benzersor

DERS NOTLARI 2026 BASKISI

HÂKİM–SAVCI ADLİ YARGI–AVUKAT

208 Konuluk Ders Notları

Hâkim–Savcı Adli Yargı–Avukat konularının tamamı için benzersor'un hazırladığı özgün konu anlatımı notları.

KİTAPÇIK	
Ders / bölüm	12
Konu anlatımı	208
Kelime	113.470

KAPSAM
Sınav konu listesinin tamamı
Özgün benzersor anlatımı
Resmî kurum yayını değildir

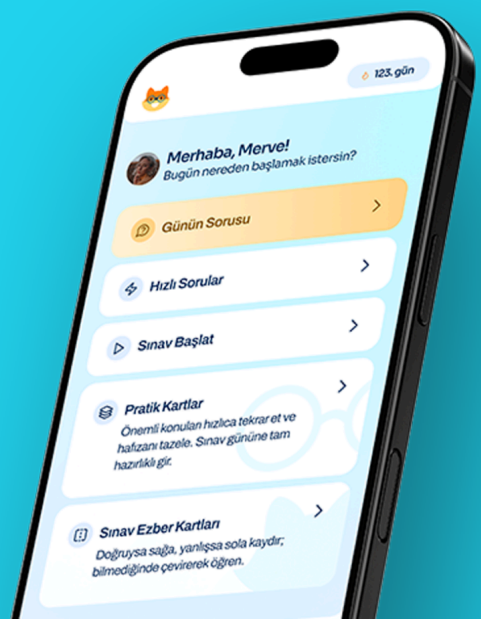
Konu Anlatımı ve Soru

Cebinde!

benzersor uygulamasında bu konuların anlatımını dinleyebilir, her konudan soru çözebilir ve gerçek sınav simülasyonuna girebilirsin.

App Store'dan İndirin

İNDİRİN Google Play



Bu kitapçık hakkında

Hâkim-Savcı Adli Yargı-Avukat ders notları · 2026 baskısı · 208 konu

Bu kitapçık nedir?

Bu kitapçık benzersor'un hazırladığı **özgün çalışma notudur**. Konu anlatımlarının tamamı benzersor tarafından yazılmıştır; hiçbir kaynaktan olduğu gibi alınmamıştır. Amacı sınava hazırlanan adaya konuyu bütünlüklü bir anlatımla aktarmaktır.

Resmî bir yayın değildir

Bu belge ÖSYM, SPL (Sermaye Piyasası Lisanslama Sicil ve Eğitim Kuruluşu), Diyanet İşleri Başkanlığı, TÜRMOB/TESMER veya sınavı düzenleyen başka bir kurumun yayını değildir; hiçbir resmî geçerliliği yoktur. Kitapçıkta yer alan hiçbir ifade, ilgili kurumların resmî görüşü olarak okunamaz.

Hukukî ve meslekî içerik hakkında: bu bir görüş değildir

Bu kitapçık **sınava hazırlık materyalidir; hukukî görüş, vergi görüşü veya meslekî danışmanlık değildir**. Somut bir olayda ya da meslekî bir işte bu metne dayanılarak işlem yapılamaz.

Anlatımlarda atıf yapılan kanun, yönetmelik, tebliğ ve standart metinleri **değişir**; bir hükmün yürürlükteki hâli için bağlayıcı olan kaynak bu kitapçık değil, **mevzuat.gov.tr** üzerindeki güncel metin ile ilgili kurumun (KGK, TÜRMOB, Adalet Bakanlığı) yayımladığı son düzenlemedir. Madde numaraları ve eşik tutarlar bu baskının tarihi itibarıyladır.

Hangi kaynaklara dayanılarak yazıldı?

Anlatımlar aşağıdaki kaynaklara dayanılarak, özgün metin olarak yazılmıştır. Bir çelişki durumunda bağlayıcı olan bu kitapçık değil, aşağıdaki resmî kaynakların güncel metinleridir:

- Mevzuat Bilgi Sistemi — idarî ve malî mevzuat metinleri (mevzuat.gov.tr) https://www.mevzuat.gov.tr/
- Mevzuat Bilgi Sistemi — yürürlükteki kanun ve yönetmelik metinleri (mevzuat.gov.tr) https://www.mevzuat.gov.tr/
- Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi — İHAS resmî çeviri metni ve AİHM el kitapları https://inhak.adalet.gov.tr/
- MEB MEGEP — İdare Hukuku ve İdarî Yargı İşlemleri modülü https://megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/moduller/
- Ayrıca konu sınırlarını doğrulamak için 3 adet kamuya açık hazırlık materyali incelenmiştir; bunlar bağlayıcı kaynak değildir.

Kapsam ve mevzuat değişir

Bu baskı **29 Temmuz 2026** tarihinde üretilmiştir ve içeriği o tarihteki sınav konu listesine ve mevzuata dayanır. Sınav kapsamı, konu ağırlıkları ve mevzuat değişebilir; çalışmadan önce sınavı düzenleyen kurumun yürürlükteki kılavuzunu ve ilgili mevzuatın güncel metnini mutlaka kontrol et.

Hata bildirimi

Kitapçıkta bir hata gördüysen **destek@benzersor.com** adresine yazarak bildirebilirsin; düzeltilen içerik bir sonraki baskıya işlenir.

Kapsam

#	DERS / BÖLÜM	YAZILAN / TOPLAM KONU
1	Anayasa Hukuku	11/11
2	İdare Hukuku	18/18
3	İdari Yargılama Usulü (İYUK)	9/9
4	Hukuk Muhakemeleri Usulü (HMK)	21/21
5	Medeni Hukuk	31/31
6	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk (MÖHUK)	13/13
7	Borçlar Hukuku	30/30
8	Ceza Hukuku	18/18
9	Ceza Muhakemesi Hukuku (CMK)	14/14
10	Ticaret Hukuku	20/20
11	İcra ve İflas Hukuku	11/11
12	İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku	12/12

Bu kitapçık, sınav konu listesindeki tüm başlıkları kapsar.

İçindekiler

1. Anayasa Hukuku

1.1 Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Teorisi
1.2 Türk Anayasa Tarihi
1.3 Devletin Temel Nitelikleri ve Temel İlkeler
1.4 Yasama
1.5.1 Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi
1.5.2 Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
1.5.3 Olağanüstü Hâl Rejimi
1.6 Yargı
1.7.1 Temel Hakların Sınıflandırılması
1.7.2 Temel Hakların Sınırlandırılması
1.7.3 Hak ve Hürriyetlerin Korunması

2. İdare Hukuku

2.1 İdare Hukukunun Temel İlkeleri ve Kaynakları
2.2.1 Merkezden Yönetim
2.2.2 Yerinden Yönetim
2.2.3 Kamu İktisadi Teşebbüsleri
2.2.4 Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları
2.3.1 Yetki
2.3.2 Şekil
2.3.3 Sebep
2.3.4 Konu
2.3.5 Maksat
2.3.6 İdari İşlemin Sona Ermesi
2.4 İdari Sözleşmeler
2.5 Kamu Görevlileri (Memurlar)
2.6 Kamu Malları
2.7.1 Kusurlu Sorumluluk
2.7.2 Kusursuz Sorumluluk
2.8 Kolluk ve Kamu Hizmeti
2.9 Kamulaştırma ve Devletleştirme

3. İdari Yargılama Usulü (İYUK)

3.1.1 Danıştay
3.1.2 Bölge İdare Mahkemeleri
3.1.3 İdare ve Vergi Mahkemeleri

3.2 İptal Davası
3.3 Tam Yargı Davası
3.4 Görev ve Yetki
3.5 Süreler
3.6 Yürütmenin Durdurulması
3.7 Kanun Yolları

4. Hukuk Muhakemeleri Usulü (HMK)

4.1.1 Mahkemelerin Kuruluşu
4.1.2 Görev
4.1.3 Yetki
4.1.4 Hâkimin Yasaklılığı ve Reddi
4.2.1 Eda Davası
4.2.2 Tespit Davası
4.2.3 İnşai Dava
4.2.4 Belirsiz Alacak Davası
4.3 Dava Şartları ve İlk İtirazlar
4.4.1 Yazılı Yargılama Usulü
4.4.2 Basit Yargılama Usulü
4.5.1 İspat Yükü
4.5.2 Kesin Deliller
4.5.3 Takdiri Deliller
4.6.1 İstinaf
4.6.2 Temyiz
4.6.3 Yargılamanın İadesi
4.7.1 İhtiyati Tedbir
4.7.2 İhtiyati Haciz
4.7.3 Delil Tespiti
4.8 Tahkim ve Dava Şartı Arabuluculuk

5. Medeni Hukuk

5.1.1 Dürüstlük Kuralı ve İyiniyet
5.1.2 Hâkimin Takdir Yetkisi
5.1.3 İspat Yükü
5.1.4 Kanunun Uygulanması ve Yorumu
5.2.1 Gerçek Kişiler
5.2.2 Hak ve Fiil Ehliyeti
5.2.3 Kişiliğin Korunması
5.2.4 Ad ve Yerleşim Yeri

5.2.5 Tüzel Kişiler
5.2.6 Dernek ve Vakıflar
5.3.1 Nişanlanma
5.3.2 Evlenme ve Koşulları
5.3.3 Evliliğin Genel Hükümleri
5.3.4 Mal Rejimleri
5.3.5 Boşanma ve Sonuçları
5.3.6 Soybağı
5.3.7 Velayet
5.3.8 Vesayet
5.3.9 Nafaka
5.4.1 Yasal Mirasçılar
5.4.2 Ölüme Bağlı Tasarruflar
5.4.3 Saklı Pay ve Tenkis
5.4.4 Mirasın Geçmesi
5.4.5 Mirasın Paylaşılması
5.5.1 Zilyetlik
5.5.2 Tapu Sicili
5.5.3 Mülkiyet
5.5.4 Taşınmaz Mülkiyeti
5.5.5 Taşınır Mülkiyeti
5.5.6 Sınırlı Ayni Haklar
5.5.7 Rehin Hakları

6. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk (MÖHUK)

6.1 Milletlerarası Hukukun Kaynakları
6.2 Devletin Unsurları ve Tanıma
6.3 Andlaşmalar Hukuku
6.4 Uluslararası Örgütler (Birleşmiş Milletler)
6.5 Ülke, Deniz ve Hava Sahası
6.6 Uluslararası Sorumluluk ve Uyuşmazlıkların Çözümü
6.7 İnsan Hakları Avrupa Sistemi (İHAS/AİHM)
6.8.1 Vatandaşlığın Kazanılması
6.8.2 Vatandaşlığın Kaybedilmesi
6.9 Yabancılar Hukuku
6.10 Kanunlar İhtilafı ve Bağlama Kuralları
6.11.1 Milletlerarası Yetki
6.11.2 Tanıma ve Tenfiz

7. Borçlar Hukuku

7.1.1 Sözleşmeden Doğan Borçlar
7.1.2 Haksız Fiilden Doğan Borçlar
7.1.3 Sebepsiz Zenginleşme
7.2.1 İcap ve Kabul
7.2.2 Hata Hile İkrah
7.2.3 Muvazaa
7.2.4 Şekil
7.2.5 Temsil
7.3.1 İfa
7.3.2 Borçlunun Temerrüdü
7.3.3 İfa İmkânsızlığı
7.3.4 Alacaklının Temerrüdü
7.4.1 Müteselsil Borçluluk
7.4.2 Cezai Şart
7.4.3 Bağlanma Parası
7.4.4 Alacağın Devri
7.4.5 Borcun Üstlenilmesi
7.5.1 İbra
7.5.2 Yenileme
7.5.3 Takas
7.5.4 Zamanaşımı
7.6.1 Satış Sözleşmesi
7.6.2 Bağışlama Sözleşmesi
7.6.3 Kira Sözleşmesi
7.6.4 Ödünç Sözleşmeleri
7.6.5 Hizmet Sözleşmesi
7.6.6 Eser Sözleşmesi
7.6.7 Vekâlet Sözleşmesi
7.6.8 Kefalet Sözleşmesi
7.6.9 Adi Ortaklık

8. Ceza Hukuku

8.1.1 Kanunilik İlkesi
8.1.2 Kanunun Yer Bakımından Uygulanması
8.1.3 Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması
8.2.1 Maddi Unsurlar
8.2.2 Manevi Unsurlar (Kast-Taksir)
8.2.3 Hukuka Aykırılık Unsuru
8.2.4 Nedensellik Bağı

8.3.1 Meşru Savunma
8.3.2 Zorunluluk Hâli
8.3.3 Kusurluluğu Etkileyen Nedenler
8.4.1 Teşebbüs
8.4.2 İştirak
8.4.3 İçtima
8.5.1 Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri
8.5.2 Davayı ve Cezayı Düşüren Nedenler
8.6 Kişilere Karşı Suçlar
8.7 Malvarlığına Karşı Suçlar
8.8 Topluma ve Devlete Karşı Suçlar

9. Ceza Muhakemesi Hukuku (CMK)

9.1.1 Şüphelinin Hakları
9.1.2 İfade ve Sorgu
9.1.3 İddianame
9.2.1 Yakalama ve Gözaltı
9.2.2 Tutuklama
9.2.3 Adli Kontrol
9.2.4 Arama ve Elkoyma
9.3.1 Duruşma
9.3.2 Hüküm
9.4 Delliller ve İspat
9.5.1 İtiraz
9.5.2 İstinaf
9.5.3 Temyiz
9.6 Uzlaştırma ve Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

10. Ticaret Hukuku

10.1.1 Tacir ve Tacir Olmanın Sonuçları
10.1.2 Ticari İş ve Ticari Hüküm
10.1.3 Ticaret Sicili
10.1.4 Ticaret Unvanı ve İşletme Adı
10.1.5 Haksız Rekabet
10.1.6 Cari Hesap
10.1.7 Acente
10.2.1 Adi Şirket ve Şahıs Şirketleri
10.2.2 Kollektif ve Komandit Şirket
10.2.3 Anonim Şirket

10.2.4 Limited Şirket
10.2.5 Kooperatifler
10.2.6 Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme
10.3.1 Kıymetli Evrakın Genel Teorisi
10.3.2 Poliçe
10.3.3 Bono
10.3.4 Çek
10.3.5 Ciro ve Aval
10.4.1 Sigorta Hukukunun Temel Kavramları
10.4.2 Deniz Ticaretinin Temel Kavramları

11. İcra ve İflas Hukuku

11.1 İcra Teşkilatı ve Şikayet
11.2.1 Genel Haciz Yolu
11.2.2 Ödeme Emri ve İtiraz
11.2.3 İtirazın İptali ve Kaldırılması
11.3 Kambiyo Senetlerine Özgü Takip
11.4 İlamlı İcra
11.5 Haciz, Satış ve Paraların Paylaştırılması
11.6 Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip
11.7.1 İflas Yolları
11.7.2 İflasın Sonuçları
11.8 Konkordato ve İptal Davaları

12. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

12.1.1 İş Sözleşmesi Türleri
12.1.2 İşçi ve İşverenin Borçları
12.1.3 Feshin Türleri (Haklı-Geçerli)
12.1.4 Kıdem ve İhbar Tazminatı
12.1.5 Çalışma Süreleri ve Ücret
12.1.6 Yıllık Ücretli İzin
12.2.1 Sendikalar
12.2.2 Toplu İş Sözleşmesi
12.2.3 Grev ve Lokavt
12.3.1 Sosyal Güvenlik Kurumu
12.3.2 Sigorta Kolları
12.3.3 Primler ve Yükümlülükler

Anayasal Düzenin Hukuki Omurgası: Yetki, Sınır ve Üstün Norm

KISACA

Anayasal düzen, devlet yetkisinin kim tarafından ve hangi sınırlar içinde kullanılacağını belirleyen bağlayıcı bir hukuk çerçevesidir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası bu çerçeveyi, devletin şekli ve niteliklerinden başlayıp egemenliğin kullanımına, temel haklara ve devlet organlarının görevlerine uzanan bir bütün olarak kurar. Egemenlik Millete aittir; fakat bu yetki, Anayasanın gösterdiği organlar eliyle ve yine Anayasanın koyduğu sınırlar içinde kullanılır. Millet adına kanun koyma gücü Mecliste, yürütme görevi Cumhurbaşkanında, hüküm verme yetkisi bağımsız ve tarafsız mahkemelerdedir. Bu ayrım organlar arasında bir üstünlük sırası değil, hukuken belirlenmiş görev paylaşımıdır. Anayasanın bağlayıcılığı yalnız kamu organlarını değil, kuruluşları ve kişileri de kapsar; kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. İlk üç madde ile bunların değiştirilemeyeceğini belirleyen dördüncü madde, anayasal kimliğin korunmuş çekirdeğini oluşturur.

Anayasa hukukunun hareket noktası, devlet gücünün sınırsız bir kudret değil, kaynağı ve kullanım biçimi önceden belirlenmiş bir hukuki yetki olmasıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası bu yaklaşımı iki yönden kurar. Bir yandan devletin şeklini, temel niteliklerini ve egemenliğin sahibini belirler; diğer yandan yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarını ayrı organlara vererek her organın yetki alanını tanımlar. Böylece anayasal düzen yalnız devlet teşkilatını anlatan bir şema olmaktan çıkar, kamu gücünün geçerlilik ölçüsünü de gösterir.

Egemenliğin kayıtsız şartsız Millete ait olması, herhangi bir kişi ya da organın kendiliğinden devlet yetkisi kazanmadığı anlamına gelir. Millet egemenliği, Anayasanın öngördüğü yetkili organlar aracılığıyla kullanılır ve kaynağını Anayasadan almayan bir kamu yetkisi kullanılamaz. Bu nedenle bir işlemin siyasal bakımdan yararlı görülmesi, tek başına hukuki yetki yaratmaz. Önce işlemi yapan organın Anayasada veya Anayasaya uygun kanunda dayanağının bulunması, sonra da yetkinin öngörülen usul ve sınırlar içinde kullanılması gerekir.

Devlet fonksiyonlarının dağılımı bu yetki mantığını somutlaştırır. Millet adına yasama görevini Türkiye Büyük Millet Meclisi yerine getirir ve bu yetki başka bir organa aktarılamaz. Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı tarafından Anayasaya ve kanunlara uygun biçimde yerine getirilir. Yargı yetkisi ise Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. Başlangıç kısmı, kuvvetler ayrılığını organlar arasında üstünlük sıralaması olarak değil, belirli devlet görevlerinin kullanılmasına ilişkin bir iş bölümü ve iş birliği olarak açıklar. Bu yaklaşımda üstün olan organ değil, Anayasa ve hukuktur.

Anayasanın üstünlüğü, on birinci maddede doğrudan hukuki sonuç doğuran bir kurala bağlanır. Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, diğer kuruluşları ve kişileri bağlar. Kanun koyucu da bu bağlayıcılığın dışına çıkamaz; kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı

açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle anayasal norm, yalnız mahkemelerin uyuşmazlık çıkınca başvuracağı uzak bir ölçüt değil, bütün kamusal faaliyetlerin başlangıçta uyması gereken temel kuraldır.

Anayasal düzenin maddi yönü ilk maddelerde görünür. Devletin Cumhuriyet olduğu, Cumhuriyetin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti niteliği taşıdığı, ülke ve millet bütünlüğü ile resmî dil, bayrak, millî marş ve başkentin ne olduğu belirlenmiştir. Dördüncü madde, ilk üç maddedeki bu esasların değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğini düzenler. Böylece olağan anayasa değişikliği yetkisinin de aşamayacağı bir sınır çizilir.

Anayasanın değiştirilmesi ise sıradan kanun yapımından daha ağır bir usule bağlanmıştır. Değişiklik teklifi Meclis üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazılı olarak yapılabilir, teklifler Genel Kurulda iki kez görüşülür ve kabul için en az beşte üç çoğunlukla gizli oy gerekir. Kabul edilen metnin oy oranına göre Cumhurbaşkanının geri gönderme veya halkoyuna sunma yetkileri devreye girebilir. Bu usul, anayasal düzenin değişmez olmadığı alanlarda dahi ani ve basit çoğunluk kararlarıyla dönüştürülmesini önleyen bir güvence oluşturur.

Başlangıç kısmının Anayasa metnine dahil olması da yorum bakımından önemlidir. Buna karşılık madde kenar başlıkları yalnız konuyu ve maddeler arasındaki bağlantıyı gösterir; Anayasa metninden sayılmaz. Sonuç olarak anayasa hukuku, devlet organlarının adlarını sıralayan bir alan değil, yetkinin kaynağını, kullanım yöntemini, sınırlarını ve hukuki denetimini birlikte ele alan normatif bir bütündür.

1982 Anayasasının Kabulü ve Değişim Çizgisi

KISACA

Yürürlükteki anayasal düzenin tarihsel başlangıç noktası, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 18 Ekim 1982'de kabul edilmesi ve 7 Kasım 1982'de halkoyuna sunulmasının ardından 9 Kasım 1982'de yeniden yayımlanmasıdır. Anayasa, yürürlüğe girişte eski kurumlarla yeni anayasal organlar arasındaki geçişi ayrıntılı geçici hükümlerle düzenlemiştir. Sonraki gelişim tek bir tarihten ibaret değildir. 1987, 2007, 2010 ve 2017 yıllarındaki halkoylamalarıyla kabul edilen değişiklikler önemli dönüm noktalarıdır. 2007 değişiklikleri Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin esasları getirmiş, 2017 değişiklikleri ise yasama ile yürütmenin kuruluş ve ilişkilerini yeniden düzenleyerek yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına ait olduğu ve Meclis ile Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin birlikte yapıldığı mevcut yapıyı kurmuştur. Tarihsel okuma yapılırken yürürlükteki madde metni ile değişiklik dipnotlarını ayırmak gerekir; kaldırılmış kurumlar güncel düzenin parçası değildir.

Türk anayasa tarihinin yürürlükteki metinden doğrudan izlenebilen bölümü, 1982 Anayasasının hazırlanması, halkoyuyla kabulü, yürürlüğe geçişi ve sonraki anayasa değişiklikleri etrafında şekillenir. 2709 sayılı Anayasa 18 Ekim 1982 tarihinde kabul edilmiş, 20 Ekim 1982 tarihinde halkoylamasına sunulmak üzere yayımlanmış, 7 Kasım 1982 tarihindeki halkoylamasının ardından 9 Kasım 1982 tarihli Resmî Gazete'de yeniden yayımlanmıştır. Bu tarihler yalnız biçimsel bir takvim değildir; yeni anayasal düzenin hukuki meşruiyet ve yürürlük zincirini gösterir.

Anayasanın yürürlüğe girişi tek anda bütün eski kurumları ortadan kaldıran basit bir işlem olarak tasarlanmamıştır. Geçici maddeler, ilk genel seçimlere, Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanmasına, yeni organların kurulmasına ve eski yapıların görevlerinin sona ermesine ilişkin geçiş kuralları getirmiştir. Bazı anayasal hükümler halkoylaması sonucunun ilanıyla, bazıları ilk Meclisin göreve başlamasıyla, bazıları ise ilgili kanunların çıkarılmasıyla uygulanmaya başlamıştır. Bu kademeli model, anayasa değişikliğinin yalnız norm koymak değil, kurumların ve yetkilerin belirli bir sıra içinde devredilmesini sağlamak olduğunu gösterir.

Yürürlükteki Anayasa zaman içinde çok sayıda değişikliğe uğramıştır. Metindeki açıklamalar, 1987 değişikliklerinin 6 Eylül 1987, 2007 değişikliklerinin 21 Ekim 2007, 2010 değişikliklerinin 12 Eylül 2010 ve 2017 değişikliklerinin 16 Nisan 2017 halkoylamalarında kabul edildiğini gösterir. Her değişiklik farklı madde gruplarına yönelmiştir. Yürürlük çizelgesi ve madde dipnotları, hangi hükmün ne zaman değiştiğini, kaldırıldığını veya yeni bir ifadeye kavuştuğunu anlamak bakımından önem taşır.

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin anayasal temel 2007 değişiklikleriyle kurulmuştur. 2017 değişiklikleri ise mevcut hükümet yapısının okunmasında belirleyicidir. Önceki metinde bulunan Bakanlar Kurulu, başbakanlık, gensoru ve kanun hükmünde kararnameye ilişkin birçok hüküm kaldırılmış; yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanına ait olduğu sistem kurulmuştur. Meclis ile Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin beş yılda bir aynı gün yapılması, Cumhurbaşkanı yardımcıları ile

bakanların Cumhurbaşkanı tarafından atanması ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi bu değişim çizgisinin güncel sonuçlarıdır. Değişikliklerin tamamı aynı gün uygulanmaya başlamamış, bazı hükümler seçim takviminin başlamasına veya seçilen Cumhurbaşkanının göreve başlamasına bağlanmıştır.

Tarihsel metin incelenirken kaldırılmış maddeler ile yürürlükteki kuralların karıştırılmaması gerekir. Anayasada madde numarasının korunup hükmün mülga olduğunun belirtilmesi, o kurumun halen var olduğu anlamına gelmez. Örneğin Bakanlar Kuruluna, gensoruya, sıkıyönetime ve askerî yüksek yargı organlarına ilişkin eski başlıkların bir kısmı tarihsel iz olarak metinde görünse de güncel anayasal örgütlenmede uygulanmaz. Buna karşılık değişiklik dipnotları, eski ve yeni düzen arasındaki hukuki geçişi açıklayan yardımcı kayıt niteliğindedir.

Anayasal tarih bakımından bir başka önemli nokta, değişikliğin de anayasal usule tabi olmasıdır. Değişiklik teklifi için en az üçte bir milletvekili, kabul için en az beşte üç çoğunluk ve gizli oy aranır; belirli oy aralıklarında halkoylaması zorunlu veya Cumhurbaşkanının tercihine bağlı hale gelir. Böylece anayasal gelişim yalnız siyasal olayların kronolojisi değil, her değişikliğin yetki, çoğunluk, yayımlanma ve yürürlük kuralları içinde gerçekleştiği hukuki bir süreç olarak okunur.

Cumhuriyetin Anayasal Kimliği ve Devlet Yetkisinin Temel İlkeleri

KISACA
Türkiye Cumhuriyetinin anayasal kimliği, devletin şekli ile niteliklerini birbirine bağlayan ilk maddelerde kurulur. Devlet bir Cumhuriyettir; insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlanır. Ülke ve millet bütünlüğü, Türkçe, bayrak, İstiklal Marşı ve Ankara anayasal güvence altındadır. Bu esaslar değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez. Egemenlik Millete ait olmakla birlikte yalnız Anayasanın yetkilendirdiği organlar eliyle kullanılabilir. Devletin görevi yalnız düzeni korumak değildir; temel hakları sosyal hukuk devleti ve adaletle bağdaşmayacak biçimde daraltan engelleri kaldırmaya, kişinin maddi ve manevi gelişimi için şartlar hazırlamaya çalışmaktır. Eşitlik ilkesi kamu makamlarının bütün işlemlerini bağlar. Anayasanın üstünlüğü de bu ilkeleri siyasal hedef olmaktan çıkarıp yasama, yürütme, yargı, idare ve kişiler bakımından bağlayıcı hukuk kurallarına dönüştürür.

Devletin temel nitelikleri, farklı anayasa maddelerinde dağınık biçimde yer alan soyut sıfatlar değildir. Cumhuriyetin kuruluş biçimini, kamu gücünün meşru kaynağını, organların hareket sınırını ve kişilerin devlet karşısındaki konumunu birlikte belirleyen anayasal bir kimlik oluşturur. Bu kimlik önce devletin Cumhuriyet olduğu hükmüyle başlar. Ardından Cumhuriyet; toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlanır.

Cumhuriyet niteliği, devlet başkanlığının ve kamu yetkisinin kişisel mülkiyet konusu olmadığı bir düzeni ifade eder. Demokratik devlet ilkesi egemenliğin Millete ait olmasıyla somutlaşır. Ancak millet egemenliği, sınırsız ve usulsüz bir çoğunluk gücü değildir. Egemenlik Anayasanın belirlediği organlar eliyle kullanılır; hiçbir kişi, sınıf veya zümreye bırakılamaz ve kaynağını Anayasadan almayan devlet yetkisi kullanılamaz. Bu çerçeve, çoğunluk kararının dahi anayasal yetki ve temel hak sınırları içinde hukuki değer taşıdığını gösterir.

Hukuk devleti niteliği, devlet organlarının önceden belirlenmiş hukuk kurallarına bağlı olmasını gerektirir. Anayasa hükümleri yasama, yürütme, yargı ve idarenin yanı sıra diğer kuruluşları ve kişileri de bağlar. Kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı kuralı, yasama organının da hukukun üstünde bulunmadığını açıklar. Yargının bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılması, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması ve mahkeme kararlarının kamu organlarınca geciktirilmeden yerine getirilmesi hukuk devleti ilkesinin kurumsal güvenceleridir.

Sosyal devlet, kamunun yalnız müdahale etmeme yükümlülüğüyle yetinmemesini gerektirir. Beşinci madde devlete, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama; temel hakların kullanımını sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışma görevi verir. Kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli

şartların hazırlanması da bu görevler arasındadır. Sosyal ve ekonomik ödevlerin yerine getirilmesinde mali kaynakların yeterliliğinin gözetilmesi ise devletin pozitif yükümlülüklerinin anayasal çerçevesini tamamlar.

Laiklik, başlangıç kısmı ile Cumhuriyetin nitelikleri arasında bağ kurar. Din duygularının devlet işlerine ve politikaya karıştırılmaması vurgulanırken din ve vicdan özgürlüğü ayrıca güvence altına alınır. Bu nedenle laiklik, yalnız kamusal örgütlenmeye ilişkin bir ilke değildir; inanç özgürlüğü ile devlet düzeninin din kurallarına dayandırılmaması arasındaki dengeyi kurar. Diyanet İşleri Başkanlığının görevini laiklik doğrultusunda ve siyasi görüşlerin dışında yerine getirmesi de bu anayasal çerçevede düzenlenmiştir.

Eşitlik ilkesi, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım yapılmaksızın kanun önünde eşit olduğunu belirtir. Kadınlarla erkeklerin eşit haklara sahip olması ve bu eşitliğin hayata geçirilmesi için alınacak tedbirlerin eşitliğe aykırı sayılmaması, biçimsel eşitliğin yanında fiilî eşitliği sağlayıcı önlemlere de alan açar. Çocuklar, yaşlılar, engelliler, şehit yakınları ile malul ve gazilere yönelik tedbirler de aynı gerekçeyle eşitlik ihlali sayılmaz. Kamu organları ve idare makamları bütün işlemlerinde bu ilkeye uymak zorundadır.

Devletin bütünlüğü ve sembolleri üçüncü maddede güvenceye bağlanır. Türkiye Devleti ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür; dili Türkçedir, bayrağı beyaz ay yıldızlı al bayrak, millî marşı İstiklal Marşı, başkenti Ankara'dır. İlk üç madde ile bunları değişiklik teklifine karşı koruyan dördüncü madde birlikte değerlendirildiğinde, anayasa değişikliği yetkisinin dahi dokunamayacağı bir çekirdek ortaya çıkar.

Sonuçta devletin temel nitelikleri, bir davada veya kamu işleminde doğrudan hukuki ölçü işlevi gören ilkeler bütünüdür. Yetkinin kaynağı, işlemin amacı, eşitliğe uygunluk, haklara saygı, yargısal denetim ve normlar hiyerarşisi bu bütünün farklı görünümleridir. Bir kamu işleminin yalnız kanuni dayanağa sahip olması yetmez; işlemin Cumhuriyetin anayasal nitelikleriyle de bağdaşması gerekir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi: Temsil, Kanun Yapımı ve Denetim Yetkisi

KISACA
Türk Milleti adına kanun yapma yetkisini Türkiye Büyük Millet Meclisi kullanır ve bu yetki devredilemez. Meclis altı yüz milletvekilinden oluşur; milletvekilleri seçildikleri çevreyi değil bütün Milleti temsil eder. Meclisin temel görevleri kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak, bütçe ve kesin hesap tekliflerini kabul etmek, para basılması ile savaş ilanına karar vermek, milletlerarası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak ve gerekli çoğunlukla af ilan etmektir. Kanun teklif etme yetkisi milletvekillerine aittir. Kabul edilen kanun Cumhurbaşkanınca on beş gün içinde yayımlanır veya gerekçesiyle yeniden görüşülmek üzere geri gönderilir. Meclis, geri gönderilen kanunu üye tamsayısının salt çoğunluğuyla aynen kabul ederse yayımlanması gerekir. Meclis araştırması, genel görüşme, Meclis soruşturması ve yazılı soru, yasamanın bilgi edinme ve denetim araçlarıdır. Toplantı ve karar yeter sayıları ile görüşmelerin açıklığı, yasama iradesinin usule uygun oluşmasının güvenceleridir.

Yasama, anayasal düzende genel ve soyut hukuk kurallarının oluşturulduğu, bütçenin karara bağlandığı ve yürütmenin belirli araçlarla denetlendiği devlet fonksiyonudur. Türkiye Büyük Millet Meclisi bu yetkiyi Türk Milleti adına kullanır. Yasama yetkisinin devredilememesi, kanun koyma gücünün başka bir organa genel ve sınırsız biçimde bırakılamayacağı anlamına gelir. Bununla birlikte Meclisin bütün işlemleri Anayasanın üstünlüğü ve yargısal denetim sınırları içinde kalır.

Meclis genel oyla seçilen altı yüz milletvekilinden oluşur. Milletvekili seçilebilmek için on sekiz yaşın doldurulması ve Anayasada sayılan diğer yeterlilik şartlarının taşınması gerekir. Bazı kamu görevlileri, hâkim ve savcılar, yüksek yargı mensupları, öğretim elemanları ve Silahlı Kuvvetler mensupları görevlerinden çekilmedikçe aday olamaz. Seçilen milletvekili yalnız kendi seçim çevresinin veya kendisine oy verenlerin vekili değildir; bütün Milleti temsil eder. Bu temsil anlayışı, milletvekilinin hukuki konumunu seçmen talimatına bağlı özel hukuk vekâletinden ayırır.

Yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı, temsil görevinin baskı altında kalmadan yürütülmesini sağlayan iki ayrı güvencedir. Milletvekili Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, ileri sürdüğü düşüncelerden ve kural olarak bunları dışarıda tekrarlamaktan sorumlu tutulamaz. Dokunulmazlık ise seçimden önce veya sonra suç işlediği ileri sürülen milletvekilinin Meclis kararı olmadan tutulmasını, sorguya çekilmesini, tutuklanmasını ve yargılanmasını önler. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ile seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak şartıyla on dördüncü madde kapsamındaki durumlar istisnadır. Sorumsuzluk ifade ve oyla, dokunulmazlık ceza muhakemesi işlemleriyle ilgilidir; ikisinin sonuçları aynı değildir.

Meclisin görev ve yetkileri kanun yapmanın ötesine uzanır. Bütçe ve kesin hesap kanun tekliflerini görüşüp kabul eder, para basılmasına ve savaş ilanına karar verir, milletlerarası antlaşmaların onaylanmasını kanunla uygun bulur ve üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla genel veya özel af ilan

edebilir. Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesi ya da yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunması için de kural olarak Meclis izni gerekir.

Kanun yapım süreci teklif ile başlar. Kanun teklif etmeye milletvekilleri yetkilidir; görüşme usulü Meclis İçtüzüğüyle düzenlenir. Meclisçe kabul edilen kanun Cumhurbaşkanına gönderilir. Cumhurbaşkanı kanunu on beş gün içinde yayımlar ya da tamamını veya bir kısmını gerekçesiyle yeniden görüşülmek üzere Meclise iade eder. Bütçe kanunları geri gönderme yetkisinin dışındadır. Meclis iade edilen kanunu üye tamsayısının salt çoğunluğuyla aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı kanunu yayımlar. Meclis yeni değişiklik yaparsa değişen metin yeniden geri gönderilebilir.

Milletlerarası antlaşmalar bakımından Meclisin uygun bulma kanunu merkezi önemdedir. Kural olarak Türkiye Cumhuriyeti adına yapılan antlaşmaların onaylanması Meclisin bunu kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Anayasada belirlenen sınırlı nitelikteki bazı ekonomik, ticari veya teknik antlaşmalar farklı usule tabi tutulabilir. Usulüne göre yürürlüğe konulan antlaşmalar kanun hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Temel haklara ilişkin bir antlaşma ile kanun aynı konuda farklı hükümler içerirse antlaşma hükmü esas alınır.

Meclisin çalışma usulü, kararların demokratik meşruiyetini korur. Meclis her yıl ekim ayının ilk günü kendiliğinden toplanır. Üye tamsayısının en az üçte biriyle toplanır ve Anayasada başka bir kural yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar verir; karar yeter sayısı üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz. Genel Kurul görüşmeleri açıktır ve tutanakta tam olarak yayımlanır, ancak İçtüzük koşullarıyla kapalı oturum yapılabilir. Siyasi parti grupları en az yirmi üyeden oluşur ve Meclis çalışmalarına üye sayıları oranında katılmaları gözetilir.

Yürütme üzerindeki denetim, parlamenter sistemdeki güvenoyu ve gensorudan farklı araçlarla yürütülür. Meclis araştırması belirli bir konuda bilgi edinmek için yapılan incelemedir. Genel görüşme, toplumu ve devlet faaliyetlerini ilgilendiren bir konunun Genel Kurulda ele alınmasıdır. Meclis soruşturması Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların görevleriyle ilgili cezai sorumluluğuna yönelir. Yazılı soru ise milletvekillerinin Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara yöneltiği ve en geç on beş gün içinde cevaplandırılması gereken sorudur. Bu araçlar, yasamanın bilgi edinme ve hesap sorma işlevini sürdürür.

Meclis ile Cumhurbaşkanının seçimleri beş yılda bir aynı gün yapılır. Seçimlerin yenilenmesine Meclis üye tamsayısının beşte üçüyle karar verebileceği gibi Cumhurbaşkanı da karar verebilir; her iki durumda iki seçim birlikte yenilenir. Bu karşılıklı yenileme sonucu, bir organın diğerinin görev süresini tek başına sona erdirirken kendi görev süresini koruması mümkün değildir.

1.5.1 · Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi

Yürütmenin Kuruluşu: Cumhurbaşkanının Seçimi, Yetkileri ve Sorumluluğu

KISACA

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. Cumhurbaşkanı kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim görmüş ve milletvekili seçilme yeterliliğine sahip Türk vatandaşları arasından doğrudan halk tarafından beş yıl için seçilir; kural olarak bir kişi en fazla iki defa bu göreve seçilebilir. Cumhurbaşkanı devletin başı olarak Türkiye Cumhuriyetini ve Milletin birliğini temsil eder, kanunları yayımlar veya yeniden görüşülmek üzere Meclise gönderir, Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanları atar ve görevden alır, üst kademe yöneticilerini atar, milletlerarası antlaşmaları onaylar ve yürütme alanında kararname çıkarabilir. Yardımcılar ve bakanlar Cumhurbaşkanına karşı sorumludur; milletvekili iken bu görevlere atananların Meclis üyeliği sona erer. Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu Mecliste özel çoğunluklarla işletilen soruşturma ve Yüce Divana sevk usulüne bağlanmıştır. Meclis veya Cumhurbaşkanı seçimleri yenilerse iki seçim birlikte yapılır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin anayasal ekseni, yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanında toplanmasıdır. Sekizinci madde yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından Anayasaya ve kanunlara uygun biçimde kullanılacağını belirtir. Yüz dördüncü madde de Cumhurbaşkanını devletin başı olarak tanımlar ve yürütme yetkisinin ona ait olduğunu açıklar. Bu yapı, Cumhurbaşkanının yalnız temsil görevi yapan bir makam olmadığını; yürütmenin kurulması, yönetilmesi ve siyasal kararlarının alınmasında merkezî konum taşıdığını gösterir.

Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilir. Adayın kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim yapmış, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip Türk vatandaşı olması gerekir. Siyasi parti grupları, son genel seçimde tek başına veya birlikte toplam geçerli oyların en az yüzde beşini alan siyasi partiler ve en az yüz bin seçmen aday gösterebilir. Görev süresi beş yıldır ve bir kişi kural olarak en fazla iki kez Cumhurbaşkanı seçilebilir. Cumhurbaşkanı seçilen milletvekilinin Meclis üyeliği sona erer.

Seçimde geçerli oyların salt çoğunluğu aranır. İlk oylamada bu oran elde edilemezse izleyen ikinci pazar günü, ilk oylamada en çok oy alan iki aday arasında ikinci oylama yapılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday seçilir. İkinci oylamaya tek aday kalırsa oylama halkoylaması biçiminde gerçekleştirilir; adayın geçerli oyların salt çoğunluğunu alması gerekir. Seçim tamamlanamazsa mevcut Cumhurbaşkanının görevi yenisi göreve başlayıncaya kadar sürer.

Cumhurbaşkanı devlet başkanı sıfatıyla Cumhuriyeti ve Milletin birliğini temsil eder, Anayasanın uygulanmasını ve devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını sağlamaya yönelir. Meclise ülkenin iç ve dış siyaseti hakkında mesaj verebilir. Kanunları yayımlar veya yeniden görüşülmek üzere Meclise gönderir. Kanunların ve Meclis İçtüzüğünün tamamı ya da belirli hükümleri hakkında Anayasa Mahkemesinde iptal davası açabilir. Anayasa değişikliklerini gerekli görürse halkoyuna sunar.

Yürütmenin personel ve teşkilat boyutu da Cumhurbaşkanının yetki alanındadır. Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanları atar ve görevlerine son verir. Üst kademe kamu yöneticilerini atayıp görevden alır; bunların atanmasına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler. Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri, teşkilat yapıları ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması da Cumhurbaşkanlığı kararnamesine bırakılmıştır. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar milletvekili seçilme yeterliliği bulunan kişiler arasından atanır; milletvekili olanların bu görevlere atanması halinde Meclis üyelikleri sona erer.

Dış ilişkiler ve millî güvenlik alanında Cumhurbaşkanı yabancı devletlere temsilci gönderir, yabancı temsilcileri kabul eder, milletlerarası antlaşmaları onaylayıp yayımlar, millî güvenlik politikalarını belirler ve gerekli tedbirleri alır. Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil eder ve anayasal koşullarda Silahlı Kuvvetlerin kullanılmasına karar verir. Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama nedenleriyle kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma yetkisi de Cumhurbaşkanına verilmiştir.

