine dair verdiğimiz önergeler ise eleştiriliyor ve verilmesi gereken önem verilmiyor. Tüm partilerin bu hususta ortak paydada buluşması gerektiğini düşünüyoruz” şeklinde konuşan milletvekili katılımcılar oturum boyunca anlatılan olayların ve değinilen konuların meclis gündeminde yer alması, komisyonca değerlendirilmesi hususunda vekil olarak üzerlerine düşeni yapmaya hazır olduklarını dile getirdiler.

## Kaybettiklerimiz



Av.ERDOĞAN BAYRAM 26.06.1936-02.02.2015



Av.HALİL KARAATLI 20.07.2015



Av.HALİL MUHSİN İÇMEN 03.09.1927-23.01.2015



Av.HALİT DEMİRÖZ 15.03.1930-16.03.2015



Av.HASAN VARLIK 01.08.1951-25.11.2014



Av.HİKMET BESLER 24.10.1949-08.01.2016



Av.MURAT KARAMAN 12.01.1967-15.12.2014



Av.RAİF DEĞER BARKUT 01.01.1935-16.12.2014



Av.ŞEKİP YILMAZ 01.07.1940-31.07.2015



Av.ŞÜKRÜ UYAR 05.05.1946-10.06.2015

# Engelli hakları

Av. Ali Rıza Ataer

1789 İnsan Hakları Bildirgesi'nin 1. maddesinde, "İnsanlar özgür ve haklar bakımından eşit doğarlar" hükmüne yer verilmiştir.

İnsan hakları, insanlara sadece insan oldukları için verilmiştir. Bunun için insan olarak doğmak yeterlidir. İnsan Hakları Hukuku açısından bir insanın beyaz ya da zenci olmasının, kadın ya da erkek olmasının, zengin ya da fakir olmasının, kültürlü ya da cahil olmasının hiçbir önemi olmadığı gibi, sağlıklı veya özürlü olmasının da hiçbir önemi yoktur. Her insan doğduğu andan öldüğü ana kadar bu haklara eşit olarak sahiptir. 1789 İnsan Hakları Bildirgesi'nin 1. maddesinde, "İnsanlar özgür ve haklar bakımından eşit doğarlar" hükmüne yer verilmiştir.

## Engellilerin hukuki hakları

Engelli hakları Anayasa'mız ile teminat altına alınmıştır. İnsan hakları, uluslararası en üst düzey haklardır ve bu yüzden her hukuk devletinde anayasal düzeyde tanınırlar. Bizim Anayasa'mızda da insan hakları, "Temel Hak ve Ödevler" başlığı altında düzenlenmiştir. Engellilerin hakları da kuşkusuz insan haklarına dâhildir ve engelli vatandaşlar için devlete bir takım ödevler yüklenmektedir. En başta, 1982 Anayasası'nın 2. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti bir sosyal hukuk devletidir ve sosyal devlet olmanın gereği olarak sakat ve engelli vatandaşları topluma kazandırmakla ve onların kimseye muhtaç olmadan yaşayabilmelerini sağlamakla yükümlüdür. Anayasa'nın belirli maddelerinde engelli vatandaşların özel olarak korunacağı belirtilmiştir. Eğitim ve öğretim hakkının düzenlendiği 42. maddenin 8. fıkrasında, "Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları

topluma yararlı kılacak tedbirleri alır" hükmü kabul edilmiştir. Eğitim ve öğretim kurumlarında engelli öğrencilerle özel olarak ilgilenilmesi ve gerekiyorsa bunlar için ayrı ve özel programlar uygulanmasının hukukî gerekliliği bu hükümden doğar. Anayasa, devleti, bununla ilgili yasal düzenlemeler yapmakla yükümlü kılmıştır. Anayasa'nın 49. maddesine göre, "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir." Bu hükümdeki "herkes" kelimesi çok önemlidir. Çünkü buradan, engelli olsun ya da olmasın tüm vatandaşların çalışma hakkına sahip oldukları ve çalışmanın aynı zamanda bir ödev olduğu sonucu çıkmaktadır. 50. maddenin 2. fıkrasında da, bedenî veya ruhî yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacakları öngörülmüştür. Kamu hizmetine girme bakımından 70. madde, "Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir" denmiştir. 2. fıkrada bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." Yani kamu hizmetinde engelliler kendi niteliklerine uygun işlerde çalıştırılacaklardır. Tabii ki bu kural özel sektör için de geçerlidir.

4857 Sayılı İş Kanunu'nda sosyal devlet olmanın bir gereği olarak gerekli bazı düzenlemeler yapılmıştır. İş Kanunu'nun 30. maddesine göre, işverenler, 50 veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde, özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru işçiyi meslek, beden ve ruhî durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin oranı yüzde

altıdır. Ancak, özürliüler için belirlenecek oran, toplam oranın yarısından az olamaz. Buradan çıkan sonuç, bu yüzde altılık oranın en az yüzde üçlük bölümünün engelli işçilere ayrılacak olduğudur. 50 işçi çalıştıran işverenler ise en az iki engelli ve bir eski hükümlü çalıştırmak zorundadırlar. İşverenin işçisi iken sakatlananlara öncelik tanınacaktır. Bedeni, zihni veya ruhi özrü, oran olarak %40 ilâ %70 arasında olanlar bu hükümden faydalanırlar. Bu oranı saptayacak olan Resmi Sağlık Kurulu'dur. Şayet, sakat kişinin %70 oranından daha fazla bedensel özrü bulunuyorsa, bir işte verimli bir şekilde çalışabileceği sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi halinde, Sakatların İstihdamı Hakkındaki Tüzük'ün 2. maddesine göre "sakat" sayılıp işe alınacaktır. Yeraltı ve sualtı işlerinde engelli işçi çalıştırılmaz ve işçi sayısının tespitinde buralarda çalışan engelliler hesaba katılmaz.

Bir işyerinden malûlen ayrılmak zorunda kalan ve daha sonra malûliyeti ortadan kalkan işçiler, eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bu kişileri eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe, başka isteklere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aksi halde, tekrar işe almadığı bu eski işçisine altı aylık ücret tutarında tazminat ödemek zorunda kalır. Sakatlanan işçi kendi istek ve arzusuyla işten çıkarılmış olsa da bu hükümden yararlanır. İşverenler, çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığıyla sağlarlar. Sakatların İstihdamı Hakkında Tüzük'ün 8. maddesine göre, işyerinde 50 ya da daha fazla işçi çalıştırmaya başladıkları anda işverenler, bir ay içerisinde bu durumu kuruma bildirmekle yükümlüdürler. Kurum da her açık iş için uygun engelli kişileri 15 gün içinde işverene bildirmek zorundadır. İşveren seçtiği kişilerle hizmet sözleşmesi yapacaktır. İşe almadığı engelli kişileri ise hangi sebeple kabul etmediğini 15 gün içinde kuruma bildirecektir. Kurumun ikinci kez bildirdiği sakat ve eski hükümlüyü işveren işe almak zorundadır. Bir Yargıtay kararına göre, yasanın bu emredici hükmü karşısında sakat ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünden, kadro açığının bulunmaması gerekçe gösterilerek kaçınılamaz. İşveren, engelli olsun ya da olmasın işe aldığı herkesle hizmet akdi, yani iş sözleşmesi yapmak

zorundadır. İş Kanunu uyarınca bir yıl ve daha uzun süreli iş sözleşmeleri yazılı şekilde yapılmak zorundadır. İşveren, sakat kimseyi veya eski hükümlüyü ve şartları gerçekleştirdiği takdirde malûliyeti ortadan kalkan işçiyi, işe almamakta direnirse, işvereni sözleşme yapmaya zorlayabilecek bir hukuki yol bulunmamaktadır. Bu yolun sağlanması için yasal düzenleme yapılması işçiler açısından faydalı olacaktır. Bu durumda olan engelli işçi, sadece ihbar ve şikâyet yoluyla cezai hükümleri işverene uygulamak imkânına sahiptir. İşveren, çalıştırmadığı her sakat ve eski hükümlü için her ay ayrı ayrı ağır para cezasına mahkûm olacaktır. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamazlar. Tahsil edilen bu para cezaları, engelli ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurma ve bu gibi projelerde kullanılmak üzere Türkiye İş Kurumu'na aktarılır. İş Kanunu, işverenlerin yasal bir zorunlulukları olmadan, kendi özgür iradeleriyle engelli vatandaşları istihdam etmelerini sağlayabilecek bir teşvik hükmüne de yer vermiştir. 30. maddenin 10. fıkrasına göre; işverenler, kanunî oranların daha da üstünde özür, eski hükümlü ve terör mağduru işçi çalıştırılırsa veya 50'den az işçi çalıştırdıkları halde yani engelli işçi çalıştırma yükümlülüğü olmanasına rağmen bu kişileri işe alırlarsa, ya da çalışmaya gücünü yüzde seksenden daha fazla kaybetmiş birini çalıştırılırsa, her bir özür için işveren, sigorta prim hisselerinin sadece yüzde ellisini kendisi öder, yüzde ellisini ise hazine öder. Sadece özel sektör değil, kamu kurum ve kuruluşları da engelli işçi çalıştırmakla mükelleftir. Aksi takdirde, bunlar da aynı özel sektör gibi ağır para cezalarıyla karşı karşıya kalırlar. Devlet bunu kendisi yapmazsa, idari yargı yoluyla tazminata mahkûm edilir. Özel sektörde mevcut işçi sayısının en az %3'ü engellilerden oluşmak zorundayken, bu oran kamuda %4'tür. Bu konuda kamu kurum ve kuruluşlarını, Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı denetler. Engelli vatandaşların kamu işine yerleştirilmeleri için her yıl özel sınav açılır ve söz konusu kamu sektörü özelleştirilse bile burada daha önce işe başlamış olan engelli kişi işten çıkarılamaz. Eğer bu yer kapanacak olursa, engelli işçi, o ildeki Türkiye İş Kurumu'na başvurur ve bu yolla kendisine normalin iki misli kadar iş kaybı tazminatı ödenir.



5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 25. Madde'ye göre, sigortalının veya işverenin talebi üzerine kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu, 4. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60'ını, (c) bendi kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün en az % 60'ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybettiği Kurum Sağlık Kurulu'nca tespit edilen sigortalı, malul sayılır. Ancak, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce sigortalının çalışma gücünün % 60'ını veya vazifesini yapamayacak derecede meslekte kazanma gücünü kaybettiği önceden veya sonradan tespit edilirse, sigortalı bu hastalık veya engelliliği sebebiyle malullük aylığından yararlanamaz.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 28. maddesi ve 8. fıkrası ile daha önce sosyal güvenlik hukukunda olmayan ve kapsama giren kadın sigortalıların yaşlılık sigortası açısından hem prim ödeme gün sayısını arttıran ve hem de emeklilik yaşı indirimi avantajı getiren yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanmasında talebinde bulunan kadın sigortalılardan başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu bulunanların, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte biri, prim ödeme gün sayıları toplamına eklenen ve eklenen bu süreler emeklilik yaş hadlerinden de indirilir.

5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun'da ve ilgili diğer mevzuat hükümlerinde 2012 ve en son 2014 yıllarında esaslı değişiklikler yapılmış; engellilerin toplumsal hayata diğer bireylerle eşit koşullarda tam ve etkin katılımlarının sağlanması ve engelliliği önleyici tedbirlerin alınması için gerekli bazı düzenlemeler yapılmıştır: 4. maddeye göre, engellilerin tüm hak ve hizmetlerden yararlanması için fırsat eşliğinin sağlanması esastır.

13. maddeye göre, engellilerin meslek seçebilmesi ve bu alanda eğitim alabilmesi için gerekli tedbirler alınır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılan iş ve meslek analizleri doğrultusunda engelliler için Millî Eğitim Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca mesleki rehabilitasyon, rehabilitasyon ve eğitim programları geliştirilir. 15. madde ile hiçbir gerekçeyle engellilerin eğitim alması engellenemez hükmü getirilerek; engelli çocuklara, gençlere ve yetişkinlere, özel durumlara ve farklılıkları dikkate alınarak, bütünleştirilmiş ortamlarda ve engelli olmayanlarla eşit eğitim imkânının sağlanacağı devletin görevlerinden olduğu belirtilmiştir. Yine 2014 değişikliklerinden sonra çıkarılan Engelli Kamu Personel Seçme Sınavı ve Engellilerin Devlet Memurluğuna Alınmaları Hakkında Yönetmeliği 10. maddede engellilerin istihdam edileceği uygun münhal kadro bulunmadığı takdirde hizmet gereklerine ve genel hükümlere göre diğer münhal kadrolarda değişiklik yapılarak gerekli kadrolar temin edilir hükmü getirilerek engelli personelin istihdam edileceği birimlerin engellilerin engel durumları dikkate alınarak ilgili kamu kurum veya kuruluşunca belirleneceği ifade olunmuştur. 16. Maddede, kamu kurum ve kuruluşları çalışma yerlerini ve eklentilerini, engellilerin erişebilirliğine uygun duruma getirmek, engellilerin çalışmalarını kolaylaştıracak gerekli tedbirleri almak ve engellilerin görev yaptıkları kadronun gereği olan işleri yapabilmeleri için engel durumlarına göre gerek duyulan yardımcı ve destekleyici araç ve gereçleri temin etmek zorundadır. Engelliler, engelliliklerini artırıcı ve ek engel getirici işlerde çalıştırılmaz, hükmü yer almaktadır.

2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun çerçevesinde 18 yaşını bitirmiş ve herhangi bir yerden geliri olmayanlar emekli sandığına veya bulunduğu yerdeki valilik veya kaymakamlık makamlarına başvuru yaparak 2022 sayılı yasa gereğince aylık bağlanmasını talep edebilir. 2. maddeye göre başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek şekilde engelli olduklarını ilgili mevzuatı çerçevesinde alınacak

sağlık kurulu raporu ile kanıtlayan, 18 yaşını dolduran Türk vatandaşı engellilerden; sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar veya nafaka bağlanmış ya da nafaka bağlanması mümkün olanlar hariç olmak üzere, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe (4.860) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda ve ilgili mevzuatı çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile engelli olduklarını kanıtlayan, 18 yaşını dolduran ve talebine rağmen Türkiye İş Kurumu tarafından işe yerleştirilememiş olan Türk vatandaşlarından; sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar veya nafaka bağlanmış ya da nafaka bağlanması mümkün olanlar hariç olmak üzere, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe (3.240) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda aylık bağlanır.

Aynı maddede engelli bakımını üstlenenler için de düzenleme yer almaktadır. Buna göre, nafaka bağlanan veya nafaka bağlanması mümkün olanlar ile sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birinden her ne nam altında olursa olsun aylık hakkından yararlanan durumda ya da uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışan durumunda kendisine bakmakla yükümlü bir yakını bulunan engelli çocuklar hariç olmak kaydıyla; Türk vatandaşı olan, 18 yaşını tamamlamamış ve ilgili mevzuatı çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile engelli oldukları kanıtlanmış durumundaki engelli bakımını üstlenen yakınlarının Türk vatandaşlarından, her ne nam altında olursa olsun her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı

16 yaşından büyükler için belirlenmiş olan asgari ücretin aylık net tutarının 1/3'ünden daha az olan ve sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe ve bakım ilişkisini fiilen gerçekleştirmeleri kaydıyla, (3.240) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda aylık bağlanır. Ancak, yukarıda bahsi geçen engellilerden veya aylık bağlanacak engelli yakınlarından, her ne nam altında olursa olsun her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı, 16 yaşından büyükler için belirlenmiş olan asgari ücretin aylık net tutarının 1/3'ünden fazla olanlar ile aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olan kimseler muhtaç kabul edilemez ve kendilerine aylık bağlanamaz. Ayrıca, 2828 sayılı kanun hükümlerine göre harçlık ödenenler de muhtaç olarak kabul edilemez ve kendilerine bu kanun hükümlerine göre aylık bağlanamaz.

Aylık bağlanmasına esas teşkil eden engellilik oranı değişen kişilerin aylıkları durumlarına göre yeniden tespit olunur. Engellilik oranı, bu kanuna göre aylık bağlanması gereken oranın altına düşen kişiler ile üçüncü fıkrada belirtilen aylık ortalama gelir tutarından fazla gelir elde etmeye başlayan kişilerin aylıkları kesilir. 2. madde İkinci fıkraya kapsamına giren 18 yaşından küçük engelliler, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 60. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (3) numaralı alt bendi kapsamına girenlere ilişkin hükümler çerçevesinde genel sağlık sigortasından yararlandırılır. Bu engellilerin bakımı amacıyla ikinci fıkraya göre aylık bağlanacak kişilerden genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar 5510 sayılı kanunun 60. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında kabul edilir. Yukarıda izah olunan aylık almaya hak kazanacak şekilde engelli olduğunu belgeleyen ve herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan yetim olarak aylık veya gelir almakta olan çocuklardan bu kurumlardan aldıkları aylık veya gelir toplamı tutarları, bu madde gereğince durumlarına göre ödenebilecek tutardan daha az olanlara; aradaki fark ilgili sosyal

güvenlik kurumu tarafından (birden fazla sosyal güvenlik kurumundan aylık veya gelir alanlar için yalnızca tercih edecekleri bir sosyal güvenlik kurumu tarafından) ödenir ve bu şekilde ödenen tutarlar hazineden tahsil edilir. Aylık bağlanmasına esas teşkil eden engellilik oranı değişen kişilerin aylıkları durumlarına göre yeniden tespit olunur. Engellilik oranı, bu Kanuna göre aylık bağlanması gereken oranın altına düşen kişiler ile üçüncü fıkrada belirtilen aylık ortalama gelir tutarından fazla gelir elde etmeye başlayan kişilerin aylıkları kesilir. Tüm bu aylıklar yazılı olarak başvuru yapıldığında, yasa ve yönetmeliklerde yer alan esaslara göre belirlenir ve miktarları belirtilen katsayılara göre belirlenir.

2012 ve 2014 yıllarında çıkarılan diğer yakın tarihli bazı yasa ve yönetmelikler; Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (6518 sayılı kanun), Engelli Kamu Personel Seçme Sınavı ve Engellilerin Devlet Memurluğuna Alınmaları Hakkında Yönetmelik, Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırmayan İşverenlerden Tahsil Edilen İdari Para Cezalarını Kullanmaya Yetkili Komisyona Dair Yönetmelik, Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelik, Bakıma Muhtaç Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliği, Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği, Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik'tir.

### **Diğer engelli hakları ile engellilere sağlanan indirimler**

Son yıllarda özellikle 2012 yılından bu yana yasalarda ve ilgili mevzuat hükümlerinde engelliler lehine pozitif ayrımcılık olarak nitelendirilebileceğimiz birçok düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler ile birlikte kamu kurumları ve özel sektör tarafından engellilere indirimler sağlanmaktadır. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından hazırlanan 04.03.2014 tarihli ve 28931 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ücretsiz veya İndirimli Seyahat Kartları Yönetmeliği'ne göre engelliler için sağlık kurulu raporuyla % 40 ve üzerinde engelli olduğunu belgeleyen Türk vatandaşlarının

kendileri, ağır engellilerin ise kendileri ile birlikte birden fazla olmamak üzere beraber seyahat ettikleri refakatçilerine, demiryolları ve denizyollarının şehir içi ve şehirlerarası hatlarından, belediyelere, belediyeler tarafından kurulan şirketlere, birlik, müessese ve işletmelere veya belediyeler tarafından yetki verilen özel şahıs ya da şirketlere ait şehir içi toplu taşıma hizmetlerinden (engelli kartı ile birlikte) ücretsiz olarak yararlanma hakkı tanınmaktadır.

\* Engelliler H sınıfı sürücü belgesi alarak özel tertibatlı araç kullanabilirler. H sınıfı sürücü belgesine sahip olan özürlüler yurt içinden aldıkları özel tertibatlı otomobillerde, katma değer vergisi indiriminden yararlanmakta ve taşıt alım vergisinden muaf tutulmaktadır. H sınıfı sürücü belgesi olan engellilerden uygun şartları taşıyanların yurt dışından getirecekleri özel tertibatlı otomobiller için gümrük vergisi muafiyeti vardır. El ve ayak fonksiyonunu tamamen yitirmiş bulunan engellilerin yurt dışından getirecekleri özel tertibatlı minibusler gümrük vergisinden muafdir.

\* 4760 Sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7. maddesine göre, II sayılı listedeki kayıt ve tescile tabi mallardan, münhasıran aracı sakatlığına uygun hareket ettirici özel tertibatlı bulunanların malul ve sakatlar tarafından beş yılda bir defaya mahsus olarak bizzat (ya da bizzat kullanma amacıyla engelliliğine uygun hareket ettirici özel tertibat yaptıran malul ve engelliler tarafından) kullanılmak üzere ve %90 ve üstü oranda raporu bulunan tüm özürlüler yeni otomobil ve bir kısım ticari araçlarda ÖTV'den muafırlar. Ayrıca 197 Sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun 4. maddesine göre, bizzat maluller tarafından kullanılan ve %90 ve üstü oranda raporu bulunan tüm engelliler motorlu taşıtlar vergisinden müstesnadır. Ayrıca engelli vatandaşlarımız kendi işini kurduğunda gelir vergisi indiriminden yararlanabilir.

\* Serbest meslek erbabı ve ücretli çalışan engelli vatandaşlarımız ile kendisi engelli olmasa bile ailesinde engelli kişi bulunan serbest meslek erbabı ile ücretliler meslekleriyle ilgili vergi indiriminden yararlanırlar.

\* Engelli çocuğun resmi veya özel eğitim merkezlerinde aldıkları gelişim ve eğitime ilişkin giderlerin bir kısmı çalışılan kurum, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bütçe uygulama talimatları çerçevesinde karşılanmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumu'na bağlı kişilerin çocuklarının özel eğitimleri için azami hadleri yasa ve yönetmeliklerle belirlenmiş şekilde eğitim yardımı yapılmaktadır. Yükseköğretim kurumuna girmeye hak kazanan ve kayıt yaptırarak öğretime başlayan öğrenci ilk yılında bulunduğu ilin valiliği bünyesindeki Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı'na başvurması durumunda, Başbakanlık Bursu'ndan yararlandırılır. Ayrıca yardımcı ders araç gereçlerinin temini konusunda engelli öğrenciye destek verilmektedir. Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü'nün öğrenci yurtlarından engelli öğrenciler istemde bulunmaları halinde yararlanabilmektedirler. Kredi ve Yurtlar Kurumu tarafından uygulanan harç ve öğrenim kredisi tahsisinde %40 ve üzerinde özürü olduğunu belgeleyenlere öncelik tanımakta ve harç kredisinin geri ödenmesinde yönetim kurulu kararı ile %50 indirim yapılmaktadır.

\* 572 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Madde 26 (Seçmen kütüğü yazımı sırasında, seçmenin oyunu kullanmasını engelleyecek bir özürü olduğu varsa, forma kaydedilir) ve 27 (Sandık; okul avlusu veya salonları, mabetlerin elverişli kısımları gibi geniş, umumi yerler ile engelli olan seçmenin oyunu kolaylıkla kullanacağı yerlere konur. Açık yerlerde, saçağı, sahanlığı, sundurması bulunan yerler seçilir) gereğince oy kullanırken seçim kurullarının engelliler için düzenleme yapmaları gerekmektedir.

\* İmar Mevzuatı'na ulaşılabilirlikle (fiziksel engellerin kaldırılmasıyla) ilgili hükümler eklenmiştir. Buna göre, kaldırımlar, yaya yolları, konutlar ve umumi binalar engellilerin ulaşılabilirliğine uygun olarak yapılmak durumundadır.

\* Belediyeler 572 sayılı kanun hükmünde kararname gereğince engellilere uygun düzenlemeleri standartlara uygun olarak yapmak zorundadır. 1580 Sayılı Belediyeler

ve 3030 sayılı Büyükşehir Belediyeleri yasaları, belediyelere ait ve belediyeler tarafından işletilen veya kiraya verilen büfeler, otoparklar gibi işyerlerinin özürülüler tarafından işletilmesi konusunda kolaylık getirmiştir.

Buna göre belediyeler, ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yaparak genç ve yetişkin özürülüler için bölgenin işgücü piyasasına uygun mesleklerde, meslek ve beceri kazandırma kursları, iş eğitim merkezleri ve yaşam evleri açmak; ulaşım araçlarının engellilerin kullanımına ve ulaşılabilirliğine uygun olmasını sağlamak ve engelliler için ulaşım ile sosyal ve kültürel amaçlı hizmetlerden ücret almamak veya indirimli tarife uygulamak, büyükşehir belediyelerine ait ve büyükşehir belediyeleri tarafından işletilen veya kiraya verilen büfeler, otoparklar gibi işyerlerinin özürülüler tarafından işletilmesi konusunda kolaylık sağlamak. Bu maddede sayılan her türlü yapılar ve çevresinin, yolların, park, bahçe ve rekreasyon alanlarının, sosyal ve kültürel hizmet alanları ile ulaşım araçlarının özürülülerin kullanımına ve ulaşılabilirliğine uygun olarak yapılmasını sağlamak ve denetlemek, imar planlarının yapımı ve uygulanması ile yapıların inşaat ve iskân ruhsatı aşamasında, Türk Standartları Enstitüsü'nün ilgili standardına uygunluk sağlamak, uygulamaları denetlemek ve bütünlüğü sağlayıcı tedbirler almak; ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yaparak genç ve yetişkin özürülüler için bölgenin işgücü piyasasına uygun mesleklerde, meslek ve beceri kazandırma kursları, iş eğitim merkezleri ve yaşam evleri açmak; engelliler için ulaşım ile sosyal ve kültürel amaçlı hizmetlerden ücret almamak veya indirimli tarife uygulamak, belediyelere ait ve belediyeler tarafından işletilen veya kiraya verilen büfeler, otoparklar gibi işyerlerinin engelliler tarafından işletilmesi konusunda kolaylık sağlamak zorundadır.

\* 572 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Madde 17 gereğince engellilerin kullandığı araç ve gereçler il ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları tarafından karşılanabilmektedir.

\* Sosyal güvenlik kuruluşlarınca karşılanan protez, araç ve gereçlerin standartlara uygun

olarak sağlanması gerekmektedir.

\* Kamu kurumlarının engelli memur çalıştırma yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin takip ve denetiminden Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı sorumlu ve yetkilidir.

Kurumlarca engelli vatandaşlarımız ayrılan boş devlet memuru kadroları için Engelli Kamu Personeli Seçme Sınavları yapılmaktadır. Sınav duyuruları Devlet Personel Başkanlığı tarafından resmi gazetede, baskı sayısı yüksek ulusal gazetelerde ve TRT Televizyon ve radyo kanalları aracılığıyla yapılmaktadır. Kurumlar sınav duyurularında işin özelliği gerektirmediği sürece engelli grupları arasında bir ayırım yapamayacağı gibi özür oranında da üst sınır getiremeyeceklerdir.

\* Kurum ve kuruluşlar çalışma yerlerini engelli vatandaşlarımızın çalışmasını kolaylaştıracak şekilde düzenlemek gerekli tedbirleri almak ve engelli vatandaşlarımızın çalışmaları ile ilgili özel araç ve gereçleri temin etmek zorundadır.

\* Ülkemizde engelli vatandaşlarımız için Türkiye İş Kurumu, halk eğitim merkezleri, mesleki eğitim merkezleri, özel dershaneler, belediyeler ve engellilerle ilgili dernek ve vakıflar tarafından meslek edindirme kursları açılmaktadır.

\* Engelli vatandaşlarımızın çalıştığı kamu kurum ve kuruluşu özelleştirme kapsamındaysa, kapatma ve tasfiye halleri dışında engelli vatandaşlarımız işten çıkartılamaz. Özelleştirme sonucunda engelli vatandaşlarımızın çalıştığı kurum veya kuruluşun tasfiye edilmesi veya kapatması halinde işine son verirse bulunan ildeki Türkiye İş Kurumu'na başvurulmalıdır. Bu durumda iş kaybı tazminatı, kanunun diğer çalışanlara tanıdığı hakların iki katı oranında ödenmektedir.

\* Sosyal güvenlik kurumlarında BAĞ-KUR hariç olmaz üzere (SSK, Emekli Sandığı) iyileştirme hükümleri sayesinde engelsiz sigortalılara nazaran daha erken emekli olma olanağı sağlanmıştır.

\* Engellilerle ilgili sivil toplum örgütleri, 2908 sayılı kanuna göre dernekler, federasyonlar ve konfederasyon şeklinde örgütlenmiştir.

\* Engellilerin profesyonel olarak spor yapmaları için devlet bakanlığına bağlı engelliler spor federasyonları vardır.

\* Üniversite sınavı sırasında ortopedik ve görme özürlü bulunanlar için uygun düzenlenmiş sınav mekânları hazırlanır, görme engelliler ve az görenler için 30 dakikalık ek sınav süresi verilir, sınav sorularını okuyacak ve söylenecek yanıtları yazacak uygun eğitimde ve düzgün diksiyonlu "yardımcı refakatçi" eşliğinde sınava girme olanağı tanınır. Az gören üniversite öğrencileri fakülte/yüksekokul/bölüm amirliklerine yazılı olarak başvurarak sınav sorularını büyük puntolu harflerle yazılmış olarak sağlayabilirler.

\* Devlet tiyatroları, gösterilerini engellilere ücretsiz sunmaktadır.

\* Türk Hava Yolları tarafından, iç ve dış hat seferlerinde geçerli kimi ücretlerde genel veya kısmi felç sonucu refakatçisiz hareket edemeyen veya kısıtlı hareket edebilen yolculara (engelli olduğunu belgeleyen engellilere), görme engelli (%90 ve üzerinde görme engelliler), her iki ayağını ve/veya bacağına kullanamayan yolculara, uçak içinde herhangi bir durumda fiziksel ve/veya zihinsel nedenlerle kişisel güvenlikleri veya konforları (yemek, tuvalet vb.) kendilerine yeterli olmak konusunda engelle karşılaşacak ve hızlı hareket etmeleri istendiğinde bunu yerine getiremeyen yolculara ve refakatçilerine iç hat seyahatlerde %20, dış hatlarda ise %40 oranında "engelli ve refakatçi indirimi" uygulanmaktadır.

\* Milli parklar, tabiat parkları, tabiat koruma alanları ve tabiat anıtları girişinde, harp malulü, gaziler ve engelliler kimliklerini ibraz etmek suretiyle ücretsiz faydalanmaktadır. Özelleştirilen işletmelerde sözleşmeye göre uygulama yapılmaktadır. Ayrıca çadır ve karavan yeri ücretinde %50 indirim uygulanmaktadır.

## **Saygılarımla.**



# Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümünde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile 2004 sayılı İcra İflas Kanunu arasındaki gelişikili hükümlerden doğan sıkıntılar

**Av. Ali Rıza Ataer**

2004 Sayılı İcra İflas Kanunu 42 ve devamı maddelerde düzenlenmiş bulunan İlimsiz Takip (Haciz) Yolu, -icra dairesinden ödeme emri tebliği talebi için alacağı belgelemesi şartının aranmamasından ve itiraz ile takip durduğundan- tüketicilere karşı sıklıkla kullanılan bir takip yoludur. Özellikle 4077 ve 6502 sayılı yasaların kapsamındaki abonelik, finansal ve diğer sözleşmelerde satıcı, sağlayıcı ya da hizmet veren gerçek ve tüzel kişiler, yasalardaki eksiklikler ve tüketicilerin haklarından habersiz olmaları sebepleriyle uyuşmazlıkların çözümünde hakem heyetine başvuru yapmaksızın alacaklarını tahsil etmek için ilimsiz takip – kısa- yolunu kullanmaktadır.

28.05.2014 tarihinde 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle ve tüketici işlemi kapsamının genişletilmesiyle 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu'nda tüketici haklarının korunmasına yönelik değişiklik yapma zorunluluğu doğmuştur.

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 22, 5. fıkra hükmü "Değeri beş yüz milyon liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu uyuşmazlıklarda heyetin vereceği kararlar tarafları bağlar. Bu kararlar İcra ve İflas Kanunu'nun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir. Taraflar bu kararlara karşı on beş gün içinde tüketici mahkemesine itiraz edebilirler. İtiraz, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak, talep edilmesi şartıyla hâkim, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir. Tüketici Sorunları Hakem Heyeti

kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir." şeklindedir. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 68, 1. fıkra hükmü "Değeri iki bin Türk Lirası'nın altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk Lirası'nın altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz." şeklindedir.

İlimsiz icra takiplerinde itiraz durumunda izlenecek yol ise 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu 67. maddesinde düzenlenmiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun madde 67, 1. fıkrasına göre; "Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir."

Anayasa Mahkemesi'nin 27 Aralık 2007 tarihli ve 26739 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 31/05/2007 tarih ve 2007/53 esas, 2007/61 karar sayılı kararı ile; "...Yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir merciin mahkeme olarak kabul edilmesi için kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla itirazı düzenlenmesi, karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılmalarının, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına

göre düzenlenmiş olması ve Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer almasının gerekli olduğu, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin ise 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un değişik 22. maddesine göre, illerde Sanayi ve Ticaret İl Müdürü veya görevlendireceği bir memur, ilçelerde kaymakam veya görevlendireceği bir memur başkanlığında, belediye, baro, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkar odası ve tüketici örgütlerinden seçilerek görevlendirilecek beş kişiden oluştuğu, tüketici sorunları hakem heyetlerinin, yargı organlarının ve mensuplarının Anayasa'da belirtilen niteliklerine sahip olmadığı gerekçesiyle "mahkeme" niteliği taşımadığına..." şeklinde karar verilmiştir. Buna göre, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti mahkeme niteliğinde değildir.

Tüketicinin korunması hakkında dava kapsamındaki uyuşmazlıkların, ilamsız takibe konulmadan önce, hakem heyetlerinde çözülmesi gerektiği konusunda 2005 yılından beri Yargıtay yerleşik uygulaması bulunmaktadır. Yargıtay 13. HD 2004/13486 E., 2005/1775 K. nolu 08.02.2005 tarihli kararda, "...Somut olayımızda dava konusu alacağın miktarı 357.070.000 lira olup Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvurulmadan icra takibi yapılmış, itiraz üzerine de davacı tarafından 11.05.2004 tarihinde itirazın iptali talebiyle bu dava açılmıştır. Öyle olunca davacının 4077 Sayılı yasanın 22/5. maddesine göre dava açılabilmesi şartı gerçekleşmemiştir. Mahkemece bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde aksi düşüncelerle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."; Yargıtay 13. HD 2006/6760 E., 2006/11218 K. numaralı 06.07.2006 tarihli kararda, "...4077 sayılı yasanın 22. maddesinin beşinci fıkrasıyla da, değeri 500.000.000 Türk Lirası'nın altında bulunan uyuşmazlıklarda Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvuru zorunluluğu getirilmiş, başvuruda tüketici, satıcı, sağlayıcı ayırımı yapılmamıştır.

Somut olayda, uyuşmazlık konusu asıl alacak 143.763.855 lira olduğuna göre Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvurulmadan açılan bir davanın dinlenme olanağı yoktur. Mahkemece davanın bu nedenle reddi

gerekir."; Yargıtay 13. HD 2008/4346 E., 2008/7975 K. numaralı 06.06.2008 tarihli kararda, "...Dosyanın incelenmesinden, dava konusu asıl alacak miktarının 218.30 YTL olduğu ve davacının Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvurmayarak doğrudan Tüketici Mahkemesi'nde itirazın iptali davası açtığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece dava açabilme şartı gerçekleşmediğinden davanın reddine karar verilmesi gerekir." ve Yargıtay 13. HD 2015/10571 E., 2015/8738 K. nolu 18.03.2015 tarihli kararda, "...6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 70/2.maddesinde, il ve ilçe tüketici hakem heyetlerinin verdiği kararların tarafları bağlayacağı ve İcra ve İflas Kanunu'nun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlere göre yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, verdiği karar ilamlı icra yolu ile takibi mümkün olan Tüketici Hakem Heyetine müracaat etmeden ilamsız icra takibi yapmakta tüketicinin hukuki yararı yoktur. Bu durumda tüketici hakem heyetine müracaat edilip uyuşmazlıkla ilgili olarak bir karar almadan icra takibi yapılamayacağı gibi, tüketici mahkemesinde de dava açılmaz. Buna rağmen icra takibi yapılması ve icra takibine itiraz edilmesi halinde ise itirazın iptali istemiyle tüketici hakem heyetine müracaat edilemez." şeklinde kararlar vermiştir. Yargıtay'ın, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında belirlenmiş parasal sınırın altındaki uyuşmazlıklarda görev yönünden vardığı sonuç aynıdır. Yargıtay, on yıldan fazla süreden beri Tüketici Mahkemesi'ne başvuranın şartı olarak Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvuruyu şart olarak görmüş; -bu konuda her ne kadar İçtihadı Birleştirme Kararı olmasa da- Anayasa Mahkemesi'nin kararı, 4077 Sayılı Yasa md 22 5. fıkraya ve 6502 sayılı Yasa madde 68 1. fıkraya ve 2004 Sayılı Yasa madde 67 1. fıkraya hükümlerinin açıklığı karşısında; ilamsız icra takibinde itirazın iptali için başvuru halinde hakem heyetlerinin (mahkeme olmadıklarından) itirazın iptali kararı veremeyeceğini ve takibe hakem heyeti kararı ile devam edilemeyeceğini yerleşik uygulamasıyla benimsemiştir.

### **Sonuç olarak;**

4077 sayılı kanun madde 22, 5. fıkraya hüküm ve devamında 6502 sayılı kanun madde 68, 1. fıkraya hüküm ve Yargıtay'ın on yılı aşkın süredir benimsemiş olduğu

uygulama ile Tüketici Hukuku mevzuatına giren "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamındaki (2015 yılı için 3.30,00 TL altındaki) uyuşmazlıkların çözümü için tüketici hakem heyetine müracaat edilip uyuşmazlıkla ilgili olarak bir karar almadan icra takibi yapılamayacağı gibi, tüketici mahkemesinde de dava açılmaz" hükmü ve uygulamasının İllamsız Takip (Haciz) Yolu'nu

düzenleyen 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu 42 ve devamı maddelerindeki hükümlerle çeliştiği aşikârdır. Yasa koyucuya da düşen en kısa zamanda bu çelişkinin giderilmesi yönünde adım atarak İllamsız Takip (Haciz) Yolu'nu düzenleyen 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu 42 ve devamı maddelerinde değişiklik yapmasıdır. Saygılarımla.

### **T.C. YARGITAY 13. Hukuk Dairesi**

ESAS NO : 2015/10571  
KARAR NO : 2015/8738  
KARAR T. : 18.03.2015

### **YARGITAY İLAMI**

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

#### **KARAR**

Davacı, davalı ile konut kredisine ilişkin sözleşme imzalandığını, davalının kredi kullanımı öncesinde ödediği 850 TL ipotek tesis ve ekspertiz ücretinin tahsilini için icra takibi yaptığını, itiraz üzerine davalının Şanlıurfa Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvurarak itirazın iptalini istediğini, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin 21.04.2014 tarih ve 2013/1751 sayılı kararı ile; itirazın iptali ile takibin devamına karar verdiğini, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin, mahkemenin yerine geçerek itirazın iptaline karar veremeyeceğini ileri sürerek, Şanlıurfa Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin 21.04.2014 tarih ve 2013/1751 sayılı kararının iptalini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş, karar Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca kanun yararına temyiz edilmiştir.

Dava, Tüketici Hakem Heyeti kararının iptali istemine ilişkindir.

Taraflar arasında konut kredisi sözleşmesi bulunduğu ve davacı banka tarafından 850 TL masraf alındığı hususu uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin görev alanına giren bir uyuşmazlıkla ilgili olarak hakem heyetine

müracaat etmeksizin icra takibi yapıp yapılamayacağı, icra takibinin yapılması halinde de Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin itirazın iptali ile takibin devamına ve icra inkâr tazminatı istemine ilişkin karar verme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususundadır.

Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne müracaatın yapıldığı tarihte yürürlükte olan 4077 sayılı yasanın 22. maddesinin beşinci fıkrasıyla, değeri 1.161,67 TL'nin altında bulunan uyuşmazlıklarda Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Somut olayda, uyuşmazlık konusu asıl alacak 850 TL olduğuna göre, davalının icra takibi yapmadan önce Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne müracaatı zorunludur.

Uyuşmazlığın değeri itibarıyla tüketici hakem heyetinin görev alanına girmesine rağmen tüketici hakem heyetine müracaat etmeksizin icra takibi yapılması ve icra takibine itiraz edilmesi halinde itirazın iptali isteminin nereden isteneceği hususunda, 28.05.2014 tarihinden önce yürürlükte bulunan 4077 sayılı kanunda ve 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı kanunda özel bir düzenleme yapılmamıştır.

Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından, uyuşmazlığın değeri itibarıyla tüketici hakem heyetinin görev alanına girmesine rağmen tüketici hakem heyetine müracaat etmeksizin icra takibi yapılması ve icra takibine itiraz edilmesi halinde itirazın iptali istemlerinin tüketici hakem heyeti tarafından incelenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Ancak, bu konuda sağlıklı bir sonuca

ulaşabilmek için itirazın iptali davasının düzenlendiği yasa maddelerinin ve tüketici hakem heyetinin niteliğine ilişkin yüksek yargı kararlarının incelenmesi gerekir.

İtirazın iptali davası, 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 67.maddesinde düzenlenmiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun 67.maddesine göre; takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir. Yasadaki bu açık hüküm nedeniyle itirazın iptali ancak mahkemeden istenebilir.

İtirazın iptaline ilişkin istem hakkında karar verme yetkisi mahkemede olduğuna göre, tüketici hakem heyetinin mahkeme niteliğinde olup olmadığının tartışılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin 31/05/2007 tarih ve 2007/53 esas, 2007/61 karar sayılı kararı ile; yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir merciin mahkeme olarak kabul edilmesi için kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla itirazı düzenlenmesi, karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılmalarının, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması ve Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer almasının gerekli olduğu, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin ise 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un değişik 22. maddesine göre, illerde Sanayi ve Ticaret İl Müdürü veya görevlendireceği bir memur, ilçelerde kaymakam veya görevlendireceği bir memur başkanlığında, belediye, baro, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkar odası ve tüketici örgütlerinden seçilerek görevlendirilecek beş kişiden oluştuğu, tüketici sorunları hakem heyetlerinin, yargı organlarının ve mensuplarının Anayasa'da belirtilen niteliklerine sahip olmadığı gerekçesiyle "mahkeme" niteliği taşımadığına karar verilmiştir. Buna göre,

Tüketici Sorunları Hakem Heyeti mahkeme niteliğinde değildir.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne müracaat edildiği tarihte yürürlükte olan 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22.maddesi ile davanın açıldığı tarihte ve karar tarihinde yürürlükte olan 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68.maddesinde belirlenen miktarın altında kalan uyuşmazlıklar için icra takibi yapılmadan veya dava açılmadan önce tüketici hakem heyetine müracaat edilmesi zorunludur.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 70/2. maddesinde, il ve ilçe tüketici hakem heyetlerinin verdiği kararların tarafları bağlayacağı ve İcra ve İflas Kanunu'nun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlere göre yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, verdiği karar ilamı icra yolu ile takibi mümkün olan Tüketici Hakem Heyetine müracaat etmeden ilamsız icra takibi yapmakta tüketicinin hukuki yararı yoktur.

Bu durumda tüketici hakem heyetine müracaat edilip uyuşmazlıkla ilgili olarak bir karar almadan icra takibi yapılamayacağı gibi, tüketici mahkemesinde de dava açılmaz. Buna rağmen icra takibi yapılması ve icra takibine itiraz edilmesi halinde ise itirazın iptali istemiyle tüketici hakem heyetine müracaat edilemez.

Bu halde de, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68.maddesindeki açık hüküm nedeniyle tüketici mahkemesinin, uyuşmazlığın esasıyla ilgili karar verme yetkisi bulunmamaktadır.

Hal böyle olunca mahkemece, tüketici hakem heyetinin, itirazın iptaline ilişkin istem hakkında karar verme yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle tüketici hakem heyeti kararının iptaline karar verilmesi gerekirken, tüketici hakem heyetinin bu konuda karar verme yetkisinin olup olmadığı da tartışılmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. Açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma talebinin kabulü gerekmiştir.

# Somutlaştırma yükü ve ikrar ile bunların özelinde ıslah

Av. Alpay Şahinakman

Benim çok sevdiğim Mark Twain'in güzel bir sözü vardır "Gerçek, ayakkabılarını giymeden; yalan, dünyanın yarısını dolaşmış olur" diye.

## 1. Giriş

İşte yalanı dolanı ortaya çıkarmak ve özellikle gerçeği, doğruyu bazen geç de olsa ortaya çıkaran, usul hukukunun avukatlara tanıdığı çok önemli araçlardan birisi olan ve geçmişte "Delil İkame Yükü" olarak adlandırılan ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) içerisinde açıklanmayan bu kavram, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile önemini artırarak, ilk defa "Somutlaştırma Yükü" adıyla, yeni kanunda tarif edilmiştir.

İkrar ise geçmiş dönemde, özellikle kanunlarını dışarıdan alarak kendi bünyesine uyarılma çabası içerisinde olunmasından dolayı, çeşitli hukuk sistemlerinin etkisi altında; Fransa'da "Delillerin Kraliçesi" olarak değer bulurken, Anglo Sakson ülkelerinde delil olarak kabul edilmemiş(1)" olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de tartışma konusu olmuş, delil olup olmadığı hep tartışılmıştır.

Yine "ıslah" ise 6100 sayılı HMK içerisinde; 1086 sayılı HUMK'a nazaran farklı bir düzenlemeye tabi tutularak, daha açıklayıcı, sınırları belirgin bir yapıya kavuşturulmuştur. 6100 sayılı HMK'da bu üç konuda yapılan düzenlemenin, inceleme yapmaksızın ilk bakışta bile kanunun değiştirilme amaçlarına uygun olduğu sonucuna varabiliriz. Çünkü söz konusu kanun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının sık sık vurgu yaptığı "Adil yargılanma hakkı ve makul sürede davanın bitirilmesi" hususlarındaki eleştirilerine, bir tedbir niteliğinde olmakla birlikte, aynı zamanda, deyim yerindeyse geçmiş kanun döneminde yaşanan davayı

aç ve atıye bırak anlayışını yıkacak, davanın safhalandırılması yani "teksif" ilkesi ile de uyumlu hale getirilmesinin bir gerekliliğidir.

Benim buradaki amacım; birbiri ile bağlantılı olduğunu kıymetlendirdiğim bu üç konuyu, 6100 sayılı HMK'da nerede nasıl düzenlenmişler, 1086 sayılı HUMK'dan farklı yönleri nelerdir, ikrar delil sistemi içerisinde değerlendirilebilir mi, ikrarın somutlaştırma yükü içerisinde yer alması mümkün mü, acaba zamanında yerine getirilmeyen, somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesinin veya eksik olarak yerine getirilmesinin telafisi mümkün mü, bu kapsamda ıslah kurumunun burada kullanılıp kullanılmayacağı gibi hususları ele alarak, inceleme yapmak, olabildiğince konuya ait yukarıda yer alan sorulara açıklık getirmeye çalışmaktır.

## 2. Mevcut durum

Konunun birinci ayağı olan "somutlaştırma yükü" 6100 sayılı HMK içerisinde "Somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi" başlığı altında Madde 194'te(1) "Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır(2). Tarafların dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur." şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca "Sonradan delil gösterilmesi" başlığı altında Madde 145'te(1), "Taraflar, kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülemediği ilgili tarafın kusurundan



kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir." ifadesi yer almıştır.

Konunun ikinci ayağı olan "ikrar" ise 6100 sayılı HMK "ikrar" başlığı altında Madde 188'de(1), "Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez(2). Maddi bir hatadan kaynaklanmadıkça ikrardan dönülemez. (3). Sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar tarafları bağlamaz" şeklinde ifade edilmiştir.

Konunun üçüncü ayağı olan "islah" ise 6100 sayılı HMK içerisinde; "Islah ve maddi hataların düzeltilmesi" başlığı altında Madde 176 ila 182 arasında düzenlenmiş, Madde 176'da(1), "Taraflardan her biri, yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen islah edebilir(2). Aynı davada, taraflar ancak bir kez islah yoluna başvurabilir." denmiştir. "Islahın etkisi" başlığı altında Madde 179'da(1), "Islah, bunu yapan tarafın teşmil edeceği noktadan itibaren, bütün usul işlemlerinin yapılmamış sayılması sonucunu doğurur(2). Ancak ikrar, tanık ifadeleri, bilirkişi raporu ve beyanları, keşif ve isticvap tutanakları, yerine getirilmiş olan veya henüz yerine getirilmemiş olmakla beraber, karşı tarafın yerine getireceği islahatın önce bildirilmiş olması koşuluyla, yeminin teklifi, reddi veya iadesi islah ile geçersiz kılınmaz(3). Şu kadar ki, islahatın sonra yapılacak tahkikat sonucuna göre, bu işlemlerin göz önünde tutulması gerekmiyorsa, bunlar da yapılmamış sayılır." şeklinde yer almıştır.

### 3.İnceleme

6100 sayılı HMK'nın belki de en büyük amacı; kamu yararı nedeniyle resen soruşturulmasına gerek duyulmayan taraflarca getirilme/hazırlanma ilkesi çerçevesinde değerlendirilen dava ve işlerde, olabildiğince az duruşma yapılarak sonuca gitmek olduğu aşikârdır. Kanun içerisinde buna koşul olarak yapılan düzenlemelerin yargılama safhalarının tam olarak belirlenmesi, birisi bitmeden diğerine geçilememesi, ön inceleme safhasının konulmuş olması; dilekçelerin içeriğinde yer alan hususların özellikle dilekçenin zorunlu unsuru olmamasına rağmen vakia ve bunların ispatı için gerekli olan delillerin

sunulmasını, bu kapsamda gerek müvekkille gerekse tanıklarla dava öncesinde çok iyi bir görüşme yapmayı ve delillerin belirlenmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır. Yoksa iddia sahibinin, davasını usul kurallarına uymamaktan dolayı kaybetmesi kesindir. Çünkü dilekçeler ile sunmadığınız delilli, bir daha sunma imkânı bulamayacağız. Bu durum, bir vatandaş için kabul edilebilir iken, bir avukat için hiçbir zaman kabul edilebilir olmayacaktır. Hatta mesleki sorumluluğun yerine getirmemesi nedeniyle, müvekkili tarafından suçlanma veya şikâyet ve cezai yaptırımlarla karşılaşabileceğiz. Belki de en kötüsü şu anda karşılaştığımız gibi kaçarcasına duruşma salonundan ayrılmak olacaktır. Yeni kanunun ruhu; bize bir film yönetmeni gibi önceden senaryomuzu hazırlamamızı, oyuncularımızın rol ve repliklerini dinlememizi, kısaca davayı önceden yaşamımızı istiyor. Halen devam eden, duruşma sırasında, tanık tarafından mahkemeye karşı, "Avukatım böyle söylememi istedi" gibi bir olayla karşılaşılabilineceği ve mahcubiyet veya yönlendirme suçlaması ile muhatap olmamak anlayışı ile hareket etmek, bunun sonucunda da haklı davaların kaybedilmesine neden olabilecektir. Herhalde hiçbir avukat, kendi tanıklarının ifadesi ile açtığı bir davada iddiasının yersiz olduğu duruma düşmek istemez. Buradan tanıklarla görüşmek kavramından, onları yönlendirmek anlayışı çıkarılmamalıdır. Çünkü yargılamanın süjesi olan bir avukatın görevi de, müvekkilinin tamamen haklılığını kanıtlamak değil, ne kadar haklı ise onu ortaya koymaktır. Önceden hazırlıklarını tam olarak yapan avukat, müvekkili ve tanıkları da dinledikten sonra davasına konu iddiasını da kaybedeceği şekilde planlamayacak, sonucunda da mahcup olmayacak, hatta çevresinde de işini bilmeyen durumuna düşmeyecektir. Avukatın, davanın kazanılmasına garanti vermemek, yalnızca dikkat ve özen yükümlülüğü ile bağlı olması da bunu gerektirir.

İşte HMK'nın özel bir önem attığı somutlaştırma yükü, özü itibarıyla "Tarafların iddiasını haklı kılacak vakıaları, hangi delillerle ispat edeceklerini ortaya koymaları" anlamına gelmektedir. Çünkü mahkeme, iddiaya esas vakıaların ispatı ölçüsünde, hükme esas olacak kararını verecektir. Bu

zaten taraflarca getirilme ilkesinin de bir sonucudur. Yani taraflar, maddî gerçeğin ne olduğu konusunda, yargıcı ikna edebileceği, vakialara uygun ve yine HMK ile izin verilen delilleri mahkemenin önüne getirmekle yükümlüdür.

Yukarıda, kanun içerisinde yer aldığı şekli verilen "somutlaştırma yükü"; 6100 sayılı HMK ile ilk defa düzenlenmiş, kanunun gerekçesinde bu madde yeni bir düzenlemedir. Maddenin amacı, bir yandan ispatın genel hükümleri çerçevesinde temel bir kavrama vermek iken, diğer yandan da uygulamada genel geçer ifadelerle somut vakialara dayanmayan davaların açılıp yürütülmesinin önüne geçmektir. Birinci fıkrada, somutlaştırma yükü düzenlenmiştir. Bir davada, ispat faaliyetinin tam olarak yürütülebilmesi, mahkemenin uyumsuzluğu doğru tespit ederek yargılama yapabilmesi, karşı tarafın ileri sürülen vakialara karşı kendini savunabilmesi için iddia edilen vakiaların açık ve somut olarak ortaya konulması gerekir. Taraflar, haklarını dayandırdıkları hukuk kuralının aradığı koşul vakialara uygun, somut vakiaları açıkça ortaya koymalıdır. Bu vakiaların somut olarak ileri sürülmesi, ilgi taraf için bir yüküdür; bu yükü yerine getirmeyen sonuçlarına katlanacaktır.

İkinci fıkrada, somutlaştırma yükünün delillerle ilişkisi ortaya konulmuştur. Dava açılırken ve cevap dilekçesi verilirken taraflar, dayandıkları vakiaların hangi delillerle ispat edilebileceğini de belirtmek zorundadırlar. Özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda, mahkemenin doğru yürütebilmesi ve makul bir sürede karar verebilmesi için delillerin vakialarla bağlantısını kurarak mahkeme önüne getirilmiş olması gerekir. Bu da tarafların dayandıkları delilleri ve her bir delilin hangi vakianın ispatı için kullanılacağını belirtmeleriyle mümkündür. (Hükümet gerekçesi madde 198)(2) ifadeleriyle düzenlenmiştir.

Gerekçeden de anlaşılacağı üzere, doğru ve makul sürede karar verilebilmesi, somutlaştırma yükünün taraflarca tam olarak yerine getirilmesine bağlı iken, yerine getirmeyenin sonucuna katlanacağı, açık bir şekilde belirtilmektedir. Söz konusu yükün taraflarca yerine getirileceği safha ise

yine 6100 sayılı HMK içerisinde, yine sözü geçen kanun içerisinde "Yazılı Yargılama" dâhilinde, üçüncü kısım birinci bölüm, "Dava dilekçesinin içeriği" başlığı altında madde 119'da; (1) dava dilekçesinde aşağıdaki hususlar bulunur:

e) Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakiaların sıra numarası altında açık özetleri.  
f) İddia edilen her bir vakianın hangi delillerle ispat edileceği(2).

Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması halinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. "Bu süre içerisinde eksikliğin tamamlanmaması halinde dava açılmamış sayılır." şeklinde düzenlenerek, yine gerekçesinde de somutlaştırma yüküne atıf yapılarak konuya açıklık getirilmiştir. Benzer hususlar "Cevap dilekçesi içeriği" başlığı altında, madde 129'da (d) ve (e) bentlerinde aynı şekilde yer almış, dolayısıyla yalnızca iddianın değil savunmanın da aynı kuralla bağlı olduğu vurgulanmıştır. Konu "Basit Yargılama Usulü" içerisinde, delillerin ikamesi başlığı altında madde 318'de; "(1)Taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakianın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır" şeklinde ifade edilmiştir. Hükümet gerekçesi madde 322'de de yargılamanın sağlıklı yürütülmesi ve uzayıp uzamamasının buna bağlı olduğu belirtilerek, Basit Yargılama Usulü'nde de, yazılı yargılama usulü ile paralel bir düzenleme yapıldığından bahsedilmiştir.

Bu açıklamalardan, "Somutlaştırma Yükünün, Dilekçeleri Verilmesi safhası içerisinde" tamamlanması gereken bir etkinlik olmakla birlikte, dilekçenin zorunlu unsurları içerisinde yer almadığı sonucuna ulaşıyoruz. Gerekçede de yer alan, bu yükü yerine getirmemenin sonuçlarına katlanması ile neyin ifade edildiği hususu ise aynı kanunun "Ön İnceleme Duruşması" başlığı altında madde 140'ta; (5) "Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları

için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi halinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir” ifadesi yer almakla birlikte, burada bahsi geçen iki haftalık kesin süre tanınmasıyla ilgili husus “Basit Yargılama Usulü”ne ilişkin düzenleme yer aldığı “Ön inceleme ve Tahkikat” başlığı altında Madde 319’da hiç yer almadığını görüyoruz.

Gerek yazılı gerekse Basit Yargılama Usulü dâhilinde yukarıda yer alan hususlar dikkate alındığında; “somutlaştırma yükünün” dilekçelerin verilmesi aşamasında tamamlanması gereken bir faaliyet olduğu, ön inceleme safhasında, ancak dilekçelerde belirtilen delillerin incelenebileceği, Yazılı Yargılama Usulü’nde eğer sunulmamış belgeler var ise bunların sunulabileceği veya bunun için iki haftalık ek süre verilebileceği ve bu sürenin kesin süre olduğu, Basit Yargılama Usulü’nde ise iki haftalık bu şekilde ek süre verilmesinin söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Basit Yargılama Usulü’nde zaten böyle bir ek süre verilmesi, kanunun makul sürede davaları sonuçlandırmayı amaçlayan, zorunlu haller dışında, üç duruşmada karar verilmesi istemine de aykırı olacaktır.

Burada ikrar konusuyla da bağlantılı sağlamak, ikrarın delil olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmayacağını ele alarak, somutlaştırma yükü içerisinde yer alıp almayacağını belirlemek maksadıyla; kısaca 1086 sayılı HUMK ve 6100 sayılı HMK’da kabul edilen delil sistemine ve ikisi arasında ki farklılıklara da değinmekte fayda olabilir. İkrar konusu; gerek 1086 sayılı HUMK’da Sekizinci Fasil Deliller ve İkamesi başlığı altında “Umumi Hükümler” gerekse 6100 sayılı HMK’da Dördüncü Kısım İspat ve Deliller başlığı altında genel hükümler içerisinde düzenlenmiştir. 6100 sayılı HMK içerisinde Madde 188’deki ifadesi yukarıda yer almıştır. 1086 sayılı HUMK’da ise Madde 236’da; “... ve mukir olan taraf aleyhine delil teşkil eder. ... Mahkeme haricindeki ikrarı teyit edecek delail ve emare mevcut ise hâkim buna binaen hüküm verebilir.” İfadelerinin 6100 sayılı HMK’dan farklı olarak yer aldığını görüyoruz. Önceki kanuna nazaran, bu iki farklı hususu incelediğimizde geçmişte ikrarın delil olarak ele alınmasını

sağlayan, Madde 236’nın ilk paragrafının son cümlesi olan ifadenin yeni kanunda yer almaması ile ikrarın delil olmaktan çıkarıldığı sonucuna varabiliyoruz. Yine mahkeme dışı yapılan ikrarında artık buna bağlı olarak kaldırılmasıyla, kendi başına delil olmaktan çıkarılarak, bunların üzerinde bir yapıya kavuşturulduğunu tespit ediyoruz.

Burada mahkeme dışı ikrarların veya diğer mahkemelerde yapılmış aynı konudaki ikrarların, nasıl değerlendirileceği konusu ve bunların somutlaştırma yükü içerisindeki yeri ne olacak sorusu ile karşı karşıya kalıyoruz. Mahkeme dışında yapılan ikrarların artık, ancak senet veya belge olması durumunda değerlendirilebileceğini söyleyebiliriz. Yani bunun bir şekilde yazılı olması durumunda geçerliliğinden bahsetmek gerekecektir. Mahkeme dışında yapılmış ikrar için başka delil ve emare bulunması durumunu dikkate almayacak, bunu ancak, 6100 sayılı kanun içerisinde “Belge ve Senet” başlığı altında yer alan, Madde 199; 244 dahilinde değerlendirecektir. Dolayısıyla somutlaştırma yükü içerisinde, dilekçelerde ikrardan değil başka mahkemelerde verilmiş ifade ve mahkeme dışı ikrarlarda “belge ve senet” kavramından söz etmek gerekecektir.

İkrar, çekişmeli olan konuyu çekişmesiz hale getirmesi dolayısıyla, hâkim tarafından ancak re’sen soruşturulmayan davalar için söz konusu olacak, kamu yararı nedeniyle re’sen soruşturulan boşanma, babalık vb. davalarda delil araştırmasını mahkeme kendince yaparak, maddi gerçeğe ulaşacaktır(3). Ancak dilekçelerin içerisinde bir ikrar söz konusu ise bunun basit mi, nitelikli mi yoksa birleşik mi, birleşikse bağlantılı mı yoksa bağlantısız mı olduğu hususu belirlenerek, tarafların gerek ispat gerekse somutlaştırma yükümlülüklerini yerine getirdikleri ölçüde doğru karara varacaktır. Yine aynı şekilde dilekçeler safhasında yapılan ikrar da, mahkeme içi ikrar olarak değerlendirilecek, zaten ön inceleme safhasında hakim bu durumu açıklığa kavuşturarak, dilekçelerde bir ikrar varsa bunun neyi çekişmesiz hale getirdiğini belirleyerek, çekişmeli hususun ne olduğunu ortaya koyacaktır.

Tüm bu açıklamalardan sonra somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi ve ikrar’ın bir

telafisi, bir şekilde düzeltilmesi mümkün mü bir de ona bakmak gerekirse, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile karşılaşmadan, ancak karşı tarafın rızası ve ıslah kurumlarını incelemeliyiz. Karşı tarafın rızasının olmasının, normal koşullarda olamayacağı düşünüldüğünde, diğer hal çaresi olabilecek ıslah kurumunu ele aldığımızda "ıslah; kısaca tam ve kısmi olarak ayrılmakla birlikte, amacı usul işlemlerinde yapılan hatalardan geri dönme onları düzeltme olarak düzenlenmiştir. Ancak malum olduğu üzere ıslah ile bütün usul işlemleri düzeltilmemektedir. Bu işlemleri kısaca hatırlamak istersek; ikrar, tanık ifadeleri, bilirkişi rapor ve beyanları, keşif ve isticvap tutanakları ıslah ile düzeltilmemektedir. Yerine getirilmiş olan veya henüz yerine getirilmemiş olmakla beraber, karşı tarafın yerine getireceği ıslahtan önce bildirilmiş olması koşuluyla, yeminin teklifi, reddi veya iadesi ıslah ile geçersiz kılınmaz. ıslahla ilgili açıklamalarda dikkate alındığında, gerek somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi gerekse ikrar ile ilgili yapılabilecekler, yalnızca bildirilmemiş vakıaların bildirilmesi ile sınırlıdır. İkrar ise zaten ıslah ile düzeltilmemektedir.

Ayrıca, HMK madde 240'da "Tanık gösterme şekli" başlığı altında "... (2) Tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıayı ve dinlenmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar. Bu listede gösterilmemiş olan kişiler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir liste verilemez." ifadesiyle bir yerde somutlaştırma yükü ve deliller içinde yer alan tanıkların bildirilmesine ilişkin kısıtlamaya giderek, tanık listelerinin zamanında mahkemeye sunulmasını sağlamıştır.

Diğer bir telafi yöntemi 6100 sayılı HMK madde 145'de sonradan delil gösterilmesi başlığı altında yer alan "Taraf, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşıyorsa veya süresinde ileri sürülemediği ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir." ifadesi dâhilinde olabilecektir. Yani kanun burada iki istisna getirerek, sonradan ele geçirilmiş veya gecikmeye neden

olmayacak delillerin "Hukuki dinlenilme hakkı" kapsamında, ancak mahkemenin takdiri ile sunulabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenlemenin, baştan bilinen delillerin sunulması yönüyle, somutlaştırma yükünü yerine getirmeyen taraf için bir can simidi olmayacağı açıktır.

Konu bu yönleriyle de ele alındığında, usul işlemlerinin zamanında ve yerine yapılması büyük önem arz etmektedir. Her ne kadar bütün yargılamaların amacı, "maddi gerçeğin ortaya çıkarılması" ise de usulde yapılacak hatalar bunun önüne geçebilecek, düzeltme olanağına sahip olunamayabilmektir. Hele ki ıslahın ancak bir defa yapılabildiği değerlendirildiğinde, davanın başka bir aşamasında ihtiyaç duyulabilecek bu kurumun, burada kullanması bir avukat için hiç de olumlu olmayacağı gibi bir kez daha ıslah dilekçe ve işlemleri ile uğraşmanın verdiği zaman kaybını yanında, boşuna yatırılacak harç ücreti ile karşı tarafın zararının karşılanması da ayrıca bir kayıp olduğu açıktır.

#### 4. Sonuç ve değerlendirme

Yukarıda yer alan bilgiler dikkate alınarak yapılan inceleme sonucu; konunun birinci ayağı olan somutlaştırma yükü;

- 6100 sayılı HMK'da ilk defa düzenlenmiş,

- Özellikle resen soruşturması yapılmayan dava ve işler için ayrı bir öneme sahip kılınmış,

- Dilekçeler safhasında mahkemeye sunulması, emredici unsur olarak konulmuş,

- Kanunda, dilekçenin zorunlu unsuru olarak yer almamakla birlikte, hangi vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin belirtilmesinin daha sonra sunulması imkânının kaldırılmış olması nedeniyle, zorunlu unsur olmanın ötesinde bir anlam kazanmış,

- Yazılı yargılama usulünde ön inceleme safhasında, dilekçedeki delillerin sunulabileceği ve ya iki haftalık ek süre verilebileceği belirtilirken bu ek sürenin Basit Yargılama Usulü'nde yer almadığı tespit edilmiş,

- Avukatı dava öncesinde, müvekkilinin

yanında tanıkları ile de ayrıntılı olarak, görüşmeye zorladığı görülmüş,

- Avukatın dava öncesinde, bir film yönetmeni gibi olayları yaşamaya yönlendirmiş,

- Yerine getirilmemesi durumunda, davaların kaybedebileceği sonucuna varılmıştır.

Konunun ikinci ayağı olan ikrar ise;

- 6100 sayılı HMK'da 1086 sayılı HUMK'dan farklı olarak düzenlenmiş,

- Geçmişte delil olarak algılanmasına yol açacak düzenleme kaldırılarak, bu konudaki tartışmalara son verilmiş,

- Mahkeme dışı ikrar kavramı kaldırılmış, mahkeme dışı ikrarın, ancak senet veya belge gibi kıymetlendirileceği sonucuna ulaşılmış,

- Dilekçeler safhasında yapılan ikrar da mahkeme içi ikrar gibi değerlendirilerek, ön inceleme safhasında hâkim tarafından, hangi hususu çekişmesiz hale getirdiği belirleneceği ifade edilmiş,

- Re'sen soruşturulan davalar için ceza yargılamasında olduğu gibi mahkemenin incelemesine tabi olduğu tespit edilmiştir.

Bu iki kavramın yan yana geleceği yer, ancak mahkeme önünde ikrarın yapılması ile olabilmektedir. Mahkeme önünde deyimine, davanın dilekçelerin verilmesi ile başlanıldığı dikkate alındığında, bu aşamada yapılacak ikrar, mahkemece çekişmeli hususları çekişmesiz hale getirecek, zaten yargıç tarafından da bu husus ön inceleme safhasında tespit edilerek, tutanak altına alınacaktır. Eğer kamu yararının üstün tutulduğu re'sen soruşturulması gereken bir dava ise aynı ceza davalarında olduğu gibi yargıç bunu tek başına çekişmeli hususu çekişmesiz hale getirdiğini değerlendirmeden kendisi araştırarak ulaştığı delillerle karara varmaya çalışacaktır.

İşte aynı sözlü yargılama aşamasında olduğu gibi dilekçelerin verilmesi aşamasında da ikrarın basit mi, nitelikli mi veya birleşik mi, birleşikse bağlantılı mı yoksa bağlantısız

mi olduğu hususları değerlendirilerek, tarafların bu kapsamda, gerek ispat gerekse somutlaştırma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi istenecek ve bunların yerine getirilmesi ölçüsünde, doğru karara ulaşılabileceği değerlendirilmektedir.

Tüm bu açıklamalardan sonra somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi ve ikrarın bir telafisi, bir şekilde düzeltilmesi mümkün mü bir de ona bakmak gerekirse, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı ile karşılaşmadan, ancak karşı tarafın rızası ve ıslah kurumlarını incelemeliyiz. Karşı tarafın rızasının olmasının, normal koşullarda olmayacağı düşünüldüğünde, diğer hal çaresi olabilecek, konunun üçüncü ayağı olan ıslah kurumu;

- Kısaca tam ve kısmi olarak ayrılmakla birlikte, amacı usul işlemlerinde yapılan hatalardan geri dönme, onları düzeltme olarak düzenlenmiş,

- Ancak malum olduğu üzere ıslah ile ikrar, tanık ifadeleri, bilirkişi rapor ve beyanları, keşif ve isticvap tutanakları, yerine getirilmiş olan veya henüz yerine getirilmemiş olmakla beraber, karşı tarafın yerine getireceği ıslahtan önce bildirilmiş olması koşuluyla, yeminin teklifi, reddi veya iadesi ile geçersiz kılınmayacağı tespit edilmiş,

- İslahla ilgili açıklamalarda dikkate alındığında, gerek somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi gerekse ikrar ile ilgili yapılabilecekler, yalnızca bildirilmemiş vakıaların bildirilmesi ile sınırlı olduğu, ikrarın ise zaten ıslah ile düzeltilmeyeceği kanunda yer almış,

- Ayrıca, ıslah ile ikinci tanık listesinin verilemeyeceği de HMK madde 240'da düzenlenmiştir.

- Diğer bir telafi yöntemi 6100 sayılı HMK madde 145'te ; "Sonradan delil gösterilmesi" başlığı altında iki istisna getirerek, sonradan ele geçirilmiş veya gecikmeye neden olmayacak delillerin hukuki dinlenilme hakkı kapsamında, ancak mahkemenin takdiri ile sunulabileceğini düzenlemiş ise de, bu düzenlemenin, baştan bilinen delillerin sunulmamasını telafi etmediği ve mahkemenin takdiri ile sunulabilmesini



düzenlediği dikkate alındığında, somutlaştırma yükünü yerine getirmeyen taraf için bir can simidi olmayacağı açıktır.

Yeni kanunun ruhu bize bir film yönetmeni gibi önceden senaryomuzu hazırlamamızı, oyuncularımızın rol ve repliklerini dinlememizi, kısaca davayı önceden yaşamımızı istiyor. Halen devam eden, duruşma sırasında, tanık mahkemeye karşı "Avukatım böyle söylememi istedi" gibi bir olayla karşılaşılabilineceği anlayışı ile hareket etmek, haklı davaların kaybedilmesine neden olabilecektir.

Herhalde hiçbir avukat, kendi tanıklarının ifadesi ile açtığı bir davada iddiasının yersiz olduğu duruma düşmek istemez. Buradan tanıklarla görüşmek kavramından, onları yönlendirmek anlayışı çıkarılmamalıdır. Çünkü yargılamanın süjesi olan bir avukatın görevi de, müvekkilinin tamamen haklılığını kanıtlamak değil, ne kadar haklı ise onu ortaya koymaktır. Önceden hazırlıklarını tam olarak yapan avukat, müvekkili ve tanıkları da dinledikten sonra davasına konu iddiasını da kaybedeceği şekilde planlamayacak, sonucunda da mahcup olmayacak, hatta çevresinde de işini bilmeyen duruma düşmeyecektir. Avukatın, davanın kazanılmasına garanti vermemek, yalnızca dikkat ve özen yükümlülüğü ile bağlı olması da bunu gerektirdiği kanaatindeyim.

Konu bu yönleriyle de ele alındığında,

#### **Kaynakça:**

(1) Kuru Baki, Arslan Ramazan, Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 22. Baskı.

(2) Pekcanitez Hakan, Taş Korkmaz Hülya, Meriç

somutlaştırma yükü büyük önem arz etmekte, usul işlemlerinin 6100 sayılı HMK'nın özellikle teksif ilkesi kapsamında düzenlendiği bu kapsamda dilekçelerin verilmesi safhasında, zamanında yerine getirilmesi gerektiği aşikardır. Her ne kadar bütün yargılamaların amacı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ise de usulde yapılacak hatalar bunun önüne geçebilecek, düzeltme olanağına sahip olunamayabilecektir.

Hele ki ıslahın belli işlemlerle sınırlı olarak kullanılabildiği, ikrar halinde ise zaten kullanılmadığı ve ancak bir defa yapılabildiği kıymetlendirildiğinde, davanın başka bir aşamasında ihtiyaç duyulabilecek bu kurumun, burada kullanılması bir avukat için hiç de olumlu olmayacağı gibi bir kez daha ıslah dilekçe ve işlemleri ile uğraşmanın verdiği zaman kaybının yanında, boşuna yatırılacak harç ücreti ile karşı tarafın zararlarının karşılanması da, ayrıca bir kayıp olacağı, somutlaştırma yükünün diğer usul işlemlerinde olduğu gibi yeri ve zamanında kullanılmasıyla, hem hak kayıpları bertaraf edilebileceği gibi hem de AİHM'nin çokça Türk Hukuku'na ilişkin yapmış olduğu, makul sürede yargılamanın bitirilmemesi eleştirilerinin de önüne geçilmesinde katkı sağlayacağı, yazının başına yani Mark Twain'in sözüne dönersek "Yalan, dünyanın yarısını dolaşmadan; doğruya, ayakta kalırlarını hemen giydirmiş oluruz" diye değerlendirilmektedir.

Nedim, Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Yetkin Yayınları.

(3) Pekcanitez Hakan, Atalay Oğuz, Özkes, Muhammed, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 11. Baskı.

# Finansal kiralama sözleşmesinin sona erme sebepleri ve sonuçları

Av. Dilay Şenyüz

Finansal kiralama sözleşmesinin, sözleşmede öngörülen süresinin sonunda tarafların iradelerinin uyuşmasıyla uzatılması mümkündür.

## 1.1. Finansal kiralama sözleşmesinin süresinin sona ermesi

Finansal kiralama sözleşmesinin, sözleşme süresinin sonunda sona ermesi FFK madde 21 hükmünde düzenlenmiştir. Hükrme göre, sözleşme kararlaştırılan süresinin dolmasıyla son bulur(1). Taraflar, sözleşme süresinin bitiminden en az üç ay önce bildirmek kaydıyla sözleşmesinin aynı veya değişik şartlarla devamını talep edebilirler. Yani, sözleşmenin uzatılması tarafların iradelerine bağlı kılınmıştır. Sadece taraflardan birinin uzatma talebinde bulunması, sözleşmenin uzatılması için yeterli olmayıp, önemli olan husus tarafların iradelerinin uyuşmasıdır.

Finansal kiralama sözleşmesinin, sözleşmede öngörülen süresinin sonunda tarafların iradelerinin uyuşmasıyla uzatılması mümkündür. Doktrinde tartışmalı olan bir husus, anlaşmanın uzatılması konusunda tarafların iradelerinin örtülü irade olmasındadır. Doktrinde genel kabul gören görüş(2), Finansal kiralama sözleşmesinin zimnen uzamasının söz konusu olmayacağı, tarafların açıkça iradelerini bu yönde kullanarak anlaşmaya varmaları gerektiğidir. Oysaki finansal kiralama sözleşme süresinin uzamasına ilişkin olarak taraflar açık iradelerini bu yönde kullanabilecekleri gibi, sürenin uzamasına ilişkin anlaşmayı zimnî de yapabilirler. Anlaşmanın zimnen yapılamayacağı hususunda kanunda herhangi bir yasaklayıcı hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle doktrinde ileri sürülen görüşün aksine, kanun zimnen yapılacak bir anlaşmaya cevaz vermektedir.

Doktrinde tartışmalı olan bir diğer husus ise yenileme sonucu oluşan sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkindir. Bir kısım yazarlara (3) göre, finansal kiralama işlemlerinde Süre ve Sınırın Tespitine Dair Yönetmelik madde 1/f.1-b.b ile ilk finansal kiralama sözleşmesinin devamı mahiyetinde, yeniden finansal kiralama sözleşmesine konu olan mallar için finansal kiralama süresinin dört yıldan kısa olacağını düzenleme konusu yaparak ikinci sözleşmesinin de finansal kiralama sözleşmesi olacağını belirtmiştir. Yeni kurulan finansal kiralama sözleşmesinin de noterlikçe düzenlenme şeklinde yapılması ve özel sicile tescil ettirilmesi gerekmektedir(4). Karşı görüşteki yazarlara(5) göre ise sürenin uzatılmasıyla yenilenen sözleşmede tarafların açık iradesi yenilenen sözleşmenin finansal kiralama sözleşmesi olması yönünde değilse adi kira olarak kabul edilmesi gerektiği ve yenilenen sözleşmeye adi kira hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündedir. Kanımca kiralama işlemlerinde Süre ve Sınırın Tespitine Dair Yönetmelik madde 1/f.1-b.b ile ilk sözleşmenin devamı mahiyetinde yapılan sözleşmelerin finansal kiralama sözleşmesi olacağı açıkça kabul edilmiştir. Dolayısıyla ilk sözleşmenin devamı niteliğinde olan ve hukuki niteliğinde herhangi bir değişiklik olmayan yenilenen sözleşmeye, adi kira hükümlerinin uygulanması kanun koyucunun amacıyla bağdaşan bir düzenleme olmaktan uzaktır.

Sözleşme süresinin sona ermesiyle, finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesinin sebebi artık malın bedeli ile birlikte amortismanında ödenmiş olmasıdır.

Sözleşmenin devamını gerektirecek bir ekonomik yarar kalmadığından dolayı kanun koyucu tarafından sözleşme süresinin sona ermesi, sözleşmesinin kendiliğinden sona erme sebepleri arasında düzenlenmiştir(6).

## 1.2. Finansal kiralama şirketinin sona ermesi veya tüzel kişiliğinin son bulması

FKK madde 22 hükmünde "sözleşmenin diğer sebeplerle sona ermesi" başlığı altında, finansal kiralama şirketinin sona ermesi veya tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde, finansal kiralama sözleşmesinin sona ereceği düzenlenmiştir. Ancak madde metninde de belirtildiği gibi taraflar aksini kararlaştırabilirler.

Kiralayan şirketin FFK madde 10 hükmü uyarınca anonim ortaklık olarak kurulma zorunluluğu vardır. Bu nedenle de genel olarak TTK'nın anonim ortaklıklar için öngördüğü genel sona erme sebepleri(7) finansal kiralama şirketleri bakımında da sona erme sebebi teşkil eder.

FKK'nın 22. maddesi finansal kiralama şirketinin sona ermesi ve tüzel kişiliğinin son bulmasını ayrı ayrı Finansal kiralama sözleşmesinin sona erme sebepleri olarak göstermiştir. Şirketin son bulması veya tüzel kişiliğini kaybetmesi halinde aksi kararlaştırılmadıkça finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesi, doktrinde şirketin sona ermesi ile tüzel kişiliğini kaybetmesinin aynı olduğu, ayrıca kiralayan sıfatının ancak anonim şirket hüviyetindeki bir tüzel kişiye ait olabileceği hususundaki kanun hükmü karşısında, tüzel kişiliğini yitirmiş veya sona ermiş bir finansal kiralama şirketi ile yapılmış olan finansal kiralama sözleşmesinin, sözleşmeye konacak bir hükümlerle devamının nasıl sağlanacağına ilişkin anlaşılabilirliği nedeniyle eleştirilmiştir(8). Yapılan bu eleştiriler ışığında doktrinde sözleşmenin devamı için bir takım öneriler getirilmiştir. Finansal kiralama sözleşmesine konulacak bir hüküm ile sona eren şirketin tasfiyesinin en son bitecek sözleşmenin sonuna kadar uzatılması sağlanarak sözleşmenin devamı sağlanabilir veya finansal kiralama konusu malin, tasfiye sırasında FFK madde 18/f.2-c.1 doğrudan doğruyla ancak başka bir finansal kiralama şirketine satılabileceği ve onun da FFK madde 18/f.1-c.2 uyarınca, feshin

mümkün olmadığı ana sürenin sonuna kadar sözleşme ile bağlı kalacağını kabul etmek suretiyle, kiracının sözleşmeye devam edebilmesi sağlanabilir(9). Doktrinde bu hususta, tasfiyeye hâkim olan ilkelerle çözüm getirilmesi yoluna gidilmiştir.

Kanun koyucu, kiralayan şirketin sona ermesi veya tüzel kişiliğini kaybetmesi haline finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesi sonucunu bağlamış olmasına rağmen, tarafların aksini kararlaştırabilmelerine imkân tanımamasının sebebi; kiralayana güvenerek önemli yatırımlar yapan ve bu yatırımların üretimini hesaplayarak önemli taahhütler altına giren kiracıları korumak, ticari hayatta güveni ve istikrarı sağlamaktır.

## 1.3. Kiracının iflâsı veya aleyhine yapılan icra takibinin semeresiz kalması

FKK madde 22 kiracının iflâsı veya aleyhine yapılan icra takiplerinin semeresiz kalmasını finansal kiralama sözleşmesinin sona erme nedenleri arasında saymıştır. Kiracının ekonomik durumuyla bağlantılı olan bir sona erme sebebidir. TBK'da düzenlenen adi kira sözleşmesinde, kiracı kiralananın tesliminden sonra iflâs ederse kiraya veren işleyecek kira bedelleri için belirli bir süre içerisinde kendisine güvence verilmesini isteyebilir, belirlenen süre içerisinde kendisine güvence verilmeyen kiraya veren herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın hemen sözleşmeyi feshedebilir. Yani, TBK'da düzenlenen adi kira sözleşmesinin sona erme sebeplerinden biri de kiracının iflâsıdır(10). FFK, TBK'nın adi kira sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili yaptığı düzenlemeyi finansal kira sözleşmesi için yeterli bulmayı sadece kiracının iflâsının değil, aynı zamanda icra takibine uğramasını da sözleşmenin sona erme nedenleri arasında saymıştır. FFK'nın kiracının icra takibine uğramasını sözleşmenin sona erme nedenleri arasında düzenlemesinin sebebi; Finansal kiralama sözleşmesinde kiralayanın amacının kiralananı finanse etmesi karşılığında elde edeceği getiri olması nedeniyle, kiracının ekonomik durumunun zayıflamasının kiralayanın kira alacağını zor duruma sokacak olmasıdır. Kanun koyucu getirdiği bu hükümlerle kiralananın ekonomik menfaatini korumayı amaçlamıştır. Çalışmamızın birinci bölümünde kiracının iflâsı veya icra takibine

uğramasının finansal kiralama sözleşmesine etkisi incelenmiştir(11).

#### 1.4. Kiracının ölümü

FKK madde 22 hükmüne göre, kiracının ölümü halinde finansal kiralama sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Ancak FKK madde 22 hükmü yedek hukuk kuralı olduğundan dolayı, taraflar sözleşme ile bunun aksini kararlaştırabilirler.

TBK'da düzenlenen adi kira sözleşmesi hükümlerine göre, kiracının ölümü halinde mirasçılar veya kiralayan kanunda belirtilen sürelerle uyarak sözleşmeyi feshedebilir, sözleşmeyi feshetmedikleri sürece de sözleşme devam eder(12). Finansal kiralama sözleşmesi bakımından ise bu husus kanunda tam tersi yönünde düzenlenmiştir. Kiracının ölümü halinde finansal kira sözleşmesi sona erer, ancak taraflar bunun aksini kararlaştırıp sözleşmeyi devam ettirebilirler.

TMK madde 35/2 hükmüne göre, mahkemece gaipliğe karar verilmesi halinde, ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. Bu nedenle kiracının gaipliğine karar verilmesi hali de finansal kiralama sözleşmesinin kendiliğinden sona erme sebebini oluşturur ve FKK madde 22 hükmünün uygulanmasını gerektirir(13). Kanun koyucunun kiracının ölümünü sözleşmenin sona erme sebepleri arasında saymasının nedeni, finansal kiralama sözleşmesinde kiracının şahsının ön plana çıkmasıdır. Finansal kiralama şirketi, sözleşme konusu malı kiracı için temin eder. Kiracı da sözleşme konusu malı kendi işletmesinde kullanır. Bu mal kendi kendini finanse eder ve kiralayanın kiracıya tahsis ettiği fonun geri dönüşü bu şekilde sağlanır. İşte bu noktada finansal kiralama konusu malın kendi kendini finanse edebilmesi için sağlıklı ve istikrarlı bir şekilde işleyen işletmenin varlığı esastır. İşletme sahibinin yani finansal kiralama sözleşmesinin tarafı olan kiracının ölümü halinde de işletmenin sağlıklı ve istikrarlı işlemesi tehlikeye düştüğünden kanun koyucu tarafından sözleşmenin sona erme sebepleri arasında sayılmıştır.

#### 1.5. Kiracının fiil ehliyetini kaybetmesi

Fiil ehliyeti, bir kimsenin iradi davranışla hukuki sonuç meydana getirebilmesini

ifade eder(14). İki taraflı bir hukuki işlem olan sözleşmenin geçerli olabilmesi için tarafların o sözleşmeyi yapmaya ehil olması gerekir. Fiil ehliyetine sahip olan kişi, özel huktan doğan hakları bizzat kullanabilir ve kendi fiilleriyle kendi leh ve aleyhine özel hukuk tarafından düzenlenen hak ve borçları yaratabilir.

FKK, Finansal kiralama sözleşmesini yapabilmek için fiil ehliyeti bakımından herhangi bir şart veya sınırlama öngörmediğinden, kiracının fiil ehliyetine sahip olması yeterlidir. Sözleşmenin yapılabilmesi için aranan fiil ehliyetinin ortadan kalkması da sözleşmenin sona erme sebepleri arasında sayılmıştır.

FKK madde 22 hükmüne göre, kiracının fiil ehliyetini kaybetmesi halinde sözleşmede aksine bir hüküm yoksa sözleşme sona erer. Taraflar kiracının fiil ehliyetini kaybetmesi halinde sözleşmenin sona ermeyeceğini kararlaştırabilirler. Kiracının şahsı, finansal kira sözleşmesinde kiralayan için çok önemlidir. Kiracının şahsı kiralayan için büyük önem arz ettiğinden dolayı kiracının şahsında meydana gelen değişiklikler sözleşmenin sona erme sebepleri arasında düzenlenmiştir. Kiracının fiil ehliyetini kaybetmesi de kiracının şahsında meydana gelen önemli bir değişiklik olduğundan dolayı kanun koyucu sözleşmenin sona erme sebeplerinden biri olarak, kiracının fiil ehliyetini kaybetmesini düzenlemiştir. İşletme sahibinin fiil ehliyetini kaybetmesi işletmenin etkinliğini etkileyeceğinden, bu durum finansal kiralama bedellerinin ödenmemesine neden olabilir(15). Kiracının fiil ehliyetini kaybetmesi ile sözleşme ile borçlandığı edimi şahsen yerine getiremeyecek duruma gelmesi halinde kiralayanın haklarını korumak açısından sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi finansal kira sözleşmesinin amacına uygun bir düzenlemedir(16).

#### 1.6. Kiracının işletmesini tasfiye etmesi

FKK madde 22 de düzenlenen bir diğer sona erme sebeplerinden birisi de kiracının işletmesini tasfiye etmesidir. İşletme tasfiye sürecine girdiğinde sadece bu amaç dolayısıyla tüzel kişiliğini devam ettirmekte ve kiracının işletmenin tasfiye öncesi döneme ilişkin şirket amacı doğrultusunda hareket serbesti kalmamaktadır(17). Tasfiye

sürecinde amaç işletmeyi ve kiralananı en iyi şekilde çalıştırıp kar elde etmek değil, işletmeyi en iyi şartlarda nakde çevirmek, mümkünse borçlarını ödeyip, artan aktifli ortaklara dağıtmaktır(18). Tasfiye sürecinin amacına baktığımızda, amaç işletmeyi en iyi şartlarda nakde çevirmektir. İşletmenin nakde çevrilmesi aşamasında finansal kiralama konusu malların nakde çevrilmesi mülkiyetin kiralayandan olmasından dolayı gerçekleşmeyeceği için kiracının finansal kiralama konusu mala ihtiyacının olmayacağı açıktır. Bu nedenle kiracı kiralananı mali işletemeyeceği ve de malın mülkiyeti kiralayana ait olduğu için finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesi gerekmektedir.

## 2. Finansal kiralama sözleşmesinin dönme yoluyla sona erme sebepleri

Sözleşmeden dönme, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin geçmişe etkili (ex tunc) olarak, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirerek ve daha önce yerine getirilmiş edimler iade edilerek sona erdirilmesidir. Sözleşmeden dönme hakkı tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır ve karşı tarafa varması ile hüküm ve sonuçlarını doğurur(19). Sözleşmeden dönme hakkı tek taraflı bir irade beyanı ile kullanıldığından ve karşı tarafa varması ile hüküm ve sonuçlarını doğurduğundan dolayı yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmeden dönme hakkı FFK madde 16 hükmünün 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 106 ya atıfta bulunulmasından dolayı uygulama alanı bulmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 106, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesiyle TBK madde 125'te düzenlenmiştir. TBK madde 125 borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklıya tanınan seçimlik hakları düzenlemektedir. Alacaklıya tanınan bu seçimlik haklardan birisi de sözleşmeden sönme ve menfi zararın tazminidir.

