

Bursa Barosu

Yıl: 41 Sayı: 97 - Ağustos 2016

dergisi



"Efendiler ve ey ulus; biliniz ki
Türkiye Cumhuriyeti şeyhler,
dervişler, müritler ülkesi olamaz.
En doğru, en gerçek tarikat
uygarlık tarikatıdır."

K. Atatürk



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

Hacıoğlu 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
www.betonurunler.com



...

Beyaz adam
özgürlük adına
dev bir kadın heykeli dikti
doğu denizinin kıyısına
ve her gece
altında dans ettiğimiz yıldızları
bayrak diye tutsak etti
bir bez parçasına

Beyaz adam
özgürlük gibi adaleti de
bir kadın heykeliyle simgeledi
ama elinde terazi tutan
zavallı kadın
gözleri bağlı olduğu için
kendisine tecavüz edenin
kim olduğunu göremedi...

(Sunay Akın - Beyaz Adam)

Yıl: 41 Sayı: 97 - Ağustos 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 Osman Kufacı
Av. Ali Rıza Ataer
Av. Bahir Esinoğlu
Av. Dilay Şenyüz
Av. Emel Ferik
Av. Haşmet Ersoy
Av. Kemal Özgür Yetkin
Av. Niyazi Sinan Doğan
Av. Volkan Aksu
Stj. Av. Gizem Eren
Stj. Av. Gamze Pamuk

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

Baskı



www.imakofset.com.tr

Dağıtım



www.seckurye.com.tr

Hukuk ve demokrasi

Türkiye büyük bir tehlike atlattı. Devlet içinde yuvalanan bir tarikat, yalnızca mevcut iktidarı değil, Cumhuriyeti ve demokrasiyi de yok etme girişiminde bulundu. Bugüne nasıl geldiği her boyutuyla tartışılıyor. İktidarın bu süreçteki sorumluluğu farklı biçimlerde dile getiriliyor. Bu sorumluluğun af dileyerek aşılacak nitelikte olmadığı ise son derece açık. Ancak bu durum yazımızın konusu değil. Sadece, liyakate göre değil, tarikata göre bir devlet yapılanmasının ağır sonuçlarını herkesin gördüğünü ummakla yetinelim. Dikkatlerimizi yöneltmemiz gereken konular ise açıkta duruyor. Bunlardan en önemlisi, darbe girişimi sonrası başlatılan yargı sürecinin nasıl yürütüleceğidir. Adil yargılanma hakkı ve savunma hakkı gözetilecek mi, FETÖ'ye yönelik soruşturma ve yargılamalar hukuk zeminine çekilecek mi? Elbette ki bu süreci meşru kılmak, birçok unsurun bir araya gelmesini gerektiriyor. Ancak süreci şeffaf kılabilecek tek aktörün avukat olduğu unutulmamalıdır. Avukatın ve savunma hakkının kullanılmasının önünün açılması yalnızca hukuk ve demokrasinin değil, iktidarın da yararına. Ancak iktidar bu konuda pek hevesli görünmüyor. Bu yaklaşımın yarattığı korku ikliminin esintileri ortalıkta dolaşiyor. Ne yazık ki avukatlar da bu dönemde iyi sınav vermiyorlar ve korku iklimine teslim olmuş görünüyorlar. Tüm Türkiye de gözaltına alınan şüphelilerin avukat bulmakta zorluk çektikleri haberlerini alıyoruz. Kuşkusuz ki bir avukatın davayı reddetme hakkı vardır. Bu konuya ilişkin birçok sebep sayılabilir. Ancak bu sebepler arasında korku olmamalıdır. Yaşanılan korku nedeniyle bir avukatın savunma hakkına sırtını dönmesi kabul edilemez. Aksi durumda savunmanın kutsallığından söz etme hakkını yitiririz. Ve "suç kesinleşene kadar



Av. Ekrem Demiröz
Bursa Barosu Başkanı

herkes masumdur" ilkesini de yok etmiş oluruz. Ben 12 Eylül 1980 Darbesi'nde avukattım. 1989 yılının sonuna kadar sol siyasal davaların avukatlığını yaptım. Ne 12 Eylül yönetimi ne de yerel yetkililer bu konuda beni sorgulamadılar, hesap da sormadılar. Bu dönemin 12 Eylül Dönemi'nden daha beter olduğunu iddia edecek değilsek kaygılarımızı ve korkularımızı yeniden gözden geçirmeliyiz. Diğer önemli konulardan biri ise darbeleri ülke gündeminden sonsuz kadar çıkartabilmenin koşullarıdır. Bana göre en önemli koşul ve tek ana ilaç demokrasidir. Kimlerin yaptığına ve kime karşı yapıldığına bakmaksızın her tür darbeye karşı olacak ortak bilinçtir. Şüphesiz ki bizim gibi düşünen insanların darbelerle karşı olmasının temel dayanağı demokrasi için duyduğumuz kaygıdır. Ancak kaygı duyacağımız kadar bile demokrasi bırakılmazsa, darbelerle karşı çıkışımızın kültürel alt yapısı yok edilmiş olur. Bu sürecin atlatılması ve bir daha darbe tehdidi ile karşılaşmamak için tüm halkımızla dayanışma içinde olunmalıdır. Ortak dilimiz ise demokrasi ve hukukun üstünlüğü olmalıdır. Bu kötü olayı hep birlikte bir fırsata çevirebiliriz. Herkesin kendini özgürce ifade edebildiği ve bu nedenle asla tehdit altında olmayacağımız demokratik Türkiye'yi hep birlikte kurabiliriz.

Bizden haberler -----	6
Bursa Barosu etkinlikleri	
Kaybettiklerimiz -----	15
Aramızdan ayrılanlar...	
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı -----	16
Olağanüstü hal değerlendirmesi	
Hukuka adanmış bir ömür – Turgut Bulut Röportajı -----	20
Röportaj: Ferhan Petek - Fotoğraflar: Engin Çakır	
Av. Pelin Yılmaz -----	30
BÜİKAD "Sektörel Söyleşiler"	
Av. Alpay Şahinakman -----	43
Bekâra boşanmak kolay gelir	
Av. Nezih Sütçü -----	52
İmar parseli sınırına taşkın istinat duvarı	
Av. Talih Uyar -----	61
Çeşitli konularda güncel Yargıtay kararları ile ilgili incelemeler	
Av. Nezih Sütçü -----	87
Malvarlığı olmayan limitet şirketin alacaklısı ne yapabilir?	
Mehmet Toprak - Konya Bölge İdare Mahkemesi Üyesi -----	99
2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'unda öngörüülecek yasal değişiklikler hakkında bir değerlendirme	
Av. Mehmet Tuncer -----	105
Avukatlık kanunu 35/a maddesine göre hukuk davalarında "uzlaşma sağlama"	
Av. Talih Uyar -----	110
İcra hukukunda tatiller ve talikler	
Av. Nezih Sütçü -----	124
Kıyı kanunu geçici maddesinin incelenmesi	
Av. Nezih Sütçü -----	133
Tespit ve tescil kararından sonra kamulaştırmanın iptalinin hukuki sonuçları	
Av. Burak Pıtırılı -----	140
Sigorta şirketlerine başvuru zorunluluğu	
Av. Mücahit Çalışkan -----	144
KTK genel şartlarında yapılan değişiklikle ilgili görüş ve öneriler	
Av. Aykut Cura -----	148
Müris muvazaası	

Acil demokrasi – daha fazla demokrasi

Değerli Baro üyelerimiz;

Yeni formatımız çerçevesinde baro dergimizin 96. sayısını bir önceki sayı olarak sizlere ulaştırdık. Sizlerden gelen olumlu eleştiriler için öncelikle hepinize ayrı ayrı teşekkür ederiz.

Dergimize sizlerden ve baromuz dışında hukuki çalışmalar yapan birçok hukukçu meslektaştan yazılar geldi ve gelmeye devam ediyor. Gerek konu bütünlüğü, gerek benzer konulardaki yazıların yayımlanmamasına gayret etmemiz, gerekse gelen yazıların çokluğu ve boyutlarının dergimiz toplam sayfa sayfasına uyumu gibi güçlükler nedeniyle her yazıyı yayınlanmak üzere gönderildiği sayıda yayınlamak mümkün olamıyor maalesef. Bu konuda tüm katkı sunan hukukçuların affına sığıyoruz. Yazılarınız mutlaka ileriki sayılarda değerlendirilecektir.

Yine tüm meslektaşlarımızı dergimize katkı sunmaya, makale, güncel içtihat değişikliklerini bizlerle paylaşmaya davet ediyoruz. Geçen sayımızda dizgi ve baskı hatası nedeniyle Sayın Av. Nezih Sütçü'ye ait olan "Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında ortak yerlerle ilgili uyuşmazlıklar" adlı makale sahibi olarak Sayın Av. Dilay Şenyüz yer almıştır. Bu

yanlışlığı düzeltiyor ve ilgili arkadaşımızın affına sığıyoruz.

Geçen sayıdan sonra bu sayının baskıya girdiği süreç içindeki en mühim olay şüphesiz ki 15 Temmuz 2016 darbe kalkışması; 15 Temmuz 2016 Darbe Kalkışmasını kınıyoruz, bu kalkışmada şehit olan yaralanan tüm vatandaşlarımızı saygı ile ve şükranla anıyoruz. Bu ülke hepimizin gün ayırışma değil birlik olma vakti, gün ülkemizi sevdiğimiz gibi birbirimizi sevmeye vakti. Her türlü darbeye karşıyız. Demokrasinin ve Laik Hukuk Devleti anlayışının hepimizin güvencesi olduğu bu süreç içinde net bir şekilde görülmüştür. İhtiyacımız olan şey demokrasi, daha fazla demokrasi, acil demokrasi...

Sözlerime Ulu Önder Atatürk 'ün bir sözü ile son vermek istiyorum; "Efendiler ve ey ulus; biliniz ki Türkiye Cumhuriyeti şeyhler, dervişler, müritler ülkesi olamaz. En doğru, en gerçek tarikat uygarlık tarikatıdır." Mustafa Kemal Atatürk

Tüm meslektaşlarımıza saygılarımla...

Av. Hakkı Savunur Soğancı

Bursa Barosu Dergisi Komisyon Başkanı

Bizden haberler

Basın açıklaması



(16.05.2016)

TBMM’de “Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi İçin Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu”nun 16 Mayıs 2016 tarihi itibari ile meclis başkanlığına sunulan raporu hakkında basın açıklaması yapıldı.

Bursa Barosu Kadın Hakları Komisyonu Başkanı Av. Nevin Canbaz açıklamada söz konusu raporun Kadın ve Çocuk Hakları konusunda iyileştirilmeler yerine mevcut hakların geri alımı sonucunu doğuracak öneriler içerdiğini, CEDAW ve İstanbul Sözleşmeleri ışığında Kadın hakları, kadına yönelik şiddetin ortadan kaldırılması, ayrımcılık karşıtlığı ve kadının güçlendirilmesi ilkelerine tamamiyle aykırı olan raporun kabul

edilemez olduğunu belirtti. Av. Nevin Canbaz “TÜBAKKOM (Türkiye Barolar Birliği Kadın Hakları Komisyonu) olarak bir kez daha ifade etmek isteriz ki Büyük Önder Mustafa Kemal Atatürk’ün ilke ve devrimleri ışığında laik, demokratik hukuk devletinin aydınlık yolundan bir an dahi sapmadan hakkı teslim edilmemiş tek bir kadın kalmayınca kadar bu büyük mücadeleye devam edeceğimizi bildiririz.” şeklinde konuştu.

Bayramlaşma



(13.07.2016)

Ramazan Bayramı nedeniyle bayramlaşma 13.07.2016 tarihinde Adalet Sarayı giriş salonunda yapıldı.

Basın açıklaması



(18.07.2016)

15 Temmuz günü ülkemiz kara ve kirlî bir darbe girişimi yaşadı. Ne gerekçeleri ne de darbecilerin kimlikleri bizim için bir değer taşıyor.

Bursa Barosu olarak amasız ve fakatsız olarak her tür darbeye dün olduğu gibi bugün de karşıyız.

Her tür demokrasi dışı yaklaşımların, hukuk dışı tüm uygulamaların karşındayız ve karşısında olmaya da devam edeceğiz.

Şimdi ise hassas bir sürecin başlangıcındayız. Darbe girişiminde yer alanların ve bu girişimi hazırlayanların yargı önüne çıkarılması öncelikli talebimizdir. Ancak bu süreç adil yargılanma hakkı ihlal edilmeden ve savunma hakları kısıtlanmadan yürütülmelidir.

Baro başkanlık makamında yapılan basın açıklamasında Baro Başkanımız Av. Ekrem Demiröz'ün yanında ekim ayında yapılacak seçimlerde Baro Başkanlığı'na aday olduklarını açıklamış olan Av. Gürkan Altun ve Av. Şerafettin Yavuz da hazır bulundu.

Şu anda Bursa'da asker sivil çok sayıda kişinin gözaltında olduğunu biliyoruz. Gözaltına alınan hâkim savcı sayısı ise elliye aşmış durumda. Yürütülen soruşturmalar adil ve güvenilir olmalıdır.

Aksi halde verilecek kararların adalete uygun olmayacağı toplumsal inanca dönüşür. Ülkemiz bu hassas ve kırılğan dönemi titiz ve duyarlı yaklaşımlarla aşmak zorundadır.

Biz Bursa Barosu olarak soruşturmaların ve yargılamanın hukuk kurallarına uygun olup olmadığının sonuna kadar takipçisi olacağız.

İstediğimiz tek şey güvenilir yargıdır ve herkesin hukuk önünde eşit olduğu bir Türkiye'dir.

Bursa Barosu Başkanı - Ekrem Demiröz

Bursa Barosu ile Kızılay Bursa Şubesi'nin işbirliğiyle 2015 yılında başlattığımız kan, ilik-kök hücre bağışi kampanyası ilk sonucunu verdi, 2004 doğumlu bir çocuğa uygun donör bulundu. Desteklerimizle daha birçok insana çare olabiliriz.

Dayanışma



(14.07.2016)

Eğitim



(07.05.2016)

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 8.si, 7 Mayıs 2016 tarihinde Bursa Adliyesi 1.,2.,3. ve 4. Ağır Ceza Mahkemesi Duruşma Salonlarında gerçeğe en yakın şekilde canlandırılması ile sonuçlandı. Stajyer avukatlar Bursa Barosu avukatlarından oluşan Değerlendirme Kurulu'nun

Bursa Barosu Staj Eğitim Merkezi'nin 2015-2016 dönemi eğitimi, baroya kayıtlı stajyer avukatların katılımıyla düzenlenen Farazi Dava ve Duruşma alışması ile sona erdi.

karşısına çıkararak gerçeğe yakın dava deneyimi yaşadılar.



Anma



(19.05.2016)

19 Mayıs Atatürk' Anma, Gençlik ve Spor Bayramı nedeniyle elenk Sunma Töreni Adliye Sarayı bahçesinde gerçekleşti.

Seminer

HMK - CMK Uygulamaları - İstinaf konulu TBB Meslek içi Eğitim Semineri 28 .05. 2016 Cumartesi BUTTİM'de gerçekleşti.



(28.05.2016)

Konser



(08.05.2016)

BAOB Oditoryumu'nda gerçekleştirilen konsere Bursa Barosu'na kayıtlı avukatlar ve aileleri yoğun ilgi gösterdi. Türk Sanat Müziğinin en seçkin eserlerinin seslendirildiği konserde İsmail İşyapan, Ayşegül Gökgöz, Emin Yenice, İhsan Bölük, İsmail Eren, Nabi Ergin, Ersin Edel, Şükrü Ekren, Metin Öztosun, Sema Derin, Erdoğan Öztekin, Yahya Şimşek, Emin Tarık Öztosun, Metin Öztosun ve Zeynep

Bursa Barosu Türk Sanat Müziği Korosu, Filiz Başbüyük'ün şefliğinde unutulmaz bir konsere imza attı.

Akaras'ın solo performansları da Türk Sanat Müziği sevdalılarından büyük beğeni topladı. Aynı zamanda solo performansları için sahneye çift olarak çıkan Figen ve Deman Cönk, Tülin ve Vedat Kavasoğlu, Hamide ve Halil Yeşilyurt ise eşli olarak seslendirdikleri eserlerle salondakileri mest etmeyi başardılar.

Sertifika programı



(18.05.2016)

Bursa Baro Akademisi'nce 12-13-19-20 Aralık 2015 ve 5-6 Mart 2016 tarihlerinde düzenlenen 36 saatlik "Aktüerya Hukuku Sertifika Programı" eğitim çalışmasına katılıp sertifika ve katılım belgesi almaya hak kazanan 50 meslektaşımıza belgeleri Adliye Sarayı'nda yapılan törenle dağıtıldı.

Son zamanda sıklıkla karşımıza çıkan çocuk istismarı haberlerine karşı TBMM'de Çocuk Hakları Komisyonu kurulmasını talebini de içeren, cinsel istismar ve tecavüze uğrayan, aile içi şiddete maruz kalan, suça sürüklenen, çatışmalı bölgelerde travma yaşayan ve uyuşturucuya buluşturulmuş, her türlü hak ihlaline maruz kalmış çocukların korunması, toplumun dikkatinin çocuklara çekilmesi üzerinde duran ve Bursa Barosu olarak çocuklara yönelik tüm istismlarının ve hak ihlallerinin takipçisi olunacağını bildiren Basın Açıklaması Bursa Barosu Çocuk Hakları Komisyonu Başkanı Av. Bilge Yıldız Arıcıoğlu tarafından okundu.

Açıklama



(16.05.2016)

Basın açıklamasının ardından Bursa Barosu Başkanı Av Ekrem Demiröz ve Bursa Milletvekili Av. Nurhayat Altıca Kayışoğlu da konu ile ilgili açıklama yaptılar.

Bursa Barosu, Amerikan Barolar Birliği, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği İşbirliği İle Uluslararası Koruma Hukuku ve Geçici Koruma Yönetmeliği Eğitimi Adalet Sarayı Konferans Salonu'nda gerçekleştirildi.

Eğitim



(29.04.2016)

Ziyaret



(11.05.2016)

AB Türkiye Delegasyonu Siyasi Bölüm Müsteşarı Vincent Guillaume Poupeua Baro Başkanlığımızı ziyaret etti.

Kongre

Adli Bilimciler Derneği Başkanı Ankara Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı Üyesi Prof. Dr. Hamit Hancı ve Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Yener Ünver'in Kongre Başkanlığı'nı, Baromuz üyesi Sağlık Hukuku Komisyon Başkanı Av. Okan Dursun'un Kongre Sekreterliği'ni yürüttüğü, "3. Sağlık Hukuku Kongresi" 23 – 25 Nisan 2016 tarihleri arasında Buttim Kongre ve Kültür Merkezi'nde yurt içi ve yurt dışından yoğun katılımı yapıldı.



(23.05.2016)

Seminer



(05.03.2016)

Bursa Barosu CMK Komisyonu tarafından hazırlanan CMK Müdafı / Vekillerine Yönelik Eğitim Çalışması tamamlandı. 5 hafta sonu cumartesi günleri saat: 09:00-17:00 saatleri arasında 9 gurup üzerinden yapılan eğitim çalışmasına 698 kişi katıldı.



(23.04.2016)

Bursa Barosu, ulusal egemenlik ve çocuk bayramını cezaevinde, tutuklu çocuklarla kutladı.

Bursa Barosu'nun bu yıl 6. kez düzenlediği "Cezaevi Çocuk Şenliği", renkli görüntülere sahne oldu. Bursa Barosu tarafından düzenlenen 23 Nisan etkinlikleri arasında yer alan Cezaevi Çocuk Şenliği, 6. yılında Bursa E Tipi Ceza ve İnfaz Kurumu Spor Salonu'nda gerçekleştirildi.

Bursa E Tipi Ceza ve İnfaz Kurumu'nda tutuklu bulunan çocuklar için destekçi firmalardan da sağlanan yardımlarla Bursa Barosu tarafından düzenlenen şenlikte, tutuklu çocuklara kişisel eşyalardan oluşan hediye paketleri verildi, birlikte kullanabilecekleri oyun malzemeleri hediye edildi.

Bursasporlu Deniz Yılmaz da katıldı
Bursa Cumhuriyet Başsavcısı Vekili Ali

Usta, Bursa Barosu Başkanı Avukat Ekrem Demiröz, Bursa E Tipi Kapalı ve Açık Ceza İnfaz Kurumu Müdürü Sabri Karataş, Bursasporlu futbolcu Deniz Yılmaz, Bursaspor Kulübü Kadın Voleybol Takımı Liberosu Sedef Sazlıdere ve Smaçörü Buse Özden, Bursaspor Kulübü Yöneticisi İlyas Kocaefe'nin yanı sıra çok sayıda avukat ve stajyer avukat katıldı.

Protokol konuşmalarıyla başlayan ve bayram heyecanı ile gün boyu devam eden şenlikte tutuklu çocuklar, avukatlar ve Bursasporlu sporcuların da eşlik ettiği çeşitli oyunlarla stres attı. Şenlik, günün anısına çektirilen hatıra fotoğrafı ve Bursaspor Kulübü'nce hazırlanan hediyelerin Bursaspor Kulübü ailesince takdimiyle sona erdi.

Bursa Barosu tarafından her yıl geleneksel olarak düzenlenen Tavla Turnuvası'nın 12.si Baro Evi Lokali'nde gerçekleşti.



Turnuva

(26.03.2016)

Tören



(23.04.2016)

23 Nisan Ulusal Egemenlik ve ocuk Bayramı nedeniyle elenk Sunma Töreni Adliye Sarayı bahçesinde gerçekleşti.

Bursa Barosu Türk Halk Müziği Topluluğu Korosu, bu sene ikinci konserini şef Yaşar Kemal Alim şefliğinde gerçekleştirdi.



Konser

(12.04.2016)

BAOB Oditoryumu'nda gerçekleştirilen konserde, İnci Kutgün, Güler Koçer, Günay Dursun, Büşra Usluer, Sevcan Sözeri, Songül Ateşoğlu, Gülçin şair, Tülay Karademir, Ayşenur Türesin, Sinan

Muratoğlu, Rıza Kartal, Serkan Cambaz, Tülin Turalı, Tuğçe Demirtaş, Ayşen Bürksu, Gökmen şentürk, Ümit Okumuş solo performansları ile Türk halk müziği sevdalılarından büyük alkış topladı.

Tiyatro



(08.04.2016)

Bursa Baro Tiyatrosu Tiyatro Advocato, 11. sezonunda yeni oyunu "Manolya Apartmanı Daire 7" ile BAOB sahnesinde, 5. Nilüfer Tiyatro Festivali kapsamında Konak Sahnesi'nde seyircisiyle buluştu.

Ceza muhakemesinde kanun yolları - Temyiz – İstinaf konulu Panel Adalet Sarayı konferans salonunda gerçekleştirildi.



Panel

(15.04.2016)

Avukatlar Günü etkinlikleri



* Hukukun üstünlüğünü vurgulamak, adalete olan ihtiyaca farkındalığı arttırmak, toplumun dikkatini çekmek için düzenlenen ve avukatların sadece adliyelerde değil hayatın her alanında aktif olduğunun vurgulandığı Bursa Adalet Koşusu 2 ve 15 km'lik iki parkuru ile 3 Nisan 2016 Pazar günü Bursa Eker Meydanı'nda gerçekleştirildi.

* 5 Nisan 2016 Salı günü Adalet Sarayı Bahçesinde Atatürk Anıtı'na çelenk sunuldu.

* Avukatlar günü kokteyli 5 Nisan 2016 salı akşamı Podyum Davet'te gerçekleştirildi. Kokteyilde meslekte 25 yılını dolduran meslektaşlarımıza plaket verildi.

Panel



(25.03.2016)

Sağlık Hukuku'nda Güncel Yaklaşımlar konulu panel Baro Evi Konferans Salonu'nda gerçekleştirildi.

Panel

Bilişim Hukuku'nun Bilinmeyenleri konulu panel Adalet Sarayı Konferans Salonu'nda gerçekleştirildi.



(18.03.2016)

Dünya Emekçi Kadınlar Günü etkinlikleri



(08.03.2016)

Gün boyu devam eden etkinlikler kapsamında Avukat ve Yazar Mine Rana Dayıoğlu "Mutluluk Reçetesi Doğal Beslenme" adlı kitabını imzalarken, "6284 Sayılı Kanun, Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri" konulu söyleşi gerçekleştirildi. Söyleşide konuşan Bursa Barosu Kadın Hakları

Bursa Barosu tarafından Baro Kadın Hakları Komisyonu'nun da katkıları ile 8 Mart Dünya Emekçi Kadınlar Günü etkinlikleri kapsamında, Botanik Park Beceren Restoran'da kahvaltı düzenlendi.

Komisyonu Başkanı Avukat Nevin Palacioğlu Canbaz, kadına karşı işlenen suçun, bir insanlık suçu olduğuna vurgu yaptı. Etkinlikler, yönetmenliğini Niki Caro'nun yaptığı 2005 yılı yapımı "Tek Başına" adlı filmin gösterimi ile sona erdi.

Konferans

Belge Üzerinde Sahtecilik konulu seminer Adalet Sarayı Konferans Salonu'nda gerçekleştirildi.



(26.02.2016)

Seminer



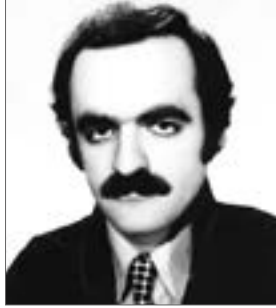
(30.01.2016)

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Eğitim Merkezi tarafından düzenlenen "Meslek İçi Eğitimler, Tüketici Hukuku ve 6502 sayılı Yasanın Uygulanması" hakkında seminer BAOB da gerçekleşti.

Kaybettiklerimiz



AV. MERAL ESER
Sicil No:661 - 11.07.2016



AV. NUR KEMAL KORKMAZ
Sicil No:713 - 20.06.2016



AV. SIBGATULLAH GÜLTEKİN
Sicil No:2093 - 29.04.2016



AV. MURAT KALYONCU
Sicil No:497 - 22.04.2016



AV. NADİR DARAGENLİ
Sicil No:771 - 08.04.2016



AV. OĞUZ TUNÇYÜREK
Sicil No:900 - 07.03.2016



AV. TURGUT GÜVEN
Sicil No:644 - 30.01.2016



AV. ERDAL ALYANAK
Sicil No:521 - 22.01.2016

Anayasanın 120. maddesi uyarınca ilan edilen olağanüstü hal çerçevesinde çıkarılan 667 sayılı kanun hükmünde kararnamenin ceza soruşturma ve kovuşturmaları açısından kısa bir değerlendirmesi

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

1. 667 sayılı KHK'da soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin hususlar 6. maddede düzenlenmiştir.

2. Aşağıda açıklanan düzenlemeler, olağanüstü halin devamı süresince geçerlidir.

3. Bu düzenlemelerin uygulanacağı suçlar şunlardır:

a. TCK, İkinci Kitap, 4. Kısım, 4. – 5. – 6. - 7. bölümlerinde tanımlanan suçlar (TCK madde 302 ila madde 339)

b. Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar:

i. TMK madde 3'te TCK'ya gönderme yapılarak sayılan terör suçları

ii. TMK madde 4'te TCK'ya ve diğer kanunlara atıf yapılarak sayılan suçların TMK madde 1'de tanımlanan terör amacıyla işlenmiş olanları

c. Toplu işlenen suçlar:

i. CMK madde 2/1-k (aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçlar)

4. Gözaltı süresi şüphelinin yakalanması anından itibaren 30 günü geçemez. Bu

süreye, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre dâhil değildir. (KHK madde 6/1-a)

5. Yakalanan asker kişiler, adli kolluk görevlilerine teslim edilir. (KHK madde 6/1-b)

6. Kanunlarda aksine düzenlemeler bulunsa da yürütülen soruşturmalar kapsamında görev ve unvan ayrımı yapılmaksızın bütün şüpheli, mağdur ve tanık ifadeleri (kamu görevlileri de dâhil olmak üzere) adli kolluk görevlileri tarafından da alınabilir. (KHK madde 6/1-c)

7. Asker kişiler hakkında verilen tutuklama kararları 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 111. maddesinde belirtilen ceza infaz kurumlarında yerine getirilir. İnfaz kurumunun tipinin belirlenmesinde anılan maddenin gönderme yaptığı, yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarını düzenleyen 9. maddenin uygulanacağı anlaşılmaktadır. (KHK madde 6/1-ç)

8. Tutuklu şüphelilerin avukatlarıyla görüşmelerinde tedbir uygulanması, sınırlama getirilmesi (KHK madde 6/1-d)

a. Tedbir/sınırlandırma sebepleri
i. Toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi ihtimalinin bulunması
ii. Terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve talimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin bulunması

b. Tedbir ve sınırlandırmalar

i. Görüşmenin teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilmesi

ii. Görüşmeyi izlemek amacıyla görevlinin hazır bulunabilmesi

iii. Tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örneklerine, dosyalara ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tutukları kayıtlara el konulabilmesi

iv. Görüşmelerin gün ve saatlerinin sınırlandırılabilmesi

c. Bu tedbir ve sınırlandırmalara karar vermeye, Cumhuriyet Savcısı yetkilidir.

d. Tutuklunun avukatıyla yaptığı görüşmenin yukarıda belirtilen amaçlarla gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde bir tutanak tutularak görüşmeye son verilir. Görüşme başlamadan önce tutuklu ve avukatı bu hususta uyarılır.

e. Tutuklu hakkında böyle bir tutanak tutulması halinde Cumhuriyet savcısının istemi ve sulh ceza hakiminin kararıyla tutuklunun avukatlarıyla görüşmesi yasaklanabilir. Bu durumda ilgili baro başkanlığınca tutuklu için yeni bir avukat görevlendirilir. Baro

tarafından bildirilen avukatın -yukardaki gerekçelerle- değiştirilmesi Cumhuriyet savcısı tarafından istenebilir.

9. Tutuklunun tutuk evinde görüşebileceği diğer kişiler ve uygulanacak sınırlamalar (KHK madde 6/1-e)

a. Tutuklu olanlar sadece eşi, ikinci dereceye kadar kan ve birinci derece kayın hısımları ile vasileri veya kayyımları tarafından ziyaret edilebilir. Adalet Bakanlığı ile Cumhuriyet Başsavcılığı, burada sayılanların dışındakilere her seferinde ayrıca başvurulmak kaydıyla özel izin verebilir. Tutuklular telefonla görüşme hakkında on beş günde bir yararlanabilir. Sadece bu hükümde sayılan kişilerle ve on dakikayı geçmemek üzere konuşabilir.

10. Müdafinin görevden yasaklanması (KHK madde 6/1-g)

a. Şüpheli tarafından seçilen veya baro tarafından görevlendirilen müdafinin 667 sayılı KHK'nın 6. maddesinde sayılan suçlar nedeniyle soruşturuluyor veya kovuşturuluyor olması halinde, müdafilik görevini üstlenmekten yasaklanması mümkündür. Bu konuda, Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine sulh ceza hâkimi karar vermeye yetkilidir. Yasaklama kararı şüpheliye ve yeni bir müdafii görevlendirilmesi için ilgili baroya bildirilir.

11. Yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda ifade alma ve sorgu sırasında ve duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir. Kuşkusuz buradaki sınırlama her bir şüpheli ve sanık açısından geçerlidir. Yani bir şüpheli veya sanığın en fazla üç avukat

tarafından savunulmasından söz edilmektedir. (KHK madde 6/1-ğ)

12. Duruşmada iddianamenin (veya iddianame yerine geçen belgenin) özetlenerek anlatılması mümkündür. (KHK madde 6/1-h)

13. Tutukluluğun incelenmesi, tutukluluğa itiraz ve tahliye talepleri dosya üzerinden karara bağlanabilir. Bu durumda CMK'nın 108. maddesinde bulunan tutukluluğun incelenmesinde şüpheli veya müdafinin dinlenilmesi zorunluluğuna ilişkin hükmün uygulanmaması söz konusu olabilecektir. (KHK madde 6/1-ı)

14. Hâkim veya mahkemenin uygun gördüğü durumlarda, şüpheli veya sanığın sorgusu görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin (SEGBİS) kullanılması suretiyle yapılabilir veya duruşmalara bu şekilde katılmasına karar verilebilir. (KHK madde 6/1-i)

15. Öte yandan, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu da temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasına ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir.

a. Yaygın şiddet hareketleri sebebiyle olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda, anılan kanunun 9. maddesinde sayılan tedbirlerle 11. maddesindeki tedbirlerin uygulanması mümkündür.

b. Bu konuda yetki valiliklerde dir.

c. Söz konusu tedbirlerden arama ve el koymaya ilişkin olanı şöyledir: "Kişilerin; üstünü, araçlarını, eşyalarını aramak ve bulunacak suç eşyası ve delil niteliğinde olanlarına el koymak" (Madde 11/1-c)

Görüldüğü üzere arama ve el koyma için Olağanüstü Hal Kanunu yargı kararı aramamakta, valiyi görevli ve yetkili kılmaktadır. Ancak bu görev ve yetki; genel güvenliği, asayiş ve kamu düzenini korumak ve şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla kullanılabilir. (Madde 11/1)

16. Gerek 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu, gerek 667 sayılı KHK'da temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren düzenlemelerin Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde temel hak ve hürriyetlere ilişkin yazılı olan güvenceleri askıya aldığı ortadadır.

a. Ancak Anayasa madde 15 bu askıya almaya şu hükmüyle izin vermektedir: "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. (Değişik: 7/5/2004-5170/2 md.) Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanincaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

b. Görüldüğü üzere temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması, bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması durumunda

dahi;

i. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilemez.

ii. Durumun gerektirdiği ölçü aşılamaz.

iii. Kişinin yaşama hakkına dokunulamaz.

iv. Kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz. (Yani işkence ve kötü muamele yapılamaz)

v. Kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, bunlardan dolayı suçlanamaz.

vi. Suç ve cezalar geçmişe yürütülemez.

vii. Suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

17. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi de savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlikenin ortaya çıkması halinde Sözleşmeye aykırı tedbirler alınmasına izin vermektedir. Söz konusu tedbirlerin uygulanmasına getirilen sınırlamaları da içeren 15. madde aynen şöyledir:

1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevas vermez.

3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir.

Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir." Unutulmamalıdır ki OHAL kapsamında yapılan düzenlemeler ancak OHAL yürürlükte bulunduğu dönem süresince geçerli olan düzenlemelerdir.

Dolayısıyla OHAL yürürlükten kalktığında OHAL için yapılan ayırksı düzenlemeler de yürürlükten kalkacak ve işlemler ilgili kanunlar uyarınca yürütülmeye devam edilecektir. Yerine ayırksı düzenleme getirilen kanunların yürürlükten kalkması veya değişmesi söz konusu değildir. Ancak yerine yeni düzenlemeler getirilen hükümlerin, olağanüstü hal süresince askıya alındığından söz edilebilir.

Soruşturma ve kovuşturmalarda adil yargılanma hakkını kısıtlayan her düzenleme mutlaka geçici ve gerçekten zorunlu ise bu zorunlulukla orantılı şekilde uygulanmalıdır. Savunma hakkını kısıtlayarak yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar hem gerçeğin gerçek olmayandan, suçlunun suçsuzdan ayrılmasını imkânsızlaştıracak hem de kısa vadede süreci hızlandırıyor gibi düşünülse de terör örgütüyle mücadeleye zarar verecektir.

Meslektaşlarımızın bilgisine saygıyla sunulur.

Hukuka adanmış bir ömür...

Röportaj: Ferhan Petek - Fotoğraflar: Engin Çakır

“İnanmadığım hiçbir davayı almadım. Çünkü avukatlık kutsal bir meslek ve ancak inandıklarınızı savunabilirsiniz.”

Adalet'e, hukuka, doğrulara adanmış bir ömür onunki... İsmet Paşa'nın avukatlığıyla, inandıklarını savunarak; sanatla, üretmekle, mücadeleyle, emekle geçen 90 yıl... Onun, hayatına sığdırdığı o kadar çok şey var ki onu dinlerken anlattığı yıllarda buluveriyorsunuz kendinizi. Ucu bucağı olmayan bir okyanus gibi hayatı. İdamın var olduğu o en zor yıllarda avukatlık mesleğini icra etmiş bir dava adamı o. Bursa Barosu'nun 14. başkanı Turgut Bulut ile onun zamanını, avukatlığı,

adaleti, Bursa Barosu'nun dününü, bugününü ve üzerinden geçen onca yıla rağmen unutamadıklarını konuştuk. Yalnızca bir kısmına yetti zamanımız. Bugünlerde hazırlığı devam eden bir kitaba bile zar zor sığacak olan hayatının yalnızca küçük bir kısmını konuk edebildik sayfalarımıza...

Öncelikle sizi biraz tanıyabilir miyiz?

1944-45 Bursa Erkek Lisesi mezunuyum. Bizim zamanımızda liseden mezun



Av. Turgut Bulut



olmak çok önemliydi çünkü lise mezunu insan parmakla gösterilirdi. Babamın da benden tek bir ricası vardı, liseyi bitirmem. "Sonrasında ister yüksek tahsil yap istersen burada kal evlen, bir işe gir ama ne olursa olsun liseyi bitir." demişti bana. Ben de baba sözü dinleyip lise mezunu oldum. Birçok açıdan avantajlıydı lise mezunları. Örneğin askerliği yedek subay olarak yapıyorlardı. Resim yapmayı çok severdim gençken. Halk Evi'nde kursa gittim hatta burada açılan yarışmalarda dereceler aldım. Fotoğraf çekmeyi de severdim. Sanat düşününü bir gençtim aslında.

Avukatlık maceranız nasıl başladı?

Ben resimle, sanatla uğraşırken bir gün babam, daha önce hayatımda hiç bir arada görmediğim kadar yüksek bir meblağ para tutuşturdu elime. "Al bu parayı, git İstanbul'a" dedi. Orada kalacağım yeri ayarlamış, akrabalarla konuşmuş. Bana da "Git eğitimi almak istediğin okula yaptır kaydını ama bir tek yıl bile sınıfta kalırsan Bursa'ya gelirsin. Seni birinin yanına çırak olarak verir, evlendiririm." dedi. Sanata olan ilgime göre bir



bölüm seçmeye karar verdim. Dâhili Dekorasyon ve İç Mimarlık Bölümüne kayıt yaptırdım. Ama derslerim hiç iyi gitmiyor, sınavları veremiyordum. Ne yapacağımı kara kara düşünürken bir gün Ulus Gazetesi'nde bir ilan gördüm. Gazetede "Ankara Hukuk Fakültesi kayıtları için yarın son gün!" yazıyordu. O an kararımı verdim. Ankara, daha önce hiç gitmediğim, bilmediğim bir şehirdi. Orada yaşayan tek akrabamızı hatırladım ve hemen onu arayıp yola koyuldum. O zamanlar öyle bir okula girmek için sınavlar yok, gidip kayıt yaptırmak yetiyor. Ben de son günün son dakikasında, okula kayıt olan son öğrenci olmayı başardım. Babamın sözlerini hiç unutmadım ve bir yıl bile kalmadan bitirdim okulu. Hem korkudan, hem saygıdan, hem sevgiden hem de hukuk beni her geçen gün biraz daha içine çektiğinden 1950 yılında mezun oldum.

Mezun olunca hemen Bursa'ya mı döndünüz?

Babam hukuk okuduğumu öğrenince planını yapmıştı bile. Bana Koza Han'dan bir ofis tutmuş. Her şeyim hazır. Ankara'da kalmayı da



düşündüm aslında. Çünkü benim mezun olduğum yıllar Ankara'nın en iyi şartlara sahip olduğu yıllardı. Seçim olmuştu, devir değişmişti. Bursa dönüşü yaptığımız kazadan sonra 4-5 ayım da hastanede geçti. Bir an önce mesleğimi icra etmeye başlamak isterken zaman kaybetmiştim çünkü sonrasında da beni askerlik görevim bekliyordu. Ofisim hazırda, baroya gidip kaydımı da yaptırmıştım. Kayıt numaramı bile hatırlıyorum: 142. Unutmak mümkün olamazdı çünkü okuldaki gibi Bursa Barosu kaydım da o yılın en son üyesi olmuştum. Bülent Ecevit ile altı ay boyunca aynı ranzayı



paylaştığım Ankara'da yedek subay olarak yaptım askerliğimi. Askerlik biter bitmez avukatlıkta yarım kalan stajımı tamamladım ve 1953'te resmen avukat olarak çalışmaya başladım.

“Oğlum, avukat bey daha gelmedi mi?”

Avukatlığın ilk yılları nasıldı?

Heyecanlıydı tabii. Yapacağım bir sürü iş, mücadele edeceğim davalar, savunacağım haklar vardı. Ofisteki ilk yıllarımda gelen giden çok oluyordu ama para kazanmaya henüz başlamamıştım. Çok gençtim,





sabretmem gerektiğini biliyordum. Baroya üye olan belki de en genç avukattım. Görünüşüm de öyle olacak ki bir gün ofiste otururken içeri biri girdi. Bana selam verdikten sonra "Oğlum, avukat bey daha gelmedi mi?" diye sordu bana. Hiç bozuntuya vermeden "Hayır, henüz gelmedi" dedim ama kendimi de bayağı kötü hissettim. Aynaya baktım, tıfıl, çelimsiz, toy halimle yüzleştim. Buna bir çare bulmam gerektiğini düşünüp ilk iş bıyık bıraktım. Daha olgun, daha yaşını başını almış en azından bakınca avukat olduğu anlaşılabilir gibi görünmekti niyetim. Kendimce böyle bir çözüm

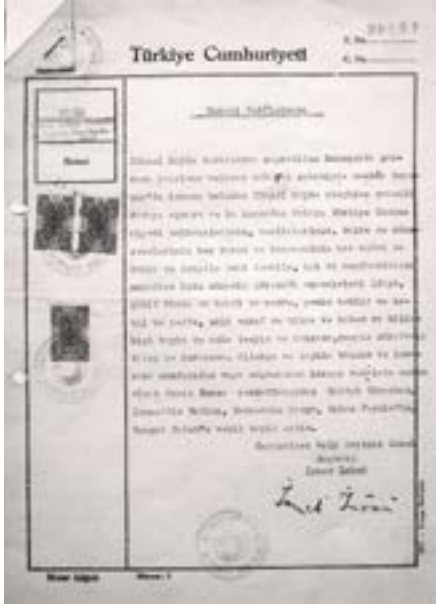


bulmuştum.

Uzun bir dönem avukatlığını da yaptığınız İsmet İnönü ile tanışmanız nasıl oldu?

Okul yıllarıma denk gelen 1950'li yıllardaki seçimlerde çok şey gördük, çok olaya şahit olduk. İsmet Paşa ile tanışmam da aslında bu döneme dayanır. Hakkında kötü konuşulduğu, bana göre kendisine son derece haksızlık edildiği zamanlardı. Hatta bu sebeple birçok kişiyle tartışmışlığım da vardır. Bir gün okulda arkadaşlarla otururken İsmet Paşa'nın Çankaya'yı terk edeceği haberini aldık. Hemen





toplaniş İsmet Paşa'ya gitme kararı aldık. Tüm fakültelerden temsilciler seçtik. Amacımız İsmet Paşa'nın yanında olduğumuzu ifade etmek, kendisini yalnız hissetmemesini sağlamaktı. "Türk genci yanınızda" diyecektik ve moral verecektik ona. Gittik de... İsmet Paşa bizi görünce çok memnun oldu. Arkadaşlarımızdan



biri birden duygulanıp ağlamaya başladı, onun duygusallığı kısa süre içinde herkesi etkiledi. Biz Paşa'ya destek vereceğiz diye gittik ama bir anda herkes gözyaşlarına boğuldu. İsmet Paşa da buna dahil. Sonra kendini topladı Bizim teskin etmek için güç vermek için ziyaret ettiğimiz Paşa "Gençler, biz bugüne dek iktidardaydık. Bundan sonra muhalefet olarak bu memleketi hizmet edeceğiz. Demokrasi budur. Muhalefette de aynı şeyleri savunacağız" sözleriyle teselli etti bizi.

"Davacı İsmet İnönü vekili Avukat Turgut Bulut"

Uzun süre de İsmet Paşa'nın avukatlığını da yaptınız. Nasıldı o yıllar?

İsmet Paşa'nın Çankaya'dan ayrıldıktan sonra yaşadığı o en zor dönemlerinde yanındaydık onun. Cumhurbaşkanlığı dışında Cumhuriyet Halk Partisi genel Başkanı'ydı. Onun varlığının da etkisiyle partiye girdim. Partinin de en zor



günleri. 400-500 milletvekilinden 33 kişiye düştüğü dönemler. Bu aralar çok temasımız oldu Paşa ile. 3-4 kez Bursa'da misafir ettik onu. 1959'da, ona edilen hakaretlere, uğradığı haksızlıklara karşı bir şeyler yapma gereği duyduk. Zor da olsa Paşa'yı ikna ettik ve vekâletini alıp onun adına

davalar açtık. Hepsini de kazandık. Onun vekâletini taşımak benim için büyük bir onurdu. Bu onura, her zaman elimden gelenin en iyisini yaparak layık olmaya çalıştım. Başardığımı da düşünüyorum. Paşa'ya hakaret eden, ona hak etmediği muameleleri yapan herkes gerekli cezayı aldı. Bilirsiniz





mübaşir davalı ve davacının isimlerini okur mahkemelerde, her dava öncesi mübaşirin "Davacı İsmet İnönü vekili Avukat Turgut Bulut" diye seslenişi hala kulaklarımda.

Avukat olarak başka neler yapıyordunuz?

Paşa, parti başkanı olduğu için tüm parti davalarına girdim. Hep mücadeleyle dolu bir ortam içinde oldum. Partiye girmiş olmam bana mesleğim için de olumlu sonuçlar verecek, oldukça geniş bir çevre kazandırdı. Oradan oraya koşturup duruyordum. İlçe davalarına giriyordum,



benden büyük avukat ağabeylerim birçok işe beni gönderiyordu. Mesleğimin en hızlı en tempolu dönemindeyim.

Bir yandan da Bursa Barosu'ndaydınız. Başkan seçilmeden önce, üye olarak neler yaptınız baroda?

Para odaklı olmaktan ziyade, dava adamı olmak için yaşadım hep. Barodaki arkadaşlarımız, gençlerimiz gibi. Benim dönemimde gördüğüm kadarıyla şimdi de baro hep bir aile gibiydi. Avukatlar ailesi. Orada olmak, o ailenin bir üyesi olmak bir avukatın yaşayabileceği en güzel şeylerden





biriydi benim için. Baroda olmayı, orası için bir şeyler yapmayı çok sevdim hep. Bu dönemde Baro İdare Heyeti'ne girdim. Çok etkindik, konferanslar, toplantılar, türlü etkinliklerle hep bir arada oluyorduk.

Ve Bursa Barosu Başkanlığı...

Bu koşuşturmalarımızın arasında başkanlık seçimleri de yaklaşıyordu. Ben Zeki Bey (Av. Mehmet Zeki Yücel) döneminde girmiştim idare heyetine. Bir yandan da Barolar Birliği kuruluyordu. Seçimlerden kısa bir süre önce, çoğu benim eski stajyerim olan baro avukatları gençler geldiler ofisime. Dediler ki "Sizden bir ricamız var. Başkan adaylar da var ama biz sizi başkan seçmek istiyoruz. Kabul eder misiniz? Başkanlığa adaylığınızı koyar mısınız?" Kıramadım çocukları ve katıldım seçimlere. Ciddi bir oy farkıyla seçildim. 1972'de yapılan seçimlerle 14. Bursa Barosu Başkanı oldum.

Nasıl geçti başkanlık döneminiz?

Başkan olmadan önce bir vaadim vardı. O zamanlar Bursa Adliyesi'nde

kışın soba ile ısınılırdı. Hatta mahkeme sırasında avukatların cübbeleri yanar, tutuşurdu. Bunu değiştirmeyi ve Bursa Adliyesi'ne kalorifer getirmeyi vaat etmiştim. Bu sözümü tuttum öncelikli olarak. Raporlar hazırladım, projeler geliştirdim. Görevimi sürdürdüğüm 4 yıl boyunca çok hareketli bir başkanlık dönemi geçirdim. Baromuzun konferans salonu neredeyse hiç boş kalmazdı. Sürekli etkinlikler olurdu. Hâkimler, avukatlar, komutanlar, belediye reisleri burada, özel günler için düzenlenen organizasyonlarda bir araya gelirdi. Böylece hem her fırsatta bir araya gelmiş hem de baromuzun tanıtımını yapmış olur, adımızı duyururduk. Balolarımız dönemin ünlü sanatçılarıyla renklenirdi. Her etkinliğimizin ardından günlerce konuşulurdu. Futbol maçları da düzenlerdik. Baroyu bugün hala hem sanatta hem sporda hem de çeşitli alanlarda etkin görmek benim çok mutlu ediyor.

Başka neler yaptınız?

Baro evleri. O dönem çok kazanmayan, genç, çiçeği burnunda avukatlar için



Yönetim Kurulu olarak toplandık ve onları taksitle ev sahibi etmenin bir yolunu aradık. Çekirge yolu üzerinde yıkılan binaları bilirsiniz. Onların arkasında temelini attık baro evlerinin. Hem birbirimize olan inancımız ve güvencimiz hem de dostlarımızın destekleriyle hakkından geldik birçok şeyin. Bu arada Barolar Birliği'ni kurduk. Türkiye Barolar Birliği Delegesi olarak 2 kez Ankara'ya gittik. 3. Kez gidişimde Barolar Birliği İdare Heyeti'ne girdim. Bu vesileyle bütün ülkeyi dolaştık. Sadece kendi ülkemizi değil farklı ülkeleri görme şansımız da oldu. Örneğin; 80'lerde Dünya Barolar Birliği'nden gelen davet ile Berlin'e gittik. Yine 80'lerde o zamana kadar tamamen siyah olan avukat cübbelerini Kadri Şankaya'nın da desteği ile değiştirdik. Ancak onun fabrikasında üretiliyordu bu tür kumaşlar. Bizi destekledi ve şu an bütün Türkiye'de kullanılan cübbeler ilk kez Bursa'da



üretimiş oldu.

Avukatlığı ne zaman, nasıl bıraktınız?

80'li yılların ortalarında bıraktım avukatlığı. Fiziksel nedenler, yaşlılık belirtileri neden oldu buna. Artık geri çekilmem, gençlere yol vermem gerektiğine inandım. Manevi olarak desteğimi hiç eksik etmedim, etmeyeceğim de. Baroda meslek hayatımın en renkli, en güzel yıllarını geçirdim. Hem üyeyken hem de başkanken. Ofisimden dışarı asla çıkmayan ve son nefesime kadar bende kalacak olan sırlarla dolu meslek hayatım. İnanmadığım hiçbir davayı almadım. Çünkü avukatlık kutsal bir meslek ve ancak inandıklarınızı savunabilirsiniz. Bugün genç avukatlara, avukat adaylarına baktığımda gözlerinin içi pırıl pırıl. Umutlu bir gelecek bekliyor onları. Yeter ki inandıklarının peşini bırakmasınlar.





BUIKAD "Sektörel Söyleşiler"

Av. Pelin Yılmaz

Kısa adı BUIKAD olan, Bursa İş Kadınları ve Yöneticileri Derneği'nin, aynı sektörde bulunan üyeleri için düzenlediği "Sektörel Söyleşiler" bu kez de avukat üyeleri için düzenlendi. Dernekler Yerleşkesinde gerçekleşen söyleşiye BUIKAD Başkanı İpek Yalçın ile BUIKAD'ın avukat üyeleri Av. Mihriban Ünal, Av. Dijle Durgunlu, Av. Eliz Güney Av. Oya Eroğlu Yakıcı ve Bursa Barosu Kadın Hukuku Komisyonu'ndan sorumlu Yönetim Kurulu üyeleri Av. Yeşim Çarıkçı ile Av. Pelin Yılmaz katıldılar.

BUIKAD Başkanı İpek Yalçın'ın dernek hakkında bilgi verdiği söyleşi, kadın

avukatların kendi seçtikleri mesleki konularda bilgi paylaşımları ile devam etti. Av. Mihriban Ünal'ın "Sektörde Kadın Olmak" ve Av. Eliz Güney'in "İş Hayatında Kadın İşçiler" konulu konuşmalarının ardından Av. Oya Eroğlu Yakıcı, "Spor Hukuku"; Av. Dijle Durgunlu, "Mobbing"; Av. Pelin Yılmaz, "Fotoğraf ve Hukuk"; konularında bilgi verdiler. Söyleşi Av. Yeşim Çarıkçı'nın "Boşanma Davalarında Kadın ve Avukat Olmak" başlıklı konuşması ile sona erdi.

BUIKAD Başkanı – İpek Yalçın

BUIKAD, yaşamın her kesiminde kadının varoluşunu sağlamak ve güçlendirmek





amacı ile yol gösterici olmayı, girişimci kadın sayısını arttırmayı, kadının yasama ve karar verme süreçlerindeki etkinliğini ve yönetsel gelişimini desteklemeyi hedeflemiş ve bu doğrultuda projeler üretmek üzere hayata geçmiştir. İş Kadını ile güçlü bir Türkiye'ye ulaşmak temel hedefimizdir. Şu an aktif üye sayımız 140'dır.

Üye kabulünde aradığınız belli başlı kriterler var mı?

BUIKAD profesyonel ve girişimcilerden oluşan bir dernek ve gücünü üyelerinden alıyor. Üye kabulünde aradığımız kriterler; sivil toplum bilinci ile derneğimizin amacına hizmet eden projelerde gönüllülük esasına göre çalışacak üyeler olması. Tabii ki aktif olarak iş yaşamında yer alması gerekmektedir. Başvuru yapan her aday üyemizden; mevcut üyelerimizden olmak kaydı ile referans istiyoruz. Üye kabul ve geliştirme komisyonumuz tarafından gerçekleştirilen aday üye tanıma toplantısında aday üye hem derneğimizi ilk ağızdan dinliyor, hem de derneğimize ne tür katkılar sağlayabileceğini belirtme fırsatı yakalıyor. Daha sonra tüm aday üye formaları ilk yönetim kurulu toplantımıza getirilerek değerlendiriliyor ve karara bağlanıyor.

Projeler:

BUIKAD'ın gururla lanse ettiği ve en güvendiği projelerinden biri

olan Noktalama Projesi'nde, koçluk eğitimi alan üyelerimiz tarafından Uludağ Üniversitesi'nin 3. veya 4. sınıfında okuyan kız öğrencilere koçluk yapılmaktadır. Böylece, kız öğrencilerimizin iş hayatını yakından tanıma fırsatı bulup, ilgili alanlarını doğru tespit ederek, kendilerini geliştirmeleri gereken alanları belirleyip ve bu yönde henüz mezun olmadan hazırlık yapma fırsatı yakalamaları hedeflenmiştir. Her sene bu projeye yenilikler katılmaktadır.

Geçen sene koçluk yanında öğrencilerin kişisel gelişimlerine yönelik eğitimler düzenledik. CV hazırlama, mülakat teknikleri, sunum teknikleri gibi. Ayrıca dönem sonunda bir panel düzenleyerek rol modelleri ile buluşturduk onları. Bu sene de öğrencilerimizin en büyük eksikliği olan dil eksikliklerini gidermek ve pratik yapmalarını sağlamak için BIWA ve Bursa Kent Konseyi ile protokol imzaladık.

BUIKAD, İş Yaşamında Başarılı Kadın Ödülleri ile toplumdaki tüm kadınlarımıza iş yaşamlarının her kesiminde var olmalarını sağlamak, rol modellerle motivasyonlarını güçlendirmek amacıyla, ekonomiden sosyal hayata birçok alanda örnek teşkil eden ve başarıya yürüyen iş kadınlarının her yıl 8 Mart Dünya Kadınlar Günü'nde ödüllendiriyor. Her yıl 8



Av. Oya Yakıcı



İpek Yalçın



Av. Yeşim Çarkıcı

Mar'tta düzenlenen ödül töreni artık bir BUIKAD markası haline geldi. Bu yılki ödül törenimizin de formatını değiştirdik. Ulusal olma yolunda adımlar atıldı.

BUIKAD, Zirveden Gelen Topuk Sesleri Paylaşım Toplantıları, çalışma hayatında önemli başarılarla imza atmış iş kadınlarını üyeleri ile buluşturmak

amacıyla düzenli olarak düzenlediği paylaşım toplantılarıdır. Bugüne kadar çok önemli konuklarımız oldu. Yeni projelerimizden Paramı Yönetebiliyorum Projesi; BUIKAD ile HABİTAT Kalkınma ve Yönetişim Derneği ve Visa paydaşlığında yürüten bir proje. Finansal okuryazarlık projesi ile şehrimizdeki genç, yetişkin, işveren



Av. Mihriban Ünal



Av. Eliz Güney



Av. Dille Durgunlu

ya da çalışan her kesime ulaşip toplumumuzda borçlanma ve birikim konularında bilinç oluşturulmasını ve finansal okur yazarlığın artırılmasını amaçlıyoruz. 22 BÜİKAD üyesi eğitmenin eğitimini alarak bu projenin Bursa ve çevresinde yaygınlaştırılması için çalışmalara başlamıştır. Üyelerimizin çalıştıkları işyerleri, dernekler, sivil toplum kuruluşları, belediyeler bu projenin odağındadır. 2015 yılında ise 3 bin kişiye ulaştık. O kadar çok talep geldi ki yeni eğitmen eğitimi açtık 10 yeni eğitmenimizde aramıza katıldılar.

Cumartesi Biz Bize Sohbetleri ile; üyelerimiz arasındaki ilişkilerin güçlendirilmesi hedeflenmiştir. Her ayın 3. Cumartesi günü yapılan sabah kahvaltıları ile hem güzel bir sohbet ortamı sağlanmakta, hem de her ay bir üye kendi işi ile ilgili diğer üyelere bilgilendirmeler yapmaktadır. Ayrıca üyelerimizi iş yerlerinde ziyaret ederek derneğin vizyonu ve misyonu hakkında bilgi verilmektedir. Yapılan ve planlanan etkinlikler hakkında da üyeler bilgilendirilip, ziyaretlerde üyelerimize plaketleri sunulmaktadır.

Birleşmiş Milletler'in Küresel İlkeler Sözleşmeler İlkelerini imzaladık. 23 Aralık'ta Busiad ev sahipliğinde imza törenimiz oldu. Ayrıca dernek olarak WEP's (Kadını Güçlendirme İlkeleri'nin) yaygınlaştırılması içinde çalışmaya söz verdik. Derneğimizin tüm bu çalışmalarını bir sisteme oturtmak ve bizden sonrakilere yol gösterici olmak adına ISO belgesi aldık. BÜİKAD % 67 girişimci % 33 üst düzey yönetici üye profili ve 140 aktif üyesi olan bir dernek ve yukarıda anlattığım tüm projeler % 100 üye katılımı ile olmakta. Bu neden ile BÜİKAD üyelerine ciddi bir network ağı oluşturmakta. BÜİKAD'ın amacı da yaşamın her kesiminde kadının varoluşunu

sağlamak, güçlendirmek, yol gösterici olmak ve bunu da üyeleri ile yapmakta. Üretim ve tedarik zincirinin halkalarında yer alan ve kadın titizliği, vizyonu ve bakış açısı ile çalışan BÜİKAD üyelerinin katkıları hem şehrimizi hem de ülkemizi üst seviyelere taşıyacak değerdedir. İş yerlerinde kadın sayısının artırılması ile hem üretim hem de karlılığın arttığı artık dünyada ispatlandı. Bu neden ile "Kadın Güçlenir ise Toplum Güçlenir" mesajı ile hem erkek işverenlere hem de hemcinslerimize iş hayatına aktif katılmalarının mesajını vermekteyiz.

Av. Mihriban Ünal - Sektörde kadın olmak

Bizde tarih, üzümlere söylemeliyim ki; pek ciddiye alınan bir alan değil. Oysa hakkıyla düşünmek, üretebilmek ve bugünü anlayabilmek için, bırakın başka şeyleri, kelimelerin dahi kökünü ve tarihini çok iyi bilmek gerek. Bu sebeple avukatlık mesleğini ve meslek içinde kadının yerini anlayabilmek için de mesleğin tarihine kısa da olsa bir göz atmak lazım.

Avukat kelimesi Latince kökenli ve üstün, ayrıcalıklı ve güzel konuşan, yardıma çağrılan anlamına gelen "Advo-Catus" kelimesinden türemiş, Eski Roma Medeniyeti'nde avukatlık mesleğini yapan kişilere "Advo-Catus" denmiş, ancak sadece erkekler avukatlık yapabilmıştır. Avrupa'da diğer mesleklerde olduğu gibi avukatlık mesleği de 13. yüzyılda lonca teşkilatları içinde örgütlenmiş, Osmanlı Devleti'nde ise; her mesleğin bir ocak kurduğu dikkate alındığında bugünkü modern anlamıyla avukat terimini karşılamasa da arzuhalçiler ocak şeklinde örgütlenmişlerdir. Arzuhalçiler savunma görevinden ziyade daha çok usule ilişkin işlemleri yapmış, zaman içinde aralarına başka hiçbir şart aranmadan sırf okuyazar olan kişilerin girmeleri

sebebiyle ocak bozulmuş, bunun önüne geçebilmek adına arzuhalciliğe ilişkin ilk nizamname 1660 yılında çıkarılmış ve mesleğe giriş şartları bazı standartlara bağlanmıştır. Bundan sonra ise Tanzimat'a kadar arzuhalciliğe ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiş, söz konusu teşekküller 1865 yılına kadar varlığını sürdürmüştür. Ancak Roma döneminde sadece erkekler Advo-Catus olabirirken Osmanlı Devleti'nde de arzuhalcilik erkeklere has bir meslek olarak varlığını sürdürmüştür.

Tanzimat ve Islahat Fermanları'ndan sonra; ekonomik ve sosyal hayatta olduğu gibi hukuk düzenimizde meydana gelen değişikliklerden arzuhalcilik de etkilenmiş, bundan sonra yapılan tüm hukuki düzenlemelerde Latince kökenli olması sebebiyle avukat kelimesi kullanılsa da yerine dava vekili ifadesi kullanılmıştır.

İlk defa 1878 yılında çıkarılan bir nizamname ile vekâlet işlerini üzerine alan kişilere resmen dava vekili sıfatı verilmiş, dava vekili olacak kişilerin hukuk fakültesi mezunu olması şartı getirilerek rastgele kişilerin dava vekili olmasının önüne geçilmiştir. Yine aynı yıl Osmanlı'da ilk baro İstanbul'da 62 üye ile kurulmuştur. Ancak üzücüdür ki; bundan önce kapitülasyonların devam ettiği dönemde ve onların bir sonucu olarak yabancı uyruklu avukatlar 1870 yılında İstanbul'da bir baro kurmuşlardır. Bursa Barosu da ülkemizin ilk barolarından olup 1909 yılında kurulmuştur.

Avrupa'da ve bizde mesleğin tarihi seyri kısaca böyle olmakla birlikte; avukatlık mesleğinin klasik (modern) dönemi diye adlandırabileceğimiz dönemi Fransız İhtilali ile başlamıştır. Çeşitli imtiyazlı sınıfların oluşmasına yol açan lonca teşkilatı ile avukatlık mesleğinin

bağlarını koparması da bu döneme rastlamaktadır. Bu dönemle birlikte klasik anlamda barolar kurulmaya başlamış ve yaygınlaşmıştır.

Mesleğin özet olarak bahsettiğimiz tarihi gelişiminden de anlaşılacağı üzere; avukatlık, esasen Batı kaynaklı ve bizim hukuk sistemimizde de özellikle Tanzimat ve Islahat fermanlarının bir sonucu olarak yine Batı'nın zorlaması sonucu yerini almış, ilk başlarda erkeklere has bir meslektir.

Hal böyle iken bizde avukat olmanın ve özellikle de kadın kimliğiyle avukat olmanın tarihini çok da geriye götüremeyiz. Burada yeri gelmişken Cumhuriyet'in ilk kadın avukatı Süreyya Ağaoğlu'nun adını anmak gerekir.

Süreyya Hanım; 1921 yılında Hukuk Fakültesi'ne başvuran ilk kadındır. Fakülteden 1925 yılında mezun olduktan sonra 1928 yılında serbest avukatlık ruhsatını almış, Türkiye'nin ilk kadın avukatı unvanına sahip olmuş ve yaşamı boyunca çok çalışarak bu unvanı hak etmiştir. Hatta vefatı da ne yazık ki; Kadın Hakları ve Çağdaşlaşma konulu bir panelden ayrılırken düşmesi sonucu beyin kanaması geçirmesi sebebiyle olmuştur.

Kısaca bahsetmeye çalıştığımızdan da görüleceği üzere; kadın kimliği ile avukat olmanın tarihi bizde çok yenidir ve 1928 yılında Süreyya Ağaoğlu ile başlamaktadır. Ancak bu çok kısa geçmişe rağmen; sevindirici şekilde diğer meslek dallarına bakarak kadın avukatların sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Türkiye Barolar Birliği'nin 31.12.2015 tarihli istatistiğine bakıldığında Türkiye'de toplam 93.573 avukat görev yapmakta ve bu sayının 38.709'unu kadınlar, 54.864'ünü de erkekler oluşturmaktadır. Bu rakamlar

ülkemizdeki diğer çalışma alanlarına bakarak son derece olumludur ve kadın avukat sayısının toplam avukat sayısının %40'ını oluşturduğunu göstermektedir. Sayılarla Bursa Barosu'ndaki duruma baktığımızda ise; rakamların Türkiye genelindeki yüzde ile uyumluluk arz ettiği görülmektedir. Halihazırda Bursa Barosu'na kayıtlı olarak çalışan toplam avukat sayısı 2709'dur ve bu sayının 1077'sini kadınlar, 1632'sini ise erkekler oluşturmaktadır. BUİKAD olarak dileğimiz; avukatlık mesleğinde olduğu gibi diğer meslek dallarında da kadın istihdam oranının artması ve cam tavanların kırılarak kadınların sosyal ve ekonomik hayatta hak ettikleri yeri almalarıdır.

Av. Eliz Güney -

İş hayatında kadın işçiler

Ülkemiz nüfusunda kadınların oranı %49,8'dir. Kadınlarımızın 15 ve daha yukarı yaştaki nüfus içerisinde işgücüne katılma oranı ise %30,3 olup, bu oran erkeklerde %71,3 seviyelerindedir. Eğitim durumuna göre işgücüne katılım oranı incelendiğinde, kadınların eğitim seviyesi yükseldikçe iş gücüne daha fazla katıldıkları görülmektedir.

4857 sayılı İş Kanunumuz bu konuda, bir önceki 1475 sayılı İş Kanunu'na nazaran daha kapsamlı ve ayrıntılı düzenlemeler öngörmüştür. Ancak mevcut düzenlemelerin de yeterli olmadığı açıktır. Çalışma hayatında, öncelikle cinsiyet kökenine dayalı ayrımcılığın giderilmesi gerekmektedir. Nitekim Anayasamızın da "Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı" başlıklı 50. maddesinin ilk fıkrası uyarınca "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz." Söz konusu hükmün ikinci fıkrasına göre ise; "Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar" ifadeleri yer

almaktadır. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 10 maddesinde " İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür. Risk değerlendirmesi yapılırken Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu dikkate alınır" şeklinde düzenleme mevcuttur.

18.10.2012 tarihinde kabul edilen ve 07.11.2012 tarihinde Resmi Gazete yayımlanan 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 26 maddesinin 3. fıkrasında "Kuruluşlar, faaliyetlerinden yararlanmada üyeleri arasında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasaklarına uymakla yükümlüdür. Kuruluşlar, faaliyetlerinde toplumsal cinsiyet eşitliğini gözetir" ifadesine yer verilmiştir.

4857 sayılı İ.K.'nın 5. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre de; "İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz." Örnek vermek gerekirse; işveren, işin niteliğine ilişkin sebepler gerekli kılmadıkça sırf hamileliği nedeniyle bir işçi adayı ile iş sözleşmesi yapmaktan kaçınmaz.

Bu yönde Yeni Türk Ceza Kanunu'nun "ayrımcılık" başlıklı 122. maddesi ise sadece cinsiyet ayrımı değil, diğer tüm ayrımcılık hallerini açıkça suç olarak düzenlemiş, üstelik İş Kanunu'ndan farklı olarak işe almada da dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, din vb. gibi nedenlerle ayırım yapmayı yaptırıma bağlamıştır. Nitekim söz konusu hükme göre; "Kişiler arasında dil, ırk, renk,

cinsiyet, özürlülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak... kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

4857 sayılı İş Kanunu ülkemizin de onaylamış olduğu 100 sayılı “Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme”ye uygun olarak yeniden düzenlenmiş ve aynı veya eşit değerde iş için cinsiyet nede–niyle daha düşük bir ücret kararlaştırılmayacağı öngörülmüştür(4857 sayılı İK. md. 5/ IV).Ücret Eşitliği Direktifi, kadın ve erkekler için eşit değerde iş için eşit ücret ödenmesini, iş değerlendirmesi yapılırken kadın ve erkekler için aynı ölçütlerin esas alınmasını, ücret deyiminin asıl ücretin yanında ücret eklerini de kapsadığını, netice itibariyle ücretlendirme koşul ve şartlarında cinsiyete dayalı her türlü ayırımın yasak olduğunu belirtmiştir.

Yine 4857 sayılı İş Yasası kaynaklı olarak kadın çalışanlar için bir takım Ağır ve Tehlikeli İşlerde Çalıştırma Yasağı ve Gece 7,5 saatten fazla Çalıştırma Yasağı öngörülmüştür. Kadın işçilerin, gece postalarında çalıştırılabilmeleri için, işe başlamadan önce işyeri hekimi, işyeri ortak sağlık birimi, işçi sağlığı dispanserleri, bunların bulunmadığı yerlerde sırasıyla en yakın Sosyal Güvenlik Kurumu, sağlık ocağı, hükümet veya belediye doktorlarına muayene ettirilerek, çalışmalarına engel bir durumun olmadığına dair sağlık raporlarının alınması şarttır.

Hamile ve anne işçilere ilişkin koruyucu düzenlemelerin başlıcaları ise; hamile işçiye doğum öncesi ve sonrası verilen izinlere, gebe olduklarını doktor

raporuyla tespitinden itibaren doğuma kadar, emziren kadın işçilerin ise doğum tarihinden başlamak üzere altı ay süre ile gece postalarında çalıştırılmayacağına, emziren kadın işçilerde bu sürenin, ana ve çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun hekim raporuyla belgelenmesi halinde, bir yıla kadar uzatılabileceğine, isteğe bağlı olarak altı aya kadar ücretsiz izin verileceğine, çocuk emzirmekte olan işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verileceğine, emziren kadının çocuğunu beslemesi ve bir yaşından küçük çocuğunu bırakabilmesi için, yaşları ve medeni durumları ne olursa olsun, 100 ila 150 kadim çalıştıran işyerlerinde, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en fazla 250 metre uzaklıkta bir emzirme odasının kurulmasına, 150’den fazla kadın işçinin çalıştığı işyerlerinde ise 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakılması ve emzirme için, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurdun açılmasına ve yurdun işyerine 250 metreden uzak olması halinde de, işverene taşıt sağlama zorunluluğuna, hamile işçilerin daha hafif işlerde çalıştırılmasına ilişkin düzenlemelerdir.

2023’te dünyanın 10 büyük ekonomisi arasında yer almayı hedefleyen Türkiye’de, nüfusun çok daha büyük bir bölümünün çalışma hayatına katılması gerekmektedir. Türkiye, 2023’e kadar kadınların iş gücüne katılımını yüzde 38’e çıkarmayı planlamaktadır. AB’nin 20-64 yaş arasındaki kadınlarda 2020 yılı için belirlediği istihdam hedefi ise % 75 olarak erkekler ile aynı orana sahiptir. Kadınlar, ilkimizde nüfusun yarısını oluşturuyorlar ama OECD’nin “Bir Bakışta Eğitim 2012” raporuna göre Türkiye’deki 15-29 yaş arası kadınların yüzde 52’si ne okuyor ne de çalışıyor. TÜİK 2013

yılı verilerine göre ise, 15+ iş gücüne dâhil olmayan kadınların % 58,7'si ev kadını, % 11,4'ü de öğrencilerden oluşmaktadır. Kadınları sağlıklı, mutlu, güçlü ve özgür kılmanın tek yolu kadın istihdamında başarıdır ve bu bilincin topluma yerleştirilmesi şarttır.

Av. Dijle Durgunlu - Mobbing

Kadınların sosyal yaşamlarında yer edinebilmeleri ne kadar zorlu ve bir o kadar çok zaman aldıysa bununla paralel olarak hukukta da kadının yerini edinebilmesi zor olmuştur.

Araştırmalar göstermektedir ki; ülkelerdeki kadın istihdamının temel özelliklerinden birisi de; eğitim/ uzmanlık ve hatta saygınlık gerektiren mesleklerdeki kadın sayısının azlığıdır. Bu önceleri kadınların belirli mesleklerle girmelerini engelleyen yasal ve resmi engellerin varlığıdır. Ancak bu engeller kalmazdan evvel de, sonra da; kadınlar aleyhine kültürel ve toplumsal bariyerler de kadınların profesyonelleşmesine engel olmuştur.

Adeta bir "cam tavan" (glass ceiling) ile kadınlar; toplumsal, ekonomik ve siyasi hayata katılımlarında ve bu alanlarda ilerlemelerinde, görünür olmayan ancak birebir tecrübe edilen yapılaşmış engellerle karşılaşmak durumunda kalmışlardır.

Kadınların profesyonel mesleklerde gerek sayısal olarak gerekse de iş dağılımı, yükselme fırsatları ve ücretler anlamında erkeklere kıyasla hala ciddi şekilde dezavantajlı konumda olmaları hukuk mesleği içerisinde de gözlenebilen bir durumdur. Ancak yine de Türk hukukçuları bu konuda kadın ve erkek güç dengesini koruyabilmenin tek yolunun yine hukuktan geçtiğinin

de bilincindedir. Bu bağlamda benim de üyesi olduğum Bursa İş Kadınları ve Yöneticileri Derneği (BUIKAD) Daha çağdaş bir toplumsal sürece ulaşmanın, kadının eğitilmesi, kadının istihdam oranının ve girişimci kadın sayısının artırılması ile mümkün olacağı prensibiyle faaliyetlerine devam etmekte, kadının değerini ortaya koyan ve kadına değer katan projeler üretmektedir. Ayrımcılığı çalışma hayatı içerisinde sadece kadınlar aleyhine tanımlamak da eksik bir tanım olacaktır. Zira meslek hayatım içinde gördüm ki; ayrımcılığın bir de psikolojik şiddet içeren boyutu bulunmaktadır ki bu da Mobbing'tir!

Mobbing; Mevcut gücün ya da pozisyonun kötüye kullanılarak; sistematik olarak psikolojik şiddet, baskı, kuşatma, taciz, aşağılama, tehdit vb. şekillerde tecelli eden duygusal bir saldırdır. Kişinin saygısız ve zararlı bir davranışın hedefi olmasıyla başlayıp; işverenin ima ve alay ile karşısındakinin toplumsal itibarını düşürmeyi de içeren saldırgan bir ortam yaratarak onu işten çıkmaya zorlamasıdır. Yaş, cinsiyet, ırk ayrımı olmaksızın kişiyi iş yaşamından dışlamak amacı ile kasıtlı olarak yapılır.

Yakın geçmişe kadar mevzuatımızda Mobbing ile ilgili olarak doğrudan bir düzenleme bulunmaz iken Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu(6701 sayılı) 21 Nisan 2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdi. Bu kanun, 19.03.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Başbakanlık Mobbing (Psikolojik Taciz) 2011/2 sayılı Genelgesi ile Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde düzenlenen psikolojik taciz(Mobbing) düzenlemesinden sonra devrim niteliğindedir. Mobbing; iş barışını bozan, verimliliği azaltan,

milli israftır ve mobbing, asla çözümsüz değildir!

Mağdurlara yalnız olmadıklarını, "Hukuk Kuralları" ile korunup kollanıldıklarını göstermek ve hukuki haklarını hatırlatmak amacıyla Mobbing Mücadele Derneği'nin, Bursa Temsilciliği olarak çalışmalarımıza ve bu konuda çalışma hayatının tüm katmanlarında farkındalık yaratmaya çalışmaktayız! Tüm dünyada ve ülkemizde başta cinsiyet ve diğer ayrımlar olmaksızın insanların yaşamaları, çalışmaları, okumaları gerekmektedir. İşte tam da bu konuda bahsedilen hakların savunucu avukatlarında öncelikle kendi meslek gruplarında bunu hayata geçirmeleri ümidimdir.

Küçük bir kız çocuğunun cüppe hayalinden ve adalete âşık zihninden, mesleğinde 15. yılını yaşayan bana sabit olan ve hiç yanılmayan inancım; insanlık "adalet" istemelidir ve "Herkes için Adalet!"

Av. Oya Eroğlu Yakıcı – Spor Hukuku

İnsanoğlu var olduğundan beri süregelen "spor" nedir? Öncelikle bu sorunun cevabını vererek başlayalım. TDK; "Bedeni veya zihni geliştirmek amacıyla kişisel veya toplu olarak gerçekleştirilen, bazı kurallara göre uygulanan hareketlerin tümü" olarak açıklamış. Peki spor kanunlarımızda nasıl geçiyor?

Spora; Türkiye Cumhuriyeti'nin 1982 tarihli Anayasa'sının 59. Maddesinde şu şekilde değiniliyor; "Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. Devlet başarılı sporcuyla korur."

Anayasaya göre; devlet, bu ödevlerini yerine getirirken spor federasyonlarına da bazı sorumluluklar yüklemektedir. Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesindeki Spor federasyonları, spor branşlarını yönetir. Bu anlamda, Türk Spor Hukuku'nun yasal dayanaklarının başında 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri hakkında Kanun, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun yer alır.

Diğer spor branşlarını bir kenara bırakarak yazımın ana konusunu oluşturan "futbol" a gelecek olursak; futbol; ülkemizde Türkiye Futbol Federasyonu tarafından yönetilmektedir. Türkiye Futbol Federasyonu'nun, tam anlamıyla demokratik ve özerk bir yapıya kavuşturulması, amatör futbolun da T.F.F. yönetimine devredilerek Türk futbolunun iki başlıktan kurtarılması, Merkez Hakem Kurulu ile ilgili bir teşkilatlanmaya yer verilmesi, kulüplerin futbol ile ilgili televizyon radyo, basılı yayın ve reklâm konularında, ticari ve mali haklarının düzenlenmesi ve eksikliklerin giderilmesi amacıyla hazırlanan, 3813 Sayılı "Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun" 17-06-1992 tarihinde kabul edilerek 3-7-1992 gün ve 21273 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren bu kanunla, T.F.F'nin özerkliği tam anlamıyla ve açık olarak tanımlanmıştır. (1) Spor Federasyonlarının Özerkleşmeleri ve Hukuksal Boyutunda Spor Hukuku Gereksinimleri- Yrd. Doç. Dr. Tekin Çolakoğlu

3813 sayılı "Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun

ile 05.05.2009 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak yürürlükten kaldırılmıştır. Futbolun kendine has yapısı ve uyumsuzlukların hızla çözüme kavuşturulması gereği devlet yargısından bağımsız bir futbol yargılamasına dönüşmüştür.

Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (UÇK)

Kulüpler, kulüpler ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar, antrenörler, futbol menajerleri, Futbol menajerleri ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar arasında sözleşmeden doğan futbolla ilgili tüm uyuşmazlıkları, taraflarının başvurusu üzerine münhasıran görevli ve yetkili olarak çözüm yeri Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü'nün 55. maddesine göre kurulan Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'dur. Kurul; TFF Yönetim Kurulu'nun belirlediği 5 kişilik Başkanlar Kurulu ile Kulüpler Birliği Vakfı'nın, Profesyonel Futbolcular Derneği'nin ve Türkiye Futbol Antrenörleri Derneği'nin bildireceği ve TFF Yönetim Kurulu'nun kabul edeceği hakemlerden oluşur. Başkanlar Kurulu ile hakemlerin, en az beş (5) yıllık mesleki deneyime sahip hukukçu olmaları zorunludur.

Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu (PFDK)

Amatör ve profesyonel futbol faaliyetlerinde disiplini sağlamak, disiplin kurullarının oluşumunu, çalışma usul ve esaslarını, disiplin ihlali oluşturan fiilleri, bunların cezalarını ve cezaların infazını belirlemek amacıyla TFF Başkanı'nın teklifi, TFF Yönetim Kurulu'nun onayı ile atanacak bir başkan ve altı asıl üyeden oluşur.

Atanacak asıl ve yedek üyelerin fakülte veya yüksekokul mezunu olmaları gerekir. Ancak başkan, başkan vekili ve raporör olarak görev yapacak

olanların hukuk fakültesi mezunu olmaları zorunludur. Kurul tarafından verilebilecek cezalar talimatta belirtilmiştir. Bu cezalar; İhtar, kınama, para cezaları, ödüllerin iadesi, ihraç, müsabakadan men, soyunma odası ve yedek kulübesine giriş yasağı, hak mahrumiyeti, lisansın askıya alınması, lisansın iptali, transfer yasağı, saha kapatma, müsabakaya girişin engellenmesi, seyircisiz oynama, hükmen mağlubiyet, puan indirme, bir alt lige düşürmedir.

Hakem heyetinin kararlarına karşı TFF bünyesindeki Tahkim Kurulu'na süresi içerisinde itiraz edilebilir. Tahkim Kurulu; Federasyon Başkanı'nın teklifi ve Yönetim Kurulu'nun kararı ile en az beş yıllık meslekî tecrübeye sahip Hukuk Fakültesi mezunları arasından seçilecek bir Başkan ile altı asıl, altı yedek üyeden oluşur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun, kararların açıklanması, maddi hataların düzeltilmesi ve yargılamanın iadesi hakkındaki hükümleri saklı kalması şartıyla kurul kararları kesindir; idari veya yargısal mercilerin onayına tabi olmadığı gibi, bu kararlara karşı idari veya yargısal mercilere de başvurulamaz.

Av. Pelin Yılmaz -

Fotoğraf, etik ve hukuk

Günümüzde teknolojik gelişmeler fotoğraf makinelerini cep telefonlarımızın içinde her daim yanımızda taşımamızı sağladı. Herkes, her an fotoğraf çekebiliyor. Bu durum, daha çok fotoğraf sanatçılarınin derdi olan fotoğrafta etik ve hukuk kavramlarının etki alanı genişlemesine de sebep oldu. Zaman kısıtlaması sebebiyle, oldukça geniş olan konuyu, fazlasıyla özetleyerek anlatmaya

çalışacağım. Fotoğrafın hukukla ilişkisi birkaç ayrı başlıkta ele alınmalı, fotoğrafı çeken açısından ve fotoğrafı çekilen açısından farklı farklı durumlar karşımıza çıkıyor. Ayrıca fotoğraf çekilen mekân da hukuki olarak önem taşımakta.

Fotoğrafı çekilen kişiler açısından: İnsan fotoğrafı çekmek beraberinde pek çok sorunu da getirir. "Yakaladığımız" bir kare "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı İşlenen Suçlar" kapsamına girebilmektedir. Özel Hayatın korunması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8.md ve Anayasamızın 20/1 maddesi ile güvence altına alınmıştır. Konu, Türk Ceza Kanununda 134 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir.

MADDE 134

(1) "Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz."

(2)"Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılır" şeklindedir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 86. maddesi "Eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arz

edilemez" demek suretiyle kişinin kendi görüntüsünün tasviri üzerindeki kişilik hakkı hakkını koruma altına almıştır. Bu maddedeki resim ve portreler kavramı geniş yorumla fotoğrafın da dahil olduğu şekilde anlaşılmalıdır. Muvaffakiyetin alınması 3 durumda şart değildir. Bu durumları kanun şöyle saymaktadır

"Birinci fıkradaki muvafakatin alınması:

1. Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri; 2. Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler; 3. Günlük hadiselerle mütaallik resimlerle radyo ve film haberleri; için şart değildir."(Oynayan ve film sözcükleri kanun metninde bu şekilde geçmekte olduğundan düzeltme yapılmamıştır.)

Kamuya açık alanda dahi olsa bir kişinin davranışlarının sürekli izlenmesi ve izinsiz kaydedilmesi hukuka aykırıdır. Fotoğraflanan kişinin davranışlarının haber değeri olması veya kişinin kamuya mal olmuş biri olması bu kuralın istisnalarıdır. Fotoğraflanan kişinin izinin olması hukuka aykırılığı ortadan kaldırırsa da 18 yaşından küçük çocukların velilerinden izin alınması gerekmektedir.

Cezai yaptırım dışında; çekilen ve yayınlanan fotoğraflar sebebiyle küçük düşmesi, utanması söz konusu olan, kişilik hakları zedelenen kişilerin manevi tazminat talep etme hakları olduğu gibi, fotoğraflardan bir gelir elde edilmiş ise maddi tazminat talep hakları da vardır.

Tazminat dışında modellik ücret talebi ile de karşılaşmak mümkündür. Tüm bu sorunları bertaraf etmek için fotoğrafı çekilen kişiye bir model sözleşmesi imzalatılması önerilmekte ise de bu öneri pratikte amatör fotoğrafçılar açısından kolay uygulanabilen bir durum değildir. Bir başka öneri ise, rızanın varlığının çekilen fotoğraftan ya da bir önceki, bir sonraki kareden anlaşılmasıdır.

Fotoğrafı çeken açısından: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, eseri: "Sahibinin hususiyetini taşıyan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eseri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri" olarak tanımlamaktadır. Aynı kanun estetik değere sahip fotoğrafik eserler ve slaytları da güzel sanat eserleri içinde saymıştır. Güzel sanat eserinin bir şekilden diğer şekle sokulması ise "işleme ve derleme eser" kabul edilir.

Bu tanımlardan anlaşıldığı gibi, sahibinin hususiyetini taşıyan, estetik değere sahip fotoğraf, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun koruması altındadır ve fotoğrafçıya, çektiği fotoğrafın üzerinde telif hakkı sahibi olarak; kopyalanması, çoğaltılması, değiştirilmesi, dağıtılmasını ve her türlü izinsiz kullanılmasını engelleme hakkı tanımaktadır. Karanlık odada ya da dijital ortamda değiştirilmiş fotoğraflar da işleme ve derleme eser olarak yine hukuki koruma altındadır.

Fotoğrafların telif hakkı korumasından yararlanabilmesi için bir takım koşulları taşıması gerekmektedir. En önemlisi asgari düzeyde özgünlük taşıması ve fikri bir çabanın sonucu şekillenmiş

olmasıdır. Özgünlüğün tespitinde ışık, kadraj, çekim açısı, zamanlama, çekim teknikleri, kullanılan makine, film, lens ve diğer malzemeler gibi teknik ölçütler kullanılır.

Fotoğrafın sahibi onu çeken kişidir ve telif hakkı deklanşöre basılması ile başlar. Fotoğrafı çeken kişinin tespiti de hukuki koruma için önemlidir. Fotoğrafçı, fotoğrafı çekenin kendisi olduğunu analog makinelerde elinde bulunan film ile dijital makinelerde fotoğrafın üretildiği makineyi gösteren kod ya da RAW formatlı dosyalarla ispatlayabilir. Bu delillerin bulunmadığı durumlarda ise fotoğrafçının iddia konusu fotoğraflardaki özgünlüğünü taşıyan benzer fotoğraflarının incelenmesi sonucu ispat mümkündür.

Eser sahipleri fotoğraflarını tescil ettirebilirler. Ayrıca fotoğrafçı ile telif hakkını kullanmasına izni verdiği kişi veya kurumlar arasında kapsamlı bir telif sözleşmesi düzenlenmesi eseri güvence altına almak açısından önemlidir.

Fotoğraf çekilen mekânlar açısından: Fotoğrafçılar açısından önemli bir hukuki sorun da fotoğraf çekilen mekânlarla ilgilidir. Fotoğraf çekmenin yasak ya da izne tabii olduğu mekânlar mevcuttur. Fotoğrafın çekimi bir kimsenin rızası dışında konutuna ya da konutunun eklentilerine girmeyi gerektiriyorsa ya da çekim yapılan yer açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutaf olan yerler dışında kalan iş yerleri ve eklentileri ise TCK 116 madde ile düzenlenmiş konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturacaktır.

2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu gereği askeri bölgelerde fotoğraf çekilmesi güvenlik sebebiyle yasaktır. Kimi müzelerde ve ören yerlerinde fotoğraf çekmek yasaklanabilmektedir. Sergilenen eserleri ya da doğal değerleri korumak açısından flaş ile fotoğraf çekimini yasaklanabildiği gibi ticari fotoğraf çekimini önlemek açısından bazı yasaklar getirilebilmekte ya da tripot kullanarak çekim yapmak ücrete tabii olabilmektedir.

Av. Yeşim Çarıkcı - Boşanma davalarında kadın ve avukat olmak

Üzülerek belirtmeliyim ki toplum genelinde ve yargı mekanizmasında eril egemen bir dil ve duruşun hâkim olduğu tespiti ile kadın avukat olarak özellikle aile hukuku dalında yapılan adalet arayışında çok kolay yol aldığımız ve adalete ulaşabildiğimiz söylenemez.

Aile Hukuku ve özellikle boşanma talepli davalarda kadın eş lehine yapıldığı gösterilen ve fakat pratikte uygulanması her nedense personel ve fiziki koşullara bağlı olarak neredeyse imkânsız görünen bazı tedbirlerin uygulanması ve uygulamadaki bazı sorunlar var ki; bünyede bezginlik yaratan türden.

Özellikle yaşadığımız şehre dair konuşacak olursak, kadın istihdamındaki artış ve ekonomik olarak artık eskiden olduğu gibi kadının erkeğe bağımlılığı kısmen de olsa kadın lehine değişmiş, değişmekte ve gelişmekte. Buna bağlı olarak özellikle yapılan son istatistikler Bursa şehrinin Türkiye genelindeki boşanma oranlarına göre en yüksek boşanma davalarının görüldüğü kent olduğu bilgileri gelmekte. Boşanmalarda kadın birtakım

koşulların getirdiği ürkekliliklerle özellikle boşanma süreci ve sonrasında kuracağı yeni hayat konusunda tereddütler yaşamaktadır. İşte bu tereddütlü hallerde özellikle kadın eşin vekili olarak görev aldığımız dosyalarda gün geçmiyor ki hukuki danışmanlığın ilerisine geçmeyelim. Zaman zaman gerek içsel tereddütlerinden gerekse dışsal baskılardan bunalan kadın müvekkillerimize psikolojik destek de sunduğumuz çok olmaktadır.

Geniş aile yapısından çekirdek aile yapısına geçişi hayli sancılı yaşayan Türkiye toplumu bu geçişin diyetini her nasılsa kadın bireylere ödetmektedir. Geniş aile yapısında evin iç işleri, çocukların bakım ve gözetimi konusunda aile büyüklerinin yardım ve söz hakkı bulunmakta iken çekirdek aileye geçiş sürecinde bu sorumluluk çoğunlukla kadın eşin payına düşmüş, ev dışında çalışan kadın doğum sonrasında bir süreliğine çalışamamakta, çalışamayan kadının istihdamının devamlılığı tehlikeye düşmektedir.

Esasında toplumsal değişimin de tüm dinamiğini neredeyse kadının üstlendiği günümüzde eşitlik ve farkındalık açısından, gelişen ve eğitilen her kadın birey rol model olacağı nesiller açısından kurtarılmış bir bölge olarak nitelendirilmektedir. Kısa durum tespitlerinin aslında yer ve mekân azlığı nedeniyle kısıtlı tutulduğu söyleşimizde sonuç olarak mevcut durumun daha da ileriye geliştirilmesi yönünde biz kadın avukatlarla mensubu olduğumuz Bursa Barosu ve Kadın Hukuku Komisyonuna ve kadın sivil toplum kuruluşlarına büyük görev ve sorumluluklar düşmektedir.

Bekara boşanmak kolay gelir

Av. Alpay Şahinakman

“Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi”nin kabulü ile birlikte, özellikle kadın lehine uygulamaya gidilmek istenmişse de, düzenleme ile istenen amaca, geçmiş senelerde takip edilen dava ve sonuçları itibariyle ulaşamadığı açıktır.

Boşanma davalarında 2002 yılında yapılan değişiklikler ile uygulamada görülenlerin belli konularda ki kapsamını değerlendirmek maksadıyla bu yazıyı kaleme aldım. Belli konularda maksat; “Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında; mal rejimi tasfiyesinin boşanma davalarından bağımsızlığı, mahkemelerin yetkisi ve talih oyunlarından elde edilen kazançların kişisel gelir olarak değerlendirilmesinin kaynağı” şeklindedir.

1. Giriş:

Konunun başlığını seçerken özellikle bu atasözünü kullandım ki hem dikkat çeksin hem de atasözlerimizin ne kadar derin anlamlar taşıdığını bir kez daha görelim istedim. Kişi bekarı ki burada ki bekar sözcüğünün “bikar”dan yani kar etmeyenden geldiğine ilişkin iddialar da olduğu düşünüldüğünde, evlenince edinilen ortak mal ve dünyaya gelen çocukların varlığını, bunların paylaşımında meydana gelebilecek sorunlar bu Atasözümüzün doğruluğunun en büyük kanıtı olsa gerek diye düşünüyorum. Çünkü bekar olan kişinin böyle bir derdi henüz yoktur. Onu karşı cinsine bağlayan tek bağ duygusal bağ yani sevgi, aşktır. Bu

bağda bittiğine göre ondan ayrılmak artık kolaydır, artık her iki tarafta kendi yoluna gidebilecektir. Ancak evlenince, hele birde hatırı sayılır bir süre geçince bunun böyle olmadığı anlaşılır ve bir önceki paragrafta bahsi geçen konularda paylaşım en büyük derd olur. Eşler de bekarlıktaki gibi olmadığını anlarlar. Çünkü tarafların artık aralarındaki duygusal bağdan başka; çocuklar, edinilmiş mallar, mirastan kalanlar, şans oyunlarından kazanılanlar, maaşlar, emekli maaşları, işyeri sandıklarından elde edilen gelirler, evlenmeden önce edinilen veya bunların geliri ile edinilen kendi kişisel malları gibi ortak veya ortak olmayan bağların olduğu fark edilir. Duygusal bağlar kendilerince koparılsa da ortak olan bağların mahkemece uygun şekilde koparılması gerekir. Bu işlem yapılırken de mahkeme bunu öyle bir yapar ki bu, hiçbir taraftan kan akmadan yapılan bir ameliyata benzetilebilir. Tabii burada insanların içinin kanamasından bahsetmiyorum. O muhakkak olacak, kişi kendisi ile olan hesaplaşmasını hep yapacak, deyim yerindeyse kendi içinin kanatacağıdır. 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) kapsamında,

kanunun eşlerin herhangi bir mal rejimini seçmemeleri durumunda yaşanabilecek sorunların önüne geçmek maksadıyla, bir önceki kanun olan 743 sayılı TMK'dan ayrılarak, yasal mal rejimi olarak "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (EMKR)" kabul edilmiştir. Söz konusu kanun çıkmadan önce, TBMM'de üzerine çalışan komisyonun önerdiği "Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi" meclis görüşmeleri sırasında Adalet Bakanlığı'nca uygun görülerek, kaynak kanun olan ve 1988 yılında yürürlüğe sokarak İsviçre'nin de uyguladığı "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi"nin kabulü ile birlikte, özellikle kadın lehine uygulamaya gidilmek istenmişse de, düzenleme ile istenen amaca, geçmiş senelerde takip edilen dava ve sonuçları itibarıyla ulaşılamadığı açıktır. Bu kapsamda, kanunun çıkışı ile halen devam eden uygulamaları arasında çeşitli sorunlarla karşılaşılmış, bunlardan üçü ile ilgili hususlara aşağıda değinilmeye çalışılmıştır.

Ele alınmak istenen ilk konu; gerek seçilen gerekse yasal mal rejimi olarak belirlenen "Mal rejiminin tasfiyesinin, evliliğin bir sonucu yani bağılı (fer'i) olması/olmaması" sorunu olup, bunun önemi öncelikle "Mal rejiminin tasfiyesi, özellikle boşanma davaları ile birlikte sonuçlandırılmalı mı yoksa bilahare ayrı bir dava konusu yapılabilir mi? konusuna bir kez daha değinmektir.

Diğer ele alınmak istenen konu ise EMKR'de "Mahkemelerin Yetkisi" hususundadır. Yetki konusu münhasıran 4721 sayılı TMK'nın içerisinde düzenlendiği görülmekte ise de bu konunun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) içerisinde değerlendirilmesi gerektiği aşikardır. Çünkü "Yetki" konusu, usul hukukuna ait bir husus olup 6100 sayılı

HMK kapsamında kıymetlendirilmesi gerektiği bilinen bir husustur. Ancak TMK'da düzenlenmesinin veya HMK'nın etkisinin incelenmesi ve konunun ele alınmasının önemine binaen incelemeye değerdir diye düşünüyorum.

EMKR'nde diğer bir sorun da –hiç karşılaşıldı mı bilmiyorum, içtihatlarda ben görmedim- evliliğin devamı süresince, eşlerin "Talih oyunlarından elde ettiği kazancın kişisel gelir olduğu" yönünde kanunda bir ibarenin yer almadığı veya yanlış ve haksız yorumlandığı, talih oyununa yatırılan para, ödenen ücretin kaynağının ortak olduğu, dolayısıyla edinilmiş mal olarak değerlendirilmesi yönündeki anlayıştır.

EMKR'nin çok geniş bir konu olması, özellikle "Katılma Alacağı, Değer Artış Payı, Kişisel Mal, Edinilmiş Mal" gibi konuların üzerinde çok durulmuş olması nedeniyle genellikle değinilmeyen yukarıda yer alan konuların insanın aklına takılması nedeniyle, bu hususlarla sınırlı olarak konu aşağıda incelenmeye çalışılacaktır.

2. Mevcut durum

Konunun birinci ayağı, ana hatlarıyla 4721 sayılı TMK'da "Eşler Arasındaki Mal Rejimi" ana başlığında, "Genel Hükümler" içerisinde "A. Yasal mal rejimi" alt başlığı altında, Md. 202'de "Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması esastır. Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler."

"B. Mal rejimi sözleşmesi" alt başlığı altında, Md. 203'te "Mal rejimi sözleşmesi, evlenmeden önce veya sonra yapılabilir. Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya

değiştirebilirler.” şeklinde yer almıştır. Mahkemelerin yetkisi hususu ise 4721 sayılı TMK “ E. Mal rejiminin tasfiyesi davalarında yetki” alt başlığı altında, Md 214’de “Eşler veya mirasçılar arasında bir mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davalarda aşağıdaki mahkemeler yetkilidir.

1. Mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda, ölenin son yerleşim yeri mahkemesi,
2. Boşanmaya, evliliğin iptaline veya hakim tarafından mal ayrılığına karar verilmesi durumunda, bu davalarda yetkili olan mahkeme,
3. Diğer durumlarda davalı eşin yerleşim yeri mahkemesi” şeklinde yer almıştır.

Yetki konusu ayrıca, 6100 sayılı HMK içerisinde, Md. 5:19 arasında yer almakta olup genel ve çokça bilinen bir konu olması nedeniyle buraya alınmamış, konu incelenirken ve karşılaştırma yapılırken ilgili gereken hususlara değinilmekle yetinilmiştir. Bu bağlamda HMK madde 5’te “ Genel kural” alt başlığında, (1) Mahkemelerin yetkisi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, bu Kanundaki hükümlere tabidir.” ifadesi ile madde 12’de “Taşınmazın aynından doğan davalarda yetki” içerisinde (1) Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir” ifadesinin yer aldığı görülmektedir.

4787 Sayılı Aile Mah. Kurulması ve Görevleri Kanunu;
“Usul hükümleri alt başlığı altında;
Madde 7- Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki

karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.

(Mülga ikinci fıkra: 14/4/2004-5133/3. madde)

Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kanunda hüküm bulunmayan konularda Türk Medenî Kanunu’nun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.” hükmü yer almaktadır. Kişisel Mal, Edinilmiş Mal kavramlarının ise EMKR’nin açıklandığı ikinci ayırmadan itibaren;
“A. Mülkiyet I. Kapsamı” alt başlığı altında, madde 218’de; “ Edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsar.” ile “III. Kişisel mallar” alt başlığı altında, Md. 220 fıkra 2’de “Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği mal varlığı değerleri” şeklinde ifade edildiği tespit edilmektedir.

3. İnceleme

A. Konunun birinci ayağı olan “mal rejimi tasfiyelerinin, boşanma davalarının bağılısı (fer’isi) olması/ olmamasına” ilişkin olarak; 4721 sayılı TMK 2002 yılında değişmiş, bu kapsamda önceki 743 sayılı TMK’da kabul edilen mal rejimi de değiştirilerek, “Eşler Arasındaki Mal Rejimi” ana başlığında, “Genel Hükümler” içerisinde; “A. Yasal mal rejimi” alt başlığı altında, Md. 202’de “Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması esastır.” hükmü ile birlikte “Edinilmiş

Mallara Katılma Rejimi" yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir.

Kanun koyucu burada Türk toplumunun özelliklerini, evliliğe bakışını dikkate alarak, birinci öncelikle, konunun boşta kalmasını ve değişik problem sahalarının önüne geçmek istemiş, ikinci olarak ise bir önceki TMK'da yer alan "Mal ayrılığı Rejimine" bağlı olarak kadınların mağduriyetini önlemek istemiştir. Çünkü yasama organı, TMK'da sayılan mal rejimlerinden birisinin seçilmesini isteseydi ve bunu eşlere bıraksaydı muhtemelen herhangi bir mal rejimi sözleşmesi yapılmamış evlilikler ile karşılaşacaktık. Ülkemizde eşlerin bir mal rejimi sözleşmesi yaparak belli bir mal rejimini seçtikleri çok ama çok enderdir. Bu oranın % 1-2'yi geçmediğini söylemek, abartılı bir iddia olarak kabul edilmemelidir.(1) Bu durum dikkate alındığında, mal rejimi tasfiyeleri durumunda ise seçilmemiş mal rejimlerinin nasıl tasfiye edilmesi gerektiğine ilişkin problem sahaları ile uğraşacaktık.

Tabi burada kanun koyucu bir olumlu adım daha atarak ve pozitif ayrımcılık yaparak, 743 sayılı TMK'da yer alan ve yasal mal rejimi olan, kadınların aleyhine işleyen "Mal Ayrılığı Rejimini" değiştirmiş, evlilik ile birlikte mal rejimi değişikliği veya seçim hakkını kullanmayan halkımıza yasal mal rejimi olarak "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini" yine kanunda yer alan seçimlik diğer üç mal rejiminden birisi olacak şekilde değiştirilebileceği şartıyla, yasal mal rejimi olarak sunmuştur.

Kanun koyucu evliliğin ön şartları arasına "Mal rejimi sözleşmesi yapmak" gibi bir madde koymak suretiyle, doğrudan bir mal rejimini dayatmak gibi anlaşılan yasal mal rejimi anlayışından vazgeçebilirdi.

Bunun sözleşme özgürlüğü anlamında, daha isabetli gibi gözükse de aile bağı daha kurulmadan, kişiler arasında daha başlangıçta olumsuzluklara yol açabileceği veya çok bilinçli olarak bir tercih yapmadan, evlenme memurunun, eş, dost akrabasının tavsiyesi ile bir seçim yapılacağına hiç kuşku yoktur. Muhtemelen mahkemelerde de "Evlenirken ben bu konuya dikkat etmedim, evlenme memuru öyle yazmış haberim yoktu, çevreden bunu tavsiye ettiler" gibi ifadelerle karşılaşacaktık.

Yasal mal rejimi olarak, bir mal rejimi sunan kanun koyucu bununla, zımni olarak yapılmış bir mal rejimi sözleşmesi sunarak, bunu evlilik ile bağlı hale getiriyor mu? Yani "Evliliğin bitmesi, boşanma gibi durumlarda, bunların fer'i olarak değerlendirilmesi mi gerekir?" sorusu gündeme geliyor.

Biliyoruz ki 4721 sayılı TMK evlilik birliğini, bir sözleşme olarak değerlendirmektedir. Mal rejimi sözleşmeleri de, eşlerin seçimine bırakılmadan bir yasal mal rejimine özgülenmiş olması, onu evliliğin bağılısı (fer'i) bir sözleşme durumuna getiriyormuş gibi gözükse de aslında böyle olmadığını, kanun koyucunun bir boşluk doğmaması için bu şekilde bir düzenleme yaptığını, yukarıda da bahsi geçen ve 4721 sayılı TMK Md. 202'de yer alan "Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler." "B. Mal rejimi sözleşmesi" alt başlığı altında, Md. 203'te; " Mal rejimi sözleşmesi, evlenmeden önce veya sonra yapılabilir. Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler." ifadelerinden anlayabiliriz. Yani kanun koyucu,

eşlere yasal mal rejimini dayatmamış, onlara seçimlik haklar tanıyarak ve bunun seçim veya sözleşme yapma ve değiştirme zamanını, evlilik öncesi veya sonrası yapılabileceğini belirterek, evliliğe bağlı olmadığını ortaya koymuştur.

Mal rejiminin evliliğin bağılı olmamasının en önemli sonucu, mal rejimi tasfiyesinin, boşanma davasına bağılı olmadan, müteakiben de açılabilmesidir. Mahkemenin boşanma davası ile birlikte mal rejiminin tasfiyesini de karara bağlaması gerekmemekte, bilahare açılacak bir dava ile bu husus açıklığa kavuşturulabilmektedir.

B. Konunun ikinci ayağı olan "Hangi mahkemenin yetkili olduğu" hususu ele alınacak olunursa; burada 6100 sayılı HMK ile 4721 sayılı TMK'nın konuya ilişkin düzenlemeleri ayrı ayrı ele alınarak ve karşılaştırma yapılarak incelemek gerekecektir. Yetki konusu, bilindiği üzere bir usul hukuku konusudur. Bu kapsamda 6100 sayılı HMK dahilinde "Yetki" ana başlığında Md. 5;19 arasında düzenlenmiş; Md. 5'te "Genel kural" alt başlığında, (1) Mahkemelerin yetkisi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, bu kanundaki hükümlere tabidir." şeklinde ifade edilmiş, madde gerekçesinde ise "Medeni yargılama alanında görev yapan mahkemelerin yetkisi, Anayasanın 142. maddesine uygun olarak, bu kanunla düzenlenmiştir. Diğer taraftan, 1086 sayılı kanun dışında, özel kanunlardaki yetkiye ilişkin kurallar, kesin yetki kuralı olarak öngörülmediği takdirde genel yetki kuralı ile beraber seçimlik bir yetki kuralı oluşturacaktır. Bu sebeple özel kanunlardaki yetkiye ilişkin kurallar saklı tutulmuştur. Maddedeki "diğer kanunlar" terimi Anayasa ile uluslararası antlaşmaları da kapsar şekilde, geniş anlamda kullanılmıştır.

(Hükümet Gerekçesi Md. 10) açıklaması yer almıştır.(2)

Ayrıca, 4721 sayılı TMK'da ise "E. Mal rejiminin tasfiyesi davalarında yetki" alt başlığı altında, Md 214'te "Eşler veya mirasçılar arasında bir mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davalarda aşağıdaki mahkemeler yetkilidir.

1. Mal rejiminin ölümle sona ermesi durumunda, ölenin son yerleşim yeri mahkemesi,
2. Boşanmaya, evliliğin iptaline veya hakim tarafından mal ayrılığına karar verilmesi durumunda, bu davalarda yetkili olan mahkeme,
3. Diğer durumlarda davalı eşin yerleşim yeri mahkemesi." şeklinde yer almıştır.

4721 sayılı TMK'da yer alan yetkiye ait bu hususu, 6100 sayılı HMK kapsamında değerlendirecek olursak;

- TMK'da yer alan yetkinin kesin yetki olmadığı,
- Dolayısıyla HMK dahilinde ancak bir seçimlik yetki oluşturacağı,
- Her ne kadar edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sonucunda, genel anlamda aynı bir hak elde edilemiyorsa da, asıl olanın belirlenecek katılma alacağının para borcu olarak ödenmesi ise de yine TMK Md. 240'ta "Aile konutu ve ev eşyası" başlığı altındaki düzenlemede yer alan "Sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağı mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir; mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır. Sağ kalan eş, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin

yasal mirasçılarının istemiyle intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir.” hükmünün yer aldığı, ölüm sonucu bir mal rejimi tasfiyesi varsa, bu ve benzeri taleplerin, yani aynı haklara ilişkin taleplerin olması durumunda mahkeme 6100 sayılı HMK mad. 12’yi “Taşınmazın aynından doğan davalarda yetki” içerisinde(1) Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir” kuralını dikkate alacak ve bu yetkinin taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin “Kesin Yetki” olduğunu, dava şartları içerisinde yer aldığını ve kamu yararı olduğunu dikkate alarak, kendiliğinden (res’en) inceleyerek karar vereceği tespit edilmiştir.

C. Konunun üçüncü ayağı olan “Talih oyunlarından elde edilen kazançların, kişisel mal olarak değerlendirilmesi” hususuna ilişkin olarak; “A. Mülkiyet I. Kapsamı” alt başlığı altında, Md. 218’de; “Edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsar.”

“III. Kişisel mallar” alt başlığı altında, madde 220 fıkra 2’de; “Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği mal varlığı değerleri” şeklinde ifade edilmesi nedenleriyle, mal rejiminin tasfiyesi sırasında, kişisel mal olarak değerlendirilmektedir. Diğer eş ise bunun “Karşılıksız bir kazanma sonucu elde edilmediğini” iddia ve talih oyununa verilen paranın evlilik birliği içerisinde elde edilen ortak kazancın bir ürünü olduğunu, dolayısıyla evlilik birliği içerisinde “Edinilmiş mal” olarak

kıymetlendirilmesi gerektiği inancı ile hareket etmektedir.

Burada insanları yanıltan husus, talih oyunlarına bir para harcanması ile bunun yukarıda bahsi geçen “Karşılıksız kazandırmalar içerisinde” değerlendirilmesidir. Konu bu aşamaya gelince, “Vergi Hukuku” kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Prof. Dr. Nurettin Bilici’nin Vergi Hukuku, Genel Hükümler, Türk Vergi Sistemi adlı kitabından konuyu araştırdığımızda; “7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu (VİVK) madde 1’e göre, verginin konusuna karşılıksız intikaller girer. Karşılıksız intikal, malların bir şahıstan başka bir şahsa veraset yoluyla veya (bağış, yarışma* ve çekilişlerde** kazanılan ödüller***, spor-toto, milli piyango ikramiyelerinde olduğu gibi) ivazsız olarak geçmesini kapsamaktadır.

* Yarışma kavramı, çekiliş yada kura yöntemine başvurulmaksızın önceden ilan edilen bilgi, yetenek, güzellik gibi bazı kriterlere göre yarışmalarda üstünlük gösterenin (bir seçici kurul tarafından belirlenen iştirakçilere ikramiye verilmesi dahil) seçilmelerini ifade etmektedir(Bk. VİVK Genel Tebliği, seri no.28, RG, 31.12.1998, sayı 23570) (mükerrer).

** Çekiliş; bahis, iştirak, kura ve benzeri yöntemlere dayanan düzenlemelerle, katılımcıların bir bedel ödemediği veya ödedikleri bir bedelden daha yüksek bir değerde mal edinmeleri anlamına gelmektedir (28 no’lu VİVK Genel Tebliği). Bu çerçevede: Yazılı ve görsel basın başta olmak üzere, gerçek ve tüzel kişiler tarafından düzenlenen çekilişler ile bilgi, kültür, deneyim ya da diğer becerilerin sergilenmesine dayanan yarışmalar,

- Yazılı basının, iştirak edilmesini kupon

toplamaya bağladığı çekilişler,
- Mal ve hizmetlerin tanıtımı veya satış hacminin artırılması amacıyla, tüketiciye yönelik olarak düzenlenen çekilişler ile benzerleri de yarışma ve çekiliş kapsamında değerlendirilmektedir (Örneğin, mağazadan alışveriş yapanlar arasından bir kişiye çekiliş yolu ile bir araba hediye edilmesi).

*** Ödül kavramı, bu tip yarışma ve çekilişlerde taahhüt edilen ve kazananlara verilmesi gereken nakit dâhil her türlü menkul yada gayrimenkul mallar ile sair bütün hak ve alacakları içermektedir.

Verginin yükümlüsü, ivazsız bir şekilde veya veraset yoluyla mal edinen kişidir. (3)" ifadelerinden açıkça, burada bahsi geçen karşılıksız kazandırmanın, "bir bedel ödemeden veya ödedikleri bir bedelden daha yüksek bir mal edinmeyi de" kapsadığı ve "vergi yükümlüsünün de ivazsız bir şekilde mal edinen kişi olduğu" dikkate alındığında, talih oyunları sonucu mal edinen kişinin edindiği mal, onun kişisel malıdır tespitini yapabiliyoruz.

4. Sonuç ve değerlendirme

Yukarıda yer alan bilgiler dikkate alınarak yapılan inceleme sonucu; konunun esasının 4721 sayılı TMK'da; "Mal Rejimlerinin Tasfiyesi" ile ilgili kısmının TMK'da, "Yetki" ile ilgili kısmının, gerek TMK'da gerekse 6100 sayılı HMK'da; "Kişisel Mal, Edinilmiş Mal" ayırımına ilişkin kısmının TMK'da, bu kapsamda "Talih oyunlarının kazancının kişisel mal olduğuna ilişkin açıklamanın", Vergi Hukuku alanında düzenlendiğini görüyoruz. Bu kapsamda;

a. Konunun birinci ayağı olan "Mal rejiminin evliliğin bağılı (fer'i) olması/ olmamasına" ilişkin olarak;
- TMK'nın "Yasal Mal Rejimi" olarak

"Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini" kabul ettiği,

- Bundan maksadın, Türk halkının evliliğe olan bakış açısı ve kurumsal olarak verdiği önemi ortaya koymak olduğu,
- Yasal mal rejiminin yanında, diğer mal rejimleri olan; mal ayrılığı, mal ortaklığı ve paylaşımlı mal ayrılığından birini "Seçimlik Mal Rejimi" olarak tercih edilebileceğini,
- Mal rejimi sözleşmelerinden birinin seçiminin, evlenme sırasında evlenme memuru önünde veya evlilik öncesi ve sonrasında noter vasıtasıyla yapılabileceğini,
- Mal rejiminin tasfiyesinin; eşlerin istemesi halinde başka bir mal rejimine geçme, eşlerden birinin ölümü, evliliğin boşanma veya iptal sebebi ile sona ermesi ve mevcut rejimin hâkimin kararıyla mal ayrılığına dönüştürülmesi olmak üzere, dört halde mümkün olduğu dikkate alındığında; asıl hak gibi başka bir hak olmadan kullanılabilen, hak sahibi olan eşlerin şahsına tanınan bir hak olduğu, dolayısıyla "Bağımsız Hak" olduğu kıymetlendirilmektedir.

Mal rejiminin evliliğin bağılı olmamasının, bağımsız bir hak olması en önemli sonucu, mal rejimi tasfiyesinin, boşanma davasına bağlı olmadan, müteakiben de açılabilmesi ve mahkemenin boşanma davası ile birlikte mal rejiminin tasfiyesini de karara bağlamasının gerekmemesi, bilahare açılacak bir dava ile bu husus açıklığa kavuşturulabilmesidir.

b. Konunun ikinci ayağı olan, "Hangi mahkemenin yetkili olduğu" hususuna ilişkin olarak;

- Gerek 6100 sayılı HMK gerekse 4721 sayılı TMK'nın ve 4857 sayılı Aile Mah. Kanunu'nun konuyu ayrı ayrı düzenlediği,
- Yetki hususunun, bir usul hukuk konusu ve HMK'nın özel kanun olması nedeniyle madde 5'de (1) Mahkemelerin yetkisi,

diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, bu Kanundaki hükümlere tabidir.” şeklinde düzenlendiği,

- Madde gerekçesinde ise “Medeni yargılama alanında görev yapan mahkemelerin yetkisi, Anayasanın 142’nci maddesine uygun olarak, bu kanunla düzenlenmiştir. Diğer taraftan, 1086 sayılı Kanun dışında, özel kanunlardaki yetkiye ilişkin kurallar, kesin yetki kuralı olarak öngörülmediği takdirde genel yetki kuralı ile beraber seçimlik bir yetki kuralı oluşturacaktır. Bu sebeple özel kanunlardaki yetkiye ilişkin kurallar saklı tutulmuştur. Maddedeki “diğer kanunlar” terimi Anayasa ile uluslararası antlaşmaları da kapsar şekilde, geniş anlamda kullanılmıştır. (Hükümet Gerekçesi Md. 10) açıklamasının yer aldığı,
- TMK’da yer alan yetkinin kesin yetki olmadığı,
- 4857 Sayılı Aile Mahkemesi Kanunu’nun “Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kanunda hüküm bulunmayan konularda Türk Medenî Kanunu’nun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır” hükmüne haiz olduğu, dikkate alındığında, 6100 Sy. HMK’nın uygulanması gerektiği,
- Dolayısıyla HMK dahilinde ancak bir seçimlik yetki oluşturacağı,
- Her ne kadar edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sonucunda, genel anlamda “Aynı Hak” elde edilemiyorsa da, asıl olanın belirlenecek katılma alacağıının para borcu olarak ödenmesi ise de yine TMK Md. 240’ta “Aile konutu ve ev eşyası” başlığı altındaki düzenlemede yer alan “Sınırlı aynı haklar” ve “Aynı haklara” ilişkin olarak kullanılabileceği hakları olduğu,
- 6100 sayılı HMK Md. 12’yi “Taşınmazın aynından doğan davalarda yetki” içerisinde (1) Taşınmaz üzerindeki aynı

hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir” kuralını dikkate alacak ve bu yetkinin taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin “Kesin Yetki” olduğunu, dava şartları içerisinde yer aldığını ve kamu yararı olduğunu dikkate alarak, kendiliğinden (resen) inceleyerek karar vereceği bilinen bir husustur.

c. Konunun üçüncü ayağı olan “Talih oyunlarından elde edilen kazançların, kişisel mal olarak değerlendirilmesi” hususuna ilişkin olarak;

- “III. Kişisel mallar” alt başlığı altında, madde 220 fıkra 2’de; “Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği mal varlığı değerleri” şeklinde ifade edildiği,
- Mal rejiminin tasfiyesi sırasında, kişisel mal olarak değerlendirilmektedir. Diğer eş ise bunun “Karşılıksız bir kazanma sonucu elde edilmediğini” iddia ve talih oyununa verilen paranın evlilik birliği içerisinde elde edilen ortak kazancın bir ürünü olduğunu, dolayısıyla evlilik birliği içerisinde “Edinilmiş mal” olarak kıymetlendirilmesi gerektiği inancını taşıdığı,
- Burada insanları yanıltan hususun, talih oyunlarına bir para harcanması ile bunun yukarıda bahsi geçen “Karşılıksız kazandırmalar içerisinde” değerlendirilmesi olduğu,
- Konu “Vergi Hukuku” kapsamında incelendiğinde 7338 sayılı Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu (VİVK) madde 1’e göre, verginin konusuna karşılıksız intikaller girer. Karşılıksız intikal, malların bir şahıstan başka bir şahsa veraset yoluyla veya (bağış, yarışma* ve

çekilişlerde** kazanılan ödüller***, spor-toto, milli piyango ikramiyelerinde olduğu gibi) ivazsız olarak geçmesini kapsadığı, bu kapsamda;

* Yarışma kavramının, çekiliş ya da kura yöntemine başvurulmaksızın önceden ilan edilen bilgi, yetenek, güzellik gibi bazı kriterlere göre yarışmalarda üstünlük gösterenin (bir seçici kurul tarafından belirlenen iştirakçilere ikramiye verilmesi dahil) seçilmelerini ifade ettiği (Bkz. VİVK Genel Tebliği, seri no.28, RG, 31.12.1998, sayı.23570) (mükerrer).

** Çekilişin; bahis, iştirak, kura ve benzeri yöntemlere dayanan düzenlemelerle, katılımcıların bir bedel ödemeden veya ödedikleri bir bedelden daha yüksek bir değerde mal edinmeleri anlamına geldiği,

*** Ödül kavramının, bu tip yarışma ve çekilişlerde taahhüt edilen ve kazananlara verilmesi gereken nakit

dâhil her türlü menkul yada gayrimenkul mallar ile sair bütün hak ve alacakları içerdiği,

- Verginin yükümlüsünün, ivazsız bir şekilde veya veraset yoluyla mal edinen kişi olduğu ifadelerini içerdiği, Konuya ilişkin bu tespitler dahilinde; burada bahsi geçen karşılıksız kazandırmanın "bir bedel ödemeden veya ödedikleri bir bedelden daha yüksek bir mal edinmeyi de" kapsadığı ve "vergi yükümlüsünün de ivazsız bir şekilde mal edinen kişi olduğu" dikkate alındığında, talih oyunları sonucu mal edinen kişinin edindiği mal, onun kişisel malı olduğu değerlendirilmektedir. Tabi burada, tüm bu bahsi geçen açıklamalar ve incelemelerden sonra bekarlara baştaki atasözümüzün önemini bir kez daha hatırlatıyorum "Bekara boşanma kolay gelir" ancak diğer bir Atasözümüz ise "Mal canın yongasıdır".

Kaynakça:

(1) Akıntürk Turgut, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Beta Yayınları, 10. Bası, Sayfa 150

(2) Pekcanitez Hakan, Taş Korkmaz Hülya,

Meriç Nedim, Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Yetkin Yayınları, Sayfa 59.

(3) Bilici Nurettin, Vergi Hukuku, Seçkin Yayınları, 24. Bası, Sayfa 272,273.



İmar parseli sınırına taşkın istinat duvarı

Av. Nezir Sütçü

Aşağıda, imar planı bulunan ve imar uygulaması(1) bitirilmiş bir bölgede, imar parselleri arasındaki sınır duvarının, sınırı ihlal eder şekilde yapılmasının hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır.

Ayrıca, buradaki imar parsellerinin eşimli bir arazide kalması ile yapılan yüksek maliyetli (betonarme, yüksek, kazıklı, kalın taşlı vs.) istinat duvarı(2) dikkate alınmaktadır.(3) Sadece sınır görevi gören, proje ve ruhsata tabi olmayan basit, yığma, tuğla vs. duvarların inceleme konumuz içine girmesi mümkün değildir. Çünkü aşağıda görüleceği üzere, TMK madde 725 hükmünün uygulanması için durum ve koşulların uygun olması, bir başka anlatımla, taşkın olarak yapılan yapının, taşılan arsa değerinden fazla olması gerekir. Oysa imarlı yerlerde, sadece sınır görevi gören duvarın değerinin arsa değerinden fazla olma ihtimali yok denecek kadar azdır.

Bir yapının başkasına ait araziye taşınan kısmı, eğer yapıyı yapan malik taşınan arazi üzerinde bir irtifak hakkına sahip bulunuyorsa, ona ait taşınmazın bütünüleyici parçası olur (TMK mad. 725/1). Hangi mahiyette olacağı tartışmalı(4) böyle bir irtifak hakkının varlığına dayanan uyuşmazlıkla ilgili davaya rastlanma olasılığı çok düşüktür. O nedenle bu hususla ilgili değerlendirmeye girilmeyecektir.

Böyle bir irtifak hakkı yoksa(5), zarar gören malik taşmayı öğrendiği tarihten başlayarak on beş gün içinde itiraz etmediği, aynı zamanda durum ve koşullar da haklı gösterdiği takdirde, taşkın yapıyı iyi niyetle yapan kimse, uygun bir bedel karşılığında taşınan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın bulunduğu arazi parçasının mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteyebilir (TMK mad. 725/2).

TMK madde 725 hükmünün uygulanabilmesi için taşılan arsanın özel mülkiyete tabi olması gerekmekte olup, kamu malı niteliğindeki taşınmazlar madde kapsamında girmez.(6)

A) Davacının talebi: Taşılan arsa maliki genelde, TMK madde 683 uyarınca taşınan arsa sahibinin müdahalesinin önlenmesini ve taşınan duvarın yıkımını talep etmektedir.

B) Davalının savunması: Davalı iyi niyetli olduğunu ve eğer bir tecavüz varsa, tecavüz edilen arsa bedelini ödeyerek tecavüzlü kısmın adına tescilini veya bu kısımda bir irtifak hakkı tesisini istemektedir. Bunu bir karşı dava veya birleştirme talepli ayrı bir dava açarak ileri sürmesi mümkün olduğu gibi, savunma yoluyla da ileri sürebilir. Bir başka anlatımla, taşkın duvarı yapan kişi, taşılan yer sahibince aleyhine açılan el atmanın önlenmesi ve kal

davasında, karşılık dava açmasına gerek olmaksızın savunma yoluyla TMK mad. 725 hükmüne dayalı olarak temlik veya irtifak hakkı tesis isteğinde bulunabilir.(7) Hatta iyi niyet savunmasının, içerisinde temlikten tescil isteğinin de bulunduğu kabul edilerek, tescil talebinin, ayrı bir davaya gerek olmaksızın açılan davada savunma yoluyla da ileri sürülebileceği kabul edilmektedir.(8)

C) Davacı ve davalı: Gerek müşterek mülkiyette gerekse kat irtifakına geçirilmiş taşınmazlarda(9) taşınmazın tamamı için diğer bir taşınmazdan belli ve muayyen bir bölümün temlikten tescilinin veya irtifak hakkı tesisinin istenebilmesi için her iki taşınmazda da hak sahibi olan tüm paydaşların davalı ya da davacı oldukları bir davanın varlığı zorunludur. Davada yer almayanların, dâhili dava yoluyla davaya katılmaları sağlanmalıdır.(10)

Taşınmaz sahiplerinin değişmesi durumunda dahi, karşılıklı haklar ileri sürülebilir. TMK madde 725 hükmündeki koşulların bulunması halinde meydana gelen yasal eşyaya bağlı borç, karşılıklı ve iki taraflıdır.(11) Yani bir taşkın duvar zarureti içinde bulunan taşınmaz maliki, bir yandan taşkın duvarın üzerinde bulunduğu toprağın mülkiyetinin devredilmesine veya irtifak hakkı tesisine ilişkin talebin alacaklısı, diğer yandan bunun için ödenmesi gereken tazminatın borçlusudur. Tecavüz edilen arsayı sonradan iktisap eden kişi TMK madde 1023 hükmüne dayanamaz ve tapu kütüğünde yer almayan bir hususun kendisine karşı etkili olamayacağını ileri süremez. O, taşınmazı kanundan doğan kayıtlamalarla birlikte iktisap etmiştir. Böyle hallerde tapu kütüğüne iyi inançla güvenen kişinin, güvencesinin korunması söz konusu olamaz.(12) Aynı

şekilde tecavüz edilen duvarı yapan arsa malikinden taşınmazı sonradan devralanlar bakımından da, yapılan taşkınlık kazanılmış bir hak sağlamaz.

Tecavüzü yapan taşınmazı sonradan devralan iyi niyetli cüzi haleflere karşı yıkım dışında, ayrıca zararın tazminine yönelik dava açılması mümkün değildir. Çünkü haksız fiil esasına dayanan bu davada iyiniyetli kişilerin kusurlu sayılmalarına imkân yoktur.(13)

D) Harca esas değer ve yargılama gideri: Taşılan parsel sahibinin el atmanın önlenmesi yanında yıkım da talep etmesi halinde, 492 sayılı Harçlar Kanunu madde 16 gereği dava değeri, el atılan yerin değeri ile yıkımı istenilen yapı değerinin toplamından ibarettir (YİBK 4.3.1953, 1952/10, 2).(14) Davalı taraf dava açılmasına neden olduğundan, temlikten tescile veya irtifak hakkı tesisine karar verilmesi durumunda dahi, müdahalenin önlenmesi ve yıkım talep eden davacının yargılama giderlerinden sorumlu tutulması mümkün değildir.(15)

E) Zaman aşımı veya hak düşürücü süre: Zaman aşımı söz konusu değildir. Çünkü mülkiyet hakkı sahibinin, malik olmasından dolayı kullanacağı haklar hak düşürücü süre veya zaman aşımına bağlı değildir. Malik Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinin kendisine tanıdığı dava hakkını bir süreye bağlı olmaksızın her zaman kullanabilir.(16)

F) Tescilli isteme şartları: Öncelikle sınır duvarı ile ilgili hukuki durumun ortaya konulması gerekir. Taşınmazın sınırları, tapu planları ve arz üzerindeki sınır işaretleriyle belirlenir. Tapu planları ile arz üzerindeki işaretler birbirini tutmazsa, asıl olan plandaki sınırdır. Bu kural, yetkili makamlarca heyelan bölgesi(17) olduğu belirlenen yörelerde

uygulanmaz (TMK madde 719). Heyelan bölgeleri konumuz dışında tutulmuştur.

Her arazi maliki, komşusunun istemi üzerine belli olmayan sınırların belirlenmesi için tapu planlarının düzeltilmesine veya arz üzerine sınır işaretleri konulmasına katkıda bulunmakla yükümlüdür (TMK madde 720).

İki taşınmazı birbirinden ayırmaya yarayan duvar, aksi ispat edilmedikçe, her iki komşunun paylı malı sayılır (TMK madde 721).

Sınır duvarının taşması halinde, taşın kısımlar için bir irtifak hakkı kurulması veya bu kısmın arazi parçasının mülkiyetinin devredilmesini isteme hakkının şartları şunlardır;

1) Taşkın duvar iyi niyetle yapılmış olmalıdır. Söz konusu iyi niyet, sübjektif iyi niyettir. Burada kural taşkın duvar sahibinin, tecavüz ettiği taşınmazın başkasının mülkü olduğunu ya da yapısının başkasının arsasına taşıdığı bilmemesi veya kendinden beklenen tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen bilecek durumda olmamasıdır. Açıklanan iyi niyet, kusursuz bilgisizlik anlamındadır.(18) İyi niyetin duvarın yapımı süresince devam etmesi gerekir.

Kural olarak iyi niyetin ispatı 14.2.1951 tarih 17/1 sayılı İttihadi Birleştirme Kararı uyarınca taşkın yapı malikine ait ise de(19) iyi niyet sav ve savunması defii olmayıp itiraz niteliği taşıdığından ve kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan mahkemece kendiliğinden (re'sen) göz önünde tutulmalıdır.(20)

Kural olarak çaplı yerlerdeki tecavüzlerde, iyi niyetin bulunmadığı kabul edilmelidir.(21) Ancak, kadastro haritalarındaki hatalar, kadastro

yenilemesi veya kadastro memurlarınca yanlış yer gösterilmesi gibi durumlarda iyi niyetin varlığı söz konusu olabilir.

(22) Kadastro müdürlüğüne resmen başvurup görevlendirilecek fen memurunun, arsanın sınırlarını göstermesini istemeyen kişinin iyi niyetli olmadığı kabul edilmektedir.(23)

Tapu planlarının da tapu siciline güven (TMK madde 1023) kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Plandaki sınırın doğru olmaması halinde, TMK madde 1025 kapsamında tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilir. Kadastro Kanunu madde 12/3 uyarınca, kadastro tutanaklarında belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz.(24) Ancak kadastro sırasında veya sonrasında yapılan işlemlerle geometrik durumları kesinleşmiş olan taşınmazlarda ölçü, sınırlandırma, taksimata (kayma)(25) ve hesaplamalardan doğan hatalar, ilgilinin müracaatı veya kadastro müdürlüğüne resen düzeltilir ve 12. maddedeki hak düşürücü süre bu durumda aranmaz (Kadastro Kanunu madde 41). Kanımca, plandaki sınırın hatalı belirlenmesi nedeniyle zarar gören kişinin, tapu sicilinin yanlış tutulmasından dolayı devlet aleyhine tazminat davası (TMK madde 1007) açılabilmesi mümkün olmalıdır. (26) Kaçak veya ruhsatına aykırı bina yapan kişinin iyi niyetli olmadığı kabul edilmelidir.(27)

İyiniyetli olmanın bir sonucu da, taşkın duvar sahibinden ecri misil istenememesidir.(28) Daha önce de belirtildiği üzere tecavüzü yapan taşınmazı sonradan devralan iyi niyetli cüzi haleflere karşı yıkım dışında,

ayrıca zararın tazminine yönelik dava açılması mümkün değildir. Çünkü haksız fiil esasına dayanan bu davada iyiniyetli kişilerin kusurlu sayılmalarına imkân yoktur.(29) Taşkınlığa uzun süre ses çıkarılmaması iyi niyetin varlığını gösterir.(30) Aradan uzun bir süre geçtikten sonra, taşınan arsa malikinin, taşkın duvarı yapan malikin iyi niyetli haleflerine karşı taşınan kısmın yıkılmasını istemesi, hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir.(31)

Kanımca, arsa sahibinin bilgisi ve talimatı dışında, yüklenici veya harita ya da kontrol mühendisinin hatalı işlemi sonucu taşkın duvar yapılması durumunda arsa sahibi iyi niyetli sayılmalıdır.(32)

Tecavüzlü duvarı yapan parsel malikinin yapı kullanma izni alması iyi niyetli olduğuna karine teşkil eder. Çünkü yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinde yapı kullanma izni verilebilmektedir (İmar Kanunu madde 30).

İyi niyet yapının yapıldığı tarih itibariyle arandığından, sonraki malikin kendisinin iyi niyetli olduğunu ileri sürmesi mümkün değildir.(33)

Yargıtay, taşkın yapının ortadan kaldırılması çok fahiş bir zarara yol açsa dahi, iyi niyet yoksa yıkıma karar verilmesi gerektiği görüşündedir.(34) Hatta 1 m²'yi bulmayan bir taşkınlığın, ortadan kaldırılması halinde, ana yapının tamamının zarar görmesi halinde dahi yıkıma hükmedilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.(35) Bu gibi durumlarda, kararın İİK mad. 30 veya TBK mad. 113 kapsamında(36) gerçekleştirilecek infazında sorunlar yaşanacaktır. Bir şeyin (işin) yapılmasına ilişkin ilamların infazı sırasında çıkan

uyuşmazlıklar gerekirse yerinde keşif de yapılarak ve bilirkişiden rapor alınarak icra mahkemesi tarafından çözülecekse de(37), infazı çok güç olan ilamin icrasının durdurulması da icra mahkemesinden talep edilemez.(38) Bir mahkemenin verdiği ilamin, maddi anlamda kesin hüküm kapsamında karar vermeye yetkili olmayan icra mahkemesi tarafından icrasının durdurulması mümkün değildir. (39) İnfazdaki imkânsızlık veya güçlük yargılamanın iadesi nedeni de (HMK madde 375) olamaz. Uygulamada taşınan arsa sahibine hakkından çok fazla tutarda yapılan ödeme ile sorunun çözümlenmeye çalışıldığı görülmektedir.

2) Taşınan arazi sahibi(40) taşmayı öğrendiği tarihten itibaren 15 gün içinde itiraz etmemelidir. Komşu taşınmaz malikinin veya o taşınmazda mülkiyetten başka aynı hak sahibi olup da zarar gören kimselerin taşınmaza el atıldığını öğrendikleri tarihten itibaren 15 gün içerisinde itiraz etmeleri, yapı malikinin iyiniyetli sayılması olanağını ortadan kaldırmaz. İtiraz hiçbir şekilde bağlı değildir. Yapının ilerlemesini zararın büyümesini önlemek için konan bu sürenin başlangıcını objektif olarak saptamak, yapının görünebilir hale gelme tarihinden başlatmak, taşınan taşınmaz malikinin öğrenmesine engel olan sübjektif (öznel) nedenleri dikkate almamak gerekir. Aksine düşünce bu yöndeki yasa koyucunun amacını ortadan kaldırmaz.(41)

Tecavüz edilen arsa malikinin umursamazlığının sonuçlarına katlanması için böyle bir hüküm getirilmesi söz konusudur.(42) Söz konusu itirazın açık veya üstü örtülü biçimde olabileceği ve yapının müteahhidine, mimarına veya şantiye şefine yapılabileceği ancak işçiyeye - ameleye

yapılan itirazın hüküm doğurmayacağı doktrinde ifade edilmektedir.(43)

3) Durum ve koşullar haklı bir nedene dayanmalıdır. Durum ve koşulların haklı göstererek buna elverişli olması gereklidir. Bunlar şöyledir(44);

a) İmar durumuna göre ifrazın mümkün olması(45) ve bu hususta yetkili organın (belediye encümeninin karar alması(46) gerekir. Ancak ifraz mümkün değilse, taşkın duvar maliki lehine irtifak hakkı kurularak olumsuzluk aşılabilir.(47) Burada, taşıda kısım için taşılan arsada hisse verilebileceği de ileri sürülmektedir.(48) Kanımca taşılan arsada, taşan arsa malikine hisse verilmesi ve taşan kişiye müşterek mülkiyetten doğan hakların (ortaklığın giderilmesini istemek, şufa hakkını kullanmak gibi) tanınması sakıncalıdır. (49)

b) Duvarın ortadan kaldırılması aşırı bir zarara neden olmalıdır.(50) Eğer taşan duvarın söktürülmesi büyük bir gideri ve yükü gerektirmiyorsa ya da taşan kısım üzerinde mülkiyet-irtifak hakkının tanınması ile taşınmazına el atılan malikin uğrayacağı zarar, taşkın duvarı meydana getirenin elde edeceği çıkara göre açıkça çok ise durum haklı ve elverişli değildir ve öteki koşullar gerçekleşse bile istek reddedilmelidir. Örneğin duvarın yıkılması halinde, binaların kayma ihtimali varsa veya derin kazıklar şeklinde yapılması nedeniyle kaldırılmasının maliyeti çok yüksek ise aşırı zararın varlığı kabul edilmelidir.

4) Taşırılan taşınmaz malikine uygun bir bedel ödenmelidir. Uygun bedel, taşılan kısımın arsa bedeli değildir. Taşkın yapının kapladığı kısımın dava günündeki gerçek değeri araştırılmalı, geri kalan toprak parçasının değerinde

bir eksilme olup olmadığı bu yüzden toprak sahibinin zarara uğrayıp uğramadığı incelenmelidir. Bu şekilde sebepsiz zenginleşmeyi de önleyecek biçimde uygun bir bedel tayin ve takdir edilmelidir.(51) Örneğin, taşma sonucu bahçe mesafelerinin kurtarmaması nedeniyle, taşılan arsa maliki bina yapamıyorsa veya yapacağı bağımsız bölümler daha küçük olursa, bunun arsanın değerinde meydana getirdiği düşüklük dikkate alınmalıdır. Yoksa yapılan veya yapılacak bağımsız bölümlerin yüzölçümündeki düşüklüğün neden olduğu zarar bedeli istenemez. (52)

Yukarıdaki şartlardan birinin dahi gerçekleşmemesi halinde, taşan kısım için bir irtifak hakkı kurulmasını veya bu kısmın arazi parçasının mülkiyetinin devredilmesini isteme hakkı ortadan kalkar. Bundan başka, TMK madde 725/2 gereği kurulan irtifak hakkı, duvarın yıkılması veya herhangi bir şekilde ortadan kalkması ile sona erer. Artık yeniden yapılacak duvarın taşmasına katlanmak zorunda olmayan, taşılan arsa maliki mevcut tescilin terkinini isteyebilir.(53)

Hükmedilecek bedele dava tarihinden itibaren mi, karar tarihinden mi yoksa hükmün kesinleşmesinden sonra mı faiz isteneceği hususu tartışmalıdır. (54) Kanımca, dava tarihi itibariyle belirlenen bedele(55), bu tarihten itibaren işletilecek faiz ile birlikte bulunacak tutarın depo edilmesi sağlanmalıdır. Keşif tarihi itibariyle belirlenen bedelin faizsiz olarak depo ettirilmesi de mümkündür. Kararın kesinleşmesine kadar depo edilen para mahkeme veznesinden alınamayacağından, kesinleşme tarihine kadar kısa vadelerle paranın nemalandırılmasına karar verilmesi uygun olur.

Taşınan arsa maliki açısından tescil veya irtifak kurma şartları oluşmuşsa, bedelin mahkeme veznesine depo edilmesinden sonra(56), talebin kabulü, el atma ve yıkım konusunda ise karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulmalıdır.(57) Yenilik doğurucu nitelikteki hükmün kesinleşmesi ile taşınan kısım üzerinde irtifak veya mülkiyet hakkı kazanılır. Daha sonra tapuya yapılacak tescil açıklayıcı niteliktedir.(58)

Mülkiyetin geçirilmesi ve irtifak hakkı tesisi kararlarında, sadece tapudaki plan ve ölçüler değişecektir. Kayıtlardaki malikler ve hisselerinin oranında bir değişiklik olmayacaktır. (59) KMK madde 13 gereği, ana gayrimenkulün leh ve aleyhine tesis edilecek irtifak hakları için, kat mülkiyeti kütüğüne geçilmeden önceki kayıt açık kalacağından, taşınmazlardan biri veya her ikisinin kat mülkiyetine geçmiş olması halinde, irtifak hakkı önceki tapu kütüğüne işlenecek ve kat mülkiyeti kütüğünün beyanlar hanesinde de bu durum belirtilecektir (KMK madde 13/2).

İki taşınmazı birbirinden ayırmaya yarayan duvar, aksi ispat edilmedikçe, her iki komşunun paylı malı

sayılacağından (TMK madde 721) ve başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılacağından (TMK madde 688/2), bu duvarın yapım bedelinden komşu malikler kural olarak yarı yarıya sorumludur. Taşkın duvarı yapan malik, arsa bedelini öderken, şartları varsa duvarın yapım bedelinin yarısını mahsubunu isteyebilir.

Sınır duvarının taşması halinde taşınan kısım üzerinde, duvarı yapan ile taşınan arsa maliki arasında paylı mülkiyet kurulabilirse de(60), bu husus, sınır çizgisinin ortasına değil de sadece bir tarafına dayalı olarak yapılan duvarlar bakımından mümkün olabilir. Sınır çizgisi ile duvar arasında boşluk olması halinde, boşluğu sadece taşkınlığı yapan parsel maliki kullanacağından, bu alanda müşterek mülkiyet kurulması hakkaniyete aykırı olacaktır.

Sınır duvarının tamamı komşu taşınmazın sınırları içinde kalıyorsa, taşkın yapı hükümleri yerine, haksız yapıya ilişkin hükümler uygulanmalıdır. (61) Çünkü bu durumda duvarı yapan arsa malikinin, arsası ile duvar arasında fiziki ve iktisadi bağıllık bulunmamaktadır.

Sonnot

(1) İmar Kanunu madde 18/9 uyarınca, hisseli bir veya birkaç parsel üzerinde kalan yapıların bedelleri, ilgili parsel sahiplerince yapı sahibine ödenmedikçe ve aralarında başka bir anlaşma temin edilmedikçe veya şüyyu giderilmedikçe bu yapıların eski sahipleri tarafından kullanılmasına devam olunur. Bu maddenin uygulanması sonucu başkasının arsası içinde kalan yapıların hukuki durumu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. ÖZKAYA, Eraslan, El atmanın Önlenmesi Davaları, C 2, Ankara, 2002, s. 127 vd., 696.

(2) Duvarlar bakımından TMK madde 725 hükmünün uygulanacağına dair KARAHASAN, s. 578.

(3) Bazı Yargıtay kararlarında ana bina ile fiziki ve ekonomik bağı bulunmayan çevre duvarı

bakımından hiçbir şekilde TMK madde 725 hükmünün uygulanmayacağı kabul edilmiştir, Y. 14. HD. 18.4.2007, 3742/4441; Y 14. HD. 22.4.2004, 1601/3247, SURLU, Mehmet Handan, Tapu İptali Tescil Davaları, Ankara, 2009, s. 254-255, 268. Oysa, sadece fiziki bütünlük değil, iktisadi bütünlüğün de dikkate alınması gerekir, TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Eşya Hukuku, İstanbul, 1978, s. 597. Ayrıca kanunda "yapı" dan bahsedilmektedir, "bina"dan değil.

İmar Kanunu madde 3 gereği "Yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir". Bina ise "kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme ve dinlenmelerine veya ibadet

etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılarıdır." Dolayısıyla "yapı" niteliğinde sayılan istinat duvarının, TMK madde 725 kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

(4) ÖZMEN, İsmail, Taşkın İnşaat, Ankara, 1980, s. 56 vd. Bu hakkın, taşmaya olanak veren bir taşınmaz lehine irtifak hakkı (TMK madde 779) olabileceği gibi, üst hakkı da (TMK madde 726) olabileceği ifade edilmektedir. Ancak geçit hakkı, rehin hakkı gibi, taşmayla bağlantısı olmayan sınırlı aynı hak bu kapsamda değerlendirilemez. OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, İstanbul, 2009, s. 422, 424; AYAN, s. 338; Benzer şekilde, aynı zamanda komşu (taşılan) arsada paydaş olan taşın arsa maliki kişi de, paydaşlık hakkına istinaden taşama hakkının bulunduğunu ileri süremez, TEKİNAY, s. 598.

(5) Komşu arsa malikleri arasında irtifak hakkına dayanmayan bir sözleşme, sadece malikler açısından geçerli olup, maliklerin külli haleflerine karşı ileri sürülebilir. Sonraki müktesiplere (cüzi haleflere) karşı ileri sürülemez. Buna göre taşılan arsanın önceki malikinin resmi olmayan şekildeki (irtifak hakkına dayanmayan) rızasının, sonraki maliki bağlaması mümkün değildir, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 419; AYAN, s. 337-338; KARAHASAN, s. 580; İrtifak hakkı sözleşmesi tapu memuru önünde resmi şekilde yapılmış ve tapu siciline de tescil edilmiş olmalıdır (TMK m 780-781), EREN, s. 361.7

(6) AYAN, s. 335.

(7) YHGK 30.10.1991, 1-485/542; ÖZMEN, s. 88.

(8) ÖZKAYA, s. 694; Y. 1. HD. 5.7.2001, 7449/8356.

(9) Tüm bağımsız bölüm sahiplerinin davada yer alması gerektiğine dair, Y. 1. HD. 21.5.2007, 3610/5767.

(10) Y. 1. HD. 11.3.2002, 1903/3197.

(11) ÖZAYKUT, Salih, Mülkiyet Hakkına Dayalı Davalar, Ankara, 2014, s. 217; Y. 1.HD. 29.01.1993, 218/760.

(12) YHGK 30.10.1991, 1-485/542; ÖZMEN, s. 84; Aksi doğrultudaki, taşkın bina yapıldıktan sonra malik olan kimselere karşı temlikten tescil veya irtifak hakkı fesisi talebinde bulunulamayacağına dair Y. 14. HD. 23.5.2006, 4530/5830, SURLU, 261-262; Y. 14. HD. 22.11.2001, 7460/8116, SURLU, s. 276; Y. 14. HD. 11.10.2001, 5364/6567, SURLU, s. 277.

(13) TEKİNAY, s. 612.

(14) Y. 1. HD. 4.4.2013, 1058/4933.

(15) Y. 1. HD. 21.10.2014, 17188/16089.

(16) YHGK 29.4.2009, 14-68/149; SURLU, s. 287.

(17) Arazi kayması sınır değişikliğini gerektirmez (TMK madde 709). Arazi kaymasının sınır değişikliğine yol açmayacağı ilkesi, yetkili makamlarca heyelan bölgesi olduğu belirlenen yörelerde uygulanmaz (TMK m 710/1).

(18) YHGK 29.3.2006, 1-63/116; Bir olayı bilmeyen bir kimsenin bilgisizliği onun kendi kusurundan ileri gelyorsa, o kişi iyi niyete dayanamaz. Burada kusur ve özenin ölçüsü objektiftir, KARAHASAN, s. 586.
(19) Asıl olan iyi niyet olduğundan, aksini iddia edenin ispatla yükümlü tutulması gerektiğine dair görüş için bk. AYAN, s. 342. Kanımca burada, olağan olmayan (taşkın) yapıyı yapanın iyiniyetli olduğunu ispat etmesi gerekir.

(20) Y. 1. HD. 5.7.2001, 7449/8356.

(21) Y. 14. HD. 14.3.2002, 1087/1820.

(22) ÖZMEN, s. 66-67; ÖZKAYA, s. 694-695, 771; AYAN, s. 342; SURLU, s. 233.

(23) Y. 14. HD. 2.7.2001, 7825/7960.

(24) AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku II, Mülkiyet, Konya, 2014, s. 283, 286; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 384-385; ŞİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2013, s. 410-411.

(25) Davalı tarafa 3402 Sayılı Kadastro Kanunu'nun 41.maddesi uyarınca varsa tescimat (kayma) hatasının düzeltilmesi yönünde Kadastro Müdürlüğü nezdinde işlem yapmak üzere olanak tanınması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğine dair YHGK 6.4.2011, 2010/1-700, 65. Aynı şekilde, tescimat hatasının düzeltilmesi için açılan dava sonucunun, yıkım davasında beklenmesi gerektiğine dair Y. 1. HD. 1.2.2012, 2011/9715, 664.

(26) "...Yargıtay H.G.K.'nın 18.11.2009 gün ve 2009/4-383 E., 2009/517 K.: H.G.K.'nın 16.6.2010 gün ve 2010/4-349 E. 2010/318 K sayılı kararlarında da vurgulandığı gibi; Tapu işlemleri kadastro tesbit işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden işlemler olduğundan ve tapu kütüğününün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleriyle tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan TMK'nın madde 1007 anlamında devletin sorumlu olduğunun kabulü gerekir...". Y. 20. HD. 5.5.2015, 2450/3659; Y. 5. HD. 27.10.2014, 15878/24009; Yargıtay eski tarihli kararında, kadastro çalışma ve faaliyetleri sırasındaki hatalı işlemler nedeniyle devletin sorumluluğuna gidilemeyeceğini, ancak, kadastro sonucunun tapu siciline yanlış işlenmesinin, tapu sicili tutulması faaliyetlerinden olduğunu ve bu durumda devletin sorumlu tutulabileceğini kabul etmiştir, Y. 4. HD. 22.2.1976, 1974/12675, 1745 ve YHGK 26.11.1980, 1978/4-624,

(27) Y. 1. HD. 17.5.2004, 5416/5831.

(28) ÖZMEN, s. 73-74. Yargıtay, taşkın yapı sahibine karşı açılan ecirimsil davasının kötü niyetin ispat edilememesi nedeniyle reddinden sonra, iyi niyetin varlığı bakımından kesin hükmün oluşmayacağı düşüncesindedir, ÖZMEN, s. 64-65.

(29) TEKİNAY, s. 612.

(30) "...1970'li yıllarda meydana geldiği o tarihlerden beri, davalıların taşınmazı bu şekilde satın almak suretiyle kullandıkları ve bu süre içerisinde davacı tarafından davalılara bir ihtar çekilmediği gibi taşınmazın kullanılmasına göz yumulmuş olması, kullanmaya muvafakat olarak değerlendirilmeli ve kabul edilmelidir...", Y. 1. HD. 4.12.2008, 10469/12788.

(31) SİRMEN, s. 434. TEKİNAY, s. 611-612, 614; KARAHANAN, Mustafa Reşit, Mülkiyet Hukuku, C 1, s. İstanbul, 1999, s. 609.

(32) Yüklenicinin veya temsilcinin kötü niyetinin arsa sahibine de sırayet edeceğine dair görüş için bk. SİRMEN, s. 434. Hatta inşaat arsasını ölçen ve projeyi yapan veya uygulayan mimarın ya da diğer teknik elemanların hataya düşmesi halinde de yapı sahibinin iyi niyetli kabul edilmeyeceği ileri sürülmektedir. Aksi takdirde inşaat yaptırılan arsa sahiplerinin teknik inceleme yeteneğinden yoksun olmaları nedeniyle daima iyi niyetli sayılmaları gerekeceği düşüncesiyle böyle bir görüşün ortaya çıktığı anlaşılmaktadır, TEKİNAY, s. 602. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü burada subjektif iyi niyetin varlığı aranmaktadır. Ayrıca hiç kimse, taşkın yapı imalatı konusunda talimat ve yetki vermesi söz konusu olmadıkça, başkasının zarar verici davranışı nedeniyle, ceza niteliği ağır basan yıkım gibi ağır bir sonuca katlanmak zorunda bırakılamaz. Yüklenici veya kontrol mühendisine, taşkın yapı yapmak üzere bir yetki verilmesi söz konusu değilse, yetkisiz temsilci (TBK madde 46-47) konumundaki söz konusu kişilerin davranışı arsa sahibini bağlamaz (Ayrıca vekalet sözleşmesine aykırı tutum için bk. TBK madde 502 vd; Eser sözleşmesi bakımından TBK madde 470 vd.)

(33) ÖZMEN, s. 50, 83.

(34) Y. 1. HD. 22.5.2002, 3798/6571; Y. 1. HD. 27.6.2002, 6195/8019; Y. 1. HD. 4.12.2008, 10469/12788.

(35) Y. 14. HD. 3.7.2006, 6217/7799.

(36) İİK madde 30 hükmüne göre ilamın infazı icra dairesi tarafından başkasına yaptırılmakta iken, TBK madde 113 hükmüne göre, alacaklının masrafı borçluya ait olmak üzere işi başkasına yaptırması söz konusudur. TBK madde 113 alacaklıya ilave bir imkân tanıyarak edimin ifası bizzat alacaklı tarafından mümkünse, alacaklıyı ifaya yetkili kılmaktadır.

(37) UYAR, Talih, İİK Şerhi, C 2, s. 2784.

(38) "...İlamların infazı sırasında icra müdürlüklerince ilamın hüküm kısmı dikkate alınarak kararların infazının yapılması gereklidir. İcra dairesi, ilamların hüküm bölümünün aynen infazla görevlidir. Sınırlı yetkili icra mahkemesinin hükmünde yer almayan bir hususu yorum yoluyla ilama eklemesi ya da var olan bir hususu çıkarması olanağı yoktur. Bu bakımdan takibe konu ilamın hüküm kısmı ilamı icranın şeklini de belirler. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.12.2005 gün ve E:2005/12-730, K:769; 25.6.2008 gün ve E:2008/12-451, K:453; 17.6.2009 gün ve E:2009/12-239, K:2009/268 sayılı ilamları). Bunun yanında, ilamın icra dairesince infazı özellikle ilama aykırı ise, borçlu ilama aykırı infaz işleminin iptali veya düzeltilmesi için icra mahkemesine şikayet yoluna başvurabilir (İİK'nın 41., 16.maddeleri). Şikayeti inceleyecek icra mahkemesinin yetkisi ise sınırlıdır. Bu nedenledir ki, yerleşik yargısal uygulamada, ilamların infaz edilecek kısmının, hüküm bölümü olduğu, hükmün içeriğinin aynen infazı gerektiği ve gerek icra dairesi ve gerekse sınırlı yetkili icra mahkemesinin ilamın infaz edilecek kısmını yorum yolu ile belirleme yetkisine sahip olmadığı kabul edilmiştir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.10.1997 gün ve E:1997/12-517, K:1997/776; 22.03.2006 gün ve E:2006/12-92, K:2006/85; 25.06.2008 gün ve E:2008/12-451, K:2008/453; 03.03.2010 gün ve E:2010/12-124, K:2010/110 sayılı ilamları).

Nihayet, şikayeti inceleyecek icra mahkemesinin yetkisi dar ve sınırlı ise de, icra dairesince yapılan infazın ilama uygun yapıp yapılmadığını denetleyebileceği gibi gerektiğinde mahallinde keşif yapmak suretiyle ilama uygun infazın yapılmasını da sağlayabilir...", YHGK 6.2.2013, 2012/12-603, 211.

(39) Ayrıca, icra mahkemesince verilen kararlar (istihkak, ihalenin feshi isteminin reddi hariç) kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden bu kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamaz. HMK madde 375 gereğince yargılamanın iadesi istenilebilecek kararlar aynı kanunun 303.maddesi anlamında kesin hüküm niteliği taşıyanlardır, Y. 12. HD. 4.7.2013, 17849/25197.

(40) Müşterek veya iştirak halindeki maliklerden birinin itirazı dahi yeterlidir, ÖZMEN, s. 49-40. Aynı şekilde, tecavüzde bulunan taşınmazın paydaşlarından birine ulaştırılan itiraz, diğerleri için de hüküm doğurur, ÖZMEN, s. 41.

(41) G. AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s. 538; KARAHANAN, s. 585 ve oradaki doktrin görüşleri; Y. 1. HD. 14.6.2010, 6140/6941.

(42) SEROZAN, Rona, Komşunun Arsasına Taşın Yapı, İstanbul, 1977, s. 9.

(43) AYAN, s. 340; TEKİNAY, s. 599.

(44) ÖZKAYA, s. 689.

(45) "... iyi niyetle yapılanmanın kanıtlanması halinde imarca ifraza olanak bulunup bulunmadığı hususunun saptanması ve sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekir..."; YHGK 30.10.1991, 1-485/542; Y. 1. HD. 5.7.2001, 7449/8356; Y. 1. HD. 14.6.2010, 6140/6941.

(46) Y. 1. HD. 8.5.2002, 5237/5918; Y. 1. HD. 11.3.2004, 1879/2786.

(47) ÖZKAYA, temelde bir taşkınlık bulunmadığı halde üstte çıkıntı, balkon ve toprak altında bir galeri şeklindeki tecavüz var ve arsa mülki de fazla mağdur edilmeyecekse irtifak tesisinin mümkün olduğu görülmüştür, ÖZKAYA, s. 690, 698.

(48) ÖZKAYA, s. 697 ve aynı sayfada Y. 1. HD. 3.10.1988, 6882/10257.

(49) ÖZKAYA, s. 698.

(50) Y. 1. HD. 9.3.2009, 1146/2951.