Cumhurbaşkanının görevini yapamadığı veya makamın boşaldığı durumlar için vekâlet düzeni kurulmuştur. Makam boşalırsa kırk beş gün içinde seçim yapılır; yeni Cumhurbaşkanı seçilinceye kadar Cumhurbaşkanı yardımcısı vekâlet eder ve makama ait yetkileri kullanır. Hastalık veya yurt dışına çıkma gibi geçici ayrılıklarda da yardımcının vekâleti söz konusudur. Makamın genel seçime bir yıl veya daha az kala boşalması halinde Meclis seçimi de Cumhurbaşkanı seçimiyle yenilenir; daha uzun süre varsa seçilen Cumhurbaşkanı mevcut Meclis seçim tarihine kadar görev yapar.

Yürütme yetkisi hukuki sorumluluktan bağışıklık anlamına gelmez. Cumhurbaşkanı hakkında bir suç işlediği iddiasıyla Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma istenebilir. Meclis beşte üç gizli oyla soruşturma açılmasına, üçte iki gizli oyla Yüce Divana sevke karar verebilir. Soruşturma açılan Cumhurbaşkanı seçimlerin yenilenmesi kararı alamaz. Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûmiyet görevin sona ermesine yol açar. Görev sırasında işlendiği ileri sürülen suçlar bakımından görev bittikten sonra da aynı usul uygulanır.

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların görevleriyle ilgili suçları için benzer soruşturma ve sevk çoğunlukları öngörülmüştür. Görev dışı suçlarda ise yasama dokunulmazlığı hükümlerinden yararlanırlar. Meclis yürütmeyi yazılı soru, genel görüşme, Meclis araştırması ve görev suçları bakımından Meclis soruşturması araçlarıyla denetler; güvenoyu ve gensoru mevcut sistemde yer almaz.

Meclis ile Cumhurbaşkanının görev süreleri ve seçim yenileme yetkileri birbirine bağlanmıştır. Her iki seçim beş yılda bir aynı gün yapılır. Meclis beşte üç çoğunlukla seçimlerin yenilenmesine karar verebilir; Cumhurbaşkanı da yenileme kararı alabilir. Hangi organ karar verirse versin iki seçim birlikte yapılır. Cumhurbaşkanının ikinci döneminde yenileme kararını Meclis alırsa Cumhurbaşkanı bir kez daha aday olabilir. Bu karşılıklı bağlılık, yürütme ile yasama arasındaki anayasal ilişkinin önemli denge mekanizmalarından biridir.

1.5.2 · Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Alanı, Sınırları ve Kanunla İlişkisi

KISACA

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda kullanabildiği düzenleyici işlemdir. Olağan dönemde bu yetki dört temel sınırla çevrilidir. Temel hakların genel hükümleri, kişi hakları ve siyasi haklar kararnameyle düzenlenemez; Anayasada yalnız kanunla düzenlenmesi öngörülen alanlara girilemez; kanunda açıkça düzenlenen konularda kararname çıkarılamaz; kararname ile kanun çatışırsa kanun uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi aynı konuda kanun çıkardığında kararname hükümsüz hale gelir. Bakanlıkların kuruluşu ve teşkilatı gibi Anayasanın açıkça kararnameye bıraktığı konular bu yetkinin özel görünümüdür. Kararnameler kural olarak Anayasa Mahkemesinin şekil ve esas denetimine tabidir. Olağanüstü hâl kararnameleri ise farklı bir rejime sahiptir: olağan dönemdeki bazı konu sınırlamaları uygulanmaz, metin aynı gün Meclisin onayına sunulur ve belirli sürede görüşülmezse kendiliğinden yürürlükten kalkar.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliğini anlamak için ilk soru, işlemin hangi yetkiye dayandığıdır. Anayasa Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarma imkânı verir. Bu, yasama yetkisine eş bir genel düzenleme gücü değildir. Kararnamenin geçerliliği hem konu bakımından yürütme alanında kalmasına hem de Anayasada ayrıntılı biçimde gösterilen kanun alanı sınırlarına uymasına bağlıdır.

Olağan dönem kararnamesi bakımından ilk sınır temel haklardır. Anayasanın ikinci kısmının temel haklara ilişkin genel hükümleri, kişinin hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Sosyal ve ekonomik haklar bu yasak cümlesinde topluca sayılmamış olsa da kararname yetkisi yine yürütmeyle ilgili olma, münhasır kanun alanına girmeme ve mevcut kanunla çatışmama koşullarına tabidir. Bu nedenle temel haklar alanındaki her mesele kararnameye açık kabul edilemez.

İkinci sınır, Anayasanın yalnız kanunla düzenlenmesini istediği konulardır. Bir konu için Anayasa açık biçimde kanun öngörmüşse Cumhurbaşkanı o alanı kararnameyle düzenleyemez. Üçüncü sınır mevcut kanundur. Kanunda açıkça düzenlenmiş bir konuda kararname çıkarılması mümkün değildir. Burada yalnız çelişki doğması beklenmez; kanunun konuyu açıkça düzenlemiş olması kararname yetkisini baştan kapatır.

Dördüncü sınır norm çatışmasının çözümüne ilişkindir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun farklı hükümler içerirse kanun uygulanır. Meclisin kararnameyle düzenlenen aynı konuda sonradan kanun çıkarması halinde kararname hükümsüz hale gelir. Böylece yasama organı, kararname alanına kanunla girdiğinde belirleyici konumunu korur. Bu ilişki, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunla aynı düzeyde ve kanunu bertaraf eden bir işlem olmadığını açıkça ortaya koyar.

Anayasa bazı kurumsal alanları doğrudan kararnameye bırakmıştır. Cumhurbaşkanı üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasları kararnameyle düzenler. Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması da bu araçla yapılır. Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi ile üyelerinin görev süresi ve özlük işleri, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilat ve görevleri gibi konular da Anayasada kararname bağlantısıyla düzenlenmiştir. Bu özel yetkiler dahi Anayasanın bağlayıcılığı ve yargısal denetim dışında değildir.

Kararname ile yönetmelik birbirinden ayrılmalıdır. Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve onlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelik de çıkarabilir. Yönetmeliğin işlevi kanunun uygulanmasını göstermektir; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ise Anayasanın izin verdiği yürütme alanında doğrudan düzenleme yapabilir. Her iki işlem de yayımdan sonraki başka bir tarih belirlenmemişse Resmî Gazete'de yayımlandığı gün yürürlüğe girer.

Yargısal denetimde Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu inceler. Doğrudan iptal davası Cumhurbaşkanı, Mecliste en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ve Meclis üye tamsayısının en az beşte biri tarafından açılabilir. Bir davaya bakmakta olan mahkeme de uygulanacak kararname hükmünü Anayasaya aykırı görür veya tarafın iddiasını ciddi bulursa somut norm denetimi yolunu işletebilir.

Olağanüstü hâl kararnameleri ayrı değerlendirilir. Cumhurbaşkanı olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda, olağan dönem için temel hak alanında getirilen konu yasağına tabi olmadan kararname çıkarabilir. Bu kararnameler kanun hükmündedir, Resmî Gazete'de yayımlanır ve aynı gün Meclisin onayına sunulur. Savaş ve mücbir sebeple Meclisin toplanamaması dışında üç ay içinde görüşülüp karara bağlanmayan olağanüstü hâl kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar. Ayrıca olağanüstü hâl ve savaş döneminde çıkarılan bu kararnameler hakkında Anayasa Mahkemesinde şekil veya esas denetimi istenemez. Bu nedenle olağan ve olağanüstü dönem kararnamelerini konu, Meclis denetimi ve yargısal denetim bakımından birbirine karıştırmamak gerekir.

1.5.3 · Olağanüstü Hâl Rejimi

Olağanüstü Hâl: İlan, Meclis Denetimi ve Hak Rejimi

KISACA

Olağanüstü hâl, Anayasada sayılan ağır tehlikeler ortaya çıktığında olağan yetki düzeninden geçici olarak ayrılmaya imkân veren anayasal yönetim usulüdür. Cumhurbaşkanı savaş, seferberlik, ayaklanma, anayasal düzene veya temel haklara yönelen yaygın şiddet, kamu düzeninin ciddi biçimde bozulması, doğal afet, tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalım sebepleriyle ülkenin tamamında veya bir bölümünde en fazla altı ay için olağanüstü hâl ilan edebilir. Karar aynı gün yayımlanır ve Meclisin onayına sunulur. Meclis süreyi kısaltabilir, uzatabilir veya rejimi kaldırabilir; uzatma her defasında kural olarak dört ayı aşamaz. Temel haklara müdahale, milletlerarası yükümlülüklere uyma ve durumun gerektirdiği ölçüyü aşmama koşullarına bağlıdır. Yaşam hakkının belirli çekirdeği, maddi ve manevi bütünlük, inanç ve kanaati açıklamaya zorlanmama, cezaların geçmişe yürümemesi ve masumiyet karinesi olağanüstü dönemde de korunur.

Olağanüstü hâl, hukukun askıya alındığı sınırsız bir yönetim alanı değildir. Tam tersine, hangi tehlikelerde ilan edilebileceği, kararı kimin vereceği, sürenin nasıl denetleneceği, temel haklara ne ölçüde müdahale edilebileceği ve olağanüstü kararnamelerin ne zaman sona ereceği Anayasada önceden belirlenmiştir. Bu nedenle rejimin olağanüstülüğü, anayasal çerçevenin dışına çıkılmasından değil, yine Anayasanın izin verdiği geçici ve daha geniş tedbirlerin kullanılmasından kaynaklanır.

İlan sebepleri yüz on dokuzuncu maddede farklı tehlike grupları halinde sayılır. Savaş, savaşı gerektirecek bir durum, seferberlik ve ayaklanma bu sebepler arasındadır. Vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli kalkışma, ülke ve millet bütünlüğünü tehlikeye atan yaygın şiddet, anayasal düzeni ya da temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelen yaygın şiddet hareketleri ile şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi biçimde bozulması da ilan sebebi olabilir. Doğal afet, tehlikeli salgın hastalık ve ağır ekonomik bunalım ise şiddet dışındaki olağanüstü durumları oluşturur.

İlan yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. Olağanüstü hâl ülkenin tamamı veya belirli bir bölgesi için ilan edilebilir ve ilk ilan süresi altı ayı geçemez. Karar verildiği gün Resmî Gazete'de yayımlanır ve yine aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Meclis tatildeyse derhal toplantıya çağrılır. Böylece yürütmenin hızlı karar ihtiyacı ile yasamanın demokratik denetimi aynı süreçte birleştirilir.

Meclis ilan kararını olduğu gibi kabul etmek zorunda değildir. Gerekli görürse süreyi kısaltabilir, uzatabilir veya olağanüstü hâli tamamen kaldırabilir. Cumhurbaşkanının talebi üzerine yapılacak uzatmalar her defasında dört ayı geçemez; savaş halinde bu dört aylık üst sınır uygulanmaz. Süre ve bölge bakımından bu denetim, olağanüstü yönetimin tehlike sona erdikten sonra kendiliğinden olağanlaşmasını önlemeye yöneliktir.

Olağanüstü hâlin temel haklara etkisi on beşinci maddeyle birlikte okunur. Savaş, seferberlik veya olağanüstü hâlde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek ve durumun gerektirdiği ölçü aşılmamak koşuluyla hakların kullanılması kısmen ya da tamamen durdurulabilir;

olağan güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Buradaki ölçü şartı, tedbir ile karşılaşılan tehlike arasında anayasal bağ kurulmasını gerektirir. Tehlikeyle ilgisiz veya gereğinden ağır müdahale, olağanüstü yönetim yetkisinin kendiliğinden sonucu sayılamaz.

Bazı güvenceler olağanüstü dönemde de korunur. Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşama hakkına dokunulamaz; maddi ve manevi bütünlüğü ihlal edilemez. Kimse dinini, vicdanını, düşünce ve kanaatini açıklamaya zorlanamaz veya bunlar nedeniyle suçlanamaz. Suç ve cezalar geçmişe yürütülemez. Suçluluğu mahkeme kararıyla belirlenene kadar hiç kimse suçlu kabul edilemez. Bu çekirdek, olağanüstü yönetimin ceza hukuku ve insan onuru bakımından aşamayacağı sınırı gösterir.

Vatandaşlara para, mal ve çalışma yükümlülükleri getirilmesinin, hakların nasıl sınırlanacağı veya geçici olarak durdurulacağının, hangi hükümlerin uygulanacağının ve işlemlerin nasıl yürütüleceğinin kanunla düzenlenmesi gerekir. Bu yönüyle olağanüstü hâl kararı tek başına bütün tedbirleri üretmez; uygulanacak rejimin genel esasları kanuni çerçeveye dayanır.

Cumhurbaşkanı, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda olağan dönem kararnamelerine uygulanan bazı konu sınırlamalarına bağlı olmadan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler yayımlandıkları gün Meclisin onayına sunulur. Savaş veya mücbir nedenle Meclisin toplanamaması dışında üç ay içinde görüşülüp karara bağlanmazlarsa kendiliğinden yürürlükten kalkarlar. Olağanüstü hâl ve savaş sırasında çıkarılan kararnameler hakkında Anayasa Mahkemesinde şekil ve esas denetimi yoluna gidilememesi, Meclis denetiminin süresinde işletilmesini daha da önemli hale getirir.

Anayasada eski olağanüstü yönetim ayrımlarını taşıyan yüz yirminci ve yüz yirmi birinci maddeler ile sıkıyönetimi düzenleyen yüz yirmi ikinci madde kaldırılmıştır. Güncel rejim yüz on dokuzuncu maddede birleşmiştir. Bu nedenle geçmiş madde başlıklarından hareketle ayrı ilan usulleri varmış gibi değerlendirme yapılamaz.

1.6 · Yargı

Yargı Erki: Bağımsızlık, Mahkeme Güvenceleri ve Yüksek Yargı

KISACA
Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. Hâkimler Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verir; hiçbir makam mahkemeye emir, talimat, tavsiye veya telkinde bulunamaz. Yasama, yürütme ve idare mahkeme kararlarına uymak, kararları değiştirmemek ve uygulanmasını geciktirmemek zorundadır. Hâkimlik ve savcılık teminatı, azledilmeme, istek dışında erken emekliye ayrılamama ve özlük haklarından yoksun bırakılamama güvencelerini içerir. Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri ile yargılama usulleri kanunla belirlenir; duruşmalar kural olarak açık, kararlar gerekçeli olmalıdır. Anayasa Mahkemesi norm denetimi, bireysel başvuru ve Yüce Divan görevlerini yürütür. Yargıtay adli, Danıştay idari yargının son inceleme merciidir. Uyuşmazlık Mahkemesi adli ve idari yargı arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını çözer; Hâkimler ve Savcılar Kurulu mesleğe ilişkin temel kararları alır.

Yargının anayasal konumu, bir uyuşmazlığı karara bağlayan mahkemelerin varlığından daha geniştir. Dokuzuncu madde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağını belirtir. Bu kural, yargılamanın hem dış etkilerden korunmasını hem de uyuşmazlığın taraflarına eşit mesafede yürütülmesini gerektirir. Bağımsızlık mahkemenin diğer devlet organlarına karşı, tarafsızlık ise hâkimin somut uyuşmazlıktaki konumuna ilişkin temel güvencedir.

Hâkimler görevlerinde Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verir. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere emir ya da talimat veremez; genelge gönderemez, tavsiye veya telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Mecliste yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili soru sorulması, görüşme yapılması veya beyanda bulunulması da yasaktır. Bu yasaklar, kararın hukuki delil ve değerlendirme dışında siyasal veya idari yönlendirmeyle oluşmasını önler.

Mahkeme kararının bağlayıcılığı bağımsızlığın sonuçlarından biridir. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar kararı değiştiremez ve yerine getirilmesini geciktiremez. Kararın yalnız taraflar arasında sonuç doğurması ile kamu makamlarının karara uyma ödevi farklı meselelerdir; anayasal hüküm, idarenin veya yürütmenin kesinleşmiş yargı kararını kendi değerlendirmesiyle etkisiz bırakamayacağını açıklar.

Hâkimlik ve savcılık teminatı, kişisel ayrıcalık değil yargı görevinin korunmasıdır. Hâkim ve savcılar azlolunamaz; kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz ve mahkeme ya da kadro kaldırılmış olsa bile aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren suçtan hüküm giyme, görevi sağlık bakımından yapamayacağının kesinleşmesi veya meslekte kalmanın uygun olmadığına karar verilmesi gibi kanuni istisnalar saklıdır.

Adli ve idari yargı hâkim ve savcılığı meslekten kişiler eliyle yürütülür. Nitelikler, atanma, hak ve ödevler, ilerleme, görev yeri değişiklikleri, disiplin ve ceza soruşturmaları ile diğer özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına uygun biçimde kanunla düzenlenir. Hâkim ve savcılar altmış beş yaşını bitirinceye kadar görev yapar ve kanunda belirtilenler dışında resmî ya da özel görev alamaz. İdari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olmaları, yargısal görevlerinde emir alabilecekleri anlamına gelmez.

Yargılamanın görünür güvenceleri de Anayasada yer alır. Duruşmalar kural olarak herkese açıktır; ancak genel ahlak veya kamu güvenliği kesin olarak gerektiriyorsa kısmen ya da tamamen kapalı yapılabilir. Bütün mahkeme kararlarının gerekçeli yazılması zorunludur. Gerekçe, tarafların kararın hangi hukuki ve maddi nedenlere dayandığını anlayabilmesini ve kanun yolunun etkili kullanılmasını sağlar. Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. Disiplin mahkemeleri dışında askerî mahkeme kurulamaz; savaşta asker kişilerin görevleriyle ilgili suçları için kanunla askerî mahkeme kurulabilmesi istisnadır.

Anayasa Mahkemesi anayasal yargının merkezidir. Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Meclis İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler; anayasa değişikliklerini yalnız şekil yönünden inceler. Bireysel başvuruları karara bağlar ve Anayasada sayılan üst düzey görevlileri görev suçları nedeniyle Yüce Divan sıfatıyla yargılar. Norm denetimi doğrudan iptal davası veya görülmekte olan davada uygulanacak kanun ya da kararname hükmünün Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi yoluyla işler. İptal kararları geriye yürümez ve Anayasa Mahkemesi kararları devlet organlarını, idareyi, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.

Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve başka bir adli yargı merciine bırakılmamış kararların son inceleme merciidir; kanunun gösterdiği bazı davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak da bakar. Danıştay aynı işlevi idari yargı kararları bakımından yürütür ve kanunda gösterilen bazı davaları ilk ve son derece mahkemesi olarak karara bağlar. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri hakkında düşünce bildirmek ve kanunla verilen diğer işleri yapmak Danıştayın anayasal görevleri arasındadır.

Uyuşmazlık Mahkemesi adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin biçimde çözer. Anayasa Mahkemesiyle diğer mahkemeler arasındaki görev uyuşmazlığında Anayasa Mahkemesinin kararı esas alınır. Sayıştay ise merkezî yönetim kapsamındaki idarelerle sosyal güvenlik kurumlarının gelir, gider ve mallarını Meclis adına denetler, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlar. Sayıştayın kesin hükümleri hakkında bir kez karar düzeltme istenebilir; bu kararlar nedeniyle idari yargıya başvurulamaz.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu on üç üyeden oluşur ve iki daire halinde çalışır. Adalet Bakanı Kurulun başkanıdır. Kurul; adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul eder, atama ve nakil, geçici yetki, yükselme, birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtımı, disiplin, görevden uzaklaştırma ve meslekte kalmanın uygunluğu hakkında karar verir. Meslekten çıkarma cezasına ilişkin kararları dışındaki Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz. Kurulun bu yapısı ve görevleri, hâkimlik teminatı ile mesleki idarenin anayasal kesişim noktasını oluşturur.

Yargı düzeninin bütünü, mahkemenin bağımsız karar vermesi, kararın gerekçeli ve bağlayıcı olması, hâkim ve savcıların mesleki güvenceye sahip bulunması ve farklı yargı kollarının görev alanlarının belirlenmesi üzerine kurulur. Bu unsurlardan biri eksik olduğunda hak arama özgürlüğünün etkili biçimde kullanılması da zayıflar.

1.7.1 · Temel Hakların Sınıflandırılması

Temel Hakların Anayasal Düzeni: Kişisel, Sosyal ve Siyasal Alanlar

KISACA

Anayasa temel hakları önce ortak bir hukuki statüye bağlar, ardından üç ana bölümde düzenler. Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez haklara sahiptir; bu haklar aynı zamanda kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı sorumluluklarını içerir. Kişinin hakları ve ödevleri, yaşam ve bütünlükten kişi özgürlüğüne, özel hayattan düşünce, din, basın, örgütlenme, mülkiyet ve hak aramaya kadar bireyin korunmuş alanını oluşturur. Sosyal ve ekonomik haklar aile, eğitim, çalışma, sendika, sağlık, çevre, konut ve sosyal güvenlik gibi alanlarda devlete düzenleme ve koruma görevleri yükler. Siyasi haklar ise vatandaşlık, seçme ve seçilme, siyasi parti faaliyeti, kamu hizmetine girme, vatan hizmeti, vergi ve dilekçe hakları üzerinden kişinin kamusal karar süreçlerine katılımını düzenler. Bu sınıflandırma mutlak duvarlar kurmaz; bir hak, niteliğine göre hem müdahaleden kaçınma hem de etkili kullanım için tedbir alma yükümlülüğü doğurabilir.

Temel hakların sınıflandırılması, yalnız ezber kolaylığı sağlayan bir başlıklandırma değildir. Hakkın kim tarafından kullanılabileceğini, devletten hangi davranışın beklendiğini ve hangi anayasal bölümde hangi özel güvencelerin bulunduğunu anlamaya yardım eder. Anayasa önce bütün haklar için geçerli genel hükümleri düzenler, sonra kişinin hakları ve ödevleri, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler ile siyasi haklar ve ödevler ayrımını kurar.

Genel statü on ikinci maddede belirlenir. Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Hakların devredilemez ve vazgeçilemez olması, kişinin anayasal statüsünün iradi bir sözleşmeyle tümüyle ortadan kaldırılamayacağını gösterir. Aynı madde hakların yalnız bireysel yetkilerden ibaret olmadığını, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da içerdiğini belirtir. Sınıflandırmanın bütün bölümleri bu ortak temele dayanır.

Kişinin hakları ve ödevleri, bireyin maddi ve manevi varlığını ve devlet müdahalesine karşı korunmuş alanını öne çıkarır. Yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, işkence ve eziyet yasağı, zorla çalıştırma yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği bu bölümde yer alır. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliği, kişisel verilerin korunması, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü de kişinin mahrem alanını güvenceye bağlar. Yerleşme ve seyahat, din ve vicdan, düşünce ve kanaat ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlükleri bireyin hareket, inanç ve ifade alanını korur.

Aynı bölüm basın ve yayın özgürlüğünü, dernek kurma ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarını da içerir. Mülkiyet ve miras hakları kişisel haklar arasında düzenlenmiştir. Hak arama hürriyeti, kanuni hâkim güvencesi, suç ve cezalara ilişkin ilkeler, ispat hakkı ve ihlal halinde yetkili makama başvuru imkânı ise diğer hakların korunmasını sağlayan usuli güvencelerdir. Bu nedenle kişinin hakları bölümü yalnız maddi özgürlükleri değil, onları ileri sürme ve savunma araçlarını da kapsar.

Sosyal ve ekonomik haklar, insanın aile, eğitim, çalışma ve toplumsal güvenlik içindeki konumuna yönelir. Ailenin ve çocukların korunması, eğitim ve öğrenim hakkı, kıyılardan yararlanma, toprak mülkiyeti, tarım ve hayvancılığın korunması, kamulaştırma ve devletleştirme bu bölümün farklı görünümleridir. Çalışma ve sözleşme özgürlüğü, çalışma hakkı, uygun çalışma şartları, dinlenme, sendika kurma, toplu iş sözleşmesi, grev ve adil ücret hükümleri de sosyal devletin çalışma hayatındaki anayasal çerçevesini oluşturur.

Sağlıklı çevrede yaşama, konut, sosyal güvenlik, gençliğin ve sporcunun korunması ile tarih, kültür, tabiat ve sanat varlıklarının desteklenmesi de sosyal ve ekonomik bölümde yer alır. Bu alanda devlet çoğu kez yalnız müdahale etmeme değil, teşkilat kurma, tedbir alma, hizmeti düzenleme veya belirli grupları koruma yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte devlet, sosyal ve ekonomik görevlerini amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

Siyasi haklar ve ödevler, kişinin devlet iradesinin oluşumuna ve kamusal işleyişe katılımını düzenler. Türk vatandaşlığı, seçme, seçilme, bağımsız veya siyasi parti içinde faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakları bu bölümün merkezindedir. Siyasi parti kurma, partiye girme veya ayrılma özgürlüğü demokratik siyasi hayatla doğrudan ilişkilidir. Kamu hizmetine girme hakkı, vatan hizmeti ve vergi ödevi de vatandaşın devletle kurduğu kamusal bağın farklı yönleridir. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakları ise kişiye kamu makamlarıyla ilişkide katılım ve denetim yolları sağlar.

Sınıflandırma, hak sahipliği bakımından da ipucu verir. Anayasa birçok kişisel ve sosyal hak için “herkes” ifadesini kullanırken seçme, seçilme ve siyasi parti faaliyeti gibi bazı hakları vatandaşlara tanır. Yabancıların temel hakları milletlerarası hukuka uygun biçimde kanunla sınırlanabilir. Buna karşılık bazı siyasi başvuru yollarında yabancılar için ikamet ve karşılıklılık gibi özel şartlar öngörülebilir.

Bir hakkın belirli bölümde yer alması, onun yalnız tek tür yükümlülük doğurduğu anlamına gelmez. Örneğin özel hayatın korunması kamunun müdahaleden kaçınmasını gerektirirken kişisel verilerin korunması için kanuni ve idari tedbirler de ister. Eğitim hakkı devletin hizmet sunma görevini içerdiği kadar kişinin eğitimden yoksun bırakılamamasını da güvenceye alır. Bu nedenle sınıflandırma, hakların anlamını daraltan katı kalıplar değil, anayasal düzen içindeki ağırlık merkezlerini gösteren sistematik bir okuma aracıdır.

1.7.2 · Temel Hakların Sınırlandırılması

Temel Haklara Müdahalenin Anayasal Testi

KISACA

Temel hakların sınırlandırılması, kamu makamının yalnız bir gerekçe göstermesiyle hukuka uygun hale gelmez. Anayasanın on üçüncü maddesi birbirine bağlı bir denetim dizisi kurar. Müdahale kanuna dayanmalı, yalnız ilgili hakkın maddesinde belirtilen sebebe yönelmeli, hakkın özüne dokunmamalı ve Anayasanın sözü ile ruhuna uygun olmalıdır. Ayrıca demokratik toplum düzeni ve laik Cumhuriyetin gerekleri ile ölçülülük ilkesi korunmalıdır. Ölçülülük, kullanılan aracın amaçla makul bağ taşımasını ve müdahalenin gerekli sınırı aşmamasını gerektirir. Hakların devleti ve demokratik laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmaya yönelik faaliyetler biçiminde kullanılamaması ayrı bir kötüye kullanma yasağıdır; bu hüküm genel ve sınırsız müdahale yetkisi vermez. Savaş, seferberlik ve olağanüstü hâlde ise on beşinci maddedeki özel rejim uygulanır. Yabancıların hakları da milletlerarası hukuka uygun olmak şartıyla kanunla sınırlanabilir.

Bir temel hakka yapılan müdahalenin anayasal denetimi, işlemin hangi amaca yöneldiğini söylemekle tamamlanmaz. On üçüncü madde, müdahalenin dayanağından yoğunluğuna kadar uzanan çok aşamalı bir hukuka uygunluk ölçüsü getirir. Bu ölçüler birlikte uygulanır; bunlardan birinin bulunması diğer eksiklikleri gidermez. Kanuni dayanağı olan ancak hakkın özünü ortadan kaldıran veya ölçüsüz sonuç doğuran bir sınırlama anayasal hale gelmez.

İlk koşul kanuniliktir. Temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanabilir. Bu nedenle müdahalenin yasama organınca kabul edilmiş bir kanuna dayanması gerekir. İdari işlem veya düzenleyici işlem, kanunun çizmediği yeni ve asli bir sınırlama alanı kuramaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bakımından da temel hakların genel hükümleri, kişi hakları ve siyasi hakların olağan dönemde düzenlenemeyeceği ayrıca belirtilmiştir.

İkinci koşul, özel sınırlama sebebidir. Sınırlama yalnız Anayasanın ilgili hak maddesinde belirtilen nedenlere dayanabilir. Bu nedenle bir hak için sayılmış amacın başka bir hakka kendiliğinden taşınması mümkün değildir. Örneğin özel hayat, konut ve haberleşme alanlarında millî güvenlik, kamu düzeni, suçun önlenmesi, genel sağlık, genel ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi sebepler düzenlenmiştir. Yerleşme ve seyahat özgürlüğünün farklı yönleri için ise ayrı amaçlar gösterilmiştir. Somut müdahalenin, ilgili maddede gerçekten yer alan sebep ile bağlantısı kurulmalıdır.

Üçüncü koşul, hakkın özüne dokunulmamasıdır. Sınırlama hakkın kullanımını düzenleyebilir veya belirli koşullarda daraltabilir; fakat hakkı tanınmaz hale getiremez. Bir başvuru yolunu yalnız görünüşte bırakıp kullanılmasını imkânsız kılan düzenleme ya da özgürlüğün koruduğu alanı tümüyle ortadan kaldıran yasak, öz güvencesiyle bağdaşmaz.

Dördüncü aşamada sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluğu incelenir. Söze uygunluk açık madde kurallarına bağlılığı, ruha uygunluk ise başlangıç ile Cumhuriyetin nitelikleri ve Anayasanın

bütünlüğüyle uyumu gerektirir. Kanunun biçimsel varlığı, anayasal ilkelerle çelişen bir müdahaleyi tek başına hukuka uygun hale getirmez.

Demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekleri de bağımsız sınırlama ölçüleridir. Müdahale, Anayasanın demokratik devlet ve laik Cumhuriyet tercihleriyle bağdaşmalıdır. Bu şartlar, ilgili maddede gösterilen sınırlama sebebinin anayasal düzen içinde ve somut müdahaleyle bağlantılı biçimde değerlendirilmesini gerektirir.

Ölçülülük ilkesi, getirilen sınırlamanın izlenen amaç karşısında gereğinden ağır bir sonuca yol açmamasını ister. Tedbirin kapsamı ve süresi ile hakka getirdiği yük, ulaşılmak istenen anayasal amaçtan kopuk olamaz. Olağanüstü dönem bakımından da Anayasa, alınan tedbirlerin durumun gerektirdiği ölçü içinde kalmasını ayrıca şart koşar.

On dördüncü madde, hakların kötüye kullanılmasını yasaklar. Hiçbir hak devletin ülke ve millet bütünlüğünü bozmayı veya insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyet biçiminde kullanılamaz. Aynı şekilde Anayasa, devlete veya kişilere hakları yok etme ya da Anayasada öngörülenden daha geniş sınırlama yetkisi verecek biçimde yorumlanamaz. Bu ikinci yön önemlidir: kötüye kullanma yasağı, kamu makamının hakları sınırsızca daraltmasına dayanak yapılamaz.

Olağanüstü dönemlerde on üçüncü maddenin olağan sınırlama rejiminden farklı olarak on beşinci madde uygulanır. Savaş, seferberlik veya olağanüstü hâlde hakların kullanımı kısmen ya da tamamen durdurulabilir veya olağan güvencelere aykırı tedbir alınabilir. Bunun için milletlerarası yükümlülüklere uyulması ve durumun gerektirdiği ölçünün aşılmaması gerekir. Yaşam hakkının belirli çekirdeği, maddi ve manevi bütünlük, din ve kanaati açıklamaya zorlanmama, geçmişe yürümezlik ve masumiyet karinesi bu dönemde de korunur.

Yabancılar bakımından on altıncı madde özel bir kural getirir. Temel haklar yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Bu hüküm de idareye kendiliğinden ve sınırsız müdahale yetkisi vermez; hem kanuni temel hem milletlerarası hukuka uygunluk aranır. Sonuç olarak temel hak sınırlaması, yetki, sebep, öz, anayasal uyum, demokratik gereklilik ve ölçülülük basamaklarının tamamından geçmesi gereken hukuki bir işlemdir.

1.7.3 · Hak ve Hürriyetlerin Korunması

Hak İhlaline Karşı Koruma Yolları ve Etkili Başvuru Güvenceleri

KISACA
Hak ve hürriyetlerin korunması, yalnız hakların Anayasada yazılmasıyla değil, ihlal halinde işleyen başvuru yollarıyla gerçekleşir. Herkes meşru araç ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde iddia ve savunmada bulunma ve adil yargılanma hakkına sahiptir; hiçbir mahkeme görev alanındaki davaya bakmaktan kaçınamaz. Hakları ihlal edilen kişiye yetkili makama gecikmeden başvurma imkânı sağlanmalı, devlet işlemlerinde başvurulacak kanun yolu, merci ve süre gösterilmelidir. Kamu görevlilerinin haksız işlemlerinden doğan zarar devletçe tazmin edilir. İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı kural olarak yargı yolu açıktır; idari yargı hukuka uygunluğu denetler ve şartları varsa yürütmeyi durdurabilir. Dilekçe, bilgi edinme ve Kamu Denetçiliği Kurumuna başvuru yargı dışı koruma yollarını tamamlar. Olağan kanun yolları tüketildikten sonra belirli temel hak ihlalleri Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru konusu olabilir.

Bir temel hakkın etkili biçimde korunması, hakkı tanıyan norm ile ihlali giderecek yolun birlikte bulunmasına bağlıdır. Anayasa bu korumayı tek bir kuruma bırakmaz. Mahkemeye erişim ve adil yargılanma, idari işlemlerin yargısal denetimi, ihlal halinde başvuru yolunun gösterilmesi, tazminat, dilekçe ve kamu denetçisine başvuru ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru birbirini tamamlayan bir güvence ağı oluşturur.

Hak arama hürriyeti, herkesin meşru araç ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde davacı veya davalı sıfatıyla iddia ve savunmada bulunmasını ve adil yargılanma hakkından yararlanmasını güvenceye alır. Bu hak yalnız dava dilekçesi verebilmekten ibaret değildir; kişinin talep ve savunmasını görevli mahkeme önüne taşıyabilmesini ve yargılamanın anayasal güvenceler içinde yürütülmesini kapsar. Hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaması, yargısal korumanın reddedilmesini önleyen tamamlayıcı kuraldır.

Kanuni hâkim güvencesi, kişinin uyuşmazlık doğduktan sonra özel olarak oluşturulmuş bir merci önüne çıkarılmasına engel olur. Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz ve bunu sağlayacak olağanüstü yargı mercileri kurulamaz. Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri ile yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi de bu güvencenin kurumsal dayanağıdır. Duruşmaların açıklığı, kararların gerekçeli yazılması ve davaların mümkün olan sürat ve en az giderle sonuçlandırılması, hak arama sürecinin niteliğini belirler.

Kırkıncı madde, ihlal sonrası etkili başvuru hakkını doğrudan düzenler. Anayasal hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteyebilir. Devlet yaptığı işlemlerde, ilgili kişiye hangi kanun yollarına ve mercilere başvurabileceğini ve bu yolların sürelerini bildirmek zorundadır. Bu yükümlülük, başvuru hakkının usul bilgisi eksikliği nedeniyle kullanılamaz hale gelmesini önlemeye yöneliktir.

Resmî görevlilerin haksız işlemlerinden doğan zarar kanuna göre devlet tarafından tazmin edilir. Devletin sorumlu görevliye rücu hakkı saklıdır. Böylece zarar gören kişi, kamu görevlisinin kişisel ödeme gücüne bağlı bırakılmaz; hukuki sorumluluk öncelikle devlete yöneltilir. Benzer biçimde memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, ilgili görevliye rücu edilmek kaydıyla idare aleyhine açılır.

İdari faaliyet karşısındaki temel güvence, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olmasıdır. İdari davalarda süre yazılı bildirimle başlar. Yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimiyle sınırlıdır; mahkeme yerindelik denetimi yapamaz, idarenin yerine geçecek işlem kuramaz veya takdir yetkisini tamamen kaldıracak karar veremez. Bu sınır idarenin yargıdan bağışık olması demek değildir; idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğu mahkeme önünde incelenir.

Yürütmenin durdurulması, dava sonuçlanmadan önce etkili koruma sağlayan geçici bir araçtır. İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zarar doğacaksa ve işlem açıkça hukuka aykırıysa, iki koşul birlikte gerçekleştiğinde gerekçe gösterilerek yürütme durdurulabilir. İdare ayrıca kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Bu hükümler iptal ve tazminat yollarının anayasal temelini oluşturur.

Yargı dışı başvuru yolları da hak korumasının parçasıdır. Vatandaşlar ve karşılıklılık gözetilmek şartıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetlerini yetkili makamlara ve Meclise yazılı olarak iletebilir. Başvurunun sonucu gecikmeksizin yazılı biçimde bildirilir. Herkes bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. İdarenin işleyişine ilişkin şikâyetleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı bünyesindeki Kamu Denetçiliği Kurumu değerlendirir. Bu yol mahkeme kararının yerini tutmaz; idarenin işleyişini inceleyen tamamlayıcı bir denetim mekanizmasıdır.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, anayasal korumanın özel yoludur. Herkes, Anayasada güvence altına alınmış ve aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında bulunan temel haklarından birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla başvurabilir. Bireysel başvurudan önce olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekir. Bu şart, Anayasa Mahkemesinin ilk derece mahkemesi veya genel bir temyiz mercii gibi çalışmasını önler. Nitekim bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar incelenemez; denetim anayasal hak ihlaline yönelir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı korumanın sonuç boyutudur. Kararlar kesindir ve yasama, yürütme, yargı organları, idare makamları ile gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Norm denetiminde verilen iptal kararları geriye yürümez; iptal edilen hüküm kural olarak kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Mahkeme gerekli görürse yürürlük tarihini bir yılı aşmamak üzere erteleyebilir.

Hak koruma yolları arasında seçim yapılırken ihlalin kaynağı ve istenen hukuki sonuç belirleyicidir. İdari işlemin iptali veya zararın giderilmesi için görevli yargı yolu, süresi ve dava koşulları gözetilir; yargı dışı başvurunun dava sürecinin yerine geçip geçmediği varsayılmaz; bireysel başvurunun ikincil niteliği

nedeniyle olağan yollar tüketilir. Anayasal güvence, doğru merciye zamanında ve etkili biçimde ulaşabilen bir başvuru düzeniyle gerçek anlamını kazanır.

2.1 · İdare Hukukunun Temel İlkeleri ve Kaynakları

İdare Hukukunun Çerçevesi: Kamu Yararı, Kanunilik ve İdari Rejim

KISACA

İdare hukuku, kamu idaresinin kuruluşunu, faaliyetlerini, kişilerle ilişkilerini ve denetlenmesini düzenleyen kamu hukuku dalıdır. İdare, kamu yararını gerçekleştirmek için kamu gücünden doğan üstünlük ve ayrıcalıkları kullanır; buna karşılık kuruluşu, görevleri ve yetkileri önceden belirlenmiş hukuk kurallarıyla bağlıdır. Bu nedenle kanunilik, hukuk devleti, eşitlik ve idarenin bütünlüğü ilkeleri idari faaliyetin temel sınırlarını oluşturur. İdare hukuku tek bir kanunda toplanmış değildir ve yargı kararlarıyla gelişen bir yapıya sahiptir. Bir ilişkinin bu alana girmesinde, idarenin sıradan bir özel hukuk kişisi gibi değil, kamu gücü ayrıcalıkları veya yükümlülükleriyle hareket edip etmediği belirleyicidir. Bu nitelikteki işlemler, eylemler, sözleşmeler ve bunlardan doğan sorumluluk idari rejimin kapsamına girer; uyuşmazlıklar da kural olarak idari yargıda çözümlenir.

İdare hukuku, devletin bütün faaliyetlerini değil, kamu idaresinin örgütlenmesini ve idari işlevini konu edinir. Yasama ve yargı faaliyetleri bu alanın dışında kalırken yürütme içinde yer alan idari teşkilat, kamu hizmetlerini yürütmek ve toplumsal ihtiyaçları karşılamak üzere hareket eder. Bu hukuk dalı, bir yandan idari makamların kuruluşunu, görevlerini ve birbirleriyle ilişkilerini; diğer yandan idarenin kişilerle kurduğu hukuki ilişkileri ve bu faaliyetlerin nasıl denetleneceğini belirler.

İdari faaliyetin ayırt edici yönü kamu yararı amacıdır. İdare, kişisel ya da ticari bir çıkarı gerçekleştirmek için değil, toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamak için vardır. Bu amaç ona özel kişilerde bulunmayan kamu gücü imkânları sağlar. Tek yanlı ve icrai karar alabilmesi, işlemini ilgilinin kabulüne ihtiyaç duymadan hukuk dünyasında sonuç doğuracak biçimde kurabilmesi bu üstün konumun görünüşlerindendir. Ancak kamu gücü sınırsız bir serbestlik değildir. İdare, kanunun izin vermediği bir çözüme başvuramaz; görev ve yetkilerini önceden çizilmiş hukuki çerçeve içinde kullanır.

Kanunilik ilkesi, idarenin hem kuruluşunun hem faaliyetinin hukuki dayanağa sahip olmasını gerektirir. Hukuk devleti ilkesi de idari eylem ve işlemlerin denetlenebilmesini ve idarenin verdiği zararı gidermesini güvence altına alan daha geniş zemini oluşturur. Eşitlik, aynı hukuki durumda bulunanlara ayrım yapılmadan davranılmasını; üniter devlet ve idarenin bütünlüğü ilkeleri ise farklı idari birimlerin tek devlet düzeni içinde uyumlu çalışmasını ifade eder. Cumhuriyetçilik, demokratik ve laik devlet, sosyal devlet, insan haklarına saygı ve Atatürk milliyetçiliğine bağlılık da idari yapının ve faaliyetin anayasal yönünü belirleyen temel ilkelerdir.