FFK madde 16'nın TBK madde 125'e yaptığı atıf nedeniyle malın kiracıya teslim edilememesi karşısında, kiracı TBK madde 125'teki seçimlik hakları kullanarak sözleşmeden dönebilir. Ancak kiracının sözleşmeden dönebilmesi için sürekli borç ilişkisi olan finansal kiralama sözleşmesinin ifa safhasına geçilmemiş olmalıdır. FFK madde 16 hükmüne göre, kiralayana, finansal kiralama konusu malın imalatçısı veya

satıcısı ile zamanında sözleşme yapmaması veya gerekli ödemeyi zamanında yerine getirmemesi veya diğer sebepler ile kiracıya teslim edememesi halinde kiracıya sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazmini imkânı tanınmıştır. Kanun koyucu FFK madde 16'da malın kiracıya zamanında teslim edilmemesi haline iki örnek verdikten sonra "diğer sebepler" kiralama konusu malın teslim edilmemesine ilişkin sebepleri tahdidi olarak düzenlemiştir(20). FFK madde 16 hükmüne başvurulabilmesi için kiralama konusu malın kiracıya teslim edilmemesinde kiralayana kusurlu olması gerekmektedir. FFK madde 16 hükmünde kiralayana kusurlu olması gerektiğine ilişkin bir ibare bulunmamasına rağmen, doktrinde kiralayana sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurlu olması gerektiği belirtilmektedir. Bu nedenle kiralayana kusuruna dayanmayan sebepler nedeniyle finansal kiralama konusu mal teslim edilemez ise kiracının kiralayana sorumluluğuna gitmesi mümkün olmayacaktır.

## 3. Finansal kiralama sözleşmesinin fesih yoluyla sona erme sebepleri

FFK'nın "Sözleşmenin İhlali" başlıklı 23. maddesinde, finansal kiralama sözleşmesinin şartlarına uyulmaması halinde, sözleşmeyi sona erdiren sebepler düzenleme konusu edilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında finansal kiralama bedellerinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde sözleşmenin ihlali özel olarak düzenlenmişken, maddenin ikinci fıkrasında genel olarak sözleşme hükümlerine aykırı hareket halinde sözleşmenin feshi düzenlenmiştir.

### 3.1. Kiracının finansal kiralama bedelini ödemede temerrüde düşmesi

FFK madde 23/1 hükmüne göre; kiralayana, finansal kiralama bedelini ödemede temerrüde düşen kiracıya verdiği otuz günlük süre içinde de ödenmemesi halinde, sözleşmeyi feshedebilir. Ancak, sözleşmede, süre sonunda mülkiyetin kiracıya geçeceği kararlaştırılmış ise bu süre altmış günden az olamaz.

FFK madde 23/1 finansal kiralama bedelinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi halinde, kiralayana otuz günlük bir süre tanıyarak sözleşmeyi feshetme hakkı vermektedir. Bununla beraber, eğer ki



kiracıya finansal kiralama konusu mali satın alma hakkı tanınmış ise kiralayana tarafından kiracıya verilecek süre almış gündür(21) ve kiralayana almış günün sonunda sözleşmeyi feshedebilir. Görüldüğü üzere kiralayana sözleşmeyi feshetmesi için yalnızca kiracının temerrüde düşmesi yeterli olmamakta, ayrıca kiralayana kiracının temerrüde düşmesinden itibaren kendisine ödemede bulunması için otuz günlük süre, sözleşme sonunda mülkiyetin kiracıya geçeceği kararlaştırılmış ise almış günden az olmayacak bir süre verilmesi ve kiracının da kira bedelini bu süre içerisinde ödemiş olması şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Tüm bu şartlar gerçekleştiğinde sözleşme kendiliğinden sona ermeyecek olup, feshetme ilişkisi ayrı bir irade beyanı gerekecektir.

Kiralayana FFK madde 23/1 uyarınca fesih beyanında bulunduğu hallerde kiracı fesih beyanı üzerine ödemede bulunursa, kiracının sözleşmeyi ihlal ettiği olgusu geriye yönelik olarak ortadan kalkar ve kiracı bu anlamda ne kadar ihlal ederse etsin, kiralayana kiracının ödemede temerrüde düşüşü gereği ile sözleşmeyi feshedemez(22). Kiracının sürekli temerrüde düşmesi, taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılmasına neden olacağı ve hukuki ilişkinin istikrarlı bir şekilde sürmesine engel olacağı için FFK madde 23/1 uyarınca temerrüde düşen kiracıya sıklıkla ödeme süresi verilmesi FFK madde 23/2 uyarınca sözleşmeye aykırılık nedeniyle diğer taraftan sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemeyeceği bir durum olup, sözleşme feshedilebilir.

### **3.2. Taraflardan birinin finansal kiralama sözleşmesine aykırı davranışı**

FFK madde 23/2 hükmü, finansal kiralama sözleşmesinin taraflarından birinin, sözleşmenin kendisine yüklediği borçlara aykırı hareket etmesi ve bu aykırılık nedeniyle diğer taraftan sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemeyeceği durumlarda sözleşmenin feshedilebileceğini düzenlemektedir. Görüleceği üzere sözleşmeye aykırılık sözleşmenin feshi için tek başına yeterli olmamakta, bununla birlikte diğer tarafında sözleşmeye aykırılık nedeniyle sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemeyecek bir duruma gelmesi gerekmektedir(23).

Kanun koyucu burada tespiti kolay olmayan bir hususu, sözleşmenin feshi için kıstas olarak belirlemiştir. Bu kıstasın sorgulamasını her müşahhas olaya göre hâkim yapacaktır. Hâkim değerlendirmesinde TMK madde 2 iyi niyet kurallarını esas alacaktır(24).

## **4. Finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları**

Finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesinin sonuçları FFK'nın "Sözleşmenin sona ermesinin sonuçları" başlıklı 24. maddesinde ve "Sözleşmenin feshinin sonuçları" başlıklı 25. maddesinde düzenlenmiştir. Finansal kiralama sözleşmesinin sona ermesi, sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi ve taraflarca feshedilerek sona ermesine göre ayrı ayrı düzenlenerek farklı hüküm ve sonuçlara bağlanmıştır.

### **4.1. Finansal kiralama sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesinin sonuçları**

FFK madde 24 hükmünde düzenlenmiştir. FFK madde 24 hükmüne göre, sözleşme sona erdiğinde, sözleşmeden soğan satın alma hakkını kullanmayan veya bu hakkı bulunmayan kiracı finansal kiralama konusu malı derhal geri vermekle yükümlüdür. Yani, kiracıya sözleşme sonunda kiralanana satın alma hakkı tanınmış ise ve o bu hakkını kullanmışsa malın kendisine kalacak aksi halde derhal malı kiralayana geri verecektir. FFK madde 24 hükmünde kiracının sözleşme sonunda malı derhal geri vermekle mükellef olduğu düzenleme konusu yapılmıştır. Maddedeki "derhal" ifadesinden kasıt her durumda aynı şekilde değerlendirilemez. Sözleşme süresinin sona ermesi sonrasında kiralanana, kiralayana normal şartlarda teslim edilebilmesi için gerekli olan sürenin somut olayın özellikleri dikkate alınarak tespiti gerekir(25).

### **4.2. Finansal kiralama sözleşmesinin fesih suretiyle sona ermesinin sonuçları**

FFK madde 25 hükmünde düzenlenmiştir. FFK madde 25 hükmüne göre; sözleşmenin kiralayana tarafından feshi halinde kiracı malı iade ile birlikte gelmemiş finansal kiralama bedellerini ödemek yükümlülüğü altında olduğu gibi kiralayana bunu aşan zararından da sorumludur ve sözleşme kiracı tarafından feshedilirse kiracı malı vermekle beraber uğradığı zararın tazminini kiralayana talep

edebilir. FKK madde 25 hükmüne göre, kiralayanın sözleşmeyi feshi halinde kiracının üç ayrı sorumluluğu doğmaktadır(26). Bunlar; finansal kiralama konusu malın iadesi, vadesi gelmemiş finansal kiralama taksitlerinin ödenmesi ve malın iadesi ve vadesi gelmemiş taksitlerin ödenmesi ile giderilemeyen zararların tazminidir.

Kiracının kiralayanın sözleşmeyi feshetmesi halinde FKK madde 25/1 deki vadesi gelmemiş finansal kiralama taksitlerinin ödenmemesinden dolayı sorumluluğu kusur şartına bağlı değildir. Kiracı sözleşmenin feshedilmesinden dolayı kusurlu olsun olmasın vadesi gelmemiş finansal kiralama taksitlerinin ödenmesinden sorumludur.

### Kaynakça

- Oğuzman, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 7.B., İstanbul, 2009

- Oğuzman M. Kemal/ Selici, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitapevi, 8.B., İstanbul, 2005

- Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, 2.B., Ankara, 2013

- Şenyüz, Doğan, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Ekin Kitapevi, 7.B., Bursa, 2013

- Yalçın, Fırat, Finansal Kiralama, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006

- Yılmaz, Esra, Finansal kiralama sözleşmesinin Sona Erme Sebepleri ve Sona Ermenin Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2010

### Sonnot:

(1) Finansal kiralama sözleşmesi, taraflarca kararlaştırılan sürenin sona ermesi durumunda herhangi bir ihtara veya ihbara gerek kalmadan kendiliğinden sona erer. Kanunun bu konudaki düzenlemesi açıktır.

(2) Bu hususta bk. Kuntalp, Kocaağa, Koç, Erol/ Yıldırım/ Toroslu, Başyığıt, Tandoğan

(3) Bu husus için bk., Nazloğlu, Kocaağa

(4) Yalçın, a.g.m., s.182

(5) Bu husus için bk., Köteli

(6) Yılmaz, a.g.m., s.39

(7) Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2.B., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.563-578

(8) Yalçın, a.g.m., s.183

Anlaşıldığı üzere kiracı, kiralayanın sözleşmeyi feshetmesi durumunda ağır yükümlülükler altına girmektedir. Bunun sebebi de kiralayanın finansal kiralama sözleşmesinin başında kiracının isteği doğrultusunda finansal kiralama sözleşmesine konu malları temin etmesidir(27). Kiralayanın bu malı kira sonunda geri almasının büyük bir olasılıkla bir faydası olmayacaktır(28).

FKK madde 25/2 ye göre ise kiracı finansal kiralama sözleşmesini feshettiği takdirde finansal kiralama konusu malı geri vermek zorundadır. Bununla birlikte kiracı sözleşmeyi feshetmek suretiyle bir zarara uğramışsa kiralayan bu zararı tazmin ile sorumludur.

(9) Yalçın, a.g.m., s.184

(10) Şenyüz, Doğan, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 7.B., Ekin Kitapevi, Bursa, 2013, s.328

(11) Konu ile ilgili detay bilgi için bk. s.2-8

(12) Şenyüz, a.g.e., s.329

(13) Yılmaz, a.g.m., s.60

(14) Oğuzman, M.Kemal / Selici, Özer/ Oktay Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku, 8.B., Filiz Kitapevi, İstanbul, 2005,s.39

(15) Finansal Kiralama, s.92-93/ Aktaran YILMAZ, a.g.m., s.63

(16) Yalçın, a.g.m., s.185

(17) Yalçın, a.g.m., s.186

(18) Yalçın, a.g.m., s.186

(19) Oğuzman, M. Kemal/ ÖZ, M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul,2009 ,s.381

(20) Yalçın, a.g.m., s.188

(21) Kanunun gerekçesinde, sözleşmenin sonunda mülkiyetin geçişine ilişkin düzenleme yapılan sözleşmeler için altmış günlük süre tanınmasının sebebi "... bu sebeple kiracı bir çok yatırım veya masrafa girmişse... şeklinde izah edilmiştir.

(22) Yılmaz, a.g.m., s.83

(23) Yalçın, a.g.m., s.193

(24) Yılmaz, a.g.m., s.194

(25) Yılmaz, a.g.m., s.187

(26) Yılmaz, a.g.m., s.194

(27) Yılmaz, a.g.m., s.195

(28) Yılmaz, a.g.m., s.195

# İkale sözleşmesi

Av. Dilay Şenyüz

İkale geniş anlamda, bir hukuki kuruma, hukuki bir işleme veya hukuki ilişkiye son vermek anlamına gelir.

## 1. Genel olarak ikale sözleşmesi

İkale Sözleşmesi, bir sözleşmenin ve bu sözleşme ile kurulan hukuki ilişkinin, sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların karşılıklı iradelerine dayanan yeni bir sözleşme ile ortadan kaldırılmasıdır(1). İkale Sözleşmesi'ne öğretide "Fesih Mukavelesi" veya "Bozma Sözleşmesi" de denir(2). İkale Sözleşmesi, hukukun değişik alanlarında karşılaşılan bir kurumdur. Eşya hukukunda, borçlar hukukunda, aile hukukunda, miras hukukunda, iş hukukunda ikale sözleşmelerine sıkça rastlanabilir.

İkale sözleşmesi ne 818 sayılı BK'da, ne de 6098 sayılı TBK'da düzenlenmiş değildir. Ancak bu durum ikale sözleşmesinin sözleşme ilişkileri içerisindeki varlığına engel değildir. Taraflar nasıl ki, serbestçe sözleşme düzenleyip sözleşmesinin konusunu ve içeriğini serbestçe belirleyebiliyorsa; aynı şekilde taraf oldukları bir sözleşmeyi, hukuki ilişkiyi de serbestçe ortadan kaldırabilirler. Yasakoyucunun ikale sözleşmesini yasa da düzenlememiş olmaması, ikale sözleşmesinin düzenlenmesinin unutulmuş olması değildir(3). Yasakoyucu, bir kanun hükmü veya taraf iradeleriyle kurulmuş bir borç ilişkisinin, yine taraflarca son verilmesini olağan gördüğü için böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duymamıştır(4).

İkale sözleşmesi iş hukukunda uygulaması ile pek karşılaşılmayan bir sözleşme türüydü. İkale sözleşmesinin iş hukukunda yaygınlık kazanması iş güvencesi sistemimizin hukukumuzda kabul edilmesinden sonra olmuştur.

## A. İkale sözleşmesinin tanımı

Arapça kökenli bir kavram olan ikale kavramı kelime anlamı itibarıyla söylenmemiş bir sözün söylendiğini iddia etme anlamına gelmekte olup, hukuksal anlamda ise mevcut bir sözleşmenin tarafların karşılıklı anlaşması ile sona erdirilmesi demektir(5).

İkale geniş anlamda, bir hukuki kuruma, hukuki bir işleme veya hukuki ilişkiye son vermek anlamına gelir. Dar anlamda ikale ise bir borç ilişkisini gelecekte de geçerli olacak şekilde ortadan kaldırmayı ifade eder(6).

İkale sözleşmesinin konusu bir borç ilişkisinin ortadan kaldırılmasıdır. Borç ilişkisi ikale sözleşmesi düzenlenerek tamamen ortadan kaldırılabilir gibi, kısmen de ortadan kaldırılabilir. İkale sözleşmesinin kısmi olabilmesi, onun ibra sözleşmesi ile aynı nitelikte olmasını gerektirmez. İbra sözleşmesi borç ilişkisinin içerdiği münferit borçları ortadan kaldırır(7). Kısmi ikale sözleşmesi ise münferit borcu ortadan kaldırmadan onu daraltır(8).

## B. İkale sözleşmesinin şekli

İkale sözleşmesi yasadaki düzenlenmediği için tabii olduğu şekil konusunda da herhangi bir hüküm yoktur. TBK'nın sözleşmelerin şekli ile ilgili olarak kabul ettiği sistem şekil serbestisidir. Buna göre hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanlarının herhangi bir şekilde beyan edilmesi mümkün olup, taraflar sözleşme özgürlüğü kapsamında sözleşmenin şeklini seçmekte özgürdürler.

İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu'nda da ikale sözleşmesinin şekli konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Her iki kanunda ibra sözleşmesini düzenlemiş olmasına rağmen ikale sözleşmesini düzenlememiştir. Keller-Schöbi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ibra sözleşmesini düzenleyen 115. maddesinin ikale sözleşmesinin şekli için de uygulanabileceğini belirtmektedir(9).

İbra sözleşmesi 6098 sayılı TBK ile yasal dayanağa kavuşmadan önce öğreti ve yargısal içtihatların yanında İsviçre Borçlar Kanunu madde 115 hükmü bu konudaki boşluğu gidermiştir. Ancak yine de ibra sözleşmesinin şekle tabi olup olmadığı hususunda tartışmalar yapılmıştır. İbra sözleşmesinin TBK'da düzenlenmesiyle birlikte borçlar hukuku anlamında TBK madde 132 hükmü gereğince ibra sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi olmadığı iş hukuku anlamında ibra sözleşmesinin ise TBK madde 420 hükmü gereğince yazılı şekilde olması hükmü bağlanmış ve tartışmalar son bulmuştur. İbra sözleşmesinin TBK'da düzenlenmesi ikale sözleşmesinin şekli ile ilgili yeni tartışmaları gündeme getirmiştir(10).

Bunlardan birisi de, ibra ve ikale sözleşmelerinin benzerliği bakımından hizmet sözleşmelerinde ibra sözleşmesini yazılı şekle şartına bağlı kılan TBK madde 420 hükmünün kıyasen işçi ve işveren arasında yapılan ikale sözleşmesine uygulanıp, uygulanmayacağıdır. Astarlı, ibra ve ikale sözleşmesinin kimi nitelikleri itibarıyla benzer olsa da, ibra sözleşmesi için kanunun öngördüğü şeklin, kanunun öngörmediği bir sözleşme türüne kıyas yoluyla uygulanmasının mümkün olmadığı görüşündedir. TBK madde 132 hükmü ibra sözleşmesine ilişkin şekil serbestisini düzenlemişken, konu iş ilişkisi ve işçinin korunması olunca TBK madde 420 hükmü ile yazılı şekle şartını hükme bağlamıştır. Kanımca, TBK madde 420 hükmünün kıyas yoluyla ikale sözleşmesinin şekline uygulanması uygun değildir. Çünkü TBK şekil serbestisi kuralını kabul etmiş olup, bunun istisnası, kanundan kaynaklanan şekil ve taraf iradelerinden kaynaklanan şekildir. Bu iki istisna da söz konusu değilse şeklin hâkimin yarattığı hukukla doldurulması, bu konuda kıyasa başvurulması mümkün değildir(11).

Bu sebeple İsviçre öğretisinde ikale sözleşmesinin şekli için İsviçre Borçlar Kanunu m. 155 de düzenlenen ibra sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanacağını kabul eden görüşten dayanak alarak, TBK'nın ibra sözleşmesine ilişkin 132. madde hükmünün de kıyasen ikale sözleşmesine de uygulanması gerekir. Yani ikale sözleşmesi ortadan kaldırmaya yönelmiş olduğu borç ilişkisi kanun veya taraflarca şekle tabi tutulmuş olsa bile herhangi bir şekle tabi tutulmamalıdır(12). Bu durum sözleşmenin taraflarının TBK madde 117 hükmü gereğince iradi şekil kararlaşmalarına engel teşkil etmez.

### C. İkale sözleşmesinin hukuki niteliği

İkale sözleşmesinin dayanağı sözleşme özgürlüğüdür(13). Zira sözleşmeyi düzenleyip içeriğini belirleyen taraflar yine aynı özgürlük kapsamında sözleşmeyi sona erdirmekte serbesttirler. Sona erdirmeye özgürlüğü bu anlamda sözleşme özgürlüğünün bir alt kategorisini oluşturmaktadır(14).

Hukuki işlem, hukukun işlemi yapanın arzusuna uygun olarak hukuki sonuç bağladığı irade beyanıdır(15). Hukuki işlemleri de işleme katılanların sayısına göre tek taraflı hukuki işlemler ve iki veya çok taraflı hukuki işlemler olarak ikiye ayrılır. İki veya çok taraflı hukuki işlemlerin en sık karşılaşılanı sözleşmelerdir. Bu sebeple ikale sözleşmesi de iki taraflı bir hukuki işlemdir. Hukuki işlemler yaptıkları etkilere göre de borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri olarak ikiye ayrılır. Tasarruf işlemi, tasarrufta bulunanın malvarlığındaki bir hakka doğrudan doğruya etki yaparak o hakkı başkasına devreden ya da sınırlayan, külfet yükleyen, değiştiren veya sona erdiren hukuki işlemlerdir(16). İkale sözleşmesi de, sözleşmeden doğan hak ve borçları kesin bir şekilde ortadan kaldırdığı ve hukuki ilişkiyi sonlandırdığı için tasarruf işlemidir. Öğretide ikale sözleşmesinin temelinde borçlandırıcı işlemin yer alıp almadığı ise tartışmalıdır(17).

### D. İkale sözleşmesinin kurulması

İkale sözleşmesinin tarafların karşılıklı anlaşma ile aralarında mevcut olan sözleşmeyi ortadan kaldırmayı kararlaştırdıkları sözleşme olduğuna daha önce değinmiştik. İkale sözleşmesinin kurulması için taraf iradelerinin sözleşme

kurma hususunda birbirine uygun olması gerekir. Uygunluk sözleşmenin kurucu unsurlarındandır(18). İ kale sözleşmesinin kurulması için irade beyanlarının uygunluğundan söz edebilmek için tarafların karşılıklı iradelerinin sözleşmenin tüm objektif ve sübjektif esaslı noktaları üzerinde uyuşması gerekir. Eğer tarafların karşılıklı iradeleri ikalenin objektif ve sübjektif esaslı noktaları üzerinde uyuşmuyorsa, bu durumda TBK madde 1 hükmü gereğince sözleşme kurulmamış demektir.

İ kale sözleşmesinin şekline ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda hukukumuzda bir düzenleme olmadığına değinmiştik. Bu sebeple ikale sözleşmesi tarafların açık irade beyanları ile kurulabileceği gibi, zımni olarak da kurulabilir. Ancak bu noktaya iş hukuku bakımından bir istisna getirmek gerekebilir. Her ne kadar TBK madde 420 hükmünün kıyasen ikale sözleşmesinin şekline uygulanmayacağı kabul edilse de, işçi bakımından ortaya çıkardığı olumsuz hukuki sonuçlar nedeniyle iş sözleşmesini sona erdirecek olan ikale sözleşmesini kuran işçi ve işveren irade beyanlarının açık ve kesin bir şekilde belirlenmesi savunulabilir(19).

Sözleşmenin kurulması için temel unsur öneri (icap) ve kabulün birleşmesidir. İ kale sözleşmesinin kurulması için de, sözleşmenin anlaşma ile sona ermesini amaçlayan bir öneriye gerek vardır. İ kale sözleşmesine yönelik önerinin zorunlu unsuru, sözleşmenin anlaşmayla sona ermesi teklifini içermesidir(20). Bu şekilde bir önerinin muhatabı tarafından kabulü ile ikale sözleşmesi kurulmuş olur. TBK madde 11 hükmü gereğince hazırlar arasında ikale sözleşmesi ikale önerisinin kabul edildiği anda, hazır olmayanlar arasında ikale sözleşmesi ise önerinin muhataba varması ile kurulmuş olur. Sözleşme hükümlerini kabul beyanının gönderildiği anda doğurmaya başlar.

İ kale sözleşmesinde amaç, tarafların aralarındaki mevcut hukuki ilişkiyi karşılıklı anlaşma ile sona erdirmeleri olduğundan dolayı, ikale sözleşmesinin sona erdirilmek istenen sözleşme devam ederken yapılması gerekir. İ kale sözleşmesinin kurulması için tarafların hem fiil ehliyetine hem de tasarruf

ehliyetine sahip olmaları gerekir.

### **e. İ kale sözleşmesinin hüküm ve sonuçları**

İ kale sözleşmesi, kabul beyanıyla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur. İ kale sözleşmesi üçüncü şahıslara karşı yeni bir sözleşme niteliğindedir.

İ kale sözleşmesinin kurulmasında tarafların borcu ortadan kaldırma iradelerinin varlığı aranmalıdır. Bu irade ile bir borç ilişkisi, geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırılmaktadır(21). İ kale sözleşmesi ile ortadan kaldırılan sözleşmenin yapılmasından önceki durumun yeniden kurulması amaçlanmaktadır. Örneğin; bir satış sözleşmesinde bütün hukuki ilişki ortadan kaldırılmış ise aksine bir anlaşma yoksa önce satılan şey iade edilir, sonra da satış bedeli iade olunur. Ancak ikale sözleşmesi sürekli borç ilişkilerinde yapılmışsa hüküm ve sonuçlarını doğurması geçmişe etkili değil, geleceğe etkilidir(22). Sona erme zamanı belirlenmemiş sürekli borç ilişkilerinde de durum aynıdır.

İ kale sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğinde olduğundan dolayı, bazen bir tarafın bazen de iki tarafın malvarlığının etkin kısmını azaltmaktadır.

### **f. İ kale sözleşmesinin benzer kavramlardan farkı**

Bu başlık altında kısaca feragat, sulh sözleşmesi ve İ bra Sözleşmesi ile İ kale Sözleşmesi arasında mevcut olan farklara değinilecektir. İ kale sözleşmesinde, tarafların mevcut bir hukuki ilişkiyi sona erdirmeye konusunda karşılıklı iradeleri söz konusu iken; feragatte dava hakkından veya açılmış olan bir davadaki taleplerden vazgeçme söz konusudur. İ kale sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için tarafların karşılıklı irade beyanlarının örtüşmesi gerekirken, feragat karşı tarafın kabulüne bağlı değildir.

İ kale sözleşmesi genel olarak, sözleşmenin devamı esnasında yapılabildiği, hukuki ilişkiyi sona erdirir. Sulh sözleşmesinde ise taraflar arasında daha önceden ortaya çıkmış bir hukuki ilişki ve bu hukuki ilişkiye dair bir uyuşmazlık mevcuttur. İ ki sözleşme arasındaki bir diğer fark ise sulh sözleşmesinde tarafların



karşılıklı fedakârlıklarda bulunmalarının esas olmasına rağmen; İkale Sözleşmesi'nin varlığı bakımından bu yönde bir koşulun söz konusu olmamasıdır.

İkale ve İbra sözleşmesi, her ikisinin de iki taraflı hukuki işlem olmaları, tasarruf işlemi niteliğinde olmaları ve borcu veya borç ilişkisini sona erdiren nedenlerden olmaları dolayısıyla benzeşmektedirler. Ancak ikale ve İbra sözleşmeleri bu benzerliklerin yanında önemli farklarla birbirinden ayrılmaktadırlar. İbra sözleşmesi ile tarafların ortadan kaldırdığı sözleşme veya borç ilişkisi değil, bu sözleşme ilişkisinden doğan borçlardan birisidir. İbra edilen borç veya borçlara rağmen sözleşme ilişkisi devam etmektedir. Oysa İkale Sözleşmesi'nde sözleşme tüm hak ve borçları ile bir bütün olarak ortadan kalkmaktadır.

## 2. İş hukuku uygulamasında ikale sözleşmesi

İş sözleşmesinin sona ermesi ve sonuçları İş Hukuku'nda işçinin en çok koruma ihtiyacı olan konuların başında gelmektedir. İş sözleşmelerinin belirsiz süreli iş sözleşmeleri ve belirli süreli iş sözleşmeleri olarak ikiye ayırmak mümkündür. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri esas itibariyle fesih yoluyla sona erdirilecektir. Bu sebeple belirsiz süreli iş sözleşmelerinde işçinin işinin varlığının korunması amacıyla özellikle işverenin fesih hakkı bakımından sınırlandırmalar olmuştur. Belirli süreli iş sözleşmeleri ise esas itibariyle belirli sürenin dolması, vadenin gelmesiyle sona erer. İş sözleşmesinin ölüm vb. başka sona erme sebepleri de vardır. Bunlardan bir tanesi de yasa düzenlenmemiş olmasına rağmen, tarafların anlaşarak bu sözleşmeyi ve sözleşmeden doğan iş ilişkisinin ortadan kaldırmalarıdır. Genel kanun olan TBK da ne de özel kanun olan İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin sona erme hallerinden biri olan ikale sözleşmesi düzenlenmemiştir.

### A. İş hukukunda ikale sözleşmesinin geçerliliğin denetimi

İkale sözleşmesinin şekli, kurulması, kapsam ve geçerliliği Borçlar Hukuku'nun genel hükümlerine tabidir. Ancak ikale sözleşmesinin iş sözleşmesini sona erdiği durumlarda bu husus İş Hukuku'nu yakından ilgilendirdiği için ikale sözleşmesinin yorumunda, iş sözleşmesinin yorumunda

olduğu gibi genel hükümler dışında İş Hukukunda işçi lehine yorum ilkesinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Bu sebeple hüküm ve sonuçlarını İş Hukuku alanında doğuran İbra sözleşmesinde olduğu gibi, hüküm ve sonuçlarını İş Hukuku alanında doğuran ikale sözleşmelerinde de dar yorum ilkesinin uygulanması gerekir(23).

İkale sözleşmesinin geçerli olabilmesi için işçiye kanuni haklarının ödenmesi yeterli olmayıp, bunun yanında makul bir menfaat temin edilmiş olması gerekir. İşçinin işveren ile ikale sözleşmesi yapmasını gerektiren makul bir neden bulunmalıdır. "Makul menfaat ölçütü" yargı kararları oluşturulmuştur. İkale sözleşmesinin işçiyi feshe karşı koruyucu hükümlere dolanmak amacıyla işveren tarafından bir araç olarak kullanıp kullanmadığının tespitinde, işçinin ikale sözleşmesini kabul etmesinde makul bir yararının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir(24). Makul yarar kavramı bu noktada önem arz eder.

İkale sözleşmesinin İş Hukuku uygulamasında geçerli olabilmesi için Alman Hukuku'ndan aktarılan ve öğreti tarafından da benimsenen bir diğer husus, işverenin ikale sözleşmesinin sonuçları hakkında işçiyi bilgilendirme yükümlülüğüdür(25).

İkale sözleşmenin geçerliliğinin denetimi başlığı altında, ikale sözleşmesinin dar yorum ilkesine tabi olması, işçiyi makul yarar sağlaması ve işverenin işçiyi ikale sözleşmesinin sonuçları hakkında bilgilendirme yükümlülüğü sırasıyla incelenecektir. Borçlar Kanunu tarafından getirilen sözleşmenin geçerlilik koşullarına ek olarak incelenen bu hususlar İş Hukukunun işçiyi koruyucu amacından kaynaklanmaktadır. İş Hukukunun bu amacı sebebiyle ikale sözleşmesinin İş Hukuku uygulanmasında geçerlilik koşulları Borçlar Hukuku'ndaki geçerlilik koşullarından daha ağırdır.

### 1. İkale sözleşmesinin dar yorum ilkesine tabi olması

Öğretilerde ikale sözleşmesinin geçerlilik denetiminde kullanılacak temel hukuki dayanakların "kanuna karşı hile" ve TMK madde 2'de düzenlenen "dürüstlük kuralı" kurumları olduğu ileri sürülür(26).

Kanuna karşı hile; hukuk düzeninin meşru gördüğü geçerli bir işlemin yapılıp, bu işlemle kanunun öngörmediği yasakladığı bir sonuca dolaylı olarak ulaşılmıştır. İkale sözleşmesinin İş Hukuku'nda uygulamasının artmasının nedeni de daha önce değindiğimiz gibi işverenin iş güvencesi hükümlerini bertaraf etmek istemesidir. Bu sebeple işverenin iş güvencesi hükümlerini işçi ile ikale sözleşmesi düzenleyerek bertaraf etme amacında olması ikale sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanılmasına olup, kanuna karşı hile ve dürtülük kuralına aykırılık oluşturur. Bu durumda iş sözleşmesi düzenlenen ikale sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurmasıyla birlikte işçi aleyhine sonuçlanmaktadır. İkale sözleşmesinin İş Hukukunda dar yorum ilkesine tabi olmasının esaslı sebebi budur(27).

Fesih, iş sözleşmesinin sona erme sebeplerinden birisidir. İş sözleşmesinin taraflar arasında sona erdirilme sebebi ikale sözleşmesi değil de, işverenin iş sözleşmesini feshi ise; işçi feshin usulüne uygun yapılmaması halinde ihbar tazminatı, koşullarını yerine getirmişse kıdem tazminatı alabilecek, iş güvencesi kapsamında olması halinde ise İşe İade Davası açabilecektir. Üstelik iş sözleşmesi fesihle sona eren işçi şartları uymaktaysa işsizlik sigortasından da yararlanabilecektir. Bu durum da, işveren feshinin karşılıklı anlaşma ile yoluyla ikale sözleşmesi gibi gösterilmesi suretiyle iş güvencesi hükümlerine dolanılmasını mümkün kılmaktadır. Taşdığı avantajlar nedeniyle, işveren, iş sözleşmesini fesih yerine ikale sözleşmesi ile sona erdirmek yolunu seçebilir. İş Hukuku'nda özellikle iş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra ikale sözleşmesinin yaygınlaşmasının altında bu amacın yattığı söylenebilir.

Tüm bu sebeplerle, iş hukuku uygulamasında ikale sözleşmeleri öncelikle genel hükümlerde düzenlenen irade fesadı halleri bakımından incelenmeli daha sonra da dar yorum ilkesi gereği ikale sözleşmesinin geçerliliği noktasında İş Hukukunun işçiyi koruma amacı göz önüne alınarak işçi lehine değerlendirme yapılmalıdır.

## 2. Makul yarar kavramı

İkale sözleşmesinin geçerliliği bakımından

bir diğer ölçütte "makul yarar" ölçütüdür. Bu ölçüt, işveren feshine göre işçi açısından çok daha dezavantajlı bir durum yaratan ikale sözleşmesinin işçi tarafından kabulünün işçi için makul bir yarar sağlamış olmasına dayanır.

İşçi açısından makul yararın varlığı, işçi ve işverenin karşılıklı menfaatleri arasında bir değerlendirme yapılarak bulunabilir. Böylece, işçinin iş sözleşmesini ikale sözleşmesi ile sona erdirmek konusunda bir menfaatinin bulunup bulunmadığı tespit edilir. Nitekim yargı kararlarında da "makul yararın araştırılması"ndan bahsedilmekte olup, işçinin makul yarar sağlama ölçütü kabul edilmiştir(28). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında, işçinin makul yararı yokken ikale sözleşmesini kabul ederek iş sözleşmesinin işverence feshi neticesinde doğacak haklarından vazgeçmiş olmasını hayatın olağan akışına aykırı bulmuştur(29). İkale sözleşmesi ile iş sözleşmesinin sona ermesinde işçiye sağlanacak makul yararın miktarı konusunda, özellikle öneride bulunan işveren olması durumunda ihbar ve kıdem tazminatı miktarının ötesinde bir meblağın ödenmesi Yargıtay tarafından benimsenen görüştür(30).

Makul yarar somut olayın özelliklerine göre değişebilir. Bunu da göz önüne alan Yargıtay, makul yararın tespitinde her somut olayın özelliğine ve önerinin kimden geldiğine bakılarak karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir(31).

## 3. İşverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü

İkale sözleşmesinin geçerliliği konusunda ayrıca değinilmesi gereken bir husus da İş Hukuku bakımından ikale sözleşmesi kurulurken işverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğüdür. İkale sözleşmeyi kurulurken işverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü ikale sözleşmesinin geçerlilik denetiminde de önem taşımaktadır(32).

Alman aktarılan bu ölçüt uyarınca, özellikle ikale sözleşmesi yapmak konusundaki önerinin işverenden geldiği durumlarda bu sözleşmenin hukuki sonuçları hakkında işçinin bilgilendirilmesi gerekir(33). Alman Hukukunda ikale sözleşmesinde işverenin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğünün

sözleşme öncesi görüşmelerde sorumluluk kapsamında bir borç olduğu değerlendirilmektedir(34).

Türk Hukuku'nda ise öğretide bu konuda iki görüş mevcuttur. Bir görüş(35) işverenin ikale sözleşmesi kurulurken işçiyi ikale sözleşmesinin olumsuz sonuçları konusunda bilgilendirme yükümlülüğünün kaynağının esas itibarıyla işverenin iş sözleşmesinden doğan gözetme borcu olduğunu savunurken; bir diğer görüş(36) ise bu yükümlülüğün kaynağını Alman Hukuku'nda hakim olan sözleşme öncesi görüşmelerde sorumluluk (culpa in contrahendo) kapsamında bir borç olduğunu değerlendirmektedir.

Bu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımı ise ikale sözleşmesinin geçersizliği değil, sözleşme öncesi görüşmelerde sorumluluk çerçevesinde işçinin bu nedenle uğradığı zararın tazminini talep edebileceğidir. Bu görüş öğretide Sevimli ve Astarlı tarafından eleştirilmiş ve iş sözleşmesinden kaynaklanan böyle bir borç mevcut iken bu borca aykırılık sebebiyle işverenin sorumluluğunun sözleşme öncesi görüşmelerde sorumluluk düzeyine indirgenemeyeceği belirtilmiştir. Sevimli; en azından ikale sözleşmesi görüşmelerinde gözetme borcuna ağır aykırılık söz konusu olduğunda yapılan ikale sözleşmesinin geçersiz kabul edilmesi gerektiğini ve sözleşmenin işveren tarafından feshedildiğinin kabulü gerektiğini savunurken(37); astarlı da sözleşmeden doğan bir borcun ifa edilmemesi nedeniyle sözleşmenin kusurlu ihlalinin varlığının kabulünün gerektiğini savunmaktadır(38).

## **b. İkale sözleşmesinin iş ilişkisine etkisi ve sonuçları**

İkale sözleşmesi düzenlenmesi suretiyle, iş sözleşmesinin sona erdirildiği hallerde, iş sözleşmesinden doğan temel ve yan edim yükümlülükleri sona ermektedir. Yan edim yükümlülüklerinin varlığı temel edim yükümlülüklerinin varlığına bağlı olduğundan dolayı, ikale sözleşmesinin iş sözleşmesini sona erdirici etkisinin temel edim yükümlülüklerini ortadan kaldırması ile işçinin gözetilmesi ve işverene sadakat gibi yan edim yükümlülükleri de ortadan kalkar. Temel edim yükümlülüklerinin sona ermesi ile birlikte yan edim yükümlülüklerinin

sona ereceği kabul edilmiş olsa da, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraya etkili kimi yan edim yükümlülükleri vardır ki, bunlar sona ermez. Örneğin TBK madde 421/2-3 hükmü ile İş Kanunu m. 27 işçiyi yeni iş arama izni hakkı tanımıştır. İş sözleşmesinin işveren tarafından süreli feshi halinde işçiyi bu hak tanımaktadır. Bu anlamda yeni iş arama izni, iş sözleşmesinin sona ermesine rağmen devam eden bir yan edim yükümlülüğüdür. Ancak bu yan edim yükümlülüğü iş sözleşmesinin süreli fesih bildirmesi ile sona erdiği durumlar için geçerli olup, iş sözleşmesinin ikale sözleşmesi düzenlenmesiyle sona erdiği durumlarda tanınmaz(39). İş sözleşmesinin ikale sözleşmesi düzenlenmesiyle sona erdiği durumlarda devam eden yan edim yükümlülüklerine örnek verecek olursak; TBK madde 426 hükmü ve İş Kanunu madde 28 hükmü gereğince "çalışma belgesi düzenleme yükümlülüğü", "işle ilgili olarak almış olduğu şeyleri geri verme yükümlülüğü", "sır saklama yükümlülüğü" verilebilir(40).

İş sözleşmesinin ikale sözleşmesi ile sona ermesi ile, fesih ile sona ermesi arasında ciddi birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Fesih, bozucu yenilik doğuran bir hakkın tek taraflı olarak kullanılması iken, ikale tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan bir sözleşmedir. Dolayısıyla ikale sözleşmesi ile iş sözleşmesinin sona erdirilmesi bir fesih niteliğinden olmadığından, iş sözleşmesinin fesih ile sona ermesine ilişkin olarak ortaya çıkan sonuçlar, ikale sözleşmesi ile iş sözleşmesinin sona erdiği durumlarda söz konusu olmayacaktır. İşçi feshe bağlı sonuçlardan olan ihbar ve kıdem tazminatını talep edemeyecek, işsizlik ödeneğinden yararlanamayacaktır. İş güvencesi kapsamında olan işçi de işe iade davası açamayacaktır. İşçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmasına engel olan bu hususlar, işçi için ikale sözleşmesinin dezavantajlarını oluşturmaktadır.

İkale sözleşmesinin geçersizliği butlan ve iptal şeklinde karşımıza çıkar(41). İş sözleşmesi devam ederken onu sona erdirmek amacıyla tarafların karşılıklı anlaşması ile kurulan ikale sözleşmesi hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle batıl olabilir(42). İkale sözleşmesi hukuka veya ahlaka aykırılık

nedeniyle batılsa, baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Bufları zamanla ortadan kalkmayacağı gibi batıl bir sözleşme tarafların onayıyla veya edimlerin ifasıyla geçerlilik kazanamaz(43). Dolayısıyla butlanı halinde ikale sözleşmesinin hukuki sonuçlarını doğurması ve iş sözleşmesini sona erdirmesi mümkün değildir.

İşçi yanılma, aldatma veya korkutma nedeniyle bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirerek iptal hakkını kullanırsa,

geçerli olarak hükümlerini doğuran ikale sözleşmesi, geçmişe etkili olarak ortadan kalkar(44) . Bu durumda ikale sözleşmesi, iş sözleşmesini sona erdirmeye sonucunu doğurmaz. Yani ikale sözleşmesi geçmişe etkili bir şekilde geçersiz olduğu için iş sözleşmesi hiç sona erdirilmemiş olur ve iş ilişkisi hiç bir değişiklik olmaksızın devam eder. Alam Federal Mahkemesi de yakın tarihli bir kararında geçerli bir şekilde iptal edilen ikale sözleşmesinin, geçmişe etkili olarak geçersiz olduğunu kabul etmiştir(45).

### Kaynakça

Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale Sözleşmesi, Turhan Kitapevi, Ankara, 2013

Günay, Cevdet İlhan, İkale Sözleşmesi, Çimento İşveren Dergisi, S. 5, C. 23, Eylül 2009, s.5-25

Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, Medeni Hukuk, ArkanYayıncılık, 14. b., İstanbul, 2007

Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 11. b., C.1, İstanbul, 2013

Pars, Tuğlacı, Okyanus Ansiklopedik Sözlük, Cem Yayınevi, 6. b., C.4, İstanbul, 1983

Sevimli, K. Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14, Haziran, 2009, s. 84-107

Turanboy, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998 www.kazancı.com.tr

### Sonnot:

(1) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 1.

(2) Turanboy, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, s.35.

(3) Turanboy, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, s.35.

(4) Görüş için bk. Turanboy, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, s.36.

(5) Pars, Tuğlacı, Okyanus Ansiklopedik Sözlük, Cem Yayınevi, 6. b., C.4, İstanbul, 1983; Evren, Öcal Kemal, Tarafların Anlaşması İle İş Sözleşmesinin Sona Ertilmesi, Terazi Yılık Hukuk Dergisi, Y.4, S.30, Şubat 2009, s. 116 / Aktaran; Günay, Cevdet İlhan, İkale Sözleşmesi, Çimento İşveren Dergisi, S. 5, C. 23, Eylül 2009, s.5. (çevirimiçi )

(6) Turanboy, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, s.35.

(7) Turanboy, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, s.37.

(8) Turanboy, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, s.37.

(9) Turanboy, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, s.40.

(10) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 114.

(11) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 115.

(12) Turanboy, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, s.40.

(13) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 1.

(14) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 1-2.

(15) Oğuzman / Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 36.

(16) Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, Medeni Hukuk, Arkan Yayıncılık, 14. b., İstanbul, 2007, s. 141.

(17) İkale sözleşmesinin temelinde borçlandırıci işlemin yer alıp almadığı tartışması için bk.; Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 30-31.

(18) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 52.

(19) Aksi görüş için bk. Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 59.

(20) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 60.

(21) Turanboy, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, s. 38.

(22) Turanboy, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, s. 39.

(23) Sevimli, K. Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki

Gelişmeler, s.93; Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 154.

(24) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 8.

(25) Sevimli, K. Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, s.93.

(26) Sevimli, K. Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, s.93.

(27) Sevimli, K. Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, s.93.

(28) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 214.

(29) Yarg. 9.HD, 21.04.2008 tarih, 2007/30760 E., 2008/9208 K. (www.kazancı.com.tr)

(30) Yarg. 9.HD, 21.04.2008 tarih, 2007/30760 E., 2008/9208 K. (www.kazancı.com.tr)

(31) Sevimli, K. Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, s.94.

(32) Sevimli, K. Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, s.96.

(33) Ekonomi, Münir, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh, Legal İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S. 1, Ağustos, 2006,

s. 41 vd. / Aktaran; Sevimli, K. Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İka Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, s.96.

(34) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 121.

(35) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 120 ;K. Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, s.96.

(36) Alp, Mustafa, İş Hukukunda İkalenin Geçerlilik Koşulları, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2008, S. 17, S. 49; Ekonomi, Tarafların Anlaşması, s. 41 / Aktaran; Sevimli, K. Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, s.96.

(37) Sevimli, K. Ahmet, İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler, s.96.

(38) Sevimli, Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 120.

(39) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 295.

(40) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 295-298.

(41) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 275.

(42) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 276.

(43) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 276.

(44) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 276.

(45) Astarlı, Muhittin, İş Hukukunda İkale, s. 276.



## “Düşünce”yi düşünmek...

Av. E. Hakan Özdemir

Düşüncenin anlamını başkalaştırmak ya da Hegel Diyalektiği'nin eleştirilişine katkı

Eva'ya... İnandığı ve sevdiği için.

### Epi(log)graf

Uzak bir geçmişte insan Tanrı'yı yarattı ve onu yeryüzünde tedavüle soktu. Yakın bir geçmişte ise insan yarattığı Tanrı'yı öldürdü ve onu dünyadan tahliye etti. Tanrı'yı ve ona ait değerleri yaşamın dışına süren insan oluşan boşluğu kendisi ve kendisine ait değerlerle doldurdu. Modern insan, öldürdüğü Tanrı'nın yerine geçerek "İnsan-Tanrı" oldu. İnsan - Tanrı, sahip olduğu tanrısal gücü, yani eleştirel aklın olanaklarını sonuna dek kullandı ve onu özgül sınırlarına kadar taşıdı. Modern akıl, eleştirdiği objeyi tüketip dış sınırlarına dayandığında ise kendisine döndü ve öz-eleştirisini başlattı. Modern aklın giriştiği bu öz-eleştiri süreci yükselişini sürdürürken aynı zamanda kendi düşüşünün de başlangıcı oldu. Bir geçiş süreci olarak bugün yaşamakta olduğumuz durum ise İnsan-Tanrı'nın yani modern insanın artık sahnedeki çekilip kapanması ve yerini "Tanrı-İnsan"a bırakmasıdır.

Tanrı-İnsan; tarihin O'nu getirip bıraktığı noktada, kendisini ve dünyayı toptan bir yok oluşun eşliğine taşımış olan son insan. Tanrı-İnsan; yeni bir gezegen üzerinde, insanoğlunu ve dünyayı yeniden yaratılma yeteneğine sahip olan ilk insan. Peki, o takdirde yarın Tanrı-İnsanın başına ne gelecektir? Yarın insanın başına gelecek olan, dünyanın ve kendisinin ölümünü izlemekle, kendisi için "yeni bir dünya ve uygarlık" yaratmak arasında bir seçim yapmak zorunda kalmaktır. Var olanla birlikte

yok olmak ya da yok olmakta olanı yeniden yaratarak var olmak. Bu seçim karşısında Tanrı-İnsanın vereceği karar ise ya kendisinin sonu ya da bir varlık türü olarak insanın gerçek başlangıcı olacaktır.

### Kriz

20. yüzyılın en sofistike düşünürü olarak kabul edilen M. Heidegger, yaklaşık 2500 yıllık Batı Düşünce Tarihi'nin bütünü, yalnızca üç sözcükle tasvir eder "tarihsel bir yazgı..." Ona göre Batı aklının bu düşünsel yolculuk boyunca üzerinde yürümüş olduğu yolun kendisi yazgısal bir nitelik taşıdığı gibi, takip edilen bu yolun insanı ve düşünceyi getirip bıraktığı yerde, yalnızca o tarihsel yazgının vuku bulması, gerçekleşmesi anlamını taşımaktadır. Adı, Batı Düşünce Tarihi'nde 19. yüzyılda yaşanan önemli bir felsefi yorum farklılığına işaret eden F. Nietzsche, yazgının vuku buluşunu ya da yolun başından itibaren zaten belirli olan bu sonu "Şen Bilim" adlı eserinde kullandığı bir metafor aracılığı ile bizlere ilk kez duyurur: "Misafirlerin en tekinsizi..." ya da genel kabul gören adıyla "kriz".

Verili denge durumunun ve süre giden rutinin bozulması anlamına gelen kriz, Nietzsche için hâkim durumda bulunan etik, estetik, epistemolojik, politik değerlerin maruz kaldıkları değer yitimiyle değersizleşip hükümden düşüşünü kısaca nihilizmi ifade eder.

Nietzsche'nin kriz için kullandığı sav-söz Tanrı'nın ölümüdür. Bununla beraber Nietzsche'nin Tanrı'nın öldüğü yönündeki bu bildirimini, sözün kapsadığı alan bundan çok daha fazlasına işaret ettiği için 19. yüzyılda Hristiyan inancının çözülüşüne dair ampirik bir gözlem olarak algılanmamalıdır.

Nietzsche, "Tanrı'nın öldüğünü" bize ilan ederken, bu ölümün varoluşun ve genel olarak oluşun nedensiz ve amaçsız oluşunun açığa çıkışının da başlangıcı olduğunu, bu açığa çıkışın ise insanın ruhunu kaybedişi ile sonlanacağını öne sürmektedir. İnsanoğlunun metafizik inanç dünyası ile bağıni yitirmesi şeklinde kendisini dışa vuran kriz, fizik dünyaya ait değerlerin de değersizleşmesine gidecek bir bilinci ortaya çıkartmak sureti ile insanın dünyada anlam yüklediği tüm nosyonları kaybedişini, inandığı tüm değerleri yitirmişini başlatarak, insanın ölümünün yolunu açar. Bu izlekte ölen Tanrı'yla birlikte insanın kendisi de olduğundan, Nietzsche'nin matem çanı Tanrı için değil, insan içindir aslında.

Bir diğer ifadeyle "Tanrı'nın ölümü" sözü, öteki dünyanın inancından bizleri kopartan modern rasyonel aklın, bu kez bu dünyaya dönüp, oluşun tümüyle sahipsiz olduğunu yani yaşarken karşı karşıya kaldığımız acıları dindirebilmek için başvurabileceğimiz hiçbir ruhani ya da dünyevi amacın olmadığını, hayatlarımızı anlamlandırabilmek adına müracaat ettiğimiz tüm aşkın değerlerin aslında bütünüyle geçersiz ve hükümsüz olduklarını, insana ve dünyaya yönelik ideal ve ütopyalarımızın tamamının yalan ve yanılsamadan başka bir şey olmadıklarını zaman içinde bizlere göstermek suretiyle anlamın değerini ve ideallerin ölümüne aşkın nitelikli değer ve değerlendirme çerçevelerini yitiren çıplak bir dünyanın doğumuna yol açacağını, insana ihbar eder. Aktarılan bu süreç yani Tanrı'nın ölümü ile insanın silinişinin paralel bir zamansallık içinde devam edişi kendini dışa vuran krizin etkilerini tamamlayacağı, kültürün bütününe kaplayan nihilizm olarak kendisini gerçekleştirceği insanın ölümü noktasına kadar devam eder.

\*\*\*

Nietzsche'nin kriz çözümlemesi, kriz karşısındaki tavrımızın nasıl olması gerektiğine

yönelik yaklaşımı gibi Heidegger'in felsefi çözümlemelerinde kendisince de kabul edilip onaylanan iki önemli noktaya işaret etmektedir.

Bunlardan birincisi Nietzsche'nin, kriz paradigmasının çok uzun zamandan beri gizli bir biçimde varlığını devam ettirmiş olduğunu öne sürerek, krizi tarihsel bir süreç olarak ele alışıdır. Nietzsche, F.W. Hegel'in felsefi olarak soyutladığı mutlağın karşısına mutlağın mutlak yokluğunu koyar. İnsanoğlunun elindeki tek hakikat, hakikatten yoksun oluşu yani hakikatin yokluğudur. Nietzsche'ye göre insanın hakikat istenci, başından beri aslında hep yoklukla karşı karşıya iken Batı akli aşkın bir hakikat kurgusu oluşturmak suretiyle, bu dünyanın gerçekteki nihilistik mahiyetini sürekli olarak insandan gizleyen bir geleneğe sahip olmuştur. Batı düşüncesi, verili reel dünyanın karşısına, Antik Yunan Felsefesi Dönemi'nde idealar dünyası, Skolastik Orta Çağ Felsefesi Dönemi'nde ise bir öteki dünya nosyonu çıkartmak ve bunlara uygun anlamlandırma rejimleri kurmak suretiyle krizin yani Nihilizm sorununun üzerini süreğen bir biçimde örtmüştür.

Avrupa Usu'nun Skolastik Felsefe'den çıkıp Modern Felsefe'ye geçişiyle başlayan şey ise yaşadığımız reel dünya üzerindeki metafizik örtünün kalkışını, yani krizin artık görünür hale gelişini ifade eder. Kendisini dışa vuran krizle birlikte, skolastik düşünce tarafından üretilmiş kültürel değer ve değerlendirme biçimlerinin tümü değersizleşip hükümünü yitirmiş, Tanrı'nın başına "hiç" gelmiştir.

Modern Düşünce ile açığa çıkan kriz, bu bağlam içinde gizli / orijinal nihilizmin sona erişini beraberinde de kendi nihilistik mantığının farkında olan açık / Avrupa Nihilizmi Çağı'nın başlamasını simgeler. Kendisine işte böyle bir başlangıç yapmış olan modern felsefe, merkezine "Cogito"yu, düşünen bilinci koymuş; bu sayede hakikati Tanrı'nın elinden almış, fakat dönüp insanın avuçlarına koymak suretiyle, kendisine kadar gelen geleneği, bir el değişikliği ile devam ettirmiştir. Oysa Nietzsche'ye göre kökensel yokluk nedeniyle, insan tarafından yaratılmak, icat edilmek zorunda kalınan hakikatlerin bu tarihsel yolculuğu, krizin kendisini tamamlaması ile yani Nihilizmin sonuçlanacaktır. Kriz paradigmasının işte bu tarihsel serimlenişine bağlı olarak

Nietzsche, altında nefes alıp verdiğimiz modern kültürün, kendi sonunun koşullarını olgunlaştırarak ilerleyen bir kriz kültürü olduğu vargısına ulaşır.

Nietzsche'nin modernizme yönelik yaptığı bu durum tespitinin varlık ve zamandan zaman ve varlığa dönüşü (Kehre) sonrası Heidegger tarafından da benimsenmesiyle birlikte her iki düşünür için de ortak hale gelen felsefi görüş içinde yaşadığımız Akıl Çağı'nın nihilistik bir yapıya sahip olup, bu kültürün bütünsel bir çöküşe yazgılı olduğudur. Modern hayat kültürü tek aşkın güç olarak merkezine koyduğu eleştirel aklın, havuzun altındaki açık bir tıkaç kapağı gibi o kültürel havuzda değerli kabul edilen her şeyi içine çekip değersizleştiren, anlamlarını boşaltan etkisi ile kendi bitişine doğru ilerlerken Tanrı'nın başına gelen hiç, insanın da başına gelecektir.

Tüm bu aktarımlarda kriz kavramının anlamsal vurgusu her ne kadar kültürel atmosfere yönelik olsa da insanı bekleyen bu yazgının gerçekleşmesine yol açan ortak nedensellik bağı, Heidegger'in "Tekniğe Yönelik Soru"sunda da işaret edildiği üzere, insanın aynı zamanda doğa alanında yaşanacak bir krizle de karşı karşıya kalması sonucunu doğurur.

Kültürel kriz, nihilizm uğrağında modern kültürün çöküşünü ifade ederken doğanın krizi giderek yoğunlaşan ekolojik dengesizlikler sonucunda, doğanın çözülüşü ve çöküşünü ifade eder. Yazgının, kültürün ve doğanın tam ortasından geçen bir nedensellik paradigmasına bağlı olarak, her iki alan için paralel bir seyir izlemesi sonucunda kriz kendisini çiftler. Krizin çiftlenmesi ise ona son ve gerçek anlamını verir. Yazgının nihai sonucu olarak kriz, var olanların kendilerini yok olmaya, hayatın kendisini ölüme terk etmesidir.

\*\*\*

Nietzsche ve Heidegger'in felsefi yorumlarında ortaklaştığı ikinci nokta ise dünyanın kriz içinde bulunuşu karşısında, insanın alacağı tavırın, pasif değil aktif ve müdahil bir tutum olması gerektiği üzerinedir. Oluşun hiçliğini kavrayan, hiçten gelip hiçe doğru gittiğimizi fark eden yani uçurumun dibindeki o en koyu karanlığa bakabilen

kişiler, önce büyük bir korkuyla geri çekilir, ardından da gördükleri bu nihilist durum karşısında, tümüyle teslimiyetçi ve kötümser bir tavır takınırlar. Hiçlik kollarını ve zihinlerini sakatladığı, onları tamamen güçsüz ve eylemsiz bıraktığı için bu insanların hangi neden adına olursa olsun herhangi bir amaç benimsemeleri, herhangi bir ideal uğruna mücadele etmeleri tümüyle gereksiz ve saçma bir hale dönüşür.

Bununla beraber hem Nietzsche hem de Heidegger kriz karşısında takınılan bu pasifist tavrı açık bir biçimde reddederler. Çünkü gerek kriz düşüncesinin özgün sahipleri olan bu iki Alman felsefeci gerekse onları takip eden diğer kriz düşünürleri, söz konusu bitiş yerinin aynı zamanda yeni bir başlangıç momenti anlamını taşıdığını öne sürmektedirler. Bu düşünürlere göre hiçliğin yıkıcı gücünün olağanüstülüğü, beraberinde krizin kendisine o zamana dek insanın elde edebildiği en güçlü yaratıcı olanak olma özelliği de vermektedir. Varış yeri, yolculuğun bitiş noktası olabileceği gibi aynı zamanda yeni ve farklı bir yolculuğun başlangıcı için bir terminal işlevi de yerine getirebilir.

Kriz tam da bu anlamı ile insanın karar verme ve bir seçim yapma durumunu ifade eder. karşı karşıya kalacağı kriz varyantında insan, kendisine eşit uzaklıkta bulunan hiçleşerek yok olmak ve yeni bir varoluş kipine geçerek var kalmak seçenekleri arasında karar verip bir seçim yapacaktır. İşte bu noktada kültürün boş bir kâğıdın üzerine yazılmış kurmaca bir metin olduğuna ve onun neredeyse doğru aktığını önceden fark edebilen kişiler krizin ortaya çıkarttığı o yeni varoluş olanağı adına, tüm yaratıcı potansiyellerini harekete geçirip yol(culuğ)un sonuna müdahale etmeli, metnin kurgusunu ve yazılmış olan sonunu değiştirmelidirler.

Bu açıklamalarımız bağlamında, "Ne yapmalı?" sorusuna yönelik her iki düşünürün ortak cevabı, Nietzsche'nin jargonu ile söylersek; uçurumun kenarında duranların (korkuyla geri çekilmek yerine, yüce bir cüret ve sorumluluk duygusuyla harekete geçip) uçurumun dibini bir dağ zirvesine dönüştürmeleri, düşüşü bir sıçrayışa çevirmeleridir.

## Kopuş hamleleri...

Hem Nietzsche hem de Heidegger, bir kriz kültürü ile karşı karşıya olunduğu ve beklenen nihai yazgıdan kurtulabilmesi için bu kültürel duruma müdahale edilmesi gerektiği hususlarında birleşmekle birlikte, kriz karşısında alınacak tavra yönelik felsefi önermelerinde ayrılmaktadırlar.

Nietzsche (1844 – 1900) bize göre, olan ve olması gereken ikileminin yarattığı gerilimi, Tanrı'nın ölümü tespiti üzerinden, olması gereken üzerine kocaman bir çarpı atmak ve bütün felsefesini olanın üzerine dayamak suretiyle aşmaya çalışmıştır. Oluşu, olmakta olanı tüm çıplaklığı ve yalınlığı ile gösterdiği için de güç istemi, Nietzsche tarafından tüm felsefesinin temel izleği leitmotifi olarak kullanılmıştır.

Nietzsche, Tragedyanın Doğuşu ile başlayan ilk döneminde (1872 – 1876) daha zayıf, Böyle Buyurdu Zerdüşt ile başlayan son döneminde ise (1883 – 1895) daha yoğun bir biçimde insanın radikal estetik yaratıcılığı fikrini işlemiştir. Filozof, bu fikir bağlamında, hakikat ya da olgusal dış gerçeklik denilen kategorilerin dil oyunları ile inşa edilmiş kurmacalar, dünyaya dair tüm kavramsal bilgimizin ise insanın yaratıcı güç isteminden doğan subjektif yorumlar olduğunu öne sürmüştür. Filozof, bu savlarının sonucu olarak da, dünya denen şeyin aslında bir sanat eserinden başka bir şey olmadığını ileri sürmek suretiyle, reel olan ile estetik olan arasındaki sınır hatlarını silmeye çalışmıştır.

İşte bu felsefi ufuk çizgisi altında Nietzsche, bir tarihsel yazgı olarak nihilizmin, tüm değerleri yeniden değerlendirmeye alıp, inanabileceğimiz yeni yüce değerler yaratabilen güçlü bireyler tarafından aşılabileceğini öne sürer. Böylece, ikinci/olgun dönemi itibarı ile filozof, üst insan aracılığı ile sonun sonrasına geçilebilen bir gelecek tasavvurunu önümüze koymak suretiyle, kriz karşısında geleceğe yönelik mit yaratıcı bir pozisyon alır.

Heidegger (1889 – 1976) ise yine bize göre özellikle 1930'lara yani "Varlık ve Zaman"ın yayımlanmasının hemen sonrasına kadar geçen ilk dönemi boyunca yaptığı Nietzsche eleştirisiyle de doğrudan bağlantılı olarak olan ve olması gereken dualitesini tam

fersi bir biçimde yani olanın üzerini çizip bütünüyle olması gerekenin yanında saf tutmak suretiyle aşmaya çalışmıştır.

Tam da olması Gerekeni ima ve imal edebilme gücüne sahip olduğu içindir ki "Varlığın anlamı nedir?" sorusu ve bu sorunun cevabının serimlenişi Heidegger için hayatı boyunca devam eden ve tüm felsefesini boydan boya kat eden bir düşünme uğraşısına dönüşmüştür. Tüm derinliği ile düşünüldükten sonra her ne kadar soru "Varlık, varlıktır" şeklinde karşılanarak "tam olarak cevaplanabilme imkânına son tahlilde sahip olmayan, sürekli olarak yeniden sorulması ve sorgulanması gereken bir soru" olarak kalmış ise de Heidegger'e göre varlıkla kaybettiğimiz teması yeniden kurabilmek, onu yeniden hatırlayabilmek için Antik Yunan Felsefesi'nin başlangıcına, varlığın hakiki anlamının kendilerinde saklı olduğu, Sokrates öncesi eski Grek filozoflarının zihinlerine geri dönülmesi gerekmektedir.

İnsanoğlunun var olmanın ne anlama geldiğini bulabilmesi için köke, kökenlere geri dönmesi gerektiği yönündeki asli önermesi, Heidegger'in sanat yapıtını ve genel olarak dili merkezine alan "Kehre" sonrasındaki ikinci dönemi boyunca da devam etmiş, kalıcı bir metafor olarak mevcudiyetini sürdürmüştür. Heidegger, işte bu felsefi bağlam içinde "zamanın içinde kendini açan ve gizleyen, birbirinden ayrı duran çokluğu kendine toplayıp bir arada tutan, birleştirici ve kökensel bir(lik)" şeklindeki Sokrates öncesi varlık anlayışının günümüze yeniden taşınmasının, insanoğlunun unuttuğu bu varlık anlayışıyla tekrar temas kurmasının, nihilist yazgıdan çıkabilmenin, ölmüş olan Tanrı'nın diriltilebilmesinin tek imkânı olduğunu öne sürmüştür.

Bu bağlamda düşünür, insan tarafından bugüne kadar benimsenen geleneksel varlık tasarımlarının yıkılarak, yolun başındaki kadim Grek filozoflarının varlık anlayışına geri dönülmesi gerektiğini, bu dönüşün bugünkü olanağının ise sanatsal dilin varlığın hakikatini ifşa eden gücünde bulunduğunu öne sürmek suretiyle, kriz karşısında, geçmişe yönelik nostaljik miti yeniden yaratıcı bir pozisyon almış bulunmaktadır.

\*\*\*

Nietzsche'nin geleceğe yönelen yaratıcı yaklaşımına karşılık Heidegger'in geçmişe dönük "yeniden yaratıcı" yaklaşımı, dünyanın kriz içinde bulunuşu karşısında her ne kadar farklı tavır alışları imliyor olsa da her ikisinin de merkezi amacı olan krizden çıkış adına genel olarak Batı düşünce geleneği özelde de Modern Felsefe Söylemi'yle aktif bir mücadeleye girişmiş olduklarını sergiliyor olmaları anlamında ortaklaşmaktadır.

Nietzsche ve Heidegger'in felsefi vizyonları, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında, sosyal bilimlerin alanında düşünce üreten entelektüellerle, estetik alanda yapıt veren sanatçıların çoğunluğu tarafından kabul edilip benimsenmiştir. Bu iki düşünürün sav ve yöntemlerinin felsefe alanında en yoğun karşılık bulduğu ülke ise Fransa olmuştur. G. Battaille, M. Foucault, J. Deleuze, J. Derrida gibi bir çok önemli Fransız filozof kendi felsefi savlarının temellerini kurarken onların düşüncelerinden etkilenmiş, aynı zamanda da bu düşünürlerin bakış ve yorumlarını kendi yapıtlarında dönüştürmüş, geliştirmiş ve özgün noktalara taşımışlardır.

Yazılış amacı ve motivasyonu olarak okumakta olduğunuz metnin kendisi de insanın yazgısının sebebi ve krizin sorumlusu olarak gördüğümüz özne - nesne ilişkisinin ayrıntılı bir çözümlemesini yapmak ve bu çözümlemenin ortaya çıkartıklarında ilişkisinin çözümüne dair farklı bir olanağın var olup olmadığını araştırmak isteyen bir düşünme sürecine geçiş yapabilmeyi ummaktadır. Bu düşünme, bir yandan kriz fikrinin Alman köklerinin adımlarını yönlendirmesine izin veren, diğer yandan da bahsi geçen farklı olanağın ancak ve ancak Nietzsche ve Heidegger'in düşüncelerinin köklü bir eleştirisi ile mümkün olabileceğinin ayırımında olan bir nitelik taşıyacaktır.

## Çelişki

İnsanoğlunun aslında tek bir temel çelişkisi vardır. İnsanın diğer tüm çelişkilerinin kendisinden kaynaklandığı bu merkezi çelişkinin adı özne - nesne çelişkisi. Yeryüzünde yaşanmış ve yaşanmakta olan tüm çelişki biçimleri yalnızca bu temel çelişkinin türevleri farklı dışavurumlarıdır. Bizim bu üst belirleyici aslı çelişkiyi çözebilmemiz

halinde, ondan türeyen, onun rahminden doğan diğer çelişkilerimizi çözebilmemiz de mümkün değildir.

## J. Baudrillard

Çelişki, bilinçli yani bilme, bilgi sahibi olma imkânının taşıyıcısı, düşünen, bilen insan(özne) ile insanın dışında ve karşısında duran, algıya, gözleme açık olması ve deneye tabi tutulabilmesiyle onun tarafından düşünülüp, bilinebilen dünya (nesne) şeklinde kurulmuş olan ilişkide bizzat bu ilişki kurma biçiminin kendisinde var olan bir probleme işaret etmektedir. Çelişkide ifadesini bulan problemin bir yönü, söz konusu ikiliğin insan ve insan olmayan şeklinde bir ayırımı bölünmenin ortaya çıkmasına yol açan insanı içine doğduğu dünyanın dışında konumlayıp onu bütünden kopartan, dünya ile yan yana bir ilişki kurmak yerine insanı dünya ile negatif anlamda karşı karşıya getiren dış yapısıdır.

Problemin kendisine içkin diğer yönü ise düşünen ve bilen insan / düşünülen ve bilinen dünya ikiliğinin bölündüğü bütünden parçaları arasında yarattığı hiyerarşi insanı etkin, bağımsız ve müdahil kılıp merkezileştirirken insanın dışında kalan şeyleri etkisizleştirmek, anlam ve değerlerini insana tabi kılmak ve o büyük bakiyeyi onun her türlü dış müdahalesine açık tutmak suretiyle ikincilleştiren iç yapısıdır.

İnsanın dünya ile kurduğu ilişkinin yapısal dış bölünmüşlüğü'nün olgu - değer, teori - pratik, doğa - kültür, objektif - sübjektif... şeklindeki diğer çelişkilerin kaynağı olması, özne - nesne çelişkisinin kurucu çelişki olarak nitelendirilişinin nedeni iken etkin özne - edilgen nesne şeklindeki hiyerarşik iç bölünüşün, insanın doğayla ve bir başka insanla kurduğu ilişkilerde yaşadığı diğer tüm eşitsiz ikiye bölünmüşlük hallerinin (ezen - ezilen, sömüren - sömürülen, yöneten - yönetilen...) başlatıcısı olarak görülmesi özne - nesne çelişkisinin başat çelişki olarak değerlendirilişinin gerekçesini oluşturmaktadır.

Çelişki'nin kurucu bir niteliğe sahip olması düşünen özne - düşünülen nesne bölünüşünün insan - hayat ilişkisinin tam ortasından geçerek, o ilişkinin kökten bir

yarılmaya maruz kalmasında oynadığı rolün merkezi nitelikteki önemine dikkat çekerken çelişkinin başat bir niteliğe sahip olması etnik, cinsel, dinsel, siyasal, ekonomik ve ahlaki alanlarda yaşadığımız diğer tüm çatışma ve çelişkilerimizin çözümlenebilmesi için çelişkinin çözümünün birincil düzeydeki önceliğini ifade etmektedir.

Çelişki, açıklanan tüm bu önemi ve önceliği ile modern felsefenin çözümü için en yoğun şekilde çaba harcadığı felsefe problemi olarak bugün de varlığını sürdürmektedir.

\*\*\*

Bize göre ise özne – nesne çelişkisi önemini ve üzerine öncelikle düşünülme, insanın artık sormadığı bir soruyu kendisine hatırlatarak, unuttuğu olduğu bu soruyla yeniden hesaplaşması gerektiğini ortaya çıkartması nedeniyle hak etmektedir. Düşünen insan - düşünülen dünya ikiliğinin sorulması ve yeniden sorgulanması gerektiğinin hatırlanmasını sağladığı o yalın ve basit soru şudur: Düşünce(nin anlamı) nedir? Çok uzun bir süredir insan bu soruya aynı yanıtı vermektedir. Düşünce; zihinde tasarlanan, canlandırılan şeydir. Düşünce; üzerine düşündüğümüz, düşünmemizin konusu yaptığımız şey her ne ise odur. Düşünce; düşünülen şeydir. Soru uzun süredir bu hali ile yanıtlanmış olarak kabul edildiğinden artık sorulmaya ihtiyaç duyulmayan unutulmuş bir soru haline dönüşmüştür. Oysa düşünen - düşünülen çelişkinin bizzat düşüncenin kendisiyle olan ilişkisi, soruya verdiği bu geleneksel yanıtın hatalı olduğunu insana ihbar eder. Çelişki, her ne kadar aralarında hiyerarşik bir ilişki kurmuş ise de var olabilmek için hem düşünen birisine hem de hem de o birisinin bir şey üzerine düşünmesine ihtiyaç duyar. Düşünce de kendisini var eden ile kendisine konu olan arasında bir ayırım yaratırken, ortaya çıkabilmek için hem düşünenin hem de üzerine düşünülenin varlığına ihtiyaç duyar.

Görüldüğü gibi çelişkinin ve düşüncenin kurucu parçaları aynıdır. İki kavramın kurucu parçalarının aynı olmasının ifade ettiği şey ise o iki kavramın anlamsal olarak da bir ve aynı olduğudur. Düşünce çelişkinin, çelişki

de düşüncenin kendisidir.

Gerçekten de var oluşu ile ikiye bölüdüğü parçalardan birini kendisini düşünen etkin özne, diğerini de edilgin nesne olarak kendi konusu kılan, bu anlamı ile de özne – nesne çelişkisini kuran, inşa eden, bizzat düşüncenin kendisidir. Düşüncenin var oluşu, çelişkinin kurulmasına yol açar. Çelişkinin kurulması ise düşüncenin var oluşunu sağlar. Belirttiğimiz üzere düşünce, rahminden hem düşüneni hem de düşünülen şeyi doğurmaktadır. Düşüncenin var oluşu ile birlikte var olan düşünülen şey ise kendi var olması düşüncenin var oluşuna bağlı olan, ancak düşünceyle birlikte var olabilen bir şey olarak, mevcudiyetinin kendisine bağımlı olduğu düşüncenin kendisi olamaz. Bu yüzden düşünce, üzerine düşündüğümüz şey olmadığı gibi üzerine düşündüğümüz şeylerin toplamı da değildir. Düşünce, düşünülen her şeye temel teşkil etmesiyle, üzerine düşünülenin ardında ve dışında kalan olarak düşündüğümüz şeyden farklı ve müstakil bir anlama sahiptir.

Oysa insan düşünülen şeyi düşünce olarak kabul etmiş olduğundan, bu geleneksel yanıt düşüncenin anlamını süregelen bir biçimde gizlemiş, düşüncenin neliğinin üstünü sürekli olarak örtmüştür. Bir başka ifade ile yanıt, sorunun sorulmasına engel olarak, onun unutulmasının ve bugüne dek sorulmadan kalmasının nedeni olmuştur. İşte bu noktada çelişki sorunun yanıt tarafından tüketilmemiş olduğunu bildirmek suretiyle, soruyu insana tekrar hatırlatan, onu kendi unutulmuşluğundan kurtaran bir işlevi yerine getirir. Yanlışlığını gösterdiği yanıtı hükümden düşüren çelişki aynı zamanda bizden sorunun doğru yanıtını aramamızı yanıtı ulaşabilmek için de soruyu yeniden sormamızı talep eder. "Düşünce nedir?" sorusunun yeniden sorulması ise sorunun yeni bir biçimde sorulması, bir soru olarak sorulması demektir. Biz soruyu soru olarak, yeni bir biçimde sorabildiğimiz takdirde o zaman o soru, yanıtı giden yolu bizim için görünür kılan bir işaret fişeği işlevi görecektir. Yolun sonunda yanıtı ulaşıp, düşüncenin anlamını ortaya çıkartabildiğimiz takdirde, çelişkinin ne olduğunu anlamamız da mümkün olabilecektir. Bu yüzden "Düşünce(nin anlamı) nedir?" sorusunun yeni



bir sorma biçimi altında tekrar sorulabilmesi özne – nesne çelişkisinin çözümlenebilmesi için imkânı olan tek olanak şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Çelişkiyi çözmek bu yüzden sorunun yeni halini aramak, o yeni soruya sahip çıkmak kendimizi bu olanak ve olasılığa açmak demektir. Tam da bu anlamda, çelişkiyi düşünmek, düşünce üzerine düşünmek, düşünceyi düşünmektir. Bu düşünmenin görevi, düşünceyi kendi üzerine doğru bükerek düşünmenin düşünceyi yeniden düşünmesini sağlamak amacı ise düşüncenin gerçek anlamını ortaya çıkartmak düşüncenin hakikatinin üstündeki örtüleri yırtarak onu ifşa etmektir.

Tüm bu düşünsel çabanın sonunda düşüncenin anlamını ortaya çıkartmak yani yanıtı ulaştırmak ise avuçlarımızın içine çelişkinin çözümünü değil, yalnızca sorunu, yani çelişkinin kendisini bırakacaktır. Bilinmeyen yanıtı artık biliyor olmak bize düşüncenin anlamının ne olduğunu açıklasa da bu durum aynı zamanda çözüme yani nihai hedefe ulaşamadığımızı, yolu henüz tamamlamamış olduğumuzu da gösterir.

Peki, çelişkinin çözümü nedir? Yanıt sorunun kendisi ise o takdirde çelişkinin çözümü yanıtı arkada bırakmak, yanıtın ötesine geçmek, yanıt olmayı bulmaktır. Nihai hedef, başka bir düşünceye varmak; düşüncenin anlamını başkalaştırarak, düşünmenin bugüne kadar içinde aktığı yatağı değiştirmektir.

### **Çelişkinin arkeolojisi...**

"Çelişkiyi düşünmek düşünce'yi düşünmektir, düşüncenin bizzat kendisini düşünülen şey kılmaktır" dedik. Peki, o takdirde "Düşünceyi düşünmek" ne demektir? Düşünceyi düşünmek düşüncenin kendisine doğru yürütmesine, kendisine doğru ilerlemesine imkân sağlamak demektir. Bu bağlamda düşünceyi düşünmek, düşünmenin düşünce tarihi üzerine düşünmesine olanak tanımaktır. Düşünmenin bu tarihsel yürüyüşünün amacı, düşünen x düşünülen çelişkisinin izlerini o tarih boyunca geriye doğru sürmek, çelişkinin ortaya çıkış koşullarını arayıp bulmaktır.

Düşünce tarihi boyunca düşüncenin geriye doğru takip edilmesi ise çelişkinin başlangıç

noktasının Antik Yunan Felsefesi'nde olduğunun görülmesini sağlayacağı gibi aynı zamanda çelişkinin varlığını o tarih boyunca devam ettirerek, günümüze kadar taşımış olduğunun fark edilebilmesini de sağlar. Düşünceyi yaşadığı mitsel dünyası içinden ilk kez çekip çıkartmaya çalışanlar, M.Ö. VI. yüzyılda Grek'te yaşamış olan doğa filozoflarıdır. Onlar "Cosmos'u oluşturan ilk neden nedir?" diye sormuş, sorunun yanıtını doğada ve maddede aramak suretiyle düşün düşünceye doğru evrilişinin yolunu açmışlardır. Thales bu sorunun yanıtını "su", Herakleitos "ateş", Anaximenes "hava" olarak verirken, Empedokles bu üç öğeyle birlikte onların yanına bir de toprak eklemiştir. Yaşadığı dönemin en büyük doğa bilgini olarak kabul edilen Anaxagoras (M.Ö. 500 - 428) ise oluşun başlatıcısı ve yaratıcısı olan ilk nedenin diğer düşünürler gibi belirli bir madde değil bilinç (ya da ruh) anlamına gelen "nous" olduğunu ileri sürmüştür. Anaxagoras'ın "nous" kavramını dile getirmiş olması önemlidir çünkü bu kavramın öne sürülüşü düşünen insan – düşünülen dünya bölünüşünün bilinç - madde biçiminde ilk kez dile getirilişi anlamına gelmektedir. Bununla birlikte bizzat Anaxagoras'ın "Nuos, bütün maddelerin en incisi ve en temizidir" cümlesi, onun nous'u halen bir madde olarak tasarladığını, bilinç ya da ruhu maddeden bütünüyle ayırmadığını, yani ikili bölünüşün tam ve net bir biçimde henüz ortaya çıkmamış olduğunu göstermektedir. Düşünceyi aklın içine ilk sokan filozof ise Antik Yunan Aydınlanması'nın kurucusu kabul edilen Sokrates'tir. Sokrates, sofist görecelilik yerine, insan eylemlerinin birleştirici ve yol gösterici ölçütünün akılcı düşünme olmasını sağlamış, onunla birlikte Antik Yunan değerler rejiminin en üst noktasına akla dayalı düşünce oturmuştur. Sokrat'ın öğrencisi olup, hocasının dile getirdiklerini sistemsel bir bütünlüğe kavuşturan Platon ise düşüncenin maddeden tümüyle ayrı ve bağımsız bir hale gelmesini düşünülen düşüncenin, görünen maddeden bütünüyle sıyrılıp, müstakil bir hüviyet kazanmasını sağlayarak, düşüncenin yani o vahşi atın üzerine binen ilk filozof olmuştur.

Platon, felsefe sistematiğini serimlerken düşünsel olan idealar ile düşüncenin dışında kalan nesnelere ve şeylere dünyası arasında,

belirgin ve açık bir ayırıma gitmiştir. Platon bu ayırımı yaparken Elealı Parmenides'in varlık görüşünden etkilenmiştir. Parmenides'e göre varlık tek ve değişmezdir. Çokluk ve değişkenlik ise görünüştedir. Çokluk aldatıcı olup, algılarımızın sonucudur. Teklik ise gerçektir ve ona yalnızca akılla ulaşılabılır. Parmenides'in etkisi altında kalan Platon da yaptığı ayırımda duyu-üstü kavramsal düşünceleri yani ideaları gerçek kabul edip değerli kılarken duyu organları ile algılanan nesnelere gerçek olmayan biçiminde tarif ederek onları zafî, değişken ve önemsiz kılmıştır. Platon'un felsefesini kurarken idea ile nesne arasında yapmış olduğu bu ayırım, düşünülür olanın, görünür olan karşısındaki üstünlüğüne dayanmakta olup düşünen X düşünülen şeklindeki hiyerarşik bölünüşün de açık ve kesin olarak ilk kez düşünce sahnesine çıkışı anlamına gelmektedir.

Platon düşüncesiyle birlikte çelişkinin doğumu gerçekleşmiş fakat bu düşünmede soyut idealar dünyasından somut maddesel dünyaya nasıl geçildiği cevaplanmamış, bir boşluk olarak kalmıştır. Bu boşluğu ise Platon'un öğrencisi olan Aristoteles doldurur. Mantık biliminin kurucusu kabul edilen Aristoteles de diğer Grek filozofları gibi "ilk neden nedir?" sorusunu sormuş, sorunun yanıtına ise kendisinin bulduğu tümevarım ve tündengelim düşünme yöntemlerini kullanarak ulaşmıştır. Aristo ilk neden olarak ideayı kabul etmez. O, töz olarak nitelendirdiği ideanın bir öze bağlı olduğunu ileri sürer. Biçimsiz olan bu öz madde, biçimlenerek nesneye görüntüsünü vermektedir. Tümevarımsal bir dizgesellik içinde tarladaki pamuk biçimlenerek iplik, iplik biçimlenerek kumaş, kumaş biçimlenerek ceket görünümünü alır.

Yine Aristo'ya göre basit bir masa da olsa bir var olan, var olabilmek için maddesel neden (tahta), etkensel neden (marangozun akli), biçimsel neden (plan) ve ereksel neden (amaç) olmak üzere dört nedenin bir araya gelmesine ihtiyaç duyar. Aristo'nun yürüttüğü tündengelimli dizgeselliğe dayalı olarak tüm nedenlerin üzerindeki neden, dizge düzeninin tepesinde duran maddesiz biçim ise nedeni kendisinde bulunan tek sözle Theos yani Tanrı'dır. Görüldüğü gibi Aristo'nun oluşu açıklamak için kullanmış olduğu

temel kavramlar biçim ve maddedir. Biçim, düşünceyi, ruhu temsil ederken; madde, bedeni, nesneyi temsil eder. Aristo'nun "Nedenler Öğretisi"ne yakından baktığımızda da maddesel nedenin "maddede, diğer üç nedenin ise biçimde toplandıkları görülür.

Aristo Düşüncesi'nin kurucu kavramları olan bu terimler yani biçim ve madde, Aristo her ne kadar ona karşı çıkararak düşünmesini başlatmış olsa da, Platon'un idea ve nesne terimlerine tekabül eder ve onları yeniden onaylar. Bu nedenle Aristo Felsefesi, oluşu açıklamak için biçim ve madde arasında yapmış olduğu bu ayırımla düşünen – düşünülen bölünüşünü Platon'a göre daha güçlü bir şekilde yeniden kurmuş, eskisine göre daha keskin bir şekilde yeniden temellendirmiş bulunmaktadır.

Son olarak Batı Düşünce Tarihi'nin kökeni kabul edilen Eski Grek Felsefesi'nin kurucu isimlerine yönelik verdiğimiz bu özet bilgiler üzerinden bir sonuç-yorumda bulunmak gerekirse; tüm Antik Yunan düşüncesinin ideayı düşünmek için madde üzerine düşünülen düşünce, bu düşünceyi yaratan düşünme biçiminin yapısal özelliğinin ise maddeye yönelmekle birlikte ideaya ulaşmayı isteyen düşünme şeklinde ifade edilebileceğini öne sürmekteyiz.

\*\*\*

Antik Yunan Felsefesi, Aristoteles sonrası dönemde felsefi ilgisini, öznel olana, duyu algılarının ötesine yöneltmiş; bu yaklaşım zamanla mistik, dini bir renk almış, dini inanç gereksinmesi Eski Yunan'da büyük bir güç kazanmıştır.

Antik Yunan Felsefesi'nin sonlarına denk düşen bu dönemde bilgi kavramı da, bilge ideali de değişikliğe uğramış; bilmek artık bir algılamaya ve sonuç çıkartmaya değil, tinsel bir görü, bilge ise doğada ne olduğunu bilen değil, algısal nedenlerin ötesine geçen, sıradan insana kapalı olan dünyaları kendisine açan, mistik insan örneğine dönüşmüştür. Bu yeni felsefi tutum için temel olarak Platon Felsefesi kullanılmıştır. Çünkü Platon'un öğretisi duyulur dünyayı aşan bir metafizik alan açıyor, maddi ve ideal diye

iki dünya ayırıyor, bu vizyonu ile de dinsel tasavvurların kendilerini geliştirebilmeleri için gerekli felsefi araçları onlara sağlayabiliyordu. Antik Çağ Felsefesi'nin bu son döneminde duyulmuş dünyaya yönelik başlayan bu yoğun ilgi beraberinde felsefe aracılığı ile dini bir dünya görüşü ortaya koyma denemelerine yol açmış, bunlar da iki kol halinde gelişmiştir. Bu denemelerden birincisi, Roma'nın resmi dini olan çoktanrıcılık anlayışını, yeni ortaya çıkan ve giderek yayılan Hristiyanlık dini karşısında, muhafaza etmeye çalışan yaklaşımdır. Bununla beraber, yeni Platonculuk akımına dayanan bu yaklaşım başarısızlıkla sonuçlanmış, Roma Devleti tek tanrı anlayışını benimseyen Hristiyanlık dinini resmi devlet dini olarak sonunda benimsemek zorunda kalmıştır. Felsefenin yardımıyla bir din öğretisi oluşturma denemelerinin ikincisiye ortaya çıkan işte bu yeni dinin, Hristiyanlık dininin çerçevesinde yapılmıştır. Bu deneme ise bizi doğrudan doğruya Orta Çağ Felsefesi'nin alanına taşır.

Hristiyan inanç dogmasını sistematik bir öğreti haline getirmek, inanca kavramsal bir form kazandırmak uğraşlarını içine alan ve toplam 1000 yıllık bir dönemi kapsayan Orta Çağ Hristiyan Felsefesi'nin ilk dönemine Patristik Felsefe adı verilir. Patristik Felsefe Dönemi "Kilise Babaları" olarak anılan, 2. ve 6. yüzyıllar arasında yaşayıp Hristiyan öğretisinin temellerini kuran din bilginlerinin düşüncelerine dayanmaktadır.

Bir dini inanç öğretisi olarak Hristiyanlığın ana çizgilerini çizen Patristik Felsefe Dönemi'nin en güçlü düşünürü ise Augustinus'tur. Hristiyan inancı için kurucu bir anlam taşıyan Augustinus'un düşünceleri, Orta Çağ Felsefesi'nin çıkış noktası ve kendisinden sonraki gelişmeyi belirleyen temeldir. Onun düşünceleri aynı zamanda Hristiyan Kilisesi'nin resmi din felsefesi olarak kabul edilmiştir. Augustinus'un bütün öğretisi iki konu üzerinde toplanır; Tanrı ve insan ruhunun Tanrı ile olan ilişkisi. Ona göre araştırılmaya, bilinmeye değer olan yalnız bu iki konudur. Augustinus, zaman dışı mutlak bir doğrunun var olduğu ön kabulü ile böyle bir doğrunun olmasının bunu karşılayan mutlak bir varlığın yani Tanrı'nın da olması anlamına geldiğini öne sürer. Tanrı'nın öncesiz-sonsuz

olan varlığını düşünmeden zamana bağlı olmayan bir doğrunun olabileceğini düşünemeyiz. İnsan da bu doğruyu ancak Kutsal Kitap'ta ve kendi ruhunda arayabilir, doğruyu ancak bu iki kaynaktan devşirebilir. İnsan, Tanrı'nın ne olduğunu, Tanrı örneğine göre yapılmış kendi ruhuna bakarak kavrayabilir.

Augustinus'a göre ilk insan olan Âdem, işlediği günah nedeniyle Tanrı'dan kopmuş, düşmüştür. Bu düşme ile Âdem'in soyundan gelen bütün insanlara bu ilk günah bir kalıtım olarak geçmiştir. Bu soydan gelen günah yüzünden, insan istenci kötüye ve günaha yönelmiştir. İnsanoğlunu bu yönelişten ancak yine Tanrı'nın inayeti (yardımı) kurtarabilir. Augustinus'un yazdığı eserler arasında en ünlüsü "Civitas Dei" yani "Tanrı Devleti"dir. Yapıt ana düşüncesi itibarı ile Tanrı devleti ile yeryüzü devletini karşı karşıya getirir. Tanrı devleti, Tanrı ülkesinin yurttaşlarından oluşurken, yeryüzü devleti şeytana, kötülüğe boyun eğmiş olanları kapsayacaktır. Gelip geçen insanlık tarihinin amacı da, Tanrı'nın eğitimi aracılığı ile Tanrı devletini yansıtan bu ülkeyi hazırlayan bir yeryüzü topluluğu kurmaktır.

Bu düşünceleri ile Augustinus aynı zamanda, Hristiyan Kilisesi'nin anlam ve ödevini teorik olarak temellendirmiş bulunmaktadır. Nitekim bu düşünceleri benimseyen Orta Çağ Hristiyan Kilisesi, kendisini Tanrı devletinin yeryüzündeki temsilcisi saymış, "tanrısal sözü ve tanrısal inayeti bu dünyada yönetmek görevinin kendisine verilmiş olduğunu öne sürmüştür.

\*\*\*

Hristiyanlık öğretisine giriş niteliğini taşıyan Patristik Felsefe sonrası Orta Çağ Felsefesi'nin ikinci dönemini Skolastik Felsefe oluşturur. Orta Çağ Felsefesi'nin bu dönemi için Skolastik Felsefe yani "Okul Felsefesi" denmesinin nedeni, sözcüğün kökenindeki Latince "schola" (okul) sözünün de işaret ettiği üzere, bu felsefenin Orta Çağ'ın dinsel eğitim veren manastır ve katedral okullarında geliştirilip, zenginleştirilmiş olmasına dayanmaktadır. Skolastik Dönemi, kendinden önceki Patristik Dönem'le karşılaştırmak istersek; Patristik Felsefe, Antik Çağ sonlarında

geçerken Skolastik Felsefe MS. 800 ile 1500 tarihleri arasında yani zaman bakımından Orta Çağ'ın tam içinde kalmaktadır. Patristik Felsefe, Hristiyan inancının temellerini kurarken Skolastik Felsefe, artık biçimi belirmiş olan bu öğretiyi bütünlüklü bir yapı sistematik bir felsefe haline getirme yönündeki uğraşılardan oluşmuştur. Patristik Felsefe tümüyle Platon'un ve Yeni Platonizm akımının damgasını taşıırken, Skolastik Felsefe Aristo Felsefesi'ni kendisine temel olarak almıştır.