(51) ÖZMEN, s. 54; "...Davalı tarafından el atılan taşınmaz malın değeri, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri nazara alınarak dava tarihindeki değeri saptanmalıdır...", Y. 3. HD. 6.10.2005,

7866/9610.

(52) "...Dosya kapsamında, davalılara ait 142 numaralı parselde bulunan binanın davacıya ait 121 numaralı parselde tecavüzü sabit olup, bu konuda bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Her ne kadar davada, tecavüz nedeniyle yapılan binada meydana gelen küçülme nedeniyle oluşan maddi zararın tazmini istenilmiş ise de; "çoğun içinde azın da bulunduğu" ilkesi gereğince, davacının arsanın küçülmesine ilişkin zararının hüküm altına alınması gerekir..."; Y. 4. HD. 28.6.2011, 2010/7062, 7544.

(53) TEKİNAY, s. 613.

(54) ÖZKAYA, s. 699; ÖZMEN, s. 55.

(55) ÖZMEN, s. 55.

(56) Y. 1. HD. 21.10.2014, 17188/16089.

(57) ÖZKAYA, s. 694; AYAN, s. 345.

(58) AYAN, s. 345.

(59) ÖZMEN, s. 80.

(60) ÖZMEN, s. 80.

(61) AYAN, s. 335-336; SİRMEN, s. 432; EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2014, s. 360.



Çeşitli konularda güncel Yargıtay kararları ile ilgili incelemeler

Av. Talih Uyar

Aldatan eş ile birlikte olan davalının, doğrudan aldatılan eşin (davacının) bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunduğundan söz edilemeyeceği ve haksız fiil sorumluluğunu, geniş ve belirsiz bir kavram olan sadakat yükümlülüğünü ihlal etmeye iştirak çerçevesinde değerlendirmenin, bu sorumluluğu belirsiz hale getireceği, davalının eylemi, davacının kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte bir eylem olarak kabul edilemeyeceğinden, davacının manevi tazminat isteminin tümünden reddine karar verilmesi gerekeceği-

Davacı... Vekili Avukat... tarafından, davalı... Aleyhine 15.03.2013 gününde verilen dilekçe ile manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 15.04.2014 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, kişilik haklarına saldırı nedeni ile uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece istemin bir bölümü kabul edilmiş, karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalının kendisi ile evli olduğunu bildiği halde dava dışı eşi ile birlikte olduğunu, eyleminin kişilik haklarına saldırı niteliğinde bulunduğunu iddia ederek, uğradığı manevi zararın ödetilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalı, davacının iddialarını kabul etmediğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, toplanan delillere göre davalının, davacının eşi ile evli olduğunu bilerek birlikte olduğu hususu sabit görülerek davanın kısmen kabulü ile davacı eş yararına manevi tazminata hükmedilmiştir.

TMK'nın 185. maddesine göre "Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Eşler birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." Aynı kanunun 174. maddesine göre de "Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir. Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir."

Evlenmeyle eşler arasında kurulan aile birliğinin taraflara yüklediği ödevlerin ihlali veya yerine getirilmemesi

durumunda bu yükümlülüğü yerine getirmeyen eş yönünden Türk Medeni Kanunu'ndaki sonuçları, boşanma ve boşanma sebebi olması durumunda, bu olaylar yüzünden kişilik haklarının saldırıya uğraması halinde manevi tazminat talep edilebileceğidir. BK 41 (TBK 49). maddesine göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Yine 49 (TBK.58) maddesinde "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir." Haksız fiile dayalı bir borcun doğabilmesi için, hukuka aykırı bir fiil bulunmalı, fiili işleyen kusuru olmalı, sonuçta bir zarar doğmalı, zarar ile işlenen fiil arasında da uygun nedensellik bağı bulunması gerekir. Somut olaya gelince, davalının ve dava dışı eşin davacıya yönelik ve bütün olarak aldatma mahiyetindeki davranışlarının manevi tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğinin tartışılması gereklidir.

Yukarıda incelenen yasa maddeleri uyarınca, davacının dava dışı eşinin evlenmeyle eşe yüklediği ödevler arasında bulunan sadakat yükümlülüğünü ihlali nedeniyle, kanunun 185. ve 174. maddeleri uyarınca boşanma sebebi ve istek halinde manevi tazminatı gerektirir nitelikte olduğu kuşkusuzdur. Düzenleme, dava dışı eşin evlenme ile kurulan aile birliğinin tarafı olması sıfatından kaynaklanmaktadır. Zira dava dışı eş kendi iradesi ile bu birliğin tarafı olmayı kabul etmiş ve yasanın kendisine tanıdığı hak ve yükümlülükler altına girmiştir.

Davalının eyleminin manevi tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğine gelince, davalının doğrudan

davacının bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunduğundan söz edilemez. Söz konusu kanunda yükümlülüğünün ihlal eden eşin eylemini birlikte gerçekleştirdiği kişiler yönünden herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Dava konusu eylemin gerçekleştiği tarih itibariyle yürürlükte bulunan 818 sayılı müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerinin de uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Zira söz konusu kanunun 50. maddesinde haksız fiil nedeniyle müteselsilen sorumluluğuna gidilebilecekler gösterilmiştir. Yukarıda açıklanan yasal duruma göre, davalı zararın meydana gelmesinden asli olarak sorumlu tutulamaz. Yine kanun hükmünün aradığı anlamda iştirak hali de söz konusu olamaz. Zira iştiraken işlenebilir bir eylemin varlığının kabul edilebilmesi için, eylemin müstakilen ve asli olarak da işlenebilir olması gerekir. Ayrıca haksız fiil sorumluluğunu, geniş ve belirsiz bir kavram olan sadakat yükümlülüğünü ihlal etmeye iştirak çerçevesinde değerlendirmek, bu sorumluluğu belirsiz hale getirecektir. Açıklanan nedenlerle, 49 (TBK.58) maddesine göre, davalının eylemi, davacının kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte bir eylem olarak kabul edilemez. Mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davacının manevi tazminat isteminin tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle, yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç: Temyiz edilen kararın yukarıda gösterilen nedenlerle "bozulmasına", bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 21.03.2016 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

Karşı oy yazısı: Dava, kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat ödenebilirliği istemine ilişkindir. Mahkemece, istemin bir bölümü kabul edilmiş; davalı tarafından temyiz edilen hüküm, Dairemiz çoğunluğunca manevi tazminat isteminin tümünden reddine karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

Somut olayda; davalının davacının eşi ile duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği tarafların ve mahkemenin kabulündedir. Sorun, bu durumun davacının kişilik haklarına saldırı oluşturup oluşturmadığı ve saldırı oluşturuyorsa bundan davalının sorumlu olup olmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Hukukumuzda borçların kaynağı; sözleşme, haksız fiil, sebepsiz iktisap ya da bir kanun hükmü olarak kabul edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nda sorumluluk nedenleri arasında düzenlenen haksız fiil, hukuka aykırı bir eylemle başkasına zarar verilmesidir. Eldeki dava, açıklanan sorumluluk kaynaklarından Türk Borçlar Kanunu'nun 58. (Borçlar Kanunu 49. madde) maddesinde ifadesini bulan haksız eyleme dayalıdır.

Gerek Anayasamızda, gerek Türk Medeni Kanunu'nda aile, toplumun temel olarak kabul edilmiş ve aileyi koruyan hükümlere yer verilmiştir. Aile sadece mensubu olduğu kişiler için değil, toplum için de önemlidir. Hem yazılı hukuk düzenimizde hem de örf ve adet hukukumuzda özel bir yere sahiptir.

Böylesi öneme sahip aile kurumuna mensup erkekle evli olduğunu bilerek kurulan duygusal ve cinsel ilişkinin, aile kurumuna ve onun mensubu olan kişilere vereceği zarar kaçınılmazdır.

Davalının da bunu öngörmemiş olduğu düşünülemez. Bu nedendir ki evli kişilerle ilişki uzun süre suç sayılmış ve aile kurumu bu yolla koruma altına alınmak istenmiştir. Bu tür eylemlerin, daha sonraki yasal düzenlemelerle suç olmaktan çıkarılmış olması, bu eylemin ahlaka aykırılığını ve dolayısıyla haksızlığını ortadan kaldırmayacaktır.

Diğer taraftan, eşler evlilik birliğini kurmakla birbirlerine sadakat borcu altına girdikleri gibi, mensubu oldukları aile birliğine karşıda sorumluluk altına girerler. Davacının eşinin evli olmasına rağmen bir başkası ile cinsel ve duygusal ilişkiye girmesi, evlilik sözleşmesi ile bağlandığı, sadakat borcu altına girdiği eşine karşı haksız eylem niteliğindedir. Davalı kadın da, evli olduğunu bilerek davacının eşine gayri resmi ilişkiye girmek suretiyle, gerek yasalarca, gerek örf ve adet hukukunca korunmayan haksız bir davranış içine girmiştir. Bu davranış da açıkça haksız eylem niteliğindedir.

Eş söyleyişle, esasen dava dışı eşin evlilik birliğinin gerektirdiği sadakat yükümü bulunmakla birlikte, onun evli olduğunu bilen ve buna rağmen onunla birlikte ilişkiye giren davalı kadının da dava dışı kocanın sadakatsizlik eylemine katıldığına, her ikisinin de bu haksız eylemlerinden birlikte ve müteselsilen sorumlu olduklarında kuşku bulunmamaktadır. O halde Türk Borçlar Kanunu'nun 61. (Borçlar Kanunu'nu 50. madde) maddesinde düzenlenen birden fazla şahsın müşterek kusurlarıyla bir zarara yol açmaları, diğer bir deyişle tam teselsül hali mevcut olup, davalı doğan zarardan davacının eşi ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Hal böyle olunca; mahkemece,

davalının açıklanan şekilde gerçekleşen eyleminden sorumluluğu kabul edilerek davacı eş yararına tazminat hükmü kurulması gerekir. Bu nedenle Dairemizin bozma kararına katılmıyoruz. 21.03.2016 4. HD. 21.03.2016 T. E: 2015/2721, K: 3585 (www.e-uyar.com)

*

İcra emrinin iptali talebiyle yapılan şikâyet başvurusunda İcra Hukuk Mahkemesince şikâyet dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden dosya üzerinden karar verilmesi halinde, adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olacağı-

1. Başvurunun konusu

1. Başvuru, icra emrinin iptali talebiyle yapılan şikâyet başvurusunda İcra Hukuk Mahkemesi'nce şikâyet dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeden dosya üzerinden karar verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası ilişkindir.

1. Başvuru süreci

2. Başvuru 14.6.2013 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. 2013/4074 numaralı bireysel başvuru dosyasının konu yönünden hukuki irtibatı nedeniyle 2013/4073 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine, incelemenin bu dosya üzerinden yürütülmesine karar verilmiştir.

4. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonu'na 17.2.2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından 11.7.2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığı'na (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü 7.8.2014 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne sunmuştur.

7. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesi'ne sunulan görüş, birinci başvurucuya 14.8.2014 tarihinde, ikinci başvurucuya 9.5.2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını sırasıyla 18.8.2014 ve 21.5.2014 tarihlerinde ibraz etmişlerdir.

1. Olay ve olgular

1. Olaylar

7. Başvuru formu ve ekleri ile başvuruya konu yargılama dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucular tarafından davalı Isparta İl Özel İdaresi aleyhine Isparta İş Mahkemesi'nde açılan fazla çalışma ücreti alacağının tahsili istemli davada Mahkemece 28.12.2011 tarihli ve E.2010/273, K.2011/518 sayılı karar ile başvuru Mehmet Ali Bedir lehine 400 TL vekâlet ücreti ile 49,05 TL yargılama giderine, 28.12.2011 tarihli ve E.2010/248, K.2011/507 sayılı karar ile başvuru Tevfik Günay lehine 400 TL vekâlet ücreti ile 47,05 TL yargılama giderine hükmedilmiştir.

9. Başvurucular, anılan kararlarda hükmedilen vekâlet alacağı ile yargılama giderinin tahsili için Ankara 14. İcra Müdürlüğü'nün E.2013/2380 sayılı ve E.2013/2396 sayılı dosyalarında ilamli icra takipleri başlatmışlardır.

10. İcra Müdürlüğü, takip borçlusu İsparta İl Özel İdaresi'ne icra emirleri göndermiş; borçlu idare vekili ise takip dayanağı İsparta İş Mahkemesinin E.2010/273 sayılı ve E.2010/248 sayılı dosyalarında, yargılamanın başından sonuna kadar davalı vekili olarak yer almasına ve vekille takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılmasının zorunlu olmasına rağmen vekil sıfatıyla kendisi yerine doğrudan borçlu idareye icra emri gönderilmesinin kanuna aykırı olduğunu belirterek Ankara 5. İcra Hukuk Mahkemesi nezdinde şikâyet başvurularında bulunmuş ve icra emirlerinin iptalini talep etmiştir.

11. Ankara 5. İcra Hukuk Mahkemesi, dosya üzerinden yaptığı inceleme sonucunda 2.5.2013 tarihli ve E.2013/286, K.2013/604 sayılı ve 3.5.2013 tarihli ve E.2013/283, K.2013/613 sayılı kararlar ile şikâyetlerin kabulüne ve icra emirlerinin iptaline kesin olarak karar vermiştir. Mahkeme, şikâyet dilekçelerini başvuruçulara tebliğ etmemiş ancak gerekçeli kararında başvuruçuları davalı olarak gösterip bu dosyalar nedeniyle vekâlet ücreti ile yargılama gideri ödemeye mahkûm etmiştir. Kararların gerekçelerinin ilgili ortak kısımları şöyledir:

"İİK'nın 18/3 ve HMK 320/1 maddelerine göre, şikâyet konusu işlemi yapan icra dairesinin açıklama yapmasına ve duruşma yapılmasına gerek olmadığı takdir edilerek evrak üzerinde inceleme yapılmıştır.

...

7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 11, Avukatlık Kanunu'nun 41,171 ve HMK.73. maddeleri gereğince vekil ile takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılması zorunludur.

Somut olayda; takip dayanağı ilam kapsamında davacı/borçlu idarenin kendisini vekille temsil ettirdiği belirgindir. Takip dosyasında icra emrinin vekil yerine asile tebliğ olunması anılan yasa hükümlerine aykırı olduğundan şikâyetin kabulüne, borçlu idare adına gönderilen icra emrinin iptaline karar vermek gerekmiş, aşağıdaki hüküm kurulmuştur."

12. Kesin nitelikli bu kararlar 15.5.2013 tarihinde başvuruçulara tebliğ edilmiş, başvuruçular 14/6/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

1. İlgili Hukuk

13. 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 16. maddesi şöyledir: "Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere İcra ve İflâs dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikâyet olunabilir. Şikâyet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır. Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir."

7. 2004 sayılı kanunun 17. maddesi şöyledir: "Şikâyet İcra Mahkemesi'nce, kabul edilirse şikâyet olunan muamele ya bozular, yahut düzeltilir. Memurun sebepsiz yapmadığı veya geciktirdiği işlerin icrası emrolunur."

8. 2004 sayılı Kanun'un 18. maddesi şöyledir: "İcra mahkemesine arz edilen hususlar ivedi işlerden sayılır ve bu işlerde basit yargılama usulü uygulanır. Şu kadar ki, talep ve cevaplar dilekçe ile olabileceği gibi icra mahkemesine ifade zapt ettirmek suretiyle de olur.

Aksine hüküm bulunmayan hâllerde icra mahkemesi, şikâyet konusu işlemi yapan icra dairesinin açıklama yapmasına ve duruşma yapılmasına gerek olup olmadığını takdir eder; duruşma yapılmasını uygun gördüğü takdirde ilgilileri en kısa zamanda duruşmaya çağırır ve gelmeseler bile gereken kararı verir. Duruşma yapılmayan işlerde icra mahkemesi, işin kendisine geldiği tarihten itibaren en geç on gün içinde kararını verir. Duruşmalar, ancak zorunluluk hâlinde ve otuz günü geçmemek üzere ertelenebilir.”

9. 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesi şöyledir:

“(1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.

(2) Bu hak;

- a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,
- b) Açıklama ve ispat hakkını,
- c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir.”

10. 6100 sayılı Kanun'un 317.

maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Dava açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçe ile olur.”

1. İnceleme ve gerekçe

11. Mahkemenin 21.1.2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun iddiaları

12. Başvurucular, Isparta İş Mahkemesi'nce lehlerine hükmedilen vekâlet ücreti ile yargılama giderinin tahsili için başlattıkları ilamlı icra takiplerine karşı borçlu tarafından yapılan şikâyet başvuruları üzerine İcra

Hukuk Mahkemesi'nce şikâyet dilekçeleri kendilerine tebliğ edilmeden ve duruşma açılmaksızın dosya üzerinden inceleme yapılarak aleyhlerine karar verildiğini, söz konusu yargılamalardan gerekçeli kararların tebliğiyle birlikte haberdar olduklarından savunma haklarını kullanamadıklarını belirterek adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştü; ihlalin tespiti ve tazminat talebinde bulunmuşlardır.

B. Değerlendirme

13. Başvuru dilekçesi ve ekleri incelendiğinde başvurucuların temel iddialarının, tarafı oldukları yargılamada iddia (şikâyet) hakkında bilgi sahibi olma ve karşı tez ile delillerini sunma hakkından yoksun bırakılmalarına ilişkin olması nedeniyle başvuru; adil yargılanma hakkı kapsamında silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi yönünden incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

14. Başvurucuların, adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiasına dayanan şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden İnceleme

15. Başvurucular, mahkeme tarafından lehlerine hükmedilen vekâlet ücreti ile yargılama giderinin tahsili için başlattıkları ilamlı icra takiplerine karşı borçlu tarafından yapılan şikâyet başvuruları üzerine İcra Hukuk Mahkemesi'nce şikâyet dilekçeleri kendilerine tebliğ edilmeden ve dosya üzerinden yapılan incelemeyle aleyhlerine karar verildiğini belirterek adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

16. Bakanlığın görüş yazısında, adil

yargılama hakkı kapsamında yer alan güvencelerden birinin silahların eşitliği ilkesi olduğu, bu ilke gereği davanın taraflarından birinin diğeri karşısında zayıf duruma düşürülmemesi gerektiği, adil yargılanma hakkının bir diğeri ögesi olan çelişmeli yargılanma hakkı gereğince de davanın taraflarına, ileri sürülen deliller ve sunulan görüşlerle ilgili bilgi sahibi olma ve mahkemenin kararını etkilemek amacıyla bunlarla ilgili görüş bildirme imkânı verilmesi gerektiği ifade edilerek başvuruçuların şikâyetleri incelenirken bu hususların göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde beyanda bulunulmuştur. Başvuruçular, Bakanlık görüşüne katıldıklarını bildirmiştir.

17. Anayasanın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

18. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir."

19. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında ilgili hükmü, sözleşmenin 6. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)

içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle sözleşmenin lafzi içeriğinde yer alan ve AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi gibi ilke ve haklara, Anayasanın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (Güher Ergun ve diğ.leri, B. No: 2012/13, 2.7.2013, § 38).

20. "Hakkaniyete uygun yargılanma"nın temel unsuru, yargılanmanın "çelişmeli" olması ve taraflar arasında "silahların eşitliği"nin sağlanmasıdır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Rowe ve Davis/Birleşik Krallık [BD], B. No: 28901/95, 16/2/2000, § 60). Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılanmanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Bu anlamda mahkemece tarafların dinlenilmemesi, taraflara delillere karşı çıkma imkânı verilmemesi, yargılama faaliyetinin hakkaniyete aykırı hâle gelmesine neden olabilecektir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bk. Ruiz-Mateos/İspanya, B. No: 12952/87, 23.06.1993, § 63; Feldbrugge/Hollanda, B. No: 8562/79, 29.05.1986, § 44).

21. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğ.lerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir (Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16.5.2013, § 32).

22. Silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısı olan çelişmeli yargılama ilkesi, kural olarak bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkânı vermektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. J.J./Hollanda, B. No: 9/1997/793/994, 27.3.1998, § 43; Vermeulen/Belçika, B. No: 19075/91, 20.2.1996, § 33).

23. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında da uygun imkânların tanınması gerekir. Bu anlamda delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddiaları da yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilecektir (Yüksel Hançer, B. No: 2013/2116, 23.1.2014, § 19).

24. AİHM, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığını denetlerken somut olayda şikâyet konusu eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığına bakmaktadır (Kremzov/Avusturya B. No: 12350/86, 21.9.1993, § 75).

25. Bu bakımdan daha önce ulaşılamayan bilgi ve belgeler üst yargılama aşamasında ulaşılmış ve bunlara karşı iddia ve itirazlar dile getirilmiş ise silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılmayabilir. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kapsamındaki görevi, somut olayın usul kurallarına uygunluğunu denetlemek değil, adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin somut olayda ihlal edilip edilmediğini denetlemektir (Durmaz Oto, Petrol

Ürünleri İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti. (4), B. No:2013/251, 10.6.2015, s. 22).

26. Somut olayda başvuru icra tarafından başlatılan ilamlı icra takiplerine karşı takip borçlusunun icra emirlerinin iptali talebiyle yaptığı şikâyet başvuruları üzerine Mahkemenin, şikâyet dilekçelerini başvuru icra tebliğ etmeden dosya üzerinden yaptığı inceleme sonucunda şikâyetleri kabul ederek icra emirlerinin iptaline kesin olarak karar verdiği anlaşılmıştır.

27. Başvurular, başlatıldığı icra takipleri hakkında borçlu tarafından İcra Hukuk Mahkemesi'ne yapılan başvurulara ilişkin şikâyet dilekçelerinin kendilerine tebliğ edilmediğini, bu sebeple tarafı oldukları yargılama savunma yapma ve delil bildirme imkânından mahrum bırakıldıklarını belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakları ile hukuki dinlenme haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

28. 6100 sayılı kanunun 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenme hakkı; davalının davadan haberdar edilme, davaya ilişkin açıklama yapma ve delil bildirme hakkını güvence altına almaktadır. Bu hak bir anlamda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama hakkı ile de ilgilidir. Buna göre mahkeme davalıya savunma hakkını kullanma imkânı vermeden davanın esasıyla ilgili değerlendirme yapamayacaktır. Bu hakkın kullanılabilmesinin usul hukuku açısından en önemli sonucu; dava veya şikâyet dilekçesinin, içeriğindeki iddialara muhatap olan süjeye yani davalı veya karşı tarafa tebliğinin zorunlu olduğu olgusudur.

29. 2004 sayılı kanunun 16. maddesinde icra ve iflâs dairelerinin,

kanuna aykırı olan veya hadiseye uygun bulunmayan işlemlerinin iptali veya düzeltilmesi için icra mahkemesine şikâyette bulunulabileceği, aynı kanunun 18. maddesinde ise şikâyet davasında basit yargılama usulünün uygulanacağı; talep ve cevapların, dilekçe ile veya mahkemece tutanağa bağlanmak suretiyle sözlü olarak bildirilebileceği düzenlenmiştir.

30. Şikâyet müessesesi, icra dairesinin somut işlemine karşı bir denetim işlevi yerine getirir ve şikâyet olunan aslen icra dairesidir. Ancak inceleme sonunda şikâyet konusu işlemin iptali veya düzeltilmesi kararı verilmesi hâlinde bu işlem lehine olan kimsenin hukuksal durumu doğrudan etkileneceğinden bu kişilerin de zorunlu olarak davalı konumda bulunması gerekmektedir. Nitekim yerleşik yargısal uygulamalarda olduğu gibi başvuru konusu davalarda da takip alacaklısı sıfatıyla başvurucular, mahkeme kararlarında davalı olarak gösterilmiştir.

31. Başvuru konusu davalara ilişkin olarak icra emirlerinin iptali istemiyle Ankara 5. İcra Hukuk Mahkemesi'ne yapılan şikâyet başvurularında mahkeme, şikâyet dilekçelerini takip alacaklıları olan başvuruculara tebliğ etmeden dosya üzerinden değerlendirme yapmak suretiyle icra emirlerinin iptaline kesin olarak karar vermiştir. Başvurucular ancak gerekçeli kararların tebliği ile birlikte şikâyet başvurularından haberdar olduklarından, şikâyetler hakkında bilgi sahibi olamamış ve buna karşı savunma ve delillerini mahkeme önünde dile getirme hakkından mahrum kalmışlardır. Öte yandan başvuru konusu kararlar miktar itibarıyla kesin nitelikte olduğundan başvurucular, savunma ve delillerini bir üst mahkemede ileri sürme

imkânı da bulamamışlardır.

32. Mahkeme, icra dosyalarını inceleyerek şikâyet başvurularında bulunan tarafın talebi doğrultusunda karar vermiş; başvurucuların, dilekçe içerikleri ve toplanan deliller hakkında bilgi edinmelerine, bunlara karşı çıkmalarına ve delil sunmalarına imkân tanımayarak diğer tarafı yargılamalarda üstün bir konuma getirmiştir. Bu açıdan söz konusu eşitsizliğin yargılamaları adil olmaktan yoksun kıldığı ve başvurucular açısından silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

33. Başvuru dilekçelerinde, başvuru konusu yargılamalarda dosya üzerinden karar verilerek duruşmalı yargılanma hakkının da ihlal edildiği ileri sürülmüş ise de yargılama sırasında "silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama" ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığından adil yargılanma hakkı kapsamındaki anılan şikâyet yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

34. Açıklanan gerekçelerle başvurucuların Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. 3. 6216 sayılı kanunun 50. maddesi yönünden.

35. Başvurucular, anayasal haklarının ihlal edildiğinin tespiti ve yeniden icra takibi yapmalarından kaynaklanan masraf olan 540,88'er TL'yi tazminat olarak talep etmişlerdir.

36. 30.3.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesi şöyledir:

(1) Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.

37. Başvuru konusu olaylarda, ihlale neden olan kararlar sonrasında başvuru yeni icra takipleri başlatmışlardır. Bu sebeple yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığından bilgi edinilmesi için kararın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

38. Tespit edilen ihlal; yargılama sonucunda verilen kararların değil, yargılama süreçlerinin adil olmadığına yöneliktir. Başvurucuların tazminat talepleri ise mahkeme kararı nedeniyle başlattıkları yeni icra takipleri için yaptıkları masraflara ilişkin olduğundan ileri sürülen zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmaması nedeniyle başvurucuların tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

39. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 396,70 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.196,70 TL yargılama giderinin başvuruculara müşterek olarak ödenmesine karar verilmesi gerekir.

1. Hüküm

Açıklanan gerekçelerle;

1. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın "kabul edilebilir olduğuna",
2. Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının "ihlal edildiğine",
3. Başvurucuların tazminat taleplerinin "reddine",
4. 396,70 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.196,70 TL yargılama giderinin "başvuruculara müştereken ödenmesine",
5. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucuların Maliye Bakanlığı'na başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için "yasal faiz uygulanmasına",
6. Kararın bir örneğinin Ankara 5. İcra Hukuk Mahkemesi'ne "gönderilmesine",
7. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına "gönderilmesine" 21.1.2016 tarihinde "oy birliğiyle" karar verildi.

Anayasa Mahkemesi Kararı 21.06.2016
T. BAŞVURU NO: 2013/4073
(www.e-uyar.com)

*

Taşınmazın usulüne uygun olarak haczedildiğinin kabullü için icra müdürlüğüne "haciz kararı" verilmesi yeterli olup, haczin geçerliliği ve tamamlanmış sayılması için ayrıca tapu siciline şerh verilmesinin zorunlu olmadığı, tapuya haciz hususunun işlenmesinin "haczin kurucu unsuru"

olmayıp, "bildirici" nitelik taşıdığı; bu nedenle süresinde satış istenip istenmediği dolayısıyla satış tarihinde geçerli bir haciz bulunup bulunmadığı hususunun "haczin tapuya şerh verildiği tarih"e göre değil "haciz kararının verildiği tarih"e göre saptanması gerekeceği-

Mahkeme kararının onanmasını mutazammın 02.04.2015 tarih, 2014/33581 Esas - 2015/8169 karar sayılı daire ilamının müddeti içinde tashihen tetkiki borçlular tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Sair karar düzeltme nedenleri yerinde değil ise de;

Borçlunun diğer fesih nedenleri ile birlikte yasal süresi içinde satış istenmediğinden Konya 3. İcra Müdürlüğü'nün 2009/6791 esas ve 2009/6789 esas sayılı icra takip dosyalarında 02.10.2014 günü yapılan taşınmaz ihalelerinin feshi istemiyle icra mahkemesine başvurduğu; mahkemece davanın ispat edilmediği gerekçesiyle istemin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Takep tarihi itibarıyla uygulanması gereken İİK'nın 106. maddesi hükmü uyarınca; "Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden nihayet bir sene ve taşınmaz ise nihayet iki sene içinde satılmasını isteyebilir." Aynı kanunun 110. maddesine göre ise "Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar."

Hemen belirtmek gerekir ki yukarıda değinilen maddelerde yer alan satış isteme süreleri hak düşürücü nitelikte olup; icra müdürü satış talebinin öngörülen süreler içinde yapılıp yapılmadığını resen gözetmelidir. Satış isteme sürelerinin geçmesine rağmen, icra müdürünün satış talebini kabul etmesi, İİK'nın emredici nitelikteki anılan maddelerine aykırı bir durum yaratır.

Öte yandan, taşınmazın usulüne uygun olarak haczedildiğinin kabulü için icra müdürlüğüne haciz kararı verilmesi yeterli olup, haczin geçerliliği ve tamamlanmış sayılması için ayrıca tapu siciline şerh verilmesi zorunlu değildir. Konuya ilişkin tasarruf yetkisi kısıtlamalarının tapu kütüğüne şerh verilebileceğini hükme bağlayan TMK'nın 1010. maddesi emredici nitelikte olmayıp, aynı maddenin son fıkrası uyarınca haciz şerhi verilmekle, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. Tapuya işlenmesi, haczin kurucu unsur olmayıp bildirici nitelik taşır. Ne var ki 3. kişilere karşı ileri sürülebilmesi için haczin tapu siciline işlenmesi gerekmektedir.

Somut olayda, ihale konusu taşınmazların her iki icra takip dosyasından 09.07.2009 tarihinde haczine karar verildiği ve aynı tarihte haciz müzekkeresi yazıldığı, Tapu Sicil Müdürlüğü tarafından 12297 ve 12298 yevmiye ile 20.07.2009 tarihinde haciz şerhinin verildiği 11.07.2011 tarihinde satış talebinde bulunulduğu ve satış masrafinin 15.07.2011 tarihli makbuzla yatırıldığı görülmektedir. Bu durumda, 09.07.2009 olan haciz tarihinden itibaren 2 yıl olan satış isteme süresi geçmiş olduğundan ihale konusu taşınmazlar üzerindeki haciz düşmüş bulunmaktadır.

O halde, mahkemece, İİK'nın 110. maddesi gereğince, 2009/ 6791 ve 2009/6789 Esas sayılı takip dosyalarında 02.10.2014 günü ihaleleri yapılan mahcuz taşınmazlar üzerindeki haczin yasal sürede satış istenmediğinden kalktığı hususu dikkate alınarak, geçerli bir haciz olmaksızın satış kararı verilme sureti ile yapılan ihalelerin feshine karar verilmesi gerekirken haciz kararının verildiği tarih yerine haczin tapuya şerh verildiği tarihin haciz tarihi olarak kabulü ile satış isteminin yasal süresinde yapıldığından bahisle ihalenin feshi isteminin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup mahkeme kararının bu nedenlerle bozulması gerekirken Dairemizce onandığı anlaşılma ile borçluların karar düzeltme isteminin kabulüne karar verilmesi gerekmektedir.

Sonuç: Borçluların karar düzeltme isteminin kabulü ile dairemizin 02.04.2015 tarih ve 2014/33581 E. ve 2015/8169 K. sayılı onama ilâmının kaldırılmasına, mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK'nın 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), 10.12.2015 gününde oy birliğiyle karar verildi. 12.HD.10.12.2015 T. E: 28857, K: 31140 (www.e-uyar.com)

Not: Yüksek mahkemenin yukarıdaki kararı düşündürücüdür. Gerçekten Yargıtay 12. Hukuk Dairesi bu kararında; İİK'nın 106. ve 110. maddeleri uyarınca satış isteme süresinin başlangıcının –"taşınmaz haczinin tapuya işlendiği tarih" değil- icra müdürünün, alacaklının talebi üzerine icra dosyasına yazdığı "taşınmazın tapu kaydının haczedilmesine" ilişkin verdiği karar tarihi olduğunu kabul etmiştir. Böylece alacaklının, taşınmazın haczedildiği hususunun tapuya işlendiği tarihten

itibaren değil, icra müdürünün taşınmazın haczedilmesi konusunda verdiği karar tarihinden itibaren bir yıl içinde satış avansını yatırarak satış talebinde bulunması gerekecektir. Eğer alacaklılar (vekilleri); "tapuya haciz konulduğu tarih" ten itibaren bir yıl içinde satış avansını da yatırarak satış talebinde bulunurlarsa, çok defa icra memurunun verdiği satış kararından -bir veya iki gün- sonra haczin tapuya işlenmiş olması halinde bir yıllık satış isteme süresi geçmiş olacağından, yaptıkları satış talebi geçerli olmayacaktır. Alacaklıların (vekillerinin) bu çok önemli olan hususa dikkat etmeleri ve icra müdürünün verdiği "haciz kararı"ndan itibaren bir yılı geçirmeden satış avansını yatırıp satış istemeleri gerekecektir.

"Sıra cetveline yönelik itiraz ve şikayetleri" bugün temyizen inceleyen Yargıtay 23. HD. ise alacaklılara, tapuya haciz konulduğu tarih itibarıyla sıra cetvelinde pay ayrılmasını istediğinden, bu Daire bakımından "taşınmazların haciz tarihi", icra memurunun verdiği "haciz kararı tarihi" olmayıp, "haczin taşınmazın tapu kaydına işlendiği tarih" olmaktadır.

Trafik siciline kayıtlı araçlar bakımından ise, "aracın fiilen haciz tarihi" ile "aracın trafik kaydına haciz konulması" arasında bir fark bulunmamakta ve hangi tarih daha önce ise sıra cetveli bakımından bu tarih "ilk haciz tarihi" sayılmaktadır (Bk: 23. HD. 24.05.2013 T. 1986/3483; 23.02.2012 T. 4455/1190; HGK. 03.12.2008 T. 19-731/735; 19. HD. 26.01.2006 T. 9425/467; 08.12.2005 T. 8171/12286; 24.11.2005 T. 6311/11552).

*

Satış bedelinin muhammen bedelin yüzde yüzünün üstünde olması halinde zarar unsuru oluşmayacağından, ihalede zarar unsurunun gerçekleşmediğinin kabulü gerekeceği- Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı ve ihale alıcısı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü: İİK'nın 134/8. maddesinde; "ihalenin feshini şikâyet yolu ile talep eden ilgili, vaki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu ispata mecburdur" düzenlemesi yer almaktadır.

Somut olayda, 200.000.00 TL muhammen bedelli menkulün 205.100,00 TL'ye satıldığı ve dolayısıyla satış bedelinin menkulün muhammen bedelinin üzerinde olduğu anlaşılmaktadır.

Her ne kadar borçlu yapılan satış ilanı ve kıymet takdir tebliğ işleminin usulsüzlüğünü ileri sürmüşse de şikâyet dilekçesinde menkulün kıymetinin düşük olduğunu ileri sürmemiştir. Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre satış bedelinin muhammen bedelin yüzde yüzünün üstünde olması halinde zarar unsuru oluşmayacağından, ihalede zarar unsurunun gerçekleşmediğinin kabulü gerekir.

O halde mahkemece, şikâyetin reddi gerekirken istemin kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir. Sonuç : Alacaklı ve ihale alıcısının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme

kararının yukarıda yazılı nedenlerle "bozulmasına", ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 12.03.2014 gününde oy birliğiyle karar verildi. 12. HD. 12.03.2014 T. E: 5062, K: 7084 (www.e-uyar.com)

*

Kıymet takdirinin üzerinden 2 yıl geçmiş olması halinde, "satış bedelinin muhammen (takdir edilmiş) bedelin üstünde olması nedeniyle zarar unsurunun oluşmadığı" gerekçesiyle "ihalenin feshi talebinin reddine" karar verilemeyeceği-

Mahkeme kararının bozulmasını mutazammın 19.09.2013 tarih, 2013/19919-29211 sayılı daire ilamının müddeti içinde tashihen tetkiki davacı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi İshak Kılavuz tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Ezine Satış Memurluğu'nun satış dosyasında yapılan 14.12.2012 tarihli ihalenin feshine yönelik istemin mahkemece kabul edilmiş, temyiz üzerine Dairemizce 19.09.2013 tarihli bozma kararında kısaca ihalede zarar unsuru oluşmadığından dolayı şikâyetçinin hukuki yararı olmadığını, istemin reddi gerektiğinden bahisle karar bozulmuştur.

İİK'nın 128/a-2. maddesi gereğince kesinleşen kıymet takdiri için 2 yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdir istenemez. HGK'nın 26.02.1992 gün ve 1992/70-130 sayılı kararında "satışın

kıymet takdirinin esas alındığı tarihten 2 sene sonra yapılmasının başlı başına ihalenin feshi sebebi sayılacağı” benimsenmiştir. Bu husus kamu düzenine ilişkin olup, mahkemece resen nazara alınmalıdır. Her ne kadar dairemizce ihalede zarar unsuru gerçekleşmediğinden bahisle kararın bozulmasına karar verilmişse de, yukarıda açıklandığı üzere kıymet takdirine ilişkin 2 yıllık süre geçmiş olup ihalede zarar unsuru olup oluşmadığı yeni belirlenecek değer üzerinden dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle mahkemenin ihalenin feshi talebinin kabulüne ilişkin kararı bozulmuşsa da kararın onanması gerektiği anlaşıldığından davacının karar düzeltme talebinin kabulüne karar vermek gerekmiştir.

Sonuç: Davacının karar düzeltme talebinin kabulüne, dairemizin 19.09.2013 tarih ve 2013/19919-29211 E.-K. sayılı bozma kararının kaldırılmasına, mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK. 438. maddeleri uyarınca (onanmasına)... 12. HD. 18.02.2014 T. E:475, K:4207 (www.e-uyar.com)

*

Faiz alacağı asıl alacağın fer'i niteliğinde olup, asıl alacak bakımından muacceliyetin gerçekleşmesi halinde bunun fer'ileri bakımından da muacceliyet şartının gerçekleştiği- Bu yönüyle mahkemece, asıl alacağı yürütülecek faizin miktarı denetlenmek suretiyle asıl alacağı kararda gösterilen şekilde hesaplanacak faiz alacağı bakımından da ihtiyati haciz kararı verilmesi gerektiği-

İhtiyati haciz talebinin kısmen kabulüne

dair ara kararın temyizden tetkiki ihtiyati haciz talep edenler vekilince talep edilmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla temyiz dilekçesi ile dosyadaki tüm belgeler okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

Talep, kesinleşmemiş mahkeme kararına dayalı olarak hüküm altına alınan alacak ve fer'ilerinin tahsili amacıyla ihtiyati haciz kararı verilmesi istemine ilişkin olup; mahkemece talebin kısmen kabulüne dair verilen karar, reddedilen kısım yönünden ihtiyati haciz talep edenler vekillerince temyiz edilmiştir.

İhtiyati haciz talep edenler vekilleri; İskenderun . 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 26.06.2014 tarih, 2011/10-432 esas ve karar sayılı ilamıyla 272.095,20 TL asıl alacak. 12.238,87 TL masraf, 21.575,71 TL vekalet ücreti ve 16.021,00 TL harç olmak üzere toplam 321.930,78 TL alacağın borçlu Fuat Kızgın'dan tahsiline karar verildiğini, kararın kesinleşmediğini, asıl alacağın mahkeme kararında hükmedilen TC Merkez Bankası ticari reeskont faiz oranları üzerinden ve dava tarihinden itibaren hesaplanmış 629.017,97 TL faizinin bulunduğunu, alacaklarının vadesinin gelmiş ve rehinle temin edilmemiş bulunduğunu ifade ederek ihtiyati hacze karar verilmesini talep etmişlerdir.

Mahkemece yapılan inceleme neticesinde 321.930,78 TL asıl alacak, masraf, vekalet ücreti ve harç yönünden ihtiyati haciz talebinin kabulüne, işlemiş faiz olarak talep edilen 629.017,97 TL yönünden alacağın muaccel ve likit olmadığı gerekçesiyle redde karar verilmiştir.

İhtiyati hacze dayanak olarak sunulan İskenderun 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 26.06.2014 tarih, 2011/10-432 esas ve karar sayılı kararında asıl alacağa yürütülecek faizin türü ve başlangıç tarihi açıkça gösterilmiştir. Faiz alacağı asıl alacağın fer'i niteliğinde olup, asıl alacak bakımından muacceliyetin gerçekleşmesi halinde bunun fer'ileri bakımından da muacceliyet şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bu yönüyle mahkemece asıl alacağa yürütülecek faizin miktarı denetlenmek suretiyle asıl alacağa kararda gösterilen şekilde hesaplanacak faiz alacağı bakımından da ihtiyati haciz kararı verilmesi gerekirken, aksi düşünce ile ihtiyati haciz kararı verilmesi bakımından mevzuatımızda şart olarak kabul edilmeyen likidite unsuru da yanlış değerlendirilmek suretiyle redde karar verilmiş olması doğru değildir.

Kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle ihtiyati haciz talep edenler vekillerinin temyiz itirazının kabulüyle hükmün ihtiyati haciz talep edenler yararına "bozulmasına", ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden ihtiyati haciz talep edenlere geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 02.11.2015 gününde oy birliğiyle karar verildi. 15. HD. 02.11.2015 T. E: 4699, K: 5439 (www.e-uyar.com)

*

İİK'nın 128a/III. maddesi uyarınca her ne kadar "icra müdürlüğüne takdir edilen kıymet- hem taşınırlarda ve hem de taşınmazlarda- 'kural olarak' iki yıl süre ile geçerli" ise de; taşınmazların haciz

tarihinden itibaren "bir yıl", taşınırların ise "altı ay" içinde "satışının istenmemesi" veya "müşteri (alıcı) çıkmaması" nedeniyle satılamaması" ve satış isteme süresinin geçmiş olması halinde konulmuş olan haczin düşmesinden sonra, aynı alacaklı tarafından yeniden haciz talep edilmesi üzerine, yeniden kıymet takdir edilerek satış talebinde bulunulması gerekeceği (yani düşmüş olan haciz nedeniyle daha önce takdir edilmiş olan kıymet esas alınarak satışın yapılamayacağı)-

Sair temyiz itirazları yerinde değil ise de; Borçlunun düşen hacze dayalı olarak yapılan kıymet takdiriyle satışın yapıldığını da ileri sürerek ihalenin feshi istemiyle icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece şikâyetin reddine karar verildiği görülmektedir.

İcra dosyasının incelenmesinde; ihale konusu taşınmazlara 23.10.2009 tarihinde haciz konulduğu, icra müdürlüğüne yaptırılan kıymet takdirine itiraz edildiği, Kocaeli 1. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2011/747 E. 2013/145 K. sayılı dosyasında 14.05.2012 tarihinde yapılan keşfe istinaden düzenlenen bilirkişi raporuna göre taşınmazların değerinin yeniden belirlendiği, 27.05.2013 tarihinde ihale konusu taşınmazlara yeniden haciz konulduğu ve 20.03.2014 tarihinde de ihalenin yapıldığı anlaşılmaktadır.

İİK'nın 128. maddesine göre 2 yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemez ise de; 27.05.2013 tarihli haciz esas alınarak ihale yapıldığına göre, konulan son haciz nedeniyle yeniden kıymet takdiri yapılması gerekirken, 23.10.2009 tarihli hacze dayalı kıymet takdiri esas alınarak ihalenin yapılması usulsüzdür.

O halde mahkemece ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken şikâyetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

Sonuç: Borçlunun temyiz itirazlarının kısmen kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nın 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 20.01.2015 gününde oy birliğiyle karar verildi. 12. HD. 20.01.2015 T. E: 2014/34097, K: 1195 (www.e-uyar.com)
Aynı doğrultuda: 12. HD. 26.02.2015 T. E: 1755, K: 4011 (www.e-uyar.com)

Not: Yüksek mahkeme yukarıdaki yeni görüşünü yansıtan içtihadı ile bugüne kadar "satışa konu taşınmaz için İİK madde 128a/ III hükmünün taşınır satışlarında da kıyasen uygulanacağına" dair görüşünden (Bk: 12. HD. 1.12.2011 T. 8873/ 25553;1.12.2011 T. 8876/25551; 16.05.2011 T. 28672/9603; 15.02.2011 T. 20135/684; 5.2.1998 T. 14883/884) dönmüştür. Ayrıca taşınmazlar hakkında takdir edilen kıymet de haciz düşmediği sürece geçerli olacak, eğer haciz "satış istenmemesi veya satışta müşteri çıkarmaması" nedeniyle düşerse, aynı alacaklı tarafından bu taşınmazın tekrar haczedilmesi halinde taşınmaza yeniden kıymet takdiri yapılacak ve taşınmaz daha önce takdir edilen kıymet esas alınarak satışa çıkarılmayacaktır.

*

Borçlunun muristen intikal edecek taşınmaz hissesine haciz konulduktan sonra, aynı taşınmaz hissesine uygulanan ikinci haciz ile konulan

ilk haczin düşeceği, bu talebin ilk hacizden vazgeçme anlamına geleceği-

Borçlunun murisinden intikal edecek hissesine haciz konulduktan sonra alacaklı İİK'nın 110. maddesinde yazılı süre içerisinde ortaklığın giderilmesi davası açmak amacıyla icra müdürlüğünden yetki belgesi talebinde bulunmuş olup, bu istemi satış talebi niteliğinde olduğundan haciz düşmemiş ise de, alacaklının daha sonra aynı taşınmaz hissesine 2. kez haciz koydurduğu görülmüştür. Bu talep ilk hacizden vazgeçme anlamına geldiğinden 14.06.2012 tarihli haciz sonrası yeniden kıymet takdiri yapılması gerekirken, düşmüş hacze dayalı kıymet takdiri esas alınarak ihalenin yapılması usulsüz olup ihalenin feshi yerine şikâyetin reddi yönünde hüküm tesisi bu nedenle doğru görülmemiştir. Düzeltilmesi istenen Yargıtay ilamıyla bunda atıf yapılan mahkeme kararında yazılı gerekçeler ve dosyada mevcut belgeler karşısında karar düzeltme isteği yerinde görülmediği gibi HUMK'nın 440. maddesinde yazılı dört halden hiç birine de uymadığından İİK'nın 366. ve HUMK'nın 442. maddeleri uyarınca (reddine), taktiren 226,00 TL para cezası karar düzeltme isteyenden alınmasına, 52,40 TL karar düzeltme harcından, evvelce alınan harç varsa mahsubu ile eksik harcın karar düzeltme isteyenden tahsiline, 27.06.2014 gününde oy birliğiyle karar verildi. 12. HD. 27.06.2014 T. E:15060, K:18915 (www.e-uyar.com)

*

Borçlunun, mallarının haczedilmesini ve satılmasını önlemek için, takip giderleri ve faizleri ile birlikte alacağın tamamını

karşılıyacak parayı veya teminatı icra müdürlüğüne yatırarak menfi tespit davasına bakan mahkemeden bu paranın alacaklıya verilmemesi için tedbir kararı alabileceği, bu durumda alacağın tamamını karşılıyacak ve her an paraya çevrilebilecek muteber ve kesin banka teminat mektubunun ibrazı halinde bunun icra dairesince kabulü gerektiği-

Alacaklı tarafından borçlu aleyhine başlatılan icra takibi nedeniyle borçlu tarafından menfi tespit davası açıldığı, Kadıköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/76 E. sayılı dosyasında 19.01.2012 tarihli ara kararı ile alacağın %15'inden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat karşılığında icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi konusunda ihtiyati tedbir kararı verildiği görülmektedir.

Borçlu tarafından takibin durdurulması için, tedbir kararında belirtilen %15 teminatın dışında, alacağın ve ferilerinin tümünü karşılıyacak teminat mektubu teminat olarak İcra Müdürlüğü'ne sunulmuş, İcra Müdürlüğü'nün 23.01.2012 tarihli kararı ile İcra Dairesi'nin nakit para dışında teminat kabul etme yetkisinin bulunmadığından bahisle talep reddedilmiş ve talebin reddine ilişkin işleme karşı şikâyet yoluna başvurulmuştur.

Borçlu, mallarının haczedilmesini ve satılmasını önlemek için, takip giderleri ve faizleri ile birlikte alacağın tamamını karşılıyacak parayı veya teminatı icra müdürlüğüne yatırarak menfi tespit davasına bakan mahkemeden bu paranın alacaklıya verilmemesi için tedbir kararı alabilir. Bu durumda alacağın tamamını karşılıyacak ve her an paraya çevrilebilecek muteber ve

kesin banka teminat mektubunun ibrazı halinde bunun icra dairesince kabulü gerekir. O halde mahkemece şikâyetin kabulü gerekirken icra memurunun işleminin yerinde olduğu gerekçesiyle şikâyetin reddine karar verilmesi isabetsizdir.

Sonuç: Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK.366. ve HUMK.428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 14/01/2013 gününde oy birliğiyle karar verildi.

12. HD. 14.01.2013 T.E:2012/32099, K:223 (www.e-uyar.com)

*

Borçlunun İİK'nın 72/3. madde koşullarında menfi tespit davası açması halinde alacağın %15'inden aşağı olmamak üzere teminat karşılığında mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi istenebileceği- Borçlunun, mahkemece tayin edilen teminattan ayrı olarak icra müdürlüğüne talep anına kadar icra dosyasında ferileri ile birlikte hesaplanan dosya borcunun tamamını karşılar ve her an paraya çevrilebilir muteber kesin banka teminat mektubu vermesi halinde alacaklı tarafından takibe devam edilemeyeceği-

Alacaklı tarafından 28.04.2010 tarihinde kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla toplam 40.270,03 TL alacağın tahsili için icra takibi yapıldığı, borçlu tarafından Tekirdağ 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/374 esas sayılı dosyası ile İİK'nın 72/3. maddesi koşullarında açılan menfi tespit

davasında %15 teminat karşılığında takip dosyasına yatacak paranın alacaklıya ödenmemesi konusunda ihtiyati tedbir kararı verildiği, borçlu tarafından 57.321,35 TL yatırıldığı anlaşılmıştır.

Kural olarak, borçlu İİK'nın 72/3. madde koşullarında menfi tespit davası açması halinde alacağın %15'inden aşığı olmamak üzere teminat karşılığında mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra vizesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi istenebilir. Borçlu, mahkemece tayin edilen teminattan ayrı olarak icra müdürlüğüne talep anına kadar icra dosyasında ferileri ile birlikte hesaplanan dosya borcunun tamamını karşılar ve her an paraya çevrilebilir muteber kesin banka teminat mektubu vermesi halinde alacaklı tarafından takibe devam edilemez.

Somut olayda borçlu tarafından mahkemece belirlenen teminat yatırıldıktan sonra, 19.12.2012 tarihinde icra müdürlüğüne müracaat edilerek dosya borcunun ödendiği ve hacizlerin kaldırılmasının talep edildiği, talebin icra müdürlüğüne reddedildiği görülmüştür.

Bu durumda mahkemece, borçlunun hacizlerin kaldırılmasını talep ettiği 19.12.2012 tarihi itibari ile tüm dosya alacağının gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle hesaplanarak borçlunun yatırdığı miktarın dosya alacağının tamamını karşılayıp karşılamadığı belirlendikten sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, şikâyet tarihinden sonra 06.03.2013 tarihi esas alınmak suretiyle hesaplama yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir.

Sonuç: Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nın 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 25.06.2013 gününde oy birliğiyle karar verildi.
12. HD. 25.06.2013 T. E:16340, K:23834 (www.e-uyar.com)

*

Kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin TBK madde 603 uyarınca (ihtiyati hacze konu çek üzerindeki) "aval"de de uygulanması gerektiği-

Eskişehir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 04.04.2013 tarih ve 2013/446-2013/446 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi ihtiyati hacze itiraz eden (borçlular) vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, düzenlenen rapor dinlendikten ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

İhtiyati hacze itiraz edenler vekili, 6098 sayılı TBK'nın 584/1. maddesinde eşlerden birinin ancak diğer eşin yazılı rızası ile kefil olabileceğinin düzenlendiğini, avalin de kefalet hükmünde olduğunu, aynı kanunun 603. maddesi uyarınca 584. maddedeki düzenlemenin, avale de uygulanması gerektiğini, ihtiyati hacze konu çekte aval veren müvekkili M. Ş.'nin eşi F. H. Ş.'nin yazılı rızasını almadan "avalımdır" ibaresini çek üzerinde imzaladığını, bu sebeplerle muteriz M. Ş.'nin verdiği avalin geçersiz olduğunu ileri sürülerek müvekkili aleyhine verilen ihtiyati haciz kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

İhtiyati haciz talep eden vekili, İİK'nın 265. maddesinde gösterilmeyen sebeplerle itiraz edilemeyeceğini, ileri sürülen hususların başka bir davaya konu olabileceğini, müvekkilinin sattığı beton direklerinin karşılığında borçlu şirketten çek aldığını, kefalet için düzenlenen TBK'nın 581 ve devamı maddelerinin kıyas yoluyla farklı bir müessese olan, kefaletin aksine imzalayanı asli borç altına sokan ve TTK'da düzenlenen aval için uygulanamayacağını, bu sebeple avalde eşin yazılı rızasının aranmayacağını savunarak itirazın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, kefaletin Türk Borçlar Yasası'nda, avalin ise Türk Ticaret Yasası'nda düzenlendiği, farklı kurumlar olduğu, kefalete ilişkin hükümlerin kıyasen avalde uygulanamayacağı, itiraza dayanak gösterilen yasa maddesinin de aval için değil kefalet için düzenlendiği gerekçesiyle ihtiyati hacze itirazın reddine karar verilmiştir. Kararı, ihtiyati hacze itiraz eden borçlular vekili temyiz etmiştir. 6098 sayılı TBK'nın 584. maddesi uyarınca eşlerden biri mahkemece verilmiş bir aylık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilecek olup, aynı kanunun 603. maddesine göre de kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. "Aval" de poliçe ile sorumluluk altına girmiş kişi lehine, şahsi teminat sağlamak amacı taşıyan bir müessese olup kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünümüdür. Şahsi teminat sağlayan

akitlere ve özellikle de kefalete benzemesi yönünden avale "poliçe kefaleti" ismi de verilmektedir (Prof. Dr. Fırat Öztan Kıymetli Evrak Hukuku Turhan Kitabevi 2. bası s.792). Bu nedenle, kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin TBK'nın 603. maddesi uyarınca "aval"de de uygulanması gerekmekte olup, doktrinde baskın görüş de bu doğrultudadır. (Prof. Dr. İsmail Kırca-Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalet Eşin izni s. 437; Prof. Dr. A. Zevkililer/Doç. Dr. K. Emre Gökyayla: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. B., Ankara 2013 s. 670; Doç. Dr. Burak Özen Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012 Özen, s.50; Prof. Dr. Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2014 s. 369-370.). Bu itibarla; mahkemece bu yön üzerinde durulup sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararının "bozulmasında", ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 25.04.2014 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

11. HD. 25.04.2014 T. E:1231, K:7837 (www.e-uyar.com)

*

"Eşin ancak diğer eşin rızası ile kefil olabileceğini" düzenleyen TBK'nın 584. maddesinin, kambyo senedini kefil/aval sıfatıyla imzalayan eşler hakkında -şikâyet üzerine veya resen uygulanamayacağı- Bonodaki kefil ibaresinin aval olarak kabul edileceği-

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya

mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği düşünüldü:

Borçlu, alacaklı tarafından hakkında başlatılan kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla icra takibinde, ödeme emrinin tebliğinden itibaren yasal süre içerisinde icra mahkemesine başvurusunda, takip dayanağı senedin şirket borcu için verilen teminat senedi olduğunu ileri sürmüş, mahkemece; alınan nüfus kaydında davacının eşinin bulunduğu, B.K.584 maddesine göre eşlerden birinin bir borca kefalet vermesinin diğer eşin yazılı rızasına bağlı olduğu gerekçeleriyle itiraz eden borçlu yönünden takibin iptaline karar verilmiştir.

6098 sayılı TBK'nın 584/1. maddesine göre; "Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir aylık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir, bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır."

Somut olayda itiraz eden borçlu H. D., bonoyu kefil olarak imzalamıştır. 6762 sayılı TTK'nın 614/1. maddesine göre; "Aval veren kimse, kimin için taahhüt altına girmişse tıpkı onun gibi mesul olur."

Aval kefaleti birbirinden ayırmak gereklidir. Kefalet, ferî nitelikte olmasına karşın, aval bağımsız ve asli bir nitelik taşır. Aval veren, lehine aval verilenin ileri sürebileceği ve senedin şekline dair olanlardan başka geçersizlik sebeplerini defî veya itiraz olarak alacaklıya karşı ileri süremez. Oysa kefil, asıl borçluya

ait kişisel defilerden yararlanabilir. Kefaletin, mutlaka asıl borç senedi üzerinde gösterilmesine lüzum olmadığı halde, aval şerhinin mutlaka poliçe, bono veya alonj üzerine yazılması gerekir.

Bono üzerine "kefil" ibaresi konya dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren, bononun diğer borçlusuyla birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK 614). TTK'nın 636. maddesi hükmü gereğince kambiyo senetlerinde müteselsil borçluluk esası olduğundan, bu tür senetlerde imzası olan herkes, hamile karşı müteselsilen sorumludur. Bu açıklamalar doğrultusunda Türk Ticaret Kanunu'nda özel hükümler olması sebebiyle kambiyo senetlerinde BK'nin 584. ve 603. maddeleri uygulanamaz. Kaldı ki borçlunun bu yönde bir şikayeti olmadığı halde B.K.584. madde hükmünün mahkemece resen değerlendirilmesi de mümkün değildir. O halde mahkemece itiraz eden borçlunun itirazları incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.

Sonuç: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulüyle mahkeme kararının yukarıda yazılı sebeplerle İ.İ.K.366 ve HUMK'nın 428. maddeleri uyarınca "bozulmasına", ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 27.06.2013 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

12.HD.27.06.2013 T. E: 10055, K: 24337
(www.e-uyar.com)

*

İhalenin feshi yargılamasında; 2. artırmada alıcı çıkarmaması nedeniyle taşınmaz satışının düşmesi üzerine yeniden başlayan 2 yıllık satış isteği

süresi içinde yeniden satış talebinde bulunulduğundan bu durumda haczin düşmediği, kıymet takdir raporu da yenilenmiş olup rapordan itibaren 2 yıllık süre içerisinde ihale yapıldığından ihalenin feshi isteminin reddine karar verilmesi gerekeceği-

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Borçlunun usulüne uygun yapılmadığını belirterek ihalenin feshi istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece; taşınmazın tapu kaydı üzerine 09.02.2005 tarihinde icrai haciz konulduğu, alacaklı vekilinin satış avansını 26.02.2007 tarihinde icra veznesine depo ettiği, İİK'nın 106. maddesinde öngörülen iki yıllık süre geçmiş olduğundan, satış tarihinden önce gayrimenkul üzerindeki haczin İİK'nın 110.maddesi uyarınca kalkmış olduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle ihalenin feshine karar verildiği görülmektedir.

Somut olayın incelenmesinde; Alacaklının, haciz tarihinden itibaren 2 yıllık süre dolmadan 06.02.2007 tarihinde satış avansını da yatırarak satış talebinde bulunduğu, bu tarihten sonra, yine süresi içerisinde 28.02.2008'de talebin yenilendiği mahkemenin 26.02.2007 tarihinde satış avansının yatırıldığına ilişkin tespitinin doğru olmadığı görülmektedir. Bu talep doğrultusunda yapılan, 05.08.2008 tarihli 2. artırmada satışın

alıcı çıkmaması nedeniyle düşmesi üzerine yeniden başlayan 2 yıllık satış isteme süresi içinde 18.01.2010 tarihinde yeniden alacaklının satış talebinde bulunduğundan haczin düşmediği yeniden satış talebinde bulunulduğundan haciz de düşmemiştir. Kıymet takdir raporu da yenilenmiş olup rapordan itibaren 2 yıllık süre içerisinde ihale yapılmıştır.

O halde mahkemece, başka bir fesih sebebi bulunmadığından, istemin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

Sonuç: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK'nın 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 09.04.2015 gününde oy birliğiyle karar verildi.

12. HD. 09.04.2015 T. E:5836, K:9272
(www.e-uyar.com)

Not: Yüksek mahkemenin "satış günü, alıcı çıkmaması nedeniyle satışın düşmesi" üzerine, "alacaklının hangi sürede tekrar satış istemesi gerekeceği" konusundaki yukarıdaki görüşü eski görüşünden farklıdır. Gerçekten yüksek mahkeme bu konuda daha önce (Bknz:12.HD.09.07.2012 T. E: 16781, K: 24213) "alacaklının haciz tarihine göre başlamış olan ve satış talebinde bulunduğu tarihte kesilmiş süre içinde isteme süresinden kalan süre içinde satış istemesi gerekeceğini" belirtmekte iken (ve Yargıtay 19. HD. de bu doğrultuda içtihatla bulunmuşken (Bk: 19.HD. 22.11.2010 T. E:9650, K: 13083), Yüksek mahkeme son içtihatlarında

-yukarıda sunulan 09.04.2015 T. E: 5836, K: 9272- "alıcı çıkmaması nedeniyle satışın düşmesi halinde alacaklının satış isteme süresinin yeniden işlemeye başlayacağını" belirtmiştir.

*

İİK'nın 277 vd maddelerine göre açılan tasarrufun iptali davalarında, davalı üçüncü kişinin "borçlu ile alacaklı arasındaki icra takibinin muvazaalı olduğunu" ileri sürmesi halinde, mahkemece bu iddianın incelenmesi gerekeceği, çünkü iptal davasının dinlenebilirlik koşullarından birisinin de tasarrufta bulunan kişinin "borçlu" durumda olması, başka bir deyişle alacaklının gerçekten "alacaklı" sıfatını taşıması gerektiği-

Davacılar vekili, "davalılardan Ahmet S.'nin müvekkillerine olan borcu nedeniyle, hakkında yaptıkları icra takibi sırasında borcuna yetecek haczi kabil mallarının bulunmadığını, ancak alacaklılardan mal kaçırmak amacı ile kendisine ait taşınmazların bir kısmını çocukları olan davalılar Sebahat ve Sarper S.'ye, bir kısmını ise kardeşinin eşi olan davalı Belgin S.'ye sattığını" öne sürerek "yapılan tasarrufların iptalini" talep ederek ayrı ayrı açılan davalar birleştirilmiştir.

Davalılar Belgin, Sarper ve Sebahat S. "davanın reddini" istemiş, diğer davalı ise cevap vermemiştir.

Mahkemece "borçlu davalı ile davalılar Sarper ve Sebahat S.'ye ilişkin davanın İİK'nın 278. maddesi uyarınca kabulüne, davalı Belgin'e yönelik davanın ise, kötü niyetli olduğunun kanıtlanamaması nedeniyle reddine" karar verilmiş; hüküm, davacı Bayram Y. vekili ile

davalılar Sarper ve Sebahat S. vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, dairenin 14.4.2011 gün ve 2010/7557-2011/3458 sayılı ilamı ile davacı Bayram Y. vekilinin temyiz itirazlarının kabulüne, hükmün kendisi yönünden bozulmasına, davalılar Sebahat ve Sarper S.

yönünden ise hükmün onanmasına karar verilmiş, bu kez davalılar Sebahat ve Sarper S. vekili tarafından "karar düzeltme" isteminde bulunulmuştur. Dava, İİK'nın 277 ve devamı maddeleri uyarınca açılan tasarrufun iptali isteğine ilişkindir. Bu tür davaların görülebilme koşulu, davacının borçlu davalıdan gerçek bir alacağının bulunması ve icra takibine konu edilip kesinleşmesidir. Somut olayda, davacı alacaklı Mehmet K.'nin alacağının dayanağı İzmir 12. İcra Müdürlüğü'nün 2004/9532 sayılı takip dosyasına konu ettiği 6.4.2004 tanzim tarihli bonodur. Davalılar cevap dilekçelerinde "Ahmet S.'nin davacı Mehmet K.'ye gerçek bir borcunun bulunmadığını" savunmuşlardır. Dosyaya ibraz edilen İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen iddianameden davacı alacaklı Mehmet K. hakkında müştekinin Ahmet S. olduğu silahlı yağma suçundan dava açıldığı ve davanın İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2012/81 esas numarasında derdest olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda, mahkemece İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2012/81 esas sayılı dosyası da göz önünde bulundurularak, davacı alacaklı Mehmet K.'nin borçlu davalı Ahmet S.'den gerçek bir alacağı olup olmadığı üzerinde durularak, karar yerinde tartışılması gerekir. Mahkemece bu yönde bir araştırma ve inceleme yapılmadan davalılar Sarper ve Sebahat S. yönünden davanın kabulüne karar verilmesi doğru bulunmamıştır.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalılar Sarper ve Sebahat S. vekilinin karar düzeltme itirazlarının kabulü ile dairenin 14.4.2011 gün ve 2010/7557-2011/3458 sayılı ilamının 1 nolu bendinin kaldırılarak, hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle davacı Mehmet K.'nin alacağına ilişkin olarak bozulmasına ve temyiz ve tashihi karar peşin harçlarının istek halinde davalı Sarper ve Sebahat S.'a geri verilmesine 11.7.2012 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.
17. HD. 11.07.2012 T. E: 5955, K: 8883
(www.e-uyar.com)

*

İcra müdürlüğünün haczin kaldırılması talebinin reddine ilişkin ilk kararına karşı borçluların şikâyeti, öğrenme tarihinden itibaren 7 günlük sürede olduğu gibi bu talep İİK'nın 16/2 maddesi uyarınca süreye tabi de olmadığı- aynı kanunun 17. maddesine göre; icra mahkemesince şikâyetin kabulü halinde, şikâyet olunan işlem ya bozulacağı veya düzeltileceği ya da memurun sebepsiz yapmadığı veya geciktirdiği işlerin icrasının emrolunacağı- Haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil bankalardaki hak ve alacaklar üzerine konulmuş olup İİK'nın 106. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre borçlunun üçüncü kişi bankadaki alacağı menkul hükmünde ise de mahcuz para alacağı için satış söz konusu olmadığından, paranın icra dosyasına celbi talebi satış talebi gibi değerlendirilip buna göre inceleme yapılarak hüküm kurulması gerektiği-

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki borçlular tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup,

dava dosyası için Tetkik Hakimi Ebru Özdemir tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından başlatılan genel haciz yoluyla takibin kesinleşmesi üzerine, 3. kişilere 89/1 haciz ihbarnamesi gönderildiği, borçlular vekilinin 24.06.2014 tarihinde İİK'nın 106. ve 110. maddeleri gereğince haczin kaldırılması talebinin icra müdürlüğünce reddedildiği, borçlular vekilinin para alacaklarında da İİK'nın 106. ve 110. maddesindeki sürelerin uygulanması gerektiği iddiasıyla yeniden bankalarda bulunan hak ve alacaklar üzerindeki hacizlerin kaldırılmasını talep ettiği, icra müdürlüğünce talep hakkında daha önce karar verildiğinden yeniden karar verilmesine yer olmadığına karar verildiği, borçluların bu kararlara karşı mahkemeye şikâyet yoluna başvurduğu, mahkemece ilk müdürlük kararına karşı şikâyet süresinin geçirildiği, sonraki talebe ilişkin olarak, müdürlükçe talep hakkında inceleme yapılarak karar verilmesi gerektiği belirtilerek 15.07.2014 tarihli müdürlük kararının kaldırılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

İİK'nın 16. maddesine göre; "Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere, icra ve iflâs dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikâyet olunabilir. Şikâyet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır. Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir."

Somut olayda icra müdürlüğünün haczin kaldırılması talebinin reddine ilişkin ilk kararına karşı borçluların şikâyeti, öğrenme tarihinden itibaren 7 günlük sürede olduğu gibi, bu talep İİK'nın 16/2 maddesi uyarınca süreye tabi de değildir.

Bununla birlikte borçluların icra mahkemesine başvurusu, para alacaklarında da İİK'nın 106. ve 110. maddelerinde öngörülen sürelerin uygulanması gerektiğine yönelik şikâyet niteliğinde olup, yasal dayanağı İİK'nın 16. maddesidir. Aynı kanunun 17. maddesine göre; icra mahkemesince şikâyetin kabulü halinde, şikâyet olunan işlem ya bozulur veya düzeltilir ya da memurun sebepsiz yapmadığı veya geciktirdiği işlerin icrası emrolunur.

İİK'nın "paraya çevirme" başlığını taşıyan 106. ve devamı maddelerinde taşınır ve taşınmaz malların satış usulü düzenlenmiştir. Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı taşınır hükmündedir. Aynı kanunun 110. maddesinde ise "Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da, bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar" hükmü yer almaktadır.

Somut olayda; haciz, satılarak paraya çevrilmesi zorunlu mala değil bankalardaki hak ve alacaklar üzerine konulmuş olup İİK'nın 106. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre borçlunun üçüncü kişi bankadaki alacağı menkul hükmünde ise de mahcuz para alacağı için satış söz konusu olmadığından, paranın icra dosyasına celbi talebi satış talebi gibi değerlendirilip buna göre inceleme yapılarak hüküm kurulmalıdır. O halde mahkemece İİK'nın 17. maddesi gereğince yukarıdaki

ilkeler de nazara alınarak şikâyet konusu incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, uyuşmazlığa çözüm getirmeyecek biçimde yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Sonuç: Borçluların temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'nın 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 10.11.2015 gününde oy birliğiyle karar verildi.
12. HD. 10.11.2015 T. E: 26749, K: 27420 (www.e-uyar.com)

*

Sıra cetveline itiraz edilmesi nedeniyle alacaklıya ödenmeyen paranın icra müdürünce banka hesabına yatırılması sonucu elde edilen faiz gelirinin alacaklıya değil, hazineye ait olduğu; ihale kesinleşmiş olduğundan İİK. 134/5'te yer alan nemalandırmaya yönelik düzenlemenin uygulanamayacağı-

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki Maliye Hazinesi tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi K.K.C. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Genel haciz yoluyla ilamsız icra takibinde, hacizli taşınmazın satıldığı ve ihalenin kesinleştiği, düzenlenen sıra cetveline itiraz edilmesi üzerine satış bedelinin alacaklılara ödenmediği ve icra müdürlüğünce bankaya yatırılarak

nemalandırıldığı anlaşılmıştır.

İİK'nın 140 vd. maddelerinde sıra cetveline itiraz edilmesi halinde icra müdürlüğüne alacaklılara ödenmeyen paranın nemalandırılacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. İİK'nın 134/5. maddesinde yer alan nemalandırmaya yönelik düzenleme ise ihalenin feshi davası açılması halinde ihale bedelinin icra müdürlüğüne nemalandırılması hakkında olup, ihalenin kesinleşmiş olduğu somut olayda uygulanmasına imkân bulunmamaktadır.

Buna göre sıra cetveline itiraz edilmesi nedeniyle alacaklıya ödenmeyen paranın icra müdürüne banka hesabına yatırılması sonucu elde edilen faiz gelirin alacaklıya ödenmesinin yasal dayanağı olmayıp, nemalandırma sonucu elde edilen para hazineye aittir.

O halde, mahkemece şikâyetin reddi yerine kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

Sonuç: Maliye Hazinesi'nin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 25.05.2015 gününde oy birliğiyle karar verildi.

12. HD. 25.05.2015 T. E: 4678, K: 14165 (www.e-uyar.com)

*

Davaya konu icra takibinin saat 14.39'da başlatıldığı, davacının takip konusu borcu saat 15.41'de banka

aracılığıyla davalının hesabına ödediği, davacının ödemesinin icra takibinden sonra olması sebebiyle, davalının masrafı ve takip vekâlet ücretine hak kazanacağı-

Davacı vekili, davalının, müvekkilinden 23.796 TL'lik senet nedeniyle alacağı bulunduğu bahisle icra takibi başlattığını, oysa senet bedelinin yapılan görüşmeler neticesinde, takip tarihi olan 14.08.2008 tarihinde davalının banka hesabına yatırıldığı, buna rağmen davalının kötü niyetli olarak takip başlatıp, müvekkilinin 23.796 TL'yi haricen ödediğini 19.08.2008 tarihinde icra dosyasına beyan ettiğini, takibin işlemiş faiz, icra giderleri, vekâlet ücreti ve protesto masrafları üzerinden devam ettiğini bildirerek, ödenen miktar dışındaki takip bakiyesinden borçlu olmadığını tespitine, %40 kötü niyet tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, takibin davacı tarafça yapılan ödeme öncesinde başlatıldığından haklı olup, vekâlet ücreti ve masrafın tahsil edilmesi gerektiğini bildirerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere göre, davacının borcunu takip tarihinde ödediği, davalı tarafından işlemiş faiz, vekalet ücreti, protesto masraflarından oluşan 3.900 TL talep edilmiş ise de, bilirkişi raporunda belirtildiği üzere davacının takip tarihi itibarıyla davalıya 123.22 TL işlemiş faiz 65 TL protesto gideri olmak üzere toplam 188.22 TL borcunun bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davacının davalı tarafından başlatılan takipte 3.711.78.-TL borçlu olmadığını tespitine

karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davaya konu icra takibinin saat 14.39'da başlatıldığı, davacının takip konusu borcu saat 15.41'de banka aracılığıyla davalının hesabına ödediği hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Böylelikle, davacının ödemesinin icra takibinden sonra olduğu, bu nedenle davalının icra takibinde haklı bulunduğu ve ödmeden önce takibe girilmiş olması nedeniyle takip masrafları ve takip vekâlet ücretine de hak kazandığı gözetilmeden, mahkemece yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.)

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın bozulmasına...

19. HD. 07.06.2010 T. E:2009/11994, K:2010/7026 (www.e-uyar.com)

*

Davacı, borçlunun eşi olup ihale konusu taşınmaz hakkında tapuda aile konutu şerhi koydurduğundan, Dairenin değişen içtihatları doğrultusunda İİK 134/2 maddesinde yer alan tapu sicilindeki ilgili kavramı içerisinde değerlendirilmesi ve sair fesih sebeplerinin incelenmesinin gerekeceği-

Mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki davacı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi Erdal Güney tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü: Davacı, takip borçlusunun eşi olduğunu, borçlu eşine ait, ihale

konusu, taşınmazın tapu kaydında "aile konutu şerhi"nin bulunmasına rağmen takibin hiçbir aşamasında kendisine tebligat yapılmadığı gibi kıymet takdir raporu ile satış ilanının kendisine tebliğ edilmediğinden bahisle ihalenin feshini talep etmiştir.

Mahkeme, tapu kaydında yer alan aile konutu şerhine dayalı olarak ihalenin feshini istemenin mümkün olmadığından hareketle davanın reddine karar vermiştir.

İİK'nın 134/2 maddesi "İhalenin feshini, Borçlar Kanunu'nun 226. maddesinde yazılı sebepler de dâhil olmak üzere yalnız satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler yurt içinde bir adres göstermek koşuluyla icra mahkemesinden şikâyet yolu ile ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde isteyebilirler." şeklinde düzenlenmiştir.

Somut olayda, davacı Fadime Çıray, borçlunun eşi olup ihale konusu taşınmaz hakkında 31.08.2007 tarihinde tapuda aile konutu şerhi koydurduğundan, Dairemizin değişen içtihatları doğrultusunda İİK 134/2 maddesinde yer alan tapu sicilindeki ilgili kavramı içerisinde değerlendirilmesi ve sair fesih sebeplerinin incelenmesi gerekirken yazılı gerekçelerle hüküm tesisi isabetsizdir.

Sonuç: Davacının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nın 428. maddeleri uyarınca (bozulmasına), ilamin tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 19.11.2012 gününde oy birliğiyle karar verildi. 12. HD. 19.11.2012 T. E:23219, K:33693 (www.e-uyar.com)

Malvarlığı olmayan limitet şirketin alacaklısı ne yapabilir?

Av. Nezh Sütçü

Limitet şirketler TTK madde 573 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Limitet şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulur; esas sermayesi belirli olup, bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşur (TTK madde 573/1).

Ortaklar, şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler (TTK madde 573/2).

Şirketin yönetim ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Bu sözleşme ile yönetim ve temsil, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir (TTK madde 623). Temsil yetkisinin kapsamı ve sınırlandırılması ile ilgili anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümler kıyas yolu ile uygulanır (TTK madde 629/1).

Şirket, borç ve yükümlülükleri dolayısıyla sadece malvarlığıyla sorumludur (TTK madde 602). Ancak kamu borçları bakımından özel düzenleme yapılmıştır(1). Kamunun alacakları bakımından tahsilatı kolaylaştırıcı hükümlerin, özel nitelikli alacaklar bakımından da uygulanmaması önemli

bir eksiklik oluşturmaktadır.(2)

Peki, hiçbir malvarlığı olmayan limitet şirketten olan alacak nasıl tahsil edilecektir?

A) Hukuki sorumluluk doğuran başvuru yolları

1) Kusurlu yöneticinin alacaklıya karşı hukuki sorumluluğu
Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini "kusurlarıyla" ihlal ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar (TTK madde 644 ve TTK madde 553/1, ETK 336/5). Alacaklıya karşı kanundan doğan en önemli yükümlülük, sermayenin kaybı, borca batık olma durumunun bildirilmemesidir (TTK madde 376(3), madde 633/1(4)).

TTK madde 553 gerekçesinde ETK madde 309'dan farklı olarak, maddenin hem doğrudan hem de dolayısıyla zarara uygulanacağı(5); aktif dava ehliyetine sahip kişilerin bu yetkilerini kullanabilme şartlarının 555 ve 556. maddelerde yer aldığı belirtilmiştir. "Şirketin Zararı" başlığı altındaki maddelerden, TTK madde 555 hükmünde, şirket zararının tazmininin şirket ve her bir pay sahibince istenebileceği; TTK madde

556 hükmünde de, şirketin iflası ve iflas idaresinin sorumluluk davası açmaması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde, şirket alacaklısının doğrudan sorumlulara dava açabileceği belirtilmiştir. Buna göre şirket alacaklısının, şirketin verdiği gerek doğrudan, gerekse dolaylı zararlar için yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları aleyhine sorumluluk davası açabilmesi için;

- 1) Şirketin iflas etmesi,
- 2) İflas idaresinin (İİK madde 223) oluşturulması,
- 3) Alacaklının sorumluluk davası açması için iflas idaresine başvurusu,
- 4) İflas idaresinin sorumluluk davası açmaması gerekmektedir (TTK madde 556). Birden fazla alacaklının sorumluluk davası açması halinde elde edilen hasıla, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre, önce dava açan alacaklıların alacaklarının ödenmesine tahsis olunacaktır (TTK madde 556/2).