İdare hukuku tedvin edilmemiş bir hukuk dalıdır. Kuralları tek bir idare kanununda toplanmadığı için Anayasa, çeşitli kanunlar ve diğer düzenlemeler birlikte değerlendirilir. Yargı kararlarının gelişime katkısı nedeniyle içtihadi niteliği de belirgindir. Bu da avukat açısından yalnız bir düzenleme metnine bakmanın çoğu kez yeterli olmaması, işlem türünün, yetkinin ve denetim yolunun idari rejim içinde birlikte ele alınması anlamına gelir.

Bir hukuki ilişkinin idare hukukuna tabi olup olmadığını belirlerken idarenin taraf olması tek başına yeterli değildir. İdare, özel mallarıyla ilgili bir sözleşmede özel hukuk kişisi gibi davranabilir. Buna karşılık kamu gücü ayrıcalığına veya özel bir kamusal yükümlülüğe dayanarak işlem yaptığında idari rejim gündeme gelir. Aynı ölçüt eylem, sözleşme ve sorumluluk bakımından da işlev görür. Kamu gücüyle kurulan işlem idari işlem, bu ayrıcalıkları taşıyan sözleşme idari sözleşme, bu alandaki faaliyet nedeniyle doğan mali yükümlülük ise idari sorumluluk niteliği kazanır.

2.2.1 · Merkezden Yönetim

Merkezden Yönetim: Başkent ve Taşra Arasında Tek Devlet Tüzel Kişiliği

KISACA
Merkezden yönetim, ülke çapındaki kamu hizmetlerinin devlet tüzel kişiliği içinde tek merkezden planlanması ve yürütülmesidir. Kararlar merkezî idare adına alınır; merkez ve taşra birimleri ayrı kamu tüzel kişiliklerine sahip değildir. Teşkilat, başkent ve taşra olmak üzere iki bölüme ayrılır. Başkentte Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlıklar icrai görev üstlenirken çeşitli kurul ve kurumlar görüşleriyle yönetime yardımcı olur. Taşrada il ve ilçe teşkilatı, merkezde belirlenen hizmetleri ülke genelinde uygular. Hiyerarşi, merkezden yönetimin birimler ve personel üzerindeki temel bağını kurar. Yetki genişliği ise merkez adına karar alma yetkisinin taşradaki belirli üst görevlilerce kullanılmasına imkân vererek sistemin ağır işlemesini azaltır; buna rağmen kullanılan yetki ayrı bir tüzel kişilik adına değil, devlet tüzel kişiliği adına kullanılır.

Merkezden yönetim, idari kararların ve kamu hizmetlerine ilişkin temel planlamanın devlet tüzel kişiliği içinde toplanmasını anlatır. Bu yapıda hizmetin ülke çapındaki hedefi, örgütlenmesi ve uygulama çerçevesi merkezde belirlenir. Başkentte alınan kararlar, devlet tüzel kişiliğinin yetki alanındaki bütün birimler ve görevliler bakımından bağlayıcıdır. Dolayısıyla merkezî idarenin taşradaki birimi, yerinden yönetim kuruluşu gibi kendisine ait ayrı bir kamu tüzel kişiliği adına hareket etmez.

Teşkilat iki ana bölümden oluşur. Başkent teşkilatı, merkezî idarenin üstlendiği millî kamu hizmetlerinin nasıl yürütüleceğinin planlandığı ve karara bağlandığı alandır. İcrai birimler devlet adına uygulanabilir kararlar alır; yardımcı kuruluşlar ise görüş, öneri ve denetim işlevleriyle karar sürecine katkı sağlar. Bakanlıklar, görev alanlarına giren hizmetleri örgütler ve kendi personeli ile işlemleri üzerinde hiyerarşik yetki kullanır. Böylece aynı devlet tüzel kişiliği içinde görev dağılımı yapılırken yönetim birliği korunur.

Taşra teşkilatı, merkezde oluşturulan idari iradenin ülkenin farklı bölgelerinde uygulanmasını sağlar. İl yönetiminin başında vali, ilçe yönetiminin başında kaymakam bulunur. Vali ildeki merkezî idare örgütlerinin ve kolluk teşkilatının hiyerarşik amiridir. Kaymakam da ilçe sınırları içindeki merkezî idare örgütleri ile genel ve özel kolluk kuvvetleri bakımından yönetim ve denetim görevini üstlenir. Bu makamların faaliyetleri yeni bir kamu tüzel kişiliği oluşturmaz; devlet idaresinin taşradaki görünümüdür.

Merkezden yönetimin düzenli işlemesini sağlayan temel bağ hiyerarşidir. Üst makamın ast birim ve personel üzerindeki emir, gözetim ve denetim yetkileri aynı tüzel kişilik içindeki idari bütünlüğü gerçekleştirir. Bu ilişki, merkezî idare ile ayrı tüzel kişiliğe sahip yerinden yönetim kuruluşları arasındaki idari vesayetten ayrılır. Hiyerarşi devlet tüzel kişiliğinin kendi iç düzenine, vesayet ise farklı kamu tüzel kişileri arasındaki kanuni denetime ilişkindir.

Kararların her durumda başkentten alınması hizmetleri yavaşlatabileceği için yetki genişliği merkezden yönetimi tamamlar. Merkez adına karar vermeye yetkili makamların bazı yetkileri, kendi hiyerarşik

denetimleri altında kullanılmak üzere taşradaki yüksek görevlilere bırakılır. Bu yöntem yetkinin kullanıldığı yeri değiştirir, fakat yetkinin ait olduğu tüzel kişiliği değiştirmez. Bu nedenle yetki genişliği yerinden yönetim değil, merkezden yönetimin işleyişini kolaylaştıran bir araçtır.

2.2.2 · Yerinden Yönetim

Yerinden Yönetim: Mahallî İdareler ve Hizmet Kuruluşları

KISACA

Yerinden yönetim, bazı kamu hizmetlerinin devlet tüzel kişiliği dışındaki kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesidir. Sistem, yer yönünden ve hizmet yönünden yerinden yönetim olarak iki görünüm taşır. Mahallî idareler, il, belediye veya köy halkının ortak yerel ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulur; karar organları seçmenlerce belirlenir ve idari-mali özerkliğe sahiptir. İl özel idaresi, belediye ve köy bu gruptadır. Hizmet yönünden yerinden yönetimde ise belli bir uzmanlık alanı için ayrı kamu tüzel kişiliğine ve belirli ölçüde özerkliğe sahip kamu kurumları oluşturulur. Üniversiteler, sosyal güvenlik veya ulaştırma alanındaki kamu kurumları bu yapının örnekleridir. Ayrı tüzel kişilik, bu kuruluşları merkezî idarenin taşra birimlerinden ayırır; yine de idarenin bütünlüğü, kanunun öngördüğü vesayet ilişkileri ve ortak kamu yararı amacıyla korunur.

Yerinden yönetim ilkesi, kamu hizmetlerinin tamamının devlet tüzel kişiliği içinde toplanmamasını, bazı hizmetlerin ayrı kamu tüzel kişileri eliyle yürütülmesini ifade eder. Bu kuruluşlar merkezî idarenin bir taşra birimi değildir. Kendilerine ait tüzel kişilikleri, görev alanları ve karar organları bulunur. Özerklikleri hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içindedir; kamu yönetiminin genel bütünlüğünden kopuk bağımsız yapılar olarak değerlendirilmezler.

Yer yönünden yerinden yönetimin temel örneği mahallî idarelerdir. İl özel idaresi, belediye ve köy; belirli bir yerde yaşayan halkın ortak ve yerel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulan kamu tüzel kişileridir. Karar organlarının seçmenler tarafından oluşturulması, bu kuruluşların merkezî idareden ayrılan belirgin özelliğidir. İl özel idaresi il halkının, belediye belde sakinlerinin, köy idaresi ise köy topluluğunun mahallî müşterek ihtiyaçlarına yönelir. Görev alanı ve örgütlenme biçimi ilgili kanunlarla belirlenir.

Mahallî idare ile merkezî idarenin taşra teşkilatı karıştırılmamalıdır. İl genel yönetimi devlet tüzel kişiliğinin taşradaki uzantısıdır; il özel idaresi ise ayrı kamu tüzel kişiliğine sahip yerel yönetimdir. Benzer biçimde belediye, merkezden gönderilen bir taşra birimi değil, yerel ortak ihtiyaçlar için kurulmuş idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisidir. Ayrım yapılırken hizmetin coğrafi kapsamı kadar işlemin hangi tüzel kişi adına tesis edildiğine de bakılır.

Hizmet yönünden yerinden yönetim, coğrafi bir topluluğun bütün yerel ihtiyaçlarına değil, belirli bir uzmanlık alanına odaklanır. Bir kamu idaresi tarafından kurulan, onun vesayeti altında çalışan, belli ölçüde özerkliğe ve ayrı kamu tüzel kişiliğine sahip kamu kurumları bu gruptadır. Üniversiteler, TRT, TÜBİTAK, sosyal güvenlik ve ulaştırma alanındaki çeşitli genel müdürlükler farklı uzmanlık hizmetlerini yürütür. Buradaki örgütlenme, teknik bilgi ve hizmet gereklerinin daha odaklı bir yapı içinde karşılanmasını sağlar.

Yerinden yönetim kuruluşlarının ayrı tüzel kişiliği, merkezî idarenin bunlar üzerinde aynı tüzel kişilik içindeki hiyerarşi yetkisini kullanacağı anlamına gelmez. İdarenin bütünlüğü, kanunun öngördüğü idari vesayet araçlarıyla ve kuruluşların kamu yararı doğrultusunda faaliyet göstermesiyle sağlanır. Bu

nedenle yerinden yönetim, hem karar ve uygulamanın hizmete veya yere yakınlaşmasını hem de ülke idaresinin hukuki bütünlük içinde kalmasını amaçlayan bir teşkilatlanma ilkesidir.

2.2.3 · Kamu İktisadi Teşebbüsleri

Kamu İktisadi Teşebbüsleri: Tanım, Yapısı ve Hukuki Niteliği

KISACA
Kamu iktisadi teşebbüsleri, idarenin ekonomik alanda kamu tüzel kişiliğiyle fakat ticari hayatın gereklerine yaklaşan bir çalışma biçimiyle görünmesidir. Bu yapı 233 sayılı KHK çerçevesinde iktisadi devlet teşekkülü ve kamu iktisadi kuruluşu ayrımına dayanır. İlkinde devlet sermayesiyle ticari esaslara göre faaliyet gösteren bir teşebbüs, ikincisinde ise tekel niteliği taşıyan mal veya hizmetleri kamu yararı amacıyla üreten ve pazarlayan bir kuruluş vardır. KİT'ler kuruluş ve teşkilatlanma yönünden idare hukukuna, piyasaya dönük işlemleri bakımından ise çoğu kez özel hukuk mantığına yaklaşır.

Kamu iktisadi teşebbüsü, hizmet bakımından yerinden yönetim düşüncesinin ekonomik faaliyet alanına uyarlanmış biçimidir. İdare hukuku bakımından önemli olan nokta, devletin yalnız klasik kolluk veya kamu hizmeti görevleriyle değil, üretim, pazarlama ve ticari işletme faaliyetleriyle de örgütlenebilmesidir. AUZEF idare hukuku kaynağı bu kuruluşları iktisadi kamu kurumları başlığı altında ele alır ve 233 sayılı KHK sisteminde iki ana yapı bulunduğunu belirtir: iktisadi devlet teşekkülü ve kamu iktisadi kuruluşu. Bu ayrım, teşebbüsün hangi ekonomik ihtiyaca cevap verdiğini ve yürüttüğü faaliyetin kamusal yönünün hangi ölçüde öne çıktığını anlamak için kullanılır.

İktisadi devlet teşekkülü, sermayesinin tamamı devlete ait olan ve iktisadi alanda ticari esaslara göre çalışan kamu iktisadi teşebbüsüdür. Burada kamu mülkiyeti ile ticari işletme mantığı aynı yapıda birleşir. Teşekkül, özel sektör işletmeleri gibi mal veya hizmet üretimi üzerinden faaliyet yürütür; ancak kuruluşu, organları ve bağlı olduğu kamu amacı sebebiyle idare hukuku düzeninden bütünüyle kopmaz. Kamu iktisadi kuruluşu ise yine sermayesi devlete ait olmakla birlikte tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak için kurulur. Bu nedenle onun ürettiği mal ve hizmetlerin imtiyaz niteliği, faaliyetinin kamu hizmeti yönünü daha görünür hale getirir.

KİT'lerin karma niteliği sınav bakımından ayırt edici bir noktadır. Bir yandan Cumhurbaşkanı kararıyla kurulurlar, kamu tüzel kişiliğine sahiptirler ve kuruluş amaçları dışına çıkamazlar. Gerekli taşınmaz, kaynak ve irtifak hakları için kamulaştırma yetkisine sahip olmaları da kamu gücüyle bağlantılarını gösterir. Diğer yandan dışa yönelik ticari faaliyetlerinde özel hukuk kurallarının etkisi belirgindir; bu sebeple sıradan bir merkezi idare birimi gibi düşünülmeleri doğru değildir. Yönetim kurulu en üst karar organı, genel müdürlük ise yürütme organı olarak teşebbüsün iç yapısını tamamlar. Böylece KİT, devletin ekonomik yaşama katılımını idare hukuku ile piyasa faaliyeti arasında kurulan özel bir statü içinde açıklar.

2.2.4 · Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları

Meslek Kuruluşlarının İdari Teşkilattaki Yeri

KISACA

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, belirli bir mesleği veya meslek unvanını profesyonel olarak kullanan kişilerin zorunlu biçimde katıldıkları ve bağlı oldukları yapılardır. Hizmet yönünden yerinden yönetim içinde ele alınan bu kuruluşlar, mesleğin ortak düzenini ayrı bir örgütlenme içinde yürütür. Türkiye Barolar Birliği, Türk Tabipleri Birliği, Türk Eczacıları Birliği, Türk Noterler Birliği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile TÜRMOB bu yapıya örnek gösterilir. Bu kuruluşların ayırt edici noktası, belirli bir yer halkının bütün ortak ihtiyaçlarını karşılamaya değil, tanımlanmış bir meslek alanına yönelmeleridir. Bu nedenle belediye veya köy gibi mahallî idarelerden, genel bir kamu hizmetini uzmanlık temelinde yürüten diğer kamu kurumlarından ve gönüllü özel hukuk derneklerinden farklı bir idari konuma sahiptirler.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, idari teşkilatın hizmet yönünden yerinden yönetim alanında yer alan özel bir kuruluş tipidir. Belirli bir mesleği icra eden veya bir meslek unvanını taşıyarak profesyonel faaliyette bulunan kişiler, meslek düzeniyle bağ kurmak üzere bu kuruluşlara katılır ve bağlı olur. Örgütlenmenin odağı belirli bir coğrafi topluluğun bütün ihtiyaçları değil, ortak mesleki faaliyettir.

Bu yönüyle meslek kuruluşları mahallî idarelerden ayrılır. Belediye, il özel idaresi veya köy, sınırları içinde yaşayanların ortak yerel ihtiyaçlarına hizmet eder. Meslek kuruluşunda ise bağ, ikamet edilen yerden önce mesleki sıfat ve faaliyetten doğar. Kuruluşun görev alanı da ulaşım, temizlik veya imar gibi genel yerel hizmetler değil, ilgili mesleğin örgütlü yapısıdır. Bu ayrım, yer yönünden ve hizmet yönünden yerinden yönetim arasındaki farkı somutlaştırır.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği, Türkiye Barolar Birliği, Türk Eczacıları Birliği, Türk Tabipleri Birliği ve Türk Noterler Birliği bu kuruluşlara örnek verilir. Örneklerin ortak noktası, belirli bir meslek veya meslek grubu çevresinde örgütlenmeleri ve o mesleği icra eden kişilerin kuruluşla zorunlu bağ kurmasıdır. Bu zorunlu bağ, gönüllü üyelik temeline dayanan sıradan bir özel hukuk örgütünden farklı bir yapı ortaya çıkarır.

Meslek kuruluşlarını genel kamu kurumlarıyla aynı kavram gibi kullanmamak gerekir. Üniversite, sosyal güvenlik kurumu veya ulaştırma alanındaki bir genel müdürlük de hizmet yönünden yerinden yönetim içinde değerlendirilebilir; ancak bunlar belli bir kamu hizmetini yürütmek üzere örgütlenir. Meslek kuruluşu ise üyelerinin mesleki unvan ve faaliyetlerinden doğan ortak kurumsal düzen çevresinde şekillenir.

Avukat bakımından nitelendirme, kuruluşun adıyla sınırlı kalmamalıdır. Uyuşmazlıkta kuruluşun hangi meslek alanına dayandığı, ilgilinin kuruluşla bağının zorunlu meslek üyeliğinden doğup doğmadığı ve işlemin bu kamusal örgütlenme içinde tesis edilip edilmediği incelenir. Böylece meslek kuruluşunun idari teşkilattaki yeri ile sıradan özel hukuk tüzel kişilerinden ayrılan yönü doğru belirlenebilir.

2.3.1 · Yetki

İdari İşlemde Yetki: Kararı Alan Makamın Hukuki Sıfatı

KISACA

Yetki unsuru, idari işlemin kim tarafından yapıldığına ilişkindir. İdari makamın kamu gücüne dayanan irade açıklaması ancak hukuk düzeninin kendisine tanıdığı görev ve yetki alanında idari işlem niteliği kazanır. Bu nedenle bir kararın içeriği kadar, kararı tesis eden makamın o konuda işlem yapmaya yetkili olup olmadığı da incelenir. Yetki, idarenin kanuniliği ilkesiyle doğrudan bağlantılıdır; idari kuruluşlar ve görevliler önceden belirlenmiş çerçeve dışında kendiliklerinden yetki oluşturamaz. İptal davasında yetki, işlemin hukuka uygunluğunun denetlendiği unsurlardan biridir. İşlem yetkisiz makam tarafından kurulmuşsa, hukuki sonuç kamu yararına görünse bile bu eksiklik ortadan kalkmaz.

Yetki, idari işlemi tesis eden makamın hukuken o kararı almaya elverişli olup olmadığını gösterir. İdari işlem, kamu gücü ayrıcalıklarına dayanan ve hukuki sonuç doğurmaya yönelen bir irade açıklamasıdır. Bu iradenin idare adına açıklanması, işlemi yapan kişinin veya organın yetki kaynağının bulunmasını gerektirir. İdarenin kanuniliği ilkesi nedeniyle yetki, makamın kendi tercihiyle genişletebileceği bir hareket alanı değildir.

İnceleme, işlemin hangi makam tarafından tesis edildiğinin belirlenmesiyle başlar. Ardından o makamın görev alanı ile işlem konusu karşılaştırılır. İdari teşkilatta merkez ve taşra birimleri, farklı bakanlıklar ve ayrı kamu tüzel kişileri belirli görev alanlarına göre örgütlendiğinden, her makam bütün idari konularda karar alamaz. Kararın kamu hizmetini kolaylaştırması veya sonuç bakımından yararlı görülmesi, yetki dayanağındaki eksikliği tek başına gidermez.

Yetki unsuru, iptal davasındaki hukuka uygunluk denetiminin açık başlıklarından biridir. Mahkeme idarenin yerine geçerek yeni bir yetki dağılımı kurmaz; mevcut hukuk düzeni içinde işlemi yapan makamın yetkili olup olmadığını değerlendirir. Avukatın işlem dosyasında imza sahibini, karar organını ve işlemin hangi idari tüzel kişi adına kurulduğunu ayırt etmesi bu nedenle önem taşır. Yetki sorunu doğru saptandığında, işlemin diğer unsurları hukuka uygun olsa bile işlemi sakatlayan kurucu eksiklik görünür hâle gelir.

2.3.2 · Şekil

İdari İşlemde Şekil: İradenin Hukuken Kuruluş Biçimi

> **KISACA**
> Şekil unsuru, idari işlemin kanunun öngördüğü biçimde yapılmasına ve idari iradenin dış dünyaya nasıl yansıtıldığına ilişkindir. İşlemin hukuki sonuç doğurmaya yönelen irade açıklaması olması, bu iradenin yetkili makamdan çıkmasının yanında öngörülen biçimde kurulmasını da gerektirir. Şekil, işlemin sebep ve konusundan farklıdır: neden işlem yapıldığını veya hangi sonucun doğduğunu değil, kararın nasıl oluşturulduğunu gösterir. İdari Yargılama Usulü Kanunu, şekli iptal denetiminin unsurlarından biri olarak kabul eder. Bu nedenle işlem dosyasındaki karar metni, imza, kayıt ve izlenen usulün biçime yansıyan yönleri hukuka uygunluk değerlendirmesinde önem taşır. Şekil şartına uyulmaması, işlemin içeriği doğru görünse bile hukuki sakatlık doğurabilir.

Şekil, idari iradenin hukuk dünyasında hangi biçimde ortaya çıktığını anlatan işlem unsurudur. İdari makam bir konuda karar vermiş olsa bile, bu kararın hukuk düzeninin öngördüğü biçimde kurulması gerekir. Bu yönüyle şekil, kararın yalnızca dış görünüşü değildir; idari iradenin belirlenebilir, denetlenebilir ve muhatabıyla ilişkilendirilebilir hâle gelmesini sağlayan hukuki çerçevedir.

İdari işlemin unsurları birbirinden ayrılarak incelendiğinde şekil, yetki ve usulle yakın ilişki içinde görünür. Yetki işlemi kimin yaptığını, şekil işlemin nasıl kurulduğunu, usul ise karar hazırlanırken izlenen yolu açıklar. Usul öğretisel ayrımda ayrıca ele alınsa da İdari Yargılama Usulü Kanunu iptal nedenlerini sayarken yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarına yer verir. Bu nedenle hazırlık sürecindeki bir eksikliğin işlem üzerindeki biçimsel etkisi, somut olayın özellikleriyle birlikte değerlendirilir.

Şekil incelemesi, işlem metninin varlığına, kararın yetkili iradeyi yansıtıp yansıtmadığına ve işlemin ilgili kurallara uygun biçimde dışa vurulup vurulmadığına yönelir. Bireysel işlemler ilgilisine tebliğ edilerek, düzenleyici işlemler yayımlanarak yürürlüğe girer. Yürürlüğe giriş aşaması şekil unsuruyla aynı şey değildir; ancak işlemin belirli ve muhatabına karşı uygulanabilir hâle gelmesi bakımından biçim ve duyuru arasında işlevsel bağ bulunur.

Avukat, şekil sakatlığını yalnız kararın maddi görünümündeki eksiklik olarak ele almamalıdır. İşlemin kurulma tarzının, idari iradenin güvenilir biçimde ortaya çıkmasını ve hukuki denetimi mümkün kılıp kılmadığı araştırılmalıdır. Şekle uyulmaması, kararın amaç veya sonuç bakımından savunulabilir görünmesiyle giderilemez. Çünkü idarenin kanuniliği, sadece ne yönde karar verildiğini değil, bu kararın hukuken nasıl tesis edildiğini de kapsar.

2.3.3 · Sebep

İdari İşlemde Sebep: Karardan Önceki Hukuki ve Maddi Olgular

KISACA
Sebep unsuru, idari işlemin yapılmasından önce bulunan ve idareyi karar almaya yönelten hukuki ya da maddi olguları ifade eder. İnceleme, işlemin hangi makamca veya hangi biçimde yapıldığından farklı olarak, kararın neden tesis edildiğine yönelir. İdarenin hukuki sonuç doğuran iradesi dayanaksız değildir; kararın arkasında işlemi açıklayan bir olgu ve hukuki zemin bulunmalıdır. İptal davasında sebep, hukuka uygunluk denetiminin unsurlarından biridir. İleri sürülen olayın bulunmaması ya da gösterilen hukuki dayanağın işlemi taşımaması, sebep yönünden sakatlık doğurabilir. Bu nedenle işlem dosyasında karar öncesi tespitlerle nihai idari sonuç arasındaki bağın kurulması gerekir.

Sebep, idari işlemin kurulmasından önce mevcut olan ve idareyi belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelten olgular bütünüdür. Bu olgu maddi bir olay olabileceği gibi hukuki bir durum da olabilir. Unsurun cevapladığı temel soru, idarenin neden bu işlemi yaptığıdır. Böylece sebep, işlemin doğurduğu sonucu ifade eden konudan ve yetkinin kullanılma yönünü açıklayan maksattan ayrılır.

İdari işlem kamu gücüne dayanan bir irade açıklaması olduğundan, bu iradenin açıklanabilir bir dayanağı bulunmalıdır. İdarenin kanuniliği ilkesi, yalnız makamın yetkili olmasını değil, kararın hukuken anlamlı bir sebebe bağlanmasını da gerektirir. İşlem dosyasındaki tutanaklar, tespitler ve karara esas alınan hukuki durum, gösterilen sebebin gerçekte bulunup bulunmadığını anlamaya yarar.

Sebep unsuru iptal davasında doğrudan denetlenir. İnceleme, idarenin yerine geçerek daha uygun bir neden seçmek değil, işleme esas alınan maddi ve hukuki olguların kararı taşıyıp taşımadığını belirlemektir. Kararda ileri sürülen olay gerçekte yoksa veya mevcut olay hukuki sonucu desteklemiyorsa işlem sebep yönünden hukuka aykırı hâle gelebilir. Avukat açısından önemli olan, idarenin açıkladığı gerekçeyi yalnız metin düzeyinde aktarmak değil, bu gerekçenin işlemden önceki gerçek durumla bağını ortaya koymaktır.

2.3.4 · Konu

İdari İşlemde Konu: İradenin Doğurduğu Hukuki Sonuç

KISACA

Konu unsuru, idari işlemin içeriğini ve hukuk dünyasında meydana getirdiği sonucu ifade eder. Atama, disiplin cezası, ruhsat veya kamulaştırma gibi bir işlemde konu, idarenin irade açıklamasıyla kurulan somut hukuki değişikliktir. Sebep işlemin neden yapıldığını gösterirken konu, bu nedene dayanılarak hangi sonucun doğurulduğunu açıklar. İdari makam yetkili ve izlenen biçim doğru olsa bile, kurulan sonuç hukukun izin verdiği sınırın dışında kalıyorsa işlem konu yönünden sakatlanabilir. İptal davasında konu, yetki, şekil, sebep ve maksatla birlikte denetlenir. Bu nedenle talep ve savunma kurulurken işlem başlığından çok, muhatabın hukuki durumunda gerçekte hangi değişikliğin meydana geldiği belirlenmelidir.

Konu, idari işlemin hukuk dünyasında doğurduğu sonuçtur. İdari makamın irade açıklaması, kişinin statüsünde, hakkı veya yükümlülüğünde ya da belirli bir kamusal ilişkide değişiklik yaratır. İşlemin konusu bu değişikliğin kendisidir. Örneğin disiplin cezası verilmesinde karar irade açıklamasını, cezanın muhatabın hukuki durumuna etkisi ise işlemin konusunu görünür kılar.

Konu unsurunu sebep ve maksatla karıştırmamak gerekir. Sebep, işlemden önce mevcut olan ve idareyi harekete geçiren maddi veya hukuki olgudur. Maksat, yetkinin hangi amaç doğrultusunda kullanıldığını ifade eder. Konu ise bu iki alanın arasında, idari iradenin kurduğu hukuki neticeyi gösterir. Böylece aynı olaydan hareket eden idarenin hukuk düzeninin izin vermediği bir sonuç kurup kurmadığı incelenebilir.

İptal davasında konu, işlemin hukuka uygunluk denetiminin bağımsız unsurlarından biridir. Yetkili makamın karar vermesi ve doğru biçimi izlemesi, işlemin içeriğini kendiliğinden hukuka uygun yapmaz. Kurulan hukuki sonuç görev alanını, kanuni sınırı veya işlemin niteliğini aşıyorsa konu yönünden sakatlık gündeme gelir. Avukatın incelemesi, işlem metnindeki adlandırmayla yetinmemeli; kararın muhatap bakımından fiilen ve hukuken neyi değiştirdiğini belirlemelidir. Bu sonuç açıkça ortaya konduğunda, sebep ile konu arasındaki uyum ve işlemin bütün olarak hukuka uygunluğu daha sağlıklı değerlendirilebilir.

2.3.5 · Maksat

İdari İşlemde Maksat: Yetkinin Kamu Yararı İçin Kullanılması

KISACA

Maksat unsuru, idari işlemi yapan makamın yetkisini hangi amaç için kullandığına ilişkindir. İdarenin varlık sebebi kamu yararı olduğundan, idari yetki de bu amacı gerçekleştirecek yönde kullanılmalıdır. İşlemin sebebi karar öncesindeki maddi ve hukuki olguları, konusu doğan hukuki sonucu gösterirken maksat, bu sonuca yönelen idari iradenin amacını açıklar. Yetkili makamın kanunda öngörülen biçimde işlem yapması, yetki kişisel, siyasi veya görev alanına yabancı bir amaç için kullanılmışsa işlemi hukuka uygun hâle getirmez. İptal davasında maksat unsuru bu nedenle ayrıca denetlenir. Değerlendirme, işlemin görünürdeki gerekçesiyle yetinmeden kararın kamu yararı yönelimi içinde kalıp kalmadığını araştırır.

Maksat, idari işlemin hangi amaç doğrultusunda tesis edildiğini gösteren unsurdur. İdare, kamu yararını gerçekleştirmek için üstün kamu gücüyle donatılmıştır. Bu nedenle kendisine verilen yetkiyi, yetkinin varlık sebebi olan kamusal amaç dışında kullanamaz. İşlem biçimsel olarak yetkili makamdan çıkmış ve belirli bir sebebe dayanmış görünse bile, yetkinin yöneldiği amaç hukuka uygunluk incelemesinin dışında kalmaz.

Maksat unsuru özellikle sebep ve konudan ayrılarak okunmalıdır. Sebep, idareyi harekete geçiren olay veya hukuki durumdur. Konu, işlemle kurulan hukuki sonuçtur. Maksat ise idarenin bu sonucu neden istediğini, yetkiyi hangi nihai amaçla kullandığını ifade eder. Böylece aynı maddi olay ve aynı sonuç görünümü altında, kamu yararına yabancı bir yönelim bulunup bulunmadığı değerlendirilebilir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu maksadı, iptal denetiminin unsurları arasında sayar. Yargısal inceleme idarenin yerine geçerek başka bir yönetim tercihi yapmak değildir; yetkinin kamu yararı sınırında kullanılıp kullanılmadığını denetlemektir. Avukat bakımından işlem metnindeki genel kamu yararı ifadesi tek başına yeterli kabul edilmemelidir. Kararın dayandığı olgular, kurduğu sonuç ve işlem sürecinin bütünü birlikte ele alındığında, yetkinin görev alanına uygun kamusal amaç için mi yoksa yabancı bir amaçla mı kullanıldığı ortaya konabilir.

2.3.6 · İdari İşlemin Sona Ermesi

İdari İşlemin Sona Ermesi: Dışsal Nedenler ve İdarenin Kararları

KISACA
İdari işlemler süresiz olarak sonuç doğurmak zorunda değildir; idarenin iradesi dışındaki nedenlerle veya idarenin yeni bir kararıyla sona erebilir. Mahkemece iptal, öngörülen sürenin dolması, sona erdirici şartın gerçekleşmesi ve muhatabın ölümü gibi durumlar ilk gruptadır. İdarenin kendi iradesiyle sona erdirme ise kaldırma ve geri alma biçiminde görünür. Kaldırma, işlemin geleceğe yönelik etkisini keserken geri alma işlemi geçmişe etkili biçimde ortadan kaldırır. İşlemin sona ermesiyle yürürlüğe girmesi birbirine bağlıdır: bireysel işlemler tebliğ, düzenleyici işlemler yayın yoluyla uygulanabilir hâle gelir; sona erme de işlemin zaman içindeki hukuki etkisinin hangi andan itibaren kesildiğini belirler. Avukat bakımından sona erdirme türünün doğru nitelendirilmesi, kazanılmış durumlar ve geçmişte doğmuş sonuçlar üzerindeki etkinin anlaşılması için gereklidir.

İdari işlem yürürlüğe girdikten sonra hukuki sonuç doğurur; fakat bu sonuçların sonsuza kadar devam etmesi gerekmez. İşlem, kendi yapısından, dışsal bir olaydan, mahkeme kararından veya idarenin sonradan açıkladığı yeni bir iradeden dolayı etkisini yitirebilir. Sona erme nedenlerini idarenin iradesi dışındaki nedenler ile idarenin iradesine bağlı nedenler olarak ayırmak, işlemin hangi anda ve hangi kapsamda hukuk dünyasından çekildiğini anlamayı kolaylaştırır.

İdarenin iradesi dışındaki ilk neden iptaldir. Mahkemenin hukuka aykırı işlemi iptal etmesi, işlemi alındığı tarihten itibaren hüküm ve sonuçlarıyla ortadan kaldırır. Sürenin dolması ise işlemin kendi zaman sınırından kaynaklanır. Belirli süre için verilen bir izin, sürenin sonunda ayrıca bir kaldırma kararına gerek kalmadan sona erebilir. İşlem sona erdirici bir şarta bağlanmışsa şartın gerçekleşmesi de aynı şekilde etkinin kesilmesine yol açar. Yalnız belirli bir kişiye sıkı biçimde bağlı işlemlerde muhatabın ölümü de işlemi sona erdirebilir.

İdarenin iradesine bağlı sona erme yollarının başında kaldırma gelir. İdare, yeni bir işlemle önceki işlemin gelecekte hüküm doğurmasına son verir. Burada önceki işlemin geçmişte meydana getirdiği sonuçlar kural olarak varlığını korur; değişiklik ileriye yönelir. Düzenleyici işlemlerin devamlı olmakla birlikte kazanılmış hak yaratmaması ve her zaman kaldırılabilmesi, kaldırmanın bu alandaki işlevini gösterir.

Geri alma ise sonuçları bakımından kaldırmadan ayrılır. Geri alma kararı, önceki işlemi yapıldığı tarihten itibaren ortadan kaldırmaya yönelir. Bu nedenle geçmişte doğmuş hukuki sonuçları da etkiler. İptal ile geri alma arasındaki benzerlik geçmişe etkide görülür; fark, iptalin yargı organından, geri almanın idarenin kendi iradesinden kaynaklanmasıdır. Nitelendirme yapılırken işlemin adına değil, gerçekten geçmişe mi yoksa yalnız geleceğe mi etki ettiğine bakılmalıdır.

İşlemin yürürlüğe giriş biçimi de zaman bakımından değerlendirmeyi tamamlar. Düzenleyici işlemler yayımlanarak, bireysel işlemler ilgilisine tebliğ edilerek yürürlüğe girer. Sona erme incelemesinde önce işlemin ne zaman uygulanabilir hâle geldiği, ardından hangi olay veya yeni işlemle etkisinin kesildiği belirlenir. Avukat açısından kaldırma, geri alma, iptal, süre veya şart ayrımı; önceki işlemin geçmiş sonuçlarının korunup korunmadığını ve yeni hukuki durumun başlangıç anını doğru kurmak için zorunludur.

2.4 · İdari Sözleşmeler

İdari Sözleşmelerin Niteliği, Türleri ve Uyuşmazlık Rejimi

KISACA
İdari sözleşme, karşılıklı irade açıklamalarına dayanmakla birlikte idare hukukuna tabi olan iki yanlı idari işlemdir. Bir sözleşme kanun tarafından idari sözleşme olarak nitelenmişse bu rejime girer. Böyle bir açık niteleme yoksa taraflardan en az birinin kamu tüzel kişisi olması yanında sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bulunması veya özel hukuku aşan hükümler taşıması belirleyicidir. İdareye tek yanlı denetim, yaptırım, değişiklik ya da fesih imkânı veren kayıtlar bu tür hükümlere örnektir. Buna karşılık idarenin taraf olduğu her sözleşme idari değildir; kamu ihale sözleşmeleri, bazı abonman ve alım-satım ilişkileri özel hukuk rejiminde kalabilir. İdari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar idari yargıda görülür ve sözleşmenin tarafları tam yargı davası açabilir. Şartname ile anlaşma metninin hukuki niteliği de sözleşmenin kurulma ve uygulanma evrelerine göre ayrıca değerlendirilir.

İdari sözleşmeler, idarenin tek yanlı işlem yapma biçiminden farklı olarak iki tarafın birbirine uygun irade açıklamasıyla kurulur. İdarenin sözleşme yapmak istemesi tek başına hukuki ilişkiyi meydana getirmez; karşı tarafın da aynı sonuç üzerinde kabul iradesini açıklaması gerekir. Bununla birlikte sözleşmenin kuruluşunda irade uyuşması bulunması, ilişkiyi kendiliğinden özel hukuk sözleşmesine dönüştürmez. Uygulanacak rejim, sözleşmenin kanuni niteliğine, taraflarına, konusuna ve hükümlerine göre belirlenir.

Kanun bir sözleşmeyi açıkça idari sözleşme saymışsa nitelendirme doğrudan yapılır. Açık bir kanuni belirleme bulunmadığında ise önce taraflara bakılır. Taraflardan en az biri kamu tüzel kişisi olmalıdır. Buna ek olarak sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması veya özel hukuk ilişkilerinde olağan kabul edilmeyen, kamu gücü niteliği taşıyan hükümler içermesi gerekir. İdarenin karşı tarafı denetleyebilmesi, fiyat tarifesini veya çalışma düzenini belirleyebilmesi, tek yanlı yaptırım uygulayabilmesi, sözleşmeyi değiştirebilmesi ya da feshedebilmesi bu üstün konumu gösterebilir.

İdarenin imzaladığı her sözleşmenin idari kabul edilmemesi önemlidir. İdare bazen kamu gücü üstünlüğünü kullanmadan, özel hukuk kişisi gibi sözleşmeye taraf olur. Kamu ihale mevzuatı çerçevesindeki bazı yapım sözleşmeleri, su, elektrik, doğal gaz ve telefon abonman ilişkileri ile idarenin alım-satım, kira, vedia veya taşıma sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri arasında yer alır. Bu sözleşmelerden çıkan uyuşmazlıklar adli yargıya gider. Dolayısıyla sözleşmenin bir tarafında kamu idaresinin bulunması, görevli yargı kolunu tek başına belirlemez.

İdari sözleşmeler klasik, yeni ve isimsiz türlerde kurulabilir. İmtiyaz, iltizam, kamu istikrazı ve idari hizmet sözleşmeleri klasik örneklerdir. Elektrik, otoyol ve posta hizmetlerine ilişkin görevlendirme sözleşmeleri ile kamu-özel ortaklığı sözleşmeleri daha yeni uygulamalardır. İdare, bilinen adların dışında da idari sözleşmenin ölçütlerini taşıyan bir ilişki kurabilir. Bu nedenle uyuşmazlıkta sözleşmenin başlığından çok içerdiği hukuki düzen değerlendirilir.

Sözleşmenin belgeleri de farklı işlev taşır. Kamu ihale mevzuatına tabi idari sözleşmeler yazılı yapılır ve şartname ile anlaşma bölümlerinden oluşur. İdari ve teknik şartnameler, sözleşmenin yapılması ve uygulanmasına ilişkin koşulları belirler. Kuruluş sürecine ilişkin şartname hükümleri düzenleyici nitelik taşırken uygulama hükümleri sözleşme imzalandıktan sonra akdi niteliğe dönüşür. Anlaşma metni ise kamu tüzel kişisi ile sözleşmecinin belirli konuda uyuşan iradelerini ve imzalarını gösterir.

İdari sözleşme idare hukukuna tabi olduğundan, sözleşmeden doğan uyuşmazlık idari yargının görev alanındadır. Bu sözleşmelere ilişkin tam yargı davası sözleşmenin taraflarınca açılabilir. Avukatın ilk işi bu nedenle sözleşmenin hukuki rejimini doğru nitelendirmek, ardından uyuşmazlığın sözleşme öncesi düzenleyici işlemden mi yoksa kurulan akdi ilişkiden mi doğduğunu belirlemektir.

Devlet Memurluğu Rejimi: Statü, Ödevler, Haklar ve Yasaklar

KISACA
657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, kapsamındaki memurların hizmet şartlarını, niteliklerini, atanma ve yetiştirilmelerini, ilerleme ve yükselmelerini, ödev, hak ve sorumlulukları ile özlük işlerini düzenler. Rejimin temel ilkeleri sınıflandırma, kariyer ve liyakattir. Kanun, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getirenleri memur sayar; kamu hizmetlerinin memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceğini belirtir. Memur sadakat, tarafsızlık, davranışta güven, amirin emrine uyma ve resmî malı koruma yükümlülükleri altındadır. Buna karşılık mevzuatın uygulanmasını isteme, güvenlik, emeklilik, çekilme, başvuru ve dava, sendika ve izin haklarına sahiptir. Toplu hizmet aksatma, grev, ticaret, hediye ve görevle bağlantılı menfaat sağlama ile gizli bilgiyi açıklama yasakları statünün kamusal niteliğini tamamlar.

Devlet memurluğu, tarafların serbestçe belirlediği sıradan bir iş ilişkisi değil, kanunla düzenlenen bir kamu hizmeti statüsüdür. 657 sayılı Kanun, kapsamındaki memurların hizmet şartlarından atanma ve yetiştirilmelerine, ilerleme ve yükselmelerinden ödev, hak, sorumluluk, aylık ve diğer özlük işlerine kadar geniş bir alanı düzenler. Bu nedenle memurun kuruma karşı konumu yalnız sözleşmesel iradeyle değil, önceden belirlenmiş statü kurallarıyla şekillenir.

Sistem üç temel ilkeye dayanır. Sınıflandırma, kamu hizmeti görevleri ile bu görevleri yerine getiren memurları işin gerektirdiği nitelik ve mesleklere göre gruplandırır. Kariyer, memurun hizmet için gerekli bilgi ve yetişme şartlarına uygun biçimde kendi sınıfı içinde ilerleyebilmesini amaçlar. Liyakat ise hizmete giriş, ilerleme, yükselme ve görevin sona erdirilmesini liyakat düzenine bağlar; bu düzenin eşit imkânlarla uygulanmasında memura güvence sağlamayı hedefler.

Kanun, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevlendirilenleri memur sayar. Genel politika belirleme, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim görevlerinde bulunanlar da kapsam içinde değerlendirilir. Kamu hizmetleri memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür; kanuna tabi kurumlar bu istihdam biçimlerinin dışında personel çalıştıramaz.