Skolastik Felsefe içerik olarak ise sistemleştirilmiş bir teolojidir. Skolastik için tek bir doğruluk vardır o da tanrısal sözün doğruluğudur. Skolastik için tek bir iyi vardır o da Tanrı'nın buyruklarının yerine getirilmesidir. Yine skolastiğe göre tüm doğrular en yetkin biçimi ile İncil'in içinde yer aldığından felsefenin tek amacı vahiy yani tanrısal sözü temellendirmek olup, bunun dışında yeni bir şey bulmak gibi bir amacı yoktur. Skolastik Felsefe bu nedenle, temellendirmeye dayanan Aristo Felsefesi ve Mantığı'na daha baştan dört elle sarılmıştır. Bu paralelde Skolastik Felsefe'nin yöntemi de akli vahyin doğrularına uygulayarak inanç konularını mantıkla kavranılır kılmak vahye karşı akıl yönünden ileri sürülebilecek itirazları karşılamak şeklinde oluşmuştur.

Orta Çağ Hristiyan Felsefesi'nin ikinci dönemini oluşturan Skolastik Felsefe, 12. yüzyılın sonlarından itibaren yükseliş dönemine girmiştir. Bunda iki husus başat rol oynar. İlk husus Arap İslam Felsefesi'nin en önemli yapıtlarının 12. yüzyıldan itibaren Batılılar tarafından öğrenilmeye başlanmasıdır. İslam Felsefesi de çok uzun bir zamandır Eski Grek Felsefesi'nin otoritelerine, özellikle de Platon ve Aristo'ya bağlı olarak hareket etmekte idi. İşte Batı'nın kendisi için özellikle önemli olan Aristo Felsefesi'ni, Arapça çevirileri ve yorumları üzerinden, geniş kadrosuyla tanıma olanağı elde etmiş olması İbni Sina, İbni Rüşd gibi Arap filozofları ile tanışması, Hristiyan Felsefesi'nin de beslenmesine ve kalkınmasına vesile olmuştur. 12. yüzyılda Paris Üniversitesi, 13. yüzyılda Oxford Üniversitesi gibi ilk üniversitelerin kurulmaya başlanması ile Doğu'dan gelen bu genişletilmiş bilgi alanının üniversiteler eliyle Batı'da işlenmesi dönemine geçilmiştir.

Skolastiğin yükselişe geçişinde pozitif rol oynayan ikinci husus ise 13. yüzyıl başlarından kurulan Dominiken ve Fransisken tarikatları olmuştur. Skolastik Dönem'in bütünü için Aristoteles Felsefesi'nin bir temel yapı olduğunu belirtmiştik. Fransisken Tarikatı da Aristotelizm ile Augustinus'un teolojisi arasında bir uzlaşma sağlamak istemiş ve daha çok Augustinus'a dayanmış iken Dominiken Tarikatı daha çok Aristoteles'in öğretilerine yaslanmıştır. Orta Çağ Hristiyan Felsefesi'nin 13. yy. sonrası filozoflarının başlıca temsilcileri bu iki tarikat çevresinden yetişeceklerdir.

Dominiken Tarikatı çevresine bağlı olan Aquinolu Thomas ise yalnız skolastiğin yükseliş döneminin değil tüm skolastik çağın en büyük düşünürü olarak kabul edilir. Bugün Katolik Kilisesi'nin resmi felsefesi olarak kabul edilen Aquinolu Thomas'ın öğretisine şimdi biraz daha yakından bakalım. Patristik Felsefe Dönemi'nin temel anlayışı "Anlamak için inanıyorum" idi. Bu da, vahyedilmiş doğruları inanarak kabul etmek, sonrada bunları akılla kavramak demektir. Aquinolu Thomas ise "Anlamak için inanıyorum" önermesinin yerine, "İnanmak için biliyorum" önermesinin hâkim olmasını sağlamıştır. Thomas'a göre vahiy ve akıl iki ayrı bilgi kaynağıdır ve bize başka başka şeyler öğretirler. İnançın kaynağı vahye dayanırken akli bilginin kaynağı deneye dayanır. Thomas'ın ahlak öğretisi de akılcıdır. Ona göre ancak özgür olan akla dayanan düşüncelerden doğan eylemler iyidir. Aquinolu Thomas'a göre dış gerçeklikte hareketin var olmasından bir "ilk hareket ettiricinin, görece iyyinin olmasından mutlak iyyinin var olduğu sonucu çıkarılmalıdır. Ona göre dünyada olup bitenler belli bir ereğe göre belirlenmiştir. Oluşu başlatan Tanrı olduğu gibi oluşun ereği de yine Tanrı'dır. Devlet öğretisinde ise Thomas devleti doğal bir zorunluluk, Tanrı'nın istemiş olduğu bir kurum olarak değerlendirir. Devletin amacı erdemli bir yaşayış için insanı yetiştirmek ve onu sonunda Tanrı ile birleşmeye hazırlamaktır. Bu hazırlığa da başlıca kilise aracılık ettiği için kilise dünya devletinden üstündür. Görüldüğü gibi Aquinolu Thomas, metafizik önermelerini insan ruhuna değil de dış gerçekliğe bakarak oluşturmak suretiyle Teoloji'nin yanında kozmolojiye,

dogmaya karşılık deneysel bilginin yanında yer almak suretiyle de dinle birlikte bilime müstakil bir alan açmıştır. Skolastik Felsefe, başlangıç döneminde yalnızca Tanrı ile insan ruhu arasındaki ilişkilere yönelmiş, felsefi kapsam açısından dar ve mütevazi bir tutum sergilemiştir. Oysa yükseliş döneminde radikal bir yaklaşımla bütün gerçeği kapsayan yani hem reel hem de aşkın dünyayı içine alan bir bilgiye ulaşmak, Hristiyan anlayışına uygun bir dünya ve doğa tablosunu bilimsel olarak oluşturmak amacına yönelmiştir.

Skolastik Felsefe'nin bilgi ve bilimsellik doğrultusundaki bu yürüyüşü aynı zamanda deneysel bilgi ile dogma arasındaki makasın giderek açılması ve deneysel bilginin dogmanın önüne geçmesi gibi farklı ve önemli bir gelişmenin de kapılarını açmıştır. Skolastiğin son dönemi ise bilgi ve dogma arasında yaşanan ihtilaf ve çekişmeyi daha da ileri götürmüş akıldan türeyen felsefi bilgi ile doğaüstü kaynaktan gelen inancın birbirlerinden bütün bütüne ayrılmalarına kadar varmıştır. Bu sonucun ortaya çıkmasında, Dominiken ve Fransisken tarikatları arasındaki anlayış farklılıklarının gittikçe artmasının da önemli bir yeri olmuştur. Fransisken Tarikatı, Augustinus'un mistisizmini temel alıp teoloji ile doğa bilgisinin birbirine bağlanmasına karşı dururken Dominiken Tarikatı, Aristoteles'i temel alıp din bilgisi ile doğa bilgisini birleştirmeye çalışmıştır. İşte bu çatışma iki yüz yıllık bir tarihsel süreç içerisinde teolojiji doğa bilgisinden kesin bir çizgi ile ayırıp doğa bilgisinin giderek artan bir biçimde kendi hâkimiyetini tesis etmesi ile sonlanmıştır.

Aktardığımız üzere, Skolastik Felsefe her ne kadar dini inancı akılla desteklemek amacıyla yola çıkmış ise de süreç akla dayalı bilginin dogmadan giderek uzaklaşıp inanç karşısında zafer elde etmesiyle sonuçlanmıştır. Bu sonuç aynı zamanda felsefe ile dini uzlaştırma yönünde tasarlanmış Genel Skolastik Proje'nin bir iç çöküşle iflas etmesi anlamına gelmesi nedeniyle Batı düşünce tarihinde uzun ve önemli bir dönemi kapsayan Orta Çağ Felsefesi'nin kapanıp sonlanışını beraberinde getirmiştir. Orta Çağ Hristiyan Felsefesi'ne bir bütün olarak içeriden baktığımızda ise bu dönemin aslında Antik Yunan Felsefesi'nin

belirli bir açıdan sürüp gitmesi anlamına geldiğini görürüz. Gerçekten de Orta Çağ Felsefesi, Grek Felsefesi'nin iki önemli filozofu olan Platon ve Aristoteles'in kavramlarının dinsel bir açıdan yeniden işlenmesinden oluşmuştur. Bu bağlamda Platon'un duyulur dünya – duyuüstü dünya” ayrımı bu dünya - öteki dünya, düşünülür idealar ve görülür nesnelar arasında kurduğu hiyerarşik yapı ise Aristo düşüncesi ile birlikte ruh - beden ayrımı ve ruhun beden üzerindeki hâkimiyeti şeklinde dönüşerek Orta Çağ Felsefesi boyunca sürmüş bulunmaktadır. Patristik Felsefe Dönemi'nde Platon Felsefesi'nin Skolastik Felsefe Dönemi'nde ise Aristo Felsefesi'nin tartışmasız üstünlüğü ve belirleyiciliği idea – nesne bölünüşünün yaratıcısı ve tahkim edicisi olan bu iki filozof eliyle özne - nesne çelişkisinin de hakim bir paradigma olarak tüm Orta Çağ Felsefesi boyunca devam etmesine yol açmıştır.

Orta Çağ Hristiyan Felsefesi'nde insanın dünya karşısındaki özne konumunu yitirip Tanrı inancı altında nesneleştiği bu anlamda da çelişkinin yapısal bir dönüşüme uğradığı yönünde yapılacak bir yorumsa Tanrı, cennet - cehennem, bedenin faniliği karşısında ruhun ölümsüzlüğü, öteki dünya karşısında bu dünyanın gelip geçiciliği” gibi kavramların insana ait birer bilinç fenomeni olması, ayrıca inançta gerçekte amaçlananın Tanrı eli ile insanın kurtuluşu olmasından dolayı hatalı bir yorum olup doğrusu düşünün özne olarak insan – düşünülen nesne olarak dünya ikiliğine dayanan geleneksel özne - nesne çelişkisinin mevcudu- yetini ve sürekliliğini Orta Çağ boyunca da aynı yapıda devam ettirmiş olduğudur.

Son olarak Orta Çağ Felsefesi ve onun kurucu isimlerine yönelik sunduğumuz bu özet bilgiler üzerinden bir sonuç - yorumda bulunmak gerekirse tüm Orta Çağ düşüncesinin Tanrı'yı ve öteki dünyayı düşünmek için insan ve bu dünya üzerine düşünen düşünün, bu düşünceyi yaratan düşünme biçiminin yapısal özelliğinin ise insana ve bu dünyaya yönelmiş olmakla birlikte Tanrı'nın ve öteki dünyanın bilgisine ulaşmayı isteyen düşünme şeklinde ifade edilebileceğini öne sürmekteyiz.

## 1. Bölümün sonu

# Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında ortak yerlerle ilgili uyuşmazlıklar

Av. Dilay Şenyüz

## Tanımı

Ana gayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan yerlerine "ortak yerler" denilmektedir (KMK(1) madde 2/b).

## Ortak sayılan yerler

Ortak yerlerin konusu sözleşme ile belirtilebilir. Aşağıda yazılı yerler ve şeyler bu Kanun gereğince her halde ortak yer sayılır (KMK madde 4).

**a)** Temeller ve ana duvarlar, taşıyıcı sistemi oluşturan giriş, kolon ve perde duvarlar ile taşıyıcı sistemin parçası diğer elemanlar, bağımsız bölümleri ayıran ortak duvarlar, tavan ve tabanlar, avlular, genel giriş kapıları, antreler, merdivenler, asansörler, sahanlıklar, koridorlar ve buralardaki genel tuvalet ve lâvabolar, kapıcı daire veya odaları, genel çamaşılık ve çamaşır kurutma yerleri, genel kömürlük ve ortak garajlar, elektrik, su ve havagazi saatlerinin korunmasına mahsus olup bağımsız bölüm dışında bulunan yuvalar ve kapalı kısımlar, kalorifer daireleri, kuyu ve sarnıçlar, yapının genel su depoları, sığınaklar,

**b)** Her kat malikinin kendi bölümü dışındaki kanalizasyon tesisleri ve çöp kanalları ile kalorifer, su, havagazi ve elektrik tesisleri, telefon, radyo ve televizyon için ortak şebeke ve antenler; sıcak ve soğuk hava tesisleri,

**c)** Çatılar, bacalar, genel dam terasları, yağmur olukları, yangın emniyet merdivenleri,

Yukarıda sayılanların dışında kalıp da, yine ortaklaşa kullanma, korunma veya faydalanma için zaruri olan diğer yerler ve şeyler de (ortak yer) konusuna girer. Sığınak Yönetmeliği(2) madde 8/a'ya göre, kişi başına en az net bir metrekarelik sığınak

yeri ayrılır. Sığınaklarda yapılacak wc, duş ve mutfak nişi bu alana dâhil değildir... kişi sayısı emsale konu alanının 20 sayısına bölünmesi sonucu çıkan sayıdır. Yine Sığınak Yönetmeliği madde 14 uyarınca sığınak yeri ayrılması zorunlu bulunan bina ve tesislere, ruhsat eki mimari projesinde gerekli sığınak yeri ayrılmadıkça ve gerekli bilgiler mimari, statik ve mekanik tesisat projelerine işlenmedikçe yapı ruhsatı düzenlenemez. Yapı inşa edildiğinde, yönetmeliğe ve yapı ruhsatı eki projelerine uygun olarak sığınak tesis edilmedikçe ve denetime yönelik fenni mesuliyet üstlenen mimar ve mühendislerin denetim raporlarında sığınakla ilgili hususlar belirtilmedikçe, yapı kullanma izni veya kısmi kullanma izni verilemez.

3194 sayılı İmar Kanunu madde 37/2 uyarınca, otopark ihtiyacı bulunan bina ve tesislere lüzumlu otopark yeri tefrik edilmedikçe yapı izni, otopark tesis edilmedikçe de kullanma izni verilmez. Bu kanunun 44. maddesine dayanılarak çıkarılan Otopark Yönetmeliği uyarınca, (Resmi Gazete Tarihi: 01.07.1993 Resmi Gazete Sayısı: 21624); işyerlerinde emsal hesabına konu her 50 m2 alan için bir otopark yeri ayrılması mecburidir (madde 5/a). Yapılacak yapılarla bu Yönetmelikte belirtilen esaslara ve belediye meclislerinde alınacak kararlara göre bina otopark yerleri ayrılmadıkça yapı ruhsatı, bu otoparklar inşa edilip hazır hale getirilmedikçe de yapı kullanma izni verilemez (madde 7). Binaların, imar planı ve mevzuat hükümlerine göre belirlenen ön ve yan bahçe mesafeleri, otopark olarak kullanılamaz (m 4/b). Binек otoları için birim park alanı en az 20 madde 2'dir (madde 4/d). Parselinde otopark ihtiyacı karşılanamayan durumlarda belediyesince



veya valilikçe bu yönetmelik hükümlerine göre belirlenecek otopark bedeli alınır (madde 4/f-2). Otopark yapılmasının mümkün olmadığı durumlarda (parselin çok ufak olması, yapının tarihi nitelikte bulunması, topoğrafya vs. nedenlerle) ise bedelinin belediyesine ödenmesi söz konusudur.

Bundan başka PATİY(3) m. 52/a-b uyarınca konut kullanımlı olup bağımsız bölüm sayısı 30'dan fazla olan ve katı yakıt kullanan kaloriferli veya kalorifersiz binalar için bir adet kapıcı dairesi yapılması zorunludur. Birden fazla yapı bulunan ve toplam bağımsız bölüm sayısı 30'dan fazla olan parsellerde de bu hüküm uygulanır, ancak bağımsız bölüm sayısının 75'i aşması halinde ikinci bir kapıcı dairesi yapılır. Ayrıca, birden fazla yapının bulunduğu parsellerde 60'dan fazla bağımsız bölümü olan her bir bina için mutlaka ayrı bir kapıcı dairesi yapılır. Yakıt olarak akaryakıt veya doğalgaz kullanılan konut kullanımlı binalar için bağımsız bölüm sayısının 50'den fazla olması halinde bir, 150'den fazla olması halinde 2 kapıcı dairesi yapılması zorunludur. İlave her 150 daire için ek bir kapıcı dairesi yapılır. Yine PATİY m 52/d uyarınca yapı inşaat alanı 2000 m2 den fazla olan işyeri ve büro olarak kullanılan binalarda bekçi odası yapılması şarttır.

Mevzuat uyarınca yapılması zorunlu ortak yerlerin kat malikleri kurulu kararına istinaden sözleşmeyle veya yönetim planıyla ortak yer olmadığının kararlaştırılması, bağımsız bölümlere eklenti yapılması, tahsis ya da amacı dışında kullanılması mümkün değildir. (4) Ancak tüm kat maliklerinin oybirliği ile verdiği kararla projenin tadil edilmesi suretiyle söz konusu değişiklikler yapılabilir (KMK madde 44-45).

### **Ortak yerlerin kullanım şekli**

Kat malikleri ana gayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine (TMK (5) madde 688 vd.) göre malik olurlar. Kat malikleri ortak yerlerde kullanma hakkına sahiptirler; bu hakkın genel kömürlük, garaj, teras, çamaşırhane ve çamaşır kurutma alanları gibi yerlerdeki ölçüsü, aksine sözleşme olmadıkça, her kat malikine ait arsa payı ile oranlıdır (KMK madde 16). Örnek olarak sayılan genel kömürlük, garaj, teras, çamaşırhane ve çamaşır kurutma alanları

gibi yerler, zorunlu ortak alan niteliğinde olmayıp, bu alanların bazı kat maliklerine, üçüncü kişilere mimari proje, kat malikleri kurulu kararına istinaden sözleşme veya sözleşme niteliğindeki (KMK madde 28) yönetim planı ile kiralanması, tahsis mümkünüdür. Asansör, merdiven gibi kullanımı gibi bölünemeyen hususlarda ise eşit kullanım söz konusudur.

### **A) Ortak yerlerin amacına uygun kullanımına hizmet edecek faydalı yenilik ve ilave yapılması**

Kat malikleri, ana gayrimenkulün ortak yerlerinde kendi başlarına bir değişiklik yapamazlar; ortak yerlerin düzgün veya bunları kullanmanın daha rahat ve kolay bir hale konulmasına veya bu yerlerden elde edilecek faydanın çoğaltılmasına yarayacak bütün yenilik ve ilaveler, kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine yapılır (KMK madde 42/1).

Örneğin, site güvenliğini sağlamak için giriş bekeci kulübesi ve bariyer konulması(6), özel amaca özgülenmemiş boş alanın otopark olarak kullanılmasına karar verilmesi(7) durumlarında sayı ve arsa payı çoğunluğu olarak mümkündür. Bu işlerin giderleri, yeniliklerden faydalananlar tarafından, faydalanma oranına göre, ödenir (KMK madde 42/3). Bu hususta kanunda iki özel durum üzerinde durulmuştur.

### **1) Isı yalıtımı ve ısıtma sistemi ile ilgili kararlar**

Kat maliklerinden birinin isteği üzerine;

**a)**ısı yalıtımı yapılması,

**b)**ısıtma sisteminin yakıt dönüşümü (Örneğin kömürden, doğalgaz dönüşüm),

**c)**ısıtma sisteminin merkezi sistemden ferdi sisteme (kombiye) dönüştürülmesi,

**d)**ısıtma sisteminin ferdi sistemden (kombiden) merkezi sisteme dönüştürülmesi işlemleri kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine yapılır. Bu konuda yapılacak ortak işlerin giderleri arsa payı oranına göre ödenecektir (KMK madde 42/4). Isıtma sisteminin merkezi sistemden ferdi sisteme veya ferdi sistemden merkezi sisteme dönüştürülmesine karar verilmesi halinde, yönetim planının bu karara aykırı hükümleri değiştirilmiş sayılır (KMK madde 42/5).

Ancak toplam inşaat alanı iki bin metrekare ve üzeri olan binalarda merkezi ısıtma sisteminin ferdi ısıtma sistemine dönüştürülmesi, kat maliklerinin sayı ve arsa payı olarak oybirliği ile verecekleri karar üzerine yapılır. Merkezi ısıtma sistemlerinde ısıtma giderlerinin paylaşılmasına ilişkin usul ve esaslar Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulacak yönetmelikle (Merkezi Isıtma Ve Sıhhi Sıcak Su Sistemlerinde Isınma Ve Sıhhi Sıcak Su Giderlerinin Paylaşılmasına İlişkin Yönetmelik- 14.4.2008 tarih ve 26847 1. Mükerrer sayılı RG) düzenlenir (KMK madde 42/4).

## **2) Engelliler yaşamını kolaylaştıracak kararlar**

Engellilerin yaşamı için zorunluluk göstermesi halinde, proje tadili kat maliklerinin en geç üç ay içerisinde yapacağı toplantıda görüşülerek sayı ve arsa payı çoğunluğu ile karara bağlanır. Toplantının bu süre içerisinde yapılamaması veya tadilat talebinin çoğunlukla kabul edilmemesi durumunda; ilgili kat malikinin talebi üzerine bina güvenliğinin tehlikeye sokulmadığını bildirir komisyon raporuna istinaden ilgili mercilerden alınacak tasdikli proje değişikliği veya krokiye göre inşaat, onarım ve tesis yapılır. İlgili merciler, tasdikli proje değişikliği veya kroki taleplerini en geç altı ay içinde sonuçlandırır. Komisyonun teşkili, çalışma usulü ile engellinin kullanımından sonraki süreç ile ilgili usul ve esaslar Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile Özürlüler İdaresi Başkanlığı tarafından müştereken hazırlanacak yönetmelikle (Yapılarda Özürlülerin Kullanımına Yönelik Proje Tadili Komisyonları Teşkili, Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik -22.4.2006 Tarih ve 26147 sayılı RG) belirlenir (KMK madde 42/2). Bunun için yapılacak masraflar, genel kural uyarınca yeniliklerden faydalananlar tarafından, faydalanma oranına göre, ödenecektir (KMK madde 42/3).

## **B) Ortak yerlerin amacına uygun kullanımına hizmet edecek çok masraflı ve lüks yenilik ve ilave yapılması**

Çok masraflı ve lüks yenilik ve ilaveler de kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine yapılır. Yapılması arzu edilen yenilik ve ilâveler çok masraflı

ise veya yapının özel durumuna göre lüks bir nitelik taşıyorsa veya ana gayrimenkulün bütün kat malikleri tarafından kullanılması mutlaka gerekli olan yerlerinde veya geçitlerinde bulunmuyorsa, bunlardan faydalanmak istemeyen kat maliki, gidere katılmak zorunda değildir; bu gibi yenilik ve ilâvelerin giderini onların yapılmasına karar vermiş olan kat malikleri öderler (KMK madde 43/1).

Bununla beraber, başlangıçta giderlere katılmayan kat maliki veya onun külli veya cüzi halefleri yenilik ve ilâvelerin yapılması ve korunması giderlerine sonradan, kendi arsa payları oranında katılırlarsa, yapılan lüks yenilik veya ilâveden faydalanma hakkı kazanırlar (KMK madde 43/2).

## **C) Ortak yerlere bağımsız bölüm ilavesi (KMK madde 44)**

Ana gayrimenkulün üstüne kat ilavesi veya mevcut çekme kat yerine tam kat yapılması veya zemin veya bodrum katlarında veya arsanın boş kısmında 24.maddenin ikinci fıkrasında yazılı yerlerin (sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastahane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalâthane, boyahane, basımevi, dükkân, galeri ve çarşı gibi yerler) sonradan yapımı veya ilâvesi için:

**a)** Kat malikleri kurulunun buna oybirliğiyle karar vermesi(8),

**b)** Ana gayrimenkulün bu inşaattan sonra alacağı duruma göre, yapılan yeni ilâveler de dâhil olmak üzere bütün bağımsız bölümlerine tahsis olunacak arsa paylarının, usulüne göre yeniden ve oybirliğiyle tespit edilmesi,

**c)** İlâve edilecek yeni bağımsız bölüme tahsis edilen arsa payı üzerinde, tapu memuru huzurunda yapılacak resmi senetle, 14 üncü maddeye göre kat irtifakı kurularak (dolayısıyla yeni duruma göre mimari proje onaylanarak) bunun, ana gayrimenkulün bütün bağımsız bölümlerinin kat mülkiyeti kütüğündeki irtifaklar hanesine tescil edilmesi ve ana gayrimenkulün kapanan eski kütük sayfasıyla 13 üncü madde hükmüne göre bağlantı sağlanması şarttır.

Oybirliği koşulunu bertaraf eden yönetim planı hükmü geçersizdir. Örneğin, ileride çatı katının tam kata dönüştürülmesi halinde, diğer bağımsız bölüm maliklerinin şimdiden buna muvafakat edeceklerine dair yönetim planı hükmü geçersizdir(9). Bu nitelikteki ilâve ve genişletmelere muvafakat etmekle beraber kendisi katılmak istemeyen kat maliklerinin arsa paylarından, bu ilâveler sebebiyle azalan kısmın, ilâveyi yaptıranların bağımsız bölümlerine tahsisini kabul ettikleri, resmi senette belirtilir.

Bu takdirde, yeni bağımsız bölümün yapılmasına katılmayan kat maliklerinin arsa paylarından yeni tahsis sebebiyle azalan kısmının bedeli kendilerine ödenmek şartıyla, yeni yapılan bağımsız bölüm, kat irtifakı kurulmasına dair olan eski resmi senet gereğince kat mülkiyetine çevrilerek onu yaptıranın mülkü veya yaptıranların ortak mülkü olur ve kat mülkiyeti kütüğünün ayrı bir sayfasına yeni malik veya malikler adına tescil edilir. Kanımca, bağımsız bölüm ilavesi olmaksızın, bağımsız bölümün niteliğinin değiştirilmesi (örneğin meskenin dükkan yapılması) tüm kat maliklerinin kararı ve proje tadilatı ile mümkündür(10).

#### **D) Ortak yerlerde temlik tasarrufları ve önemli işler**

Ana gayrimenkulün bir hakla kayıtlı olması veya arsanın bölünmesi ve bölünen kısmın mülkiyetinin başkasına devrolunması gibi temlik tasarrufları veya ana yapının dış duvarlarının, çatı veya damının reklam maksadıyla kiralanması gibi önemli yönetim işleri ancak bütün kat maliklerinin oybirliğiyle verecekleri karar üzerine yapılabilir (KMK madde 45). Buna göre çatıya baz istasyonu kurulması için bütün kat maliklerinin oybirliği ile karar vermesi gerekir(11).

Ortak yer üzerinde bağımsız bölüm lehine irtifak hakkı tesisinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, lokanta olarak tapuda kayıtlı bağımsız bölüm lehine, ortak bahçe üzerine irtifak hakkı kurulabilmektedir(12). Ancak bunun için de oybirliği gerekir.

#### **E) Ortak yerlerde inşaat, onarım, tesisler ve boya yapılması (KMK madde 19)**

Kat maliklerinden biri, bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası(13) olmadıkça

ana gayrimenkulün ortak yerlerinde inşaat, onarım ve tesisler (örneğin, sundurma(14), çatıya su deposu), değişik renkte dış badana veya boya yaptıramaz. Yargıtay diğer kat maliklerinin aynı yerden yararlanmasına engel olmadıkça ve binaya da bir zarar vermedikçe, klima(15) ve güneş enerjisi(16) bakımından diğer kat maliklerinin rızasının aranmayacağı görüşündedir. Diğer kat maliklerinin onamı olmaksızın güvenliğin sağlanması için pencere ve kapılara demir parmaklık koymak, balkona demirden kafes yaptırmak mümkündür. Ancak üst kattaki malikin güvenliğinin tehlikeye atılmaması için yatay demirlerin ve bombenin olmaması gerekir(17). Yönetim planı veya kat malikleri kurulu kararı ile konulmuş bir yasaklama olmadıkça, bağımsız bölümün dış cephe sınırlarını aşmayan uygun bir yere tanıtıcı tabela da konabilir(18). Kat maliki, her türlü yayın ihtiyacını karşılayacak şekilde merkezi uydu yayın sistemi olmayan binanın çatısına koşullarına ve tekniğine uygun biçimde çanak anten taktirabilir(19).

4/5 yazılı rıza temin edilse bile, yapılacak iş ana yapıya zarar vermemeli ve projesine aykırı olmamalıdır. Örneğin taşıyıcı duvarın ortadan kaldırılması, çatının tam kata çevrilmesi, çatıda bağımsız bölüm içinden merdivenle çıkılan piyesler yapılması(20), terasa çatı yapılması(21), balkonların kapatılarak odalara katılması, yeni pencereler açılması, pencerelerin kapatılması, değiştirilmesi(22), bağımsız bölümün dış duvarının ortadan kaldırılarak, başka parseldeki bağımsız bölüm ile birleştirilmesi(23), kalorifer sistemine petek ilave edilmesi(24) için sadece 4/5 oranındaki rıza yeterli olmayıp, ayrıca proje tadilatı da gerekir.

Burada, KMK madde 42 uyarınca ortak yerde faydalı yenilik ve ilave için pay ve paydaş çoğunluğu aranırken, neden KMK madde 19'da 4/5 çoğunluğun arandığı sorusu akla gelebilir. KMK madde 19 bir veya birkaç bağımsız bölüm maliki lehine ortak yerlerde yapılan işleri kapsamaktadır. Oysa, KMK madde 42 ortak yerlerde tüm bağımsız bölüm malikleri lehine yapılan işleri kast etmektedir. Örneğin, çatıya tüm apartmanın su ihtiyacı için hidrofor tesisi yapılması KMK madde 42 kapsamındayken, sadece bir kat malikinin kendisi için yaptırdığı depo(25) KMK madde 19 kapsamında kalacaktır.

Ancak, ortak yer ve tesislerdeki bir bozukluğun ana yapıya veya bağımsız bir bölüme veya bölümlere zarar verdiği ve acilen onarılması gerektiğinin veya ana yapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması halinde, bu onarım ve güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızası aranmaz(26). Kat maliki kendi bağımsız bölümünde ana yapıya zarar verecek nitelikte onarım, tesis ve değişiklik yapamaz. Tavan, taban veya duvar ile birbirine bağlantılı bulunan bağımsız bölümlerin bağlantılı yerlerinde, bu bölüm maliklerinin ortak rızası ile ana yapıya zarar vermeyecek onarım, tesis ve değişiklik yapılabilir (KMK madde 19/2).

Kanunda, güçlendirmenin ekonomik olmaması durumunda yıkım ve yeniden yapım öngörülmemektedir. "... Ana yapının güçlendirilmesinin ekonomik olmaması, kat maliklerinin tümünün rızası sağlanmadan binanın yıkılmasını gerekli ve haklı kılamaz(27)."

Bağımsız bölüm ile eklentisi arasındaki duvarın kaldırılması, ana yapının ortak tesislerine herhangi bir zarar gelmediği takdirde, ortak yerlere müdahale sayılmaz. Bu nedenle yıkılan ara duvarın yeniden inşası gerekmez(28).

## F) Bağımsız bölüm olarak tapuya tescilli ortak yerler

KMK madde 10/son uyarınca "Gelirinin ortak giderlere harcanması için veya başka bir amaçla ortak yararlanmaya tahsis edilen bağımsız bölümlerin malik hanesine, bunlardan yararlanan 'bağımsız bölümlerin numaraları' yazılmak suretiyle kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilir. Bu husus bağımsız bölümlerin beyanlar hanesinde gösterilir"(29).

Örneğin, ortak yer olarak kullanılan ancak bağımsız bölüm niteliğindeki kafeteryadan yararlanacak bağımsız bölümlerin numaraları, kafeteryanın malik hanesine yazılabilmektedir. Bu durumda, tapuda bağımsız bölüm olarak gözüken kafeterya, fiilen ve hukuken ortak yer niteliğine bürünmektedir.

Bunun dışında bağımsız bölüm olarak tapuda kişi adına tescilli yerin, yönetim

planına konan hüküm ile ortak yer olarak belirlenmesi mümkündür. Bu durumda bağımsız bölüm üzerindeki tapu kaydının iptali ile tüm bağımsız bölümler adına tescilini ve beyanlar hanesine "ortak yer" açıklamasının yazılmasını mahkemeden talep edilebilir.

- "Davacı dava dilekçesinde; tapuda bağımsız bölüm olarak kayıtlı E-1 sayılı sosyal tesis binasının ortak yer olduğunu ileri sürerek burasının davalı üzerine olan tapu kaydının iptaline, tapudaki ilgili hanesine 64 sayılı parseldeki 71 adet mesken için payları oranında malik sıfatıyla ortak yer olduğu yönünde şerh konulmasına karar verilmesini istemiş, mahkemece davanın konusunun tüm kat maliklerinin hukukunu ilgilendirmesi ve kamu düzenine ilişkin olması gerekçesiyle davanın reddi yolunda hüküm kurulmuştur. Dosya içindeki belgeler ve bilgilerden; dava konusu ana taşınmazda kat irtifakının kurulduğu, davacının 27 numaralı bağımsız bölümün maliki olduğu, dava konusu E-1 no'lu bağımsız bölümün sosyal tesis olarak tam hisse itibarıyla davalı Fatih Hüsnü Keleşoğlu adına kayıtlı olduğu, ayrıca; davalının, yargılama sırasında 23.9.2005 günlü oturumda "Davayı kabul ediyorum, dava konusu yer ortak yerlerdendir, sitenin ortak tesis binasıdır" şeklinde beyanda bulunduğu anlaşılmıştır. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 4. maddesinde ortak yerlerin konusunun sözleşme ile de belirlenebileceği açıklanmıştır. Ana taşınmazın yönetim planının 2. maddesinin (b) bendinde, dava konusu edilen E-1 sayılı sosyal tesis binasının ortak yerlerden olduğu belirtilmiştir. Yönetim planının, anılan Yasanın 28. maddesi uyarınca tüm kat maliklerini bağlayan bir sözleşme olduğunda kuşku yoktur. Yargıtay uygulamalarında, ortak yerlerle ilgili verilecek kararların diğer bağımsız bölüm maliklerinin haklarını kısıtlayacak ve hukuklarını olumsuz yönde etkileyeceği durumlarda tüm kat maliklerinin davaya dâhil edilmesi kabul edilmektedir. Somut olayda davanın kabul edilmesi halinde diğer bağımsız bölüm maliklerinin, bu karardan zarar görmesi söz konusu olmadığı gibi sonucu itibarıyla davalının dışındaki diğer kat maliklerinin tümünün lehine yeni bir hak doğurucu nitelik taşımaktadır. Bu özelliği nazara alınarak davanın toplanan delillere göre istem

gibi kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle hüküm kurulması doğru görülmemiştir(30).

## Soru-cevaplı anlatım:

### 1) Ortak yer kiraya verilebilir mi?

Eğer ortak yer, sığınak, otopark gibi zorunlu ortak yerlerden değilse, bir başka anlatımla, amaçları dışında kullanıma imkânı olan yerlerden ise kiraya verilmesi mümkündür. KMK madde 45 uyarınca ana yapının dış duvarlarının, çatı veya damının reklâm maksadıyla kiralanması gibi önemli yönetim işleri ancak bütün kat maliklerinin oybirliğiyle verecekleri karar üzerine yapılabilir (KMK madde 45). Burada, mutlak şekilde ortak yer vasfında olan ve bu özelliği değiştirilemeyecek yerler bakımından oybirliği şartının getirildiği kabul edilmelidir.

Mutlak olmayan ortak yerlerin kiraya verilmesi konusunda KMK'da bir düzenleme yoktur. Yönetim planında da yoksa KMK madde 9'da "Kat mülkiyetine veya kat irtifakına ait kütük kaydında veya kat malikleri arasındaki sözleşmede veya yönetim planında veya bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, kat mülkiyetinden doğan anlaşmazlıklar, Medeni Kanun ve ilgili diğer kanunlar hükümlerine göre karara bağlanır" denildiğinden, TMK'nın müşterek mülkiyete ilişkin hükümleri dikkate alınarak sonuca varılmalıdır(31). Bu gibi yerlerdeki kiraya verme veya kira sözleşmesini fesih işlemlerinin TMK 691 uyarınca pay ve paydaş çoğunluğu ile yapılması gerekir.

### 2) Ortak yerler için haksız kullanım tazminatı talep edilebilir mi?

YHGK ve Y. 3. Hukuk Dairesi, sığınak gibi zorunlu ortak alanı kullanan kişiyi, bu kullanımı karşılığında ecrimisilden sorumlu tutulmaktadır.

• "...H.G.K. önüne gelen uyumsuzluk; yapı projesinde sığınak olarak gösterilen ve ortak mülkiyet hükümlerine tabi olan yer için ecrimisil talep edilip edilemeyeceği, buradan varılacak sonuca göre davalının kullanımından dolayı ecrimisil ödemesi noktasında toplanmaktadır. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere özellikle, projesinde ortak kullanım alanı (sığınak) olarak

gösterilen davaya konu bölümün, davalı tarafından bodrum katla ilişkilendirilerek, ekonomik fayda sağlamak amacıyla birlikte kullanıldığı; bir kimsenin başkasına ait olduğunu bildiği taşınmazı, hukuki bir dayanağı olmadan kendi malı gibi kullanması ve dolayısıyla ekonomik yarar sağlamasının bir karşılığının olması gerektiği, bu bakımdan bu yeri kullanan kişinin hak sahiplerine haksız işgal tazminatı ödemek zorunda olduğu, haksız olarak kullanılan taşınmazın ekonomik tahsis amacı itibarıyla gelir elde etmeye özgülenmemiş olmasının sonuca etkili bulunmamasına göre, Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, aksine düşüncelerle önceki kararda direnilmesinin usul ve yasaya aykırıdır. Yapılan görüşmeler sırasında, bir kısım üyelerce, davaya konu bölümün projesinde sığınak olduğu, Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre amacı dışında kullanılmayacağı, niteliği itibarıyla gelir getiren yer olarak değerlendirilemeyeceğinden davanın reddine karar verilmesinin usul ve yasaya uygun bulunduğu ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğunca yukarıda belirtilen sebeplerle benimsenmemiştir...(32)"

Ortak yerin sığınak, otopark, kapıcı dairesi gibi mevzuat gereği zorunlu olarak ayrılması gereken ortak yerlerden olmaması durumunda, kullanımda bulunanın ecrimisille sorumlu tutulacağı açıktır. Böyle bir yeri kat maliki kiraya vermişse 4.6.1958 tarih ve 15/6 sayılı YİBK'de "Bir kimsenin başkasına ait olduğunu bildiği veya bilebilecek durumda bulunduğu bir gayrimenkulü kendi malı imiş gibi kiraya verip kiralatı toplamış olması sebebiyle hak sahibinin o kimseden kiralatın alınması için açacağı davanın gerek Borçlar Kanunu'nun 414. maddesine dayanan, gerekse Medeni Kanun'un 908. maddesine dayanan bir dava olarak tavsifi mümkün olduğuna ve fakat tereddüt halinde, Borçlar Kanunu'nun 414. maddesi hükmüne dayanan menfaatların devri davası sayılacağına ve bundan dolayı on yıllık mürruruzamana tabi olması kararlaştırıldı" denildiğinden, kat malikinden vekaletsiz iş görmeye dayalı olarak tazminat da talep edilebilir. Bu seçenekte, intifadan men koşulu aranmayacak ve ecrimisil alacağındaki 5 yıllık zamanaşımı süresi yerine 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır(33). Kötü niyetli olduğu kanıtlanamayan kiracının ise

bir sorumluluğu doğmayacaktır(34).

Bunun dışında diğer paydaşların (kat maliklerinin), ortak alanı kullanan kat malikinden ecrimisil istemeleri için yararlanılan kat malikini intifadan men etmiş olmaları gerekir(35). Ancak, bağımsız bölümünü kiraya veren kat malikinin bilgi ve onamı olmaksızın, ortak alanı kullanan kiracının ecrimisille sorumlu tutulması için intifadan men şartı aranmamalıdır. Örneğin, kat maliki sadece dükkânı kiraya vermişken, kiracının dükkânın bitişiğindeki sığınağa kapı açarak burayı da kullanması halinde, kiracı için intifadan men şartı aranmayacaktır. Yargıtay, ecrimisil davasının kat mülkiyetinden kaynaklanan ortak yere el atmanın önlenmesi ve projeye aykırılıkların giderilmesi davası ile birlikte görülemeyeceğini kabul etmektedir(36). Ecrimisil davasında her kat malikinin kendi arsa payı ile sınırlı olarak talepte bulunması söz konusu olacaktır(37).

### 3) Bağımsız bölümlerin kiraya verilmesinde sınırlama var mı?

Bağımsız bölümlerin kullanımının sınırlanması "Yasak İşler" başlıklı KMK madde 24'de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm üç ana başlık altında incelenebilir.

**A)** Mutlak olarak yapılması yasaklanan işler belirlenmiştir. Buna göre ana gayrimenkulün, kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde hastane, dispenser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi müesseseler kurulamaz; kat maliklerinin buna aykırı sözleşmeleri hükümsüzdür; dispenser, klinik, poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler bu hükmün dışındadır. Yukarıdaki hükümden mesken, iş veya ticaret yeri niteliğindeki bağımsız bölümde, doktor muayenesi açılabileceği sonucuna varılmaktadır. Ancak, meskende doktor muayene faaliyetinin şirket şeklinde yapılması mümkün değildir(38).

**B)** Meskenlerin işyeri olarak kullanımı tüm kat maliklerinin oybirliği ile vereceği karara bağlı tutulmuştur. Buna göre, ana gayrimenkulün, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastane, süthane gibi gıda ve

beslenme yerleri ve imalâthane, boyahane, basımevi, dükkân, galeri ve çarşı gibi yerler, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile vereceği kararla açılabilir. Bu karar yöneticinin veya kat maliklerinden birinin istemi üzerine bütün bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sahiplerine şerh verilir. Meskenin dükkân ile birleştirilmesinde de aynı durum vardır(39).

**C)** Avukat ve mali müşavirlerin meskenleri işyeri olarak kullanmalarına müsaade edilmiştir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda avukatlık büroları ve hukuk büroları ile ilgili düzenleme yapıncaya kadar meskenlerdeki avukatlık ve hukuk büroları faaliyetlerine devam ederler. Bu süre, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten (25.2.2011 tarihinden) itibaren iki yıldır. Bu hüküm 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nda ilgili düzenleme yapıncaya kadar meslek mensupları tarafından açılan bürolar hakkında da uygulanır.

Daha sonra, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m 43/1 ve 3568 sayılı Kanun m 45'de ana gayrimenkulün mesken olarak gösterilen bağımsız bölümlerinde kat maliklerinin izni ve benzeri şartlar aranmaksızın avukatlık bürolarının, serbest muhasebeci mali müşavirlik veya yeminli mali müşavirlik faaliyetlerinin gösterebileceğine; bu konuda, yönetim planındaki aksine hükümlerin uygulanmayacağına dair düzenleme yapılmıştır.

### 4) Tapudaki proje veya kayıt ile belediyesindeki proje çeliştiğinde hangisine itibar edilir?

Tapudaki kaydın dayanağını oluşturan belediyesindeki projeye itibar edilmesi gerekmektedir. Belediyedeki projeye aykırı tescil yolsuz tescil niteliğindedir.

• "Tapu sicili, ibraz edilen projeye göre oluşturulmuş ve dava konusu yere arsa payı verilerek bağımsız bölüm olarak tescil edilmiş ise de, tescile esas alınan projenin, Belediye İmar Müdürlüğü'nce onaylanmış asil ve esas alınması gereken projeden farklı olduğu, bağımsız bölümün bu projede yer almadığı anlaşıldığından, tapunun iptaline karar verilmesinde bir isabetsizlik yoktur. Davalının; tahrif edilmiş



ve aslına uygun olmayan, mimari projeye dayanılarak kat irtifakı kurulan bağımsız bölümün satıcısı hakkında tam bir tazminat hakkı bulunduğundan, koşulları var ise satıcısı hakkında böyle bir tazminat davası açılabileceği açıktır. Ancak, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasının "ana gayrimenkulde kat mülkiyetine bağlanmamış veya lehine kat irtifakı kurulmamış arsa payı bırakılmayacağına dair hükmü dikkate alınarak, bir bağımsız bölümün tapu kaydının iptaline karar verilmesi halinde konu, kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan istem olmasa bile bu bağımsız bölüme ait arsa payının diğer bağımsız bölümlere değerleri oranında dağıtılması gerekirken, bu konuda karar verilmemiş olması doğru görülmemiştir(40)."

- "Kat Mülkiyet Kanunu'nun 4. maddesinin c bendi hükmüne göre ortak sayılan yerlerden olan terasın bir veya birkaç bağımsız bölüme özgülenmesi yasanın amir hükmüne aykırı olduğundan, projeye ve yönetim planına rağmen tapuda eklenti olduğuna dair kaydının iptalinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak teras ortak yer bulunduğundan paydaşlık söz konusu olamayacağı cihetle iptalle yetinilmesi gerekirken paydaşlar adına hisseleri oranında tapuya tesciline karar verilmesi doğru değil ise de, bu hususun düzeltilmesine yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hüküm fıkrasının 1. paragrafının 3. satırında "iptaline" sözcüğünden sonra gelen "ve diğer paydaşlar adına hisseleri oranında tapuya tesciline" sözcüklerinin metinden çıkarılarak düzeltilmesine ve mahkeme kararının düzeltilmiş bu şekli ile ONANMASINA, 6.2.1992 gününde oybirliğiyle karar verildi(41)."

### **5) Ortak yeri bağımsız bölüm maliklerinden birinin kullanması mümkün olabilir mi?**

Kat malikinin bağımsız bölümünden ayrı geçiş yeri olmayan binanın arka bahçesi veya terasının o kat malikine bırakılması mümkündür(42). Yönetim planına (KMK madde 28) koyulacak bir hükümle de, zorunlu olmayan ortak yer bir bağımsız bölüm malikinin tasarrufuna bırakılabilir. Ancak bu ortak yerde kat malikinin yapacağı yenilik ve ilaveler KMK madde 19 hükmüne tabidir. Bu gibi durumlarda o ortak yerle ilgili yapılacak onarım giderlerinden, ortak yeri

kullanan kat maliki sorumlu olmalıdır. Ancak Yargıtay, o yerin ortak yer sıfatı devam ettiği gerekçesiyle, o yerden faydalanan malikin arsa payı ile sınırlı olarak sorumlu olacağı görüşündedir(43).

### **6) Balkon kapamayla ilgili durum nedir?**

Balkonların dış duvar ve cepheleri ortak yer olup, mimari bütünlüğü bozmamak kaydıyla kat maliklerinin 4/5'inin onamı ile balkonlara müdahalede bulunulabilir. 4/5 onam alınmaksızın balkon hiçbir şekilde kapatılmaz(44). Balkon kapatma malzemesinin saydam (cam) ya da ışık geçirmeyen nitelikte olması ve/veya tek parçadan ya da bir kaç parçadan oluşması da sonucu değiştirmez(45).

### **7) Projeye aykırı duruma uzun süre ses çıkarılmaması veya onay verilmesi ne gibi sonuçlar doğurur?**

Ortak yerdeki tesis veya ilaveye uzun süre ses çıkarılmaması, o işe rıza gösterildiği anlamına gelmemektedir(46).

- "...Somut olayda ana taşınmazın ortak yerlerinden olan bahçede inşa edilen ek bina ve diğer müstemilatlar onaylı mimari projeye aykırı bulunmaktadır. Söz konusu tesis ve eklentilerin yapılması için davacının yazılı izin veya muvafakati yoktur. Projeye aykırı olarak yapılmış olan bu tesislerin yıkımı ile eski hale getirilmesi için davacının uzun süre sessiz kalması ve ayrıca davalının bu tesis ve değişiklikleri inşa edilmiş vaziyette satın almış olması davalıya herhangi bir hak bahşetmez. Bu durum karşısında mahkemece teknik bilirkişi raporunda detayları gösterilen ve dava konusu edilen ek bina ile eklentilerinin istem gibi yıkılarak ana taşınmazın bahçesinin onaylı projesine uygun eski hak getirilmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddi yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir(47)."

Onaylı projesine aykırı olsa dahi, değişiklik ve eklemelere yazılı olarak rıza gösteren kat maliki, bu işlerin yapılmasından sonra projeye uygun düşmediğini belirterek, dürüstlük kuralı gereği dava açamaz(48). Fakat kamu düzeni ile ilgili imar mevzuatı gereği yapılması zorunlu ortak alanlar bakımından verilen onam ve rızanın geçersizliği her zaman ileri sürülebilir.

• "...belirli niteliğe haiz yapılarda bulunması zorunlu olan ve kamu düzenini ilgilendiren ortak yerler hakkında mevzuatın belirlediği sınırlamalar dışına çıkılarak ortak yerlerin kullanım amacını tamamen ortadan kaldırır şekilde muvafakatname alınması, kamu düzenini ilgilendiren bir durum olup; esasen kamu düzenine aykırı ve geçersiz olan bu sözleşme hükümleriyle muvafakat veren de bağlı olmayacaktır. O halde, bu muvafakatnameyi veren kişinin sonradan bu sözleşmeye aykırı şekilde dava açması da, aynı nedenlerle hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilemez. Hal böyle olunca; kamu düzenini ilgilendiren bir hususun, taraflarca düzenlenen sözleşme ile değişikliğe uğratılması olanaklı olmayıp; bu yöndeki sözleşme hükümleri geçersiz olmakla, bu hükümlere itibar edilemez. Böyle bir sözleşmenin tarafları da kamu düzenine aykırılığı nedeniyle geçersiz olan bu hükümlerle bağlı değildir. Böyle bir sözleşmede aksi belirtilmesine karşın kamu düzenine aykırı bir hususun giderilmesi için sözleşmenin tarafı olan kişi tarafından dava açılması da hakkın kötüye kullanılması olarak düşünülemez.

Davacı ile davalı arasında, bağımsız bölüm satışı sırasında düzenlenen ve ortak alanlar olan sığınak gibi yerlerde davalıya serbestçe tasarruf etme hakkı tanıyan, sözleşme hükümleri -bu yerlerde sadece ortak kullanım hakkı bulunan kişilerin, diğer kat maliklerinin kullanım hakkını da etkileyecek şekilde serbestçe tasarrufta bulunması açık kanun ve yönetmelik hükümleri ile yasaklanmış olmakla- kamu düzenine açıkça aykırı olup, geçersizdir. Eş söyleyişle; davacının, kamu düzenine ilişkin olup, salt kendi iradesi ile diğer kat maliklerinin kullanım hakkını ortadan kaldıramayacağı ve üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkının bulunmadığı bir konuda, verdiği muvafakat geçerli olmayıp, davalıya diğer kat maliklerinin de ortak yer kullanımalarını önleyecek şekilde tasarrufta bulunma olanağı vermez. Bu nedenle davacı da bu geçersiz sözleşmeyle bağlı olmaksızın diğer kat malikleri gibi dava açarak, mevzuata aykırı kullanımın önlenmesini isteme hakkına sahiptir. Böyle bir sözleşmenin tarafı da olsa davacı kat maliki, geçersiz bu sözleşmeyle bağlı olmadığına ve davalı kat malikinin ortak alana el atmasının önlenmesini dava

yoluyla isteyebileceğine göre, böyle bir davayı açmasının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi de olanaklı değildir. Kaldı ki böyle bir muvafakatnameyi vermeyen bir kat malikinin veya bu muvafakatnameyi vermiş bir malikten satın alan iyiniyetli üçüncü kişinin açacağı benzer nitelikte bir davanın dinlenme olanağı bulunduğu ve dava sonunda bu kişilerin ortak garaj ve sığıntıdan faydalanması söz konusu olduğuna; kamu düzenine aykırı hüküm içeren muvafakatname düzenleyen kişinin salt bu geçersiz sözleşmenin varlığı nedeniyle, açılan bu davanın sonucundan yararlanamayacağı düşünülemeyeceğine göre, bu kişinin kendisinin de geçersiz sözleşmeyle bağlı olmaksızın böyle bir davayı açabileceği kabul edilmelidir. Aksine bir yaklaşım hakkaniyete olduğu kadar kamu düzeninin sağlanması amacına da aykırı olacaktır. Şu hale göre; mahkemece, aynı hususlara dayanılarak davanın kabulüne karar verilmiş ve bu kararda direnilmiş olması usul ve yasaya uygundur(49)."

Aynı şekilde projeye aykırı değişikliğe onay vermiş önceki malikin onayı, yeni maliki de bağlar(50). Ancak zorunlu ortak yerlerden kapıcı dairesi ve sığınağın imar mevzuatına aykırı olarak kiraya verilmiş gösterilmesi halinde, halefler bunla bağlı olmaz(51).

### **8) Projesinde yer alan, ancak yapılmayan tesisin yapılması talep edilebilir mi?**

Evet edilebilir. Mimari projesinde yer alan asansörün, ahşap oturma çatının vs. yapılmasını her kat maliki, kat malikleri kurulu kararına gerek duyulmaksızın yönetici veya diğer kat maliklerinden talep edebilir(52).

### **9) Ortak yerlere yapılacak tesis ve ilaveler için kat malikinin onay vermiş sayılmasına mahkemece karar verilebilir mi?**

Kanunla kat malikine verilmiş yetkinin, mahkeme eliyle kullanılması mümkün değildir(53).

### **10) Ortak yerlerde yapılan değişiklikler nedeniyle ne gibi sorumluluklar ve cezai yaptırımlar doğar?**

Konunun iki boyutu vardır. Bunlardan biri İmar mevzuatı, diğeri KMK'dır. Danıştay'ın

verdiği ortak yerlerle ilgili emsal kararları imar mevzuatını ilgilendirmektedir.

### **İmar mevzuatı bakımından değerlendirme**

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. maddesinde; "derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması ve yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine göre belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde belirtilecek taşıyıcı unsuru etkilemeyen diğer tadilatlar ve tamiratlar ruhsata tabi değildir". Bu hükme göre yapının bağlı bulunduğu belediyenin imar yönetmeliğine bakılarak durum değerlendirilecektir.

Yapılan değişiklikle ilgili imar yönetmeliğinde bir hüküm yoksa değişikliğin ruhsat eki mimari projeye aykırı olup olmadığına bakılacaktır. Mimari projedeki plan ve görünüş değişmekte ise ruhsat eki mimari projeye aykırılık nedeniyle İmar Kanunu'nun 32 ve 42. maddelerdeki müeyyideler (idari para cezası ve yıkım) uygulanacaktır.

### **Kat mülkiyeti kanunu bakımından değerlendirme**

KMK madde 33 uyarınca, kat maliklerinden birinin, borç ve yükümlerini yerine getirmemesi yüzünden zarar gören kat maliki veya kat malikleri, ana gayrimenkulün bulunduğu yerin sulh mahkemesine başvurarak hâkimin müdahalesini isteyebilir. Hâkim, ilgilileri dinledikten sonra, bu kanuna ve yönetim plânına ve bunlarda bir hüküm yoksa genel hükümlere ve hakkaniyet kaidelerine göre derhal kararını verir ve bunun, tespit edeceği kısa bir süre içinde yerine getirilmesi lüzumunu ilgililiye tefhim veya tebliğ eder. Tespit edilen süre içinde hâkimin kararını yerine getirmeyenlere, aynı mahkemece, iki yüz elli Türk Lirası'ndan iki bin Türk Lirası'na kadar idari para cezası verilir.

### **11) Ortak yerlerle ilgili davaları kimler kimlere karşı açabilir?**

KMK madde 32/3'te "ana gayrimenkulün kullanılmasından veya yönetiminden dolayı kat malikleri arasında veya bunlarla yönetici ve denetçiler arasında veya denetçilerle yöneticiler arasında çıkan anlaşmazlıklar, kat malikleri kurulunca çözülür ve karara

başlanır" denildiğinden, öncelikle bu kapsamdaki uyuşmazlıklar bakımından yöneticiye başvurularak toplantı yapılması talep edilmelidir. İspat bakımından taahhütlü mektup veya noter aracılığıyla yapılan başvurudan sonuç alınamaması halinde dava açılacaktır.

### **Davacı**

Ortak yerlerle ilgili davaları her bir kat maliki tek başına açabilir. Kat malikleri kurulu kararı ile yöneticiye yetki verilmesi durumunda, kat maliki olmayan yöneticinin de dava açma hakkı olduğu kabul edilmelidir(54). Kiracı ancak, kendi kullanımına doğrudan doğruya etkili olan ve bağımsız bölümünden ortak yerlerle birlikte yararlanmasını kısıtlayan konularda aktif husumet ehliyetine sahiptir(55).

### **Davalı**

Kat malikleri kurulu, ada temsilciler kurulu veya toplu yapı temsilciler kurulu kararlarının iptaline ilişkin davalar, kat maliklerini temsilen yöneticiye, toplu yapılarda ise ada temsilciler kurulu veya toplu yapı temsilciler kurulunca seçilen yöneticiye husumet yöneltmesi suretiyle açılabilir. Yönetici, açılan davayı bütün kat maliklerine ve ada veya toplu yapı temsilciler kuruluna duyurur. Kurul kararının iptali halinde bu konudaki yargılama giderleri ortak giderlerden karşılanır (KMK madde 38/2). Ancak Yargıtay, kat malikleri kurulu kararı ile ortak yerlerde yapılan uygulamalara karşı açılacak davada, karara olumlu oy kullanan kat maliklerinin hasım gösterilmesi gerektiği görüşündedir.

• "...14.06.2009 gününde alınan ( temsilciler kurulu ) kat malikleri kurulu kararı ile site yönetim ofisinin yapılması ve bu hususta yönetime yetki verilmesine karar verildiği buna göre ortak yerlerin kullanımının önlenmesi işlemi kat malikleri kurulu kararına dayanılarak yapılmış olduğuna göre, sözü edilen karara olumlu oylarıyla katılan kat malikleri davaya dahil edilmek suretiyle taraf teşkili sağlanıp ondan sonra işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir(56)." Emredici kurallara aykırı (KMK m33/1) veya kanunda öngörülen nisap sağlanmadan alınan kararlara karşı her zaman dava açılabilir(57). Kat malikleri kurul kararı

olmaksızın, kat malikinin ortak yere yaptığı müdahale ile ilgili davada, sadece o kat malikinin hasım gösterilmesi yeterlidir. Eğer kat maliki söz konusu yeri başkasına kullanıyorsa, kullanan kişinin da davalı olarak gösterilmesi gerekir.

### **12) Ortak yerle ilgili hüküm ve infazı ne şekilde olmalıdır?**

HMK madde 297/2 uyarınca mahkeme kararının hüküm sonucu kısmında taraflara yüklenen borç ve hakların birer birer açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir. Bu hükümler kararların infazında duraksamaya meydan verilmemesi amaçlanmıştır. O nedenle onaylı mimari projeye aykırı şekilde yapıldığı tespit edilip eski hale getirilmeleri gereken değişikliklerin neler olduğu, kim tarafından ve ne surette eski hale getirileceği, ölçekli krokiye de bağlanarak açıkça gösterilmelidir(58).

İK madde 30 uyarınca eski hale getirme infaz edilecektir. Buna göre bir işin yapılmasına dair ilâm icra dairesine verilince icra müdürü 24. maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği sureti ile borçluya ilâmda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek işi yapmayı emreder.

Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için lazım gelen masraf icra müdürü tarafından ehli vukufa takdir ettirilir. Bu masraflar ilerde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır. Muvafakat etmezse ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun kâfi miktarda malı haciz ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır(59).

### **13) Ortak alanlardan kaynaklanan zararların tazmininde kat maliklerinin sorumluluğu müfessil midir?**

Ortak alanlardaki bir bozukluk nedeniyle oluşan zararlara istinaden açılan tazminat davalarında kat malikleri arsa payı oranında sorumlu tutulabilirler. Çünkü KMK madde 16 gereği her bir davalı arsa payı oranında taşınmazın sahibi durumundadır ve sorumlulukları da arsa payı oranı gözetilerek

belirlenmelidir. Örneğin, teras katındaki duvarda döşeli mermerin düşerek, desteğin ölümü veya iş hanına ait mazgal üzerinde yürürken mazgalın çökmesi sonucu zarara uğrayan kişilerin açtığı dava sonucu hükmedilen maddi ve manevi tazminat tutarından kat malikleri arsa payı oranında sorumlu tutulabilir(60).

### **14) Toplu yapılarla ilgili uygulama nasıldır?**

Bilindiği üzere, 28.11.2007 tarih ve 26714 sayılı RG'de yayımlanan, 14.11.2007 tarih ve 5711 sayılı Kanun ile KMK madde 65 ve devamında toplu yapılara ilişkin özel hükümler getirilmiştir. Toplu yapı, bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim planına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapıyı ifade etmektedir (KMK madde 66/1).

KMK madde 16 uyarınca kat malikleri ana gayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre maliktir. Oysa toplu yapılarla ilgili KMK madde 67/2 de "Toplu yapı kapsamında bulunan birden çok yapının ortak sosyal ve alt yapı tesisleri bulundukları parsel veya yapıya bakılmaksızın, tahsis edildikleri bağımsız bölümlerin ortak yeri sayılır" denildiğinden, toplu yapı hükümlerine tabi ortak yerler bakımından "mülkiyet" yerine "tahsis" söz konusudur.

Ancak bir parselin tamamı ortak alan niteliğinde ise, o parselin malik hanesinde, parselden yararlanan taşınmazlar belirtilecektir. Bu hususta KMK madde 67/1'de aynen, "Toplu yapı kapsamında olup, bütünüyle bu kapsamdaki bağımsız bölümlerin ortak kullanma ve faydalanmasına tahsis edilmiş bulunan parsellerin malik hanesine, tahsis edildikleri toplu yapı kapsamındaki diğer parsellerin ada, parsel, blok ve bağımsız bölüm numaraları gösterilmek suretiyle tapu siciline kaydedilir ve bu suretle tahsis edildikleri parsellerde bulunan bağımsız bölümlerin ortak yeri olur" denilmektedir.

Toplu yapı kapsamındaki imar parsellerinin bitişik veya komşu olmaları şarttır. Ancak bu

parseller arasında kalan ve imar planına göre yol, meydan, yeşil alan, park, otopark gibi kamuya ayrılan yerler için bu şart aranmaz. Toplu yapı kapsamındaki her imar parseli, kat irtifakının veya kat mülkiyetinin tesisinde ayrı ayrı dikkate alınır. Ancak, toplu yapı birden fazla imar parselini içeriyorsa, münferit parseller üzerinde toplu yapı hükümlerine tabi olacak şekilde kat mülkiyeti ilişkisi kurulamaz (KMK madde 66/2)(61). Buna göre, tek bir parseldeki toplu yapılar için kat irtifakı veya kat mülkiyeti parsel bazında kurulacaktır. Birden fazla imar parseli varsa, aralarında yol, meydan, yeşil alan, park, otopark gibi kamuya ayrılan yerler bulunsada dahi, tüm parseller birlikte dikkate alınarak bağımsız bölümlerin arsa payı belirlenmeyecektir. Yine her parseldeki bağımsız bölümün arsa payı, o parsel dikkate alınarak tespit edilecektir. Fakat "münferit parseller üzerinde toplu yapı hükümlerine tabi olacak şekilde kat mülkiyeti ilişkisi kurulamaz" denildiğinden, bu parsellerin yönetim ve vaziyet planı aynı olacaktır (KMK madde 70/1, madde 68/1).

Toplu yapı kapsamındaki ortak yerlerle ilgili kararlarda arsa payı yerine sadece bağımsız bölüm sayısı dikkate alınmaktadır (KMK madde 69/2,3, madde 70, m71/2). O nedenle, parsel bazında arsa payının belirlenmesi bir sorun yaratmayacaktır.

Toplu yapıların yönetim felsefesi  
Toplu yapıların yönetim mantığı KMK madde 69/3 ve KMK madde 71 hükümlerinde açıklanmıştır. Buna göre toplu yapı kapsamındaki ortak yapı, yer ve tesisler, bu kapsamda yer alan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan toplu yapı kat malikleri kurulunca yönetilir ve yönetim tarzı, kanunların emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla, bu kurul tarafından kararlaştırılır. Bu yetki, yönetim planında toplu yapı temsilciler kuruluna verilebilir. Yönetim planında başka türlü düzenlenmemişse, toplu yapı temsilciler kurulu, blok yapılarda her blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerince seçilen blok yöneticileri ve blok niteliğinde olmayan yapıların bağımsız bölüm maliklerince seçilen temsilcilerden oluşur. Toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin sayısı ve nasıl seçileceği toplu yapının özelliği dikkate alınarak yönetim planında belirtilir. Toplu yapı temsilciler kurulunda bu yöneticiler

ve temsilciler yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısı kadar oy hakkına sahiptirler (KMK madde 69/3).

Yönetim planında başka türlü düzenlenmedikçe, blok kat malikleri kurulu blok için blok niteliğinde olmayan yapıların yer aldığı parseldeki kat malikleri kendilerine özgülenen ortak yer ve tesisler için toplu yapı temsilciler kurulu ise toplu yapı kapsamındaki bütün ortak yapı, yer ve tesisler için yönetici ve denetçi atar. Blok yöneticisi ve denetçisi, blokta kat maliklerinin; blok niteliğinde olmayan yapıların ortak yer ve tesisleri için yönetici ve denetçi, bu yapılardaki kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından seçilir. Toplu yapı kapsamındaki bütün ortak yapı, yer ve tesisler için yönetici ve denetçi ise, toplu yapı temsilciler kuruluna katılan yönetici ve temsilcilerin, yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısının salt çoğunluğunun oyu ile atanır (KMK madde 71).

### **Toplu yapılarda ortak yerlerin yönetimi (m 69/3, madde 71)**

Birden fazla parselden oluşan adada da yönetim felsefesi yukarıdaki gibidir. Adayı oluşturan parsellere ait ortak yerler her blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerince seçilen blok yöneticileri ve blok niteliğinde olmayan yapıların bağımsız bölüm maliklerince seçilen temsilcilerden oluşan toplu yapı temsilciler kurulu niteliğindeki ada temsilciler kurulu tarafından yönetilir (KMK madde 69/2).

Yukarıdaki şema üzerinden anlatırsak; toplu yapı, bir veya birden fazla parsel (Kanundaki tabiriyle ada) üzerinde yer alabilir. Toplu yapıların bulunduğu bölgedeki ortak tesis ve alanların kullanılması ve bunlardan yararlanılması ile ilgili kuralların bulunması gerekmektedir. Bu kurallar getirilirken, tüm maliklerin iradesini dikkate alan bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, toplu yapı rejimine tabi tutulan alandaki tüm bağımsız bölüm malikleri, yönetici-temsilci vasıtasıyla bir üst kurulda temsil edilmekte ve bu kurulun kararlarına göre toplu yapının bulunduğu bölge yönetilmektedir(62). Toplu yapı temsilciler kurulunda yöneticiler ve temsilciler, yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısı kadar oy hakkına sahip olmaktadır. Hangi şekilde olursa

olsun, yönetim mantığı yukarıdaki gibi olacaktır. Ancak ortak yerlerle ilgili karar alınırken aşağıdaki hususlara dikkat edilecektir.

### **Bloklardaki ortak yerler**

Toplu yapı kapsamında bulunan parsel ve parsellerdeki birden çok bağımsız bölümü kapsayan ana yapıda ortak yerleri bulunan blok yapıların her biri, kendi sorunlarına ve yalnız o bloğa ait ortak yerlere ilişkin olarak, o blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan blok kat malikleri kurulunca yönetilir (KMK madde 69/1). Örneğin bloğun içindeki çamaşırılığın toplantı odası olarak kullanılmasına, o blokta kat malikleri karar verecektir.

### **Parseldeki ortak yerler**

Bir parselde blok niteliğinde olmayan yapılar (örneğin villalar, dükkânlar vs.) varsa veya bu nitelikteki yapılarla blok yapılar aynı parselde yer alıyorsa, kendi sorunlarına ve o parselde ait ortak yerlere ilişkin olarak, o parselde bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan kat malikleri kurulunca yönetilir (KMK madde 69/1). Örneğin parselin, girişindeki bekçi, güvenlik odası ve bariyerin kaldırılması ile ilgili olarak parseldeki kat malikleri karar verecektir. Kanımca, parsel üzerindeki bir kısım yapıya tahsis edilen ortak alanla ilgili kararın, lehine tahsis yapılan yapının bağımsız bölüm maliklerince alınması yeterlidir. Örneğin aynı parseldeki bloklar için yapılan yüzme havuzu bloklara, villalar için yapılan yüzme havuzu da villalara tahsis edilmişse, villalar için yapılan havuzdan daha iyi faydalanılmasını sağlayacak mini bar, soyunma odası, duş gibi tesislerin yapılmasına, sadece o parseldeki villaların kat malikleri karar verebilmelidir.

### **Adadaki (63) ortak yerler**

Bir adada birden çok parsel yer alıyorsa, adayı oluşturan parsellere ait ortak yerler, o adada bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşan ada kat malikleri kurulunca yönetilir ve yönetim tarzı, kanunların emredici hükümleri saklı kalmak şartıyla, bu kurul tarafından kararlaştırılır. Bu yetki, yönetim planında ada temsilciler kuruluna verilebilir. Yönetim planında başka türlü düzenlenmemişse, ada temsilciler kurulu, blok yapılar da her blokta bulunan

bağımsız bölüm maliklerince seçilen blok yöneticileri ve blok niteliğinde olmayan yapıların bağımsız bölüm maliklerince seçilen temsilcilerden oluşur. Ada temsilciler kurulu üyelerinin sayısı ve nasıl seçileceği toplu yapının özelliği dikkate alınarak yönetim planında belirlenir. Ada temsilciler kurulunda bu yöneticiler ve temsilciler yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısı kadar oy hakkına sahiptirler (KMK madde 69/2).

Ancak yönetim planı ile emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, yukarıdaki sistemler dışına çıkılması mümkündür. KMK madde 74 uyarınca toplu yapılarla ilgili özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda yer alan bütün hükümler, toplu yapılar hakkında da aynen veya kıyas yoluyla tatbik edileceğinden, ortak yerlerle ilgili iş ve işlemler hakkında toplu yapıların yukarıdaki özellikleri dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır. Yukarıdaki açıklamaları somut bir örnek üzerinden yaparak daha anlaşılır hale getirmek istiyorum. Bitişik veya komşu nitelikte 3 adet parsel vardır. 1 no'lu parselde 10 daireden oluşan A blok ve yüzme havuzu; 2 no'lu parselde 5 adet villa ve spor tesisi; 3 no'lu parselin tamamında otopark vardır. Buna göre;

- 1)** (1) no'lu parselde 10 adet daireden her birinin arsa payı 1/10; (2) no'lu parselde de her bir villanın arsa payı 1/5 şeklinde belirlenecektir.
- 2)** Parsel bazında belirlenen arsa payları esas alınarak her bir parselde kurulacak kat irtifakı ve kat mülkiyetinde yönetim ve vaziyet planları aynı olacaktır.
- 3)** Yönetim planında, (1) sayılı parseldeki yüzme havuzu ve (2) no'lu parseldeki spor tesisinin ve (3) no'lu parselin tamamının (1) parseldeki 10 adet daire ve (2) parseldeki 5 villaya özgü olduğu belirtilecektir.
- 4)** (3) no'lu parselin malik hanesine, (1) ve (2) no'lu parseller ve bu parsellerdeki bağımsız bölümlerin (10 daire ve 5 villa olmak üzere toplam 15 adet bağımsız bölümün) numaraları yazılacaktır. Bu şekilde (3) no'lu parsel, (1) ve (2) no'lu parsellerdeki bağımsız bölümlerin ortak yeri (otoparkı) olacaktır.
- 5)** (1) sayılı parseldeki (A) bloğun



mantolanmasına dair karar bu bloktaki 10 adet kat malikinin sayı ve arsa payı çoğunluğu (6 adet kat maliki) ile alınabilecektir (KMK madde 42/4).

**6)** Toplu yapı kapsamındaki ortak yerlerle (yüzme havuzu, spor tesisi ve otoparkla) ilgili kararlar 15 adet kat malikinin(64) katılımı ile alınacaktır. Kararlarda arsa payı yerine sadece bağımsız bölüm sayısı göz önünde bulundurulacaktır (KMK madde 69/2,3). Örneğin, otoparkın yer aldığı parselin etrafının çevre duvarı ile güvenlik altına alınmasına yönelik faydalı yenilik ve ilave niteliğindeki karar, 15 kat malikinden 8 tanesinin kabulü ile mümkün olabilecektir. Burada KMK madde 42/1 gereği ayrıca arsa payı çoğunluğu aranmayacaktır.

### Sonuç

Yukarıda açıklananları özetlersek;

**1)** Sığınak, otopark, kapıcı dairesi gibi, mevzuat uyarınca yapılması zorunlu ortak yerlerin, amacı dışında kullanılması veya kullandırılması mümkün değildir. Bu hususta önceden kat malikinin verdiği onay ve izin kendisini bağlamaz. Ancak tüm kat maliklerinin oybirliği ile verdiği karar üzerine, projenin tadil edilmesi suretiyle bu alanlarda amaç dışı uygulamalar yapılabilir (KMK madde 44-45).

**2)** Genel kömürlük, teras, bahçe, çamaşırhane ve çamaşır kurutma alanları gibi zorunlu ortak alan niteliğinde olmayan yerlerin, kat maliki veya bazı kat maliklerine ya da üçüncü kişilere kat maliklerinin pay

ve paydaş çoğunluğunun aldığı karara istinaden sözleşmeyle kiralanması veya sözleşme niteliğindeki yönetim planı (KMK madde 28) ile tahsis edilmesi mümkündür.

**3)** Zorunlu olsun olmasın tüm ortak yerlerde;

**a)** Kullanım amacına hizmet edecek faydalı yenilik ve ilaveler, kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar ile yapılabilir (KMK madde 42),

**b)** Bağımsız bölüm ilavesi (KMK madde 44), temlikli tasarruflar, önemli işler kat malikleri kurulunun oybirliği kararı (KMK madde 45) üzerine yapılabilir.

**4)** Zorunlu olmayan ortak yerlerde, anayarıya zarar vermemek ve projesine aykırı olmamak şartıyla kat malikinin kendi menfaatine inşaat, onarım, tesisler ve boya yaptırması bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası ile mümkündür (KMK madde 19).

**5)** Ortak alanlarda, diğer bağımsız bölüm maliklerinin haklarını ihlal etmeyecek, ana yapıya zarar vermeyecek, projesine ve imar mevzuatına aykırı olmayacak şekilde olağan kullanımlar (tabela asılması, klima konulması, korkuluk, anten, takılması vs.) bir izne tabi değildir.

**6)** Toplu yapı kapsamındaki ortak yerlerle ilgili kararlarda, sadece bağımsız bölüm sayısı dikkate alınır.

### Sonnöt:

(1) Kat Mülkiyeti Kanunu.

(2) Resmi Gazete Tarihi: 25.08.1988 Resmi Gazete Sayısı: 19910.

(3) Planlı Alanlar Tıp İmar Yönetmeliği.

(4) Y. 18. HD 12.11.2002, 9873/11112.

(5) Türk Medeni Kanunu.

(6) Y. 18. HD. 29.11.2005, 6795/10562.

(7) Y. 18. HD. 7.7.2005, 5880/7197.

(8) Kat malikleri kurulunun oybirliği ile almış kararı mutlaka olmalıdır. İlave bağımsız bölüm için değişiklik projesinin belediyece onaylanması ve yapı kullanma izni alınması yeterli değildir, Y. 18. HD. 8.5.2006,2723/3833.

(9) Y. 18. HD. 10.2.2005, 2004/8944, 639.

(10) Y. 18. HD. 9.11.2006, 6313/8851.

(11) Y. 18. HD. 20.6.2005, 4034/6441; Y. 1. HD. 5.3.2013, 2012/9216, 3239; Y. 18. HD. 26.6.2012, 4788/8120.

(12) Y. 18. HD. 11.11.1999, 12743/14398.

(13) Rıza için kat malikleri kurulu kararı şart değildir. Haricen de kat maliklerinden bu muvafakat yazılı olarak alınabilmelidir. Ancak Yargıtay aksi görüştür, YHGK 3.4.1991, 5-79/178.

(14) Y. 18. HD. 2.7.2003, 4943/5799.

(15) Y. 18. HD. 20.10.2005, 6736/9255.

(16) Sistemin bağımsız bölümlerin arsa paylarına isabet eden alanı aşmaması, çatıda bütün bağımsız bölümlere yetecek tesis kurmaya elverişli alanın bulunması ve yapının statüsünün tüm sistemin kurulması halinde zarar görmemesi gerekmektedir, Y. 18. HD. 9.10.2006, 8031/7463; Y. 5. HD. 24.5.1990, 29971/15880; Y. 18. HD. 28.11.2006, 6943/9821.

(17) Y. 18. HD. 13.11.2006, 6259; Y. 28.5.1993, 5430/7300.

(18) Y. 18. HD. 29.6.2004, 3650/5470.

(19) Y. 18. HD. 17.5.2005, 3990/5189.

(20) YHGK 22.9.1993, 18-417/514.

(21) Y. 18. HD. 26.12.2005, 9755/11660; Y. 18. HD. 30.5.2005, 3577/5583.

(22) Y. 18. HD. 9.2.2009, 2008/10123, 779.

(23) Y. 18. HD. 22.1.2007, 2006/9313, 80.

(24) Y. 18. HD. 16.10.2006, 8360/7728.

(25) Y. 18. HD. 18.5.1992, 2999/4090; Y. 18. HD. 23.6.1992, 5163/5829.

(26) Y. 18. HD. 21.6.2011, 4958/7504; Y. 18. HD. 10.3.2011, 1992/3184; Y. 18. HD. 12.7.2005, 5037/7473.

(27) Y. 18. HD. 1.6.2004, 2963/4585.

(28) Y. 18. HD. 31.10.1997, 8046/10082.

(29) 5711 sayılı kanunun 3. maddesiyle KMK madde 10'un sonuna eklenen fıkranın gerekçesinde aynen; "Ortak yararlanmaya tahsis edilen bağımsız bölümlerin malik hanesine "bağımsız bölümlerin numaraları" yazılmak suretiyle tescil edilebileceği öngörülmüş, bu suretle, bu bağımsız bölümlerin mülkiyeti belli bir şahsa değil, diğer bağımsız bölümlere bağlanmıştır. El değiştiren bağımsız bölümlerin yeni maliklerinin kendiliğinden, ortak yararlanmaya tahsis edilen bağımsız bölümün de müşterek maliki olmaları sağlanmıştır. Böylelikle ortak yararlanmaya tahsis edilen bağımsız bölümlerle ilgili olarak eşyaya bağlı mülkiyet hükümlerinin

uygulanması amaçlanmaktadır" denilmektedir. (www.tbmm.gov.tr/sirasay/donem23/yil01/ss35.pdf).

(30) Y. 18. HD. 9.10.2006, 7305/7461.

(31) Y. 18. HD. 13.10.1994, 9450/12317.

(32) Y. 3. HD. 29.11.2011, 10877/19020 sayılı Kararı ve bu karara karşı direnilmesi üzerine YHGK 19.3.2014, 2013/3-752, 334 sayılı Kararı. Ancak Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan doğan uyumsuzluklara bakan Y. 18. HD. aksi görüştür, "Kat Mülkiyeti Yasası uygulamasında, özel ortak amaçlara tahsis edilmiş ortak yerlerin bu özel amaca tahsis kaldırılmadığı müddetçe herhangi bir gelir getirmesi ve tüm kat maliklerinin oybirliğiyle karar alması halinde dahi kiraya verilmesi mümkün olmadığından bu gibi yerlerin işgalii sebebiyle de ecimisil istenemez. Somut olayda davaya konu edilen sığınak da, özel amaca tahsisli bu ortak yerlerden sayıldığından, ecimisile yönelik talebin reddine karar verilmesi gerektiğinin dikkate alınmaması doğru görülmemiştir", Y. 18. HD. 11.12.2006, 7513/10438; Y. 18. HD. 28.2.2011, 474/2701;

(33) Y. 3. HD. 4.2.2013, 2012/23507, 1533; Y. 3. HD. 20.12.2005, 13997/14128.

(34) Y. 18. HD. 5.2.1998, 1997/12095,775.

(35) YHGK 20.12.2006, 18-794/816; Y. 18. HD. 17.2.2005, 2004/9227, 940; Y. 18. HD. 13.11.2006, 6384/9043.

(36) Y. 18. HD. 21.12.2004, 8699/9928; Y. 18. HD. 5.11.2002, 9734/10790; Y. 18. HD. 8.5.2002, 4708/5408.

(37) Y. 3. HD. 2.7.2012, 8104/16540.

(38) Y. 18. HD. 8.5.1998, 4253/5094.

(39) Y. 18. HD. 15.4.2003, 1958/3070.

(40) Y. 18. HD. 17.11.1997, 9213/10826; YHGK 25.10.2000, 18-1296/1561; Y. 18. HD. 28.9.1998, 10771/9800; Y. 18. HD. 14.3.2013, 2382/3820.

(41) Y. 18. HD. 6.2.1992, 30/371.

(42) YHGK 24.2.1993, 1992/5-747, 72.

(43) Y. 18. HD. 20.5.2003, 3163/4144; Y. 18. HD. 4.6.2012, 4045/6779.

(44) Y. 18. HD. 11.11.2008, 8077/11899.

(45) Y. 18. HD. 5.10.2006, 5285/7303; Y. 18. HD. 16.3.2006, 1434/2211; Y. 18. HD. 14.11.2005, 7476/9921.

(46) Y. 18. HD. 15.5.2003, 3105/4070.

(47) Y. 18. HD. 22.12.2005, 9680/11492.

(48) YHGK 12.5.2010, 18-269/268; Y. 18. HD. 28.9.2004, 4909/6579; Y. 18. HD. 20.5.2004, 3437/4269; Y. 18. HD. 27.6.2002, 6512/7325; Y. 18. HD. 8.5.2002, 4708/5408; Y. 18. HD. 15.6.2010, 1416/9003

(49) YHGK 7.12.2011, 18-563/733.

(50) Y. 18. HD. 8.5.2002, 4708/5408.

(51) Y. 18. HD. 15.2.2000, 645/1980.

(52) Y. 18. HD. 12.5.2005, 2157/4928; Y. 18. HD. 8.12.2005, 10384/10936.

(53) Y. 18. HD. 8.3.2005, 2004/10220, 1932; Y. 18. HD. 12.7.2005, 5037/7473; Y. 18. HD. 13.5.2003, 3088/3954.

(54) Y. 18. HD. 16.6.2005, 3330/6369; Y. 18. HD. 8.5.2002, 4708/5408; Y. 18. HD. 13.11.2007, 8118/9680.

(55) Y. 18. HD. 3.6.2002, 5426/6353; Y. 18. HD. 3.3.1998, 1315/3383.

(56) Y. 18. HD. 5.7.2012, 6651/8439; Y. 18. HD. 21.6.2012, 6450/7688.

(57) Y. 18. HD. 5.3.2013, 202/3154; Y. 18. HD. 2.7.2012, 5399/8320.

(58) Y. 18. HD. 12.4.2004, 1800/2928.

(59) "Eski hale getirme işlerinin maliyeti bilirkişiye hesaplatılıp verilen süre içinde projeye ayrıntılıların davalı tarafından eski hale getirilmediği takdirde, raporda gösterilecek masrafların geçecek süre nedeniyle yetersiz kalmasının kaçınılmaz olması da dikkate alınarak hüküm fıkrasında, saptanan bu miktarın gerçekleştirilecek masrafların mahsup edilecek bir avans niteliğinde olduğu da açıklanmak suretiyle, eski hale getirme işleminin, davalıdan alınacak avansla yönetici tarafından yerine getirilmesine, yöneticinin bu görevi yerine getirememesi halinde,

davacılar tarafından icra yoluyla yerine getirilmesine, eski hale getirme masraflarının daha fazla olması durumunda kalan kısmın da davalıdan alınması şeklinde hüküm kurulmalıdır", Y. 18. HD. 12.4.2004, 1800/2928; Y. 18. HD. 17.10.2011, 6169/10190.

(60) Y. 4. HD. 6.6.2007, 2006/8934, 7674; Y. 4. HD. 21.4.2003, 2002/14756, 5009.

(61) Bu cümlede ne demek istendiği tam olarak anlaşılammaktadır.

(62) Adalet Komisyonu tutanağında aynen: "... şimdi burada toplu yapı tanımını tekrar yapmamız lazım. Toplu yapı, örneğin, bir parselde birden fazla blok halinde oluşturulabilir. İki, birden fazla parselde farklı bloklarla oluşturulabilir. Burada bir parselde eğer iki blok olduğunu örnek verecek olursak, her blok kendi sorununu kendisi çözebilir. Mesela A blokta bir asansör sorunu varsa, A blokta asansör sahipleri, daire sahipleri kendileri toplanarak o sorunu çözecekler. Eğer tek parselde iki blok varsa, iki blok arasında ortak kullanım varsa, o zaman, o parselde bulunan bağımsız bölüm kar malikleri o problemi çözecektir. Burada, üçüncü durum da, farklı parseller arasında ortak kullanım alanı varsa, buradaki sorunun çözümünde ise, ada temsilciler kurulu; yani, bloklardan oluşan, blokların kendi temsilcileri var yani, bir üst platform diye düşünebiliriz. Onların ortaklaşa vereceği karar üzerine bu sorunlar çözülecektir. Burada anlatılmak istenen hadise budur" denilmektedir (Kaynak: TBMM Tutak Müdürlüğü, 9.2.2006 tarihli Adalet Komisyonu Tutanağı s. 4'den kırkkale Milletvekili Ramazan Can'ın beyanı)

(63) Kanundaki "ada" deyimi ile toplu yapı sistemi içindeki "birden fazla imar parseli" anlaşılmalıdır.

(64) Yönetim planına hüküm koyulmak şartıyla, (1) no'lu parseldeki kat maliklerinin seçtiği yönetici ve (2) no'lu parseldeki kat maliklerinin seçtiği diğer bir yönetici veya temsilciden oluşan temsilciler kurulu vasıtasıyla da karar alınabilir. Bu durumda (1) sayılı parseldeki yöneticinin oyu 10 adet, (2) parseldekinin 5 adet olacaktır (KMK madde 69/2,3).

# Ölünceye kadar bakma sözleşmesi (ÖKBS) ve miris muvazaası

## Av. Nezh Sütçü

ÖKBS, TBK madde 611-619 arasında detaylı düzenlenmiştir. Mirasçılardan veya alacaklılardan mal kaçırma ya da tenkis hükümlerinden kurtulma amaçlı ÖKBS'ler söz konusu olmaktadır. Aşağıda ÖKBS'nin miris muvazaasında kullanılması ile ilgili tespit ve değerlendirmeler yapılmıştır.

### 1. Tanımı ve özellikleri

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir (TBK madde 611/1).

Ölünceye kadar bakma sözleşmeleri, bakım alacaklısının edimini ölüme bağlı bir tasarrufla yerine getirmesi durumunda "miras hukuku nitelikli"; sağlar arası bir işlemle ifa etmesi durumunda "borçlar hukuku nitelikli" olarak ikiye ayrılmaktadır(1). Bunun nedeni olarak, bakım borçlusu, bakım alacaklısı tarafından mirasçı atanmışsa, ölünceye kadar bakma sözleşmesine miras sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair TBK madde 611/2 hükmü gösterilmektedir(2). Atanan mirasçı, mirasın tamamını veya belli bir oranını almaya hak kazanmaktadır (TMK madde 516). Oysa ikili ayırımı savunanlar, sadece mirasçı atama değil, belirli mal bırakma durumunda (TMK madde 517) ya da diğer tasarruflarda da, sadece ölümden sonra sonuç doğurmayı kıstas olarak değerlendirilmekteyiz. Kanımca böyle bir ayırım yapılması gereksizdir(3). Medeni Kanunda ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile ilgili hiçbir düzenleme yoktur. Medeni Kanunda sadece miras sözleşmelerinin genel sınırları çizilmiştir. Miras bırakanın, mirasını veya belirli malını

sözleşme yaptığı kimseye ya da üçüncü bir kişiye bırakma yükümlülüğü altına girdiği sözleşmeye miras sözleşmesi denilmektedir (TMK madde 527/1). Miras bırakan sağlığında da miras sözleşmesi ile malvarlığında tasarruf edebilmektedir (TMK madde 572). Dolayısıyla ÖKBS de miras sözleşmelerinin özel olarak düzenlenmiş bir çeşididir. Bakım borçlusunun ölüm anına kadar ki bakım borcuna karşılık, bakım alacaklısının malvarlığı devrine ilişkin ediminin ölümden önce veya sonra muaccel olmasına göre ayırımı gidilmesi anlamsızdır. Eğer, bir kısmın malvarlığının ölümden önce, bir kısmının da ölümden sonra devredileceği kararlaştırılmışsa ne olacaktır? Her halde, bakım alacaklısının ölümü ile malvarlığının kazanılması arasında bir bağ olduğundan, miras hukuku devreye girmektedir. O nedenle de, ÖKBS'nin miras sözleşmesi şeklinde yapılması öngörülmüştür (TBK madde 612/1)(4). Sonuç olarak, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, miras sözleşmelerinin özel olarak düzenlenmiş bir çeşidi olduğundan, öncelikle TBK madde 611-619 hükümleri, açık bir atfın bulunduğu (Örneğin TBK madde 611/2) veya boşlukların doldurulması ya da yorumda genel hüküm niteliğindeki TMK hükümleri uygulanmalıdır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, sürekli borç ilişkisi doğuran, talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin kurulabilmesi için iki tarafın iradelerinin karşılıklı olarak uyum içinde olması gerekmektedir. Bakım alacaklısı sadece gerçek kişi olabilir. Buna karşılık bakım borçlusu hem gerçek hem tüzel kişi olabilir(5).