• "...davalıların, borca batık olduğu bilirkşi raporuyla saptanan yöneticisi oldukları şirket için ETTK'nın 324. (Yeni TTK madde 376) maddesi gereğince mahkemeye başvurmamaları sebebiyle görevlerini ihmal ettikleri ve bu suretle davacının zararına sebebiyet verdikleri, davacının uğradığı zararı şu ana kadar dava dışı şirketten tahsil edemediği anlaşılınca, davacının toplam zararının, aynı alacağın dava dışı şirketin iflas masasına kayıtlı olduğu gözetilerek tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla, davalılardan tahsiline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış kararın bu sebeple davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir."(6)

Görüldüğü gibi, şirket yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri veya tasfiye

memurlarına karşı açılacak hukuki sorumluluk davasından bir sonuç alınmasındaki güçlük ortadadır. Şirket iflas etmediği sürece, alacaklıların zarara uğramadığını kabul eden düzenleme, iflas süreci dikkate alındığında haksız ve hakkaniyete aykırıdır. Şirketin borca batık olduğunun anlaşılması yeterli görülerek, yöneticilerin malvarlıklarına, iflas şartı aranmaksızın doğrudan başvuru imkânı tanıyan açık yasal düzenleme yapılması zorunluluğu vardır. Böyle bir düzenleme, yöneticilerin, şirketin mali durumunu düzeltmesi için çaba harcamasına da olumlu katkı sağlayacaktır.

Limitet şirketlerde müdürler ve yönetimle görevli kişiler, görevlerini tüm özeni göstererek yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini, dürüstlük kuralı çerçevesinde, gözetmekle yükümlüdürler (TTK madde 626/1). Ayrıca, müdürler de ortaklar için öngörülmuş bulunana bağlılık borcuna (TTK madde 613) tabidir (TTK madde 626/3).

• "...Her ne kadar mahkemece, davalı M. F. A. aleyhine açılan davanın reddine karar verilmiş ise de; Davalı M. F. A., diğer davalı J... Ltd. Şirketinin kurucu ortağı, müdürü ve yetkilisidir. Dava tarihi olan 18.01.2010 tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Türk Ticaret Kanunu'na göre, limitet şirketlerde müdürlerin sorumluluğu ile ilgili olarak anonim şirketlerdeki yönetim kuruluna dair hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Anonim şirketlerde organ olan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK'nın 336. ve 341. maddelerinde düzenleme konusu yapılmıştır. TTK'nın 336. maddesinde 5. fıkrasındaki "Kanun ve esas mukavelenin kendilerine yüklediği sair vazifeleri kasten ve ihmal neticesinde yerine getirmeyen" yönetim kurulu üyelerinin

sorumlu olacağı hükmü gereğince davalı M. F. A.'nın haksız fiil teşkil eden eylem ve işlemleri ile davacıyı zarara soktuğu ve davacıya karşı bu davalının da zararın tazmininde sorumlu olduğu dikkate alınarak davalı M. F. A.'nın davalı J... Ltd. Şti ile birlikte sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken gerekçe belirtmeksizin bu davalı yönünden davanın reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”(7)

Burada kusurun ispatı davacıya aittir. Sorumlular aleyhinde şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir (TTK madde 561).(8) Ticaret şirketlerinde, şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, müdürleri, tasfiye memurları ya da denetçilerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanacaktır (TTK madde 1521).

Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zaman aşımına uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezaı gerektirip, Türk Ceza Kanunu'na göre daha uzun dava zaman aşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zaman aşımı uygulanır (TTK madde 560). Alacaklının doğrudan takibi bakımından iflas şartı getirildiğinden, iflas kararının kesinleşmesinden itibaren 2 yıllık zaman aşımı süresi işletilmelidir. İki yıllık sürenin başlaması için ayrıca sorumlunun öğrenilmesi gerekirse de, ticaret sicilinden her zaman şirketin müdür veya yetkilisinin kim olduğunun tespiti mümkündür. Alacaklı bakımından zararı doğuran fiil limitet şirketin borcunu ödememesidir. Bu (icra takibinin kesinleştiği) tarihten itibaren 5 yılın geçmesi, ancak şirketin iflasının

istenmemiş olması halinde de, iflasın kesinleşmesinden itibaren 2 yıllık süre içinde dava açılabilirdir.

2) Limitet şirketin iflasının istenmesi

İflas, ticaret mahkemesinde iflasına karar verilen bir borçlunun (müflisin), haczi mümkün bütün malvarlığının cebri icra yoluyla paraya çevrilip, bundan bilinen bütün alacaklılarının adil bir şekilde tatmin edilmesini sağlayan toplu (küllî) bir cebri icra yoludur. İki türlü cebri icra yolu mevcut olup, bunlar ferdi icra ile toplu icradır. Toplu icraya iflas denilmektedir. Ferdi icrada, borçlunun bütün alacaklıları ayrı ayrı ferdi icra yollarından birine başvurarak alacaklarını istediklerinde, bu taleplerin birlikte değerlendirilmesi söz konusu olmaz. Oysa iflasta kolektif bir tasfiye şekli öngörülmüştür. Bu şekilde, borçlunun tüm malvarlığı, bütün borçlarının ödenmesine tahsis edilir. İflas sürecinde, alacaklılar, iflas masasına giren mallardan gariyeten tatmin edilme hakkına sahiptirler. Bu haktan yararlanan alacaklılar, iflas sürecindeki işlemlerde talep, itiraz ve şikâyet yoluyla etkili olmaya ve alacaklarının tasfiyede dikkate alınmasını istemeye yetkilidirler.

Limitet şirketin hiç veya yeterli malvarlığının bulunmaması halinde iflas sürecinin başlatılması, iflas kararı alınması ve tasfiye işlemlerinin yapılmasının alacaklıya bir faydası olmayacaktır. O nedenle iflas prosedüründen bir sonuç alınması mümkün görülmemektedir.

İflas durumunda, müflis şirket yöneticilerinin, İİK madde 311 ve TCK madde 161 uyarınca hileli iflas veya İİK madde 310 ve TCK madde 162 gereği taksiratlı iflas suçlarından ceza mahkemesinde yargılanmaları söz konusu olmaktadır.

3) Esas sermayenin haczi mümkün müdür?

Limitet şirketin esas sermayesi en az on bin Türk Lirası'dır (TTK mdde 580). Eski TTK'ya göre sermayesi hâlihazırda 5.000 TL olan limitet şirketlerin, sermayelerini Yeni TTK'nın yayımı tarihinden itibaren 3 yıl içinde (en geç 14.02.2014 tarihine kadar) en az 10.000 TL'ye yükseltmesi gerekmektedir. Aksi halde, mezkûr sürenin sonunda sermayesini 10.000 TL'ye yükseltmemiş limitet şirket infisah etmiş sayılabilecektir (6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun madde 20/1).

Esas sermaye pay bedellerinin ödenmesi, ödeme yeri, ifa borcu, ifa etmemenin sonuçları, bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususlarında bu kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümleri (TTK madde 344-345) kıyasen uygulanır (TTK madde 585).

Nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşi tescilden önce, gerisi de şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenir. Payların çıkarma primlerinin tamamı tescilden önce ödenir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun pay bedellerinin ödenmelerine ilişkin hükümleri saklıdır (TTK madde 344).

Nakdi ödemeler(9), 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na bağlı bir bankada, kurulmakta olan şirket adına açılacak özel bir hesaba, sadece şirketin kullanabileceği şekilde yatırılır. Taahhüt edilen payların, kanunda veya esas sözleşmede öngörülmüş bulunan ve kanunda yazılı olandan daha yüksek olan tutarlarının ödendiği, ticaret siciline yöneltilecek bir banka mektubu ile ispatlanır. Banka bu tutarı, şirketin tüzel kişilik kazandığını bildiren bir sicil

müdürlüğü yazısının sunulması üzerine, sadece şirkete öder (TTK madde 345).

Ticaret sicilinden hangi bankaya sermayenin yatırıldığı tespit edilip, bu bankadaki şirket mevduatına haciz konulabilirse de ödenmesi zorunlu tutulan sermaye çok düşük tutulduğu gibi malvarlığı bulunmayan şirketin ödenen sermaye tutarını bankadan çekmiş olması ve şirket için harcandığını göstermesi kuvvetle muhtemeldir. Kanımca, limitet şirketin en az sermaye miktarının şirketin devamı süresince devlet bankasında bloke edilerek nemalandırılmasına ve şirket alacaklılarına bu tutarı haczetme imkânı tanınmasına yönelik yasal düzenleme yapılma zorunluluğu vardır.

4) Şirket isminin haczi

Limitet şirketler, işletme konusu gösterilmek şartıyla, ticaret unvanlarını serbestçe seçebilirler (TTK madde 43).

Ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemez. Bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, unvanın da devri sonucunu doğurur. Devir hâlinde devralan, unvanı aynen kullanma hakkına sahiptir (TTK madde 49).

Usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanma hakkı sadece sahibine aittir (TTK madde 50).

Yukarıdaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, ticaret unvanının bağımsız olarak haczi mümkün görülmemektedir. Kaldı ki hiçbir malvarlığı bulunmayan şirketin ticaret unvanının ekonomik değer ifade etmesi ihtimali düşüktür.

B) Cezai sorumluluk doğuran başvuru yolları

İcra ve İflas Kanununda yazılı suçlar, bir

tüzel kişinin yönetim veya işlemlerini ifası sırasında işlenmiş ise ceza o tüzel kişinin müdürlerinden, temsilci ve vekillerinden, tasfiye memurlarından, yönetim kurulu başkanı ve üyesinden veya denetçi ve müfettişlerinden fiili yapmış olan hakkında hükmolunur (İİK madde 345).

TCK madde 5 hükmünde de bu kanunun (Türk Ceza Kanunu'nun) genel hükümlerinin (TCK madde 1-75), özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

1 - Alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla mevcudu eksiltme suçu (İİK madde 331)

Haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçlu; alacaklısını zarara sokmak maksadıyla, mallarını veya bunlardan bir kısmını mülkünden çıkararak, telef ederek veya kıymetten düşürerek hakiki surette yahut gizleyerek muvazaa yoluyla başkasının uhdesine geçirecek veya asıl olmayan borçlar ikrar ederek mevcudunu suni surette eksiltirse, aleyhine aciz belgesi aldığı veya alacaklı alacağını alamadığını ispat ettiği takdirde, alacaklının şikayeti üzerine altı aydan üç yıla kadar hapis(10) ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır (İİK madde 331).

Bu suçun takibinin İİK madde 346 vd. maddeleri uyarınca icra mahkemesine başvuru ile yapılması gerekmektedir.(11)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 13.2.2007 tarih ve 28 Karar sayılı Kararına göre;

a - İcra İflas Kanunu'nda yer alan şikayete tabii kılınan suçlar dolayısıyla ve bu kapsamda anılan yasanın 331. maddesinde düzenlenmiş bulunup da kovuşturmasının şikayete tabi olduğu

yönünde kuşku bulunmayan alacaklısını zarara sokmak kastı ile mevcudunu eksiltmek suçundan, yapılan şikayet İİK madde 347'de belirtilen süreler içinde, aynı yasanın 348. ve 349. maddeleri uyarınca yetkili İcra Mahkemesi'ne yapılmalıdır.

b - Bu suçlarla ilgili dava açma yöntemi, İİK madde 349 da açıkça belirtilmiş olduğundan, şikayet yasanın 346. maddesi uyarınca yetkili kılınan İcra Ceza Mahkemesi'ne yapılmalı ve bu suçlarla ilgili soruşturmalarda 5271 sayılı yasa hükümleri değil, İİK hükümleri uygulanmalıdır.

c - Şikayete tabi olduğu belirtilen bu suçlarla ilgili olarak, şikayetin doğrudan İcra Ceza Mahkemesi'ne yapılması gerektiğinden, 5271 sayılı yasanın 170. maddesi uyarınca iddianame düzenlenmesine gerek bulunmadığı gibi anılan yasanın 170. ve devamı madde hükümlerinin de bu suçlar yönünden uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

d - Yargıtay C. Başsavcılığı'nca ileri sürülen ve bu suça ait soruşturmanın C. Savcılığı'nca yapılması gerektiğine ilişkin olan görüşe yasal dayanak olarak gösterilen, 5320 sayılı yasanın 9. maddesi hükmü, 1412 sayılı yasanın 344 vd. maddelerinde düzenlenen şahsi dava türleriyle ilgili olup, bu hükmün İİY'de yer alan suçlarda uygulama alanı bulunmamaktadır.

Anılan yasal düzenlemeler ve açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde ve özellikle İİY'nin 5358 sayılı yasa ile değişik 346. ve 349. maddeleri hükümleri göz önüne alındığında, anılan suç türleriyle ilgili soruşturmanın C. Başsavcılığı'nca yapılmasına yasal olanak bulunmadığından, suçların

ağırlığı ve adalet düşüncesiyle de olsa, yasa koyucu tarafından öngörülme- yen bir yöntemin uygulanması veya verilmeyen bir yetkinin kullanılmasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

- "Alacaklısını zarara uğratmak için mal varlığını azaltmak, suçun İİK'nın 331. maddesinde düzenlenmiş olup, aynı maddenin 6. fıkrasında "bu suçlar alacaklının şikâyeti üzerine takip olunur", yine anılan kanunun 349. maddesinde şikâyetin dilekçe ile veya şifahi beyanla icra mahkemesine yapılacağı, öte yandan 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5358 sayılı kanunun 18. maddesiyle değişik 2004 sayılı İİK'nın 346. maddesinin son fıkrasında göre de "Bu bapta yer alan suçlarla ilgili davalara icra mahkemesinde bakılır" hükümleri karşısında sanığa yöneltilen suç hakkında iddianame ile dava açılmasının gerekmediği, icra mahkemesine verilecek dilekçe ile yargılamaya başlanacağı kabul edilmelidir."(12)

Buna göre; İİK madde 331'de yazılı alacaklısını zarara uğratmak kastıyla mevcudunu eksiltmek suçunun takibinin İİK m 346 ve devamı maddeleri uyarınca icra Mahkemesi'ne başvuru ile yapılması gerektiği açıktır.

Bu suç hacizli veya rehinli malların değerinin azaltılması veya taşınmaz rehini kapsamında bulunan eklentinin rehin alacaklısına zarar vermek kastı ile taşınmaz dışına çıkarılması halinde gündeme gelmektedir. O nedenle malvarlığı bulunmayan limitet şirket bakımından uygulanma şartları sınırlıdır.

2 - Ticari işletme yöneticisinin cezai sorumluluğu (İİK madde 333/a)

Ticaret şirketlerinde hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip olanların

alacaklıları zarara uğratmak kastıyla ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödemeyerek alacaklıları zarara soktukları takdirde, bu işlem ve eylemlerin başka bir suç oluşturmaması halinde(13), alacaklının şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis(14) ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır (İİK madde 333a/1).

Birinci fıkradaki suç taksirle işlendiği takdirde, alacaklının şikâyeti üzerine, fail hakkında zararın ağırlığına göre iki bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur(İİK madde 333a/2). İİK'nın 333/a maddesinde, ticari işletmede yöneticilerin ceza hukuku bakımından sorumluluğunu gerektiren suç tanımı yapılmıştır. Bu madde "Ticari İşletmede Yöneticinin Sorumluluğu" başlığını taşımakta olup, İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 17.07.2003 Tarihli ve 4949 Sayılı Kanun'un 90. maddesi ile İİK'ya eklenmiştir. 4949 Sayılı Kanun'un söz konusu madde gerekçesinde aynen; "Maddeyle ticari işletmede yöneticinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Burada, bir ticari işletmede hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip bulunan kişilerin alacaklıları kasten zarara sokmaları suç haline getirilmektedir. Alacaklıları zarara sokmaktan maksat, ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödememektir. Fiilin cezalandırılabilmesi için failin kastının buna yönelik olması şarttır. Hukuken veya fiilen yönetim yetkisine bulunmayanların bu suçu işlemeleri olanaksızdır. Bir ticari işletmede kimlerin hukuken yönetim yetkisine sahip olacağı Ticaret Hukuku mevzuatında gösterilmiştir. Ancak zaman zaman bazı kişilerin bu yetkiyi fiilen kullanabildikleri durumlar vardır. Bazen bu, hukuken yönetim yetkisine sahip bulunanların rızasıyla olabilmesine karşın, bazı durumlarda zor kullanılarak da olabilmektedir.

İşte bu kişilerin ticari işletme adına yaptıkları işlem veya eylemlerle alacaklıları kasten zarara sokmaları suç haline getirilerek alacaklıların haklarına önemli bir koruma getirilmiştir. Ticari Ceza Hukuku'nun en temel prensiplerinden biri, ekonomik suçta ekonomik yaptırımların uygulanmasıdır. Hürriyeti bağlayıcı ceza istisnai bir yaptırım olarak uygulanabilir. Burada bu prensibe riayet edilmiş hürriyeti bağlayıcı ceza sınırlı tutulmuştur. Suçun taksirle, yani tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizamât, evamir ve talimata aykırılık yapılarak işlenmesi mümkündür. Bu durumda faile sadece para cezası öngörülmüştür. Burada düzenlenen suçların takibi suçtan zarar görenin şikâyetine bağlanmış, böylece mağdurun mağduriyetinin ortadan kaldırılmasına olanak tanınmıştır. Bilindiği gibi, şikâyetten vazgeçme veya şikâyetin geri alınması, ahlaka olmamak kaydıyla şarta bağlanabilir. Vazgeçme veya geri alınmanın, mağduriyetin giderilmesi şartına bağlanması ahlaka aykırı olmaz." denilmektedir.

Daha sonra, İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 31.05.2005 Tarihli ve 5358 Sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi ile bu maddede değişiklik yapılarak, madde bugünkü halini almıştır. Bu değişikliğin temel nedeni madde gerekçesinde de açıkladığı üzere, 5237 Sayılı TCK hükümlerine uyarlanmanın yapılmasıdır. Bu husus madde gerekçesinde, "İcra ve İflas Kanunu'nun söz konusu 333/a maddesinde ticari işletmede yöneticilerin ceza hukuku bakımından sorumluluğunu gerektiren suç tanımı yapılmıştır. Bu tanımdaki yaptırım sisteminin 5327 sayılı TCK'ya uyarlanmasını sağlamak amacıyla,

teklife yeni bir madde olarak 4. madde eklenmiş ve diğer madde numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir." şeklinde dile getirilmiştir.

İİK madde 347 gereği şikâyet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer. Buna göre icra takibinin kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde açılmayan davada düşme kararı verilmektedir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre üçüncü şahsın şirketin mali durumunu haricen bilmesi mümkün olmadığına göre, İİK madde 347'deki üç aylık şikâyet süresi, alacaklının borçlu şirketin borcu ödeme gücünün bulunduğu öğrenildiği tarihten, bir yıllık şikâyet süresi ise, takibin kesinleştiği tarihten itibaren yürütülmelidir.

İİK'nın 333/a maddesinde düzenlenmiş bulunan suçun oluşabilmesi için, usulüne uygun olarak tebliğ edilen "ödeme/icra emri"nde ödeme için gösterilen sürenin son günü (takibin kesinleştiği tarih) itibarıyla, ticari işletmenin borcunu ödeyebilecek ekonomik güce sahip olması ve hukuken ya da fiilen yönetim yetkisine sahip olan şirket yetkilisi sanığın, kasıtlı olarak ticari işletmenin borçlarını kısmen ya da tamamen ödemeyerek alacaklıları zarara sokmuş olması gerekir. Bu durum, şirkete ait defter ve kayıtlar ile banka hesapları, vergi dairesine verdiği bilançolar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, sonucuna göre sanığın suç işleme kastının tayini ile mümkündür.

Şikâyet dilekçesinde, şirket yetkililerinin isimleri belirtilmeden, sadece "şirket yetkililerinin cezalandırılması"nın istenmiş olması halinde, İİK madde

345 uyarınca davanın reddine” karar verilmektedir.

Müştekinin salt borcun ödenmemesi iddiası İİK madde 333/a’daki suçu oluşturmaz.(15) Borca batık şirketin borcunu ödeme gücünün bulunmadığının kabulü gerekir. Yargıtay’a göre alacaklı şirketin borca batık olduğunu biliyorsa İİK madde 333/a’dan ceza verilemez.(16)

Bu suçun işlenmesi için şirketin malvarlığı bulunmasına rağmen, ödemenin yapılmaması gerekir. O nedenle malvarlığı olmayan şirket bakımından bu suçtan cezalandırmayı sağlamak güçtür.

3 - Sermaye şirketlerinin iflasını istemek mecburiyetinde olanların cezası (İİK madde 345/a)

İdare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, 179. maddeye(17) göre şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildiren şirketin iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası(18) ile cezalandırılır (İİK madde 345/a).

Şikâyet tarihi itibarıyla şirketin aktif ve pasif durumunun belirlenerek sonucuna göre şirketin iflasının istenmesi şartlarının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Alacaklı vekili, yöneticilerin İİK madde 333/a hükmünde yaptırıma bağlanan alacaklıları zarara uğratmak kastiyle ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödememesi ve aynı Kanunun 345/a maddesinde düzenlenen sermaye şirketlerinde idare ve temsil görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurlarının şirketin iflasını istememek

suçlarından cezalandırılmalarına karar verilmesini talep ettiği halde, bu suçlar yönünden olumlu veya olumsuz bir karar verilmeden, istem dışına çıkılarak ticareti usulüne aykırı terk etmek suçundan hüküm kurulamaz.(19)

Sanıkların idare ve temsile yetkili oldukları şirketin başka bir alacaklı tarafından iflâsının istenmiş olması halinde, sanıkların temsilcisi oldukları şirketin iflâsını isteme zorunluluğu ortadan kalkar. Sermaye şirketlerinde idare ve temsil ile görevlendirilmiş kimselerin, “şirketin iflâsını istememesi suçunu, icra takip dosyası birden fazla olsa dahi, aynı işyeri ile ilgili olarak ancak bir kere işleyebilmeleri söz konusu olup, ortada tek suç vardır. “Sermaye şirketinin iflâsını istememe” suçundan dolayı birden fazla alacaklının yaptığı şikâyet üzerine sanık(lar) hakkında tek ceza verilir. Sanık şirket yetkilisi hakkında İİK’nın 345/a maddesinde düzenlenmiş olan suçtan dolayı birden fazla davanın bulunduğu anlaşılmaması halinde mükerrer cezalandırmaya neden olunmaması için bu dava birleştirilerek yargılama yapılması gerekir.(20)

Borçlu şirketin hakkındaki takibin kesinleştiği tarih itibarıyla “borçlarını ödeme gücünün bulunmadığının” (yani; İİK’nın 333/a maddesindeki suçun oluşmaması halinde) şikâyet üzerine atılan “sermaye şirketinin iflâsını istememek suçu”nun oluşup oluşmadığının anlaşılması için öncelikle İİK’nın 179 ve TTK’nın 376. maddesinde ön görülen koşullarda şirketin aktif ve pasif durumunun belirlenerek sonucuna göre şirketin iflasının istenmesinin gerekip gerekmediğinin – bu konuda borçlu şirkete ait ticari defterler, bilançolar ve banka hesap defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak-

saptanması gerekmektedir.(21)

4 - Ticareti terk suçu (İİK madde 337/a)

Ticareti terk eden bir tacir 15 gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur (İİK madde 44). 44. maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu(22), bundan zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası(23) ile cezalandırılır (İİK madde 337/a).

Limitet şirketin adresine gidilip, adreste bulunmadığının tutanağa geçirilmesi ve aynı adreste yapılan polis-zabita araştırmasında borçlunun o adresi terk ettiğinin saptanması ile suç oluşur. Şirketin gerçekten ticareti terk edip etmediğinin tespiti için vergi mükellefiyetinin de devam edip etmediği araştırılmalıdır.(24) Terk tarihinden itibaren 15 günlük sürenin geçmesi ile suç işlenmiş sayılır. Bu suç bir kere işlenebileceğinden, başka dosyalardan da ceza verilmesi mümkün değildir. İlk açılan davada dosyalar birleştirilip hüküm kurulmalıdır.(25)

Terkin öğrenilmesinden itibaren üç ay ve her halde terk tarihinden itibaren 1 yıl içinde şikâyette bulunulmalıdır. Aksi halde şikâyet hakkı düşer (İİK madde 347). Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olduğundan (TCK madde 49/2), TCK madde 50'deki seçenek yaptırımlara(26) çevrilebilir veya şartları

varsa ertelenebilir (TCK madde 51).

5 - Borçlu beyanlarına ilişkin suçlar

İİK madde 76 uyarınca, mal beyanında (İİK madde 74) bulunmayan borçlu, alacaklının talebi üzerine beyanda bulununcaya kadar icra mahkemesi hâkimi tarafından bir defaya mahsus olmak üzere hapisle tazyik olunur. Ancak bu hapis üç ayı geçemez.

Borçlu vekiline tebliğ edilen ödeme/ icra emrine istinaden tazyik hapsine karar verilemez. Borçlunun kesinleşen takipte mal beyanında bulunmaması üzerine yapılan şikâyet üzerine hapisle tazyik olunması söz konusudur. Karar kesin olup Cumhuriyet Savcılığı'na gönderilerek, Savcılık tarafından infaz edilir. Bunun üzerine borçlu mal beyanında bulunmak zorunda kalacaktır.

İİK madde 338 hükmünde yalan beyanda bulunma; İİK madde 339 hükmünde de, beyandan sonra mal ve kazançtaki artışı bildirmeme suçları düzenlenmiştir.

a) Bu kanuna göre istenen beyanı, hakikate aykırı surette yapan kimse, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (İİK madde 338/1) (27). Limitet şirkete ait malları veya alacakları bildirmeyen yetkili bu suçtan cezalandırılabilir. Vekilin gerçeğe aykırı beyanından asil sorumlu tutulamaz.(28)

b) Sonradan kazandığı malları veya kazancında ve gelirinde vaki tezayütleri bu kanun mucibince bildirmeye mecbur olan borçlu makbul bir mazereti olmaksızın yedi gün içinde icra dairesine taahhütlü mektupla veya

şifahi surette bildirmese ve bu mal veya kazancı asıl veya bedel itibariyle mevcut olduğu takdirde, on gün; mal veya kazancını asıl veya bedel itibariyle makbul bir sebep olmaksızın elden çıkarmışsa, bir aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır (İİK madde 339).

6 - Diğer suçlar

Haciz yolu ile takip talebinden sonra veya bu talepten önceki iki yıl içinde borçlunun, olağan dışı nitelendirilecek bir umursamazlıkla hareket ederek veya gereğinden fazla masraflar yaparak yahut büyük-riskli talih oyunlarına veya basiretsizce spekülasyonlara girişerek yahut işlerinde ağır ihmallerde bulunarak aczine kendi fiili ile sebebiyet vermesi yahut durumunun kötülüğünü bildiği halde bu gibi hareketlerle bu kötülüğü ağırlaştırması halinde, alacaklının alacağını tahsil edemediğini ispatlaması halinde borçlu 15 günden altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir (İİK madde 332). Bu cezanın gündeme gelmesi için limitet şirketin aşırı harcamalara esas alınan malvarlığının bulunması ve bu harcamaların ispatı gerekmektedir.

Sonuç: Uygulamada, limitet şirketlerin çok yoğun bir şekilde ticari hayatta yer aldığı ve yöneticileri vasıtasıyla piyasaya aşırı tutarlarda borçlanmalarına rağmen, borçlarını ödemedikleri, genellikle danişıklı ve göstermelik olarak borca batık hale geldiklerini savundukları, daha sonra, işlerini terk etmek suretiyle, alacaklılarını mağdur ettikleri ve şirket tüzel kişiliğinin korumasından yararlanan yöneticilerin ise, hiçbir şey olmamış gibi ticari hayatlarını sürdürdükleri görülmektedir.

Limitet şirket iflas etmediği sürece, şirket yönetim kurulu üyeleri,

yöneticileri, müdürleri veya tasfiye memurlarına karşı hukuki sorumluluk davası açılmasını önleyen düzenleme nedeniyle, şirket alacaklıları mağdur edilmektedir. Oysa şirketin borca batık olduğunun anlaşılması yeterli görülerek, yöneticilerin malvarlıklarına, iflas şartı aranmaksızın doğrudan başvuru imkânı tanıyan açık yasal düzenleme yapılmalıdır. Böyle bir düzenleme, yöneticilerin, şirketin mali durumunu düzeltmesi için çaba harcamasına da olumlu katkı sağlayacaktır. Kamunun alacakları bakımından tahsilatı kolaylaştırıcı hükümlerin, özel nitelikli alacaklar bakımından da uygulanmaması önemli bir eksiklik oluşturmaktadır.

Cezai yönden yapılan düzenlemelerde, hapis cezasının ertelenmesi ve seçenek yaptırımlara çevirme imkânının bulunması yanında, şirket kayıtlarında bilirkişi incelemesi yapılmaksızın karar verilememesi, şirket defterlerinin teminindeki zorluklar, şikâyet sürelerinin kısa ve belirsiz olması etkin bir cezalandırma sistemi kurulmasına engeldir. Yine de, borcunu ödemeyen limitet şirket yöneticisinin, terditli olarak, öncelikle İİK madde 333/a uyarınca cezalandırılması, şirketin borca batık olduğunun tespiti halinde ise İİK madde 345/a uyarınca cezalandırılmasının talep edilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, meslektaşların limitet şirketlerle yapılacak sözleşmelerde çok dikkatli olmaları ve şirket temsilcisi veya müdürlerinin şahsi sorumluluğunu sağlayacak şekilde önlemler almaları gerekmektedir.

Sonnot

(1) Buna göre; 1) Şirket temsilcilerinin kamu borçlarından sorumluluğu: Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlıklarından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılın amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir (6183 SK mükerrer madde 35/1). Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanuni temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını kaldırmaz (6183 SK mükerrer madde 35/3).

2) Şirket ortağının kamu borçlarından sorumluluğu: Kamu borçları bakımından limitet şirket ortakları "şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılın" kamu alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumludur (6183 SK madde 35/1). Ortağın şirketteki payını devretmesi halinde de devreden ve devralan, devir öncesine ait kamu alacağından birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumludur. Kamu alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur (6183 SK madde 35/2-3).

(2) "Günümüz ekonomik tablosunda, şirketlerin mantar gibi açıldıkları ve temsilcileri vasıtasıyla piyasaya yüklü miktarlarda borçlandıkları ve alacaklıların borçlarını ödemedikleri, genellikle şeklen batıklarını gösterdikleri, işlerini terk etmek suretiyle, alacaklılarını mağdur ettikleri ve şirket tüzel kişiliklerinin korumasından yararlanarak serbestçe dolaştıkları, gözlemlenmektedir. Bu hususlar göz önüne alınarak, özellikle bu tutum ve davranış içinde olan şirket yöneticilerinin, icra mahkemelerinde serli olarak yargılanmaları ve yönetici aleyhine verilecek mahkûmiyet kararından sonra, yine aynı şirket yöneticisi aleyhine açılacak hukuk davası yoluyla, şahsi mal varlığına yönelinilmesi imkanları ve özel hukuk tüzel kişileri olmaları da göz önüne alınarak 5237 Sayılı TCK'da ve özel kanunlarda yazılı olan güvenlik tedbirlerinin uygulanması konusu üzerinde durulmalıdır." Ticaret şirketlerinde yöneticilerin cezai sorumluluğu, ODMAN, M. Tevfik / YILMAZ, Raşit, http://www.yilmazhukukburosusu.com/dosya/ticari_isletmede_yonetiminin_sorumlulugu.pdf

(3) TTK madde 376- 1)Son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırır ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar. 2) Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırdığı takdirde, derhâl toplantıya çağırılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile

yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer. Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini yandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarır. Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister. İflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yineliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildiri olarak kabul olunur.

(4) TTK madde 633-"Esas sermayenin kaybı ya da borca batık olma hâllerinde anonim şirketlere ilişkin ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Ek ödeme yükümlülüğü hakkındaki hükümler saklıdır."

(5) Eski düzenlemede, ETTK madde 336 ve 337 hükümleri gereğince yönetim kurulu üyelerine yükletilen sorumluluk hakkında 309. madde hükmünün de uygulanacağı; ETTK madde 309 hükmünde de dolayısıyla zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklılarının, hükümlenacak tazminat şirkete verilmek üzere dava açabilecekleri belirtilmekteydi. Yargıtay uygulamasında da, yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın mal varlığını azaltan veya kötüleştiren yasa ve ana sözleşme hükümlerine aykırı davranışlarının, ortaklar ve alacaklıların dolaylı zarar görmesine yol açacağı, başka bir deyişle şirketin zarar görmesi nedeniyle ortaklar ve alacaklıların da zarar gördüğü kabul edilmekteydi, Y. 11. HD. 9.2.2015, 380/1524; Y. 11. HD. 30.12.2015, 6139/13937. Daha önceki kararlarda ise alacaklıların şirketin kötü yönetimi nedeniyle alacaklarını tahsile edememeleri nedeniyle doğrudan zarara uğradıkları ve yönetim kurulu üyelerine karşı dava açabilecekleri kabul edilmekteydi, Y. 11. HD. 11.3.2002, 2001/9498, 2079; Y. 11. HD. 17.5.1994, 1993/4314, 4368. Yeni düzenlemede dolaylı-dolaysız zarar ayırımı ortadan kaldırılmıştır.

(6) Y. 11. HD. 20.2.2015, 2014/15468, 2322.

(7) Y. 13. HD. 20.1.2016, 2014/43810, 941.

(8) "...Dava, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 553. maddesi hükmü uyarınca şirket alacaklı olan davacı şirketin, dava dışı borçlu şirket yöneticisine karşı açtığı sorumluluk davasıdır. Bu davalarda, TTK'nın 561. maddesine göre şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesi de yetkili ise de, anılan maddede "...dava açılabilir" denmekte olup,

bu da düzenlenen yetkinin kesin yetki olmadığını göstermektedir. Burada, seçimsizlik yetki söz konusudur. Mahkemece açıklanan bu hususlar gözden kaçırılarak yetki kuralının kesin yetki olduğundan bahisle yetkisizlik kararı verilmesi doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir”, Y. 11. HD. 18.9.2013, 11633/16010; aynı husus madde gerekçesinde de belirtilmiştir.

(9) Uygulamada pek karşılaşılmada da, şirkete belirli şartların varlığı halinde aynı sermaye de konulabilir (TTK madde 581 ve TTK madde 578 atfı ile TTK madde 342-343, ayrıca bk. TTK madde 127-132). Bu maddelere göre, şirkete aynı sermaye olarak; üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz veya tedbir bulunmayan; nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar ve adlar da dâhil, malvarlığı unsurları konulabilecektir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar ise, şirkete sermaye olarak konulamayacaktır (TTK madde 581). Şirkete konulan aynı sermaye bedelinin mahkemenin atayacağı bilirkişi tarafından belirlenmesi gerekir (TTK madde 343).

(10) TCK madde 49/2 uyarınca hapis cezası 1 yıldan az verildiğinde, TCK madde 50/1 deki seçenek yaptırımlar uygulanabilmektedir. Ayrıca, hapis cezası 2 yıl veya daha az verildiğinde, şartları varsa hapis cezasının ertelenebilmesi mümkündür (TCK madde 51).

(11) YCGK 13.2.2007, 16/28.
(12) Y. 16. HD. 14.6.2006, 4592 K.

(13) Örneğin borçlu hakkında, takibe konu çetle ilgili bir ceza davası açılmışsa, bu madde uygulanamayacaktır. Y. 16. HD. 30.1.2007, 5420/95, COŞKUN, Mahmut, İcra – İflas Suçları, Ankara, 2016, s. 83.

(14) TCK madde 49/2 uyarınca hapis cezası 1 yıldan az verildiğinde, TCK madde 50/1 deki seçenek yaptırımlar uygulanabilmektedir. Ayrıca, hapis cezası 2 yıldan fazla olamayacağından şartları varsa hapis cezasının ertelenebilmesi mümkündür (TCK mdde 51).

(15) Y. 12. HD. 12.7.2010, 3949/4924, COŞKUN, s. 81.
(16) Y. 16. HD. 25.1.2012, 2011/7863, 207, COŞKUN, s. 80-81.

(17) İİK madde 179 - “Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin borçlarının aktifinden fazla olduğu idare ve temsil ile vazifelenirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye halinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edilirse, önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflasına karar verilir. Şu kadar ki, idare ve temsil ile vazifelenirilmiş kimseler ya da alacaklılardan biri, şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğuna dair bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın

ertelenmesini isteyebilir. Mahkeme projesi ciddi ve inandırıcı bulursa, iflasın ertelenmesine karar verir. İyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğunu gösteren bilgi ve belgelerin de mahkemeye sunulması zorunludur.”

(18) Şartları varsa, TCK madde 49/2, madde 50 ve madde 51 uyarınca hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya ertelenmesi mümkündür.

(19) Y. 16. HD. 4.7.2011, 2539/4059.
(20) Y. 11. CD. 13.9.2012, 6378/14814, COŞKUN, s. 167.
(21) Y. 19. CD. 18.6.2015, 3502/2965; Y. 11. CD. 28.11.2013, 2012/25642, 17983, COŞKUN, s. 163 vd. içtihatlar.

(22) Limitet şirketlerde, şirketi temsil ve idare eden kişilerin ceza alması söz konusudur, YCGK 24.2.2015, 502/10, COŞKUN, s. 105-106.

(23) TCK madde 49/2 uyarınca hapis cezası 1 yıl ve daha az olacağından TCK madde 50/1 deki seçenek yaptırımlar uygulanabilecektir. Ayrıca, hapis cezası 1 yıldan fazla olamayacağından şartları varsa hapis cezasının ertelenebilmesi mümkündür (TCK madde 51).

(24) YCGK 2.6.2015, 2014/11-836, 191, COŞKUN, s. 108.
(25) Y. 11. CD. 26.9.2013, 17570/13811, COŞKUN, s. 110.
(26) TCK madde 50/1-(1) Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a) Adli para cezasına,
b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,
c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam ettirmeye,
d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,
e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,
f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilebilir.”

(27) Haciz ihbarnamesine haksız ve gerçeğe aykırı olarak itiraz eden üçüncü kişi de bu suçtan dolayı cezalandırılabilir, Y. 17. HD. 8.2.2007, 2006/4135, 330, Coşkun, s. 122, dipnot 71.

(28) Y. 16. HD. 27.10.2008, 6500/6724, Coşkun, s. 121, dipnot 69.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'unda öngörülecek yasal değişiklikler hakkında bir değerlendirme

Mehmet Toprak - Konya Bölge İdare Mahkemesi Üyesi

Bilindiği gibi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'unda değişiklik yapılmak üzere halen bir taslak çalışması yapılmakta ve yürütülmektedir. Bu bağlamda; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'unda öngörülecek yasal değişikliklere esas olmak üzere; görüş, düşünce ve hukuki değerlendirmelerimden ibarettir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'un 7. maddesinde, dava açma süresinin özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış gün olduğu, ilanı gereken düzenleyici işlemlerde dava açma süresinin ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı belirtilmiş; anılan Kanun'un "Üst makamlara başvurma" başlıklı 11. maddesinde de, "İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir.

Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi

yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır." hükmü yer almaktadır. 2577 sayılı yasanın halen yürürlükteki 11. maddesine eklenmek veya 11. maddeyi yeniden düzenlenmek üzere;

İdari Yargı mercilerinde kendi içerisinde itiraz usulü öngörülen işlemlerde, örneğin; imar planı, disiplin cezaları, ecrimisil, fon gelirleri, gümrük para cezası, 5510 sayılı yasa kapsamındaki para cezaları gibi işlem veya kararların tebliği sonrasında işlemin geri alınması, kaldırılması veya değiştirilmesi yolunda yapılan itirazlar üzerine ilgili idarece kanuni süresi içerisinde itiraz üzerine bir karar/yanıt verilmemesi üzerine bu durumun cevap verilmemek suretiyle zimnen reddedildiğinin kabul edilerek, nihayet başvurma ve dava açma süresi dahil 120 gün içerisinde idare mahkemelerinde dava açılması gerektiğinden bahisle, aksi halde itirazı sonuçlandırmakla yetkili kurullarca kendi mevzuatlarında öngörülen süre içerisinde karar verilmemesi, başka bir deyişle gecikmeli olarak çok uzun bir süre geçtikten sonra bir karar alınması ve bunun ilgililere tebliğ edilmesi üzerine (120 günü aşar şekilde) dava açılması halinde süre ret kararı verilerek büyük hak kayıplarına, mağduriyetlere ve hak ihlallerine yol açılmaktadır.

Oysa, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Anayasanın Bağlayıcılığı Ve Üstünlüğü" başlıklı 11. maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu ifade edilmiş; "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmüne yer verilmiş; "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlıklı 40. maddesinde de "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir" hükmü yer almış; "Dilekçe, Bilgi Edinme ve Kamu Denetçisine Başvurma Hakkı" başlıklı 74. maddesinde de, vatandaşların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne yazı ile başvurma hakkına sahip olduğu, kendileriyle ilgili başvurularının sonucunun gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirileceği hüküm altına alınmıştır.

3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un 1. maddesinde de "Bu Kanunun amacı, Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de ikamet eden yabancıların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ve yetkili makamlara yazı ile başvurma haklarının kullanıma biçimini düzenlemektir." hükmü yer almaktadır.

Öte yandan, Anayasanın "Milletlerarası antlaşmaları uygun bulma" başlıklı 90.

maddesinin son fıkrasında "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. (Ek cümle: 07.05.2004 günlü, 5170 sayılı yasanın 7. maddesi) usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." hükmü getirilmiştir.

Buna göre, bu antlaşmalardan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlarla yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda uluslararası antlaşma kurallarının esas alınması anayasal bir gerekliliktir.

Keza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme, AİHS) 6/1. maddesinde, "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir." kuralı yer almıştır.

Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 36533/04 başvuru numaralı Mesutoğlu-Türkiye kararında özetle; mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını, bazı sınırlamalara tabi olabildiğini, mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür sınırlamaların ancak meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvuru arasında makul

bir orantı olması halinde sözleşmenin 6/1. maddesi ile bağdaşabileceğini, bu ilkelere, dava açma hakkının doğal olarak yasayla belirlenen şartları olmakla birlikte, mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine hâlel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan, kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınmaları gerektiğinin belirtildiği, Türk idare mahkemelerinin aşırı şekilci davrandığı ve başvurularını mahkemeye erişim haklarından ve AİHS'nin 6/1. maddesi uyarınca adil yargılanma haklarından yoksun bıraktığı kanaatine varıldığı belirtilerek Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Kural olarak, ecrimisil, disiplin cezası, imar planı, fon gelirleri, gümrük para cezası, idari para cezası (5510 sayılı yasa kapsamında) vb. ile ilgili konularda başta olmak üzere itirazların ilgili komisyonca hangi sürelerde görüşüleceği ve karara bağlanacağı kurala bağlanmış ise de, uygulamada süresi içerisinde bunun görüşülüp karara bağlanmasının her zaman için mümkün olmadığı görülmektedir.

Aslında; 657 sayılı yasanın 135. maddesinde "Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir. İtirazda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir. İtiraz mercileri, itiraz dilekçesi ile karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren

otuz gün içinde kararlarını vermek zorundadır.

İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezaı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler. Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir." hükmü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde, "İmar Planları; Nazım İmar Planı ve Uygulama İmar Planı'ndan meydana gelir. Mevcut ise bölge planı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içinde kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır.

Belediye meclisince onaylanarak yürürlüğe girer. Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. Belediye başkanlığınca belediye meclisine gönderilen itirazlar ve planları belediye meclisi onbeş gün içinde inceleyerek kesin karara bağlar." hükmü, 5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinde, "İdari para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde kuruma itiraz edilebilir.

İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmaması halinde, idari para cezası kesinleşir." hükmü, Sosyal Sigorta

İşlemleri Yönetmeliği'nin 113. maddesinin 4 ve 5. bentlerinde, "İdari Para Cezası İtiraz Komisyonu, ünite amiri veya görevlendireceği yardımcısı, ilgili şef, dosya memuru ve varsa avukattan oluşur. Kanunla getirilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya geç olarak yerine getirilmesi hâlinde, kanununun 102. maddesine istinaden ilgililere idari para cezası verilir. İdari para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde dilekçe vermek veya bu dilekçeyi taahhütlü olarak göndermek suretiyle işverence ilgili üniteye itiraz edilebilir. İtiraz, takibi durdurur.

İtirazlar, ilgili itiraz komisyonunda incelenerek en geç otuz gün içinde karara bağlanır. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler.

Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması hâlinde, idarî para cezası kesinleşir." kuralı, Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in "Düzeltilme talepleri ve taleplerin değerlendirilmesi" başlıklı 7. maddesinde, "Ecrimisil işlemine karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili İdareye dilekçeyle müracaat edilerek düzeltme talebinde bulunulabilir. Düzeltme talepleri, talep tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde bu Genel tebliğin 8. maddesinde belirtilen komisyonlarca karara bağlanır ve sonucu karar tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde düzenlenecek Yönetmelik eki "Ecrimisil Düzeltme İhbarnamesi" ile ilgisine tebliğ edilir.

Komisyonlar, gerektiğinde mahallinde inceleme yapmak veya yaptırmak suretiyle itirazları inceler. Komisyonlar üye tam sayısı ile toplanır ve çoğunlukla karar alır. Kararlarda çekimser kalinamaz. Komisyon kararları gerekçeli yazılır. Muhalif kalan üye karşı oy gerekçesini belirtmek zorundadır." kuralı, Gümrük Yönetmeliği'nin 585. maddesinde, "Yükümlüler, kendilerine tebliğ edilen gümrük vergileri, cezalar ve idari kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir üst makama sunulmak üzere ilgili gümrük idaresine, üst makam yoksa aynı makama verecekleri, gerekçelerini de açıkça gösteren bir dilekçeyle itiraz edebilirler." 586. maddesinde ise, "İtirazlar, anlaşmazlığa konu beyanname ve sair her türlü belge ile eşyadan alınacak örnek, örnek alınması mümkün olmayan hallerde eşyanın kendisi veya fotoğraf, katalog, prospektüs gibi eşyayı görmeden fikir verecek diğer belgelerin incelenmesi veya gerek duyulması halinde ilgili gümrük idaresinin mütalaası da alınmak suretiyle otuz gün içinde karara bağlanarak ilgili kişiye tebliğ edilir.

Otuz gün içerisinde karar alınamadığı durumlarda kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrası uygulanır." hükümlerine yer verilmiştir. Dolayısıyla ilgili hükümlere bakıldığında, itirazın karara bağlanması hususu duraksamaya mahal vermeyecek kadar kesin bir şekilde belirlenmiş olmasına rağmen çoğunlukla uygulamada anılan sürelerin riayet edilmediğine, bu sürelerin geçirildiğine, aylar sonra işlem tesis edilip bunun taraflara tebliğ edildiğine rastlanmaktadır.

Esasen, 2577 sayılı yasada yer alan kurallar idari usulü belirleyen kurallar olmayıp, yargılama usulünün belirlenmesine ilişkin kurallardır. Yargılama usulünde, dava açılmadan önce, idari yoldan işlemin idare bünyesinde ilgili yönünden yeniden değerlendirilmesine olanak sağlayan ve dava açılmasını idarenin bu değerlendirme sonucuna bağlayan ve bunu dava açma süresi ile ilişkilendiren Yasanın 10., 11., 12., 13. maddelerindeki gibi kurallar yer almaktadır. Bu kapsamda yapılacak başvurulara cevap verilmemesi hali ise dava açma süresine yönelik olarak oluşturulmuştur.

Yukarıdaki hükümler uyarınca, ilgililerin mülkiyet veya mali durumunu yada kamu görevlisi ise terfi ve yükselmelerini ilgilendiren kapsamda bulunup, itiraz tarihleri arasında ilgili Kanun veya Yönetmelik ve 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca mevcut işlem veya kararlara itirazda bulunulması üzerine; anılan itiraza ilişkin başvurunun Anayasanın 40. maddesi uyarınca yetkili makama geciktirilmeden ulaştırılması ve 74. maddesi uyarınca başvurunun sonucunun gecikmeksizin ilgiliye bildirilmesi gerekmekte olup, ilgilinin haklarının zımni ret süresi ile sınırlandırılması uygun değildir.

Buna göre idarenin Anayasadan doğan yükümlülüğünü zamanında yerine getirmeyerek, kanun ve yönetmeliklerin ilgili maddeleri ve 2577 sayılı kanunun 11. maddesinde belirtilen sürenin geçmesinden sonra başvurunun ilgili makama ulaştırılmasından veya başvurunun sonucunun ilgiliye bildirilmesinden doğan sorumluluğu

başvuru sahibine yüklemek mümkün değildir.

Başvuruya, yetkili organ tarafından sonradan verilen cevap yetkili organ tarafından artık kendiliğinden tesis edilmiş işlem niteliği almış ve ilgisinin bu cevap üzerine, cevabın tebliğinden itibaren süresi içerisinde dava açılabilmesi gerek iç hukukumuz gerekse evrensel hukuk açısından olanaklı olmalıdır.

Aksine bir yaklaşım idarenin zımni ret süresi geçtikten sonra ve bu sürenin geçtiğini bile bile kendiliğinden tesis etmiş olduğu bu işlemi, dava konusu edilebilecek nitelikte işlem olma özelliğinden çıkarır ki, bir hukuk devletinde bu yaklaşımın kabulü uygun görülemez.

Bu değerlendirmeler ışığında, ilgilinin disiplin cezası, imar planı, idari para cezası veya ecrimisil ihbarnemesine (v.b.) süresi içerisinde yapmış olduğu itirazın yanıtlanmayarak reddi üzerine süresi içerisinde dava açabileceği gibi, zımni ret işlemi yerine idarece sonradan tesis edilecek ve idarenin gerçek iradesini ortaya koyan işleme karşı da dava açma süresi içerisinde dava açılması mümkün olmalıdır.

Ayrıca, ecrimisil, fon gelirleri, gümrük para cezası, ihbarnamesi, disiplin cezası, imar planı, idari para cezasına (v.b.) karşı itiraz vaki olması halinde, idari açıdan söz konusu işlemlerin kesinleştiğinden bile söz edilemez.

O halde kesinleşmeyen bir işleme karşı açılan davanın yargı mercilerince süre

aşımı nedeniyle reddi beraberinde bir hukuk garabeti de getirmiş olacaktır. Hak arama özgürlüğü kısıtlanmış, adil yargılanma ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

Benzer bir yaklaşımın imar planı uyumsuzluklarında da görülebildiği, orada da itiraz tarihinden itibaren en geç 120 gün içerisinde dava açılması gerektiğinin kabul edildiği, ancak, açılan davalar süre yönünden reddedilmekle birlikte, uygulama işlemiyle birlikte veya 2577 sayılı yasanın 10. maddesi kapsamında değişiklik teklifi üzerine dava açılabilen kabul edilerek, bu suretle mevcut mağduriyetin daha sonra da olsa, kısmen giderilmesi söz konusu iken, disiplin, SGK para cezası, fon gelirleri, gümrük para cezası, ecri misil uyumsuzluklarında böyle bir giderim yolu da bulunmamakta olup, cezalar bütünüyle kesinleşmiş olacağından, bunun sonuçları son derece vahim ve ağır olacaktır.

Diğer yandan konuyu genel olarak düzenleyen 2577 sayılı kanunun 11. maddesinde ve yönetmeliğinin ilgili maddelerinde ilk işleme karşı idareye başvurulması halinde, hangi işleme karşı dava açılması gerektiğini belirleyen bir hüküm yer almamakta ve bu yolda bir kısıtlama da bulunmamaktadır.

Son olarak, benzer bir süreci içeren vergi ile ilgili konuda, Danıştay 7. Dairesi'nce verilen 12.06.2012 gün ve E:2011/7700, K:2012/3050 sayılı karar, disiplin sürecine ilişkin Danıştay 8. Dairesi'nin 08.02.2013 gün ve E:2009/9342, K:2013/769 sayılı kararı ve

nihayet İDDK'nun 05.06.2013 gün ve E:2009/1610, K:2013/2235 sayılı kararı, fon gelirleriyle ilgili olarak İDDK'nun 15.10.2012 gün ve E:2008/94, 2012/1594 sayılı kararı ile ecri misil ile ilgili İDDK'nun 01.12.2000 gün ve E:1999/111, 2000/1159 sayılı kararları da nefice itibarıyla varılan sonucu destekler nitelikte olmakla birlikte, idare mahkemelerince ve bir kısım Danıştay dairelerince bu kararlara itibar edilmemekte ve halen süre ret kararları verilmeye devam edilmektedir.

Dolayısıyla, kendi içerisinde idari itiraz yolu öngörülen işlemlere karşı kanunen belirlenen itiraz tarihleri içinde itiraz edilmesi halinde davalı idareler tarafından itirazın reddine dair kararın bildirilmesi üzerine, dava açma süresi içerisinde açılan davaların süresinde olduğunu kabul edecek şekilde mutlaka bir düzenleme yapılması zorunludur.

Bu durum 2577 sayılı kanunu için hayati bir zorunluluktur, gerekliliktir. Bu açıdan bakıldığında, idari itiraz usulü öngörülen işlemlere karşı idari itiraz yapılması halinde zimnen red sayılıp dava açılması haliyle birlikte, itiraz üzerine verilecek karar/yanıtın bildirilmesi hali de dava açma süresine esas alınmalıdır.

Bu hususla ilgili olarak yasanın 10. ve 11. maddelerinin yeniden gözden geçirilmesi Danıştay dahil tüm yargı çevrelerinde tartışılmaktadır. Başta barolar olmak üzere tüm hukuk çevreleri bunun takipçisi olmalıdırlar.

Avukatlık kanunu 35/a maddesine göre hukuk davalarında “uzlaşma sağlama”

Av. Mehmet Tuncer

Giriş

Gelişen dünya ekonomisi ve çalışma şartlarının değişimine karşı, hızlı ve ekonomik, sonuca endekslı hukuksal çözüm yollarının geliştirilmesi için arayışlar başlamıştır. Bütün bu yaratılan yeni yollara genel olarak “Alternatif Çözüm Yolları” ismi verilmektedir.

Adliye sisteminde şehirlere göç ve nüfus artışı ile birlikte çetrefil hale gelmesi dosya sayısının artmasına, davaların uzamasına, sorunların çözümünün zorlaşmasına yol açmaktadır.

Hukuki konularda çözüm yolları arasında en kolay sonuca ulaşımı sağlayan ve sonuç olarak diğerlerine nazaran daha basit, hızlı ve ekonomik yollardan biri; Avukatlık Kanunu’nda yasal altyapısı bulunan “Uzlaşma sağlama” maddesidir. Bu maddenin tanıtımın yapılması, kolay işlerliğini sağlanarak hukuk davası açılmadan ya da ön inceleme duruşmasına kadar tarafların uzlaşması sağlanarak, adliyeye başvurmadan tarafların kazançlı çıkması mümkündür.

Esas işlev, tarafların arasındaki uyuşmazlıkların kendi aralarında çözümü en iyisi olsa da, bir takım nedenlerden dolayı tarafları bir araya getirmek genelde 3. kişilere düşmektedir.

Adliyeler bu esas işlevi yerine getirirse de, dava açılmadan tarafları bir araya getirecek kişi ya da kurum bulunmadığından bir eksiklik olarak arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yolları hayatımıza tam olarak girememiştir. Arabuluculuk, Hakem Heyeti, Tahkim gibi adliye dışı çözüm yollarında, devlet bir takım yasalara konulan dava şartları (zorunluluklar) getirmek yolu ile tarafların uzlaşmasının yolunu açma arayışına girmiştir.

Tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu, sigorta alacaklarında dava açmadan önce sigortaya başvuru zorunluluğu, sigortalar için kurulan tahkim komisyonları, devlet kurumlarına karşı alacakların icradan önce başvuru ile alacağını talep edilme zorunluluğu, arabuluculukta iş davalarında, dava öncesi arabuluculuğa başvuru zorunluluğu getirilmesi projesi, kamulaştırılma öncesi uzlaşma komisyonlarına gitme zorunluluğu gibi yasal zorunluluklar (dava şartı) getirmek sureti ile adliyenin dava yükü azaltılmak istenmektedir.

Uzlaşma sağlama

Uzlaşmanın sözlük anlamı: Uzlaşmak durumu, uyuşma, uzlaş, uzlaşım, mutabakat, konsensüstür. Toplumbilim terimi olarak; Bireylerin ya da toplumsal kümelerin, toplumsal değerlerin

paylaşılmasında karşılıklı ödünlerle aralarında bir anlaşmaya varmalarıdır

2001 yılından bu yana Türk Hukuk Sistemi'nde bulunsa da işlevsel kılınmamış bir başka alternatif çözüm yolu Avukatlık Kanunu'nda bulunan bir madde de gizlidir. Tüm dünyada alternatif çözüm yolları içinde sayılan "uzlaşma" müessesesi Türk Hukuk Sistemi'nde Avukatlık Kanunu çerçevesinde düzenlenmiştir.

Yasa maddesinin yorumu

Uzlaşma Sağlama: (Ek: 02/05./2001-4667/23 madde)

Madde 35/A: Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleri ile istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleri ile birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler.

Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilam niteliğindedir.

Yasa konusu Av. Kanunu 35/A maddesini düzenlerken uzlaşma sağlama konusunda belirli kriterler koymuştur;

a) Dava açılmadan önce uzlaşma sağlama;

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyumsuzlukları konu alan hukuk davalarında; dava açılmadan önce taraflardan birinin avukatı tarafından, diğer tarafı madde kapsamında yasal olarak uzlaşma sağlamaya davet edebilir. Karşı tarafın

avukatı yoksa davetiye bir avukat tayin etmesini ve uzlaşmaya beraber gelmelerini yazabilir. Her iki tarafının avukatının bulunması zorunluluğu, yasa metninden "avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır" cümlesinden çıkarılmaktadır.

Taraflar, avukatları huzurunda belirlenen veya davet edilen yerde buluşup, davanın mahkemeye intikal etmeden önce uzlaşma sağlanarak sonuçlanması için serbestçe müzakere edebilirler.

Görüşme sırasında avukatlar ile müvekkilin hazır bulunmaları imza aşamasında zorunlu kılınmıştır. Tutanak tutulma öncesi, taraf avukatları kendi aralarında veya müvekkilleri ile bir ortamda müvekkillerin menfaatleri çerçevesinde -davada öne sürecekleri iddia ve savunmaları veya ile istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek (saklı tutmak) kaydıyla görüşme yapmaları mümkündür.

Yasada bu konuda sınırlama getirilmemiştir. Bu husus tarafların görüşmelerde serbestçe davranması için önemlidir. Gizlilik şartı uzlaşma sağlama toplantısının vazgeçilmez unsurudur.

Avukatlık Kanunu'nda ve yönetmelikte, taraf avukatların muvaffakı olmadan görüşmelerin saklı tutulması, HMK. 188 maddesinin 3. bendi gereği; "Sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar tarafları bağlamaz." Hükmü gereği zorunludur. Bu madde kapsamında avukatların müvekkilleri ile birlikte yapılan müzakerede sarf edecekleri ikrar ve uzlaşmazlık tutanağı hukuk davalarında delil olamaz.

Tamamen anlaşma sağlandıktan sonra, müvekkillerin imza aşamasında

bilgilendirilmeleri ve uzlaşmanın hukuki sonuçlarının ayrıntılı açıklanması avukatlık mesleğinin özünde olduğu gibi, yasal ve etik bir yükümlülüktür.

b) Dava açıldıktan sonra uzlaşma sağlama;

Dava açıldıktan sonra, ön inceleme duruşmasına kadar dava dilekçesi, cevap dilekçesi ve deliller beyan edildiği için artık uzlaşmazlık konusu ve karşı deliller ortaya çıkmış olup, taraflardan birinin daveti ile Av. Kanunu 35/A maddesine göre; ön inceleme duruşması gününe kadar uzlaşma sağlama mümkündür.

Taraflar iddia ve deliller bilindiğinden iddia ve savunmalar dikkate alınarak "uzlaşmama" halinde ne kadar zarara uğrayacaklarını tahmin edebilirler. Bu safhada uzlaşma konuları baştan belli olmuş demektir.

Taraf avukatlarından birinin "karşı tarafı davet etmesi ve avukatı yoksa avukat tayin etmesi halinde uzlaşma sağlanabileceğini yazması" yasa metninin gerekleri için yeterlidir. Yukarıdaki bentte belirtilen müzakere teknikleri kullanılarak ilk duruşmaya kadar taraf avukatları uzlaşma sağlayabilir.

Sağlanan uzlaşma tutanağı Av. Kanunu 35/A maddesine göre ilam hükmünde olduğu gibi, ön inceleme duruşmasında tarafların sulh olduğunu beyan ederek mahkeme kararının bir ekine tutanağı koydurabilirler.

c) Uzlaşma sağlanabilecek konular;

Tarafların aralarında serbestçe tasarruf edebileceği hukuki hakları konusunda uzlaşma sağlayabilirler. Yasa koyucunun özel usul ve merci tayin etmediğinden, kamu hukukuna giren konularda (mirasçılık belgesi, ihtiyati haciz talebi,

vaka veya delil tespiti, kamulaştırma, idari davalar, boşanma ve velayet, vasiyetnamenin açılması, nüfus davaları, v.s.) dışında uzlaşma sağlama mümkündür.

"Ceza davalarında uzlaşma"

CMK uzlaşma maddelerine göre savcılık kanalı ile yapılmaktadır. Fakat ceza davalarına bağlı olarak doğabilecek maddi veya manevi tazminat taleplerinde Av. Kanunu 35/A maddesine göre uzlaşma sağlanabilir.

ç) Uzlaşma tutanağının içeriği ve icra edilebilir niteliği;

Uzlaşma sağlama tutanağı İİK. 38. madde kapsamında ilam (mahkeme kararı) hükmündedir. Uzlaşma sağlama tutanağı ilam hükmünde olmasına rağmen, herhangi bir vergi, resim ve harca tabi değildir.

Uzlaşma tutanağında "şarta bağlı" maddeler bulunamaz. Bu zorunluluk ilamın icrası için mecburidir. İlamlarda yapılması gerekli işin ya da ödemenin kesin olarak belirlenmiş olması, sonuca ulaşma yöntemi ön koşul ya da belirli vakaların gerçekleşmesine bağlanması gibi ilamı imkânsız kılacak nitelikte olmaması gerekir.

Bu konuda "icra edilebilir" niteliğine taraf avukatlarının özen göstermesi gerekir. Aksi takdirde tutanak ilam hükmünden çıkıp, "mahkeme dışı ikrar" ya da dava öncesi "sulh" aşamasında yapılan görüşme tutanağı olarak değerlendirilip, delil dahi sayılmayabilir.

d) Uzlaşma sağlama tutanağında avukat ücreti ve yapılan masrafların istenmesi;

Bu konuda yasa maddesi herhangi bir kısıtlama getirmediğinden, taraflar serbestçe masraflar ve taraf avukat ücretlerinin kim ya da kimler tarafından

ödeneceğine karar verebilir. Taraflar sadece asgari ücret tarifesine uyabileceği gibi, tarifeden daha az olmamak kaydı ile başkaca bir ücret tayin edebilir.

Avukat ücretleri hakkında tutanakta hüküm bulunmaz ise avukatlık asgari ücret tarifesine göre; tutanakta imzası bulunan her taraf avukatı ancak kendi vekil edeninden tarife hükümlerine ücretini talep edebilir. Dava açılma ya da dava öncesi davaya hazırlık masraflarının geri alınamayacak kısımlarının (ihtarname masrafı, tespit davası masrafı gibi) kim tarafından karşılanacağına "uzlaşma sağlama tutanağına" yazılmasında fayda vardır. Sonradan çıkacak ikincil sorunları engelleyecektir.

Avukatlık Kanunu 35/a maddesindeki "uzlaşma sağlama" yolunun diğer alternatif çözüm yollarına göre avantajları;

• **Tüketici Hakem Heyeti:**

Hakem heyeti kararları itiraz edilebilir iken, avukatlarca imzalanan uzlaşma tutanağına itiraz söz konusu değildir. Heyetin kararı sırasında seçilecek bilirkişinin niteliği tarafların iradesi dışında olduğu gibi, tanık dinleme ya da delil toplama talebi konusunda hakem heyetinin bir incelemesi yoktur. Diğer Hakem Heyetleri uzmanlık dallarında önündeki dosyadaki belgelere göre karar verebilirler. Tüketici Heyeti dışındaki heyetler ücretlidir ve yapılan masraflar haksız çıkan tarafa ödettilir.

• **Avantajı:** Hakem heyeti incelemesi sırasında veya hakem heyeti kararına karşı itiraz davası açılmadan önce, açıldıktan sonra ön inceleme duruşmasına kadar; tüketici avukatı veya ticari şirket avukatı karşı tarafı

uzlaşma sağlamaya davet edebilir. Karşı tarafın avukatı yoksa avukat tayini halinde; Av. Kanunu 35/A maddesine göre ilam hükmünde uzlaşma sağlanabileceği beyanı ile davet gönderebilir. Avukatların gözetiminde her türlü delil toplama serbestisi içinde tarafların iradelerinin tamamen son tutanağına doğrudan yansıtıldığı için en ucuz yöntemdir. Hakem heyetlerinde avukat ücreti tayin edilmez iken, uzlaşma tutanağına imza atan taraf avukatı ücret almaya hak kazanır.

• **Tahkim:**

Tarafların sözleşme yapılması sırasında ya da dava konusu sorunun tahkim yolu ile çözümü konusunda anlaşmaları halinde tarafların delillerini tahkim dosyasına ibrazından sonra konularında uzman hakemler tarafından karar vermesini bekler ve sonucuna göre mahkemeye itiraz hakkı saklıdır. Tahkim müessesesi en pahalı alternatif çözüm yoludur. Taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracağı için, her iki taraf iradelerini dikkate almaz ve karar sonucu tatmin edecek nitelikte değildir.

• **Avantajı:**

Tahkim heyeti incelemesi sırasında veya Tahkim heyeti kararına karşı itiraz davası açılmadan önce, açıldıktan sonra ön inceleme duruşmasına kadar; taraf avukatı karşı tarafı uzlaşma sağlamaya davet edebilir. Uzlaşma sağlanabilir. Avukatların gözetiminde her türlü delil toplama serbestisi içinde tarafların iradelerinin tamamen son tutanağına yansıtıldığı için en ucuz ve tatmin edici bir yöntemdir.

• **Arabuluculuk:**

Yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyumsuzluklarının çözümlenmesinde

uygulanır. Tarafların iradesi önemlidir. Arabulucu taraflara öneri ve tavsiyede bulunamaz, eşitlik ilkesine özen gösterir. Tarafların beyanını tutanağa geçirerek ve imzalatarak müzakereyi sonuçlandırır. Müzakerelere taraflar vekilleri kanalı ile katılabilir.

Şu kadar ki 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespiti veya aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Tutanak harca tabi değildir, ancak icra edilebilirlik şerhi alınmak istenirse maktu harca tabidir.

• Avantajları:

Arabulucular taraflara öneri ve tavsiyelerde bulunamaz, Av. Kanunu 35/A maddesine göre yapılacak müzakerelerde avukatlar müvekkillerine her türlü öneri ve tavsiyede bulunabilir. Uzlaşma sağlama tutanağının hazırlanmasında icra edilebilirlik, hukuki dil gibi önemli özelliklerde tutanağın tanzim edilmesine katılabilir.

Herhangi bir şekilde ya da konu sınırlandırılmasına tabi değildir. Maddi ve manevi tazminat konusunda kamu kurumu avukatı ile özel şirket avukatı arasında dahi "uzlaşma sağlama tutanağı" imza edilebilir ve ilam hükmündedir. Herhangi bir vergi, resim veya harca tabi değildir. Yasal bir dayacağı bulunduğundan icra edilebilirlik şerhine gerek duyulmamaktadır.

İcra dairesi icra emri düzenlenmekte tereddüt ederse üst mercii icra hâkimliğinden görüş alabilir ki masraf gerektiren bir vaka değildir.

Aile Hukuku konusunda boşanma davalarında taraflarca imza altına alınan sözleşme yasal olarak harca tabi

olmasa da; sonradan para, taşınmaz veya mal devrini içeren sözleşmeler için vergi dairesi muktezası ile ivazsız bağışlama veya intikal vergisine tabi tutulmuştur. İleride "uzlaşma sağlama tutanağı" ivazsız bir bağışlama veya intikal konusu taşıyorsa, mukteza ile vergilendirme matrahı konusu olabilir.

Sonuç

Av. Kanunu 35/A maddesinin işlerlik kazandırılması yukarıdaki alternatif çözüm yollarına göre avantajları bakımından önemlidir. Barolar Birliği, Noterler Birliği'ne yazı yazarak avukat vekâletnamesine "Avukatlık Kanunu 35/A maddesi kapsamında karşı taraf avukatını dava açılmadan önce veya ilk duruşmaya kadar uzlaşma sağlamaya davet edebilir, müvekkili ile birlikte uzlaşma sağlama tutanağı imza edebilir, ilam hükmündeki uzlaşma sağlama tutanağının icrası için başvurabilir" açıklamasını getirmek sureti ile avukatlara işlem rahatlığı getirebilir.

Barolar Birliği ve il baroları maddenin işlerliğini temin için avukatları bilgilendirerek, avantajlarını ön plana çıkartmak sureti ile ücret kaybı olmadan tarafları dava öncesi uzlaşma tutanağı hazırlamaya teşvik edebilir.

Yapılması planlanan yargı reformunda tüketici, sigorta, iş ve tazminat davalarında arabuluculuk ile birlikte avukat aracılığı ile "uzlaşma sağlama" başvuru (dava şartı) zorunluluğu getirilebilir.

Dava açıldıktan sonra ilk duruşmaya kadar harçlar kanununa göre alınacak sulh ve feragat harcının kaldırılması için; TBMM'de yasaya "uzlaşma sağlama tutanağının" karara masrafsız ekleme imkânı ve dava masraf ve harçların taraflara iadesi temin edilebilir.

İcra hukukunda tatiller ve talikler

Av. Talih Uyar

I - Bütün borçlular hakkında İcra ve İflas Kanunu'nun 51. maddesinde, ne zaman borçlu hakkında icra takip işlemi yapılamayacağı öngörülmüştür. Bütün borçlular için uygulanabilen bu maddede; tatil saatleri (gece vakti) ve tatil günlerinde icra takip işlemine başvurulamayacağı belirtilmiştir.

I - Kanun koyucu "tatil saatleri" ve "tatil günleri"nde ve İİK madde 52'de öngörülen "erteleme (talik) halleri"nde yapılmasını yasakladığı "icra takip işlemleri"ni tanımlamamıştır. Bu işlemler, doktrinde;(1) "icra organları tarafından borçluya karşı yapılan ve cebri icranın alacaklı yararına ilerlemesini sağlayacak nitelikte olan işlemler" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımlamadan anlaşıldığı gibi, icra takip işleminin öğeleri (unsurları) şunlar olmaktadır:

a) İcra takip işlemi, icra organları (icra dairesi, icra mahkemesi ve genel mahkemeler) tarafından yapılmış olmalıdır. Bu nedenle, alacaklı, borçlu ve üçüncü kişiler tarafından yapılan işlemler, "icra takip işlemi" değildir.

b) Bu işlemler, borçluya karşı yapılmış olmalıdır.

c) Alacaklıyı amacına yaklaştıracı nitelikte sonuç doğurmalıdır.

Yukarıda belirtilen nitelikleri taşıyan şu işlemler, "icra takip işlemi" sayılır.(2) Tebliğler (ödeme ve icra emri tebliği, 103 davet kâğıdı tebliği, tahliye emri tebliği), haciz işlemleri,(3) paraya çevirme işlemleri borçluya süre (mehil) verme, depo kararı, itirazın kaldırılması, "Tahliye"nin icra takip işlemi sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Kanımızca, tahliyeyi, "icra takip işlemi" sayan görüş(4) daha isabetlidir.(5)

Buna karşın, şu işlemler "icra takip işlemi" sayılmaz: Alacaklının, takip talebinde bulunması, haciz ve satış isteminde bulunması, itirazın kaldırılmasını istemesi, üçüncü kişilerin istihkak iddiasında bulunmaları, icra dairelerinin alacaklının bu taleplerini (istemelerini) alması, paraların paylaşılması, borçlunun mal beyanında bulunması, borçlunun ödeme emrine itirazda bulunması, borçlunun bu beyanlarının icra dairesi görevlilerince tutanağa geçirilmesi, yasanın öngördüğü durumlarda, ilgili kişiye istemi üzerine ya da doğrudan doğruya belge, makbuz, ilmühaber, örnek verilmesi ya da bir belgenin onaylanması (İİK madde 8/II, 60/III, 62/IV, 64, 78/III, 104/II, 144/III, 176 a/I, II, 176 b/II), takiple ilgili sonucu olmayan ve yapılması bir takip işleminin geçerlik koşulu niteliğinde dahi bulunmayan ihtarlar, ihbarlar, bildirimler... (İİK madde 86/I, 94/I, 104/III, 146, 276/II, 36/I, 96/I,

97/XIV, 118/I, 128/I, 130, 133, 269 c/III.(6)

Alacaklinin mahkemeden alıp icra dairesine uygulattığı "ihtiyati haciz kararı" icra takip işlemi sayılır mı? Yargıtay bunu icra takip işlemi saymamaktadır.(7) Doktrinde ise durum tartışmalıdır.(8) (9)Kanımızca, mahkemeden alınan ihtiyatî haciz kararının borçlu hakkında uygulanmasında, az önce belirtilen "icra takip işlemleri"nin tüm öğeleri (unsurları) bulunduğundan bunun icra takip işlemi olduğunda kuşkuyla düşmemek gerekir. "İcra takip işlemi" kavramı iki bakımdan önem taşır:

a) İcra takip işlemi ile zamanaşımı kesilir. (TBK. madde 154/2, 136/II, TTK. madde 750)

b) Tatil ve talik (erteleme) süreleri içinde -kural olarak hiç bir icra takip işlemi yapılamaz.(10)

II - Tatil saatleri (gece vakti): 538 sayılı kanun ile 1965 yılında yapılan değişiklik sonucunda gece vakti; "güneşin batmasından bir saat sonra ile doğuşundan bir saat önceye kadarki devre" şeklinde 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 33 ve Türk Ceza Kanunu'nun 6/e inci maddelerine uygun olarak tanımlanmıştır. (İİK madde 51/I, c: 1). "Gece vakti"nde, kural olarak, hiçbir takip işlemi yapılamaz.(11)

Ancak;

a) Gece iş görülen -bar, pavyon, sinema, tiyatro, lokanta gibi- yerlerde "hasılat haczi" yapılabilir. (İİK madde 51/I, C: 2) "Hasılat haczi", borçlunun işletmekte olduğu kurumun net kazancına icra memurunun el koymasidir. Haciz edilen hasılat, işletme giderleri indirildikten sonra borçtan düşülür.(12) Bu yerlerin demirbaş eşyası

geceleyin haczedilemez, haciz sadece net kazanca ilişkin olabilir.(13)

b) Borçlunun mal kaçırdığı anlaşılırsa, gece vakti de "haciz" yapılabilir. (İİK madde 51/I, C: 4). Daha doğru bir deyişle, borçlunun gece vakti kaçırmakta olduğu malların haczi de mümkündür. Buldukları yerden başka yere götürülmekte olan ya da geçici olarak bir yere konulduğu besbelli olan mallar, "kaçırılıyor" sayılır ve haczedilebilir. Maddenin geniş yorumu ve uygulanması, alacaklinin intikam hislerini tatmine yol açar.

(14) Bu maddeyi, İİK madde 54/II, 54a/II ve 55/II'de olduğu gibi "mal kaçırılması ihtimali olan hallerde" şeklinde yorumlamak daha uygun olur.

(15) Borçlu, çeşitli nedenlerle -örneğin, başkalarınca duyulmaması vb.- haczin gece vakti haciz yapılmasına izin verirse gece vakti yapılan haciz yasaya uygun olur.(16)

c) Gece vakti tebligat yapılabilir. (Teb. K. madde 33, Teb.Tüz. madde 52).

d) Koruma tedbirleri, bir icra takip işlemi olmadığı için, gece vakti de alınabilir.

e) Tatil olmayan saatte (gündüz) başlanmış olan işleme (örneğin; haciz) tatil saatinde (gece) de devam edilir. (17,18,19)

III - Tatil günleri: Tatil günlerinden maksat, "resmi tatil günleri"dir. "İdari tatil günleri" "resmi tatil günü" değildir. Resmî tatil günlerinin hangileri olduğu 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Tatil Günleri Hakkındaki Kanun ile 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanunda ve 657 Devlet Memurları Kanununda (madde 99/II) gösterilmiştir.

Resmi tatil günleri şunlardır:

- 28 Ekim saat 13.00'den itibaren 1,5 gün (Ulusal Bayram)
 - 1 Mayıs günü (Emek ve Dayanışma Günü tatili)
 - 19 Mayıs (Atatürk'ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı)
 - 30 Ağustos (Zafer Bayramı)
 - 23 Nisan (Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı)
 - Ramazan Bayramı, (Arife günü saat 13.00'den itibaren 3,5 gün)
 - Kurban Bayramı (Arife günü saat 13.00'den itibaren 4,5 gün)
 - 1 Ocak (Yılbaşı Tatili)
- Cumartesi ve Pazar günleri

Tatil günlerinde, kural olarak hiçbir icra takip işlemi yapılamaz (İİK madde 51/I, c: 1)

Yüksek mahkeme

-"Resmi tatil günleri arasında yer alan "1 Mayıs" günü yapılan ihalenin feshine karar verilmesi gerekeceğini- İİK'nın 51. maddesinde tatil günlerinde hangi işlemlerin yapılabileceğinin öngörülmüş olduğunu; ihalenin resmi tatil günlerinde de yapılabileceğinin bu maddede belirtilmemiş olduğunu"(20) belirtmiştir.