Memurun ödevleri kamu hizmetinin güvenilir ve tarafsız yürütülmesine yönelir. Anayasa ve kanunlara sadakat, siyasi tarafsızlık, ayrım yapmama, resmî sıfatın gerektirdiği güvene uygun davranma ve iş birliği içinde çalışma bu çerçevededir. Amir, görevleri zamanında ve eksiksiz yürütmekten sorumludur; memur da hukuka uygun emri yerine getirir. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir şekilde uygulanmaz. Memur, kendisine teslim edilen resmî belge, araç ve gereçleri korumak, görev amacı dışında kullanmamak ve görevi sona erdiğinde iade etmekle yükümlüdür.

Statü yalnız yükümlülüklerden oluşmaz. Memur, yürürlükteki hükümlerin kendisi hakkında aynen uygulanmasını isteme hakkına sahiptir. Kanunda belirtilen durumlar dışında memurluğuna son verilememesi ve aylık ile diğer haklarının elinden alınamaması güvenlik hakkını oluşturur. Emeklilik, çekilme, kurumsal işlemler hakkında müracaat ve şikâyet ile dava açma, sendika kurma ve üye olma, izin kullanma ve görevle bağlantılı isnatlara karşı korunma da kanunda düzenlenen haklardır.

Yasaklar, kamu hizmetinin sürekliliğini ve memurun görev bağımsızlığını korur. Kamu hizmetini aksatacak toplu hareketler ve grev yasaktır. Memur tacir veya esnaf sayılmasını gerektiren faaliyette bulunamaz ve kanunun izin verdiği istisnalar dışında kazanç getirici iş üstlenemez. Hediye isteme veya menfaat sağlama, denetimi altındaki teşebbüsten çıkar elde etme ve görevden ayrıldıktan sonra dahi yetkisiz biçimde gizli bilgi açıklama yasağı vardır. Bu yükümlülüklere aykırılık, fiilin niteliğine göre uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya devlet memurluğundan çıkarma sonucunu doğurabilen disiplin rejimi içinde değerlendirilir.

2.6 · Kamu Malları

Kamu Malları: Mülkiyet, Tahsis ve Sınıflandırma

KISACA
İdarenin mal varlığı, kamu tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınır ve taşınmazlardan oluşur; ancak idarenin her malı kamu malı değildir. İdarenin özel malları özel hukuk hükümlerine tabi tasarruflara konu olurken kamu malları kamusal rejim içinde değerlendirilir. Bir malın kamu malı sayılması için kamu tüzel kişisinin mülkiyetinde bulunması ve doğrudan halkın kullanımına ya da bir kamu hizmetine tahsis edilmesi şartları birlikte aranır. Tahsis amacına göre kamu malları sahipsiz mallar, orta malları ve hizmet malları olarak ayrılır. Dağ, kıyı ve akarsular sahipsiz mala; yol, meydan ve pazar yerleri orta malına; adliye, hastane, üniversite ve istasyon yapıları hizmet malına örnektir. Mallar ayrıca maddi içeriklerine, doğal veya yapay oluşlarına ve taşınır ya da taşınmaz niteliklerine göre sınıflandırılabilir.

Kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu taşınır ve taşınmazların bütünü idarenin mal varlığını oluşturur. Bununla birlikte idarenin mülkiyetindeki her mal aynı hukuki rejime tabi değildir. İdarenin özel malları, kamunun ortak kullanımına veya bir kamu hizmetine tahsis edilmiş olmayan mallardır ve idare bunlar üzerinde özel hukuk hükümlerine göre tasarrufta bulunur. Kamu malı kavramı ise kamu hukukuna tabi kamusal malları ifade eder.

Bir malın kamu malı sayılması için iki koşul birlikte gerçekleşmelidir. İlk olarak mal bir kamu tüzel kişisinin mülkiyetinde bulunmalıdır. Özel kişiye ait bir malın halkın yararlanmasına açılmış olması tek başına onu kamu malına dönüştürmez. İkinci olarak mal kamu yararına tahsis edilmiş olmalıdır. Tahsis, malın ya doğrudan doğruya herkesin kullanımına bırakılmasıyla ya da belirli bir kamu hizmetinin yürütülmesine ayrılmasıyla ortaya çıkar. Yol, meydan, park ve pazar yeri doğrudan ortak kullanıma; okul, karakol, cezaevi ve havaalanı ise kamu hizmetine tahsis edilen mallara örnektir.

Tahsis amaçlarına göre yapılan ayrım, kamu mallarını sahipsiz mallar, orta malları ve hizmet malları biçiminde üç gruba ayırır. Sahipsiz mallar, özel mülkiyet kurulmasına elverişli olmakla birlikte üzerinde özel mülkiyet kurulmamış ve devlete ait kabul edilen dağ, kaya, kıyı, su veya orman gibi doğal varlıklardır. Orta malları halkın doğrudan yararlanmasına ayrılmış yol, köprü, meydan, mera, mezarlık ve park gibi mallardır. Hizmet malları ise bir kamu tüzel kişisinin mülkiyetinde bulunup belirli bir kamu hizmetine tahsis edilen hastane, adliye, belediye, müze, kütüphane, liman veya demir yolu gibi mallardır.

Kamu malları maddi içeriklerine göre de sınıflandırılır. Kara kamu malları yolları, köprüleri, yer altı ve yer üstü kaynakları; deniz kamu malları koy, körfez, kıyı, liman ve fenerleri; su kamu malları ülke içindeki göl, nehir ve diğer su kaynaklarını; hava kamu malları ise özel mülkiyet kullanım sınırının üzerindeki atmosfer bölümünü kapsar. Bu ayrım malın tahsis amacını değil, fiziksel alanını esas alır.

Oluşum tarzında doğal ve yapay kamu malları ayrımı yapılır. Deniz, göl ve akarsu insan müdahalesi olmadan meydana gelen doğal mallardır. Yol, bina, otopark, okul ve hastane ise insan eliyle

oluşturulan yapay kamu mallarıdır. Taşınabilirlik bakımından askerî araçlar, müze eserleri, arşiv belgeleri ve kütüphane kitapları taşınır; göl, nehir, bina ve yollar taşınmaz kamu malıdır.

Avukat açısından temel soru, malın yalnızca idare adına kayıtlı olup olmadığı değildir. Mülkiyet ile tahsisin birlikte bulunup bulunmadığı ve malın hangi kullanım düzenine ayrıldığı belirlenmelidir. Bu nitelendirme, idarenin mal üzerindeki tasarrufunun özel hukuk alanında mı yoksa kamusal mal rejimi içinde mi değerlendirileceğini ortaya koyar.

2.7.1 · Kusurlu Sorumluluk

Kusurlu Sorumluluğun Mali Sorumluluk İçindeki Yeri

KISACA
İdarenin mali sorumluluğu, idari faaliyet nedeniyle doğan zararın idarenin mal varlığından giderilmesi yükümlülüğüdür. Kusurlu sorumluluk, bu genel çerçevede zararın idari faaliyetteki kusurla bağlantılandırıldığı sorumluluk alanını ifade eder. Anayasal temel, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olmasıdır. İncelemede yalnız zararın varlığı değil, zararın idarenin işlem veya eylemiyle ve faaliyetin kusurlu yürütülmesiyle ilişkisi önem kazanır. Tazmin talebi, işlemin iptalinden farklı olarak zarar görenin mal varlığındaki veya kişisel alanındaki kaybın giderilmesine yönelir. Kusurlu sorumluluk değerlendirmesi, genel mali sorumluluk ilkesi ile idari faaliyet, kusur ve zarar arasındaki bağ üzerinde kurulur.

Kusurlu sorumluluk, idarenin mali sorumluluğunun kusura dayanan görünümüdür. Mali sorumluluk, bir kişinin diğerine verdiği zararı kendi mal varlığından giderme yükümlülüğü olarak açıklanır; idare de yürüttüğü faaliyet sırasında sebep olduğu zararlardan bütünüyle bağışık değildir. Anayasa, ayrım yapmadan idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu kabul eder.

Bu başlıkta sorumluluk incelemesi, zararın idari faaliyetin kusurlu yürütülmesiyle bağlantısını arar. İdari işlem veya eylemin varlığı tek başına tazmin için yeterli bir anlatım oluşturmaz; zarar ile faaliyet arasındaki ilişkinin somutlaştırılması gerekir. Yargı, idari işlemleri hukuka uygunluk bakımından denetlerken mali sorumluluk talebi zararın giderilmesine yönelir. Bu nedenle iptal istemiyle tazmin isteminin hukuki işlevleri birbirinden ayrıdır.

Kusurlu sorumlulukta temel çözümleme, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödeme yükümlülüğü ile kusur bağlantısı üzerinden yapılır. Zarar, idari faaliyet ve ileri sürülen kusur birbirinden ayrılarak ortaya konmalı, ardından bu unsurlar arasındaki ilişki açıklanmalıdır. Böylece tazmin talebinin yalnız olumsuz bir sonuca değil, kusurlu işleyişe bağlanan mali giderim istemine dayandığı açıkça gösterilir.

2.7.2 · Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz Sorumluluğun Anayasal Tazmin Yükümlülüğüyle Bağı

KISACA
Kusursuz sorumluluk, idarenin mali sorumluluğunun kusurun kanıtlanmasına dayanmayan yönünü ifade eder. Bu yaklaşımın ortak zemini, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu belirten anayasal ilkedir. Değerlendirme, idari faaliyetin varlığı, ortaya çıkan zarar ve bu ikisi arasındaki bağlantı üzerinde yoğunlaşır; sorumluluğun kurulması için ayrıca kusur gösterilmesi aranmaz. Bununla birlikte her zararın kendiliğinden idareye yüklenmesi söz konusu değildir. Zararın idari işlem veya eylemle ilişkisinin kurulması gerekir. Tazmin istemi, işlemin yalnız hukuka uygunluğunu tartışmaktan farklı olarak zararın giderilmesini hedefler. Kusursuz sorumluluk değerlendirmesi, genel mali sorumluluk çerçevesinde faaliyet, zarar ve aralarındaki bağ üzerinde kurulur.

Kusursuz sorumluluk, idarenin verdiği zararı giderme yükümlülüğünün kusur şartına bağlanmadığı sorumluluk alanıdır. Mali sorumluluk, bir kişinin diğerine verdiği zararın kendi mal varlığından karşılanmasını ifade eder. Anayasa'daki genel hüküm de idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu belirtir. Bu temel, kusursuz sorumluluğun mali giderim çerçevesi içinde ele alınmasına imkân verir.

Kusurun aranmadığı bir sorumluluk anlatımında dahi idari faaliyet, zarar ve aralarındaki bağlantı önemini korur. İdarenin herhangi bir faaliyetiyle ilgisi bulunmayan zarar sırf idare kamu gücüne sahip olduğu için ona yüklenmez. İnceleme, zararın idari işlem veya eylemden doğup doğmadığına ve mali giderim talebinin bu bağlantıyı ortaya koyup koymadığına yönelir.

İptal denetimiyle tazmin sorumluluğu aynı sonucu amaçlamaz. İptal, hukuka aykırı idari işlemi hukuk düzeninden kaldırmaya; mali sorumluluk ise oluşmuş zararı gidermeye yönelir. Kusursuz sorumlulukta talep kusurlu bir işleyiş iddiasına bağlanmasa da zarar ve idari faaliyet arasındaki ilişkinin açık, ayrı ve denetlenebilir biçimde gösterilmesi gerekir. Böylece sorumluluğun dayanağı yalnız zararın varlığı değil, zararın idari eylem veya işlemle bağlantısı olur.

Kolluk ve Kamu Hizmeti: Güvenlik Teşkilatı ile Yarara Yönelen Faaliyet

KISACA
Kolluk ve kamu hizmeti, idarenin farklı fakat bağlantılı faaliyet alanlarını gösterir. Kolluk, merkezî idarenin taşra teşkilatı içinde vali ve kaymakamın yönetim bağları üzerinden görünür: vali ildeki kolluk teşkilatının, kaymakam ise ilçedeki genel ve özel kolluk kuvvetlerinin amiridir. Ruhsat uygulamaları da kamu düzeni, sağlık ve güvenliği ilgilendiren özel faaliyetlerin idari izne bağlanabileceğini gösterir. Kamu hizmeti ise bir kamu tüzel kişisinin doğrudan veya görevlendirdiği ve denetlediği özel hukuk kişisi eliyle yürüttüğü kamu yararına yönelik faaliyettir. Hizmeti üstlenen yapı, kamusal amaç ve yararlanıcılarla kurulan ilişki birlikte değerlendirilir. Kamu hizmetleri idari, iktisadi, sosyal, bilimsel ve kültürel türlere ayrılır; devamlılık, değişebilirlik, eşitlik, tarafsızlık ve laiklik ortak ilkeler olarak uygulanır. Bedelsizlik ise bütün hizmetler için zorunlu değil, hukuki düzenlemeye bağlı istisnai bir ilkedir.

Kolluk ve kamu hizmeti, idarenin toplumla doğrudan temas ettiği iki faaliyet görünümüdür. Kolluk teşkilatı merkezî idarenin taşra örgütü içinde yönetim bağlarıyla görünür. Vali, ildeki kolluk teşkilatının hiyerarşik amiridir. Kaymakam da ilçe sınırları içindeki genel ve özel kolluk kuvvet ve teşkilatının amiri olarak bunları denetler. Bu yapı, kolluk faaliyetinin merkezî idare içinde örgütlendiğini gösterir.

Kolluğun kamu düzeni, sağlık ve güvenlikle bağlantısı ruhsat örneğinde daha somut görünür. Özel girişimcinin bu alanları yakından ilgilendiren bir faaliyette bulunması idari izne bağlanabilir. Sürücü belgesi, silah bulundurma veya taşıma ruhsatı ile inşaat ve iskân ruhsatı, faaliyetin idarenin ön inceleme ve izin düzeniyle ilişkilendirildiği örneklerdir. Böylece kolluk alanı taşra amirliği ile izin düzeninin birlikte işlediği bir idari faaliyet görünümü kazanır.

Kamu hizmeti, bir kamu tüzel kişisinin üstlendiği ve doğrudan kendisi veya görevlendirip denetlediği özel hukuk kişisi aracılığıyla yürüttüğü kamu yararına yönelik faaliyettir. Tanım, hizmetin mutlaka yalnız kamu personeli eliyle görülmesini gerektirmez. Özel kişi hizmeti yürütse bile kamu tüzel kişisinin izin, gözetim ve denetimi altında kamu yararına yönelen faaliyet kamu hizmeti niteliği taşıyabilir. Belediye sınırlarında özel kişilerce işletilen halk otobüsleri bu yapıya örnektir.

Kamu hizmetinin üç unsuru bulunur. Organik unsur hizmeti üstlenen kamu tüzel kişisini veya onun denetimindeki özel kişiyi ifade eder. Maddi unsur faaliyetin kamu yararı amacına yönelmesidir. Üçüncü unsur ise hizmetten yararlanan veya yararlanma durumunda bulunan kişilerdir. Devletin yürüttüğü her faaliyetin sırf kamu örgütü tarafından yapıldığı için kamu hizmeti sayılmaması, bu unsurların birlikte değerlendirilmesini gerektirir.

Konularına göre kamu hizmetleri idari, iktisadi, sosyal, bilimsel ve kültürel biçimlerde görülür. Eğitim, sağlık, tapu ve nüfus hizmetleri geleneksel idari hizmetlerdir. Demir yolu, elektrik ve telefon gibi sınai veya ticari nitelikteki faaliyetler iktisadi; sosyal güvenlik ve çalışma düzenine ilişkin faaliyetler sosyal

hizmetlerdir. Bilimsel ve kültürel hizmetler ise daha özerk örgütlenme ve çalışma yöntemlerine ihtiyaç duyabilir.

Hizmetin türü değişse de devamlılık, değişebilirlik, eşitlik, tarafsızlık ve laiklik ortak ilkeler olarak önem taşır. Hizmetin düzenli ve kesintisiz yürütülmesi devamlılığı, değişen toplumsal ve teknik koşullara uyum sağlaması değişebilirliği ifade eder. Aynı hukuki durumda olanların hizmetten eşit yararlanması ve idarenin siyasal düşünce, köken veya inanç gibi nedenlerle ayrım yapmaması eşitlik ile tarafsızlığın sonucudur. Bedelsizlik ise her kamu hizmetinin zorunlu özelliği değildir; kanunun veya Anayasa'nın öngördüğü alanlarda uygulanır, sınai ve ticari hizmetler ücretli olabilir.

2.9 · Kamulaştırma ve Devletleştirme

Kamulaştırma ve Devletleştirme: Konu, Usul ve Hukuki Sonuç Ayrımı

KISACA

Kamulaştırma, kamu yararının gerektirdiği hâllerde özel mülkiyetteki taşınmazın, kaynağın veya bunlar üzerindeki irtifak hakkının kanuni usulle idareye geçirilmesidir. İdare, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti veya teşebbüs için gerekli malı yeterli ödeneği sağlayarak edinir; kural bedelin nakden ve peşin ödenmesidir. Mülkiyetin tamamını almak gerekmiyorsa amaçla sınırlı bir irtifak hakkı kurulabilir. Kamu yararı kararı ve onaydan sonra taşınmaz ile malik belirlenir, tapuya şerh verilir ve tapulu taşınmazlarda öncelikle satın alma usulü denenir. Anlaşma sağlanamazsa bedel ve tescil asliye hukuk mahkemesince karara bağlanır; kamulaştırma işleminin iptali ise idari yargının alanındadır. Devletleştirme, tek bir taşınmazı değil kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsü bütün mal, hak ve borçlarıyla kanun yoluyla kamuya geçirmesi bakımından kamulaştırmadan ayrılır.

Kamulaştırma, idarenin kamu hizmeti için ihtiyaç duyduğu taşınmazı özel malikin rızasına bağlı kalmadan edinmesini sağlayan kamu hukuku yöntemidir. 2942 sayılı Kanun, gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmaz malların kamu yararı amacıyla alınmasına ilişkin işlemleri, bedelin hesaplanmasını, idare adına tescili, kullanılmayan taşınmazın geri alınmasını ve uyuşmazlık yollarını düzenler. Özel kanunla gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi yararına kamulaştırma yapılması öngörülmüşse aynı kanuni usul uygulanır.

İdare, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yürütmek zorunda olduğu kamu hizmeti ya da teşebbüs için gerekli taşınmazı, kaynağı veya irtifak hakkını kamulaştırabilir. Genel kural bedelin nakden ve peşin ödenmesidir. Kanunda sayılan bazı büyük proje ve amaçlarda bedelin bir bölümü belirlenen şartlarla taksitlendirilebilir; toprağını doğrudan işleyen küçük çiftçiye ait kamulaştırılan toprağın bedeli ise her durumda peşin ödenir. Yeterli ödenek sağlanmadan kamulaştırma işlemine başlanamaz.

Amaç için mülkiyetin tamamının idareye geçmesi gerekmiyorsa irtifak hakkı kurulmasıyla yetinilebilir. Taşınmazın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak kurulabilir. Bazı ulaşım yatırımlarında mülkiyet hakkının kullanılması engellenmiyor ve güvenlik önlemleri alınıyorsa mülkiyet kamulaştırılmadan taşınmazın üstünden veya altından tesis geçirilmesi de mümkündür. Bu yaklaşım, idarenin ihtiyacının kapsamıyla mülkiyete müdahalenin kapsamı arasında bağ kurar.

Usul, kamu yararı kararını verecek makamın belirlenmesi ve gereken onayla başlar. Onaylı imar planı veya yetkili makamca onaylanmış özel plan ve projeye dayanan hizmetlerde ayrıca kamu yararı kararı alınması gerekmeyebilir; yetkili icra organı kamulaştırmaya başlama kararı verir. İdare daha sonra taşınmazın sınırını, yüzölçümünü ve cinsini belirler, malik veya zilyet ile adres bilgilerini araştırır ve tapuya

kamulaştırma şerhi verilmesini ister. Şerhten itibaren kanundaki süre içinde bedel tespiti ve tescil davasına ilişkin belge sunulmazsa şerh resen silinir.

Tapulu taşınmazlarda önce satın alma usulünün uygulanması esastır. İdare tahmini bedeli belirlemek için kıymet takdir komisyonu, pazarlık ve trampa görüşmeleri için uzlaşma komisyonu oluşturur. Malik tebliğden sonra kanundaki süre içinde başvurur ve anlaşma sağlanırsa tutanak tescilin hukuki sebebini oluşturur. Bedel hazır edilip taşınmaz idare adına tescil edildikten sonra ödeme yapılır. Anlaşma olmazsa idare, taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinden bedelin tespitini ve ödeme karşılığında tescili ister.

Kamulaştırma işlemine karşı iptal davası idari yargıda, maddi hatalara ilişkin düzeltim davası adli yargıda açılır. Bu ayrım, kamulaştırmanın idari karar yönü ile bedel ve tescile ilişkin adli yönünü birbirinden ayırır. Devletleştirmede ise konu tek bir taşınmaz değildir. Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüs, kamu yararının zorunlu kıldığı durumda gerçek değeri üzerinden ve kanunla devletleştirilir; teşebbüsün taşınır ve taşınmaz mallarıyla hak ve borçları bütün olarak geçişe dâhil olur. Bu konu farkı, iki mal edinme yönteminin temel ayrımını oluşturur.

3.1.1 · Danıştay

Danıştayın Yargısal ve Danışma Görevleri

KISACA

Danıştay, yüksek idare mahkemesi olmasının yanında danışma ve inceleme görevleri bulunan bağımsız bir yargı merciidir. Yargısal işlevi iki yönde ortaya çıkar. Kanunda özel olarak sayılan bazı uyuşmazlıkları ilk derece mahkemesi sıfatıyla çözer; idari yargı düzeninde temyize açık kararların hukuka uygunluğunu ise temyiz mercii olarak denetler. Temyiz incelemesinde görevi, hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanmasından doğan hukuka aykırılığı denetlemektir. Cumhurbaşkanı kararları, belirli ülke çapındaki düzenleyici işlemler, birden çok idare veya vergi mahkemesinin yetki alanına giren işler ve kanunda sayılan bazı kurumsal işlemler Danıştayın ilk derece görevine örnektir. Dava daireleri idari ve vergi uyuşmazlıkları arasında iş bölümüyle çalışır; dava daireleri kurulları ise ilk derece kararlarının temyizi ve ısrar kararları gibi özel incelemeleri yapar. Bu yapı, hem somut uyuşmazlıkların çözülmesini hem de idari yargı içtihadının tutarlı biçimde gelişmesini sağlar.

Danıştayın idari yargı düzenindeki konumu yalnızca bir üst mahkeme olmasından ibaret değildir. Kurum, Anayasanın görevlendirdiği yüksek idare mahkemesi sıfatını, danışma ve inceleme mercii olma niteliğiyle birlikte taşır. Bu nedenle Danıştayın işlevleri değerlendirilirken yargısal uyuşmazlıkları çözen dava daireleriyle idari görüş ve inceleme yapan organların birbirinden ayrılması gerekir. Bağımsız olan Danıştayın yönetimi ve temsili Danıştay Başkanına aittir; karar yapısı ise daireler ve farklı kurullar üzerinden örgütlenmiştir.

Yargısal görevlerin ilk boyutu temyiz denetimidir. Danıştay, temyize açık bölge idare mahkemesi kararları ile ilk derece mahkemesi sıfatıyla kendi dava dairelerinin verdiği kararlar hakkında kanunun öngördüğü incelemeyi yapar. Temyiz mercii olarak denetim, uyuşmazlığın baştan sona yeniden görülmesi anlamına gelmez. Danıştay Kanunu bu görevi, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması biçiminde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimiyle sınırlar. Bu yönüyle temyiz, maddi vakıanın yeniden kurulmasından çok kararın hukuki doğruluğuna odaklanan bir kanun yoludur.

İkinci boyut, Danıştayın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalardır. Cumhurbaşkanı kararlarına, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki Cumhurbaşkanınca çıkarılan düzenleyici işlemlere, bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılıp ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açılan davalar bu kapsamdadır. Danıştayın idari dairesi veya İdari İşler Kurulunun kararları üzerine uygulanan eylem ve işlemler, birden çok idare ya da vergi mahkemesinin yetki alanına giren işler ve Danıştay Yüksek Disiplin Kurulunun belirli karar ve işlemleri de ilk derece görev alanında yer alır. Bu sayılan işlemler hakkında iptal ve tam yargı davaları Danıştayda açılabilir. Ayrıca tahkim yolu öngörülmeyen kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalar ile yerel yönetimlerin seçimle gelen organlarının organlık sıfatını kaybetmesine ilişkin istemler de kanundaki özel görevler arasındadır.

Danıştayın iç yapısı, uyuşmazlıkların uzmanlaşmış heyetlerce ele alınmasını sağlayacak biçimde kurulmuştur. Kanunda dokuzu dava, biri idari olmak üzere on daire öngörülür. Dava dairelerinden belirlenenler vergi dava dairesi, diğerleri idari dava dairesi olarak çalışır. Daireler kendi grupları içinde iş bölümü esasına göre görev yapar. İptal davaları ile idari sözleşmelerden doğan davalarda uyuşmazlığın kaynaklandığı mevzuat, tam yargı davalarında ise zarara yol açan işlem veya eylemin ait olduğu hizmet alanı iş bölümünün belirlenmesinde önem taşır. Aynı daire, kural olarak kendi alanındaki ilk derece davaları, temyiz işleri ve olağanüstü kanun yolu incelemeleri arasında konu bütünlüğünü korur.

Dava daireleri kurulları, Danıştayın kanun yolu sistemindeki özel organlarıdır. İdari Dava Daireleri Kurulu, idari uyuşmazlıklarda ilk derece mahkemesi olarak Danıştay dava dairelerince verilen kararları ve kanunda öngörülen ısrar kararlarını temyizen inceler. Vergi Dava Daireleri Kurulu da vergi uyuşmazlıklarında karşılık gelen görevi yürütür. Böylece aynı kurum içinde ilk derece kararı veren daire ile bu kararı kanun yolu denetiminden geçiren kurul birbirinden ayrılır. Karara katılmış üyelerin kurul incelemesine katılamamasına ilişkin düzenleme de bu ayrımı destekler.

Danıştayın içtihat birliğini sağlama görevi, tek tek dosyaların ötesine geçer. Dava daireleri veya dava daireleri kurullarının kararları arasında aykırılık ya da uyuşmazlık bulunduğunda İçtihatları Birleştirme Kurulu devreye girebilir. Birleştirme kararlarına Danıştay daire ve kurullarıyla idari mahkemelerin ve idarenin uyması zorunludur. Ayrı yargı çevrelerindeki idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev ve yetki uyuşmazlıklarında merci tayini yapılması da Danıştayın yargı düzenini koordine eden işlevlerinden biridir.

Danışma ve inceleme görevi ise yargısal denetimden farklıdır. Kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşünce bildirilmesi ve kanunların Danıştaydan görüş alınmasını öngördüğü idari işlerin incelenmesi Birinci Daire ile İdari İşler Kurulunun görev alanında yürütülür. Burada amaç bir iptal veya tazminat davasını sonuçlandırmak değil, kanunun Danıştaya verdiği idari inceleme görevini yerine getirmektir. Avukat bakımından temel ayrım şudur: Bir uyuşmazlığın Danıştayda görülmesi, mutlaka temyiz aşamasında bulunduğu anlamına gelmez. İşlem kanunda özel olarak sayılmışsa dava doğrudan Danıştayda ilk derece davası olarak açılabilir; aksi durumda Danıştay çoğunlukla temyiz mercii olarak devreye girer. Doğru başvuru yolu, işlemin niteliği ile kanunun görev dağılımı birlikte okunarak belirlenir.

3.1.2 · Bölge İdare Mahkemeleri

Bölge İdare Mahkemelerinin İstinaf ve Koordinasyon İşlevi

KISACA

Bölge idare mahkemeleri, idari yargının istinaf mercileri olarak ilk derece mahkemesi kararlarını hem hukuk hem de gerektiğinde uyuşmazlığın esası bakımından inceler. Bünyelerinde en az bir idare ve bir vergi dairesi bulunur. Daireler, istinafa açık nihai kararları denetlemenin yanında ilk derece mahkemelerinin yürütmenin durdurulması hakkında verdiği kararlara yapılan itirazları karara bağlar. Aynı yargı çevresindeki idare ve vergi mahkemeleri arasında çıkan görev ve yetki uyuşmazlıkları ile bazı merci tayini meseleleri de bölge idare mahkemesinin görev alanındadır. İstinaf incelemesinde ilk derece kararı hukuka uygun bulunursa başvuru reddedilir; hukuka aykırılık saptanırsa kural olarak karar kaldırılarak işin esası hakkında yeniden hüküm kurulur. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi ise ilk inceleme sakatlığı, görevsizlik, yetkisizlik veya yasaklanmış hâkimin davaya bakması gibi kanunda sınırlı biçimde gösterilen hâllere özgüdür.

Bölge idare mahkemesi, ilk derece idari yargı mercileri ile Danıştay arasındaki kanun yolu basamağını oluşturur. Kuruluş kanunu, bölge idare mahkemelerini idare ve vergi mahkemeleriyle birlikte genel görevli bağımsız mahkemeler arasında sayar. Bununla birlikte bölge idare mahkemesinin belirgin işlevi, ilk derece mahkemesi gibi yeni bir dava kabul etmekten ziyade istinaf başvurularını incelemek, yargı çevresindeki mahkemeler arasında koordinasyonu sağlamak ve kanunla verilen bazı itirazları karara bağlamaktır.

Bölge idare mahkemesi yalnız bir karar heyetinden oluşmaz. Başkanlık, başkanlar kurulu, daireler, adalet komisyonu ve müdürlüklerden oluşan kurumsal bir yapıya sahiptir. En az biri idare, diğeri vergi olmak üzere iki daire bulunur; iş ihtiyacına göre daire sayısı artırılabilir veya azaltılabilir. Her dairede bir başkan ve yeteri kadar üye görev yapar, daire bir başkan ile iki üyenin katılımıyla toplanır ve çoğunlukla karar verir. İdari ve vergi uyuşmazlıklarının ayrı dairelerde incelenmesi uzmanlaşmayı güçlendirirken, iş bölümü kararları hangi dosyanın hangi dairede ele alınacağını belirler.

Temel görev istinaf başvurularının incelenmesidir. İdare ve vergi mahkemelerinin kanunen kesin olmayan kararlarına karşı, mahkemenin bağlı bulunduğu bölge idare mahkemesine başvurulur. Bölge idare mahkemesi ilk derece kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunu reddeder. Sonuca etkisi olmayan ve düzeltilebilen maddi yanlışlıklar varsa gerekli düzeltmeyi yaparak aynı sonucu koruyabilir. Kararı hukuka uygun bulmadığında ise istinaf başvurusunu kabul eder, ilk derece kararını kaldırır ve kural olarak uyuşmazlığın esası hakkında kendisi yeniden karar verir. Gerekli incelemeyi tamamlamak için kararı veren mahkemeyi veya başka bir idare ya da vergi mahkemesini istinabe edebilmesi, istinafın yalnız soyut bir hukuk denetimi olmadığını gösterir.

Dosyanın geri gönderilmesi, istinafın olağan sonucu değildir. İlk inceleme üzerine verilen bir karara karşı başvuru haklı bulunmuşsa, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme bakmışsa ya da karar

reddedilmiş veya yasaklanmış hâkimin katılımıyla verilmişse karar kaldırılarak dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Bu hâllerde bölge idare mahkemesi esas hakkında hüküm kurmaz; yargılamanın doğru ilk derece mercii ve usulüne dönmesini sağlar. Kanunun bu sınırlı geri gönderme düzeni, istinafın davayı gereksiz yere ilk dereceye döndüren bir ara basamak olmasını önler.

Bölge idare mahkemesinin görevleri istinafla sınırlı değildir. İlk derece mahkemelerinin yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verdiği kararlara karşı yapılan itirazlar ilgili dairece incelenir. Aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresi içinde kalan idare ve vergi mahkemeleri arasında görev veya yetki uyuşmazlığı çıktığında kesin çözüm mercii yine bölge idare mahkemesidir. Yetkili ilk derece mahkemesinin davaya bakmasına fiili veya hukuki engel çıkması, mahkemelerin yargı çevresi sınırlarında tereddüt bulunması ya da iki mahkemenin de kendisini yetkili sayması hâllerinde merci tayini yapılabilir. Böylece dava, usul uyuşmazlığı nedeniyle sonuçsuz kalmadan yargı çevresi içindeki uygun mahkemeye yönlendirilir.

Başkanlar kurulu da karar tutarlılığı bakımından önem taşır. Daireler arasındaki iş bölümü uyuşmazlıklarını çözer. Aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerinin kesin nitelikteki kararları arasında aykırılık bulunursa, belirli başvurular üzerine uyuşmazlığın giderilmesi için Danıştaydan karar istenmesine aracılık eder. Bu mekanizma, istinafta kesinleşen kararların birbirinden kopuk hukuk uygulamaları oluşturmasını önlemeye yöneliktir.

Avukat açısından bölge idare mahkemesi dosyası hazırlanırken iki mesele ayrılmalıdır. Birincisi, ilk derece kararının neden kaldırılması gerektiğinin maddi ve hukuki gerekçeleridir. İkincisi, uyuşmazlığın bölge idare mahkemesinde kesinleşip kesinleşmeyeceği veya kararın Danıştayda temyize açık olup olmadığıdır. Her istinaf kararı temyiz edilemez; temyiz edilebilirlik, İdari Yargılama Usulü Kanununda sayılan dava türlerine ve parasal sınırların uygulandığı uyuşmazlıklarda ilgili sınıra bağlıdır. Bu nedenle istinaf dilekçesi, yalnız ilk derece kararına itiraz eden bir metin değil, bölge idare mahkemesinin esastan yeniden karar verebilmesini sağlayacak biçimde dosyanın bütününü hukuken açıklayan bir başvuru olmalıdır.

3.1.3 · İdare ve Vergi Mahkemeleri

İdare ve Vergi Mahkemelerinde İlk Derece Yargılaması

KISACA

İdare ve vergi mahkemeleri, idari yargının genel görevli ilk derece mercileridir; ancak görev alanları uyuşmazlığın konusuna göre ayrılır. İdare mahkemeleri, vergi mahkemesine veya ilk derece olarak Danıştaya bırakılmayan iptal ve tam yargı davalarıyla idari sözleşmelerden doğan belirli uyuşmazlıkları çözer. Vergi mahkemeleri ise vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerle bunların zam ve cezalarına, tarifelere ve bu alanlarda kamu alacaklarının tahsiline ilişkin davalara bakar. Her iki mahkemede bir başkan ve yeteri kadar üye bulunur; kurul başkan ve iki üyeden oluşur. Kanunun parasal sınır içinde bıraktığı bazı davalar tek hâkimle karara bağlanabilir. Aynı yargı çevresinde birden fazla mahkeme varsa iş bölümü yapılması, mahkemelerin görevini ortadan kaldırmaz; dosyaların uzmanlaşmış mahkemeler arasında dağıtılmasını sağlar. Doğru mahkeme seçimi, ilk incelemede görev ve yetki yönünden denetlendiği için dava stratejisinin başlangıç noktasıdır.

İdare ve vergi mahkemeleri, idari uyuşmazlıkların büyük bölümünün ilk kez yargısal incelemeye alındığı mercilerdir. Her ikisi de genel görevli ve bağımsız mahkeme niteliğindedir; fakat aynı tür uyuşmazlıklara bakmazlar. Görev ayrımı, davacının sıfatından çok dava konusu işlemin veya talebin hukuki niteliğine göre yapılır. Bir kamu idaresinin taraf olması, uyuşmazlığı kendiliğinden vergi ya da idare mahkemesinin görevine sokmaz. Önce uyuşmazlığın idari yargıya ait olup olmadığı, ardından Danıştayın ilk derece görevi veya vergi mahkemesinin özel görev alanı bulunup bulunmadığı belirlenir.

İdare mahkemesi, idari yargı içindeki genel ilk derece mahkemesidir. Vergi mahkemelerinin görevine giren ve kanun gereğince doğrudan Danıştayda görülen uyuşmazlıklar dışındaki iptal davalarını ve tam yargı davalarını çözer. Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğanlar hariç olmak üzere, bir kamu hizmetinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden taraflar arasında çıkan davalar da idare mahkemesinin görev alanındadır. Diğer kanunlar idare mahkemesine ayrıca görev verebilir. Bu çerçevede idare mahkemesi, özel bir görev kuralı bulunmadığında idari uyuşmazlığın başvurulacak temel ilk derece merciidir.

Vergi mahkemesinin görevi konu bakımından daha özeldir. Genel bütçeye, il özel idarelerine, belediyelere ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerle bunların zam ve cezaları ve tarifeler hakkındaki davalar vergi mahkemesinde görülür. Bu mali yükümlere ilişkin olarak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar da aynı görev alanındadır. Ödeme emri, tarh veya ceza işlemi gibi uyuşmazlıkların hangi mahkemede açılacağı belirlenirken işlemin dayandığı alacak ve özel görev hükmü birlikte değerlendirilir. Kanunların ayrıca verdiği işler de vergi mahkemesince görülür.

Görev ile mahkemeler arasındaki iş bölümü birbirine karıştırılmamalıdır. Aynı yargı çevresinde birden fazla idare veya vergi mahkemesi faaliyet gösteriyorsa, işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak uzmanlaşma amacıyla iş bölümü belirlenebilir. Bu düzenleme, idare mahkemesiyle vergi mahkemesi

arasındaki kanuni görev ayrımını değiştirmez. Aynı tür mahkemeye ait dosyanın, o yerdeki hangi numaralı veya ihtisas mahkemesine dağıtılacağını gösterir. Tevzi edilen davaya ilgili mahkemenin bakması zorunludur.

İdare ve vergi mahkemelerinde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Kurul hâlinde görülen işlerde mahkeme, başkan ve iki üyeyle karar verir. Bunun yanında kanunun parasal ölçüte bağladığı belirli iptal, tam yargı ve vergi davaları tek hâkimle çözümlenebilir. Parasal sınırlar her yıl yeniden değerleme oranına göre uygulandığından, davanın heyetle mi tek hâkimle mi görüleceği dosyanın açıldığı tarihte geçerli sınır üzerinden belirlenir; tam yargı davasında miktar artırılmışsa artırım tarihindeki sınır dikkate alınır. Tek hâkimli inceleme ayrı bir mahkeme türü değil, aynı idare veya vergi mahkemesindeki karar oluşum biçimidir.

Yargılama usulü her iki mahkemede de esas olarak yazılıdır ve inceleme evrak üzerinden yürütülür. Bununla birlikte kanuni şartlar gerçekleştiğinde duruşma yapılabilir. Mahkeme, bakmakta olduğu davaya ilişkin incelemeyi kendiliğinden yürütür; gerekli bilgi ve belgeleri taraflardan veya ilgili yerlerden isteyebilir. Bu re'sen inceleme yetkisi, tarafların iddia ve savunmalarını açık, süresinde ve delilleriyle sunma sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Dilekçe ve ekleri, ilk incelemede görev, yetki, idari merci tecavüzü, ehliyet, kesin ve yürütülmesi gereken işlem, süre, husumet ve dilekçe koşulları yönünden sıralı biçimde denetlenir.

Görev ayrımının usul sonucu önemlidir. Dava idari yargı içinde görevli olmayan bir idare veya vergi mahkemesinde açılmışsa dosya görevli mahkemeye gönderilir. Uyuşmazlık adli yargının görev alanındaysa idari yargı mercii davayı görev yönünden reddeder. Yanlış hasım gösterilmesi ise aynı sonucu doğurmaz; mahkeme gerçek hasmı belirleyerek dilekçeyi ona tebliğ eder. Avukatın dava açmadan önce işlem türünü, talebi, özel görev hükmünü ve Danıştayın ilk derece görevini birlikte incelemesi bu nedenle yalnız şekli bir hazırlık değildir. Yanlış görev değerlendirmesi dosyanın uzamasına, adli yargı ile idari yargı arasında geçişte ayrıca süre takibi yapılmasına ve geçici hukuki korumanın gecikmesine yol açabilir.

3.2 · İptal Davası

İptal Davasında Menfaat, Hukuka Aykırılık ve Yargısal Denetim

KISACA
İptal davası, kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlemin hukuka uygunluğunu denetleten dava türüdür. Davayı, işlem nedeniyle menfaati ihlal edilen kişi açabilir. İnceleme işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarından en az biri yönünden hukuka aykırı olup olmadığına yönelir. Mahkeme idarenin tercihinin daha yararlı olup olmadığını araştıran bir yerindelik denetimi yapamaz; idari işlem niteliğinde karar veremez ve idarenin kanunen sahip olduğu takdir yetkisini ortadan kaldıramaz. Dava açılması işlemin yürütmesini kendiliğinden durdurmadığından, gerekli koşullar varsa ayrıca yürütmenin durdurulması istenir. Düzenleyici işlemlerde dava süresi ilanı izleyen gün başlar; düzenlemenin uygulanması üzerine ilgili kişi uygulama işlemini, düzenleyici işlemi veya ikisini birlikte dava edebilir. İptal kararı verildiğinde idare, kararın gereklerini gecikmeksizin ve tebliğden başlayarak en geç kanunda öngörülen süre içinde yerine getirmek zorundadır.

İptal davasının merkezinde, idarenin tesis ettiği işlemin hukuk düzeninde varlığını sürdürüp sürdüremeyeceği sorusu bulunur. Bu dava bir tazminat isteminden önce, işlemin hukuka uygunluğunu hedefler. İdari Yargılama Usulü Kanunu iptal davasını, idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu veya maksat yönlerinden biriyle hukuka aykırı olduğu iddiasına ve davacının menfaatinin ihlal edilmiş olmasına bağlar. Dolayısıyla dava dilekçesinde yalnız işlemin olumsuz sonucunu anlatmak yetmez; işlemin hangi hukuki sakatlık nedeniyle iptal edilmesi gerektiği ile davacının işlemle kurduğu menfaat ilişkisi somutlaştırılmalıdır.