### 2. Şekil ve geçerliliği

Miras sözleşmesinin geçerli olması için resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekir. Sözleşmenin tarafları, arzularını resmi

memura (notere, sulh hâkimine veya tapu memuruna)(TMK madde 532) aynı zamanda bildirirler ve düzenlenen sözleşmeyi memurun ve iki tanığın önünde imzalarlar(TMK madde 545). Fiil ehliyeti bulunmayanlar, bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklılar, okuryazar olmayanlar, miras bırakanın eşi, üstsoy ve altsoy kan hısımları, kardeşleri ve bu kişilerin eşleri, ÖKBS'nin düzenlenmesine memur veya tanık olarak katılamazlar ve senedin düzenlenmesine katılan memura ve tanıklara, bunların üstsoy ve altsoy kan hısımlarına, kardeşlerine ve bu kişilerin eşlerine ÖKBS ile kazandırmada bulunulamaz (TMK madde 536). Miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak, kısıtlı bulunmamak gerekir (TMK madde 503). O nedenle sınırlı ehliyetsizler (ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar) bakım alacaklısı veya borçlusunu olarak ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapamazlar.

### 3. Tarafların borçları

Sözleşmenin kurulmasıyla, bakım alacaklısı, bakım borçlusunun aile topluluğuna katılmış olur. Bakım borçlusunu, almış olduğu malların değerine ve bakım alacaklısının daha önce sahip olduğu sosyal durumuna göre hakkaniyetin gerektirdiği edimleri, bakım alacaklısına ifa etmekle yükümlüdür. Bu kapsamda, bakım borçlusunu, bakım alacaklısına özellikle uygun gıda ve konut sağlamak, hastalığında gerekli özenle bakmak ve onu tedavi ettirmek zorundadır (TMK madde 614). Bakım alacaklısı ise sözleşmede kararlaştırılan karşı edimi (malvarlığının bir kısmını veya tamamını) verecektir.

### 4.Ölümün gerçekleşmesinden sonra yapılacaklar

Miras bırakanın ölümünden sonra ele geçen ÖKBS'nin, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın hemen sulh hâkimine teslim edilmesi zorunludur. ÖKBS'yi düzenleyen veya muhafaza eden görevli ya da miras bırakanın arzusu üzerine saklayan veya başka surette ele geçiren ya da ölenin eşyası arasında bulan kimse, ölümü öğrenir öğrenmez teslim görevini yerine getirmekle yükümlüdür; aksi takdirde bu yüzden doğacak zarardan sorumludur. Sulh hâkimi, teslim edilen ÖKBS'yi derhal inceler, gerekli koruma önlemlerini alır; olanak varsa ilgilileri

dinleyerek terekenin yasal mirasçılara geçici olarak teslimine veya resmen yönetilmesine karar verir (TMK madde 595).

ÖKBS, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın tesliminden başlayarak bir ay içinde miras bırakanın yerleşim yeri sulh hâkimi tarafından açılır ve ilgililere okunur. Bilinen mirasçılar ve diğer ilgililer ÖKBS'nin açılması sırasında diledikleri takdirde hazır bulunmak üzere çağrılır (TMK madde 596). Mirasta hak sahibi olanların her birine gideri terekeye ait olmak üzere, ÖKBS'nin kendilerine ilişkin kısımlarının onaylı bir örneği hâkim tarafından tebliğ edilir. Nerede olduğu bilinmeyenlere ÖKBS'nin kendilerine ilişkin kısımları ilan yolu ile tebliğ olunur (TMK madde 597).

### 5. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde muris muvazaası ve bunun sonuçlarına yönelik Yargıtay uygulaması

Bilindiği üzere, irade ile beyan arasında üçüncü kişileri aldatmak maksadı ile bilerek oluşturulan uyumsuzluğu ifade eden muvazaaya, mutlak ve nisbi olarak iki şekilde gerçekleşmektedir.

#### 5.1 Mutlak muvazaaya

Mutlak muvazaada taraflar bir sözleşme yapmak istemedikleri halde, üçüncü kişileri aldatmak maksadı ile aralarında hüküm ve sonuç doğurmayan görünüşte bir sözleşme yapmaktadırlar. Alacaklılarından mal kaçırmak isteyen kişi, bakım alacaklısı sıfatıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile malvarlığını bakım borçlusuna devrettiğinde böyle bir durum söz konusudur. Kanunlarımızda mutlak muvazaaya düzenlenmemiştir. Konumuz bakımından mutlak muvazaaya ile karşılaşılmamaktadır. ÖKBS ile muris muvazaasında gerçekleşen nisbi muvazaaya ise aşağıda detaylı incelenmiştir.

#### 5.2 Nisbi muvazaaya

Nisbi muvazaada ise tarafların gerçek iradelerine uygun sözleşme (gizli sözleşme), gerçek iradelerine uymayan görünürdeki bir sözleşme ile gizlenmektedir. Burada taraflar mutlak muvazaadan farklı olarak sözleşme yapma iradesindedirler. Ancak bu sözleşme, gerçek iradelerine uygun olmayan görünüşteki bir sözleşme ile gizlenmektedir. Tarafların muvazaalı olarak işlem yapmalarını

(görünüşteki sözleşmenin kısmen veya tamamen hüküm ifade etmeyeceğini) öngören muvazaa anlaşması hiçbir şekilde bağlı değildir. Hatta genelde sözlü şekildedir. Ancak görünürdeki sözleşme şekle bağlı ise, taraflar bunu ortadan kaldıran muvazaa anlaşmasını ancak yazılı delille ispat edebilirler (HMK madde 200; TBK madde 13; YİBK 5.2.1947, 1945/20, 6). Taraflar dışındaki üçüncü kişiler ve bu arada sözleşmeye taraf olmayan mirasçılar, muvazaayı tanık dâhil her türlü delille ispat edebilirler(6). Çünkü sözleşmeye taraf olmayan mirasçının yazılı belge düzenlemesi imkânsızdır(7). Gizli sözleşmenin (muvazaa anlaşmasının değil) geçerli olması için tabi olduğu şekle uygun yapılması gerektiği kabul edilmektedir.

Sonuç olarak nisbi muvazaada görünürdeki sözleşme, onun altına örtülen gizli sözleşme ve bunlardan ilkinin hüküm ifade etmeyeceğine dair yine taraflarca yapılan muvazaa anlaşması göz önünde tutulduğunda, nisbi muvazaada iki değil üç sözleşme söz konusu olmaktadır. Muvazaa anlaşmasının görünüşteki sözleşme ile aynı anda veya ondan önce yapılması gerekir.

TMK ve TBK'nın genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır (TMK madde 5). Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır (TBK madde 19). Bağışlama kastı olmasına rağmen ÖKBS şeklinde yapılan görünüşteki sözleşme tarafların gerçek iradesine uygun olmadığı için geçersizdir.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde genellikle nisbi muvazaa söz konusu olmaktadır. Örneğin miris, tamamını bağışlamak istediği malvarlığını, görünüşte ölünceye kadar bakma sözleşmesi imzalayarak bakım borçlusu olarak gösterdiği üçüncü kişiye devretmektedir. Burada görünürdeki sözleşme ÖKBS; gizli sözleşme bağışlama; muvazaa anlaşması da, ÖKBS'nin aslında geçerli olmadığına dair taraflar arasındaki sözleşmedir.

Yargıtay uygulamasında taraflar; görünüşte ölünceye kadar bakma sözleşmesi, fakat

gerçekte bağış yaparak, muvazaalı bir anlaşma ile mirasçılardan mal kaçırma amacını da güdüyorlarsa, yapılan taşınmaz temlikli, 01.04.1974 tarih ve ½ İBK'nın kapsamında kabul edilerek, baştan itibaren geçersiz sayılmaktadır. Söz konusu YİBK'ye göre, bir kimsenin; mirasçısını miras hakkında yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığnänen tüm mirasçılarının, görünürdeki satış sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabilecekleri ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Türk Medeni Kanunu'nun 565. ve 669. maddelerinin sağladığı haklara etkili olmayacağı kabul edilmiştir. Anılan İBK'da sadece görünüşte satış, gerçekte bağıştan söz edilmekte ise de, bu kararın 1974 yılından bu yana ölünceye kadar bakma sözleşmeleri için de uygulanacağı bilimsel görüşler ve Yüksek Mahkeme kararlarında kabul görmektedir(8). Bunun sebebi; taşınmaz satışı ve ölünceye kadar bakma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması zorunluluğudur (TBK madde 612/1).

Aslında bağışlanmak istenen tapusuz taşınmazlar ve taşınır malların, ÖKBS ile bakım borçlusu olarak gösterilen kişiye zilyetliğinin devredilmesi halinde, ÖKBS, tarafların gerçek iradesine uygun olmadığından geçersiz ise de, taşınırın ve tapusuz taşınmazların devrini öngören gizli bağış sözleşmesi şekle bağlı olmadığından ve zilyetliğin devri ile bağışlama gerçekleştiğinden, bunların ilk malike geri dönmesi söz konusu değildir(9).

Ancak taşınmazlar bakımından konunun çözümü her zaman olmamaktadır. Çeşitli olasılıklara ÖKBS ile nisbi muvazaanın gerçekleştirilmesini inceleyelim.

### 5.2.1 Bakım borcunun yerine getirilmemesi

Miris ÖKBS ile malvarlığının tamamı veya bir kısmını görünürde bakım alacaklısına



devretmeyi borçlanmasına rağmen, bakım borcunun hiçbir zaman yerine getirilmediğinin ispatlanması halinde, ÖKBS geçersiz olacak ve sözleşmeye konu taşınmaz mallar terekeye iade edilecektir. Örneğin bakım borçlusu ile bakım alacaklısının ayrı şehirlerde, yaşadıklarının veya bakım borçlusunun yurt dışında yaşadığının ispatı halinde böyle bir durum vardır.

### 5.2.2 Muvazaa anlaşmasının bulunması

Yine muris ile bakım alacaklısı arasında, aslında ÖKBS'nin geçersiz olduğuna, bağışlamanın bulunduğu dair yazılı muvazaa anlaşmasının sunulması halinde de, sözleşmeye konu taşınmaz malların terekeye iadesi gerekecektir.

### 5.2.3 Bakım borcunun yerine getirilmesi

Görünüşteki bakım borçlusunun miras bırakana karşı bazı bakım – gözetim edimlerini yerine getirmesi halinde ne olacaktır? Bu durumda muvazaanın bulunduğu, asil sözleşmenin bağış olduğunu ispatlamanın zorlaştığı, hatta imkânsız hale geldiği ifade edilmektedir(10). Hem ÖKBS yapma, hem de bağışlama iradesini içeren bu tür sözleşmelerde Yargıtay'ın olayın özümünü ile ilgili genel ilke ve kararları şöyledir;

**1)** Yargıtay'a göre, şayet bakım alacaklısının temlikli işlemde bakıp gözetilme koşulunun değil de, bir başka amacı gerçekleştirme iradesini taşıdığı belirlenirse (örneğin mirasçılardan mal kaçırma düşüncesinde ise), bu takdirde akdin ivazlı (bedel karşılığı) olduğundan söz edilemez; akitte bağışlamanın amacının üstün tutulduğu sonucuna varılır. Bu halde de Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 01.04.1974 gün ve 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararı olayda, uygulama yeri bulur(11).

**2)** Miras bırakanın, ölüncüye kadar bakıp gözetme karşılığı yaptığı temlikin muvazaa ile illetli olup olmadığının belirlenebilmesi için de, sözleşme tarihinde murisin yaşı, fiziki ve genel sağlık durumu, aile koşulları ve ilişkileri, elinde bulunan mal varlığının miktarı, temlik edilen malın tüm mamelekine oranı, bunun makul karşılanabilecek bir sınırdaki kalıp

kalmadığı gibi bilgi ve olguların göz önünde tutulması gerekir(12).

**3)** Miras bırakanın sağlığında mal varlığının tamamını veya bir kısmını, mirasçıları arasında hoşgörü ile karşılanabilecek makul ölçüler içerisinde paylaştırmışsa mirasçısından mal kaçırma iradesinden söz etme olanağı yoktur. O halde miras bırakanın denkleştirme yapıp yapmadığı üzerinde durulması, miras bırakandan tüm mirasçılara intikal eden, taşınır taşınmaz ve hakların araştırılması, tapu kayıtları ve varsa öteki delil ve belgelerin mercilerinden getirilmesi, her bir mirasçıya geçirilen malların ve hakların nitelikleri ve değerleri hakkında uzman bilirkişiden rapor alınarak paylaştırmadan mı, yoksa mal kaçırma amacının mı üstün tutulduğunun aydınlığa kavuşturulması zorunludur(13).

**4)** Eş hariç, diğer mirasçı olabilecek kimselerle yapılmış olan ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin kurulması sırasında özel bakıma muhtaç bulunmamak veya sözleşmeden sonra çok kısa yaşamak, bu sözleşmenin muvazaa kastı altında yapıldığını göstermez(14). Bir başka anlatımla, bakıp gözetme koşulu ile yapılan temlikli işlemin geçerliliği için sözleşmenin düzenlendiği tarihte bakım alacaklısının özel bakım gereksinimi içerisinde bulunması zorunlu değildir. Bu gereksinimin sözleşmeden sonra doğması, ya da alacaklının ölümlüne kadar çok kısa bir süre sürmüş bulunması da sözleşmenin geçerliliğine etkili olamaz(15).

**5)** Ancak TMK gereği eşlerin birbirini bakıp gözetme yükümlülüğü bulunduğundan (TMK madde 185/3), eşler arasında yapılan ÖKBS'nin geçerli olması için bakım alacaklısı eşin, özel bakıma muhtaç olması şartı aranmaktadır(16).

**6)** Bakım alacaklısı sağlığında sözleşmeye aykırı davranıldığından bahisle dava açmamış ise, ölümlünden sonra mirasçı veya mirasçılarının sözü edilen iddiaları ileri sürerek iptal ve tescil isteğinde bulunmalarına olanak yoktur(17). Ayrıca bakım alacaklısı öldükten sonra mirasçısı tarafından ifa edilmiş ÖKBS'nin şeklen geçersiz olduğunun ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmelidir(18).

### 5.2.3.1. Yargıtay'ın ÖKBS'nin muvazaalı olduğuna dair verdiği somut kararlar

**1)** Muris anne sağlığında dava konusu iki taşınmazını davalı oğluna; 4 parça taşınmazını da davalıdan olma torununa ÖKBS ile temlik etmiştir. Davalı oğul ve ondan olma toruna temlik edilen taşınmazın miktarı ve terekenin içerisindeki konumları dikkate alındığında, bunların bakım karşılığı ivazlı denilebilecek kabul edilebilir geçerli temlikten öte, mirastan mal kaçırmaya yönelik muvazaalı bir işlem olduğu sonucuna varılmıştır(19).

**2)** ÖKBS ile muris, eşinden ve babasından intikal eden ve edecek olan gayrimenkullerdeki hisselerinin tamamını davalıya temlik etmeyi vaat etmiştir. Bir kimsenin pek çok mirasçısı olmasına rağmen bütün malvarlığını davalıya ÖKBS ile vermeyi vaat etmesinin olağan yaşam koşullarına uygun düşmediği kabul edilmiştir(20).

**3)** Müşterek muris Hüsamettin 21.3.1997 tarihinde Tekirdağ, Merkez Muratlı Köyü, 92, 168, 169, 234, 888, 940, 951 parsel sayılı taşınmazlarını ölünceye kadar bakma akdi karşılığında davalıya devretmiştir. Yedi parça taşınmaz miras bırakana aitken sağlığında ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile davalı oğluna temlik ettiği getirilen kayıt ve belgelerle sabit olduğundan, tarafların özel durumları, taşınmazların nitelikleri ve değerleri değerlendirildiğinde miras bırakanın mirastan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı temlik yoluna başvurduğu kabul edilmiştir(21).

**4)** Dava konusu ev, miras bırakanın sahip olduğu tek taşınmazdır. Tanık sözlerinden, davacılarla miras bırakanın arasının açık olduğu, yaşlı olan miras bırakanla davalıların ilgilendiği, davalıların evin kendilerine bağışlanması için murise baskı yaptıkları tespit edilerek, davacılarla arası açık olan miras bırakanın onları miras haklarından yoksun bırakmak amacıyla davalıların isteklerini uygun görerek taşınmazı ÖKBS ile onlara temlik ettiği, dolayısıyla muvazaanın varlığı kabul edilmiştir(22).

**5)** Miras bırakanların tüm mal varlığına yakın bölümünün teşkil edecek nitelikteki eldeki davaya konu 13 adet taşınmazını davalılara

ölünceye kadar bakım akdiyle temlik ettikleri kayden sabittir. Miras bırakanların ölünceye kadar bakma akdini daha az miktarda taşınmaz devrederek sağlama imkânı varken çok fazla sayıda taşınmazları temlik etmekteki gerçek iradelerinin aslında bakım sözleşmesi yapmak değil, diğer kız çocuğu olan mirasçıdan temlikli yaptığı erkek çocuğuna ve gelinine mal kaçırmak amaçlı olduğu sonucuna varılmıştır(23).

**6)** Muris tüm mal varlığını oluşturan 45 ve 91 parsel sayılı taşınmazlarını davalı kızlarına ölünceye kadar bakım akdi ile temlik etmiştir. Muris ile davacı torunların anneleri arasında anlaşmazlık vardır. Uzun yıllar görüşmemişlerdir, hal böyle olunca, miras bırakan tarafından yapılan temlikin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla ve muvazaalı olduğu karar verilmiştir(24).

**7)** 470 ada 5 parseldeki 7 numaralı bağımsız bölümü 24.6.2008 tarihinde ölünceye kadar bakma akdiyle kızı N.'ye devretmesinden sonra geriye kalan tüm malvarlığını 5.8.2010 tarihli ölünceye kadar bakma akdiyle kızı N. ve N.'den olma torunu S. K. Ş.'ye devretmesi karşısında, temliklerin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yapıldığı sonucuna ulaşılmıştır(25).

**8)** Miras bırakan, maliki olduğu 392 parsel sayılı taşınmazdaki 1/3 payını ve 547 parsel sayılı taşınmazın tamamını ölünceye kadar bakma akdiyle davalı gelinine devretmiştir. Murisin başka mal varlığı yoktur. Davaya konu edilen taşınmazların miras bırakanın tüm mal varlığını oluşturduğu dikkate alınarak, ölünceye kadar bakma akdi iki taraflı ivazlı bir akit olduğundan bakım borcunun temini için bununla orantılı ve makul düzeyde bir temlik yapılmış olması gerektiği, ne var ki davalıya ölünceye kadar bakım akdiyle devredilen taşınmazların murisin tüm mal varlığına oranının makul bir seviyede kalmadığı gerekçesiyle muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali tescil davasının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir(26).

**9)** Miras bırakan M.'nin maliki bulunduğu Gölbaşı ilçesindeki 10 parça tarla vasıflı taşınmazı 4.2.1986 tarihli akitle, Polatlı ilçesindeki 4 parça bağımsız bölümü ise 21.7.1988 tarihli akitle ve ölünceye kadar bakım kaydı ile davalıya temlik etmiştir. Miras

birakan tarafından davalıya yapılan 1986 yılındaki değeri 121.468.625 TL olan taşınmaz temliklerinin gerçek bir bakım karşılığı olmadığına, miras bırakanın temlik dışı çok fazla taşınmaz bulunmasının da bu olguyu değiştirmeyeceğine, öyle ise, miras bırakanın temlikli işlemlerdeki gerçek irade ve amacının kendisine bakılması olduğu şeklindeki kabule değer verilemeyeceğine hükmedilmiştir(27).

### 5.2.3.2. Yargıtay'ın ÖKBS'nin muvazaalı olmadığına dair verdiği somut kararlar

1) Taraflar miras bırakanın çocuklarıdır.

- Miras bırakanın ölümünden 16 gün önce ÖKBS yapılmıştır.
- Dava konusu taşınmaz, murisin en değerli ve bir dairesinde kendisinin oturduğu 3 katlı, 400 metrekare bahçesi olan, 2 dairesini kiraya verdiği bahçeli bir evdir.
- Miras bırakanın yaşlı olmasına karşın bakıma gereksinimi olmadığı, kaldı ki davalı tarafından bakılmadığı,
- İşlerini yalnız yaşadığı evde kendisinin yaptığı, evin temizlik işlerini davalının, dışarda yapılacak işlerin de davacının yapmak suretiyle hayatını sürdürdüğü,
- Mali durumun iyi olduğu gibi davalı kızının oturduğu evin kirasını ödediği, hatta davalının geçim masraflarını da miras bırakanın karşıladığı dosyadaki delillerle saptanmış ve bu durumda, "murisin asıl amacının çekişme konusu taşınmazı davalıya başlatmak olup, bunu gizlemek için ölüncüye kadar bakma akdi yaptığı kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşılmaktadır" denilmek suretiyle muvazaanın varlığını kabul eden Özel Daire Kararına(28) yerel mahkemece direnilmesi üzerine; sözleşme tarihinde 92 yaşında olup bizzatıhi yaşlı gereği evladının bakıp gözetmesini istemesinin doğal görülmesi icap eden miras bırakanın, gerçek iradesinin ÖKBS olduğunun kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle, direnme kararının onanmasına oy çokluğu ile karar verilmiştir(29).

2) Davacılar, miras bırakanın torunları, davalı ise 2. eşinden olma çocuğudur.

- Temlik tarihinde miras bırakan, 65 yaşlarında olup sözleşmenin yapıldığı tarihte ve sonraki dönemlerde ( ölüncüye kadar ) hiçbir hastalığı olmayan sağlıklı bir kişidir.
- Muris, 1977 yılına kadar eşi ile birlikte

yaşamış ve ölüncüye kadar ev işlerini yapmak üzere özel bacıcılar bulundurmuş, varlıklı bir kimsedir.

- Davalı Ayten, temlikin yapıldığı 1966 yılında evlenerek Ankara'ya yerleşmiş, eşinden ayrıldığı 1986 tarihinde murisle birlikte oturmaya başlamış,
- Muris, kızı Ayten'e 30 dönüm miktarında tarla nitelikli 615 parsel sayılı taşınmazı 24.2.1966 tarihinde bakıp gözetme koşulu ile temlik etmiştir. Temlik tarihi itibarıyla murisin 1000 dönümü aşkın taşınmaz malı vardır.
- Davalı kız boşanmasını takiben döndüğü baba evinde, murisin 25.1.1989 ölüm tarihine kadar kendisine bakmıştır.

Davalı Ayten'e bakıp gözetme koşulu ile yapılan temlikin muvazaa ile illetli olmayıp sözleşmenin geçerli olduğu ve murisin temlik tarihindeki mevcut mallarına göre kabul edilebilir sınırlar içinde kaldığı anlaşılmakta davanın reddedilmesinin doğru olduğu oy çokluğu ile kabul edilmiştir(30).

3) Miras bırakan ölümünden bir sene kadar önce 14.8.1984 tarihinde evlatları G., H., A., N., F. ve eşi E.'ye hemen aynı satış değerini göstermek suretiyle tapuda taşınmazlarını ayrı ayrı bağımsız olarak temlik etmiştir.

- Ayrıca eşi E.'ye bir parça gayrimenkulün ölüncüye kadar bakıp gözetmek koşuluyla temlik ettiği gibi davacı oğlu İ.'ye de ev niteliğindeki bir parça taşınmaz malını 1973 yılında satış suretiyle devir ve temlik etmiştir. İptali istenen ve muris tarafından sağlığında, hemen aynı tarihte ayrı ayrı müstakil olarak mirasçılara temlik edilen taşınmaz malların gerek tapudaki satış bedelleri gerekse akif tarihindeki gerçek değerleri itibarıyla yek diğerlerine eşit durumda olduğunun saptandığı; olayın bu özellikleri gözetildiğinde miras bırakanın dava konusu taşınmazları mirasçılara temlikte gayrimenkullerini mirasçuları arasında bölüştürmeyi amaçladığı, yoksa bunu 1.04.1974 gün 1/2 sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararında da ifadesini bulan davacı mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak ve mirastan mal kaçırmak amacını gerçekleştirmek niyetiyle yapmadığının duraksanmayacak biçimde anlaşıldığına oy çokluğu ile karar verilmiştir(31).

4) Dava konusu taşınmazların 1939 yılında miras bırakan tarafından davalıya ölüncüye

kadar bakma koşulu ile temlik edilmiş.

- Miras bırakanın ölüm tarihi olan 1978 yılına kadar bakma akdine riayetsizlik nedeniyle davalı aleyhinde herhangi bir hüküm alınmamış, miras bırakanın ölümünden kırk yıla yakın bir süre önce yapılan temlikin ölüncüye kadar bakma koşuluyla yapıp mirastan mal kaçırma amacının güdümediği oybirliği ile kabul edilmiştir(32).

**5)** Davalı muris ile aynı çatı altında oturmaktadır.

- Çekişme konusu taşınmazın 1/3 payı ÖKBS ile davalıya temlik edilmiştir. Temlik edilen pay oranının murisin malvarlığı gözetildiğinde makul ölçüler içinde kaldığı kabul edilmiştir(33).

**6)** 9 parsel sayılı taşınmazdaki 1 no'lu bağımsız bölümün intifası muris üzerinde kalarak çıplak mülkiyeti tapuda satış yoluyla davalıya devredilmiştir,

- Aynı parseldeki 2 no'lu bağımsız bölüm ise, aynı tarihte ÖKBS ile davalıya temlik edilmiştir. Davalının bakım görevini yerine getirdiği sabit olduğundan sözleşmenin geçerli olduğuna, çıplak mülkiyetin devrinin ise bedelsiz gerçekleşmesi nedeniyle mirastan mal kaçırma amaçlı olduğu o nedenle de tapu iptal talebinin kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir(34).

**7)** Muris 21.3.2002 tarihinde vefat etmiştir,

- Muris taşınmazının ½ payını 1970 yılında davalı üçüncü eşe tapuda satış suretiyle temlik etmiş, taşınmazda 1986 da kat mülkiyetine geçilmiş ve 1 no'lu mesken muris; 3 no'lu mesken davalı, 2 no'lu mesken ise davalı ve muris ½ oranında ortak olacak şekilde tapuda kayıtlanmıştır.
- Muris 2 no'lu meskendeki ½ payını ÖKBS ile davalıya devredilmiştir.

Miras bırakanın malı satmaya ihtiyacının olmadığı, davalının ev kadını olup, alım gücünün bulunmadığı, akifte gösterilen bedelle saptanan gerçek bedelin arasında aşırı oransızlık bulunduğu gerekçesiyle davalının satış yoluyla aldığı payın muvazaa nedeniyle iptaline, davalının bakım borcunu yerine getirmesi nedeniyle de ÖKBS'nin geçerli olduğuna karar verilmiştir(35).

**8)** Miras bırakan sahibi olduğu 299 ada 17

ve 18 parsel sayılı taşınmazlarını 2001 yılında "ölüncüye kadar bakma akdi" karşılığında oğluna devretmiştir.

- Miras bırakan ölümünden önceki son iki yılını felçli ve yatalak halde geçirmiş ve davalı gerek hastalık dönemi, gerekse sair zamanlarda bakım alacaklarının tüm ihtiyaç ve gereksinimlerini karşılamış, miras bırakanın da sağlığında bakım koşulunun yerine getirilmediğine dair bir ihtarata veya açtığı bir dava bulunmamıştır,
- Davaya konu, üzerinde iki katlı bina bulunan ve birlikte kullanılan taşınmazlar dışındaki taşınmazların hisseli ve düşük değerli olduğu tespit edilmiştir. Davaya konu taşınmazları devretmesindeki amacın bakılmak olduğunun kabul edilmesi gerektiğine, gerçekten tek taşınmazı olan veya taşınmazları arasında devre uygun bulunan taşınmazını ÖKBS ile devreden kişide muvazaa kastının bulunmadığına oy çokluğu ile karar verilmiştir(36).

**9)** 12.05.2010 tarihinde 97 yaşında ölen murisin yedi kızı, bir oğlu bulunmaktadır,

- Kızlardan beşi davacı, tek oğlu Ahmet'in eşi miras bırakanın gelini olan B. ise davalıdır.
- Ölüncüye kadar davalı gelini ve onun eşi Ahmet'le birlikte aynı çatı altında hayatını idame ettirmiş, maddi ve manevi, sosyal beşeri her türlü ihtiyacı davalı tarafından karşılanmış ve bakım koşulları yerine getirilmiştir. Esasen temlikten sonra muris, 6 yıl daha yaşamış bu süre içerisinde miras bırakan akde aykırılıktan da bir dava açmamıştır.
- Ayrıca murisin, davalının eşi olan oğlu Ahmet'e yaptığı temliklere ilişkin olarak açılan muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı davaların kabulüne sonuçlanmış olması davalıya yapılan temlikin de muvazaalı olduğunu göstermez ve karine teşkil etmez. Gerekçesiyle, muvazaa koşullarının bulunmadığına oy çokluğu ile karar verilmiştir(37).

**10)** Dava konusu 2362 ada 4-2, 3 ve 9 ve 10 parsel sayılı arsa vasıflı taşınmazlar miras bırakan adına kayıtlı iken, 20.10.1999 tarihinde ölüncüye kadar bakma akdi ile davalıya temlik edilmiştir.

- Her hangi bir geliri bulunmayan miras bırakan bakıp gözetme karşılığı temlik işleminin yapıldığı 20.10.1999 tarihinde 81

yaşında olup, murisin kanser hastalığının zor ve uzun tedavisi ile davalı oğlu Mehmet'in ilgilendiği;

- Davacı ile birlikte iki kız evladı bulunan murisin, temlik tarihinden önce ve sonra olmak üzere 25 yıla yakın bir süre davalı oğlu Mehmet ile birlikte oturduğu, bu dönemde yatalak olan ve ihtiyaçlarını karşılayamayacak durumda bulunan murisin kanser ameliyatı gibi önemli ameliyat ve sağlık sorunlarıyla davalı Mehmet ve eşinin ilgilendiği,
- Murisin, bu davanın konusu olmayan diğer taşınmazlarını sağlığında kendince oranlayarak mirasçıları arasında paylaşımını istemesine rağmen, bu isteğinin davacı ve dava dışı kızları tarafından kabul görmediği,
- Tüm bunların yanında, davalıya temlik edilen 5 parça taşınmaz dışında tapuda kayıtlı 3 adet taşınmazın murisin mamelekinde bulunduğu anlaşıldığından ÖKBS'de muvazaa unsurunun bulunmadığına obyektifliği ile karar verilmiştir(38).

**11)** Miras bırakan A. G. 8.4.2004 tarihinde dul olarak ölmüş, geride mirasçı olarak çocukları olan davanın taraflarıyla, dava dışı oğlu Nezerra kalmış.

- Davacı İsak İstanbul'da, diğer davacı Sevgi yurt dışında, davalı Şit ise köyde miras bırakanla birlikte ikamet etmiştir.
- Miras bırakan, dava dışı kişilerle paylı mülkiyet üzere malik olduğu 77, 162 parsellerdeki 3/4, 232, 234, 235,236, 378, 508, 509 parsellerdeki 280/2520, 233 parseldeki 1/3, 243, 249, 258 ve 377 parsellerdeki 1/4 payını davalı Şit G.'e 20.3.2003 tarihinde ölünceye kadar bakma akdiyle temlik etmiştir.
- Temlik dışı başka taşınmazları yoktur.
- Çekişmeli taşınmazlardaki davalıya temlik edilen payların tamamının miras bırakanın ölüm tarihindeki değeri 20.709-TL olup, 258 parsel üzerindeki ev davalı tarafından yaptırılmıştır.
- Davalı tanığı ve tarafların dava dışı kardeşleri olan Nezerra G. 15.2.2006 tarihli oturumda; miras bırakanın 19 yıl önce felç olduğunu, ağabeyi olan davalı Şit'in kendisini ve diğer ağabeyi davacı İsak'ı okutup askerlik dahil evleninceye kadar tüm masraflarını karşıladığını ve 19 yıl boyunca

davalı Şit ile eşinin, anneleri olan miras bırakana baktıklarını, davalılardan İsak'ın annesini bir kez İstanbul'a götürdüğünü, miras bırakanın 1 yıl süreyle İsak'ın yanında kaldığını, İsak'ın evinde miras bırakana iyi bakılmadığına şahit olduğunu, annesinin İsak'ın kendisini İstanbul'a mallarını satmak üzere getirdiğini ve Şit'e haber vermesini istediğini, bunun üzerine davalı Şit'e haber gönderdiğini, davalının köyden gelip miras bırakanı götürdüğünü, ablası Sevgi'nin ise yurt dışında yaşadığını, yılda 20 günlüğüne izne geldiğini ve annesine hiçbir yardımının olmadığını, sadece bir kez Ordu'daki evine götürdüğünü, annesinin sağlığındaki ve ölümünden sonraki tüm masraflarını davalı Şit G.'nin karşıladığını belirtmiştir. Davalı tanıklarıyla davacı tanıklarından M. G. de davalının savunmalarını doğrular yönde beyanda bulunmuşlardır. Yukarıdaki hususları dikkate alan Yargıtay, miras bırakanın sosyal güvencesinin, hayatının idamesi ve sağlığının korunmasına yetecek rahat bir gelirin bulunmadığı, ölünceye kadar bakım sözleşmesinin 20.3.2003 tarihinde yapıldığı, murisin 8.4.2004 tarihinde öldüğü, sağlığında bakılmadığı yönünde bir beyan ya da iddia da bulunmadığı, miras bırakanın 19 yıl süreyle felç olduğu, son yıllarda ise yatalak halde bulunduğu, 19 yıl süreyle davalıyla birlikte yaşadığı, davalının miras bırakanla ilgilendiğinin tarafların kardeşi Nezerra ve diğer davalı tanıkları hatta davacı tanıklarından M. G. tarafından ifade edildiği gözetildiğinde temlikteki asıl amacın, mirasçıdan mal kaçırmak değil; gerçek bir ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesi olduğu sonucuna varıldığı; esasen, somut olayda çekişmeli taşınmazlardaki temlik edilen payların miras bırakanın ölüm tarihindeki değerinin 20.709-TL olması ve bu bedelin dahi ancak, 19 yıl süreyle felçli olan miras bırakanın bakımı karşılayabilecek nitelikte olmadığı, davalının bakım akdinin gereklerini fazlasıyla yerine getirdiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir(39).

### 5.2.3.3. Yargıtay görüşlerinin değerlendirilmesi

ÖKBS'nin muvazaa nedeniyle iptalinin dayanağını 01.04.1974 tarih ve ½ İBK oluşturmaktadır(40). Söz konusu YİBK'ya göre, bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte

bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklamış olduğunun gerçekleşmiş bulunması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çığneden tüm mirasçılar, görünürdeki satış sözleşmesinin muvazaalı olduğu; gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabilmektedirler.

İBK gerekçesi dikkate alındığında, gerçekte bağışlanmak istenen tapuya kayıtlı taşınmazın, muvazaalı olarak satış yanında, ÖKBS, aşırı orantısız trampa(41) (TBK madde 282-284) gibi işlemlerle bir kişi üzerine geçirilmesi halinde de gizli bağış sözleşmesi şekle uygun olmadığından geçersiz sayılmalıdır.

TMK madde 557/3 uyarınca, ölüme bağlı tasarrufun içeriği hukuka aykırı (muvazaalı) veya ahlaka aykırı ise iptali istenebilir. TMK madde 557/4 gereği, ölüme bağlı tasarruf kanunda öngörülen şekillere uyulmadan yapılmışsa yine iptale tabidir. Buna göre, görünüşteki ÖKBS'nin muvazaalı; şarta (ölüme) bağlı gizli bağış niteliğindeki sözleşmenin de şekle aykırı olması nedeniyle iptali gerektiğini ifade eden YİBK, ÖKBS'leri bakımından bariz şekilde Kanuna da uygundur(42).

Miras bırakanın saklı pay dışındaki mallarda dilediği gibi tasarruf etme hakkı varsa da, bu temlikli yaparken kanunlarda öngörülen şekil koşuluna uymak zorundadır. Miras bırakan ivazlı bir sözleşme arkasına gizleyerek, mirasçının saklı payını da temlik etmektedir. Miras bırakanın bu kötü niyeti ve onunla işbirliği içerisindeki karşı tarafın kötü niyete dayanan hakkı kanun tarafından korunamaz(43). Bir başka anlatımla, kanun hükümlerine karşı gelen mirasın isteğine saygı duyulamaz.

Doktrinde, bağışlama resmi şekle uygun yapılsaydı, saklı pay sahibi olmayan mirasçıların dava açamayacağı ve tarafların saklı pay sahibi olan mirasçıların haklarını engellemek için ivazlı sözleşme arkasına gizlendikleri, şartları varsa bunlar tarafından tenkis davası açılabileceği, dolayısıyla diğer mirasçıların dava açma hakkının bulunmadığı; sonuçta her iki

durumda da mülkiyetin resmi şekilde devredildiği ileri sürülmektedir(44). Burada, mirasın saklı pay sahibi mirasçılardan mal kaçırmaya yönelik hileli iradesi, bütünüyle geçersiz sayılarak, saklı pay sahibi olmayan mirasçıların da kanundan doğan miras haklarına kavuşmaları sağlanmaktadır. Miras bırakan tapuda daha düşük harç ödemek, üçüncü kişilerin telkini, hatta saklı pay sahibi mirasçısı olmaması nedeniyle, saklı payı ihlal etme kastı açıkça bulunmaksızın tapudaki işlemi satış olarak gösterdiğinde dahi sonuç değişmemelidir. Çünkü, miras bırakanın, tasarruf nisabı içinde, mirasçıların Anayasa ve Kanundan doğan evrensel haklarında yapacağı değişikliklerde çok hassas olunması ve katı bir şekilciliğin benimsenmesi, tasarrufun gerçek nedeni konusundaki tartışmaları önlemek bakımından da gereklidir.

Hem bakıp gözetme, hem de bağış iradesinin bulunduğu ÖKBS ile ilgili Yargıtay uygulamasına göre bakım alacaklısının temlikli işleminde, bakıp gözetilme değil de, bağış amacı üstün tutuluyorsa, muvazaa nedeniyle ÖKBS'nin tamamının iptali söz konusu olmaktadır. Bir başka anlatımla, bakım borçlusuna miras gerçekten bakım olsa bile, bağışlama kastı ön planda ise, özellikle de büyük malvarlığı olan miras bunun tamamını ÖKBS ile devretmeyi borçlanmışsa, bakım borçlusunun edimine bir değer verilmemekte, muvazaa nedeniyle ÖKBS tümünden geçersiz kabul edilmektedir. Bakıp gözetme amacının ön planda tutulması halinde ise, sözleşme geçerli sayılmaktadır. Tabiri yerindeyse ya hep - ya hiç mantığı ile olaya yaklaşılmakta, bakım alacaklısının, orantısız şekilde daha fazla olan ediminin, azaltılıp denkleştirilmesine yönelik ara bir yol benimsenmemektedir. Bakım-gözetimin yapılmasına rağmen, bağış amacının üstün tutulduğu durumlarda, üç türlü değerlendirme yapılabilir.

Birinci değerlendirme, ÖKBS'nin tamamen geçersiz olduğu kabul edilerek, mirasın ölüm tarihine kadarki bakım hizmetinin karşılığının nedensiz zenginleşme hükümlerine göre bakım borçlusuna ödenmesidir(45).

İkinci değerlendirme ise, ölüme bağlı tasarrufun bir kısmının iptalinin mümkün olduğuna dair TMK madde 558/2-3 hükmü



dikkate alınarak, ÖKBS'nin geçerli olduğu, karma nitelikteki bağışlamanın(46) ise şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu kabul edilerek, sözleşmeye konu değerden, bakım borçlusunun ediminin değerinin ayıklanması ile bakım alacaklısının (murisin) terekesine iadesi gereken malvarlığının tespitidir. Ancak, sözleşme tarihi itibarıyla murisin sağlık durumu da dikkate alınarak ne kadar yaşayabileceğine göre belirlenecek bu bedel bir varsayımına dayanmaktadır(47).

Üçüncü değerlendirme ise, tarafların edimleri arasında önemli ölçüde oransızlık(48) bulunması halinde, fazla alan tarafın kendisine bağışta bulunulma amacı güdüldüğünü ispat ederek(49) ÖKBS'nin feshini engelleyebileceğine dair TBK madde 616 ve ÖKBS'deki bakım alacaklısının borcunun tenkis edilebileceğine dair TBK madde 615/3 hükümleri birlikte dikkate alınarak, bağışlanan kısmın da geçerli sayılması, dolayısıyla da tenkis hükümlerine (TMK madde 565) tabi tutulmasıdır. Bu hususla ilgili detaylı açıklama aşağıda ve "ÖKBS Kapsamında Muvazaa-Tenkis İlişkisi" başlıklı bölümde yapılmıştır.

İkinci ve üçüncü değerlendirmelerde, bakım borçlusunun ediminin değer tespitinin farazi hesaplamalara dayandığına dikkat edilmelidir. Yargıtay her durumda muvazaa nedeniyle iptal davasında birinci değerlendirme doğrultusunda hareket ederken, doktrin, bakım gözetim ediminin ön planda olduğu ve ÖKBS'nin geçerli sayıldığı hallerde açılacak tenkis davasında üçüncü değerlendirmeyi benimsemektedir(50). Yargıtay muvazaa ile ilgili değerlendirmeyi yaparken aşağıdaki kistasları sözleşme tarihi itibarıyla dikkate almaktadır.

### **1) Murisin yaşı, fiziki ve genel sağlık durumu**

Muris, çok yaşlı veya kendine bakamayacak derecede engelli ya da ağır hasta ise, bir başka anlatımla gerçekten bakıma muhtaçsa, kendisine baktırma (ÖKBS yapma) amacının var olduğu kabul edilmelidir. Aksine, murisin yaşının genç olması, bir rahatsızlığı bulunmaması, kendi işlerini kendisinin görmesi durumlarında muvazaa şüphesi ön plana çıkmaktadır.

### **2) Aile koşulları ve ilişkileri**

Bakım alacaklısının erkek olması durumunda, kız çocuğundan mal kaçırma kastı üzerinde durulmalıdır. Ülkemizdeki yaygın anlayış tarzına göre ailenin devamı niteliğinde görülen ve soyadını taşıyacak olduğuna inanılan erkek çocuklarının kız çocuklarından genelde üstün tutulduğu, bu amaçla miras bırakanların kendi adlarına kayıtlı tapulu taşınmazlarını ve bunun gibi mallarını erkek çocuklarına veya onların eşine ya da erkek çocuktan olma torunlarına temlik ettikleri bilinen bir gerçektir(51).

Bunun yanında eşin ölümü veya boşanma sebebiyle yeniden evlenen erkek, önceki eşinden olma çocuklarını sonraki eşin etkisiyle mirastan mahrum etmek amacıyla sonraki eşten olan çocuklara gerçekte bağışlamak istediği malvarlığını ÖKBS yapmak suretiyle onlara intikal ettirmektedir(52) O nedenle ikinci eşten olan çocuklarla yapılan ÖKBS'ne şüpheyle yaklaşılmalıdır.

Muris ölümüne yakın zamanda diğer mirasçılırları ile dargın olması nedeniyle bir kızgınlık sonucu, onları mirastan yoksun bırakmak amacıyla ÖKBS yapması mümkündür(53). O nedenle muris ile mirasçılar arasındaki ilişkilerin dikkate alınması gerekir.

### **3) Elinde bulunan mal varlığının miktarı, temlik edilen malın tüm mamelekine oranı, bunun makul karşılanabilecek bir sınırdan kalıp kalmadığı, murisin tasarruflarının denkleştirme amacı taşıyıp taşımadığı**

Miras bırakan, sağlığında mal varlığının tamamını veya bir kısmını, mirasçılırları arasında hoşgörü ile karşılanabilecek makul ölçüler içerisinde paylaşmışsa mirasçısından mal kaçırma iradesinden söz etme olanağı yoktur. O nedenle, miras bırakandan tüm mirasçılırlarına intikal eden, taşınır taşınmaz ve haklar araştırılarak değerlendirme yapılmalıdır. Murisin birden fazla mirasçısı olmasına rağmen, yüklü miktardaki malvarlığının tamamını bakım borçlusuna bırakması halinde, bağışlama kastının ön plana çıktığı rahatlıkla söylenebilir.

Malvarlığı sınırlı kişinin, bu malvarlığının tamamını ÖKBS'ne konu etmesi, muvazaa kastına delil teşkil etmez. Örneğin sadece bir tane daire olan kişinin, ÖKBS ile bu dairesini bakım borçlusuna vermesi makul karşılanabilirken, 5 daire olan murisin, bunun tamamını ya da 4 tanesini bakım borçlusuna vermesi, diğer mirasçılardan mal kaçırma kastının varlığını gösterir.

Bakım alacaklısının borçlandığı edimin yüksekliği de tek başına muvazaanın varlığını göstermez. Örneğin 5 daire ve iki mirasçısı bulunan murisin, ÖKBS ile 2 dairesini mirasçılardan birine vermesi makul karşılanabilir. O nedenle, bakım alacaklısının toplam malvarlığı ve mirasçı sayısı ile birlikte değerlendirme yapılmalıdır.

Bağışlama iradesinin varlığı bakımından, sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla edimler arasında farklılık bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir. Sözleşme tarihi itibarıyla murisin sağlık durumu, sosyal seviyesi, eğitimi, giyim-barınma-gıda vb. ihtiyaçları da dikkate alınarak ne kadar süre daha yaşayabileceğine göre belirlenecek peşin bedel(54) ile devredilmesi kararlaştırılan mal varlığının sözleşme tarihindeki değerinin kıyaslanması bu hususta bir fikir verir. Murisin toplam malvarlığı ile ÖKBS'nin en üst düzeyde(55) tespit edilecek objektif değeri arasındaki oranın, sözleşme gereği bakım borçlusuna verilecek edimin değerine göre kıyaslanması ile bu hususta daha somut bir değerlendirme yapılabilir. Bir başka anlatımla ÖKBS ile borçlanması gereken en yüksek objektif tutarın, murisin toplam malvarlığı içindeki payına göre değerlendirme yapılmalıdır.

Daha da somut örnekle açıklamak gerekirse, murisin yaşı, sağlığı, sosyal durumuna göre ÖKBS karşılığında bolca verilmesi gereken edimin karşılığı 1 adet (150 m2) konut ise bundan iki tane verilinceye kadar bakım iradesinin olduğu; 2 ile 7 arasında hem bakım hem de bağış iradesinin bulunduğu (karma bağışlamanın varlığı), dolayısıyla saklı pay sahiplerinin, bakım borcuna karşı gelebilecek 2 daire üstündeki 5 adet daire için şartları varsa tenkis davası açabileceği; 7 daireden sonra ise, bakımın geri planda kalarak tamamen bağış iradesi yönünde değerlendirme yapılması gerektiği kabul

edilebilir.

**1. Aşamada,** murisin ½ daire hissesi veya 1 ya da 2 dairesi olması ve bunların tamamını ÖKBS ile devretmeyi taahhüt etmesi halinde sözleşme geçerli kabul edilecektir.

**2. Aşamada,** bir başka anlatımla murisin 2-7 daire arasında malvarlığının olması ve bunun tamamını ÖKBS ile devretmeyi borçlanması halinde saklı pay sahibi mirasçılarının sayı ve konumuna göre saklı paya tecavüz olup olmadığı tespit edilecektir. Tecavüz varsa bunun tenkisine gidilecektir. Tenkis, miras bırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça, mirasçı atanması yoluyla veya diğer bir ölüme bağlı tasarrufla elde edilen kazandırmaların tamamında, orantılı olarak yapılacağından (TMK madde 563/1), tenkis hesabında, murisin ölüme bağlı tasarruflarının tamamı terekeye dönmektedir. Örneğin, 4 daire olan muris, bunun tamamını ÖKBS ile bakım borçlusuna üçüncü kişiye devretmeyi borçlanmış ve geride eşi ile çocuğu kalmışsa; Eşin saklı payı  $2/8 +$  çocuğun saklı payı  $3/8 =$  Toplam saklı pay  $= 5/8$  olduğundan, 4 daire  $(5/8) = 2,5$  daire saklı pay sahibi mirasçılara ve tasarruf nisabı içinde kalan  $(4 - 2,5 = 1,5)$  bir buçuk daire de bakım borçlusuna ÖKBS kapsamında kalacaktır.

Miras sözleşmesiyle elde ettiği kazandırma (yukarıdaki olayda 4 daire bedeli) tenkise tabi tutulan kimse, bu kazandırma için miras bırakanın verdiği karşılığın (yukarıdaki olayda 1 daire bedelinin) tenkis oranında (1 daire  $\times 2,5 / 4 = 0,625$  dairenin bedelinin) geri verilmesini isteyebilir (TMK madde 566/3)(56).

Yukarıdaki olayda, murisin saklı pay sahibi mirasçısı hiç olmasaydı, 2 daire ÖKBS; 2 daire de bağış hükümlerine tabi olarak üçüncü kişiye devredilmiş kabul edilecektir.

**3. aşamada,** bir başka anlatımla, murisin 7'den fazla dairesi olup, tamamını ÖKBS ile devretmeyi borçlanması halinde, sözleşmenin tamamının bağış niteliğinde kabul edilerek, muvazaaya ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Murisin malvarlığı ne kadar fazla olursa olsun, bakım borçlusuna olan ediminin değerinin çok yüksek olması, bu edimin, bağışlama iradesi içinde kaybolması sonucunu doğuracaktır. Örneğin murisin 80 dairesi olsa bile, ÖKBS

ile borçlanılan edimi aşırı şekilde aşan 7 daireden fazla edimlerde, bağış ve bunun sonucunda muvazaa hükümleri uygulanarak sonuca varılacaktır.

Burada, "ÖKBS + Tenkis" hükümlerinin uygulandığı ikinci aşamada, şekle aykırı olan bağışlama geçerli sayılıp, şartları varsa tenkise tabi tutulurken, bağışın ön planda olduğu üçüncü aşamada, bağışlamanın, şekle aykırılığı nedeniyle tamamen geçersiz sayılması söz konusudur. Çünkü tarafların edimleri arasında önemli ölçüde oransızlık bulunması halinde, fazla alan tarafın kendisine bağışta bulunulma amacı güdüldüğünü ispat ederek ÖKBS'nin feshini engelleyebileceğine dair TBK madde 616; ÖKBS'ndeki bakım alacaklısının borcunun tenkis edilebileceğine dair TBK madde 615/3 ve miras bırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan sağlığındaki kazandırmaların tenkise tabi olduğuna dair TMK madde 565/4 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, karma bağışlamanın mümkün olduğu ve murisin bağışlama iradesine değer verilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak bakım alacaklısının (murisin) ediminin objektif değeri, tereke için de önemli derecede azaldığında, ÖKBS etkisini yitirmekte ve bağışlamanın şekil kuralları devreye girmektedir.

Yukarıdaki 3 aşamadan oluşan sınırın her somut olaya göre objektif olarak belirlenmesindeki zorluk ortadadır. Bu makalede de açıkladığımız gibi, Yargıtay ikinci aşamadaki "tenkis" uygulamasını kabul etmemekte, sadece muvazaa ve sözleşmenin geçerliliği ayrımını dikkate alarak değerlendirme yapmaktadır.

### 5.3. ÖKBS kapsamında muvazaa-tenkis ilişkisi

Murisin ölümü üzerine, saklı paylarına tecavüz edilen mirasçılar(57), lehine kazandırmada bulunulan bakım borçlusuna muvazaa nedeniyle iptal, olmadığı takdirde tenkis şeklinde kademeli olarak dava açabilecekleri gibi(58), doğrudan tenkis davası da açabilirler(59).

Hatta YİBK ile tenkis davasından sonra, muvazaa nedeniyle iptal davası açılabileceği kabul edilmiştir(60).

Bilindiği üzere, tenkis davası geçerli sözleşme ve işlemler, muvazaaya dayalı iptal davası geçersiz sözleşme ve işlemler için açılmakta; tenkis davasını sadece saklı pay sahibi mirasçılar açabilmekte iken, muvazaa davasını miras hakkı zedelenen tüm mirasçılar açabilmekte; tenkis davası süreye bağlı iken (TMK 571), muvazaa davasında süre bulunmamaktadır(61).

İptal davası öncelik taşır. İptal gerçekleşince tenkisin konusu kalmaz. Muvazaa nedeniyle ÖKBS'nin iptali davası reddedilirse, tenkis davası gündeme gelecektir. Muvazaa nedeniyle ÖKBS'nin iptali davasının reddedilmesinin en önemli sonucu, ÖKBS'nin geçerli ve murisin esas amacının ÖKBS yapma olduğunun, bağışın ise ikinci planda kaldığının tespit edilmesidir. Bilindiği üzere, saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar, miras bırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilirler (TMK madde 560). TBK madde 615/3 uyarınca da ÖKBS'ndeki bakım alacaklısının borcu tenkis edilebilmektedir.

Murisin, ölüme bağlı tasarrufları (TMK madde 563) yanında, ölümünden önceki bir yıl içinde adet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar ve miras bırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla(62) yaptığı açık olan kazandırmalar tenkise tabidir (TMK madde 565/3-4).

ÖKBS nedeniyle tenkis davası açılabilmesi için bakım alacaklısının karşı ediminin, elde ettiği bakım ve gözetim edimlerinin değerini önemli miktarda aşması gerekir(62). Bir başka anlatımla "karma bağışlama" söz konusu olmalıdır. Gerçekten ÖKBS yapılmış olmasına rağmen, bakım alacaklısının devrettiği veya devretmeyi taahhüt ettiği mal ve hakların değeri ile bakım borçlusunun bakım gözetim ediminin parasal değerleri arasında bakım alacaklısının saklı pay mirasçılarının saklı paylarını zedeleyecek derecede bir fark (objektif unsur) bulunmalıdır. Tarafların bu farkın bağış olduğunu kabul etmeleri (sübjektif unsurun varlığı) halinde, bu bağışlanan kısım tenkise tabi tutulacaktır(63).

Kıyaslamaya esas alınacak bakım borçlusunun ediminin değerinin tespiti iki şekilde yapılabilir. Bunlardan birincisi,

tenkis davası bakım alacaklısının ölümü ile açılabileninden, bakım gözetim edimindeki süre belirsizliği de ölüm ile ortadan kalktığından, ölümüne kadar yapılmış harcamaya ve emeklerin değerinin takdir edilmesidir (somut yöntem)(64).

İkincisi ise, sözleşme tarihi itibarıyla mirisin sağlık ve bakım durumu da dikkate alınarak ne kadar süre daha yaşayabileceğine göre belirlenecek peşin bedelin bulunmasıdır (soyut yöntem)(65).

Tenkis davasının diğer şartları, özellikle süre ve hesaplama yöntemi bu makalenin konusunu aştığından detaylara girilmemiştir.

Yargıtay, miris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil, olmazsa tenkis isteğine yönelik açılan davalarda ÖKBS'nin ivazlı olduğu gerekçesiyle tenkise tabi tutulamayacağına dair kararlar(66) vermektedir. Yargıtay bu kararları ile "karma bağışlama" kurumunu kökünden reddetmiş durumdadır.

Söz konusu Yargıtay kararları, miras bırakanın tasarruf edebileceği kısmı aşan tasarruflarının tenkisinin dava edilebileceğine (TMK madde 560); ÖKBS'ndeki bakım alacaklısının borcunun tenkis edilebileceğine (TBK madde 615/3); mirisin, ölüme bağlı tasarrufları yanında (TMK madde 563), ölümünden önceki bir yıl içinde adet üzere verilen hediyeeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar ve miras bırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmaların tenkise edilebileceğine (TMK madde 565/3-4) dair açık Kanun hükümlerine aykırıdır.

## Sonuç

**1)** Ölünceye kadar bakma sözleşmelerinin, bakım alacaklısının edimini ölüme bağlı bir tasarrufla yerine getirmesi durumunda "miras hukuku nitelikli"; bakım alacaklısının edimini sağlar arası bir işlemle ifa etmesi durumunda "borçlar hukuku nitelikli" olarak ikiye ayırmak gereksizdir. Miras bırakan sağlığında da miras sözleşmesi ile malvarlığında tasarruf edilmektedir (TMK madde 572). Dolayısıyla ÖKBS de miras sözleşmelerinin özel olarak düzenlenmiş bir çeşididir. Her halde, bakım alacaklısının ölümü ile malvarlığının kazanılması arasında

bir bağ olduğundan, miras hukuku devreye girmektedir. O nedenle de, ÖKBS'nin miras sözleşmesi şeklinde yapılması öngörülmüştür (TBK madde 612/1).

**2)** 01.04.1974 tarih ve ½ YİBK esas alındığında, bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında ÖKBS yapmış olması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçılarının, görünürdeki ÖKBS'nin Türk Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabilecekleri ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan Türk Medeni Kanun'un 565. ve 669. maddelerinin sağladığı haklara etkili olmayacağı kabul edilmektedir.

**3)** Ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin hukuka aykırı (muvazaalı) veya ahlaka aykırı ise iptalinin istenebileceğine dair TMK madde 557/3 ve kanunda öngörülen şekillere uyulmadan yapılmışsa yine iptale tabi olacağına dair TMK madde 557/4 hükmüleri birlikte değerlendirildiğinde görünüşteki ÖKBS'nin muvazaalı; şarta (ölüme) bağlı gizli bağış niteliğindeki sözleşmenin de şekle aykırı olması nedeniyle iptali gerektiğini ifade eden YİBK'nin, Kanuna da uygun sonucuna varılmaktadır.

**4)** Hem bakım gözetme, hem de bağış iradesinin bulunduğu ÖKBS ile ilgili Yargıtay uygulamasında, bağışlama ve baktırma iradesinin bir arada olabileceği (karma bağışlama) görüşü reddedilmekte; bakıp gözetilme değil de bağış amacı üstün tutuluyorsa, muvazaa nedeniyle ÖKBS'nin tamamının iptali; bakıp gözetme amacının ön planda tutulması halinde ise, sözleşmenin geçerli olduğuna karar verilmektedir.

**5)** Yargıtay, miris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil, olmazsa tenkis isteğine yönelik açılan davalarda ÖKBS'nin ivazlı olduğu gerekçesiyle tenkise tabi tutulamayacağına dair kararlar vermekte ve "karma bağışlama" konusundaki doktrin görüşleri yanında, açık yasal hükümlerle de (özellikle TBK madde 616/1 hükmüyle) çelişmektedir.

## Sonnot:

(1) Akartepe, Alpaslan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, İstanbul, 2005, s. 19 vd.; Korkmaz, Tekin, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara, 2008, Yüksek Lisans Tezi, s. 7; Özkaya, Eraslan, Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara, 2007, s. 25 vd.

(2) Tunçomağ, Kenan, Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Ankara, 1959, s. 28; Özkaya, s. 26. Doktrinde, "mirasçı atanması" ifadesinin dar yorumlanmaması gerektiği, tüm ölüme bağlı tasarrufların kast edildiği ileri sürülmektedir, Akartepe, s. 22; Tunçomağ, s. 29.

(3) Bu ayırımın sonuçları ile ilgili detaylı açıklama için bk. Özkaya, s. 31 vd.

(4) Devletçe tanınmış bir bakım kurumu tarafından yetkili makamların belirlediği koşullara uyularak yapılmışsa, geçerliliği için yazılı şekil yeterlidir (TBK madde 612/2).

(5) Korkmaz, s. 121.

(6) YHGK 28.11.2012, 1-542/905; Y. 1. HD. 27.9.2007, 6173/7320, Günay, s. 167-168; Hattıoğlu, Cihan Yüksel, Murisin Mirasçılar Aleyhine Yaptığı Sağlararası Muvazaalı Muamelelerin Hukuki Sonuçları, Ankara, 2004, s. 153.

(7) HMK madde 203/d uyarınca hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları, senetle ispat zorunluluğunun istisnasıdır.

(8) Hatta YİBK çıkmadan çok önce bu konuda yazılan eserde de aynı görüşün benimsendiği görülmektedir, Tunçomağ, s. 39.

(9) Y. 17. HD. 19.12.1996, 6509/6693, ÖZKAYA, s. 332.

(10) Özkaya, s. 232.

(11) YHGK 3.7.2013, 1-77/1007; YHGK 18.2.2004, 1-47/85; YHGK 26.5.1999, 1-330/313; YHGK 5.5.1993, 1-96/198.

(12) YHGK 18.2.2004, 1-47/85; YHGK 26.5.1999, 1-330/313; YHGK 7.4.1993, 1-780/146.

(13) YHGK 26.5.1999, 1-330/313; YHGK 24.4.1991, 2-134/213.

(14) YHGK 16.4.1997, 2-916, 354; YHGK 7.4.1993, 1-780/146; YHGK 16.3.1988, 2-814/247.

(15) YHGK 18.2.2004, 1-47/85; YHGK 26.5.1999, 1-330/313.

(16) Hattıoğlu, s. 104.; Y. 2. HD. 15.1.1974, 8154/180, Özkaya, s. 202; Y. 1. HD. 15.3.1991, 1323/3437., Özkaya, s. 347-349; Y. 14. HD. 13.11.2001, 6998/7851,

Özkaya, s. 165-166.

(17) Y. 1. HD. 19.11.1998, 12648/13158, Özkaya, s. 331.

(18) Y. 1. HD. 24.1.1989, 10398/356, Özkaya, s. 359.

(19) Y. 1. HD. 13.6.2002, 6959/7595, Özkaya, s. 316-317.

(20) Y. 4. HD. 3.4.2001, 1602/3278, Özkaya, s. 323-324.

(21) Y. 1. HD. 16.1.2001, 14753/140.

(22) Y. 1. HD. 22.2.1979, 628/2080, Özkaya, s. 375.

(23) Y. 1. HD. 12.6.2013, 9933/9763.

(24) YHGK 22.10.2008, 1-636/650.

(25) Y. 1. HD. 28.5.2013, 5776/8584; Benzer doğrultuda, Y. 1. HD. 11.2.2013, 2012/15655, 1645; Y. 1. HD. 17.9.2004, 6789/9315.

(26) Y. 1. HD. 10.2.2014, 2013/17868, 1868.

(27) Y. 1. HD. 13.7.2006, 6609/8314.

(28) Y. 1. HD. 29.5.1992, 5085/7301.

(29) YHGK 5.5.1993, 1-96/198.

(30) YHGK 7.4.1993, 1-780/146.

(31) YHGK 24.4.1991, 2-134/213.

(32) YHGK 9.5.1986, 1-142/506.

(33) Y. 1. HD. 9.4.2007, 2583/3805, Özkaya, s. 305-306.

(34) Y. 1. HD. 26.12.2006, 12058/13070, Özkaya, s. 307.

(35) Y. 1. HD. 6.7.2006, 5498/8009, Özkaya, s. 311-313.

(36) YHGK 3.7.2013, 1-77/1007.

(37) YHGK 19.3.2014, 2013/1-751, 333.

(38) YHGK 22.10.2008, 1-650, 646.

(39) Y. 1. HD. 21.1.2014, 2013/13310, 735.

(40) 01.04.1974 tarih ve ½ YİBK'nın değiştirilmesi için YHGK tarafından yapılan başvuru YİBK 16.3.1990, 1989.1.2 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

(41) Y. 1. HD. 28.3.2005, 2969/3579.

(42) Murisin görünüşteki sözleşmenin satış şeklinde yapılması halinde de, gizli bağış sözleşmesi açısından aynı sonuca varırız. Şöyle ki, bu durumda da, gizli bağış sözleşmesinin amacı, ölümden sonra doğacak miras haklarına müdahale etmek olduğundan, ölüme bağlı nitelikte kabul edilmesi gereken bu tasarruf bakımından şekil zorunluluğuna uyulmalıdır.

(43) YHGK 28.11.2012, 1-542/905.

(44) Karayalçın, Yaşar, Miras Bırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı? Ankara, 2000, s. 15-16, 42, 57.

(45) Bakım ödününün değeri, ölüm tarihine kadar

gerçekleşen hizmetin bedeli olarak dikkate alınabilir Özkaya, s. 281.

(46) Edimler arasında değer farkının olması (objektif unsur) ve bu farka karşı gelen kısım için tarafların bağışlama sözleşmesi yapma kastı (sübjektif unsur) bulunması halinde karma bağışlama söz konusu olmaktadır, Akartepe, s. 158-159; Ulanboy, K. Nuri, Miras Birakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlık Arası Hukuki İşlemleri, Ankara, 2010, s. 109.

(47) Akbiyik, Cem, Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukuku'ndaki Yeri, İstanbul, 1997, s. 20-21

(48) Bu oransızlığın tespitiinde, ilgili sosyal güvenlik kurumunca, bakım borçlusuna verilen değerine denk düşen anapara değeri ile bağlanacak irat arasındaki fark esas alınır (TBK madde 616/1). Huzurevleri İle Huzurevi Yaşlı Bakım Ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliği (RG: 21.2.2001- Sayı: 24325) m 61-64 arasında ücret hususu düzenlenmiş ve bunun her yıl için miktarının Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nce tespit edileceği belirtilmiştir.

(49) Edimlerin değeri arasında aşırı farkın bulunması halinde bağışlama kastının bulunmadığı karine olarak kabul edilmeli, bu karinenin aksinin ispat külfeti, bağışlama yapıldığı iddia edene ait olmalıdır, Özkaya, s.251.

(50) Özkaya, s. 276 vd.; Akartepe, s. 153 vd.; Hatipoğlu, s. 106-107; Tunçomağ, s. 153 vd.

(51) YİBK 6.3.1990, 1989/1, 2.

(52) YİBK 6.3.1990, 1989/1, 2.

(53) Y. 1. HD. 25.10.2007, 8859/10138.

(54) Peşin bedelin belirlenmesinde özel huzurevi ücretlerinden yararlanılabilir. Özel Huzurevleri İle Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliği (RG: 7.8.2008 - Sayı: 26960) m 27 uyarınca; Kuruluşun aylık bakım ücreti valinin veya görevlendireceği bir vali yardımcısının başkanlığında İl Müdürü, Büyükşehir Belediyesi/Belediye, Defferdarlık, Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğü ve il dâhilindeki kuruluş kurucularının kendi aralarından seçecekleri bir temsilciden oluşan bir komisyon tarafından tespit edilir. Belirlenen ücretler üstünde ücret tahsil edilemez. Komisyon, her yıl Aralık ayının ilk haftasında toplanarak, gelecek yılın aylık bakım ücretlerini tespit eder. İstanbul için 2015 yılında taban aylık ücret 686,60-TL + KDV; tavan aylık ücret ise 3.579,00 +KDV'dir, <http://istanbul.aile.gov.tr/duyurular/ozel-huzurevleri-ile-huzurevi-ve-yasli-bakim-merkezleri-2015-yili-ucretleri-hakinda>

(55) TMK madde 565/4 uyarınca "Miras birakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar"ın tenkise tabi tutulması

gerektiğinden böyle bir kabul yapılmıştır.

(56) Örneğin A yaptığı bir miras mukavelesi ile M'nin sağlığında ona verdiği 100 bin lira karşılığında M'nin kendisine 200 bin liralık evini vasiyet etmesini sağlamışsa; M'nin ölümü üzerine saklı paylı mirasçılar bu vasiyetin 100 bin liralık kısmını (yarısını) tenkis ettirirlerse, A bu mirasçılardan vaktiyle M'ye verdiği 100 bin liranın bu oranını, yani (100 bin/2) 50 bin lirayı kendisine geri ödemelerini isteyebilir, DURAL, Mustafa / ÖZ Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul, 2003, s. 302.

(57) TMK madde 506 uyarınca saklı paylar;

1. Altsoy için yasal miras payının yarısı,
2. Ana ve babadan her biri için yasal miras payının dörtte biri,
3. (Kardeşlerden her biri için yasal miras payının sekizde birinin saklı payı olduğuna dair hüküm, 10.5.2007 tarih ve 26518 sayılı R.G.'de yayımlanan, 4.5.2007 tarih ve 5650 sayılı Kanun'un 2. maddesi hükmü gereğince metinden çıkarıldı ve kardeşlerin saklı payı kaldırıldı)
4. Sağ kalan eş için altsoy veya ana ve baba zümresiyle birlikte mirasçı olması hâlinde yasal miras payının tamamı, diğer hâllerde yasal miras payının dörtte üçü.

(58) YİBK 22.5.1987, 1986/4, 5; Y. 1. HD. 16.1.2001, 14753/140.

(59) Detaylı açıklamalar için bk. Özkaya, s. 276 vd.; Akartepe, s. 153 vd.

(60) "...miras birakanın yaptığı temlik tasarruflardan zarar gören mirasçılarının tenkis davası ile birlikte kademeli olarak veya tenkis davası açtıktan sonra aynı bir dilekçe ile Borçlar Kanunu'nun 18. maddesine dayalı muvazaa nedeniyle iptal-fesil davası açabileceklerinin...", YİBK 22.5.1987, 1986/4, 5.

(61) Günay, s. 176 vd.

(62) Edimler arasındaki açık fark, saklı payı etkisiz kılma amacının varlığına karinedir, Özkaya, s. 280.

(63) Akartepe, s. 155-156.

(64) Özkaya, s. 279.

(65) Özkaya, s. 281.

(66) Tunçomağ, s. 155.

(67) YHGK 3.7.2013, 1-77/1007; YHGK 13.4.2011, 2010/1-701, 130; Y. 1. HD. 26.2.2013, 2012/9172, 2629; Y. 1. HD. 24.1.2008, 2007/10761, 708; Y. 2. HD. 6.11.2006, 6909/14951, Özkaya, s. 310; Y. 2. HD. 7.12.2000, 13722/15421, Özkaya, s. 326-329; Y. 1. HD. 6.7.2006, 5498/8009, Özkaya, s. 311-313.



# Taşınmaza hukuki el atma nedeniyle yapılacak başvurular ve bunlardan idari yargıda açılacak tazminat davasındaki usul sorunları (1)

## Av. Nezh Sütçü

### Giriş

Bir kimsenin taşınmazının uzun süre kamulaştırılması yapılmaksızın ve fiilen el atılmaksızın taşınmazdaki tasarruf yetkisinin kısıtlanması şu şekillerde gerçekleşebilir:

- 1)** Kişinin taşınmazı, daha önceden imarlı haldeyken, plan değişikliği ile imar planında kamu alanına alınmıştır. Örneğin daha önceden konut ya da ticaret alanında kalan taşınmaz yeni planda park alanına dönüştürülmüştür. Fakat ilgili idare bu alanı kamulaştırmamaktadır.
- 2)** İmar uygulaması sonucu, kişiye umumi tesis alanından hisse verilmiştir. Ancak ilgili idare, bu tesis alanını kamulaştırarak bedelini vermemektedir. Örneğin, imar uygulaması ile kişinin taşınmazından %40 oranında bedelsiz olarak düzenleme ortaklık payı alınmış, %10 oranındaki taşınmaz hissesi de sağlık tesislerinden (kamu alanından) verilmiştir. Taşınmazı toplamda %50 zayıfla imarlı hale gelmiştir. Ancak bu kişinin sağlık alanında kalan hissesi, yetkili idare tarafından kamulaştırılmamaktadır.
- 3)** Bölge fiilen yapılaşmıştır. Burada imar uygulaması yapılması mümkün değildir. Boş olan alanlar İmar planı ile daha sonra kamulaştırılmak üzere kamu alanlarına ayrılmıştır. Ne var ki idare bu alanı kamulaştırmamaktadır.
- 4)** İmarlı alanda kalmasına rağmen, imar mevzuatı gereğince inşaat yapılması mümkün olmayan arsada tasarruf engellenmekte ve kamulaştırma yapılmamaktadır. Örneğin, imar planındaki minimum parsel büyüklüğünün altında

kalan parsel malikinin inşaat yapamaması veya İmar Kanunu m 12 gereği herhangi bir arsanın cephe hattının gerisinde kalan kısmının, plan ve yönetmelik esaslarına uygun bina inşaatına yetmemesi durumunda malikin taşınmazı kamulaştırılmamaktadır.

- 5)** İmar planları ile binaların üzerinde esaslı değişiklik ve ilaveler yapılmasına izin verilmemektedir (Tasarrufu Kısıtlanan Bina, Arsa Ve Arazi Hakkında Yönetmelik madde 2).
- 6)** Bölgenin imar planı olmasına rağmen imar uygulaması uzun süredir yapılmamaktadır ya da imar planı yürürlükte olmasına rağmen iptal edilen imar uygulaması yerine geri dönüşüm ve yeni imar uygulaması yapılmamaktadır(2).
- 7)** İmar planı iptal edilmesine rağmen yeni plan yapılmamaktadır.
- 8)** Afet riski nedeniyle imar planlarının yapılması ve uygulanması durdurulmuştur.
- 9)** Taşınmaz Kültür ve Tatbikat Varlıkları Yüksek Kurulu veya bölge kurullarınca; tarihi, sanat ve bölgesel özellikleri veya diğer özellikleri nedeniyle taşınmaz kültür veya tabiat varlığı olarak tescil olunan ve ilân olunan arkeolojik veya doğal sit alanı, korunma alanı, koruma amaçlı imar planı içinde olması nedeniyle üzerinde inşaat yapılmasına izin verilmeyen arsa ve arazilerin ek ve değişikliklerine izin verilmeyen veya ek ve değişikliklerine belirli şartlarla izin verilen binaların (ticaret san'at-zanaat veya mesleki bir faaliyet için yapılan, tesis maksadı dışında bir fonksiyon verilen veya bu amaçla kullanılanlar hariç) tasarrufu kısıtlanmış sayılır (Tasarrufu Kısıtlanan Bina,

Arsa Ve Arazi Hakkında Yönetmelik madde 4).

Yukarıdaki örnekler çoğaltılabilir. Bu gibi durumlarda, mülkiyet hakkına sürekli ve ağır bir şekilde müdahale edilmekte, uzayan zaman içinde ölçülülük ilkesine aykırı olarak mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir.

Taşınmazına imar durumu alamayan kişi, ilgili idarelerin kamulaştırma konusundaki umursamaz tavırına ne kadar süre tahammül edecektir? Zararının giderilmesi için hangi yollara başvurulacaktır? İnceleme konumuz taşınmaz hukuku el atılması durumunda yapılacak işlemler ve açılacak davadaki sorunlardır(3) .

### **A - İdareyi taşınmaza imar izni vermeye zorlama**

Malik, taşınmazına imar izni vermeye idareyi zorlayabilir. Bu durumda ilgili idareye taşınmaza imar durumu verilmesi için başvurulacaktır. Örneğin, taşınmaz Büyükşehir Belediyesi sınırları içindeyse, uygulama imar planında, şartları varsa (taşınmaz nazım imar planında da kamu alanında bulunuyorsa, söz konusu kamu alanı plan raporunda öngörülüyorsa vs.) nazım imar planının değiştirilerek, taşınmaza imar izni için hem büyükşehir hem de ilçe belediyesine başvurulabilecektir. Başvurunun açık (İYUK madde 7) veya zımnı reddi (İYUK madde 10) üzerine de bu idarelere dava açılacaktır. Yatırımcı kurumun değişiklik talebi hakkındaki olumsuz görüşüne karşı da dava açılabilir(4).

Sadece anayasal mülkiyet hakkının ihlali gerekçe gösterilerek davanın kabul edilemeyeceği(5), keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak taşınmazın imar durumunun irdelenmesi gerektiği kabul edilmektedir(6).

Fakat bu yönde açılacak davanın kabul edilme şansı azdır(7). Çünkü Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği(8) madde 11 uyarınca imar planlarının yapımı ve değişikliklerinde planlanan alanın veya bölgenin şartları ile gelecekteki gereksinimleri göz önünde tutularak kentsel, sosyal ve teknik altyapı alanlarında bu yönetmeliğin EK-2 Tablosunda belirtilen asgari standartlara ve alan büyüklüklerine uyulur. Genelde imar planları bu tablodaki standartları sağlayamamaktadır. Kaldı ki imar izni

verilmekle, yoğunluk artacak ve bu artış için ek sosyal ve teknik altyapı ihtiyacı doğacaktır (Mek. yön. madde 26). Ayrıca, Mek. yön. madde 26/3-b gereğince, imar planındaki bir sosyal ve teknik alt yapı alanının kaldırılabilmesi ancak bu tesisin hizmet götürdüğü bölge içinde eşdeğer yeni bir alanın ayrılması suretiyle yapılabilir. Eşdeğer alan yaratılmasındaki zorluk da dikkate alındığında, plan değişikliği yapma talebinin kabulü şansının az olduğu anlaşılır(9). Yoğunluk arttıran veya kentsel ulaşım sistemini etkileyen imar plan değişikliklerinde, kentsel teknik altyapıya yönelik etkilerin belirlenmesi ve gerekli önlemlerin alınması amacıyla ayrıca kentsel teknik altyapı etki değerlendirme raporu, analizi hazırlanır veya hazırlatılır (Mek. Yön. madde 26/7).

### **B - İdareyi imar uygulaması yapmaya zorlama**

Bölgenin imar planı olmasına rağmen imar uygulaması uzun süredir yapılmaz veya imar planı yürürlükte olmasına rağmen iptal edilen imar uygulaması yerine geri dönüşüm ve yeni imar uygulaması yapılmaz ise, idareyi imar uygulaması yapmaya zorlayacak dava açılabilir(10).

Uygulamada, tevhit şartı getirilmiş parsel maliklerinden bazılarının bu şartı uygulamak istemedikleri ve taşınmaza ruhsat alınmadığına tanık olunmaktadır. Bu durumda da idareyi tevhit veya imar uygulaması yapmaya zorlayıcı karar alınabilir(11).

### **C - İdarenin kamulaştırmaya zorlanması**

Taşınmaz maliki ilgili idareyi kamulaştırmaya da zorlayabilmelidir. Taşınmazına imar durumu verilmesi konusunda açılan davanın reddedilmesi üzerine, taşınmazın imar planında öngörüldüğü amaca uygun kamulaştırılması ilgili idareden istenebilir. Örneğin, park alanında kalan taşınmazın, ilgili belediye tarafından kamulaştırılması için söz konusu birimlere başvurulabilir.

Başvurunun açık veya zımnı reddi üzerine de ret kararının iptali istenebilir. Burada, başvuru yapılan idarenin kamulaştırma konusunda yetkili olup olmadığına dikkat edilmelidir. Bu da taşınmazın kaldığı kamu alanındaki niteliğine göre belirlenmelidir.

İdarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün ve kanunla düzenleneceğine dair Anayasa 123. maddesi dikkate alınarak, başvuru yapılmalıdır. Aksi halde kamulaştırma ile görevli olmayan idarenin verdiği cevaba karşı açılan dava yetki yönünden reddedilecektir(12). Örneğin, şehir içinde kalan yolun kamulaştırma yetkisi belediyesine(13) aitken, şehirler arası yol bakımından Karayolları Genel Müdürlüğü(14) yetkilidir(15). Yine yolun, anayol (ana arter) niteliğinde olması durumunda, büyükşehir belediyesinin kamulaştırmada yetkili olduğu(16) dikkate alınmalıdır(17). Bu konuda, ilgili tüm idarelere başvurularak alınacak cevapların değerlendirilmesi ile dava açılması uygun olacaktır(18). Çünkü bazen kanunla tanınmış yetki devrine istinaden(19) başka idarenin kamulaştırma yapması da mümkün olabilmektedir.

Danıştay önceleri, idareleri kamulaştırmaya zorlayıcı nitelikte yargı kararı verilemeyeceği gerekçesiyle bu yöndeki davaları reddetmiş(20), ancak daha sonra görüşünü değiştirerek, bunun mümkün olduğunu; hatta kamulaştırma talebinin reddi kararına karşı açılan davada iptal hükmünü uygulamayan idarenin manevi tazminatla sorumlu tutulması gerektiğini kabul etmiştir(21).

Taşınmazı kamulaştırmakla yükümlü idareye kamulaştırma konusunda, imar durumu vermekle yetkili idareye de, imar durumu verilmesi için başvuru yapılabilir. Örneğin, taşınmaz okul alanında kalmakta ise, kamulaştırma için bu bakanlık(22) veya valiliğe(23), imar durumu için de belediyesine başvurulabilir. Başvuruların açık veya zımnî reddi üzerine de bu idarelerle birlikte dava açılabilirdir(24).

Eğer, kamulaştırma ve imar durumu verme konusunda aynı idare yetkili ise, her iki talep bu idareye yapılabilir(25). Örneğin, taşınmazın park alanında kalması üzerine, her iki başvuru da belediyesine (büyükşehir belediyeleri kapsamındaki yerlerde, ilçe belediyesi ile büyükşehir belediyesine birlikte) yapılacak, alınan ret cevaplarına karşı birlikte dava açılacaktır. Bu gibi durumlarda öncelikle imar planı incelenecek, plan değişikliği talebinin hukuka uygun olmaması halinde, kamulaştırma talebinin reddine dair işlemin hukuka uygunluğu denetlenecektir.

## D - Kamulaştırmaz hukuki el atma nedeniyle tazminat davası açılması

### Hukuki mevzuat

Kamulaştırma Kanunu'nun "Kamulaştırılmaksızın Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Bedel Tespiti" başlıklı geçici 6/10. maddesini sistematik hale getirelim;

**1)** Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya

**2)** ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında,

İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra, idari yargıda dava açılabilir. Bu madde hükümleri karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş tüm davalara uygulanır. Kararı kesinleşen davalara ise, bu maddenin yalnızca sekizinci fıkrâ (ödeme ile ilgili) hükümleri uygulanır.

Geçici m. 6 başlığına bakıldığında, taşınmazın, kamu hizmetine ayrılması gerektiği iddia edilebilir. Ancak maddenin 10. fıkrasında ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar da kapsama alındığından, imar planında kamu hizmetine ayrılmadığı halde, hukuken tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar için de dava açılabilirliği kabul edilmelidir.

Tasarrufu Kısıtlanan Bina, Arsa ve Arazi Hakkında Yönetmelik (RG: 17.11.1986 - Sayı: 19284) madde 2 uyarınca, imar planlarında, resmi yapılara, tesislere ve okul, cami, yol, meydan, otopark, yeşil saha, çocuk bahçesi, pazar yeri, hal, mezbaha ve benzeri umumi hizmetlere ayrılmış olması sebebiyle üzerinde inşaat yapılmasına izin verilmeyen arsalar ile esaslı değişiklik ve ilaveler yapılmasına izin verilmeyen binaların tasarrufu kısıtlanmış sayılır.

Aynı şekilde, Taşınmaz Kültür ve Tatbikat Varlıkları Yüksek Kurulu veya Bölge Kurullarınca; tarihi, sanat ve bölgesel özellikleri veya diğer özellikleri nedeniyle taşınmaz kültür veya tabiat varlığı olarak tescil olunan ve ilân olunan arkeolojik veya doğal sit alanı, korunma alanı, koruma amaçlı imar planı içinde olması nedeniyle üzerinde inşaat yapılmasına izin verilmeyen

arsa ve arazilerin ek ve değişikliklerine izin verilmeyen veya ek ve değişikliklerine belirli şartlarla izin verilen binaların (ticaret san'at-zanaat, veya mesleki bir faaliyet için yapılan, tesis maksadı dışında bir fonksiyon verilen veya bu amaçla kullanılanlar hariç) tasarrufu kısıtlanmış sayılır (Tasarrufu Kısıtlanan Bina, Arsa Ve Arazi Hakkında Yönetmelik m 4).

Kanunda Tasarrufu Kısıtlanan Bina, Arsa Ve Arazi Hakkında Yönetmelik hükümlerine doğrudan ve açık bir atıf bulunmadığından, yönetmelik kapsamı dışındaki ve bu makalenin giriş kısmında belirtilen diğer kısıtlamalar nedeniyle de dava açılması mümkün olmalıdır.

Kamulaştırma Kanunu Geçici madde 6/10 (hukuki el atma) ile ilgili usul kuralları ve sorunlarını inceleyelim.

## 1 - Görevli ve yetkili mahkeme

Görevli mahkeme: Kamulaştırma Kanunu Geçici madde 6/10 da açıkça hukuki el atmalar bakımından idari yargının görevli olduğu belirtilmiştir.

2576 sayılı bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin kuruluşu ve görevleri hakkında kanun madde 5 uyarınca idare mahkemeleri, vergi mahkemelerinin görevine giren davalarla ilk derecede Danıştay'da çözümlenecek olanlar dışındaki

- a) iptal davalarını,
- b) tam yargı davalarını çözümler.

Buna göre, görevli idari yargı yeri idare mahkemeleridir.

**Yetkili mahkeme:** Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili İdare Mahkemesi'nin gösterilmemiş olması halinde, yetkili İdare Mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki İdare Mahkemesidir. Bu kanunun uygulanmasında yetki kamu düzenindedir (İYUK madde 32). İmar, kamulaştırma, yıkım, işgal, tahsis, ruhsat ve iskân gibi taşınmaz mallarla ilgili mevzuatın uygulanmasında veya bunlara bağlı her türlü haklara veya kamu mallarına ilişkin idarî davalarda yetkili mahkeme taşınmaz malların bulunduğu yer İdare

Mahkemesidir (İYUK madde 34).

Tam yargı davalarında zarar, bayındırlık ve ulaştırma gibi bir hizmetten veya idarenin herhangi bir eyleminden doğmuş ise, hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer İdare Mahkemesi yetkilidir (İYUK madde 36/b).

Yukarıdaki İYUK hükümleri dikkate alındığında, taşınmazın bulunduğu yerdeki İdare Mahkemesi'nin açılacak tazminat davası bakımından görevli ve yetkili olduğu sonucuna varılır.

## 2 - İdari bir eylem mi yoksa işlem mi söz konusudur?

İdarenin idari işlemlerden doğan sorumluluğuna ilişkin tam yargı davaları İYUK madde 12; idari eylemlerden doğan sorumluluğuna ilişkin tam yargı davaları İYUK madde 13 kapsamında kalmaktadır(26). İmar Kanunu madde 10'da, belediyelerin, imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlayacakları; bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanların, ilgili kamu kuruluşlarına bildirileceği; beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşlarının, bu program süresi içinde kamulaştıracakları; bu amaçla gerekli ödeneğin, kamu kuruluşlarının yıllık bütçelerine konulacağı açıkça belirtilmiştir.

Kanunun idareyi görevlendirdiği hususta, idarenin mali veya teknik imkansızlıklar nedeniyle hizmeti yerine getirmekten kaçınması, kanunu tanımamakla (kanunsuzlukla) eşdeğerdir(27).

Buna göre İmar Kanunu ile getirilen zorunluluğa uymayan idarenin hizmet kusuru bulunduğu kabul edilmelidir. İdarenin hareketsizliği nedeniyle oluşan bu hizmet kusuru, idari işleme dayanmasaydı, doğrudan tam yargı davası açılabilirdi(28). Ancak, zarara neden olan hareketsizliğin temelinde idari işlem vardır. Bu da, imar planı ve uygulamasıdır. İmar planına ve uygulamasının gerekleri yerine getirilerek, kamu alanında kalan taşınmaz, kamulaştırılmamaktadır. O nedenle, bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan

dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabileceğine dair İYUK madde 12 kapsamında değerlendirme yapılması gerekmektedir(29).

### 3 - İdari merci tecavüzü

İYUK madde 13 de, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların tam yargı davası açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemelerinin gerekli olduğu; bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabileceği belirtilmiştir.

13. maddeye göre dava açılmadan önce idareye hakların verilmesi için başvuru yapılması gerekmektedir. Bu başvurunun amacı, eylemi ile zarar veren idareye, zararın telafisi konusunda imkân tanınmasıdır. Başvuru yapılmaksızın açılan davada, İYUK madde 15 ve 15.3.1979 Tarih ve 1971/9, 5 sayılı DİBK kararı gereği, idari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın yetkili idari merci tevdiiine karar verilmektedir(30).

Başvuru için ön görülen 1 ve 5 yıllık süreler dava açma süresi niteliğinde değildir. Dava açma süresine başlangıç oluşturacak işlemin yapılma süreleridir(31). Ancak bu işlemin süresinde yapılmaması nedeniyle dava reddedilmektedir. O nedenle dava açma süresini etkileyen başvuru sürelerine uyulmaması durumunda da süreden ret kararı verilmektedir(32).

Yukarıda da belirtildiği üzere, İYUK madde 13 kapsamında doğrudan bir idari eylem söz konusu değildir. Ancak Kamulaştırma Kanunu Geçici m 6/10 da aynen;

"...tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir" denildiğinden, özel bir düzenleme ile idari başvuru zorunluluğunun getirildiği anlaşılmaktadır. Eğer bu başvuru yapılmaksızın dava açılırsa, İYUK madde 14/3-b uyarınca idari merci tecavüzü

nedeniyle dilekçenin görevli idare merciine tevdiine, karar verilebilecektir (İYUK madde 15/1-e). Dilekçenin görevli mercie tevdi halinde, Danıştay'a veya ilgili mahkemeye başvurma tarihi, merciine başvurma tarihi olarak kabul edilecektir (İYUK madde 15/2).

Kanundaki "idari başvuru ve işlemler" ile ilgili olarak neyin kast edildiği belli değildir. Burada, idarenin temerrüde düşürülmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. İdareye, taşınmazdaki hukuki kısıtlamayı kaldırması (örneğin imar planını değiştirmesi) veya uzlaşma görüşmeleri ve kamulaştırma işlemlerine başlaması için imkân tanınması söz konusudur. Bu başvurunun açıkça veya zımnen reddi üzerine dava açılacaktır.

Ancak Danıştay'ın İmar Kanunu'nda zorunlu bir başvuru yolu öngörülmemesi nedeniyle, başvuru yapılmaksızın açılan davalara devam edilmesi gerektiğini belirten kararı vardır(33).

### 4 - Dava açma süresi

Kamulaştırma Kanunu geçici madde 6'da, dava açma konusunda bir süre öngörülmemiştir. İdareye başvuru yapıldıktan sonra hemen dava açılabilir mi? Yoksa İmar Kanunu m. 10'daki 3 ay+ 5 yıllık tahammül süresi mi dikkate alınacaktır?

İmar mevzuatı gereği taşınmazdaki kısıtlamanın devamlılığı dikkate alındığında, dava açma süresi bakımından bir sınırlama söz konusu değildir(34). Ancak kısıtlamanın mülkiyet hakkını ihlal etmesi için belirli bir sürenin geçmesi gerekir.

### İmar Kanunu madde 10 uyarınca;

**a-** Belediyeler; imar planlarının(35) yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar(36).

**b-** Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere Meclis toplantısına katılır.

**c-** Bu programlar, belediye meclisinde kabul edildikten sonra kesinleşir.

**d-** Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir.

**e-** Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar. Bu amaçla gerekli ödenek, kamu kuruluşlarının yıllık bütçelerine konulur.