Ancak tatil günlerinde;

a) Haciz yapılabilir(21)

b) Muhafaza tedbirleri alınabilir (113/II, 159, 162, 270, 271)

c) Tebligat yapılabilir. (Teb.K. 33/IV, Teb. Tüz. 53) (İİK madde 51/I, c: 3)

IV - Yukarıda belirtilen zamanlarda yapılmaması gereken icra takip işlemi, yasağa rağmen yapılmışsa, bunun sonucu nedir işlem hükümsüz müdür? Yoksa şikâyet süresi içinde bozulabilir (iptal edilebilir) mi? Bu konuda yasada

herhangi bir hüküm yoktur. Doktrinde de durum tartışmalıdır. Bir görüşe göre(22) yasadışı hükümleri, kamu yararı düşüncesi ile konulduğundan, yasaya rağmen yapılan takip işlemi hükümsüzdür. Diğer bir görüşe göre(23) yasağa rağmen yapılan işlem kendiliğinden hükümsüz olmayıp şikâyet üzerine bozulabilir. Sonuncu bir görüşe göre(24) ise, tatilde ve erteleme süresinde yapılan icra takibi, o tarihte değil, fakat takibin yapılamayacağı zamanın sonunda yapılmış sayılmalıdır. Federal Mahkeme'ce de benimsenen bu görüşün çok pratik ve çıkarlar dengesine daha uygun olduğu belirtilmiştir.(25) Gerçekten, diğer iki halde de, alacaklinın, erteleme sebebinden habersiz olarak icra memuruna yaptırdığı takip işleminin, yapılmasının mümkün olduğu sürenin işlemeye başlamasından çok sonra bozulması olasılığı baş göstermektedir. Tatil süresi geçtikten sonra şikâyet üzerine daha önce yapılan -örneğin haciz işlemi- bozulunca, belki aradan iki-üç ay kadar bir süre geçmiş olacak ve bu süre boş yere geçtikten sonra, ikinci bir işlem ile haczin tekrarlanması gerekecektir. Hâlbuki o zaman aynı mallar kaçırılmış ya da diğer bir alacaklı -veya borçlunun güvendiği bir kişi- tarafından haczedilmiş olabilecektir.

V - Borçlu hakkında;

a) Yasal nedenlerden (İİK madde 52, 55) dolayı icra ertelenmiş (talik edilmiş) ya da,

b) Konkordato için süre verilmişse (İİK madde 287), O borçluya karşı takip işlemi yapılamaz.

I. Borçlunun ailesinden birinin ölümü halinde İİK'nın madde 52 hükmü, insanî düşüncelerle kabul edilmiş olup,

maddede sayılarak belirtilmiş olan yakınların ölümü sebebiyle, borçlu aleyhindeki takibin üç gün için talik olunacağı (erteleneceği) esas kabul edilmiştir. Ölüm günü de, üç günlük talik (erteleme) müddetine dâhildir. Bu hüküm kamu düzeni ile ilgili olduğu için, bu maddeye aykırı davranılması süresiz şikâyete neden olur.(24)

II. Terekenin borçlarında
İİK'nın 53. maddesinde, takip sırasında ölen borçlu aleyhinde başlamış olan takibin hangi koşullarla "tereke" veya "mirasçılar" hakkında devam edeceği düzenlenmiştir.

I - Borçlunun ölümü ile borçlu hakkındaki icra takibi, ölüm günü ile beraber(25) üç gün talik olunur (ertelenir) (İİK madde 53/1, c: 1). Borçlunun ölümü ile ertelenen icra takibi, daha sonra ya terekeye veya mirasçılara karşı devam edecektir. Burada da üç günlük süre geçmeden ne mirasçılara (mirasçılara) ve ne de terekeye karşı icra takibi yapılamaz. İcra takibi sırasında borçlunun ölmesi halinde, alacaklının takibi "terekeye karşı" mı "mirasçılara karşı" mı devam ettirmek istediğini açıkça icra müdürüne bildirmesi gerekir.(26)

a) Takibin terekeye karşı devam edebilmesi için:

aa) Terekenin henüz taksim edilmemiş (MK. 640 vd.) veya

bb) Terekenin resmî tasfiyeye tabi tutulmamış (MK: 617, 632 vd.) veya

cc) Mirasçılar arasında aile şirketi emvali (MK: 373 vd.) kurulmamış olması lâzımdır. Bu hallerde, borçlu hakkında başlamış bulunan icra takibine, borçlu hayatta olsa idi hangi usul tatbik edilecek idi ise, terekeye karşı da ona

göre ve icra takibinin kaldığı yerden -mirasçılara yeniden ödeme/icra emri gönderilmeden(27) devam olunur.

Yani, ilk takip haciz yolu ile takip ise yine haciz yolu ile rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip ise, rehinin paraya çevrilmesi ile iflâs yolu ile takip ise, iflâs yolu ile devam eder.

Bu durumda, eğer borçlunun ölümünden önce takip kesinleşmişse, artık miras şirketi (bütün mirasçılar ya da tereke temsilcisi) ödeme emrine itiraz edemez. Buna karşın, borçlu öldüğü zaman, henüz ödeme emrine itiraz süresi geçmemişse, miras şirketi, kalan itiraz süresi içinde ödeme emrine itiraz edebilir.(28)

Terekeye karşı devam eden takiplerde; mirasçıların malları haczedilemez, sadece terekeye ait mallar haczedilebilir...

Ayrıca belirtelim ki terekeye karşı devam eden takiplerde -miras ortaklığının düzel kişiliği bulunmadığından- ya bütün mirasçılara veya -atanmışsa- tereke temsilcisine(29) tebligat yapılması gerekir.

b) Takibin bir veya birkaç mirasçılara karşı devam edebilmesi için mirasçıların kim olduğu hukuken belli olması gerekir. Bu belli oluncaya kadar takibin ertelenmesi gerekir. Yani mirasçının mirası kabul etmiş olması veya ret hakkındaki üç aylık sürenin (eğer birden fazla mirasçı varsa hepsinin)(30) (MK. 606) geçmiş olması gerekir. Miras reddetmiş olan mirasçılar hakkında takip yapılamaz.(31)

Üç aylık mirası red süresi geçinceye kadar(32) terekenin borçlarından dolayı ne mirasçılara (mirasçılara)(33) ve ne de miras şirketine -yani tüm mirasçılara veya atanan tereke temsilcisine- karşı

yeni icra takibi yapılamaz. Yüksek mahkeme "MK'da belirtilen süre içinde mirası kabul veya reddetmemiş olan mirasçı hakkında icra takibi yapılmış olmasının "takibin iptalini" değil "takibin geri bırakılmasını"(ertelenmesini) gerektireceğini"(34) belirtmiştir.

Resmi tasfiye (MK. 632 vd.) süresince, mirasçılar hakkında -tereke borçlarından dolayı- takip yapılamaz.(35)

Mirasçılarının defter tutma talebinde bulunmuş olması halinde (MK. 619), defter tutma muamelesinin sona erip, her bir mirasçıya, tutulan defter gereğince, mirası kabul veya reddetmeleri için verilecek bir aylık sürede takip ertelenir. Bu süre geçmeden, mirası kabul eden mirasçılar takip edilemezler.(36)

Borçlu miras bırakan (muris) hayatta iken başlayan icra takibinin, mirası kabul etmiş olan mirasçıya karşı devam edebilmesi, ancak haciz veya rehinin paraya çevrilmesi yolları ile mümkündür (İİK madde 53/III). Yani miras bırakan hakkında iflâs yoluyla başlayan bir takip, mirasçılar kendileri iflâsa tâbi kimselerden olsalar dahi, mirasçı aleyhine iflâs yolu ile takip olarak devam edemez.

Miras bırakana karşı başlamış bir iflâs takibine, mirasçıya karşı haciz yoluyla devam edilebilir.(37) Yani alacaklı, miras bırakana karşı başlamış haciz yolu ve rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takiplere, mirasçıya karşı kaldığı yerden devam edilebildiği ayrıca mirasçıya yeniden ödeme emri tebliği gerekmediği halde, iflâs yolu ile takibe kaldığı yerden mirasçı hakkında devam edilemez.

Mirasçılar, miras bırakanın borcundan müteselsilen (zincirleme olarak)

sorumlu olduklarından (MK. madde 641) alacaklı, miras bırakan hakkında başlamış olan icra takibini, -miras kabul etmiş olan- mirasçılardan birine veya bir kaçına karşı devam ettirebilir. Eğer, miras bırakan hakkında daha önce başlamış olan icra takibi -ilamlı/ilamsız-haciz yolu ile takip olmayıp, konusu paradan başka bir şey olan ilamlı takip ise -örneğin; taşınır ya da taşınmaz teslimine ilişkinse (İİK madde 24 vd.)- mirasçılar tereke malları üzerinde iştirak halinde (elbirliğiyle) malik olduklarından (MK. madde 640) ve bu mallar üzerinde ancak birlikte tasarrufta bulunabildiklerinden (MK. madde 702), bu takibin bütün mirasçılara (varsa, tereke temsilcisine) karşı devam ettirilmesi gerekir.(38)

Miras bırakan- borçluya karşı başlamış olan icra takibine -yukarıda da belirttiğimiz gibi- kaldığı (bulunduğu) yerden devam edilir. Mirasçılara yeniden ödeme emri gönderilmesine gerek yoktur.(39) Yüksek mahkeme önceleri(40) "icra takibi sırasında, takip kesinleştikten sonra borçlunun ölmesi (ve takibin mirasçılar hakkında devam ettirilmesi) halinde -takibin şekline göre- mirasçılara yeniden "ödeme emri" veya "icra emri" gönderilmesi gerekeceğini, mirasçılarının takibe (borca) yönelik her türlü itirazda bulunabileceklerini", daha sonra(41) "icra takibi sırasında, takip kesinleştikten sonra borçlunun ölmesi ve takibin mirasçılar hakkında devam ettirilmek istenmesi halinde -takibin şekline göre- mirasçılara yeniden "ödeme (icra) emri" gönderilmesi gerekeceğini, mirasçılarının bu durumda "miras bırakanın ölümünden önce kesinleşen hususlar dışında" kalan itirazlarını ve "kamu düzenine ilişkin süreye bağlı bulunmayan" şikâyetlerini ileri sürebileceklerini", nihayet son kararlarında(42) ise "icra takibi sırasında, takip kesinleştikten sonra borçlunun

ölmesi ve takibin mirasçılar hakkında devam ettirilmek istenmesi halinde -takibin şekline göre- mirasçılara yeniden "ödeme emri" veya "icra emri" gönderilemeyeceğini, sadece "takibin kendilerine karşı devam ettirilmek istendiği" hususunun mirasçılara tebliği ile yetinileceğini, buna rağmen mirasçılara yeniden ödeme (icra) emri gönderilmesi halinde, mirasçılarının miras bırakanın ölümünden önceki, kesinleşmiş işlemlere itiraz edemeyeceğini "mirasçı olmadıklarını" "mirası reddetmiş olduklarını" bildirebileceklerini ya da İİK 71 uyarınca "itfa, imhal, zamanaşımı", itirazında bulunabileceklerini" belirtmiştir.

Yine yüksek mahkeme

- "TMK'nın 612. maddesi uyarınca 'en yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından' ret olunan mirasın, sulh hukuk mahkemesince iflâs hükümlerine göre tasfiye edileceğini ve bu durumda takibin miras bırakanın ikinci derecedeki mirasçılarına yöneltilmeyeceğini"(18a)

- "Mirasçılarının, mirasın reddinin tesciline ilişkin kararlara dayanarak icra mahkemesine başvurup, haklarındaki takibin iptalini isteyebileceklerini, bu durumda mirasçılar hakkında takip yapılamayacağını"(18b)

- "İcra takibi sırasında, takip kesinleşmeden (miras bırakana ödeme/icra emri tebliğ olunmadan) borçlunun ölümü halinde, mirasçılara 'ödeme/icra emri' gönderilmesi gerekeceğini, bu durumda mirasçılarının, miras bırakanın itiraz hakkı bulunan hususlara da itiraz edebileceklerini"(43)

- "İtiraz tarihinden sonra da olsa sulh hukuk mahkemesine başvurarak yasal üç aylık süre içinde mirası reddetmiş olan mirasçı aleyhine murisin borcundan dolayı icra takibi

yapılamayacağını- Hakkında takip yapılan murisin icra mahkemesine takibin iptali için yaptığı başvurunun şikâyet niteliğinde olduğu ve kamu düzeni ile ilgili olduğundan süreye bağlı olmadan yapılabileceğini"(44)

- "Mirası üç aylık süre içinde reddeden mirasçı aleyhine murisin borcundan dolayı icra takibi yapılamayacağını"(45)

- "Borçlunun ölümü halinde alacaklının, ya takibi tereke hakkında devam ettireceğini ya da mirasçılara yönelterek sürdüreceğini"(46)

- "Borçlunun takipten önce ölmesi halinde takibe devam olunabilmesi için; alacaklının 'tereki veya mirasçılar aleyhine takibin devamını' istemesi gerekeceğini"(47)

- "Borçlunun ölümünden önce kendisine icra (ödeme) emrinin tebliğ edilmemiş olması halinde, mirasçılara yeniden icra (ödeme) emri tebliğ edilmeden, 'borç miktarının 7 gün içinde ödenmesi' ihtarını içeren muhtıra tebliğ edilemeyeceğini"(48)

- "İİK'nin 53. maddesi uyarınca; mirasçı borçlular tarafından açıldığı bildirilen mirasın reddi davası sonucu beklenerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekeceğini"(49)

- "MK'nın 625. maddesi gereğince 'defter tutulma süresince' icra takibi yapılamayacağından, icra mahkemesince mirasçıya, tutulan defter gereğince mirası kabul veya reddetmesi için MK'nın 627. maddesine göre verilecek bir aylık sürenin sonuna kadar takibin ertelenmesi gerekeceğini"(50)

- "İİK'nin 53. maddesi gereğince takipten sonra ölmüş olan borçlunun mirasçılarının takibin yöneltmiş

olması halinde, bu takip ilk takibin devamı niteliğinde olduğundan, mirasçılara yeniden 'ödeme emri' çıkarılmayacağını; 'takibin kendilerine karşı alacaklı tarafından devam ettirildiği' hususunun kendilerine bildirilmesinin yeterli olduğunu; buna rağmen 'ödeme emri' gönderilen mirasçılarının mirasın ölümünden önceki işlemlere, miras itiraz etmiş olmadıkça, kendilerinin itiraz edemeyeceğini, mirasçılarının itirazının 'mirasçı olunmadığı, mirasın reddedildiği, takibin kesinleşmesinden sonraki itfa, imhal ve zaman aşımı' gibi itirazlar olabileceğini"(51)

- "Borçlunun takipten sonra ölmüş olması halinde, mirası reddetmiş olan mirasçılar hakkında takip yapılamayacağından, kendisine takip yöneltilmiş olan mirasçılar hakkında yapılmış olan takibin iptaline karar verileceğini"(52)

- "04.05.1978 tarih ve 4/5 sayılı İçt. Bir. Kararı gereğince ölü kişi hakkında takip yapılamayacağını ve böyle bir takibin İİK'nın 53. maddesi gereğince mirasçılara yöneltilemeyeceği gibi, tereke hakkında da sürdürülemeyeceğini (Not: Bu içtihat yeni HMK'nın 124/ (4) maddesi karşısında geçerliliğini yitirmiştir...)"(53)

- "Borçlunun takipten sonra ölmüş olması halinde İİK53 uyarınca alacaklının 'tereke aleyhine' veya 'mirasçılar aleyhine' takibin devamını istemesi gerekeceğini"(54)

- "İİK'nın 53. maddesi gereğince borçlunun takipten sonra ölmüş olması halinde, mirasçılara yeni bir ödeme emri çıkarılmasına gerek bulunmadığını, ancak 'takibin kendilerine karşı devam ettirildiği' doğrultusunda alacaklının talebinin tebliği gerektiğini; bu husus

kendilerine tebliğ edilmeden ve kendisinin şahsi itirazlarını (mirası reddettiği gibi) ileri sürebilmesine imkân verilmeden, mirasçılara ait taşınmazların haczedilemeyeceğini"(55)

- "Mirasçının mirası kabul veya reddetmemiş olması halinde Medeni Kanun'da belirli süreler geçinceye kadar mirasçı hakkındaki 'takibin iptali' değil 'geri bırakılması' (ertelenmesi) söz konusu olacağını"(56)

- "Borçlunun ölümü halinde alacaklının takip edebileceği iki yol bulunduğunu; bunlardan birisinin 'takibi terekeye karşı devam ettirmek', diğerinin ise 'takibi mirasçılar hakkında devam ettirmek' olduğu, bu iki yolun da yeni bir takip olmayıp, eski takibin devamı olduğunu"(57) belirtmiştir.

II - Mirasın reddi hakkındaki üç aylık süre içinde takibin ertelenmesini öngören hükmün, mirasçılar aleyhinde yapılacak takipler için olduğu kadar, tereke aleyhine yapılacak takipler için de uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde tereddüt hâsıl olmuştur.

Gerçekten bir görüşe göre(58) Medeni Kanun'daki bekleme müddetleri yalnız mirasçılar (varisler) bakımından hüküm ifade eder. Diğer bir görüşe göre(59) ise, Medeni Kanun'daki süreler geçmedikçe, terekenin de "tereke" olarak takibi mümkün değildir.

III - Talik müddeti içerisinde yapılması yasak olan bir icra takip muamelesinin yapılmış olması halinde, buna uygulanacak müeyyide için bk. Yuk. İİK madde 51, Açıklama: IV

III. Tutukluluk ve hükümlülük halinde İİK'nın 54. maddesinde, borçlunun cezaevinde tutuklu(60) veya hükümlü(61)

sıfatıyla bulunması halinde, takibin ne şekilde yapılacağı veya başlamış bulunan takibe nasıl devam edileceği hususu düzenlenmiştir.

I - Borçlu "bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyetten dolayı hapsedilmişse" kendisine bir vasi tayini gerektiğinden (M.K. 407), eğer vasi tayin edilmişse, icra ile ilgili bütün tebligatların bu vasiye yapılması gerekir.(62)

Henüz vasi tayin edilmemişse icra müdürünün cezaevindeki hükümlüye bir vasi tayin edilmesi için durumu C. Savcılığı'na veya vasi tayin edecek olan vesayet makamına (Sulh Hukuk Hâkimliği'ne) ihbar etmesi gerekir. Bu takdirde, sulh mahkemesince vasi tayin edilinceye kadar hükümlü borçlu aleyhine icra takibi durur.

II - Cezaevinde bulunan borçlu tutuklu ise veya hükümlü olmasına rağmen vasi tayini gerekmiyorsa yani bir yıldan daha az özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olmuşsa, icra müdürü; borçluya kendisine bir temsilci tayin etmesini mümkün kılacak münasip bir süre verir. Bu süre içinde borçlu aleyhine herhangi bir icra takip muamelesi yapılamaz. Örneğin, borçluya cezaevinde yapılacak tebligat geçerli olmaz.(63)

Borçlu, kendisine verilen bu mehil içerisinde bir temsilci tayin ederse, icra takip muameleleri artık bu temsilciye aksi takdirde tutuklu veya hükümlü bulunan borçluya karşı yapılır.(64)

III - Cezaevinde bulunan borçlular hakkında, icra müdürlüğüne İİK madde 54'e göre işlem yapılmadan takip sürdürülemez.(65) Örneğin; satış ilanının İİK madde 54 uyarınca borçluya tebliği sağlanmadan yapılan ihalenin

feshine karar verilmesi gerekir.(66)

Cezaevindeki borçluya temsilci ataması için tebligat yapılmadan "ödeme/icra emri" gönderilmesi halinde, borçlunun şikayeti üzerine "ödeme/icra emrinin iptaline" karar verilmesi gerekir. (67) Temsilci tayini için kendisine süre verilmemiş olan borçlunun, itiraz süresi geçtikten (fakipten haberdar olduktan) sonra yaptığı itiraz geçerli olur.(68)

Ancak hemen belirtelim ki cezaevinde bulunan borçluya temsilci tayin etmesi için süre verilmesi (ve takibin bulunduğu aşamaya göre; ödeme emrinin ondan sonra tebliğ edilmesi) gerekirse de, ödeme emrini cezaevinde olan borçlu, bir vekil tayin edip, bu vekili vasıtasıyla süresi içinde "borca itiraz" etmişse, artık İİK madde 54'e aykırılık sonuca etkili olmaz ve borçlunun vekili vasıtasıyla bildirdiği borcun esasına ilişkin itirazlar incelenir.(69)

Cezaevinde bulunan borçluya, hakkında yapılan her icra takibi için ayrı ayrı, kendisine bir temsilci tayin etmesi için süre verilmesi gerekir.(70)

İcra müdürünün, temsilci tayini için borçluya gereken süreyi vermemiş olması, İİK madde 16/II anlamında "bir hakkın yerine getirilmemesi" demektir ve bundan dolayı borçlunun süresiz şikâyet hakkı vardır.(71)

IV - Cezaevinde bulunan borçlunun tayin edeceği temsilcinin sıfatı hakkında doktrinde tereddüt hasil olmuştur. Gerçekten, bir görüşe göre(72) temsilci borçlu namına mal alarak, satarak, para bularak, ödünç alarak onun menfaatlerini koruma iktidarında olmalıdır. Bunun avukat olması ne lâzımdır, ne de kâfidir. Buna karşın diğer bir görüşe göre;(73) borçlunun tayin edeceği temsilci avukat olmayabilir.

Ancak avukat olmayan temsilci icra dairesinde ve mahkemelerde borçluyu temsilen işlem yapamayacağından, başkasını tevkil yetkisi varsa, borçlu adına bir avukata vekâlet vermesi gerekir. Diğer bir görüşe göre(74) ise doğru olanı, başlangıçta temsilci olarak bir avukata vekâlet verilmesidir.

V - Mal kaçırılması ihtimali olan hallerde, borçluya temsilci tayini için verilen mehil içerisinde de, haciz yapılabilir. Ancak, bunun için takibin kesinleşmiş ve alacaklıya haciz isteme yetkisi gelmiş olmalıdır. Yoksa henüz alacaklıya haciz isteme yetkisi gelmeden, daha ödeme emri dahi tebliğ edilmeden, "mal kaçırılması muhtemeldir" diyerek haciz yapılamaz. "Madde hükmünün bu imkânı verdiği"ne dair görüşte(75) isabet görmüyoruz.

VI - Takip, mahkûmiyet veya tutukluluktan evvel kesinleşmiş olsa bile, yani borçlu takip başladıktan sonra cezaevine girmiş bulunsa bile, bu madde gereğince işlem yapılması gerekir. İİK madde 54'te "cezaevinde bulunan borçluya icra müdürünce temsilci tayin etmesi için süre verilmesi" düzenlenmiş olduğu halde yüksek mahkeme(76) "cezaevinde bulunan borçluya icra mahkemesince de temsilci tayini için süre verilmesi gerektiğini" belirtmiştir.

VII - Buraya kadar açıklanan İİK madde 54 hükmü gerçek kişi borçlular hakkında uygulanır. Ancak, bir şirketin organı durumundaki gerçek kişilerin hepsi birden tutuklanır ve bunlar tutuklanmadan önce bir temsilci tayin edecek durumda değil iseler, İİK madde 54 hükmü, o şirket hakkında da uygulanır.(77)

VIII - Yüksek mahkeme;

- "Şikâyetçinin, satış ilanının tebliğ

edildiği tarihte cezaevinde hükümlü veya tutuklu olup olmadığının, hükümlü ise bir yıl veya daha fazla süreli cezaya mahkûm olup olmadığının araştırılarak, İİK'nin 54. maddesi uyarınca gereken kararın verilmesi icap edeceğini"

- "İİK'nin 54. maddesi gereğince, tutuklu veya hükümlüler aleyhine yapılan icra takibine, mümessil tayini suretiyle devam edilebileceğini, ancak verilen sürede mümessil tayin edilmediği takdirde icra takibinin sürdürülebileceğini"(78)

- "Cezaevinde bulunan borçluya kendisine 'temsilci' tayin etmesi için süre verilmeden tebliğ edilen ödeme veya icra emrinin iptali gerekeceğini; ancak borçlunun kendisine ödeme emrine tebliği üzerine bir vekil tayin ederek, bu vekil vasıtasıyla süresi içinde ödeme emrine/icra emrine itirazda bulunmuş olması halinde, icra mahkemesince İİK'nin 54. maddesine aykırılık nedeniyle' ödeme veya icra emrinin iptaline karar verilemeyeceğini"(79)

- "Ödeme emrinin, cezaevinde bir yıldan fazla olan cezasını çektiği sırada borçlu yerine cezaevi sorumlusuna tebliğ edilmiş olması halinde, bu tebligatın 'yok' hükmünde sayılacağı, bu husus kamu düzenine ilişkin olduğundan, mahkemece doğrudan doğruya gözetileceğini- Vasi tayin edilmeye kadar hükümlüye karşı başlatılmış olan takibin duracağı, alacaklının, vasinin belirlenmesinden sonra, vasiye tebligat çıkararak takibi sürdürülebileceğini"(80)

- "Borçluya cezaevinde yapılacak tebligatın geçerli olmayacağını"(81)

- "Cezaevinde bulunan borçluya temsilci tayin edildikten sonra, icra müdürlüğüne temsilci adına yeniden

ödeme emri çıkarılması gerekeceğini; icra mahkemesince İİK'nın 54. maddesi dikkate alınarak kendiliğinden 'icra takibinin durdurulmasına' karar verilmesi gerekeceğini"(82)

-"İİK'nın 54. maddesi uyarınca 'kendisine bir temsilci tayin etmesi için' süre verilmiş olan borçlu hakkındaki takibin bu süre zarfında kendiliğinden duracağını"(83) belirtmiştir.

IV. Askerlik halinde

İİK 54/a maddesi, 538 sayılı Kanun ile ifa edilen hizmetin niteliği icabı olarak yerinde görülüp kabul edilmiştir.

I - Askerlik hizmetlerinin devamı süresince; erler, onbaşılar ve kıta çavuşları aleyhine yapılacak icra takiplerinde, icra müdürü bir temsilci tayin etmesi için bunlara münasip bir mehil (süre) verir. Bu mehil içerisinde takibe devam olunmaz.(84) Verilen mehil içerisinde, temsilci tayin edilmesi halinde bu temsilciye karşı, aksi takdirde temsilci tayin etmeyen borçlu hakkında takibe devam olunur.

Bu maddede yedek subaylar hakkında uygulanmaz.(85)

II - 538 sayılı Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında, maddede sayılan kişiler aleyhine -İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 57. maddesi hükmüne benzer şekilde- "nafaka alacaklıları müstesna olmak üzere, askerlik hizmetinin devamı müddetince ve terhislerini takip eden bir ay içinde hiçbir icra takip muamelesi yapılmamasını" öngören teklifi(86) benimsenmediğinden, bu gibi kişilerin menfaatleri gereği gibi, yasa ile korunamamıştır. Ancak, bu boşluk uygulamada 12.12.1966 tarih ve 5/1 sayılı İÇT. Bir. Kararı ile doldurulmuştur. (87)

III - Mal kaçırılması ihtimali olan hallerde, alacaklıya haciz isteme yetkisi gelmiş olması koşuluyla, temsilci tayini için verilen mehil içinde de, borçlu hakkında haciz işlemi yapılabilir.

IV - İİK madde 54a hükmü kamu düzeni ile ilgili olduğu için ilgililer tarafından doğrudan doğruya gözetileceği gibi,(88) borçlunun bu konuda yapacağı şikayet de, süreye bağlı değildir.(89)

V - Borçlunun ağır hastalığı halinde İİK'nın 55. maddesinde, borçlunun ağır hastalığının bir talik (erteleme) sebebi olduğu ön görülmüştür. İcra takibinin bu sebeple talika edilebilmesi için;

I - a) Borçlunun bir temsilci tayin edemeyecek derecede ağır hasta olması,

b) Ağır hastalığın resmî bir belge ile belgelendirilmesi gerekir.

Bu koşullar gerçekleştiği takdirde, icra müdürünce, "takibin muayyen bir müddet talikine" karar verilmesi gerekir. Takibin talik edileceği müddet; "hastanın temsilci tayin edebilecek duruma gelebilmesi için geçmesi icap eden zamana tekabül etmeli"dir.

İcra müdürü, bu amaçla tayin ettiği talik müddetini, gerektiğinde tekrar uzatabilir.

Eğer hasta olan borçlu temsilci tayin edebilecek durumda ise veya esasen borçlunun temsilcisi varsa, icra takibi, bu maddeye göre talik edilemez.(90)

II - Maddede, ağır hastalığın "resmi rapor" yerine "resmî belge" ile belgelenmesi istendiğinden, hastalığın ağırlığı, örneğin; borçlunun trafik kazası geçirdiğini belirten zabitanın rapor

veya tutanağından anlaşıldığında, yine takibin taliki gerekir.

“Resmî rapor”dan maksat, resmî doktorlar tarafından verilen veya özel doktorlar tarafından verilip de imzası tasdik edilmiş olan raporlardır.

Bu şekilde ibraz edilen resmî belgedeki hastalığın, bir talik (erteleme) sebebi teşkil edip etmediğini takdir icra müdürüne aittir. İcra Müdürü’nün bu husustaki takdir ve kararı şikâyet konusu yapılabilir.

III - Takibin talikini gerektirecek derecede ağır hastalığa rağmen takip yapılmış veya takibe devam edilmişse, borçlunun buna şikâyet hakkı vardır. Buradaki şikâyet müddeti, hastalığın bitiminden itibaren başlar.

IV - Mal kaçırılması ihtimali olan hallerde, alacaklıya haciz isteme yetkisi gelmiş olması koşuluyla hastalığın devamı sırasında da haciz yapılabilir.

VI. Talikin müddetlerin cereyanına tesiri İİK’nın 56. maddesinde, “takip talikleri sırasında sürelerin işleyeceği ancak sürenin son gününün bir talik sebebine rastlaması halinde, sürenin talikin bitiminden sonra bir gün daha uzatılacağı” hükme bağlanmıştır.

I - İİK madde 52 - 55’de düzenlenmiş bulunan “takip talikleri” sırasında, icra muamelelerinin bağlı olduğu sürelerin işlemesi durmaz. Yani, bu süreler işlemeye başlamışsa devam eder, işlemeye başlamamışsa işlemeye başlar.

Ancak, işlemeye başlamış olan sürenin sonu, bir talik gününe rastlarsa; süre, talikin bitiminden sonra bir gün daha uzatılır.

II - Bu hükmün hangi süreler hakkında uygulanacağı konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre(91) “İİK madde 52 - 55’deki talik (erteleme) halleri borçlu lehine kabul edilmiş olduğundan, alacaklı(92) ve üçüncü kişiler için konulmuş olan süreler, ertelemeden yararlanamaz, yani erteleme hallerinde de işlemeye devam eder ve İİK madde 56’ya göre ‘bir gün daha uzatılmış’ sayılmaz.

Ancak borçlu(93) veya icra organları için konulmuş olan bir sürenin(94) son günü bir talik (erteleme) gününe (İİK madde 52-55) rastlarsa süre, talikin (ertelemenin) bitiminden sonra ‘bir gün daha’ uzatılır.”

Diğer bir görüşe göre(95) ise “buradaki süre ister borçlu isterse alacaklı ile ilgili olsun, durum aynıdır ve alacaklının uyması gereken süreler bakımından da, İİK madde 56’ya göre süre uzaması olur.”

III - Bu madde hükmü, 538 sayılı kanun ile yapılan değişiklik neticesinde, açıklandığı şekilde açıklığa kavuşmuş, değişiklikten önceki şeklinde İİK madde 19 ile arasındaki uyumsuzluk bu suretle giderilmiştir.

Müddetin son gününün tatile rastlaması halinde İİK madde 19’un talik gününe rastlaması halinde de bu maddenin uygulanması gerekir.(96)

Talik (erteleme) süresinin bitimi (veya ondan sonraki gün) resmi bir tatil gününe rastlarsa süre, resmi tatili izleyen günde biter (İİK madde 19/III).(97)

Sonnot

- (1) KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, C: 1, 3.Baskı,1988, s:137 – KURU, B. El Kitabı, 2. Baskı,2013,s:147 vd. – KURU, B./ASLAN, R./YILMAZ, E. İcra ve İflas Hukuku (Ders Kitabı), 23.Baskı,2013,s: 99 vd. - POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku'nun Esasları,1982, s: 233 - BERKİN, N. İcra Hukuku Rehberi,1980, s: 123 - ANSAY, S.Ş. Hukuk, İcra ve İflas Usulleri,1960, s: 41 - UMAR, B. İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi,1973,s: 183 vd. - MUŞUL, T. İcra Hukuku,2008, s: 172 – GÜNEYSU, N. B. İcra Takip İşlemleri (Tür. Bar. Bir. D. Temmuz-Ağustos/2012, s:37 vd.)
- (2) Ayrıntılı bilgi için Bk. UMAR, B. age. s: 197 vd.
- (3) Bk.12. HD. 6.2.1978 T. 891/965 (www.e-uyar.com)
- (4) UMAR, B. age. s: 204
- (5) Aksı görüş için Bk.POSTACIOĞLU, İ. age. s: 234
- (6) UMAR, B. age. s: 183 vd.
- (7) Bk.HGK. 16.2.2000 T. 12-49/94; 12 HD. 14.4.1999 T. 3779/4743; 21.1.1994 T. 312/51 (www.e-uyar.com)
- (8) Aynı görüşte: ANSAY, S. Ş. age. s: 312
- (9) POSTACIOĞLU, İ. age. s: 264 - KURU, B. age. s: 137, – KURU, B. El Kitabı, 2. Baskı, s:148 - BERKİN, N. İhtiyati Haciz,1962, s: 15 - BERKİN, N. İflas Hukuku,1972, s: 408 - Bk.HİGM. 24.10.1967 T. 23167, s. Mütalâ
- (10) Yüksek mahkeme bir icra takip işlemi sayıldığı halde, ihalenin (satışın), önceleri (Bk.12. HD. 24.9.1990 T. 9073/8961; «tatil saatinde yapılamayacağını» belirtmişken, son içtihatlarında yapılabileceğini” belirtmiştir. (Bk.12. HD. 9.2.2004 T. 24804/2164; HGK. 4.11.1981 T. 12-201/714 (www.e-uyar.com)
- (11) KURU, B. age. s: 138
- (12) BELGESAY, M. R. İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 1949, s: 55
- (13) BELGESAY, M. R. age. s:55
- (14) BELGESAY, M. R. age. s: 35
- (15) KURU, B. age. s: 138 dipn. 6
- (16) KURU, B. age. s: 138, dipn. 5 - ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları,8.Bası,2004., s: 76
- (17) POSTACIOĞLU, İ. age. s: 235 - KURU, B. age. s: 138 – KURU, B. El Kitabı, 2. Baskı, s:149
- (18) Bk.İİD. 23.3.1950 T. 1365/1557 (www.e-uyar.com)
- (19) Bk. Adalet Komisyonu Gerekçesi
- (20) Bk.12. HD. 27.05.2010 T. 450/13131(www.e-uyar.com)
- (21) Bu düzenleme şeklinin eleştirisi için Bk.BERKİN, N. age. s: 125
- (22) Jaeger, ilk bası, 56, N. 4 (Naklen, ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 77, dipn. 207)
- (23) REICHEL, 56, N. 1, s: 57 (Naklen, ÜSTÜNDAĞ, S. age. s: 77, dipn. 208) - Jaeger (Naklen, POSTACIOĞLU, İ. age. s: 238) - AKYAZAN, S. İcra ve İflas Kanunundaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar,1965, s: 19 - BERKİN, N. Rehber, s: 125
- (24) POSTACIOĞLU, İ. age. s: 238 vd.
- (25) JdT 1928 II, 21, (Naklen, POSTACIOĞLU, İ. age. s: 238)
- (24) Bk.12. HD. 20.3.1980 T. 1143/2655 (www.e-uyar.com)
- (25) Aksı fikir: BELGESAY, M.R., İcra ve İflas Kanunu Şerhi, s: 56 (Takibin ölüm günü ve onu takip eden üç gün talik olunacağı görüşündedir.)
- (26) Bk.12. HD. 26.06.2012 T. 13387/22471; 19.03.2007 T. 2701/5159; 20.10.2011 T. 3331/19440; 27.10.2009 T. 12174/20590, 16.05.2007 T. 7459/10085; 2.11.1992 T. 6148/12964; 22.1.1980 T. 9979/922 (www.e-uyar.com)
- (27) Bk.12. HD. 30.4.1980 T. 2550/3891; İİD. 10.2.1969 T. 1652/154 (www.e-uyar.com)
- (28) KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, C:1, s: 155
- (29) Bk.12. HD. 20.10.2011 T. 3331/19440; 9.3.1995 T. 2387/3232 (www.e-uyar.com)
- (30) Mirasçılardan hepsi açıkça mirası kabul etmemişse o zaman icra takibi üç aylık ret süresi geçinceye kadar ertelenir (KURU, B. age. s: 139, dipn. 12)
- (31) Bk.12. HD. 02.05.2011 T. 27577/7993; 09.03.2010 T. 23583/5412; 12.10.2004 T. 15833/21586 (www.e-uyar.com)
- (32) Bk.12. HD. 27.3.1986 T. 9734/3404; 10.2.1983 T. 10653/891 (www.e-uyar.com)
- (33) Bk.12. HD. 10.06.2013 T. 13514/21516; 03.06.2013 T. 13525/20576 (www.e-uyar.com)
- (34) Bk.12. HD. 25.10.2007 T. 14871/19523; 20.1.1997 T. 16095/142 (www.e-uyar.com)
- (35) Bk.12. HD. 27.6.1994 T. 8561/8648; 18.5.1985 T. 4778/6330; 9.12.1983 T. 8555/10230 (www.e-uyar.com)

(36) Bk.12. HD. 10.5.2012 T. 32220/16242; 10.5.2012 T. 32221/16241; 5.4.2011 T. 25107/5590; 28.12.1989 T. 7157/16177; 18.5.1985 T. 4778/6330 (www.e-uyar.com)

(37) Miras bırakan-borçlu hakkında başlamış olan iflas takibine (veya iflas davasına) yalnız terekeye (miras şirketine) karşı devam edilebilir. (KURU, B. age. s: 155, dipn. 21)

(38) KURU, B. age. s: 156

(39) KURU, B. age. s: 156 - ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları, s: 64

(40) Bk.12. HD. 27.2.1992 T. 6424/1030; 9.10.1980 T. 4428/7481; 26.3.1980 T. 1394/2855; 19.11.1979 T. 7544/8754; 9.5.1978 T. 4029/4145 (www.e-uyar.com)

(41) Bk.12. HD. 25.12.1997 T. 14389/14549; 30.6.1994 T. 7712/8900 (www.e-uyar.com)

(42) Bk.12. HD. 26.09.2011 T. 1013/16670; 07.10.2010 T. 9120/22350; 20.09.2010 T. 7717/20256; 02.06.2009 T. 3636/11786; 13.10.2008 T. 14047/17263; 05.07.2005 T. 11098/14571; 11.3.2002 T. 3597/4903; 12.2.1981 T. 885/1325 (www.e-uyar.com)

(18a) Bk.12. HD. 5.6.2012 T. 2562/19335 (www.e-uyar.com)

(18b) Bk.12. HD. 19.3.2013 T. 487/10143 (www.e-uyar.com)

(43) Bk.12. HD. 26.9.2011 T. 1013/16670; 26.3.2002 T. 5144/6132; 6.11.1990 T. 3547/1111 (www.e-uyar.com)

(44) Bk.12. HD. 10.06.2013 T. 13514/21516 (www.e-uyar.com)

(45) Bk.12. HD. 03.06.2013 T. 13525/20576; 03.06.2013 T. 13523/20577 (www.e-uyar.com)

(46) Bk.12. HD. 26.06.2012 T. 13387/22471 (www.e-uyar.com)

(47) Bknz 12. HD. 20.10.2011 T. 3331/19440 (www.e-uyar.com)

(48) Bknz 12. HD. 26.09.2011 T. 1013/16670 (www.e-uyar.com)

(49) Bknz 12. HD. 02.05.2011 T. 27577/7993 (www.e-uyar.com)

(50) Bk.12. HD. 05.04.2011 T. 25107/5590 (www.e-uyar.com)

(51) Bk.12. HD. 27.12.2012 T. 22639/4190; 25.12.2012 T. 20812/39918; 26.11.2012 T. 17272/34855; 26.11.2012 T. 17270/34853; 23.1.2012 T. 14781/1132; 07.10.2010 T.

9120/22350; 20.09.2010 T. 7717/20256; 02.06.2009 T. 3636/11786; 05.07.2005 T. 11098/14571; 07.03.2005 T. 678/4625; 01.03.2005 T. 348/4004 (www.e-uyar.com)

(52) Bk.12. HD. 09.03.2010 T. 23583/5412; 12.10.2004 T. 15833/21586 (www.e-uyar.com)

(53) Bk.12. HD. 11.02.2010 T. 20862/2839; 04.11.2008 T. 15781/19209; 05.05.2005 T. 7322/9842 (www.e-uyar.com)

(54) Bk.12. HD. 27.10.2009 T. 12174/20590; 16.05.2007 T. 7459/10085 (www.e-uyar.com)

(55) Bk.12. HD. 13.10.2008 T. 14047/17263 (www.e-uyar.com)

(56) Bk.12. HD. 25.10.2007 T. 14871/19523 (www.e-uyar.com)

(57) Bk.12. HD. 19.03.2007 T. 2701/5159 (www.e-uyar.com)

(58) BLUMENSTEIN (Naklen; POSTACIOĞLU, İ. age. s: 240)

(59) JAEGER (Naklen; POSTACIOĞLU, İ. age. s: 240)

(60) Doktrinde, haklı olarak, «henüz tutuklanmamış, fakat gözetim altına alınmış (1402 s. Sıkıyönetim K. madde 15) bulunan borçlular hakkında da, tutuklu borçlular gibi işlem yapılmasının uygun olacağı» ifade edilmiştir. (KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, s: 141, dipn. 16)

(61) Doktrinde«538 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sırasında maddede yer alan 'mahpus' kelimesi yerine 'hükümlü' kelimesinin konulduğu, bu kelimenin ise maddenin amacına uygun bulunmadığı çünkü hükümlü borçlu henüz cezasını çekmeye başlamamışsa -yani; cezaevine konulmamışsa, hakkında İİK madde 54 hükmünün uygulanamayacağı, burada kast edilenin 'hapisli' kelimesi ile daha iyi ifade edilmiş olacağı»-isabetli olarak belirtilmiştir.(KURU,B. age.s: 141,dipn. 17)

(62) Bk.12. HD. 29.4.2003 T. 6991/9629; Bk.12. HD. 26.6.2001 T. 10799/11582; 12. HD. 15.6.1987 T. 11036/7505

(63) Bk.12. HD. 02.06.2009 T. 3900/12039; 08.07.2008 T. 12017/14569 (www.e-uyar.com)

(64) Bk.12. HD. 06.06.2012 T. 4794/19491; 19. HD. 25.2.1999 T. 6538/1116; 12. HD. 21.6.1993 T. 6400/11193; 17.5.1993 T. 4970/9142; 12. HD. 14.3.1995 T. 2512/3422 (www.e-uyar.com)

(65) Bk.12. HD. 17.11.2011 T. 5313/22577; 26.4.2011 T. 27105/7651; 8.6.1998 T. 6241/6838; 8.10.1997 T. 9439/10274; 12.11.1996 T. 13383/14243; 24.12.1997 T.

14062/14473; 21.6.1993 T. 6400/11193; 14.3.1995 T. 2512/3422 (www.e-uyar.com)

(66) Bk.12. HD. 17.11.2011 T. 5313/22577; 4.5.2000 T. 6404/7345; 24.12.1997 T. 14062/14473 (www.e-uyar.com)

(67) Bk.12. HD. 18.11.1988 T. 1916/13890 (www.e-uyar.com)

(68) Bk.12. HD. 26.4.2011 T. 27105/7651; İİD. 5.12.1960 T. 8707/8497 (www.e-uyar.com)

(69) Bk.İİD. 5.12.1960 T. 8707/8497 (www.e-uyar.com)

(70) KURU, B. age. s: 141, dipn. 22

(71) Bk.12. HD. 30.11.1999 T. 14726/15362 (www.e-uyar.com)

(72) BELGESAY, M.R. İcra ve İflâs Kanunu Değişen Maddeler Şerhi,1966, s: 36

(73) KURU, B. age. s: 141, dipn. 21

(74) AKCAN, R. İcra Hukukunda Temsil (Selçuk Üniv. Huk. Fak. D. 1999/1-2, s: 25)

(75) TUNCAY, S./DEMİRHAN, H.O. Yeni ve Değişik Hükümleri ile İcra ve İflâs Kanunu,1965, s: 42

(76) Bk.İİD. 22.3.1956 T. 1650/1680 (www.e-uyar.com)

(77) KURU, B. age. s: 143

(18a) Bk.12. HD. 11.9.2012 T. 18594/26063 (www.e-uyar.com)

(78) Bk.12. HD. 06.06.2012 T. 4794/19491 (www.e-uyar.com)

(79) Bk.12. HD. 26.04.2011 T. 27105/7651; 17.11.2011 T. 5313/22577 (www.e-uyar.com)

(80) Bk.12. HD. 02.06.2009 T. 3900/12039 (www.e-uyar.com)

(81) Bk.12. HD. 08.07.2008 T. 12017/14569 (www.e-uyar.com)

com)

(82) Bk.12. HD. 29.05.2007 T. 8726/11175 (www.e-uyar.com)

(83) Bk.12. HD. 11.10.2006 T. 15625/18955 (www.e-uyar.com)

(84) Bk.12. HD. 4.3.1999 T. 1598/2628; 7.11.1994 T. 13553/13727; 30.6.1994 T. 7704/8899 (www.e-uyar.com)

(85) Bk.12. HD. 5.6.1986 T. 12867/6748 (www.e-uyar.com)

(86) KURU, B. İcra ve İflâs Kanunu Değişikliği Hakkında Düşünceler,1962, s: 41

(87) Bk.12. HD. 21.2.1985 T. 486/1542; 27.12.1984 T. 10572/10748 (www.e-uyar.com)

(88) Bk.12. HD. 18.4.1983 T. 1866/2965 (www.e-uyar.com)

(89) Bk.12. HD. 14.10.1985 T. 2139/8043 (www.e-uyar.com)

(90) KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, C: 1, s: 145

(91) KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, C: 1, s: 147, dipn. 46

(92) Bk.Yuk. İİK madde 19, AÇIKLAMA: V-a - UYAR, T. İİK Şerhi, C:2,2008, s:2394

(93) Bk.Yuk. İİK madde 19, AÇIKLAMA: V-a - UYAR, T. İİK Şerhi, C:2, s:2394

(94) Bk.Yuk. İİK madde 19, AÇIKLAMA: V-b - UYAR, T. İİK Şerhi, C:2, s:2394

(95) ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları, s: 77

(96) Bk.İçt. Bir. K. 24.5.1944 T. K: 20

(97) KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, C:1, s: 147, dipn. 47



Kıyı Kanunu geçici maddesinin incelenmesi

Av. Nezir Sütçü (1)

Her zaman için kıyılara çok yakın inşa edilen yapılara tanık olmaktadır. Oysa kıyı mevzuatı gereği binaların kıyı kenar çizgisine en fazla 50 m. yaklaşması mümkündür.

Uygulamada Kıyı Kanunu geçici maddesi ile sahil şeridi ortadan kaldırılmakta, sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceğine ve kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartları kanunla düzenleneceğine dair Anayasamızın 43. maddesi açıkça çığnemektedir.

3621 sayılı Kıyı Kanunu madde 5 uyarınca sahil şeritlerinde (3621 SK madde 4 hükmüne göre suyla karanın birleştiği yerden kara yönünde su hareketlerinin oluşturduğu kumluk, çakıllık gibi alanlarının doğal sınırı olan kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde en az 100 m. genişliğindeki alanda) yapılacak yapılar, kıyı kenar çizgisine en fazla 50 metre yaklaşabilir.

Kıyı Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik madde 4 uyarınca, kıyı kenar çizgisi sınırı, doldurma suretiyle arazi elde edilmesi halinde de değiştirilemez.

3621 SK geçici maddesinde aynen;

"Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten (17.4.1990 tarihinden) önce mevzuat hükümlerine uygun olarak onanmış ve kısmen veya tamamen yapılaşmış 1/1000 ölçekli uygulama imar planlarının sahil şeritleri ile ilgili hükümleri geçerlidir. Ancak 8 inci maddenin ikinci fıkraya hükümleri saklıdır" denilmektedir. Maddenin uygulanma şartları sistematik olarak şöyledir;

1)17.4.1990 tarihinden önce kıyı mevzuatına uygun onaylanmış 1/1000 ölçekli uygulama imar planı bulunması şartı

17.4.1990 tarihinden önce kıyı mevzuatına uygun onaylanan plandaki plan hükümleri ve şartlar dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır. Kıyı mevzuatına aykırı bir şekilde onaylanan plana istinaden değerlendirme yapılması mümkün değildir.

Aynı şekilde, barınak, kayıkhanesi gibi kıyıda kamu kullanımına sunulmuş tesisin, mevzuata aykırı plan değişikliği ile özel işletmeye (örneğin balık lokantasına) çevrilmesi mümkün değildir.

• "...Kıyı Kanunu ve ilgili yönetmeliğin kimi maddeleri, yürürlük tarihlerinden önceki imar planlarında yapılaşma öngörülmüş ancak henüz yapılaşmamış alanların düzenlenmesine yönelik olduğundan, planda yapılaşmayı

yasaklayan amaçlara tahsis edilmiş taşınmazları kapsamamaktadır. Bu nedenle mevcut imar planında kamunun kullanımına ayrılmış bir taşınmazın, sözü edilen yasa ve yönetmelik hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra, imar planında değişiklik yapılması suretiyle yukarıda değinilen kurallara ters düşen amaçlara tahsis edilmesi mümkün değildir...”(2)

Ancak Kıyı Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik madde 16/c-4 uyarınca, sahil şeridine 11 Temmuz 1992 (Kıyı Kanunu'nda yapılan en son değişiklik) tarihinden önce yürürlükteki plan ve/veya mevzuatta uygun olarak yapılmış veya inşaat ruhsatı alınarak en az su basman seviyesine kadar inşaatı tamamlanmış yapılardaki müktesep haklar saklıdır. Kanımca yönetmeliğin bu hükmü, kıyı mevzuatına uygunluğu aramadığından (sadece imar planına uygunluğu yeterli gördüğünden), Anayasa ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun geçici maddesine aykırıdır.

Anayasa ve kanunlara aykırı şekilde hiçbir zaman kazanılmış haktan bahsedilmesi mümkün değildir. 23.1.1992 tarih ve 21120 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 18.9.1991 tarih ve 1990/23 Esas, 1991/29 Karar sayılı Anayasa Mahkemesi ilamında aynen;

• “Anayasa Mahkemesi, 25.2.1986 günlü, Esas: 1985/1, Karar: 1986/4 sayılı kararında bu konuyu kıyılarla ilgili olarak incelerken, Anayasa'nın 43/1. maddesindeki, “Kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu belirleyen hükmü karşısında, özel mülkiyete konu olamayan kıyıda, ... yılından önce mevzuata aykırı olarak yapılan yapılar yönünden kazanılmış hakların saklı tutulacağı kuralı uygulanamaz. Çünkü yasalara aykırı durumlara dayanılarak kazanılmış hak iddiasında

bulunulamayacağı ...” biçiminde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, ormanlarla ilgili 14.3.1989 günlü, Esas: 1988/35, Karar: 1989/13 sayılı kararında benzer görüşü yinelemiştir: “... Bir kez, yasanın bir kuralına aykırı biçimde edinilen hakka, daha üstün bir hak bulunmasına karşın, sonsuza değin geçerlilik tanımak, kazanılmış hak durumunu genişleterek Anayasanın özel kuralı karşısında sağlıklı kabul etmek kötü niyetlileri bu yolda davranmaya özendirir ve böylece ormanların daralması sonucunu doğurur.” 12.12.1989 günlü, Esas: 1989/11, Karar: 1989/48 sayılı kararında da “Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla Anayasaya aykırılığı saptanan bir yasaya dayanılarak ileriye yönelik hak kazanılması ve kazanılmış bir haktan söz edilmesi olanaksızdır. “Sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetilmesine olanak vermeyecek biçimde bir derinliğin saptanması, bu yerlerden kamunun yararlanmasını engelleyecektir. Bu durumda, Anayasaya aykırılığı saptanmış bir kurala göre kazanılmış hakların varlığından da söz edilemez. Kamu yararı düşüncesiyle konumları özellik taşıyan alanların kişilere yeni olanak sağlanması amacıyla daraltılması, sahil şeridinden yararlanmada önceliği kamuya veren Anayasa ile bağdaşmaz” denilmektedir.

Kıyı mevzuatına uygun yapılaşma şartlarının neler olabileceğini saptamak için daha önceki kıyı mevzuatı ile getirilen sınırlamaların da bilinmesi gerekir.(3)

1) Türkiye’de deniz, göl ve akarsu kıyıları ile bu yerlerin etkisinde olan ve devamı niteliğinde bulunan sahil şeritlerinde planlama ve yapılaşmaya ilişkin ilk yasal düzenleme, 20.7.1972 tarihli resmi gazetede yayımlanan 1605 sayılı kanunla, 6785 sayılı İmar Kanunu’na

(RG:16.7.1956) eklenen Ek 7 maddesince olmuş ve bu şekilde kıyı alanları da imar düzenine dâhil edilmiştir. Buna göre deniz, göl ve nehir kenarlarında 10 m den az olmamak üzere, İmar ve İskan Bakanlığınca tespit edilecek mesafe dâhilinde özel şahıslarca kamunun istifadesine ayrılmayan bina inşa edilemez, mevcutlara ilave yapılamaz. EK 7 maddesine göre yayımlanan yönetmelikte (RG: 18.1.1975 tarih ve 15122 sayı) detaylı düzenlemeler (Özellikle m 1.07 ve m 1.08) yapılmıştır.

2) 1.12.1984 tarih, 18590 sayılı resmi gazetede yayımlanan 3086 sayılı Kıyı Kanunu'na göre; sahil şeridi; kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde, imar planlı yerlerde yatay olarak en az 10 metre, diğer yerlerde en az 30 metre genişliğindeki alan olarak tanımlanmıştır (madde 4).

Anayasanın 43. maddesine açıkça aykırı olan kanunun tümü, Anayasa Mahkemesi'nin 25.2.1986 tarih, 1985/1 Esas, 1986/4 karar sayılı ilamı ile iptal edilmiş ve karar 10.7.1986 tarih ve 19160 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, kararın yayım tarihinden 6 ay sonra (10.1.1987 tarihinde) yürürlüğe girmesi kabul edilmiştir. İptal kararının yürürlüğe girmesinden itibaren 3 yıldan uzun bir süre sonra yeni bir kanuni düzenleme yapılmıştır.

3) 17.04.1990 tarihinde 3621 sayılı yeni Kıyı Kanunu kabul edilene kadar geçen 3 yıldan uzun bir sürede, kıyılarına ilişkin uygulamalar, Bayındırlık ve İskan Bakanlığının 15.07.1987 tarih 110 sayılı genelgesi ile belirlenmiştir. Buna göre; deniz, tabii ve suni göl ve akarsularda;

- Uygulama imar planı olan alanlarda en az 10 metre,

- Uygulama imar planı bulunmayan

belediyeler ile belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışındaki köy ve mezraların yerleşik alanların da en az 30 madde,

- Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında planı bulunmayan alanlarda uygulanacak imar yönetmeliğinin 6. maddesine göre yapı yapılabilecek alanlarda en az 100 metrelik sahil şeridi genişliği belirlenmiştir.

4) 17.4.1990 tarih, 20495 sayılı resmi gazetede yayımlanan 3621 sayılı Kıyı Kanunu'na (madde 4) göre sahil şeridi;

Kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde;

a) Uygulama imar planı yapılacak alanlarda yatay olarak en az 20 metre genişliğindeki alanı,

b) Uygulama imar planı bulunmayan belediye ve mücavir alan sınırları içinde veya dışındaki yerleşik alanlarda, çevre düzeni ve/veya nazım imar planı bulunsun veya bulunmasın, yatay olarak en az 50 metre genişliğindeki alanı,

c) Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışındaki iskân dışı alanlarda çevre düzeni ve/veya nazım imar planı bulunsun veya bulunmasın yatay olarak en az 100 metre genişliğindeki alanı ifade etmektedir. (b) bendinde tespit edilen alan, belediye ve mücavir alan sınırları dışında ve köy yerleşik alanı içinde, daha önce yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine uygun yapıların bulunduğu meskûn alanlarda, 10.11.1985 tarihinden önce köy nüfusuna kayıtlı ve köyde sürekli oturanlar tarafından, konut olarak yapılacak yapılar için mevcut teşekkülde dikkate alınarak sahil şeridi yatay olarak en az 10 metreye düşürülebilir.

Bu düzenlemedeki 20 metrelik ve 10 metreye kadar indirilebilecek sınır (4. maddenin (b) bendi ve son fıkrası), sahil şeridi derinliğinin 100 metre den az olmasının, bu yerlerden Anayasanın öngördüğü kamu yararına uygun bir yararlanmayı zorlaştıracığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin 18.9.1991 tarih, 1990/23 Esas, 1991/29 Karar sayılı ilamı ile iptal edilip, karar 21.1.1992 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmış ve altı ay sonra (21.7.1992 tarihinde) yürürlüğe girmiştir.

5-11.7.1992 tarih, 21281 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3830 sayılı Kıyı Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un en önemli özelliği, kıyının toplum yararına kullanılması için yapılaşmaya kısıtlamalar getirilmesi ve kıyı kenar çizgisinden itibaren ilk 50 metrelik bölüme yapı yapılmasına izin verilmemesidir. Bu kanuna göre deniz, tabii ve suni göl ve akarsularda; sahil şeridi, kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde yatay olarak en az 100 metre genişliğindeki alandır ve bu alan iki kısımdan oluşmuştur (madde 1-2).

- Kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde yatay olarak en az 50 metre genişliğindeki sahil şeridinin birinci bölümü.

- Sahil şeridinin birinci bölümün den itibaren kara yönünde yatay olarak en az 50 metre genişliğindeki ikinci bölüm.

Kanunun geçici maddesine göre, kısmen veya tamamen yapılaşmamış alanlarla ilgili imar plânı revizyonları bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten (11.7.1992 tarihinden) itibaren 1 yıl içinde (11.7.1993 tarihine kadar) tamamlanacaktır.(4)

6) 3830 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği, 13.10.1992 tarih, 21374

sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, ancak oluşan tutarsızlıkların, özellikle de kısmi yapılaşma ile ilgili hükümlerin yarattığı boşlukların giderilmesi için bu yönetmelikte, 30.3.1994 tarih 21890 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan değişiklikler yapılmıştır.

• "...621 Sayılı Kıyı Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan "Sahil Şeridi" tanımı, 11.7.1992 tarihli ve 21281 Sayılı Resmi Gazete'de de yayımlanan ve yayım tarihinde yürürlüğe giren 3830 Sayılı Kanunla "Kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde yatay olarak en az 100 metre genişliğindeki alan" ifade eder biçimde değiştirilmiş, kıyı alanlarındaki imar planlarının bu değişikliğe uyumlu hale getirilmesi için kanunun geçici maddesinde de kısmen veya tamamen yapılaşmamış alanlarla ilgili imar planı revizyonlarının kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl içinde tamamlanacağı belirtilmiş ve buna ilişkin olarak Kıyı Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te yapılan değişiklikte 13.10.1992 tarihli ve 21374 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu yönetmelikte, kısmi yapılaşma, "11.7.1992 tarihinden önce onaylanmış uygulama imar planlarındaki imar adalarında yer alan parsellerde, yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan plan ve mevzuata uygun olarak tamamlanmış veya ruhsat alınarak en az subasman seviyesinde inşaatı tamamlanmış yapıların sayı ve/ veya taban alan itibarıyla yüzde elliden fazla olması durumudur" biçiminde tanımlanmıştır. İstem yazısında da değinildiği üzere, gerek 3830 sayılı kanun gerek yönetmelikte, hiçbir ayırım olmaksızın hem kent, hem kırsal alanlarda üstünde kısmi yapılaşma olmayan imar adalarında, sahil şeridinin 100 metre olarak belirlenmesinin, özellikle yoğun yapılaşmış kent

merkezlerinde kısmi yapılaşmanın ada bazında tanımlanmasının kıyı ve sahil şeritlerinin toplum yararına kullanımı genel ilkelerine bir katkısı bulunmayan bazı boşluklar meydana gelmesine, plan bütünlüğünün ve cephe hattının bozulmasına yol açtığı gözlenmiş ve uygulamada ortaya çıkan bu sorunların giderilmesi amacıyla yönetmeliklerde yer alan ve yukarıda belirtilen " Kısmi Yapılaşma" tanımı plan türlerine göre yeniden belirlenmiş ve buna ilişkin yönetmelikte 30.3.1994 tarihli ve 21890 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelikte ise, kentsel ve kırsal yerleşmelerde, meskun ve gelişme alanlarını kapsamak, yerleşmenin mevcut ve projeksiyon nüfusuna dayalı gerekli tüm kullanım ve fonksiyonların içermek üzere hazırlanmış ve 11.7.1992 tarihinden önce onaylanmış uygulama imar planlarına konu alanlarda, kısmi yapılaşmanın, bu planların kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde 100 metrelik bandı içerisinde kalan kesimindeki imar adalarının bütününde hesaplanması öngörüldüğünden, bu durumda bir kentin meskun kıyısız alanında yapılaşma çoğunlukla tamamlandığı için önceki yönetmelik uyarınca kısmen veya tamamen yapılaşmamış olması nedeniyle arada boş kalan adalarda da 100 metre çekme zorunluluğu kalkmakta, böylece plandaki kıydan çıkma mesafelerine ve cephe hattına uyulması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, 13.10.1992 tarihli yönetmeliğe göre uygulama imar planlarının kıyı kesimindeki imar adalarının tümü teker teker değerlendirilip kısmen veya tamamen yapılaşmamış adalarla ilgili revizyon planları yapılması gerektiği halde, 30.3.1994 tarihli Yönetmelik, imar planlarının kıyı kesimindeki tüm adaların birlikte değerlendirilerek revizyon planları yapılmasını öngörmekte ve önceki yönetmelik gereğince revizyon

planlarını yapan yerel yönetimlerin bu yönetmelikten yararlanamayacaklarına ilişkin bir hüküm taşımamaktadır. Düzenleyici işlemlerin, düzenledikleri alanlarda aksine bir hüküm içermedikleri sürece, uygulanmaları zorunlu bulunduğundan, 13.10.1992 tarihli yönetmeliğe göre, revizyon planı yapan yerel yönetimlerin de 30.3.1994 tarihli yönetmeliğin öngördüğü niteleme ve koşullara uygun olarak revizyon planlarında gerekli değişiklikleri yapmalarında, imar mevzuatına ve idare hukukunun genel ilkelerine aykırılıktan söz edilemez..."(5)

En son 30.3.1994 tarihli Yönetmelik hükümlerine göre;

- Kıyı çizgisi, kıyı, kıyı kenar çizgisi ve sahil şeridine ilişkin çeşitli tanımlamalar yapılmıştır,

- Sahil şeridinin ilk 50 metrelik kısmında kıyıda yapılabilecek yapılarla birlikte yaya yolları, gezinti ve dinlenme alanları, seyir teras alanları ve rekreatif alanların yer alabileceği belirtilmiştir,

- Sahil şeridinin ikinci 50 metrelik bölümünde; kıyıyı doldurma ve kurutma yolu ile kazanılan arazilerde yapılacak yapılarla birlikte toplumun yararlanmasına açık olma şartı ile kamping ve konaklama ünitelerini içermeye yarı duş, gölgelik, soyunma kabini, wc, kafe-bar, pastane, lokanta, çay bahçesi, açık spor alanları, spor tesisleri, açık gösteri ve eğlence alanları, lunapark, fuar alanı, el sanatları ürünlerinin satılabildiği alanı 20 metrekareyi geçmeyen sergi ve satış ünitelerinin bulunduğu güneybatı turizm tesisleri ve kıyı ve deniz güvenliğini sağlamak amacıyla lojman, konaklama vb. tesisler içermemek üzere inşa edilebilecek karakol ve bu gibi güvenlik yapılarının yer alabileceği belirtilmiştir.

Yukarıdaki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, yapılaşmamış alanlarda, hiçbir zaman için kıyı kenar çizgisine yaklaşma mesafesinin 10 metrenin altına düşmediği görülmektedir.

2) Tamamen veya kısmen yapılaşma şartı

Uygulama imar planına göre tamamen yapılaşmış yerlerdeki planların geçerli olduğunun kabul edilmesi suretiyle buradaki yapı sahiplerinin kazanılmış hakları korunmuş olmaktadır. Ancak genelde 17.4.1990 tarihinden önce geçici madde kapsamındaki alanlarda tamamen yapılaşma söz konusu değildir.

Kısmi yapılaşma koşulları Kıyı Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (RG: 3.8.1990-20594) madde 4/a-b-c-d-bentlerinde belirtilmiştir. Bir bölgenin meskûn kıyasal alanında yapılaşmanın çoğunlukla tamamlanması halinde, arada kalan boş adalarda da kısmi yapılaşma dolayısıyla 100 metre çekme mecburiyeti ortadan kalkmakta, plandaki, kıydan çekme mesafelerine ve cephe hattına uyulması sağlanmaktadır.

Buna göre;

a) Belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında; 11 Temmuz 1992 tarihinden önce belirli bir kullanım amacına dayalı olarak onaylanmış 1/1000 ölçekli mevzi imar planlarının kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde 100 metrelik kesim içerisindeki imar adalarında;

a1) Üzerinde yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan plan ve mevzuata uygun olarak tamamlanmış yapılar ile ruhsat alınarak en az su basman seviyesinde

inşaatı tamamlanmış yapıların bulunduğu parsellerin sayısının, imar adasındaki toplam parsel sayısının veya

a2) Kullanılan toplam taban alanının, toplam alanın yüzde ellisinden fazla olması durumunda kısmi yapılaşma söz konusudur.

Üzerinde birden fazla yapı yapılması mümkün olan parseller, en az su basman seviyesinde inşaatı tamamlanmış olmak kaydı ile taban alanı veya yapı sayısı itibarıyla bu kapsamda değerlendirilir. Bir başka anlatımla, üzerinde birden fazla yapı yapılan parsellerde, en az subasman seviyesinde olan yapılar, sayı ve taban alanları bakımından dikkate alınacaktır. Örneğin mevzi imar planına konu bir adada 3 parsel var ve ruhsatlara göre 1 ve 2 parselde birer adet, 3 no'lu parselde de 2 adet yapı yapılacak ve bunlardan 1 ve 2 no'lu parsellerde hiç inşaat yok, 3 no'luda ise 2 adet su basman seviyesinde inşaat varsa, bu su basman seviyesindeki inşaatların toplam alanı, adada (1-2-3 parsellerde) kullanılacak toplam inşaat alanının %50'sinden fazla ise, kısmi yapılaşmanın varlığı kabul edilecektir.

Yukarıdaki açıklamalara göre mevzi imar planı kapsamındaki yerlerde;

aa) Öncelikle kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde 100 metrelik kesim içerisindeki imar adalarının sayısı tespit edilecektir. Tamamı 100 metrelik kesim içinde kalmayan veya başka bir anlatımla, sadece bir kısmı 100 metrelik kesim içinde kalan imar adaları bakımından nasıl bir değerlendirme yapılacağı belirtilmemiştir. Kanımca imar adasının bir kısmı bile 100 metrelik kesim içinde kalırsa tümü dikkate alınarak sonuca varılmalıdır.(6)

ab) Söz konusu adalardaki toplam parsel sayısı tespit edilecek.

ac) Tamamlanmış yapılar ile ruhsat alınarak en az su basman seviyesinde inşaatı tamamlanmış yapıların bulunduğu parsellerin sayısı tespit edilecektir. Bu sayı toplam parsel sayısının yarısından fazla ise kısmi yapılaşma mevcuttur. Aksi halde aşağıdaki değerlendirme yapılacaktır.

ad) Söz konusu adalardaki en az subasman seviyesindeki inşaatların toplam taban alanı bulunacak.

ae) Adalardaki toplam alan bulunacaktır. En az subasman seviyesindeki inşaatların taban alanları toplamı, adalardaki toplam alanın yarısından fazla ise kısmi yapılaşma vardır. Aksi halde yoktur.

b) Kentsel ve kırsal yerleşmelerde; meskun ve gelişme alanlarını kapsamak yerleşmenin mevcut ve projeksiyon nüfusuna dayalı gerekli tüm kullanım ve fonksiyonları içermek üzere hazırlanmış ve 11 Temmuz 1992 tarihinden önce onaylanmış uygulama imar planlarının kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde 100 metrelik bandı içerisinde kalan kesiminde yer alan imar adalarının sayısının yüzde ellisinden fazlasında; (a) bendindeki tanıma uygun yapılaşma olması durumudur. Aksi halde (a) bendi hükümleri geçerlidir.

Yukarıdaki açıklamalara göre uygulama imar planı bulunan yerleşmelerde;

ba) Öncelikle kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde 100 metrelik kesim içerisindeki imar adalarının sayısı tespit edilecektir. Burada da imar adasının bir kısmı bile 100 metrelik kesim içinde kalırsa tümü dikkate

alınarak sonuca varılmalıdır.

bb) Her bir adada mevzi imar planı ile ilgili yukarıdaki açıklamalara uygun şekilde, kısmi yapılaşma olup olmadığı tespit edilecektir. Bir başka anlatımla, her imar adasında, üzerinde yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan plan ve mevzuata uygun olarak tamamlanmış yapılar ile ruhsat alınarak en az su basman seviyesinde inşaatı tamamlanmış yapıların bulunduğu parsellerin sayısının, imar adasındaki toplam parsel sayısının veya kullanılan toplam taban alanının, toplam alanın yüzde ellisinden fazla olması durumunda kısmi yapılaşma söz konusudur. Bu şekilde kısmi yapılaşmanın olduğu ada sayısı belirlenecektir.

bc) Kısmi yapılaşan ada sayısı, toplam ada sayısının yarısından fazla ise, kısmi yapılaşma vardır.

• "...İdare Mahkemesi'nce, dava konusu parselin yer aldığı imar adası bazında kısmi yapılaşma gerçekleşmediğinden müktesep hak bulunmadığı sonucuna ulaşılmış ise de; taşınmazın mevzi değil, uygulama imar planı kapsamında kalması, davalı idarece yapılan tespite göre uygulama imar planının kıyı kenar çizgisinden itibaren kara yönünde 100 metrelik bant içerisinde kalan kesiminde yer alan imar adalarının sayısının yüzde ellisinden fazlasında yapılaşmanın gerçekleşmiş olması karşısında dava konusu taşınmaz açısından Yasa ve Yönetmelikte öngörülen kısmi yapılaşmanın gerçekleştiğinin kabulü gerekir."(7)

Yukarıdaki şartların sağlanması halinde, onaylı imar planındaki sahil şeridi geçerli olacaktır (Bk. yönetmelik madde 16/b). Bu şartlar sağlanmıyorsa, mevzi imar planları ile ilgili olarak Yönetmelik

madde 4/a bendindeki hükümlere göre ada bazında değerlendirme yapılacak ve sahil şeridi de buna göre belirlenecektir. Sahil şeridinin belirlenmesi ile ilgili detayların yer aldığı Yönetmeliğin 16/c maddesinde 11 Temmuz 1992 tarihinden önce onaylanmış mevzi imar planı ve turizm merkez ve alanlarındaki turizm dışı kullanımları yönelik mevzi imar planı bulunan alanlarda; planda belirlenen sahil şeridinin başlangıcından itibaren ilk sırada yer alan imar adalarının kısmen veya tamamen yapılmış olması durumunda, gerisindeki imar adalarında kısmen veya tamamen yapılaşma olup olmadığına bakılmaksızın onaylı plandaki sahil şeridine uyulur. İlk sırada yer alan imar adalarında kısmen veya tamamen yapılaşma olmaması durumunda geriye doğru diğer imar adalarının durumu değerlendirilerek kısmen veya tamamen yapılaşma bulunanların kıyı yönündeki cephe hattı esas alınarak sahil şeridi belirlenir.

Yönetmeliğin 4. maddesinin Kısmi Yapılaşma ile ilgili bölümünün (c) ve (d) bentlerinde de turizm alan ve merkezleri bakımından, 11 Temmuz 1992 tarihinden önce onaylanmış uygulama imar planlarına göre yukarıdaki değerlendirmelerin yapılacağı belirtilmektedir.

Kısmi yapılaşma ile ilgili tespit yapılmaksızın ve plan raporlarında da bu hususta hiçbir hüküm ve açıklama getirilmeksizin hazırlanan plan hukuka aykırı olacaktır.

Burada kısmi fiili yapılaşmanın değil, imar mevzuatına uygun kısmi yapılaşmanın dikkate alınması gerektiği açıktır.(8)

Danıştay, kısmi yapılaşma tespiti

yapılmaksızın hazırlanan plana karşı açılan davadaki yargılama sırasında, idarenin kısmi yapılaşmanın varlığına dair savunmasına itibar edilmesi gerektiği görüşündedir.

• "...mahkemece, davacıların dava konusu plan değişikliği ile kıyı kenar çizgisinden itibaren tamamen yapılaşmaya kapalı olan 20 metrelik bölümün de yapılaşmaya açıldığı ve %56 oranında yapılaşma bulunduğu yolundaki davalı idare iddiasının yerinde olmadığına ilişkin iddialarının yeterince araştırılmadığı ve Kıyı Kanunu ile uygulanmasına Dair Yönetmelik hükümleri yürürlüğe girmeden önce söz konusu alanın imar planında hangi amaca ayrıldığı ve yapılaşmaya açık olup olmadığına açıklığa kavuşturulmaksızın kısmi fiili yapılaşmadan söz edilerek plan değişikliğinin uygun olduğuna karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda yukarıda sözü edilen yasa hükümleri de dikkate alınarak, yasa ve yönetmelik hükümleri yürürlüğe girmeden önce bölgede mevcut imar planına göre dava konusu alanının yapılaşmaya açılıp açılmadığı, eğer açılmışsa %50 oranında yapılaşmanın gerçekleşip gerçekleşmediği hususlarının mahkemece araştırılarak yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir."(9)

Yukarıdaki kararın kısmi yapılaşmanın varlığının araştırılması gerektiğine dair bölümüne katılmıyorum. Çünkü sahil şeridinin yapılaşmaya açılması için kısmi yapılaşmanın mevcut olması şarttır. Mevzuattaki bu şartın gerçekleştiği tespit edilemeden hazırlanan plan hukuka aykırıdır. Kısmi yapılaşmanın mevcut olup olmadığının yargılama sırasında belirlenmesi, idarenin yerine geçilerek hazırlık işleminin yargı yoluyla yapılması sonucunu doğurmaktadır. Oysa idari

yargıda, hazırlık işleminin, bir başka anlatımla, idarenin kısmi yapılaşmanın varlığına dair tespitinin hukuka ve mevzuata uygunluğunun denetlenmesi gerekir.

3) 3621 SK madde 8/2 hükümlerinin saklı olması şartı

Söz konusu maddeye göre, sahil şeritlerinde uygulama imar planı bulunan yerlerde, duvar, çit, parmaklık, tel örgü, hendek, kazık ve benzeri engeller oluşturulamaz. Moloz, toprak, cüruf, çöp gibi kirletici ve çevreyi bozucu etkisi olan atık ve artıklar dökülemez, kazi yapılamaz.

Sonuç: 3621 sayılı Kıyı Kanunu geçici maddesinde; "Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten (17.4.1990 tarihinden) önce mevzuat hükümlerine uygun olarak onanmış ve kısmen veya tamamen yapılaşmış 1/1000 ölçekli uygulama imar planlarının sahil şeritleri ile ilgili hükümleri geçerlidir. Ancak 8 inci maddenin ikinci fıkraya hükümleri saklıdır" denilmektedir. Söz konusu maddenin uygulanabilmesi için, 17.4.1990 tarihinden önce kıyı mevzuatına uygun onaylanan plandaki plan hükümleri ve şartlar dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır. Kıyı mevzuatına aykırı bir şekilde onaylanan plana istinaden değerlendirme yapılması mümkün değildir.

Kıyı mevzuatı incelendiğinde yapılaşmamış alanlarda, hiçbir zaman için kıyı kenar çizgisine yaklaşma mesafesinin 10 metrenin altına düşmediği görülmektedir. Kısmi yapılaşma ile ilgili tespit nasıl yapılacağı Yönetmelikle düzenlenmiş olup, bu tespit yapılmaksızın ve plan raporlarında da bu hususta hiçbir hüküm ve açıklama getirilmeksizin hazırlanan plan hukuka aykırı olacaktır.

Sonnot

(1) Bursa Barosu Avukatı

(2) Dan. 6. D. 30.9.1998, 1997/4422, 4215.

(3) Detaylı açıklamalar için bkz. Türkiye'de Kıyı Alanları Konusunda Geçmişten Günümüze Ulusal Mevzuat, SESLİ Faik Ahmet / AKYOL Nihat, http://www.hkmo.org.tr/resimler/ekler/57D8_3c04118df112c13_ek.pdf.

(4) 1 yıllık sürenin bir ivedilik sağlamak üzere mi konduğu, yoksa 1 yıldan sonra revizyon yapılamayacağına mı ifade edildiği konusundaki tereddütün giderilmesine yönelik Bakanlık talebi sonucu; Bu hükmün, sahil şeritlerindeki imar planlarının kanuna uyumunu sağlamak için plan revizyonlarının biran önce tamamlanması amacıyla yönelik olması nedeniyle sınırlayıcı bir nitelik taşımadığına, dolayısıyla kanunda belirli 1 yıllık süreden sonra yapılan revizyon planlarında geçerli bulunduğu, kaldı ki Bakanlığın da 30.3.1994 tarihli Yönetmeliği yürürlüğe koymak suretiyle bu süreden sonra revizyon planları yapılmasına olanak tanıdığına karar verilmiştir, Dan 1. D. 29.2.1996, 16/47.

(5) Dan. 1. D. 29.2.1996, 16/47.

(6) Nitekim sonradan ulaşılan Bayındırlık Ve İskan Bakanlığı Teknik Araştırma ve Uygulama Genel Müdürlüğü 28.11.1994 tarih ve B.09.0.T AU.0.15.00.00-000096062/19946 sayılı yazısında da aynı görüş benimsenmiştir.

(7) Dan. 6. D. 23.2.2005, 2004/7361, 1115.

(8) Dan. 6. D. 30.9.1998, 1997/4422, 4215.

(9) Dan. 6. D. 30.9.1998, 1997/4422, 4215.



Tespit ve tescil kararından sonra kamulaştırmanın iptalinin hukuki sonuçları

Av. Nezh Sütçü

Uygulamada Asliye Hukuk

Mahkemesi'nin, taşınmazın idare adına tespit ve tescile karar verilmesinden sonra, idari yargıda kamulaştırma işleminin iptaline karar verilmesine sıklıkla tanık olmaktadır. Böyle bir sonucun doğmasının nedenleri şunlardır:

1) Danıştay, kamu yararına veya kamulaştırmaya ilişkin karara karşı, bu kararlar uygulanmadan önce dava açılmayacağı görüşündedir. Yüksek Mahkeme, kamulaştırma işlemi başlangıcında alınan "kamu yararı kararlarının" veya "kamulaştırmaya ilişkin kararların" tek başına idari yargıda iptal davasına konu olamayacağı görüşündedir.(1) Bu görüş, kamulaştırmanın iptalini sağlamak bakımından zaman kaybına neden olmaktadır.