Dava konusu edilebilirlik bakımından işlemin idari niteliği, kesinliği ve yürütülmesi gereken bir sonuç doğurması önemlidir. Hazırlık işlemleri, kurum içi görüşler veya henüz hukuki sonuç doğurmayan aşamalar kural olarak tek başına iptal davasının konusu olmaz. Mahkeme bu niteliği ilk incelemede kendiliğinden değerlendirir. Kesin ve uygulanabilir işlem bulunmadığı sonucuna varırsa işin esasındaki hukuka aykırılık iddialarını incelemeden davayı reddeder. Bu nedenle dava öncesinde işlem zincirinin hangi halkasının nihai hukuki etkiyi yarattığı belirlenmelidir.

Hukuka uygunluk denetimi beş unsur üzerinden kurulur. Yetki, işlemi yapan makamın o kararı almaya hukuken yetkili olup olmadığını; şekil, işlemin kurulmasında uyulması gereken biçim ve usulü; sebep, idareyi işlemi yapmaya yönelten hukuki ve maddi nedenleri; konu, işlemin hukuk dünyasında doğurduğu sonucu; maksat ise yetkinin kamu yararı amacıyla kullanılıp kullanılmadığını ilgilendirir. Bu unsurlar birbirinden tamamen kopuk değildir. Örneğin gerçekte bulunmayan bir maddi olaya dayanılması sebep unsurunu, kanunun izin vermediği bir sonucun kurulması konu unsurunu, yetkinin kişisel veya yabancı bir amaç için kullanılması ise maksat unsurunu sakatlayabilir.

İdari yargı denetiminin sınırı, avukatın talebini nasıl kuracağını da belirler. Mahkeme, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunu denetler; idarenin yerine geçerek hangi kararın daha elverişli olacağını

seçemez. Yürütme görevinin kanunda ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde gösterilen esaslara uygun biçimde yerine getirilmesini kısıtlayan, doğrudan idari işlem veya eylem niteliği taşıyan ya da idarenin takdir yetkisini tümden kaldıran karar verilemez. Takdir yetkisi hukukun dışında bir serbestlik değildir; ancak yargı denetimi, takdir alanındaki idari tercihi başka bir tercihle değiştirmek yerine bu yetkinin hukuki sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığına yönelir.

Dava ehliyeti bakımından iptal davası, tam yargı davasındaki kişisel hak ihlalinden farklı olarak menfaat ihlalini arar. Menfaat bağı, davacının işlemle ciddi ve güncel bir hukuki ilişki kurmasını sağlar. Bunun varlığı her uyuşmazlığın kendi özelliklerine göre değerlendirilir. Davacı adına hazırlanan dilekçede sıfatın ve işlemle bağlantının açıkça anlatılması, ehliyet incelemesinin sağlıklı yürütülmesi bakımından önemlidir. Yanlış hasım gösterilmişse mahkeme gerçek hasmı kendisi belirleyip dilekçeyi ona tebliğ edebilir; bu nedenle husumet hatası ile dava ehliyeti eksikliği aynı usul sonucunu doğurmaz.

Düzenleyici işlemlerde süre ve dava konusu seçimi özel önem taşır. İlanı gereken düzenleyici işlem için dava süresi ilanı izleyen günden itibaren işlemeye başlar. Düzenleyici işlem bireysel bir işlemle uygulandığında ilgili, uygulama işlemini veya dayanak düzenlemeyi yahut her ikisini birlikte dava edebilir. Düzenleyici işlemin daha önce iptal edilmemiş olması, ona dayanan bireysel işlemin hukuka aykırılığının ileri sürülmesine engel değildir. Birden fazla idari işleme tek dilekçeyle yönelmek ise ancak işlemler arasında maddi veya hukuki bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunduğunda mümkündür.

İptal davasının açılması, dava konusu işlemin yürütmesini kendiliğinden durdurmaz. İşlemin uygulanması devam edecekse ve kanuni koşullar birlikte gerçekleşiyorsa, dava dilekçesinde gerekçeli bir yürütmenin durdurulması istemi kurulmalıdır. Bu geçici koruma, nihai iptal kararının yerine geçmez. İptal kararı verildiğinde ise idare kararın gereklerine göre işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur; yerine getirme süresi kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. İşlem nedeniyle ayrıca kişisel hak kaybı doğmuşsa iptal davasıyla birlikte tam yargı talep edilebileceği gibi, kanunun gösterdiği aşamalarda sonradan tam yargı davası da açılabilir. Böylece hukuka aykırı işlemin ortadan kaldırılması ile doğan zararın giderilmesi farklı talepler olarak, fakat birbiriyle bağlantılı biçimde yürütülebilir.

3.3 · Tam Yargı Davası

Tam Yargı Davasında Hak İhlali, Ön Başvuru ve Tazmin

KISACA

Tam yargı davası, idari işlem veya eylem nedeniyle kişisel hakkı doğrudan ihlal edilen kişinin uğradığı kaybın giderilmesini amaçlar. Zarar bir idari işlemden doğmuşsa kişi doğrudan tam yargı davası açabilir, iptal ve tam yargı taleplerini birlikte ileri sürebilir veya önce iptal davası açıp kanunda gösterilen karar ya da uygulama tarihinden sonra tazminat isteyebilir. Zarar idari eylemden kaynaklanıyorsa dava öncesinde ilgili idareye başvurmak zorunludur; başvuru, eylemin öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her hâlde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde yapılır. İdarenin istemi reddetmesi veya otuz gün cevap vermemesi üzerine genel dava süresi içinde mahkemeye gidilir. Dilekçede uyuşmazlık miktarı gösterilir. Tam yargı davasında talep edilen miktar, nihai karar verilinceye kadar harcı tamamlanarak bir defa artırılabilir. Hükmedilen para, davacı veya vekilinin idareye bildirdiği banka hesabına kanundaki infaz düzeni içinde ödenir.

Tam yargı davası, idarenin işlem veya eylemi nedeniyle doğan kişisel hak ihlalinin giderilmesine yönelir. İptal davası işlem hakkında nesnel bir hukuka uygunluk denetimi sağlarken tam yargı davası davacının malvarlığına veya kişilik alanına yansıyan kaybı merkeze alır. Bu nedenle dava açma ehliyeti için yalnız genel bir menfaat ilişkisi yeterli değildir; kişisel hakkın doğrudan ihlal edilmiş olması gerekir. Dava dilekçesinde zarara yol açan idari faaliyet, ihlal edilen hak, zarar kalemleri ve istenen miktar arasında anlaşılır bir bağ kurulmalıdır.

Zarar bir idari işlemden doğduğunda kanun davacıya birden fazla yol tanır. İlgili, doğrudan tam yargı davası açabilir veya iptal ile tam yargı taleplerini aynı davada birleştirebilir. Başka bir seçenek, önce işlemin iptali için dava açmak, bu dava karara bağlandıktan sonra kararın veya kanun yolu incelemesi sonunda verilecek kararın tebliğinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davasına yönelmektir. İşlemin uygulanması zararı daha sonra doğurmuşsa, icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tazminat istenebilir. Bu yolların her birinde zararın işlemle bağlantısı korunur; seçim, işlemin henüz uygulanıp uygulanmadığına, zararın belirlenebilirliğine ve iptal sonucunun tazminat talebine etkisine göre yapılır.

İdari eylemden doğan zararlar farklı bir başlangıç usulüne tabidir. Hakkı ihlal edilen kişi doğrudan mahkemeye gitmeden önce ilgili idareye başvurarak hakkının yerine getirilmesini istemelidir. Başvuru, eylemin yazılı bildirimle veya başka biçimde öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl içinde ve her durumda eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde yapılır. Bir yıllık süre öğrenmeye, beş yıllık süre ise eylemin gerçekleşmesine bağlanan nihai sınırdır. İdare istemi tamamen veya kısmen reddederse ret işleminin tebliğini izleyen günden; otuz gün içinde cevap vermezse bu sürenin sona ermesinden itibaren genel dava açma süresi işlemeye başlar.

Dava yanlışlıkla görevli olmayan adli yargı merciinde açılmış ve görev yönünden reddedilmişse, idari yargıda açılacak tam yargı davası için yeniden idareye ön başvuru yapılması aranmaz. Bununla birlikte görevsizlik kararının kesinleşmesi ve idari yargıya başvuru süresi ayrıca izlenmelidir. Bu düzenleme,

davacının uyuşmazlığı önce yanlış yargı koluna taşıması nedeniyle aynı idari başvuru aşamasını tekrar etmesini önler; fakat görev ayrımının ve sonraki başvurunun zamanında yapılması gereğini ortadan kaldırmaz.

Tam yargı dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktarın gösterilmesi gerekir. Zararın kapsamı yargılama sırasında netleşebilir. Kanun bu ihtiyacı, dava dilekçesinde belirtilen miktarın nihai karar verilinceye kadar bir defaya mahsus artırılabilmesine izin vererek karşılar. Artırım için eksik harcın ödenmesi gerekir ve artırım dilekçesi cevap vermesi için karşı tarafa tebliğ edilir. Bu imkân, başlangıçta belirlenen miktarın sınırsız veya tekrar tekrar değiştirilmesi anlamına gelmez. Avukatın zarar kalemlerini belgeleriyle ayırması, daha sonra yapılacak tek artırımı dosyanın gelişimine göre zamanlaması ve talep sonucunu açık tutması gerekir.

Yetkili mahkeme belirlenirken zararın kaynağı izlenir. İdari sözleşmeden doğmayan tam yargı davalarında öncelikle zarara yol açan idari uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkeme esas alınır. Zarar bir bayındırlık veya ulaştırma hizmetinden ya da idari eylemden doğmuşsa hizmetin görüldüğü veya eylemin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir. Bu ölçütlerle yetkili mahkeme belirlenemiyorsa davacının ikametgâhının bulunduğu yer idare mahkemesi devreye girer. Yetki kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkeme bu meseleyi tarafların itirazını beklemeden inceler.

Mahkeme kararı belirli bir paranın ödenmesini gerektiriyorsa hükmedilen miktar, vekâlet ücreti ve yargılama giderleri davacı veya vekili tarafından idareye yazılı olarak bildirilen banka hesabına yatırılır. Ödeme kanundaki süre içinde yapılmazsa genel hükümler çerçevesinde infaz ve icra gündeme gelir. Mahkeme kararının gereği yerine getirilmez veya gerekli eylem yapılmazsa idare aleyhine ayrıca maddi ve manevi tazminat davası açılabilir. Kamu görevlisinin kararı süresinde uygulamaması hâlinde tazminat talebi de ilgili idareye yöneltilir. Tam yargı davasının etkili yürütülmesi bu nedenle yalnız sorumluluğun kurulmasına değil, talebin doğru idareye yöneltilmesine, miktarın usulüne uygun belirlenmesine ve hükmün infazına kadar bütün sürecin takip edilmesine bağlıdır.

3.4 · Görev ve Yetki

İdari Yargıda Görev, Yetki ve Dosyanın Doğru Mercie Yöneltilmesi

KISACA

Görev, uyuşmazlığın hangi yargı kolu ve hangi tür idari yargı mercii tarafından çözüleceğini; yetki ise görevli mahkemeler arasından coğrafi olarak hangisinin davaya bakacağını belirler. İYUK'ta yetki kamu düzenindendir ve ilk incelemede görevden sonra ele alınır. Özel bir yetki kuralı yoksa, işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkilidir. Kamu görevlileri, taşınmazlar, taşınırlar, tam yargı ve vergi uyuşmazlıkları için ayrı yetki bağları öngörülmüştür. İdari yargı içinde yanlış mahkemede açılan dava reddedilerek dosya görevli veya yetkili mahkemeye gönderilir. Adli yargıda açılan davanın görevden reddi kesinleşirse, kural olarak otuz gün içinde görevli idari yargı merciinde dava açılabilir ve ilk başvuru tarihi korunur. Aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da birinin hükmü diğerini etkileyecek davalar bağlantılı sayılabilir; bağlantı ve merci tayini kuralları çelişen mahkeme kararlarını önler.

Görev ve yetki, davanın esasına geçilmeden önce doğru yargı merciini belirleyen iki ayrı usul kurumudur. Görev, uyuşmazlığın adli yargı mı idari yargı mı içinde bulunduğunu ve idari yargıda Danıştay, idare mahkemesi veya vergi mahkemesinden hangisinin davaya bakacağını gösterir. Yetki ise aynı türde görevli birden fazla mahkeme arasındaki coğrafi dağılımı belirler. Bu ayrım yalnız kavramsal değildir. Yanlış yargı kolunda açılan dava ile idari yargı içinde yanlış yer mahkemesinde açılan davanın dosya üzerindeki sonucu farklıdır.

Mahkeme, dava dilekçesini ilk incelemede önce görev ve yetki yönünden denetler. Uyuşmazlık adli yargının görevine giriyorsa idari yargı mercii davayı görev yönünden reddeder. Uyuşmazlık idari yargıya ait olmakla birlikte dava görevli veya yetkili olmayan idari mahkemede açılmışsa, mahkeme dosyayı görevli ya da yetkili mahkemeye gönderir. Bu durumda davacının aynı talebi yeni bir harçla baştan kurması gerekmez. Gönderilen mahkeme de kendisini görevli veya yetkili görmezse, aynı bölge idare mahkemesi yargı çevresindeki uyuşmazlığı bölge idare mahkemesi, farklı çevreleri ilgilendiren uyuşmazlığı Danıştay çözer. Bu mercilerin görev ve yetki uyuşmazlığı hakkında verdiği kararlar kesindir.

Adli yargıdan idari yargıya geçişte süre koruması ayrıca düzenlenmiştir. Çözümü idari yargının görevinde olan bir dava adli yargıda açılmış ve görev yönünden ret kararı kesinleşmişse, bu kesinleşmeyi izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli idari yargı merciine başvurulabilir. Görevsiz yargı yerine yapılan ilk başvuru tarihi, idari yargıya başvuru tarihi olarak kabul edilir. Otuz günlük ek süre geçirilmiş olsa bile asıl idari dava açma süresi henüz dolmamışsa, kalan asıl süre içinde dava açılabilir. Bu koruma, yargı kolu seçimindeki hata nedeniyle hak kaybını azaltır; ancak görevsizlik kararının kesinleşme tarihinin ve iki alternatif sürenin ayrı ayrı takip edilmesini gerektirir.

Yetkide genel kural, özel kanunda veya İYUK'ta başka mahkeme gösterilmemişse, dava konusu işlemi ya da idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir. Yetki kamu

düzenine ilişkindir. Taraflar anlaşarak başka bir idare mahkemesini yetkili kılamaz ve mahkeme yetki meselesini kendiliğinden inceler. Genel kuraldan önce özel yetki hükümleri değerlendirilmelidir.

Kamu görevlilerine ilişkin davalarda işlemin türüne göre farklı yerler esas alınır. Atama ve nakil davalarında yeni veya eski görev yeri mahkemesi; göreve son verme, emeklilik veya görevden uzaklaştırmada son görev yeri mahkemesi yetkilidir. Görev ilişkisini sona erdirmeyen disiplin cezaları ile ilerleme, yükselme, sicil, intibak ve diğer özlük ya da parasal haklarda ilgilinin görevli bulunduğu yer esas alınır. Hâkim ve savcıların kanunda belirtilen mali, sosyal ve sicil uyuşmazlıklarında ise görev yerinin bağlı olduğu bölge idare mahkemesine en yakın başka bölge idare mahkemesinin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkilidir.

Taşınmazlarla ilgili imar, kamulaştırma, yıkım, işgal, tahsis, ruhsat ve iskân uyuşmazlıklarında taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Taşınır mala ilişkin davalarda da taşınırın bulunduğu yer esas alınır. İdari sözleşme dışındaki tam yargı davalarında sıralı bir sistem vardır: önce zararı doğuran idari uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkeme, zarar bir hizmetten veya eylemden doğmuşsa hizmetin görüldüğü ya da eylemin yapıldığı yer, diğer hâllerde davacının ikametgâhı dikkate alınır. Vergi uyuşmazlıklarında ise tarh, tahakkuk, ceza, ödeme emri veya dava konusu diğer işlemi yapan dairenin bulunduğu yer mahkemesi öne çıkar.

Bağlantı kuralları, ayrı açılmış davaların birbiriyle ilişkisini düzenler. Aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyebileceği davalar bağlantılıdır. Bağlantıya tarafın istemi üzerine veya mahkemece kendiliğinden karar verilebilir. Davalardan biri Danıştaydaysa veya davalar farklı bölge idare mahkemelerinin çevrelerindeyse dosyalar Danıştaya; aynı bölgenin farklı mahkemelerindeyse bölge idare mahkemesine gönderilir. Bağlantı hakkında karar verilinceye kadar usul işlemleri durur ve karar sonrasında yetkili kılınan merci dosyaya kaldığı yerden devam eder.

Merci tayini, klasik görev veya yetki uyuşmazlığından farklı bazı çıkmazları çözer. Yetkili mahkemenin davaya bakmasına fiili ya da hukuki engel çıkması, yargı çevresi sınırlarında tereddüt bulunması veya iki mahkemenin de kendisini yetkili sayması durumunda dosya aynı yargı çevresindeyse bölge idare mahkemesine, diğer hâllerde Danıştaya gönderilir. Avukat bakımından doğru görev ve yetki analizi, dava konusunu isimlendirmekten daha fazlasını gerektirir. İşlemi tesis eden makam, uyuşmazlığın konusu, özel görev kuralı, davacının veya malın yeri ve varsa bağlantılı dosyalar birlikte incelenmelidir.

3.5 · Süreler

İYUK'ta Dava, Başvuru ve Cevap Sürelerinin Hesabı

KISACA

İdari yargıda süreler, hak kaybını doğrudan etkileyen ve mahkemenin kendiliğinden incelediği usul kurallarıdır. Özel kanunda başka süre yoksa Danıştay ve idare mahkemelerinde dava açma süresi altmış, vergi mahkemelerinde otuz gündür. Süre, yazılı bildirimi, ilanı veya kanunun başlangıç saydığı olayı izleyen gün işlemeye başlar. Tatil günleri hesaba katılır; son gün tatile rastlarsa süre sonraki çalışma gününün sonunda biter. Sürenin sonu çalışmaya ara verme dönemine rastlarsa kanundaki yedi günlük uzama uygulanır. Üst makama veya işlemi yapan makama süresinde yapılan başvuru işlemekte olan dava süresini durdurur; ret veya otuz günlük sessizlikten sonra süre kaldığı yerden devam eder. İdari eylemden doğan tam yargı isteminde bir ve beş yıllık ön başvuru sınırları bulunur. İvedi yargılama ve merkezî sınav uyuşmazlıklarında ise daha kısa özel dava ve kanun yolu süreleri geçerlidir.

İdari yargıda süre hesabı, davanın maddi haklılığından önce sonuç doğurabilir. Mahkeme süre aşımını ilk incelemede kendiliğinden denetler ve süre geçirilmişse uyuşmazlığın esasına girmez. Bu nedenle süre takibi yalnız son günün takvime yazılması değildir; işlemin hangi tarihte ve hangi yolla bildirildiği, özel kanunda farklı bir süre bulunup bulunmadığı, dava öncesi idari başvurunun süreyi durdurup durdurmadığı ve uyuşmazlığın özel yargılama usulüne tabi olup olmadığı birlikte belirlenmelidir.

Genel dava açma süresi, özel kanunlarda ayrı bir süre gösterilmemişse Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış, vergi mahkemelerinde otuz gündür. İdari uyuşmazlıkta başlangıç yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen gündür. Vergi uyuşmazlıklarında işlemin niteliğine göre tahsil, tebliğ, ödeme, tescil veya kararın idareye geliş tarihi başlangıç olayı olabilir. Adresi bilinmeyene usulüne uygun ilanla bildirim yapılmışsa ve özel kanunda aksine hüküm yoksa süre, son ilanı izleyen günden itibaren on beş gün geçtikten sonra işlemeye başlar.

İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi ilan tarihini izleyen gün başlar. Bununla birlikte düzenleyici işlem daha sonra bireysel bir işlemle uygulanırsa ilgili, uygulama üzerine düzenleyici işlemi, uygulama işlemini veya her ikisini birlikte dava edebilir. Böyle bir durumda ilk ilan tarihindeki sürenin geçmiş olması, uygulama işlemiyle kurulan yeni dava imkânını tek başına ortadan kaldırmaz. Dava konusu ve talepler belirlenirken düzenleyici işlem ile uygulama işlemi arasındaki hukuki bağ açıkça kurulmalıdır.

Sürelerin hesaplanmasında başlangıç günü sayılmaz; tebliğ, yayın veya ilanı izleyen gün birinci gündür. Tatil günleri sürenin içindedir. Son gün resmî tatile rastlarsa süre, tatili izleyen çalışma gününün bitimine kadar uzar. Kanunda yazılı sürenin sonu yargı mercilerinin çalışmaya ara verme dönemine rastlarsa, ara vermenin sona erdiği günü izleyen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılır. Bu özel uzama, her yaz döneminde bütün sürelerin kendiliğinden durması anlamına gelmez; yalnız bitişi ara verme zamanına rastlayan kanuni süreler bakımından uygulanır.

İdari makamların sessizliği de süre başlatabilir. Kişi, hakkında dava konusu olabilecek bir işlem veya eylem yapılması için idareye başvurduğunda otuz gün içinde cevap verilmezse istem reddedilmiş sayılır. Bu zımni ret tarihinden sonra genel dava süresi içinde dava açılabilir. İdarenin otuz gün içinde verdiği cevap kesin değilse başvurucu bunu ret sayıp dava açabilir veya kesin cevabı bekleyebilir. Kesin cevap beklenirken dava süresi işlemez; ancak bekleme başvuru tarihinden itibaren dört ayı geçemez. Dava açılmamış veya dava süreden reddedilmiş olsa bile idare otuz günlük sessizlikten sonra cevap verirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açma imkânı doğar.

Dava açılmadan önce işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması için üst makama, üst makam yoksa işlemi yapan makama başvurulabilir. Bu başvuru dava açma süresi içinde yapılırsa işlemekte olan süreyi durdurur. İdare otuz gün içinde cevap vermezse istem reddedilmiş sayılır. Açık veya zımni ret üzerine süre yeniden işlemeye başlar; başvuru gününe kadar geçmiş olan bölüm hesaba katılır. Burada yeni ve tam bir dava süresi başlamaz. Dosya hesabında, ilk tebliğden idari başvuruya kadar kullanılan günler kalan süreden düşülmelidir.

İdari eylemden doğan tam yargı davalarında farklı bir ön başvuru takvimi vardır. Zarar gören, eylemi öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her hâlde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde idareye başvurmalıdır. İstem reddedilirse ret işleminin tebliğini, otuz gün cevap verilmezse bu sürenin bitimini izleyen günden itibaren genel dava süresi içinde dava açılır. İdari işlemden doğan zarar bakımından iptal ve tam yargı davalarının birlikte veya ardışık açılmasına ilişkin süreler ise kararın tebliği ya da işlemin icra tarihi üzerinden ayrıca değerlendirilir.

Görevli olmayan adli yargı merciinde açılan dava görevden reddedilirse, ret kararının kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz günlük başvuru imkânı vardır ve ilk başvuru tarihi korunur. İvedi yargılama usulünde dava açma süresi otuz gün, merkezî ve ortak sınav uyuşmazlıklarında on gündür; bu usullerde idari üst makama başvuru yoluyla süreyi durduran hüküm uygulanmaz. Savunma, temyiz ve cevap süreleri de genel usule göre kısaltılmıştır. Süre denetiminde güvenli yöntem, önce uyuşmazlığın özel usule tabi olup olmadığını saptamak, ardından tebliğ belgesini ve idari başvuru tarihlerini dosyada doğrulamak ve her ihtimal için son günü ayrı hesaplamaktır.

3.6 · Yürütmenin Durdurulması

Yürütmenin Durdurulmasında Koşullar, Usul ve İtiraz

KISACA

İdari dava açılması, dava konusu işlemin uygulanmasını kendiliğinden durdurmaz. Geçici koruma için idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ile uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zarar doğması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Mahkeme kural olarak idarenin savunmasını aldıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçeli karar verir. Uygulanmakla etkisi tükenecek işlemlerde savunma beklenmeden geçici durdurma kararı verilebilir; ancak atama, nakil, görev ve unvan değişikliği ile görevlendirme işlemleri bu grupta sayılmaz. Kararda hem açık hukuka aykırılığın hem de beklenen ağır zararın somut gerekçeleri gösterilmelidir. Teminat kural olmakla birlikte durumun gereklerine göre aranmayabilir; idareden ve adli yardım yararlanıcısından teminat alınmaz. Yürütmenin durdurulması kararına kanunda gösterilen mercie, tebliği izleyen günden itibaren yedi gün içinde bir kez itiraz edilebilir. İtiraz mercii yedi gün içinde kesin karar verir.

Yürütmenin durdurulması, iptal davası sonuçlanıncaya kadar dava konusu işlemin uygulanmasının doğurabileceği ağır sonuçları önlemeye yarayan geçici yargısal korumadır. Başlangıç kuralı açıktır: Danıştayda veya idari mahkemede dava açılması, işlemin yürütmesini kendiliğinden durdurmaz. Bu nedenle işlem uygulanmaya devam edecekse iptal talebinin yanında yürütmenin durdurulması isteminin ayrıca ve gerekçeli biçimde ileri sürülmesi gerekir. İstem, nihai iptal değerlendirmesinin yerine geçmez; dava sonuna kadar korunması gereken hukuki durumu hedefler.

Karar verilebilmesi için iki koşul birlikte bulunmalıdır. İşlem açıkça hukuka aykırı olmalı ve uygulanması telafisi güç veya imkânsız zarar doğurmalıdır. Yalnız zarar ihtimalinin bulunması, işlemde belirgin bir hukuka aykırılık gösterilemiyorsa yeterli değildir. Aynı şekilde ciddi bir hukuka aykırılık iddiası, uygulamanın dava sonuna kadar giderilmesi güç bir sonuç yaratacağı ortaya konulmadan geçici koruma sağlamaz. Dilekçede bu iki koşul ayrı başlıklar kullanmadan dahi birbirinden seçilebilir bir muhakemeyle açıklanmalı; hukuka aykırılık işlem dosyası ve mevzuatla, zarar ise somut olay ve belgelerle ilişkilendirilmelidir.

Mahkeme kural olarak davalı idarenin savunmasını aldıktan veya savunma süresi geçtikten sonra karar verir. Uygulanmakla etkisi tükenecek bir işlem varsa, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere idarenin cevabı beklenmeden yürütme geçici olarak durdurulabilir. Bu istisna, karar verilinceye kadar işlemin bütün sonucunu doğurup yargısal korumayı anlamsızlaştırmasını önler. Bununla birlikte kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği ile geçici veya sürekli görevlendirme işlemleri kanun gereği uygulanmakla etkisi tükenecek işlem sayılmaz.

Gerekçe zorunluluğu bu kurumda özellikle sıkıdır. Kararda, işlemin hangi nedenlerle açıkça hukuka aykırı olduğu ve uygulanması hâlinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğu belirtilmelidir. Sadece işlemin dayandığı kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuş olması yürütmenin durdurulmasına yetmez. Dava dilekçesi ve

eklerinden istemin yerinde olmadığı açıkça anlaşılıyorsa mahkeme, idarenin savunmasını almadan da ret kararı verebilir.

Vergi davalarında genel kuraldan farklı bir etki vardır. Vergi uyuşmazlığından doğan davanın açılması, tarh edilen vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsilini durdurur. Ancak ihtirazi kayıtla verilen beyanname üzerine yapılan işlemler ile tahsilat işlemlerine karşı açılan davalar kendiliğinden durdurucu etki doğurmaz; bunlar için yürütmenin durdurulması istenebilir. İşlemden kaldırılmış vergi dava dosyalarında tahsilin devam etmesine ilişkin özel hüküm de dikkate alınmalıdır.

Yürütmenin durdurulması kararı kural olarak teminat karşılığında verilir. Mahkeme durumun gereklerine göre teminat aramayabilir. Teminatın miktarı veya şekli konusunda çıkan uyuşmazlığı kararı veren daire, mahkeme veya hâkim çözer. İdareden ve adli yardımdan yararlanan kişiden teminat alınmaz. İstemli dosyalarda normal cevap süreleri kısaltılabilir ve tebligatın memur eliyle yapılmasına karar verilebilir. Durdurma kararı verilen dosya öncelikle incelenir; kararın belirli süre içinde yazılıp imzalanması gerekir. Aynı sebeplere dayanarak ikinci kez yürütmenin durdurulması istenememesi, ilk talepte olguların ve hukuki gerekçelerin eksiksiz sunulmasını daha da önemli kılar.

Karara karşı başvuru, kararın verildiği mercie göre değişen üst organa yapılır. Danıştay dava dairesinin kararına ilgili dava daireleri kurulunda, idare veya vergi mahkemesi ile tek hâkim kararına bölge idare mahkemesinde, bölge idare mahkemesi kararına ise kanunda gösterilen en yakın bölge idare mahkemesinde itiraz edilir. Süre, kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gündür ve itiraz bir defa kullanılabilir. İtiraz mercii dosyanın kendisine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar verir; bu karar kesindir. İvedi yargılama ile merkezî sınav usullerinde yürütmenin durdurulması kararlarına itiraz edilemeyeceğine ilişkin özel hükümler bulunduğundan, başvuru yolu dosyanın tabi olduğu usule göre kontrol edilmelidir.

Yürütmenin durdurulması kararının idareye tebliği, idare bakımından uygulama yükümlülüğü doğurur. İdare kararın gereklerine göre gecikmeksizin işlem tesis etmeli veya eylemde bulunmalı ve kanundaki azami süreyi aşmamalıdır. Kanun yolu başvurusunun yapılması da mahkeme kararının yürütmesini kendiliğinden durdurmaz; bunun için kanun yolu merciinden ayrıca durdurma kararı istenmesi gerekir. Böylece dava konusu idari işlemin yürütmesinin durdurulması ile mahkeme kararının kanun yolu aşamasındaki icrasının durdurulması birbirinden farklı iki koruma alanı olarak ortaya çıkar.

3.7 · Kanun Yolları

İdari Yargıda İstinaf, Temyiz ve Olağanüstü Başvurular

KISACA
İdari yargının olağan kanun yolu sistemi istinaf ve temyizden oluşur. İdare ve vergi mahkemelerinin kanunen kesin olmayan kararlarına karşı otuz gün içinde bölge idare mahkemesine istinaf başvurusu yapılır. Bölge idare mahkemesi kararı hukuka uygun bulursa başvuruyu reddeder; hukuka aykırı bulursa kararı kaldırıp kural olarak uyuşmazlığın esası hakkında yeniden karar verir. Danıştay dava dairelerinin nihai kararlarıyla bölge idare mahkemelerinin kanunda sayılan dava türlerine ilişkin kararları otuz gün içinde Danıştayda temyiz edilebilir. Her istinaf kararı temyize açık değildir; dava türü ve yıllık uygulanan parasal sınırlar birlikte incelenir. Kanun yoluna başvuru, kararın yürütmesini kendiliğinden durdurmaz. Kesinleşmiş bazı kararlar için kanun yararına temyiz ve sınırlı sebeplere dayanan yargılamanın yenilenmesi olağanüstü yollar olarak düzenlenmiştir. İvedi yargılama ve merkezî sınav davalarında istinaf atlanır, daha kısa süreli doğrudan temyiz uygulanır.

İdari yargıda kararın hangi mercide ve hangi süre içinde denetleneceği, kararın verildiği mahkeme kadar uyuşmazlığın türüne de bağlıdır. Olağan sistem, ilk derece kararından sonra bölge idare mahkemesinde istinaf ve kanunda temyize açık tutulan işlerde Danıştay incelemesi üzerine kuruludur. Her kararın iki kanun yolundan da geçeceği varsayımı doğru değildir. Bazı ilk derece kararları kesin, bazı istinaf kararları da temyize kapalıdır. Bu nedenle kararın hüküm fıkrası, tebliğ tarihi, dava türü ve varsa parasal ölçüt birlikte değerlendirilmelidir.

İstinaf, idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı mahkemenin bağlı olduğu bölge idare mahkemesine yapılan olağan başvurudur. Genel süre kararın tebliğinden itibaren otuz gündür. Kanunda belirlenen parasal sınırı aşmayan vergi, tam yargı ve idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında ilk derece kararı kesin olabilir. Parasal sınırlar her yıl yeniden değerleme oranıyla uygulandığından, kanun yolunun açıklığı incelenirken davanın açıldığı tarihte geçerli sınır esas alınır.

Bölge idare mahkemesi, ilk derece kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunu reddeder; düzeltilmesi mümkün maddi yanlışlık varsa düzeltme yaparak aynı sonucu verir. Kararı hukuka uygun bulmazsa başvuruyu kabul eder, ilk derece kararını kaldırır ve kural olarak işin esası hakkında yeni bir karar kurar. İlk inceleme kararının hatalı olması, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkemenin ya da reddedilmiş veya yasaklanmış hâkimin bakması gibi sınırlı hâllerde dosya ilgili ilk derece mahkemesine gönderilir. İstinaf kararının temyize açık olmadığı durumlarda bölge idare mahkemesi kararı kesindir.

Temyiz, Danıştayın hukuki denetimidir. Danıştay dava dairelerinin nihai kararları ile bölge idare mahkemelerinin kanunda sayılan uyuşmazlıklarda verdiği kararlar, genel olarak tebliğden itibaren otuz gün içinde temyiz edilebilir. Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları, belirli meslek veya kamu görevi statüsünden çıkarma işlemleri, uzun süreli ticari faaliyet engelleri, kanunda belirtilen üst düzey atama işlemleri, imar planı ve parselasyon davaları, belirli doğal kaynak ve piyasa düzenleme uyuşmazlıkları ile ülke çapındaki sınavlara ilişkin davalar sayılan gruplar arasındadır. Parasal taleplerde

ise kanundaki temyiz sınırı ve bazı aralıklar bakımından istinafta yeniden karar verilmiş olması önem taşır.

Temyiz dilekçesi Danıştay Başkanlığına hitaben düzenlenir ve dilekçenin kanuni biçim koşullarını taşıması gerekir. Eksiklik varsa tamamlanması için süre verilir; harç ve giderlerin eksikliği de kanundaki kısa tamamlama süresine tabidir. Karşı taraf, temyiz dilekçesinin tebliğini izleyen otuz gün içinde cevap verebilir ve süresinde temyiz etmemiş olsa bile cevap dilekçesinde temyiz isteminde bulunabilir. Temyiz başvurusunun süresinde olup olmadığı veya kararın kesin nitelik taşıyıp taşımadığı da ön incelemede ele alınır.

Danıştay temyiz incelemesinde kararı hukuka uygun bulursa onar. Sonuç doğru olmakla birlikte gerekçe hatalı veya eksikse gerekçeyi değiştirerek onama; yeniden yargılama gerektirmeyen maddi hata ya da düzeltilebilir eksiklik varsa düzelterek onama mümkündür. Görev ve yetki dışında bir işe bakılması, hukuka aykırı karar verilmesi veya kararı etkileyebilecek usul hatası bulunması bozma sebebidir. Bozma üzerine bölge idare mahkemesi dosyayı yeniden inceler ve bozma kararına uyabilir ya da kararında ısrar edebilir. Israr kararının temyizi, uyuşmazlığın alanına göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunda incelenir ve kurul kararına uyulması zorunludur.

Kanun yoluna başvurulması, hâkim, mahkeme veya Danıştay kararının yürütmesini kendiliğinden durdurmaz. Yetkili kanun yolu mercii teminat karşılığında yürütmenin durdurulmasına karar verebilir. Dava reddedilmiş ve dava konusu işlem hakkında koruma istenmişse, işlemin açıkça hukuka aykırı olması ile telafisi güç veya imkânsız zarar koşulları aranır. Bozma kararı ise kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurur. Kanun yolu aşamasındaki geçici koruma talebi, esas başvurunun yanında ayrıca değerlendirilmelidir.

İvedi yargılama usulüne tabi davalarda istinaf yolu yoktur; nihai karar doğrudan ve daha kısa süre içinde temyiz edilir. Merkezî ve ortak sınav uyuşmazlıklarında da özel, çok daha kısa dava, cevap ve temyiz süreleri uygulanır. Bu dosyalarda genel otuz günlük süreye güvenmek hak kaybına yol açar. Özel usul hükmü, genel kanun yolu düzeninden önce kontrol edilmelidir.

Olağanüstü yollar kesinleşmiş kararlar için dar bir alanda işler. İstinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen ve yürürlükteki hukuka aykırı sonuç taşıyan bazı kararlar, ilgili bakanlığın göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Danıştay Başsavcısı tarafından kanun yararına temyiz edilebilir. Kanun yararına bozma, kesinleşmiş kararın taraflar bakımından doğmuş hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmaz. Yargılamanın yenilenmesi ise sonradan ele geçen belirleyici belge, sahte belge, karara etkili hile, gerçeğe aykırı bilirkişi beyanı, yetkisiz temsil, yasaklı hâkimin katılması, çelişen kesin karar veya kanunda belirtilen insan hakları ihlali gibi sınırlı sebeplere dayanır. İstem, esas kararı veren mahkemede ve sebebe göre kanunda belirlenen süre içinde yapılır. Bu yapı, kesin hükmü korurken ağır usul ve maddi adalet sakatlıkları için istisnai bir yeniden inceleme imkânı bırakır.

4.1.1 · Mahkemelerin Kuruluşu

Hukuk Mahkemeleri Arasında İş Dağılımının Temel Çerçevesi

KISACA
Bir uyuşmazlığın hangi hukuk mahkemesinde görüleceği, tarafların tercihine bırakılmış bir düzenleme değil, kanunla belirlenen görev kurallarının sonucudur. HMK, görevin kamu düzenine ilişkin olduğunu kabul eder ve aksine özel bir hüküm yoksa malvarlığı ile şahıs varlığı davalarını asliye hukuk mahkemesine bırakır. Sulh hukuk mahkemesinin alanı ise özellikle kira ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar, ortaklığın giderilmesi, yalnız zilyetliğin korunmasına yönelen davalar ve kanunun açıkça bu mahkemeye verdiği işlerden oluşur. Dava konusunun parasal değeri, bu iki mahkeme arasındaki ayrımı tek başına belirlemez. Avukat bakımından ilk kontrol, uyuşmazlığın özel bir kanunla başka bir mahkemeye bırakılıp bırakılmadığıdır; böyle bir düzenleme yoksa HMK'nın genel görev çerçevesine dönülür.

Hukuk yargısında dosyanın doğru mahkemeye yöneltilmesi, dava dilekçesinin hazırlanmasından önce çözülmesi gereken bir meseledir. HMK bu seçimi serbest bir strateji alanı olarak görmez. Mahkemelerin görevi kanunla düzenlenir ve görev kuralları kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle tarafların anlaşması, açık ya da örtülü kabulü veya davalının sessiz kalması görevli olmayan bir mahkemeyi görevli hâle getirmez. Dava açılırken yapılan görev değerlendirmesi, yalnız karşı tarafın ileri sürebileceği bir savunmaya değil, yargılamanın kanuni merci önünde yürütülmesi gereğine dayanır.

HMK'nın genel çerçevesinde asliye hukuk mahkemesi, aksine bir düzenleme bulunmadıkça malvarlığı haklarına ilişkin davalarla şahıs varlığına ilişkin davalara bakar. Dava konusunun değeri veya miktarı bu genel görevi değiştirmez. Kanun ayrıca, kendisinde veya başka kanunlarda özel bir görevlendirme yoksa diğer dava ve işlerde de asliye hukuk mahkemesini görevli kabul eder. Bu yapı, asliye hukuk mahkemesini hukuk yargısının genel görevli mahkemesi konumuna getirir; ancak her somut uyuşmazlıkta önce özel görev hükmü aranmasını gereksiz kılmaz.

Sulh hukuk mahkemesinin görev alanı konu esaslıdır. Kiralanan taşınmazların İcra ve İflas Kanunu uyarınca ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler saklı olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacaklar dâhil bütün kira uyuşmazlıkları bu mahkemede görülür. Taşınır veya taşınmaz mal ile hakların paylaştırılması ve ortaklığın giderilmesi davaları da aynı görev alanındadır. Bunun yanında taşınır ve taşınmaz mallarda yalnız zilyetliğin korunmasına yönelen davalar ile HMK'nın ya da başka kanunların açıkça sulh hukuk mahkemesine verdiği dava ve işler sulh hukuk mahkemesine aittir. Buradaki ayrım, uyuşmazlığın ekonomik büyüklüğünden çok hukuki niteliğine dayanır.

Avukatın görev incelemesi bu nedenle iki aşamalı yürür. Önce uyuşmazlığın kira, ortaklığın giderilmesi veya zilyetliğin korunması gibi HMK'da açıkça sayılan alanlardan birine girip girmediği belirlenir. Ardından başka bir kanunun özel mahkemeyi ya da belirli bir hukuk mahkemesini görevli kılan hükmü araştırılır. Özel bir düzenleme bulunmadığında asliye hukuk mahkemesinin genel görevi devreye girer.

Böylece mahkemeler arasındaki iş dağılımı, tarafların nitelendirmesinden değil, talebin ve dayandığı hukuki ilişkinin kanundaki karşılığından hareketle kurulur.

4.1.2 · Görev

Görev Kuralının Kamu Düzeni Niteliği ve Dosyanın Görevli Mahkemeye Gönderilmesi

KISACA

Görev, bir uyuşmazlığın hukuk yargısı içindeki hangi mahkeme türünde görüleceğini belirler. HMK, mahkemelerin görevinin ancak kanunla düzenlenebileceğini ve görev kurallarının kamu düzeninden olduğunu açıkça belirtir. Bu nitelik, görevin taraf anlaşmasıyla değiştirilememesi ve mahkemenin görev sorununu kendiliğinden gözetmesi anlamına gelir. Asliye hukuk mahkemesi genel görevli mahkemedir; sulh hukuk mahkemesi ise kira, ortaklığın giderilmesi, zilyetliğin korunması ve kanunla kendisine bırakılan diğer işlere bakar. Görevsizlik kararı kesinleştiğinde dosya kendiliğinden yeni mahkemeye gitmez. Taraflardan birinin kanunda öngörülen iki haftalık süre içinde dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesini istememesi hâlinde dava açılmamış sayılır.