Yukarıdaki hüküm kıyas alınarak, imarlı alanda kalmasına rağmen, kısıtlamanın başlamasından (uygulama imar planının kesinleşmesinden) itibaren, 5 yıllık bir süre geçtikten sonra, mülkiyet hakkının ihlalinin gerçekleştiği ve hukuki el alma nedeniyle tazminat davasının açılabilceği kabul edilebilir(37).

İhlal ve ihlalin neden olduğu zarar, 5 yıllık makul sürenin dolmasından sonra devamlılık kazanacaktır.

Danıştay, 5 yıllık süre geçmesine rağmen taşınmazın kısıtlı olarak el değiştirmesi halinde, sonraki malik bakımından da 5 yıllık sürenin dolması gerektiğini, önceki malik için geçen sürenin dikkate alınmayacağını kabul etmektedir.

• "...Dava dosyasının incelenmesinden, Afyonkarahisar İli, Merkez, F. Mahallesi, 19L-1C pafta, 2350 ada, 2 parsel sayılı 2390 m<sup>2</sup> alanlı taşınmazın 1986 yılında yapılan imar planı uyarınca ilkokul alanı olarak ayrıldığı, 1989 yılında yapılan 3194 sayılı kanununun 18. maddesi uygulaması sonucunda KOP (Kamu ortaklık payı) olarak 873/2390 hisse ile C. D., 874/2390 S. B., 643/2390 hisse ile de L. P. adına tescil edildiği, davacının uyumsuzluk konusu taşınmazla mülkiyet bağının ise 17.7.2012 tarihli satış işlemi ile kurulduğu anlaşılmaktadır. Bakılan davada, davacının mülkiyet hakkını kullanamamaktan yakınarak, tazminat talebinde bulunduğu anlaşılmakta ise de; esasen davacının uyumsuzluk konusu taşınmazı edindiği tarih itibari ile taşınmaz için kısıtlılık durumunun mevcut olduğu, yukarıda belirtilen Avrupa İnsan Mahkemesi kararında belirtilen mülkiyet hakkının geçmişte belirli bir süre engellenmiş olma durumunun eski malikler açısından gerçekleşmiş olmasına karşın, 17.7.2012 tarihli satış işlemi sonucu mülkiyet sahibi olan davacı açısından kısıtlılık halinden kaynaklanan ve tazminatı gerektirir mağduriyetinin henüz bulunmadığı açıktır. Bu durumda, İdare Mahkemesi'nce davanın reddine karar verilmesi gerekirken,

tazminat talebinin kabulüne dair temyizce konu mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır(38)."

## 5 - Husumet

Zararın oluşmasında, ikili bir aşama söz konusudur.

İdari işlem aşaması = İmar planı ve uygulaması (39) (idari işlemi yapan idare tarafından gerçekleştirilmektedir.)

İdari eylem aşaması = Kamulaştırma yapmama (kamulaştırmayı yapacak idare tarafından gerçekleştirilmektedir.)

İki aşamanın da tek bir idare tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, o idarenin hasım gösterilmesi söz konusudur. Örneğin, park alanı ile ilgili düzenlemeyi yapan belediye, buranın kamulaştırılmasından da sorumlu olacağından, davada davalı gösterilecektir. Büyükşehir belediyesinin sorumluluk alanındaki park alanı (örneğin bölge parkı) için husumetin büyükşehir belediyesine yöneltilmesi gerekecektir.

İmar planını yapan idare ile kamulaştırmayı yapan idarenin farklı olması halinde, her iki idarenin de sorumlu tutulması gerekecek midir? Kanımca bu durumda, kamulaştırmayı yapması gereken idarenin sorumlu olması gerekir(40). Çünkü kullanmayacağı bir taşınmaz için sırf düzenleme yapıyor diye imar planını yapan idarenin sorumlu tutulması mantıklı olmaz.

Ancak kamulaştırma yapması gereken idarenin taşınmaza ihtiyaç duymadığını imar planını yapan idareye bildirmesine rağmen, planda taşınmazın kamusal kullanım alanına ayrılması ya da sonradan gerekli plan değişikliğinin yapılmaması ihtimalinde, imar planı yapma yetkisine sahip olan idarenin malikin zararlarından tek başına sorumlu tutulması gündeme gelebilecektir(41). Eğer yatırımcı kuruluşun taşınmaza ihtiyaç duymadığına dair beyanı yerine getirilerek, imar planında değişiklik yapılırsa, dava konusuz kalacaktır. Ancak bu değişikliğin de imar mevzuatına uygun olması ve Mek. Yön. m. 26'daki şartları sağlaması gerekir. İYUK madde 15/c uyarınca, davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine karar verilmesi söz konusu olduğundan, imar



planını yapan idare ile kamulaştırmayı yapmayan idarenin birlikte hasım mevkiinde gösterilerek, tazminatın idarelerden müteselsilen tahsilinin istenmesi uygun olacaktır(42).

Bir parselin, birden fazla değişik kamusal alanlarda kalması halinde, her idarenin kamulaştırması gereken kısım sorumluluğu tutulması söz konusu olacaktır. Örneğin taşınmazın bir kısmı ana arter, bir kısmı mahalle parkı, bir kısmı sağlık alanında kalmışsa, büyükşehir belediyesi, ilçe belediyesi ve Sağlık Bakanlığı aleyhine birlikte dava açılacaktır. İdarelerin taşınmazın değerinden sorumluluğu, kamulaştırmakta yükümlü oldukları miktarla sınırlı belirlenecektir.

Birbirine komşu veya yakın olan birden fazla parsel malikinin, parsellerin tümü aynı kamu alanında kalmadığı sürece her parsel için ayrı dava açması uygun olacaktır.

Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olacağından (TMK madde 688/3), hisseli parsellerde, her bir hissedarın hissesi bakımından dava açması mümkündür. Tazminat almayı kabul etmeyen ve dava açmak istemeyen hissedarın, buna zorlanması mümkün değildir.

İştirak halindeki mülkiyette ise, kamulaştırmaz hukuki el atma nedeniyle tazminat davası açılabilmesi için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir (TMK madde 702)(43). İştirak halindeki maliklerden birinin dava açması halinde, diğerlerinin davacı tarafında davaya dâhil edilmesi veya izin alınması ya da mümessil tayini gerekir(44).

## 6 - Tazminatın belirlenmesi, faiz ve hükümün infazı

Bu tür davalarda taşınmaz bedelinin davanın açıldığı tarih ve gerçek değer esas alınarak yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, idarece taşınmaz kamulaştırılmış olsaydı taşınmaz bedelinin mahkemece Kamulaştırma Kanunu hükümleri çerçevesinde tespit edilecek bedelinin hak sahibine ödenmesine karar verilecektir(45). Kanımca İdare Mahkemesi'nin kararında, kamulaştırma bedeli yerine geçmek üzere

bedele hükmedildiğini belirtmesi yerinde olacaktır.

İmarlı alandaki bir taşınmazla ilgili tazminat talebinde bulunulduğu dikkate alındığında, arsa vasfındaki taşınmazın değeri emsal esasına göre, üzerinde bina olması halinde binanın değeri de resmi birim fiyatları ve yapı maliyet hesapları ve yıpranma payı dikkate alınarak belirlenecektir (Kamulaştırma Kanunu m 11/g, h ve Geçici m 6)(46). İdari yargıda mülkiyetin idareye geçirilmesine veya terkinine karar verilemeyecektir(47). Çünkü tapu idarelerinin kuruluş, işleyiş ve hizmetlerinin yürütülmesi, özel kanun hükümlerine tabidir (TMK madde 1003) ve dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir (HMK madde 2).

İdare, hukuki el atma nedeniyle açılan tazminat davasında, ödemeyi faizleriyle birlikte tamamen gerçekleştirdikten veya gerçekleştirmeyi teklif ettikten sonra, taşınmazın tapudan devrini talep edebilir. Kamulaştırma Kanunu madde 29 uyarınca, tapu harçları ve bu kanunun gerektirdiği diğer giderler kamulaştırmayı yapan idarece ödeneceğinden, tapudaki devir sırasında davacı-malikten bir talepte bulunulmaması gerekir. Bir başka anlatımla tüm tapu masrafları idareye ait olmalıdır. Malikin tapuda devre yanaşmaması halinde ise, idare tarafından asliye hukuk mahkemesinde tapunun adına tescilli için idare tarafından dava açılacak ve tüm yargılama giderlerinin malikten tahsilii söz konusu olacaktır.

Taşınmazın mülkiyetinin ihtilafli olması veya taşınmaz üzerinde dava tarihi itibarıyla takyidat (haciz, ipotek, irtifak hakkı vs) bulunması veya davadan sonra taşınmaza takyidat konması halinde, taşınmazın takyidatsız olarak devrini rızaen sağlayamayan idare, hükümlenen tazminatı tevdi ederek(48), taşınmazın adına tescilli için dava açabilmelidir.

Hukuki el atmalarda taşınmazın zilyetliği malikte kaldığından, ayrıca ecrimisil talebinde bulunulması mümkün değildir.

Bundan başka İstanbul gibi büyük şehirlerde Emlak Vergisi çok yüksek çıkmaktadır. 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu m 30 uyarınca, kanunlar veya diğer kamu düzeni koyan mevzuatla tasarrufu kısıtlanan bina, arsa ve arazinin vergisi, kısıtlamanın devam ettiği süre 1/10 oranında tahsil olunur. Tazminat davasında birikmiş emlak vergisi borcunun bulunduğu anlaşılmaması halinde, kısıtlılıkla ilgili Emlak Vergisi Kanunu m 30 hükmü dikkate alınarak, dava tarihine kadarki emlak vergisi belirlenmeli ve tazminattan mahsup edilmelidir.

Kamulaştırma Kanunu Geçici m 6/8 hükmü ve kamulaştırmaz fiili el atmalardaki uygulama dikkate alınarak dava tarihinden itibaren yasal faize hükmedilmelidir(49).

Kamulaştırma Kanunu Geçici m 6/11 gereği ödenecek olan bedelin tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemeyecektir. Bu hüküm tazminat kararının infazını idarenin insafına bıraktığından isabetsizdir(50). Geçici m 6/8 uyarınca mahkeme hükmünün infazı için kesinleşmesi gerekir. Hüküm, kesinleştikten sonra, aşağıdaki işlemlerin sırasıyla gerçekleşmesi ile infaz edilecektir:

**a)** Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekâlet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren 30 gün içinde yatırılmak durumundadır (İYUK madde 28/2-1). O nedenle, kararın kesinleşmesinden sonra idareye bu yönde başvuru yapılması gerekir.

Ödeme emri belgesine bağlandığı halde ödenemeyen tutarlar, bütçeye gider yazılarak emanet hesaplarına alınır ve buradan ödenir. Kamu idarelerinin nakit mevcudunun tüm ödemeleri karşılayamaması halinde giderler, muhasebe kayıtlarına alınma sırasına göre ödenir. Ancak, sırasıyla kanunları gereğince diğer kamu idarelerine ödenmesi gereken vergi, resim, harç, prim, fon kesintisi, pay ve benzeri tutarlara, tarifeye bağlı ödemelere, ilama bağlı borçlara, ödenmemesi halinde gecikme cezası veya faiz gibi ek yük

getirecek borçlara ve ödenmesi talep edilen emanet hesaplarındaki tutarlara öncelik verilir (5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu madde 34).

**b)** İdare, şartları varsa taksitle ödeme yapabilir. Kanunda, taksitler için ayrıca yasal faiz ödeneceği belirtilmişse de(51) zaten dava tarihi itibarıyla belirlenen tutara yasal faiz ödenmesi söz konusudur. İdare tarafından, mahkeme kararı gereğince nakdi ödeme yerine, trampa, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanıma veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırma teklif edilebilir ve uzlaşmaya ilişkin hükümlere göre işlem yapılabilir (Geçici madde 6/8).

**c)** Eğer kararın kesinleşmesinden itibaren tazminat ve ferileri 30 gün içinde ödenmez veya taraflarca uzlaşma sağlanmazsa, idare aleyhine icra takibi başlatılacaktır. İcra takibine rağmen ödeme gerçekleşmez ve uzlaşma sağlanmazsa, idarenin mallarının haczedilmesi mümkün değildir (Kamulaştırma Kanunu Geçici madde 6/11).

**d)** İdare parayı ödememekte ısrar ederse, idare aleyhine ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir (İYUK madde 28/3-4)(52).

**e)** Bunun yanında yargı hükmünün uygulamayan kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçundan (TCK madde 257) cezalandırılması için suç duyurusunda bulunulabilir, yine idari yönden cezalandırılması (Devlet Memurları Kanunu m 125 vd.) için de şikâyette bulunulabilir.

## 7 - Harç ve yargılama gideri

Kamulaştırma Kanunu geçici madde 6/7 uyarınca, bu madde kapsamında açılan davalarda mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekalet ücretleri bedel tespiti davalarında öngörülen şekilde maktu olarak belirlenecektir(53).

İdareden tazminat talep edildiğinden, İYUK madde 3/2-b uyarınca davanın konusunun, dolayısıyla da talep edilen tutarın dilekçede gösterilmesi gerekir. Bilirkişi raporları ile ödenecek bedel netleştikten sonra, İYUK madde 16/4 hükmüne göre, dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya

diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir.

Kanımca, mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekalet ücretleri maktu belirleneceğinden, dava açılırken taşınmazın değeri gösterilmeksizin, sadece hukuki el atma nedeniyle uğranılan zarara karşılık dava tarihindeki rayiç değerinin tespiti ile davalı idareden tahsilinin istenmesi mümkün olmalıdır. Faizin de tüm alacak için dava tarihinden itibaren işletilmesi gerekir(54).

## 8 - Avukatlık ücret sözleşmesi

Bilindiği üzere, Kamulaştırma Kanunu m 31 gereği, kamulaştırma bedelinin tamamının veya bir kısmının avukat veya dava vekili veya onlar adına hareket edenlere ait olacağına kararlaştırılması yasaktır. Fakat kamulaştırmaz el atma nedeniyle açılan tazminat davalarında taraflar Avukatlık Kanunu'ndaki oranlar dâhilinde sözleşme yapabilmektedir. Kamulaştırmaz el atma davası niteliği itibarıyla tazminat davası olduğu için Kamulaştırma Kanunu madde 31 kapsamındaki yasak kapsamında değildir(55). O nedenle kamulaştırmaz el atma davalarında taraflar, Avukatlık Kanunu madde 164 uyarınca, yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükümlenilecek paranın belli bir yüzdesini avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.

Kamulaştırma Kanunu geçici madde 6/7 uyarınca, hukuki el atma nedeniyle tazminat davalarında ve 9.10.1956 tarihi ile 4.11.1983 tarihi arasındaki kamulaştırmaz al atmalarla ilgili açılan davalarda, mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekalet ücretleri bedel tespiti davalarında öngörülen şekilde maktu olarak belirlenir. Ancak bu hüküm tarafların iradesi dışında mahkeme tarafından hüküm altına alınacak vekâlet ücretleri bakımından geçerli olduğunu düşünüyorum. Bu da iki şekilde mümkün olabilir.

Birincisi, davada hükümlenilecek karşı vekâlet ücreti maktu olacaktır.

İkincisi, taraflar arasında ücret sözleşmesinin olmadığı hallerde, ilamın kesinleştiği tarihteki dava konusunun değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktarın avukatlık ücreti olarak belirleneceğine dair Avukatlık

Kanunu m 164 hükmü uygulanmayacak, müvekkilden alınacak ücret yine maktu olarak belirlenecektir.

Fakat yukarıdaki iki durum dışında, tarafların ücret sözleşmesi ile taşınmazın hükümlenilecek değerinin belli bir yüzdesini avukatlık ücreti olarak kararlaştırmaları mümkün olmalıdır.

O nedenle avukatların kamulaştırmaz hukuki el atma davalarının nispi ücreti esas alan ücret sözleşmesi yapmalarında yarar vardır. O da aşağıdaki şekilde olabilir; "Avukatlık Kanunu, m 164/2 gereği yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükümlenilecek şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabileceğinden, kamulaştırmaz hukuki el atılan ve tapuda ... olarak kayıtlı taşınmazın İdare Mahkemesi'nce hükümlenilecek değerinin %15'i avukatlık ücreti olarak kararlaştırılmış olup, dava için davacıdan 1000-TL avans alınmıştır. KDV ücrete dahil olmayıp, ayrıca ilave edilecektir."

## 9 - Davanın geri alınması veya konusuz kalması

Acaba dava devam ederken, taşınmazın değerinin çok düşük belirlenmesi, imar planında değişiklik yapılması gibi nedenlerle, davanın geri alınması mümkün olacak mıdır? İYUK'ta hüküm bulunmayan hususlarda feragatle ilgili olarak HMK hükümleri uygulanacağı (İYUK madde 31) belirtilmişken, geri alma konusunda HMK'ya bir atıf yapılmamıştır. O nedenle Danıştay, idari yargıda davayı takipten vazgeçmenin mümkün olmadığı görüşündedir(56).

Bilindiği üzere feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir (HMK madde 307). Feragat hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir (HMK madde 3109 ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur (HMK madde 311). Davadan feragat eden malik bir daha tazminat davası açamaz. Ancak, idarenin daha sonra kamulaştırma kararı olarak taşınmazı kamulaştırması halinde, taşınmaz bedelini malike ödemesi gerekir. Çünkü malik mülkiyet ve ona bağlı kamulaştırma bedelini alma hakkından değil, tazminat davası açma hakkından feragat etmiştir.

Yeniden tazminat davası açma hakkının saklı tutmak ve feragatin tartışmalı sonuçlarının önlemek için davanın geri alınması daha uygundur. Davanın geri alınması da, hüküm kesinleşinceye kadar, ancak davalının açık rızası ile mümkündür (HMK madde 123). Kanımca Danıştay aksi görüşte olmasına rağmen, idari yargılama usulündeki boşlukların, HMK hükümleri ile doldurulabileceği gerekçesiyle(57), davalı idarenin muvafakatı ile dava geri alınabilmelidir(58). İdarenin buna yanaşmaması halinde, taşınmazın üçüncü bir kişiye devredilmesi ile davanın konusuz kalması sağlanabilir.

Dava devam ederken, idarenin kamulaştırma kararı alarak, taşınmaza imar verilecek şekilde imar planında fonksiyon değişikliği yaparak, taşınmazdaki kısıtlamayı kaldırarak vs. açılan davayı konusuz bırakması mümkündür.

## 10 - Uzlaşma usulünün uygulanıp uygulanmayacağı

Kamulaştırma Kanunu Geçici 6. madde kapsamındaki kamulaştırmazsız fiili el atmalarda öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır (geçici madde 6/1). Buna göre; 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 hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemlerle ilgili süreç şöyledir;

**a** - İdarenin daveti veya malikin kamulaştırma müracaatı

**b** - Taşınmazın malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değerinin hesaplanması

**c** - Uzlaşma komisyonuna malikin daveti

**d** - Uzlaşmanın; idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı

kullanılması suretiyle veya bunların mümkün olmaması hâlinde nakdi bedel üzerinden yapılması

**e** - Uzlaşma tutanağı ve sözleşme Uzlaşmazlık tutanağı

**f** - İdare veya malik tarafından 3 ay içinde bedel tespiti davası açılması

Tekrar ve önemle belirtmek gerekirse, yukarıdaki uzlaşma usulü, 9.10.1956 tarihi ile 4.11.1983 tarihi arasındaki fiili el atmalarla ilgilidir. Ancak Geçici madde 6/10 da; uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilirliği belirtildikten sonra, bu madde hükümlerinin (fıkra hükümlerinin değil!) karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş tüm davalara uygulanacağı; kararı kesinleşen davalara ise, bu maddenin (geçici madde 6 hükmünün) yalnızca sekizinci fıkra hükümleri uygulanacağı belirtildiğinden, acaba yukarıdaki uzlaşma prosedürünün hukuki el atmalar bakımından da uygulanma zorunluluğu olacak mıdır?

Kamulaştırma ve kamulaştırmazsız fiili el atma davaları adli yargıda görülürken, hukuki el atmalar yönünden idari yargının görevli kılınması bir çelişki oluşturmaktadır. Geçici madde 6/10 hükmünü lafzi olarak yorumladığımızda uzlaşma usulünün hukuki el atmalar bakımından da uygulanması gerektiği sonucuna varılabilirse de, uzlaşmazlık halinde asliye hukuk mahkemesinde bedel tespit ve tescil davası açılabilirken, hukuki el atmalar bakımından idari yargıda böyle bir imkân bulunmamaktadır. Ayrıca dava açmadan önce ilgili idarelere kamulaştırma olmadığı takdirde imar izni verilmesi talebiyle yapılan başvuruların zimnen veya açıkça reddedilmesi sonucu açılan davada, uzlaşma yoluna gidilmesini aramak mantıksızdır. O nedenle, hukuki el atmalar bakımından uzlaşma yoluna başvuru zorunluluğu olmadığını düşünüyorum.

## **E - Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulması**

Bölgenin imar planı olmasına rağmen imar uygulaması uzun süredir yapılmaması ya da imar planı yürürlükte olmasına rağmen iptal edilen imar uygulaması yerine geri dönüşüm ve yeni imar uygulaması yapılmadığı veya imar planı iptal edilmesine rağmen yeni plan hazırlanmaması gibi durumlarda taşınmazın kamu hizmetine ayrılmaksızın, taşınmazda tasarrufun engellenmesi söz konusudur.

Kanımca, madde metninde, ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra, idari yargıda dava açılabileceği belirtildiğinden, tasarrufu kısıtlanan tüm taşınmazlar bakımından Kamulaştırma Kanunu Geçici madde 6 kapsamında tazminat davası açılması mümkündür.

Fakat Kamulaştırma Kanunu'nun "Kamulaştırılmaksızın Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Bedel Tespiti" başlıklı geçici 6/10. maddesinin başlığındaki bu ifade nedeniyle, imar planı ve uygulaması ile hukuken kamu hizmetine ayrılmamış taşınmazlardaki tasarruf kısıtlaması nedeniyle idari yargıda açılacak davanın reddedilme ihtimali olabilir.

Tazminat davasının reddi üzerine, Anayasa Mahkemesi'ne(59) ve oradan da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru söz konusu olabilir(60). O nedenle mahkemenin mülkiyet hakkı ile ilgili tutumundan kısaca bahsedilecektir.

Taşınmazı uzun bir süre kamulaştırılmayan malikin en son başvuracağı yer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. Burada, doğan zararların kanıtlanarak tazminat talep edilmesi söz konusu olacaktır.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, Meral/Türkiye davasında, bu gibi durumlarda, iç hukukta zararın tazmin edilebileceği yönünde savunmada bulunmuştur(61).

Yine, Gülizar Öz/Türkiye davasında, davacının taşınmazı 1955 yılından 1997 yılına kadar 42 yıl boyunca inşaat yasağı kapsamında yeşil alanda kalmıştır. Mahkeme bu durumun

mülkiyet hakkını ihlal niteliğinde olduğunu kabul etmiş, ancak İdare aleyhine tam yargı davası açılıp iç hukuk yolları tüketilmediği için başvurunun reddine karar vermiştir(62).

Görüldüğü gibi, Uluslararası Mahkeme, idari yargıda tam yargı (tazminat) davası açılmaksızın yapılan başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermektedir. Bu konuda Türkiye aleyhine açılmış Rabia Tan ve diğ. (63) davasında da aynı durum söz konusudur.

Yukarıdaki kararlardan tazminat ödenmesi şartlarının oluştuğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten, başka ülkelerle ilgili olarak verilen kararlardan da anlaşıldığı üzere, İnsan Hakları Mahkemesi, uzun süreli kamulaştırma kısıtlamaları nedeniyle tazminat ödenmesinin gerektiği görüşündedir(64). Bu durum adil denge veya ölçülülük ilkesine dayandırılmıştır(65). Ölçülülük ilkesinde(66), mülkiyetten yoksun bırakılma sonucunu doğuran müdahale için başvuru için gürdülen meşru amaç arasında makul ve dengeli bir ilişkinin olması aranmaktadır(67). KRİTİS (başvuru no: 35332/05) davasında, taşınmazın sonradan sit alanına sokulmasından dolayı imar izni verilmemiş, imar yasağı kapsamındaki arazinin kamulaştırılması talebi de reddedilmiştir. Mahkeme, mülkiyetten yararlanma hakkının ölçüsüz şekilde kısıtlanması nedeniyle tazminat yükümlülüğünün bulunduğu hükmetmiştir(68).

İmar Hukuku alanında verilen birçok kararda(69) olayın özelliğine göre değerlendirmelerde bulunduğu, tarafların durumu, iyi niyet, kusur, göz yumma, razı gelme, beklentinin haklılığı gibi birçok unsurun dikkate alındığı görülmektedir(70). Daha sonra kamulaştırmaz hukuki el atmalar nedeniyle adli yargıda davanın reddine dair verilen ve kesinleşen kararlar nedeniyle İnsan Hakları Mahkemesine başvurular yapılmıştır.

Hakan Arı/Türkiye davasında(71), davacının taşınmazı uzun bir süre (2002 yılından Uluslararası Mahkemeye başvurunun yapıldığı 2007 yılına kadar) okul alanında kalmasına rağmen kamulaştırılmamıştır. Davacının 2003 yılında adli yargıda açtığı

tazminat davası reddedilerek kesinleşmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi başvuru kabul etmiştir. Hükümetin, idari yargıda planın iptali için dava açılması imkânı bulunduğu dair savunmasına karşı Mahkeme, başvuranın söz konusu planın kuraldışı uygulanmasından değil, herhangi bir tazminat olmaksızın taşınmazına getirilen kısıtlamaların sonuçlarından yakındığını ve dolayısıyla bu başvurunun şehir imar planının iptalini amaçlamadığını, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının, belirli bir esneklik payı ile aşırı formaliteye kaçmadan ihtilaf konusunun gerektiği kadar dikkate alınması esasına dayandığını, başvuranın idari dava yollarını kullanmayı ihmal etmekle suçlanmasının aşırı bir tepki oluşturacağını, dolayısıyla, iç hukuk yollarının tüketilmesi için kendisinden beklenen makul süre koşulunu yerine getirdiğini kabul etmiştir. 2003 yılında adli yargıda yapılan keşif sonucu taşınmaza 8.915 Euro değer biçilmiştir. Mahkeme 2011 yılında verdiği kararında başvurucuya 12.000 Euro maddi, 2.000 Euro manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

Ziya Çevik Türkiye davasında(72) 1973 yılında davacının taşınmazı çocuk oyun alanına ayrılmış, 1978 de taşınmaza kamulaştırma serhi verilmiş, 2005 de adli yargıda açılan kamulaştırmaz hukuki el atma davası reddedilmiştir. Davada taşınmaza 87.370 Euro değer biçilmiştir.2010 a kadar kamulaştırma yapılmaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edilmiş olduğuna, idari yargıda dava açılmamış olmasının iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğu anlamına gelmeyeceğine karar verilmiştir. Başvuranın ona ayrılan zaman zarfında adil tazmin talebini sunmadığı gerekçesiyle Yönetmeliğin 60.maddesinin 2. ve 3. fıkralarına uygun olarak başvurana tazminat ödenmemiştir. Hüseyin Kaplan / Türkiye davasında(73); 1991 yılında başvuranın arazisi meslekî ve teknik eğitim kurumu alanına alınmış, 2007 yılında hukuki el atma nedeniyle adli yargıda açılan tazminat davası reddedilerek 2008 de kesinleşmiştir. 2013 yılında belediyeye yapılan başvuruda, taşınmazın halen dahi meslekî ve teknik eğitim kurumu alanında kaldığı bildirilmiştir. Hükümetin, 2008 yılında kesinleşen mahkeme kararına rağmen 6 aylık başvuru süresi geçirildiğine dair savunmasına, iddia edilen ihlalin devam eden bir durumdan ibaret olması

halinde, altı aylık sürenin, devam eden bu durumun(75) sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı gerekçesiyle itibar edilmemiş, mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ve tarafların uzlaşma ihtimali nedeniyle sonraki usulün saklı tutulmasına karar vermiştir. Görüldüğü gibi, Uluslararası Mahkeme, iç hukukta adli yargıda açılan kamulaştırmaz hukuki el atma davalarındaki kesinleşmiş kararların, iç hukukun tüketildiği anlamına geldiğini ve hukuki el atma devam ettiği sürece altı aylık Mahkemeye başvuru süresinin işlemeyeceğini kabul etmektedir.

Ayrıca Uluslararası Mahkeme, tazminatın nasıl belirleneceği yönünde net bir görüş belirtmemektedir.

Hakan Arı davasında;

**a)** Dava koşullarının net bir maddi tazminatın belirlenmesine olanak tanımadığı,

**b)** Uğranılan zararın, telifisi için gerekli meblağların hesaplanmasını olanaksız kılan, özü itibariyle sonucu şüpheli bir yapıda olduğu,

**c)** Hakkaniyete uygun bir tazminatın belirlenmesinde başvuranın taşınmazından yararlanmasının olanaksız hale geldiği 2002 yılının dikkate alındığı,

**d)** Makul çıkış noktasının taşınmazın o dönemdeki olası değerini karşılama gerektğine itibar edildiği,

**e)** Başvuran tarafından arazinin güncel veya güncelleştirilmiş haline ilişkin öne sürdüğü göreceli tahminlerin kabul edilmediği,

**f)** Taşınmazın değerinin tespitinde AİHM dosyada sunulan bilirkişi incelemesi sonuçlarından yararlanılacağı,

**g)** Taşınmazın değeri bir kez tespit edildiğinde, diğer unsurların yokluğunda, taşınmazdan istifade edilemeyen dönemden ileri gelen zararın ilgili bütün dönem için taşınmazın değerine karşılık gelecek şekilde ödenecek yasal faiz oranıyla giderileceği belirtilmiş ve yukarıda dile getirilenler ışığında, AİHS'nin 41. maddesi gereğince başvurana hakkaniyet uygun olarak 12.000 Euro ödenmesi kararlaştırılmıştır (Taşınmazın 2003 yılında bilirkişilerce



hesaplanan değeri 8.915 Euro'ya karşılık gelmektedir).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sporong ve Lönnroth-İsveç, Kararında(75), bir belediyenin kamulaştırma izni aldıktan sonra, tasarlanmış olduğu kamulaştırma hakkında kesin kararı hazırlamak için ihtiyaç duyduğu planı tamamlamak ve yerine getirmek için dört yıllık bir süreye gerek bulunmasının makul olduğunu, bu sürelerin, kamulaştırma ile ilgili süreçten düşülerek, tazminatın kalan süre ile sınırlı belirlenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Karar dikkatle incelendiğinde, İdareye karşı açılacak tazminat davasında, dört yıl geçtikten sonra taşınmazdan elde edilecek kiranın veya değer farkının dava konusu yapılabileceği sonucu çıkmaktadır. Türk Hukuku'nda bu süre 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesi ile 5 yıl olarak belirlenmiştir. O halde, imar planında kamu hizmeti veya tesisine ayrılan yerin kamulaştırılması için planın kesinleşmesinden itibaren 5 yıllık bir sürenin makul olduğu kabul edilebilir. İhlal ve ihlalin neden olduğu zarar, 5 yıllık makul sürenin dolmasından sonra devamlılık kazanacaktır.

## Sonuç

Malik, taşınmazının uzun süre kamulaştırılması yapılmaksızın ve fiilen el atılmaksızın taşınmazdaki tasarruf yetkisinin hukuken kısıtlanması halinde, idari yargıda dava açarak,

- a) Kısıtlamanın kaldırılarak taşınmazına imar izni verilmesini veya
- b) İdarenin imar uygulaması yapmasını veya
- c) Taşınmazının kamulaştırılmasını ya da
- d) Hukuki el atma nedeniyle tazminat ödenmesini talep edebilir.

Makaledeki anlatımlar dikkatle incelendiğinde,

- a - Tasarrufu kısıtlanan taşınmazın kamulaştırılmaması nedeniyle doğrudan İnsan Hakları Mahkemesine başvurma,
- b - Hükümetin iç hukuk yolları tüketilmediğine (idari yargıya başvuru yapılmadığına) dair itirazlarının kabulü,

c - Bu arada asliye hukuk mahkemelerinde açılan kamulaştırmazsız hukuki el atma davalarının reddedilmesi üzerine İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular,

d - İnsan Hakları Mahkemesince asliye hukuk mahkemelerinin verdiği kararlarla iç hukuk yollarının tüketilmiş sayılacağına ve mülkiyetin ihlal edildiğine hükmedilmesi,

e - Bunun üzerine asliye hukuk mahkemelerinin, kamulaştırmazsız hukuki el atma davalarını kabul etmeye başlaması,

f - Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, hukuki el atmalarla ilgili davalarda idari yargının görevli olduğuna karar vermesi,

g - İdari yargının görevli olduğuna dair Kanunda açık düzenleme yapılması şeklinde gerçekleşen sürecin sonunda, hukuki el atma nedeniyle idari yargı düzeni içinde açılacak davalarda yaşanacak usul sorunları üzerinde durulmuş ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

İdarelerin normal kamulaştırma bedellerini bile ödemekte zorlandıkları bir ortamda, hukuki el atma nedeniyle hükmedilen tazminatları karşılamaları mümkün görülmemektedir. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları dikkate alındığında, bunların ödenmesi zorunluluğu da vardır. O nedenle söz konusu tazminat hükümlerinin eksiksiz infazını sağlamak için ek bir kaynak yaratılması gerekmektedir.

Kamulaştırma Kanunu Geçici m 6/8 uyarınca idarelerin bütçelerinden %2'lik ödenek ayrılmasının yetersiz kalacağı ve taksitlendirmelerin sorunlar yaratacağı açıktır.

Hukuken el atılan taşınmazların bedelinin, yine taşınmazlardan alınacak bir vergi ile karşılanması gerektiği, bunun da taşınmazların değerini esas alan geçici-ek bir emlak vergisi niteliğindeki yasal düzenleme ile mümkün olacağı görüşündeyim(76). Böyle bir düzenlemede, toplanan paranın sadece kamu alanında kalan yerlerin kamulaştırmasını desteklemek amacıyla kullanılacağına belirtilmesi gerekir. 14.12.2015

### **Kaynakça:**

Akbulut, Emre, Kamulaştırmamadan Kaynaklanan Tam Yargı Davalarına Danıştay'ın Yaklaşımı Ve Alternatif Çözüm Önerisi, TAAD (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi), Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014), s. 447 vd. Armağan, Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara, 1997

Başpınar, Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Ankara, 2009

Candan, Turgut, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, 2005

Çabri, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, İstanbul, 2005

Çelik, Abdullah, İmar Planlarında Kamu Hizmetine Ayrılan Taşınmazların Makul Sürede Kamulaştırılmamasının Mülkiyet Hakkına Etkileri ve Buna İlişkin Bir Anayasa Mahkemesi Kararının İncelemesi, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 100, Ankara, Aralık, 2014, s. 158 vd. (İmar)

Çelik, Mehmet Sıtkı, Mülkiyet Hakkı ve Kamulaştırma Türk İdari Yargı Uygulamasının Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İrdenilmesi,

[http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf5/MSCelik\\_kamulastirma\\_idari.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf5/MSCelik_kamulastirma_idari.pdf)- 23.4.2015. Dinç, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 124, Ankara, 2007

Ergen, Cafer, İmar Davaları Rehberi, Ankara, 2009  
Gemalmaz, H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul, 2009  
Gözübüyük, A. Şeref – Dinçer, Güven, İdari Yargılama Usulü, Ankara, 2001

Gündüz, Harun, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle İdare Aleyhine Açılan Tazminat Davalarına İlişkin Kimi Sorunlar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Ocak 2013, s. 427 vd.

İşıklar, Celal, İdari Yargıda Derdestlik, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:2012/1, s. 63 vd. İlgin, Candaş, Avukatlık Ücret Sözleşmesi, 2013, Ankara

Kaplan, Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Ankara, 2007  
Muzmul, Osman, İmar Planları İle Mülkiyet Hakkı İhlalleri, [http://www.haber90.com/author\\_detail.php?id=1804](http://www.haber90.com/author_detail.php?id=1804).

Özgüldür, Serdar, Tam Yargı Davaları, Ankara, 1996  
Sancar Dere, Şeyma / Dere, Ahmet, Genel Olarak

Feragat ve İdari Yargıda Feragatin Hüküm ve Sonuçları, TAAD, Ekim 2010, s. 195 vd.

Sanı, H. Gürbüz, Mal Varlığı Haklarının Korunması, İstanbul, 2006

Şahiniz, C. Salih, Kamulaştırmaz El Koyma, Ankara, 2006

Yıldırım, Bekir/Başsorgun, Naci, Kamulaştırma Davaları, Ankara, 2007

### **Sonnot:**

(1) Makale ilk olarak Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C II, Ankara 2015, s. 1479 vd. yayımlanmış; ancak makalenin yazımından uzun bir süre geçmesi nedeniyle güncellenerek yeniden yayımlanması söz konusu olmuştur.

(2) Bu gibi durumlarda, imar planı kapsamındaki hiçbir taşınmaza yapılaşma izni verilmediği bu aşamada sadece taşınmazı kamusal kullanım alanına ayrılan malik değil, plan kapsamındaki bütün taşınmazların malikleri mülklerini diledikleri gibi kullanma olanağından mahrum durumda olduklarından bu zaman diliminde imar planı işlemi ile kamulaştırmama eyleminden kaynaklanan gerçek bir zararın varlığından söz edilemeyeceği, idarenin tazmin sorumluluğunun da gündeme gelmeyeceği ifade edilmektedir, Kamulaştırmamadan Kaynaklanan Tam Yargı Davalarına Danıştay'ın Yaklaşımı Ve Alternatif Çözüm Önerisi, Akbulut, Emre, TAAD (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi), Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014), s. 447 vd.; Sayın Yazarın, sadece eşitlik ilkesi bakımından bu yaklaşımına katılmak mümkün değildir. Bir başka anlatımla, bölgedeki diğer maliklerin mülkiyet haklarının da ihlal edilmesi, mülkiyet hakkının ihlali için haklı neden oluşturmaz.

(3) Mülkiyet hakkının imar mevzuatı ile ihlal edilmesi konusunda bk. Başpınar, Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Ankara, 2009, s. 353 vd.

(4) Planda okul alanında kalan taşınmaz için plan değişikliği yapılması konusunda, olumsuz görüş verilmesi yolundaki Millî Eğitim Bakanlığı işlemi kesin ve yürütülebilir bir işlem olduğu kabul edilmiştir. Dan. 6. D. 2.7.2013, 2010/13189, 4608.

(5) İmar planının kabul edildiği 21.12.1990 tarihinden beri iki imar programı dönemi geçtiği halde kamulaştırma yapılmadığı gibi, okul yapılması için program dahi bulunmadığından, anayasal bir hak olan mülkiyet hakkının kullanılmaması sonucunu doğuran, davacıların taşınmazının imar planında okul alanından konut alanına çevrilmesi yönündeki istemini reddeden Belediye İşleminin iptaline dair Bursa 1. İdare Mahkemesi'nin 11.7.2001, 1999/599, 761 sayılı Kararı temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

(6) "...İlgililerin imar planı değişikliği istemlerinin

idarelerce çevredeki nüfus, yoğunluk ve donatı dengesi yönünden irdeelenmesi gerektiği ve planlamanın genel ilkelerinin dikkate alınarak uyumsuzluk konusu taşınmazı ayırdığı amaç için ihtiyaç bulunmadığı sonucuna varıldığı takdirde plan değişikliği yapılması mümkün olduğundan, İdare Mahkemesi'nce plan değişikliği isteminin reddine ilişkin işlemin şehirliklik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun olup olmadığı yolunda yapılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle bu hususlar araştırılmaksızın dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi'nin ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir", DİDDK 23.10.2008, 2005/2154, 1839, Daniştay Dergisi, Sayı: 121, s. 33 vd.; Aynı doğrultuda, DİDDGK 16.12.2013, 2010/2108, 4577; DİDDK, 27.3.1998, 1996/96, 158; Daniştay 6. Daire, 8.11.2006, 2004/5235, 5112; Aynı doğrultuda, Daniştay 6. Daire, 7.10.2002, 2001/3011, 4097; Daniştay 6. Daire, 9.1.2003, 2001/6807, 105; DİDDGK 23.6.2014, 1615/2763.

(7) "... Belediyelerin uzun süre kamulaştırmayan özel mülkiyete ait arsaları, imar planlarında değişiklik yapmak suretiyle plandan çıkarması pek mümkün olmamaktadır. Uygulamada özellikle kentleşmenin yoğun olarak yaşandığı yerlerde, mevzuattaki imar planında değiştirilmesi düşünülen arsayı kamu hizmeti gereklerine uygun olarak ikame edecek bir yer imar planında ayırma ve yer değişikliği için ilgili yatırımcı bakanlığın veya kuruluşun görüşünü alma mükellefiyetinden dolayı, belediyelerin söz konusu kamu hizmeti için yeni arsa tahsis etmeleri zor olduğu gibi, imar planlarında kamu hizmetine ayrılan yerlerden vazgeçmenin planla getirilen bütünsel dokuyu bozma riski nedeniyle de bu yola başvurulmadığı görülmektedir", Dan. 6. D. 27.6.2913, 2010/4493, 4595, ÇELİK, İmar, s. 164, dipnot 24.

(8) Mek. Yön. (RG: 14.6 2014 tarih ve 29030 sayı).

(9) Aynı görüşte, MUZMUL, Osman, İmar Planları İle Mülkiyet Hakkı İhlalleri, [http://www.haber90.com/author\\_article\\_detail.php?id=1804](http://www.haber90.com/author_article_detail.php?id=1804). Ayrıca Sayın Yazar, böyle bir dava başvurusu lehine sonuçlansa bile, verilecek kararın, bu alanların inşaat yapımına uygun imar planına kavuşması anlamına gelmeyeceğini; iptal kararı ile dava konusu arsanın imar plansız hale dönüşeceğini; inşaat yapma hakkı elde edilebilmesi için buna uygun yeni bir imar planı yapılması gerektiğini; imar planının mahkemenin değil idarenin yapacağını, isabetle ifade etmektedir.

(10) "...davacı tarafından hazırlattırılan parselasyon planının davalı idarece aynen kabul edilmesi gerekmemekle birlikte yukarıda açıklandığı üzere imar planına uygun parselasyon işleminin davalı idarece yapılması zorunlu olduğundan, mahkemenin, parselasyon yapmaya zorlayan herhangi bir hükmün bulunmadığı ve yargı kararı ile de

idarelerin parselasyon yapmaya zorlanamayacağı gerekçesinde isabet bulunmamaktadır. Öte yandan, parselasyon işlemi tapu kayıtları üzerinden yapıldığından tapu iptali ve tescil davası bulunduğu, söz konusu davada verilecek kararın yapılacak olan parselasyon işlemini etkileyeceğine dair gerekçede de hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Bu durumda, davacının parselasyon yapılmasına dair başvurusunun Muğla 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılmış olan dava sonuçlanmadan bu konuda bir işlem tesis edilemeyeceğinden bahisle reddedilmesine dair işlemin iptali gerektiğinden aksi yöndeki mahkeme kararında isabet görülmemiştir." Dan. 6. D. 4.12.2013, 2012/3814, 7931.

(11) Dan. 6. D. 17.1.2013, 2009/9047, 3.

(12) "...kamulaştırmanın Milli Eğitim Bakanlığı'nın yetkisinde olması nedeniyle belediyece davacının kamulaştırma bedelinin ödenmesi yolundaki isteminin karşılanmasına yasal olanak bulunmadığı, davacının imar planı değişikliği yapılması ve planda okul alanına ayrılan alanın konut alanına dönüştürülmesi yolundaki isteminin ise, nazım imar planı değişikliği yapılmadan uygulama imar planı yapılmasına olanak bulunmaması ve nazım imar planı değişikliği yapma yetkisinin ise büyükşehir belediyesine ait olup, davalı ilçe belediyesinin bu konuda yasal yetkisinin bulunmaması nedeniyle; uyumsuzluğun davacının Milli Eğitim Bakanlığı'na yaptığı başvurusunun reddine ilişkin kısmı incelendiğinde, Milli Eğitim Bakanlığı'nın imar planında okul yeri olarak ayrılmış alanla ilgili olarak, plan değişikliği yapma yetkisinin bulunmaması nedeniyle..." Dan. 6. D. 21.12.2005, 2255/6540 sayılı Kararının gerekçesinden alınmıştır.

(13) 5393 sayılı Belediye Kanunu m 14/a, 15/h, 34/b, 69; 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu m 7/g, 28.

(14) 5539 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kurulu ve Görevleri Hakkında Kanun m 2/H.

(15) Çabri, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, İstanbul, 2005, s. 48.

(16) Şahinöz, C. Salih, Kamulaştırmaz El Koyma, 2006, Ankara s. 136-137 deki içtihatlar. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu m 7/g uyarınca, büyükşehir belediyesinin yetki alanındaki meydan, bulvar, cadde ve anayolları yapmak görevi büyükşehir belediyesine aittir. Yargıtay'a göre ana arterin 20 m den geniş olması gerekmektedir. "Dava konusu taşınmazda el atılarak yol haline getirilmiştir. Bir yolun ana arter niteliğinde kabul edilebilmesi için yolun 20 metreden daha fazla genişlikte olması gerekir. Dava konusu yolun 12 metre genişliğinde bulunması sebebiyle ana arter niteliğinde olmadığı anlaşıldığından davalı Ankara Büyükşehir Belediye

Başkanlığı hakkında açılan davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerekirken", Y. 5. HD. 25.10.2004, 7866/10386.Uygulamada ulaşım komisyonu raporuna istinaden büyükşehir belediyeleri meclis kararı ile ana arterleri belirlemekte ve ana arter listelerini yayımlamaktadırlar. Bursa için güncel ana arter listesi için bk. [http://www.bursa.bel.tr/dosyalar//2010\\_162\\_sayili\\_mecelis%20karari\\_ve%20ekleri\\_ANAARTERLER.pdf](http://www.bursa.bel.tr/dosyalar//2010_162_sayili_mecelis%20karari_ve%20ekleri_ANAARTERLER.pdf)

(17) Yargıtay uygulamasında, yetkisiz idare tarafından taşınmazla el atılması durumunda, adli yargıda, el atmanın önlenmesi davası açılabilmesi gibi (TMK madde 683/2), uğranılan zararın tazmini (BK m 41) de istenebilir. Fakat, taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi karşılığında, bedelinin ödenmesi istenemez, Y. 5. HD. 16.12.1986, 16858/17085; Y. 3. HD. 9.5.1977, 2265/3089; Y. 3. HD. 26.2.1991, 1990/15812, 1863, Şahiniz, s. 69-70. Taşınmazla el koyarak üzerine tesis yapan idare ile bu tesisden faydalanan idarenin farklı olması durumunda, kamulaştırmaz el atma nedeniyle bedel davasının, fiili olarak el koyan idareye değil de, taşınmazı hukukun mülkiyetine geçiren idareye karşı açılması gerekir, YHGK 4.2.1976, 1975/2-1031, 185; YHGK, 10.12.1976, 1975/5-807, 2995, ŞAHİNİZ, s. 138.

(18) "Kamulaştırma tebligatında bedel artırma davasında davanın Millî Eğitim Müdürlüğü aleyhine açılması gerektiği belirtilmiştir. Bu itibarla husumetteki yanılığa kamulaştırmayı yapan idarenin sebebiyet verdiği kabul edilmek suretiyle dava dilekçesinin Muş Özel İdaresine tebliğ edilmesi, bu şekilde taraf teşkilinin sağlanmasından sonra hükmün Muş Özel İdaresi aleyhine kurulması gerektiğinin düşünülmemesi doğru değildir", Y. 5. HD. 7.7.5.2002, 3583/10458, YILDIRIM, Bekir/BAŞSORGUN, Naci, Kamulaştırma Davaları, Ankara, 2007, s. 169.

(19) Örneğin, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu m 7/2 de "Büyükşehir belediyeleri birinci fıkranın (c) bendinde belirtilen yetkilerini, imar planlarına uygun olarak kullanmak ve ilgili belediyeye bildirmek zorundadır. Büyükşehir belediyeleri bu görevlerden uygun gördüklerini belediye meclisi kararı ile ilçe ve ilk kademe belediyelerine devredebilir, birlikte yapabilirler" şeklinde hüküm vardır. Karayolları Genel Müdürlüğü ile İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı arasında düzenlenen 08.11.2004 tarihli devredilecek yollar ve kavşaklar hakkındaki devir protokolü eki harita ile UKOME Başkanlığından dava konusu taşınmazların bulunduğu yere ait ana arter listesi getirilerek; dava konusu taşınmazların protokolde belirtilen yol ve kavşakların kapsamında kalıp kalmadığı ve ana arter niteliğinde olup olmadığı hususunda fen bilirkişi marifetiyle mahallinde yeniden keşif yapıp, krokil rapor tanzim ettirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik, incelemeye hüküm kurulması doğru görülmemiştir", Y 5. HD. 11.3.2008, 1442/2850.

(20) Danıştay 6. Dairesi, 10.12.2002, 4906/5794, Danıştay Kararları Dergisi, 2003/1, s. 245 vd.; Aynı doğrultuda, Danıştay 6. Dairesi, 5.6.2003, 2002/3200, 3476, ÇABRİ, Sezer, İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma, s. 107-110; Bu konudaki haklı eleştiriler için bk. ÇABRİ, s. 109-110

(21) Dan. 6. D. 27.6.2013, 2012/3972, 4556.

(22) Örneğin teknik lise veya Anadolu lisesi yapılması durumunda, Millî Eğitim Bakanlığı yetkili olacaktır, Y. 5. HD. 21.3.2002, 3610/6609, Yıldırım/Başsorgun, s. 1292-1293; Y. 5. HD. 6.5.2004, 3552/3551, Yıldırım/Başsorgun, s. 1323.

(23) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'na göre (m 6/a, 26/b), ilk ve orta öğretim kurumlarına arsa temini il özel idaresinin görevi olup, vali, il özel idaresinin başı ve tüzel kişiliğinin temsilcisidir (m 29). "İlköğretim okullarına arsa temini görevi il ve ilçe merkezlerinde özel idareye ait olduğundan, davanın bu idare aleyhine açılması gerekirken, husumet ehliyeti bulunmayan Millî Eğitim Bakanlığı aleyhine hüküm kurulması doğru değildir, Y. 5. HD. 27.5.1999, 7611, 9430, Şahiniz, s. 134-135 deki benzer içtihatlar.

(24) İDDGK 24.5.2012, 2007/2255, 801.

(25) Bu konudaki dava dilekçesi örneği için bk. Ergen, Cafer, İmar Davaları Rehberi, Ankara, 2009, s. 810-811.

(26) Candan, Turgut, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, 2005, s. 160.

(27) Özgüldür, Serdar, Tam Yargı Davaları, Ankara, 1996, s. 78; Aksı görüşte, Armağan, Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara, 1997, s. 39-40.

(28) Kaplan, Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Ankara, 2007, s. 321. Ayrıca bk. deprem nedeniyle oluşan ileri sürülen zararların tazmini istemiyle açılan davanın, uğranıldığı belirtilen zararın idarenin üzerine düşen görev ve yükümlülüğü gereği gibi yerine getirmemesinden, dolayısıyla eylem ya da eylemsizliğinden kaynaklandığı gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dair Dan. 6. D. 12.4.2004, 1477/2115 sayılı Kararı.

(29) "...İtiraz yoluna başvuran Mahkemede bakılmakta olan davada, davacılar aitt taşınmaz, imar planlarıyla "park alanı" sınırları içine alınmış ve bu nedenle davacıların taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır. Davacıların tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının, mameleklerinde azalma meydana getirebileceği tartışmasızdır. Ancak davacıların mülk üzerinde tasarruf etme hakkının kısıtlanması, idarenin bir eyleminden değil, idari

bir işlem niteliğinde olduğu tartışmasız olan imar planından kaynaklanmaktadır. Olayda, idarenin fiili el koyma niteliği taşıyan bir eylemi henüz bulunmamasına, aksine kanunen yapması gereken kamulaştırma işlemlerini yapmamak biçiminde tezahür eden bir eylemsizliği söz konusudur. Öte yandan, kamulaştırmaz el atmadan söz edilebilmesi için taşınmaz zilyetliğinin idareye geçmesi ve taşınmazın fiilen kamu hizmetine tahsis edilmiş olması gerekmektedir. Oysa, bakılmakta olan davada olduğu gibi "imar kısıtlamaları"nda taşınmaz zilyetliği malikte kalmaya devam etmekte olup yalnızca malikin tasarruf yetkisinin, ilgili mevzuattan kaynaklanan bazı kısıtlamalara maruz kalması söz konusu olmaktadır. Sonuç olarak, davacıların taşınmazın imar planlarında "park alanı" olarak gösterilmesi nedeniyle tasarruf hakkının kısıtlanmasının kamulaştırmaz el atma olarak nitelendirilemeyeceği, bunun, idari bir işlem olan imar planlarının zorunlu bir sonucu olduğu ve tasarruf hakkının kısıtlanması sebebiyle doğan zararın ancak idari yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu edilebileceği sonucuna ulaşmaktadır. Dolayısıyla bakılmakta olan dava, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin görev alanına girmemektedir", AYM 13.11.2014, 2013/95, 176, RG: 13.3.2015-29294. "... Uyuşmazlığa konu taşınmaza yönelik idarece yapılan bir eylem ( fiil el atma ) bulunmadığından, davacının yaptığı başvuru üzerine tesis edilen işlemin, 2577 sayılı Yasanın 13. maddesi kapsamında "ön karar" olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Uyuşmazlık idari bir eylemden kaynaklanmayıp, taşınmaza imar planında getirilen kısıtlanmadan doğmuştur...", Dan. 6. D. 21.1.2014, 2012/2240, 213.

(30) Candan, s. 465.

(31) Gözübüyük, A. Şeref – Dinçer, Güven, İdari Yargılama Usulü, Ankara, 2001 s. 398.

(32) Kaplan, s. 358.

(33) "... Geçici 6. Maddenin 10... fıkrasında her ne kadar "3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir" denilmiş ise de, 3194 sayılı Kanunda öngörülen zorunlu bir başvuru olmadığı için başvuru yapılmadan açılan davalar da bu kanun kapsamında düşünülmelidir", Dan. 6. D. 27.5.2014, 2387/4122, ÇELİK, İmar, s. 162, dipnot 15.

(34) Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik zilyed veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkının yirmi yıl geçmekle düşeceğine ve bu sürenin taşınmaz mala elkoyma tarihinden başlayacağına dair Kamulaştırma Kanunu 38. maddesi, Anayasa'nın sınırlarını belirleyerek izin verdiği kamulaştırma

yöntemini kullanmadan yapılan el atmaların, yirmi yıl geçtikten sonra yasal bir kamulaştırmanın bütün sonuçlarını doğurması ve taşınmazın, idarenin adına tapu kütüğüne tescilli ile sonuçlanmaması nedeniyle nayasal dayanağı olmayan kamulaştırmaz el koyma niteliğinde olduğu; yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesinin, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aştığı ve hakkın özünü zedelediği gerekçesiyle AYM 10.4.2003, 2002/112, 33 (RG:4.11.2003-25279) sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

(35) 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 10. maddesinde, sorumlu idare eksik belirlendiği gibi nazım imar planı ile uygulama imar planı ayrımı yapılmadığından, uygulama imar planı henüz yapılmamış olmasına rağmen, nazım imar planı olan alanlar için de imar programını yapmaya belediyelerin yükümlü sayıldığı, bu nedenle 10. maddenin de mevcut haliyle sorunu çözmekten uzak olduğu ifade edilmektedir, ÇELİK, Mehmet Sıtkı, Mülkiyet Hakkı ve Kamulaştırma Türk İdari Yargı Uygulamasının Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İrdelenmesi, [http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf5/MSCelik\\_kamulastirma\\_idari.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/sunum/conf5/MSCelik_kamulastirma_idari.pdf)- 23.4.2015.

(36) İmar Kanunu m 13/1 deki "Resmî yapılara, tesislere ve okul, cami, yol, meydan, otopark, yeşil saha, çocuk bahçesi, pazar yeri, hal, mezbaha ve benzeri umumî hizmetlere ayrılan alanlarda inşaatta ve mevcut bina varsa esaslı değişiklik ve ilaveler yapılmasına izin verilmez. Ancak imar programına alınmaya kadar mevcut kullanma şekli devam eder" şeklindeki hüküm, imar planlarında umumî hizmetlere ayrılan yerlerin mevcut kullanma şekillerinin ne kadar devam edeceği konusunda belirsizlik yarattığı ve bu belirsizliğin, kişilerin mülkiyet hakları üzerinde süresi belli olmayan bir sınırlamaya neden olduğu gerekçesiyle AYM 29.12.1999, 33/51 sayılı Kararıyla (RG: 29.62000-24094) iptal edilmiştir. Başvuru gerekçesinde, mülkiyet hakkının kullanımının imar programına alınmaya endekslediği ve bunun içinde beş yıllık süre öngörüldüğü; ancak bu beş yıllık sürenin bir kereye mahsus olmadığı, uygulamada idarelerce beş yıllık süreye uyulmadığı ve uyulması konusunda yaptırım mekanizmasının yasada yazılmadığı, dolayısıyla kalkış noktası kamu yararı olmakla birlikte, kamu yararının böylesi uygulamalarla tesis olunamadığı, aksine mülkiyet hakkının zedelendiği dikkate alınarak, Anayasa'ya aykırılığın olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin yasama organına oluşan boşluğu düzenlemesi için süre vermesine rağmen, Anayasa'ya aykırılığı giderecek düzenleme bu güne kadar yapılmamıştır, Çelik, İmar, s. 160.

(37) Bu hususta, Danıştay'ın, beş yıllık sürenin sonunun dava tarihi yerine karar tarihi esas alınarak belirleneceği görüşünde olduğu ifade edilmektedir,

Dan. 6. D. 27.6.2913, 2010/4493, 4595, ÇELİK, İmar, s. 164. Devam eden müdahalenin sadece ilk derece mahkemesinden açılan dava tarihine kadarki bölümünün dikkate alınmasının, sonraki bölümünün görmezden gelinmesinin uygun olmadığı haklı olarak ileri sürülmektedir, Çelik, İmar, s. 168.

(38) Dan. 6. D. 27.5.2015, 361/3486.

(39) Kamulaştırma Kanunu Geçici m 6/10 uyarınca tazminat isteyebilmek için taşınmazın uygulama imar planında kamu alanında kalması yeterli olup, ayrıca imar uygulamasının yapılmış olması zorunluluğu yoktur. Ancak kesinleşen imar planında kalan parsel, imar uygulaması görmüşse, imar parseli; görmemişse, kadastro parseli olarak emsal karşılaştırmasında dikkate alınacaktır.

(40) "...1/1000 ölçekli uygulama imar planının kesinleştiği tarihten itibaren 5 yıl içerisinde veya iddia edildiği gibi kesinleşen bu planda sonra yeni yapılan imar planlarında taşınmazın yine yol ve okul alanı olarak ayrılması halinde, a) Yol için davalı Belediye tarafından, b) Okul alanı olarak ayrılan bölüm için yatırımcı idare olan Milli Eğitim Bakanlığı'nın 3194 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca uygunluk görüşü alındığı gibi ödeneğin teminine gidilerek taşınmazın kamulaştırılacağına bildirilmesi nedeniyle; Bakanlık tarafından, Ayrılmaya amacına uygun olarak kamulaştırma görevinin yerine getirilmemesi ve malikin mülkiyet hakkının süresi belirsiz şekilde kısıtlanması nedeniyle taşınmaz bedelinin adı geçen idarelerden tahsili gerekir...", Y. 5. HD. 28.11.2011, 13431/19114. "...1978 yılından bu yana değişen bütün planlarda temel eğitim (ilköğretim) alanında bulunan dava konusu taşınmazın amacına uygun olarak imar programlarına alınmaması, yatırımcı kuruluş olan davalı İstanbul İl Özel İdaresi Müdürlüğü'nce de kamulaştırılmamıştır. İlgili İdarelerin pasif ve suskun kalarak, amacına uygun işlem tesis etmemek suretiyle, davacı taşınmaz mal sahibinin mülkiyet hakkını, süresi belli olmayan bir sınırlamaya tabi tuttukları belirgindir.... Bu itibarla, kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, İdarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının, dava yoluyla kamulaştırmasız el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden (Yazarın notu: İl Özel İdaresinden) değer karşılığının verilmesini isteyebileceği açıktır...", YHGK 15.12.2010, 5-662/651.

(41) Uygulamada, imar planını yapan idarenin, Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği uyarınca asgari sosyal ve teknik altyapı alanlarını sağlamak zorunda olduğuna dair savunmasına karşı, yatırımcı kuruluş da, parselin gerek boyut, gerekse konum olarak yatırıma uygun olmadığını, kendisinden görüş alınmadan belirlenen donatı alanı için kamulaştırma

yapmayacağını savunmaktadır.

(42) Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarının müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır TBK madde 61; İdare Hukuku'nda, idarelerin müteselsilen sorumlu tutulmasını engelleyen hüküm bulunmamaktadır, Dan. 10. D. 14.12.2010, 6546/10673; Dan. 6. D. 14.1.2014, 2012/3153, 92.

(43) Oysa Kamulaştırma Kanunu m 14/3 uyarınca kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal ve maddi hatalara karşı da adli yargıda düzeltim davasının, iştirak halinde veya müşterek mülkiyette, paydaşlardan biri tarafından dahi tek başına açılması mümkündür.

(44) Yıldırım, Bekir / Başsorgun, Naci, Kamulaştırma Davaları, Ankara, 2007, s. 1177.

(45) Dan. 6. D. 17.4.2013, 2011/8152, 2702; Dan. 6. D. 5.2.2014, 2010/750, 718.

(46) Kesinleşen imar planında kalan parsel, imar uygulaması görmüşse, imar parseli; görmemişse, kadastro parseli olarak emsal karşılaştırmasında dikkate alınacaktır.

(47) Oysa kamulaştırmasız fiili el atmalarda, asliye hukuk mahkemelerince bedelin tahsiline karar verilirken, tahsilatın gerçekleşmesi şartı aranmaksızın, mülkiyet idareye geçecekse "idare adına tescile"; tapuya tescilli söz konusu olmayan bir yer (yol gibi) söz konusu ise var olan kayıtların terkinine karar verilmektedir, ŞAHİNİZ, C. Salih, Kamulaştırmasız El Koyma, Ankara, 2006, s. 230 vd.

(48) TBK madde 107-111; Y. 13. HD. 25.5.2000, 2870/5113.

(49) Yargıtay, kamulaştırma bedelinin artırılması ilamlarında olduğu gibi, kamulaştırmasız el atma ilamlarında da ilamın kesinleştiği tarihe kadar geçen dönem için ilam uyarınca yasal faizin, kesinleşme tarihinden sonraki dönem için ise, 17.10.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4709 sayılı Kanun'la değişik Anayasa'nın 46 /son maddesi hükmü uyarınca, kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranının uygulanması gerektiğini isabetle kabul etmektedir, Y. 8. HD. 2.4.2013, 2113/4824; Y. 12. HD. 15.11.2011, 5394/22099.

(50) Fakat Anayasa Mahkemesi hükmün iptali için yapılan başvuruyu reddetmiştir. "...Dava dilekçesinde ve başvuru kararında, mahkeme kararıyla kesinleşen kamulaştırma bedelinin tahsilinin mutlak haciz yasağı yoluyla bütünüyle engellenmesinin mülkiyet hakkının ve hak arama hürriyetinin özünü zedelediği, ayrıca haciz yasağının mahkeme kararını uygulanamaz

kıldığı, kişilerin meşru ve yargı kararıyla kesinleşmiş alacak haklarının kamu hizmetlerinin sürekliliği ile ilişkilendirilerek ödenmemesinin sosyal hukuk devleti ilkesi ile Devletin, "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" göreviyle bağdaşmadığı, Devletin faiz borçları ile kamulaştırma borçları arasında haczedilebilirlik bakımından bu şekilde bir ayrıma gidilmesinin eşitlik ilkesini zedelediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 35., 36. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Dava konusu kuralda, kamulaştırmaz el atma nedeniyle ödenecek tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacaklarının haczedilemeyeceği hükmü yer almaktadır. Kanun'da, 9.10.1956 ile 4.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmaz el atmalar nedeniyle mahkemelerce hükmedilen tazminatların tahsili amacıyla idarelerin bütçelerinden belli bir pay ayrılması ve ödemelerin bu paylar üzerinden yapılması, ayrılan payın hükmedilen tazminat miktarını karşılamaması hâlinde ödemelerin gelecek yıllara aktarılacak taksitle ve garameten yapılması öngörülmüştür. Taksitlendirme hâlinde kanuni faiz ödenmesi de kurala bağlanmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi geçmişe yönelik mağduriyetleri gidermek amacıyla getirilen istisnai nitelikteki bu düzenlemenin amacı, idarelerin yerine getirmekle görevli oldukları kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için gerekli olan kaynaklarının korunmasıdır. Toplumsal yaşamın sürekli, düzenli ve sistemli bir şekilde sürdürülebilmesi için zorunlu olan kamu hizmetlerinin kesintisiz bir biçimde yürütülmesi, idarelerin belli aynı ve nakdi varlıklara sahip olmalarına bağlıdır. İdarelerin kamu hizmetlerini yerine getirmek için ihtiyaç duyduğu malların haczedilmesi hâlinde bu hizmetlerin aksayacağı ya da hiç yerine getirilemeyeceği açıktır. Her ne kadar dava konusu kural nedeniyle bazı bireyler tazminat alacaklarını daha geç tahsil edebelerse de Kanun, bu gecikme için kanuni faiz ödenmesini kurala bağlayarak kamu yararı ile birey hakları arasında makul bir denge kurmaya çalışmıştır. Bu nedenle kamu hizmetlerinin aksatılmadan yerine getirilmesini güvence altına almak amacıyla birey haklarına getirilen sınırlamanın ölçüsüz olduğu söylenemez. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir...". AYM, 13.11.2014, 2013/95, 176.

(51) Kamulaştırma Kanunu geçici m 6/8-" Kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden bu madde uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması hâlinde, merkezi yönetim bütçesine dâhil 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 hâlinde, ödemeler, sonraki yıllara sâri olacak şekilde, garameten ve taksitlerle gerçekleştirilir. Taksitlendirmede, bütçe imkanları 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 (trampa, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanıma veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullanırma) teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir".

(52) Danıştay 6. Dairesi'nin, 30 günlük sürenin dolmasından itibaren idari dava açma süresi içinde tazminat davasının açılabilmesine dair kararları bulunduğu, bu yönde davanın en kısa zamanda açılması gerekir, Dan. 6. D. 25.2.1992, 1990/1958, 714; Dan. 6. D. 13.12.1995, 1995/1682, 5045, GÜNDÜZ, Harun, İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Nedeniyle İdare Aleyhine Açılan Tazminat Davalarına İlişkin Kimi Sorunlar, TAAD, Ocak 2013, s. 437-437.

(53) 4.11.1983 tarihinden 11.6.2013 tarihine 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 halinde kamulaştırma bedeli ve mahkemelerce mallıkları lehine hükmedilen tazminat ile bu davalara ilişkin mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekalet ücretlerinin maktu olarak belirleneceğine ve bu hükmün bu fıkrada kapsamındaki taşınmazlar hakkında açılan ve kesinleşmeyen davalarda da uygulanacağına dair Kamulaştırma Kanunu Geçici m 6/13 düzenlemesi, Anayasa Mahkemesi'nin 13.11.2014 tarih, 2013/95 Esas, 2014/176 Karar sayılı ilamı ile iptal edilmiştir."2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesinin 13. fıkrası Anayasa'ya aykırı görülerek Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olmakla uygulanırlığı kalmamıştır. Böylece 1983 yılından sonraki el koymaya dair kamulaştırmaz el atma bedellerine dair dava ve takiplerde mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekalet ücretlerinin maktu hesaplanması söz konusu olmayıp nispi olarak belirlenmelidir...". Y. 8. HD. 11.6.2015, 1924/13002.

(54) Ancak Danıştay aksi görüşte olup, faizin ıslah tarihinden itibaren işletilmesi gerektiği görülmüştür, 22.10.2005, 4726/6229., Özel Argış.



(55) İlgün, Candaş, Avukatlık Ücret Sözleşmesi, 2013, Ankara, s. 70.

(56) Dan. 6. D. 27.2.1992, 1991/4453, 772, SANCAR DERE, Şeyma / DERE, Ahmet, Genel Olarak Feragat ve İdari Yargıda Feragatin Hüküm ve Sonuçları, TAAD, Ekim 2010, s. 200.

(57) Örneğin derdestlikle ilgili olarak İYUK'da bir hüküm bulunmamasına rağmen, idari yargıda derdestliğin yoğun bir şekilde kabul edildiğine tanık olunmaktadır, İŞIKLAR, Celal, İdari Yargıda Derdestlik, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:2012/1, s. 63 vd.

(58) İdare de, kamulaştırmanın iptali için açılan davada, tek taraflı beyanı ile kamulaştırmadan vazgeçebilmekte, bu durumda konusu kalmayan kamulaştırma işlemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmektedir, Dan. 6. D. 14.9.1994, 216/2883.

(59) Hukuki el atma nedeniyle idari yargıda tam yargı davası açılmaksızın, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması halinde, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine dair iddianın kabul edilemez olduğuna karar verilecektir, AYM 18.9.2014, 2013/3300 nolu başvuru.

(60) Bundan başka hükmolunan tazminatın ödenmemesi, taksit miktar ve süresinin belirsizliği, ödemenin geciktirilmesi uzun bir taksit dönemine yayılması, karşılığın tam olarak alınamaması ve en önemlisi idarelerin mal, hak ve alacaklarının haczedilememesi (Kamulaştırma Kanunu Geçici m 6/11) nedeniyle, İnsan Hakları Mahkemesine başvurular gündeme gelecektir.

(61) Meral / Türkiye, Başvuru no: 2002/33446 ; Karar tarihi: 27.12.2007, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, Sayı: 75, s. 457 vd.

(62) 40687/98, Gülizar Öz/ Türkiye davası Karar Tarihi:1.7.2004.

(63) Rabia Tan ve Diğerleri /Türkiye davası, 8095/02, 31.01.2008.

(64) Gemalmaz, s. 549 ve özellikle 550

(65) Gemalmaz, Burak, s. 519 vd.

(66) Ölçülülük ilkesi de üç alt ilkeden oluşmaktadır. Bunlar, elverişlilik, gereklilik ve oranlılıktır. Bir hak ve hürriyeti sınırlamak için kullanılan aracın, yani kanunun, sınırlama amacını gerçekleştirmeye bakımından uygun olması elverişlilik ilkesini; kanun

koyucunun öngörülen amacı gerçekleştirebilmek için temel haklara getireceği sınırlamanın zorunlu olması gereklilik ilkesini; amaç ile aracın birbirine karşı ölçüsüz olmaması gereği de oranlılık ilkesini ifade eder, Tuğrul, Saim, Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması, İstanbul, 2004, s. 107-108.

(67) Gemalmaz, s. 521, 618.

(68) Gemalmaz, s. 542

(69) Özellikle Sporong ve Lönnroth/İsveç Kararı bu hususta önemli bir emsal niteliğindedir. Bu Kararın içerik ve yorumu hakkındaki detaylar için bk. Dinç, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 124, 2007, Ankara, s. 37-45

(70) Dinç, s. 126-142 arasında imar hukuku alanında imar planları ile ilgili verilmiş birçok Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı vardır. Ayrıca bk. Sarı, H. Gürbüz, Mal Varlığı Haklarının Korunması, 2006, İstanbul, s. 93-95.

(71) Hakan Arı / Türkiye davası, Başvuru No: 13331/07, Karar Tarihi:11.1.2011.

(72) Ziya Çevik / Türkiye davası, Başvuru No: 19145/08, Karar Tarihi: 21.6.2011.

(73) Hüseyin Kaplan /Türkiye davası, Başvuru No: 24508/09, Karar Tarihi:1.10.2013.

(74) "Devam eden bir durum" kavramı, Devlet tarafından veya devlet adına gerçekleştirilen ve devam eden eylemlerden kaynaklanan ve başvuranın mağduru olduğu bir durumu ifade etmektedir. Bu tür bir durum devam ettiği müddetçe, altı ay süre kuralı uygulamaya olanağı bulamamaktadır", Mahkeme Kararı gerekçesinden.

(75) <http://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=94>

(76) Benzer bir uygulama 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m 12 de yapılan değişiklikle getirilmiştir. Söz konusu değişiklik hükmünde "Belediyelerin ve il özel idarelerinin görev alanlarında kalan kültür varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi amacıyla kullanılan mak üzere 29.7.1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nun 8 inci ve 18 inci maddeleri uyarınca mükellef hakkında tahakkuk eden emlak vergisinin % 10'u nispetinde Taşınmaz Kültür Varlıklarının Korunmasına Katkı Payı tahakkuk ettirilir ve ilgili belediyesince emlak vergisi ile birlikte tahsil edilir" (5835 - 4.2.2009 /m1) denilmektedir.

## Vergi davasının hukuki niteliği

### Av. Niyazi Sinan Doğan

2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanun'un "Değiştirilen Deyimler" başlıklı 13. Maddesi vergi mahkemelerinin göreve başlamasıyla bu mahkemelerin görev alanına giren konularla ilgili olarak diğer kanunlarda yer alan:

**a)** İtiraz Komisyonu, Vergiler Temyiz Komisyonu, Gümrük Hakem Kurulu deyimleri, Vergi Mahkemesi,

**b)** Vergi ihtilafı deyimi, vergi davası,

**c)** İtiraz deyimi, vergi mahkemesinde dava açılması anlamını taşır" biçimindedir.

2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri Ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesinde ise "İdari dava türleri şunlardır:

**a)** İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,

**b)** İdarî eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları

**c)** (Değişik: 4492 - 18.12.1999) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar,

**2.** İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.

**3.** Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya yaptığı işlemler idari yargı denetimi dışındadır." demektedir.

Yukarıda sözü edilen yasa maddeleri okunduğunda, zihinde idari dava türleri arasında "vergi davası" diye bir dava türü olup olmadığı sorusu beliriyor kuşkusuz. Bu konu tartışmalı bir konu olmakla beraber, "Türk Hukuku" açısından idari dava türlerinin neler olduğu sorusuna İYUK 2. madde hükmüne göre yanıt vermek daha makuldür. Zira vergi mahkemelerindeki yargılamayı düzenleyen temel usul yasası da İYUK'tur. Gerçi, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İle Vergi Usul Kanunu'nun Uygulanacağı Haller" başlıklı İYUK maddede 31:

**1.** "Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi ehliyeti, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak "işlemler ile elektronik işlemlerde" Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme

veya hâkim tarafından re'sen yapılır.”

**2.** “Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.” demek suretiyle, İYUK’nun ve atıfta bulunduğu HMK hükümlerinin boşlukta bıraktığı hususlarda, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanunu’nun ilgili hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Ancak İYUK bu hükümde de sanır ki “vergi uyuşmazlıkları” derken ayrı bir dava türünden söz etmemektedir. Zira İYUK pek çok maddede çeşitli konulardan doğan uyuşmazlıklardan söz etmekte hatta bunlar için farklı yargılama usullerini de düzenlemektedir. Mesela İYUK maddede 20/A’da “İvedi Yargılama Usulü” başlığı altında yapılan düzenlemeler, İYUK 20/B’de “merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü” başlığı altında yapılan düzenlemeler” bu konuda dikkat çekicidir. Bu düzenlemelerin hiçbirisi bu konudaki uyuşmazlıkları ayrı dava türleri haline getirmemektedir.

Mevzuattaki bu düzenleme biçimine rağmen, uygulamacıların genelinde vergi davalarının tam olarak “iptal davası” ya da “tam yargı davası” olmadığı, kendine özgü bir dava türü olduğu şeklinde düşünme eğilimi sezilmektedir. Ve bizce de -hukukun doğru ya da yanlış- uygulamadaki gerçek budur. Burada olması gereken ile olan arasında açık bir ayırım vardır. Doktrinde “iptal davası” olduğu görüşünü şiddetle savunanlar olduğu gibi , “tam yargı davası” olduğu görüşünü şiddetle savunanlar, yine yukarıda belirttiğimiz şekilde “kendine özgü bir dava türü” olduğunu savunanlar bulunmaktadır. Bunun yanında vergi uyuşmazlıklarının genelinen iptal davası niteliğinde olduğu , tahakkuk tahsile bağlı vergilerle ilgili uyuşmazlıklarda ise “tam yargı davasının” söz konusu olacağı yönünde bir görüş de mevcuttur.

Kişisel görüşümüze göre, vergi ile ilgili bir uyuşmazlığın, iptal davasına konu olması daha olağan olmakla birlikte, elbette

tam yargı davasının açılmasını gerektiren uyuşmazlıklar da ortaya çıkabilir. İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakkı doğrudan zarar gören kişi, zararının idarece tazmini için bir tam yargı davası açabilir ve bu idari işlem vergisel bir işlem de olabilir(1). Ancak bu halde de uyuşmazlığın her zaman, 2576 sayılı yasanın vergi mahkemelerinin görevini düzenleyen 6 .maddesi hükmünün sınırları içerisinde kalmayabileceğini de söylemeliyiz(2). Asıl tartışma klasik anlamda vergi davası kabul edilen ve uygulamada “vergi ve cezasının terkinini”, “vergi ve cezanın iptali” “verginin kaldırılması”, “cezanın kaldırılması” “vergiye , zam ve cezasına itiraz”, “tarhiyatın iptali” ve benzeri şekillerde formüle edilerek vergi mahkemeleri önüne getirilen özü itibarıyla vergilendirme işlemlerinden “tarh işlemi”ne karşı açılan davanın niteliğidir.

Peki tarh işlemine karşı açılan bu davanın türü , uygulama açısından niye önem taşımaktadır? Açıklamaya çalışalım:

- 1.** Dava, iptal davası ise ya dava reddedilir ya da dava konusu işlemin iptaline karar verilir. İşlemin iptal edilmesi geçmişe etkili sonuç doğurur ve işlem yapıldığı andan itibaren hukuk hayatından tüm sonuçları ile birlikte silinir.
- 2.** Dava tam yargı davası ise kişisel hakkın ihlali nedeniyle açılır, hak iade edilir veya tazminata karar verilir.

Türk İdare Hukuku’nda tam yargı davaları asıl olarak tazminat davalarıdır. Gerçi tam yargı davalarına ilişkin mevzuat hükmünü lafzı ile kabul ederseniz tam yargı davasındaki taleplerin neredeyse herhangi bir sınırı yoktur ama idare mahkemeleri çok sayıda talebi “idari dava konusu olamayacağı” gerekçesiyle reddetmektedir. Her halükarda, ayrı bir iptal davası kavramı var olduğuna göre, tam yargı davası ile işlemin iptaline karar verilemez. İşlem yapılmış ya da eylem gerçekleşmiş ve kişisel hakkı ihlal etmiş, zarar vermiştir. Koşulları bulunduğu, aynı işleme karşı iptal ve tam yargı davaları birlikte açılabilir.

Tarha karşı açılan iptal davasında (istisnalar hariç işlemin yürütmesi duracağından) iptal kararı verilmesi halinde zaten zarar doğmamış olacak ve bir tam yargı davasına zaten gerek olmayacaktır. İstisnai durumlarda, mesela beyana dayanan tarhiyat yapılmış ve buna karşı dava açılmasına rağmen bir yürütmeyi durdurma kararı verilmemiş ve vergilendirme son aşamasına kadar tamamlanıp tahsilat gerçekleşmiş ise, yine tarh işlemine karşı açılmış iptal davasında "iptal" kararı çıktığında; tahsil edilen vergi iade edilecektir. Bu esasen bir tazmin değil, "iptal kararının uygulanması"dır. Ancak mahkemenin iptal kararının, hukuka aykırı biçimde (mesela gecikerek) uygulanması bir tazminat (tam yargı) davası konusu olabilir. Dolayısıyla, "tarh işlemine" karşı açılan davanın iptal davası niteliğinde olması gerekir. Ancak uygulamada vergi davası dediğimiz davalar teorinin ve mevzuatın sınırlarını zorlamaktadır.

Uygulamada tarh işlemine karşı açılan bir davada, vergi mahkemelerimiz tarhiyatın kısmen terkinine karar vererek; ödenecek verginin miktarını, dava konusu tarhiyat miktarını aşmadan, kendileri tayin edebilmektedir. Gerçekte İYUK ile hiç bağdaşmayacak şekilde mahkeme, mükellefin vergi borcunun tarhiyattaki kadar olmadığını, daha az bir miktarda olduğunu belirtmektedir. Bu özel hukuktaki menfi tespit davasını çağrıştıran bir uygulamadır. Çünkü İdare Hukuku'nda, "iptal davasında" işlem iptal gerektirecek derecede hukuken sakat görülür ise tümüyle iptal edilir ve hukuk alanından ayıklanarak atılır. Bu hukuk devleti açısından olmazsa olmazdır. Bir başka bakış açısıyla, "kısmen terkin biçimindeki karar"; mahkemenin tarh işlemine hukuka aykırı bulup iptal etmesi ve ardından vergi idaresi yerine geçerek, kendisinin yeni bir tarhiyat yapması anlamına gelebilir ki; bu hiç kabul edilemeyecek bir durumdur. Bilindiği gibi hukukumuzda İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Mahkemeler idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini

kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler.

Mahkemenin, dava konusu tarhiyatı aşmayacak şekilde ödenecek verginin miktarını belirlemesi (tarhiyatı kısmen kaldırması), bir tam yargı davası ile mümkün müdür? Yukarıda belirttiğimiz şekilde hukukumuzda tam yargı davaları esasen kişisel hakkı ihlal edilenlerin açtığı, hakkın yerine getirilmesi amaçlı davalardır. Uygulamada tam yargı davası genellikle tazmin davaları olarak gelişmiştir. İdare/ Vergi Mahkemeleri ve Danıştay genellikle "tam yargı" davasını, talebe ilişkin olarak sınırları çok geniş davalar biçiminde yorumlamamaktadır. Buna rağmen tam yargı davasının sınırlarını net olarak söyleyebilmek de güçtür. Fakat -yukarıda da değindiğimiz gibi- tam yargı davası işlemin iptali sonucuna yönelik bir dava olmamalıdır. Çünkü o talebe iptal davasına hastır. Bu durumda tarhiyatın kısmen iptali biçimindeki bir karar tam yargı davası ile de verilemez. Bu durumda uygulamada, vergi mahkemesinin bazen vergi idaresi yerine geçerek tarhiyat yaptıklarını kabul eden görüş sanırız doğrudur.

İşte asıl sorun bu noktada başlamaktadır. Eğer teoriye ve mevzuata sıkı sıkıya bağlı davranılmaya çalışılırsa, pek çok tarhiyat tamamen iptal edilecek ve yargı kararı ile soruna son nokta konmamış olacak; vergi daireleri tekrar tarhiyatlar yapacak, tekrar davalar açılacaktır. Bu arada pek çok kamu alacağı belki zamaşaşımına uğrayacaktır. Eğer mevzuatın sınırları mevcut durumda olduğu gibi zorlanmaya devam ederse, "hukuk devleti ilkesi" yara alacak, idare özensizce tarhiyat yapmaya devam edecek ve gerçek anlamda etkili bir yaptırımla karşılaşmayacaktır.

Bu sorunun giderilmesi için yasal düzenleme yapılması gerekmektedir. Ancak henüz gerekli yasal düzenleme yapılmadığına göre; her zaman için pratikliği değil, "hukuk devleti ilkesini" öncelikle korunması gerekli değer kabul etmek gerektiğini düşünmekteyiz.

### **Sonnot:**

(1) Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun E. 1990/12, K. 1990/61 sayılı, 30.11.1990 tarihli kararına konu olay, vergi ile ilgili bir uyumsuzluğun tam yargı davasına konu olabileceğine sanınız güzel bir örnektir. Kararın bir kısmını aktarmayı yaralı görüyoruz. "...Türhal Vergi Dairesi Müdürlüğü'ne gelir (stopaj) vergisinden dolayı borçlu bulunan ve borcunu ödemeyen Kuruma ait muhtelif iş makinası ve araçlarının haczedilerek, 2.5.1985 tarihinde ihale yoluyla satıldığı, satıştan kısa bir süre sonra bir başka borçlusunun istemi üzerine iflasına karar verilen Kurumun tasfiye işlerini yürütmekte olan iflas idare memurluğunca izlenen dava ile satışın iptali istendiği ve Danıştay 4. Dairesi'nce de onaylanmak suretiyle kesinleşen kararla, borçlunun menfaatleri yeterince gözetilmeden yapıldığından bahisle satış işleminin iptaline karar verildiği tartışmasızdır. Satış işleminin iptaline ilişkin karar, vergi idaresinin yol açtığı hukuka aykırılığın kapsamını da çizmektedir. Bir başka anlatımla, Kurumun bu nedenle uğradığı zarar, satış işlemi hukuka uygun yürütülmüş olsaydı bulunacağı durum ile yapılan satış nedeniyle bulunduğu durum arasındaki farktan ibarettir. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un, cebren tahsil ve takip yollarını düzenleyen hükümlerinde yer alan ödeme emri, haciz, satış gibi işlemler birbirinden bağımsız nitelikte idari işlemlerdir. Bu işlemlerden birinin yargı yerince iptaline karar verilmesi, o işlemde önceki işlemlerin geçerliliğini etkilemez.

Olayda kesinleşmiş ve vadesi geçtiği halde ödenmemiş gelir (stopaj) vergisi borçları nedeniyle kuruma ait menkuller haczedilmiş, hacizlerin kesinleşmesi üzerine tahsil aşamasına gelinmiş ve menkuller ihale yoluyla satılmış olduğuna göre yargı yerince, satış işleminin hukuka aykırı olduğunu belirleyen ve temyiz mercisine onanın satış iptali kararı, bu işlemlerden önceki kesinleşmiş hacizlerin varlığı gerçeğini etkilemeyecektir. Satıştan önceki durum bu olduğuna göre Kurumun, hukuka aykırılığı sabit satıştan doğan zararı, menkullerin 2.5.1985 tarihindeki değeri ile vergi dairesine olan haciz konusu kesin borçları arasındaki farktan ibarettir.

Tazminat davası açılmadan önce kurum tarafından Hukuk Mahkemesinde açılan tespit davası sırasında yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda satış konusu menkullerin, 3.5.1985 tarihindeki değerinin 65.750.000 lira olduğu saptanmıştır. Satış işlemi, kurumun, menkullerin 20.300.000 Türk Lirası'na satılması; vergi idaresince borçlunun menfaatlerinin yeterince gözetilip, mahcuz menkullerin satışı ile ilgili duyuruların muhtemel alıcıların çıkabileceği büyük

yerleşim yerlerinde de yapılması yoluna gidilmemiş olması nedeniyle iptal edildiğinden, sadece satış bedelinin idadesi Kurumun zararını giderici nitelik taşımamaktadır.

Satış tarihinden, satışın iptali hakkındaki kararın kesinleştiği tarihe kadar geçen süre içinde paranın aşınmamasından dolayı Kurum yönünden uğranılan zararın ise Vergi Usul Kanunu'nun, yükümlülerin vergi borçları için paranın aşınması karşılığı olarak öngördüğü gecikme faizi ölçü alınarak hesabı hakkaniyete uygun görülmektedir. Bu açıklamalar karşısında satış işleminin iptali dolayısıyla kurumun uğradığı zarar, menkullerin satış tarihindeki değeri olan 65.750.000 liradan, Kurumun haciz konusu borcunun toplamı hesaplandıktan sonra indirilmesinden arta kalan meblağın, satış tarihi ile satışın iptali kararının kesinleştiği tarihe kadar geçen süre için Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddesine göre hesaplanacak gecikme faizi tutarında bir miktarın eklenmesi suretiyle bulunacak miktarla sınırlıdır. Satıştan 54 gün sonra başka borçluların baskısıyla iflasına karar verilen Kurumun, diğer gerçek ve tüzel kişilere olan borçlarını gösterir belgelerin incelenmesinden, satış işleminde hukuka aykırılık yapılmıyaydı dahi menkullerin 2.5.1985 tarihindeki değeri göz önüne alındığında Kurumun, satıştan artakalan bakiye ile iflastan kurtulamayacağı anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle, satıştan önce de üzerinde kesinleşmiş hacizler bulunan taşınır malların yeniden satın alım bedeli ve satıştan dolayı üretim araçlarından yoksun kaldığı, bu yüzden çalıştırılmadığı ileri sürülen fabrikanın on sekiz ay süre ile mahrum kaldığı varsayılan kazancından oluşan 517.194.000 Türk Lirası'nın kurum lehine tazminat olarak hüküm altına alınmasında yasaya uygunluk görülmemiştir. Sivas Vergi Mahkemesi'nin 13.11.1989 günlü ve E:1989-210, K:1989-303 sayılı ısrar kararının, yukarıda yazılı hukuksal durum göz önüne alınarak ödenmesi gereken tazminat miktarı hesaplanmak suretiyle yeniden bir karar verilme üzere bozulmasına 30.11.1990 gününde oy çokluğu ile karar verildi.

(2) Özellikle vergi idaresinin "hizmet kusuru" nedeniyle vereceği bir zarara karşı açılacak tam yargı davasında görevli mahkemenin vergi mahkemesi mi, İdare Mahkemesi mi olması gerektiğini dikkatle değerlendirmek gerekir. Zira genel görevli mahkeme idare mahkemeleri olup, vergi mahkemelerinin görevi özel hükümlerle sınırlanmıştır. Bu düzenlemeler nedeniyle, "vergiye ilişkin" her uyumsuzluğun vergi mahkemeleri önünde görülmeyeceğini de hatırlatmakta fayda vardır.

# İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından yapılan ödemelerin yasal mal rejiminin tasfiyesindeki durumu

Av.Şevket Güney - İstanbul Barosu

## 1. Genel bakış

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından yapılan ödemelerin yasal mal rejiminin tasfiyesindeki durumu konulu çalışmada, 22.11.2001 kabul ve 01.01.2002 yürürlük tarihli, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun hukukumza getirdiği yasal mal rejiminin tasfiyesi açısından doktrin, tartışmalar ve ilgili Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Bilindiği üzere, 22.11.2001 kabul ve 01.01.2002 yürürlük tarihli, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun dördüncü bölümünde eşler arasındaki mal rejimi konusunu ele alınmıştır. 4857 Sayılı İş Kanunu da 22.05.2003 tarihinde kabul edilmiş, 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 506 sayılı ve 17.07.1964 kabul tarihli, Sosyal Sigortalar Kanunu, 29 - 30 - 31.07.1964 - 01.08.1964 tarih ve 11766 - 11779 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu 31.05.2006 kabul tarihli, 16.06.2006 tarih ve 26200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5510 sayılı kanun'un değişik 106. maddesi ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 142, 143, Ek 36. madde, Geçici 20, 81, 87. maddeleri hariç yürürlükten kaldırılmıştır. Yerine gelen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ise tüm devam eden tartışmaları ile birlikte, 31.05.2006 tarihinde kabul edilmiş, 16.06.2006 tarih ve 26200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, yasanın 108. maddesinde yer alan "01.01.2007" ibaresi, 09.05.2007 tarihli ve 5655 sayılı kanun'un 1. maddesiyle "01.01.2008" olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir. Daha sonra, 28.12.2006 tarihli ve 26740 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de

yayımlanan, 14.12.2007 tarihli ve 5724 sayılı 2008 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun 28. maddesiyle "01.01.2008" ibaresinin "01.06.2008" olarak uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

İncelemede, öncelikle yasal mal rejimi üzerinde durulacak, ardından iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açısından yapılan ödemelerin neler olduğu belirlenip, buralardan gelen gelirlerin yasal mal rejimi tasfiyesindeki durumu doktrin ve uygulama açısından irdelenmeye çalışılacaktır.

## 1. BÖLÜM

### Mal rejimi ve tasfiye

#### I. Mal rejimi

Mal rejimi kavramı ile önceleri evliliğin genel hükümleri kapsamında değerlendirilen Mal Varlığı Hukuku kastedilmekteydi. Bu anlamda eşlerin bakım ve giderlere katılma yükümlülüğü, evlilik birliğinin temsili ve eşlerin birbirleri ile yaptıkları hukuki işlemler mal rejiminin konusunu oluşturmaktaydı(1). Bugün aile kurumu önemini sosyokültürel ve politik sebeplerle korusa da, aile ve iş hayatı Orta Çağ'daki gibi birliktelik arz etmemekte, modern toplumda aile ve iş hayatı birbirinden ayrı olarak değerlendirilmekte ve ikisinin birbiriyle ilişkisi tarafların aile birliğine ilişkin yükümlülükleri açısından gündeme gelmektedir. Bu tespit gelişmiş endüstri toplumlarında büyük ölçüde geçerli olsa da Türkiye gibi gelişmekte olan toplumlarda henüz bu ölçüde geçerlilik kazanmamıştır(2). Ailenin zaman içerisinde değişimine paralel olarak, aile hukukunda da değişiklikler gerçekleşmiştir. Bunun sonucunda mal rejimi hukuku evlilik birliğinin eşlerin mal varlığı üzerine yaptığı etkileri özellikle eşlerin mülkiyet, idare yararlanma ve tasarruf

yetkilerine, evlilik birliğinin sona ermesinde malların paylaşımını ve bu mal varlığı değerleri ile üçüncü kişilerin ilişkilerini konu alır(3).

Mal rejimi denince, eşlerin evlilik birliğinden önce ve/veya evlilik birliği devam ederken sahip oldukları mal varlıkları üzerindeki hak ve yükümlülüklerini, sorumluluklarını ve sona erme halinde mal varlığı değerlerinin akıbetini düzenleyen kurallar bütünü olduğu anlaşılmalıdır(4). Mal rejimi, evliliğin, boşanma, iptal, ölüm gibi nedenlerle sona ermesinde tarafların sahip oldukları malları nasıl paylaşacakları konusunda yaptıkları sözleşme biçimine de denilebilir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndan önce yürürlükte olan Türk Kanunu Medenisi'nde üç tür mal rejimi kabul edilmişti. Bunlar; mal ayrılığı, mal birliği, mal ortaklığıdır. Yeni Türk Medeni Kanunu'nda yer alan mal rejimleri ise; edinilmiş mallara katılma rejimi (218 – 241. maddeler), mal ayrılığı rejimi (242 - 243. maddeler), paylaşmalı mal ayrılığı rejimi (244 – 255. maddeler) ve mal ortaklığı rejimi (256 - 281. maddeler) dir. Eşler, kanunun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden başlayarak bir yıl içinde, başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, kanunun yürürlük tarihinden itibaren yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi seçilmiş sayılmıştır.

### **A) 01.01.2002 tarihinden önce evlenen eşlerin durumu**

Eşler, 01.01.2003 tarihine kadar yasal mal rejimlerinden birini seçmemişlerse, 01.01.2002 tarihine kadar elde edilen malvarlıkları, yürürlükten kalkan Medeni Kanuna göre yasal mal rejimi olan "mal ayrılığı" rejimine, 01.01.2002 tarihinden sonra elde edilen malvarlıkları ise yürürlüğe giren 4721 Sayılı Medeni Kanun'daki "edinilmiş mallara katılma rejimine" tabidir.

### **B) 01.01.2002 tarihinden önce açılmış ve kesinleşmemiş evliliğin iptali veya boşanma davası olması durumu**

Mevcut bir dava var ise, dava sonuçlanana kadar tabi oldukları mal rejimi yani, yürürlükten kalkan Medeni Kanun'a göre "mal ayrılığı rejimi" (başka bir mal rejimi seçmemiş iseler) olacaktır. Dava, evliliğin iptali ve boşanma ile sonuçlanmış ise, tabi olmaya devam ettikleri mal rejimi uygulanmıştır.

Dava ret ile sonuçlanmış ise, eşler kararın kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde başka mal rejimi seçmedikleri takdirde kanunun yürürlük tarihinden geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar.

### **C) 01.01.2002 ve sonrasında yapılan evliliklerde durum**

Mal rejimi sözleşmesi yapılmamış veya evlenme töreni sırasında yazılı olarak başvurulmamış ve seçimlik mal rejimlerinden biri seçilmemiş ise, eşler yasal mal rejimi olan "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi"ne tabi olacaklardır.

## **II. Yasal mal rejimi**

Yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir. 4721 sayılı Medeni Kanunu'nun 202. maddesinde, "Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır" denmekte olup, eşler mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebileceği hükmü getirilmiştir. Gümüş, Yasal mal rejimi olan "edinilmiş mallara katılma rejimi" değişimi yerine "edinimlere katılma rejimi" olarak kullanılmasının daha uygun olacağı düşüncesindedir(5). Yasal Mal Rejimi, eşlerin aralarında akdettikleri bir mal rejimi sözleşmesiyle kanunda öngörülen mal rejimlerinden birini seçmedikleri sürece, Kanun Koyucu tarafından bir "varsayım" olarak seçmiş oldukları mal rejimidir. MK madde 202'de tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğindeki "eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır" hükmü karşısında Türk Hukuku'nda yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir. Yasal mal rejimi, kanun koyucunun bakış açısından, eşlerin menfaatlerini dengeleyen en uygun çözümü yansıtmaktadır(6).

### **A - Edinilmiş mallar**

Edinilmiş Mallar, kavramı Medeni Kanunda "Edinilmiş Mallara Katılma" başlığı altında ayrı bir ayırım yapıldıktan sonra, mülkiyet ve kapsamını MK 218. maddede, edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsadığı belirtilmiştir. Edinilmiş mallar, MK 219. madde, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri olduğu belirtilmiştir. Bir eşin edinilmiş malları özellikle medeni kanunumuza göre birincisi çalışmasının



karşılığı olan edinimler, ikincisi sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, üçüncüsü çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, dördüncüsü kişisel mallarının gelirleri, beşincisi ise edinilmiş malların yerine geçen değerlerdir.

### **B) Kişisel mallar**

Kişisel mallar, MK. 220. maddede Kanuna göre birincisi eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, ikincisi mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, üçüncüsü manevî tazminat alacakları, dördüncüsü ise kişisel mallar yerine geçen değerlerdir.

### **C) Sözleşmeye göre**

Sözleşmeye göre durum ise Medeni Kanun 221. maddesinde, eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler, hükmünü getirmiştir. Ayrıca eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını da kararlaştırabilmektedirler.

## **III. Mal rejiminin tasfiyesi**

### **A) Amaç**

Mal rejiminin tasfiyesinin amacı, işbölümü nedeniyle evlilik birliğinde ortaya çıkan ekonomik adaletsizliği gidermek ve bunu yaparken de ev işlerini ve çocuk bakımını üzerine alan eşin evlilik birliğindeki emeğini değerlendirmektir. Bu genel amacın gerçekleştirilmesi edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ile gerçekleşecektir. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ile ilk önce eşlerin evlilik birliğinin devam ettiği sürece edindikleri mallarının tespit edilip ayrılması ve akabinde de birbirlerinden olan artık değer alacakları değer artış paylarının hesaplanması amaçlanmaktadır.

### **B) Tasfiye (MK. madde 225)**

Eğer evlilik birliği yani yasal mal rejimi, eşlerden birinin ölümüyle sona ererse mal rejiminin tasfiyesi, mirasın tasfiyesini de

etkileyeceğinden öncelikli olarak yapılması gerekmektedir(7). Mal rejiminin tasfiyesi, mal rejiminin sona ermesi ile gerçekleşir. Sona erme anı MK. madde 225'te, mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona erer ve Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığının geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer hükmü getirilmiştir.

Zaman aşımı açısından bakıldığında, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, "Bu konuda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava on senelik müruru zamana tabi olduğunu, hükmündeki (her dava) sözcüklerini bütün alacaklar tarzında anlaşılması gerektiğini, zamanaşımının başlangıcının da mal rejiminin sona erdiği tarih olduğunu, Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı" kararını vermiştir(8).

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, bir diğer kararda da "Zaman aşımının başlangıcı mal rejiminin sona erdiği tarihtir. Türk Medeni Kanunu'nun genel nitelikli hükümler kenar başlığını taşıyan maddesi uyarınca Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Olayda, on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Davalının zaman aşımı definin reddi ile işin esası hakkında gösterilecek deliller toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir." kararını vermiştir(9).

Aşağıda, medeni kanunumuzun 225 ve devamı maddelerde, Yargıtay kararları ile birlikte, tasfiyenin hangi durumda nasıl yapılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

### **a) Malların geri alınması ve borçlar (MK. madde 226)**

Malların geri alınması ve borçlar başlıklı MK. madde 226 maddesinde genel olarak, her eşin, diğer eşte bulunan mallarını geri alabileceği, tasfiye sırasında, paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden biri kanunda öngörülen diğer olanaklardan yararlanabileceği gibi, daha üstün bir yarar olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebileceği, eşler

karşılıklı olarak borçları ile ilgili düzenleme yapabileceği düzenlenmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, "Davacı eşyaların aynen iadesini, bunun mümkün olmaması halinde tespit edilecek bedellerinin davalıdan yasal faiziyle tahsilini istemiştir. Eşyalar aynen davacıya iade edilmeyip, bedellerinin ödenmesi söz konusu olabilecektir. Bu bakımdan kabul edilen eşyaların değerlerinin ayrı ayrı kararda gösterilmesi gerektiği gibi, aynen iadesinin mümkün olmaması halinde bedele hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır." kararını vermiştir(10).

### **b) Değer artışı payı (MK. madde 227)**

Değer artışı payı hususunda ise MK. madde 227'de eşlerden biri diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur ve bu alacak o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanacağı; bir değer kaybı söz konusu olduğunda ise katkının başlangıçtaki değerinin esas alınacağı, böyle bir malın daha önce elden çıkarılmış olması hâlinde ise hâkim, diğer eşe ödenecek alacağı hakkaniyete uygun olarak belirleyeceği, eşlerin, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebileceği düzenlenmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi(11), edinilmiş mallara katılma rejimi, değer artış payının belirlenmesi, katkı ve değer artış payı alacağı ve mal rejiminin tasfiyesi konularında verdiği kararında özetle; Davacının ziynetlerinin satılmak suretiyle davaya konu aracın edinilmesine katkıda bulunduğu kanıtlandığı, araç, evlilik birliği sırasında taraflar arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli bulunduğu dönemde edinilmiş olduğu, Mahkemece, araç ve ziynetlerin katkı tarihindeki değerleri belirlenip davacının katkı oranının tespiti, daha sonra aracın tasfiye tarihindeki değeri esas alınarak değer artış payının belirlenmesi gerektiği, değer artış payı ve katılma alacağı hesabında tasfiye tarihinin boşanma ve mal rejiminin sona erdiği tarih olmayıp,

tasfiye veya değer artış payına yönelik açılmış bulunan davanın karar tarihi olduğu gözönüne alınması gerektiği gerekçesiyle bozma kararını oybirliğiyle vermiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi(12) bir başka kararında; "Davacının, davalıya ait arsa üzerine inşa edilen evin yapı-mına katkıda bulunduğu gerçekleşmiştir. Davacının, eşin ve çocukların işe yükümlülüğü de gözetilerek, geli-rinden sağlayabileceği katkının, gerektiğinde birlikişinde bu konuda görüş de alın-mak suretiyle oran olarak tespiti, belirlenen bu orana göre davacının katkısı oranında alacağının malın tasfiye sırasındaki değeri esas alınarak hesaplanması istek de göze-tilerek hasil olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekir." kararını vermiştir.

### **c) Eşlerin paylarının hesaplanması ile ilgili kişisel malların ayrılması (MK. madde 228)**

Eşlerin paylarının hesaplanması ile ilgili kişisel malların ve edinilmiş malların ayrılması hususunda MK. madde 228'de eşlerin kişisel malları ile edinilmiş malları, mal rejiminin sona ermesi anındaki durumlarına göre ayrılacağı, eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya iş gücünün kaybı dolayısıyla ödemiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradin peşin sermaye değerine (PSD) çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılacağı düzenlenmiştir.

Madde için bir örnek vermek gerekirse; 40 yaşında Bay A ile 30 yaşındaki Bayan B 1995 yılında evlenmişlerdir. 1997 yılında A haksız fiile maruz kalıp %100 çalışma gücünü kaybetmesi dolayısıyla 28.000 TL tazminat almıştır. Eşler 2002 tarihinde geçmişe dönük olarak edinilmiş mallara katılma rejimi sözleşmesi yapmışlar ve 2003 tarihinde de boşanma davası açılıp sonuçlanmıştır. 28.000 TL'nin tamamı edinilmiş mal sayılmayacaktır. Bay A boşanma davasının açıldığı tarihte 48 yaşındadır. Bay A, 1931 yılı PMF Tablosu'na(13) göre daha 22

yıllık (ortalama) yaşam süresine sahiptir. Dolayısıyla boşanma sonrasına tekabül edecek kısım yani 22 yıla tekabül eden 22.000 TL kişisel mal sayılarak paylaşım dışı kalacak, evlilik yıllarına tekabül eden 6.000 TL edinilmiş mal olarak paylaşımına tabi olacaktır. 6.000 TL üzerinde eş yarıya yarıya katılma payına sahiptir(14).

#### **d) Eklenecek değerler (MK. madde 229)**

Eklenecek değerler ile de MK. madde 229'da edinilmiş mallara değer olarak, birincisi eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmaların eklenebileceği, ikincisi bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirlerin eklenebileceği, ayrıca bu tür kazandırma veya devirlere ilişkin uyumsuzluklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği hükmü getirilmiştir.

#### **e) Kişisel mallar ile edinilmiş mallar arasında denkleştirme (MK. madde 230)**

Kişisel mallar ile edinilmiş mallar arasında denkleştirme ile ilgili MK. madde 230'da, bir eşin kişisel mallara ilişkin borçları edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallarından ödenmiş ise, tasfiye sırasında denkleştirme istenebileceği, her borç, ilişkin bulunduğu mal kesimini yükümlülük altına sokacağı, hangi kesime ait olduğu anlaşılamayan borcun, edinilmiş mallara ilişkin sayılacağı, bir mal kesiminden diğer kesimdeki malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunmuşsa, değer artması veya azalması durumunda denkleştirme, katkı oranına ve malın tasfiye zamanındaki değerine veya mal daha önce elden çıkarılmışsa hakkaniyete göre yapılacağı hükmü getirilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu(15), "Somut olayda; taşınmaz ve araç, taraflar arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilmiştir. Bu mallar, yeni rejime kocanın "kişisel malı" olarak girmiştir. Edinilmiş mal değildir. Çalışmayan, herhangi

bir geliri ve kazancı bulunmayan davacı kadının bu malların edinilmesine herhangi bir katkısı kanıtlanamamıştır. Bu nedenle, davacı; katkı payı karşılığı veya değer artış payı nedeniyle davalıdan alacak talebinde bulunamaz." kararını vermiştir.

#### **f) Artık değer (MK. madde 231)**

Artık değer ile ilgili MK. madde 231'de, artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktar olduğu, değer eksilmesinin göz önüne alınamayacağı hükmü bulunmaktadır. Değerin belirlenmesinde sürüm değeri MK. madde 232'e göre mal rejiminin tasfiyesinde malların sürüm değerleri esas alınmaktadır.

#### **g) Genel olarak gelir değeri (MK. madde 233)**

Gelir değeri ile genel olarak MK. madde 233'te bir eşin malik olarak bizzat işletmeye devam ettiği veya sağ kalan eş ya da altsoyundan birinin kendisine bir bütün olarak özgülenmesini istemeye haklı olduğu bir tarımsal işletme için değer artışından alacağı pay ve katılma alacağı, bunların gelir değeri göz önünde tutularak hesaplanacağı, tarımsal işletmenin maliki veya mirasçılarının, diğer eşe karşı ileri sürebilecekleri değer artışı payının veya katılma alacağının, işletmenin sadece sürüm değeri üzerinden hesaplanmasının istenebileceği, değerlendirmeye ve işletmenin kazancından mirasçılara pay ödenmesine ilişkin miras hukuku hükümleri kıyas yoluyla uygulanacağı hükmü getirilmiştir.

#### **h) Özel haller (MK. madde 234)**

Özel haller ile ilgili MK. madde 234'te gerektirdiği takdirde hesaplanan değer, uygun bir miktarda artırılabilir, özellikle sağ kalan eşin geçim koşulları, tarımsal işletmenin alım değeri, ayrıca tarımsal işletme kendisine ait olan eşin yaptığı yatırımlar veya malı durumu özel hallerden sayılacağı belirtilmiştir.

#### **i) Değerlendirme anı (MK. madde 235)**

Değerlendirme anı ile ilgili MK. madde 235'de mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye

anındaki değerleriyle hesaba katılacağı, edinilmiş mallara hesapta eklenecek olanların değeri, malın devredildiği tarih esas alınarak hesaplanacağı belirtilmiştir.

### **i) Artık değere katılma (MK. madde 236)**

Artık değere katılma ile ilgili MK. madde 236'da her eş veya mirasçılarının, diğer eşe ait artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olacağı, alacakların takas edileceği, zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebileceği hükmü bulunmaktadır. Edinilmiş mallarımızın aktifini ve pasifini hesaplarken aktiften pasifi çıkardığımızda kalan miktar artık değer alacağı olacaktır. Artık Değer Alacağı = Değer Artış Payı + Mal Kaçırım İçin İvasız Kazandırma + Denkleştirme Alacağı - Edinilmiş Mallara İlişkin Borçlar'dır.

Her bir eş için ayrı ayrı hesap yapılması gerekmektedir. Buna göre:

- 1) Edinilmiş mallar hesaplanacak
- 2) Varsa değer artış payı hesaplanacak
- 3) İvasız kazandırma hesaplanacak
- 4) Denkleştirme alacağı hesaplanacak
- 5) Edinilmiş mallara yüklenen borçlar hesaplanacak

Tüm bu hesaplar toplandıktan sonra artık değer her eş için ayrı ayrı hesaplanacağı için bu hesap sonucunda iki tane artık değer ortaya çıkacaktır. MK. madde 236'ya göre, her eş veya mirasçıları diğer eşe ait artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olacaktır. Alacaklar takas edilir. Ancak, zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilecektir. Bunun dışında, bu değer üzerinde iki eşin de 1/2 oranında alacağı bulunmaktadır.

### **j) Genel olarak sözleşmeye göre (MK. madde 237)**

Sözleşmeye göre, genel olarak MK. madde 237'de, artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul edilebileceği, bu tür anlaşmaların,

eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedeleyemeyeceği, hükmü getirilmiştir.

### **k) İptal, boşanma veya mahkeme kararıyla mal ayrılığı (MK. madde 238)**

İptal, boşanma veya mahkeme kararıyla mal ayrılığı ile ilgili MK. madde 238'de, mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, kanundaki artık değere katılmaya ilişkin düzenlemeden farklı anlaşmalar, ancak mal rejimi sözleşmesinde bunun açıkça öngörülmüş olması hâlinde geçerli olacaktır.

### **l) Katılma alacağının ve değer artış payının ödenmesi, ödemenin ertelenmesi (MK. madde 239)**

Katılma alacağının ve değer artış payının ödenmesi ve ödemenin ertelenmesi ile ilgili MK. madde 239'da, katılma alacağı ve değer artış payı ayın veya para olarak ödenebileceği, aynı ödemede malların sürüm değeri esas alınacağı, bir mesleğin icrasına ayrılmış birimler ile işletmelerin ekonomik bütünlüğünün gözetileceği, katılma alacağının ve değer artış payının derhâl ödenmesi kendisi için ciddi güçlükler doğuracaksa, borçlu eş ödemelerinin uygun bir süre ertelenmesini isteyebileceği, aksine anlaşma yoksa tasfiyenin sona ermesinden başlayarak katılma alacağına ve değer artış payına faiz yürütüleceği, durum ve koşullar gerektiriyorsa ayrıca borçludan güvence istenebileceği hükmü getirilmiştir.

### **m) Aile konutu ve ev eşyası (MK. madde 240)**

Aile konutu ve ev eşyası ile ilgili MK. 240'da, sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir; mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemelerin saklı olduğu, sağ kalan eş, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebileceği, haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet

hakki tanınabileceği, sağ kalan eş, miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamayacağı, tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklı olduğu, düzenlenmesi yapılmıştır.

### **n) Üçüncü kişilere karşı dava (MK. madde 241)**

Üçüncü kişilere karşı dava ile ilgili MK. 241. maddede; tasfiye sırasında, borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde, alacaklı eş veya mirasçılarını, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebileceği, dava hakkı, alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlide mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle düşeceği, fıkradaki hükümleri ve yetki kuralları dışında mirastaki tenkis davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanacağı, düzenlenmesi yapılmıştır.

## **2. BÖLÜM**

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından yasal mal rejimi

İncelemenin bu bölümünde iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açısından ikili bir ayırım yapılarak konu ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu nedenle, öncelikle mal rejiminin iş hukuku açısından etkileri, ikinci olarak da mal rejiminin sosyal güvenlik hukuku açısından etkileri irdelenmeye çalışılacaktır.

### **I. İş hukuku açısından yasal mal rejimi**

İş hukukunda, 4857 sayılı Yasa ve 1475 sayılı yasanın yürürlükte bulunan 14. maddesi uyarınca, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai, genel tatil yani dini ve milli günler çalışması, hafta tatili çalışması, yıllık ücretli izin, iş arama iznidir. Ayrıca işe iade davalarında işe kabul olunmama halindeki tazminattır.

### **A) Kıdem tazminatı**

Kıdem tazminatı işçilere tanınmış önemli haklardan biridir. Getirdiği mali yük bakımından da işverenler açısından önemlidir. Bu nedenle yoğun bir şekilde tartışma ve uyuşmazlıklara konu olmaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu yerini 2003 yılında 4857 sayılı İş Kanunu'na bırakmıştır. Ancak 1475 Sayılı İş Kanunu'nun sadece kıdem tazminatına ilişkin 14. maddesi yürürlükte kalmıştır. Dolayısıyla kıdem tazminatı ile ilgili olarak yürürlükten kalkan 1475 sayılı Kanun'un yürürlüğü devam ettirilen 14. maddesi uygulanmaktadır. Bu konuyla ilgili kıdem tazminatı fonu kurulması ve çeşitli tartışmalar 2009 yılında da halen sürmektedir. Kıdem tazminatının işverenler üzerinde ağır bir yük oluşturması yanında pek çok işçinin hak ettikleri tazminatı alamamaları, bunda son günlerdeki ekonomik krizin etkisi, birçok işyerinin işçi çıkarması veya kapanması da söz konusu olmaktadır.

### **a) Kıdem tazminatı kavramı**

Kıdem tazminatı kavramı, ilk kez 12.6.1936 tarihli ve 3008 Sayılı İş Yasası ile çalışma yaşamımıza girmiştir. Kıdem tazminatının ne olduğu konusunda değişik görüşler de ortaya atılmıştır. Bu görüşleri şu başlıklarda özetlemek mümkündür. Birincisi, işçinin yıpranması karşılığı olduğudur. İkincisi, gecikmiş bir ücret olduğudur. Üçüncüsü, işçinin işyerine sadakatının karşılığı olan bir ikramiye olduğudur. Dördüncüsü, iş güvencesini sağlar. 1927 sayılı Yasa gerekçesinde yer alan bu görüşe göre ise de "Kıdem tazminatı müessesesinin işçilerin gelir ve iş güvenliğini sağlayıcı ve keyfi işten çıkarılma işlemlerinin işçi aleyhine doğduğu sonuçları giderici niteliği yanında, güvenli ve gerçek hüviyetli bir sendikalaşma hareketine yardımcı ve hatta büyük katkıda bulunabileceği de günümüzde kabul edile gelen bir gerçektir." Savunanlara göre, kıdem tazminatı ödenecek olması işten çıkarmayı caydırıcı etki yaptığı açıktır. Beşincisi, işsizlik sigortası niteliğinde olduğudur. 931 sayılı yasanın gerekçesinde ise, "Kıdem tazminatı müessesesinin iş hayatına ilişkin sakıncaları yönünden yapılan itirazlar göz önünde tutulmakla beraber henüz işsizlik sigortasının da kurulmadığı göz önünde tutularak bu konunun sözü geçen sigortanın kuruluşu sırasında tekrar ele alınması uygun görülmüştür." Denilmiştir ancak işsizlik Sigortası Yasası çıkarıldığı için son iki görüşün geçerliği artık kalmamıştır.

### **b) Kıdem tazminatının tarihsel gelişimi**

Kıdem tazminatı tarihsel gelişim içerisinde,

3008 Sayılı İş Yasası'nın (12.6.1936 yılında yayımlandı ve bir yıl sonra yürürlüğe girdi) "Fesih Bildirimi" ile ilgili 13. maddesinde "Bütün işçiler hakkındaki fesihlerde, beş seneden fazla olan her tam iş senesi için ayrıca on beş günlük ücret tutarında tazminat dahi verilir." hükmü vardı. Bu hükme göre iş sözleşmesi işçi veya işveren tarafından ne şekilde feshedilirse edilsin kıdemli beş yılı aşmış olması halinde işçiye ödeniyordu. 25.01.1950 tarih ve 5518 Sayılı Yasa ile yapılan bir değişiklik ile işçinin kıdem tazminatı alabilmesi belirli koşullara bağlandı. İşverenin iş sözleşmesini feshetmesi, askerlik veya işçinin belirli koşullara göre feshetmesi gibi sınırlamalar getirildi. Kıdem tazminatına hak kazanma süresi beş yıldan üç yıla indirildi. 08.02.1952 Tarih ve 5868 Sayılı Yasa ile aylık ve toptan ödeme alma halinde de kıdem tazminatına hak kazanılabileceği hükmü geldi. Ancak bu uygulamalar döneminde, Yargıtay, ölüm halinde işçinin mirasçılara kıdem tazminatı ödenemeyeceği ve yan ödemelerin de kıdem tazminatı hesabına dâhil edileceği konularında kararlar verdi.

12.08.1967 tarih ve 3008 Sayılı İş Yasası'nda "kıdem tazminatı" başlı başına bir kavram olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, altı ayı aşan sürelerin bir yıla tamamlanması, işçinin ölümü halinde mirasçılarının kıdem tazminatından yararlanabilmeleri esası getirilmiştir. Bu Yasa ile fikren çalışanlar ve bedenen çalışanlar ayrımı kaldırılmış olduğu için kıdem tazminatından tüm çalışanların yararlanabilmeleri olanağı sağlanmıştır. 3008 Sayılı Yasa 12.11.1970 tarihi itibarıyla, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararı ardından çıkarılan 25.08.1971 Tarih ve 1475 Sayılı yasa ile iptal edilen yasanın getirdiği hükümler korunmuş, kıdem tazminatı süresinin (15 gün) iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile artırılabilmesi hükmü de getirilmiştir. Kıdem tazminatında önemli değişiklikler yapan 1927 sayılı Yasa, 12.07.1975 Tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Yasada kıdem tazminatına hak kazanmak için gerekli kıdem süresi 3 yıldan 1 yıla indirilmiştir. Her tam kıdem yılı için ödenecek tazminat miktarı 15 günden 30 güne çıkarılmıştır. 6 ayı geçen kıdem süresinin 1 yıla tamamlanması şeklindeki hesaplama vazeçilmiştir. Kıdem tazminatına esas olan 30 günlük ücret

tutarının her yıl için dikkate alınacak miktarı günlük asgari ücretin 30 günlük tutarının yedi buçuk katı ile sınırlanmıştır. Kamu kuruluşlarında geçen sürelerin birleştirilmesi ve bu toplam süreye göre kıdem tazminatı ödenmesi hükmü getirilmiştir. Kıdem tazminatı ödenmesi gerektiren nedenler arasında, yasanın 16. maddesinin III. fıkrasında sayılan nedenler de katılmıştır. Kıdem tazminatına esas alınacak ücret tanımlanmıştır. Sabit ve değişken ücretle çalışan işçilerin tazminatlarının hesaplanmasına esas alınacak ücretlerin tanımı yapılmıştır. Kıdem tazminatları için bir fon yasası çıkarılması hükmü getirilmiştir.

### c) Değerlendirme

Sonuç olarak, kıdem tazminatı bir çalışma karşılığı, çalışılan süreye göre işverence ödendiği için Medeni Kanunumuzun 219. maddesi uyarınca çalışma karşılığı olduğu değerlendirilerek evlilik içerisinde olan çalışmalar ile ilgili kısım yönünden edinilmiş mallara dâhil olacağı düşüncesindeyiz.

### B) İhbar tazminatı

Kıdem tazminatı söz konusu olunca ihbar öneli de yani bunun sonucu olarak, ihbar tazminatı da konunun ayrılmaz bir parçası haline gelir. Ancak bu tazminat türü çalışma karşılığı olmadığı, yani ceza mahiyette olduğu düşüncesindeyiz. İşçiye ihbar öneli verilmezse, kanunda belirtilen süre için tazminat ödenmektedir. Bu nedenle, bu tazminat türü çalışma ve emeğin karşılığı olmadığı için edinilmiş malların içerisinde yer alamayacağı düşüncesindeyiz.

### C) Fazla mesai alacağı

Genel olarak, fazla çalışma kavramı 4857 Sayılı İş Kanunu'nda, ücretin ele alındığı üçüncü bölümde, "fazla çalışma ücreti" başlığı altında 41. maddede düzenlenmiştir. Burada fazla çalışma, "kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır." şeklinde tanımlanmıştır. Aynı tanım, 41. madde uyarınca çıkarılan İş Kanunu'na ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği madde 3/I-a'da da tekrarlanmaktadır(16). Medeni Kanun'un 219. maddesine göre edinilmiş mallar her eşin rejimin devamı süresince karşılığını vererek, çalışma ve emek karşılığı edinilen mallar düzenlemesi dikkate alındığında, fazla mesai ücret

alacağıın edinilmiş mallar sınıfına gireceği düşüncesindeyiz.

#### **D) Genel tatil alacağı (Dini ve milli gün çalışmaları)**

Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışma ücreti (madde 47) 2429 Sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'a (19.03.1981 tarih ve 17284 sayılı RG) göre ulusal bayramlar ve genel tatil günleri; Yılbaşı günü (1 gün), 29 Ekim Cumhuriyet Bayramı (28 Ekim günü 13.00'da başlar-1,5 gün), 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı (1 gün), 19 Mayıs Atatürk'ü Anma ve Gençlik Ve Spor Bayramı (1 gün), 30 Ağustos Zafer Bayramı (1 Gün), Ramazan Bayramı (arife günü 13.00'da başlar - 3,5 gün), Kurban Bayramı (arefe günü 13.00'da başlar - 4,5 gün) günlerini kapsamaktadır.

Yeni İş Kanunu'nun "Genel Tatil Ücreti" başlıklı 47. maddesi de, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmayan işçilere, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretlerinin tam olarak ödeneceği, ancak tatil yapılmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücret ödeneceği açıklanmıştır. Kanunun 49. maddesine göre, burada geçen günlük ücret, işçinin çalıştığı günlere göre, bir güne düşen ücretidir. Saat başına çalışanlarda tatil günün ücreti, saat ücretinin 7,5 katıdır. Parça başına, akort, gütürü veya yüzde usulü ile çalışanlarda tatil günün ücreti, ödeme döneminde kazanılan ücretin, aynı süre içinde çalıştığı günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır. Buna göre, genel tatil günlerinde çalışan işçilere çalışmasa da alacağı o güne ait normal ücretine ilâveten, sadece o günkü çalışmasının karşılığı olarak aynı tutarda çalışma ücreti ödenecek, ayrıca fazla çalışma karşılığı %50 ücret zammı ödenmeyecektir(17).

Medeni Kanun'un 219. maddesine göre edinilmiş mallar her eşin rejimin devamı süresince karşılığını vererek, çalışma ve emek karşılığı edinilen mallar düzenlemesi dikkate alındığında, genel tatil çalışması karşılığı ücret alacağıın edinilmiş mallar sınıfına gireceği düşüncesindeyiz.

#### **E) Hafta tatili çalışması**

394 sayılı Hafta Tatili Kanunu (R.G. 21.01.1924 -54), hafta içindeki çalışma süresini 6 gün olarak belirlemiş ve her 6 günlük çalışma

sonucunda işçinin 24 saatten az olmamak üzere dinlendirilmesini hükme bağlamıştır. Buna göre haftanın 6 günü çalışan işçiye 1 gün hafta tatili verilmesi gerekmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 46. maddesinde de, işçilere tatil gününden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları şartı ile 7 günlük zaman dilimi içinde, kesintisiz en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) verileceği belirtildikten sonra, "çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın, o günün ücreti tam olarak ödenir" denilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere hafta tatilinde çalışan işçiye, haftalık çalışmayı 45 saati tamamlayan süre için çalışmaksızın hak ettiği normal ücretine ilâveten "fazla sürelerle çalışma ücreti" olarak %25 zamlı ücret ve bunu aşan "çalışma süreleri" için ise "fazla çalışma ücreti" olarak %50 zamlı ücret ödenir. Yani hafta tatilinde çalışan işçi, normal maaşına ilâveten, bir günlük normal ücretinin 1,25 veya 1,5 katı kadar ücrete hak kazanır (Madde 41)(18). Medeni Kanun'unun 219. maddesine göre edinilmiş mallar her eşin rejimin devamı süresince karşılığını vererek, çalışma ve emek karşılığı edinilen mallar tanımı dikkate alındığında, hafta tatili çalışması karşılığı ücret alacağıın edinilmiş mallar sınıfına gireceği düşüncesindeyiz.

#### **F) Yıllık ücretli izin alacağı**

İşyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir(4857 / 53.md). Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanır ve farklı işleme tabi tutulamaz. Kısmi süreli ya da çağrı üzerine iş sözleşmesi ile çalışanlar iş sözleşmeleri devam ettiği sürece her yıl için hak ettikleri izinleri, bir sonraki yıl izin süresi içine isabet eden kısmi süreli iş günlerinde çalışmayarak kullanır. Yukarıdaki esaslara göre izine hak kazanan kısmi süreli ya da çağrı üzerine çalışan işçilerle tam süreli çalışan işçiler arasında yıllık izin süreleri ve izin ücretleri konularında bir ayırım yapılamaz (Yıllık ücretli izin Yönetmeliği 13.madde )(19). 4857 sayılı Yasanın 53. maddesine göre işçilerin yıllık ücretli izne hak kazanabilmeleri için bir yıllık süreyi tamamlamayı kısmi süreli çalışan işçiler için iş sözleşmesi



süresinin en az bir yıl devam etmesi şeklinde değerlendirilmesi gerekir. Kısmi süreli çalışan işçilerin çalışmadıkları günler onların çalışma yükümlülüğünde bulunmadıkları iş günleridir. Bu nedenle haftanın belli günlerinde çalışan bir işçi işe başlamasından itibaren iş göreceği günlerde çalışmasını yerine getirmek koşulu ile bir yıllık süreyi doldurduğunda yıllık ücretli izine hak kazanır(20). Tam süreli çalışan işçiler için ön görülen, bir yıllık süre içerisinde çalışılmış gibi kabul edilen haller, kısmi süreli çalışanlar için de bu haller işçinin çalışmayı taahhüt ettiği günlere denk geliyorsa yıllık ücretli izin süresinin hesabında çalışılmış gibi kabul edilir. Kısmi süreli çalışan işçinin çalışılan gün toplamının bir yılı bulması şeklinde bir uygulama kısmi süreli çalışanlar için uygulanamaz. Aksi halde haftanın birkaç günü çalışan işçinin yıllık ücretli izine hak kazanabilmesi için yıllarca çalışması gerekir. Böyle bir uygulamada kısmi çalışma düzeninin ruhuna aykırı olur.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin süresiz işlerde, niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışmaları durumunda haklarında 4857 sayılı Yasanın yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümleri uygulanmaz. Medeni Kanun'un 219. maddesine göre edinilmiş mallar her eşin rejimin devamı süresince karşılığını vererek, çalışma ve emek karşılığı edinilen mallar tanımı dikkate alındığında, yıllık ücretli izin karşılığı ücret alacağına edinilmiş mallar sınıfına gireceği düşüncesindedir.

### G) İş arama izni

Yeni iş arama izni, 4857 sayılı yasanın 27. maddesinde belirtilmiştir. Maddeye göre bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecbur olduğu, iş arama izninin süresi günde iki saatten az olamayacağı ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanabileceği, ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçinin, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorunda olduğu, işveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücretin işçiye ödeyeceği, işveren, iş arama izni esnasında işçiye çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın

alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretinin yüzde yüz zamlı ödeneceği hükme bağlanmıştır. İş arama izni, çalışma ve emeğin karşılığı olmadığı için edinilmiş malların içerisinde yer almayacağından tasfiyede göz önünde bulundurulmayacağı düşüncesindedir.

### H) İşe iade davası

İşe iade davası, yargılama sonucunda, feshin geçersiz, haksız yapılabildiği yönünden bir tespiti içermekte olup, dört artı sekiz aylık ücrete kadar bedel ödenmesi hususunda ise eda davası yönleri bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinde geçersiz bir nedenle yapılan iş sözleşmesi feshinin sonuçları şu şekilde ifade edilmiştir; "İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiye bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiye başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur."

Dava sonucu verilen işe iade kararında; İşveren, 10 işgünü içinde kendisine müracaat eden işçinin isteğine otuz gün içinde cevap vermek zorundadır. Ya işçiye işe alacaktır ya da belirlenen iş güvencesi tazminatı ile birlikte işe iade kararının kesinleştiği tarihe kadar işçinin çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklarını da ödemek durumunda kalacaktır. İşe iadesine karar verilen işçi, kararın kesinleşmesinden itibaren yasal süre içinde işverene başvurduğu takdirde, hizmet sözleşmesi çalıştırılmadığı dört aya kadar uzamış olacak; işveren tarafından işe başlatılması veya başlatılmaması halinde davacının kıdem, ihbar tazminatı yıllık izin ve diğer işçilik hakları bu süre sonuna göre belirlenecektir. Dava açan işçinin geçersiz fesihten sonra boşta geçen süre içerisinde yeni bir iş bulması, feshin geçersizliğini ve işe iadeyi etkileyen bir unsur değildir. Bu durum kendisine verilecek tazminatı da etkilemeyecektir. İşçinin işe iade kararını işverene bildirmesi durumunda işveren kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren işçinin işe

başlatılması ya da başlatılmamasına bakılmaksızın 10. işgünün içinde bulunduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar en çok dört ay için ek prim bildirgesi düzenleyip kuruma vermelidir. İşveren bu yasal süre içinde ek prim bildirgesini düzenleyip kuruma verir ise kendisine idari para cezası uygulanmayacaktır. İşveren geriye dönük ek prim bildirgesi ile birlikte ek muhtasar beyanname de düzenlemelidir. İşveren, işe iade kararını yerine getirmezse; kesinleşmiş mahkeme kararında belirtilen az dört en çok sekiz aylık maaş kadar iş güvencesi tazminatını işçiye ödemek durumunda kalacaktır. İşçi, işe iade kararı üzerine işverene herhangi bir bildirimde bulunmamişsa ya da işverenin işe başlama davetini kabul etmemişse, işverenin tüm yükümlülükleri (ek prim bildirgesi düzenleme, iş güvencesi tazminatı ödeme) ortadan kalkacak ve herhangi bir işlem yapılmasına gerek kalmayacaktır.

İşe iade davalarında, işe iade kararı işçi lehine sonuçlanması ve işverenin işçiyi işe kabul etmemesi halinde, 4+4'ten 4+8'e kadar ücret ve sosyal hakları üzerinden alacağını ödemek zorundadır. İlk 4 aylık boşta geçen çalışılmış gibi sayılan süreler, SGK'ya da çalışılmış gibi işe iade bildirgesi formu (İAB) ile primler de ödenmek suretiyle, gerekçeli kararın tebliğini takip eden ayın sonuna kadar ödenmesi gerektiği de değerlendirildiğinde, yıllık ücretli izinde olduğu gibi, çalışılmış gibi değerlendirildiğinden ve işçiye 4 ay daha çalışmış olsaydı alabileceği net ücret üzerinden ödenmesi gerektiğinden, MK. madde 219 uyarınca edinilmiş mal rejimine dahil olduğu düşüncesindeyiz.

İkinci olarak, işe kabul olunmama halinde, tazminat niteliğindeki 4'ten 8'e kadar olan ve ilk dört aylık çalışılmış gibi süreye ek olarak ödenmesi gereken, brüt ücret ve sosyal hakların ise çalışma ve emek karşılığı olmadığı için mal rejiminin tasfiyesinde dikkate alınmaması düşüncesindeyiz.

## II. Sosyal güvenlik hukuku açısından yasal mal rejimi

Sosyal Güvenlik Hukuku açısından ülkemizde sosyal güvenlik kurumları Emekli Sandığı, Bağ-Kur, Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan oluşmaktaydı. Ancak 5502 sayılı Sosyal

Güvenlik Kurumu Kanunu ile bu sosyal güvenlik kurumlarının Sosyal Güvenlik Kurumu(21) çatısı altında toplanmıştır(22).

Medeni Kanun madde 219/b-2'de sosyal güvenlik kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacıyla kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler edinilmiş mallar arasında sayılmıştır. Örneğin, eşlerden birinin Emekli Sandığı'ndan veya Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan ki şimdiki adıyla Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan, emeklilik, malullük ve ölüm nedeniyle gelir bağlanması durumunda durum böyledir(23).

### A) Edinilmiş mallar (MK. madde 219)

Medeni Kanun'un "Edinilmiş mallar" başlıklı 219. maddesinde; edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri olduğu, bir eşin edinilmiş mallarının ise özellikle, çalışmasının karşılığı olan edinimler olduğu, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler olduğu, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatların, kişisel mallarının gelirleri, edinilmiş malların yerine geçen değerlerdir.

### B) Kişisel mallar (MK. madde 220)

Medeni Kanun'un "Kişisel mallar" başlıklı 220. maddesinde; kişisel malların, ilkinin eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya olduğu, ikincisinin mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri olduğu, üçüncüsünün manevî tazminat alacakları olduğu, dördüncüsünün kişisel mallar yerine geçen değerler olduğu belirtilmiştir.

### C) Kişisel malların ve edinilmiş malların ayrılması (MK. madde 228)

Medeni Kanun'un "Kişisel malların ve edinilmiş malların ayrılması" başlıklı 228. maddesinde; Eşlerin kişisel malları ile edinilmiş malları, mal rejiminin sona ermesi anındaki durumlarına göre ayrılır. Eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya iş gücünün kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat

yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiye, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılır, denmektedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi özetle; "alınan emekli ikramiyesi edinilmiş mallardan olduğu, dava konusu araçta edinilmiş malla alınmış olduğu, mahkemece; kocaya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesaplanması, aracın ise edinilmiş mallardan kabul edilmesi, tasfiye hesabının bu esaslar çerçevesinde değerlendirilmesi, gerektiğinde bilirkişiden de görüş alınması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerektiği" sonucuna varmıştır(24).

Karar düzeltme yapılması üzerine; dava, yukarıda tarihi, numarası, konusu ve tarafları gösterilen hükmün; dairenin 01.11.2006 gün ve 6845 - 14701 sayılı ilamıyla onanmasına karar verilmiştir. Söz geçiren daire kararının düzeltilmesi istenilmekle, evrak tekrar okunmuş, gereği görüşüldü düşünölmüştür. Kararda temyiz ilamında yer alan açıklamalara göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanu-nu'nun 440. maddesinde sayılan sebeplerden hiçbirisine uygun olmayan karar düzeltme isteğinin reddine ve aynı kanunun değişik 442. maddesi ile 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesi hükmüne taktiren 140 TL para cezasının, harçlar kanunu uyarınca 27.00 TL ilam harcının karar düzeltme isteyene yükletilmesine, peşin harcın mahsubuna oy çokluğu ile karar verilmiştir.

İlgili karara karşı yazılan karşı oy yazısında, dava dosyasında davacı kadın tarafından 07.05.2004 tarihinde açılan dava ile da-valı koca tarafından 24.11.2000 tarihinde alınan ev ve 15.05.2003 tarihinde alınan arabanın edinilmesine katkı yapıldığından, katkı payı isteminde bulunulduğu ve yerel mahkeme tarafından davacı kadının gerek ev ve gerekse araba alımına katkısı bu-lunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verildiği konusunda değerli çoğunluk ile görüş birliği olduğunu, ancak çekişmenin ne olduğu

konusunda; Yerel mahkemenin araba ve eve yapılan katkının kabulüne yönelik kararı davalı koca tarafından temyiz edilmesi üzerine Dairenin 01.11.2006 günlü kararı ile; birincisi, ev hanımı olan kadının ev alımına katkısı kanıtlanmadığından bu talebin red-di gerektiği, ikincisi, araç hakkındaki talebe gelince "...Davalı koca 29.01.2003 tarihinde emekli olmuş, Oyak ve Emekli Sandığı ta-rafından kendisine toplu ödeme yapılmış olduğu, davaya konu 34 ... 46 plakalı aracın ise, davalı koca tarafından 15.05.2003 tarihinde alınmış ve 28.05.2003 tarihinde koca adına tescil edilmiş olduğu, aracın kocanın emekli ikramiyesi ile alındığı hakkındaki savunmasının aksi de kanıtlanmamış olduğu, alınan emekli ikramiyesinin edinilmiş mallar-dan olduğu, dava konusu araçta edinilmiş malla (emekli ikramiyesi ile) alınmış olduğu, Mah-kemece; kocaya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte (boşanmanın dava tarihinde MK. madde 225) bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri-nin hesaplanması, aracın ise edinilmiş mallardan kabul edilmesi, tasfiye hesabının bu esaslar çerçevesinde değerlendirilmesi, gerektiğinden, bilirkişiden de görüş alınma-sı ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerektiği (MK. madde 228/2), bu hususun üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu gerekçesi ile hükmün bozulmasına karar verilmiş ve davacı kadın tarafından, karar düzeltme isteminde bulunulmuştur.

Davanın doğru olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle tarafların ekonomik du-rumlarının da belirlenmesi zorunlu olduğu, dava dosyasında mevcut bilirkişi raporuna göre davacı kadın ev hanımıdır, davalı koca ise aştsubaydır. Dava konusu ev ve arabanın alım tarihleri farklı olmakla, ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerektiği, dava konusu ev hakkındaki değerlendirmeye gelindiğinde ise, dava konusu evin 24.11.2000 tarihinde alınmış olduğu, 01.01.2002 öncesi bir alım ol-makla taraflar arasında mal ayrılığı rejiminin yapıldığı döneme ilişkin katkı olmakla, Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde katkı oranının tasfiye anı karşılığı değil, dava tarihindeki karşılığı olarak verilmesi gerektiği, öncelikli koşulun

katkının kanıtlanması olduğu, eşlerden biri diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın emek karşılığı katkıda bulunmuşsa, bu katkı karşılığı da istem halinde kendisine verilmesi gerektiği, olağan/doğal sınırlar içinde verilen emeğin katkı sayılamayacağı, davacı kadının köfte ve işkembe çorbası gibi satışı yapılan şeylerde kantin işle-ten kocasına katkıda bulunduğu, ayrıca para karşılığı subay çocuklarının bakımını yaptığı tanıklarının anlatımı ile sabit olduğu, davacının bir astsubay eşi olduğu dikkate alındığında bu katkının olağan ve doğal sınırlar içerisinde olduğunun söylenemeyeceği, o halde bu yönde bir bilirkişi incelemesi yapılarak emek karşılığı bu katkıya ilişkin katkı oranının dava tarihindeki karşılığının davacı kadına verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığını belirtmiştir.

Dava konusu araba hakkındaki değerlendirmeye gelindiğinde ise; dava konusu arabanın 15.05.2003 tarihinde alınmış olduğu, tarafların aralarında bir mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları için kural mal rejimi (yasal rejimine = edinilmiş mallara katılma rejimi) (MK. madde 202 f.1, 218-241) tabi olduklarının(4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun madde 10) belli olduğu, eşlerden biri 01.01.2002 sonrasında diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bir malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olunacağı ve bu alacak o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanacağı, bir değer kaybı söz konusu olduğunda katkının başlangıçtaki değerinin esas alınacağı(25), eşlerden biri mal rejiminin devamı sırasında edinilmiş mallarından diğerine ait bir mala "Kişisel (MK. madde 220) ya da edinilmiş mal (MK. madde 219)" katkıda bulunmuşsa değer artış payı alacağı (DAPA) oluşur demektir(26). Davanın bir katılma alacağı (MK. madde 231) davası olmayıp bir değer artış payı "Mehrwertanteil" alacağı (MK. madde 227, ZGB. Art 206) davası olduğu gözetildiğinden değerli çoğunluğun gerekçesinde açıklandığı üzere MK. madde 228 f. II çerçevesinde de bir araştırmaya zaten gerek bulunmamaktadır,

kaldı ki; değerli çoğunluğun gerekçesinde ve bilirkişi raporunda da açıklandığı üzere da-va konusu aracın emekli ikramiyesi ile alınmış olduğu gerçekleşmekle davacı kadının araba alımına yönelik davasının "reddi gerekirken" yazılı şekilde bozma kararı verilmesinin düşüncesine göre yerinde değilse de bozma kararımıza karşı davalı koca-nın karar düzeltme isteminde bulunmadığı da görülmekle tarafımızdan bu duruma işaret etmekle yetinilmiş olduğu, bu sebeplerle de değerli çoğunluğun "farklı görüşüne" katılmadığını beyan etmiştir.

Özetle; ev hanımı olan kadının ev alımına katkısı kanıtlanmadığından bu talebin red-di gerekir. Ayrıca alınan emekli ikramiyesi edinilmiş mallardan olduğu, dava konusu araçta edinilmiş malla alınmış olduğu, mah-kemece; kocaya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesaplanması gerektiği, aracı ise edinilmiş mallardan kabul edilmesi ile tasfiye hesabının bu esaslar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir(27).

## a) Değerlendirme

Medeni Kanun'un ilgili maddelerinde yukarıda da değinildiği üzere, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan ödemelerin edinilmiş mal sayılmasının bir sebebi, ilgili kurumca bu ödemelerin "bir emeğin karşılığı" olarak yapılıyor olmasıdır(28). Bunun nedeni olarak, mal rejimi karşılığı olarak ödenen primler, edinilmiş mallardan finanse edilmektedirler veya edinilmiş mallara yük teşkil etmektedirler. Dolayısıyla, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan ödemenin niteliği de edinilmiş mal olacaktır(29). Şu haliyle kamusal karakterli Sosyal Güvenlik Kurumu'nun yaptığı ödemelerin karşılıksızlığından söz edilemeyecektir.

Öncelikle, sosyal yardım kurumları tarafından yapılan yardımlarda, yardıma veya desteğe düşkün kimselerin sosyal yaşamda tutunabilmeleri, insani düşünceler hedeflenir. Bu nedenle, böylesi ödemelerde (Emekli Sandığı'nın ödediği ikramiyenin aksine) yardım düşüncesi göze çarpar. Medeni Kanun madde 219'da belirtilen

karşılığını vererek edinme olgusu, bu türlü ödemelerde görünmez. Buna bağlı olarak "karşılıksız kazanım" nitelemesini beraberinde getirmesine rağmen kişisel mal saymak yerine yasa istisna yaratarak edinilmiş mal saymıştır. Oysa mal rejiminde geçerli olan önemli ilkelerden biri "ikame ilkesi"dir. Bu ilkeye göre edinilen bir malın finansal kaynağı hangi kesimden ise edinilen bir malın, o mal kesiminin niteliğine bürünmesi söz konusudur. Bütün itibarıyla Medeni Kanun madde 219 /b-2'nin bu ilkeye istisna getirdiği belirtilmektedir(30). Çünkü yasa bu kurumlara ödenen primlerin hangi mal kesiminden ödendiği ile ilgilenmemekte, önemsiz saymaktadır(31).

Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), devlet ve kamusal karakterli olup, finansal kaynağını devletten alır. Bu nedenle özel hayat sigortası yapan şirketlerin ödemeleri edinilmiş mal kabul edilmemektedir(32). Ancak bu genellemenin istisnası ödemenin önceden tahsil edilen primlere dayanıyor olması dikkate alındığında, ödemenin primlerin karşılığı olduğu ortaya çıkması halinde primlerin hangi mal varlığından çıktığına bakmak gerekecektir. Bu nedenle bu konularda yapılan genellemelerin doğruluğu ödeme kaynağına göre çeşitlilik arz edebilecektir.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan ödemelerin tamamı mutlak suretle edinilmiş mal sayılmamakta, MK. madde 228/2 (ZGB. Art. 207/2) bağlamında kısmen kişisel mal niteliğini verme imkânını(33) eşlere tanımaktadır. MK. madde 219/b-2'de "ödeme" den söz edilmesine rağmen mehzaz yasada "edimler" den söz edilmektedir (ZGB. Art. 197/II, b.2). Mehaza uygun olarak, sadece para ödemelerini değil, her türlü "kazanç sağlama"yı edinilmiş mal saymak gerekmektedir.

Sosyal yardım kurumlarınca yapılması muhtemel yardım beklentisi kural olarak edinilmiş mal sayılmaz. Çünkü bu beklenti henüz eşin mal varlığında somutlaşmamış parasal bir değer halini almamıştır(34). Buna karşın, gelecekte yapılacak ödemelerin bütünüyle kişisel mal sayılması da isabetli bulunmamıştır. Özellikle, gelecekte ödenmesi yasa ve sözleşme gereği olan durumlarda bunların sermaye

değerinin edinilmiş mal olarak hesaba katılmış olması gerektiği düşüncesi ileri sürülmüştür(35). Saf riziko sigortalarını da benzer şekilde değerlendirilebileceği de ileri sürülmüştür(36).

Medeni Kanun madde 219/II b.2'nin lafzı, eşe yönelik parasal edimleri ifade edecek şekilde kaleme alınmıştır. Oysa İsviçre Medeni Kanunu madde 197/II b.2 açıkça ilgili kuruluşlarca "yerine getirilen edimlerden" bahsetmektedir. İkinci bendde öngörülen kuruluşlarca işgücü kaybı vesilesiyle sağlanan sağlık yardımlarının değeri de, Acar ve Gümü'ş'e göre MK. madde 197/II b.2 kapsamında edinilmiş mallar içerisinde yar alması gerektiği ileri sürülmüştür(37). Buna karşın doktrinde, ağırlıklı olarak sağlık yardımlarını kişisel mal olarak görmektedir. Bunun sebebinin, sağlık yardımlarının amacının kişiyi eski haline getirme ve çalışma gücünü yeniden kazandırma olması sebebiyle mal varlığında yeniden bir artış ortaya çıkarmayacağıdır. Dolayısıyla mal rejimi hükümlerine göre edinilmiş mal ve kişisel mal olarak nitelendirilebilecek bir mal varlığı söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak, sağlık yardımı olarak yapılan ödemeler MK. madde 219/II, 2'nin kapsamına giren bir durum oluşturmayacağı yönünde olduğudur(38).

Yargıtay 13.Hukuk Dairesi işçi emeklilik sigortasına tabi olarak çalışma ile ilgili verdiği kararında özetle; Dava, katkı payına dayanan alacak istemine ilişkin olduğu, Sigortalı olduğu süreci gösteren listeden davacının evlilik birliği devam ederken ve öncesinde 1975-1995 tarihleri arasında işçi emeklilik sigortasına tabi olarak çalıştığı ve gelirinin olduğu, 1993 yılından sonra da davalının işlettiği gıda dükkanında davacının da bizzat emeği ile çalıştığından anlaşıldığı, davalı eş, davacının çalışarak kazandığı para ile başkaca yatırımlar yaptığını da iddia ve ispat edemediğinden, davacının geliri ile davalı adına kaydedilen taşınmazın edinilmesinde katkıda bulunduğu kabulü gerektiği için temyiz olunan kararın davacı yararına bozulmasına oybirliğiyle karar vermiştir(39).

### III. Yapılan ödemelerin sınıflandırılması

Sosyal Güvenlik Hukuku açısından

bakıldığında, öncelikle yapılabilecek ödemelerin sınıflandırılarak nereler olabileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Sosyal Güvenlik Hukuku açısından sigorta kolları ikiye ayrılmaktadır. Bunların ilki kısa vadeli sigorta kolları, ikincisi ise uzun vadeli sigorta kollarıdır.

### A) Kısa vadeli sigorta kolları

Kısa vadeli sigorta kolları; iş kazaları ve meslek hastalıkları(40) sigortası, hastalık sigortası ve analık sigortasıdır.

#### a) İş kazaları

İş kazası, kavram olarak ele alındığında, ortada işveren, işçi ve yapılan iş unsurlarının olduğu görülür. İşin yapıldığı yerde, doğrudan işin yapılış şekli veya iş nedeniyle ortaya çıkabilecek mesleki tehlikeler vardır. Bu tehlikelere "mesleki risk" denir. Mesleki riskler, endüstri devrimiyle başlayan makineleşme ve teknolojinin de gelişmesiyle ortaya çıkmış ve üretim için ortaya çıkan büyük, karmaşık, araçlar ve taşıtlar mesleki riskleri arttırmıştır(41). İşçiler çalışmaları sırasında uğradıkları kazalar sebebiyle sürekli veya geçici olarak iş göremez duruma düşmektedirler. Bu da çeşitli ekonomik, sosyal ve hukuki problemlere yol açmaktadır. Sosyal risklere karşı korunma zorunluluğu, ciddi sosyal politikalar oluşturulması gereğini ön plana çıkarmaktadır. Bu nedenlerle iş kazaları, işçinin işgücünü doğrudan doğruya tehdit ettiğinden, bir yerde sosyal sigortalarla ve öncelikli korunması gereken, meslek riskleri arasında bulunmaktadır(42). İş kazaları ve meslek hastalıkları işçi ve işveren açısından istenmeyen durumlar olmasına rağmen, iş sağlığı ve güvenliği konusunda yeterli işyeri örgütlenmelerinin de çoğu işyerlerinde oluşturulmadığı da bir gerçektir(43).

Bir adıyla işletme kazaları, diğer bir adıyla iş kazaları olarak ifade edilen kazalar, günümüzde "iş kazaları" olarak gerek doktrinde gerekse uygulamada kullanılan terim halini almıştır(44). Zarara veya yaralanmaya sebep olan umulmadık her olay, genel anlamda kaza olmakla beraber, her zaman "iş kazası" şeklinde nitelendirilemez, çünkü iş kazası genel anlamdaki "kaza" teriminden belirli bir ayrıcalık taşır(45).

Çeşitli şekillerde doktrinde ve Yargıtay

kararlarında iş kazasının tarifi yapılmış olmasına karşın, tüm bu tanımlarda bir birlik sağlanamamıştır. Güzel ve Okur, iş kazasını; "sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhça zarara uğratan bir olaydır" şeklinde tanımlamıştır(46). Karayalçın, sorumluluk hukuku bakımından kazayı, "bir malın veya şahsın zarara uğramasına sebep olan ve ilgili şahsın kasti olmayan bir fiili (ihmalî) veya tabiat, eşya yahut -ilgili şahıs müstesna- insanlardan yani dış alemden gelen ani bir hadise" olarak tanımlamıştır(47). Eren'in iş kazası tanımı; "işçinin, işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada, onun için ifa ettiği işten veya iş dolayısıyla dış bir sebeple ve aniden meydana gelen bir olay sonucu uğramış olduğu kazadır" şeklinde ifade etmektedir. Anılan madde hükmüne göre ise, iş kazası, bu maddede sayılı olarak belirtilmiş hal ve durumlardan birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır şeklinde de bir tanımlama da yapılmıştır. Ayrıca, iş kazasının tanımını, doktrinde kabul gören haliyle "işçinin, işverenin otoritesi (hâkimiyeti) altında bulunduğu bir sırada, onun için ifa ettiği işten veya iş dolayısıyla uğramış olduğu kazadır" şeklinde ifade de edilmektedir(48). Saymen ve Ekonomi ise "ani bir tesirle meydana gelen ve esasta olağanüstü bir durum gösteren kazaları iş kazası saydıklarını" ifade etmişlerdir(49).

Doktrinde diğer bir iş kazası tanımı; "sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhça zarara uğratan bir olaydır" şeklinde yapılmıştır(50). Tuncay ve Ekmekçi, genel olarak, sigortalının işveren otoritesi altında bulunduğu bir sırada gördüğü iş ve işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhça zarara uğratan olaya iş kazası demektedir(51). Tunçomağ, iş kazasını "birdenbire veya hiç değilse, kısa bir zaman parçası içinde meydana gelmiş zarar verici bir olay" şeklinde tanımlamıştır(52). Şakar da doktrindeki görüşe katılarak aynı tanımı yapmakla yetinmiştir(53).

Ancak sosyal sigortalar uygulamasında, sigortalının işyerinde ve iş süresi içindeyken, işveren otoritesi altında olup olmadığı tartışılmamakta olup(54), bu sırada işverenin otoritesi altında olduğu varsayımıyla hareket edildiği Üçışık tarafından irdelenmiştir(55). Kanımızca, eğer bir işverenin yanında çalışma söz konusu ise işverenin otoritesi altında olmamak gibi bir durum olamamalıdır.

4857 Sayılı Yeni İş Yasası ve 5510 sayılı yasadaki çok önce Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararında iş kazasını; "4772 ve 506 sayılı kanunlar, yürütülmekte olan iş dolayısıyla, günlük iş süresi içinde sayılması gereken zamanlarda meydana gelen kazalardır" diye tanımlamıştır(56). Aynı daire daha sonra verdiği diğer kararında da "İşçinin, işverenin otoritesi altında, bir zaman realitesi içinde vukua gelen her kaza iş kazasıdır" şeklinde farklı bir tarif yapmıştır(57). Milletlerarası Çalışma Bürosu'nun 1944 tarihli tavsiyesinin 16. maddesinde de "işçinin iradesi ve suç sayılır bir kusuru olmaksızın, yapılan işten ileri gelen ve geçici veya sürekli iş göremezlik, yahut ölümle sonuçlanan travmatizm veya hastalık hali"(58) iş kazası olarak tanımlanmıştır.

506 sayılı yasanın 11/A maddesinin metnine göre bir iş kazası, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla, sigortalının işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, emzikli kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır şeklinde yerini almıştır.

506 sayılı yasaya göre, iş kazasının genel olarak tanımı konusunda doktrinde dört görüş bulunmaktadır(59). Bir görüşe göre "iş yapılırken veya işin yapılması dolayısıyla meydana gelen kaza iş kazasıdır". Bu görüş iş kazasını oldukça dar bir çerçeve içine sokmaktadır. "İşçinin, iş sözleşmesinin yerine getirilmesi amacıyla günlük yaşantısı içinde bulunduğu sırada meydana gelen kazaların tümü iş kazasıdır" şeklinde

tanımlayan görüş ise, iş kazasının çerçevesini aşırı şekilde genişletmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, "işçinin, işverenin otoritesi altında bulunduğu süre içinde meydana gelen kazalar iş kazasıdır" şeklindedir. Ancak, işverenin otoritesinin(60) nerede başlayıp nerede bittiğinin tam olarak belirlenememesi bu görüşün zayıf noktasını oluşturmaktadır(61). "Otorite" teriminden, işverenin emir ve talimatı bulunması da anlaşılabilir(62). İş kazalarını en iyi tanımlandığı düşünülen bir diğer görüş ise "İşin yarattığı risklerin neden olduğu tüm kazalar iş kazasıdır" şeklinde ifade edilmektedir(63). Uygulamada yapılan tarif ise; iş kazası, Kanunda belirtilen hal ve durumların birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır, şeklindedir(64).

Doktrinde birleşilen nokta, bir iş kazasının Kanunda yukarıdaki şekilde metinleştirilmek suretiyle tarifinin yapılması, madde metninin iş kazasını tanımlamaktan öte, meydana gelen kazanın hangi hal ve durumda, yer ve zaman ile de sınırlayarak bir iş kazası sayılacağıdır. Sonuç olarak, doktrinde Kanun metni, yazarlar tarafından bir tanım olarak kabul görmemektedir(65).

5510 sayılı yeni yasanın 13. maddesinin metnine göre iş kazası, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle veya görevi nedeniyle, sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş veya çalışma konusu nedeniyle işyeri dışında, bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, emziren kadın sigortalının, çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidış geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olaydır, şekliyle Kanunda yerini almıştır.

Doktrinde tüm bu tartışmalar varken, 5510 Sayılı yeni yasanın 13. maddesi, her ne kadar madde başlığını "İş kazasının tanımı, bildirilmesi ve soruşturulması" şeklinde ifade etmiş ise de, 506 Sayılı Yasada da olduğu



gibi yeni Yasada da tanımdan uzak bir şekilde, hangi hal ve durumlarda, yer ve zaman ile de sınırlayarak bir olayın iş kazası sayılacağına belirtildiği düşüncesindeyiz(66). İş kazalarından kaynaklanan davalardan en önemlileri, iş kazasından kaynaklanan maddi tazminat davaları ve iş kazasından kaynaklanan manevi tazminat davalarıdır.

### aa. Değerlendirme

Sonuç olarak, tüm bu açıklamalar ve mevzuat ışığında, iş kazasından kaynaklanan maddi tazminat davaları, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlardan olduğundan, evlilik birliği içerisinde olması koşuluyla, MK.219 uyarınca edinilmiş mallardandır düşüncesindeyiz. İkinci olarak, iş kazasından kaynaklanan manevi tazminat davaları, MK.220 uyarınca kişisel mallardan olduğundan, edinilmiş mallara dahil değildir, düşüncesindeyiz.

### b) Meslek hastalıkları

Hekimler tarafından bir tanımda, meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı işin niteliğine göre, tekrarlanan bir sebep veya işin yürütüm şartları nedeniyle meydana gelen, geçici veya sürekli hastalık, sakatlık, ruhi arıza halidir(67). Diğer bir deyişle işyerinde mevcut insan sağlığına zararlı, kimyasal maddeler fiziksel etkenler, biyolojik etkenlerin meydana getirdiği hastalıklara meslek hastalığı denir(68).

Hekimler tarafından yapılan diğer bir tanımda da meslek hastalığı; işyerindeki sağlık zararlarından oluşan hastalıklardır. Hastalıkla, sağlık zararı arasında bir illiyet bağı vardır. Yani sağlık riski ile hastalığın ilişkisinin vazgeçilmezliği sebep - sonuç ilişkisi vardır. Ancak bazı meslek hastalıklarının tanısını koymak çok zor olmaktadır. Bu durum bir buz dağına benzetilmektedir. Hastalığın 7/8'i denizin altında, 1/8'i ise denizin üstündedir. Şeklinde yapılmıştır(69).

Kurum tanımlaması ise işyerindeki bir veya birkaç sağlık zararları ile tekrarlanan bir nedenle veya işin yürütüm şartları sonucunda oluşan, akut veya kronik, maluliyet bırakan veya bırakmayan hastalık, sakatlık ve ruh arıza hallerini meslek hastalığı olarak adlandırmaktadır. Tüm sistemik hastalıklar meslek hastalığı olabilir. Yeter ki çalışma bölümünde o hastalığı bulunan

bir veya birkaç etken bulunsun, şeklindedir. Doktrinde, işçinin işverenin emir ve talimatı (otoritesi) altında çalışmakta iken işin niteliğine göre yinelenen bir nedenle veya işin yürütüm koşulları nedeniyle maruz kaldığı bedeni veya ruhi arıza haline meslek hastalığı denir(70). Doktrinde bir diğer tanım ise yürütülen işin niteliği veya şartları gereği tekrarlanan bir nedenle sigortalının bedensel veya ruhsal yönden geçici veya sürekli olarak hastalanması veya sakatlanması halidir.

Benim bir ayrı bir tanım yapmam gerekirse, sigortalının işverenin emir ve talimatı altında, çalıştırıldığı işin niteliğine göre, tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı, geçici veya sürekli hastalık, sakatlık ya da ruhi arıza halleri meslek hastalığıdır. Örneğin, kömür madenlerinde çalışan sigortalıların, tutuldukları "silikoz", "pnömokonyoz" ve "antrekosis" gibi hastalıklar, işin niteliğine göre tekrarlanan bir sebeple meydana gelen meslek hastalıklarından olduğu gibi, sıtma savaş işlerinde çalışan sigortalıların, batakıkların kurutulması işinde çalıştıkları sırada yakalandıkları "sıtma" hastalığı veya hayvanlarla ilgili işte çalışanların yakalandıkları "şarbon" hastalığı da, işin yürütüm koşulları yüzünden meydana geldiğinden meslek hastalığı sayılmaktadır(71). Ayrıca, hangi hastalıkların meslek hastalığı sayılacağı ve bu hastalıkların iş akdini fesih ettikten sonra en geç ne kadar zaman sonra ortaya çıktığı takdirde o işten dolayı olduğu kabul edileceği Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nde belirlenmiştir.

Meslek hastalıkları, SSK Sağlık İşlemleri Tüzüğü'ne göre beş ana gruba ayrılmaktadır:

- 1) Kimyasal maddelerle oluşan meslek hastalıkları; kimyasal maddelerin yapısına göre yirmi beş alt gruba ayrılır.
- 2) Mesleki cilt hastalıkları iki gruba ayrılır.
- 3) Pnömokonyozlar(72) ve solunum sisteminin diğer hastalıkları; dokuz alt gruba ayrılır.
- 4) Mesleki bulaşıcı hastalıklar; dört alt gruba ayrılır.

**5)** Fizik etkenlerle oluşan meslek hastalıkları; on iki alt gruba ayrılarak değerlendirilmektedir(73).

506 sayılı yasanın 18. Maddesi meslek hastalığı halinde, bu kanunda yazılı yardımlardan yararlanmak için sigortalının çalıştığı işte veya iş yerinde meslek hastalığına tutulduğunun ilgili Sosyal Sigortalar Kurumu meslek hastalıkları hastanesince düzenlenecek usulüne uygun sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbi belgelerle tespit edilmesi gereklidir. Meslek hastalığı; sigortalı olarak çalıştığı ve böyle bir hastalığa sebep olacak işten veya iş yerinden ayrıldıktan sonra meydana çıkmış ise sigortalının bu Kanunla sağlanan yardımlardan yararlanabilmesi için; eski işinden veya iş yerinden fiilen ayrılması ile hastalığın meydana çıkması arasında bu hastalık için; yönetmelikte belirtilen süreden daha uzun bir zamanın geçmemiş olması gerekir. Ancak, meslek hastalığının klinik ve laboratuvar bulgularıyla kesinleştiği ve meslek hastalığına yol açan etkenin, iş yeri incelemesi ile kanıtlandığı hallerde, yükümlülük süresi aşılmış olsa bile, söz konusu hastalık, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nun onayı ile meslek hastalığı sayılabilmektedir.

Meslek hastalığı ile iş kazası arasındaki hukuki ayırımı ne olduğu konusunda daima farklı görüşler ortaya atılmaktadır. Her ikisinin de 506 sayılı yasanın 11. maddesinin şartlarını taşıdığı açık olmasına rağmen, nitelikleri üzerinde durmak gerekir. Meslek hastalığının ve hastalığa dayalı maluliyet oranının, işçinin yaptığı iş, temasta olduğu maddeler sebebi ile zamana yayılı olarak oluşan bir durumdur. İş kazasında ise durum bunun tam tersine zaman kavramına gerek olmaksızın yapılan iş ve kullanılan makine ile bağlantılı olarak yapılan iş sırasında meydana gelen vücut tamlığındaki zararın o anda meydana gelmesi esastır.

Aşağıdaki açıklamalarımda belirttiğim üzere, meslek hastalığı da bir iş kazası gibi öncelikle Sosyal Sigortalar Kurumu Bölge Müdürlüğü'ne ve Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne bildirilir. Kaza soruşturmasının yapılması ve maluliyet oranının belirlenmesi için dosyanın genel müdürlüğe gönderilmesi kurumdan istenilir. Bölge Çalışma Müdürlüğü'nden ise iş

kazasında olduğu gibi, müfettişler kanalı ile kusur oranlarının belirlenmesi istenilir. Meslek hastalığının varlığı veya yokluğuna ilişkin olarak verilecek kurum kararlarından ötürü, açılacak tespit davaları da aşağıda anlatılan aşamaların tümünden geçer. Ancak bunlardan önce iş kazası ve meslek hastalığının unsur ve koşullarından bahsetmek gerekmektedir.

Tüm bunlara rağmen meslek hastalığını tespit etmek çok zor bir iştir. Örneğin; bir P, Q veya ST pnömokonyozu ancak büyük akciğer grafisi ile tanınabilir. Sübjektif herhangi bir şikayet de olmayabilir. Gürültülü işyerinde çalışan bir işçide odio(74) çekilmeden mesleki çentik veya mesleki çanak evresini hafta meslek hastalığının başlangıcı olan 500-1500 LU frekanslarda 35 db kayıpları bile tanımak mümkün olmayabilir. Hasta bu evrelerde sesleri işittiği gibi fısıltıları bile duyabilir. Yine 40 mcg/100ml kan kurşununun geçen bir akü işçisinin hiçbir şikâyetinin olmayabileceği. Ancak bu durumun kan kurşunu ölçümü ile meydana çıkabileceği ifade edilmektedir. Bunun için periyodik muayenelerin yapılması bir zorunluluktur.

### **aa. Değerlendirme**

Sonuç olarak, tüm bu açıklamalar ve mevzuat ışığında, iş kazasından kaynaklanan maddi tazminat davaları, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlardan olduğundan, evlilik birliği içerisinde olması koşuluyla, MK.219 uyarınca edinilmiş mallardan olduğu düşüncesindeyiz. İkinci olarak, iş kazasından kaynaklanan manevi tazminat davaları, MK.220 uyarınca, açık hüküm karşısında, kişisel mallardan olduğundan, edinilmiş mallara dahil değildir, düşüncesindeyiz.

### **c) Analık sigortası**

Gebelik muayenesinin yaptırılması ve gerekli sağlık yardımının sağlanması 44. madde olan gebelik muayenesi ve gerekli görülecek tedavi, kurumca önceden belli edilen hekim veya ebeler tarafından yapılır. Sigortalı kişi, kurumun gösterdiği hekim ve ebelerden dilediğini seçebilir. Ancak bir kez seçtikten sonra doğuma kadar bir daha değiştirme hakkı yoktur. 45. madde olan doğum yardımı, sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan karısının doğurması halinde doğum sırasında ve doğumdan

sonra gerekli sağlık yardımlarıyla ilaçların ve sağlık malzemelerini sağlanmasıdır. Bu yardım hamile kişiyi daha önce seçtiği ebe ile evde ya da sağlık tesislerinde yapılır. Maktu Gebelik ve Doğum Yardımları (Gebelik ve Doğum Parası) 44. ve 45. maddelerde sözü edilen gebelik ve doğum yardımının yapılması, kurum tarafından imkânsız görüldüğu takdirde, sigortalı kadın ya da sigortalı erkeğin sigortasız çalışan karısı bu yardımları gebelik ve doğum parası şeklinde alabilir. Birden fazla çocuk doğarsa para yardımı bir kat daha artar. Gebelik ve çocuk parası almak için hamileliğin bir doktor ya da ebe tarafından bir belgelenmesi ve bu belgenin doğumdan önce işyerine bildirilmesi gerekmektedir. Sigortalı kadına ya da sigortalı olmayan karısının doğum yapması halinde sigortalı erkeğe, bebeğin ölü doğmamamsı durumunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca onanacak tarifeye göre her çocuk için bir emzirme yardımı yapılır. Kendisi için doğumdan önceki bir yıl içinde 120 gün analık sigortası primi ödenmiş bulunan sigortalı kadının analığı halinde doğumdan önceki ve sonraki altışar haftalık toplam 3 aylık sürede çalışmadığı her gün için geçici iş görmezlik ödeneği verilir. Bu ödenek hiçbir şekilde kesilemez. Ancak daha önce kurumun önerdiği doktor ya da ebenin uygun gördüğu tedbirleri almayan kadınların hastalanması durumunda iş görmezlik ödeneği kesilir.

### aa. Değerlendirme

Sonuç olarak, analık sigortası da yukarıda değinildiği üzere, sağlık yardımlarının amacının kişiyi eski haline getirme ve çalışma gücünü yeniden kazandırma olması sebebiyle mal varlığında yeniden bir artış ortaya çıkarmayacağı şeklinde değerlendirilebileceğinden, mal rejimi hükümlerine göre edinilmiş mal ve kişisel mal olarak nitelendirilebilecek bir mal varlığı söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak, sağlık yardımı olarak yapılan ödemeler MK. madde 219/II, 2'nin kapsamına giren bir durum oluşturmayacağı düşüncesindeyiz.

### d) Hastalık Sigortası

Hastalık Sigortası'ndan sağlanan yardımlar; sağlık yardımı yapılması; Bu yardımlar sigortalının, hekime muayene ettirilmesi, teşhis için gereken klinik ve laboratuvar muayenelerinin yaptırılması, gerekirse

bir sağlık tesisine yatırılması ve tedavi süresince gerekli ilaç ve her türlü iyileştirme vasıtalarının sağlanması, ayakta yapılan tedavilerde verilen ilaç bedellerinin %20'sini sigortalı ödenmesi hallerini kapsar. Bu süre, sigortalının tedavi altına alındığı tarihten başlayarak 6 (altı) aydır. Ancak, tedaviye devam edilmesi halinde, kurumca bildirilen sağlık müesseseleri sağlık kurulu raporu ile malullük halinin önlenebileceği veya önemli oranda azaltılabileceği anlaşılırsa, tedavi hastanın sağlık durumunun gerektirdiği sürece devam eder. İkinci olarak; protez araç ve gereçlerinin sağlanması, takılması, onarılması ve yenilenmesi; ağız protezlerine ilişkin yardımlar, kurumca hazırlanacak yönetmelik esasları dahilinde sağlanır. Protez araç ve gereç bedellerinin % 20 sini sigortalı öder. Ancak, ilgiliden alınacak katkı miktarı 4857 Sayılı İş Kanunu'na göre sanayi kesiminde çalışan on altı yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin bir buçuk katından fazla olamaz. Sigortalının iyileşmesini sağlayacak veya iş görmezliğini az çok gidermesine yarayacak protez araç ve gereçleri sağlanır, takılır, onarılır ve belli sürelerde yenilenir. Üçüncü olarak; Geçici iş görmezlik süresince günlük ödenek verilmesi; sigortalıya; gerek ayakta, gerekse yatarak tedaviye alınıp istirahatlı bırakıldığı dolayısıyla işyerinde veya işinde fiilen çalışarak ücret alamadığı dönemlerde kendisinin ve aile fertlerinin geçimini sağlamak için geçici iş görmezlik adı altında ödenek verilir. Geçici iş görmezlik ödeneği verilmesine, tedavi müddetinin sonuna kadar devam edilir. Yalnız, istirahat süresi ne olursa olsun Hastalık Sigortası yönünden, ilk iki gün için ödenek verilmmez. Geçici iş görmezlik ödeneği alabilmek için; sigortalılık niteliğinin devam etmesi, hastalandığı tarihten önceki bir yıl içinde en az 120 gün hastalık sigortası primi ödemiş olması, kurumca bildirilen sağlık tesisleri sağlık kurullarından veya hekimlerinden istirahat raporu alınmiş olması gerekmektedir. Dördüncü olarak; gerekli hallerde muayene ve tedavi için yurt içinde başka bir yere gönderilmesi; sigortalı, gerekirse muayene ve tedavisinin yapılması veya protez araç ve gereçlerinin sağlanması için yurt içinde başka bir yere gönderilir. Gidiş-dönüş yol paraları ile zaruri masraf karşılıkları ile sigortalının sağlık durumu nedeniyle bir başkasının refakat etmesi

gerektiği hekim raporu ile belgelenirse, refakatçinin de gidiş-dönüş yol paraları ile zaruri masraf karşılıkları ödenir. Beşinci olarak; yurt dışına gönderilmesi; hastalığın anlaşıldığı tarihten önceki bir yıl içinde en az 300 gün hastalık sigortası primi ödemiş olması şartıyla yurt içinde tedavisi mümkün olmayıp ancak, yabancı bir ülkede kısmen veya tamamen tedavisi mümkün görülen ve malullük halinin önlenebileceği veya önemli oranda azaltılabileceği Bütçe Uygulama Talimatı'nda belirtilen yurt dışına tedavi amacıyla sağlık kurulu raporu vermeye yetkili sağlık kurumları sağlık kurulu raporu ile tespit edilen sigortalının ve bu raporda belirtilmiş ise beraber gideceği kimsenin yurt dışına gönderilmeleri, yabancı ülkelere gidip gelme yol paraları ile bu ülkede kalış ve tedavi masraflarının ödenmesi. Bu yardımlardan yararlanabilmek için sigortalının; Hastalığının anlaşıldığı tarihten önceki 1 (bir) yıl içinde en az 300 gün hastalık sigortası primi ödemiş olması, Tedavinin yurt içinde yapılamadığı, yabancı bir ülkede yapılabileceğine dair Bütçe Uygulama Talimatı'nda belirtilen yurt dışında tedavi amacıyla sağlık kurulu raporu vermeye yetkili sağlık kurumları sağlık kurulu raporunun bulunması gerekmektedir. Ayrıca, 506 sayılı kanunun 32/E fıkrası ile sigortalılara tanınan yurt dışında tedavi imkanı, bu defa Ek Madde 49 ile sigortalıların eş, çocuk, ana ve babası, Kurumumuzdan sürekli iş göremezlik geliri, malullük veya yaşlılık aylığı almakta olan kimseler ve bu kimselerin geçindirmekle yükümlü oldukları eş, çocuk, ana ve babası ile kurumumuzdan hak sahibi olarak gelir veya aylık alan eş, çocuk, ana ve babasına da sağlanmış bulunmaktadır.

Anılan kanunun 32. maddesinin değişik son fıkrası ile bu Kanuna tabi olarak çalışmaya başlayan sigortalıların, "Sağlık yardımı yapılması", "Protez araç ve gereçlerinin standartlara uygun olarak sağlanması, takılması, onarılması ve yenilenmesi", "Gerekli hallerde muayene ve tedavi için yurt içinde başka bir yere gönderilmesi" yardımlarından yararlanabilmeleri için hastalığın anlaşıldığı tarihten önceki 1 (bir) yıl içinde en az 90 gün hastalık sigortası primi ödemiş olması şarttır(75).

## aa. Değerlendirme

Sonuç olarak, hastalık sigortası da yukarıda değinildiği üzere, sağlık yardımlarının

amacının kişiyi eski haline getirme ve çalışma gücünü yeniden kazandırma olması sebebiyle mal varlığında yeniden bir artış ortaya çıkarmayacağı şeklinde değerlendirilebileceğinden, mal rejimi hükümlerine göre edinilmiş mal ve kişisel mal olarak nitelendirilebilecek bir mal varlığı söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak, sağlık yardımı olarak yapılan ödemeler MK madde 219/II, 2'nin kapsamına giren bir durum oluşturmayacağı düşüncesindeyiz.

## B) Uzun vadeli sigorta kolları

Uzun vadeli sigorta kolları; malullük(76), yaşlılık ve ölüm sigortasıdır.

### a) Malullük aylığı

Malullük sigortası 506 sayılı yasanın 52-58'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Malullük sigortasından sağlanan yardım yasanın 52'nci maddesi uyarınca malullük aylığı bağlanmasıdır. 5510 sayılı yasada ise malullük sigortası ile ilgili hükümlere 25, 26 ve 27. maddelerde yer verilmiştir. Malullük, sigortalının çalışma veya meslekte kazanma gücünü kısmen veya tamamen yitirmesine, bu nedenle ekonomik durumunun bozulmasına neden olur(77).

### aa. Malul sayılanlar

Kimlerin malul sayılacağı ise 506 sayılı yasanın 53'ncü maddenin A-1 bendinde üç şık halinde tadat edilmiştir:

a) Çalışma gücünü en az üçte ikisini yitirdiği tespit edilen,

b) 34'ncü madde gereğince yapılan tedavi sonunda Kurum Sağlık tesisleri sağlık kurullarınca düzenlenecek usulüne uygun rapor ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu çalışma gücünün en az 2/3'ünü yitirdiği tespit edilen(78),

c) İş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını kaybeden, sigortalı malullük sigortası bakımından malul sayılır.

506 sayılı yasanın 53'ncü maddesi malul sayılmaya ilişkin üç hali belirledikten sonra sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte malul sayılmayı gerektirecek şekilde hastalık veya arzısı bulunduğu, önceden veya sonradan yeterli belgelerle tespit edilen

sigortalının malullük sigortasındaki haklardan yararlanamayacağını ve bu gibi sigortalılara malullük sigortasından evvelce ödenmiş bulunan aylıkların geri alınacağını hükme bağlamıştır. Sigortalının malullük sigortasında yararlanabilmesi için 53'ncü maddedeki üç halin herhangi birinin gerçekleşmesi yanında ayrıca malul sayılmayı gerektiren halin ilk kez sigortalı olarak çalışmaya başlamadan önce gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Sigortalı ilk kez çalışmaya başladığında esasen 53'ncü maddenin A- 1 - (a), (b) ve (c) bendinde yazılı esaslara göre malul sayılan kişilerden ise 54'ncü maddedeki yeterli sigorta süresi ve prim ödeme gün sayısı var olsa dahi kendisine malullük aylığı bağlanmayacaktır. 506 sayılı yasanın 53/A-1-(b) maddesi 29.07.2003 tarihinde, 4958/33 maddesi ile değiştirilmeden önceki hali daha anlaşılabilir olduğu halde değişiklik sonrası 53'ncü maddenin A-1-(a) ve (b) bentleri birbirinin tekrarı gibi düzenlenmiştir. 53'ncü maddenin A-1-(b) bendi kimlerin malul sayılacağı ile ilgili düzenleme getirirken, Kurum hastanelerince düzenlenecek usulüne uygun sağlık kurulu raporları ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu çalışma gücünün en az 2/3'ünü yitirmemekle birlikte 506 sayılı yasanın 34. maddesindeki hükümlere göre tüm tedavilere rağmen sağlık kurulları raporları ile çalışamayacakları tespit edilenlerin de malul sayılması gerekeceğini amaçladığı halde ve Kanun koyucunun bu iradesi değişiklikten önceki hükümde yer almasına rağmen yasa değişikliği sırasında madde tamamen farklılaştırılmış ve (a) ve (b) bentleri birbirleri ile örtüşür şekilde her iki halde de raporlara göre vücut bütünlüğünün 2/3'ünün yitirilmiş olması aramış, kanaatimce 53/A-1-(b) bendinin eski hali değişiklik ile ortadan kaldırılmıştır. Bu düzenleme bu haliyle birçok sigortalının maluliyet aylığı bağlatması bakımından mağduriyetine yol açmıştır.

506 sayılı yasanın 53'ncü maddenin A-1-(c) bendi 29.06.1978 tarihinde, 2167 sayılı yasanın 4'ncü maddesi ile Sosyal Sigortalar Yasasına eklenmiştir. Hastalık veya arıza, iş kazası yahut meslek hastalığı olmadığı takdirde maluliyet hali için vücut bütünlüğünün en az 2/3 oranının (%66,67) yitirilmesi arandığı halde, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma

gücünün en az %60'ının yitirilmesi maluliyet hali için yeterli sayılmıştır.

İş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinden önce %60 oranından az meslekte kazanma gücü ile ilk kez çalışmaya başlayan sigortalı çalışırken işyerinin koşulları yüzünden bir meslek hastalığına tutulduğu yada bir iş kazası geçirerek sürekli iş göremez durumuna geldiği takdirde iş kazasından önceki maluliyeti ile sonraki sürekli iş göremez durumu birleştiğinde yeni belirlenecek olan meslekte kazanma gücünü kayıp oranı %60 ve üstü olduğu takdirde bu hal 53'ncü madde bakımından maluliyet hali olarak değerlendirilecektir.

Çenberci, meslekte kazanma gücünün yitirilmesi ile çalışma gücünün yitirilmesi kavramlarının kesinkes ayrı kavramlar olduğunu savunmaktadır. Buna örnek olarak da Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nü göstermektedir(79). 506 sayılı yasanın 19 ve devam eden maddelerinde iş kazası veya meslek hastalığı sonucu belirlenen sürekli iş göremezlik hali ile 53'ncü maddedeki maluliyet halini birbirinden ayırmak gerekmektedir. İş kazası veya meslek hastalığı sonucu tespit edilen sürekli iş göremezlik derecesi (meslekte kazanma gücünü kayıp oranı) %1 ile %100 arasında değiştiği halde 53'ncü maddede düzenlenen maluliyet halinin gerçekleşmesi sigortalının vücut bütünlüğünü en az 2/3 oranında yitirmesi bu durumda Kurum sağlık kurullarından verilen raporlarla belirlenmesi veya sigortalı iş kazası ya da meslek hastalığına maruz kalmış ise meslekte kazanma gücünün asgari %60 oranında yitirilmiş olmasına bağlıdır.

Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 19 ve 20'nci maddelerinde geçen sürekli iş göremezlik geliri mutlaka sigortalının bir iş kazasına veya meslek hastalığına tutulmasına bağlı olarak kurumca sigortalıya her ay ödenen bir gelir olmasına ve prim ödeme gün sayısı bakımından herhangi bir koşula bağlı olmamasına rağmen 53'ncü maddedeki maluliyet hali gerçekleşikten sonra sigortalıya malullük aylığı bağlanabilmesi için belli süre sigortalı olma ve belli miktarda prim ödeme koşulu ayrıca aranmaktadır. 5510 sayılı yasada 4'ncü bölümde "Uzun vadeli sigortalı sigorta hükümleri" başlığı

altında kimlerin malul sayılacağı ile ilgili 25'nci maddede düzenleme getirmiştir. 506 sayılı yasanın 53. maddesinde kurum hastanelerince düzenlenecek usulüne uygun sağlık kurulu raporları ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu çalışma gücünün en az 2/3'ünü yitirenler, yine 506 sayılı yasanın 34'ncü maddesi gereğince yapılan tedavi sonunda elde edilen rapor ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu çalışma gücünün en az 2/3'ünü yitiren sigortalılar ile iş kazası veya meslek hastalığı sonucu kazanma gücünün en az %60'ını yitirdiği kurumca tespit edilen sigortalı malullük sigortası bakımından malul sayıldığı halde 5510 sayılı yasanın 25'nci maddesinde malul sayılma hali olayın iş kazası veya meslek hastalığı sonucu oluşup oluşmadığına bakılmaksızın, sigortalının veya işverenin talebi üzerine kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu, çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalıyı, malullük sigortası bakımından malul saymıştır. Böylece 506 sayılı yasanın 53. maddesinde, malul sayılma hali ile ilgili değerlendirme yapılırken maluliyeti gerektiren olayın iş kazası veya meslek hastalığı olup olmadığı yönündeki değerlendirme ve aranan farklı maluliyet oranı 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe girecek olan yeni yasayla ortadan kaldırılmıştır. 5510 sayılı yasanın 25'nci maddesinde 2'nci fıkrası uyarınca, 506 sayılı yasanın 53/B maddesinde belirtildiği şekilde sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce bu kişinin çalışma gücünün %60'ını kaybettiği önceden veya sonradan tespit edilirse sigortalı, bu hastalık veya arızası sebebi ile malullük aylığından yararlanamayacaktır. 506 sayılı yasanın 53/B maddesinde yer alan bu gibi sigortalılara malullük sigortasından evvelce ödenmiş bulunan aylıkların geri alınacağına ilişkin hükme ise yeni yasada hiç yer verilmemiştir. 506 sayılı yasanın 53/B maddesine göre malullük sigortası yardımlarından yararlanamayacak statüde bulunan ve ilk defa çalışmaya başladıkları tarihten önce malul sayılmayı gerektirecek derecede hastalık ve arızaları bulunduğu tespit edilen

sigortalılara maluliyet aylığı bağlandıği takdirde her ne kadar evvelce ödenmiş bulunan aylıkların geri alınacağına ilişkin hüküm konmuşsa da Yargıda baş gösteren bu konudaki çekişmelerde sigortalının aylık bağlamada kötü niyetli olup olmadığı arandığından ve kötü niyetin tespit edilmemesi halinde hiç kimsenin haksız iktisabın edinildiği tarihteki durumundan daha kötü duruma düşürülmesinin mümkün olamayacağına ilişkin hukuksal gerçek karşısında Kurum'un açmış olduğu istidat davasının reddi yönünde kararlar oluşturulmuştur(80). 510 Sayılı Yasa içerisinde, 506 sayılı yasanın 53/B maddesinde belirtilen yukarıdaki hükme benzer bir metnin olmaması kanaatimce isabetli olmuştur.

### **ab. Değerlendirme**

Malullük aylığı, MK. 219 uyarınca, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerden olduğundan, evlilik birliği içerisinde, edinilmiş mallardandır düşüncesindeyiz.

### **b) Yaşlılık aylığı**

Yaşlılık aylığından yararlanabilmesi için sigortalının;

**a** - Yazılı talepte bulunması, talepte bulunduğu tarihte prim ve her türlü borçlarını ödemiş olması,

**b** - Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olması ve 25 tam yıl sigorta primi ödemiş olması şarttır.

Kadın ise 60, erkek ise 62 yaşını dolduran ve en az 15 tam yıl sigorta primi ödeyen sigortalılara da kısmi yaşlılık aylığı bağlanır. T.C. Emekli Sandiği'nde, Sosyal Sigortalar Kurumu'nda veya kanunla kurulu diğer emekli sandıklarında 2829 sayılı kanun'a göre birleştirilecek hizmeti ve borçlanılan hizmet süreleri bulunan sigortalılarımızın bu hizmetleri ile Kurumumuzdaki hizmetleri toplamı Kanunda belirtilen hizmet sürelerini doldurduğunda da sigortalılarımıza talepleri halinde yaşlılık aylığı bağlanır. Ancak 4447 sayılı kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan hükümlere göre 4447 sayılı kanun'un yürürlüğe girdiği tarihi takip eden aybaşı (01.10.1999) itibarıyla aylık

bağlanmasına hak kazanmalarına iki tam yıl veya daha az kalan sigortalıların tam veya kısmi yaşlılık aylığı talep hakları saklıdır(81). Yurtdışında çalışan işçilerin sosyal güvenlik anlaşmaları çerçevesinde borçlanarak emekli olmaları halinde, eksik prim borçlarının kaynağı ne olursa olsun, (ister edinilmiş, ister kişisel mal grubu) yapılan emekli maaşı ödemeleri edinilmiş maldır(82).

## aa. Değerlendirme

Yaşlılık aylığı, MK. 219 uyarınca, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerden olduğundan, evlilik birliği içerisinde, edinilmiş mallardan olduğu düşüncesindeyiz(83).

## Sonuç

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından yapılan ödemelerin yasal mal rejiminin tasfiyesindeki durumu konulu yukarıdaki çalışmada, hukukumuzda 2002 yılından itibaren yenilikler getiren medeni kanunumuz, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

açısından irdelenmeye çalışılmıştır. Uygulamada daha çok anlaşmalı boşanma davaları görülmekle birlikte, yasal mal rejimi olan, edinilmiş mallara katılma rejimi, hususunda edinilmiş mal ve kişisel malların neler olduğu tartışma konusu olmaktadır. Doktrinde, çok geniş bir yorum yapılması halinde, yukarıda açıklanan gelirler açısından, evlilik içerisinde edinilen tüm malların edinilmiş mal sayılması kanaatine varılabilir, ancak böyle bir değerlendirmenin hakkaniyetli bir değerlendirme olamayacağı düşüncesindeyiz. Medeni Kanun'un 219 ve 220. maddeleri açısından, kalem kalem tüm gelirler ve tazminatlar değerlendirildiğinde, her gelirin edinilmiş mal veya kişisel mal olamayacağı açıktır. Dolayısıyla doktrindeki tartışmalar ve bu konularla ilgili her kaleme ilişkin, teker teker bir değerlendirme yapılmadığı, yapılan araştırma sırasında görülmüştür. Hangi gelirlerin edinilmiş mal olduğu, hangi malların kişisel mal olabileceği gerekçeleri ve Yargı kararları ile ortaya konulmaya, değerlendirilmeye çalışılmıştır.

## Sonnott:

- (1) Zeytin, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2.Baskı, İstanbul, Haziran 2008, s.25; Ayrıca bk. Landmann / Autfenrieth, Anna, Entwicklungstendenzen im ehelichen Vermögensrecht, Zürich, 1977, s.98 vd.
- (2) Zeytin, Zafer, s.25; Ayrıca bk. Schwab, Dieter, Einführung zum Thema, in: Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich, Biefeld 1999, s.4.
- (3) Tekinay, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 5.Baskı, İstanbul, s.367; Zevkliler, Aydın / Acabey, Beşir / Gökyayla, Emre, Medeni Hukuk, 6.Baskı, Ankara, 2000, s.777,778; Zeytin, Zafer, s.25.
- (4) Kiliçoğlu, Ahmet, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2.Baskı, Ankara, 2002, s.1; Akintürk, Turgut, Aile Hukuku, 9.Baskı, İstanbul, Beta, 2004, s.137 vd.; Moroğlu, Nazan, Medeni Kanunda Mal Rejimleri, Beta, İstanbul, 2002, s.13., Hayran, Burhan, Mal Rejimleri Şerhi, Ankara, 2004, s.2.
- (5) Gümüş, Mustafa Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK madde 185-281), 1.Baskı, İstanbul, Ocak 2008, s.251.
- (6) Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 5.Baskı, Ankara, 2004, s.232.

(7) Zeytin, Zafer, s.194; Ayrıca bk. İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan, Miras Hukuku, 5.Baskı, 1984, s.117.

(8) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 05.02.2007 tarih, 2006/9383 E., 2007/1228 K. sayılı ilamı, Sinerji İçt. Prog.

(9) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 21.04.2008 tarih, 2007/6331 E., 2008/5733 K. sayılı ilamı, Sinerji İçt. Prog.

(10) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 10.05.2005 tarih, 2005/5282 E., 2005/7635 K. sayılı ilamı, Sinerji İçt.Prog.

(11) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 25.12.2007 tarih, 2007/1097 E., 2007/17749 K. sayılı ilamı, Kazancı İçt. Prog.

(12) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 13.06.2007 tarih, 2007/16503 E., 2007/9962 K. sayılı ilamı, Sinerji İçt. Prog.

(13) Ekte 1931 PMF Hayat Tablosu sunulmuştur. 1931 PMF Tablosu, Fransa'dan alınmış olup, Fransa'nın 1931 yılındaki koşullarına göre hazırlanmış bir tablodur. Ülkemizde halen kişinin aktif ve pasif yaşam süreleri varsayımı bu tabloya göre hesaplanmaktadır. Fransa'da ise yaşam tabloları günün koşullarına göre her altı ayda bir yenilenmektedir. Ülkemizde, 1989 yılında Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından yine ekte sunulan tablolar kısa bir süre kullanılmaya çalışılmış,



ancak tekrar 1931 PMF Tablosuna dönülmüştür. Halen Mahkemelerimizde 1931 PMF Tablosu esas alınmaktadır.

(14) Acar, Faruk, s.89.

(15) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.06.2008 tarih, 2008/2-432 E., 2008/444 K. sayılı ilamı, Sinerji İçt. Prog.

(16) Karacan, Hatice, 4857 sayılı İş Kanunu'nuna Göre Fazla Çalışma, 1.Baskı, Ankara, 2007, s.21.

(17) Kurt, Resul, İş Hukuku Mevzuatında Usul ve Esaslar, İSMMO Yayını, İstanbul, 2006, s.358.

(18) Çenberci, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 1976, s.627; Ayrıca bk. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 16.06.1969 tarih ve 2279 E. – 6878 K. sayılı ilam, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 25.12.1969 tarih ve 9449 E. – 3036 K. sayılı ilam.

(19) Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği 03.03.2004 tarih ve 25391 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

(20) Eyrenci, Öner, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışma, Mozaik Basım ve Yayıncılık, İstanbul 1989, s.59.

(21) Suat Sarı tarafından metinde zuhulen Sosyal Güvenlik Kurumu "SGK" yerine, Sosyal Sigortalar Kurumu "SSK"nın çatısı altında toplandığı belirtilmiştir. Çalışmada, Sosyal Güvenlik Kurumu olarak dikkate alınmıştır.

(22) Sarı, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Yay., İstanbul, Şubat 2007, s.147.

(23) Acar, Faruk, Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 4.Baskı, Seçkin Yay., Ankara, Mayıs 2008, s.47.

(24) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 01.11.2006 tarih, 2006/6845 E. - 2006/14701 K. sayılı ilamı, Sinerji Mevzuat Prog.

(25) Gençcan, Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 1893-1895.

(26) Gençcan, Ömer Uğur, s.1894.

(27) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 22.02.2007 tarih, 2006/928 E. - 2007/2515 K. sayılı ilamı, Sinerji Mevzuat Prog.

(28) Kılıçoğlu, Ahmet, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2.Baskı, Ankara, 2002, s.43.

(29) Acar, Faruk, s.47; Ayrıca bk. Profet, P., Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Ehegüterrecht, Bern, 1987, s.126-128.

(30) Öztan, Bilge, s.254.

(31) Acar, Faruk, s.48.

(32) Kılıçoğlu, Ahmet, Edinilmiş Mallar, s.43; Öztan, Bilge, s.255.

(33) Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C:3, Aile Hukuku, İstanbul, 2005, s.325

(34) Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper, s.326.

(35) Acar, Faruk, s.49; Ayrıca Şeker, M., Der Türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Freiburg, 2006, s.193; Plotet, s.139.

(36) Mal rejimi devam ederken riziko gerçekleşir, fakat ödeme yapılmamış ise, bu durumu bir "yalın beklenti" saymak suretiyle paylaşım dışı tutmamak gerekir. Tıpkı "intifa hakkında" olduğu gibi, tasfiye sırasındaki peşin değeri bulunmak suretiyle paylaşım tabii tutulması gerekir. Bk. Plotet, s.127. Ancak eklemek gerekir ki, bunun için yapılan ödemenin niteliği, sigorta priminin ödendiği mal kesiminin niteliğine bağlı olarak değişecektir. Bk. Dural / Öğüz / Gümüş, s.127.

(37) Acar, Faruk, s.51; Gümüş, Mustafa Alper, s.258.

(38) Sarı, Suat, s.148.

(39) Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 10.11.2005 tarih, 2005/9559 E., 2005/16723 K. sayılı ilamı, Kazancı İçtihat Prog.

(40) Bigat, Şevket Güney, Beden Gücünün Azalmasından Kaynaklanan Tespit Davaları, 1.Baskı, İstanbul, Ocak 2008, s.1 vd.

(41) Eren, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara Hukuk Fak. Yay. No:344, Ankara, 1974, s.3.

(42) İzveren, Adil, Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, Ankara, 1968, s.202.

(43) Ekmekçi, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, 1.Baskı, İstanbul, Ekim 2005, s.1 vd.

(44) Karayalçın, Yaşar, Mes'uliyet ve Sigorta Hukuku Yönünden Başlıca İşletme Kazaları, Ankara, 1960, s.22; Eren, Fikret, Sorumluluk, s.5.

(45) Karayalçın, s.14.

(46) Güzel / Okur, s.227; Başka tanımlar için bk. Şakar, Müjdat, s.195; Eren, Sorumluluk, s.5; Atabek, İş Kazası ve Sigortası, İstanbul, 1978, s.45; Demircioğlu, Murat / Güzel, Ali, İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri

ve Sorumluluğu, İstanbul, 2001, s.177; Üçışık, Hasan Fehim, Türk İş Hukukunda İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1982, s.87 vd.; Tuncay, Aziz Can / Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 11. Baskı, İstanbul, 2005, s.269; Yalçınduran, Türker, İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortası, Yargıtay Dergisi, Ocak - Nisan 1999, s.153 vd.

(47) Karayalçın, s.15.

(48) Eren, Fikret, İş Kazası ve Meslek Hastalığının Tanım ve Unsurları, Türk – İş Dergisi, s:70, Ankara, 1968, s.17-18, 71, 21-23.

(49) Saymen / Ekonomi, Sosyal Sigortalar Tatbikatı, s.86.

(50) Tuncay, 2002, s.231; Tunçomağ, s.259; Atabek, s.45; Yalçınduran, 153 vd.

(51) Tuncay / Ekmekçi, s.269. Ayrıca karış. Eren, Sorumluluk, s.5.; Çenberci, s.195; Güzel / Okur, s.227.

(52) Tunçomağ, Kenan, SGK, s.259; Seratlı, Gaye Burcu, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2003, s.29.

(53) Şakar, Müjdat, s.196.

(54) Atabek, s.52; Ulusan, s.76.

(55) Üçışık, Hasan Fehim, Türk İş Hukukunda İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Sorumluluğu, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul, 1982, s.99.

(56) Yargıtay 9. HD., 12.10.1967 tarih, 1967/7295 E., 1967/9545 K. sayılı ilamı, bk. Kazancı İçt. Prog.

(57) Aslanköylü, Resul, s.201.

(58) Güven, s.4; Ayrıca Bk. Sosyal Güvenlik, Milletlerarası Çalışma Teşkilatı Yayını, Sosyal Sigortalar Kurumu, tercüme, Ankara, 1968, s.81.

(59) Atabek, Reşat, İş Kazası ve Sigortası, İstanbul, 1978, s.49-50.

(60) Yargıtay'ın işverenin otoritesi üzerinde durduğu karar için bk. Yargıtay 9. HD., 12.10.1967 tarih, 1967/7295 E. – 1967/9545 K. sayılı ilamı, Çenberci, s.798.

(61) Bostancı, Yalçın, Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası Kavramı, Kamu – İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.8, S.1., s.22-35.

(62) Güzel / Okur, s.231.

(63) Taşkent, Savaş, İş Kazası Kavramı, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul, 2001, s.1952.

(64) Erişan, s.21.

(65) Güzel / Okur, s.227, Saymen / Ekonomi, s.84; Tuncay / Ekmekçi, s.269; Şakar, s.195.

(66) İş kazası tanımı için ayrıca bk. Kuluöztürk, İbrahim, İş Kazalarının Tanımı, Önemi ve Nedenleri, Kıptas İşveren, 1991/25, s.23-25.

(67) Şakar, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 6. Baskı, İstanbul, 2003, s.163.

(68) <http://www.ftb.org.tr/isak/msg/nisan02/13.html>

(69) [www.istabip.org.tr/isyeri/seminer/meslek1.ppt](http://www.istabip.org.tr/isyeri/seminer/meslek1.ppt)

(70) Güzel / Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yay., Ekim 2004, s.238.

(71) Yüksel Şahin, İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları, Sosyal Sigorta Yayınları, İstanbul 1985, s.25.

(72) Pnömonkozozlar deyimi, başlangıçta işyerlerinde genellikle mineral tozlarının inhale edilmesi sonrasında ortaya çıkan non neoplastik akciğer lezyonları için kullanılmıştır. Ancak günümüzde bu deyim organik ve inorganik partiküller, kimyasal madde buharları ve dumanları da içine alacak şekilde genişletilmiştir. ([http://www.internetdoktoru.com/Hst\\_pnomokozozlar.htm](http://www.internetdoktoru.com/Hst_pnomokozozlar.htm))

(73) <http://www.ftb.org.tr/isak/msg/nisan02/13.html>

(74) Odioloji (audiology): İşitme ve işitme bozukluklarını konu alan bilim dalı.

(75) Kaynak: [www.sgk.gov.tr](http://www.sgk.gov.tr)

(76) BİGAT, Şevket Güney, s.160 - 181.

(77) Caniklioğlu, Nurşen, 5510 Sayılı Kanun'a Göre Malullük Aylığı, Sicil, S:3, Eylül 2006, s.145; Güzel / Okur, s.327-328; Ozanoğlu, Teoman, Malullük Sigortası, Çimento İşverenleri Dergisi, Mayıs 1988, s.4; Aslanköylü, Resul, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar, 2. Baskı, C:1, Ankara, 2004, s.1087.

(78) 506 sayılı yasanın 53'ncü maddesi 29.07.2003 tarihinde, 4958/33 madde ile değiştirilmiştir. 506 sayılı yasanın değişiklikten önceki hali: "b) Çalışma gücünün en az üçte ikisini yitirmiş durumda sayılmayanlardan 34 üncü madde gereğince yapılan tedavi sonunda, Kurum sağlık tesisleri kurullarınca düzenlenecek raporlarda çalışabilir durumda olmadığı belirtilen," şeklindedir.

(79) Çenberci, SSK.Şerhi, s.445.

(80) HGK., 25.09.1981 tarih, 1981/1630 E. - 1981/683 K. sayılı ilamı için Bk. Aslanköylü, s.564.

(81) Kaynak: [www.sgk.gov.tr](http://www.sgk.gov.tr)

(82) Zeytin, Zafer, s.108.

(83) Ayrıca bk. Zeytin, Zafer, s.110.

# İcra ve iflas hukukunda "taahhüdü ihlal" suçu (1)

Av. Avukat Talih Uyar - İzmir Barosu

Bu maddede; "borçlunun borcu ödeme taahhüdünü yerine getirmemesi" suç (2) sayılarak cezalandırılmıştır.

## I- Suçun Unsurları: (3)

**A -** Ödeme taahhüdü geçerli bir icra takibi sırasında ve icra müdürü (müdür yardımcısı, haciz memuru) önünde

**a)** Yüksek mahkeme(4) öteden beri "ihtiyati haciz kararının uygulanması sırasında" yapılan taahhütlerin geçersiz olduğunu, bu taahhütleri yerine getirmemenin -İİK. madde 340'a göre- suç sayılmayacağını kabul etmiştir. Bu görüş; İİK. madde 264/1'deki "icra takibine başlamadan önce ihtiyati haciz yaptırmış olan alacaklinin, haczin uygulanmasından (haciz yokluğunda yapılmışsa, haciz tutanağının kendisine tebliğinden) itibaren yedi gün içinde takip talebinde bulunması gerektiğine" ilişkin hükümden kaynaklanmaktadır. "İhtiyati haciz" de, borçlu hakkında henüz icra takibi yapılmadan, mahkemeden alınan "ihtiyati haciz kararı" uygulandıktan sonra, alacaklinin icra dairesine -elindeki ilam, senet, belge aslı ile birlikte- başvurup, "takip talebinde" bulunması, icra dairesinde de, bundan sonra borçluya "ödeme emri" ya da "icra emri" göndermesi gerekmektedir(5).

Yüksek mahkeme, henüz "ihtiyati haciz" aşamasında iken, borçlu hakkında "takip talebi" ile icra takibi başlamadan önce, borçlunun icra dairesinde-daha doğrusu; icra müdürü önünde- yaptığı taahhütleri geçersiz saymaktadır(6). Bu görüş yasal dayanaktan yoksun değilse de pratik ihtiyaçları da karşılamadığı bir gerçektir. İhtiyati haciz aşamasında yapılan taahhüt

fiilen başlamış olan icra takibi sırasında yapılmıştır. Borçlunun bu taahhüdünü iyi niyet göstererek kabul eden -ve hacizli malları muhafaza altına almaktan vazgeçen- alacaklı, daha sonra, borçlunun taahhüdünü yerine getirmemesi (ve hacizli mallarını kaçırmayı) sonucunda gösterdiği iyi niyetin faturasını (!) çok pahalı ödemektedir. "İhtiyati haciz sırasındaki taahhütlerin geçersiz olduğunu" bilen alacaklılar da, borçlulara karşı sert davranmakta ve haciz ettirdikleri malları muhafaza altına alarak, taahhüdüne uymak düşüncesinde olan iyiniyetli borçluların da zor durumda bırakılmaktadırlar. Belirttiğimiz bu nedenlerle, biz "ihtiyati haciz aşamasında alınan taahhütlerin -genişletici bir yorumla- geçerli sayılmasının, daha doğru, pratik ihtiyaçlara, yasa yapıcının amacına daha uygun olacağı" görüşündeyiz.

**b)** Borçlu hakkında icra takibi devam ederken üçüncü bir kişi, "borçluya kefil olduğunu" bildirerek, takip konusu borcu belirli bir tarihte -ya da taksitle- ödemeyi taahhüt ettiği halde, belirttiği tarihte takip konusu borcu (veya taksiti) ödemezse, "icra kefil" olan bu kişinin bu eyleminden dolayı cezalandırılabilmesi için icradaki taahhüdünün alacaklı (ya da vekili) tarafından kabul edilip, -bu taahhüt İİK. madde 38 gereğince ilam niteliğinde olduğundan(7) kendisine icra emri gönderilmiş, icra kefilinin de icra emrini aldıktan sonra taahhütte bulunmuş olması gerekir. Uygulamada; üçüncü kişilerin "icra kefil" olmak istemeleri halinde, hemen kendilerine "icra emri" tebliğ edilmekte ve ondan sonra üçüncü kişilerin taahhüdü alınmakta, alacaklı ya da vekili de, üçüncü kişilerin bu taahhütlerini -aynı anda- kabul etmektedirler.

Yüksek mahkeme;

- İcra kefil olan sanığa icra emri gönderilmeden dolayısıyla hakkındaki takip kesinleşmeden bu aşamada yapılan ödeme taahhüdünün geçerli olmayacağını(8)
- İcra kefilinin taahhütte bulunduğu tarihte henüz borçlu sıfatını taşımaması nedeniyle yapılan taahhüdün geçersiz olduğunu(9)
- İcra kefil olan sanığın icra tutanağında "tebligatı aldığını, borca herhangi bir itirazı bulunmadığını, tüm sürelerden feragat ettiğini, kefilliğine kesinlik kazandırılmasını" bildirmesi üzerine, icra Müdürlüğü'nce kendisine ihtarat yapılmasından sonra, kendisinin "borçlu" sıfatını kazandığının kabulü gerekeceğini (10)
- Hakkında icra takibi başlatılmamış olan, ancak dosya borcuna icra kefil olmuş olan sanık hakkında "ödeme şartını ihlal" eyleminden dolayı mahkumiyet kararı verilemeyeceğini(11)
- İcra emrinin taahhütte bulunduğu 22.12.2009 tarihinden sonra 31.12.2009 gününde tebliğ edildiği dikkate alındığında, icra kefilinin taahhütte bulunduğu tarihte henüz borçlu sıfatını taşımadığının kabulü gerektiğinden, atılı suçun da oluşmadığını(12)
- İcra dosyasında düzenlenmiş bulunan tutanağın ilk kısmında, borçlunun icra kefilliğinin kabul edildiğine dair tarafların imzalarının bulunmasına rağmen, aynı tutanağın ikinci kısmında, borçlunun taahhüdünün alacaklı tarafından kabul edildiğine dair alacaklının beyan ve imzasının bulunmaması nedeniyle, taahhüdü ihlal suçunun oluştuğunun kabul edilemeyeceğini(13)
- Ödeme şartını ihlal suçunun oluşabilmesi için ihlalde bulunanın öncelikle borçlu olması gerekmekte olup, taahhüt tutanağında icra kefil olan sanığın, "Tebliğati aldım. Herhangi bir itirazım yoktur. Tüm sürelerden feragat ediyorum. Kefillliğime karar verilsin" dedi. "İcra kefilliğinin kesinlik kazandığı ihtaratla kendisine bildirildi" şeklindeki beyandan sonra taahhütte bulunduğu ve sürelerden feragat etmesi nedeniyle borçlu sıfatının kazandığının kabulü gerekeceğini(14)
- İcra kefilinin "taahhüdü ihlal suçu"ndan dolayı cezalandırılabilmesi için kendisine "icra emri"nin tebliğinden sonra ödeme taahhüdünde bulunması ve taahhüt ettiği tarihte borcunu (veya taksitini) ödemiş

olması gerekeceğini (Kefaletle birlikte yapılan taahhüdün geçerli olmayacağını)(15)

- İcra kefilinin lehine taahhütte bulunduğu asıl borçlu hakkında yapılan takibin kesinleşmemiş olması halinde icra kefilinin taahhüdünün de geçersiz hale geleceğini(16)
- Üçüncü kişinin, takip konusu borcu "icra kefil" olarak ödemeyi taahhüt etmesinden sonra, bu kişi yerine vekiline "icra emri" gönderilmesi halinde, "taahhüdü ihlal suçu"nun oluşmayacağını (17)
- İcra kefilinin, "kendisine icra emri gönderilmemesine" ilişkin isteğinin, icra emri gönderilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağını(18)
- İcra kefil olan sanığa gönderilen icra emrinin aynı takip dosyasında borçlu konumunda bulunan ve aralarında menfaat çatışması olan kardeşine tebliğ edilmesi halinde tebliğatin usulsüz olacağı ve taahhüdü ihlal suçunun oluşmayacağını(19)
- İcra kefil olan sanığın kendisine icra emrinin tebliğinden önce yapmış olduğu taahhüdün geçerli olmayacağını(20) belirtmiştir.

**c)** Ödeme şartının kararlaştırıldığı icra takibi geçerli bir icra takibi olmalıdır. İptale konu olabilecek bir icra takibi sırasında kararlaştırılan ödeme taahhüdünün yerine getirmeme suç teşkil etmez. Örneğin; icra mahkemelerinin şikâyet veya itiraz üzerine verdiği "takibin kısmen iptaline" dair kararların,(21)(22) bu kararda yer alan masraf ve vekâlet ücreti için ayrı takibe konu yapılmayıp, ancak asıl takip dosyasına konulup o dosyada işlem görmesi gerekir. Buna rağmen, bu kararlar ayrı takip konusu yapılmış ve bu takip sırasında borçlu borcunu taksitle ödemeyi teklif etmiş, alacaklı da bunu kabul etmiş yani bir "ödeme şartı" tespit edilmişse, borçlunun bu ödeme taahhüdünü ihlal etmesi suç teşkil etmez. Çünkü asıl takip hükümsüz, iptale konu olabilecek bir takip olduğundan, bu taktipe kararlaştırılan ödeme taahhüdü de borçluyu bağlamaz(23). Aynı şekilde, devam eden bir takip sırasında o takiple ilgili olarak alınan -mal beyanında bulunmama, taahhüdü ihlal vb... gibi suçlara ilişkin- "icra ceza ilamları" da ancak müstakil bir takip konusu yapılabilir. Alacaklı, bu ilamlardaki masraf ve vekâlet ücretini ayrı bir takip konusu yapacak yerde, asıl takip dosyasına koyarak o dosyada hesaba dâhil edilmesini talep

etmiş ve borçlu da bu şekilde hesaplanan tüm borcunu taksitle ödemeyi teklif edip bu teklifi alacaklı tarafından kabul edilmişse, kararlaştırılan bu ödeme taahhüdü de hükümsüz olduğundan, buna uymama suç teşkil etmez(24).

İlamli takiplerde, kesinleşmeden takip konusu yapılabilen ilamların icra sırasında, ilam borçlu tarafından temyiz edilmiş dahi olsa, borçlunun icra dairesinde yaptığı taahhüdü ihlal etmesi suç teşkil eder. Kanımızca, ilamın temyiz edilmiş, yani henüz kesinleşmemiş oluşu taahhüdü geçersiz kılmaz.

**ç)** Ödeme taahhüdünün icra dairesinde veya haciz sırasında(25) kararlaştırılmış olması gerekir. Bu nedenle, icra mahkemesi önünde(26) borçlunun ödeme taahhüdünde bulunması geçersiz olduğundan, bunun ihlali de suç teşkil etmez.

Yüksek mahkeme;

- Saniğin taahhüdünü içeren tutanağın 2. sayfasında saniğin imzasının bulunmaması nedeniyle bu taahhüdün hukuken geçersiz sayılacağını ve saniğe atılan suçun oluşmayacağını(27)
- İcra müdürünün (yardımcısının) -ve "alacaklı" ile "borçlu"nun- imzasını içermeyen tutanakta yer alan ödeme taahhüdünün geçerli olmadığını (bu taahhüdün yerine getirilmemesinin suç teşkil etmeyeceğini)(28)
- 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu uyarınca, kamu alacakları İİK'ya göre değil 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edildiğinden, bu kuruma ilişkin icra takiplerinde borçluların taahhüdü ihlal eyleminin suç teşkil etmediğini(29)
- Hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun hükümlerinin uygulanacağı icra takiplerinde İİK. 340'a göre taahhüdü ihlal suçunun oluşmayacağını(30) belirtmiştir.

**B)** Ödeme taahhüdü, İİK. madde 111 gereğince veya alacaklinin onayı ile kararlaştırılmış olmalıdır.

**a)** İİK. madde 111'e göre kararlaştırılan ödeme taahhüdünde, alacaklinin onayı gerekmez(31). Başka bir ifade ile "borçlu hacizden sonra ve fakat alacaklinin satış talebinden önce borcunu muntazam taksitlerle ödemeyi taahhüt eder ve birinci

taksiti de derhal yatırırsa" ödeme taahhüdü gerçekleşmiş olur. Bundan sonra, borçlunun geriye kalan üç taksitten herhangi birini hiç veya zamanında yatırmaması ile "taahhüdü ihlal" suçu oluşur.

Bu varsayımdan alacaklinin onayına gerek bulunmadığı bu hak borçluya yasa tarafından verildiği için borçlunun bu hakkına uygulamada "yasal taksit hakkı" denilmektedir.

**b)** Borçlu hacizden önce veya sonra da, borcunu taksitle ödemeyi teklif edebilir. Bu teklif alacaklı tarafından kabul edilirse, ödeme taahhüdü kararlaştırılmış olur. Bunun ihlali suç teşkil eder. Ödeme taahhüdünün bu şekilde tespitinde iki durumla karşılaşılr. Ya alacaklı ile borçlu birlikte icra dairesine giderek ödeme koşullarını icra müdürü huzurunda tesbit edip icra müdürü ile birlikte icra tutanağını imzalarlar(32) veya borçlunun icra dairesine -sözlü olarak veya dilekçe ile- bildirdiği ödeme teklifi sonradan -ilk taksit tarihinden önce- alacaklı tarafından kabul edilir(33). Alacaklinin ya da vekilinin, borçlunun bu taahhüdünü koşulsuz olarak(34), açık ve kesin şekilde "kabul" etmesi gerekir(35). Borçlunun alacaklı ya da vekili tarafından kabul edilmemesi, tek taraflı taahhüdünün yerine getirmemesi "suç" sayılmaz(36).

Yüksek mahkeme, "borçlunun taahhüdüne karşı, alacaklı vekilinin bir diyeceği olmadığını bildirmiş olmasının, yapılan taahhüdün kabulü anlamını taşımayacağını(37)" belirtmiştir. Buna karşın, yüksek mahkeme "borçlunun taahhüdüne karşı alacaklinin 'söylediği zaman ödesin' şeklindeki beyanının, taahhüdün kabulü anlamına geleceğini(38)" bildirmiştir.

Alacaklinin (ya da vekilinin), borçlunun yokluğunda ödeme taahhüdünü kabul etmesi halinde, borçluya, "ödeme taahhüdünün alacaklı tarafından kabul edildiği" hususunun bir bildiri (muhtıra) ile duyurulması gerekir.

Uygulamada "taahhüdü kabul muhtırası" denilen bu bildirinin, borçluya, ödemeyi taahhüt ettiği tarihten (eğer borcun taksitle ödeneceği taahhüt edilmişse, ilk taksit tarihinden) önce -Tebliğat Kanunu'na uygun

biçimde(39) tebliğ edilmiş olması gerekir(40). Eğer, borçlu, alacaklı tarafından kendisine taksitle ödeme teklifinin kabul edildiğine dair muhtıra gönderilmesinden önce kendiliğinden ilk taksiti yatırırsa, kendisine "ikinci taksit tarihinden önce" taahhüdü kabul muhtirasının tebliği gerekir.

Yüksek mahkeme(41), "borçlunun icra dairesinde yaptığı borcunu (taksitle) ödeme teklifinin bir 'icap' ve alacaklının bu teklifin kabul edildiğine dair beyanını da bir 'kabul' olarak değerlendirmekte (nitelemekte)"dir.

Yargıtayımızın, "icap-kabul" kurumlarından yararlanarak aydınlatmaya çalıştığı bu uyumsuzluğu aynı kurumlarda faydalanarak fakat uygulama için daha tutarlı bir şekilde çözüme kavuşturmak mümkündür. Mademki, borçlunun icra dairesindeki borcu ödeme taahhüdü bir icap sayılıyor, o halde, bu icap da, icap'ın bağlı olduğu genel hükümlere bağlı olmalıdır. İcap, tek taraflı bir hukuki muamele olduğuna göre, temyiz kudretine sahip olan bir kimse tarafından yapılmış olmak koşuluyla, kural olarak sahibini bağlar. "Zamanında ve muntazam surette irsal olunmuş bir cevabın vusulüne intizar edebileceği dakikaya kadar", icap sahibini bağlayacağından (TBK madde 5), sırf alacaklı tarafından verilmiş cevabın borçluya, ilk taksitin vadesi geçtikten sonra tebliği, borçluyu taahhüdünden kurtarmamalıdır(42). Kaldı ki, gerek borçlunun teklifi (icap) gerek alacaklının kabul muhtırası (kabul) icra dairesi vasıtasıyla muhataplarına tebliğ edildiğinden, tebliğdeki gecikmeler, taahhütte bulunan kişinin taahhüdünü hükümsüz hale getirmemelidir. Daha açık bir ifade ile alacaklının kabul muhtırası borçluya, ilk taksitin vadesi geçtikten sonra da tebliğ edilse, hiç olmazsa, tebliğden sonra vadesi dolacak taksitlerin ceza tehdidi altında ödenmesi temin edilmelidir. Tebliğden önce vadesi dolduğu halde, ödenmemiş bulunan taksitler mevcut ise, bunların da en geç, tebliğden sonraki ilk taksit tarihinde ödenmesi gerekeceğini kabul etmenin daha doğru olacağı kanısındayız.

Yüksek mahkeme;

• Alacaklı vekiline 19.11.2009 tarihli, "borçlunun haciz tutanağında belirttiği ödeme taahhüdünün kabul edildiği ve taahhüt tarihine kadar işleyecek faizden

feragat edildiği'ne ilişkin kabulünün, kabul muhtırası şeklinde borçlu sanığa 25/11/2009 tarihinde tebliğ edilmesi karşısında, taahhüdün geçerliliğinde kuşku bulunmadığını(43)"

• "Ödeme şartını ihlal suçu"ndan dolayı cezalandırılabilmek için öncelikle ihlalde bulunan kişinin "borçlu" sıfatını taşıması gerektiği, borçlu sıfatı bulunmayan kişinin kefil olmayı kabul ederek ödeme taahhüdünde bulunmuş olması ve icra emrinin, taahhütte bulunduğu tarihten sonra kendisine tebliğ edilmiş olması halinde, İİK'nin 340. maddesinde düzenlenmiş olan suçun oluşmuş olmayacağını(44)

• Sanığın icra dairesinde taahhütte bulunmadan önce, tüm sürelerden feragat ettiği ve takibin kesinleştirilmesi yönünde bir beyanının bulunmaması karşısında hakkındaki icra takibi kesinleşmeden verdiği taahhüdün geçerli olmayacağını ve suçun oluşmayacağını(45)

• Tek başına şirketi borç altına sokma yetkisi bulunmayan kişinin verdiği taahhüdün geçerli olmayacağını(46)

• Suç konusu taksitlerin ödendiğinin anlaşılması halinde verilen cezaların İİK'nun 354. maddesi gereğince düşürülmesi ancak sonraki taksitlerin ödenmemesinin ayrı suç konusu olabileceğini(47)

• Borçlunun borcun bir kısmı için taahhütte bulunmuş olmasına rağmen alacaklı vekilinin borcun tamamı için taahhüdü kabul ettiğini bildirmiş olması halinde icap ve kabulden oluşan ödeme anlaşmasının gerçekleşmiş olmayacağını, sanığın beraatı yerine mahkumiyet kararı verilmesinde isabet bulunmadığını(48)

• İİK'nun 340. maddesi uyarınca taahhüdün geçerli olması için icra dairesinde kararlaştırılmış olması ve icra müdürünün onayını taşıması gerektiğini(49)

• İcra kefilli olan sanığın haciz sırasında taahhütte bulunmadan önce tüm sürelerden feragat ettiği yolunda ve takibin kesinleştirilmesi yönünde bir beyanın bulunmaması karşısında hakkındaki icra takibi kesinleşmemiş olacağından verilen taahhüdünde geçerli olmayacağını ve suçun oluşmayacağını(50)

• Borcun ilk taksitinin 5.4.2009 tarihinde ödenmesinin taahhüt edilmesine ve bu tarihin "Pazar" gününe rastlaması nedeniyle, ödemenin bu tarihi takip eden ilk iş günü

olan 6/4/2009 tarihinde ödenmesi karşısında, taahhüdü ihlal suçunun oluşmadığını(51)

• Taahhüdü ihlal suçunun oluşabilmesi için taahhütte bulunanın taahhütte bulunduğu tarihte borçlu sıfatını kazanmış olmasının gerekeceğini(52)

• İcra takip dosyası içerisinde düzenlenen yeni tarihli taahhütnamenin, aynı borca ilişkin olarak ve borç miktarı yeniden yapılandırılmak suretiyle düzenlendiği ve önceki tarihli taahhüdü geçersiz kıldığı için anlaşılması karşısında, yapılan şikâyetin de hükümsüz kaldığının kabulü gerekeceğini(53)

• Ödeme şartını ihlal suçundan cezalandırabilmek için öncelikle sanığın borçlu sıfatını taşıması gerekli olup, icra emrinin taahhüt tarihinden sonra tebliğ edildiği dikkate alındığında, henüz borçlu sıfatının kazanılmadığının ve atılı suçun oluşmadığının kabulü gerekeceğini(54)

• Ödeme emrinin borçluya tebliğ edilmeden iade edilmesi ve sanığın icra dairesindeki taahhüdü sırasında da tüm sürelerden feragat ettiği ve takibin kesinleştirilmesi yönünde bir beyanının bulunmaması karşısında, takibin kesinleşmediği ve sanığın henüz borçlu sıfatını taşımadığından, ödeme şartını ihlal suçunun oluşmadığını(55)

• Ödeme taahhüdünde, ilk taksitin ödenmemesi üzerine üç aya kadar tazyik hapsi kararının tamamının infazı halinde, takip eden taksitlerin ödenmemesi durumunda artık borçlunun cezalandırılması olanağının kalmayacağını(56)

• Ödeme şartını ihlal eyleminden dolayı cezalandırabilmek için öncelikle ihlalde bulunanın borçlu sıfatını taşımasının gerekeceğini(57)

• İlk taksitin ödenmemesi nedeniyle maddede öngörülen cezanın tamamının infazı hâlinde, yaptırım uygulama olanağı kalmadığından, diğer taksitlerin ödenmemesi ayrıca bir taahhüdü ihlal kabahatini oluşturmayacağını(58)

• CMK'nın sürelerin hesaplanması başlıklı 39. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "Son gün bir tatilte rastlarsa süre, tatilin ertesi günü biter" hükmü dikkate alındığında, 05.04.2009 tarihli ilk taksitin pazar gününe rastlaması nedeniyle, anılan taksitin tatil gününü takip eden ilk iş günü dosyasına tahsilat makbuzuyla ödendiğinin anlaşılması karşısında atılı suçun oluşmadığının kabulü gerekeceğini(59)

• Ödeme şartını ihlal eyleminden dolayı cezalandırabilmek için öncelikle ihlalde bulunanın borçlu sıfatını taşımasının gerekeceğini(60)

• Borçlunun taahhüt tutanağındaki, "ödeme taahhüdüme ve ödeme planına aynen uyacağım, iş bu taahhütlerimden herhangi birini aksattığım takdirde alacaklı bankanın takip talebinde yazılı şartlarla takibe devam etmesini kabul ediyorum" şeklindeki beyanının, borcun ödenmesini şarta bağlama olarak kabulünün mümkün olmadığını(61)

• Aynı takip dosyasındaki borca yönelik taahhüdün ihlalinden dolayı şikâyet üzerine verilen mahkûmiyetin, müşterinin şikâyetten vazgeçmesi nedeniyle düşürülmesine karar verildikten sonra, aynı takip dosyasında borcun yeniden yapılandırılması ve yeni borç miktarına uygun olarak yeni bir taahhütnamenin düzenlenmesi hâlinde, bu taahhüdün aynı borca yönelik olduğu söylenemeyeceğinden, ihlali durumunda atılı suçun oluşacağını(62)

• 28.07.2008 tarihinden sonra icra takip dosyasında sanıkların nüfus kaydının istendiği 29.07.2009 tarihine kadar alacaklı tarafca hiçbir işlem yapılmaması nedeniyle İİK'nın 78/2 inci maddesi uyarınca dosyanın işlemde kaldırılması gerektiğinden, ortada geçerli bir icra takip dosyası bulunmaması nedeniyle 09.03.2010 tarihli taahhütnamenin de yasal dayanağının bulunmadığını(63)

• İİK'nın 340. maddesinde "makbul bir sebep olmaksızın" ödeme şartını ihlal eden bir borçlunun cezalandırılacağını öngörmüş olup, postaya gününden önce verilmiş taksitin icraya gecikerek girmesinin, hastalık, yangın, su baskını, deprem gibi olağanüstü olayların "makbul sebep" olarak kabul edilmesi gerekeceğini- Borçlu tarafından "borcun makbul sebep nedeniyle yerine getirilemediği" ileri sürülmedikçe, mahkemece re'sen bu konunun araştırılmayacağını(63)

• İİK'nın 340. maddesinde düzenlenmiş bulunan "taahhüdü ihlal suçu" Anayasa'ya aykırı bulunmadığından, bu konudaki başvurunun Anayasa Mahkemesi'nce reddedilmiş olduğunu(65)

• Taahhüt tutanağında borçlu, ödeme emrinin haricen öğrendiğini belirtmesi nedeniyle Tebligat Kanunu'nun 32 inci maddesi uyarınca yapılan tebligat geçerli



olup, lehine olan sürelerden de feragatte bulunduğu dikkate alındığında, taahhüt sırasında borçlu sıfatını taşıdığı ve buna bağlı olarak da yapılan taahhüdün yasaya uygun bulunduğu kabulünün zorunlu olduğunu(66)

- Borçlu-saniğin takip sırasında, icra müdür yardımcısı huzurunda düzenlenen taahhütnamesinde "ödeme emrini tebellüğ ettim, borcu ve ödeme emrine itirazdan feragat ediyorum, fer'ileri ile birlikte hesap özeti ve dosya borcunu kabul ediyorum" şeklindeki beyanından sonra, alacakli vekilinin bu beyanı kabul etmesi karşısında, bu beyanın İİK.'nin 20. maddesi uyarınca, süresinde yapılacak itirazlardan feragat' anlamına geleceği ve ödeme taahhüdünün usul ve yasaya uygun olduğunun kabulü gerekeceğini(67)
- Düzenlendiği tarihi içermeyen tutanakta yer alan ödeme taahhüdünün geçerli olmadığını(68)
- Borçlu-saniğin ödeme taahhüdünün alacakli tarafından kabul edildiğine ilişkin dosyada herhangi bir bilgi ve belge bulunmaması halinde taahhüdü ihlal suçunun oluşmayacağını(69)
- Tüzel kişi (şirket) adına yapılan taahhütlerde, taahhütte bulunmuş kişinin "yetkili temsilci" olup olmadığını araştırılması gerekeceğini(70)
- Aynı takip dosyasındaki borç nedeniyle hem kendi adına hem de şirketi temsilen ödeme taahhüdünde bulunan saniğin eyleminin tek suç oluşturacağını(71)
- Vekilin asıl borçlu adına yaptığı ödeme taahhüdünün geçerli olmayacağını (bu taahhüften dolayı borçlu hakkında mahkumiyet kararı verilemeyeceğini) (72)
- Borçlu-saniğin "borcunu `..... tarihinden itibaren ... .. lira taksitler halinde ödeyeceğine" dair taahhüdünün ilk taksiti takip eden taksitlerin hangi tarihlerde ödeneceğine ilişkin açıklık içermemesi nedeniyle hukuken geçersiz olduğunu(73)
- Suç tarihinde 18 yaşını tamamlamamış olan borçlunun -MK. 14, 15, 16. uyarınca- yasal temsilcisinin onayı olmadan kendi tasarrufu ile borç altına giremeyeceğini (borç ödeme taahhüdünde bulunamayacağını) (74)
- İlk taksitten sonraki bakiye borcunu ödeme biçiminin ve taksit sürelerinin gösterilmediği taahhüdün geçerli olmayacağını(75)

- Alacakli kooperatif başkanının üyelerden herhangi biriyle birlikte kooperatifi temsil ve ilzama yetkili bulunduğu hallerde üyelerden birinin katılımı sağlanmadan kooperatif başkanının tek başına yaptığı taahhüdün kabul beyanının geçerli olmayacağını(76)
- Yasanın öngördüğü biçimde ve herhangi bir koşul içermeyen icra memuru huzurunda düzenlenen ödeme taahhüdünden önce alacakli ve borçlunun yaptıkları protokolde ileri sürülen koşulların taahhüdün geçersiz kılmayacağını(77)
- Aynı hukuki ilişkiden doğmuş olsa bile, ayrı ayrı icra dosyalarından verilen ödeme taahhütlerinin yerine getirilmemesinin ayrı ayrı suç teşkil edeceğini(78)
- İlk taahhüdün ihlali nedeniyle suç oluştuktan sonra, borçlunun yeni taahhüdünün alacakli (vekilli) tarafından kabul edilmiş olmasının oluşan ilk suç ortadan kaldırmayacağını (ilk suçtan feragati ifade etmeyeceğini)(79)
- Sanık adına çıkartılan ödeme emrinin aynı takipteki diğer borçluya tebliğ edilmesi Tebligat Kanunu'nun 39. maddesine aykırı ise de, saniğin süresinde verdiği mal beyanı dilekçesinde ödeme emrini aldığı ve anlaşılması halinde, ödeme emrinin tebliği kendisi için de geçerli olacağından, bundan sonra yapacağı ödeme taahhüdünün de geçerli olacağını(80)
- Mal beyanı dilekçesinde yer alan "borcun ne şekilde ödeneceğine" ilişkin beyanın "ödeme taahhüdü" olarak algılanıp, borçluya kabul muhtırası gönderilmeyeceğini(81)
- Alacaklinin genel vekilinin, borçlunun taksitsiz ödeme teklifini kabul yetkisine sahip olduğunu(82)
- Taahhüdün kabul bildirisinin, taahhüt (taksit) tarihinden sonra borçluya tebliği halinde, taahhüdün ihlal suçunun ancak borçlunun taksitleri ödemeye devam etmesi durumunda oluşacağını(83) belirtmiştir.

**c) Borçlunun ödeme taahhüdü, borcun tamamını kapsamalı, koşulsuz olmalı ve bu taahhütte borcun taksitle ödenmesi teklifi de yer almışsa, taksit miktar ve zamanları açık-seçik belirtilmiş olmalıdır.**

Yüksek mahkeme, önce "borcun tamamını kapsamayan taahhüdün, geçersiz olduğunu, böyle bir taahhüdün yerine getirilmemesi

suç sayılmayacağını(84)" belirtmişken daha sonra "kısmi taahhüdün geçerli (ve bu taahhüdü ihlal etmenin suç teşkil edeceğini) (85)" ifade etmiştir. Aynı şekilde, kesin olmayan, koşula bağlı ödeme taahhüdü de geçersiz olduğundan, böyle bir taahhüdün yerine getirilmemesi suç sayılmaz(86). Taksitlerin miktar ve zamanlarının ödeme taahhüdünde açıkça belirtilmiş olması gerekir.

Yüksek mahkeme;

- Ödeme taahhüdü içeren tutanakta ödenecek toplam borç miktarının, bütün fer'ileri ile birlikte hesaplanıp açıkça gösterilmiş olması nedeniyle, taahhüdün usulüne uygun olduğunun kabulü gerekeceğini(87)
- Taahhüt tutanağında borçlu tarafından ödenmesi gereken tahsil harcının da gösterilmesi gerekeceğini, ancak bu suretle ödenecek toplam borç miktarının bütün fer'ileriyle birlikte hesaplanmış olacağını(88)
- Taahhüdü ihlal suçunun oluşabilmesi için ödenecek miktarın rakamsal olarak hiçbir kuşkuya yer vermeksizin belirlenmesi ve tarafların belirlenen bu miktar üzerinde icap ve kabulde bulunmalarının zorunlu olduğunu, İİK'nın 340. maddesinde, işlenen suçun yaptırımının "üç aya kadar tazyik hapsi" şeklinde gösterilmesine rağmen, mahkemece "on güne kadar tazyik hapsi cezası ile sanığın cezalandırılmasına" karar verilemeyeceğini(89)
- Taahhüdü ihlal suçunun oluşabilmesi için ödenecek toplam miktarın rakamsal olarak belirlenmesi, tarafların belirlenen bu miktar üzerinde icap ve kabulde bulunmasının zorunlu olduğunu(90)
- "Her bir taksit tutarı yönünden 10 günlük ek sürelerle gecikmeli olarak ödeme hakkımızın bulunmasını talep ile geç ödenen taksit tutarına ödenmesi gereken tarih ile ödenen tarih arasında, ödenmesi gereken taksit tarihinde T. Halk Bankası A.Ş. tarafından uygulanan kademeli cari kredi faiz oranının %50 fazlası nispetinde işleyecek temerrüt faiz ve gider vergisi ödemeyi kabul ve taahhüt ederiz", şeklinde taahhütte bulunulmakla birlikte, taksitlerin belirlenen tarihten 10 günlük ek sürelerle gecikmeli olarak ödenmesi hâlinde, geç ödenecek taksit tarihlerinin ve geç ödeme miktarlarının ne kadar olduğu belirtilmediğinden, taahhüt miktarının hiç bir kuşkuya yer vermeksizin

belirlendiğinden söz edilemeyeceğini(91)

- Taahhüdü ihlal suçunda, ceza sorumluluğunun doğabilmesi için taahhüt esnasında ödenecek miktarın hiçbir kuşkuya yer vermeksizin belirlenmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Bu miktar belirlenmediğinden hangi miktar için taahhütte bulunulduğu, kabulün de hangi miktar nazara alınarak yapıldığı saptanamayacağından, ödeme koşulunun ihlali hâlinde cezai sorumluluğun doğmayacağını(92)
- Ödeme taahhüdündeki, ana alacak, faiz, vekalet ücreti, icra harç ve giderleri ile birlikte toplam 286.493,61 TL olarak belirlenen miktara "...ve işleyecek olan faiz, icra harç ve masrafları ve bütün ferileri ile birlikte..." taahhütte bulunmasına karşın, belirlenen bu miktarın üzerine ne kadar faiz, icra harç ve masrafları net olarak gösterilmediğinden, alacaklı ile hangi bedel üzerinden icap-kabul ilişkisinin net olarak kurulduğundan, taahhüt miktarının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlendiğinden söz edilmesinin mümkün olmadığını(93)
- Taahhüt tutanağında, borçlunun hangi miktar için ödeme taahhüdünde bulunduğu ve alacaklının da hangi miktar için kabulde bulunduğu açık bir şekilde anlaşılması halinde, taahhüdü ihlal suçunun oluşmuş olacağını(94)
- Haciz tutanağında borçlunun "borcunu tüm fer'ilerle birlikte ... tarihinde ödemeyi" taahhüt etmesinden sonra, tekrar söz alarak "taahhüdünü yerine getirmediği takdirde maaşının %90'ına haciz konulmasına muvafakat ettiğine" ilişkin beyanının, taahhüdün şarta bağlanmış olduğunu göstermeyeceğini(95)
- Borçlunun, haciz sırasında, borcun tüm fer'ilerini de kapsayan taahhüdünün geçerli olacağını(96)
- Taahhüdü ihlal suçunun oluşabilmesi için ödenecek toplam miktarın rakamsal olarak belirlenmesi, tarafların bu miktar üzerindeki icap ve kabulde bulunması gerekeceğini(97)
- İlk taksitten sonraki taksit tarihlerinin ve taksit miktarlarının yazılmadığı taahhüdün hukuken geçerli olmayacağını(98)
- Taksit tarihlerinin yazılı olmadığı ödeme taahhüdünün hukuken geçerli olmayacağını(99)
- Ödeme taahhüdünde "aylık taksitler halinde ödeme yapılacağı" belirtilirdiyse bunun her ayın azami son gününe kadar

faksitlerin ödeneceği anlamına geleceği ve taahhüdün geçerli olacağını(100)

- İkinci ve üçüncü faksitlerin hangi tarihte ödeneceğine dair açık bir gün belirlenmeden yapılan taahhüdün geçersiz olacağını(101)
- "Borcun bir kısmını daha önce ödedim kalanını ise .... tarihinde ödemeyi kabul ve taahhüt ederim." biçimindeki taahhüdün -ödeme miktarının belirsizliği nedeniyle- hukuken geçerli olmadığını(102)
- Şikâyetçinin (alacaklinin) hangi faksitin ödenmemesinden dolayı şikâyette bulunduğu açıkça anlaşılmasını halinde, mahkumiyet kararı verilemeyeceğini(103)
- İlk taksit ödedikten sonra, ikinci taksitin ödenmemesiyle, "taahhüdün ihlal suçu"nun oluşacağını(104)
- Taksitle ödeme taahhüdünün geçerli sayılabilmesi (ve taksitlerin ödenmemesinin suç olabilmesi) için taksit tarihlerinin, sayısının ve miktarının açıkça belirtilmesinin zorunlu olduğunu(105)
- İlk taksitin zamanında ödenmemesi nedeniyle oluşan suç yerine yeni bir suç oluşturmayan sonraki ihlal şikâyete konu edilemeyeceğini(106)
- Taahhütte ödeme tarihi olarak belirtilen Kasım/1990 tarihinin "31 Kasım 1990" olarak algılanması ve taahhüdün geçerli kabul edilmesi gerekeceğini(107)
- Borçlunun "borcunun tamamını Ağustos/1990'da ödeyeceğim" şeklindeki beyanı üzerine, borçluya "1 Ağustos 1990 tarihinde borcun ödenmesini kabul ettiğini" bildiren alacaklinin bu kabul ile geçerli bir taahhüt oluşmuş olmayacağını(108)
- Taahhüdü kabul bildirisinin, ilk taksiti ödemiş olan borçluya, ikinci taksit tarihinden önce tebliğ edilmiş olması halinde, ikinci taksitin ödenmemesiyle taahhüdün ihlal suçunun oluşacağını(109)
- Takip kesinleştikten sonra, haciz sırasında yapılan taahhüdün geçerli olacağını(110)
- Her ay ödenmesi taahhüt edilen borç taksidinin ayın son gününe kadar ödenmesinin mümkün olduğunu(111)
- "Mayıs ayının sonunda borcu ödeyeceğini" bildiren borçluya "30 Mayıs" itibarıyla taahhüdü kabul bildirisi gönderilse dahi "Mayıs ayının 31 çektüğinden bahisle" -Mayıs ayının sonunda borcunu ödemeyen borçlu hakkında- "beraat kararı"

verilemeyeceğini(112) belirtmiştir.

ç) Borçlunun, ödeme taahhüdünü yerine getirmemiş olmasının suç teşkil edebilmesi için takip kesinleştikten sonra borçlu tarafından taahhütte bulunmuş olması gerekir.

Yüksek mahkeme;

- Taahhüt tutanağında icra dairesinin mührünün ve icra memurunun imzasının bulunduğu ve sahteliği ileri sürülmediği dikkate alındığında, tutanağa icra müdürü veya memurunun adı, soyadı ve sicil numarasının yazılmaması olmasının, taahhütnamenin sıhhatini etkileyebileceğ düzeyde bir noksanlık olmadığını(113)
- Takip kesinleşmeden ve borçlu tarafından sürelerden de feragat edilmeden yapılan taahhüdün, henüz borçlu sıfatını taşımaması nedeniyle geçersiz olduğunu(114)
- Henüz kendisine ödeme emri tebliğ edilmeden, açıkça sürelerden feragat ettiğini bildirmeden ve hakkındaki takip kesinleşmeden, borçlu tarafından icra dosyasına yapılacak ödeme taahhüdünün -o tarihte henüz borçlu sıfatını taşımaması nedeniyle- "taahhüdün ihlal suçu" nu oluşturmayacağını(115)
- Ödeme (icra) emrinin borçluya usulüne uygun olarak tebliğ edilmemesi halinde takip kesinleşmemiş olacağından bu aşamada taahhüdün ihlal suçunun oluşmayacağını(116)
- Usulüne aykırı olarak yapılan tebligatın öğrenildiğinde geçerli olacağını, hakkında yapılan icra takibini haricen öğrenen borçlunun itiraz etmemiş olması ile takibin kesinleşmiş olacağını ve yapılan ödeme taahhüdünün de geçerli olacağını(117)
- Borçlu sanık adına çıkarılan ödeme emrinin aynı takipteki diğer borçluya tebliğ edilmesi halinde takibin kesinleşmeyeceğini ve yapılan taahhüdün geçerli olmayacağını(118)
- Henüz ödeme (ya da icra) emri tebliğ edilmeden ve takip kesinleşmeden yapılan taahhüdün geçerli olmadığını(119)
- Ödeme (icra) emrinin tebliğinden sonra ancak ödeme (icra) emrindeki itiraz süresi geçip, takip kesinleşmeden, borçlunun icra dairesinde yapacağı ödeme taahhüdünün ancak takibe itirazı olmadığını ve İİK'nin 20. maddesindeki sürelerden feragat ettiğini açıkça belirtmesi halinde geçerli hale

geleceğini ve bu taahhüde uyulmamasının suç sayılacağını(120)

- Süresinde icra dairesine itiraz ederek takibi durdurmuş olan borçludan İİK. 75'deki koşullar gerçekleşmeden (mahkemeden itirazın iptâli ya da itirazın kaldırılması kararı alınmadan) borçludan alınan taahhüdün geçerli olmayacağını(121)
- Hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun Hükümleri'nin uygulanacağı icra takiplerinde İİK. 340'a göre taahhüdü ihlal suçunun oluşmayacağını(122)
- Yenileme bildirisi gönderilmeden, takipten düşmüş olan dosyada yapılan haciz sırasında alınan taahhüdün geçerli olmayacağını(123)
- Yetki itirazından vazgeçmemiş olan borçlusanık hakkında yapılan takip kesinleşmemiş olacağından ödeme taahhüdünün de geçersiz olacağını(124)
- Ödeme taahhüdünün yer aldığı icra takibinin icra mahkemesince iptâline karar verilip, bu kararın da kesinleşmiş olması halinde ödeme taahhüdünün hukuki dayanaktan yoksun hale geleceği ve atılı suçun oluşmuş olmayacağını(125)
- Kambiyo senetlerine özgü takiplerde borca ve imzaya itiraz -icra mahkemesinden ayrıca karar getirilmedikçe- takibi durdurmadığından, dosyadaki taahhüdünü yerine getirmeyen borçlu hakkında taahhüdü ihlal suçu'ndan dolayı mahkumiyet kararı verilmesi gerekeceğini(126)
- Takibin ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olması halinde, yaptığı taahhüdü ihlal eden borçlu hakkında mahkumiyet kararı verilemeyeceğini(127)
- Borçlunun, takip kesinleşmeden yaptığı taahhütten, takibin daha sonra itiraz üzerine durdurulması halinde sorumlu tutulamayacağını(128)
- Yetkisizlik itirazı'nın alacaklı (vekili) tarafından kabulü ya da yapılmış olan takibin bu nedenle mahkeme tarafından iptâli halinde, bu takipteki taahhüdün geçersiz hale geleceğini(129)
- Hakkındaki takibi haricen öğrendiğini' belirterek icra dairesine gelip, takibin kesinleştirilmesini isteyip taahhütte bulunan borçlunun bu eyleminin taahhüdü ihlal suçunu oluşturacağını(130)
- Başka mahkemece verilmiş olan takibin durdurulması konusundaki kararın

sonucu araştırılmadan, taahhüdü ihlal suçundan dolayı mahkumiyet kararı verilemeyeceğini(131) belirtmiştir.

**C)** Borçlu haklı (makbul) bir neden olmaksızın(132), taahhüdünü yerine getirmemiş olmalıdır.

Borçlunun ileri sürdüğü mazeretin haklı (makbul) olup olmadığının takdir yetkisi icra ceza mahkemesine aittir. Hastalık, yangın, su baskını, deprem "haklı neden" olarak kabul edilebilir(133).

**D)** Ödeme taahhüdünün para alacağına ilişkin olması gerekir.

Yüksek mahkeme(134) -yerinde olarak- para alacağına ilişkin olmayan ödeme taahhüdünü yerine getirmemenin örneğin; tahliye taahhüdüne uymamanın, inşaatın yıkımına ilişkin taahhüdün ihlalinin, dışarıdan mobilya alıp teslim etmemenin taahhüdü ihlal suçunu oluşturmayacağını belirtmiştir.

**E)** Borçlu, ödeme gücü bulunmasına rağmen, taahhüdünü yerine getirmemiş olması gerekli midir?

Yüksek mahkeme önce(135) kimi kararlarında "taahhüdü ihlal suçlarında sanığın ödeme gücü olup olmadığının araştırılarak, ödeme gücü olduğu halde ödeme yapmaktan kaçındığı belirlenirse sanığın cezalandırılması gerekeceğini" kimi kararlarında ise "taahhüdü ihlal suçunun oluşması için sanığın ödeme gücüne sahip olup olmamasının önem taşımadığını(136)" -kanımızca da isabetli olarak(137) belirtmiştir.

**II-** Alacaklının zarar görmüş olması, maddede taahhüdü, ihlal suçunun bir unsuru olarak yer almamıştır.

**III-** İcra müdürünün; taksitle ödeme teklifi kabul edilen borçluya, "taahhüdünü ihlal edişinin suç teşkil edeceği" hususunu da ayrıca hatırlatması ve bu hatırlatmanın yapıldığının icra tutanağına veya taahhüdü kabul muhtirasına geçirilmesi gerekli midir? Uygulamada genellikle, gerek icra dairesinde kararlaştırılan ödeme şartlarına ve gerekse borçluya daha sonra gönderilen taahhüdü kabul muhtirasına borçluya kanuni ihtarat yapıldığı veya taahhüdü ihlal edişin suç teşkil edeceğinin bildirildiği görülmektedir. Kanımızca, yasada böyle bir

koşul ayrıca öngörülmemiş olduğundan, bunu suçun oluşmasında bir unsur olarak aramaya gerek yoktur(138).

**IV-** Taahhüdü ihlal suçu; taahhüt edilen tarihte, borcun ödenmemesi ile oluşur. Eğer borçlu birkaç taksitte borcu ödemeyi taahhüt etmişse, ilk taksidin ödenmemesi ile taahhüdü ihlal suçu oluşur ve sonraki taksitlerin ödenmemesi suç teşkil etmez(139). Şikayet süresi de ihlal edilen ilk taksit tarihinden itibaren işlemeye başlar. Oluşan taahhüdü ihlal suçundan dolayı şikayette bulunan alacaklı, daha sonra borçlusu ile anlaşarak ondan yeni bir taahhüt almış dahi olsa, onun bu işlemi, oluşan önceki taahhüdü ihlal suçundan -zimnen- feragat ettiğini ifade etmez. Başka bir deyişle, açık bir feragat beyanı olmadığı sürece, ikinci olarak alınan (yapılan) taahhüt, suç sayılan -ve ihlal edilmiş olan- birinci taahhüdü hükümsüz kılmaz(140). Keza, şikayet tarihinde veya daha önce yahut daha sonra haciz yapılmış olması, oluşan taahhüdü ihlal suçunu ortadan kaldırmaz(141)

**V-** Tazyik hapsinin uygulanmasına başlandıktan sonra borçlu- borcun tamamını veya o tarihe kadar icra vizesine yatırmak zorunda olduğu meblağı öderse, tahliye edilir. Ödemelerini tekrar keserse hakkında yeniden hapsen tazyik kararı verilir. Ancak bir borçtan dolayı verilecek tazyik hapsinin süresi üç ayı geçemez (İİK. madde 340, c:2, 3)(142).

**VI-** Borçlu, taahhüdünü ihlal etmeden (yani; suçun oluşmasından önce) iflas ederse, İİK. madde 193 nedeniyle taahhüdü düşeceğinden, borçluya İİK. madde 340'a göre ceza verilemez(143).

**VII-** Taahhüdü ihlal suçunun düzenlendiği İİK'nın 340. maddesinin, "Anayasa'nın 2, 10, 11, 13 ve 38. maddelerine aykırı olduğu" iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan iki başvuru da, Anayasa Mahkemesi'nce -28.2.2008 T. ve E:2006/96, K:65; 21.11.2002 T. ve E:2001/415, K:166 sayılı kararlarla- red edilmiştir.

**VIII-** Taahhüdü ihlal suçundan dolayı, alacaklinin -İİK. madde 347 gereğince suçun işlendiğini öğrendiği tarihten itibaren üç ay ve her halde "suçun işlenmesinden

itibaren bir sene içinde -icra takibinin yapıldığı yerdeki (İİK. madde 348)- icra ceza mahkemesine başvurup şikayette bulunması gerekir(144). Şikayetin "belirtilen üç aylık ve bir yıllık süre içinde yapılmış olup olmadığı" icra mahkemesince doğrudan doğruya araştırılır(145).

**IX-** Yargılama Usulü ve Suçun cezası İİK. madde 340'da, "taahhüdü ihlal suçunun sabit olması halinde, sanığın üç aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılmasına karar verileceği" öngörülmüş olduğundan, icra mahkemesince bu miktar ceza yerine sanığın "bir ay disiplin hapsi ile cezalandırılmasına" ya da "bir ay tazyik hapsi ile cezalandırılmasına" karar verilemez(146).

"...Hapsin tatbikine başlandıktan sonra borçlu borcun tamamını veya o tarihe kadar icra vizesine yatırmak zorunda olduğu meblağı öderse tahliye edilir; ödemelerini tekrar keserse, hakkında tazyik hapsine yeniden karar verilir. Ancak, bir borçtan dolayı tazyik hapsinin süresi üç ayı geçemez." (İİK. madde 340/c, 2, 3).

Yüksek mahkeme bu konularla ilgili olarak;

- Ödeme şartını ihlal suçu borçlu-sanıklar tarafından iştirak halinde işlenmemiş olduğundan, borçlulardan birisi hakkındaki şikayetten vazgeçmeden, diğer borçlunun da faydalanamayacağını(147)
- İİK'nun 340. maddesi uyarınca mahkemece yargılama sonunda suçun sabit görülmesi halinde, borçlunun üç aya kadar tazyik hapsine mahkum edilmesine yerine, "bir ay disiplin hapsi ile cezalandırılması"na şeklinde karar verilemeyeceğini(148)
- Davada, sanığa duruşma için gönderilen tebligat bila tebliğ dönmüştür; ancak buna rağmen icra mahkemesince sanığın yokluğunda yargılamaya devam edilerek sanığın cezalandırılmasına karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu(149)
- Taahhüdü ihlal suçunun, taahhütte yer alan ilk taksitin ödenmemesi ile oluşmuş olacağı, alacaklı vekilinin icra dosyasında işlem yaptığı tarihte suçun işlenmiş olduğunu öğrenmiş olacağını ve bu tarihten itibaren üç ay içinde şikayette bulunmaması halinde mahkemece "şikayet hakkının düşürülmesi"ne karar verilmesi gerekeceğini(150)
- Kural olarak, icra ceza mahkemesinin kararlarına yerel Cumhuriyet savcısının

itiraz/temyiz yetkisi bulunmakla beraber, şikâyetçinin şahsi haklarına ilişkin konularda sanığın aleyhine itiraz/temyiz yetkisinin bulunmadığını(151)

- İcra ve İflas Kanunu'nun 353/1 inci maddesi uyarınca, itiraz üzerine verilen kararın kesin olması nedeniyle, itiraz mercii Salihli Ağır Ceza Mahkemesi'nin 25.01.2011 tarih ve 2011/102 değişik iş sayılı kararından sonra verilen kararların yok hükmünde olduğunu(152)
- Borçluya isnat edilen eylem İİK'nın 340 ncı maddesinde, üç aya kadar tazyik hapsi cezası ile yaptırım altına alınması nedeniyle borçlunun üç aya kadar tazyik hapsi cezası yerine, olaya uygun düşmeyecek şekilde bir ay tazyik hapsi ile cezalandırılmasına karar verilmesinin yasaya aykırı olduğunu(153)
- Mahkemece borçlunun taahhüdü ihlal suçundan dolayı İİK'nın 340 ncı maddesi uyarınca üç aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken 10 güne kadar tazyik hapsi ile cezalandırılmasına karar verilmesinin yasaya aykırı olduğunu(154)
- Şikâyet dilekçesi ile taahhüdü ihlal suçundan dolayı (S.P.) hakkında şikâyetle bulunulmasına rağmen, mahkemece (H.P.) adına duruşma günü bildiren davetiye tebliğ edilmesi nedeniyle, sanığın yokluğunda duruşmaya devam edilerek savunma hakkı kısıtlanmak suretiyle mahkûmiyetine karar verilmesinin isabetsiz olduğunu(155)
- Süresi içerisinde verilen ödeme taahhüdünün, 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 6 ve geçici 2. maddeleri uyarınca

değerlendirilmesi ve yerine getirilmesi hâlinde taahhüdü ihlal suçuna konu borcu bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıracığının gözetilmesinin gerekeceğini(156)

- Borçlunun taahhüt ettiği miktardan o tarihe kadar ödemek zorunda olduğu meblağı yatırdığının mahkemece de kabulü nedeniyle İİK'nın 354 üncü maddesi gereğince verilen cezanın düşürülmesine karar verilmesinin gerekeceğini(157)
- Taahhüdü ihlal suçunun sabit olması halinde, sanık hakkında 'üç ay tazyik hapsi ile cezalandırılmasına' şeklinde değil, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilmesi gerekeceğini(158)
- Anayasa'nın 40/II, 5271 sayılı CMK'nın 34/ II, 235/II ve 232/VI maddeleri uyarınca; karar ve hükümlerde, karara karşı başvurulabilecek yasa yolu, süresi, makamı ve başvuru şeklinin tereddüte yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekeceğini belirtmiştir.

## X- Yetkili ve görevli mahkeme

İcra takibinin yapıldığı yerdeki icra mahkemesi, yetkili ve görevli mahkemedir (İİK. madde 346/I, III; 348).

## XI- Dava zamanaşımı

İİK'da, bir suçla ilişkin bir dava zamanaşımı öngörülmemiştir.

## XII- Ceza zamanaşımı

Kararın kesinleşmesinden itibaren, iki yıllık ceza zamanaşımı vardır (İİK. madde 354/II).

## Sonnot:

(1) İİK madde 340

(2) Borçlunun ödeme şartını ihlâlî halinde ceza. Madde 340 – 111 inci madde mucibine veya alacaklının muvafakati ile icra dairesinde kararlaştırılan borcu ödeme şartını, makbul bir sebep olmaksızın ihlal eden borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra borçlu borcun tamamını veya o tarihe kadar icra veznesine yatırmak zorunda olduğu meblağı öderse tahliye edilir; ödemelerini tekrar keserse, hakkında tazyik hapsine yeniden karar verilir. Ancak, bir borçtan dolayı tazyik hapsinin süresi üç ayı geçemez.

(3) UYAR, T. İcra ve İflâs Hukukunda Suç Sayılan Filler (İcra-İflâs Suçları), s:235 vd.

(4) Bk.: 17. HD. 25.9.2003 T. 6779/8583; 8. CD. 19.12.2002 T. 12406/12451; 8. CD. 4.4.2002 T. 2338/2264 vb. (www.e-uyar.com)

(5) Ayrıntılı bilgi için bkznz: Yuk. İİK. madde 264 - Uyar, T. İİK. Şerhi, C:10, s:17176 vd. - Uyar, T. İcra Hukukunda Hacz, 2. Basi, s:83 vd.

(6) Bk.: 16. HD. 28.11.2011 T. 6091/8075; 25.10.2010 T. 5799/6290 (www.e-uyar.com)

(7) Ayrıntılı bilgi için bkznz: Yuk. İİK. madde 38 - Uyar, T. İİK. Şerhi, C:2, s:3333 - Uyar, T. İcra Hukukunda İlamlı Takipler, s:91 vd.

(8) Bk.: 11. CD. 18.09.2013 T. 17798/13220; 20.12.2012 T. 18625/22125; 18.09.2013 T. 17799/13221; 18.04.2013 T. 7982/6606; 11.04.2013 T. 6745/6145; 20.12.2012 T. 18615/22127; 18.04.2013 T. 7976/6604 (www.e-uyar.com)

- (9) Bk.: 16. HD. 29.11.2011 T. 7939 /8161 (www.e-uyar.com)
- (10) Bk.: 16. HD. 03.05.2010 T. 3169 /3492 (www.e-uyar.com)
- (11) Bk.: 16. HD. 01.03.2010 T. 29 /1601; 01.02.2010 T. 6045 /443 (www.e-uyar.com)
- (12) Bk.: 16. HD. 08.02.2012 T. 582 /942 (www.e-uyar.com)
- (13) Bk.: 16. HD. 25.10.2010 T. 5910 /6299 (www.e-uyar.com)
- (14) Bk.: 16. HD. 03.05.2010 T. 3169 /3492 (www.e-uyar.com)
- (15) Bk.: 16. HD. 23.1.2009 T. 10003/426; 17. HD. 3.2.2005 T. 13962/599; 17. HD. 21.10.2004 T. 9876/11161 vb. (www.e-uyar.com)
- (16) Bk.: 8. CD. 20.3.2000 T. 2691/4528 (www.e-uyar.com)
- (17) Bk.: 8. CD. 9.10.1996 T. 11473/12211; 16.5.1996 T. 5936/7142 (www.e-uyar.com)
- (18) Bk.: 8. CD. 5.4.1994 T. 3061/3439 (www.e-uyar.com)
- (19) Bk.: 17. HD. 20.9.2004 T. 5873/9708; 8.7.2004 T. 5872/8765 (www.e-uyar.com)
- (20) Bk.: 17. HD. 8.7.2003 T. 8806/7340; 8. CD. 22.11.1998 T. 17079/16557 (www.e-uyar.com)
- (21) Ayrıntılı bilgi için bkzn: Yuk. "447 vd." - Uyar, T. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C:2, s:3158 vd. - Uyar, T. İlamlı Takipler, s:3
- (22) Hemen belirtelim ki, icra mahkemesinin kararı "takibin tamamen iptâline" ilişkin ise, ortada bir takip kalmadığından zorunlu olarak ayrı (müstakil) olarak takibe konulur ve bu takipte borçlunun taahhüdünü ihlal etmesi suç sayılır...
- (23) Bk.: İİD. 14.3.1974 T. 2326/2302 (www.e-uyar.com)
- (24) Bk.: İİD. 29.2.1972 T. 2091/2395; 26.2.1971 T. 2261/2002 (www.e-uyar.com)
- (25) Bk.: 8. CD. 3.12.1991 T. 11090/11913; CGK. 11.2.1991 T. 8-241/16 - 8. CD. 28.1.1988 T. 10330/584; 12. HD. 10.11.1986 T. 13298/11958 (www.e-uyar.com)
- (26) Bk.: 8. CD. 1.2.1996 T. 7738/1282; İİD. 11.11.1966 T. 11716/11284 (www.e-uyar.com)
- (27) Bk.: 11. CD. 20.12.2012 T. 23580/22134 (www.e-uyar.com)
- (28) Bk.: 16. HD. 23.3.2004 T. 862/4654; 14.1.2004 T. 10976/862; 17. HD. 13.3.2003 T. 690/1852 vb. (www.e-uyar.com)
- (29) Bk.: 17. HD. 3.10.2003 T. 9622/9117; 24.1.2002 T. 152/198; 16. HD. 30.11.2001 T. 7924/9293 (www.e-uyar.com)
- (30) Bk.: 17. HD. 13.12.2001 T. E:7076/10845 (www.e-uyar.com)
- (31) Bk.: 8. CD. 12.2.1991 T. 74/1219; CGK. 25.6.1990 T. 8-173/192; 8. CD. 31.5.1988 T. 4218/4008 (www.e-uyar.com)
- (32) Bk.: 16. HD. 23.3.2004 T. 862/4654; 14.1.2004 T. 10976/862; 17. HD. 13.3.2003 T. 690/1852 vb.- 8. CD. 4.12.1996 T. 14408/15420 (www.e-uyar.com)
- (33) Bk.: 8. CD. 8.6.2000 T. 12637/10823 - 8. CD. 19.12.1994 T. 13699/14375 (www.e-uyar.com)
- (34) Bk.: 17. HD. 18.5.2005 T. 13956/5513; 24.2.2005 T. 12193/1521; 3.3.2005 T. 14733/1840 vb. (www.e-uyar.com)
- (35) Bk.: 16. HD. 4.3.2008 T. 1537/1289; 17. HD. 7.11.2002 T. 11074/10547; 17. HD. 8.4.2002 T. 2849/2761 vb. (www.e-uyar.com)
- (36) Bk.: 17. HD. 4.11.2004 T. 9756/11800; 8. CD. 13.12.1999 T. 16060/18086 (www.e-uyar.com)
- (37) Bk.: 17. HD. 28.4.2005 T. 341/4459; 2.5.2002 T. 3388/3368; 8. CD. 31.5.2000 T. 12523/10038 (www.e-uyar.com)
- (38) Bk.: 8. CD. 14.4.1993 T. 3405/3926 - 12. HD. 17.7.1986 T. 9436/8408 (www.e-uyar.com)
- (39) Bk.: 8. CD. 15.3.1988 T. 1469/2211 (www.e-uyar.com)
- (40) Bk.: 17. HD. 3.10.2002 T. 7455/8952; 30.5.2002 T. 5721/4416; 14.2.2002 T. 200/709 vb. - 17. HD. 31.5.2001 T. 3689/3548; 8. CD. 10.7.2000 T. 13681/13700; 28.6.2000 T. 13753/12194 vb. (www.e-uyar.com)
- (41) Bk.: 8. CD. 30.5.1995 T. 7953/7892 (www.e-uyar.com)
- (42) Postacıoğlu, İ. İcra Hukuku Esasları, s:748
- (43) Bk.: 16. HD. 11.06.2012 T. 3742 /5200 (www.e-uyar.com)
- (44) Bk.: 16. HD. 19.09.2011 T. 1866 /4410 (www.e-uyar.com)



- (45) Bk.: 11. CD. 07.02.2013 T. 28039/1903 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (46) Bk.: 11. CD. 27.12.2012 T. 8170/22614 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (47) Bk.: 11. CD. 14.02.2013 T. 23578/2405 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (48) Bk.: 11. CD. 18.09.2013 T. 17783/13218 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (49) Bk.: 11. CD. 09.05.2013 T. 9094/7576 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (50) Bk.: 11. CD. 28.03.2013 T. 5953/5257 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (51) Bk.: 16. HD. 22.03.2010 T. 1756 /2263 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (52) Bk.: 16. HD. 01.02.2010 T. 9314 /428 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (53) Bk.: 16. HD. 04.10.2010 T. 3730 /5767 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (54) Bk.: 16. HD. 19.09.2011 T. 1866 /4410 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (55) Bk.: 16. HD. 04.07.2011 T. 1204 /4027 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (56) Bk.: 16. HD. 13.12.2011 T. 1879 /8825 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (57) Bk.: 16. HD. 28.11.2011 T. 5262 /8072 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (58) Bk.: 16. HD. 19.12.2011 T. 4607 /9257 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (59) Bk.: 16. HD. 13.12.2011 T. 4602 /8830 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (60) Bk.: 16. HD. 05.12.2011 T. 6533 /8458 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (61) Bk.: 16. HD. 21.02.2012 T. 1134 /1755 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (62) Bknz: 16. HD. 08.05.2012 T. 3179 /4152 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (63) Bk.: 16. HD. 11.06.2012 T. 1312 /5198 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (64) Bk.: 16. HD. 01.03.2010 T. 436 /1602; 01.03.2010 T. 434 /1604 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (65) Bk.: 16. HD. 01.03.2010 T. 433 /1605 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (66) Bk.: 16. HD. 08.02.2012 T. 583 /943 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (67) Bk.: 16. HD. 20.06.2011 T. 8282 /3673 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (68) Bk.: 17. HD. 18.5.2005 T. 13956/5513; 4.3.2002 T. 1048/1063 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (69) Bk.: 16. HD. 25.11.2004 T. 9390/12147; 17. HD. 18.3.2004 T. 13055/3289; 18.10.2001 T. 6511/8556 vb. ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (70) Bk.: 17. HD. 15.7.2004 T. 2703/9010; 16.5.2002 T. 4601/5764 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (71) Bk.: 17. HD. 12.9.2002 T. 9844/7475; 16. HD. 21.5.2001 T. 2605/2879; 8. CD. 15.1.2001 T. 24132/279 vb. ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (72) Bk.: 8. CD. 19.10.2000 T. 16220/17034; 24.9.1991 T. 7658/8441 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (73) Bk.: 8. CD. 9.10.2000 T. 16950/16286 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (74) Bk.: 8. CD. 9.2.2000 T. 660/2019; 31.10.1994 T. 11311/11905; 24.1.1994 T. 98/344 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (75) Bk.: 8. CD. 20.1.2000 T. 19809/555 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (76) Bk.: 8. CD. 20.12.1999 T. 17390/18824 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (77) Bk.: 8. CD. 22.9.1999 T. 12724/12272 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (78) Bk.: 8. CD. 23.1.1997 T. 17033/423; 18.4.1996 T. 3970/5707; 22.5.1995 T. 6588/7178 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (79) Bk.: 8. CD. 24.10.1996 T. 11955/13148; 22.9.1995 T. 7056/9126; 13.4.1993 T. 2830/3763 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (80) Bk.: 8. CD. 17.6.1996 T. 7366/9122 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (81) Bk.: 8. CD. 24.3.1994 T. 1938/2814 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (82) B.k: İİD. 22.10.1966 T. 10630/10258 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (83) Bk.: İİD. 14.2.1964 T. 1964/2148 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (84) Bk.: 17. HD. 24.3.2005 T. 14759/2757; 3.2.2005 T. 10575/611; 27.5.2004 T. 11981/6609 vb. ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))
- (85) Bk.: 11. CD. 18.09.2013 T. 17783/13218 ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com))

uyar.com)

(86) Bk.: 17. HD. 3.3.2005 T. 14733/1840; 17.10.2002 T. 8605/9755; 22.5.2000 T. 5944/9305 (www.e-uyar.com)

(87) Bk.: 11. CD. 12.09.2013 T. 16788/12840; 13.12.2012 T. 15368/21723; 11.04.2013 T. 6748/6138; 28.03.2013 T. 5942/5266 (www.e-uyar.com)

(88) Bk.: 11. CD. 14.03.2013 T. 4397/4199; 27.12.2012 T. 23589/22616; 27.12.2012 T. 23601/22606; 13.12.2012 T. 13726/21722; 27.12.2012 T. 30655/22526; 14.02.2013 T. 15/2397; 07.03.2013 T. 4394/3766; 14.03.2013 T. 4389/4200; 07.02.2013 T. 31079/1908; 14.03.2013 T. 4401/4197; 28.03.2013 T. 5948/5255; 07.02.2013 T. 31077/1896 (www.e-uyar.com)

(89) Bk.: 16. HD. 08.03.2010 T. 1590 /1769; 01.02.2010 T. 26 /421 (www.e-uyar.com)

(90) Bk.: 16. HD. 25.10.2010 T. 5910 /6297 (www.e-uyar.com)

(91) Bk.: 16. HD. 05.12.2011 T. 3410 /8456 (www.e-uyar.com)

(92) Bk.: 16. HD. 05.12.2011 T. 4049 /8461 (www.e-uyar.com)

(93) Bk.: 16. HD. 13.12.2011 T. 7323 /8829 (www.e-uyar.com)

(94) Bk.: 16. HD. 19.04.2010 T. 3045 /3089 (www.e-uyar.com)

(95) Bk.: 16. HD. 25.10.2010 T. 6822 /6298 (www.e-uyar.com)

(96) Bk.: 16. HD. 04.07.2011 T. 1201 /4024; 25.10.2010 T. 6157 /6291; 25.10.2010 T. 5628 /6294; 25.05.2010 T. 3476 /3845 (www.e-uyar.com)

(97) Bk.: 16. HD. 16.11.2009 T. 6913/7864; 7.7.2008 T. 871/4936; 11.3.2008 T. 1641/1432; 19.2.2008 T. 867/857 (www.e-uyar.com)

(98) Bk.: 17. HD. 17.5.2001 T. 3016/3097 (www.e-uyar.com)

(99) Bk.: 8. CD. 8.3.1999 T. 559/2911; 17.2.1999 T. 10828/1670 (www.e-uyar.com)

(100) Bk.: 8. CD. 5.2.1998 T. 10828/1187 (www.e-uyar.com)

(101) Bk.: 8. CD. 9.6.1997 T. 8450/9188 (www.e-uyar.com)

(102) Bk.: 8. CD. 29.5.1997 T. 7326/8555 (www.e-uyar.com)

(103) Bk.: 8. CD. 20.3.1997 T. 2531/4060; 3.3.1997 T. 2053/2578; 17.2.1997 T. 991/1740 (www.e-uyar.com)

(104) Bk.: 8. CD. 30.9.1996 T. 10433/11652; 4.4.1996 T. 3186/4983 (www.e-uyar.com)

(105) Bk.: 8. CD. 22.5.1996 T. 6149/7390; 3.4.1996 T. 3902/4817; 14.3.1996 T. 2196/3626 (www.e-uyar.com)

(106) Bk.: 8. CD. 7.3.1996 T. 1664/3121 (www.e-uyar.com)

(107) Bk.: 8. CD. 15.10.1991 T. 8276/9387 (www.e-uyar.com)

(108) Bk.: 8. CD. 13.6.1991 T. 4762/6956 (www.e-uyar.com)

(109) Bk.: 8. CD. 25.1.1990 T. 1108/735 (www.e-uyar.com)

(110) Bk.: 8. CD. 28.1.1988 T. 10330/584; 12. HD. 10.11.1986 T. 13298/11958 (www.e-uyar.com)

(111) Bk.: 12. HD. 20.11.1975 T. 10429/9914 (www.e-uyar.com)

(112) Bk.: İİD. 26.11.1971 T. 11989/11974 (www.e-uyar.com)

(113) Bk.: 16. HD. 21.06.2010 T. 4818 /4448 (www.e-uyar.com)

(114) Bk.: 16. HD. 04.10.2010 T. 4817 /5762 (www.e-uyar.com)

(115) Bk.: 16. HD. 04.07.2011 T. 1204 /4027 (www.e-uyar.com)

(116) Bk.: 17. HD. 3.3.2005 T. 14733/1840; 3.10.2002 T. 8304/8974; 7.2.2002 T. 728/574 vb. (www.e-uyar.com)

(117) Bk.: CGK. 17.11.1998 T. 8-284/351 (www.e-uyar.com)

(118) Bk.: 8. CD. 26.4.2004 T. 8426/7328; 31.1.2002 T. 89/427; 29.5.2000 T. 8234/9784 vb. (www.e-uyar.com)

(119) Bk.: 17. HD. 12.4.2004 T. 1816/4500; 8. CD. 3.2.2000 T. 440/1522; 14.12.1998 T. 15865/16730 vb. (www.e-uyar.com)

(120) Bk.: 17. HD. 16.10.2002 T. 8321/9622; 13.3.2002 T. 352/1294; 14.1.2002 T. 314/17 vb. (www.e-uyar.com)

(121) Bk.: 17. HD. 18.4.2002 T. 2912/2669; 8. CD. 1.6.2000 T. 12574/10175 (www.e-uyar.com)

(122) Bk.: 17. HD. 13.12.2001 T. 7076/10845 (www.e-uyar.com)

- (123) Bk.: 17. HD. 20.9.2001 T. 7460/6886; 8. CD. 6.11.2000 T. 17191/18136; 21.6.2000 T. 11715/11592 vb. (www.e-uyar.com)
- (124) Bk.: 17. HD. 10.4.2000 T. 8759/6090 (www.e-uyar.com)
- (125) Bk.: 8. CD. 23.2.1998 T. 1305/2272; 22.5.1996 T. 5904/7381 (www.e-uyar.com)
- (126) Bk.: 8. CD. 10.10.1996 T. 9671/12385 (www.e-uyar.com)
- (127) Bk.: 8. CD. 18.9.1996 T. 10612/10967 (www.e-uyar.com)
- (128) Bk.: 8. CD. 24.10.1995 T. 12892/13818; 30.5.1995 T. 4598/7790 (www.e-uyar.com)
- (129) Bk.: 8. CD. 6.6.1995 T. 7890/8344 (www.e-uyar.com)
- (130) Bk.: 8. CD. 6.6.1995 T. 7077/8351 (www.e-uyar.com)
- (131) Bk.: 8. CD. 6.4.1994 T. 2822/3523; 5.11.1991 T. 9582/10848; 21.4.1988 T. 2706/3763 (www.e-uyar.com)
- (132) Bk.: 8. CD. 28.6.2000 T. 18754/12197; 28.12.1998 T. 16484/17728; 24.3.1997 T. 3194/4180 vb. (www.e-uyar.com)
- (133) Özcengiz, M.N. Tetkik Mercii, s:176 - Türkes, Ş. İcra-İflas Suç ve Cezaları, s:30 - Nayır, H. Bizde İcra Ceza Davaları, s:84
- (134) Bk.: 8. CD. 29.11.1999 T. 16964/16987; 6.2.1997 T. 584/1108; 14.4.1991 T. 3142/4309 vb. (www.e-uyar.com)
- (135) Bk.: 16. HD. 30.5.2005 T. 2111/4900; 26.10.2004 T. 6771/11523; 13.10.2004 T. 7754/11131 vb. (www.e-uyar.com)
- (136) Bk.: 17. HD. 14.07.2004 T. 5115/8983; 16. HD. 14.10.2010 T. 3729/5769 (www.e-uyar.com)
- (137) Aynı görüşte: Kürtül, M. Açıklamalı-Örnekli-İçtihatlı İcra ve İflas Suçları, 2012, s:314
- (138) Aynı doğrultuda: 8. CD. 5.12.1991 T. 11108/12069; 19.9.1991 T. 6632/8245 vb. (www.e-uyar.com)
- (139) Bk.: 17. HD. 12.5.2005 T. 310/5151; 5.5.2005 T. 14688/4756; 3.3.2005 T. 14733/1840 (www.e-uyar.com)
- (140) Bk.: CGK. 2.10.2001 T. 7-205/180 - 8. CD. 24.10.1996 T. 11955/13148; 22.9.1995 T. 7056/9129; 13.4.1993 T. 2830/3763 (www.e-uyar.com)
- (141) Bk.: 12. HD. 24.10.1979 T. 8554/8232 (www.e-uyar.com)
- (142) Bk.: 11. CD. 13.12.2012 T. 15366/21725; 16. HD. 27.06.2011 T. 9318/3860; CGK. 29.09.2009 T. 16-188/205 (www.e-uyar.com)
- (143) Kuru, B. El Kitabı, 2. Baskı, s:614
- (144) Bk.: 16. HD. 4.3.2008 T. 1532/1288; 17. HD. 25.6.2002 T. 5789/5763; 17. HD. 28.6.2001 T. 4400/4419 vb. (www.e-uyar.com)
- (145) Bk.: 17. HD. 23.9.2004 T. 6650/9896; 5.4.2004 T. 12286/4753; 14.2.2002 T. 754/710 (www.e-uyar.com)
- (146) Bk.: 16. HD. 27.10.2008 T. 7235/6749; 4.3.2008 T. 1159/1306; 26.6.2007 T. 2667/2482 vb. (www.e-uyar.com)
- (147) Bk.: 16. HD. 25.10.2010 T. 6668 /6297 (www.e-uyar.com)
- (148) Bk.: 16. HD. 04.10.2010 T. 4620 /5765 (www.e-uyar.com)
- (149) Bk.: 16. HD. 13.12.2011 T. 5444 /8831 (www.e-uyar.com)
- (150) Bk.: 16. HD. 20.06.2011 T. 8283 /3715; 20.06.2011 T. 9317 /3710 (www.e-uyar.com)
- (151) Bk.: 16. HD. 04.06.2012 T. 1993 /4791 (www.e-uyar.com)
- (152) Bk.: 16. HD. 04.06.2012 T. 1064 /4783 (www.e-uyar.com)
- (153) Bk.: 16. HD. 21.11.2011 T. 6087 /7710 (www.e-uyar.com)
- (154) Bk.: 16. HD. 04.06.2012 T. 1130 /4786 (www.e-uyar.com)
- (155) Bk.: 16. HD. 05.12.2011 T. 5254 /8463 (www.e-uyar.com)
- (156) Bk.: 16. HD. 20.06.2011 T. 5508 /3718 (www.e-uyar.com)
- (157) Bk.: 16. HD. 04.10.2010 T. 5510 /5763 (www.e-uyar.com)
- (158) Bk.: 16. HD. 27.06.2011 T. 9320 /3862; 04.10.2010 T. 4617 /5764; 08.03.2010 T. 1757 /1770; 08.03.2010 T. 1588 /1779 (www.e-uyar.com)
- (159) Bk.: 16. HD. 19.09.2011 T. 1868 /4411; 19.09.2011 T. 1870 /4413; 19.09.2011 T. 1869 /4412; 19.09.2011 T. 1871 /4414; 11.07.2011 T. 1206 /4176; 11.07.2011 T. 1207 /4220; 25.10.2010 T. 5509 /6292 (www.e-uyar.com)

## İİK'nın 68/b maddesi\* üzerine bir inceleme

Av. Talih Uyar - İzmir Barosu

Bu maddede, kredi kurumlarının (genellikle bankaların) düzenledikleri belgelerin hangi koşullarda -alacaklıya icra mahkemesinden "itifazın kesin olarak kaldırılmasını" isteyebilme hakkı veren- "İİK. madde 68/İ'de öngörülen belgeler"den sayılacağı düzenlenmiştir(1),(2).