"Kamulaştırma işleminin nasıl tamamlanacağı sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Bu işlemin tekemmül edebilmesi için yasada öngörülen prosedürün tamamlanması gerekir, bu prosedür de dava açılması halinde Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülecek bedel tespiti ve idare adına tesciline ilişkin dava dilekçesi ve eklerinin kamulaştırmaya konu taşınmazın malikine tebliğ edilmesiyle tamamlanır. Başka bir anlatımla

kamulaştırma işleminin yukarıda anılan kanun hükümlerinde öngörülen bütün unsurları ile birlikte ilgisine tebliğ edildikten sonra dava açılabilirliği ve kamulaştırma işlemi oluşturan unsurlardan sadece biri veya birkaçının idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemler niteliğinde olmadığı gibi, öngörülen yasal prosedür tamamlanmadan açılacak iptal davasının da vaktinden önce açılmış dava niteliğinde olacağı sonucuna varılmaktadır.(2)"

Danıştay görüşüne göre kamulaştırma işlemine karşı, Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan tespit ve tescil davasına ait dava dilekçesinin malike tebliğinden önce dava açılması mümkün değildir.(3)

İdari işlemin "kesin"liği işlemin uygulanmaya hazır hale geldiğini, yani işlemin bütün unsurları ile tamamlanmış olduğunu gösterir. İdari işlemin yürütülmesi gerekliliği (icrailliği) ise yeni bir hukuksal durum yaratma güç ve yeterliliğini gösterir. Buna göre, kamu yararı veya kamulaştırma kararı ile hukuki durumlar ve hukuki sonuçlar yaratılmaktadır. Kamu yararı veya kamulaştırma kararı verildikten sonra, karar kapsamındaki taşınmazlar "kamulaştırma işlemine konu olabilecek niteliğe" dönüştürülmektedir. Bu kararlardan sonra kamulaştırmaya konu

olacak taşınmazlar üzerinde malik veya ilgililerin tasarruf yetkisi kısıtlanmış olmaktadır. Örneğin; kamu yararı veya kamulaştırma kapsamındaki taşınmaz üzerine daha evvel inşaat yapmak mümkün iken, taşınmazın kamu hizmeti alanında kalması nedeniyle ruhsat ve inşaat izni verilmeyecektir. Ayrıca, kamulaştırma işlemine başlanmış olan taşınmazı satın almak isteyen kişinin, idareden yapacağı araştırmada, kamulaştırma riski bulunduğunu öğrenmesi ile satımdan vazgeçmesi söz konusudur. Bundan başka, kamulaştırılma riski bulunan taşınmazın piyasa değerinde de bir düşüş olacaktır. Taşınmaz hakkında kamu yararı veya kamulaştırma kararı alınan malik, taşınmazda yapacağı iyileştirme ve tadilatlardan da vazgeçecektir. Sonuçta taşınmazın piyasadaki değeri ve sürümünde bir azalma olması kaçınılmazdır. O nedenle ilgililerin menfaatlerinin etkilendiği ve kesin yürütülebilir bir kararın bulunduğu tartışmasızdır.(4)

Fakat Yüksek Mahkeme'nin istikrarlı görüşü dikkate alındığında "kamu yararı veya kamulaştırma kararı" yerine bunların dayanağı imar planlarının iptali için "imar durumu" temin edilerek dava açılması, süre kaybını önleyecektir. Çünkü KMK madde 6/ son gereğince, onaylı imar planına veya ilgili bakanlıklarca onaylı özel plan ve projesine göre yapılacak hizmetler için ayrıca kamu yararı kararı alınmasına ve onaylanmasına gerek yoktur. Bu durumlarda yetkili icra organınca kamulaştırma işlemine başlanıldığını gösteren bir karar alınır. Kamulaştırma işleminin esas yönünden hukuka uygunluğu ise kamu yararı kararı yerine geçen imar planının veya onaylı özel plan ve projenin(5) hukuka uygunluğunun tartışılması ile mümkündür.

Danıştay daha da ileri giderek, uygulama işlemi niteliğindeki kamulaştırma işleminin kaldırılması, geri alınması veya davanın bir kısmından feragat edilmesi durumunda, düzenleyici işleme (imar planına) karşı açılan davanın reddedilmesi gerektiği görüşündedir.(6)

Davacılar tarafından, kamulaştırma işlemi ile bunun dayanağı olan 1/1000 ölçekli imar planının iptali istemi ile dava açılmış ise de genel, düzenleyici nitelikte olan ve kamulaştırma işleminin dayanağını oluşturan imar planına karşı, uygulama işlemi olan kamulaştırma işlemi nedeniyle uyuşmazlık yaratılan bu davada, davalı idare tarafından, kamulaştırma işleminden vazgeçildiği bildirildiğinden; Danıştay Altıncı Dairesinin 19.9.1995 günlü, E: 1995/316, K: 1995/3158 sayılı bozma kararında belirtildiği üzere, imar planının iptaline ilişkin istemin, bu aşamada incelenme olanağı bulunmamaktadır.(7)"

Kanımca, uygulama işleminin sonradan hukuki alemden kalkması, dayanağı düzenleyici işlemin incelenmesine engel olmamalıdır.(8) Hatta, uygulama işleminin hukuka uygun olması dahi, düzenleyicisi olan işleme dava açılmasına engel olmamalıdır.(9) Çünkü burada düzenleyici işleme karşı dava açılmasının şartı bir uygulama işleminin bulunmasıdır. Bu uygulama işleminin varlığını devam ettirme veya hukuka aykırı olması şartı yoktur. Kaldı ki İYUK madde 7/4 uyarınca, uygulama işlemine karşı dava açma zorunluluğu bulunmamaktadır. Uygulama işlemi üzerine sadece düzenleyici işleme dava açılabilir. Ancak Yüksek Mahkeme'nin sadece düzenleyici işlemin dava konusu yapılmasına sıcak bakmadığı ifade edilmektedir.(10)

Uygulama işlemine karşı dava açma süresi geçmiş ise, dayanağı olan düzenleyici işlemin iptalinin istenmesi mümkün olmaz.(11)

2) Kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda açılan davadaki usul ve süreler ile adli yargıda açılan tespit - tescil davasındaki usul ve süreler arasındaki önemli farklılıklar, asliye hukuktaki davanın daha önce sonuçlanmasına neden olmaktadır.

Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılan davadan, hatta bu davanın dilekçesinin tebliğinden sonra idari yargıda dava açılabilmesi idari yargıdaki davanın geç sonuçlanmasına neden olmaktadır. Bunun yanında, bedel tespiti ve tescile yönelik adli yargıda görülen davada, basit yargılama usulü (HMK madde 316-322) uygulanmaktadır (KMK madde 37). Basit usulde, taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremezler (HMK mad. 317/3). Mahkeme; tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılmasını, ön inceleme duruşması hariç, iki duruşmada tamamlar. Duruşmalar arasındaki süre bir aydan daha uzun olamaz (HMK madde 320/3).

Oysa idari yargıda, yazılı yargılama usulü uygulanmaktadır (İYUK madde 1/2). Dava dilekçelerinin ve eklerinin birer örneği davalıya, davalının vereceği savunma davacıya tebliğ olunmakta ve bunlara karşı 30 günlük cevap süreleri öngörülmektedir (İYUK madde 16). Heyetle yapılan yargılama da (İYUK madde 23) uzamaya neden olmaktadır.

Tüm bunlar yanında, Kamulaştırma Kanunu'ndaki özel düzenlemeler nedeniyle de yargılama süresi kısalmaktadır. Şöyle ki; Asliye Hukuk Mahkemesi, idarenin başvuru tarihinden

itibaren en geç otuz gün sonrası için duruşma günü belirlemekte; mahkemece yapılan duruşmada tarafların bedelde anlaşamamaları halinde hakim, en geç on gün içinde keşif ve otuz gün sonrası için de duruşma günü tayin ederek taşınmaz malın değerini tespit için mahallinde keşif yapmakta ve davayı kısa bir süre içinde souçlandırmaktadır (KMK madde 10).

3) Kamulaştırmanın iptali davasında yürütmenin durdurulması kararı alınmadıkça, tespit tescil davasına devam edilmesi nedeniyle adli yargıdaki dava daha önce sonuçlandırılmaktadır.

KMK madde 10/d gereğince, tespit - tescil davasına ilişkin dava dilekçesinin tebliğinden 30 günlük süre içerisinde (KMK madde 14), kamulaştırma işlemine idari yargıda iptal davası açılması gerekmektedir. İdari yargı mahkemelerince de yürütmenin durdurulması kararı verilmesi halinde mahkemece, idari yargıda açılan dava bekletici mesele kabul edilerek bunun sonucuna göre işlem yapılır (KMK madde 14).

Danıştay'da veya idarî mahkemelerde dava açılması dava edilen idarî işlemin yürütülmesini durdurmamaktadır (İYUK madde 27/1).

Yukarıdaki hükümleri birlikte değerlendirdiğimizde, idari yargıda kamulaştırma işlemine karşı yürütmeyi durdurma kararı alınmadıkça, asliye hukuk mahkemesindeki tespit ve tescil davasına devam edilecektir. Tescil hükmü kesin olup, tarafların bedele ilişkin temyiz hakları vardır (KMK madde 10). Daha açık bir ifadeyle idare mahkemelerinde görülen kamulaştırmanın iptali davalarında,

Asliye Hukuk Mahkemeleri'nde verilen tescil kararından sonra, kamulaştırma işleminin iptali kararı verilse bile, kamulaştırmayı yapan idare tahliye ve yıkıma gidebilir. Tescil kararının verildiği tarihte mülkiyet idareye geçmiştir. Mülk sahibi ancak Yargıtay'a bedele ilişkin temyiz başvurusunda bulunabilir. Yargıtay'ın yıkım veya tahliyeyi durdurma hak ve yetkisi yoktur, sadece bedelin tespiti yönünden hukuka uygunluk denetimini yapar. Kamulaştırma Kanunu'nun 20. maddesinde tahliyenin durdurulması konusunda mahkemelerin ihtiyati tedbir dahi veremeyecekleri belirtilmektedir.

İdari yargıda açılacak davanın öncelikle görülmesi gerekirse de (KMK madde 14/2), idari yargılamadaki yazılı usul ve kamulaştırmanın dayanağı imar planlarının yargısal denetiminde bilirkişiye başvurunun zorunlu olması nedeniyle, aradan uzun bir zaman geçmektedir.

O nedenle, idari yargıda yürütmenin durdurulması ile ilgili talebe ilişkin kararın kesinleşmesine kadar, adli yargıdaki davanın beklemesi gerektiği yönünde Kamulaştırma Kanununda düzenleme yapılması uygun olacaktır. Eğer idarenin hizmetinin aksamaması için bir an önce kamulaştırma yapması gerekiyorsa acele kamulaştırma (KMK madde 27) yoluna başvurması mümkündür. Keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak esas hakkında karar verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, yürütmenin durdurulması talebinin bu inceleme sonucuna göre karara bağlanması zorunluluğu getirilmelidir. Uygulamada, keşif ve bilirkişi incelemesinden hafta bilirkişi raporuna karşı tarafların beyanlarının alınmasından ya da beyanda bulunma süresinin geçmesinden sonra yürütmeyi durdurma ile ilgili talep

değerlendirilmektedir. Yürütmenin durdurulması ile ilgili karara, taraflarca bölge idare mahkemesince inceleme yapılmak üzere itiraz edilebilmektedir. Böylece, keşif ve bilirkişi incelemesinden sonra verilen ve iki mahkemenin incelemesinden geçen yürütmenin durdurulması ile ilgili karar doğrultusunda kurulan hükmün kesinleşmesi ihtimali güçlenmektedir.

İptal kararının sonuçları:

Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülen tespit ve tescil davası karara bağlanmadan önce idari yargıdaki kamulaştırmanın iptali davasında yürütmenin durdurulması veya kamulaştırmanın iptaline karar verilmesi halinde, bir sorun yaşanmayacaktır. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde tespit ve tescile yönelik olarak açılan dava bekleyecek ve malik taşınmazını kullanmaya devam edecek, iptal kararının kesinleşmesi ile de kamulaştırma tehdidinden kurtulacaktır. Asliye Hukuk Mahkemesi de davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verecektir.

Aynı şekilde, idari yargıdaki iptal davasının reddedilerek, kesinleşmesi halinde de tespit ve tescil davasındaki hükümlerle ilgili sorun yaşanmayacak, taşınmazın idare adına tescilli geçerliliğini koruyacaktır.

Ancak, tespit tescil davasında tescile yönelik karar verilmesinden sonra, kamulaştırma kararı hakkında yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verilmesi halinde ne olacaktır?

Kanımcı bu durumda, asliye hukuk mahkemesindeki tescil hukuki sebepten yoksun hale gelecek ve TMK madde 1025 uyarınca yolsuz tescil nedeniyle tapu sicilinin düzeltilmesine yönelik tapu

iptal ve tescil davası açılacaktır. Burada tescile yönelik mahkeme kararının kesin olduğu, dolayısıyla kesin hüküm nedeniyle dava reddedilemez. (12)

Kamulaştırılan taşınmaza ihtiyacın olmadığına anlaşılması ve bu hususta mal sahibine yapılacak bildirim üzerine, kamulaştırma bedelinin alındığı günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde ödenerek taşınmaz malın geri alınabileceğine ilişkin KMK madde 22 hükmü ile kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde kamulaştırma amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaması veya taşınmazın kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz malın olduğu gibi bırakılması halinde mal sahibinin kamulaştırma bedelini aldığı günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabileceğine dair KMK madde 23 hükümleri(13) birlikte değerlendirildiğinde, kamulaştırmanın iptali nedeniyle yolsuz tescile dayalı açılacak tapu iptal ve tescil davasında, alınan bedelin ve tahsil tarihinden itibaren işlemiş faizinin mahkeme vizesine depo edilmesinden sonra tescile hükmedilecektir.(14)

Ancak bu arada kamulaştırılan taşınmaz üzerindeki malike ait binanın yıkılması ve hatta idare tarafından bir takım tesislerin yapılması halinde ne olacaktır?

Kanımca, bu durumda malik;

- 1) İdarenin yaptığı tesislerin yıkım ve ortadan kaldırılması için yapacağı masrafları,
- 2) Yıkılan binasını yeniden yapmak için yapılacak masrafları(15),
- 3) Yukarıdaki işlemlerin gerçekleşeceği

makul süre ile sınırlı olarak, kamulaştırmadan önceki binasının kira getirisini,

davalı idareye iade edeceği kamulaştırma bedeli ve faizi toplamından mahsup edebilmelidir. Örneğin, eczane olarak kullanılan bir taşınmaz, park yapılacağı gerekçesiyle kamulaştırılmış ve parka ilişkin refüj, havuz, çimlendirme vs. yapılmışsa, bu tesislerin ortadan kaldırılmasına ilişkin masrafların; yıkılan binanın yeniden inşası için imar planı tadilatı yapılması, proje hazırlanması, inşaat ve yapı kullanma izni alınması masraflarının ve yıkım + yeniden yapım sürecine ilişkin eczanenin kira kaybının toplamından oluşan bedelin, idareye iade edilecek bedelden mahsubu gerekmektedir.

Ancak olayın özelliğinden kaynaklanan nedenlerle, bu sürecin her durumda yukarıda anlatıldığı şekilde gerçekleşmesi kolay değildir.

Eğer idare tarafından taşınmaz üzerine çok yüksek maliyetli ve kamunun kullandığı bir tesis (örneğin köprülÜ kavşak, liman vs.) yapılmışsa, bu tesisin ortadan kaldırılmasının doğuracağı masraf, dolayısıyla fiili imkânsızlık dikkate alındığında, yıkım ve yeniden yapım söz konusu olamayacaktır. Bu durumda, taşınmaz maliki, kamulaştırmanın iptali ile ilgili yargı kararının geç verilmesi ve etkisiz kalması nedeniyle hizmet kusuruna dayanarak, Adalet Bakanlığı aleyhine manevisi tazminat davası açabilmelidir.

Yıkılan binanın ruhsatlı olup olmamasının da sürece etkisi olacaktır. Bina ruhsatsız veya ruhsatına aykırı olsa bile tespit - tescil davalarında bina bedelinin tamamı ödenmektedir. Ancak kaçak binanın yasallaştırılması niteliğinde idarenin hareket etmesi

beklenemeyecektir. O nedenle, imar mevzuatına aykırı yapılar bakımından yeniden yapım masraflarının talep edilmesi mümkün görülmemektedir.

Kamulaştırmadan önceki imar planına uygun olan ancak yıkılan binasını yeniden yapmak isteyen malikin idareden ruhsat alması zorunludur. Ancak imar planında kamu alanında (örneğin park, karakol vs.) gözüken yer için ruhsat verilmesi güçtür. O nedenle idarenin, taşınmazı eski hale getirmeye yönelik yeniden imar planı değişikliği yaparak ruhsat vermesi de gerekir. Ruhsat için yapılacak masraflar da idareden istenecektir. Fakat idarenin plan değişikliğine yanaşmaması, yeniden ve değişik gerekçelerle taşınmazın kamulaştırılmasına karar vermesi ihtimali yüksektir. Bu durumda, idari yargıda verilen kamulaştırmanın iptali kararının etkisizleştirilmesi söz konusudur.

İdarenin yaptığı tesis, yıkılan tesise göre daha kullanışlı ve büyük ise malik bu tesisin kendisine bırakılmasını da isteyebilmelidir. Bu durumda mevcut tesis ve eskisi arasındaki değer farkına göre denkleştirme yapılacaktır.

Burada başka bir sorun da, yolsuz tescile dayalı dava açmak için, kamulaştırmanın iptaline ilişkin kararın kesinleşmesinin beklenip beklenmeyeceğidir. Doktrinde hem malikin taşınmazından vakit kaybetmeksizin yararlanması hem de idarenin kamu hizmetlerini kesintisiz bir biçimde kurup işletmesi ve idari istikrarın sağlanması bakımından, iptal kararından itibaren iki yıl gibi makul sayılabilecek bir sürenin dava zamanaşımı olarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.(16) Kanımca, yolsuz tescile dayalı tapu iptal ve tescil davası, her durumda, kamulaştırmanın

iptaline yönelik davanın kesinleşmesini bekleyeceğinden, iptale ilişkin kararın verildiği tarih yerine, kesinleşme tarihinden itibaren sınırlayıcı bir süre belirlenmesi uygun olur.

Yukarıdaki tahmini sorunların her olayın özelliğine göre daha değişik ve karmaşık boyutta olması ihtimali yüksektir.

Sonuç: Görüldüğü gibi idari yargıda görülmekte olan kamulaştırmanın iptaline yönelik davadaki iptal kararı öncesinde, asliye hukuk mahkemesinde idare adına tescile karar verilmesi büyük sıkıntılara yol açmaktadır Bu sıkıntıları en aza indirmek üzere;

1) Kamulaştırma işlemi başlangıcında alınan "kamu yararı kararlarının" veya "kamulaştırmaya ilişkin kararların" tek başına idari yargıda iptal davasına konu olabileceğine dair içtihat değişikliğine gidilmelidir.

2) İdarenin hizmetinin aksamaması için bir an önce kamulaştırma yapması gerekiyorsa, acele kamulaştırma (KamK mad. 27) yoluna başvurabileceği dikkate alınarak, idari yargıda yürütmenin durdurulması ile ilgili talebe ilişkin kararın kesinleşmesine kadar, adli yargıdaki davanın beklemesi gerektiği yönünde Kamulaştırma Kanununda düzenleme yapılmalı, bilirkişi incelenmesi sonucunda verilecek esasa ilişkin kararlar için, yürütmenin durdurulması talebinin bilirkişi raporundan sonra karara bağlanması zorunlu tutulmalıdır.

3) Kamulaştırmanın iptali davalarında da ivedi yargılama usulü (İYUK madde 20/A) uygulanmalıdır.

Sonnot:

1) Kamulaştırma tebligatı yapılmaksızın özel mülkiyete konu taşınmazların anlaşma yoluyla satın alınamayanlarının kamulaştırılması yolundaki Başbakanlık oluru kesin ve yürütülmesi gerekli işlem niteliğinde olmadığından davanın bu kısmının reddi gerekmektedir”, Danıştay 6. Daire 18.6.2008 2038/4161- Özel Arşiv; Aynı doğrultuda "... tarih ve sayısı belirtilerek kamulaştırma işleminin bir safhası olan "kamu yararı kararı" alınmasına ilişkin işlemin iptali istendiğinden davanın yukarıda anılan 2577 sayılı yasanın 14.maddesinin 3/d bendi hükmüne göre idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem bulunmadığı gerekçesiyle reddi gerekirken, dava konusu işlemin iptali yolundaki mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir", Danıştay 6. Daire 18.9.2001, 2000/2996, 3909; Aynı doğrultuda Danıştay 6. D. 30.1.2007, 2004/718, 454, Özel Arşiv.

2) D. 6. D. 30.1.2007, 2004/718, 454, Özel Arşiv.

3) ÇOBAN ATİK, Ayşegül, Kamulaştırmada Yargısal Denetim, Ankara, 2014, s. 285, dipnot 664 vd., 293.

4) Bk. SÜTÇÜ, Nezh, Kamulaştırma İşlemi Başlangıcında Alınan Kamu Yararı Kararına Karşı İdari Yargıda Dava Açılabilir mi ?, LEGAL Hukuk Dergisi, 2009/1, s. 109 vd.

5) Bir proje veya plan uyarınca tesis edilecek kamulaştırma işlemlerinde proje veya planın dava konusu edilmemesi durumunda kamulaştırma işlemi plan veya projeye uygunluğu yönünden yargısal incelemeye konu edilerek davanın esası hakkında karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir, <http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/idari-yargi/guz/>

samsun/raporlar/d6.pdf

6) ERGEN, Cafer, İmar Planları, Ankara, 2006, s. 702.

7) DİDDK, 27.3.1998, 1996/768, 164; Aynı doğrultuda, Danıştay 6. D. 14.9.1994, 216/2883.

8) Aynı görüşte, ÇOBAN ATİK, s. 292-293.

9) KAPLAN, Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Ankara, 2007, s. 296. Örneğin, uygulama imar planında konut alanında kalan taşınmaz maliki, taşınmazın bulunduğu bölgenin üst ölçekli nazım imar planında park alanında kalması nedeniyle, uygulama imar planının kabulünden sonra, sadece nazım plana karşı dava açabilir.

10) ERGEN, s. 712.

11) Danıştay 6. D. 22.9.2006, 2004/3697, 4213.

12) Y. 18. HD. 9.6.2008, 6014/6883, ÇOBAN ATİK, s. 350 vd.

13) Geri alma hakkına ilişkin davanın Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açılması gerekir (KMK madde 24), SOLMAZ, Eren, Kamulaştırma Hukuku'nda Malikin Geri Alma Hakkı, İstanbul, 2016, s. 160 vd.

14) ÇOBAN ATİK, s. 352.

15) ÇOBAN ATİK, sadece zemine ilişkin bedel ve faizinin iadesinin gerektiğini ifade etmektedir, ÇOBAN ATİK, s. 352.

16) ÇOBAN ATİK, s. 354-355.



Sigorta şirketlerine başvuru zorunluluğu

Av. Burak Pırlı

Mevzuatta yapılan değişiklik ile karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içerisinde kalmak şartıyla, zarar görenin dava veya alternatif çözüm yollarına gitmeden evvel sigorta şirketine başvuru yapması "zorunlu" hale getirilmiştir.

1. Düzenlemenin amacı

Sigorta şirketlerince belirlenen prim miktarları, ödedikleri hasar tazminatları ile doğrudan bağlantılıdır(1).

Yargıtay'ın değişen görüşleri, sigorta şirketinin ödemekle yükümlü olduğu tazminat tutarları için kanunda yer alan hesaplama yöntemlerinin bulunmaması ve tazminat oranlarının bilirkişilerin takdirine bırakılmış olması nedeniyle prim oranlarını sağlıklı belirleme imkânı elinden alınan sigorta şirketleri geçtiğimiz yıllar içerisinde primini almadığı hasar tazminatlarını ödemek zorunda kalmıştır.

Önce sorumluluk hukuku ile bağdaşmayan sigortalı aracın sürücü ve/veya işletenin "destek olduğu yakınlarında" destek yoksun kalma tazminatına hükmedilmesi sigorta şirketlerinin mali tablolarını ciddi oranda etkilemiştir. Yargıtay'ın görüş değiştirdiği kararları ile(2), davacıların ölenin mirasçısı olarak değil(3), destekten

yoksun kalan üçüncü kişi sıfatıyla dava açtığı hususunda görüş birliğine varılmış ve ölenin kusurunun destekten yoksun kalma tazminatı alınmasına engel olmadığı karara bağlanmıştır.

Böylece sigorta şirketleri primini eksik almış olduğu poliçelerden kaynaklı destekten yoksun kalma tazminatlarını ödemek zorunda kalmıştır. Sigorta şirketlerinin poliçelerden doğan sorumluluğu değer kaybı tazminatının poliçe teminatına dâhil edilmesiyle daha da ağırlaşmıştır(4). Sigorta şirketleri primini eksik almış olduğu poliçelerden kaynaklı zararları maddi teminat limiti dâhilinde ödemek zorunda bırakılmıştır. Kamuoyunda da sıkça tartışılan karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası primlerindeki artışın başlıca sebeplerinden ikisi yukarıda yer almaktadır.

Yıllarca zarar eden sigorta şirketlerinin Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü'ne iletmekte olduğu süregelen sorunlarının çözümü için öncelikle 01.06.2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları yürürlüğe alınmış müteakiben 26.04.2016 Tarihli ve 29695 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6704 Sayılı Kanun ile 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır.

Yapılan değişikliklerden biri de sigorta şirketlerine dava açılmadan evvel başvuru yapılması zorunluluğudur.

2. Düzenlemenin kapsamı

Sigorta şirketleri tarafından; yargılama sonucu, neredeyse ödenen tazminat tutarı kadar yargılama gideri, faiz ve vekâlet ücreti ödenmektedir. Zarar gören tarafından sigorta şirketine başvuru yapılmış olsaydı sigorta şirketince ödenecek olan tazminat tutarının sırf kanun doğrudan dava hakkı tanıdığı için açılan davalarda tazminatın ferilerinden de sorumlu olması sigorta sektöründe uzun zaman tartışılan bir konu olmuştur. Kanun değişikliği ile uygulama değişmiş ve sigorta şirketine başvuru yapılmadan dava açılmasının yolu kapatılmıőtır.

Sigorta şirketlerine başvuru zorunluluğu getiren düzenleme Şu Şekildedir; 26.04.2016 Tarihli ve 29695 Sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “6704 Sayılı 65 Yaşını Doldurmuő Muhtaç, Güçsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”

“Madde 5 – 2918 sayılı kanunun 97’nci maddesi aşağıdaki Şekilde deęiőtirilmiőtir.

Madde 97- Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684

sayılı kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.”

2918 sayılı kanunun değişiklik öncesi ilgili maddesi Şu Şekilde idi; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu Doğrudan Doğruya Talep ve Dava Hakkı Madde 97 - Zarar gören, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde doğrudan doğruya sigortacıya karşı talepte bulunabileceği gibi dava da açabilir.

Üzerinde durulması gereken en önemli nokta değişiklik yapılan kanundur. Görüleceği üzere değişiklik Karayolları Trafik Kanunu’nda yapılmıştır. Bu nedenle değişiklik sadece karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortasında uygulama alanı bulacaktır.

Bir diğer nokta ise açıkça zikredildiği üzere “dava yoluna gitmeden önce başvuru yapılması” zorunluluğudur. Lafzi yorum yapıldığında, sigorta şirketine başvuru yapılmadan açılmış bir davada mahkemece sigorta şirketine başvuru yapılması hususunun bekleatici mesele yapması mümkün değildir.

Kanunun ilgili maddesini uygulamayı seçen mahkemeninartık davayı usulden reddetmesinin kanuna uygun olacağı kanaatindeyim. Bu meyanda Konya 3. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2016/648 esas sayılı kararın “Dava Şartı Yokluğu Nedeniyle Usulden Ret” kararına katılmakla birlikte gerekçede belirtilen “davacıya verilen süre içerisinde sigorta şirketine başvuru yapılmamasını” kanuna aykırı olarak değerlendirmekteyim.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta ise sigorta şirketinin başvurusu yazılı olarak cevaplamaması veya

verilen cevabın talebi karşılamamasıdır. Talebi tamamen karşılanan zarar görenin dava açma hakkı ortadan kalkmış olacaktır. Üzerinde durulması gereken son nokta ise; sigortacının evrakları merkez veya kuruluşlarından birinde tebliğ aldığı tarihten sekiz işgünü sonra temerrüde düşecek olmasıdır. Sigorta şirketi sekiz iş günü içerisinde temerrüde düşmekte ise de evrakları tebliğ aldıktan on beş gün sonra zarar gören veya hak sahipleri tarafından dava açılabilir. Temerrüde ilişkin madde ise şu şekildedir;

Tazminat ve Giderlerin Ödenmesi
Madde 99 - Sigortacılar, hak sahibinin (Değişik ibare: 6704 - 14.4.2016 / madde 6) "Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri", sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz işgünü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar.

3. Düzenlemenin geçerliliği

Yapılan değişiklik ile kişi ve kurumların hak arama hürriyetine sınırlama getirilmiş gözükmektedir. Zira Anayasanın 36. maddesi ile herkesin yargı mercileri önünde hakkını aramasını esas kabul ederken mahkemeleri de davaya bakmaktan kaçınmamaları gerektiği yönünde yönlendirmektedir.

Anayasanın ilgili maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen maddesi birlikte değerlendirildiğinde kişi veya kurumların hak arama hürriyetini yargı mercilerden özel hukuk tüzel kişileri olan sigorta şirketlerinin eline

bırakan değişiklik Anayasa'ya aykırılık teşkil edecek midir? Sorunun yanıtını değişiklik yapılan kanun maddesi metninde görmekteyiz. Şöyle ki; sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde kişi veya kurumların dava açma hakkı bulunmaktadır.

Talebi tamamen karşılanan zarar görenin dava açmasında hukuki yarar olmadığından değişikliğin hak arama hürriyetini ihlal etmeyeceği de söylenebilir. İlgili maddenin halen yürürlükte olması nedeniyle mahkemelerce dava şartı yokluğundan usulden reddedilen davalar olduğu gibi mahkemelerin bu madde üzerinden yapılan savunmalara itibar etmeyerek davayı görmeye devam ettiği dosyalar da bulunmaktadır.

4. Düzenlemenin sigorta şirketleri açısından uygulanışı

Sigorta şirketlerinin birbirlerine karşı rücu talepleri "Sigorta Şirketlerinin Birbirlerine Olan Rücu Taleplerinin Hızlandırılması Hakkında Protokol" kapsamında gerçekleştirilmektedir. Nadiren de olsa sigorta şirketleri arasında başvuru yapılmadan yargı mercileri önüne götürülen tazminat talepleri karşımıza çıkmaktadır.

Böyle durumlarda mahkemelerce protokol hükümlerine uyulmaması nedeniyle dava reddedilmemektedir. Ancak kanun değişikliği ile nadiren karşılaşılan bu davalarda da mahkemenin takdirinde olmak üzere davanın usul yönünden reddedilmesi mümkün olacaktır.

5. Sonuç

Kişi ve kurumların hak arama hürriyetini ihlal ettiği savunulan ve halen yürürlükte bulunan 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun değişiklik getirilen 97. Maddesi ile kanun koyucunun, mahkemelerin iş yükünü azaltmayı ve sigorta şirketlerinin tazminat tutarının ferilerinden kurtulmasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

Kanun koyucunun, her koşulda zarar görenin talebinin karşılanmaması veya kısmen karşılanması ile mahkemeler ve alternatif uyuşmazlık çözüm yerlerinde zarar görenin hakkını aramasını sağladığı da görülmektedir.

Mahkemeler nezdinde sonuçlanan ve sonuçlanacak olan davalarda Yargıtay'ın görüşü ilgili maddenin akıbetini belirleyecektir.

Kaynakça

ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana, Karahan Kitabevi, 2014.
KARASU, Rauf, Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2016.
KENDER, Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
www.kazanci.com

Sonnot

- (1) KENDER, Rayegan, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 223-224.
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15.06.2011 Tarih ve 2011/17-142 Esas 2011/411 Karar; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.02.2012 Tarih ve 2011/17-787 Esas 2012/92 Karar, www.kazanci.com Erişim Tarihi: 08.08.2016.
- (2) ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana, Karahan Kitabevi, 2014, s. 275.
- (3) KARASU, Rauf, Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Ankara, Yetkin Kitabevi, 2016, s. 89-90.



KTK genel şartlarında yapılan değişiklikle ilgili görüş ve öneriler

Av. Mücahit Çalışkan

02.08.2016 tarih 29789 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Genel Şartlar, Anayasa’ya, İnsan Hakları Sözleşmelerine, temel yasalara ve sorumluluk hukukunun evrensel ilkelerine aykırıdır.

I-) 4. maddeyle 14.5.2015 Tarihli 29355 sayılı Genel Şartların C.7. maddesinde yapılan değişiklik ile zarar görenin, dava yoluna gitmeden önce ilgili sigortacıya başvuruda bulunmasının zorunlu hale getirilmesi Anayasanın 36. maddesinde belirtilen “hak arama özgürlüğünün” kısıtlanmasıdır.

Anayasa’nın “hak arama hürriyeti” başlıklı 36.maddesine göre: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile ‘adil yargılanma’ hakkına sahiptir.”

BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde (BMMŞHS) ve AİHS’de de hak arama özgürlüğüyle ilgili özel düzenlemelere yer verilmiştir. BMEİB’nin “Etkili Bir Hukuk Yoluna Başvurma Hakkı” başlıklı 10. maddesinde “Herkes anayasa veya kanunların kendisine tanıdığı temel haklarını ihlal eden fiillere

karşı yetkili ulusal yargı yerleri önünde hak aramak için etkili bir hukuki yola başvurma hakkın sahiptir” denilmiştir.

AİHS’de (mad. 6) ise “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözümlenmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir” denilmektedir. Sözleşmede ayrıca (mad. 13) “Bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev ifa eden kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, durumun düzeltilmesi için ulusal bir makama başvurma hakkına sahiptir” denilmektedir.

Zarar görenin sigorta şirketine başvuru yapması ve bu başvuru sonucunda C.7’de belirtilen şartların söz konusu olması halinde dava açılabilmesine dair düzenleme, Anayasa ve uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınan zarar görenlerin “dava açma” özgürlüklerinin elinden alınması demektir.

Zarar görenin maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını

ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolunun yargı mercileri önünde dava hakkını kullanılabilmesi olduğu, kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınmasının, adil bir yargılamanın ön koşulu olduğu tartışmasızdır. Mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkânsız kılan koşullara bağlayarak sınırlanmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği açıktır. Anayasa'nın dava hakkının düzenlendiği 36. maddesinde bu hakkın sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmediği tartışmasızdır.

II-) Yapılan değişiklikle dava açılmasının Sigorta şirketlerine ön başvurudan gelecek cevaba göre ön şart olarak kabul edilmesi Anayasa'nın 10.maddesine aykırı olup, Sigorta şirketlerine Anayasaya aykırı olarak "ayrıcalık" tanınmıştır.

Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" başlıklı 10.maddesi 1.fıkrasına göre "Herkes kanun önünde eşittir" ve 4.fıkrasına göre "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." Yapılan değişiklikle zarar gören kişilerin dava açma hakları sigorta şirketinden gelecek cevaba bağlı kılınması Sigorta şirketlerine tanınan bir "ayrıcalıktır".

Uyuşmazlığın çözümlenmesi açısından yargı yoluna başvurmak Anayasa tarafından kişilere verilen bir hak olup, Anayasa ve ulusal sözleşmelerle güvence altına alınan bir hakkın genel şartlarla sigorta şirketleri lehine kısıtlanması hukuka aykırıdır.

III-) Ek:6 Tazminat Ödemelerinde

İstenecek Belgelerde, Sağlık Kurulu raporlarının talep edilmesi. Yapılan başvurularda sağlık kurulu raporlarının zorunlu olarak eklenmesi mağdurların zararlarının giderilmesinde geciktirici bir engel olmasına neden olacaktır. Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik çerçevesinde mağdurların sağlık kurulu raporu alabilmesi için kaza tarihinden itibaren en az 1 yıl geçmesi zorunludur. Kişinin sakatlık oranının belirlenmesi meydana gelen maluliyetin nevine göre 12 aydan daha fazla bir süreyi de gerektirebilmektedir.

Düzenlemenin yapılmasından önce Sigorta şirketleri tarafından maluliyet tazminata ilişkin dosyalarda Sigorta şirketi tarafından anlaşmalı oldukları medikal şirketler aracılığı ile zarar gören kişilerin tüm tedavi evraklarında inceleme yapılması sağlanarak belirlenen oran doğrultusunda uzlaşma sağlanabilmekteydi. Ancak Sağlık Kurulu raporlarının başvuruda istenilecek evraklara eklenmesi, kaza geçirerek mağdur olmuş kişilerin kaza tarihinden itibaren en az 1 yıl geçmesini beklemesini gerektirecektir.

Kaza nedeniyle zarar gören kişilerin tedavi evraklarının değerlendirilerek sonuca gidilmesi daha kısa sürede sağlanacakken, sağlık kurulu raporlarının başvuruda istenilecek belgelere eklenmesi sigorta şirketleri tarafından kötü niyetli olarak süreci uzatmalarına neden olacaktır. Dava açma hakkının genel şartlar çerçevesinde sigorta şirketine yapılan başvurudan ret veya cevabın talebi karşılamamasına bağlı kılınması nedeniyle kişilerin dava açma hakları da kısıtlanmıştır.

Bu nedenle sağlık kurulu raporlarının temin edilmesinden sonra sigorta şirketinin ödemeyi yapıp yapmayacağı kesin olmayıp, sağlık kurulunu kabul edip etmemek ve buna dayalı olarak ödeme yapmak Sigorta şirketinin keyfiyetine bırakılmış olacaktır.

Sağlık kurulu raporunun alınması için bekleyen zarar gören kişi rapor alındıktan sonra sigorta şirketi ile uzlaşma sağlayamaması durumunda ise uzun bir süre beklemiş olacaktır.

IV-) Hak sahibine ait banka hesap bilgilerinin tazminat ödemelerinde istenilecek belgelere eklenmesi.

a) Ölüm ve cismani zararlar nedeniyle zarar gören kişilere ödenecek tazminatların hesaplanması aktüer hesap uzmanları tarafından yapılması gerekmektedir. Tazminat hesap ilkeleri, sorumluluk hukukunun temel ilkeleri doğrultusunda, öğretiden görüşlerle ve Yargıtay'ın yerleşik kararlarıyla belirlenmekte olup, tazminat miktarı zarar gören kişinin maluliyet oranı, yaşı, gelir durumu ve kusur durumuna göre farklılık göstermektedir. Başvuruda uzlaşmanın sağlanması için sigorta şirketi tarafından yapılan teklifin bu konuda uzman olan kişilerce değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hesaplama yöntemi hakkında bilgi sahibi olmayan zarar gören kişilerin hesabına para gönderilmesi hak kaybına neden olacaktır. Sigorta şirketlerinin oluşan gerçek zararın tamamını ödemediği bu nedenle açılan binlerce fark davasının olduğu, bu fark davalarında alınan tazminatların çok yüksek olduğu bilinen bir gerçektir. Sigorta şirketlerinin zarar gören hak sahibine direk para ödemesi, zarar

gören kişilerin tazminatlarının eksik ödenmesine neden olacaktır.

b) Vekil aracılığıyla yapılan başvurularda vekilin hesabına para gönderilmesi, alınabilecek tazminatın gerçek zararı karşılayıp karşılamadığı konusunda bilgi sahibi olan vekilin değerlendirmeyi yaparak, zarar gören kişinin alabileceği tazminatın altında bir teklif yapılması halinde dava yoluna gitmesini sağlayacağından hak kaybının oluşmasına engel olacaktır. Ayrıca vekil aracılığıyla yapılan başvurularda vekilin avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan alacağını tahsil edilebilmesi açısından, vekilin hesap bilgilerine tazminatın ödenmesi açısından ayrıca önem arz etmektedir.

Başvuru ile ilgili tüm aşamaları takip edip, tazminatın alınmasından sonra zarar gören kişilerin hesabına para gönderilmesi halinde, vekil avukatlık sözleşmesinden kaynaklı alacağını tahsil edebilmek için zarar gören kişinin kendisine ödeme yapmasını beklemek zorunda kalacak, başvuru sonuçlanarak tazminat miktarı kesinleştiği ve tahsilat yapıldığı için zarar gören kişinin vekile ödeme yapması kötü niyetli kişiler tarafından suiistimal edilebilecektir.

Zarar gören kişinin vekilin sözleşmeden kaynaklı alacağını kendisine ödemekten imtina etmesi halinde vekil tahsilât için icra işlemlerine başlamak zorunda kalıp, alacağını tahsil etmekte zorluk yaşayacağı gibi belki de tahsil edemeyecektir.

Zorunlu sigortalar kamusal nitelikli bir yükümlülük olup, sigorta şirketlerine sigortacılık alanında faaliyet gösterme izni karşılığında ödenmesi gereken bir bedeldir, bu nedenle ticari kurumlara

zenginleşme aracı olarak kullanılması hususunda taviz verilmemelidir.

Kamu düzeni gereği yapılması zorunlu olan sigortalar karşılığında, zararın meydana gelmesi halinde, zarar gören kişilerin oluşan zararın tam ve zamanında ödenmesi Sigorta şirketi tarafından yükümlülüktür. Oluşan zararın en kısa sürede gerçek rakamlarla karşılanmasını sağlamak ve kontrol etmek bunu kolaylaştırmak devletin anayasal zorunluluğudur.

Mevcut tüm kanuni düzenlemelerin bu doğrultuda yapılarak hak ve adaletin sağlanması, mağduriyetlerin en kısa sürede giderilmesi her şeyden önce vicdani bir yükümlülük olup, kişi ve ya kurumların suiistimal etmelerine neden olacak boşlukların yaratılmasını engel olunması için yapılan düzenlemelerin evrensel hukuk ilkelerine, Anayasa'ya, uluslararası sözleşmelere aykırı olmaması sağlanmalıdır.

Birçok ülkede faaliyet gösteren sigorta şirketlerine başka hiçbir ülkede uygulanmayan imtiyazlar tanınması, benzeri olaylarda daha kısa sürede ve daha yüksek rakamlarla tazminatlar ödenirken, kendi vatandaşlarımızın bu tazminatlarını almalarında geciktirici ve kötü niyetli yaklaşımlara açık düzenlemelerin yapılması kanun önünde eşit olan tüm bireylerin "yaşama hakkının" en ağır ihlal örneklerindedir.

Umarım bu konuda baromuz ve birliğimizce de hem biz avukatların haklarını hem de hukukun üstünlüğünü korumak adına gerekli merci ve kurumlarla irtibata geçilerek gerekli adımlar atılabilir.



Muris muvazaası

(Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 01.04.1974
günlü ve ½ sayılı İnançları Birleştirme Kararı)

Av. Aykut Cura

Bir sözleşmenin yapılması sırasında normal olarak, irade ile dışa vurulan beyan arasında birbirine uygunluk mevcuttur. Ancak, istisnaen de olsa irade ile beyan arasında uygunsuzluk bulunabilir. Bu uygunsuzluk gayri kasti (hata) olabileceği gibi, kasti de olabilir. İrade ile beyan arasındaki (kasti) uygunsuzluğa iki taraf iştirak etmiş ise o takdirde muvazaa söz konusudur. Demek oluyor ki muvazaadan söz edebilmek için en aşağı iki taraflı bir hukuki muamele bulunmalıdır.(1)

1) Muvazaanın Tanımı(2):

Bir sözleşmede muvazaa, tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması hususundaki anlaşmalarıdır.(3-4)

2) Mutlak – Nisbi Muvazaa:

Muvazaa mutlak ya da nispi olmak üzere iki çeşittir.

Adi (Mutlak) Muvazaa: Tarafların aralarında hukuki bir sonuç meydana getirecek bir muamele yapma iradeleri bulunmadığı halde, 3. kişilere karşı, onları aldatmak amacıyla yapmış göründükleri bir anlaşmadır. Örneğin; bir kimsenin alacaklısının takibinden kurtulmak için mallarını bir yakınına satması veya bir kimsenin mali durumu bozulan arkadaşının itibarını yükseltmek

için bir borç senedi imzalaması gibi. Şu hale göre adi muvazaada, gizli işlem söz konusu değildir, sadece zahiri işlem ve muvazaa anlaşması vardır.(5)

3) Mevsuf (Nisbi/Nitelikli) Muvazaa:

Tarafların aralarında yaptıkları bir hukuki muameleyi, kendi gerçek iradelerine uymayan ve sırf etrafı aldatmak için yaptıkları başka bir muamele altına gizlemeleridir. Örneğin; bir bağış sözleşmesini mirasçılardan saklamak için, satış olarak gösterilmesi gibi.(6)

Nispi muvazaada, taraflar, gerçek iradelerine uyan bir akdi, kendi iç iradelerine uymayan göstermelik bir başka akitle gizlemek istemektedirler.

Mutlak muvazaada sadece bir akit o da muvazaalı görünen akit varken, nisbi muvazaada daima iki akit vardır. Bunlardan biri açığa vurulan ve muvazaalı olan akittir. Diğeri gizli tutulan (ve tarafların gerçek anlaşmalarını ifade eden) akittir. Taraflar bu akitten yalnız gizli tutulan akdin geçerli olacağını kararlaştırmışlardır, bu nedenle ortak iradelerini görünen akit değil, gizlenen akit teşkil etmektedir.(7)

Tarafların nisbi muvazaada gerçek olarak istedikleri akit, göstermelik işlem ile gizledikleri akittir. Türk – İsviçre Borçlar Kanunu'na göre de (BK mad. 18/1) tarafların ortak amaçlarını teşkil

ettiği için, gizli akit, kaideden, hem akdin tarafları, hem de üçüncü şahıslar açısından geçerlidir. Çünkü muvazaa, niteliği itibarıyla hukuka aykırı bir işlem sayılmamaktadır. Tarafların ortak ve gerçek iradelerinin ifadesini teşkil eden bir akdi, muvazaalı bir akitle gizlemiş olmaları gerçek akdin hükümsüzlüğünü gerektirmemektedir. Şu kadar ki, gizli akdin geçerliliği için de, gizlenmeyen normal akitlerde aranan sıhhat şartlarının varlığı gerekir. Bu şartlar; tarafların sağlam ve serbest bir şekilde açıklanmış iradelerinin, mümkün, haklı ve ahlak ve adaba aykırı olmayan bir konu üzerinde birleşmiş olmasıdır. Eğer esasa ilişkin bu şartlardan herhangi biri yoksa gizli akdin geçerliliği de düşünülemez.(8)

Acaba yukarıdaki şartlara ek olarak gizli akdin –varsa- kanundaki belirli şekline uygun surette yapılmış olması da aranacak mıdır? Yoksa göstermelik akdin şekli, gizli akdin şekilsizliğini gidermiş sayılarak, gizli akit için kanunda belirtilen şekline uyulmuş olması ayrıca aranmayacak mıdır?

Örnek olarak bir taşınmaz satımını ele alalım. BK mad. 213'e göre, taşınmaz satımının geçerliliği için resmi şekilde yapılmış olması şarttır. Taraflar gerçekte bir taşınmaz satımı yaptıkları halde, herhangi bir düşünce ile görünüşte onu bir satım değil, bağış gibi göstermişlerdir. Yani tapu memuru önünde bir satım akdi için değil, bir bağışlama akdi için irade açıklamasında bulunmuşlardır. Ya da gerçekte bir bağışlama akdi yaptıkları halde tapuda bir satım akdinin şekline uymuşlar, bir satım akdi için iradelerini birleştirmişlerdir. Ortaya çıkan problem şudur: Görünen akit, kanuni şekle uygun olsa bile, muvazaa sebebiyle batıldır. Fakat tarafların ortak amaç ve anlaşmalarını

taşınmasına rağmen, gizli akitte kanunun aradığı şekle uyulmamıştır. Bu sebeple gizli akit hükümsüz sayılacak mıdır, yoksa görünürdeki akdin şekli, gizli akdin şekilsizlik nedeniyle butlanını önleyebilecek midir?

İsviçre Federal Mahkemesi'nin kökleşmiş içtihadı "görünen akdin muvazaa sebebiyle, gizli akdin de şekilsizlik nedeniyle batıl sayılması" tarzında olup İMK mad. 975 (MK mad. 933) gereğince tapudaki tescilin terkinin gerektiğini ifade etmiş ve 07.10.1953 tarih ve 8/7 sayılı İBK'dan sonra, Türk Yargıtay'ı da açıkça bu çözüm yoluna katılmıştır.(9)

Paydaşların açabileceği önalım davasından kurtulmak için, tapudaki pay satış işleminin, bağış gibi gösterilmesi; muris muvazaasının yokluk ya da kesin hükümsüzlük (BK mad. 27) yaptırımından kurtulmak için bağış işleminin, satış gibi gösterilmesi, nispi (nitelikli) muvazaanın, en tipik ve en yaygın örnekleridir.

4) Muris Muvazaası:

BK mad.18 (TBK mad. 19)'da genel olarak muvazaayı düzenleyen bir hüküm bulunmakta ise de yasalarımızda ayrıca düzenlenmeyen "muris muvazaası" Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun, 01.04.1974 gün ve 1/2 sayılı kararının sonuç kısmında şu şekilde özetlenmiştir:

"Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında, tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklaması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın, miras hakkı çiğnenen tüm mirasçıların görünürdeki satış sözleşmesinin BK. m.18'e dayanarak muvazaalı olduğunu

ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan MK. m.507 ve 603.ün sağladığı haklara etkili olmayacağı..."(10)

Bu İBK'nın içeriğinden; miras bırakan sağlığında tapuya kayıtlı olan taşınmazını; mirasçılardan (terekesinden) mal kaçırmak amacıyla, görünüşte satış, gerçekte ise onun altına gizlenen (maskelenen) bağış sözleşmesi yapmak suretiyle, muvazaalı olarak tapuda herhangi bir kişiye temlik etmesinin mutlak değil de nisbi/nitelikli karakterde bir muvazaa olduğu kolayca anlaşılmaktadır.

Uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak isimlendirilen muvazaa türünün, Türk Hukuku'nda büyük yeri ve önemi vardır. Muvazaa davalarının büyük bölümü muris muvazaasına ilişkin bulunmaktadır.(11)

Muris muvazaasının önemli bir bölümü tapulu taşınmazların devrine ilişkindir. Tapulu taşınmazların muvazaalı temliklerinde, yani mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla aslında bağışlandığı halde, tapuda düzenlenen resmi sözleşmede satış veya ölüncüye kadar bakma sözleşmesi gibi gösterilmesi halinde, görünüşteki resmi sözleşme, tarafların iradelerine uygun olmadığından (muvazaalı bulunduğundan), gizli bağış sözleşmesi de şekil koşullarını taşımadığından geçersiz sayılmaktadır.(12)

01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK, muris muvazaasını düzenlerken, diğer danişıklı (muvazaalı) işlemler gibi, miras bırakanın danişıklı işlemlerinin de mutlak butlanla batıl olduğunu; tescilin hukuksal nedenini oluşturan işlemin

batıl olmasının tescili yolsuz duruma getireceğini, dolayısıyla miras bırakanın danişıklı işlemle devrettiği taşınmazın, henüz sağlığındayken malvarlığında yer aldığı gibi, ölümünden sonra da terakesinde yer alacağını hareket noktası olarak kabul etmektedir.

Yine karara göre, saklı paylı olsun veya olmasın, miras ortaklığına dâhil tek bir mirasçının dahi kendi payı ile sınırlı olarak miras bırakanca yapılmış sağlar arası işlemin danişıklı olduğunu; görünürdeki satışın arında bir bağışlamanın gizlenmesi söz konusundan, gizli işlem prensip olarak geçerli sayılsa bile olayda, tapuda kayıtlı bir taşınmaz bağışlaması söz konusu olduğundan, bu karardan yaklaşık 20 yıl önce kabul edilmiş olunan Yargıtay'ın 07.10.1953 gün ve 8/7 sayılı bir başka İBK'sı doğrultusunda resmi şekle uyulmamış olması nedeniyle bağışlamanın da batıl olduğunu ileri sürebilmesi sağlanmıştır. 1974 tarihli İBK'nın değiştirilmesi önerisi de, 16.03.1990 tarihli İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun kararıyla reddedilmiştir.(13)

Muris muvazaasının hukuki niteliği: Miras, Borçlar ve Eşya Hukuku dallarını hep birlikte ilgilendirmesi muris muvazaasının çok yönlü hukuki bir kavram olduğunu göstermektedir.

- Miras bırakanın, sağlar arası bir sözleşmeyle, mirasçılarını miras haklarından mahrum bırakma (uygulamadaki ifadeyle mirasçılardan mal kaçıрма) amacı taşıması ve vefatından sonra da, mirasçıların miras haklarına kavuşabilmek için, murisle muvazaalı sözleşme yapan kişiye karşı dava açabilmeleri bakımından "miras hukukunu" (TMK mad. 575, 599)

- Miras bırakanın tapulu taşınmazını

görünüşte satış ve onun altına gizlediği bağış olmak üzere, iki ayrı sözleşme ile temlik etmesi, bunlardan ilkinin gerçek iradelerine uymadığı için muvazaa (TBK mad. 19), ikincisinin ise resmi şekle uymaması sebebiyle (TBK mad. 12/2) geçersizliği sonucu, her iki sözleşmenin de kesin hükümsüzlük (TBK mad. 27) yaptırımına tabi oluşu nedeniyle "borçlar (sözleşmeler) hukukunu"(14) (TBK mad. 1-48 ve mad. 237 vd)

- Miras bırakanın, tapulu taşınmazını mirasçılarında mal kaçırmak amacıyla, muvazalı biçimde, üçüncü kişiye görünüşte satış, gerçekte bağış yoluyla tapuda temlik etmesinin "yolsuz tescil" oluşturması (TMK mad. 1024/2) ve miras (aynı) hakkı zedelenen mirasçının, "tapu kaydının düzeltilmesi" (TMK mad. 705/f2; 1025/1) şeklinde açacağı "aynı dava" ile aynı hakkını tespit ettirmesi yönünden de eşya hukukunu ilgilendirmektedir.(15)

5) Muris muvazaasının unsurları:

YG HGK 16.06.2010 ta. 2010/1-295 E, 2010/333 K. sayılı kararında, muris muvazaasının diğer nisbi muvazaalar gibi 4 unsurdan oluştuğu şu şekilde ifade edilmiştir.

5.1- Görünüşteki sözleşme: Miras bırakanın, mirasçısından mal kaçırmak, onların bu yönde yapacakları itirazları, açacakları davaları önlemek, başka bir anlatımla onları aldatmak için karşı taraf ile anlaşarak gerçek iradesine uygun düşmeyecek ve hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacak biçimde düzenlediği sözleşmeye görünüşteki sözleşme denir.

5.2- Üçüncü şahısları (mirasçıları) aldatmak amacı: (16) Muris muvazaasında aldatmak isteyen, (muvazalı işlem yapan) miras bırakan, aldatılmak istenen ise mirasçısıdır. Oysa muris muvazaası dışında kalan mutlak ve nispi muvazaalarda aldatılmak

istenen 3. kişinin mirasçı olması şart değildir. Miras bırakan sağlığında, mallarını mirasçılar arasında makul ölçüler içerisinde, dengeli bir biçimde paylaşmışsa artık mirasçıdan mal kaçırmak, onları aldatmak kastı ve iradesi bulunmadığından, muris muvazaasından söz edilemez. Miras bırakan sadece mirasçılarında birine veya bir kaçına pay vermişse veya paylaşımında makul ve hoşgörü sınırlarını aşan bir dengesizlik bulunuyorsa, paylaşım değil, mirasçıdan mal kaçırmak amacı üstün tutulmuş sayılacağından aldatma unsuru teşekkül eder. (17)

5.3- Tarafların beyanları ile iradeleri arasında isteyerek meydana getirdikleri uyumsuzluğu açıklayan muvazaa anlaşması: Bu anlaşma, miras bırakan ile karşı taraf arasında görünüşte yapılan sözleşmenin niteliğini değiştiren sözleşme olup hiçbir şekil koşuluna bağlı değildir. Yazılı yapıldığı gibi çok kez de sözlü yapılabilmektedir. Uygulamada muvazaa anlaşmasının çok zaman gizli sözleşme ile bir arada, hatta onunla iç içe yapıldığı görülmektedir. Gerek taraf gerekse muris muvazaasında, muvazaa anlaşmasının varlığı muvazaanın oluşması için şarttır.

5.4- Gizli sözleşme: Muris muvazaasının son unsuru, tüm nispi muvazaalarda olduğu gibi gizli sözleşmedir. Miras bırakan malını bağış yoluyla devretmek istemekte, ne var ki bu sözleşmeyi gerçek iradesine uygun olmayan satış sözleşmesinin arkasına gizlemektedir. (18)

Yukarıda yer alan unsurların içindeki "görünüşteki sözleşme" ve "gizli sözleşme" dışındaki "muvazaa anlaşmasını" 3. sözleşme olarak niteleyen görüşler de bulunmaktadır.(19)

6) Resmi şekil:

BK'da resmi şeklin tanımı yapılmış değildir. Buna karşın hangi hukuki işlemlerin resmi şekilde yapılması gerektiği ilgili kanun maddelerinde belirtilmiştir. Kanunlarda bazı hukuki işlemlerin yapılması için öngörülen şekil kuralına devletin yetkili makamının katılması veya refakati öngörülmüştür. Kanunun verdiği yetkiye dayanarak devletin görevlendirdiği kişinin hukuki işlem ve sözleşmeleri yine kanunun öngördüğü şekil ve şartlara uyarak yapmasına "resmi şekil" denir. Örneğin, bazı sözleşmelerin yapılmasına sulh hâkiminin, tapu memurunun, evlendirme memurunun veya noterin katılması gerekir. BK mad. 213'e göre, "taşınmaz satımı muteber olmak için resmi senede raptedilmek şarttır." Adi yazılı şekilden farklı olarak, resmi yazılı şekilde her iki tarafın da imzası bulunmalıdır. Resmi şeklin amacı hukuki işleme taraf olanların iradelerini tam ve doğru olarak resmi memur önünde beyan etmelerini sağlamaktır. Resmi şekilde, memur, taraflara hukuki işlemin önemi, anlamı ve mahiyeti hakkında ayrıntılı bilgi verdiği için, resmi şekil onları aceleci ve sağlıksız kararlara karşı korur. Tapu Kanunu mad. 26'ya göre taşınmazların aynını ilgilendiren her türlü hukuki işlemler resmi şekilde, tapu sicil müdürü veya memuru huzurunda yapılmalıdır.(20)

07.10.1953 tarih ve 8/7 sayılı YG. İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararında : "...MK mad. 634 (TMK mad. 706) taşınmaz mülkiyetini nakledecek aktillerin resmi şekilde yapılmasını amirdir. Bununla hakiki iradelerinin tam olarak birleştiğinin, aktillerin yetkili memur huzurunda beyan etmeleri kast olunmuştur. Memur huzurunda satış akdi hakkında iradelerinin birleştiğini taraflar beyan etseler ve fakat gerçek

iradelerinin akit yaparken hibe olduğu sabit olsa, satış akdi batıl olur, ancak yerine hibe akdi kaim olmaz; çünkü memur huzurunda hibe hakkında tarafların iradeleri birleşmemiştir. Bu halde tapu kaydı önceki haline döndürülmekle yetinilir. Müşteri vaziyetinde bulunan şahsa, hibe sebebiyle mülkiyet intikal etmiş olmaz denilmiştir."

Resmi şekil: İki biçimde karşımıza çıkar, biri resmi makamın yalnız imzayı onaması (tasdiki) ile oluşan resmi şekildir. İkincisi ve asıl önemlisi ise senedin doğrudan doğruya resmi makamca (Noter, yargıç veya tapu memuru tarafından) düzenlenmesi ile oluşan resmi şekildir. (Noterlik K. 60; Tapu K. 26; MK 532) Şekil gereğine uymamanın yaptırımı kesin hükümsüzlük; butlandır.(21)

7) Kollusion/Hileli Anlaşma:

Şunu da önemle belirtelim ki YG HGK'da 06.11.1996 gün, 596/737 sayılı kararında tapuda bağışın satış gibi gösterilmesi yönündeki miras bırakanın danışıklı (muvazaalı) işlemini, öğretide "kollusion" denilen hileli anlaşma olduğu yönündeki görüşümüzü de kabul etmiştir ki, bunun zorunlu sonucunu, gizli bağışlamanın, Borçlar Yasası m.19/20 uyarınca ahlaka aykırılıktan dolayı da batıl olduğudur.

HGK kararında, kitaplarımızdaki Latince bir hukuksal özdeyişe de yer verilerek, bütün hukuk sistemlerinin benimsediği temel ilke uyarınca "hiç kimsenin kendi yaptığı hileli anlaşmadan kendisi için bir hak çıkaramayacağı gerçeği" de vurgulanmıştır: "01.04.1974 tarih ½ sayılı Yargıtay İBK uygulamasını zorunlu kılan işlemlerde miras bırakanla gerçekte kendisine bağış yapılan kişi, öğretide kollusion denilen hileli anlaşma yoluna başvurmakta, bağış satış

gibi göstermektedirler. Bütün hukuk sistemlerinin benimsediği temel ilke uyarınca hiç kimse kendi yaptığı hileli anlaşmadan ve haksızlıktan kısmen de olsa kendisine çıkar sağlayamaz (Nullus comadum capere potest ex sua injuria propria).(22 – 23)

İki veya daha fazla tarafın, 3. kişi veya kişiler aleyhine sonuç verecek bir işlemi gerçekleştirme (onları aldatma) konusunda anlaşmaları hileli (dolanlı) anlaşma (itilaf) olarak tanımlanmaktadır. Bu kavramı ifade etmek üzere Almanya, Fransa, İngiltere ve İtalya'da gerek gündelik dilde, gerek hukuk dilinde başlıca iki kelime kullanılmaktadır: "Fraude – Collusion" 01.04.1974 tarihli birleştirme kararı hileli anlaşma temeline değil, tapuya kayıtlı taşınmazla ilgili gizli sözleşmenin biçim koşulundan yoksun olması esasına dayanır. Sözleşme taşınmazlarla ilgili olur da taraflar yanılarak veya fazla harç ödememek veya vergi uygulaması bakımından sakıncalı duruma düşmemek için tapu sicil dairesinde bağış yerine satış sözcüğünü kullandı diye, sadece bu durumda hileli anlaşma, ahlak ve adaba aykırılık, düzenbazlık vardır sonucuna varmak açık bir çelişkidir.(24)

Sungurbey, murisin gayrimenkulünü, mirasçılarında mal kaçırarak amacıyla, tapuda satış gibi gösterip gerçekte akdin karşı tarafına bağışlamasını, hem muvazaa/resmi şekil eksikliği ve hem de ahlaka aykırılık hukuki sebepleri nedeniyle geçersiz olduğunu dile getirirken, Karayalçın, bunlardan sadece ilkinin itibar edilebileceğini söylemektedir.

Uygulamada sıkça karşılaşıldığı gibi, muris herhangi bir taşınmazını çocuklarından veya torunlarından birine bağışlamak istediğinde, tapu

işlemini yürütmekle görevlendirdiği kişi, murisi ; "taşınmazın satış yoluyla devrinin, bağışa oranla daha az masraflı olacağını" söylemek suretiyle ikna ettiğinde, temlik tapuda satış suretiyle yapılmakta ve bu durumda miras bırakanın mirasçılarında mal kaçırma kastı bulunmamaktadır. Ne var ki tapuda yapılan satış işleminden yıllar sonra muris vefat ettiğinde, murisin gerçek iradesinin, satış değil de bağış olduğu ve murisin tapu işlemini üstlenen kişi tarafından yanıtıldığı, davalının ispat etmesi oldukça zordur. Üstelik yine temlik giderlerini azaltmak amacıyla satım bedelinin tapuda asgari emlak beyan değeri esas alınarak çok düşük gösterilmesi de, davalının aleyhine bir muvazaa karinesi yaratacaktır. Yine bu ihtimalde Karayalçın'ın altını çizerek vurguladığı gibi, murisin ne mal kaçırma kastı, ne de hileli anlaşması vardır.(25 – 26)

8) Hükümsüzlük:

Medeni Hukuk'un yaptırımları olarak en başta akla gelenler "tazminat" ile "hükümsüzlük" türündeki yara sarıcı, onarıcı yaptırımlardır. Sona bırakılmaları önemlerinden ötürüdür. Tazminat zararın giderilmesi demektir. Aynı(27) ve nakdi, maddi ve manevi tazminat biçimlerinde belirebilir. (MK 25) Hükümsüzlük, tazminattan çok daha zor kavranabilir bir yaptırımdır. Ama her ikisi de hukuki eksikliği ya da aksaklığı giderip kapatır (telafi eder). Tazminat sorumlu kişinin zararı gidermesini sağlamakta, hükümsüzlük de eksik veya aksak işlemi ortadan kaldırmakla, eski duruma dönmeyi gerçekleştirir (restitutio in integrum)

Sağaltıcı onarıcı yaptırımlar arasında "hükümsüzlükler" medeni hukukta ve borçlar hukukunda özel bir yer tutarlar, özel bir önem taşırlar. Hekim için tanı konacak hastalığı bulmak ne

denli önemliyse, hâkim için de tanı konacak hükümsüzlüğü bulmak o denli önemlidir.(28)

Butlan: Kesin hükümsüzlük, çürüklük anlamına gelir. MK 145'in söylemini izleyenler butlana bir de "mutlak" sıfatı eklerler. Hukuki işlemin kurucu öğelerinin mevcut olması, ama bunların geçerlilik gereklerine, genel olarak kamu yararını ve ağırlıklı kişisel çıkarları gözetip buyurucu kurallara, özel olarak, ehliyet, hukuka, ahlaka ve şekle uygunluk gereklerine ters düşmesi yüzünden, işlemin, hem bu işleme katılan taraflar, hem de işlem katılan yabancı kişiler içinde kendiliğinden ve baştan etkisiz sayılması demektir. Her ilgili bu kesin hükümsüzlüğü süresiz olarak ileri sürebilir. Aslında butlanın özel olarak ileri sürülmesi bile gerekmez. Yargıç bir uyumsuzluk sırasında önüne getirilen dava malzemesinden butlan nedeninin ayırılma varırsa, bunu görevinden ötürü (re'sen) dikkate alır. Ayırt etme gücünden yoksunluk, şekle aykırılık, hukuka ve ahlaka aykırılık ile muvaza'a (danışıklılık) butlana yol açan nedenlerdendir. Bu radikal ve otomatik yaptırımın yokluktan ayırımı yok gibidir. Muvazaada yaptırım butlandır. Ne beyan bilinci vardır ne de korunacak güven! (BK 18/1) Doğaldır ki nitelikli muvazaada, batıl sayılan görünüşteki işlem örtüsünün altında yatan gizli işlem, ayrı ve özel bir hükümsüzlük nedeni bulunmadıkça geçerli sayılır. (29 – 30)

9) Yolsuz Tescil:

9.1 -Tashihi davası ikamesinin en esaslı objektif şartı, tapu kütüğü ile gerçek hak durumu arasında bir tezatın, uyumsuzluğun bulunmasıdır.

MK mad. 932 f.2'ye göre hukuki sebep olmaksızın veya bağlamayan bir hukuki muameleye dayanarak yapılan tesciller

yolsuzdur. Yolsuz tescilli mevcut olan bir aynı hakka aykırı olan tescil diye tarif edebiliriz.

MK mad. 933'ten doğan dava, tapu kütüğünün tashihi davasıdır. Bu dava ile yolsuz tapu kütüğü tashih edilmekte, düzeltilmektedir. Yolsuz tescil davası kütük ile maddi hak arasındaki mevcut ahenksizliği giderir. Tashihi davasının aynı bir dava olduğunda hiçbir şüphe ve tereddüt yoktur.

MK mad. 642/1'den doğan dava aynı bir dava olmayıp bilakis şahsi bir davadır. Yani bu dava ile bir yeni hak ileri sürülmeyip aksine malikten, mülkiyetin intikalini talebe hak veren ve şahsi borç doğuran bir anlaşmanın aynen ifası dava edilmektedir. 642/1'den doğan dava esasta bir eda davası vasfını haiz olmakla beraber, mahkemece verilen hüküm inşai bir mahiyet arz eder. (31)

9.2 Tasarruf işleminin kendisine temel oluşturan borçlandırıcı işlemin (sebebin) geçerliliğine bağlı olup olmaması değişik sonuçlar doğurur. Tasarruf işlemi sebebe bağlı (illi) ise temelini oluşturan borçlandırıcı işlemin hükümsüzlüğü, tasarruf işlemi de hükümsüz kılar. Borçlandırıcı işlemin geçersizliği tasarruf işlemine de bulaşır. Deyim yerindeyse sebebin geçersizliği sonucu da geçersiz kılar. Taşınmaz mülkiyetinin devri sebebe bağlıdır. (MK mad. 706, 1015) Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sebeplerden bir tanesi satım sözleşmesidir. Taşınmaz satımı sözleşmesinin geçerliliği resmi şekilde yapılmasına bağlıdır (BK mad. 234/1, TK mad. 26). Satım sözleşmesi Kanunda öngörülen şekilde yapılmadığında tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebinin ardından yapılan tescil (MK mad. 1013/1) yolsuzdur (MK mad. 1024/2). Adına tescil yapılan kişiye aynı

hakkı kazandırmaz.(32)

9.3 Sebebe bağıllık ilkesine "illilik" ilkesi de denilmektedir. TMK mad. 705'de "taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur." denilmiş, m.1022'de de "aynı haklar, kütüğe tescille doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır." vurgusu yapılmıştır. Bu hükümlerin ortak düzenlemesinden anlaşılacağı üzere, mülkiyet hakkı dâhil tüm aynı haklar tescil ile doğarlar. Ancak aynı hakkın doğabilmesi için, geçerli bir hukuki sebebe dayanması gerekir. Bu ilke TMK mad. 1024/2 de "bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur." biçiminde tanımlanmıştır. Aynı kanun m.1025'te "bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise bu yüzden aynı hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir." Tescile esas teşkil eden geçerli bir hukuki sebep yok ise, tapu kütüğüne düşürülen kayda rağmen aynı hak meydana gelmez. Tescil tek başına aynı hakların doğumunu, terkin halinde son bulmasını sağlamaz. Hukuken geçerli bir sonucun doğması için tescil veya terkinin geçerli bir işleme dayanması gerekir. Geçerli bir sebebe dayanmayan tescil, yolsuz bir tescildir.

Hukuki sebebin varlığı ve geçerliliğinin bulunmaması veya sonradan ortadan kalkmış olması, tapu sicilinde hemen gözükmeyebilir. Geçerli hukuki sebebin bulunmaması halinde, gerçek durum ile fiili durum birbirini doğrulamaz. Geçerli sebebin bulunmaması nedeniyle aynı hak meydana gelmez. Terkin için de aynı durum düşündürülür. Geçerli sebep olmaksızın yapılan (yolsuz) terkin de, aynı hakkı sona erdirmez. Fiilen varlığını koruyan aynı hakkın sicile yansıtılması düzeltim davası ile sağlanır (YHGK 09.04.1986 T. 1/32 – 387).(33)

9.4 MK mad. 933'teki (TMK mad.1025) tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının özel bir müdahalenin men'i (34) davası olduğu belirtilmektedir. Burada mülkiyet hakkı, gerçekte hukuki durumla çelişen tapu kütüğündeki tescille ihlal edilmektedir. Tapu kütüğünün tashihi davasında yolsuz tescilin düzeltilmesine ilişkin kararlar, davacının hakkının varlığı ya da yokluğu tespit edilmektedir. Böylece bu dava bir tespit davası niteliğinde bulunmaktadır. Ancak bu hükümle, lehine hüküm verilen davacı, aynı bir hak kazanamamakta, yalnızca kütük dışında var olan aynı hakkı tespit edilmektedir. Tespit davası sonunda verilen hükümler edim davalarında olduğu gibi icra edilmemekte ve davalıları bir yükümlülük altına sokmamaktadır. Ancak tapu kütüğünün düzeltilmesi konusunda verilen hükümler öteki tespit davalarından ayrılmakta ve adli olmasa da tapu kütüğü idaresince bir icrayı gerektirmektedirler. Bu bakımdan, dava sonucunda verilen hüküm bir ifa hükmü niteliğinde olmayıp, tespit hükmü niteliğinde olmakla birlikte, diğer tespit hükümlerine oranla ayrı bir özellik taşımaktadırlar.(35)

9.5 "Yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının" daha kolay anlaşılabilmesi için "tescile zorlama davası" (cebrî tescil) ile karşılaştırılması faydalı olacaktır. Tescile zorlama davasında, şahsi hak sahibi, açacağı ifa davasıyla şahsi hakkını, aynı hakka dönüştürme çabasında olup, yasal dayanağı TMK mad. 716'dır. Alınacak tescil hükmünün kesinleşmesiyle, davacı (ilamı henüz tapuda infaz ettirmeden) tescilsiz iktisap yoluyla taşınmazın maliki olacaktır (TMK mad. 705).(36)

Yolsuz tescilin düzeltilmesi davasında ise, davayı açan; şahsi bir hakka değil, aynı hakka sahiptir. Tapu kaydında, diğer bir kişinin kayden

malik gözükmese, davacının aynı hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Tescilin hukuki sebebinin geçersizliğini ileri sürüp ispatlamak suretiyle, tapu kaydını düzelterek ismini tapuya tekrar yazdırmak istemektedir.(37)

9.6 -"Tescile zorlama davası" ve "yolsuz tescilin düzeltilmesi davası"nın, tek üst kavram olarak "tapu iptali ve tescil" adı altında dava konusu edilmesinin, hukuki terminoloji ve farklı hukuki sebepler arasında yaratılan karmaşa yönünden doğurduğu sakıncalar üzerinde ısrarla duran Prof. Dr. Ethem Saba Özmen/ Arş. Gör. Gülşah Sinem Aydın şu açıklamalara yer vermiştir.

a) Tescilli İsteme (Tescile zorlama; ferağat icbar) Davası, TMK mad. 716:

Bu davada davacı, aynı neticeli talebe konu olan taşınmazda mülkiyet hakkına veya herhangi bir sınırlı aynı hakka sahip değildir. Burada davacı borçlar öğretisi sahasındaki aynen ifa talepli davasında, temelde yatan bir kazandırıcı işleme dayalı olarak sahip olduğu alacak hakkından ötürü, davalıdan tescilin adına yapılmasını istemektedir. Dava, davalı tarafından tescilin iradi olarak gerçekleştirilmemesi sonucu açılmaktadır. Eş deyişle borçlunun ifa etmemesine dayalı oluşan temerrüt (TBK mad. 125/1) sonucunda, TMK mad. 716 uyarınca tescilli isteme davası açılmaktadır. Bu şekilde borçlar hukuku genel öğretisine göre temerrüdün zorunlu sonucu olan aynen ifa istemi mahkeme önünde davaya dönüşmektedir.

Davaya konu alacak hakkına bağlı karakteristik özellikler:

-Talep nisbi niteliktedir./Zamanaşımına tabidir./Alacak hakkı devredilebilir.

b) Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası (TMK mad. 1025):

Temelini TMK mad. 1025 hükmünde bulan bu davada, davacı aynı hak sahibidir. Tescile zorlama davasında olduğu gibi, davacının dava konusu taşınmazla ilişkin bir alacak hakkı söz konusu değildir. Malvarlığı teorisi uyarınca açıklayacak olursak, davacının malvarlığının aktifinden dava konusu taşınmazla ilişkin aynı hak çıkmış değildir. Bu tür davalarda davacı taşınmazın hala maliki durumundadır ve TMK mad. 992'ye dayalı aynı hak karinesinden yararlanamıyor olmasının yarattığı sakınca giderilmelidir.

Karakteristik özellikleri: Talep aynı hakka dayanmaktadır. / Talep zamanaşımına – hak düşürücü süreye tabi değildir. / Yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının temelinde yatan hakkın devri (temlikli) mümkün değildir.