Görev, uyuşmazlığın coğrafi olarak nerede değil, hukuk yargısı içinde hangi mahkeme türünde ele alınacağını gösterir. HMK'nın başlangıç noktası kesindir: Mahkemelerin görevi yalnız kanunla belirlenebilir ve görev kuralları kamu düzenindendir. Dolayısıyla davacı talebini dilediği mahkemeye yönelterek görev yaratamaz; davalı da görev itirazında bulunmayarak görevsiz mahkemenin davayı görmesine geçerlilik kazandıramaz. Mahkeme, önüne gelen uyuşmazlığın kendi görev alanında olup olmadığını tarafların tutumundan bağımsız biçimde değerlendirmek zorundadır.

Genel görev düzeninde asliye hukuk mahkemesi, özel bir hüküm bulunmadıkça malvarlığı ve şahıs varlığı davalarının merciidir. Sulh hukuk mahkemesi ise kira ilişkisinden doğan uyuşmazlıklara, ortaklığın giderilmesine, yalnız zilyetliğin korunmasına yönelen davalara ve kanunların açıkça kendisine verdiği işlere bakar. Görev tespitinde dava konusuna davacının verdiği ad tek başına belirleyici değildir. Talep sonucunun, ileri sürülen vakıaların ve uygulanması istenen hukuki korumanın birlikte değerlendirilmesi gerekir. Özel kanunda görev hükmü varsa genel HMK düzeni o hükmün gerisinde kalır.

Görevsizlik kararı verildiğinde avukat açısından takip edilmesi gereken ikinci bir süreç başlar. Karar verildiği anda kesin ise tebliğden, kanun yoluna gidilmeden kesinleşmişse kesinleşme tarihinden, kanun yoluna başvurulmuş ve başvuru reddedilmişse ret kararının tebliğinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurulmalıdır. Bu başvuruda dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi talep edilir. Süre içinde talep olmazsa dava açılmamış sayılır ve bu sonuç hakkında görevsizlik kararı veren mahkeme kendiliğinden karar verir. Dosya kendisine gönderilen görevli mahkeme ise taraflara davetiye çıkarır.

Görev sorunu ile yetki sorunu bu noktada aynı gönderme mekanizmasına bağlansa da birbirinden farklıdır. Görev, mahkeme türünü ve yargısal iş bölümünü; yetki ise görevli mahkemeler arasındaki yer bakımından bağlantıyı belirler. Görev kurallarının kamu düzeni niteliği genel ve değişmezdir. Yetkide ise kesin olan ve olmayan kurallar ayrılır. Bu ayrım, dilekçe hazırlanırken görev incelemesinin ayrıca yapılmasını ve görev itirazının sıradan bir cevap stratejisi gibi değerlendirilmemesini gerektirir.

Görevsizlik kararından sonra dosyanın gönderilmesi yeni bir dava açılması değildir; fakat kanunun öngördüğü takip talebi yapılmadan süreç devam etmez. Bu nedenle görev araştırması yalnız doğru mahkemeyi seçme meselesi değil, yanlış seçim yapılmışsa davayı ayakta tutacak sürenin de yönetilmesi meselesidir. Avukatın hem ilk dilekçede görev dayanağını doğru kurması hem de görevsizlik kararının kesinleşme biçimine göre iki haftalık başlangıç tarihini doğru belirlemesi gerekir.

4.1.3 · Yetki

Yetkili Mahkemenin Seçimi: Genel Kural, Özel Bağlantılar ve Yetki İtirazı

KISACA

Yetki, görevli mahkeme türü belirlendikten sonra davanın hangi yerdeki mahkemede açılacağını gösterir. Genel yetkili mahkeme, davalının dava tarihindeki yerleşim yeri mahkemesidir. HMK bunun yanında sözleşmenin ifa yeri, haksız fiilin işlendiği veya zararın doğduğu yer ve taşınmazın bulunduğu yer gibi özel bağlantılar kurar; bazı bağlantılar davacıya seçim sağlarken bazıları kesin yetki oluşturur. Kesin yetkide mahkeme yetkisini davanın sonuna kadar kendiliğinden araştırır. Kesin olmayan yetkide ise davalı, itirazını cevap dilekçesinde ileri sürmeli ve yetkili gördüğü mahkemeyi açıkça göstermelidir. Bu yapılmazsa davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir. Tacirler ve kamu tüzel kişileri, serbestçe tasarruf edilebilen ve kesin yetkiye girmeyen uyuşmazlıklar için yazılı yetki sözleşmesi yapabilir.

Yetki incelemesi, görevli mahkeme türü saptandıktan sonra aynı tür mahkemeler arasından yer bakımından doğru olanı seçer. HMK'nın genel kuralına göre dava, davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinde açılır. Birden fazla davalı varsa kural olarak bunlardan birinin yerleşim yeri seçilebilir; fakat kanun dava sebebine göre bütün davalılar için ortak yetkili bir mahkeme göstermişse o yer esas alınır. Davalılardan birinin yalnız kendi yerleşim yeri dışındaki mahkemeye çekilmesi amacıyla davaya dâhil edildiği anlaşılırsa, onun itirazı üzerine hakkındaki dava ayrılarak yetkisizlik kararı verilebilir.

Genel yetkiye eklenen özel yetki kuralları, uyuşmazlığın maddi bağlantılarını izler. Sözleşmeden doğan dava ifa yerinde de açılabilir. Haksız fiilde fiilin işlendiği, zararın meydana geldiği veya gelme ihtimalinin bulunduğu yer ile zarar görenin yerleşim yeri alternatif bağlantılardır. Geçici olarak bir yerde uzun süre bulunabilecek memur, işçi, öğrenci veya asker aleyhine açılacak alacak ve taşınır davalarında bulunulan yer de yetkili olabilir. Şube işlemlerinden doğan davalarda şubenin bulunduğu yer, karşı davada ise kesin yetki yoksa asıl davaya bakan mahkeme devreye girer.

Bazı kurallar taraflara seçim sunmaz. Taşınmaz üzerindeki ayni hakka, ayni hak sahipliğini değiştirebilecek taleplere, taşınmazın zilyetliğine veya alıkoyma hakkına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer kesin yetkilidir. Terekenin paylaşılması, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisi ile mirasçılar arasında tereke yönetiminden doğan bazı davalarda ölenin son yerleşim yeri kesin yetki taşır. Özel hukuk tüzel kişilerinin ortaklık veya üyelik ilişkisiyle sınırlı belirli iç uyuşmazlıklarında merkez mahkemesi de kesin yetkilidir. Kesin yetkinin bulunduğu yerde mahkeme, yetkiyi davanın sonuna kadar kendiliğinden araştırır ve taraflar yetkisizliği her zaman ileri sürebilir.

Kesin olmayan yetki ise davalının zamanında ve usulüne uygun itirazına bağlıdır. Yetki itirazı cevap dilekçesinde ileri sürülmeli; itiraz eden, yetkili mahkemeyi ve birden çok seçenek varsa seçtiği mahkemeyi belirtmelidir. Bu açıklama yapılmazsa itiraz dikkate alınmaz. Davalı süresinde geçerli bir itiraz sunmazsa, başlangıçta yetkisiz olabilecek mahkeme davayı görmeye yetkili hâle gelir. İlk itiraz

niteliğindeki bu savunma, cevap dilekçesi verildikten sonra cevap süresi henüz dolmamış olsa bile sonradan eklenemez.

Yetki sözleşmesi de sınırsız bir araç değildir. Yalnız tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş ya da doğabilecek belirli bir uyuşmazlık için bir veya birden fazla mahkemeyi yetkili kılabilir. Sözleşmenin yazılı olması, hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir bulunması ve seçilen mahkemenin gösterilmesi gerekir. Tarafların serbestçe tasarruf edemediği konularda ve kesin yetki hâllerinde böyle bir anlaşma yapılamaz. Aksi kararlaştırılmadıkça dava yalnız sözleşmeyle belirlenen mahkemelerde açılır.

Yetkisizlik kararı kesinleştiğinde dosya otomatik biçimde yeni mahkemeye gönderilmez. İlgili tarafın, kararın kesinleşme biçimine göre başlayan iki haftalık süre içinde kararı veren mahkemeden dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesini istemesi gerekir. Sürenin kaçırılması davanın açılmamış sayılması sonucunu doğurur. Bu nedenle yetki analizi, yalnız dava yeri seçimiyle değil; itirazın cevap dilekçesine yerleştirilmesi, seçilen mahkemenin açıkça bildirilmesi ve olası yetkisizlik kararından sonraki gönderme süresinin izlenmesiyle tamamlanır.

Tarafsız Yargılamanın Usuli Güvenceleri: Yasaklılık, Ret ve Çekinme

KISACA
Hâkimin yasaklılığı ile reddi, tarafsız yargılamayı koruyan fakat işleyişi farklı iki kurumdur. Yasaklılıkta kanunun saydığı yakın kişisel bağlar veya hâkimin davayla doğrudan ilgisi bulunur; hâkim talep beklemeden çekinmek zorundadır. Ret ise hâkimin tarafsızlığından önemli ölçüde şüphe edilmesini haklı kılan bir sebebe dayanır ve tarafça ileri sürülebileceği gibi hâkim de çekilebilir. Ret sebebini bilen taraf bunu en geç ilk duruşmada, sonradan öğrenmişse öğrenmeden sonraki ilk duruşmada yeni bir işlem yapılmadan önce bildirmelidir. Talep dilekçeyle, sebep ve deliller açıkça gösterilerek yapılır. Yasaklı hâkimin hükümleri her durumda iptal edilirken, ret talebinin kabulünde yalnız itiraz edilen ve esasa etkili işlemler iptal edilebilir.

Tarafsızlık konusunda ortaya çıkan her kuşku aynı usule bağlanmaz. HMK, hâkimin davaya bakmasının doğrudan yasak olduğu durumlarla tarafsızlığından şüpheyi gerektiren ret sebeplerini ayrı düzenler. Yasaklılık kanunun saydığı nesnel bağlara dayanır. Hâkimin kendisine ait veya doğrudan ya da dolaylı biçimde ilgili olduğu davalar, evlilik bağı sona ermiş olsa bile eşinin davası, kendisinin ya da eşinin altsoy ve üstsoyunun davası, evlatlık ilişkisi bulunan kişinin davası ve üçüncü derece dâhil belirli kan veya kayın hısımlarının davaları bu kapsamdadır. Nişanlının davası ile hâkimin taraflardan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı olarak hareket ettiği dava da yasaklılık doğurur.

Bu sebeplerden biri varsa hâkim taraf talebini beklemeden çekinmelidir. Yasaklılığın ortaya çıktığı andan sonraki yargılama işlemleri üst mahkemece ortadan kaldırılabilir; buna karşılık o hâkimin kurduğu hüküm ve kararların iptali zorunludur. Çekinme kararına karşı üst mahkemeye başvuru mümkündür. Çekinme kararı ilk derece hâkiminden gelmişse, yapılan başvuruyu karara bağlayan bölge adliye mahkemesinin bu konudaki kararı başka bir başvuruya açık değildir. Yasaklılıkta temel düşünce, tarafların rızasıyla aşılabilecek bir kuşkunun değil, hâkimin davaya katılmasını baştan engelleyen kanuni bir durumun varlığıdır.

Ret kurumunda ölçüt, hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektiren önemli bir sebebin bulunmasıdır. Hâkimin taraflardan birine öğüt vermesi, kanunen gerekmediği hâlde görüş açıklaması, aynı uyuşmazlıkta tanık, bilirkişi, hâkim, hakem, arabulucu veya uzlaştırmacı olarak yer alması, davanın dördüncü derece dâhil yansoy hısımlarına ait olması ya da taraflardan biriyle dava veya düşmanlık ilişkisinin bulunması kanunda özellikle gösterilen örneklerdir. Ret sebepleri bunlarla sınırlı ifade edilmemiştir; ancak ileri sürülen olgu tarafsızlık şüphesini önemli kılacak nitelikte olmalıdır.

Ret talebinde zamanlama ve biçim belirleyicidir. Sebebi bilen taraf, talebini en geç ilk duruşmada ileri sürmelidir. Sebep yargılama sırasında öğrenilmişse, öğrenmeyi izleyen ilk duruşmada yeni bir işlem yapılmadan önce ret istenmelidir. Talep dilekçeyle yapılır; reddedilmek istenen hâkim ile dayanak sebep ve delil ya da emareler açıkça gösterilir. Dilekçe karşı tarafa tebliğ edilir ve hâkim de

düşüncesini yazılı olarak bildirir. Talep süresinde yapılmamışsa, sebep ve inandırıcı delil gösterilmemişse veya talebin yargılamayı uzatma amacı taşıdığı açıkça anlaşılıyorsa kabul edilmeyerek geri çevrilir.

Ret talebi kural olarak reddedilen hâkimin mensup olduğu mahkemede, o hâkim katılmadan incelenir. Talebin kabul edilmemesi hâlinde hâkim davaya devam eder. Ret talebinin kötü niyetle yapıldığı ve esas yönünden de kabul edilmediği anlaşılırsa disiplin para cezası uygulanabilir. Ret kararlarına karşı başvuru imkânı, esas hükmün istinaf veya temyize açık olup olmamasına göre değişir. Kanun yoluna açık işlerde merci kararına karşı tebliğden itibaren iki haftalık başvuru süresi öngörülür.

Ret kabul edildiğinde sonuç, yasaklılıktaki kadar otomatik ve geniş değildir. Ret sebebinin doğduğu tarihten sonra reddedilen hâkimin yaptığı, ret talep eden tarafın itiraz ettiği ve esasa etkili olan işlemler davaya sonradan bakacak hâkim tarafından iptal edilir. Böylece avukatın yalnız ret sebebini ve süresini değil, hangi işlemlere itiraz ettiğini ve bu işlemlerin esasa etkisini de dosyada açıkça kurması gerekir.

4.2.1 · Eda Davası

Eda Davasında Talep Sonucunun Kurulması ve Mahkûmiyet Hükmü

KISACA

Eda davasında davacı, yalnız bir hakkın varlığının belirlenmesini değil, davalının belirli bir davranışa mahkûm edilmesini ister. Bu davranış bir şeyin verilmesi, bir işin yapılması veya bir davranıştan kaçınılması olabilir. Dilekçedeki talep sonucu bu nedenle açık, icra edilebilir ve uyuşmazlığa uygun kurulmalıdır. Hâkim tarafların talep sonucuyla bağlıdır; istenenden fazlasına veya başka bir şeye karar veremez, ancak koşulları varsa daha azına hükmedebilir. Eda talebi, tespitten farklı olarak hukuki ilişkinin belirlenmesiyle yetinmez ve inşai davadan farklı olarak yeni bir hukuki durum yaratmayı hedeflemez. Davanın kabulü, davalıya somut bir edim yükleyen mahkûmiyet hükmü doğurur.

Eda davasının merkezinde, davalıya yöneltilmiş somut bir edim talebi bulunur. Davacı mahkemeden davalının bir şeyi vermesine, bir işi yapmasına veya belirli bir davranışı yapmamasına karar verilmesini ister. Böyle bir davada yargısal koruma, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin açıklanmasıyla sınırlı kalmaz; kabul kararı davalı bakımından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük kurar. Bu nedenle dava dilekçesindeki talep sonucunun hangi edimin istendiğini tereddüde yer bırakmayacak biçimde göstermesi gerekir.

Verme edimi para, taşınır veya başka bir hakkın teslimine; yapma edimi belirli bir işin gerçekleştirilmesine; yapmama edimi ise hukuka aykırı bir davranışın durdurulmasına ya da bundan kaçınılmasına yönelebilir. HMK bu üç görünümü aynı dava türünün içinde toplar. Uyuşmazlığın maddi hukuk dayanağı farklılaşsa da usul bakımından ayırt edici nokta, mahkemeden davalıyı bir edaya mahkûm eden hüküm istenmesidir.

Avukat açısından eda talebinin sınırı, taleple bağlılık ilkesiyle birlikte okunmalıdır. Hâkim tarafın istediğinden fazlasına veya farklı bir edime karar veremez; koşulları varsa talep edilenden daha azına hükmedebilir. Bu nedenle vakıaların doğru anlatılması tek başına yeterli değildir. Talep sonucu, her bir istemi açıkça kapsamalı ve hüküm fıkrasına aktarılabilecek kesinlikte olmalıdır. Birden fazla bağımsız talep aynı davalıya karşı aynı dilekçede ileri sürülecekse, bütün taleplerin aynı yargı çeşidinde bulunması ve ortak yetkili mahkemenin varlığı da gözetilir.

Eda davası, tespit ve inşai dava ile sonuç bakımından ayrılır. Tespit davası hakkın veya hukuki ilişkinin varlığını ya da yokluğunu belirler; inşai dava ise hukuki durumu yaratır, değiştirir veya ortadan kaldırır. Eda davasında ise mevcut olduğu ileri sürülen hakkın gereği olan davranışın yerine getirilmesi amaçlanır. Kabul hükmü, davalının neyi vermek, yapmak ya da yapmamakla yükümlü olduğunu açıkça gösterdiği ölçüde etkili ve icraya elverişli bir hukuki koruma sağlar.

4.2.2 · Tespit Davası

Tespit Davasının Konusu ve Güncel Hukuki Yarar Şartı

KISACA

Tespit davası, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığını ya da yokluğunu yahut bir belgenin sahte olup olmadığını mahkeme kararıyla belirlemeyi amaçlar. Salt maddi vakıalar bu davanın bağımsız konusu yapılamaz. Kanundaki istisnalar dışında davacının korunmaya değer ve güncel bir hukuki yarar göstermesi gerekir; soyut bir merak veya ileride doğması belirsiz bir tartışma yeterli değildir. Tespit talebi olumlu biçimde hakkın varlığına, olumsuz biçimde ise mevcut olmadığının belirlenmesine yönelebilir. Avukatın dilekçede yalnız hangi sonucun tespitini istediğini değil, bu belirlemenin neden bugünden gerekli olduğunu da somutlaştırması gerekir. Tespit hükmü davalıyı bir edime mahkûm etmez ve hukuki durumu kendiliğinden değiştirmez.

Tespit davasında istenen koruma, taraflar arasındaki hukuki belirsizliğin mahkeme hükmüyle giderilmesidir. Dava bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının belirlenmesine yönelebileceği gibi, böyle bir hak veya ilişkinin bulunmadığının saptanmasını da amaçlayabilir. HMK ayrıca bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesini açıkça tespit davasının kapsamına alır. Davacı, karşı tarafın bir edimi yerine getirmesine değil, hukuki durumun bağlayıcı biçimde açıklığa kavuşmasına ihtiyaç duyar.

Davanın konusu hukuki nitelik taşımalıdır. Bir olayın meydana gelip gelmediği, tek başına ve hukuki ilişkiyle bağ kurulmadan bağımsız tespit davasına konu edilemez. Maddi vakıalar, hak veya hukuki ilişkinin değerlendirilmesinde önem taşıyabilir; fakat talep sonucu yalnız olayın saptanmasına indirgenemez. Dilekçe hazırlanırken tespiti istenen hukuki sonuç ile bu sonucu doğuran vakıalar birbirinden ayrılmalı, talep hukuki ilişkiye yöneltilmelidir.

Kanunun istisna tanıdığı durumlar dışında güncel hukuki yarar, tespit davasının temel kabul şartıdır. Davacı, belirsizliğin mevcut hukuk alanını olumsuz etkilediğini ve mahkemece yapılacak tespitin bu etkiyi gidermeye elverişli olduğunu göstermelidir. Henüz doğmamış, gerçekleşmesi varsayıma bağlı bir uyuşmazlık veya yalnız teorik açıklama isteği güncellik şartını karşılamaz. Hukuki yarar dava şartları arasında da yer aldığından mahkeme tarafından davanın her aşamasında kendiliğinden incelenir.

Tespit davasının diğer dava türlerinden farkı hükmün etkisinde görülür. Eda davasında davalıya verme, yapma veya yapmama borcu yüklenir. İnşai davada hukuki durum yaratılır, değiştirilir ya da sona erdirilir. Tespit hükmü ise var olan hukuki durum hakkında kesinlik sağlar; tek başına davalıyı edaya mahkûm etmez. Bu sebeple istenen hukuki koruma doğrudan bir eda hükmüyle sağlanabiliyorsa, tespit talebindeki güncel hukuki yararın ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Olumlu veya olumsuz tespit biçimi, davacının belirsizlik karşısındaki konumuna göre seçilir. Bir hakkın mevcut olduğunun belirlenmesi olumlu; karşı tarafın ileri sürdüğü borç veya ilişkinin bulunmadığının belirlenmesi olumsuz tespit niteliğindedir. Her iki durumda da talep sonucu açık olmalı, tespiti istenen ilişkinin tarafları ve kapsamı belirlenmelidir. Avukatın en önemli işi, maddi olayı anlatmanın ötesinde, mahkeme hükmünün hangi güncel hukuki belirsizliği ortadan kaldıracağını göstermektir.

4.2.3 · İnşai Dava

İnşai Davada Hukuki Durumun Kurulması, Değiştirilmesi veya Sona Erdirilmesi

KISACA

İnşai dava, mevcut bir hakkın yerine getirilmesini istemekten veya hukuki ilişkiyi yalnız belirlemekten farklıdır. Davacı mahkemeden yeni bir hukuki durum yaratmasını, mevcut durumun içeriğini değiştirmesini ya da onu ortadan kaldırmasını talep eder. Bu dava, bir inşai hakkın ancak yargı yoluyla kullanılabileceğinin kanunda öngörüldüğü hâllerde açılır. Kabul hükmü hukuki değişikliği doğrudan meydana getirir; kanunda aksi düzenlenmedikçe bu etki geçmişe yürümez. Avukat bakımından kritik ayrım, talebin gerçekte bir edim mi istediği, yalnız tespit mi aradığı, yoksa mahkeme kararının kendisinin hukuki değişimin kurucu unsuru mu olduğudur. Talep sonucu bu kurucu etkiyi açıkça göstermelidir.

İnşai dava, mahkeme hükmünün yalnız mevcut durumu açıklamadığı, hukuki durum üzerinde kurucu bir değişiklik meydana getirdiği dava türüdür. Davacı yeni bir hukuki durum yaratılmasını, süregelen ilişkinin içeriğinin değiştirilmesini veya ilişkinin sona erdirilmesini ister. Kabul kararıyla hedeflenen değişiklik doğrudan hükmün etkisi olarak ortaya çıkar. Bu yönüyle inşai hüküm, bir edimin yerine getirilmesine ilişkin mahkûmiyet hükmünden ve yalnız hukuki belirsizliği gideren tespit hükmünden ayrılır.

Her yenilik doğuran hak mutlaka dava yoluyla kullanılmaz. HMK, inşai davayı bir inşai hakkın dava aracılığıyla kullanılmasının zorunlu olduğu hâllere bağlar. Bu sebeple avukat önce maddi hukuk düzenlemesinin hukuki değişiklik için mahkeme kararını zorunlu kılıp kılmadığını araştırmalıdır. Tarafın tek taraflı irade açıklamasıyla sonuç doğurabildiği bir durumda sırf daha güçlü bir belge elde etmek amacıyla inşai dava kurulamaz. Mahkeme kararının hukuki değişimin zorunlu unsuru olduğu durumda ise talep inşai nitelik taşır.

Dilekçedeki talep sonucu, hangi hukuki durumun nasıl değiştirileceğini açıkça göstermelidir. Yeni bir ilişkinin kurulması, var olan ilişkinin kapsamının değiştirilmesi ve ilişkinin ortadan kaldırılması aynı dava türünün üç farklı görünümüdür. Hâkim taleple bağlı olduğundan, istenmeyen başka bir kurucu sonuca karar veremez. Bu nedenle vakıaların anlatımıyla talep sonucu arasındaki uyum, inşai davada özellikle önemlidir.

İnşai hükmün zaman bakımından etkisi de ayrı değerlendirilir. Kanunda aksi belirtilmedikçe hüküm geçmişe etkili değildir. Hukuki değişiklik kural olarak hükmün sonuç doğurduğu andan ileriye yönelir. Özel düzenleme geçmişe etki öngörmüşse bu genel kuralın istisnası oluşur. Talebin mali veya kişisel sonuçları hesaplanırken, değişikliğin hangi andan itibaren hüküm doğuracağı gözden kaçırılmamalıdır.

Dava türlerinin doğru ayrılması istenen korumanın niteliğine bağlıdır. Davalıdan bir şeyi vermesi, yapması veya yapmaması isteniyorsa eda; hakkın ya da hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu belirlenmek

isteniyorsa tespit; mahkeme kararıyla hukuki durumun dönüştürülmesi amaçlanıyorsa inşai dava söz konusudur. İnşai davada hüküm, uyuşmazlığa dışarıdan eklenen bir açıklama değil, talep edilen hukuki dönüşümün bizzat kaynağıdır.

4.2.4 · Belirsiz Alacak Davası

Belirsiz Alacak Davasında Başlangıç Talebi ve Miktarın Kesinleştirilmesi

KISACA

Belirsiz alacak davası, alacaklının dava tarihinde alacağın miktarını veya değerini tam ve kesin biçimde belirlemesinin kendisinden beklenemediği ya da bunun imkânsız olduğu durumlara özgüdür. Davacı hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar veya değeri göstermelidir; belirsizlik, talep sonucunun bütünüyle açıklanmamasına izin vermez. Karşı tarafın sunduğu bilgi veya tahkikat sonucunda miktar belirlenebilir hâle geldiğinde hâkim, tahkikat bitmeden davacıya iki haftalık kesin süre verir. Davacı bu sürede talebini iddianın genişletilmesi yasağına takılmadan tam olarak belirleyebilir. Süre kullanılmazsa dava başlangıçta belirtilen miktar üzerinden sonuçlandırılır. Bu dava türü, bölünebilir talebin yalnız bir kısmını bilinçli olarak ileri süren kısmi davadan farklıdır.

Belirsiz alacak davası, alacağın varlığından çok miktar veya değerinin dava açılırken kesinleştirilememesi sorununa cevap verir. Davacıdan tam miktarı belirlemesi objektif olarak beklenemiyorsa ya da belirleme imkânsızsa, hukuki ilişkiyi ve asgari bir tutar veya değeri göstererek dava açabilir. Bu imkân, talep sonucunu sebepsiz biçimde açık bırakma yolu değildir. Dava tarihinde gerçek bir belirleme güçlüğü bulunmalı ve dilekçe, hangi hukuki ilişkiden doğan alacağın istendiğini anlaşılır biçimde ortaya koymalıdır.

Belirsizlik değerlendirmesi dava açıldığı tarihteki koşullara göre yapılır. Alacağın hesabı karşı tarafın elindeki bilgilere, yargılama sırasında yapılacak incelemeye veya tahkikatın ortaya çıkaracağı verilere bağlı olabilir. Buna karşılık davacı elindeki verilerle miktarı tam ve kesin biçimde belirleyebilecek durumdaysa, belirsiz alacak davasının özel yapısına dayanamaz. Avukatın dilekçede yalnız alacağı tanımlaması değil, tam belirlemenin neden beklenemediğini de vakıalar üzerinden göstermesi gerekir.

Dava ilerledikçe belirsizliğin ortadan kalkması ayrı bir usul işlemini doğurur. Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucunda alacağın miktarı ya da değeri tam ve kesin biçimde hesaplanabilir hâle geldiğinde hâkim, tahkikat sona ermeden davacıya iki haftalık kesin süre verir. Davacı bu süre içinde talebini tamlaştırabilir ve bunu yaparken iddianın genişletilmesi yasağıyla karşılaşmaz. Kesin sürede miktar belirlenmezse mahkeme davayı başlangıçta talep sonucunda gösterilen miktar veya değer üzerinden görüp karara bağlar.

Belirsiz alacak davası ile kısmi dava aynı işlevi taşımaz. Kısmi davada bölünebilir bir talebin miktarı bilinebildiği hâlde yalnız bir bölümü ileri sürülür; kalan kısımdan açıkça feragat edilmedikçe sırf kısmi dava açılması feragat anlamına gelmez. Belirsiz alacak davasında ise başlangıçtaki sınırlı miktar seçilmiş bir kesit değil, henüz tam belirlenemeyen alacağın asgari ifadesidir. Bu ayrım, dava türünün adından değil, miktarın gerçekten belirlenebilir olup olmadığından çıkarılır.

Talebin tamlaştırılması, tahkikat tamamlanmadan ve hâkimin verdiği kesin süre içinde yapılmalıdır. Bu aşamanın kaçırılması, davacının açıklanan yüksek miktar üzerinden hüküm alma imkânını o dava bakımından sınırlar. Dolayısıyla avukatın görevi yalnız başlangıçtaki belirsizliği gerekçelendirmekle bitmez; dosyaya giren bilgi ve raporlarla miktarın belirlenebilir hâle geldiği anı izlemek ve kesin süre içinde açık bir talep sonucu sunmak da gerekir.

Esasa Girişten Önce Usuli Denetim: Dava Şartları ve İlk İtirazlar

KISACA
Dava şartları, mahkemenin uyuşmazlığın esasını inceleyebilmesi için bulunması gereken koşullardır. Yargı hakkı, caiz yargı yolu, görev, kesin yetki, taraf ve dava ehliyeti, temsil, dava takip yetkisi, vekâlet, gider avansı, teminat, hukuki yarar, derdestlik ve kesin hüküm HMK'da sayılan başlıca şartlardır. Mahkeme bunları yargılamanın her aşamasında kendiliğinden araştırır; giderilebilir eksiklik için kesin süre verir, giderilmezse davayı usulden reddeder. İlk itirazlar ise kesin olmayan yetki ve tahkim itirazıdır. Bunlar yalnız cevap dilekçesinde ileri sürülebilir, dava şartlarından sonra incelenir ve süresinde bildirilmezse dinlenmez. Bu ayrım, avukatın hangi savunmayı mahkemenin her zaman gözetebileceğini, hangisini cevap dilekçesinde tüketmek zorunda olduğunu bilmesini gerektirir.

Mahkemenin uyuşmazlığın haklı tarafını belirlemeden önce usuli zeminin mevcut olup olmadığını denetlemesi gerekir. Dava şartları bu zemini oluşturur. Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması, yargı yolunun caiz olması, mahkemenin görevli ve kesin yetki hâllerinde yetkili olması ilk gruptadır. Tarafların taraf ve dava ehliyeti, gerekli kanuni temsil, dava takip yetkisi ve vekille takip edilen işlerde vekilin ehliyeti ile usulüne uygun vekâletname de yargılamanın geçerli kişilerle yürütülmesini sağlar.

Mali ve hukuki hazırlığa ilişkin şartlar da aynı denetimin içindedir. Davacının yatırması gereken gider avansını yatırması ve teminat kararı verilmişse bunun gereğini yerine getirmesi gerekir. Davanın açılmasında hukuki yarar bulunmalı; aynı dava daha önce açılmış ve görülmekte olmamalı, ayrıca kesin hükme bağlanmış bulunmamalıdır. HMK'daki sayım, başka kanunların özel dava şartlarını dışlamaz. Bu nedenle somut uyuşmazlığın tabi olduğu özel düzenleme ayrıca incelenmelidir.

Dava şartlarının en belirgin özelliği, mahkemece kendiliğinden araştırılmalarıdır. Denetim yalnız davanın başında yapılmaz; yargılamanın her aşamasında sürdürülebilir ve taraflar da eksikliği her zaman ileri sürebilir. Bir şartın bulunmadığı anlaşılırsa kural davanın usulden reddidir. Ancak eksiklik tamamlanabilecek nitelikteyse mahkeme önce bunun giderilmesi için kesin süre vermelidir. Süre içinde eksiklik tamamlanmazsa usulden ret kararı verilir. Eksiklik esasa girilmeden fark edilmemiş fakat hüküm anında ortadan kalkmışsa, başlangıçtaki noksanlık tek başına ret sebebi yapılamaz.

İlk itirazlar farklı bir rejime tabidir. HMK, kesin yetki bulunmayan hâllerdeki yetki itirazı ile uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği itirazını ilk itiraz olarak düzenler. Bu savunmaların tamamı cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır. Cevap dilekçesi verildikten sonra cevap süresi henüz sona ermemiş olsa bile yeni bir ilk itiraz eklenemez. Süresinde ileri sürülmeyen ilk itiraz daha sonra dinlenmez. Kesin olmayan yetki itirazında ayrıca yetkili görülen mahkeme ve seçenek varsa seçilen mahkeme açıkça gösterilmelidir.

İnceleme sırası da önemlidir. Mahkeme önce dava şartlarını, ardından ilk itirazları değerlendirir. İlk itirazlar ön sorunlara ilişkin usulle karara bağlanır. Tahkim itirazında geçerli ve uygulanabilir tahkim sözleşmesi varsa dava usulden reddedilir. Kesin yetki ise ilk itiraz değildir; mahkemenin kendiliğinden gözettiği dava şartları arasında yer alır. Bu ayrım, yetkiyle ilgili her savunmanın aynı süre ve sonuca tabi olmadığını gösterir.

Dava şartı ile ilk itiraz arasındaki pratik fark, taraf davranışının etkisinde ortaya çıkar. Dava şartının eksikliği çoğu durumda karşı taraf susmuş olsa da mahkemenin önündedir. İlk itiraz ise cevap dilekçesine konulmadığında kaybedilir. Avukat davalı adına dosyayı ilk kez incelerken, savunmaları yalnız esasa ilişkin cevaplar olarak değil; mahkemenin resen inceleyeceği şartlar, giderilebilir eksiklikler ve cevap dilekçesinde mutlaka tüketilmesi gereken ilk itirazlar olarak ayrı gruplar hâlinde değerlendirmelidir.

4.4.1 · Yazılı Yargılama Usulü

Yazılı Yargılama Usulünde Dilekçelerden Hükme Uzanan Süreç

KISACA

Yazılı yargılama usulü, tarafların iddia ve savunmalarını birbirini izleyen dilekçelerle somutlaştırdığı, ardından ön inceleme, tahkikat ve sözlü yargılama aşamalarına geçildiği temel usuldür. Dava dilekçesi vakıaları, her vakıanın delilini ve açık talep sonucunu içermelidir. Davalının cevap süresi tebliğden itibaren iki haftadır; koşulları varsa bir defaya mahsus ve bir ayı geçmeyen ek süre verilebilir. Davacı cevaba cevap, davalı ikinci cevap dilekçesi sunabilir. Ön incelemede dava şartları ve ilk itirazlar ele alınır, uyuşmazlık konuları belirlenir ve taraflar sulh veya arabuluculuğa teşvik edilir. Tahkikatta çekişmeli vakıalara ilişkin deliller incelenir; sonrasında tarafların son açıklamaları alınarak yargılama sona erdirilir. Her aşama, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı ile delil sunma süreleri bakımından ayrı sonuç taşır.

Yazılı yargılama usulü, davanın yalnız duruşmalarda yapılan sözlü açıklamalarla değil, öncelikle düzenli bir dilekçe değişimiyle biçimlenmesini sağlar. Dava, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılır. Dilekçede mahkeme ve taraf bilgileri yanında dava konusu ve değeri, iddianın dayanağı olan bütün vakıaların açık özetleri, her vakıanın hangi delille ispatlanacağı, hukuki sebepler ve tereddütsüz talep sonucu bulunmalıdır. Davacının elindeki belgeler dilekçeye eklenmeli, başka yerlerden getirilecek belge ve dosyaların bulunmasını sağlayacak bilgiler verilmelidir.

Dava dilekçesi davalıya tebliğ edilir ve cevap için iki haftalık süre başlar. Cevabın bu sürede hazırlanması çok zor veya imkânsızsa, davalı yine ilk iki haftalık süre içinde başvurarak cevap süresinin bitiminden itibaren işleyecek, bir defaya mahsus ve bir ayı aşmayacak ek süre isteyebilir. Süresinde cevap vermeyen davalı, dava dilekçesindeki vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır. Cevap dilekçesi verildiğinde, cevap süresi devam ediyor olsa bile ilk itirazların sonradan ileri sürülmesi mümkün değildir.

Dilekçeler aşaması cevapla bitmez. Davacı, cevabın tebliğinden itibaren iki hafta içinde cevaba cevap; davalı da bu dilekçenin tebliğinden itibaren iki hafta içinde ikinci cevap dilekçesi verebilir. Böylece taraflar birbirlerinin iddia ve savunmalarını yazılı olarak karşılar. İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, bu aşamanın ilerleyişine bağlı sonuç doğurur. Ön inceleme tamamlandıktan sonra değişiklik ancak karşı tarafın açık rızası veya ıslah yoluyla yapılabilir.

Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön incelemeye geçilir. Mahkeme dava şartları ile ilk itirazları değerlendirir, tarafların anlaştığı ve anlaşamadığı hususları belirler, gerekli hazırlık işlemlerini yapar ve tarafları sulh ya da arabuluculuğa teşvik eder. Ön inceleme tamamlanmadan tahkikata geçilemez. Ön inceleme duruşmasında düzenlenen tutanak, tarafların üzerinde anlaştıkları ve çekişmeye devam ettikleri vakıaları sabitler; tahkikat bu çerçeve üzerinden yürür.

Tahkikatın konusu, tarafların ileri sürdüğü bütün iddia ve savunmaların birlikte incelenmesidir. Taraflar duruşmaya çağrılır, gösterilen deliller toplanıp değerlendirilir. Kanunda öngörülen süreden sonra delil gösterilemez; ancak gecikme yargılamayı uzatma amacı taşımıyorsa veya süresinde gösterememe tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa mahkeme sonradan delil sunulmasına izin verebilir. Delillerin mümkün olduğunca birlikte ve aynı duruşmada incelenmesi, taraflara da inceleme sırasında açıklama hakkı tanınması esastır.

Tahkikat tamamlandığında mahkeme, taraflara incelemenin bütünü hakkında açıklama yapma imkânı verir ve tahkikatın bittiğini bildirir. Ardından sözlü yargılama için gün tayin edilir. Sözlü yargılama aşamasında tarafların son sözleri alındıktan sonra yargılamanın sona erdiği açıklanır ve hüküm verilir. Bu yapı, davanın başındaki vakıa ve delil sunumundan hükme kadar her aşamaya ayrı bir işlev yükler.

Avukat açısından yazılı yargılama, birbirinden kopuk dilekçe ve duruşmalar toplamı değildir. Dava dilekçesinde kurulan vakıa-delil eşleştirmesi ön incelemede uyuşmazlık çerçevesine dönüşür; bu çerçeve tahkikatta delillerle sınanır ve sözlü yargılamada son değerlendirmeye bağlanır. Bir aşamada eksik bırakılan iddia, ilk itiraz veya delilin sonraki aşamada serbestçe tamamlanabileceği varsayımı, kanundaki süre ve yasaklarla bağdaşmaz.

Basit Yargılama Usulünde Yoğunlaştırılmış Dilekçe ve Tahkikat Düzeni

KISACA
Basit yargılama usulü, sulh hukuk mahkemesinin görev alanındaki işler, bazı geçici hukuki korumalar ve kanunun açıkça gösterdiği diğer uyuşmazlıklar için öngörülür. Dilekçe aşaması dava ve cevap dilekçesiyle sınırlıdır; cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verilemez. Cevap süresi iki haftadır ve şartları varsa bir defaya mahsus en çok iki haftalık ek süre tanınabilir. Taraflar bütün delillerini ve bunların hangi vakıaya ilişkin olduğunu dilekçelerinde göstermelidir. İddianın genişletilmesi yasağı davanın açılmasıyla, savunmanın genişletilmesi yasağı cevap dilekçesinin verilmesiyle başlar. Mahkeme mümkünse dosya üzerinden karar verir; duruşma gerekiyorsa ön inceleme ve tahkikat daha yoğun bir takvimle yürütülür. Özel hüküm bulunmayan konularda yazılı yargılama usulü tamamlayıcı olarak uygulanır.

Basit yargılama usulü, yargısal incelemeyi kaldıran değil, taraf işlemlerini ve duruşma düzenini daha yoğun bir yapıda toplayan usuldür. Sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren dava ve işler, mahkemenin doğrudan dosya üzerinden karar verebildiği işler, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespiti gibi geçici koruma talepleri bu usule tabidir. Nafaka, velayet ve vesayet işleri, hizmet ilişkisinden doğan davalar, belirli konkordato ve yeniden yapılandırma işleri ile tahkim hükümleri uyarınca mahkemenin görev alanındaki işler de kanunda sayılmıştır. Başka kanunların yazılı yargılama dışındaki bir usule gönderme yaptığı durumlar da basit yargılama kapsamında değerlendirilir.

Dilekçe değişimi yazılı yargılamaya göre daha kısadır. Dava dilekçesine karşı cevap dilekçesi verilir; tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi sunma hakkı yoktur. Cevap süresi dava dilekçesinin tebliğinden itibaren iki haftadır. Hazırlığın bu süre içinde çok zor veya imkânsız olduğu durumda, davalı ilk süre içinde başvurursa cevap süresinin bitiminden başlayacak şekilde bir defaya mahsus ve en fazla iki haftalık ek süre alabilir. Yazılı yargılamadaki bir aya kadar ek süre imkânı burada geçerli değildir.

Taraflar delil hazırlığını ilk dilekçelerde tamamlamalıdır. Bütün deliller açıkça bildirilmeli, her delilin hangi vakıayı ispatlayacağı gösterilmeli ve eldeki belgeler dilekçeye eklenmelidir. Başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için onları bulmaya elverişli bilgiler de aynı aşamada verilmelidir. İddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı davanın açılmasıyla, savunmaya ilişkin yasak ise cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar. Bu erken başlangıç, dava ve cevap dilekçesinin hazırlanmasında eksik bırakılan vakıaların sonradan tamamlanmasını daha güç hâle getirir.

Mahkeme mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya çağırmadan dosya üzerinden karar verir. Dosya üzerinden karar verilemiyorsa ilk duruşmada dava şartları, ilk itirazlar, hak düşürücü süre ve zamanaşımı ele alınır; ardından tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları noktalar tespit edilir. Hâkim tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve tahkikat imzalanan uyuşmazlık tutanağı üzerinden yürütülür.