**I -** Bu maddeye göre; krediyi kullandıran taraf (genellikle; alacaklı banka)(3), borçlunun kredi sözleşmesinde belirtilen adresine(4):

**a)** Cari hesap sözleşmesinde belirtilen dönemleri takip eden 15 gün içinde,

**b)** Kısa, orta ve uzun vadeli kredi sözleşmelerinde yazılı "faiz tahakkuk dönemlerini(5) takip eden 15 gün içinde, noter aracılığı ile(6), hazırladığı hesap özeti göndermek zorundadır.

Kanunun bu açık hükmü nedeniyle;

**a)** Eğer banka, hesap özeti noter aracılığı ile göndermezse, (örneğin, borçluya hesap özeti iadeli taahhütlü mektupla gönderir veya imzası karşılığında teslim ederse) İİK. 68/b maddesinden yararlanamaz. (7) Doktrinde(8) "bu düzenlemenin isabetli olmadığı, uygulamada hem bankalar hem de noterler için bazı güçlükler ortaya çıkaracağı, krediyi kullanan (borçlu) tarafta, banka ile ilişkilerinin bozulduğu tedirginliğini yaratacağı ve onu hesap özetine itiraz etmeye yöneltceği, bu konuda yapılacak tebligat giderlerinin sonuçta borçluya yükletileceği, bunun da bu düzenlemenin bir başka olumsuz yönü olacağı" ileri sürülmüştür.

**b)** Takip dayanağı sözleşmenin "cari hesap veya kısa, orta, uzun kredi şeklinde işleyen sözleşme" niteliğinde bulunmaması halinde, alacaklının İİK'nın 68/b maddesinden faydalanamaz(9).

**II -** Hesap özeti, 15 gün içinde noter aracılığı ile borçluya gönderilmiş olduğunun kabul edilebilmesi için hesap özeti süre içinde notere teslim (tevdii) edilmiş olması yeterli midir? Yoksa bu süre içinde "borçlunun eline geçmesi" (borçluya ulaşması) mı gereklidir? 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki İİK. 68b/İ'deki "süresi içinde aldığı hesap özeti muhtevasına, alındığından itibaren bir ay içinde itiraz etmeyen krediyi kullanan taraf (borçlu) ..." sözcüklerinden, kanun koyucunun burada, on beş gün içinde, hesap özeti borçluya ulaşmasını (tebliğini) de zorunlu gördüğü anlaşılmaktaydı(10). 4949 sayılı Kanun ile -özellikle "tebliğden kaynaklanan uygulamadaki duraksamaları gidermek amacıyla"(11) maddenin 2. fıkrasında geçen, aldığı ibaresi gönderilen şeklinde değiştirilmiştir. Fakat bu değişiklik yapılırken, maddede yer alan "... hesap özeti muhtevasına alındığından itibaren bir ay içinde itiraz etmeyen..." sözcükleri değiştirilmemiş (aynen muhafaza edilmiş) olduğu için bugün de, hesap özeti on beş günlük itiraz süresi, hesap özeti borçluya tebliğinden (veya tebliğ edilmiş sayıldığı günden) itibaren başlayacaktır(12).

**III -** 4949 sayılı Kanun ile -17.7.2003 tarihinde- yapılan değişiklikle; "sözleşmede gösterilen adresin borçlu tarafından değiştirilmesi halinde, bu değişikliğin (ancak) yurt içinde(13) bir adresin noter aracılığıyla krediyi kullandıran (alacaklı) tarafa bildirilmesi halinde sonuç doğuracağı, yeni adresin bu şekilde bildirilmemesi halinde, hesap özeti eski adrese ulaştığı tarihin "tebliğ tarihi" sayılacağı" kabul edilmiştir.

**IV -** Borçlu (krediyi kullanan taraf); hesap

özetine aldığı tarihten itibaren bir ay içinde itiraz edebilir. İtiraz şekli için kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığından, borçlu "hesap özetine süresi içinde itiraz ettiğini" her türlü belge ile ispat edebilir. Bu durumda, hesap özeti İİK. madde 68/l'de öngörülen belgelerden sayılmaz(14). Bunun sonucu olarak da, alacaklı icra mahkemesine başvurarak "itirazın kesin olarak kaldırılmasını" isteyemez(15). Mahkemeye başvurup, alacağı hakkında "itirazın iptali" veya "alacak" davası açarak "ilam" alması gerekir. Buna karşın, borçlu, hesap özetine aldığı tarihten itibaren bir ay içinde itiraz etmezse "hesap özeti" -takip hukuku bakımından- kesinleşir.

Yüksek mahkeme bu konu ile ilgili olarak; - "İtirazın iptali davası genel hükümlere göre açılan bir dava olup, taraflar iddia ve savunmalarını İİK 68/b maddesinde öngörülen usulden ayrı olarak ileri sürebilir. Mahkemece davalının kredi sözleşmesindeki imzaya itirazının üzerinde durulup, imzanın davalı borçluya ait olmaması durumunda, kredi kartının kime teslim edildiği ve kullanılıp kullanılmadığı hususları üzerinde durulup, toplanan tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle karar verilmesi gerekeceğini(16)"

- "Bir aylık süre içinde, alacaklı bankanın kredi sözleşmesine dayanarak gönderdiği ihtarnameye borçlu tarafından bir aylık süre içinde itiraz edilmemiş olması halinde, takip dayanağı belgenin İİK'nin 68/b maddesi uyarınca İİK'nin 68. maddesinde yazılı belge' niteliğini kazanmış olacağı(17)"

- "İcra dairesine verdiği itiraz dilekçesinde ihtarname (hesap kat ihtarı) tebliğ işleminin usulsüzlüğüne yönelik bir iddiada bulunulmamış olması halinde daha sonra borçlu tarafından icra mahkemesinde tebliğ işleminin usulsüzlüğü ileri sürülemeyeceği gibi mahkemece de re'sen ihtarname tebliğ işleminin usulsüzlüğüne karar verilemeyeceğini(18)"

- "Borçlunun, itiraz edilmeyerek kesinleşen ihtarnamede yazılı alacak miktarına itirazda bulunamayacağını, ancak kesinleşen kısmı aşan talebe karşı çıkabileceğini ve faiz oranı ile yapılmış olan hesabın doğru olmadığını ileri sürmesi halinde, mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonuca ulaşılması

gerekeceğini(19)"

- "Kredi sözleşmesinin taraflarına (borçlulara ve kefillere) gönderilen "hesap özetleri"ne, bunlar tarafından "bir ay içinde" itiraz edilmemiş olması halinde, hesap özeti -itiraz etmeyen kişi için- "İİK'nin 68. maddede yazılı belge" niteliğini kazanacağını ve hesap özetiindeki "alacak miktarı" ile "faiz oranı"nın kesinleşeceğini(20)"

- "Hesap kat ihtarına itiraz edilmemekte bu belgedeki alacak tutarı kesinleşmiş olursa da, alacaklının takip talebinde farklı miktarda talepte bulunmuş olması halinde icra mahkemesince kesinleşen hesap kat ihtarındaki oran ve miktarları esas alarak, takip tarihinde istenebilecek alacak miktarının bilirkişi incelemesi yaptırılarak saptanması gerekeceğini(21)"

- "Hesap kat ihtarına itiraz edilmemekte bu belgedeki alacak miktarı kesinleşirse de hesap özetiinde belirtilen faiz ile takip talebinde istenen faiz arasında fahiş bir fark bulunması halinde icra mahkemesince sözleşme koşullarında takip tarihinde istenebilecek faizden gerektikçinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak saptanması gerekeceğini(22)"

- "Hesap özetiinin muhtevasına alındığından itibaren bir ay içinde itiraz edilmemesi halinde ihtarnamede istenen alacak miktarının kesinleşmiş olacağını, bu konuda ayrıca bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağı(23)" belirtmiştir.

Gönderilen hesap özetine bir ay içinde itiraz etmemiş olan borçlu, hesap özetiinin gerçeğe aykırılığını ancak borcunu ödedikten sonra dava edebilir (İİK. madde 68b/II). Doktrinde(24) bu hükmün, "borçlunun, menfi tespit davası açarak, teminat karşılığında takibi durdurma hakkını ortadan kaldırdığı, ancak borcunu ödedikten sonra istirdat davası açma hakkı tanıdığı" ifade edilmiştir(25).

**V - Alacaklı (krediyi kullandıran taraf yani banka); hesap özetiinin borçluya tebliğinden itibaren bir aylık itiraz süresinin geçmesini bekleyerek, bu süre geçtikten sonra,(26) borçlu (krediyi kullanan taraf) hakkında -kesinleşen hesap özetine dayanarak- ilamsız**

icra takibi yapılabilir(27).

Eğer alacaklı (krediyi kullandıran taraf yani banka), bir aylık itiraz süresi dolmadan takipte bulunursa ne olur. Yüksek mahkeme, bu durumla ilgili olarak;

-“İİK'nin 68/b maddesinde belirtilen bir aylık itiraz süresinin dolması beklemeden, borçlu hakkında icra takibi yapılamayacağı(28)”

-“Alacaklı banka tarafından kredi borçlusu hakkında -İİK.68b/II uyarınca- hesap özeti nin borçlu ya tebliğ tarihinden itibaren 1 aylık itiraz süresi dolmadan, icra takibinde bulunulamayacağı (1 aylık itiraz süresi dolmadan), alacaklı tarafından yapılan takibe borçlu tarafından itiraz edilmesi üzerine, icra mahkemesince alacaklının 'itirazın kaldırılması isteminin reddine' karar verilmesi gerekeceği, buradaki 1 aylık sürenin icra mahkemesince doğrudan doğruya araştırılacağı(29)”

-“İİK'nin 68/b-II maddesine aykırı olarak borçlu hakkındaki icra takibinin bir aylık ihtarınameye itiraz süresi dolmadan başlatılmış olması halinde, takip dayanağı hesap kat ihtarname si, İİK'nin 68/1 maddesinde belirtilen belge niteliğinde sayılmaz ise de, borçlunun itirazında borcun aslını (hukuki ilişkiyi) kabul etmiş olması halinde alacaklının, alacağını İİK'nin 68/1 maddesi kapsamındaki bir belge ile ispat etmek zorunda bulunmayacağı(30)” belirtmiştir.

“Örnek: 7 ödeme emrini alan borçlu -7 gün içinde, icra dairesine- ödeme emrine itiraz ederek (İİK. madde 62) hakkındaki takibi durdurursa, alacaklı -kesinleşen hesap özetine dayanarak- icra mahkemesinden itirazın kesin olarak kaldırılmasını isteyebilir(31). Çünkü bu durumda kredi sözleşmeleri ve bununla ilgili süresinde itiraz edilmemiş hesap özeti ve ihtarname ler(32) ile krediyi kullandıran (alacaklı) tarafından usulüne uygun düzenlenmiş diğer belge ve makbuzlar, İİK. madde 68/1'de belirtilen belgelerden sayılırlar (İİK. madde 68/III, c.1)...Bu durumda, borçlu (krediyi kullanan taraf) (banka), itiraz etmediği hesap özeti nin dayandığı belgelerde kendisine izafe edilen (ait olduğu ileri sürülen) imzayı kabul (ikrar)

etmiş sayılır (İİK. madde 68b/III, c.2).

**VI -** 4949 sayılı Kanun ile, İİK. madde 68b'ye son fıkrası olarak eklenmiş olan “Krediyi kullanan tarafın kredi hesabının kesilmesine veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarıname içeriğine itiraz etmiş olması, kredi hesabının kesilmesi ve borcun ödenmesine ilişkin ihtarınameden önce tebliğ edilen ve itiraz edilmeyerek kesinleşmiş bulunan faiz tahakkuk dönemlerine ilişkin hesap özeti lerinin muhtevasına itiraz edilmiş olmasının sonuçlarını ortadan kaldırmaz. Bu durumda, önceki dönemlere ilişkin kesinleşmiş hesap özeti ler hakkında ikinci fıkrası hükümleri uygulanır ” şeklindeki hüküm “borçlunun (krediyi kullanan tarafın, kendisine usulüne uygun olarak gönderilen önceki hesap özeti lerine itiraz etmeyerek kesinleşmesinden sonra, kredi hesabının kesilmesine veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarıname içeriğine itiraz ederek geçmişteki kesinleşmiş hesap özeti lerinin doğan sonuçlarını ortadan kaldırmayacağını belirtmek amacıyla” kabul edilmiştir(33).

**VII -** İİK. madde 68b'de hesap özeti lerinin sadece borçlulara gönderilmesi düzenlenmiş ayrıca, kefillere de gönderilmesi öngörülmemiştir. Fakat, cari hesap ya da kredi sözleşmesine kefil olan kişiye baş vurabilmek için hesap özeti lerinin ona da tebliğ edilmesi gerekir(34). Asıl borçlunun, hesap özeti ne itiraz etmemiş ve onun hakkında hesap özeti nin kesinleşmiş olması, kefil için bağlayıcı olmaz(35),(36).

Asıl borçlu tarafından hesap özeti ne itiraz edilmemesi üzerine kefile karşı takip yapıldığında, kefilin borca itiraz edebileceğini ya da olumsuz tespit davası açabileceğini kabul etmek gerekir(37), (38).

**VIII -** İİK. madde 68b'de her ne kadar ısrarla krediyi kullandıran taraftan söz edilmekte ise de, uygulamada -hiç olmazsa bugün- bu hükümden sadece bankalar yararlanacaktır(39). Bankalar dışındaki alacaklı durumda olan pek çok kurum ve kuruluşun kendi özel kanunları (örneğin; 506 s. K. madde 81; 1479 s. K. madde 54; 5590 s. K. madde 78; 507 s. K. madde 30) mevcut olduğundan, İİK. madde 68b'de yaratılmış

olan avantajlar sadece bankalar lehine sonuç doğuracaktır.

**IX** - İİK. madde 68b'de öngörülen itirazın kaldırılması prosedürü tamamen İİK. madde 68'de olduğu gibidir. Bu madde ile sadece, icra mahkemesinden itirazın -kesin olarak kaldırılmasının istenebilmesi için gerekli olan belgelere, yenileri eklenmiştir. Bu nedenle, itirazın kaldırılması talebinin -esasa ilişkin nedenlerle- kabulü halinde b o r ç l u n u n ve talebin -aynı nedenlerle- reddi halinde ise, a l a c a k l a n n ı n, diğer tarafın talebi üzerine, icra mahkemesince -yüzde yirmiden az olmamak üzere- tazminata mahkum edilmesi gerekir(40). Yüksek mahkemenin yeni tarihli içtihatları da bu doğrultudadır (41), (42).

**X** - Yüksek mahkeme –son içtihatlarında-;

• "İİK' nun 68/b maddesinin t ü k e t i c i kredilerinde uygulama olanağının olmadığı(43)"

• "İİK.nun 68/b (ve 150/ı) maddesinin tüketici kredilerinde uygulanma olanağı bulunmadığı; alacağın tüketici kredisinden kaynaklanması halinde borçlunun temerrüde düşüp düşmediği, alacağın muaccel olup olmadığı, ne miktarının tahsil edilebilir olduğu, faiz miktar ve oranlarının tespitinin tüketici yasası koşullarında yargılama yapılmasını gerektireceğini; 'konut finansman sözleşmesi' kapsamında alınan limit ipotegine dayalı olarak ipotegün paraya çevrilmesi yolu ile takibe geçilip borçluya İİK.nun 150/ı maddesi kapsamında icra emri gönderilmesi, borçlunun 'ihtarnamenin kendisine tebliğ edilmediğini' belirtip faiz ve borca itiraz edip takibin iptalini istemesi halinde, alacağın varlığı ve miktarı 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında yargılama yapılmasını zorunlu kıldığından,mahkemece "takibin iptaline" karar vermek yerine, dar yetkili icra mahkemesinde tüketici yasası koşulları tartışılarak sonuca gidilemeyeceğini(44)"

• "İİK.nun 68/b maddesinin tüketici kredilerinde uygulanma olanağı bulunmadığını; kredi kartı sözleşmesi kapsamında alınan tüketici kredisine dayalı olarak ilamsız icra yolu ile takibe

geçilip borçluya 7 örnek ödeme emri gönderilmiş olması ve borçlunun da 'icra dairesinin yetkisine borca ve faize' itiraz etmiş bulunması halinde, alacağın varlığı ve miktarı 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında yargılama yapılmasını zorunlu kıldığından, mahkemece 'itirazın kaldırılması talebinin reddine' karar verilmesi gerekirken, dar yetkili icra mahkemesinde tüketici yasası koşulları tartışılarak bir sonuca gidilemeyeceğini(45)" şeklinde belirtmiştir.

**XI** - Yine Yüksek mahkeme "kredi sözleşmesine dayalı takiplerde istenebilecek faiz miktarı" hakkında;

• "Kredi sözleşmesine dayalı takiplerde takip dayanağı asıl alacak için temerrüt tarihine kadar "akdi faiz", bu tarihten sonrasında da 'temerrüt faizi' hesaplanacağını(46)"

• "Alacaklı banka tarafından kredi sözleşmesinden kaynaklanan ipotegün paraya çevrilmesi yolu ile başlatılan icra takibine borçlu tarafından itiraz edildiği, mahkemece gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, ihtarname tebliğ edildiği tarihe ya da İİK. nun 68/b maddesine göre tebliğ edilmiş sayıldığı tarihe, ihtarnamede öngörülen ödeme süresi ilave edilmek suretiyle temerrüt tarihi belirlenerek, alacaklının takipte talep ettiği ve kesinleşen asıl alacak miktarına, kredi sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak temerrüt tarihine kadar akdi faiz, bu tarihten sonrasına temerrüt faizi oranlarından hesaplama yapılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini(47)"

• "Banka kredi sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda kredi alacağı için hesabın işlediği süreçte, hesabın kat edilip, usulünce borçluya tebliğ edildiği tarihe ve ödeme için varsa tanılan sürenin sonuna kadar olan dönem içinde sözleşme hükümlerine göre hesaplanacak 'akdi faiz'in alacaklı banka tarafından borçludan talep edilebileceğini; hesabın kat edilip bu hususun uygun bir şekilde borçluya bildirilmesinden sonra ise temerrüt faizinin işlemeye başlayacağını(48)" belirtmiştir.



## Sonnot:

\* Borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen kredilerde itirazın kesin olarak kaldırılması MADDE 68/b – "Borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen kredilerde krediyi kullandıran taraf, krediyi kullanan tarafın kredi sözleşmesinde belirttiği adresine, borçlu cari hesap sözleşmesinde belirtilen dönemleri veya kısa, orta, uzun vadeli kredi sözleşmelerinde yazılı faiz tahakkuk dönemlerini takip eden onbeş gün içinde bir hesap özeti noter aracılığı ile göndermek zorundadır. Sözleşmede gösterilen adresin değiştirilmesi, yurt içinde bir adresin noter aracılığıyla krediyi kullandıran tarafa bildirilmesi hâlinde sonuç doğurur; yeni adresin bu şekilde bildirilmemesi hâlinde hesap özeti eski adrese ulaştığı tarih tebliğ tarihi sayılır.

Süresi içinde gönderilen hesap özeti muhtevasına, alındığından itibaren bir ay içinde itiraz etmeyen krediyi kullanan taraf, hesap özeti geçişte aykırılığını ancak borcunu ödedikten sonra dâva edebilir.

Kredi sözleşmeleri ve bunlarla ilgili süresinde itiraz edilmemiş hesap özeti ile ihtarnameler ve krediyi kullandıran tarafından usulüne uygun düzenlenmiş diğer belge ve makbuzlar bu kanunun 68 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerden sayılırlar. Krediyi kullanan taraf, itiraz etmediği hesap özeti dayandığı belgelerde kendisine izafe edilen imzayı kabul etmiş sayılır. Bu hüküm bu kanunun 150 a maddesinin söz konusu olduğu hallerde de aynen uygulanır.

Krediyi kullanan tarafın kredi hesabının kesilmesine veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarna içerisine itiraz etmiş olması, kredi hesabının kesilmesi ve borcun ödenmesine ilişkin ihtarnameden önce tebliğ edilen ve itiraz edilmeyerek kesinleşmiş bulunan faiz tahakkuk dönemlerine ilişkin hesap özeti muhtevasına itiraz edilmemiş olmasının sonuçlarını ortadan kaldırmaz. Bu durumda, önceki dönemlere ilişkin kesinleşmiş hesap özeti hakkında ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

(1) Uyar, T. Kredi Kurumlarının (Bankaların) Düzenledikleri Belgelere Dayanarak İtirazın Kaldırılması (Kazancı Huk. D. Temmuz-Ağustos/2007, s:99-105)

(2) 3182 sayılı -2.5.1985 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan (Bk.: RG. 2.5.1985 T. ve 18742 sayı)- Bankalar Kanununun 90. maddesi "uygulamada eşitliği sağlamak" düşüncesi (gerekçesi) ile (Bk.: 3494 sayılı Kanunun Hükümet Gerekçesi: "2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun bazı maddelerinde önceki tarihlerde değişiklik yapılmış ise de, günümüzün değişen sosyal ve ekonomik şartları nedeniyle alacaklı ile borçlunun zıt menfaatlerinin bağdaştırılması ve kanunun aksayan yönlerinin düzeltilmesi, kanundaki

boşlukların doldurulması, bazı kötü niyetli kişilerin bu boşluklardan yararlanma teşebbüslerinin önlenmesi, uygulamada tereddütlerin giderilmesi ve bazı konulara açıklık getirilmesi amacı ile bu defa yeniden bazı düzenlemeler yapılması zarureti hasıl olmuştur. Bu nedenle haciz ve iflas yoluyla takiplere dair maddelerin bazıları değiştirilmiş, bazılarına fıkralar ilave edilmiş, Bankalar Kanunundaki bazı hükümler de uygulamada eşitlik sağlanması amacı ile bu kanun kapsamına dahil edilmiştir" aslında Bankalar Kanunu sadece bankaları ilgilendirmesine rağmen (Yılmaz, E. İcra ve İflas Kanunumuz Yine Değişti "Değişikliklere İlişkin Bazı Düşünceler" ABD. 1989/1, s:112" – Öktemer, S. İcra ve İflas Kanununun Yeni Hükümleri Hakkında Düşünceler ABD. 1989/3, s:475; Tür. Not. Bir. Huk. D. S:62, s:18" – Karş: 3494 sayılı Kanunun Hükümet Gerekçesi "Halen yürürlükte bulunan 3182 sayılı Bankalar Kanununun 90. maddesinde yer alan düzenleme esasen sadece bankaları ilgilendirmeden, İcra ve İflas Kanunu içinde yer alması öngörülümüş, uygulamada önem taşıyan kısa, orta ve uzun vadeli krediler de maddenin kapsamına alınmıştır.) -genel bir kanun olan- İcra ve İflas Kanunu'na kısmen değiştirilerek "68b maddesi" şeklinde dâhil edilmiştir. Sadece bankaları ilgilendiren kuralların özel kanunda yer almasının -yani bu kurallara İcra ve İflas Kanunu'nda yer verilmemesinin- daha isabetli olacağı doktrinde belirtilmiştir. "Yılmaz, E. agm. s:112' – Öktemer, S. agm. s:475' – Arslan, R. İcra ve İflas Kanununun 68/b ve 150/ı Maddelerinin Banka Alacaklarının Tahsiline Getirdiği Yenilikler Türk, İngiliz ve ABD. Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu'na sunulan bildiri, s:193' " Yine doktrinde "Bankaları, diğer alacaklılar karşısında ayrıcalıklı hale getiren özel hükümlerin isabetli olmadığı" "KARAYALÇIN, Y. ag. sempozyum, s:211, dipn. \*\* - Üstündağ, S. ag. sempozyum, s:211 – Karş: ARSLAN, R. ag. sempozyum, s:214 vd." ileri sürülmüştür... Bankalar Kanununun 90. maddesi sadece; "Bankalar, kredi sözleşmeleri gereği açtıkları cari hesap hakkında müşterilerinin kredi sözleşmelerinde belirttikleri adreslerine, sözleşmede belirtilen dönemlerde bir hesap özeti göndermek zorundadır..." şeklinde, cari hesaplar ile ilgili düzenleme içeriyordu. 68b maddesi ise ayrıca kısa, orta ve uzun vadeli kredi şeklinde işleyen kredileri de kapsamına almıştır... (Arslan, R. İcra ve İflas Kanununun 68/B ve 150/ı Maddelerinde Düzenlenen Kuralların Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar "Bankacılar Dergisi, 1988, s:27, 78").

(3) Bk.: 12. HD. 19.01.2012 T. 12128/746

(4) Kiraz, T. Ö. İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, 4. Baskı, 2013, s:88 vd.

(5) Kanunda sadece "faiz tahakkuk dönemleri" öngörülümüş olduğundan, "sadece ana para taksitlerinin ödenmesi için kararlaştırılması

dönemler'den sonra 15 gün içinde gönderilen 'hesap özetine borçlunun itiraz etmemesi borcu kesinleştirmeyecektir. Keza, orta ve uzun vadeli kredilerde, faiz tahakkuk dönemlerinden itibaren 15 gün içinde bakiye ana para ile birlikte o dönem için tahakkuk eden faizin gönderilmesi ve buna borçlunun itiraz etmemesi halinde hem 'bakiye ana para' hem de 'tahakkuk eden faiz' kesinleşmiş olacaktır. Fakat sadece 'tahakkuk eden faizin' gönderilmesi halinde, 'ana para' için kesinleşme söz konusu olmayacaktır (Reisoğlu, S. Bankalar Açısından İcra ve İflas Kanunundaki Yeni Düzenlemeler, s:10)

(6) Hesap özeti, "noter aracılığı" ile gönderilmesi zorunluluğu Hükümet Tasarısında yer almamış olduğu halde, tasarıya Adalet Komisyonunda "maddede hesap özeti'nin ne şekilde gönderileceği hususunda açıklık bulunmadığından bu durum, borçluların 'hesap özetlerini almadıkları' yolunda itirazlara yol açabileceğinden, bu itirazların asgari hadde indirilebilmesi için hesap özetlerinin noter aracılığı ile gönderilmesi esas benimsenmiş ve bu durumda maddenin ikinci fıkrası ile ikinci fıkrasında fıkraya başlangıcından itibaren 'süresi' kelimesine kadar olan ibarelere gerek kalmadığından madde metninden çıkarılmıştır" şeklinde gerekçe ile eklenmiştir.

(7) Bk.: 12. HD. 4.3.2003 T. 1984/4178; 21.1.2003 T. 27761/527; 1.7.2002 T. 14040/14161

(8) Yazoğlu, F. Alacakların Tahsil Hesusunda Cebri İcra ve Yargılama Aşamasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Yolları, Panel, 1991, s:55 – Arslan, R. ag. sempozyum, s:196

(9) Bk.: 12. HD. 05.07.2011 T. 2010-32556/14535

(10) Aynı görüşte: Reisoğlu, S. age. s:11- Arslan, R. ag. sempozyum, s:197 – Arslan, R. agm. (Bankalar D. 1998, S:27, s:78 vd) – Asilbay, İ. H. Uygulamada İcra ve İflas Yasası 68b Maddesi ve Eleştirisi (Yargıtay D. 2001/3, s:604)

(11) Bk.: 4949 sayılı Kanuna ait Hükümet Gerekçesi

(12) Karş: Öktemer, S. İcra ve İflas Kanununun 68/b ve 150/ı Maddelerine İlişkin Uygulama (Yarg. D. 1997/1-2, s:162) Bu görüşe göre, "Hesap özeti, faiz döneminden itibaren onbeş gün içinde düzenlenip, bu sürenin bitiminden önce notere tevdi edilmekle, 68/b maddesi gereğince krediyi kullandıran (banka) yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmalıdır. Noterin veya PTT görevlisinin ihmalden, krediyi kullandıran (bankayı) sorumlu tutmak, yerinde bir görüş olmasa gerekir. Maddenin ikinci fıkrasındaki 'süresi içinde' ibaresi de, başka bir tür anlayışı kabule elverişli değildir. On beş gün, hesap özeti'nin düzenleme ve notere tevdi süresidir, tebliğ daha sonra olsa bile, sonucu etkilemez"

(13) Bu değişiklik "yenilik" borçlunun "yurt dışında" bir adres göstererek takibi uzatmak ve alacağın tahsilini geciktirmek hatta imkansızlaştırmak istemesini önlemek amacı ile yapılmıştır.

(14) Bk.: 12. HD. 11.10.2004 T. 16925/21409; 14.6.2004 T. 10862/15130; 11.6.2004 T. 10129/14910 (İleride; içt. No:1)

(15) Karş: Öktemer, S. agm. s:165 Bu görüşe göre; "hesap özetine süresi içinde itiraz edilmiş olması halinde alacaklı buna dayanarak 'itirazın kaldırılmasını' isteyemezse de, bu durumda ilk. madde 68b/III uyarınca 'itiraza uğramış hesap özetleri' dışında kalan, 'kredi kullandıranın düzenlediği diğer belge ve makbuzlar'a dayanarak 'itirazın kaldırılmasını' isteyebilir. HGK'nın 19.6.1991 T. 12-314/385 sayılı kararında da bu ilke benimsenmiştir..."

(16) Bk.: 19. HD. 19.01.2012 T. 2011-8821/510

(17) Bk.: 12. HD. 11.10.2011 T. 2786/18386

(18) Bk.: 12. HD. 20.06.2011 T. 2010-31024/13119; 23.05.2011 T. 2010-29773/10106; 08.12.2009 T. 15802/24279; 03.03.2009 T. 2008-24109/4408

(19) Bk.: 12. HD. 11.10.2011 T. 2786/18386; 27.9.2004 T. 15793/20271; 20.9.2004 T. 14965/19714

(20) Bk.: 12. HD. 30.12.2003 T. 22688/26763, 2.12.2003 T. 23951/23378, 19.6.2003 T. 11338/14742 vb.

(21) Bk.: 12. HD. 22.10.2002 T. 20071/21553

(22) Bk.: 12. HD. 10.10.2002 T. 18482/20439

(23) Bk.: 12. HD. 23.6.2011 T. 31668/12956; 9.6.1999 T. 7239/7886

(24) Reisoğlu, S. age. s:13 – Arslan, R. agm. (Bankacılar Dergisi, S:27) s:80 – Arslan, R. ag. sempozyum, s:198 – Sucu, N. Alacakların Tahsil Hesusunda Cebri İcra ve Yargılama Aşamasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Yolları, Panel, 1991, s:37

(25) Karş: Öktemer, S. agm. (Yargıtay, D. 1997/1-2, s:164) Bu görüşe göre ise; "borçlu borcunu ödedikten sonra, icra veznesine yatırmış olduğu paranın alacaklıya verilmesini mahkemeden alacağı ihtiyati tedbir kararı ile önlereyere menfi tespit davası açabilir..."

(26) Bk.: 12. HD. 2.3.2004 T. 27588/4607; 27.1.2004 T. 24133/1516; 6.10.2003 T. 15614/19259

(27) Bk.: 12. HD. 04.07.2011 T. 15597/18956; 08.03.2011 T. 22476/2911; 13.07.2010 T. 7422/19190; 11.05.2010 T. 30637/12007; 27.10.2009 T. 12401/20499; 30.04.2009 T. 7551/9478 vb.

(28) Bk.: 12. HD. 27.12.2011 T. 12763/30823; 19.12.2011 T. 11694/29369; 13.12.2011 T. 10707/28367; 07.07.2011 T. 2010-33759/14845; 28.04.2011 T. 2010-26829/7784; 04.04.2011 T. 2010-24893/5383; 21.03.2011 T. 2010-23475/3938; 24.03.2011 T. 2010-22598/4570

(29) Bk.: 12. 04.07.2011 T. 15597/13956; 08.03.2011 T. 2010-22476/2911; 13.07.2010 T. 7422/19190; 11.05.2010 T. 2009-30637/12007; 27.10.2009 T. 12401/20499; 30.04.2009 T. 7551/9478; 22.01.2008 T. 2007-22538/857; 09.10.2007 T. 14749/18221; 16.01.2007 T. 2006-22709/277; 06.12.2004 T. 19570/25242; 18.01.2010 T. 2009-19462/750; 16.07.2009 T. 7699/16073; 01.06.2009 T. 4190/11695; 10.10.2008 T. 13509/17112; 02.03.2006 T. 322/4061; 06.12.2004 T. 19570/25242; 27.02.2003 T. 552/3622

(30) Bk.: 12. HD. 04.04.2011 T. 2010-24893/5383

(31) Bk.: 12. HD. 30.12.2003 T. 22688/26763; 2.12.2003 T. 23951/23378; 19.6.2003 T. 11338/14742

(32) "İhtarname"nin de; ilk. madde 68/1'de belirtilen belgelerden sayılacağı, 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sırasında -"hesap özetterinin muhtevasına itiraz etmemiş olan borçlunun, daha sonra kredi hesabının kesilmesine veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarnameye itiraz etmek suretiyle ödemeyi ve takibi geciktirmesine engel olmak amacıyla- kabul edilmiştir (Bk.: Hükümet Gerekçesi)

(33) Bk.: Hükümet Gerekçesi

(34) Bk.: 12. HD. 23.11.1993 T. 14291/18329

(35) Reisoğlu, S. age. s:14 – Öktemer, S. agm.

(Yargıtay D. 1997/1-2, s:167) – Arslan, R. ag sempozyum, s:197 – UYAR, T. İcra Hukukunda İtiraz, 1990, 2. Baskı, s:512

(36) Bk.: 15. HD. 28.2.1995 T. 2773/2748

(37) Arslan, R. ag sempozyum, s:199

(38) Karş: Sucu, N. ag. Panel, 1991, s:38

(39) Bk.: 12. HD. 19.01.2012 T. 12128/746

(40) Arslan, R. agm. (Bankalar D. S:27) s:81

(41) Bk.: 12. HD. 23.3.2001 T. 4079/5039; 16.11.2000 T. 16478/17546; 11.5.2000 T. 6894/7720; HGK. 19.6.1991 T. 1991/12-321

(42) Karş: 12. HD. 17.5.1993 T. 3651/9085; 25.4.1991 T. 12481/4956

(43) Bk.: 12. HD. 16.01.2012 T. 2011-21136/172

(44) Bk.: 12. HD. 12.07.2011 T. 220/15509

(45) Bk.: 12. HD. 22.09.2011 T. 1103/17143

(46) Bk.: 12. HD. 06.10.2011 T. 1994/18382; 23.06.2011 T. 2010-31668/12956

(47) Bk.: 12.HD. 28.06.2012 T. 16792/22880

(48) Bk.:12. HD. 23.06.2011 T. 2010-31668/12956; 11.05.2010 T. 10/12019; 14.01.2010 T. 2009-18555/625; 22.06.2009 T. 5741/13529; 20.04.2009 T. 7287/8430; 21.11.2006 T. 18968/21742; 29.11.2002 T. 23729/25613

# İcra hukukunda şikayetin hukuki niteliği ve şikayetin konusu

Av. Talih Uyar - İzmir Barosu

## A. A. Şikayetin hukuki niteliği

Şikayetin hukuki niteliği İsviçre Hukuku'nda tartışmalıdır(1). Bu konuda dört görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre; icra ve iflas memurlarının işlemleri yargısal nitelikte olduğundan, şikayet de "medeni usul hukukuna özgü bir yasa yolu"dur. İkinci görüşe göre; icra ve iflas memurlarının işlemleri yargısal nitelikte olmayıp idari nitelik taşıdığından, şikayet "idari bir yol"dur. Üçüncü görüşe göre; icra ve iflas memurlarının işlemleri hem yargısal ve hem de idari nitelikte olduğundan şikayet "İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiş kendisine özgü bir yol"dur. Dördüncü görüşe göre ise; şikayet bir "hukuksal çare"dir. Bizim hukukumuzda ise genellikle şikayetin "icra ve iflas hukukuna özgü bir yasa yolu" olduğu kabul edilmektedir(1,2).

Şekli açıdan, medeni usul hukukunda "dava"ya çok benzetmekle beraber(3), şikayet teknik anlamda bir dava değildir. Çünkü şikayetin konusunu teşkil eden işlemler idari nitelikte olup, yargısal değildir. Davada, ihlal edilen bir kişisel hakkın geri verilmesi ya da hakkın mevcut olup olmadığının tesbiti istenir. Şikayette ise, bir hakkın mevcut olup olmadığı ya da ihlal edilip edilmediği üzerinde durulmaz, sadece yapılmış olan ve hatalı olduğu ileri sürülen işlemin hukuka uygun olup olmadığı araştırılır ve neticede -işlemin hukuka aykırı olduğu tesbit edilirse- "işlemin iptaline veya düzeltilmesine" karar verilir. Şikayet sonucunda verilen karar sadece taraflar için değil, tüm ilgililer -şikayete taraf olmayan, fakat takibin tarafı olan tüm kişiler- için sonuç doğurur, halbuki davada -"inşai dava"lar dışında- verilen kararlar sadece taraflar hakkında sonuç doğurur. Nihayet, şikayet sonucunda verilen

karar, "maddi anlamda kesin hüküm" teşkil etmediği (HMK. madde 303) halde, dava sonunda verilen karar "maddi anlamda kesin hüküm" teşkil eder. Yani, dava sonucunda verilen karar kesinleştikten sonra artık tarafları bağladığı ve aynı konuda tarafların yeni (başka) bir dava açmaları mümkün olmadığı halde, şikayet sonucunda verilen karar kesinleşmiş dahi olsa, şikayetin çözmediği uyuşmazlık konusunda, şikayetinde haksız çıkmış olan taraf, diğer taraf aleyhine mahkemede dava açabilir(4).

Gerek doktrinde(5) ve gerekse Yargıtay içtihatlarında "şikayet" in bir dava olmadığı tereddütsüz kabul edilmiştir. Gerçekten yüksek mahkeme bu konuyla ilgili olarak; "şikayet teknik anlamda dava (HMK. 118) niteliğini taşımadığı gibi, şikayet dilekçesinin de, dava dilekçesi (HMK. 119) niteliğinde olmadığını(6)", "şikayet dava niteliğinde olmadığından, şikayet dilekçesinde ilgililerin yanlış gösterilmesinin veya hiç gösterilmemesinin şikayetin husumet yönünden reddini gerektirmediğini(7)" belirtmiştir. Buna rağmen uygulamada bu farka özen gösterilmemekte "şikayetçi" yerine "davacı", "şikayet olunan" yerine "davalı" sözcükleri -hatalı olarak- kullanılmaktadır(8). Uygulamada kimi başvuruların istihkak iddiası mı yoksa şikayet niteliğinde mi olduğu duraksama konusu olmaktadır.

Yüksek mahkeme;

- Taşınmazın tapu kaydına konulan haczin kaldırılması" isteklerinin "istihkak" niteliğinde olmayıp "şikayet" niteliğinde olduğunu(9) -Üçüncü kişinin "haczedilen malları ihaleden satın aldığı" belirterek "haczin kaldırılmasını" istemesinin "şikayet" değil, "istihkak iddiası" niteliğini taşıdığını(10)

-Üçüncü kişinin haczedilmiş malların kendisine rehlinli olduğundan bahisle, haczin kaldırılması isteminin şikayet niteliğini değil ,istihkak iddiası niteliğini taşıdığını(11)  
-Taşınmaz maliki olarak tapuda adı yazılı olan kişinin haciz konulan taşınmazın kendisine ait olduğunu belirterek söz konusu taşınmaza konulan haczin kaldırılması konusundaki talebinin istihkak davası olarak değerlendirilemeyeceği, bu istemin şikayet

niteliğinde olduğunu(12)  
-Borçlunun ödeme emrine dayanak teşkil eden belgenin ödeme emrine eklenmediğinden bahisle ödeme emrinin iptali için icra mahkemesine yaptığı başvurunun şikayet niteliğinde olduğunu(13)  
-Şikayet'in HUMK'un 179 (yeni HMK. 119) maddesinde yazılı şartları taşıması gerekmediği yani şikayetin dava niteliğini taşımadığını(14) belirtmiştir.

#### Sonnot:

(1) Bk.: Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku, C:1, s:87 – Kuru, B. El Kitabı, 2. Baskı, s:103- Üstündağ, S. İcra Hukuku Esasları, s:45, 54 – Yıldırım, K. İcra Hukuku Ders Notları, s:20 – MUŞUL, T. İcra Hukuku, s:116 vd.

(2) Karş: Pekcanitez, H. age. s:34 (Bu görüşe göre; "şikayet, icra ve iflas hukukunda düzenlenmiş kendine özgü bir hukuki çare"dir...) Aynı görüşte; Pekcanitez, H. / Atalay, O. / Özekes, M. İcra ve İflas Hukuku, "Temel Bilgiler" s:14 – Akın, İ. / Akın, T.'ye göre şikayet; "hukuk devletinde, icra organının hukuka uygunluğunu sağlayan yollardan birisi"dir. "İcra organının hukuka uygun davranmasını sağlayan kendine özgü bir denetim şekli"dir... (İcra Müdürlüğü İşlemlerinin Şikayet Yoluyla Denetimi, s:30) – Ulukapı, Ö.'ye göre de şikayet; "icra ve iflas dairelerinin kanuna aykırı olan yahut hadiseye uygun bulunmayan işlemlerinin düzeltilmesi veya eksikliğin giderilmesi için başvuru takip hukukuna özgü bir yoldur" (İcra ve İflas Hukuku, s:17)

(3) Bk.: Önen, T. İnşai Dava, s:151

(4) Ayrıntılı bilgi için Bk.: Uyar, T. İleride; İİK. madde 18, Açıklama: XXV.

(5) Bk.: Kuru, B. age. s:88, 91 – KURU, B. El Kitabı, 2. Baskı, s:103- Arslan, R. İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, s:191 - Pekcanitez, H. age. s:23 - Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.

age. s:14

(6) Bk.: 12. HD. 27.9.2011 T. 12885/16782; 23.3.1998 T. 2697/3400; 14.5.1993 T. 5298/9058; 3.2.1993 T. 13019/1793; 23.5.1973 T. 3365/5551 (www.e-uyar.com)

(7) Bk.: İİD. 15.12.1970 T. 12868/12529 (www.e-uyar.com)

(8) Bk.: İleride; İİK. madde 16 «ŞD. Şikayetin Tarafları» Uyar, T. İİK. Şerhi C:1, s: 1480 vd.

(9) Bk.: 12. HD. 27.3.2001 T. 4414/5207; 14.9.2000 T. 11504/12636; 21 HD. 3.5.2000 T. 2918/3681 (www.e-uyar.com)

(10) Bk.: 12. HD. 25.2.2000 T. 1812/3176 (www.e-uyar.com)

(11) Bk.: 12. HD. 5.10.1999 T. 9750/11607 (www.e-uyar.com)

(12) Bk.: 12. HD. 10.2.2006 T. 2005-24784/2048 (www.e-uyar.com)

(13) Bk.: 12. HD. 16.2.2006 T. 2005-26195/2664 (www.e-uyar.com)

(14) Bk.: 12. HD. 6.3.2006 T. 1085/4337; 11.6.2004 T. 11181/14860; 6.4.2004 T. 3684/8314 (www.e-uyar.com)

## Şikâyetin konusu

Av. Talih Uyar - İzmir Barosu

Şikâyetin konusunu icra ve iflas dairelerinin ve yasada açıkça öngörülmüş olan iflas idaresinin(İİK.madde 227), konkordato komiserinin (İİK. madde 287/III) alacaklılar toplanmasının (toplantısının) (İİK. madde 225)- yapmış olduğu işlemler oluşturur.

**I - a)** "işlem"den maksat, somut bir konu hakkında ilgili organın örneğin; icra müdürünün (yardımcısının, katibinin), iflas idaresinin, konkordato komiserinin, alacaklılar toplanmasının (toplantısının)-icra ve iflas hukukuna özgü, belirli bir davranış biçimidir.

Bu davranış biçimi olumlu -örneğin; icra memurunun, alacaklının haciz istemini (İİK. madde 78) kabul ederek, borçlunun mallarını haczetmesi veya alacaklının satış istemini (İİK. madde 106) kabul ederek, borçlunun hacizli mallarını satışa çıkarması, ihale edilen taşınmazı boşaltması konusunda, taşınmazda bulunan -ve kiracı olduğunu öne süren- kişiye muhtıra (fahriye emri) göndermesi(1) ilama aykırı olarak infaz (teslim) işlemini yapması(2) ilamda taraf olmayan kişiye icra emri göndermesi(3) eksik (veya fazla) avukatlık ücreti takdir etmesi(4) vb. şeklinde- olabileceği gibi olumsuz- örneğin; icra memurunun hacze gitmemesi, satışı yapmaması, icra dosyasına yatırılmış olan parayı alacaklıya ödememesi, alacaklı vekiline vekalet ücreti takdir etmemesi, istihkak iddiası üzerine İİK. madde 96/II ve 97/I'de öngörülen yasal işlemleri yapmaması (yani; üçüncü kişinin istihkak iddiasına karşı itirazları olup olmadığını üç gün içinde bildirmek üzere, alacaklı ve borçluya bu iddiayı bildirmemesi ve istihkak iddiasına karşı alacaklı veya borçlu tarafından itiraz edilmesi halinde, gerekli kararı vermek üzere (5) dosyayı hemen icra mahkemesine

vermemesi) vb. gibi- de olabilir. Buna karşın icra (ve iflas) memurunun yürütülmekte olan takibe ilişkin herhangi bir konuda sırf görüş açıklaması, ileride yapacağı işlem şekli hakkında bilgi vermesi, şikâyete konu yapılamaz(6).

**b)** Şikâyet sadece, İcra ve İflas Kanunu'nda açıkça belirtilmiş olan icra ve iflas organlarının -yani; icra ve iflas dairelerinin, İflas İdaresi'nin (7), (8) konkordato komiserinin (9) ve alacaklılar toplantısı(toplanması)'nın (10) işlemlerine karşı bu işlemlerden yasaya aykırı olanların düzeltilmesi veya iptali için kabul edilmiştir. Bu nedenle, belirtilen icra ve iflas organları dışındaki organların yasaya aykırı olan işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvurulamaz.

**II -** İcra ve iflas işlerinde tebligat, Tebligat Kanunu'na göre ve PTT vasıtasıyla yapılır (İİK. madde 21/I, 57/I). Gerek doktrinde (11) ve gerekse Yargıtay tarafından (12) "bu tebligat işleminin ilgili icra ve iflas organı adına, onu temsilen yapıldığı" farz edilerek, tebligat işlemindeki usulsüzlüklerin de şikâyet yoluyla düzeltilmesi -yani; şikâyet konusu yapılması- istenmektedir. Bu çözüm şekli acaba isabetli midir? Çünkü tebligatın usulsüz olduğu iddiasının aslında, tebliğ evrakında gösterilen işleme karşı hangi makama gidilecekse (yani tebliğ evrakına karşı gidilecek yol bakımından hangi makam yetkiliyse) o makama bildirilmesi gerekir (13). Durum böyle olunca, örneğin; 7 örnek ödeme emrini usulsüz tebliğ edilmiş olduğunu bildirmek isteyen borçlunun, bunun için icra mahkemesine başvurmasına gerek olmamalı, icra dairesine başvurması yeterli olmalıdır (14). Çünkü 7 örnek ödeme emrine karşı borçlunun tüm itirazlarını bildireceği

yer icra dairesidir. Ancak, yüksek mahkeme, böyle bir durumda dahi, borçlunun bir taraftan -yedi gün için icra mahkemesi देने başvuru "ödeme emrinin tebliğ tarihinin düzeltilmesi" konusunda karar almasını ve diğer taraftan da -yine itiraz süresi (yedi gün) içinde- "icra dairesine, ödeme emrine karşı olan itirazlarını bildirmesini" istemektedir (15) (16).

Ayrıca, tebligatı çıkarmış olan icra ve iflas organının -örneğin; icra memurunun, iflas işlerinde, iflas idaresinin - tebligatın usulsüzlüğünü kendiliğinden gözetmemesi de uygulamada adil olmayan sonuçlar doğurmaktadır.

Örneğin, alacaklı, "borçlunun ödeme emrine itiraz etmemiş olduğunu, takibin bu nedenle kesinleşmiş olduğunu" belirterek, borçlunun adresindeki mallarının haczedilip muhafaza altına alınmasını ister ve dosyayı inceleyen icra memuru da "ödeme emri tebligatının usulsüz olduğunu" görürse, alacaklının isteğini kabul ederek borçlunun mallarını haczedip, muhafaza altına alması, borçlunun ondan sonra icra mahkemesine başvuru "ödeme emrinin tebliğ tarihinin düzeltilmesi" konusunda karar alıp, takibi durdurmaya çalışması, hiç de adil olmayan bir sonuçtur.

Kanımızca, tebligatı çıkaran icra ve iflas organı -örneğin; icra memuru, iflas idaresi, konkordato komiseri- tebligatın sonuç doğurabilmesi için tebligatın usulüne uygun olarak yapılmış olup olmadığını araştırabilmeli ve tebligatın usulüne uygun olarak yapılmadığı apaçık ortada ise, "ilgiliye yeniden tebligat yapılmasına" karar verebilmelidir (17).

Uygulamada icra daireleri çok kez -yüksek mahkemenin aksi doğrultudaki içtihatlarına rağmen- ödeme emrinin, icra emrinin 103 davetiyesinin, satış ilanının Tebligat Kanununa uygun olarak muhatabına tebliğ edilmiş olup olmadığını kendiliğinden araştırmakta ve tebligatın usulsüz olarak yapılmış olduğunu saptamaları halinde, ilgiliye yeniden tebligat yapılmasını -kanımızca da isabetli olarak- istemektedirler.

**III - İcra ve iflas organının -haksız- işleminin şikâyete konu yapılabilmesi için o haksız,**

hatalı işlemin düzeltilmesi ya da iptali için yasadaki başka bir (özel) yol öngörülmemiş olmalıdır. Örneğin; icra memuru, borçluya ait olduğu kanısıyla üçüncü bir kişinin malını haciz etmişse, malı usulsüz olarak haciz edilen bu kişi, şikâyet yoluna başvuramaz. Çünkü yasa bu durumda, haksızlığın (usulsüzlüğün) giderilmesi için ilgiliye -icra dairesine- "istihkak iddiası"nda bulunma ve -icra mahkemesine- "istihkak davası" açma hakkını tanımıştır. İlgili, istihkak iddiasına veya davasına konu olabilecek bir hususu "şikâyet" yolu ile icra mahkemesine bildiremez (18)

**IV - İcra ve iflas memurunun -yasaya aykırı- işleminin, şikâyete konu teşkil edebilmesi için işlemin bu sıfatla yani "icra ve iflas memuru sıfatı ile" yapılmış olması gerekir. Eğer işlem "icra ve iflas memuru" sıfatı ile değil de örneğin -uygulamada çok sık görüldüğü gibi- "ihtiyati tedbir memuru sıfatı ile" yapılmışsa, bu hatalı işlemin düzeltilmesi için şikâyet yolu ile icra mahkemesine başvurulamaz. Başvurunun, o memuru, ihtiyati tedbir (infaz) memuru olarak atayan mahkemeye yapılması gerekir (19).**

**V - Bazı işlemlerin "şikâyet" mi yoksa "itiraz" mı konusu olacağı gerek uygulamada ve gerekse doktrinde tartışma konusu olmuştur. Hemen belirtelim ki, borçlu tarafından "şikâyet" (ya da "itiraz") adı altında yapılan başvurunun hukuki niteliğini belirleyecek olan, onun dilekçesinde yer alan sözcükler olmayıp uyumsuzluk halinde, o uyumsuzluğu çözmek durumunda olan icra mahkemesidir (20). Bu nedenle, ilgilinin "şikâyet" adı altında yaptığı başvurunun hukuki niteliği eğer itiraz ise, o başvuru itiraz olarak kabul edilir ve itirazın sonuçlarını doğurur, itiraz gibi işlem görür (21).**

Şikâyet de, "icra ve iflas organının takip hukukuna ilişkin hükümleri çiğnediği" ileri sürülmesine rağmen itiraz da, daha çok maddi hukuka dayanan nedenlerden dolayı takibe karşı konulur. Başka bir deyişle, itiraz maddi hukuku şikâyet ise takip hukukunu ilgilendirir. Örneğin; itirazda, alacaklının maddi hukuk bakımından alacağına itiraz edilir ve alacağın mevcut olmadığı, gününün gelmediği, zaman aşımı, takas, ödeme gibi nedenlerle sona erdiği ileri sürülür. Ancak hemen belirtelim ki "takip hukukuna ilişkin" bütün usulsüzlükler (yasaya



aykırılıklar) şikâyet sebebi teşkil etmez.

Takip hukukuna ilişkin bir usulsüzlüğün şikâyet sebebi teşkil edebilmesi için bu usulsüzlüğün (yasa hükmünün) icra (ve iflas) memuru tarafından doğrudan doğruya gözetilecek nitelikte bulunması gerekir. Yani, icra (ve iflas) memuru, kendiliğinden gözetmesi gereken bir hususa uymamışsa, yapılan yasaya aykırı işlemin düzeltilmesi şikâyet yolu ile ileri sürülür. Örneğin; alacaklı veya borçlunun taraf ehliyetine yahut takip ehliyetine sahip olmadığı da şikâyet yolu ile ileri sürülebilir. Çünkü gerek taraf ehliyeti ve gerekse takip ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususunun, icra memuru tarafından doğrudan doğruya araştırılması gerekir. İcra (ve iflas) memurunun kendiliğinden gözetmesi gerekmeyen takip hukukuna ilişkin usulsüzlükler (yasaya aykırılıklar) ise itiraz sebebi teşkil eder. Örneğin; yetki itirazı (İİK. madde 50/II), icra memurunun doğrudan doğruya gözetebileceği bir husus olmadığından itiraz yolu ile ileri sürülür. Şikâyet ve itirazın belirtilen bu nitelik farklarına rağmen, aralarındaki sınırı daha iyi şekilde belirten daha objektif bir kıstas (ölçüt) verilmediği için ilgililerin yaptıkları başvurunun farklı biçimde değerlendirilmesi sonucu haklarının kaybolmaması için tereddüde düşülen hallerde, hem şikâyet ve hem de itiraz yoluna başvurmaları isabetli olur.

**A - Uygulamada takip konusu yapılan faiz miktarına nasıl karşı konulacağı ve takas ve mahsup isteklerinin nasıl ileri sürülebileceği duraksama konusu olmuştur. Yüksek mahkeme;**

**a)** Takip konusu yapılan faiz miktarı bakımından:

- Borçlunun mürekkep faize ilişkin başvurusunun şikâyet değil itiraz olarak değerlendirmesi gerektiğini(22)
- Borçlunun takip konusu yapılan faiz miktarına (oranına) süresi içinde borca itiraz da bulunarak karşı koyabileceğini, kesinleşen takibin şikâyet yolu ile iptalini isteyemeyeceğini(23)
- Faize faiz yürütülemeyeceği hususunun itiraza konu olabileceğini, takip kesinleştikten sonra şikâyet yolu ile ileri sürülemeyeceğini(24)
- İcra emrinin faize faiz yürütmeye yasağına aykırı olarak doldurulmuş olması halinde,

takibin bu bölümünün şikâyet yolu ile iptali gerekeceğini(25) belirtmiştir.

**b)** Takas ve mahsup istekleri ile ilgili olarak da;

"Takas def'inin gerek icra dairesine ve gerekse icra mahkemesine her zaman bildirilebileceğini(26)" ve "Takip konusu ilama dayanan takas ve mahsup isteklerinin, ilam kesinleşmemiş olsa dahi kabul edilmesi gerekeceğini(27)" belirtmiştir.

Kanımızca, takasın takibin her aşamasında -icra dairesine veya icra mahkemesine- bildirilebilmesi, takibi uzatıp zaman kazanmak isteyen kötü niyetli borçluların bu isteklerini maalesef teşvik etmektedir. Bu nedenle, maddi hukuk bakımından takasın koşullarını belirleyen TBK madde 139'un bu durumda uygulanabileceği kabul edilmemeli, takip hukukunda "borca itiraz" konusunu özel olarak düzenleyen ilgili hükümler -örneğin, İİK. madde 62/1; 168/5; 33/1; 149 a/1- çerçevesinde, borçlunun takas ve mahsup iddiasına - takibin şekline göre, icra dairesine veya icra mahkemesine- "itiraz süresi içinde" bildirmesi istenmelidir.

**B - Doktrinde (ve yüksek mahkemenin kararlarında) hakkında itiraz yoluna mı yoksa şikâyet yoluna mı başvurulması gerekeceği duraksama ve tartışma konusu olmuş olan özel durumlar ise şunlardır.**

**a)** Para alacağına ilişkin olmayan alacak hakkında ödeme emri gönderilmiş olması halinde, icra memurunun bu işlemi ş i k a y e t e yol açar. Çünkü "ilamsız takibin" konusu ancak "para" ya da "teminat" alacağı olabilir. Bu nedenle, alacaklı borçlusundan "1000 kg. buğday", "300 adet cumhuriyet altını" istemekte ise; icra memuru, bu alacak hakkında "ödeme emri" gönderilmesi istemini reddedecek yerde, kabul eder ve borçluya ödeme emri gönderirse, ödeme emri içeriği nedeniyle, yasaya aykırı olacağından şikâyete yol açar(28).

**b)** Rehinle güvenceye bağlanmış bir alacak hakkında haciz yoluyla takibe geçilmesi halinde, bir görüşe göre(29) icra memuru alacağın rehinle güvence altına alınmış olduğunu ancak tesadüfen öğrenmiş olacağından, haciz yoluyla takibe ait ödeme emrini düzenlemiş (borçluya göndermiş) olması, icra memuru tarafından

yasanın çiğnenmesi anlamını taşımaz. Kaldı ki, rehne rağmen alacaklının tercihine göre, önce haciz yoluyla takibe girişmek yetkisine sahip olacağı, alacaklı ile borçlu arasında geçerli olarak kararlaştırılmış olabileceğinden, böyle bir sözleşmenin varlığını araştırmak da icra memurunun yetkisine girmediğinden, borcun rehinle güvence altına alınmış olduğu durumlarda, alacaklıya önce haciz yoluna başvurabilme hakkının sözleşmeyle tanınmamış olması halinde, borçlu bu takibe "itiraz yoluyla" karşı koyabilmelidir. Diğer bir görüşe göre(30) ise, eğer alacaklı takip talebinde alacağın rehinle güvence altına alınmış olduğunu bildirmişse, icra memurunun haciz yolu ile takibin mümkün olmadığını kendiliğinden gözletmesi gerektiğinden bu durum bir "şikâyet" sebebi sayılır. Eğer alacağın rehinle güvence altına alınmış olduğu takip talebinde bildirilmemişse, icra memuru bunu tesadüfen öğrenebileceğinden, bu durumu kendiliğinden dikkate alamaz. Federal mahkeme(31) ise aksi görüşü benimsemiş olup, bu varsayımda "icra ve iflas Kanununun çiğnenmiş olduğunu" kabul etmekte ve bunun borçlu tarafından şikâyet yolu ile ileri sürülmesini istemektedir. Yargıtay(32) da kararlarında "şikâyet" görüşüne katılmıştır(33).

**c)** Alacaklı adına takip talebinde bulunan kimsenin temsil yetkisine sahip olmaması, bir şikâyet sebebidir(34)(35). Çünkü, icra memurunun, temsilcinin temsil yetkisine sahip olup olmadığını doğrudan doğruya araştırmaması gereklidir. Temsilcinin temsil yetkisinin bulunmaması halinde, icra dairesinin hiçbir işlemi yapmaması gerekir. Alacaklı adına vekil sıfatıyla takipte bulunan kimsenin avukat olmaması da şikâyet yolu ile ileri sürülür(36).

**d)** Alacağın devrinin hükümsüz olduğu gerekçesiyle, "devralanın takip hakkının mevcut olmadığı" iddiası da bir itiraz şeklinde ileri sürülmelidir. Çünkü, şikâyet, icra memurunun sahip olduğu yetkiyi yasaya aykırı olarak kullanması halinde sözkonusu olur. Halbuki bu varsayımda, icra memuru, takip edilen alacağın varlığı ya da yokluğu hususunda karar vermek yetkisine sahip değildir(37).

**e)** Alacaklı veya borçlunun taraf ehliyetine veya takip ehliyetine sahip olmadığı süresiz

şikâyet yolu ile ileri sürülebilir(38).

Yüksek mahkeme ise bir kararında(39) "borçlunun ehliyetsiz olduğu hususunun itiraz şeklinde icra dairesinde bildirilmesi gerektiğini, şikâyet şeklinde icra mahkemesine getirilemeyeceğini" belirtmişken diğer bir kararında(40) "bu hususun süresiz şikâyet yolu ile icra mahkemesine bildirilmesi gerektiğini" vurgulamıştır. Buna karşın sıfat yokluğu itiraz yolu ile ileri sürülebilir(41),(42).

**f)** Konkordato mühleti içinde borçlu hakkında takip yapılamayacağına ilişkin İİK. madde 289/1 hükmüne aykırı olarak, hakkında konkordato mühleti verilmiş olan borçluya karşı takip yapılması halinde(43) -kanımızca- borçlu süresiz şikâyet yoluyla takibi iptal ettirebilir.

**g)** Yabancı uyruklu kişinin mensup olduğu devlet ile aramızda ikili adli yardım sözleşmesi bulunması halinde, o yabancı uyruklu kişi teminat göstermeden -5718 sayılı Yasanın 48. maddesi gereğince- Türkiye'de takipte bulunabileceğinden(44) bu durumdaki bir yabancının Türkiye'de takip yapabilmesi için teminat istenmesi halinde bu kişi -kanımızca- süresiz şikâyet yoluyla bu kararın iptalini sağlayabilir.

**h)** Küçüğün babası ile birlikte imzaladığı senetten dolayı sorumlu tutulabilmesi için MK. madde 345 uyarınca hususi bir vasiinin de iştiraki ve hakimin onayı gerekli olduğundan, bu işlemler yapılmadan küçük hakkında takip yapılamaz(45). Yapılması halinde, yapılan takibin -kanımızca- süresiz şikâyet yoluyla iptali gerekir.

**IV -** Konusu icra ve iflas dairelerinin (ve iflas İdaresi'nin, konkordato komiserinin, alacaklılar toplantısının) yasaya aykırı işlemleri olan şikâyetin hedefi bu işlemlerin yasaya ve hadiseye uygunluğunu sağlamaktır(46). Ayrıca belirtelim ki; işlemi şikâyet konusu yapılmış olan organ şikâyet hakkında kendisi karar veremeyeceği gibi(47) daha önce yaptığı (hatalı) işlemi kendiliğinden veya taraflardan birinin başvurusu üzerine -şikâyet süresi geçtikten sonra veya süresi içinde şikâyet konusu yapılmış olması halinde- değiştiremez(48).

## Sonnot:

- (1) Bk.: 12. HD. 10.11.1987 T. 12914/12837 (www.e-uyar.com)
- (2) Bk.: 12. HD. 4.3.1993 T. 1992-13125/4050; 19.2.1993 T. 1992-14182/31111 (www.e-uyar.com)
- (3) Bk.: 12. HD. 5.4.1983 T. 1380/2599 (www.e-uyar.com)
- (4) Bk.: 12. HD. 28.2.1994 T. 1640/3271; 10.6.1988 T. 1987-10474/7683; HGK. 27.6.1984 T. 12-280/752 (www.e-uyar.com)
- (5) Bk.: Uyar, T. İcra Hukukunda İstihkak Davaları, 3. Baskı, s:189 vd.
- (6) Bk.: Üstündağ, S. İcra Hukukunun Esasları, s:45
- (7) Bk.: 12. HD. 19.1.1988 T. 2260/161 (www.e-uyar.com)
- (8) Ayrıntılı bilgi için Bk.: YILMAZ, E. İflas İdaresi, s:88 – Kuru, B. İcra ve İflas Hukuku, C:4, s:3181 vd. – Pekcanitez, H. İcra – İflas Hukukunda Şikayet, s:54
- (9) Ayrıntılı bilgi için Bk.: ARAR, K. İcra ve İflas Hükümleri, C:2, İflas, s:276 – Postacıoğlu, İ. Konkordato, s:70 – Kuru, B. age, s:3668 – Pekcanitez, H. age. s:56
- (10) Bk.: KURU, B. age. s:3165 vd. – ARAR, K. age. s:33 – BERKİN, N. İflas Hukuku Rehberi, s:81, 100 – Pekcanitez, H. age. s:49
- (11) Bk.: Postacıoğlu, İ. İcra Hukuku, s:58 – Berkin, N. İcra Hukuku, s:158 – Yılmaz, E. / Çağlar, T. Tebligat Hukuku, s:917 vd. – Moroğlu, E. / Muşul, T. Tebligat Hukuku, s:108 – Pekcanitez, H. age. s:43
- (12) Bk.: 12. HD. 20.12.1994 T.6206/16415; 20.12.1994 T.16189/16400 (www.e-uyar.com)
- (13) Bk.: Moroğlu, E. / Muşul, T. age. s:107 – Yılmaz, E. / Çağlar, T. age. s:917
- (14) Aynı görüşte; Yılmaz, E. / Çağlar, T. age. s:931
- (15) Ayrıntılı bilgi için Bk.: Uyar, T. Hukukunda İtiraz, 2. Bası, s:51
- (16) Bk.: 12. HD. 12.7.1993 T. 8512/12426; 15.5.1990 T. 5211/5679; 29.3.1990 T. 10572/3573 (www.e-uyar.com)
- (17) Aynı görüşte; Yılmaz, E. / Çağlar, T. age. s:931
- (18) Bk.: 21 HD. 13.2.2001 T. 735/1050; 12. HD. 9.3.2000 T. 3220/4145; 3.12.1999 T. 14600/15564; 22.10.1999 T. 11750/12765; 29.6.1999 T. 8365/8895 (www.e-uyar.com)
- (19) Bk.: 12. HD. 17.11.1989 T. 4888/14121; 6.10.1989 T. 2756/11748 (www.e-uyar.com)
- (20) Bk.: 12. HD. 19.12.1989 T. 12523/15704; 31.10.1988 T. 3961/13128 (www.e-uyar.com)
- (21) Bk.: 12. HD. 29.3.1990 T. 10630/3532 (www.e-uyar.com)
- (22) Bk.: 12. HD. 12.12.1989 T. 6375/15319 (www.e-uyar.com)
- (23) Bk.: 12. HD. 18.9.1984 T. 9609/9208 (www.e-uyar.com)
- (24) Bk.: 12. HD. 1.11.1983 T. 5760/8259 (www.e-uyar.com)
- (25) Bk.: 12. HD. 27.11.1980 T. 6993/8483 (www.e-uyar.com)
- (26) Bk.: 12. HD. 10.5.1994 T. 6190/6336; 26.4.1994 T. 1990-12244/5099; 24.4.1991 T. 1990-12306/4917; 27.9.1984 T. 6887/9647 (www.e-uyar.com)
- (27) Bk.: 12. HD. 8.5.1980 T. 2236/4116 (www.e-uyar.com)
- (28) Bk.: Postacıoğlu, İ. İcra Hukuku Esasları, s:148 – Kuru, B. age. C:1, s:276
- (29) Bk.: Postacıoğlu, İ. age. s:149
- (30) Bk.: Kuru, B. age. C:111, s:2382 – Gürdoğan, B. Rehnin Paraya Çevirilmesi, s:22 – Belgesay, M.R. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, s:363
- (31) Bk.: JdT. 1932 II 101 – JdT 1943 II 114 (Naklen; Postacıoğlu, İ. age. s:149, dıpn. 4 – Postacıoğlu, İ. Ödeme Emrine İtirazın Mahiyeti) (İHFM. 1948/1-2, s:288 vd.)
- (32) Bk.: 12. HD. 29.11.1994 T. 15152/15168; 26.12.1988 T. 3961/16051 (www.e-uyar.com)
- (33) Ayrıca Bk.: Uyar, T. İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevirilmesi, 2. Bası, s:85
- (34) Bk.: Kuru, B. age. s:276 – UMAR, B. Postacıoğlu'nun İcra Hukuku Esasları Kitabının Tahlihi (İHFM. 1968/3-4, s:345)
- (35) Aksi görüş; Postacıoğlu, İ. age. s:152 – agm. s:283
- (36) Bk.: KURU, B. age. s:276
- (37) Bk.: Postacıoğlu, İ. age. s:284
- (38) Bk.: Kuru, B. age. s:276
- (39) Bk.: 12. HD. 5.11.1987 T. 15096/11227 (www.e-uyar.com)
- (40) Bk.: 12. HD. 2.12.1993 T. 14573/18932; 22.6.1993 T. 6417/11301 (www.e-uyar.com)
- (41) Bk.: Kuru, B. age. s:276
- (42) Bk.: 12. HD. 20.11.1992 T. 7354/14508 (www.e-uyar.com)
- (43) Bk.: 12. HD. 19.6.1995 T. 9014/9003; 10.10.1994 T. 11648/11961; 13.3.1993 T. 9361/13177; 26.1.1993 T. 1992-11960/1317 (www.e-uyar.com)
- (44) Bk.: 12. HD.29.4.1989 T.11005/6345 24.3.1988 T. 5225/3598; 8.5.1984 T. 3475/5759 (www.e-uyar.com)
- (45) Bk.: 12. HD. 11.4.1988 T.7069/4679; 11.4.1988 T.12072/4698 (www.e-uyar.com)
- (46) Bk.: İİD. 15.12.1970 T. 12868/12529 (www.e-uyar.com)
- (47) Bk.: İİD. 17.12.1971 T. 12997/12888; 19.11.1971 T. 11955/11738 (www.e-uyar.com)
- (48) UYAR, T. İİK. Şerhi, C:1, s: 1582

# Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuk ve avukatlık mesleğine etkileri

Av. / Arabulucu Volkan Aksu

Yargıdaki iş yükü nedeniyle, adalet mekanizmasının tıkanıdığı, çekişmeli davaların en az 1(bir) sene, çekişmesiz yargı işlerinin dahi 3 (üç) aydan önce bitirilemediğini müşahade etmekteyiz. İş yükünün bu kadar artmış olmasının yanında, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 4.maddesinde "Tüketici İşlemi" başlığı altında tanımlanan iş ve işlemlerin tüketici mahkemelerine yönlendirilmesi ile birlikte vatandaşın hak arayışının içinden çıkılmaz hale gelmesi, hâkimlerin iş yükü altında sıkıntı çekmesi, avukatların müvekkillerine karşı edindikleri sorumluluğu arzu edilen şekilde yerine getiremedikleri sonucunu ortaya çıkarmıştır. Özellikle davaların görülmesinde yaşanan en büyük sıkıntı, dava sayısının fazla olması nedeniyle, hakkın aranması ve infazı aşamasında, yaşanan gecikme ya da hak arayışından çözüm alınamamasıdır.

Bu sıkıntıları bertaraf etmek adına 07.06.2012 tarihli resmi gazetede 6325 sayı numarasıyla yayınlanan "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu" yürürlüğe girerek, aslında her zaman başvurmak istediğimiz arabuluculuk müessesesi, yargı hayatındaki yerini aldı.

Pekâlâ, nedir arabuluculuk? Arabuluculuk aslında Ahilik kültüründen gelen bir çözümler odağıdır. Eski dönemde, esnaflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, taraflar, yargıya gitmekten ziyade sözü müteber kişilerin huzurunda, sorunlarını tartışır ve çözüm üretmek dostça ayrılırlardı. Arabuluculuk, Osmanlı döneminde ise adalet sisteminin birinci derecede yardımcısı idi. Her cemaat ve oluşum, kendi içerisinde bir uzlaşma müessesesi

kurmuştu ve küçükten büyüğe doğru giden bir örgütlenme söz konusu idi. Bu sistem, bizzat devletin denetimi altında idi. Bu sistem, çözüm odaklı kendi kurallarını belirledikleri için kadılar ve mahkemeler ise sadece uygulayıcı ve onaylayıcı durumunda idiler. Söz konusu çözüme uymayan tarafın karşılaşıcağı ceza ve yaptırımlar, önceden taraflarca belirlenmiş idi.

Hali hazırda gayri resmi olarak, özellikle İstanbul Kapalıçarşı'daki hakem geleneğinin temeli de budur. Bu geleneğin, bu güne kadar esnaflarca genel kabul görmesi de bu düşüncenin bir sonucu ve açık göstergesidir. Benzer bir sistemin 160 ülkede genel kabul gördüğü ve hali hazırda uygulandığı görülmektedir.

Türkiye, arabuluculuk uygulamasına en son katılan ülke olup, Avrupa Birliği içinde, arabuluculuğa en son katılan ülke Yunanistan'dır. Kanundaki tanımıyla arabuluculuk; sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade etmektedir.

6325 sayılı kanunla tanımlanan arabuluculuk tek cümle ile özetlemek gerekirse arabuluculuk, kişiler ve kurumlar arası uyuşmazlıkları çözmeye alternatif uyuşmazlık çözümüdür. Bu yöntem ile taraflar aralarındaki uyuşmazlığı, kendi iradeleri ile ya da bir mahkemenin tarafları arabuluculuğa

teşvik etmesi ile arabulucunun eşliğinde çözmeye karar veren taraflar, uyuşmazlık konusunu arabulucuya ileterek, tamamen tarafsız, ön yargı ve yargıdan uzak bir arabulucu eşliğinde, sorunlarını tartışma ve kendileri için en iyi çözümü, bulma fırsatı elde ederler.

Arabuluculuk uygulamaları, mahkeme sisteminin yükünü hafifleterek daha iyi ve verimli çalışmasını sağlayabileceği gibi aynı zamanda toplumsal barışın gelişmesini sağlayacaktır. Arabuluculuk, ortak ve birlikte yaşanabileceği inancını geliştirecektir. Önyargısız ve kazan-kazan düşüncesi, toplumsal barış için kazançtır. Arabuluculuk ile ilgili toplumda ortaya çıkabilecek sorularla akıllardaki soru işaretlerini giderecek olursak; öncelikle Arabuluculuk, taraflara kendi adil çözümlerini bulmak için oldukça esnek bir sitem içerisinde çalışma imkânı vermektedir.

Burada unutulmaması gereken nokta ise arabulucunun "hakim" değil bir kılavuz, bir rehber olduğudur. Ülkemizin yargı sistemini çalışılmaz hale getiren iş yoğunluğu, davaların uzun sürmesi, tarafların haklarına geç ulaşması, hakların infazı neticesinde hakkı hiç yada tam olarak alamaması, evrensel ilke olan "hak arama özgürlüğü"nü çalışamaz hale gelmesine sebep olmaktadır. Ayrıca, insanların adalete olan inançlarının temelinde maddi beklentinin yanında manevi olarak tatmin olmayı da içerir. Uygulamada, müvekkillerimizden duyduğumuz "'Hakim beni hiç dinlemedi", "Şahit açıkça yalan söylüyor", "Gördün mü duruşmada nasıl yalan söyledi?" tepki ve serzenişleri, aslında vatandaşın yargıdan beklentisinin bir nebze yansımalarıdır. Müvekkillerimiz her ne kadar, bu tepkilerinde haklı ise de mevcut sistem gereğince, daha fazla kendilerini ifade edebilme imkanlarının olmadığı da bir gerçektir. Arabuluculuk; kazan-kazan ilkesinin yanında, tarafların manevi olarak tatmin olmalarını da sağlayan bir sistemdir. Arabuluculuk görüşmelerinde, taraflar hem madden hem manen kendi yollarını kendileri çizerek ve bir anlamda arabulucunun rehberliğinde kendi adaleterini kendileri oluştururlar.

Arabuluculuğun temelinde kazan-kazan anlayışı, yani "Kazanmak istiyorum – Senin de kazanmanı isterim" mantığı yatmaktadır.

Arabuluculuğun daha iyi anlaşılması adına verilen "portakal" örneği aslında çatışmanın nereden çıktığı ve çatışmanın nasıl çözümlendiği hususunda yol gösterici bir hikâyedir. Buna göre mutfakta iki kişi var. Ortada her ikisinin de istediği bir adet portakal söz konusu. Çözümün ne olduğunu düşünürdünüz? Portakalı ortasından ikiye bölerler ve her biri bir parçayı alabilir. Bu genellikle doğrudan doğruya çözüme odaklandığımız için bulduğumuz çözümdür.

Hadi bu iki insanın hikâyesinin devamında ne yaptığına bakalım. Birisi elindeki yarım portakalla meyve sıkıcısına gider ve elindeki parçanın suyunu sıkmaya başlar. Az da olsa içmek için portakal suyu elde etmiştir. Diğeri ise zorlanarak yarım portakalın kabuğunu rendeleyip yapacağı portakallı kek için az miktarda esans elde etmiştir. Doğrudan çözüm bulmaya girişmek yerine ihtiyaçlarını tartışmışlar mıydı? Her ikisi de ihtiyaç duydukları tüm portakala sahip olabiliirdi. Aslında ilgileri tamamlayıcıydı ve aralarında bir çatışma yoktu. İki taraf kazan – kazan yaklaşımını birlikte kullanma kararlılığı ile ihtiyaçlarını belirleyip rahat bir şekilde uyuşabilirlerdi.

Arabuluculuk sistemi, tarafların gelecekteki ilişkilerini de korumaya fayda sağlar. Mahkemelik olan taraflar bu aşamadan sonra birbirlerinin hasmı hatta düşmanı olurlar ve birbirlerini bu sürece neden olmakla suçlayarak tüm bağlarını koparırlar. Buna karşılık Arabuluculuk sonucunda ulaşılan çözümler ile taraflar uyuşmazlık ortamından kendi oluşturdukları çözümlerle ayrılmış olmakla bundan sonraki yaşamlarında mevcut uyuşmazlığın izlerini silerek gerekli bulunduğu takdirde ilişkilerini rahatlıkla sürdürebilmektedirler. Bilhassa ticari hayat içerisinde taraflar süreçteki iletişim teknikleri sayesinde birbirlerini daha iyi anlayarak bu suretle iletişimi daha etkili hale getirebilmektedirler. Bu şekilde eskisinden daha başarılı bir ticari ilişkinin varlığına katkı sağlanmaktadır. Zira ticari hayat ilişkilerinin her zaman sağlıklı ve canlı tutulması gereken husumetin zarara neden olacağı bir ortamdır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlıklara baktığımızda birçok uyuşmazlıkta taraflar, uyuşmazlığın gizli kalmasını amaçlarlar. İş

hayatında da en esaslı konulardan biri de gizliliktir. Şirketler hem ticari hayatlarında hem de çalışanlarına dair ihtilaflarında sorunun ve sorunun çözüm biçiminin duyulmasını çoğu zaman tercih etmez. Buna karşılık yargılama hukukumuzda esas olan yargılamanın "aleni" olmasıdır.

Arabuluculuğun en önemli ilkelerinden biri "mutlak bir gizlilik"tir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, yapılan tüm görüşmeler ve görüşmelerde kullanılan bilgi ve belgeler gizli kalır. Ülkemizde arabuluculuk ihtiyarı çözüm yöntemidir. Buna karşılık gün geçtikçe artan ihtiyaç da nazara alınarak Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı "Pilot Mahkemelerde Zorunlu Arabuluculuk Uygulamalarına Giriş" çalışmalarına başlamış ve Model arabuluculuk uygulamaları için 6 pilot adliyede 32 pilot mahkeme seçilmiştir. Şu anda yapılan çalışmaların amacı ise arabuluculuğun zorunlu hale gelmesidir. Mevcut durumda ise bir uyuşmazlık konusu olan kişi, mahkemeye gitmeden önce Adalet Bakanlığı sitesindeki güncel arabulucular listesinde, buldukları yerlerdeki arabuluculara ulaşabilirler. Aynı zamanda, dava açıldıktan sonra da, mahkeme üyeleri de, davalılara arabuluculuk sistemi hakkında bilgi verebilir; ancak herhangi bir kişiye yönlendiremez. Öte yandan arabulucuların güncel listesi de Adalet Bakanlığı'nın sitesinde yer almaktadır.

Arabuluculuğa gidilecek konular, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, aile içi şiddet iddiasını içermeyen ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıklardır. İşçi-işveren uyuşmazlığı, miras uyuşmazlıkları, mal paylaşımı davaları, ticari davalar, kira alacağı davaları örnek gösterilebilir. Kısaca yargıdaki iş yükünün fazlalığından kaynaklanan sıkıntıyı gidermek için alternatif olarak ortaya çıkan arabuluculuğu bu kadar iddialı hale getiren faydaları başlıklar halinde sıralamak gerekirse;

- 1** - Para ve zaman tasarrufu sağlar.
- 2** - Arabuluculuk süreci esnek, istediğiniz zaman masadan kalkabilirsiniz.
- 3** - Arabuluculuk süreci gizlidir ve uyuşmazlığa konu olarak ortaya konulan tüm bilgilendirmeler gizlidir. Böylece sizin bilgileriniz hiçbir şekilde üçüncü kişilerle paylaşılmaz.

**4** - Arabulucuya güvenebilirsiniz çünkü arabulucu tarafsız ve yansız bir kişi olup bu niteliğini kanundan almaktadır. Aksi davranışlar, belirli yaptırımlara tabi tutulmuştur.

**5** - Arabuluculuk sürecinde, uzlaşmaya varıp varmama ve uzlaşma şartlarına siz karar verirsiniz.

**6** - Arabuluculuk, gönüllülük esasına dayalıdır. Sizi arabuluculuğa başvurmaya kimse zorlayamaz.

**7** - Arabuluculuk öncesi yapacağınız müzakerelerle, kaygı ve endişelerinizi tespit eder, çıkarılarınızın ne olduğunu belirleyebilirsiniz.

**8** - Aranızda uyuşmazlık çıkan karşı tarafla, arabuluculuk neticesinde tekrar çalışma imkanı bulabilir ve düşmanlığı ortadan kaldıracabilirsiniz. Kısaca köprüleri atmazsınız.

**9** - Arabuluculuk öncesi yapacağınız müzakere ile uyuşmazlığın teşhisini koyar, böylece, sadece o uyuşmazlık üzerine yoğunlaşarak karşı tarafla olan diyalogunuzu zedelemesiniz.

**10** - Arabuluculukta çıkar esastır. Bu nedenle sizi ilgilendiren ve çıkarınıza olan konuya odaklanırsınız.

**11** - Arabuluculukta yargıdaki resmîlik yoktur. Müzakere şartlarını taraflar belirler.

**12** - Arabuluculukta geçmişteki uyuşmazlıklardan ziyade geleceğe odaklanırsınız.

Arabuluculuk müessesesinin özellikle, işçi-işveren uyuşmazlıklarında, aile içi miras kavgalarında, ortaklar ve kardeşler arasında çıkan alacak verecek konularında, yaraya merhem olacağı pek tabiidir. Önemle belirtmek gerekirse arabuluculuk müessesesi; müzakere üzerine kuruludur. Bu nedenle müzakere tekniğini anlamış ve bu yönde bilgilenmiş danışman, müzakereci ya da avukatların, müzakere öncesi, uyuşmazlık konularına hâkim olmaları ve neyi kazanıp neyi kaybedeceklerini tespit etmeleri gerekmektedir. Bu çerçevede tarafların Önleyici Hukuk Sistemi yani Danışman Avukat yolu ile haklarını belirlemeleri ve müzakerelere bu yolla başvurmaları tavsiye edilmektedir. Avukatların arabuluculuk yolu ile artan avukat sayısına ters orantılı olarak işleri azalmamış olacak aksine herkes avukata başvurmak suretiyle hakkını talep edebilecektir.





# NE KADAR DA BÜYÜMÜŞÜZ!

Çocuklarımız 21 yıldır  
eğitimle güçleniyor.  
Özgüvenle, cesaretle,  
umutla büyüyor!  
Birlikte nice yıllara.



Bir Çocuk Değişir, Türkiye Gelişir.

[facebook.com/TurkiyeEgitimGonulluleriVakfi](https://www.facebook.com/TurkiyeEgitimGonulluleriVakfi)

[twitter.com/TEGVKurumsal](https://twitter.com/TEGVKurumsal)

[instagram.com/egitimgonulluleri](https://www.instagram.com/egitimgonulluleri)





Adalet gücü bağımsız olmayan bir milletin,  
devlet halinde varlığı kabul olunmaz.

**Gazi Mustafa Kemal Atatürk**