Hukuk disiplini içinde birbirinden tamamen farklı hukuki kurumların aynı terimle adlandırılması hukuki bir garabettir. Uygulamada farklı davalar olmalarına rağmen yolsuz tescilin düzeltilmesi ile tescilli isteme davaları, "tapu iptal davası" adı altında açılmaktadır. Bu yerleşmiş uygulama beraberinde birçok sıkıntıyı getirmektedir. Oysa TMK'da tapunun iptaline ilişkin bu tabirle kaleme alınmış hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Söz konusu davalar özellikle davaya temel olan hukuki sebep noktasından birbirinden tamamen farklılaşmaktadır. "Tapu iptali davaları" teriminin hukuk yaşamından derhal çıkarılmasını bir zorunluluk olarak görüyoruz.(38)

9.7 Muvazaa ve Yolsuz Tescile dair iki Yargıtay kararı: Yanlar, ister salt bir görünüş yaratmak için, ister başka bir sözleşmeyi gizlemek amacıyla sözleşme yapsınlar, görünüşteki sözleşme gerçek iradelerine uymadığından, tabandaki sözleşme de tapulu taşınmazlarda

şekil koşullarını taşımadığından geçersizdir. Her ne kadar muvazaayı düzenleyen TBK mad.19 ve öteki kanun hükümlerinde muvazaalı sözleşmelerin hüküm ve sonuçları hakkında bir açıklık bulunmamakta ise de; taraflar arasında alacak ve borç ilişkisi doğurmayacağı, muvazaanın varlığının hiçbir süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece kendiliğinden (re'sen) göz önünde bulundurulması gerektiği, belirli bir sürenin geçmesi, sebebin ortadan kalkması veya ilgililerin olur (icazet) vermesiyle geçerli hale gelmeyeceği, uygulamada ve bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, muvazaa sebebiyle geçersiz sözleşmeye dayanılarak bir taşınmazın tapuda temlik yapılmışsa bu tescil yolsuz bir tescil hükmündedir. Tapuda yapılan temlik ve tesciller illi işlemler olduğundan tapunun dayanağı sözleşme geçersiz ise tapu kaydının da TMK mad.1025'e göre iptali gerekir YG 1 HD. 16.09.2013 gün ve 9200/12595.(39)

Muvazaa nedenine dayalı olarak verilen kararlar yenilik doğurucu değil, açıklayıcı(40) nitelik taşırlar. Bu suretle oluşan kararlara konu işlemler yapıldıkları tarihten itibaren butlanla malul olup yapılmamış sayılırlar ve iptal hükmü geriye etkili olarak sonuç doğurur. Öte yandan, muvazaalı işleme taraf olan kişinin iyiniyetli olduğundan söz etme olanağı da yoktur. Tarafı bulunduğu işlem yok hükmünde olup, bu suretle oluşan tescil de yolsuz tescil niteliğindedir.(41)

10) 01.04.1974 gün ve ½ sayılı YG İBK ve onunla bağlantılı olan diğer İBK kararları:

a) 07.10.1953 gün ve 8/7 sayılı İBK: MK mad. 634, mülkiyeti nakledecek akitlerin resmi şekilde yapılması amirdir. Bununla hakiki iradelerinin tam

olarak telahuk ettiğini akitlerin selahiyetli memur huzurunda beyan eylemeleri kast olmuştur. Memur huzurunda bey akdi (satış) hakkında iradelerinin telahuk ettiğini akitler beyan eyleseler ve fakat hakiki kasıplarının akit yaparken hibe olduğu sabit olsa, bey akdi batıl olur, ama yerine hibe akdi kaim olamaz; çünkü memur huzurunda hibe hakkında tarafların iradeleri telahuk eylememiştir. Bu halde tapu kaydı hali aslisine irca olunmakla iktifa olunur. Müşteri vaziyetinde bulunan şahsa hibe sebebiyle mülkiyet intikal eylemiş olamaz.

b) 01.04.1974 gün ve ½ sayılı kararı sonuç bölümünde; "Bir kimsenin; mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla, gerçekte bağışlamak istediği tapu sicilinde kayıtlı taşınmaz malı hakkında, tapu sicil memuru önünde iradesini satış doğrultusunda açıklaması halinde, saklı pay sahibi olsun ya da olmasın, miras hakkı çığnemenen tüm mirasçılarının görünürdeki satış sözleşmesinin BK. m.18'e dayanarak muvazaalı olduğunu ve gizli bağış sözleşmesinin de şekil koşulundan yoksun bulunduğunu ileri sürerek dava açabileceklerine ve bu dava hakkının geçerli sözleşmeler için söz konusu olan MK. mad. 507 ve 603'ün sağladığı haklara etkili olmayacağı..." şeklinde özetlenmiştir.

c) 22.05.1987 gün ve 1986/4 1987/5 sayılı YİBK kararı: Gerçekten tenkis davalarıyla, muvazaaya dayalı iptal davaları; ileri sürülüş biçimleri, hukuksal esaslar, kapsamları ve nihayet başta tenkis davası açan kişinin tasarrufuna geçerli bulunduğunu zimnen benimsendiği düşüncesi akla gelebilirse de, kendi yararına bir hukuki sonuç elde etmek isteyen ve kapsamları farklı hukuki sonuçlar doğurabilecek birden fazla dava açma durumunda bulunan bir

kimse bu davalardan birinin diğerine tercihen açmaya zorlanamayacağı gibi, Yasaların uygulanmasında, hakların korunması doğrultusunda hareket etme gereği karşısında bu davalardan birini açmakla, açık bir irade beyanı olmadan diğerinden feragat edildiğinin de kabulü uygun bulunmamıştır.

Bu nedenlerle miras bırakanın yaptığı temlik tasarruflardan zarar gören mirasçılarının tenkis davasıyla birlikte kademeli olarak veya tenkis davası açtıktan sonra ayrı bir dilekçe ile BK mad. 18'e dayalı muvazaa nedeniyle iptal – tescil davası açabileceklerinin kabulü ile içtihat aykırılığının bu şekilde giderilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. (2/3'ü geçen çoğunlukla)

d) 16.03.1990 gün ve 1989/1 E. 1990/2 K. sayılı YIBK:01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK Toplumun özel koşul ve gereksinimleri dikkate alınarak çıkarılmıştır. Şöyle ki, özellikle küçük kırsal bölgelerde kız çocuklarını mirastan mahrum etmek eşin ölümü veya boşanma sebebiyle yeniden evlenen erkek, önceki eşinde olma çocuklarını sonraki eşin etkisiyle mirastan mahrum etmek istediğinde, (miras hakları zedelenen mirasçılarını korumak amacıyla çıkarılmıştır.)

Değiştirilmesi istenen 01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK, 07.10.1953 günlü İBK kararının gerekçesinde yer alan hukuki görüşü benimseyerek sonuca gitmiştir. Aynı esaslar daha sonra 22.05.1987 gün ve 4/5 sayılı İBK ile de teyit olunmuştur. Artık uzun yıllar uygulanagelerek toplumun benimseyip davranışlarını ona göre belirlediği kökleşmiş ve yerleşmiş bir düzen oluşmuştur. Bazı münferit olaylarda rahatsızlık doğurduğu benimsense dahi bu denli yerleşip kararlılık kazanan bir İBK'nin değiştirilmesine haklı gösterecek bir

neden bulunmamıştır. (2/3'ü geçen çoğunlukla)

e) Bu bentte sıralanan 4 ayrı İBK'dan sonra, 27.03.1957 gün ve 1956/12 – 1957/2 sayılı YIBGK'ya da ayrıca yer verilmelidir. Müşterek mülkün hissedarı, hissesinin karı ve kocaya, evlada ve yahut akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akdi bulunsa bile, hakikatte satıştan gayri miras hukukuna müteferri maksatların veya hibe gibi mülazaların hakim olduğu ahvalde, medeni kanunun hakiki satışlarda kabul eylediği şufa hakkının cereyan etmeyeceğine 27.03.1957 tarihinde ittifakla karar verilmiştir.

Görüldüğü gibi, miras bırakan bir paylı taşınmazdaki payını, mirasçılara ileride kendilerine düşecek miras hakları karşılığında ya da mirasçıları dışında kalan daha uzak akrabalarına, hibe amacıyla; tapuda görünüşte satış, gerçekte ise bağış yoluyla temlik ederse, 27.03.1957 günlü İBK'da, bu temlik işleminin gerçek bir satış olmadığı ve o nedenle, taşınmazın diğer paydaşlarının önalım haklarını kullanamayacağı sonucuna varılmıştır. 27.03.1957 günlü İBK ile 01.04.1974 tarihli İBK'yı unsurları itibarıyla karşılaştırdığımızda; ilk 3 unsurunun (tapudaki işlemin görünüşte satış, gerçekte bağış ve satış işleminin hüküm ifade etmemesi yönünden taraflar arasında muvazaa anlaşmasının bulunması) aynı olduğu, ne var ki "mirasçılardan mal kaçıрма" unsurunun 27.03.1957 tarihli İBK'da bulunmadığı gözlenmektedir.(42)

Miras bırakan, paylı taşınmazdaki payını görünüşte satış fakat gerçekte bağış amacıyla, mirasçısına ya da akrabasına, mirasçılardan mal kaçıрма kastıyla ve muvazaalı olarak tapuda temlik ettiği takdirde; vefatından sonra, mirasçıları bu 4

unsuru her türlü delille ispatlamak koşuluyla, "tapu sicilinin düzeltilmesi" davası açabileceklerdir. Ne var ki; "pay satışının noterden tebliğinden itibaren 3 ay, tebligat yapılmadığında pay satış tarihinden itibaren 2 yıl" içinde, taşınmazın diğer paydaşları, pay alıcısına karşı "önalım davası" açtıklarında; miras bırakanın pay satışındaki amacının "mirasçılara miras haklarını vermek" olduğu saptanarak, önalım davası 27.03.1957 tarihli İBK'ya göre red olduktan sonra mirasçılardan açacağı "tapu sicilinin düzeltilmesi" davasında, murisin maksadının mirasçılardan mal kaçırmak olduğunun ileri sürülmesi ve ispatında büyük zorluklar yaşanacaktır.

11) Muvazaa ve hile:

Muvazaada da hileli bir davranışın bulunduğu muhakkaktır. BK m.18/1'de tarafların sözleşmenin gerçek niteliğini gizleme niyetinden söz edilmektedir. Gizleme niyeti, ancak 3. kişilerin aldatılması yoluyla gerçekleşebileceğinden, aldatma kastı muvazaanın içeriğine dâhildir. Sözleşmeyi iptal hakkı veren hilede de, aldatma kastı mutlaka bulunması gereken bir unsurdur. Yalnız muvazaadaki bu aldatıcı davranışın amacı, sözleşmenin karşı tarafını, sözleşme kurmaya yöneltmek değil, 3. kişiler nezdinde yanlış bir tasavvurun oluşmasını sağlamaktır. Sözleşme kurulurken taraflar 3. kişileri aldatmak amacıyla, kurulan sözleşmenin hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaması konusunda anlaşmaktadırlar. Yani sözleşmeyi iptal hakkı veren hile, taraflardan birince gerçekleştirildiği halde, hileli davranış muvazaada her iki tarafın birlikte karar vermeleri sonucunda gerçekleşmekte, iradeler ile beyanlar arasında kasten uyumsuzluk yaratılmaktadır.(43)

Diğer tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla yapılan hile, aldatılan tarafa sözleşmeyi iptal hakkı verirken, muvazaalı işlem (mutlak muvazaada yapılan işlem, nisbi muvazaada görünürdeki işlem) tarafların gerçek iradelerine uygun olmadığı için baştan itibaren geçersizdir; butlanla batıldır ve hüküm ve sonuç doğurmaz. (44)

12) Karma Bağış ve muvazaa:

Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan birinin ediminin, sadece bir kısmı için karşılık (ivaz) belirlenmekte, diğer kısmının ise bilinçli olarak karşılıksız (ivazsız) kalması sağlanmaktadır. Örneğin sözleşmenin kurulduğu anda değeri 500.000,00 TL olan bir malın, bilinerek 150.000,00 TL'ye satılmasında durum böyledir. Görülüyor ki, burada ivaz ve karşı ivaz arasında bir dengesizlik mevcuttur ve ivazlar arasındaki 350.000,00 TL bin TL fark karşı tarafa bağışlanmış gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Kazandırma yapan tarafın verdiği edimin karşı edimle karşılanmayan, onun dışında kalan bölümü bağışlamadır ve böyle bir işlemi karma bağışlama olarak nitelendirebiliriz. Yargıtay, muvazaa sebebine dayalı olarak açılmış bulunan tapu iptali ve tescil davalarında da edimler arasındaki aşırı nispetsizliği, muvazaanın karinesi olarak değerlendirmektedir.(45)

Karma bağışlama olarak nitelendirilen işlemler, tarafların gerçek iradelerine tamamen uyan beyanlarda bulunmalarının sonucu meydana gelen ciddi işlemlerdir. Örtülü bağışlama olarak nitelendirilen işlemlerde ise taraflar bilerek (isteyerek) iradeleri ile açıklamaları (beyanları) arasında uygunsuzluk yaratmaktadırlar. Buna rağmen doktrinde olsun uygulamada olsun karma bağışlama ve örtülü

bağışlama kavramlarının zaman zaman birbirine karıştırıldıklarını gözlemlemekteyiz. Burada karşımıza, önemi küçümsenmeyecek bir sorun çıkmaktadır: Şöyle ki, miras bırakan sağlıklı bir malını satmıştır. Ne var ki satış sözleşmesinde öngörülen bedel ile nesnenin gerçek değeri arasında önemli (fahiş) fark vardır. Bu noktada karma bağışlama ve örtülü bağışlama kavramlarının birbirine en sık karıştığı bir durumda karşı karşıya kalıyoruz: Miras bırakanın işlemi muvazaalı olabilir, yani düşük bedelli satış sırf görünüşte bir işlem olup, bunun arkasında tarafların gerçek iradelerine uyan bir bağışlamanın bulunduğu savunulabilir. Bunun aksine düşük bedelli fakat ciddi olarak gerçekleştirilen satışın aradaki fark açısından karşılıksız bir kazandırma oluşturduğu (karma bağış) da savunulabilir. Dikkat edilirse böyle bir durumda satış işleminin hem "danişıklı" hem "ciddi" olması düşünülemeyeceğinden, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak bir saptamada bulunmak gerekecektir.(46)

Taraflar mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla aralarında karma bir biçimde de olsa yaptıkları hibe sözleşmesini tapu memuru huzurunda satım şeklinde göstermişlerdir. Bu konuda genel ilkeye göre satım akdi muvazaalı, karma hibe de şekil eksikliği sebebiyle geçersizdir. Davalının ise ödemiş bulunduğu bedel hakkında borçlar hukukunun genel hükümlerine göre işlem yapılacaktır.(47)

Bu görüşe göre, muris 90.000,00 TL'lik bir taşınmazını, 30.000,00 TL bedel almak, 60.000,00 TL'lik kısmını da bağışlamak suretiyle, taşınmazın 2/3'ünü mirasçılardan kaçırdığında, tapuda yapılan satış işlemi muvazaalı, onun altına gizlenen bağış işlemi de resmi şekil koşullarına uyulmadığından geçersiz olacak ve mirasçılar; tapu

sicilinin düzeltilmesi davasını açarak taşınmazın tamamı üzerinden, miras haklarına kavuşacaklardır. Murisle sözleşme yapan davalı da, murise ödediği 30.000,00 TL'yi, mirasçılardan müteselsel sorumluluğu çerçevesinde, hangisinde bulursa geriye alabilecektir.

Oysaki yukarıda verilen misalde, murisin taşınmazın 1/3'ünün değeri olan 30.000,00 TL satış bedelini karşı taraftan tahsil ettiği ve tapudaki işlemi de satış şeklinde gösterdiği dikkate alındığında, taşınmazın 1/3'ünün satışı, muvazaalı nedeniyle geçersiz sayılmamalıdır. Diğer anlatımla taşınmazın 2/3'ü gerçekte bağışlanmış, fakat tapuda satış gösterilerek, yolsuz tescil taşınmazın tamamında değil, sadece 2/3'ünde oluşmuştur. O halde mirasçılar, açacakları tapu sicilinin düzeltilmesi davasında, sadece taşınmazın 2/3'ünün temlikinin geçersiz olduğunu ileri sürebilecekler ve diğer 1/3 pay ise muris ile sözleşme yapan kişinin üzerinde kalacak, böylece ödediği 30.000,00 TL'nin mirasçılardan geri istenmesine de gerek kalmayacaktır.

13) Muris Muvazaası ve önalım:

Muris bir paylı taşınmazdaki payını; gerçekte hibe, görünüşte ise satım yoluyla ve muvazaalı olarak tapuda temlik ettiğinde, pay alıcısının iki ayrı davaya muhatap olması söz konusudur.

13.1 Bunlardan ilki, yasal önalım davasıdır. (TMK mad. 732 – 736)(48) Muristen muvazaalı biçimde pay satın alan davalı aleyhine –en geç iki yıllık hak düşürücü sürede- açılacak olan önalım davasında, resmi senette yazılı olan satım akdinin, gerçekte bağış olduğunu ve bu nedenle önalım hakkının kullanılmayacağı yolunda yapacağı savunma dinlenmez. Zira hiç kimse kendi muvazaasına dayanarak hak ileri süremez. Bunun tek istisnası

27.03.1957 gün 12/2 sayılı İBK'da belirtilen durumdur.(49)

13. 2 İkincisine gelince; miras bırakanın ölümünden sonra, saklı pay sahibi olsun olmasın tüm mirasçılardan, herhangi bir hak düşürücü süre ve zaman aşımına tabi olmaksızın, 01.04.1974 tarih ve ½ sayılı İBK'ya tutunarak, TMK mad. 1025'e göre açabilecekleri yolsuz tescilin düzeltilmesi davasıdır.

13.3 Davacı 07.01.1994 tarihinde açtığı davada, şufalı payın ilişkin olduğu taşınmazda ¼ pay sahibi olduğunu, davalıya satış suretiyle, 13.12.1992 tarihinde geçen pay için şufa hakkını kullandığını iddia ile bu davayı açmıştır. Davalı; davacının şufalı taşınmazda pay sahibi olmadığını, ¼ payın davacıya değil Mustafa'ya ait olduğunu, o payın sonradan tapu iptali ve tescil kararıyla davacıya geçişinin bu davadan sonra kesinleşen hükümlerle olduğunu, davacının dava hakkından söz edilemeyeceğini savunmuş, mahkeme de "savunmaya itibar ederek, davacının pay sahibi olmasının, bu davadan sonra kesinleşmiş hükümlerle olduğunu, dava tarihi itibarıyla şufa hakkı bulunmadığını" kabul ederek davayı reddetmiştir. Muris muvazaası iddiası ile açılan davalar sonunda verilen hükümler; yenilik doğurucu, yaratıcı ya da değiştirici hükümler olmayıp, muvazaalı işlemde önceki hukuksal durum ve hakları belirleyici niteliktedir.

Muris muvazaası konulu davayı açan, bu konuda lehine verilen hükmün kesinleşmesi ile değil, murisin vefatı tarihinde ¼ paya sahip olmuştur ve bunun sonucu olarak davalıya yapılan satıştan ve şufa davası açılmasından önce taşınmazın paydaşı olduğunun kabulü icap eder. Hüküm bu nedenle bozulmalıdır. (YG 6 HD. 21.02.1995 gün ve 94/13298 E. 95/1943 K. sayılı kararı)

Yukarıdaki karar metninden anlaşıldığı gibi, davacı yasal önalım davasını açtığı tarihte, tapuda adına kayıtlı bir payı bulunmamaktadır. Ne var ki, paydaşlardan Mustafa aleyhine, daha önceki tarihte, muris muvazaasına dayalı olarak, TMK mad. 1025'e göre açtığı bir "tapu kaydının düzeltilmesi" davası mevcuttur ve önalım davası devam ederken, düzeltim davasında lehine hüküm alıp kesinleştirerek, murisi ile muvazaalı işlem yapan Mustafa'nın taşınmazdaki ¼ payının, gerçekte kendine ait olduğunu ve bu payın, murisin vefatı tarihinde miras yoluyla kendine geçtiğini ispatlamıştır.

Mirasçı, muris muvazaasına dayalı olarak açtığı davada (TMK m.716'daki tescile zorlama davasından farklı olarak) lehine alacağı hükmün kesinleşmesi anında değil, muris vefat ettiği tarihte taşınmazda malik olduğu verilen hükümlerle tespit edilmektedir. O nedenle muris muvazaasına dayalı olan tapu sicilinin düzeltilmesi davası devam ederken, önalım davasını açabileceğinin kabul edilmesi doğru bir çözümdür.

13.4 Yasal önalım hakkı paylı mülkiyete tabi taşınmazlarda kullanılabilir. Taşınmazın paylı durumu herhangi bir sebeple sona ererse önalım hakkı düşer. Olayımızda miras bırakanın muvazaası nedenine dayalı olarak açılan tapu iptal ve tescil davası sonucu, önalım davasını açan davacının payı kesinleşen hükümlerle iptal edilerek taşınmazın paylılık durumunun sona erdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle davanın reddine karar vermek gerekirken...(YG 6 HD. 27.01.2004 gün ve 218/358 sayılı kararı)

Bu olayda, paylı bir taşınmazda muristen muvazaalı surette pay satın alan kişi, diğer bir paydaşın yaptığı satış nedeniyle, pay alıcısına

karşı önalım davası açmış, ancak bu dava devam ederken, muris muvazaası nedeniyle aleyhine açılan "tapu sicilinin düzeltilmesi" davasını kaybetmiştir. Önalım davasını açan paydaşın, hükmün kesinleşinceye kadar taşınmazdaki paydaşlığının devam etmesi zorunludur. Şayet önalım davası devam ederken; muris muvazaası, ehliyetsizlik, hata (yanılma), hile (aldatma), ikrah (korkutma), gabin (aşırı yararlanma) gibi nedenlerle davacının payı kesinleşen bir hükümle ortadan kalkarsa, (o davaların sonuçlanmasını beklemek zorunda olan) önalım davası, - yukarıdaki Yüksek Mahkeme kararında olduğu gibi-, aktif dava ehliyetinin kalmaması sebebiyle ret olacaktır.

14) Muris Muvazaası ve Kadastro

Kanunu mad. 12/3'teki 10 yıllık hak düşürücü süre: 3402 sayılı Kadastro Kanunu m.1'e göre kadastro nun amacı; memleketin koordinat sistemine dayalı olarak taşınmaz malların sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirterek hukuki durumlarını tespit etmek ve bu surette TMK'nın öngördüğü tapu sicilini kurmaktır. Bu amaca ulaşılması, tapulu taşınmazların tapularının yenilenmesini, tapusuz taşınmazların tapuya bağlanmasını gerektirir. Kadastro işlemi sonucu, taşınmaz malların tespit günündeki hukuksal durumunu, yüz ölçümü, türü ve hak sahibi belirlenmiş olur. (50) 3402 sayılı Kadastro Kanunu m.12/3'te, 10 yıllık hak düşürücü süre düzenlenmiştir.

14-1. Murisin kadastro tespitinden sonra ölmesi:

67 ve 907 parsel sayılı taşınmazların, miras bırakan tarafından davalılara 14.04.1985 ve 10.10.1985 tarihli akitle satış yoluyla intikal ettirildiği, kastroca bu satışlar dikkate alınmak suretiyle davalılar adına tespit ve tescil edildiği, miras bırakanın ise tespit

sonrasında 23.08.2003 tarihinde öldüğü anlaşılmaktadır. 01.04.1974 tarih, ½ sayılı YG İBK ile düzenlenen muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı davalarda, dava hakkının miras bırakanın ölümü ile doğacağı benimsenmiştir. Eldeki davada miras bırakan tespit sonrası ölmüştür. Öyle ise bu iki taşınmaz yönünden 3402 sayılı yasanın 12/3'üncü maddesinin uygulama olanağı yoktur. (51)

Kadastro Yasası m.12/3 hükmünde öngörülen hak düşürücü sürenin uygulanmasında murisin ölüm tarihi büyük önem taşır. Anılan yasal düzenlemeye göre, kadastro tespit tutanağında belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren 10 yıl geçtikten sonra, kastrodan önceki hukuki sebeplere dayanılarak itiraz edilemez ve dava açılmaz. Miras bırakanın ölümü ile tereke mirasçılara intikal eder ve terekenin açılması ile mirasçılar tereke üzerinde hak sahibi olurlar. Somut olayda miras bırakan kadastro tespitinden sonra öldüğüne göre 3402 sayılı yasa m.12/3'te öngörülen hak düşürücü sürenin uygulanamayacağı tartışmasıdır. Davanın hak düşürücü süre nedeniyle reddi isabetsizdir.(52)

14-2. Murisin kadastro tespitinden önce ölmesi:

Muris muvazaası davasının, zamanaşımı ve hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın her zaman açılabilmesi kuralının istisnası, miras bırakanın kadastro tespitinden önce ölmesi halidir. Zira TMK mad. 599'a göre ölüm ile mirasçılar tereke üzerinde hak sahibi olurlar. Ölümün Kadastro tespitinden önce gerçekleşmesi halinde, mirasçılar 3402 sayılı yasa mad. 12/3'e göre 10 yıllık hak düşürücü süre içinde davalarını açmak zorundadırlar. Aksi halde dava,

hak düşürücü sürenin geçtiğini taraflar ileri sürmese bile, Mahkemece resen dikkate alacağından, esasa girilmeden reddedilecektir. Muris muvazaasına dayalı davaların, terekeye karşı yapılan haksız fiil niteliğini taşıdığından herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi olmaksızın her zaman açılabilirdi tartışmasıdır. (YG. 1 HD. 10.02.2011 30/1234)

Burada zamanaşımı ve hak düşürücü süreye tabi olmama ile haksız fiil arasında bir bağlantı kurulmuş gibi bir izlenim edinilmektedir. Belki de haksız fiilin sürekli devam ettiği düşüncesinden hareketle bu sonuca varılmıştır. Oysaki daha doğru olan; muris muvazaasına dayalı olarak açılan "yolsuz tescilin düzeltilmesi" davalarının, hukuki niteliği itibarıyla "aynı dava" olması ve bu tür davaların da, zamanaşımına ve hak düşürücü süreye tabi olmadan açılabilirdir.

Kadastro/tapulama yolu ile oluşturulmayan (henüz kadastro geçmeyen bir bölgedeki) tapulu taşınmazların "muvazaalı olarak devri halinde" hak düşürücü süre söz konusu olmaz.(53)

Muris, Kadastro/Tapulama yoluyla oluşturulan bir taşınmazı, tapudan satın almasından sonra, muvazaalı olarak temlik ettiğinde de, doğal olarak KK m.12/3'teki hak düşürücü süre uygulanmayacaktır.

14-3. 3402 sayılı Kadastro Kanunu mad. 12/3'teki 10 yıllık hak düşürücü sürenin uygulanarak, muris muvazaası konulu davanın, esasına girilmeden reddedilmesi için, şu unsurların oluşması zorunludur:

- Murisin henüz kadastro geçmeden; örneğin zilyetlik ya da satın alma yoluyla edindiği tapulu taşınmazını,

mirasçılarında mal kaçırmak amacıyla, tapuda görünüşte satış, gerçekte ise bağış yoluyla muvazaalı sair bir kişiye temlik etmesi,

- Henüz o yerden kadastro geçmeden önce ölmesi,

- Murisin ölümünden sonra, sözü edilen taşınmazın bulunduğu bölgeden kadastro geçerken taşınmazın, murisin sattığı kişi adına tespit ve tescilinin kesinleşmesi,

- Bu kesinleşmeden itibaren 10 yıl geçtikten sonra, muris muvazaası hukuki sebebine dayalı olarak, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının açılmış olması gerekmektedir.

Yukarıdaki Yüksek Mahkeme kararlarında belirtildiği gibi, muris kadastro tespitinin kesinleşmesinden önce değil de, daha sonra ölmüş ise, mirasçılarının, yolsuz tescilli düzeltme davasını açma hakları murisin ölümünden sonra doğacağından, Kadastro Kanunu mad. 12/3'teki 10 yıllık hak düşürücü süre uygulanmayacak, mirasçılar hak düşürücü süre ya da zaman aşımına tabi olmadan sözü edilen davayı açabileceklerdir.

15) Muris Muvazaası ve Kadastro Kanunu mad. 13/B-a'daki muvafakat beyanı:

Anılan yasa maddesinde, tapuda kayıtlı taşınmaz mala, kayıt sahibi veya mirasçılarında başkası zilyet bulunuyorsa; kayıt sahibi veya mirasçılarının, kadastro teknisyeni huzurunda muvafakatları halinde, zilyet adına tescilin gerçekleştirileceği ifade edilmiştir.

15.1 "Tapulama tespiti sırasında tespite muvafakat beyanının bağış amaçladığı halde, haricen satış gibi bir nedene dayalı olarak verildiğinin

belirtilmesinin irade ile beyan arasında kasten yaratılan aykırılık olarak tanımlayabileceğimiz muvazaa ile illetli (54) olduğu düşünülebilirse de, kayıt sahibinin kadastro teknisyeni huzurunda taşınmazın salt zilyedi adına tesciline muvafakatini bildirip beyanını imzalaması bu yerin davalı adına sicile bağlanması ve mülkiyetin zilyede geçtiğinin kabulü için kâfidir. Bu hal genel hükümlerin tasfiye yasası olan Tapulama Kanunu'ndan kaynaklanan istisnasıdır. Hal böyle olunca mahkemece çekişmeli taşınmazlara ait davalı üzerine oluşan sicillerin dayanağı bağış aktinin gerekli biçim koşulunu da taşıdığı cihetle geçerli bulunduğu, bu yerlerdeki mülkiyetin davalıya geçtiği gözetilerek ancak saklı pay sahiplerince tenkisinin istenebileceği düşünülmemesinin, yazılı olduğu üzere (01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK'nin olaya uygulanarak) muvazaa davasının kabulü ile iptale karar verilmesi isabetsizdir." gerekçesi ile bozulmuş, Mahkeme önceki kararında direnmiştir. HGK direnme kararını, yukarıdaki gerekçeye iştirak ederek bozmuştur. (YG HGK - 02.11.1988 1-453 E. – 861 K.)

Karşı Oy - Y. İsmet Dimici: Davaya konu işlem, Kadastro ekibi önünde değil de aynı gün Tapu Sicil Müdürlüğü'nde yapılmış olsaydı, olayda muvazaaya dayalı iptal davasının unsurları gerçekleşecek ve davanın kabulüne karar verilecekti. Çünkü miras bırakanın diğer mirasçılardan mal kaçırma amacıyla gerçekte davalıya bağışladığı taşınmazları ona satmışçasına işlem yaptırdığı, böylece iradesi ile beyanı arasında kasti bir uyumsuzluk yaratarak muvazaaya başvurulduğu açıkça saptanmıştır. Ne var ki, sayın çoğunluk miras bırakanın kayıt malikinin kendisine tanınan yasal imkânı kullandığı ve geçerli bir şekil ile mülkiyet hakkının başkasına devredilmesi sonucunu

doğuran işlemi gerçekleştirdiği, buna (geçerli işleme) karşı da ancak tenkis davası yoluyla hak aranabileceği görüşünü benimsemiştir. Oysa tapulama (kadastro) ekibi de, tapu sicil müdürü gibi resmi memur sıfatıyla görev yapar. Öte yandan tapulama tutanağı da tapu sicilinin temelini meydana getiren ve bu niteliği ile sicile güven ilkesinden yararlanan kamusal bir belgedir. O halde bu belge ve özellikle edinme sütununda yazılı bulunan satışa bağlantılı muvafakat bildirimini, ancak bir ivaz karşılığı mülkiyetin aktarılması iradesine resmîyet vermiştir. Satış nedeniyle muvafakat içeren işlemin gizlenen bağışı da kapsadığı kabul edilemez.)

15.2 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun mad. 32/B ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun m.13/B'de kayıt sahibinin tapulama sırasında kadastro teknisyeni huzurunda taşınmazın zilyedi adına tespiti ve tesciline muvafakatını bildirmesi mülkiyetin zilyet adına geçirilip onun adına tapulama tespiti yapılabilmesi için yeterli kabul edilmiştir. Ancak mülkiyetin geçmesi için tespit tutanağının kesinleşmesi gerekir. 01.04.1974 gün ½ sayılı YİBK'da bir kimsenin, mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak amacıyla gerçekte bağışlamak istediği taşınmazın devrini tapuda satış olarak göstermesini muvazaa olarak tanımlamıştır. Temyize konu davada ise davacıların devrini sağlayacak bir sözleşme mevcut olmayıp, tapu teknisyeni huzurunda tescile muvafakat beyanı vardır. Bu durumda yorum yolu ile İBK'nin uygulama alanının genişletilmesi yerinde değildir. Bu görüş HGK'nın 02.04.1988 gün ve 543/861 sayılı kararında da açıkça vurgulanan ilkeye de tamamen uygundur. (YG HGK 19.06.1996, 1-336 E. – 493 K.)(55)

Karşı oy – Halil KILIÇ: Somut olayda baba, kızlarından mal kaçırarak amacıyla oğullarıyla anlaşmış, taşınmazları gerçekte bağışladığı halde, 1978’de haricen sattığını, kadastro tespitlerinin zilyetleri adına yapılmasına muvafakat ettiğini bildirmiştir. Görüldüğü gibi muris muvazaasının tipik örneği ortaya çıkmıştır. Taraf iradeleri satış doğrultusunda birleşmediği, bağışa yönelik olduğu halde satış olarak ifade edilmiştir. ...Davaya konu işlem, kadastro ekibi önünde değil de aynı gün Tapu Sicil Müdürlüğü’nde yapılmış olsaydı olayda muvazaaya dayalı iptal davasının unsurları gerçekleşecek ve davanın kabulüne karar verilecekti. ... Kanunları hukukun genel esaslarına göre yorumlamak zorunludur. Resmi memur olan kadastro teknisyenleri huzurunda kayıt maliklerinin verdiği muvafakat, “geçersiz sözleşmeyi muteber kılma” düşüncesi hukukun genel prensiplerine aykırıdır. Kayıt maliklerinin tek taraflı olarak verdiği muvafakat özünde geçersiz olan sözleşmeye sihhat kazandıramaz. KK m.13’ü bu çerçevede içinde mütalaa etmek lazımdır.

15.3 Cem AKBIYIK, “Yargıtay’ın 01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK’nin Kadastro Kanunu m.13/B-a uyarınca yapılan tespitlerde uygulanamayacağı yönündeki görüşünü” 1998 yılında yazdığı makalede, Yargıtay Üyesi Y. İsmet DİMİCİ’nin karşı oyuna yollama yaparak, şu haklı ve doyurucu gerekçelerle eleştirmiştir.

“KK mad. 13/B-a’ya göre; Bir taşınmaza tapu kaydında malik gözükken kişi veya mirasçılardan başka biri zilyet bulunuyorsa, kayıt sahibi veya mirasçılarının kadastro teknisyeni önünde, muvafakatlari halinde kadastro tespiti zilyet adına yapılacaktır. (Bu

maddeye göre) birlikte aranan iki şart (zilyetlik + muvafakat)’tan birisi olan zilyetlik şartı belirli bir süreye tabi tutulmamıştır. (Sözü edilen) muvafakat beyanı, satışla bağlantılı olmaksızın kayıt sahibinin bağışlama amacına da dayanabilir ve bu beyan geçerlidir. (Y 1 HD 19.06.1990 t. 3232/8618 ve Y 1 HD 30.04.184 T. 9887/11128) Ancak bir satım sözleşmesine bağlı muvafakat bildiriminin özellikle mirasçılardan mal kaçırma ve mahfuz hisseli mirasçıların saklı payını ihlal etme amacıyla satım perdesi altında, gerçekte bağışlama amacıyla (donandi causa) yapılması durumunda; satış nedeniyle tespite muvafakat içeren işlemin gizlenen bağışlama sözleşmesini de kapsayıcı kapsamadığı, bir başka anlatımla tapuda kayıtlı taşınmaz maldaki mülkiyet hakkının bir başkasına devri sonucunu doğuran işlemin geçerli bir biçimde gerçekleşip gerçekleşmediği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Derhal belirtelim ki uygulamada Yargıtay, önüne gelen bu gibi durumlara ilgili olarak vermiş olduğu kararlarda, muvafakat beyanını şekle bağlı olmaması gerekçesi ile yalnızca danişıklı (muvazaalı) satış geçersiz saymış; gizli sözleşme ile olan bağışlamayı ve buna dayanarak gerçekleştirilen kadastro tespitini ise geçerli saymıştır. (Y. 1 HD 22.11.1984 t. 11652/12356) (Y 1 HD 13.09.1991 t. 8510/9363)

Kadastro (tapulama) tutanağı da tapu sicilinin temelini oluşturan ve bu niteliğiyle sicile güven ilkesinden yararlanan kamusal bir belgedir. O halde bu belge ve özellikle edinme sütununda yazılı bulunan satışa bağlantılı muvafakat bildirimini; ancak bir ivaz karşılığı mülkiyetin aktarılması iradesine resmiyet vermiştir. Satış nedeniyle tespite muvafakat içeren işlemin gizlenen bağışı da kapsadığı

kabul edilemez. Başka bir anlatımla, ortada gizlenen bağış iradelerini birleştirmiş bir muvafakat bildirimi yoktur.

Ayrıca, önemle belirtmek gerekir ki kadastro faaliyetlerinde en önemli ilkelerinden birisi ve belki de en önemlisi "doğruyu tespit ilkesi"dir. Bundan maksat şudur: Kadastro tespiti gerçek hak sahibi kim ise onun adına ve gerçek hak durumuna uygun bir şekilde yapılmalıdır. İşte bu nedenle tasfiyeyi amaçlasa da kadastro yasalarının amacı MK'nın öngördüğü gibi tapu sicilini kurmak olduğuna göre (KK mad. 1); bu tasfiyenin, özellikle tapuda kayıtlı taşınmazlarda muris muvazaası sonucunu doğuran işlemlerde görüldüğü üzere, hukuksal düzene uygun bir doğrultuda yapay aykırılıklar (Tapu müdürlüğünde yapılan işlemler – Kadastro teknisyeni huzurunda yapılan işlemler uygulamasında olduğu gibi) yaratmadan yerine getirilmesi gerekmektedir. İşte tüm bu açıklanan nedenlerden dolayı, "muris muvazaası"na dayalı bulunan 01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK'nın, Kadastro Kanunu m.13/B-a uyarınca yapılan tespitlerde de uygulanması gerektiği sonucuna varılmalıdır."(56)

15.4- Yukarıda değinilen 1988 ve 1996 yıllarındaki iki ayrı karşı oy ve 1998 yılındaki makalede yer alan "01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK'nın, Kadastro Kanunu mad. 13/B-a uyarınca murisin; kadastro teknisyenine verdiği muvafakat beyanı ile yapılan tespitlerde de uygulanması gerektiği" şeklindeki haklı eleştirilerin, gecikmeli de olsa 2014 yılında YG 1. HD'nin önceki görüşünü değiştirmesinde etkili olduğu söylenebilir.

YG'nin 1. HD, 02.07.2014 ta., 2014/8196 E, 2014/12765 K. Sayılı İçtihadında, şu açıklamalara yer verilmiştir:
"Dava, muris muvazaası hukuksal

nedenine dayalı tapu iptali ve tescil, isteğine ilişkindir. Mahkemece, dava konusu taşınmazların davalı taraf adına kadastro tespiti ile tescil edildiği, davacılar murislerinin kadastro esnasında tespite muvafakat ettikleri gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Çekişmeli taşınmazın davalılar adına olan tapu kaydı, tapulama esnasında murisler Fatma ve Emine'nin muvafakat beyanıyla oluşmuştur.

Davacılar, murisin yaptığı bu tasarrufun bedelsiz olduğunu ve kendilerinden mal kaçırma amacına yönelik bulunduğunu, taşınmazların davalılar üzerine geçirilmesinde satışın değil, bağışın üstün tutulduğunu, mülkiyetin devrinin muvazaası ile illetli olduğunu, bu itibarla geçersiz olduğundan asıl amaçlanan bağış sözleşmesinin de bu konuda açık bir beyan taşımadığı için biçim koşulundan yoksun olması sebebi ile geçersiz olduğunu ileri sürerek, tapu iptal ve tescil isteğinde bulunmuşlardır.

Hemen belirtilmelidir ki, tapulu taşınmazlarda mülkiyeti nakleden akıtların resmi şekilde yapılması Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 706., Türk Borçlar Kanununun (TBK) 237. ve Tapu Kanununun 26.maddesi hükmü gereğidir. Ne var ki, gerek 766 sayılı Tapulama Kanununun /B(...) maddesi, gerekse 09 Ekim 1987 tarihinde yürürlüğe giren 3402 sayılı Kadastro Kanununun 13/B-a maddesinde bu yasaların genelde bir tasfiye yasası olmaları nedeniyle T.M.K'nın 706 ve TBK'nın 237.maddesinde mülkiyetin naklinde öngörülen buyurucu nitelikteki hükümlere aykırık bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre kayıt sahibinin tapulama sırasında kadastro teknisyeni huzurunda, taşınmazın zilyedi adına tesbit ve tesciline muvafakatını

bildirmesi, mülkiyetin zilyet adına geçirilip, onun üzerine tespitinin yapılabilmesi için yeterli kabul edilmiştir. Eş anlatımla kadastro teknisyeni huzurunda verilen muvafakat bildirimi, resmi memur önünde serbest irade ile belirtilen tescil isteme beyanına eşdeğer olarak görülmüştür.

Somut olayda, ortak miras bırakan Emine ve davacılar murisi Fatma davaya konu taşınmazların öncesini teşkil eden taşınmazlardaki miras paylarını haricen davalılara sattıklarını ve davalılar adına tespite muvafakat ettiklerini beyan etmişlerdir. Kadastro Kanunu 13/B-a maddesine göre kadastro teknisyeni huzurunda verilen muvafakat bildirimi, resmi memur önünde serbest irade ile belirtilen tescil isteme beyanı olarak görüldüğüne, Y.H.G.K.nin yukarıda bildirilen kararlarına göre de murisin bizzat tapu memurunun önüne giderek beyanda bulunması şart olmadığına, her ne şekilde ve her ne yolla olursa olsun murisin iradesinin resmi memura ulaştırılması ve bu iradenin tapudaki muvazaalı devir işlemine esas olması önemli olduğuna göre, kadastro tutanağına karşı yapılan işlemlerin 01.04.1974 tarihli 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı kapsamında kalmadığı söylenemez.

Hal böyle olunca, davacıların miras bırakanları Emine ve Fatma'nın, tapulama tespitinde taşınmazları haricen davalılara sattıklarını ve davalılar adına tespitine muvafakat ettiklerini beyan etmek suretiyle yaptıkları işlemin, 01.04.1974 tarihli 1/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği şekilde mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olup olmadığı yönünden gerekli araştırma ve incelemenin yapılması sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirmeye yazılı şekilde

davanın reddine karar verilmiş olması doğru değildir." denilerek 02.07.2014 tarihinde oyçokluğuyla bozulmasına karar verilmiştir.

YG 1 HD'nin doğru bulduğumuz ve önceki yıllarda verilen kararlardaki karşı oylar ile, yukarıda değinilen makaleden de etkilendiğini varsaydığımız bu 02.07.2014 tarihli kararının, bir benzerinin direnme sonucu, 10.6.2015 tarihli HGK'da oyçokluğu ile bozulduğu görülmüştür.(57)

16) Muris muvazaasına dayalı davalarda zaman aşımı:

Zamanaşımı sadece alacak haklarında söz konusu olur. Alacak hakkı dışındaki haklar ilke olarak zamanaşımına uğramaz. Özellikle aynı haklar, kişilik hakları, fikri haklar, üyelik hakları ve yenilik doğuran haklar zamanaşımına tabi değildir. (F. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, 15. Baskı s.1283)

Yukarıda değinildiği gibi, muris muvazaası hukuki sebebine dayanan, "tapu sicilinin düzeltilmesi" (Yargıtay kararlarındaki niteleme ile "tapu iptali ve tescil") davalarında, davayı açan mirasçı, tapu siciline başka birisinin ismi olmasına rağmen, aynı hak sahibidir. Bu aynı hakkını, tapuda muvazaalı işlem yapan miras bırakanından, ölüm tarihinde kazanmıştır.

Biraz daha geriye gidersek; tapuda mirasçıları aleyhine muvazaalı işlem yapan miras bırakan, sicilde yapılan (yolsuz) temlike rağmen, taşınmazın hukuken geçerli biçimde maliki olmaya devam etmiş ve vefatı ile de bu aynı hak terekenin aktifinde yer alarak, ölüm anında mirasçılarına geçmiştir. (TMK mad. 599)

Mirasçının, 01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK'daki unsurları taşıyır şekilde açtığı tapu sicilinin düzeltilmesi davası da, davacı/ mirasçının aynı hakkına dayalı olarak açıldığı için, "aynı haklar zamanaşımını ve hak düşürücü sürelerle uğramaz" kuralı gereğince, (58) miras bırakanın ölümünden sonraki dönemde "her zaman" açılabilir.

Bu genel kuralın iki istisnası mevcuttur. Bunlardan ilki miras bırakanın tapuda muvazaalı temlik yaptığı taşınmazın bulunduğu yöreden kadastro geçmesinden önce vefat etmesi ve mirasçılardan da kadastro tespiti kesinleşmesinden itibaren 10 yıl içinde, sözünü ettiğimiz davayı açmamış olmalarıdır. KK m.12/3'e göre 10 yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılmaz. İkincisi ise murisin vefatından sonra, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilecek derecede çok uzun bir sürenin geçmesi olmasıdır.

Murisin ölümünden 20 - 25 yıl sonra muris muvazaasına dayalı olarak, tapu kaydının düzeltilmesi davasının açılabilir mi?

Muvazaanın ileri sürülmesi ve davanın açılma süresi bakımından, gerek BK ve gerekse TBK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 01.04.1974 tarih ½ sayılı İBK kararında, muvazaa hukuksal sebebine dayanan tapu iptali ve tescilli davalarının herhangi bir süreye tabi olmadığı kabul edilmiştir. O halde muvazaa hukuksal nedenine dayanılarak açılan tapu iptali ve tescil davalarında süre söz konusu değildir. Bazı hallerde, muvazaa sebebiyle bir sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi TMK mad. 2'de düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması" olarak görülebilir. Muvazaa iddiası, dürüstlük kuralına aykırı düştüğü hallerde ileri sürülemez.(59)

16-1. Davacılar, miras bırakanları FK'nın, davalıların murisi HK'ya yapılan temliklerin mirasçılardan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açmışlardır. Mahkeme bu iddiayı sabit görerek davayı kabul etmiştir. Çekişme konusu yapılan taşınmazlardan bir tanesinin tamamı, diğer ikisinin ise ¾ payı kadastro tespiti sırasında davalıların murisi adına tespit edilmiş ve bu tespitler 15.03.1982 tarihinde kesinleşmiş, kök miras bırakan FK'nin ise öldüğü 06.04.1991 tarihinden itibaren dava tarihi olan 10.02.2010 tarihine kadar dava açılmadığı, her ne kadar muris muvazaasına dayalı davalarda zaman aşımı ve hak düşürücü süre söz konusu değilse de, aradan bunca zaman (19 yıl) geçtikten sonra dava açılmasının TMK mad. 2 hükmüyle bağdaşmadığı açıktır.(60)

16-2. Miras bırakan çekişme konusu taşınmazı 28.09.1964 tarihinde satış suretiyle oğlu davalıya temlik etmiş, muris 19.09.1978 tarihinde ölmüştür. Davacı anılan temlikin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu ileri sürerek, eldeki davayı 17.11.2011 tarihinde açmıştır, temlikin mirasçılardan mal kaçırma amaçlı yapıldığının kanıtlandığını söyleyebilme olanağı yoktur. Şöyle ki miras bırakanın davacıdan mal kaçırmasını gerektirecek bir sebep gösterilmediği, murisin mal satmaya ihtiyacının bulunduğu kanıtlandığı gibi, yine çekişmeli taşınmaz temlikinin bedelsiz olduğu da ispat edilememiştir.

Tüm bunların yanında, her ne kadar, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak açılan davalar hak düşürücü süre ya da zamanaşımına tabi değil ise de, miras bırakanın 19.09.1978 tarihinde öldüğü halde, aradan 23 yıl geçtikten sonra dava

açılmasının, TMK mad. 2'ye uygun olduğu söylenemez.(61)

16-3. Her ne kadar muris muvazaasına ilişkin davalar herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın her zaman açılması mümkün ise de, aradan çok uzunca bir zaman geçtikten sonra, özellikle muris N'nin 1985 tarihinde ölümünün üzerinden 25 yıla yakın bir süre geçmesine rağmen dava açılmayıp, taşınmazın konumu itibarıyla değer kazandıktan sonra eldeki davanın açılmış olması hayatın olağan akışına uygun düşmez.

Kaldı ki temlik konusu edilen payın satışının muvazaalı olduğu, Nesibe'nin temlikteki iradesinin de mal kaçırma amaçlı olduğunu açıkça gösterir nitelikte yeteri kadar bir delilin varlığından da dosya kapsamıyla söz edilemez.(62)

16-4. Mahkeme, murisin mirasçıları arasında paylaşım yaptı, davacının babası tarafından dava açılmadığı, hatta davacının babasına daha fazla mal verildiği, temliklerin tapuda satış gibi gösterildiği, bedelsiz temlik yapıldığı ancak murisin ölümü üzerinden 20, davacının babasının ölümü üzerinden 10 yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra açılan davada hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ve bu karar aynı gerekçelerle oybirliğiyle onanmıştır.(1 HD 12.09.2013 3217/12421)

Mahkeme, murisin mirasçıları arasında paylaşım yaptı, davacının babası tarafından dava açılmadığı, hatta davacının babasına daha fazla mal verildiği, temliklerin tapuda satış gibi gösterildiği, bedelsiz temlik yapıldığı ancak murisin ölümü üzerinden 20, davacının babasının üzerinden 10 yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra açılarda davada hakkın kötüye

kullanıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ve bu karar aynı gerekçelerle oybirliği ile onanmıştır. (YG 1 HD 12.09.2013 gün ve 3217/12421)(63)

Mirasçılar, murisin ölümünden örneğin 20 yıl geçtikten sonra, söz konusu davayı açmış olmaları halinde, mutlaka TMK mad. 2'ye göre "dürüstlük kuralına aykırı" davranmışlardır denilemez. Aksi hal, adeta bu davanın 20 yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmasına yol açar.

Murisin, mirasçılarından mal kaçırmak amacıyla muvazaalı temlikte bulunduğu, murisin ölüm tarihinden çok sonra, mirasçılar tarafından öğrenilmiş olabilir. Ya da muris, taşınmazını muvazaalı yolla temlikini bir aracı kişiye yapmış ve vefatından 15-20 yıl kadar sonra, aracı/emanetçi bu taşınmazı, murisin sağlığında işaret ettiği mirasçıya devretmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, mirasçılar, murislerinin muvazaalı işlem yaptığını uzun yıllar sonra öğrenebilir hale geldiklerinden, davalarını geç açmaları bir zorunluluktan kaynaklandığı için TMK mad. 2'deki dürüstlük kuralına aykırı davrandıkları söylenemez.

Öte yandan; murisin ölümünden sonra geçen 20 ya da daha fazla süre zarfında, mirasçıların, miras yoluyla elde ettikleri aynı haklarını dava yoluyla kullanmamaları veya taşınmazlar bu geçen sürede değerlendirildikten sonra dava açmaları, her durumda TMK mad. 2'deki dürüstlük kuralına aykırı davrandıkları şeklinde yorumlanmamalıdır. Olayın gösterdiği olağanüstü özellikler belki nadiren TMK mad. 2'nin uygulanmasının haklı gösterebilir.

17) Muris Muvazaası ve intifa:

İntifa hakkına yönelik olarak şöyle bir tanımlama denemesi yapılabilir; İntifa hakkı, kişi lehine kurulan, devir ve intikal

kabiliyeti olmayan bir irtifak hakkı olup, diğer irtifaklardan konusunun genişliği (taşınmaz ve taşınır eşyalar, haklar, mal varlığı intifa hakkına konu olabilirken, diğer bütün irtifaklar sadece taşınmazı konu olabilir.) ve sağladığı yetki (intifa hakkının bütün yararları elde etme yetkisi sağlamasına karşılık, diğer bütün irtifaklar belirli bir kullanma veya yararlanma yetkisi sağlar) bakımından ayrılır.

Bir sözleşme ile intifa hakkının kurma borcunun üstlenilmesi, bir karşı edime bağlı olabileceği gibi, karşılıksız da olabilir. (Bir) Görüşe göre intifa hakkı kurma borcunun ivazlı olarak üstlenilmesi durumunda bir satım (hak satımı) sözleşmesi yapılacak, buna karşılık ivazsız olarak intifa hakkı kurma borcu altına girilmesi, bağışlama sözleşmesi olarak nitelendirilecektir.(64)

17.1-Dava konusu 91 parsel sayılı taşınmazdaki 8 no'lu bağımsız bölümde davalı lehine tesis edilen intifa hakkının iptaline karar verilmişse de anılan temlik yönünden 01.04.1974 tarih ½ sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme kararının uygulama yeri bulunmadığı açıktır. Bu nedenle davalı lehine tesis edilen kullanım hakkının iptaline karar verilmiş olması doğru değildir (YG 1 HD 25.03.2008 ta., 07/13034 E. 08/3744 K). (65)

17.2-Davacı, miras bırakanı Mustafa'nın malik olduğu 3 parsel sayılı taşınmazdaki 34 no'lu bağımsız bölümün çıplak mülkiyetini mirastan mal kaçırmak amacıyla davalı 2. eşine satış suretiyle muvazaalı temlik ettiğini, intifa hakkını da diğer davalı kızına intikal ettirdiğini ileri sürerek tapu iptal-tescil veya tenkis isteğinde bulunmuştur. Davanın reddine ilişkin olarak verilen karar dairece "temlikli işlemlerin mirastan mal kaçırmaya amaçlı ve

muvazaalı olduğu, davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği" gerekçesiyle bozulmuş, mahkemece hükmüne uyulan bozma ilamı doğrultusunda davanın kabulüne dair verilen karar onanmıştır (YG 1 HD 02.03.2006 ta. 06/70 E. 06/2148 K). (66)

17.3 Bir Yargıtay HGK kararında, miras bırakanın taşınmazındaki intifa hakkının temlikinde, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak istekte bulunulup bulunulamayacağına, uygulama ve öğretide tartışmalı olduğu ve bu konuda görüş birliğine varılmadığı dile getirilmiştir. (67)

17.4 Belli bir kişi yararına sınırlı bir süre için tesis edilen intifa hakkına ilişkin işlem muris muvazaası kapsamında olmadığı(68) ifade edildikten sonra, konuya açıklık getiren Y.HGK'nın 09.07.2003 gün ve 458 – 470 sayılı kararına yer verilmiştir.

Taşınmaz üzerinde uzun süreli olarak kurulan intifalarda, murisin muvazaalı işlem iradesi daha kolay tespit edilebilir. Örneğin muris; taşınmazının yüksek getirisinden, mirasçılarını ileride (ölümünden sonra) mahrum etmek amacıyla, torununa tapuda bedel karşılığı (satış), gerçekte bağış yoluyla, intifa hakkını temlik ederse, "çoğun içinde az da vardır" şeklindeki yorum kuralı uygulanarak, 01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK'ya göre, yolsuz tescil teşkil eden intifa temlikinin geçersizliği tespit edilerek, tapu sicilinin düzeltilmesine karar verilebilecektir.

Ne var ki miras bırakan, çıplak mülkiyeti kendi üzerinde tutarak, taşınmazdaki intifa hakkını, "kendisine bir güvene sağlamak amacıyla" eşi ya da ikinci eşi üzerine satış yoluyla fakat bedel almaksızın tapudan temlik ettiği takdirde, mirasçılardan mal kaçırmaya kastı olmadığı ve eşi ile muvazaalı bir

anlaşmaya girmediği dikkate alınarak 01.04.1974 tarihli İBK sözü edilen iki unsur eksikliği nedeniyle olaya uygulanmayacaktır.

18) Muris Muvazaası ve çıplak mülkiyet

Murisin bir taşınmazındaki çıplak mülkiyeti üzerinde tutup, intifa hakkını sair bir kişiye temlik etmesine oranla; intifa hakkını üzerinde tutup, çıplak mülkiyetini diğer bir kişiyi temlik etmesi halinde, mirasçılardan mal kaçırma kastıyla hareket etme ihtimali daha yüksektir. Çünkü murisin vefatından sonra, intifa hakkı yasa gereği kalkacak ve çıplak mülkiyete sahip olan kişi, vefat anında tam mülkiyete sahip olacaktır.

01.04.1974 tarih ve ½ sayılı İBK'da, murisin tapulu taşınmazından (yani mülkiyetinden) söz edilmekte ise de, miras bırakan sadece çıplak mülkiyeti, İBK'da yer alan 4 unsur (69) çerçevesinde temlik ettiği, aynı İBK uygulanıp, bu temlikin yolsuz tescil teşkil ettiği tespit edilerek, tapu sicilinin düzeltilmesine karar verilecektir.

18.1 Somut olayda; davacıların miras bırakanın kızları, davalının ise tek oğlu olduğu, taşınmazın temlik sırasında gösterilen bedel ile gerçek değeri arasında açık fark bulunduğu, özellikle tanık anlatımlarına göre, taşınmazın satışının çevrede duyulmadığı, öte yandan bedel ödendiğinin savunulmasına rağmen intifa hakkının miras bırakan üzerinde bırakılarak yalnızca çıplak mülkiyetin devrinin hayatın olağan akışına uygun bir davranış olmayacağı, davalının taşınmazın miras bırakan tarafından satın alınması sırasında bedelini kendisinin ödediği ve keza muristen devralırken davacılara bedel ödediği yönündeki savunmalarının herhangi bir belge ile desteklenmediği,

miras bırakanın taşınmazı satması için ihtiyacı veya makul nedeninin bulunduğu da kanıtlanmadığı gözetildiğinde, anılan temlikin gerçek bir satış olmayıp mal kaçırma amaçlı ve bağış niteliğinde olduğu sonucuna varılmaktadır (YG 1 HD 20.09.2012 8722/9790) (Aynı paralelde; 16.06.2010 HGK 1-295/333).

19) Muris Muvazaası – kooperatif hissesinin devri:

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu mad. 2/2 fıkrası; "yapı kooperatifleri ile konusuna taşınmaz mal temlik dahil bulunan diğer kooperatiflerin ana sözleşmelerinde ortaklara taşınmaz mal temlik edileceği hakkındaki taahhütler başka bir resmi şekil aranmaksızın muteberdir" hükmünü amirdir.

Görüldüğü üzere bu hüküm gereği yapı kooperatiflerinin ana sözleşmelerindeki ortaklara taşınmaz mal temlik edileceği yolunda taahhütleri, başka bir şekil aranmaksızın geçerlidir ve bu nedenle taşınmazın kur'a sonucu kooperatif üyesine tahsisi geçerli hukuksal sonuç doğurur; üyeye tescil talep edebilme yönünden kişisel hak sağlar. BU hakkın üçüncü kişilere devrine de yasal bir engel yoktur (Y 14 HD 19.12.2000 7052 – 8605). (70)

Kooperatifler Kanunu mad. 14 son fıkrası ile "ortaklık devredilebilir. Yönetim kurulu, ortaklığı devir alan kişinin ortaklık niteliklerini taşınmazı halinde bu kişiyi ortaklığa kabul eder." kuralını getirmiştir.

Bu hüküm uyarınca bir kooperatif ortağı, ortaklık hakkını ana sözleşmede bu hususu kısıtlayıcı bir hüküm bulunmadıkça, bir başka kişiyi devredebilir (Y. 14 HD 24.11.1998 – 8943-8840). Bu devir BK mad. 162 anlamında temlik olduğundan yazılı olması gerekir (Y. 14 HD 19.12.2000 – 7052 – 8605)(71)

Görüldüğü gibi, bir konut yapı kooperatifi ortağı, Kooperatifler Kanunu m.81'e göre henüz ferdi mülkiyete geçilmeden, kooperatif yönetimine başvurarak, kooperatif ortaklığını belirlediği bir kişiye devrini talep edebilecektir. Bu kooperatif ortaklığının devri, 01.04.1974 ve ½ sayılı İBK'daki, tapulu taşınmazın devri anlamına gelmemektedir. Örneğin miras bırakan, bir konut yapı kooperatifindeki ortaklığını, gerçekte bağış, görünüşte satış olarak, muvazaalı biçimde ve mirasçılarında mal kaçırmak amacıyla, sair bir kişiye devretse bile, sözü edilen İBK olaya uygulanmayacak ve bu hisse devri geçersiz sayılmayacaktır. Ancak, nisbi muvazaadaki, gizli sözleşmenin kural olarak geçerli olacağı ve saklı paylı mirasçılar, koşulları oluştuğunda, TMK mad. 571'deki hak düşürücü süre geçmeden, tenkis davası açabileceklerdir. Zira miras bırakan, sadece ortaklık payını devretmekte, diğer anlatımla adına tapuda kayıtlı olan bir taşınmazını temlik etmemektedir. Öte yandan bu devir işlemi, tapu memuru önünde resmi senetle yapılmamakta, devreden kooperatif üyesi ve devir alan tarafından imzalanan, adi yazılı bir devir belgesinin, kooperatif yönetimine verilmesi yeterli olmaktadır. (72)

YG.1HD'nin diğer bir kararında; miras bırakanın kooperatif hissesini devretmesi halinde, 01.04.1974 tarihli İBK'nin uygulama yerinin bulunmadığına işaret edilmekle birlikte, BK m.18 (TBK mad. 19)'in (genel muvazaaa), yazılı belgeyle ispat edilmesi halinde, murisin yaptığı muvazaalı kooperatif payı devrinin, geçersizliğine karar verilebilecektir. "Kooperatif payının devri yönünden yapılan temliklere muris muvazaasına ilişkin 01.04.1974 tarih ½ sayılı İBK'nin uygulama yeri yok ise de, BK mad.

18'in uygulanmasına mani bir hal bulunmamaktadır. Diğer taraftan keyfiyetin BK mad. 18 kapsamında değerlendirilmesi hususunda ise, iddianın 05.02.1947 tarih ve 20/6 sayılı İBK gereğince yazılı belge ile kanıtlanması zorunlu" olduğunu ifade etmiştir (YG. 1 HD 11.06.2012 ta. 3953/7046).

Kooperatif ortağı olan miras bırakan, bir bağımsız bölümün ferdi mülkiyete geçildikten sonra tapulu maliki olduğunda, mirasçılarında mal kaçırmak amacıyla muvazaalı biçimde, tapuda (görünüşte) satış, gerçekte ise bağış yoluyla bağımsız bölümünü sair bir kişiye temlik ettiği takdirde, miras bırakanın ölümünden sonra mirasçılarını, muris muvazaası (01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK) hukuki sebebine dayalı olarak, yolsuz tescilin miras payı oranında düzeltilmesini dava edebileceklerdir.

19.1 Miras bırakan Mustafa Bal yapı kooperatifindeki ortaklık hakkını, 10.04.1989 tarihinde Noterden davalı oğluna temlik etmiş, daha sonra ferdileşme gerçekleşerek 8 nolu bağımsız bölüm davalı adına tescil edilmiştir. Davacı anılan kooperatif hissesinin devri işlemi için, mirastan mal kaçırmak amaçlı ve muvazaalı olduğunu ileri sürerek tapu kaydının iptali ile taşınmazın terekeye döndürülmesini talep etmiş. Ne var ki miras bırakanın maliki olduğu kooperatif hissesinin davalıya temlikinin, miras bırakanın davalıya yapmış olduğu bağış olarak kabul etmek gerekir. Bir başka ifade ile kişisel hakkın temlik niteliği taşıyan koop. hissesinin devri işleminde 01.04.1974 tarih ve ½ sayılı İBK'nin uygulama yeri bulunmamaktadır. (73)

20) Muris Muvazaası - Motorlu araçlar:

Taşınır eşya olan motorlu araçlar (çok büyük bir kısmını oluşturan otomobil,

ticari araçlar, traktörler, ağır vasıtalar, motosikletler) taşıdıkları önem ve risk yüzünden hukuk düzeni tarafından diğer taşınır eşyanın bağlı olduğu mülkiyet devri rejiminden farklı olarak daha sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuştur. Motorlu araçların devir şekli bir ölçüde taşınmazlar üzerindeki aynı hakların devir biçimlerine benzetilebilse de, aslında bundan oldukça farklıdır. KTK mad. 20/d'ye göre "Tescil edilmiş motorlu araçların her türlü satış ve devirleri araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi esas alınarak noterlerce yapılır" Bu geçerlik şartına uyulmaksızın yapılan bir devir işlemi batıl olup, mülkiyeti karşı tarafa geçirmez. Ancak hemen belirtmeliyiz ki bu şekil zorunluluğu yalnızca tescil edilmiş araçlar için geçerlidir. Henüz trafik siciline tescil edilmemiş bulunan, mesela 'sıfır kilometre' tabir olunan motorlu araçların yahut yeni olsun ya da olmasının gümrükten alınan motorlu araçların mülkiyet devirlerini hedefleyen sözleşmeler için herhangi bir geçerlik şekli öngörülmemiştir. Şu halde bu tür tescilsiz araçların devri için yapılacak satış, bağışlama, mal değişimi (frampa) gibi sözleşmeler, taraflar aksini öngörmedikçe herhangi bir şekilde yapılabilir. Örneğin hiç tescil edilmeksizin yıllarca bir depo, müze yahut koleksiyonda bulundurulmuş bir araç yeni değildir ancak tescilli de değildir. Yine aynı şekilde, gümrükten yeni çekilmiş bulunan bir araç da henüz tescilsizdir. (74)

20.1 01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK'nın konusu miras bırakana ait taşınmazların temlikli ile ilgili olduğu için, menkul niteliğindeki motorlu taşıtların temlikinde uygulanması mümkün olmayacaktır.

Somut olayda muris ve davalı arasında yapılan görünürdeki sözleşmenin traktörün satışına ilişkin olduğu,

ancak kanıtlanan olgulara göre gizli sözleşmenin traktörün bağışlanmasına ilişkin bulunduğu çekişmesizdir. Davacılar, bundan dolayı traktörün sicil kaydının iptali ile tescil talep etmişlerdir. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, böyle bir uyumsuzluğun çözümüne, taşınmazlarla ilgili olan ve kendi alanı ile sınırlı bulunan 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanması olanaklı değildir.

Ancak muvazaalı işlemlerin bağlayıcı bir hukuki sonuç doğurmayacağı, yukarıda ayrıntısıyla ifade edilen Borçlar Kanununun 18. maddesinde genel bir ilke olarak düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Bundan dolayı, somut olaydaki uyumsuzluğun Borçlar Kanununun 18. maddesi kapsamında değerlendirilip (genel muvazaa) çözümlenmesi kaçınılmazdır. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.05.1999 gün ve E:1999/4-286 K:1999/293 sayılı kararında da aynı görüş benimsenmiştir. (YGK 03.12.2008 gün 2008/1-711 E. - 2008/ 725 K.; aynı paralelde 1 HD 23.06.2011 ta. 6405 E./7416 K.)

Her ne kadar taşınır mal hükmünde olduğu için, murisin motorlu araçlarını muvazaalı olarak, mirasçılarında mal kaçırmak amacıyla, Noterde (görünüşte) satış, fakat gerçekte bağış suretiyle temlik etmesi halinde, 01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK'nın uygulanması söz konusu olamayacak ise de, Yüksek Mahkeme Kararlarında, İBK'da belirtilen sonuca TBK mad. 19'daki genel muvazaa maddesi uygulanarak ulaşıldığı görülmektedir.

20.2 Trafikte kaydı ve plakası olmayan traktörün menkul bir mal gibi adi bir belgeyle satışı ve zilyetliğinin devri ile mülkiyetinin geçeceği, oysaki trafikte kayıtlı araçların satışlarının, 2918 sayılı

KTK mad. 20/d'ye göre noter eliyle yapılmasının zorunlu olduğu Y. 13 HD'nin 25.05.1992 tarih ve 3983/4898 sayılı kararında ifade edilmiştir.

20.3 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m.20/d'de tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirlerinin noterlerce yapılacağı belirtilmiştir. Şu düzenlemeye göre aracın satış yoluyla mülkiyetinin geçmesi için noterlerce yapılması gerektiği öngörülmüştür. Bu açık hüküm karşısında böyle bir sözleşmenin geçerli olmasının resmi biçim koşuluna bağlı olduğu kuşkusuzdur. Yasa koyucu bir aracın mülkiyetinin geçişi için noterde resmi bir sözleşme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Diğer bir anlatımla, alıcı ve satıcının iradelerinin hukuki sonuç doğurabilmesi için, BK mad. 11/2 (TBK 12/2) maddesindeki düzenleme nedeniyle ve 2918 sayılı Kanun'un 20/d maddesi gereğince resmi biçimde yapılması gerekmektedir. Ancak bu halde yanların iradelerine hukuki sonuç bağlanabilecektir.

Yanlar arasında bir danışıklılık varsa, gerçekten bağlı satış gibi gösterilmişse, gerçek iradeleriyle senede yansıyan iradeleri birleşmediğinden, geçerli hukuki bir sonuç ortaya çıkmış sayılmayacak, delillerin imkân vermesi koşuluyla danışıklı bir işlemin varlığının kabul edilmesi gündeme gelecektir. Bu sonuçta işlemin iptaline neden olacağı duraksamadan uzaktır.(75)

21) Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

21.1. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi; karşılıklı borç yükleyen, ivazlı, rızai, resmi şekle tabi, talih ve tesadüfe bağlı, bakım borçlusuna sürekli, bakım alacaklısına ani edim yükleyen (edimlerden biri sürekli olduğu için, bu sözleşme sürekli edim yükleyen sözleşmeler arasında sayılmaktadır.)

sosyal yönü ağır, (yaşlı, hasta, varlıklı, yalnız kişileri koruyup güvence sağlayan) bir akit görünümündedir.(76)

Ölünceye kadar bakıp gözetme sözleşmesi, taraflarına karşılıklı hak ve borçlar yükleyen bir bağıttır. (BK mad. 511) Başka bir anlatımla ivazlı sözleşme türlerindedir. Bu sözleşme ile bakım alacaklısı, sözleşme konusu malın mülkiyetini bakım borçlusuna geçirme; bakım borçlusuna da bakım alacaklısına Yasanın ön gördüğü anlamda ölünceye kadar bakıp gözetme yükümlülüğü altına girer. BK mad. 514. Hemen belirtmek gerekir ki, bakıp gözetme koşulu ile yapılan temlik işlemin geçerliliği için sözleşmenin düzenlendiği tarihte bakım alacaklısının özel bakım gereksinimi içinde bulunması zorunlu değildir. Bu gereksinimlerin sözleşmeden sonra doğması ya da alacaklının ölümüne kadar çok kısa bir süre sürmüştü bulunması da sözleşmenin geçerliliğine etkili olamaz.

Kural olarak bu tür sözleşmeye dayalı bir temlik de muvazaa ile illetli olduğunun ileri sürülmesi her zaman mümkündür. En sade anlatımla muvazaa, irade ile beyan arasında kasten yaratılan aykırılık olarak tanımlanabilir. Böyle bir iddia karşısında, asıl olan tarafların akitteki gerçek ve müşterek amaçlarının saptanmasıdır. (BK mad. 18) Şayet bakım alacaklısının temlik işlemde bakıp gözetme koşulunun değil de, başka bir amacı gerçekleştirme iradesini taşıdığı belirlenirse (örneğin mirasçılardan mal kaçırma düşüncesinde ise), bu takdirde akdin ivazlı (bedel karşılığı) olduğundan söz edilemez; akitte bağlı 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. (YG HGK

03.07.2013, 1-77/1007)

Sözü edilen İBK'daki "görünüşte satışın" yerine "görünüşte ölünceye kadar bakma sözleşmesi" geçmekte diğer üç unsur (makale no:5) ise değişmemektedir. Bunun sebebi; taşınmaz satışında olduğu gibi, ölünceye kadar bakma sözleşmesine konu taşınmaz temlikinin de geçerli olabilmesi için resmi şeklin (TBK mad. 612 f.1) şart koşulmasıdır.(77)

21.2 "Asıl olan tarafların akitteki gerçek ve müşterek amaçlarının saptanmasıdır (BK mad. 18 / TBK mad. 19) şayet bakım alacaklısının temlik, işlemde bakım gözetme koşuluna 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 bağış amacının üstün tutulduğu sonucuna varılarak, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 01.04.1974 gün ve 1/2 sayılı İnançları Birleştirme Kararı olayda uygulama yeri bulur. Miras bırakanın, ölünceye kadar bakım gözetme karşılığı yaptığı temlikin muvazaa ile illetli olup olmadığının belirlenmesi 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 önünden tutulması gerekir. (78)

"Ayrıca, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin, davalılar dışındaki mirasçılardan miras haklarından yoksun bırakmak ve muvazaayı örtmek amacıyla kullanılan, düzmece bir formül olduğuna, gerçek amaç ve isteğe uygun olmadığına göre muvazaa nedeniyle davanın kabulü gerektiğine dair, YG 1 HD 22.02.1979 t.

628/2080"

21.3 Somut olayda, 7 parça taşınmaz miras bırakana aitken sağlığında ölünceye kadar bakma sözleşmesiyle davalı oğluna temlik ettiği getirilen kayıt ve belgelerle sabittir. Tarafların özel durumları, taşınmazların nitelikleri ve değerleri yukarıda değinilen ilkelere göre değerlendirildiğinde, miras bırakanın mirastan mal kaçırarak amacıyla muvazaalı temlik yoluna başvurduğu anlaşılmaktadır. (79)

21.4 Mudanya 2. Asliye Hukuk Mah. 2013/60 E. 2014/272 sayılı kararının gerekçesinde şu ifadelerle yer verilerek : "dava konusu taşınmazların muris tarafından 21.01.2008 tarihinde ölünceye kadar bakma akdi ile mal varlığının tamamına yakın kısmını oğulları olan davalılara devrettiği, başka bir anlatımla, miras bırakanın davalılara yaptığı temlikin tüm mal varlığına göre değerlendirildiğinde makul ölçüler (sınırları) içerisinde olmadığı, miras bırakanın asıl amacının mirasçılardan mal kaçırma gayeli olduğu," tespit edilmiş ve "YG 1 HD 16.04.2007 gün ve 2845/4119 sayılı kararının da aynı yönde olduğu" karar içeriğinde belirtilmiştir.