Kanun, tahkikatın gereksiz yere yayılmasını önleyen bir duruşma düzeni kurar. İlk duruşma dışında tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin iki duruşmada tamamlanması; bu duruşmalar arasındaki sürenin de kural olarak bir ayı aşmaması öngörülür. Bilirkişi incelemesi veya istinabe gibi zorunlu sebepler varsa mahkeme gerekçesini açıklayarak daha ileri tarih belirleyebilir ve ek duruşma yapabilir. Dosya işlemden kaldırılıp yenilendikten sonra yeniden takipsiz bırakılırsa dava açılmamış sayılır.

Tahkikat bitince tarafların son beyanları alınır ve ayrıca süre verilmeksizin yargılamanın sona erdiği bildirilerek karar açıklanır. Basit yargılama hakkında özel hüküm bulunmayan konularda yazılı yargılama hükümleri, bu usulün yapısına uygun düştüğü ölçüde devreye girer. Bu nedenle basit usul, kuralsız bir hızlandırma değil; dilekçe, delil ve duruşma yoğunlaşmasının özel hükümlerle yönetildiği bir yargılama modelidir.

4.5.1 · İspat Yükü

İspat Yükünün Dağılımı, Karşı İspat ve Somutlaştırma

KISACA

İspat yükü, çekişmeli bir vakıanın kanıtlanamaması riskinin hangi tarafa ait olduğunu belirler. Özel bir kanun hükmü yoksa, ileri sürdüğü vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf o vakıayı ispatlar. Kanuni karineye dayanan taraf yalnız karinenin temelindeki vakıayı kanıtlamakla yükümlüdür; istisna olmadıkça karşı taraf karinenin aksini gösterebilir. İspat yükünü taşımayan tarafın karşı delil sunması, yükü üstlendiği anlamına gelmez. İspat faaliyeti yalnız delil adı bildirmekten ibaret değildir. Taraflar vakıalarını ispata elverişli biçimde somutlaştırmalı ve hangi delilin hangi vakıaya ilişkin olduğunu açıkça göstermelidir. Herkesçe bilinen veya mahkeme önünde ikrar edilen vakıalar ise çekişmeli olmadığından ayrıca ispatlanmaz.

İspat yükü, taraflardan hangisinin delil sunabileceğini değil, bir vakıa kanıtlanmadan kalırsa bunun olumsuz sonucuna kimin katlanacağını gösterir. HMK'nın genel kuralı, kanunda özel bir düzenleme yoksa iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafın ispat yükünü taşımasıdır. Bu nedenle dağılım, davacı veya davalı sıfatına otomatik biçimde bağlanmaz. Her bir çekişmeli vakıanın hangi taraf lehine hukuki sonuç doğurduğu ayrı ayrı değerlendirilir.

İspatın konusu, tarafların üzerinde anlaşamadığı ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek vakıalardır. Herkesçe bilinen vakıalar ile ikrar edilen vakıalar çekişmeli sayılmaz. Taraf veya vekilinin mahkeme önündeki ikrarı, vakıayı ispat alanından çıkarır; maddi hatadan kaynaklanmadıkça ikrardan dönülemez. Sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrarın bağlayıcı olmaması ise tarafların çözüm arayışındaki açıklamalarının esas davada otomatik sonuç doğurmasını önler.

Kanuni karineler ispat yükünü özel biçimde etkiler. Karineye dayanan taraf, karinenin temelini oluşturan vakıayı ispat eder. Kanunun aksini yasaklamadığı durumlarda diğer taraf karinenin tersini kanıtlayabilir. Burada karinenin varlığı ile onu doğuran temel olgu birbirine karıştırılmamalıdır. Dilekçede hangi karineye dayanıldığı ve karineyi harekete geçiren vakıanın hangi delille gösterileceği açıkça kurulmalıdır.

Karşı ispat, asıl ispat yükünün yer değiştirmesi değildir. İspat yükünü taşımayan taraf, karşı tarafın iddiasının doğru olmadığını göstermek için delil sunabilir; sırf bu faaliyete girişmesi yükü üzerine aldığı anlamına gelmez. Bu ayrım, dosyada delil sunan herkesin ispat yükü taşıdığı biçimindeki yanlış sonuca engel olur. Mahkeme değerlendirme sonunda ilgili vakıanın kanıtlanıp kanıtlanmadığına bakar; belirsizlik devam ediyorsa ispat yükünün dağılımı sonucu belirler.

İspat yükü, somutlaştırma yükünden de ayrı fakat bağlantılıdır. Taraflar dayandıkları vakıaları ispata elverişli ayrıntıda açıklamalı ve her delilin hangi vakıa için gösterildiğini belirtmelidir. Soyut bir iddia ile geniş bir belge listesi sunmak bu eşleştirmeyi karşılamaz. Kanunda belirli delille ispat zorunluluğu varsa başka delil kullanılamaz; hukuka aykırı elde edilen deliller de mahkemece dikkate alınamaz. Delilin caiz olup olmadığına mahkeme karar verir.

Avukatın ispat planı bu nedenle her talep veya savunma bakımından ayrı bir zincir kurmalıdır. Önce hukuki sonucun bağlı olduğu çekişmeli vakıa belirlenir, sonra bu vakıanın ispat yükünün kimde olduğu saptanır, ardından uygun ve caiz delil seçilir. Karşı ispat ihtimali ve kanuni karineler de aynı plan içinde değerlendirilir. Böylece ispat, dosyaya mümkün olduğunca çok belge eklemekten çıkar ve uyuşmazlığın sonucunu belirleyen vakıalara odaklanır.

4.5.2 · Kesin Deliller

Kesin İspat Etkisi Doğuran Senet, İkrar ve Yemin

KISACA
HMK, bazı ispat araçlarına hâkimin serbest değerlendirmesini sınırlayan belirli sonuçlar bağlar. Mahkeme önünde ikrar edilen vakıa çekişmeli olmaktan çıkar. İlamlar ve düzenleme biçimindeki noter senetleri sahtelikleri kanıtlanıncaya kadar, usulüne uygun diğer resmî belgeler ise aksine kanıt sunuluncaya kadar kesin delil gücü taşır. İkrar edilen veya aidiyeti mahkemece kabul edilen adi senet de aksi ispat edilmedikçe kesin delildir; güvenli elektronik imzalı veri senet hükmündedir. Kanunun senetle ispatı zorunlu tuttuğu hukuki işlemler başka delille kanıtlanamaz, ancak delil başlangıcı veya kanunda sayılan istisnalar tanık dinlenmesini mümkün kılabilir. Yemin ise kişinin kendisinden kaynaklanan çekişmeli vakıalara yönelir ve yeminin eda edilmesi ya da bundan kaçınılması kanunda doğrudan ispat sonuçlarına bağlanır.

Kesin delil kavramı, belirli bir ispat aracının varlığı hâlinde hâkimin o vakıa hakkında serbestçe farklı sonuca ulaşamamasını ifade eden bir çerçeve sunar. HMK bunu tek bir başlık altında saymak yerine ikrar, senet ve yemin hükümleri içinde düzenler. İkrar, teknik olarak vakıayı çekişmeli olmaktan çıkarır. Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde kabul ettiği vakıanın ayrıca ispatı gerekmez ve maddi hataya dayanmadıkça bu açıklamadan dönülemez.

Senetlerin ispat gücü, düzenlenme biçimine göre farklılaşır. İlamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri sahtelikleri ispat edilinceye kadar kesin delil sayılır. İlgililerin beyanına dayanılarak noterlerin onayladığı senetler ve yetkili memurların görev alanlarında usulüne uygun düzenlediği belgeler ise aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil niteliğindedir. Mahkeme huzurunda ikrar edilen veya inkâr edenden çıktığı mahkemece kabul edilen adi senet de aksi ispat edilmedikçe kesin delil oluşturur. Güvenli elektronik imzayla meydana getirilen elektronik veri senet hükmündedir ve hâkim güvenli imza niteliğini kendiliğinden inceler.

Senetle ispat zorunluluğu, belirli hukuki işlemlerin yalnız belirli biçimde kanıtlanmasını gerektirir. Kanundaki ve her yıl yeniden değerlenen parasal sınırı aşan hukuki işlemler senetle ispatlanır. Senede bağlanmış bir iddiaya karşı senedin hüküm ve gücünü ortadan kaldıracak veya azaltacak hukuki işlemler de miktarına bakılmaksızın tanıkla kanıtlanamaz. Parasal sınırlar yıllara göre değişebildiğinden, somut dosyada işlemin yapıldığı tarihe uygulanacak güncel sınır ayrıca belirlenmelidir.

Bu zorunluluk mutlak değildir. Karşı tarafın açık muvafakati tanık dinlenmesini sağlayabilir. Delil başlangıcı varsa da tanığa başvurulabilir; delil başlangıcı, hukuki işlemi tamamen kanıtlamasa da onu muhtemel gösteren ve aleyhine ileri sürülen kişi veya temsilcisinden çıkan belgedir. Yakın aile bireyleri arasındaki işlemler, senet alınmasının olağanüstü güç olduğu durumlar, irade bozukluğu ve aşırı yararlanma iddiaları, üçüncü kişilerin muvazaa iddiası ve kanunda belirtilen diğer hâller de tanık dinlenmesine imkân verir.

Yemin, davanın çözümünde önemli, çekişmeli ve kişinin kendisinden kaynaklanan vakıalara yönelir. Tarafların serbestçe tasarruf edemediği vakıalar, geçerlilik için iki tarafın iradesinin yeterli olmadığı işlemler ve yemin edecek kişiyi ceza soruşturmasıyla karşı karşıya bırakacak yahut onurunu etkileyecek vakıalar yemine konu olamaz. Yemin teklif edilen kişi geçerli özür olmadan gelmez, yemini iade etmez veya etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıayı ikrar etmiş sayılır. Kendisine iade edilen yeminden kaçınan taraf bakımından ise vakıa ispat edilememiş kabul edilir.

Avukatın kesin delil incelemesi yalnız elindeki belgenin adına bakmamalıdır. Belgenin resmî veya adi niteliği, imzanın inkâr edilip edilmediği, güvenli elektronik imza taşıyıp taşımadığı, işlemin senetle ispat zorunluluğuna girip girmediği ve istisna bulunup bulunmadığı birlikte değerlendirilmelidir. Yemin ise başka bir delil listesine eklenen sıradan araç değil, teklif ve kaçınma sonuçları dikkatle hesaplanması gereken taraf işlemidir.

4.5.3 · Takdiri Deliller

Takdiri Delillerin Toplanması ve Hâkimin Serbest Değerlendirmesi

KISACA
Takdiri deliller, kanunun kesin bir ispat sonucu bağlamadığı ve hâkimin dosyanın bütünü içinde serbestçe değerlendirdiği araçlardır. Tanık, bilirkişi, keşif ve uzman görüşü bu çerçevede öne çıkar. Tanık, taraf olmayan ve uyuşmazlıkla ilgili vakıalara ilişkin bilgisini mahkemeye aktaran kişidir; hangi vakıa için dinleneceği tanık listesinde gösterilir. Bilirkişiye yalnız çözümü hukuk dışında özel veya teknik bilgi gerektiren konularda başvurulur ve hâkim raporu diğer delillerle birlikte değerlendirir. Keşifte hâkim uyuşmazlık konusu hakkında duyu organlarıyla doğrudan inceleme yapar. Tarafların aldığı uzman görüşü de dosyaya sunulabilir, ancak sırf bu nedenle ek süre istenemez. Delillerin takdiri niteliği, usulüne uygun ve zamanında gösterilme zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

Takdiri delillerde ispat aracı, hâkimi önceden belirlenmiş tek bir sonuca zorlamaz. HMK, kanuni istisnalar dışında hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceğini kabul eder. Bu serbestlik keyfîlik anlamına gelmez; delilin elde ediliş biçimi, uyuşmazlıkla bağlantısı, güvenilirliği ve diğer delillerle uyumu gerekçeli karar içinde tartışılır. Tanık, bilirkişi, keşif ve tarafça alınan uzman görüşü, bu değerlendirme alanının farklı bilgi kaynaklarını oluşturur.

Tanık, davanın tarafı olmayan kişidir. Tanık göstermek isteyen taraf, hangi vakıa hakkında dinleme istediğini, tanığın adını, soyadını ve tebliğe elverişli adresini listeyle sunar. Listede olmayan kişi dinlenemez ve ikinci bir tanık listesi verilemez. Hâkim, tanıklığı uyuşmazlığın çözümü için yeterli gördüğü sayıyla sınırlayabilir. Tanığın davada yararı veya güvenilirliğini etkileyebilecek bir durumu varsa bu dinlenmesine kendiliğinden engel olmaz; hâkim beyanın değerini bu koşulları dikkate alarak belirler.

Bilirkişi, hukuk bilgisi yerine özel veya teknik bilgi ihtiyacını karşılar. Mahkeme yalnız çözümü hukuk dışında uzmanlık gerektiren konuda bilirkişiye başvurabilir; hukuki nitelendirme ve hukuk bilgisini gerektiren meseleler bilirkişiye bırakılamaz. Görevin sınırı, cevaplanacak sorular ve inceleme konusu mahkeme kararında gösterilir. Taraflar raporun tebliğinden sonra eksik veya belirsiz noktaların açıklanmasını, yeni soru yöneltilmesini ya da yeni bilirkişi atanmasını isteyebilir. Hâkim bilirkişi görüşüyle bağlı değildir ve raporu diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.

Keşifte hâkim, uyuşmazlık konusu hakkında bulunduğu yerde veya mahkemede duyu organlarıyla inceleme yapar; gerektiğinde bilirkişiden yardım alır. Keşfin yeri, kapsamı ve zamanı mahkemece belirlenir. İşlem sırasında tanık veya bilirkişi dinlenebilir, hâkimin gözlemleri ve yapılan işlemler tutanağa geçirilir; plan, çizim ve fotoğraf gibi materyaller de tutanağa eklenebilir. Taraflar ile üçüncü kişiler keşif kararına uymak zorundadır ve haksız karşı koyma kanunda öngörülen ispat veya yaptırım sonuçlarını doğurabilir.

Uzman görüşü, tarafın dava konusu olay hakkında kendi seçtiği uzmandan bilimsel mütalaa almasıdır. Bu görüşün hazırlanması gerekçesiyle ayrıca süre istenemez. Mahkeme uzmanı dinlemek üzere çağırabilir; hâkim ve taraflar soru yöneltebilir. Uzman geçerli özür olmadan çağrıldığı duruşmaya gelmezse sunduğu rapor değerlendirilmez. Uzman görüşü ile mahkemece görevlendirilen bilirkişi raporu, oluşum biçimleri bakımından aynı değildir; fakat her ikisi de hâkimin dosya içindeki değerlendirmesine tabidir.

Takdiri delilin serbest değerlendirilmesi, delil sunma kurallarını gevşetmez. Taraf delili süresinde göstermeli, hangi vakıaya ilişkin olduğunu belirtmeli ve hukuka uygun biçimde elde etmiş olmalıdır. Deliller kural olarak davaya bakan mahkeme önünde ve mümkün olduğunca birlikte incelenir; zorunlu hâllerde istinabe yoluyla başka yerde toplanabilir. Avukatın görevi, yalnız delil türünü seçmek değil, delilin kanıtlayacağı vakıayı açık kurmak ve değerlendirme sırasında güvenilirliğini diğer dosya unsurlarıyla ilişkilendirmektir.

4.6.1 · İstinaf

İstinafta Başvuru Disiplini ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Yetkisi

KISACA

İstinaf, ilk derece mahkemesinin kanun yolu açık kararını bölge adliye mahkemesine taşıyan başvurudur. Nihai kararlar ile kanunda belirtilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları istinafa konu olabilir; parasal kesinlik sınırları her yıl yeniden değerlenir. Başvuru süresi kural olarak ilamın usulüne uygun tebliğinden itibaren iki haftadır. Dilekçede karar, başvuru sebepleri, gerekçe ve talep sonucu gösterilir; harç ve giderler tamamlanmalıdır. İnceleme kural olarak dilekçede belirtilen sebeplerle sınırlıdır, ancak kamu düzenine aykırılık kendiliğinden gözetilir. Bölge adliye mahkemesi başvuruyu esastan reddedebilir, ilk derece hükmünü kaldırıp yeniden hüküm kurabilir veya kanunda sayılan ağır usul eksikliklerinde dosyayı yeniden görülmek üzere gönderebilir. İstinaf başvurusu tek başına hükmün icrasını durdurmaz.

İstinaf, ilk derece kararının yalnız hukuki denetimini değil, kanunun çizdiği sınırlar içinde vakıa ve delil değerlendirmesini de bölge adliye mahkemesi önüne taşıyan kanun yoludur. İlk derece mahkemelerinin nihai kararları kural olarak istinafa açıktır. HMK ayrıca ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinin reddi, tarafın yüzüne karşı verilen kabul kararları ve yoklukta verilen kararlara itiraz üzerine kurulan kararlar için de istinaf imkânı tanır. Malvarlığı davalarındaki kesinlik sınırı her yıl yeniden değerleme yoluyla değiştiğinden, somut dosyada davanın açıldığı tarihe uygulanacak sınır kontrol edilmelidir.

Başvuru, kararı veren mahkemeye veya başka bir yer mahkemesine verilebilen dilekçeyle yapılır. Süre, özel kanun hükmü yoksa ilamın usulüne uygun tebliğinden itibaren iki haftadır. Dilekçede taraf ve vekil bilgileri, kararın mahkemesi, tarihi ve sayısı, tebliğ tarihi, karar özeti, istinaf sebepleri ile gerekçesi ve talep sonucu yer alır. Kimlik, imza ve başvurulan kararı yeterince belirleyen kayıtlar mevcutsa diğer eksiklikler doğrudan ret sebebi yapılmaz; fakat sebep ve gerekçenin hiç gösterilmemesi ön incelemede sonuç doğurabilir.

Harç ve tebliğ giderleri dâhil başvuru giderleri dilekçeyle birlikte ödenir. Eksiklik sonradan anlaşılırsa ilk derece mahkemesi bir haftalık kesin süre verir ve tamamlanmaması hâlinde başvurunun yapılmamış sayılacağını bildirir. Süre geçmiş veya karar kesin ise ilk derece mahkemesi istinaf dilekçesini reddeder. Bu ret kararına karşı tebliğden itibaren iki hafta içinde istinafa gidilebilir. Karşı taraf da istinaf dilekçesinin tebliğinden itibaren iki hafta içinde cevap verebilir ve koşulları varsa cevap dilekçesiyle katılma yoluna başvurabilir.

Bölge adliye mahkemesi önce görev, kesinlik, süre, başvuru şartları ve sebep gösterilip gösterilmediği yönlerinden dosya üzerinde ön inceleme yapar. Eksiklik yoksa asıl incelemeye geçilir. İnceleme, istinaf dilekçesinde ileri sürülen sebeplerle sınırlıdır; kamu düzenine aykırılık ise kendiliğinden dikkate alınır. İlk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar kural olarak dinlenmez, yeni delile

dayanılmaz. Usulüne uygun gösterildiği hâlde incelenmeyen veya mücbir sebeple sunulamayan deliller bu yasağın istisnasıdır.

Kararın sonucu dosyadaki soruna göre değişir. İlk derece kararı usul ve esas bakımından doğruysa başvuru esastan reddedilir. Yeniden yargılama gerektirmeyen hukuk uygulaması veya gerekçe hatasında bölge adliye mahkemesi düzelterek esas hakkında karar verebilir. Eksiklik duruşmasız tamamlanabilecekse bunu tamamlayıp yeniden karar kurabilir. Yasaklı hâkimin karar vermesi, haklı ret talebine rağmen hâkimin davaya bakması, görev veya kesin yetki hatası, diğer dava şartı aykırılıkları ya da uyuşmazlığın çözümünde etkili önemli delillerin toplanmaması gibi durumlarda ise hüküm kaldırılarak dosya yeniden görülmek üzere gönderilebilir.

İstinaf başvurusu kural olarak kararın icrasını durdurmaz. İcranın geri bırakılmasına ilişkin özel hükümler saklıdır; nafaka kararlarında geri bırakma kararı verilemez. Kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz aynına ilişkin kararlar ise kesinleşmeden yerine getirilemez. Avukatın istinaf stratejisi, yalnız karara katılmadığını söylemek değil; denetlenecek hatayı, bu hatanın hükme etkisini ve bölge adliye mahkemesinden istenen sonucu açıkça birbirine bağlamaktır.

4.6.2 · Temyiz

Temyiz Başvurusu ve Yargıtayın Hukuka Uygunluk Denetimi

KISACA
Temyiz, bölge adliye mahkemesinin temyize açık nihai kararları ile hakem kararının iptali hakkında verilen kararların Yargıtayca denetlenmesini sağlar. Başvuru süresi kararın tebliğinden itibaren iki haftadır ve temyiz dilekçesi kararın özeti, temyiz sebepleri, gerekçesi ve talep sonucunu içermelidir. Kanunda sayılan kararlar ile her yıl güncellenen parasal sınırın altında kalan uyuşmazlıklar temyiz dışındadır. Yargıtay tarafların belirttiği sebeplerle bağlı değildir; kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir. Hukukun yanlış uygulanması, dava şartı aykırılığı, delilin kanuni sebep olmadan reddi ve karara etkili yargılama hataları bozma sebebidir. Temyiz başvurusu kural olarak kararın icrasını durdurmaz.

Temyiz, bölge adliye mahkemesinden sonra Yargıtayın yürüttüğü hukuka uygunluk denetimidir. Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin temyize elverişli nihai kararları ile hakem kararlarının iptali talebi hakkında verilen kararlar bu yola konu olabilir. Davada haklı çıkan taraf da hukuki yararı varsa temyize başvurabilir. Buna karşılık HMK bazı kararları nitelikleri veya parasal değerleri nedeniyle temyiz dışında bırakır. Parasal kesinlik sınırı her yıl yeniden değerlenir ve uygulanacak miktar davanın açıldığı tarihe göre belirlenir.

Temyiz süresi kararın tebliğinden itibaren iki haftadır. Başvuru dilekçeyle yapılır ve karşı taraf sayısı kadar örnek eklenir. Dilekçede taraflar ile vekillerinin bilgileri, temyiz edilen kararın mahkemesi, tarihi ve sayısı, kararın tebliğ tarihi, kararın özeti, temyiz sebepleri ve gerekçesi, duruşma isteniyorsa bu istek ve açık talep sonucu gösterilir. Kimlik, imza ve kararı yeterince belirleyen kayıtlar varsa diğer eksiklikler incelemeyi bütünüyle engellemez. İstinaf dilekçesinin verilmesi, giderler, süre denetimi, cevap ve katılma yoluna ilişkin birçok hüküm temyizde de kıyasen uygulanır.

Temyiz incelemesi kural olarak dosya üzerinden yapılır. Kanunda belirtilen bazı dava türlerinde veya yeniden değerlenen duruşma sınırını aşan belirli davalarda, tarafın temyiz ya da cevap dilekçesindeki talebi üzerine duruşma yapılabilir. Yargıtay gerekli görürse kendiliğinden de bilgi almak üzere duruşma kararı verebilir. Temyiz incelemesinin ayırt edici yönlerinden biri, Yargıtayın tarafların yazdığı sebeplerle bağlı olmamasıdır. Kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü başka hususları da denetleyebilir.

İnceleme sonunda karar usule ve hukuka uygunsa onanır. Esas bakımından doğru kararda yalnız kanunun uygulanmasında yeniden yargılama gerektirmeyen hata varsa Yargıtay düzeltip onayabilir. Gerekçe yanlış fakat sonuç doğruysa gerekçe değiştirilerek onama mümkündür. Hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması, dava şartlarına aykırılık, tarafın dayandığı delilin kanuni sebep olmadan reddedilmesi ve karara etkili yargılama hatası ya da eksikliği ise bozma sebepleridir.

Bozma kararı sonrasında dosyanın gideceği merci, bozulan kararın niteliğine göre değişir. Bölge adliye mahkemesinin esastan ret kararı bozulmuşsa dosya ilk derece mahkemesine veya uygun başka bir ilk derece mahkemesine gönderilebilir. Bölge adliye mahkemesinin düzelterek ya da yeniden esas hakkında verdiği karar bozulmuşsa dosya ilgili bölge adliye mahkemesine döner. Alt mahkeme bozma kararına uyabilir veya kanundaki usulle direnebilir; direnme süreci sonunda Hukuk Genel Kurulunun kararına uymak zorunludur.

Temyiz de istinaf gibi tek başına icrayı durdurmaz. İcranın geri bırakılmasına ilişkin İcra ve İflas Kanunu hükmü saklıdır; nafaka kararlarında geri bırakma mümkün değildir. Kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz üzerindeki ayni haklara ilişkin kararlar kesinleşmeden yerine getirilemez. Etkili bir temyiz dilekçesi, vakıaların yeniden anlatımından çok denetlenen kararın hangi hukuk veya usul hatasıyla sakatlandığını ve bu hatanın bozmayı neden gerektirdiğini açıkça kurar.

Kesin Hükme Karşı İstisnai Yol Olarak Yargılamanın İadesi

KISACA
Yargılamanın iadesi, kesin verilen veya kesinleşmiş hükmün olağan kanun yolu dışında yeniden incelenmesini sağlayan istisnai bir yoldur. Başvuru yalnız HMK'da sayılan sebeplere dayanabilir. Mahkemenin kanuna uygun oluşmaması, yasaklı veya reddi kabul edilmiş hâkimin karara katılması, temsil eksikliği, sonradan elde edilen belge, hükme esas belgenin sahteliği, yalan tanıklık, gerçeğe aykırı bilirkişi veya tercüman beyanı, hile ve birbiriyle çelişen kesin hükümler başlıca sebeplerdir. Talep kararı veren mahkemece incelenir. Mahkeme önce süreyi, hükmün kesinliğini ve ileri sürülen sebebin kanunda bulunup bulunmadığını kendiliğinden denetler. İade davası icrayı otomatik durdurmaz; koşulları varsa teminat karşılığında durdurma kararı verilebilir.

Yargılamanın iadesi, hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkan veya sonradan anlaşılabilen ağır sakatlıkların giderilmesine ayrılmış istisnai başvuru yoludur. Kesin olarak verilen ya da kesinleşmiş hükümler hakkında kullanılabilir. İstinaf ve temyizden farklı olarak kararın genel hukuka uygunluğunu yeniden tartışmaya açmaz; talep yalnız kanunda sınırlı biçimde sayılan iade sebeplerinden birine dayanmalıdır. Bu yüzden dilekçede karardan hoşnutsuzluk değil, somut bir kanuni sebep ve onu doğrulayan olgular gösterilmelidir.

Yargılamanın kuruluşuna ilişkin sakatlıklar ilk sebep grubunu oluşturur. Mahkemenin kanuna uygun teşekkül etmemesi, davaya bakması yasak olan veya hakkındaki ret talebi kesin biçimde kabul edilen hâkimin karar vermesi, vekil ya da temsilci olmayan kişilerin huzuruyla davanın görülmesi iade sebebi olabilir. Bu hâller, hükmün tarafsız ve usulüne uygun yargısal organ tarafından verilmesine ilişkin güvenceleri korur.

İkinci grup, hükmün dayandığı delil veya taraf davranışının sonradan sakat olduğunun anlaşılmasıdır. Aleyhine hüküm verilen tarafın kendi elinde olmayan nedenlerle yargılama sırasında elde edemediği belgenin sonradan bulunması; karara esas senedin sahteliğinin belirlenmesi; tanığın yalan söylediğinin, bilirkişi veya tercümanın kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunun ya da karara esas yeminin yalan olduğunun sabit olması bu kapsamdadır. Lehine karar verilen tarafın hükme etki eden hilesi ve karara temel oluşturan başka bir hükmün kesinleşmiş kararla ortadan kalkması da iade nedeni oluşturur. Bazı delil kaynaklı sebeplerde kesinleşmiş ceza mahkûmiyeti aranır; kanunda gösterilen nedenlerle ceza kararı alınamıyorsa sebep iade davasında öncelikle ispat edilir.

Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan iki davada birbirine aykırı hükümlerin kesinleşmesi de iade sebebidir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya ek protokollerinin ihlal edildiğinin kesinleşmiş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararıyla tespit edilmesi ya da başvurunun dostane çözüm veya tek taraflı deklarasyonla düşmesi kanundaki özel sebepler arasındadır. Davanın taraflarından birinin

alacaklıları veya onun yerine geçenler de tarafların anlaşarak kendilerine hile yapması hâlinde hükmün iptalini isteyebilir.

Süre, sebebin öğrenilmesine veya ortaya çıkmasına bağlanan tarihten itibaren kural olarak üç aydır; HMK ayrıca çoğu sebep için hükmün kesinleşmesinden itibaren on yıllık üst sınır öngörür ve bazı özel sebepler için farklı düzenleme içerir. Talep kararı veren mahkemeye yöneltilir. Mahkeme önce başvurunun süresini, hedef hükmün kesin olup olmadığını ve ileri sürülen sebebin kanunda sayılıp sayılmadığını kendiliğinden inceler. Bu koşullardan biri yoksa esasa girilmeden ret kararı verilir.

Sebep sabit görülürse yeniden yargılama yapılır ve ortaya çıkan duruma göre önceki karar onanabilir, değiştirilebilir veya kanunda belirtilen temsil ve çelişik hüküm hâllerinde doğrudan iptal edilebilir. İade başvurusu hükmün icrasını kendiliğinden durdurmaz. Mahkeme talep üzerine, kural olarak teminat karşılığında icranın durdurulmasına karar verebilir; iade sebebi bir mahkeme kararına dayanıyorsa teminat aranmaz. Avukat bu yolda hem kanuni sebebi hem sürenin başladığı olayı hem de icranın durdurulması ihtiyacını ayrı ayrı temellendirmelidir.

4.7.1 · İhtiyati Tedbir

İhtiyati Tedbirde Yaklaşık İspat, Uygulama ve Tamamlayıcı Dava

KISACA
İhtiyati tedbir, yargılama sonuçlanmadan önce uyuşmazlık konusu hak üzerinde doğabilecek ciddi tehlikeyi geçici olarak önler. Mevcut durumdaki değişiklik hakkın elde edilmesini önemli ölçüde zorlaştıracak veya imkânsız kılacaksa ya da gecikme ciddi zarar doğuracaksa tedbir istenebilir. Talep sahibi tedbir sebebini ve istediği korumayı açıkça göstermeli, esas yönünden haklılığını yaklaşık olarak ispatlamalıdır. Dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili mahkeme, dava açıldıktan sonra asıl davaya bakan mahkeme karar verir. Kararın tefhim veya tebliğinden itibaren bir hafta içinde uygulanması istenmezse tedbir kalkar. Dava öncesi tedbirde, uygulama talebinden itibaren iki hafta içinde esas dava açılmalıdır. Kural olarak teminat gösterilir; yoklukta verilen karara şartlar, yetki ve teminat yönünden itiraz edilebilir.

İhtiyati tedbir, esas uyuşmazlığı nihai olarak çözmeden, hüküm verilinceye kadar hakkın etkisiz kalmasını önleyen geçici hukuki korumadır. HMK, mevcut durumdaki olası değişiklik yüzünden hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması veya tamamen imkânsızlaşması ile gecikmenin sakınca ya da ciddi zarar doğurması ihtimallerini tedbir şartı olarak düzenler. Koruma uyuşmazlık konusu üzerinde kurulur ve çekişmesiz yargı işlerinde de niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir.

Dava açılmadan önce tedbir, esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden istenir. Esas dava açılmışsa artık yalnız o davaya bakan mahkeme talebi değerlendirebilir. Talep dilekçesinde tehlikenin kaynağı, istenen tedbir türü ve esas hak açıkça gösterilmelidir. Davacı bu aşamada tam ispat yükü altında değildir; ancak davanın esası yönünden haklılığını yaklaşık olarak ispat etmelidir. Hakların derhâl korunması gerekiyorsa mahkeme karşı tarafı dinlemeden karar verebilir.

Mahkeme tehlikeyi giderecek korumayı somut olaya göre belirler. Mal veya hakkın muhafaza altına alınması, yediemine bırakılması, bir davranışın yapılması ya da yapılmaması yönünde karar verilebilir. Karar, dayandığı sebep ve delilleri, tedbirin hangi şey üzerinde nasıl uygulanacağını ve gösterilecek teminatı açıkça içermelidir. Talebin reddi gerekçeli olur ve kanun yoluna götürülebilir. Yüzüne karşı tedbir kararı verilen taraf da başvurabilir; bu inceleme öncelikle ve kesin olarak sonuçlandırılır.

Tedbir isteyen, haksız çıkması hâlinde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin uğrayabileceği zararlar için kural olarak teminat gösterir. Talep resmî belgeye veya başka kesin delile dayanıyorsa ya da koşullar gerektiriyorsa mahkeme gerekçe göstererek teminat almamaya karar verebilir. Adli yardımdan yararlanan kişi teminat göstermez. Haksız tedbirin doğurduğu zararların tazmini, esas davaya bakan mahkemede istenir ve kanunda bu talep için özel zamanaşımı süresi öngörülür.

Kararın varlığı tek başına koruma sağlamaz. Tedbir isteyen, kararın kendisine tefhim veya tebliğinden itibaren bir hafta içinde uygulanmasını talep etmelidir; aksi hâlde esas dava süresinde açılmış olsa bile

tedbir kendiliğinden kalkar. Uygulama kararı veren mahkemenin çevresindeki veya mal ya da hakkın bulunduğu yerdeki icra dairesinden istenir. Dava açılmadan önce karar verilmişse, uygulama talebinden itibaren iki hafta içinde esas dava açılmalı ve buna ilişkin belge uygulama dosyasına sunulmalıdır. Bu yükümlülük yerine getirilmezse tedbir yine kendiliğinden sona erer.

Karşı taraf dinlenmeden verilen karara, uygulama sırasında hazırsa o tarihten; hazır değilse tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde itiraz edebilir. İtiraz tedbir şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata yönelir. Menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişi de tedbiri öğrendiği tarihten itibaren bir hafta içinde şartlar ve teminat yönünden itiraz edebilir. İtiraz kural olarak uygulamayı durdurmaz; mahkeme kararı değiştirebilir veya kaldırabilir.

Tedbir, karşı tarafın kabul edilebilir teminat göstermesi ya da durum ve koşulların değişmesi nedeniyle de değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Esas karar kesinleşinceye kadar etkisini sürdürebilmesi kural olmakla birlikte mahkeme aksini belirleyebilir. Avukatın tedbir dosyasında tehlikeyi somutlaştırması kadar, uygulama talebinin bir haftalık ve esas davanın iki haftalık tamamlayıcı süresini ayrı ayrı izlemesi gerekir.

4.7.2 · İhtiyati Haciz

Para Alacağının Geçici Güvencesi Olarak İhtiyati Haciz

KISACA

İhtiyati haciz, rehinle güvence altına alınmamış para alacağını borçlunun mal, alacak ve hakları üzerinde geçici olarak korur. Vadesi gelmiş alacakta temel şart rehin bulunmamasıdır. Vadesi gelmemiş borç için ise borçlunun belirli yerleşim yerinin olmaması veya mallarını kaçırma, gizleme, kaçmaya hazırlanma ya da alacaklının haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunma tehlikesi aranır. Alacaklı, alacağı ve gerekiyorsa haciz sebebi konusunda mahkemeyi ikna edecek delil sunar ve kural olarak muhtemel zararlar için teminat gösterir. Kararın on gün içinde icra dairesinden uygulanması istenmezse haciz kalkar. Dava veya takipten önce haciz uygulanmışsa alacaklı yedi gün içinde takip başlatmalı ya da dava açmalıdır. Yoklukta verilen karara borçlu ve menfaati etkilenen üçüncü kişi kanundaki süre içinde itiraz edebilir.

İhtiyati haciz, para alacağının tahsilini güvenceye almak için borçlunun malları, alacakları ve diğer hakları üzerinde esas takip sonuçlanmadan önce geçici haciz kurulmasını sağlar. HMK, ihtiyati haciz gibi diğer geçici korumalar hakkında özel kanun hükümlerini saklı tutar; şartlar ve usul İcra ve İflas Kanununda düzenlenir. Korumanın konusu para alacağıdır ve vadesi gelmiş alacak bakımından alacağın rehinle temin edilmemiş olması gerekir.

Vadesi gelmemiş para borcunda ihtiyati haciz ancak özel tehlike hâllerinde istenebilir. Borçlunun belirli bir yerleşim yerinin bulunmaması ilk hâlidir. İkinci hâl, borçlunun yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla mallarını gizlemeye veya kaçırmaya, kendisi kaçmaya hazırlanması ya da kaçması veya bu amaçla alacaklının haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunmasıdır. Bu sebeplerle haciz konulduğunda borç yalnız borçlu bakımından muaccel olur.

Talep yetkili mahkemeye yöneltilir. Alacaklı, alacağın varlığı ve gerekiyorsa ihtiyati haciz sebebi hakkında mahkemede kanaat oluşturacak deliller sunmalıdır. Mahkeme tarafları dinleyerek veya dinlemeden karar verebilir. Ret kararı gerekçeli olur ve istinafa açıktır. Aleyhine yüzüne karşı ihtiyati haciz kararı verilen taraf da istinafa başvurabilir; bölge adliye mahkemesi incelemeyi öncelikle yapar ve kesin karar verir.

Alacaklı kural olarak, hacizde haksız çıkması yüzünden borçlu ile üçüncü kişilerin uğrayacağı zararları karşılayacak teminat gösterir. Alacak bir ilama dayanıyorsa teminat aranmaz; ilam niteliğinde belgeye dayanıyorsa mahkeme teminat gerekip gerekmediğini takdir eder. Kararda taraf bilgileri, alacağın miktarı ve dayanağı, haciz sebebi, haczedilecek şeyler ile teminat gösterilir. Borçlu da kanunda belirtilen güvenceyi sunarak haczin kaldırılmasını isteyebilir; takip başladıktan sonra bu yetki icra mahkemesine geçer.

Kararın zamanında uygulanması gerekir. Alacaklı, karar tarihinden itibaren on gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden infaz istemelidir; aksi hâlde karar kendiliğinden kalkar.

İcra memuru haczedilen şeyleri ve değerlerini tutanağa yazar. Haciz sırasında bulunmayan alacaklıya, borçluya ve gerekiyorsa üçüncü kişiye tutanak örneği üç gün içinde tebliğ edilir.

Dava açılmadan veya takip başlamadan önce haciz uygulanmışsa alacaklı, haczin tatbikinden; yokluğunda yapılmışsa tutanağın tebliğinden itibaren yedi gün içinde takip talebinde bulunmalı ya da dava açmalıdır. Takipte ödeme emrine itiraz edilmesi ve esas hükmün verilmesi gibi aşamalar için de İcra ve İflas Kanunu tamamlayıcı süreler öngörür. Bu sürelerin geçirilmesi, dava veya takipten vazgeçilmesi ya da davada haksız çıkılması ihtiyati haczi hükümsüz bırakabilir.

Borçlu dinlenmeden verilen karara, haciz huzurunda uygulanmışsa uygulamadan; aksi hâlde tutanağın tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz edebilir. İtiraz haciz sebeplerine, mahkemenin yetkisine ve teminata yöneltilebilir. Menfaati ihlal edilen üçüncü kişi de haczi öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde haciz sebepleri veya teminat bakımından itiraz edebilir. İtiraz üzerine verilen karara karşı istinaf mümkündür ve başvuru haczin icrasını durdurmaz. Avukat için bu korumada belirleyici olan, alacağın türü ile tehlike sebebini doğru kurmak ve on günlük infaz süresiyle yedi günlük tamamlayıcı süreyi birbirinden ayırmaktır.

4.7.3 · Delil Tespiti

Kaybolma veya Güçleşme Tehlikesine Karşı Delilin Önceden Tespiti

KISACA

Delil tespiti, görülmekte olan davada inceleme sırası henüz gelmemiş veya ileride açılacak davada kullanılacak delilin kaybolması ya da sunulmasının önemli ölçüde güçleşmesi tehlikesine karşı önceden işlem yapılmasını sağlar. Keşif, bilirkişi incelemesi ve tanık dinlenmesi bu yolla gerçekleştirilebilir. Talepte hukuki yarar bulunmalıdır; delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolma veya ciddi güçlük ihtimali varsa bu yarar mevcut sayılır. Dava açılmadan önce esas mahkemeden veya delille bağlantılı yer sulh hukuk mahkemesinden, dava açıldıktan sonra yalnız davaya bakan mahkemeden talep edilir. Acele durumda karşı tarafa önceden tebligat yapılmadan tespit mümkündür; sonrasında belgeler kendiliğinden tebliğ edilir ve karşı taraf bir hafta içinde itiraz edebilir. Tespit dosyası asıl dava dosyasının eki olur.

Delil tespiti, uyuşmazlığın esasını karara bağlayan ayrı bir dava değil, ileride yapılacak ispat faaliyetini koruyan geçici hukuki işlemdir. Taraf, görülmekte olan davada henüz inceleme zamanı gelmeyen veya ileride açacağı davada ileri süreceği vakıa için keşif yapılmasını, bilirkişi incelemesi gerçekleştirilmesini ya da tanık beyanının alınmasını isteyebilir. Amaç, zamanın geçmesi yüzünden delilin ortadan kalkmasını veya güvenilir biçimde kullanılmasının ciddi ölçüde güçleşmesini önlemektir.

Talep için hukuki yarar gerekir. Kanunun açıkça tespit imkânı tanıdığı hâller dışında, delilin hemen toplanmaması durumunda kaybolacağı veya sonradan ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimali varsa hukuki yarar mevcut kabul edilir. Yalnız ileride dava açılabileceğini söylemek yeterli değildir. Tespiti istenen vakıa, kullanılacak delil ve gecikmenin yaratacağı risk somut biçimde açıklanmalıdır.

Görev ve yetki, esas davanın açılıp açılmadığına göre belirlenir. Dava öncesinde talep, esas uyuşmazlığa bakacak mahkemeye yöneltilebilir. Ayrıca keşif ya da bilirkişi incelemesi yapılacak şeyin bulunduğu veya tanığın oturduğu yer sulh hukuk mahkemesi de yetkilidir. Esas dava açıldıktan sonra bütün delil tespiti taleplerine yalnız davanın görüldüğü mahkeme bakar. Dava öncesinde tespit yapan mahkemenin görev veya yetkisi, sonradan açılan esas davada tartışma konusu yapılamaz.