21.5 Mahkemece murisin başka varlığı bulunup bulunmadığı, temlike konu taşınmazın tüm mal varlığına göre makul bir oranda olup olmadığı, taşınmazın niteliği gözetildiğinde yarı pay değil, daha cüz'i payını temlik etmek suretiyle aynı amacı elde edip etmeyeceği, hususları üzerinde durulmamış eksik tahkikatla yetinilmek suretiyle sonuca gidilmiştir.(80)

21.6 "...Somut olaya gelince; ortak miras bırakanları M. E.'un 19.12.2004 tarihinde öldüğü, geriye mirasçı olarak davacılar ile davalının babası olan Süleyman'ı ve dava dışı kızları Fatma,

Melek ve Nuray'ı bıraktığı, murisin kayden maliki bulunduğu 6 parça taşınmazdan dördünü ölünceye kadar bakım akdi ile tek erkek çocuğundan olma torunu davalıya ölümünden bir ay önce temlik ettiği, yapılan araştırma sonucu temlike konu taşınmazlarla temlik dışı kalan iki parça taşınmazın değerleri arasında açık nispetlilik bulunduğu, murisin ölümünden bir ay öncesinde malvarlığının önemli bir bölümünü devrettiği, bakım alacaklısı ile bakım borçlusunun edimleri arasında aşırı orantısızlık oluştuğu anlaşılmaktadır. Belirlenen bu olgular, yukarıda açıklanan ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde; murisin ölünceye kadar bakım koşuluyla davalı torununa yaptığı temlikli işlemlerin mirastan mal kaçırmak amaçlı ve muvazaalı olduğu sonucuna varılmaktadır..." (81)

21.7 Özellikle muris muvazaası kapsamında "Ölünceye Kadar Bakım Gözetim Sözleşmesini" bilimsel görüşler ve Yüksek Mahkeme Kararları ışığında geniş biçimde inceleyen makale için bkz. (Av. Nezih Sütçü – Yargı Dünyası – 2016 İlk Sayı)

21.8 Bakım borçlusuna yapılan temlikin gerçek yönünün, eş söyleyişle miras bırakanın irade ve amacının duraksamaya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılması önemlidir. Bunun için de, miras bırakanın sözleşmeyi yapmakta haklı ve makul nedeninin bulunup bulunmadığı, bakım borçlusu ve diğer mirasçılarla ilişkileri, murisin yaşı, sağlık durumu, temlik edilen malın tüm mameleke oranı gibi olgulardan yararlanılmasında zorunluluk vardır. Diğer taraftan; evladın el verdiğince ebeveynine bakım yardım etmesi ahlaki bir görev ise de, görev sınırını aştığı (miras bırakan ölümünden önceki son iki yılını felçli ve yatalak olarak geçirmiştir),

ana babanın normal bakım ötesinde ihtimama muhtaç olduğu durumlarda evladın hizmetin karşılığında bir şey istemesi hukuka uygun düşeceğinden, böyle bir durumda temlikin ivazlı olduğu kabul edilmelidir. (YG HGK 03.07.2013, 1-77/1007)

22) Muris Muvazaası ve Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi:

Öğretide gayrimenkul satış vaadinin hukuki mahiyeti tartışmalıdır. Fakat hukuk uygulamamızda "ön akıt" düşüncesinin üstün tutulduğu gözlenmektedir. Denilebilir ki Türk Yargıtay'ı, bu noktada, hiçbir kararsızlık göstermemiştir. Gerçekten Yargıtay'ın bir çok kararında gayrimenkul satış vaadinin BK mad. 22'deki tanımını çerçevesinde borç doğuran bir sözleşme olduğu yönü açıklık ve kesinlikle belirlenmiştir. Yargıtay'ımızın bu "ön akıt" anlayışı, eski Noterlik Kanununun bazı maddelerini değiştiren 4166 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra hükümden düşen 19.10.1938 gün ve 937/15 sayılı İBK kararında da vurgulanmıştır... "Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesi, mülkiyet hakkını aktaran bir sözleşme olmayıp, aynı hakkının devrini istemeyi sağlayan kişisel borç doğurucu (iltizamî) bir hukuki işlemdir. (YG 13 HD 29.12.1983, 6411/9339). (82 – 83)

Kural olarak, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin satış amacı ile değil muvazaalı olarak yapıldığının savunulması her zaman olanaklıdır. Kısaca ifade etmek gerekirse, muvazaa irade ile beyan arasında kasten yaratılmış aykırılıktır. Böyle bir savunma ileri sürülmüşse, Mahkemenin dayanılan sözleşmedeki tarafların gerçek ve müşterek amaçlarını BK mad. 18 hükümden yararlanarak açıklığa kavuşturması gerekir. Zira bu gibi durumlarda taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin ivazlı (bedel karşılığı)

yapıldığından değil de, bağış amaçlı veya mirasçılarının bazılarının mal kaçırmak amacıyla yapıldığı kabul edilir. Böyle olunca da, uyuşmazlıkta 01.04.1974 tarih ve ½ sayılı y. İBK uygulama yeri bulur. (84)

Davacı, tarafların müşterek miras bırakanı ve kendisinin babaannesi ile Noterde yapılan gayrimenkul satış vaadi sözleşmesine dayanarak dava konusu taşınmazın adına tescilini istemiş, yine muris torunlarından bulunan Neşe ve Özcan Diler de tescil davasına dayanak yapılan satış vaadi sözleşmesinin muvazaa nedeniyle geçersizliğini ileri sürerek iptalini talep etmişlerdir. Görüleceği üzere, muris cennetin külli halefi olarak hareket edilmediği, aksine muriste, yapılan temlikte aralarında bir menfaat birliği değil, çakışması bulunduğu iddiasının varlığı aşikârdır. O itibarla davacının taraf muvazaası değil muris muvazaasına dayandığının kabulü icap eder. Bu durumda da iddianın 01.04.1974 gün ½ sayılı Y İBK'ya göre her türlü delille ispatı mümkündür. (85)

Muris torununa noterde düzenleme şeklinde hazırlanan satış vaadi senedi ile bir gayrimenkulünün satışını vaat etmiş ve daha sonra vefat etmiştir. Satış vaadi senedi alıcısı, mirasçıları hasım göstererek satış vaadine konu taşınmazın ferağ icbar suretiyle adına tescilini talep etmiş, mirasçılar da; satış vaadinin gerçekten satış değil, kendilerinden mal kaçırmak ve miras haklarından yoksun bırakılmak amacıyla ve muvazaalı biçimde yapıldığını ileri sürmüşlerdir. ..Satış vaadi senedinin muvazaa sebebiyle iptali davasında, taraf muvazaası değil muris muvazaasına dayandığının kabulü gerekir. Bu durumda iddianın 01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK'ya göre her türlü delille ispatı mümkündür. (86)

23) Muris muvazaasının söz konusu olamayacağı işlemler:

Muvazaa, sadece miras sözleşmesinde düşünülebilir. Muvazaalı bir miras sözleşmesi mutlak butlan ile bağlantılıdır. Buna karşı vasiyetnamede muvazaadan söz açılmaz. Vasiyetnamede, muvazaanın bahis konusu olmaması şu düşünceye dayanır: Muvazaa karşı tarafında muvafakatını gerektirir. Oysaki vasiyetname varması gerekli olmayan bir taraflı bir irade beyanı ile gerçekleşmektedir. (87)

Bir hükümsüzlük nedeni olarak muvazaa sadece miras sözleşmelerinde bahis konusu olabilir. (88) Çünkü vasiyetname bir taraflı bir hukuki işlemdir. Oysa muvazaadan söz edilebilmesi için karşı tarafın da işleme katılmış olması gerekir. Miras sözleşmelerinde muvazaayı düzenleyen özel bir hüküm yoktur. Bu bakımdan MK mad. 5 aracılığıyla BK mad. 18 hükümleri miras sözleşmelerine de uygulanır. Bunun sonucu ise muvazaalı miras sözleşmelerinin kesin hükümsüz olmalarıdır. Miras sözleşmesinin muvazaa nedeniyle kesin hükümsüzlüğü de, hukuka ve ahlaka aykırılıkta olduğu gibi süreye bağlı olmaksızın her zaman ileri sürülebilir. Ayrıca dava açılmasına da gerek yoktur. Ancak muvazaanın varlığı ya da yokluğu için tespit davası açılabilir. Belirtmek gerekir ki, miras sözleşmelerinde genellikle mutlak muvazaa söz konusu olacaktır. Bir Başka deyişle, taraflar yapacakları miras sözleşmesi ya da mirastan feragat sözleşmesi ile sadece üçüncü kişileri aldatma amacını güdecekler, yoksa görünürdeki miras sözleşmesiyle bir başka miras sözleşmesini gizlemeye çalışmayacaklardır. (89) Ancak örneğini bulmak çok güç olmakla beraber, görünürdeki miras sözleşmesi, tarafların asıl üzerinde anlaştıkları başka bir miras

sözleşmesini gizliyorsa, bu ikincisi de kural olarak şekil sakatlığı nedeniyle geçersiz olacaktır.(90)

Muvazaa, iki taraflı işlemler için söz konusu olduğundan tek taraflı irade beyanı niteliğinde olan ölüme bağlı tasarruflarda(91) muvazaadan söz edilemez (YG 2 HD 22.10.2007, 19259 – 13908). (92)

“01.04.1974 tarih ve ½ sayılı İBK, konusu ve sonuç bölümü itibariyle murisin kendi üzerindeki tapu taşınmazlar yönünden yaptığı temlikli işlemler için bağlayıcıdır. Somut olayda olduğu gibi, murisin gerçek bedelini bizzat ödediği 3. kişiden bizzat satın aldığı taşınmazı mirastan mal kaçırmak amacıyla tapu siciline yarar sağlamak istediği kişi (davalı) adına kaydettilmesi halinde, bedeli ödenerek gerçekleştirilen bir “gizli bağış” söz konusu olduğundan anılan İBK’nın doğrudan bağlayıcı olma niteliği yoktur.” (Y HGK 28.02.2001, 138/221)(93)

“Dava konusu 201 sayılı parselin kadaströ tespiti sırasında senetsizden (Dipnot: Kadaströ geçmeden önce tapu senedine bağlanmamış) zilyetlikle davalılar adına tespit edildiği tespit tutanağından anlaşılmalıdır. Tapusuz taşınmazlar menkul mal(94) hükmünde olup, zilyetlikten ibaret olan hakkın devri hususuna ilişkin gizli sözleşme hiçbir şekil şartına bağlı olmadığından geçerlidir. Hal böyle olunca 201 sayılı parsel yönünden 01.04.1974 tarih ve ½ sayılı İBK’nın uygulama yeri yoktur. Öte yandan davacı davada iptal yanında tenkis isteğinde de bulunduğu göre bu konuda araştırma ve inceleme yapıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir.” (27.06.2002 1 HD 6902/8120)

Tüm parsellere ait kadaströ tutanakları 14.08.2001 tarihinde kesinleşmiştir. Davacı kadaströdan önceki hukuki

sebeplere dayanarak iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur. Tüm parsellerin kadaströ tutanakları üzerinde yapılan incelemede, belgesizden ... adına tespit ve tescil edildikleri anlaşılmıştır. Yani davaya konu tüm parsellerin kadaströdan önce tapusuz yerler olduğu saptanmıştır. Tapusuz taşınmazlar taşınır (menkul) niteliğinde olup bu tür taşınmazlar hakkında muvazaa iddiası ileri sürülemez ve dinlenemez. Muvazaa iddiası BK m.18 gereğince tapulu taşınmazlar hakkında söz konusu olur ve ileri sürülebilir. Somut olayda muvazaa iddiası dinlenemez. (8 HD 2011 2433/2820 8 HD)

Murisin tapusuz taşınmazını kadaströ tespiti sırasında davalılara intikal ettirmesi halinde 01.04.1974 tarih ve ½ sayılı İBK uygulanmaz. (03.10.2007 8452/9397 1 HD) Davaya konu tüm parsellerin kadaströdan önce tapusuz yerler olduğu saptanmıştır. Tapusuz taşınmazlar, taşınır (menkul) niteliğinde olup, bu tür taşınmazlar hakkında muvazaa iddiası ileri sürülemez ve dinlenemez. Muvazaa iddiası BK m.18 gereğince tapulu taşınmazlar hakkında söz konusu olur ve ileri sürülebilir. Somut olayda muvazaa iddiası dinlenemez. (09.05.2011 2433/2820 8 HD)

Taşınır mallarla, tapusuz taşınmazların temliklerinde şekil koşulu aranmadığından mülkiyet zilyetliğin devriyle geçtiğinden, görünüşteki sözleşme tarafların gerçek iradelerine uymadığı ve muvazaalı olduğu için geçersiz sayılsa dahi, tarafların gerçek iradelerine uygun gizli sözleşmede şekil koşulu bulunmadığından, bu tür taşınır ve tapusuz taşınmaz malların temliklerinde muris muvazaası nedeniyle temlik iptaline karar verilemez. (1 HD 08.06.1987 t. 4537/5432; 1 HD 18.05.1982 t. 5315/6566; YİBK 01.04.1974 t. 1/2 ; HGK

22.12.1982 t. 1979/1390 e. 1982/966 k. ; 16 HD 29.04.1988 t. 1690/8185)(95) Belirlenen olgulara göre 01.04.1974 tarih ve ½ sayılı İBK'da öngörüldüğü anlamda doğrudan miras bırakan tarafından ve onun üzerinde bulunan taşınmazlar yönünden bir temlik bulunmadığı saptanan dava konusu yerler hakkında davanın reddedilmiş olması doğrudur. Diğer taraftan menkul mallar ile şirket hisse senetlerine yönelik istekler bakımından da söz konusu İBK'nın uygulama yeri olmadığı açıktır. (23.02.2005 1 HD 1081/1749)

Ölünceye kadar bakma sözleşmesine konu olan taşınmazlar, noterde yapılan sözleşme tarihinde tapusuz, yani menkul hükmünde olduğundan 01.01.1974 tarih ve ½ sayılı İBK'nın uygulama kapsamına girmez. (Y 1 HD 28.02.2013, 2012/15542 – 2013/2920)

24) Muris Muvazaası ve Tenkisin Hukuki Niteliklerinin Karşılaştırılması: (96)

Muris muvazaası hukuki sebebine dayalı olarak, mirasçılardan açtığı "tapu iptali ve tescil"; daha teknik ve yasada kullanılan deyimle "tapu sicilinin düzeltilmesi" davası, yenilik doğuran bir dava olmayıp tespit davası niteliğindedir.(97)

Tenkis davalarının hukuki niteliği ise; öğretici ve uygulamada "eda (Dip not: YG HGK 22.10.2010 gün, 2-648 E. 684 K.) bölümünü de içeren, yenilik doğurucu (inşai) davalardandır."(98) Ayrıca tenkis davasının "belirsiz alacak davası" (6100 sayılı HMK mad. 107) olduğuna da işaret edilmektedir.(99)

Tüm eda davalarında olduğu gibi, yenilik doğuran davalarda da, öncelikli biçimde bir "tespit" bölümünün bulunduğu öğretilere işaret edilmektedir. Yenilik doğuran dava oluşunun sebebi, miras bırakanın sağlar arası ya da ölüme bağlı olarak yaptığı

ivazsız kazandırmaların (bağışların), saklı paylara tecavüz ettiği oranda, indirim tabii tutulması, yani değiştirilmesini sağlamış olmasıdır.(100)

Tenkis (indirim) davası; miras bırakanın saklı payları zedeleyen ölüme bağlı veya sağlar arası kazandırmaların (bağış) yasal sınıra çekilmesini amaçlayan, öncesine etkili, yenilik doğurucu (inşai) davalardandır. (101 – 102 – 103)

25) Muris Muvazaasında Ecrimisil, Tenkiste Faiz :

Muris muvazaasında, tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açan mirasçı, daha önce de belirtildiği gibi taşınmazın tapu kaydı (yolsuz olarak) davalının üzerinde bulunmasına rağmen, gerçekte taşınmazın (aynı hakkın), miras bırakanın ölüm tarihinden itibaren maliki olarak kabul edilmektedir. Tapu sicilinin düzeltilmesi davası, davacı mirasçı lehine sonuçlanıp kesinleştiğinde, hemen ardından; dava konusu taşınmazı kullanan davalı aleyhine (geriye doğru 5 yıllık süre için) yeni bir dava açılarak ecrimisil talep edebilmektedir. (104 – 105)

Tenkis davasında (106) ise, saklı paya sahip mirasçı, aynı hakka sahip olmayıp, miras bırakanın yaptığı kazandırmalardan tenkis/indirim talep ettiği için (davalının seçimlik hakkını nakit ödeme olarak kullanması ihtimalinde) sadece seçimlik hakkın kullanıldığı tarihten sonrası için yasal faiz talep edebilecektir. (107)

Öte yandan; tenkis davasına konu taşınmaz sabit tenkis oranında bölünebildiği takdirde, ya da davalı seçimlik hakkını "aynı ödeme" şeklinde kullandığında, ortada bir para borcu olmadığı için, faiz gündeme

gelmeyecek, davacı lehine kurulacak, aynı ödeme (taşınmazın tapusunun davacı üzerine tescilli) hükmünün kesinleşmesinden sonraki dönem için, davalıdan haksız kullanma tazminatı (ecrimisil) istenebilecektir. (TMK mad. 564; MK mad. 633; TMK mad. 716)

26) Gizli Sözleşme ve Gizli Bağışın Karşılaştırılması:

Daha önce değinildiği gibi muris muvazaasında, (nisbi muvazaada) görünüşte satış, gerçekte ise onun altına gizlenen bağış sözleşmesi yapılmakta ve bunlardan ilki muvazaa, ikinci ise resmi şekil şartına uyulmadığı için geçersiz sayılmaktadır. Muvazaanın unsurları arasında yer alan bu iki sözleşmenin, satışın altına gizlenen ya da maskelenen sözleşmeye, "gizli sözleşme" denmektedir.

Gizli bağışlama ise, murisin parasını kendi cebinden ödeyerek, 3. kişiden satın alınan taşınmazın tapusunun, eşi, oğlu veya torunu (ya da sair bir kişi) üzerine aktarılmasını sağlaması halinde, bu işlem "gizli bağışlama" olarak adlandırılmaktadır. Gizli bağışlama, gizli sözleşmeden farklı olarak geçerli olup (108) saklı paya tecavüz ettiği nispette tenkise tabidir. Muris muvazaasında ise, gizli sözleşme kural olarak geçerli olmakla birlikte, resmi şekil koşuluna bağlı olan işlemlerde, bu koşulun yerine getirilmemesi nedeniyle 07.10.1953 gün ve 8/7; 01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK'lar uyarınca geçersiz kabul edilmektedir.

27) Miras bırakanın sağlığında, muvazaa riskini kaldırması:

Miras bırakan sağlığında bir taşınmazını oğluna gerçekte bağışlamış fakat tapuda satış göstererek temlik etmiştir. Diğer mirasçılardan mal kaçırma kastı yoktur. Miras bırakana "tapuda yaptığı temlik işleminin, muris muvazaası nedeniyle, vefatından sonra

bozulabileceği" söylendiğinde, miras bırakan, bu riski ortadan kaldırmak için ne yapmalıdır?

Gerçekten, miras bırakan tapudaki satış bedelini, asgari emlak beyan değeri üzerinden ve rayice göre çok daha düşük bir rakam olarak göstermiş, işlemin tarafı olan oğlunun bu taşınmazı alım gücü bulunmadığı gibi, miras bırakanın da temlike konu taşınmazı satmaya ihtiyacı yoktur. Temlikten bir süre sonra vefat ettiğinde ise terekesinde satış bedeli olmayacaktır. Anlatılan bu koşullarda davalının, "miras bırakanın olayda mal kaçırma kastının bulunmadığını" savunmasına itibar edilmesi çok zordur. Meğerki miras bırakan, diğer mirasçılara da bir takım taşınmazlarını bedel almaksızın tapuda satış göstererek temlik etmiş olsun.

Miras bırakan, oğlunu söz konusu riskten kurtarmak için şu yollara başvurabilecektir. İşlemin tarafı olan oğul, satış yoluyla tapuda üzerine geçen taşınmazı, miras bırakana hibe yoluyla iade eder. Miras bırakan bu şekilde üzerine geri dönen taşınmazı, bağış yoluyla oğluna tapudan tekrar temlik eder.

a) Üst bentteki çözüm çok masraflı fakat garantilidir. Akla gelen diğer çözüm; miras bırakan ile sözleşme yapan oğlunun, bir araya gelerek tapuda yapılan satış işleminin, gerçekte bağış olduğu, diğer mirasçılara da bir kısım mallarını bağışladığını ve böylece paylaşırma kastıyla hareket ettiğine dair bir belge düzenlenmesi.

b) (Ancak, mirasçılar murislerinin vefatından sonra açacakları davada, muris ile oğlu arasında düzenlenen adi yazılı belgenin de muvazaalı olduğunu ileri sürebileceklerinden, ilk bentteki çözüme oranla pek sağlam

gözükmemektedir.)

c) Miras bırakanın, oğluna tapuda temlik ettiği taşınmazı, noterde vasiyetname düzenleyerek yine aynı oğluna vasiyet yoluyla bağışlaması. (Tapudaki temlik muvazaa nedeniyle geçersiz sayıldığında, miras bırakanın mülkiyetinden çıkmadığı anlaşılacak olan taşınmaz, vasiyet yoluyla oğluna kalacaktır.) (109 – 110)

28) HMK mad. 203/d. de "hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa (TBK mad. 19) iddialarını tanıkla ispat edilecekleri şeklinde yeni bir düzenleme yapılmıştır. mad. 203/d fıkrasının şerhinde Bilge UMAR şu açıklamalara yer vermiştir: Hukuki işlemlere ve senetlere karşı, 3. kişilerce ileri sürülen muvazaa iddiaları, tanıkla ispat edilebilir. Yargıtay'ımızın 07.10.1953 ve 01.04.1974 günlü İBK'larda benimsediği, öğretinin de doğru bulduğu görüş gereğince, taşınmazların devrine ilişkin işlemlerin, geçerlilik koşulu olarak resmi şekle bağlanmış olması karşısında, başka çözümü doğru bulmanın olanağı yoktur. Çünkü işlem yapacak olan tarafların, bu işlemin içeriği konusundaki iradesi, resmi senede doğru şekilde yansımamışsa, örneğin aslında bağış yapılmak istenmişken, taşınmaz mal satılmış gibi resmi senet düzenlenmişse, o senet tarafların gerçek iradesini yansıtmadığı için, geçerli bir senet düzenlenmiş olmaz; bağışlama kastı vb. ise resmi senette ifade edilmediği için o kasta uygun hukuksal işlem yapılmış da olamaz. Böyle işlemler, taşınmaz mülkiyetini geçirmez ve eski malik yine malik kalır, tapudaki yeni mülkiyet sahibi kaydı yanlış kayıt olur, gerek işlemi yapan kişi gerek onun mirasçısı bu geçersizliği öne sürerek tapu kaydının düzeltilmesi davası açabilir.

Tapuda yapılan danışıklı satış işlemine

rağmen, maddi hukuka göre taşınmaz mülkiyeti miras bırakanda kalmıştır, onun ölümü ile de mirasçılara geçmiştir. Mirasçı bu durumun tespiti ile tapu kütüğünde 3. kişi üzerinde görünen mülkiyet kaydının iptali için dava açabilir. (İBK 01.04.1974 gün ve ½ sayılı)

Bu davada mirasçının, kendi miras bırakanı ile 3. kişi arasındaki danışıklı işlem yapma sözleşmesinin kanıtlamak için HUMK m.290/HMK m.207 kuralına tabi olmadan her türlü delilden yararlanması caizdir. (HGK 21.02.1968 2-1510/99) Çünkü o, yapılan sözleşmenin (danışıklı işlem yürütme sözleşmesinin) tarafı değildir. Onun yazılı delil düzenletmesi imkansızdır. (HMK m.203 bent d)(111)

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK mad. 203/d fıkrasındaki düzenleme öncesinde de, miras bırakanının kendisi aleyhine muvazaalı işlem yaptığını ileri süren davacı/ mirasçı; 1086 sayılı HUMK mad. 293/2'e göre, (haksız fiil olarak kabul edilen) muvazaayı tanıkla ispat edebilme imkânına sahipti. HMK'da yapılan yeni düzenlemede, HUMK mad. 293/2'deki "cürümden mütevellit olsun olmasın tazminatı müstelzim fiiller" fıkrası, HMK mad. 203'deki istisnalar arasına alınmamış, onun yerini (d) fıkrası almıştır.

28) Murisin tapuda yaptığı muvazaalı temlik işleminde, mirasçılardan mal kaçırma kastının bulunmadığı hallerde örnekler:

Dava konusu taşınmazın miras bırakan tarafından özürü Cemil'e bakılması karşılığı davalıya verildiği ve davalının da kardeşine baktığı, satış işleminin bedelsiz olmadığı ve miras bırakanın mirastan mal kaçırmak amaç ve iradesiyle temliki gerçekleştirmediği, (112) (S. ÖZAYKUT, a.g.e, s.393) Murisin içişine bir taşınmazının

çıplak mülkiyetini tapu memuru huzurunda resmi senetle ve satış yoluyla devretmesi ancak işçiden bu işlem karşılığında gerçekte bir bedel almaması, ancak karşılığında kendisine ve hasta eşine baktırması. Satım karşılığı olan semenin mutlaka para olmasının gerekmediği, belirli bir hizmet ve emeğin de bir karşılık olarak kabul edilebileceği, murisin minnet duygularıyla hareket etmesi fakat mirasçılarında mal kaçırma kastının olmaması halinde somut olaya 01.04.1974 tarih ve ½ sayılı İBK'nın uygulanamayacağı, (113)

Davacı miras bırakınca oğluna yapılan satış suretiyle taşınmaz temlikinin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu ileri sürmüştü, davalı savunmasında "murisin sağlığında davacı oğluna da bir taşınmaz satıp para erdiğini bir başka taşınmazını ise davacıya devrettiğini belirtip paylaşırma savunmasında bulunmuştur." Miras bırakan sağlığında hak dengesini gözetken kabul edilebilir ölçüde bütün mirasçıları kapsar şekilde bir paylaşırma yapmışsa mal kaçırma kastında söz edilemez ve 01.04.1974 tarih ½ sayılı İBK uygulanamaz. (Y 1 HD 17.10.2012 – 7641/11465)

Murisin oğluna gayrimenkulünü satışını, kendisine bakılması, minnet duygularıyla yapıldığı, mal kaçırma kastının olmadığı, dava açmayan mirasçıların savunmayı teyit eden tanıklığı (Y 1 HD 12.02.2013, 12/8728 – 13/1803)

Muris dava konusu taşınmazı mirasçılardan mal kaçırma amacıyla değil evlilik hediyesi (mehir) olarak verdiğinde 01.04.1974 tarihli İBK uygulanmayacaktır. (Y 1 HD 08.03.2013 ta., 2012/16654 – 2013/3539 , Y 1 HD 21.01.2013 ta. 2012/13587 – 2013/439)

(SAPANOĞLU – Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları – 2015 – s. 73 – 75)

Somut olayda çekişme konusu taşınmazın davalıya bedelsiz devredildiği, davalının ve mahkemenin kabulündedir. Ne var ki, yukarıdaki ilkeler doğrultusunda bir araştırma yapılmamış, gerçekten de murisin daha önce taşınmaz veya başka bir mal satarak bedelini davacıya verdiği yönündeki savunmanın gerçek olup olmadığı mahkemece yeterince araştırılmamıştır. Hal böyle olunca miras bırakandan tüm mirasçılara intikal eden taşınır, taşınmaz mallar ve hakların araştırılması, tapu kayıtları ve varsa öteki delil ve belgelerin mercilerinden getirilmesi, kadastro tutanağı ve dayanağı belgelerin getirilmesi, gerekirse taraflar ve dava dışı kardeş adına kadastroca tespit edilen taşınmazların zilyetliği hakkında tanık beyanlarına başvurulması, varsa, her bir mirasçıya nakledilen malların ve hakların nitelikleri ve değerleri hakkında uzman bilirkişiden rapor alınması, böylece yukarıda değinilen anlamda murisin bir paylaşırma kastının bulunup bulunmadığının açıklığa kavuşturulması, toplanan ve toplanacak delillerle birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken (17.10.2012 1 HD 7641/11465)

Miras bırakan sağlığında hak dengesini gözetken, kabul edilebilir ölçüde ve tüm mirasçıları kapsar biçimde bir paylaşırma yapmışsa, mal kaçırma kastından söz edilemeyeceğinden olayda 01.04.1974 t. ½ sayılı İBK uygulanamaz. (1 HD 08.12.2011 10797/12472)(114)

Miras bırakanın gerçek irade ve amacının diğer mirasçılardan mal kaçırma olmadığı, kendisine yıllarca bakan eşine, minnet duygusu ile temlikin gerçekleştirildiği, satış işleminin

muvazaalı olarak gerçekleştirilmediği kabul edilmek suretiyle muris muvazaası nedeniyle tapu iptali ve tescil isteğinin reddedilmesinde isabetsizlik yoktur. (20.05.2013 4753/8026)(115)

Belirtmek gerekir ki; satışa konu edilen bir malın devrinin belirli bir semen karşılığında olacağı kuşkusuzdur. Semen bir başka ifade ile malın bedelinin ise mutlaka para olması şart olmayıp belirli bir hizmet veya bir emek de olabileceği kabul edilmelidir. Esasen yukarıda da değinildiği üzere muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak açılan davaların hukuki dayanağını teşkil eden 01.04.1974 tarih ve 1/2 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararında miras bırakanın gerçek iradesinin mirasçıdan mal kaçırma amaçlı olması halinde uygulanabilirliğinin kabulü gerekir. Bir başka ifade ile murisin iradesi önem taşır.

Yukarıda değinilen somut olgular, açıklanan ilkeler çerçevesinde değerlendirildiğinde; başka taşınmazları da olan miras bırakanın, dava konusu taşınmazların temlikinde gerçek irade ve amacının mirastan mal kaçırma olmadığı, davalının kendisi ve eşi ile ilgilenmesi, maddi ve manevi destekte bulunmasından duyduğu minnet sonucu devri yaptığının kabulü gerekir. (YG 1 HD 10.11.2015, 14/4533 E. 15/12942 K)

Miras bırakan ile aynı taşınmazda paydaş olan mirasçı, payını miras bırakan ile aynı sözleşmede davalıya temlik etmiş ise, murisin ölümü üzerine muris devrettiği pay hakkında muris muvazaası nedeniyle dava açamaması gerekir. Çünkü muvazaalı olduğunu iddia ettiği sözleşmeye (resmi senede) iştirak etmiştir. Çelişkili davranış yasağı ve MK mad. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına göre davası reddedilmelidir.

(116)
26.11.1997 tarihli resmi senede göre, 30 parsel sayılı taşınmazın 9 nolu bağımsız bölümünün miras bırakan C ile davalıların annesi olan önceki eşi M adına yarı yarıya kayıtlı iken, önceki eşin 06.06.1997 tarihinde ölümü üzerine geride miras bırakan ile çocukları olan davalıları bıraktığı, davalıların annelerine ait yarı payı da miras bırakan babalarına satış suretiyle temlik ettikleri, akabinde de 01.11.2004 tarihli akitle miras bırakanın çekişmeli taşınmazı davalı çocuklarına eşit olarak satış suretiyle çıplak mülkiyetini temlik edip, intifa hakkını üzerinde bıraktığı ve 30.11.2014 tarihinde miras bırakana bakıcılık yapan davacı ile evlendiği, çekişmeye konu taşınmazın öncesinde davalı çocukların annelerine ait 1/2 payın bulunduğu da gözetildiğinde miras bırakanın (2. eşi) davacıdan mal kaçırma amacıyla hareket ettiğini söyleyebilme olanağı bulunmamaktadır. (117)

29) İlamın tapuda infazı sırasında ödenecek harç miktarı:

Muvazaalı işlemin tarafları arasında görülen dava sonucunda davacı lehine kurulan hükmün kesinleşme sonrası infaz ettirilmesi sırasında 492 sayılı Harçlar Yasası’na bağlı 4 sayılı tarifinin 1-19’uncu maddesi gereği ödenecek olan harç miktarı, dava sırasında taşınmaza takdir edilen değer binde; 136,62’sidir. Bu rakamın (%13,662) diğer tapu harçları ile kıyaslandığında çok yüksek oluşunun sebebi “muvazaalı işlemlerin önüne geçilmesi” olarak açıklanmıştır.

Muvazaalı işlem nedeniyle tescil edilmiş olan taşınmazın, yargısal karar gereği iptal edilerek, muvazaalı işlemin tarafı olmayan kişiler adına tapuya tescil edilmesi halinde, her somut olayın ayrıca değerlendirmek suretiyle iptal

gerekçesine (satış vaadi, satış, taksim, intikal, saklı payın ihlali v.b.) uygun harç pozisyonunun tespit edilerek tapu harcının tahsil edilecektir. (118)

Bir muvazaalı işlem (örneğin sözleşmeden) zarar gören (muvazaanın tarafı olmayan) 3. kişi, o sözleşmenin iptali (geçersizliği) konusunda aldığı ilamı tapuda infaz ettirirken ödeyeceği harç miktarı, Harçlar Kanunu'na eklenen 4 sayılı Tarife m.20/a'ya göre binde 20 olacaktır.

Muris muvazaasında, davacı/mirasçı tapuda yapılan muvazaalı satış sözleşmesinin tarafı değildir. Bu nedenle lehine aldığı hükmün tapuda infazı sırasında ödemesi gerekli olan harç tutarı %13.662 olmayıp %2 oranında olacaktır. (119)

Sonuç: 01.04.1974 gün ve 1/2 sayılı İBK ile O'nu yorumlayan Öğreti ve Yargıtay Kararlarının verdiği mesajlar: Miras bırakan mülkiyet hakkını tasarruf ederken (120) (MK mad. 618/TMK mad. 683),(121) sözleşme yapma özgürlüğü (Anayasa 48/2, TBK mad. 26) ve ölüme bağlı tasarruf özgürlüğünü (TMK mad. 505) kullanırken(122) öncelikle dürüstlük kuralına uyması (TMK mad. 2/1) (123) ve bu haklarını kötüye kullanmaması (TMK mad. 2/2);

Mirasçılarının, beklenen (muntazar) miras haklarına zarar vermek amacıyla "hileli sözleşmeler" (124) yapmaması (TBK mad. 27) emredilmektedir. Miras bırakan ve onunla işbirliği içindeki davalının kötü niyetli davranışları ve bu şekilde kanun hükümlerine karşı gelinmesi halinde, murisin; iradesine saygı duyulmayacak ve mirasçılara zarar veren tasarrufları geçersiz sayılacaktır.

Diğer anlatımla, saklı payın dışında kalan bölümlerdeki "tasarruf nisabı/ tasarruf özgürlüğü" haklarını da kaybedecek, saklı payı olsun olmasın mirasçıları, makalenin konusu olan 01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK'ya dayalı olarak açacakları dava ile yasal miras haklarının tamamına sahip olabileceklerdir.

Anayasa mad. 35 ile teminat alınan (mirasçılar beklenen) miras hakkına, (125) (ki bu hak, miras bırakanın vefatı anında, mirasçılar mülkiyet hakkına dönüşecektir) miras bırakan, sağlığında yaptığı muvazaalı (hileli) taşınmaz temlik sözleşmeleri ile zarar veremez. Onları bu haklarından kısmen veya tamamen mahrum edemez. Miras bırakanın, mirasçılarının saklı payları dışında kalan mal varlığı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilmesi (126) sağlığında yapacağı muvazaalı, taşınmaz temlik sözleşmeleriyle, onların miras haklarının ortadan kaldırma yetkisini kendisine vermemektedir.

Miras bırakanın, yukarıdaki kurallara uymayıp, bağışlamak istediği taşınmazı, tapudaki resme senette "satış" ya da "ölünceye kadar bakma sözleşmesi" olarak göstermesi, muvazaalı (biri diğerinin altına gizlenen çifte) sözleşme yaparak mirasçılardan mal kaçırmayı halinde, temlik "yokluk" ya da "kesin hükümsüzlük" nedeniyle geçersiz olacak, miras bırakanın vefatı sonrası herhangi bir süreye tabi olmaksızın mirasçılarının açacağı "tapu sicilinin düzeltilmesi" davası sonucunda verilecek kararlar yasal miras haklarının tamamına sahip olabileceklerdir.

Kaynakça:

- A. Fahrettin KAYHAN, "Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Miris Muvazaası" isimli Makalesi Ankara Barosu Dergisi – 2000/4
- A.Kılıçoğlu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Ankara – 2001
- Alpaslan Akartepe – Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi
- Av. Muharrem KALYON – Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi, 2004 Kartal Yayınevi
- Belgin ERDOĞMUŞ - Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözcükler :- İstanbul Bilgi Yayınları – 2004
- Bilge Umar, HMK Şerhi, Yetkin, 2. Baskı – 2014
- Burak ÖZEN – Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008 – Vedat Kitapçılık
- Bülent Köprülü – Miras Hukuku Dersleri – İstanbul 1975 – Fakülteler Matbaası
- Cem Akbıyık – Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri – 1997 – Alfa Yayınevi – İstanbul
- Cem AKBİYİK, "Yargıtay'ın 01.04.1974 gün ve 1/2 sayılı İBK'nın Kad. Kanunu m.13/B-a Uyarınca Yapılan Tespitlerde Uygulanamayacağı Yönündeki Görüşünün Eleştirisi" - İ. Sungurbey Hoca'ya Vefa Borcunun Yerine Getirilmesi Amacıyla Yapılan Bir Armağan - İstanbul Barosu Dergisi, 1998, Sayı 2 – Haziran s.400 – 402
- Dr. Feriha ATALAN – Kanıt Peşinde Koşan Matematikçiler – Cumhuriyet Gazetesi – Bilim Teknik Eki – Mayıs 2012
- Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, BH Genel hükümler, Cilt – 1, s.192, İstanbul 1976, Fakülteler Matbaası
- Dr. H. BELEN - Medeni Hukukun Bazı temel Kavramları - İstanbul Baro Dergisi, Ocak-Şubat 2014
- E. Özkaya, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 4. Baskı, Ankara 2011, Seçkin, s.379-381
- Ekrem KURT - Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescilli Ve Harici Devirler - Aydın ZEVLİLER Armağanı – 2013 Ekim
- Eraslan Özkaya İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları 4. Baskı Ankara 2011
- Eraslan Özkaya, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayınevi, 1997
- Gülşah V. Hamamcıoğlu, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı
- Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998
- İsmet Sungurbey – Medeni Hukuk Sorunları, Cilt IV, 1994 Par. 128, s.68
- İsmet SUGURBEY, Medeni Hukukun Temel Sorunları, Ankara 2003 – Adalet Yayınevi - s.320-İstanbul 2014, XII Levha
- İzzet KARATAŞ: Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Ve Yüklenicinin Temlik İşleminde Kaynaklanan Davalar – Ankara 2009 Adalet Yayınevi
- Mahmut Bilgen – YG HGK Başkanı ve HGK Tetkik Hakimleri – HGK Emsal Kararları – 2012 – 2014, Ankara 2014- Adalet Yayınevi
- Machivalli – "Hükümdar"
- Mehmet Akif Tutumlu, "İçtihat Okuma Sanatı Üzerine

- Bir Deneme" – İzmir Barosu Dergisi – Mayıs 2014
- Mehmet Handan Surlu – Kişisel Hak Kaynaklı Tapu İptali Tescil Dav. – Ankara 2008 –
- Mehmet Ünal – Ferdi (Özel) Mülkiyetin Tarihi Dini ve Beşeri Kökenleri, Fikret EREN'e Armağan –Ankara 2006 – 901
- Mustafa ÇEMBERCİ – Gayrimenkul Satış Vaadi – Ankara – 1986 – III. Baskı – Olgaç Matbaası
- Mustafa DURAL – Miras Sözleşmeleri – İstanbul 1980
- Mustafa Fadil Yıldırım, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara – 2002, Nobel Nejat Aday. "Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa", İstanbul 1992 s.1-
- Nami Barlas - Yeditepe Üniversite HF – Borçlar Hukuku Ders Notları
- Necip Kocayusufpaşaoğlu – Miras Hukuku – III. basım İstanbul 1987 – Filiz Kitapevi
- Necip Kocayusufpaşaoğlu – Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi – Doktora Tezi – İstanbul 1959 Sulhi Garan Matbaası
- Necip Kocayusufpaşaoğlu, BH Genel Bölüm, Birinci Cilt – İstanbul 2008, Filiz Kitabevi
- Nejla Giritlioğlu, Müdahalenin Men'i / El Atmanın Önlenmesi Davası, İstanbul 1994, Fakülteler Matbaası,
- Nezih Sütçü – Yargı Dünyası Dergisi - 2016 İik Sayı Nihat Yavuz, Muvazaa Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, 3. Baskı
- Oğuzman/Öz - Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1, 11. Bası, İstanbul 2013, Vedat Kitapçılık
- Ömer Uğur Gençcan - Miras Hukuku – Ankara 2011 - II. Baskı s. 699 – Yetkin Yayınları
- Ömer Uğur Gençcan – Miras Hukuku – Ankara 2011 – Yetkin
- Özmen/Aydın İBD – 2014, Sayı : 6, Tapu İptali Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar, Tescilli İsteme Davası / Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası Postacıoğlu MHU Dersleri, 1970 Baskı
- Prof. Tahir ÇAĞA, Mahfuz Hisseli Mirasçılarının Hukuki Vaziyeti 1950 Basım
- Rona Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm İstanbul 2004 Vedat Kitapçılık s.270
- Ramazan Arslan – Medeni Usul Huk.da Dürüstlük Kuralı – Ankara 1989
- Renda/Onursan, Borçlar Hukuku, Cilt 2, 1973 – Ankara, Balkanoğlu Mat.
- Rona Serozan – Borçlar Hukuku Genel Bölüm – İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1988
- Saim Üstündağ - Tapu Kütüğü'nün Tashihi Davası İstanbul 1959 - Baha Matbaası
- Salih Özakut, Mülkiyet Hakkına Dayalı Davalar, Ankara – 2015, 2. Baskı
- Selim Kaneti – Türk Miras Hukukunun Anayasal Temelleri – İHFM – C. LIV
- Suad Bertan – Aynı Haklar – Cilt I – Ankara 1976
- Süleyman Sapanoğlu, 3402 sayılı Kadastro Kanunu, Ankara – 2014, Adalet Yayınevi, 4. Baskı
- Süleyman Sapanoğlu, Tapu İptali ve Tescil Davaları, Ankara – 2015, Bilge Yayınevi
- Süleyman Sapanoğlu – Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları – 2015

Vedat Buz – Yenilik Doğuran Haklar – “Doçentlik Tezi”
Ankara 2005 – Yetkin

Yaşar Karayalçın, Miras bırakanın Muvazaası mı?
Tasaruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı?,
Ankara 2000, Turhan Kitabevi, s.59, 69-70)
Kaynak gösterilmeyen Yargıtay Kararları, Kazancı
İçtihat Programından alınmıştır.

Makale içindeki konu başlıkları

1. Muvazaanın Tanımı
2. Mutlak – Nisbi Muvazaa
3. Muris Muvazaası
4. Muris Muvazaasının Hukuki Niteliği
5. Muris Muvazaasının Unsurları
6. Resmi şekil.
7. Kollusion/Hileli Anlaşma
8. Hükümsüzlük
9. Yolsuz Tescil
10. 01.04.1974 gün ve ½ sayılı YG İBK ve onunla bağlantılı olan diğer İBK'lar
11. Muvazaa ve Hile
12. Karma Bağış ve Muvazaa
13. Muris Muvazaası ve Önalım
14. Muris Muvazaası ve Kadastro Kanunu m.12/3'teki 10 Yıllık Hak Düşürücü Süre
15. Muris Muvazaası ve Kadastro Kanunu mad. 13/B-a'daki Muvafakat Beyanı
16. Muris Muvazaasına Dayalı Davalarda Zamanaşımı
17. Muris Muvazaası ve İntifa
18. Muris Muvazaası ve Çıplak Mülkiyet
19. Muris Muvazaası – Kooperatif Hissesinde Devri
20. Muris Muvazaası – Motorlu Araçlar
21. Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi
22. Muris Muvazaasının Söz Konusu Olamayacağı İşlemler
23. Muris Muvazaası ve Tenkisin Hukuki Niteliklerinin Karşılaştırılması
24. Muris Muvazaasında Ecrimisil, Tenkiste Faiz
25. Gizli Sözleşme ve Gizli Bağışın Karşılaştırılması
26. Miras Bırakanın Sağlığında, Muvazaa Riskini Kaldırması
27. HMK mad. 203/d. deki, “hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa (TBK mad. 19) iddialarını tanıkla ispat edilecekleri şeklindeki yeni bir düzenleme
28. Muris tapuda yaptığı muvazaalı temlik işleminde, mirasçılardan mal kaçırma kastının bulunmadığı hallerde örnekler
29. İlamın tapuda infazı sırasında ödenecek harç miktarı

Teşekkür :

Makalenin hazırlanışında emeği geçen ve bazı yorumlara katkıda bulunan Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi son sınıf öğrencisi Emre Cura'ya ve asistanımız Hatice Ertürk'e teşekkür etmekteyim.

Sonnot:

(1) Renda/Onursan, Borçlar Hukuku, Cilt 2, 1973 – Ankara, Balkanoğlu Matbaacılık s.61

(2) Tanım (Tarif) bir kavramı bir varlığı, özel ve temelli niteliklerini belirterek tanıtmak olup, bir geometri problemi üzerine yürütülen fikirlerin doğruluğu ile doğru orantılıdır. F. Atalan – Kanıt Peşinde Koşan Matematikçiler – Cumhuriyet Gazetesi – Bilim Teknik Eki – Mayıs 2012)

(3) Oğuzman/Öz - Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1, 11. Basi, İstanbul 2013, Vedat Kitapçılık

(4) Bu tanımın, tek sözleşmeden ibaret olan mutlak muvazaa ile, biri diğerinin altında gizli biçimde, çift sözleşme içeren nispi muvazaayı birlikte kapsamına aldığı ve bu nedenle en doğrusu olduğu ve diğer muvazaa tanımları hakkında bkz; N. Aday. “Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa”, İstanbul 1992 s.1-2)

(5) Renda/Onursan a.g.e s.61

(6) (R/O - a.g.e - s.62)

(7) F. N. Feyzioğlu, BH Genel hükümler, Cilt – 1, s.192, İstanbul 1976, Fakülteler Matbaası)

(8) Feyzioğlu – a.g.e. - S.199-200

(9) Feyzioğlu – a.g.e. - s.200-204)

(10) İBK'nın nesnesi somut bir dava değil, bir hukuki sorunun akademik anlamda çözüme, bir ilkeye bağlanmasıdır. Bu yargısal çaba bir yasama tasarufu niteliğinde olmamakla birlikte, doğurduğu hukuki etki yasa gücündedir. Nitekim bu husus bir Yargıtay kararında şöyle ifade edilmiştir. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları, gerek Yargıtay'ı gerekse diğer Mahkemeleri bağlar. Bu bakımdan bir konunun İBK ile aydınlanması, ameli sonuç bakımından, o konuda yeni bir yasa çıkarılması anlamına gelmektedir. – M. A. Tutumlu, “İçtihat Okuma Sanatı Üzerine Bir Deneme” – İzmir Barosu Dergisi – Mayıs 2014, s.162 vd.); Ayrıca 2797 sayılı Yargıtay Kanunu mad. 45 f.5'te, İçtihadı birleştirme kararlarının, benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, Dairelerini ve Adliye Mahkemelerini bağlayacağı ifade edilmiştir.

(11) YG HGK 16.06.2010, 2010/1-295, 2010/333

(12) E. Özkaya, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 4. Baskı, Ankara 2011, Seçkin, s.379-381)

(13) C. Akbiyik, “Yargıtay'ın 01.04.1974 gün ve ½ sayılı İBK'nın Kad. Kanunu m.13/B-a Uyarınca Yapılan Tespitlerde Uygulanamayacağı Yönündeki Görüşünün Eleştirisi”-İ. Sungurbey Hoca'ya Vefa Borcunun Yerine Getirilmesi Amacıyla Yapılan Bir Armağan- İstanbul Barosu Dergisi, 1998, Sayı 2 – Haziran s.400 – 402.

(14) Konumuz borçlar hukukunun genel bölümü olunca, bütün bu saptamalar özel bir ağırlık kazanır. Çünkü borçlar hukuku öteki medeni hukuk dallarıyla

karşılaştırıldığında çok daha büyük bir önem taşır. Borçlar Kanununun genel bölümü tüm özel hukukun, hatta kamu hukukunun bile "anayasası" sayılabilir. Gerçek ve tüzel kişiler hukukunda, aile, miras ve eşya hukukunda, hatta anayasa ve idare hukukunda adım başında borçlar hukuku kurallarıyla, kavramlarıyla, kuramlarıyla karşılaşılar. Burada sadece "sözleşme" kavramını anımsatmakla yetinelim. Sonra, "borçlar hukuku" kitaplarında yatıp uyutan bir hukuk olmayıp yaşanan bir hukuktur. "Sözleşmenin" (mülkiyetin yanı sıra) günümüz toplumunun temel hukuki kurumu olduğu anımsanırsa doğal, karşılanmalıdır bu. Borçlar hukukunun bu pratik önemine ve öncelliğine, onun olağanüstü teknik bir hukuk dalı olma özelliği eklenir. Gerçekten de borçlar hukuku, kökü Roma hukukuna dek uzanan bir mantık ustalığının ürünüdür. Borçlar Kanununun kurallarını yorumlayıp uygulamak demek, yorucu bir kavram satrancı oynamak ya da yıpratıcı bir zihin jimnastiği yapmak demektir. Bu gerçekler ortadayken, yöntem sorununu önemsememek olmaz. R. Serozan – Borçlar Hukuku Genel Bölüm – İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1988. Önsözünden kısaltılarak alınmıştır.

(15) A. F. Kayhan, "Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muris Muvazaası" isimli makalesinde (ABD 2000/4, s. 178 ve 183) aynı doğrultuda şu tespitlere yer vermiştir. Muris muvazaasının içerdiği çetin hukuksal meseleler, hangi uzmanlık alanında faaliyette gösterirse gösterin bir hukukçunun entelektüel iştahını kabartacak cinstendir. Konu, bugüne kadar ağırlıklı olarak yargıcı ve akademisyen kökenli yazarlar tarafından tartışılmıştır. Makalenin başlığını oluşturan sözcükler incelendiğinde: "Taşınmaz mülkiyeti" sözcüklerinin eşya hukukuna; "muris" terimi miras hukukuna; "mülkiyetin nakli ve muvazaa" sözcükleri ise borçlar hukukuna ilişkin kavramlar olduğunu gözlemliyoruz. Şu halde meselenin en azından bu üç hukuk dalıyla ilgisi olduğu... ve bunların içinde miras hukukunun odak noktası olarak alınmasının doğru olacağı açıktır.)

(16) "Ex maleficio non oritur contrarastus" (Uygunuz bir davranıştan sözleşme doğmaz; Sözleşme kurmakla bir haksızlık yapılması planlanırsa, sözleşme geçerli olmaz.) –İ. Sungurbey, Medeni Hukukun Temel Sorunları, Ankara 2003 – Adalet Yayınevi - s.320

(17) Sözleşmenin yorumlanması: Bir hukukçunun belirli bir olgunluk düzeyine geldiğini gösteren en önemli kıstas, onun kanunları ve sözleşmeleri isabetli bir biçimde yorumlayabilecek kıvama erişmiş olmasıdır. Bu da uzun yıllar boyunca tecrübe ile öğrenilir. Onun içindir ki tipki kanunların yorumu gibi, sözleşmelerin yorumu da kitaplarda edinilen bilgilerden ziyade, meslek hayatının içinde pişerek elde edilen bir yetenektir. N. Kocayusufoğlu, BH Genel Bölüm, Birinci Cilt – İstanbul 2008, Filiz Kitabevi

(18) Görünüşteki sözleşme; resmi şekle uygun olmakla birlikte, taraf iradeleri birleşmediği için muvazaa sebebiyle, gizli sözleşme ise taraf iradelerine uygun,

ancak resmi şekle aykırı olduğu için geçersiz olmaktadır. Görünüşteki sözleşmenin resmi şekle uygun oluşu, bağıştaki resmi şekil yerine kaim olmamaktadır.

(19) N. Barlas - Yeditepe Üniversite HF – Borçlar Hukuku Ders Notları

(20) H. Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998 – s.77 v.d

(21) R. Serozan Medeni Hukuk Genel Bölüm İstanbul 2004 Vedat Kitapçılık s.270 (MH)

(22) Prof. Dr. İsmet Sungurbey –a.g.e. -s.327 vd.

(23) İsmet Sungurbey – Medeni Hukuk Sorunları, Cilt IV, 1994 Paragraf 128, s.68'a ek : 01.04.1974 gün, ½ sayılı İBK'ya konu olan olaylarda danişikli işlem yoluyla satış gibi gösterilen bağışlama sözleşmesi, biçim eksikliği yüzünden geçersiz olduğu gibi, ayrıca bunun yanı sıra, miras bırakanla kendisine bağışlama yaptığı kişi bilinçli olarak el ve işbirliği yaparak mirasçılara miras haklarından yoksun kılmak amacıyla öğretide "kollusion" ve "miras düzenbazlığı" denilen hileli anlaşma da yapmış olduklarından, BK m.19/20'ye göre ahlaka aykırılık yüzünden de batıdır.

(24) Y. Karayalçın, Miras bırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı?, Ankara 2000, Turhan Kitabevi, s.59, 69-70)

(25) Vekil ile sözleşme yapan kişi, vekil edeni zarara sokmada, el ve işbirliği içine girerek öğretide kollusion denilen hileli anlaşma yoluna başvurularsa, sözleşme MK m.2'nin yanı

(26) YG HGK'nın 01.03.2000 tarihli, 1-126/143 sayılı kararında; muris muvazaası; MK 634, BK 213, 2613 sayılı Tapu Kanunu m.26'da düzenlenen şekil koşuluna aykırılık, mutlak butlan, muvazaanın ileri sürülmesinin zaman ötesi olduğu, re'sen göz önünde tutulacağı, icazete ayakta kalamayacağı, temlik konu tapulu taşınmazın mülkiyeti temlik yapılan şekle geçmiş gözükse de, gerçekte miras bırakanın malvarlığından çıkmış sayılmayacağı, 07.10.1953 gün 7/8 sayılı ve ayrıca 01.04.1974 tarih, ½ sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarına da yollama yapılarak, murisle akitinin "kollusion" denilen hileli anlaşma yoluna başvurduğunda hiç kimsenin kendi yaptığı hileli anlaşmadan ve haksızlıktan kalamayacağı, temlik olsun kısmen de olsa kendisine çıkar sağlayamayacağı (Hullus commodum ca pere potest ex sus insuria propria) mükemmel bir şekilde ifade edilmiştir.)

(27) A. Cura – Aynen Tazmin ve Aynı Tazminat – BK mad. 43/TBK mad. 51; AÜHF - Prof. Dr. R. ARSLAN'a Armağan – s. 515 – 538, Yetkin – 2015

(28) Başlangıçta; hastalığın tedavisi kolay, tanımı

zordur; ama zaman ilerledikçe başlangıçta tanımı ve tedavisi yapılmayan hastalığın tanımı kolay ancak tedavisi zordur. Aynı şey devlet işlerinde de söz konusudur. Machivalli – Hükümdar isimli kitabından alınmıştır. (Tip ve siyaset bilimi alanındaki bu tespit, hukuki anlaşmazlıkların çözümünde ve özellikle hukuki sebebin belirlenip uygulanmasında da geçerlidir. A. Cura)

(29) R. Serozan – Medeni Hukuk – a.g.e. /Yukarıdaki 3 paragraf - İstanbul 2004, Vedat K. - s.16 ve 17, s.274'den alınmıştır.)

(30) Actus Omissa Forma Legicorilit :Kanuni şekle uymadan yapılan muamele yıkılır. (Geçersizdir) Actus Similatus Nullius Es Momenti : Muavazaalı muamele geçerli değildir. BK mad. 18 Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlür : B.Erdoğan – İstanbul Bilgi Yayınları – 2004)

(31) S. Üstündağ - Tapu Kütüğünün Tashihi Davası İstanbul 1959 - Baha Mat. s.43 ve

(32) H. Belen - Medeni Hukukun Bazı temel Kavramları – İst.Barı Der. Ocak-Şubat 2014, s.90

(33) S. Sapanoğlu - Tapu İptali ve Tescil Davaları, Bilge Yayınevi, Ankara - 2015 – s.673 - 675

(34) Actio Negatoria - TMK m.683/II – B. Erdoğan, a.g.e)

(35) N. Giritlioğlu, Müdahalenin Men'i / El Atmanın Önlenmesi Davası, İstanbul 1994, Fakülteler Mat-baası, s.130

(36) Örnekler: taşınmaz satış ve bağış vaadi, önalım, TMK m.724'teki temlikten tescil, inancılı sözleşme, ölçüncüye kadar bakma sözleşmesi.

(37) Örnekler: Ehliyetsizlik, resmi şekil eksikliği, muvazaa, vekalet görevinin kötüye kullanılması, vekalet ya da temsil belgesinde eksiklik, sahte; nüfus cüzdanı/vekaletname/mirasçılık belgesi ile tapuda yapılan temlikler.

(38) Özmen/Aydın İBD – 2014, Sayı: 6, Tapu İptali Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar, Tescilli İsteme Davası / Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası

(39) Kararın sonundaki "iptali" sözcüğü yerine "düzeltilmesi" denmesi Yasa metnine daha uygun düşecektir. Ayrıca muvazaalı sözleşmeler yapıldığı andan itibaren taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmayacağından açılan dava sonunda verilen karar, yenilik doğurucu (inşai) bir hüküm değil, açıklayıcı (izhari) bir hüküm durumundadır.

(40) YG HGK'nın 01.03.2000 gün ve 1-126 E. 143 sayılı kararında; muvazaalı sözleşmelerin başlangıçtan iti-

baren geçersiz olduklarından hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı, dava sonucunda verilen kararın yenilik doğurucu (inşai) bir karar olmayıp, açıklayıcı (ih-dasi) karar olduğu ifade edilmiştir. Yine benzeri şekilde YG 1 HD'nin 26.05.2005 gün ve 6029/6521 sayılı ve 19.06.2013 gün ve 7586/10272 sayılı kararlarında da "ihdasi" sözcüğü, "açıklayıcı" anlamında kullanılmıştır. Burada kullanılması gereken doğru sözcük, ihdasi olmayıp "izhari"dır.

(41) YG 1 HD. 30.04.2013 gün ve 3580/6557 sayılı kararı - YG 1 HD. 15.09.2014 gün ve 10007/14114 sayılı kararı

(42) YG HGK'nın 27.05.2015 gün ve 2013/ 6 – 2268; 27.06.2012 gün ve 6 – 239/411 ve 27.04.2011 gün ve 6-38/225 sayılı kararlarındaki sırasıyla "kayın-peder – gelin", "yenge – yeğen", "teyze – yeğen" arasındaki pay satışlarında; tapuda gözükken satış işlemlerinin gerçekte bağış olduğu, işlem yapanlar arasında mirasçılık bağının bulunması şart olmadığı, 27.03.1957 gün ve 12/2 sayılı İBK'nın sözleşmede taraf olan kişinin işlemde muvazaa savunmasında bulunamayacağı kuralının bir istisnası olduğu dile getirilmiş ve daha önceki yıllarda verilen HGK'lara yollanmada bulunulmuştur.

(43) M.F.Yıldırım, Borçlar Hukukuna göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara – 2002, Nobel, s.29

(44) A. Kılıçoğlu Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Ankara – 2001, s.197

(45) C. Akbiyik – Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri, s.7,24 ve dipnot 95'teki YG, HGK ve Daire Kararları – 1997 İstanbul AlfaYayıncıları

(46) C. Akbiyik – a.g.e, s.45-46

(47) N.Yavuz, Muvazaa Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, 3. Baskı, s.81

(48) Tarımsal arazilerin satılması halinde, sınırdaş arazi maliklerine, 30.04.2014 tarihinde yapılan yeni bir yasal düzenleme ile, önalım hakkı tanınmıştır Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, m.8/İ

(49) Makale: no. 10'da geniş açıklamalar mevcuttur.

(50) S. Sapanoğlu, 3402 sayılı Kadastro Kanunu, Ankara – 2014, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, s.1)

(51) 23.01.2006 – 1 HD 2005/12896 2006/114)

(52) 18.03.2014 – 1 HD 13/5749 14/5818 ; 25.01.2010 – 1 HD 2009/12930 2010/530 ; 26.01.2006 2005/13023 2006/310 ; 08.03.2013 1 HD 2400 – 3466 ; Y. 1 HD 18.03.2014 13/5749 14/5818)

(53) S. Sapanoğlu, Tapu İptali ve Tescil Davaları,

Ankara – 2015, Bilge Yayınevi, s.610 ve s. 806

(54) "İlli" / "illefli" / "illiyet" sözcüklerinin farklı anlamları bazen birbirine karıştırılmaktadır. İlli : sebebe bağlı olan; İllefli: bozuk/sakat; İlliyet : neden – sonuç ilişkisi anlamında kullanılmaktadır.

(55) Aynı doğrultudaki kararlar; YG 1 HD 30.06.2005 ta. - 7097/8181; 1 HD 06.03.2003 ta. 12/13296 13/3301)

(56) C. Akbıyık– a.g.mad. - İstanbul Barosu Dergisi, 1998, Sayı 2 – Haziran, s.402 vd.)

(57) YG 10.6.2015 tarih HGK, , E. 2014/1-52, K. 2015/1524)

(58) E. Özkaya İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları 4. Baskı Ankara 2011 s. 41 ve orada ilgi tutulan Y. 13 HD 31.03.1986 gün ve 1335/1912; 2HD 25.02.1986 gün, 1447/1963 sayılı kararları

(59) S. Sapanoğlu, Tapu İptali ve Tescil Davaları, Ankara – 2015 s.608 ve 610

(60) 30.01.2014 1 HD 13/21600 14/1631; Karşı oyda, muris muvazaasına dayalı tapu iptal davalarının hiçbir süreye tabi olmadığı, bu hakkın her zaman hatfa uzun yıllar geçtikten sonra dahi kullanılabilceği, hukuk düzeninin davacılara bu hakkı tanıdığı o nedenle TMK m.2'ye aykırı olmadığı belirtilmiştir.

(61) Y 1 HD 12.06.2014 2013/21251 2014/11685 – Salih ÖZAYKUT – Mülkiyet Hakkına Dayalı Davalar – Ankara 2015 – Adalet yayınevi - s. 408)

(62) YG 1 HD 05.04.2011 ta. 10/13278 E. 11/3935 K

(63) S. Özakut, age, s.407 – 408

(64) B. Özen – Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, s.20 ve 124 İstanbul 2008 – Vedat Kitapçılık

(65) Yargıtay kararında intifa hakkının ne kadar süre için tesis edildiği, satış yoluyla mı yoksa bağış yoluyla mı kazanıldığı konularında yeterli açıklık bulunmamaktadır. Genel sözcüklerle murisin bir taşınmaz üzerindeki intifa hakkını, tapuda başka birisine temlik etmesi halinde, değiştirilen İBK'nın uygulanmayacağı ve muvazaa sebebiyle iptal edilemeyeceği şeklinde bir kanaate varılmış ise de, bu kararın genel bir kural oluşturmadığı kabul edilmelidir.

(66) Görüldüğü gibi, Yüksek Daire, mirasçılardan mal kaçırma kastıyla miras bırakanın yaptığı muvazaalı, çıplak mülkiyet ve intifa temlikleri bakımından bir ayırım yapmadan, her ikisinin de tescillerinin yolsuz olduğunu tespit ederek, geçersiz saymıştır.

(67) Y HGK, 15.04.2011 10/14-599 E., 11 /178 K

(68) Ö.U. Gençcan- Miras Hukuku – Ankara 2011 - II. Baskı s. 699 – Yetkin Yayınları

(69) Makale no: 5

(70) M.H.Surlu – Kişisel Hak Kaynaklı Tapu İptali Tescil Davaları – Ankara 2008 – Seçkin s. 243

(71) M.H.Surlu – age – s. 244

(72) YG. 1 HD 03.07.2007 ta. 4927/7590; YG. 1 HD 23.01.2013 ta. 12/12211 E. 13/680 K.

(73) S. Sapanoğlu – Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları – 2015 – s. 55, Y 1 HD, 07.03.2012, 2011/13597 E., 2012/2422 K.); aynı paralelde : Yg 1. Hukuk Dairesi E. 2014/10594 K. 2015/12223 T. 21.10.2015

(74) E. Kurt - Motorlu Araç Mülkiyetinin Devri, Tescilli Ve Harici Devirler - Aydın ZEVLİLER Armağanı – 2013 Ekim - s. 1857 v.d.

(75) S. Özakut, Mülkiyet Hakkına Dayalı Davalar, Ankara – 2015, 2. Baskı s.369-371, Y 1 HD 03.07.2014 gün 6217/12913

(76) A. Akartepe – Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi – s. 28 - 32'deki "Sözleşmenin hukuki niteliği" bölümünden, özetlenerek alınmıştır.

(77) TBK mad. 612 f. 2'de devletçe tanınmış bir kurum tarafından yetkili makamların belirlediği koşullarda yapılan ÖKBŞ'larda, adı yazılı şeklin yeterli olacağı ifade edilmiştir.

(78) S. Sapanoğlu – Muvazaa ve İnançlı İşlem Davaları – Ankara 2015 – s. 86 – 91, 194; Y. 1 HD 20.02.2012 T. 1190 /1607; 20.01.2014 gün ve 124/619; Y 14 HD 09.12.2014 gün ve 10882/14103"

(79) YG 1 HD 16.01.2001 – 14753/140 – YKD – Ağustos 2001 – s. 1164 – A. Akartepe– a.g.e. – s. 212 - 214) (Aynı paralelde s. 216 – 217 – Y 1 HD 14.03.2001 – 2272/2771 YKD – Ekim 2001 – s. 1497)

(80) E. Özkaya – a.g.e. – s. 530 – Y 1 HD 07.07.2008 – 6629 – 8538

(81) YG 1 HD. 4.6.2015 t. 2014/6610 E. 2015/8276 sayılı Kararı

(82) M. Çemberci – Gayrimenkul Satış Vaadi – Ankara – 1986 – III. Baskı – Olgaç Matbaası – s. 6 ve 14

(83) N. Kocayusufoğlu – Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi – Doktora Tezi – İstanbul 1959 Sulhi Garan Matbaası; Gayrimenkul Satış akdi ile gayrimenkul satış vaadinin hukuki mahiyetleri ve benzer müesseseler ile mukayesesine s. 3 – 103 arasındaki açıklamalar.

(84) İ. Karataş : Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi Ve Yüklenicinin Temlikli İşleminden Kaynaklanan Davalar – Ankara 2009 Adalet Yayınevi s. 143 - Y 14 HD 30.11.2007 14280 -15253

(85) M. Kalyon – Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi, 2004 Kartal Yayınevi - s. 423'teki Y HGK 01.05.1991 14-150/233

(86) Y. HGK - 01.05.1991 14-150/233

(87) N. Kocayusufpaşaoğlu – Miras Hukuku – III. basım İstanbul 1987 – Filiz Kitapevi – s. 350)

(88) YG 1 HD 23.06.2009 – 3686 – 7314: Murisin önce mirastan feragat sözleşmesi yapması ve daha sonra da lehine sözleşme yapılan oğlundan, bir kısım taşınmazlarını muvazaalı olarak temlik etmesi: Miras bırakan, maliki bulunduğu 6 parça taşınmazdaki hak ve hisselerini, tüm mirasçılarıyla Malkara Noterliğinden yaptığı ivazsız mirastan feragat sözleşmesiyle, oğlu Mahmut'a bırakmış, ancak daha sonra bu taşınmazlardan 3 tanesini muvazaalı olarak, oğlu Mahmut'tan mal kaçırmak amacıyla kızının akrabası olan K.'ye satış göstererek tapudan devretmiştir. Davacı Mahmut; muvazaalı temlike konu 3 parça taşınmazın K'den alınıp kendine iadesi ve diğer üç parçanın da mirastan feragat sözleşmesine dayalı olarak adına tescilli için açtığı davada verilen kısmen kabul kararının, tüm taleplerin kabul edilmesi gerektiği noktasında bozulmuştur.

(89) Bilindiği gibi, görünürdeki muvazaalı sözleşmenin altına gizlenen sözleşme, sadece nispi muvazaada bulunması gereken 4. unsurdur. Mutlak muvazaada ise bu 4. unsur yer almamaktadır.

(90) M. Dural - Miras Sözleşmeleri – İstanbul 1980 – s. 293 – 294

(91) G. V. Hamamcioğlu, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi kavramı, İst. 2014, XII Levha, s.7 - Kişi hayatta iken hükümlerini doğuran işleme sağlar arası işlem; kişinin ölümünden sonra hükümlerini doğuran işleme ölüme bağlı işlem veya ölüme bağlı tasarruf denir.

(92) Ö. U. Gençcan – Miras Hukuku – Ankara 2011 – Yetkin - s. 699; aynı paraleilde: Muris tapulu taşınmazdaki ¼ payını vasiyetname yoluyla davallılara bırakmıştır. Bu durumda 01.04. 1974 gün ve ½ sayılı İBK uygulanmaz [1 HD, 07.04.2014 5044/7189]; Y 2 HD 22.10.2007, 19259 – 13908; YG 1 HD 06.10.2015, 10085/3641)

(93) Ö. U. Gençcan – a.g.e - 699- 700

(94) YHGK 14.05.2014, 17-637/658: Taşınmaz tabiri, gemi siciline kayıtlı olan gemilere de şamilidir. Diğer gemiler bu kanun hükmünce taşınır sayılır." hükmü yer almaktadır.

(95) E. Özkaya, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 4. Baskı Ankara 2011, s.383

(96) "Muris muvazaasına dayalı iptal ve tescil davası ile tenkis davası arasındaki ilişkiler" başlığı altında: benzerlikleri ve farklılıkları olmak üzere iki ayrı bölüm halinde ve geniş biçimde yapılan bilimsel inceleme, Yüksek Mahkeme Kararlarından desteklenmek suretiyle, E. Özkaya'nın "İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları 4. Baskı Ankara 2011 s. 405 – 410'da" yer almıştır.)

(97) Daha geniş bilgi için, bkz. Makale no: 9

(98) YG 1 HD 18.11.2014 gün ve 11717 – 17781

(99) Y 1 HD 12.12.2014 gün ve 13/17451 – 14/223

(100) V. Buz – Yenilik Doğuran Haklar – "Doçentlik Tezi" Ankara 2005 – Yetkin – s. 57 – 66'da yenilik doğuran hakların özelliklerini "Tek taraflı hukuki işlem özelliği/ başka bir şahsın hukuk alanına müdahale yetkisi vermesi/tasarruf işlemi niteliği/sınırlı sayı ilkesinin geçerli olmadığı" başlıkları altında incelemiş ve s. 65 - 66'da "yenilik doğuran haklar sözleşme ilişkisinin bir istisnasını oluşturur. Yenilik doğuran hak sahibi, tek taraflı bir hukuki işlem ile başka bir şahsın dahil olduğu bir hukuki ilişkiye müdahale de bulunma gücüyle donatılmıştır. Kaynağını Kanunda veya bir sözleşmede bulan bu güce dayanarak hak sahibini yeni bir hukuki durum yaratma, yani bir hukuki ilişkiyi kurma, bir hukuki ilişkinin içeriğini değiştirme veya bu ilişkiyi sona erdirmeye imkanına sahiptir..... Bu noktada yenilik doğuran hakların diğer haklardan farklı bir özelliği, deyim yerinde ise bu hak durumunun büyüleyici bir yanı da ortaya çıkmaktadır. Diğer haklar bakımından hak sahibinin hakkını kullanmasıyla, kullanılan hakkın icrası farklı farklı hususlardır. Diğer hakların icrası için, karşı tarafın iş birliğinde bulunması, aksi takdirde hak sahibinin devlet organlarının müdahalesini talep etmesi gerekir.

(101) YG HGK'nın 29.05.1996 gün ve 2/296 E. 424 sayılı kararında tenkis davasının hukuki niteliği hakkında şu açıklamalara yer verilmiştir: "Belirtmek gerekir ki tenkis davası, saklı pay sahiplerine, saklı paylarına, miras bırakanın tecavüzünü gidermek, temlikli işlemlerini tasarruf nisabı sınırı içine sokmak imkânı veren ve kişisel hakkın korunmasını amaçlayan yenilik doğurucu (inşai / ihdasî) nitelikte bir dava türüdür. (Prof. Tahir ÇAĞA, Mahfuz Hisseli Mirasçıların Hukuki Vaziyeti 1950 Bası, s.25) Genellikle, inşai her davada olduğu gibi, tenkis davası da iki isteği kapsar, biri inşai hakkın tespiti diğeri ise eda bölümüdür. Saklı payın zedelenmesinden ötürü mirasçının mal varlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesine dair bölüm ise edaya ilişkindir. (Postacıoğlu MHU Dersleri, 1970 Baskı, s.241, YG HGK 27.11.1991 T. 2-248/596)

(102) E. Özkaya – Ankara 2011 – Seçkin – s. 410'da tenkis davası saklı pay sahibi mirasçıya aynı bir

hak sağlamak değil, saklı paya yapılan tecavüzü gidermek amacıyla açılan ve kişisel hak doğurana bir dava çeşididir. Koşulları varsa saklı pay mirasçılarının bağış yapılan şeyin mülkiyetini kazanması, davanın niteliğini ve şahsi hak davası özelliğini değiştirmez, denildikten sonra; "muvazaa davasının aynı hak sağlayacağı" şeklindeki anlatım, davanın açıldığı tarihten beri var olan aynı hakkının tespiti edileceği" şeklinde anlaşılmalıdır.

(103) Tenkis (indirim) davalarının hukuki niteliği hakkında çok geniş açıklamalar için bk. Hukuk Genel Kurulu: 7.7.2010 T. 2010/1-360 E. 2010/372 K. ; Y HGK 22.10.2010 2- 648 / 684; 1 HD 02.07.2015 – 14/5612 – 15/9626)

(104) Ecrimisil, geriye doğru murisin ölüm tarihine kadar, yıllık dönem faizleriyle istenebilmekte ve 5 yıllık zamanaşımına tabi tutulmaktadır.

(105) YG 1 HD. 3.4.2012 T. 1155 E. 3895 K. Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı pay oranında iptal-tescil, ecrimisil; olmadığı takdirde tenkis isteklerine ilişkindir. Diğer taraftan, muris muvazaası olarak adlandırılan dava sonucu muvazaanın varlığının kanıtlanması durumunda işlem baştan beri hüküm doğurmayaacağından, verilen karar açıklayıcı nitelikte olup; davacının, mirasın intikaliyle birlikte hak sahibi olacağı kuşkusuzdur. Bu durumda, bu hakkın bir sonucu olarak davacının ecrimisille de hak kazanacağı kabul edilmelidir. O halde mahkemenin, davacıların kayıt maliki olmadığı dönem için ecrimisil istemeyecekleri yönündeki gerekçesi isabetli değildir.

(106) Actio Ad Supplendam Legitimum – Saklı paylı mirasçısının, saklı payının tamamlanmasını istemek için açtığı dava, B. ERDOĞMUŞ a.g.e)

(107) YG 1 HD. 6.10.2015 t. 2014/10085 E. 2015/11383 sayılı kararı: Dava, muris muvazaası hukuksal sebebine dayalı tapu iptal tescil, olmadığı takdirde tenkis istemine ilişkindir. Ne var ki, mahkemece yapılan hesaplamada davalının saklı paylı mirasçı olması nedeniyle sabit tenkis oranı belirlenirken saklı payının düşülmesi gerektiği göz ardı edilerek tenkis hesabı yapılması isabetli olmadığı gibi, belirlenen miktara tercih hakkının kullanıldığı tarihten itibaren faize hükmedilmesi gerekirken dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesinin doğru olduğu da söylenemez.

(108) 30.04.2014 1 HD 13/19828 14/9074: Miras bırakan M'ye ait taşınmazın temlik söz konusu olmayıp, 3. kişi C'den edinilen taşınmazların satış bedelinin muris M tarafından ödendiği iddia edilmektedir. Öyle ise muris tarafından yapılan işlem elden bağış (gizli bağış) niteliğini taşır. Böylesi bir olguda ise, 01.04.1974 tarih ½ sayılı İBK'nin uygulama yeri bulunduğu söylenemez. 01.04.1974 tarihli İBK konusu ve sonuç bölümü itibarıyla murisin kendi üzerindeki tapulu taşınmazlar yönünden yaptığı temlikli işlemler için bağlayıcıdır.

Somut olayda olduğu gibi bedel ödenerek (gizli bağış) şeklinde gerçekleştirilen işlemler hakkında anılan İBK'nin doğrudan bağlayıcı olma niteliği yoktur.)

(109) YG 2 HD 09.06.2005 gün ve 5439/8953 sayılı kararında: Muris 15.05.1996 tarihli vasiyetname ile tüm gayrimenkullerini davacıların murisine vasiyet etmiş, 24.06.1996 ve 3.10.1997 tarihinde vasiyet ettiği taşınmazları torununa satmıştır. Bir kısım mirasçılar tarafından bu taşınmazlar hakkında muris muvazaasına dayalı olarak açılan dava sonunda satışlar iptal edilerek taşınmazlar muris adına tescil edilmiştir. Bir kısım davalılar tarafından açılan ve muvazaa nedenine dayalı dava sonunda alıcılara adına olan tapu kaydı iptal edildiğinden vasiyet geçerliliğini korumuştur. Vasiyetnamenin iptali talebi de red edilip kesinleşmiştir. O halde tarafları, konusu farkı muvazaa nedeniyle tapu iptal tescil davası kesin hüküm kabul edilerek vasiyeti hükümsüz kılacak şekilde ret hükmü kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.)

(110) Aynı paralelde Y HGK 06.11.2002 2– 874/893 – Miras bırakan vasiyetname ile bir taşınmazını oğlu ve gelinine bırakıyor, aynı gün Noterde yaptığı takip eden işlemlerle aynı taşınmazın ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile oğlu ve gelinine veriyor ve ertesi gün tapu onlar adına tescil ediliyor, miras bırakanın diğer oğlu, muris muvazaası sebebiyle ölünceye kadar bakma sözleşmesini iptal ettiriyor; bu durumda vasiyetname geçerliliğini koruyor.

(111) B. Umar, HMK Şerhi, Yetkin, 2. Baskı – 2014, m.203/d, s.679 – 680; 631 – 632

(112) YG 1 HD'nin 21.10.2013 sayılı kararı

(113) 1 HD, 14.01.2014 13/14385 – 14/173

(114) S. Özaykut, a.g.e, s.380-382

(115) S. Özaykut, a.g.e, s.391

(116) E. Özkaya- İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları – Ankara 2003 – Seçkin – II. Baskı – s. 38

(117) M. Bilgen – YG HGK Başkanı ve HGK Tetkik Hakimleri – HGK Emsal Kararları – 2012 – 2014, Ankara 2014- Adalet Yayınevi – s. 413 – 415 - HGK 10.10.2012 tarih ve 1-492/696

(118) Çevre ve Şehircilik Bakanlığı / Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün Tapu Dairesi Başkanlığı'nın, 09.05.2013 gün ve 3609 sayılı, "muvazaa sebebiyle tapu iptali ve tescilinde harç oranı" konulu olan ve tapu ve kadastro bölge müdürlüklerine gönderilen yazısından alınmıştır.)

(119) Tapuda, miras bırakanla iş birliği halinde muvazaalı işlem yapan davalı, tapu sicilinin düzeltilmesi

davasında, taşınmazın dava tarihindeki değeri üzerinden tüm yargılama giderlerinin ve o cümleden olarak vekalet ücretini davacı mirasçıya ödemekle yükümlü olacağı gibi ayrıca davacının ilamın infazında ödeyeceği harçlardan da sorumlu tutulmalıdır.

(120) Ferdi (özel) mülkiyet, sahibine konusu olan eşya üzerinde en geniş şekilde doğrudan doğruya yararlanma, kullanma, tasarruf etme yetkilerinin tümünü birden veren bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilen, tam, mutlak ve münhasır bir aynı haktır. Bu anlamdaki ferdi (özel) mülkiyet, aksi düşünceler de bulunmakla birlikte, insan varlığının, yaşamının, özgürlüğünün, zenginliğinin ve mutluluğunun kaynağı, anahtarı ve teminatı olarak görülmektedir... Bu olmadıkça özgürlüklerin varlığından söz edilemez. Onun için mülkiyetin sahibinin elinden almak, onu bu tür özgürlüklerini ihlal etmek demektir.... (Mehmet Ünal – Ferdi (Özel) Mülkiyetin Tarihi Dini ve Beşeri Kökenleri, Fikret EREN'e Armağan –Ankara 2006 – 901 v.d.

(121) Medeni kanuna hakim olan bu ana fikir gereğince, 618.inci maddede mülkiyet hakkı sahibinin, tasarruf serbestisinin kanun dairesinde olduğu yazılmıştır.. Herkes haklarını kullanırken dürüstlük kuralına uymak zorunda olduğunu ve bir hakkın kötüye kullanılmasını kanunun himaye etmeyeceğini, ifade eden 2. maddesindeki hüküm Medeni Kanunun tamamına hakim bir prensiptir. Bu maddedeki hüküm ile medeni kanun, hak sahiplerine haklarını kullanırken takip etmeleri gereken yolun sınırlarını çizmiştir. (Suad Bertan – Aynı Haklar – Cilt I – Ankara 1976 – s. 274 – 275)

(122) Miras bırakana ölüme bağlı tasarruflarda bulunma konusunda, sınırsız bir özgürlük tanınmamış, yukarıda belirtilen nedenlerle ona çok yakın olan bazı kanuni mirasçıların (MK mad. 453) menfaatlerini korumak amacıyla bu özgürlük sınırlanmıştır. Bu sınırlandırma, kanuni mirasçılardan bazılarında saklı pay denilen ve miras bırakan tarafından başkalarına kazandırılmayan (teberru edilemeyen) belirli bir miras payının tanınması yolu ile gerçekleştirilmiştir. MK miras bırakana ancak terekesinin saklı payla sınırlanılmamış olan bölümünde yapacağı ölüme bağlı tasarruflarla serbestçe tasarrufta bulunma yetkisi tanımıştır. (Bülent Köprülü – Miras Hukuku Dersleri – İstanbul 1975 – Fakülteler Matbaası – s. 236

(123) Dürüstlük, sözünde ve davranışlarında doğru-luktan ayrılmama anlamına gelir. Dürüstlük kuralı ise, bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde hukuka, bir toplumda genellikle benimsenen ahlak anlayışına, örf ve adet kurallarına ve doğruluk ilkelerine uygun davranma, kullanılan hakla ilgili olan diğer hak sahiplerinde veya borç ilişkisinin diğer tarafında bulunanlarda varlığı olan güven duygusunu zedelemeyi öngören kural olarak nitelendirilebilir.... Dürüstlük kuralı hak, hukuk, hakka-niyet, iyi ahlak kavramları gibi içi doldurulmaya ve anlamlandırılmaya çok uygundur. (Ramazan Arslan – Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı – Ankara 1989 – s. 23 v.d)

(124) Sözleşme kurmakla bir haksızlık yapılması planlandığında sözleşmenin geçerli olmayacağı; kınanacak davranışından dolayı kişinin kendisine hak ya da karşı hak sağlayamayacağı, aldatmak ya da haksızlıktan çıkar sağlanamayacağı, hiç kimsenin hileli davranışından faydalanamayacağı, hukukun genel kuralları arasında farklı özdeyişlerle dile getirilmiştir. İ. Sungurbey a.g.e, s.320-321)

(125) S.Kaneti – Türk Miras Hukukunun Anayasal Temelleri – İHFM – C. LIV 1994 - 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 35. maddesi, mülkiyet ve miras haklarını, birbirine yakın ve birbiriyle ilgili iki temel hak olarak birlikte düzenlemiştir. Miras hakkı, mülkiyet hakkının bir devamı, onun özel bir şekli olarak düşünüldüğünden, mülkiyet ve miras aynı maddede ardarda düzenlenerek Anayasal güvence altına alınmıştır. Temel bir hak olarak miras hakkı, miras bırakan yönünden mirasın kendinden sonrakilere geçmesini ve ölüme bağlı tasarrufta bulabilmeyi içerir. Yasal ya da iradi mirasçılar yönünden ise, miras yoluyla miras hakkının mal varlığını edinebilmek yetkisini kapsar

(126) S. Kaneti – agm. - Ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğü, miras hakkının kapsamına girer. Bu özgürlük miras bırakana mirasın geçişini kendi iradesiyle belirlemek olanağı verir. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğü, bir veya birden fazla mirasçıyı seçme, paylarını belirleme ve ayrıca vasiyette bulunma yetkisini kapsar. Bu özgürlük, yalnız tek yanlı bir işlem olan vasiyetname yapmayı değil, miras sözleşmesini de içerir.



Otomobil İnallar'dan Kiralanır!

675 €* / AY



BMW 116d OTM.

775 €* / AY



BMW 320i OTM.

975 €* / AY



BMW 520i OTM.

1.100 €* / AY



BMW X3 sDrive20i OTM.

* Fiyatlar KDV hariç olup, 12 aylık kiralamada yıllık 15.000 km için geçerlidir.

İnallar Filo Kiralama

Hyundai Plaza İzmir Yolu 11. km. No:375 16120 Nilüfer/BURSA

Tel: (0224) 413 66 00

www.inallar.com.tr

[f](#) [t](#) [i](#) /inallarotomotiv



Adalet gücü bağımsız olmayan bir milletin,
devlet halinde varlığı kabul olunmaz.

Gazi Mustafa Kemal Atatürk