Talep dilekçesinde tespiti istenen vakıa, tanığa veya bilirkişiye sorulacak sorular, kaybolma ya da güçleşme endişesinin sebepleri ve aleyhine tespit istenen kişinin bilgileri gösterilir. Koşullar bu kişiyi belirlemeye izin vermiyorsa sırf bu eksiklik talebi geçersiz kılmaz. Mahkemenin belirlediği gider avansı yatırılmadan işlemlere devam edilmez. Talep kabul edildiğinde karar ve dilekçe karşı tarafa tebliğ edilir; tespitin biçimi ve zamanı ile karşı tarafın hazır bulunabileceği, itiraz ve ek sorularını bir hafta içinde sunabileceği bildirilir.

Gecikmenin hak kaybı doğuracağı acele hâllerde önceden tebligat yapılmadan tespit gerçekleştirilebilir. İşlem sonrasında dilekçe, karar, tutanak ve varsa bilirkişi raporu karşı tarafa kendiliğinden tebliğ edilir. Karşı taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde karara itiraz edebilir. Tespit hangi delille yapılacaksa, o delilin toplanmasına ilişkin genel usul hükümleri uygulanır.

Delil tespiti dosyası sonradan asıl dava dosyasının eki sayılır ve onunla birleştirilir. Taraflar tutanak ve raporlara iddia veya savunmalarını ispatlamak için dayanabilir. Tespit sonucu tek başına uyuşmazlığın esasını çözmez; mahkeme bu materyali asıl yargılamadaki diğer delillerle birlikte değerlendirir. Avukatın talebi, esas hakkında haklılığı ispatlamaktan önce, hangi delilin neden şimdi korunması gerektiğini ikna edici biçimde ortaya koymalıdır.

Tahkim Anlaşması ve Arabuluculuğun Dava Şartı Denetimindeki Yeri

KISACA
Tahkim, tarafların tahkime elverişli bir uyuşmazlığı devlet mahkemesi yerine hakem veya hakem kuruluna bırakma anlaşmasına dayanır. Taşınmaz üzerindeki ayni haklar ile taraf iradesine tabi olmayan işler tahkime elverişli değildir. Tahkim sözleşmesi yazılı olmalı ve mevcut ya da doğabilecek belirli hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığı kapsamalıdır. Aynı uyuşmazlık mahkemeye taşınırsa davalı tahkim ilk itirazını cevap dilekçesinde ileri sürmelidir; anlaşma hükümsüz, etkisiz veya uygulanamaz değilse dava usulden reddedilir. Arabuluculuğun özel kanunla dava şartı yapıldığı uyuşmazlıklarda ise HMK'nın diğer kanunlardaki dava şartlarını saklı tutan hükmü ve dava şartı eksikliğinin giderilmesine ilişkin rejimi uygulanır. Ön incelemede mahkeme dava şartlarını tahkim ilk itirazından önce değerlendirir; dava şartı arabuluculuk ile ihtiyari arabuluculuğa teşvik birbirinden ayrılmalıdır.

Tahkim ile dava şartı arabuluculuk, uyuşmazlığın devlet mahkemesi önündeki seyrini farklı noktalardan etkiler. Tahkim, tarafların uyuşmazlığı hakem veya hakem kurulunun kararına bırakmasına dayanır. Dava şartı arabuluculuk ise özel kanunun mahkemede esas incelemesine geçilmeden önce aradığı bir koşul olarak HMK'nın dava şartı sistemine girer. Biri süresinde ileri sürülmesi gereken ilk itiraz, diğeri mahkemenin kendiliğinden denetlediği dava şartıdır. Bu nedenle aynı dosyada usuli nitelikleri ve incelenme sıraları karıştırılmamalıdır.

HMK'daki iç tahkim hükümleri, yabancılık unsuru taşımayan ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen uyuşmazlıklara uygulanır. Uyuşmazlık taşınmaz üzerindeki ayni hakka ilişkinse veya konusu tarafların serbest iradesiyle tasarruf edemeyeceği bir işse hakem yargısına bırakılamaz. Tahkim sözleşmesi, tarafların sözleşmeden ya da sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlığın tamamını ya da bir kısmını hakemlere bırakma anlaşmasıdır. Ayrı sözleşme olarak kurulabileceği gibi asıl sözleşmede tahkim şartı biçiminde de yer alabilir.

Yazılı şekil çeşitli yollarla sağlanabilir. İmzalı belge, taraflar arasında gönderilen iletişim araçları veya elektronik ortam tahkim anlaşmasını ortaya koyabilir. Dava dilekçesinde yazılı tahkim sözleşmesinin varlığı ileri sürülmüş ve davalı cevapta buna itiraz etmemişse şekil şartı yine gerçekleşmiş sayılır. Tahkim şartı içeren belgeye onu asıl sözleşmenin parçası yapacak biçimde gönderme yapılması da yeterlidir. Asıl sözleşmenin geçersiz olduğu iddiası, tahkim şartını kendiliğinden geçersiz kılmaz; hakem kurulu kendi yetkisi ve tahkim sözleşmesinin varlığı hakkında karar verebilir.

Tahkim anlaşmasına rağmen mahkemede dava açılırsa davalı tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu itiraz cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir; cevap verildikten sonra cevap süresi devam etse bile sonradan eklenemez. Mahkeme, anlaşmanın geçersiz kaldığı, sonuç doğurmadığı ya da icra edilemediği sonucuna varmadıkça ilk itirazı kabul ederek esas incelemesine girmeden usulden ret kararı verir.

İtirazın mahkemede ileri sürülmesi, tahkim yargılamasının başlamasına veya sürmesine engel olmaz. Mahkemelerin tahkime yardımı ise HMK'nın açıkça izin verdiği hâllerle sınırlıdır.

Tahkim yargılamasında tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkı korunur. Emredici hükümler dışında yargılama usulünü taraflar belirleyebilir; anlaşma yoksa hakem kurulu uygun usulü seçer. Taraflar tahkim yerini ve hakem seçim usulünü kararlaştırabilir. Hakemler delilleri inceleyebilir, bilirkişi görevlendirebilir ve keşif yapabilir; gerektiğinde mahkemeden delil toplanması için yardım alınır. Hakem kararı yalnız HMK'da sayılan sebeplerle iptal davasına konu olabilir. İptal incelemesi, kararın esasını baştan görmekten çok tahkim sözleşmesi, yetki, usul, eşitlik, tahkime elverişlilik ve kamu düzeni sınırlarını denetler.

Arabuluculuk bakımından iki ayrı durum vardır. HMK, ön incelemede ve basit yargılamadaki ilk duruşmada hâkimin tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmesini öngörür. Bu teşvik, arabuluculuğun ihtiyari kullanımına ilişkindir ve tek başına dava açma koşulu yaratmaz. Buna karşılık başka bir kanun arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak düzenlemişse HMK'nın diğer kanunlardaki dava şartlarını saklı tutan hükmü devreye girer. Mahkeme bu şartı davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır; taraflar da eksikliği her zaman ileri sürebilir.

Dava şartı eksikliğinin giderilebilir olup olmadığına göre HMK'nın genel sonucu uygulanır. Eksiklik tamamlanabilir nitelikteyse mahkeme kesin süre verir; verilen sürede tamamlanmazsa dava usulden reddedilir. Eksiklik giderilemez durumdaysa doğrudan usulden ret gündeme gelir. Başlangıçta bulunan eksiklik mahkeme esasa girmeden fark edilmemiş ve hüküm anında giderilmişse, yalnız ilk andaki noksanlık nedeniyle dava reddedilemez. Arabuluculuğa başvurunun özel şartları ve belgelendirilmesi ise dava şartını kuran özel kanunun hükümlerinden belirlenir.

İnceleme sırası avukatın cevap ve dava stratejisini belirler. Mahkeme önce dava şartlarını, sonra tahkim ilk itirazını değerlendirir. Dava şartı arabuluculuk karşı tarafın susmasıyla tamamlanmış sayılmaz; tahkim itirazı ise cevap dilekçesinde ileri sürülmezse dinlenmez. Tahkim anlaşmasının kapsamı ile özel kanundaki arabuluculuk şartı dosya açılmadan önce ayrı ayrı kontrol edildiğinde, uyuşmazlığın hangi mercide ve hangi ön koşullarla görülebileceği doğru biçimde belirlenir.

5.1.1 · Dürüstlük Kuralı ve İyiniyet

İyiniyet İddiası ile Hakkın Kötüye Kullanılması Arasındaki Denetim

KISACA

Bir özel hukuk dosyasında iyiniyet ile dürüstlük kuralı aynı savunmanın iki adı değildir. İyiniyet, kanunun belirli bir sonucu kişinin bir durumu bilmemesine veya bilememesine bağladığı yerde önem taşır. Başlangıç noktası iyiniyetin varlığıdır; fakat olayın koşullarının gerektirdiği dikkat gösterilmemişse bu kabule dayanmak mümkün olmaz. Dürüstlük kuralı ise kişinin bilgisinden çok, hakkını kullanma veya borcunu ifa etme biçimini denetler. Bu nedenle önce talep edilen hukuki sonucun iyiniyete bağlanıp bağlanmadığı, ardından kişinin gerekli özeni gösterip göstermediği incelenmelidir. Ayrı bir aşamada, dayanılan hakkın kullanılış tarzının dürüst davranış ölçüsüne uyup uymadığı değerlendirilir. Hakkın biçimsel olarak mevcut olması, açık bir kötüye kullanmayı korumaya yetmez. Avukat bakımından doğru kurgu; bilgi durumuna ilişkin vakıaları, beklenen özeni ve hakkın somut kullanım biçimini birbirine karıştırmadan ortaya koymaktır.

Bir tarafın iyiniyetli olduğunu söylemesi ile hakkını dürüstçe kullandığını ileri sürmesi, farklı hukuki denetimlere karşılık gelir. Dava dilekçesinde bu ayrım kurulmadığında bilgiye ilişkin vakıalar ile davranışın kabul edilebilirliğine ilişkin vakıalar aynı başlık altında toplanır ve hangi sonucun neden istendiği belirsizleşir. Türk Medeni Kanunu, iki ölçüyü ardışık maddelerde düzenlemekle birlikte bunlara ayrı işlevler yükler.

İyiniyetin tartışılabilmesi için önce kanunun somut hukuki sonucu iyiniyete bağlamış olması gerekir. Her bilgisizlik hâli kendiliğinden koruma yaratmaz. Bir kazanımın, işlemin veya hukuki konumun korunmasında kanun iyiniyeti arıyorsa, kişinin ilgili olumsuz durumu bilip bilmediği mesele hâline gelir. Kanun, böyle bir durumda iyiniyetin varlığını başlangıç kabulü olarak benimser. Bu kabul, iyiniyete dayanan kişinin hiçbir açıklama yapmayacağı anlamına gelmez; uyuşmazlığın hangi hukuki sonuç bakımından iyiniyet gerektirdiği yine açıkça gösterilmelidir. Karşı taraf ise bilgiyi veya bilmesi gerektiğini ortaya koyan somut olgular üzerinden bu kabulü sarsabilir.

İyiniyet kabulünün sınırı, durumun gereklerine göre beklenen özendir. Kişinin gerçeği fiilen bilmediğini söylemesi tek başına yeterli değildir. Elindeki belgeler, karşılaştığı uyarılar, işlemin niteliği ve araştırma imkânı birlikte ele alındığında makul bir dikkat onu gerçeğe ulaştıracak idiyse, bilgisizlik korunan iyiniyet düzeyine çıkmaz. Bu nedenle avukatın olay anlatımı, müvekkilin zihninden geçtiği ileri sürülenlerle sınırlı kalmamalı; hangi bilginin ne zaman erişilebilir olduğu, hangi araştırmanın yapılabildiği ve neden daha fazlasının beklenemeyeceği somutlaştırılmalıdır. Aksi yöndeki iddia da aynı şekilde, soyut bir “bilmeliydi” cümlesi yerine ihmal edilen bilgi kaynağına dayanmalıdır.

Dürüstlük kuralında odak değişir. Burada herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken uyması gereken nesnel davranış standardı söz konusudur. Bir hakkın doğmuş bulunması veya bir borcun şeklen yerine getirilmesi, davranışın her durumda korunacağı sonucunu vermez. Hakkın

kullanılış zamanı, amacı, karşı tarafta yaratılan güven ve önceki davranışlarla olan tutarlılığı, somut olayın değerlendirme malzemesini oluşturabilir. Kanunun açıkça kötüye kullanılan hakkı korumaması, mevcut bir hakkı ortadan kaldırmaktan ziyade o somut kullanım biçimine hukuki himaye tanımamasıdır.

Bu iki kurum aynı olayda ayrı ayrı sonuç doğurabilir. Kişi bir eksikliği bilmiyor ve gerekli dikkati göstermiş olsa bile, sonradan elde ettiği yetkiyi karşı tarafa zarar vermek üzere dürüstlükle bağdaşmayan biçimde kullanabilir. Tersinden, davranışında kötüye kullanım bulunmayan bir kişi, kanunun iyiniyet aradığı kazanım bakımından gerekli araştırmayı yapmadığı için korumadan yararlanamayabilir. Bu ihtimaller, iyiniyetin dürüstlük kuralının özel görünümü olmadığını gösterir.

Uyuşmazlığın avukat tarafından kurulmasında üç basamak yararlıdır. Önce istenen sonucun hangi norm nedeniyle iyiniyete bağlı olduğu belirlenir. Sonra bilgi ve özen vakıaları kronolojik biçimde ayrıştırılır. En son, hak kullanımının veya borcun ifasının nesnel davranış ölçüsüne uygunluğu tartışılır. Böyle bir sıra, karşı tarafın hangi olguyu çürütmesi gerektiğini de görünür kılar. Sonuçta iyiniyet kişiyi belirli bir bilgisizliğin olumsuz etkisinden koruyabilir; dürüstlük kuralı ise bir hukuki yetkinin kullanılabileceği sınırı çizer. Aynı dosyada yan yana bulunmaları, aralarındaki işlev farkını ortadan kaldırmaz.

5.1.2 · Hâkimin Takdir Yetkisi

Takdir Alanının Hukuk ve Hakkaniyetle Sınırlandırılması

KISACA

Hâkimin takdir yetkisi, sonucu kişisel tercihle belirleme serbestisi değildir. Kanun bir konuda karar vermeyi hâkime bırakmış veya somut olayın gereğini değerlendirmesi için koşulları açık uçlu düzenlemişse, karar hukuk ve hakkaniyet ölçüleri içinde kurulmalıdır. Avukat açısından mesele, yalnızca "takdir mahkemenindir" demekle kapanmaz. Takdirin kullanılmasını sağlayan kanuni dayanak, değerlendirmeye alınması gereken olaylar ve istenen sonucun neden hakkaniyetli olduğu ayrı ayrı gösterilmelidir. Karşı görüş de hâkimin takdir yetkisine sahip olmadığını ya da sahip olsa bile ilgili vakıanın ölçüsüz değerlendirildiğini ortaya koyabilir. Böylece takdir, kanun hükmünün dışına çıkan bir boş alan değil; hükmün somutlaştırılması sırasında gerekçeyle denetlenebilen bir karar alanıdır. Dosyadaki taleplerin bu çerçevede kurulması, takdir yetkisi ile kanunda kural bulunmadığında başvurulan hukuk yaratma faaliyetinin karıştırılmasını da önler.

Takdir yetkisine dayanan bir talepte ilk yapılması gereken, kanunun hâkime seçim veya değerlendirme alanı bıraktığı hükmü saptamaktır. Her belirsizlik takdir yetkisi doğurmaz; bazen mesele bir kanun hükmünün yorumlanması, bazen de uygulanabilir bir hüküm bulunmaması olabilir. Türk Medeni Kanunu'nun hâkime takdir yetkisi tanınan veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emreden hâllere ilişkin kuralı, açıkça bırakılmış bir karar alanını konu edinir.

Bu alan sınırsız değildir. Hâkim kararını hukuka ve hakkaniyete göre verir. Hukuka uygunluk, takdirin kanuni düzenlemenin amacı, sistem içindeki yeri ve ilgili hakların sınırları içinde kullanılmasını gerektirir. Hakkaniyet ise soyut bir merhamet düşüncesi değil, somut olayın özellikleri arasında adil bir denge kurulmasıdır. Tarafların durumları, davranışları, korunmaya değer menfaatleri ve kararın doğuracağı sonuçlar bu değerlendirmenin parçası olabilir; ancak dosyada bulunmayan olgularla veya hükmün amacıyla ilgisiz kişisel kabullerle sonuç kurulamaz.

Avukatın rolü, takdir yetkisinin varlığını hatırlatmakla sınırlı değildir. Dilekçede önce ilgili hükmün hangi ifadeyle hâkime alan bıraktığı gösterilmeli, sonra bu alanda önem taşıyan vakıalar delilleriyle ilişkilendirilmelidir. İstenen sonucun neden hukuk düzeninin amacıyla bağdaştığı ve karşıt menfaatleri neden ölçüsüz biçimde zedelemediği açıklanmalıdır. Karşı taraf bakımından ise tartışma, takdirin yerindeliğine ilişkin genel bir hoşnutsuzluk yerine; hesaba katılmayan önemli olgu, ilgisiz ölçüt, çelişkili gerekçe veya kanuni sınırın aşılması üzerinde kurulmalıdır.

Takdir yetkisi ile kanun boşluğunun doldurulması aynı değildir. Birincisinde uygulanacak hüküm vardır ve hüküm, somutlaştırmayı hâkime bırakır. İkincisinde uygulanabilir kanun hükmü ve örf ve âdet kuralı bulunmadığı için hâkim, kanun koyucu gibi kural kurmak zorunda kalır. Bu fark, tarafların sunacağı hukuki gerekçeyi de değiştirir. Takdir dosyasında odak, mevcut normun tanıdığı alan ve somut olay ölçüleridir.

Sonuç olarak takdir yetkisi, keyfîliğin adı değil, kanunun öngördüğü esnekliğin gerekçeli kullanımıdır. Kararın denetlenebilir olması, hangi vakıanın hangi hukuk veya hakkaniyet ölçüsüyle sonuca bağlandığının anlaşılmasına bağlıdır. Avukat düzeyinde güçlü yaklaşım, talebi bu bağlantıları görünür kılacak şekilde kurmak ve takdir alanını kanuni dayanağından koparmamaktır.

5.1.3 · İspat Yükü

Vakıanın İspatsız Kalma Riskinin Taraflar Arasında Dağılımı

KISACA

İspat yükü, delil sunma faaliyetinden önce, çekişmeli bir vakıa kanıtlanamazsa olumsuz sonuca kimin katlanacağını belirler. Kanunda özel bir düzenleme yoksa, hakkı için bir vakıadan sonuç çıkaran taraf o vakıayı ispatla yükümlüdür. Bu nedenle talep veya savunmanın dayandığı her olgu bakımından kimin lehine hukuki sonuç doğduğu saptanmalıdır. Resmî sicil ve senetler ise belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur; fakat içeriklerinin doğru olmadığının ispatlanması, kanunun başka bir hükmü engel koymadıkça mümkündür. Avukatın dosya çalışmasında iddia listesini hukuki sonuçlarla eşleştirmesi, ispat riskini görünür hâle getirir. Bir belgenin resmî niteliği karşısında sadece inkârla yetinmek yerine, kaydın neden gerçeği yansıtmadığını gösterecek vakıa ve deliller kurulmalıdır. Böylece ispat yükü, davayı kimin açtığına göre otomatik dağıtılan bir görev değil, her çekişmeli olgunun doğurduğu sonuç üzerinden belirlenen bir risk kuralı olarak uygulanır.

Bir davada deliller toplandıktan sonra bazı vakıalar hâlâ belirsiz kalabilir. İspat yükü kuralı, mahkemenin bu belirsizlik nedeniyle karar veremez durumda kalmasını önler; kanıtlanamayan olgunun olumsuz sonucunu taraflardan birine yükler. Türk Medeni Kanunu, aksine özel bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her birinin hakkını dayandırdığı olguları ispat etmesi gerektiğini kabul eder.

Bu kuralı uygularken davacı ile davalı şeklindeki biçimsel ayrım yeterli değildir. Davalı, savunmasında kendisi lehine yeni bir hukuki sonuç doğuran vakıaya dayanabilir ve o vakıa bakımından ispat yükünü taşıyabilir. Aynı dosyada farklı olguların ispat riski farklı taraflara düşebilir. Bu yüzden önce uygulanacak maddi hukuk kuralının koşulları çıkarılmalı, ardından her koşulun gerçekleşmesinden hangi tarafın yarar sağladığı belirlenmelidir. İspat yükü, bu çözümlemenin sonunda dağıtılır.

Kanunun “aksine hüküm” saklı tutması önemlidir. Özel düzenlemeler, karineler veya belirli bir olgunun ispatına ilişkin ayrı kurallar genel dağılımı değiştirebilir. İyiniyetin asıl kabul edilmesi buna örnek bir başlangıç noktası yaratır: iyiniyetsizliği ileri süren taraf, bu iddiasını desteklemek durumunda kalır. Avukat bu nedenle yalnız genel maddeye bakmamalı, uyuşmazlığın tabi olduğu özel düzenlemenin ispat riskini değiştirip değiştirmediğini de denetlemelidir.

Resmî sicil ve senetlerin kanıt değeri ayrı bir ağırlık taşır. Bu kayıt ve belgeler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bununla birlikte kanun, resmî kaydı mutlak ve çürütülemez gerçek saymaz. İçeriğin doğru olmadığının ispatı, başka bir kanun hükmü özel bir sınırlama getirmediği sürece mümkündür. Dolayısıyla resmî belgenin varlığı tartışmayı sona erdirmek yerine, ona karşı çıkan tarafın nasıl bir karşı ispat kurması gerektiğini belirler.

Dilekçe hazırlanırken her talep sonucu için bir vakıa çizelgesi zihinsel olarak kurulabilir: hukuki sonucun şartı nedir, bu şartı kim ileri sürüyor, karşı taraf hangi özel kurala veya belgeye dayanıyor, olgu ispatlanamazsa kim kaybeder? Böyle bir çözümleme, ilgisiz delil yığılmasını önlediği gibi eksik bırakılan

belirleyici vakıayı da erkenden ortaya çıkarır. Resmî sicile karşı çıkılıyorsa kaydın yanlışlığını doğuran olay, yalnızca kaydın sonucuna itiraz etmekten ayrılmalıdır.

İspat yükü, mahkemeyi belirli bir delili kabul etmeye zorlayan bir delil değerlendirme ölçüsü değildir. İşlevi, yeterli kanaat oluşmadığında sonucun hangi taraf aleyhine kurulacağını göstermektir. Bu nedenle avukat bakımından mesele “delilimiz var” cümlesinden daha geniştir; delilin hangi çekişmeli vakıayı kanıtladığı ve o vakıanın hukuki sonuç bakımından kimin risk alanında bulunduğu açıkça bağlanmalıdır.

5.1.4 · Kanunun Uygulanması ve Yorumu

Uygulanacak Kuralın Bulunmasından Kanun Boşluğunun Doldurulmasına

KISACA

Medeni hukuk uyuşmazlığında yöntem, metinde benzer kelimeyi bulup sonucu doğrudan çıkarmaktan ibaret değildir. Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır; bu nedenle hükmün lafzı ile düzenleme amacı birlikte değerlendirilir. Uygulanabilir bir kanun hükmü yoksa örf ve âdet hukuku araştırılır. Orada da kural bulunamazsa hâkim, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir genel kural öngörecek idiyse ona göre karar verir; bunu yaparken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır. Ayrıca Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri, uygun düştükleri ölçüde özel hukuk ilişkilerinin tamamında işlev görebilir. Avukatın hukuki nitelendirmesi bu sırayı korumalıdır: önce doğrudan uygulanabilir norm ve kapsamı, sonra gerçek boşluk, ardından tamamlayıcı kaynaklar. Bir hükmün istenen sonucu vermemesi boşluk sayılmaz; açık düzenlemeyi hakkaniyet düşüncesiyle aşmak da yorum veya boşluk doldurma değildir.

Bir özel hukuk talebinin sağlamlığı, yalnız dayanak madde göstermeye değil, o maddenin uyuşmazlığa hangi yöntemle uygulandığını açıklamaya bağlıdır. Türk Medeni Kanunu, kanunun sözüyle ve özüyle temas ettiği bütün meselelerde uygulanacağını bildirir. Bu ifade, hükmün kelimelerini başlangıç noktası yaparken düzenlemenin anlamını ve amacını da uygulamanın parçası hâline getirir. Metnin mümkün anlamları arasında seçim yapılırken hükmün sistemdeki yeri ve koruduğu menfaat dikkate alınır; fakat yorum adı altında metnin taşıyamayacağı yeni bir kural kurulamaz.

İlk basamak, uyuşmazlığı kapsayan kanun hükmünü bulmaktır. Hüküm açık bir çözüm getiriyorsa tarafın bu çözümü elverişsiz bulması, kanunda boşluk bulunduğu anlamına gelmez. Aynı biçimde düzenlemenin bilinçli olarak kapsam dışında bıraktığı bir alanı eksiklik saymak mümkün değildir. Gerçek boşluktan söz edebilmek için hukuk düzeninin çözüm gerektiren meseleyi düzenlemesi beklenirken uygulanabilir bir kanun kuralının bulunmaması gerekir. Avukatın boşluk iddiası bu nedenle önce mevcut hükümlerin neden doğrudan veya kıyasen çözüm sağlamadığını göstermelidir.

Kanunda uygulanabilir hüküm bulunmadığında örf ve âdet hukukuna gidilir. Burada gündelik alışkanlık veya belirli çevrenin pratik tercihi tek başına hukuk kuralı oluşturmaz; hukuk düzeninde bağlayıcı kabul edilen yerleşik bir davranış çizgisi aranır. Örf ve âdet kuralı da yoksa hâkim uyuşmazlığı çözümsüz bırakamaz. Kanun koyucu gibi hareket ederek, yalnız mevcut taraflara özgü geçici bir uzlaşma değil, benzer olaylara da uygulanabilecek nitelikte bir kural kurar. Bu faaliyet, hâkimin kişisel adalet anlayışına sınırsız alan açmaz; hukuk sisteminin değerleri ve tutarlılığı içinde yürütülür.

Bilimsel görüşler ve yargı kararları bu süreçte yararlanılan kaynaklardır. Bunlar kanun ve örf ve âdet hukukuyla aynı sırada doğrudan bağlayıcı kaynak olarak sayılmamıştır. İşlevleri, hükmün anlamını, sistemdeki bağlantıları ve boşluğun nasıl doldurulabileceğini gerekçelendirmeye yardım etmektir. Dilekçede bir kararın yalnız sonucunu aktarmak yerine, onun benzer olay için geliştirdiği hukuki ölçünün

somut vakıaya neden uyduğu açıklanmalıdır. Bilimsel görüş bakımından da otorite adı, kurulan hukuki bağlantının yerini tutmaz.

Medeni Kanun, kendisinin ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin uygun düştükleri ölçüde bütün özel hukuk ilişkilerine uygulanacağını ayrıca belirtir. Bu bağlantı, kişiler, aile, miras veya eşya hukukunda özel hükmün bulunmadığı her olayda genel hükmün otomatik uygulanması demek değildir. “Uygun düştüğü ölçüde” kaydı, özel düzenlemenin yapısının, amacının ve kendine özgü sonuçlarının gözetilmesini gerektirir. Özel hüküm varsa öncelikle o hüküm esas alınır; genel hüküm, özel sistemle bağdaşabildiği alanda tamamlayıcı rol üstlenir.

Avukatın izleyeceği yöntem böylece aşamalıdır. Önce vakıaların hukuki niteliği belirlenir ve sözüyle özüyle olaya değen hükümler araştırılır. Sonra mevcut düzenlemenin gerçekten cevap vermediği nokta varsa bunun bilinçli tercih mi, yorumla çözülebilir belirsizlik mi, yoksa gerçek boşluk mu olduğu ayrılır. Ancak gerçek boşlukta örf ve âdet hukukuna, onun yokluğunda hâkimin kural kurmasına geçilir. Genel hükümlerin özel ilişkiye taşınmasında ise uygunluk ayrıca gerekçelendirilir. Bu sıra, istenen sonuca ulaşmak için kaynaklar arasında serbestçe dolaşmayı değil, hukuki çözümün denetlenebilir biçimde kurulmasını sağlar.

5.2.1 · Gerçek Kişiler

Kişiliğin Zaman Sınırı, Hısımlık Bağları ve Kişisel Durumun Belirlenmesi

KISACA
Gerçek kişi bakımından hukuki inceleme, insanın haklara ehil olmasından kişiliğin sona ermesine kadar uzanan bir zaman çizgisini izler. Her insan hukuk düzeninin sınırları içinde hak ve borçlara ehildir. Kişilik, çocuğun sağ ve tam doğumuyla başlar; çocuk sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetinden yararlanır ve ölümle sona erer. Birden fazla kişinin hangisinin önce öldüğü kanıtlanamazsa aynı anda ölmüş sayılmaları, özellikle miras geçişini etkiler. Ölümün güçlü olasılık içinde görülmesine rağmen cesedin bulunamaması ölüm karinesi veya gaiplik süreçlerini gündeme getirebilir. Kan ve kayın hısımlığı ile evlat edinme bağı, aile ve miras sonuçlarının kişisel bağlantılarını kurar. Kişisel durum sicili ise doğum, ölüm ve benzeri statü olaylarının resmî görünümünü sağlar. Avukat, talebin dayandığı kişilik olayını, bunun ispat yolunu ve sicilde düzeltme için mahkeme kararının gerekip gerekmediğini birbirinden ayırmalıdır.

Gerçek kişiye ilişkin bir uyuşmazlıkta önce hangi statü olayının hukuki sonuç doğurduğu belirlenmelidir. Hak ehliyeti bakımından temel kabul, her insanın hukuk düzeninin sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmasıdır. Bu eşitlik, herkesin aynı hakları fiilen kullanabildiği anlamına gelmez; hak sahibi olabilme ile kendi işlemleriyle sonuç doğurabilme farklı konulardır. Gerçek kişiler başlığında ilk eksen, kişiliğin ne zaman başlayıp bittiğidir.

Kişilik sağ ve tam doğumla başlar. Bununla birlikte çocuk, sağ doğması koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak hak ehliyetinden yararlanır. Bu koşullu koruma, özellikle doğumdan önce gerçekleşen miras veya kazandırmalar bakımından önem taşır. Sağ doğum gerçekleşmezse koşula bağlı sonuç kesinleşmez. Dilekçede doğum öncesi bir kazanım ileri sürülüyorsa hem ilgili olayın zamanı hem de sağ doğum koşulu açıkça kurulmalıdır.

Kişilik ölümle sona erer. Ölümün ve doğumun ispatı nüfus sicilindeki kayıtlarla yapılır; kayıt bulunmaz veya yanlış olduğu ileri sürülürse her türlü kanıt kullanılabilir. Bir hakkın kullanılabilmesi için bir kişinin sağ veya ölü olduğunu ya da belirli zamanda yaşadığını ileri süren kimse iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Birden çok kişinin ölüm sırası belirlenemiyorsa hepsi aynı anda ölmüş sayılır. Bu kural, kişilerin birbirine mirasçı olup olamayacağı gibi ardışık geçiş meselelerinde belirleyicidir ve sırf yaş ya da sağlık durumundan varsayımsal bir ölüm sırası kurulmasını engeller.

Cesedin bulunmadığı olaylarda iki ayrı yol karıştırılmamalıdır. Ölümü kesin gözüyle bakılmayı gerektiren koşullar içinde kaybolan kişi, cesedi bulunmasa da gerçekten ölmüş sayılır ve ilgili yerin mülkî amirinin emriyle ölüm kaydı düşülebilir. Buna karşılık ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya uzun süre haber alınamama hâlinde gaiplik, hakları ölüme bağlı kişilerin başvurusu üzerine mahkeme kararı gerektirir. Başvuru süreleri olayın niteliğine göre değişir; ilanla bilgisi bulunanlar çağrılır ve ilan süresi en az altı aydır. Gaiplik kararı verilirse ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden

başlayarak sonuç doğurur. Avukatın hangi kurumun şartlarını ileri sürdüğünü ve yetkili mahkemeyi olay verileriyle göstermesi gerekir.

Hısımlık da kişinin statüsüne bağlanan sonuçların yönünü belirler. Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy; ortak kökten gelip biri diğerinden gelmeyenler arasında yansoy hısımlığı vardır. Derece, kişileri birbirine bağlayan doğum sayısıyla hesaplanır. Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları aynı tür ve dereceden kayın hısımıdır; evlilik sona erse bile kayın hısımlığı ortadan kalkmaz. Evlat edinme ise evlatlık ile evlat edinen ve onun altsoyu arasında ayrı bir hısımlık bağlantısı kurar.

Kişisel durum sicili, kişinin statüsüne ilişkin olayları kamu düzeni içinde görünür kılar. Sicil devletçe tutulur ve bu faaliyetten doğan zararlarda devletin sorumluluğu gündeme gelebilir. Kişisel durum kayıtları kural olarak ancak mahkeme kararıyla düzeltilebilir; maddi yanlışlıkların dayanak belgeye göre idarece düzeltilmesi saklıdır. Cinsiyet değişikliği gibi kanunun özel koşullara bağladığı durumlarda izin ve sonrasında sicil düzeltmesi için ayrı yargısal aşamalar bulunur. Dosya kurulurken maddi yazım yanlışlığı, statüyü değiştiren olay ve çekişmeli hak iddiası ayrılmalı; istenen sicil işlemi için doğru hukuki yol seçilmelidir.

5.2.2 · Hak ve Fiil Ehliyeti

İşlemin Geçerliliğinde Yaş, Ayırt Etme Gücü ve Kısıtlılık Denetimi

KISACA

Hak ehliyeti kişinin hak ve borç sahibi olabilmesini, fiil ehliyeti ise kendi davranışlarıyla hak edinip borç altına girebilmesini anlatır. Fiil ehliyetinin temel koşulları erginlik, ayırt etme gücü ve kısıtlı olmamaktır. On sekiz yaşın doldurulmasıyla veya evlenmeyle erginlik kazanılır; belirli şartlarda mahkeme kararıyla ergin kılınma da mümkündür. Ayırt etme gücü, kişinin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk veya benzeri sebeplerle makul davranma yeteneğinden yoksun olmamasıdır. Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin işlemleri, kanundaki istisnalar dışında hukuki sonuç doğurmaz. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar ise yasal temsilci rızası olmadan kendi işlemleriyle borç altına giremez; karşılıksız kazanmalar ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ayrık tutulur. Avukat, ehliyeti genel bir etiket olarak değil, işlemin yapıldığı an, işlemin türü, temsilci rızası ve kanuni istisna üzerinden incelemelidir.

Bir hukuki işlemin tarafı gerçek kişi olduğunda, ilk sorun onun hak sahibi olup olamayacağı değil, yaptığı işlemle kendi hukuk alanında sonuç doğurup doğuramayacağıdır. Her insan hak ehliyetine sahiptir. Fiil ehliyeti ise kişinin kendi fiilleriyle hak edinmesine ve borç altına girmesine imkân verir; bunun için ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı bulunmamak gerekir. Bu koşullar birlikte değerlendirilmeden "ehliyetli" veya "ehliyetsiz" biçiminde tek kelimelik sonuç kurulamaz.

Erginlik kural olarak on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar. Ayrıca on beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla, menfaatinin gerektirdiği durumda mahkemece ergin kılınabilir. Erginlik yaşa bağlı nesnel bir eşik sağlasa da fiil ehliyeti için tek başına yeterli değildir; ayırt etme gücü yoksa ergin kişi de tam fiil ehliyetine sahip sayılmaz. Kısıtlama kararı da ergin kişinin işlem alanını yasal temsil ve izin kurallarına bağlayabilir.

Ayırt etme gücü, somut işlem anında makul biçimde davranabilme yeteneğidir. Kanun yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve bunlara benzer nedenleri bu yeteneği ortadan kaldırabilecek durumlar arasında sayar. Teşhis veya genel yaşam becerisi tek başına bütün işlemler için değişmez bir sonuç vermez; uyuşmazlık konusu işlemin niteliği, karmaşıklığı ve yapıldığı andaki durum önem taşır. İddia, işlem tarihindeki irade ve değerlendirme yeteneğini gösteren vakıalara bağlanmalıdır.

Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin fiilleri, kanunun öngördüğü ayrık hâller dışında hukuki sonuç doğurmaz. Bu sonuç, yasal temsilci izniyle geçerli hâle gelen eksik bir işlemden farklıdır; çünkü temel irade yeteneği yoktur. Buna karşılık ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı, yasal temsilcisinin rızası olmadıkça kendi işlemiyle borç altına giremez. Rıza önceden izin şeklinde veya sonradan onama yoluyla ortaya çıkabilir. Karşılıksız kazanmalar ile kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması için bu rıza aranmaz. Ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayrımı, her kişisel tercihin temsil dışı olduğu şeklinde genişletilemez.

Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludur. Kendilerine meslek veya sanat yürütmeleri için izin verilmişse bu faaliyetle ilgili işlemleri yapabilir ve malvarlıklarını bu borçlarla sorumlu tutabilirler. Yasal temsilci tarafından serbest bırakılan mallar bakımından da kanunun tanıdığı yönetim ve yararlanma alanı dikkate alınır. Bazı önemli işlemler ise vesayet makamının veya ayrıca denetim makamının iznine bağlıdır; kefalet, vakıf kurma ve önemli bağış gibi işlemler yasal temsil yoluyla dahi yapılamaz.

Avukatın incelemesi dört soruyla kurulabilir: işlem tarihinde kişinin yaşı ve kısıtlılık durumu nedir, somut işlem yönünden ayırt etme gücü var mıdır, işlem borçlandırıcı mı yoksa karşılıksız kazandırıcı veya kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak kullanımı mıdır, gerekli temsilci ya da makam rızası alınmış mıdır? Bu sıra, ehliyet itirazını salt sağlık kaydına veya yaş bilgisine indirgemeden işlemin hukuki sonucuna bağlar.

5.2.3 · Kişiliğin Korunması

Kişilik Değerine Müdahalede Hukuka Uygunluk ve Talep Seçimi

KISACA
Kişiliğin korunması iki yönde işler. Kişi, hak ve fiil ehliyetinden vazgeçemediği gibi özgürlüklerini hukuka veya ahlâka aykırı biçimde sınırlayamaz; böylece kendi işlemleriyle kişilik alanını ölçüsüz bağlamasına sınır konur. Dışarıdan gelen saldırıda ise rıza, üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetki bulunmadıkça müdahale hukuka aykırıdır. Koruma yolları müdahalenin aşamasına göre seçilir: beklenen saldırının önlenmesi, süren saldırının durdurulması ve etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti istenebilir. Düzeltme veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ve yayımlanması da talebe bağlanabilir. Maddi ve manevi tazminat ile saldırıdan elde edilen kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre istenmesi saklıdır. Avukat, korunan kişilik değerini, saldırı oluşturan fiili, hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığını ve seçilen talebin güncel işlevini ayrı ayrı ortaya koymalıdır.

Kişilik hakkı uyuşmazlığında “kişilik değerim ihlal edildi” ifadesi başlangıçtır; hukuki talebi kurmak için korunan değerin, müdahalenin ve istenen giderimin somutlaştırılması gerekir. Türk Medeni Kanunu kişiyi hem kendi iradesiyle kurabileceği aşırı bağlara hem de başkalarının hukuka aykırı saldırılarına karşı korur. Bu iki yön farklı vakıa ve sonuçlara dayanır.

Kişi, hak ehliyetinden ve fiil ehliyetinden vazgeçemez. Özgürlüklerinden de vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı biçimde sınırlayamaz. Bu hüküm, kişinin her sözleşmesel sınırlamadan kurtulabileceği anlamına gelmez; hukuk düzeni içinde üstlenilen borçlar doğal olarak davranış alanını sınırlar. Yasaklanan, kişilik alanını ortadan kaldıran veya kişinin gelecekteki özgürlüğünü kabul edilemez ölçüde bağlayan düzenlemelerdir. İncelemede sözleşmenin süresi, kapsamı, fesih imkânı ve kişinin temel karar alanı üzerindeki etkisi birlikte ele alınmalıdır.

Dış saldırıda ilk adım, hangi kişilik değerinin etkilendiğini belirlemektir. Yaşam, beden bütünlüğü, ad, şeref, özel hayat veya ekonomik kişilik gibi değerler olayın niteliğine göre gündeme gelebilir. Sonra saldırı sayılan davranış, zamanı, yayılma alanı ve devam eden etkileri gösterilir. Müdahalenin bulunması tek başına hukuka aykırılık sonucuna götürmez. Kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası, daha üstün nitelikte özel yarar, üstün kamusal yarar veya kanunun verdiği yetkinin kullanılması müdahaleyi hukuka uygun kılabilir. Rızanın kapsamı aşıldığında ise aşan kısım bakımından hukuka uygunluk savunması işlemez.

Talep, saldırının zamansal durumuna göre seçilmelidir. Saldırı henüz gerçekleşmemiş fakat ciddi biçimde bekleniyorsa önleme davası; başlamış ve sürüyorsa durdurma davası; sona ermiş olmasına rağmen etkileri devam ediyorsa hukuka aykırılığın tespiti istenebilir. Tespit talebinin geçmişte kalmış her olay için soyut bir açıklama aracı olmadığı, etkilerin sürmesi şartına bağlandığı unutulmamalıdır.

Davacı ayrıca düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesini ya da yayımlanmasını isteyebilir. Bu ek istemler, ihlalin ulaştığı çevre ve giderim ihtiyacıyla bağlantılı kurulmalıdır.

Kişilik hakkına saldırı nedeniyle maddi ve manevi tazminat talepleri saklıdır. Saldırıyı gerçekleştirenin elde ettiği kazancın, vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca istenmesi de mümkündür. Böylece amaç yalnız saldırıyı kesmek değil, malvarlığı zararını, manevi etkiyi veya ihlalden doğan haksız kazancı uygun hukuki araçla ele almaktır. Aynı olayda birden fazla talep ileri sürülebilir; ancak her birinin koşulları ve işlevi ayrıdır.

Yetki bakımından davacı, kişilik hakkının korunması davasını kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde açabilir. Bu seçim imkânı, tazminat veya diğer taleplerin usulî niteliğine ilişkin ayrıca yapılması gereken değerlendirmeleri ortadan kaldırmaz. Dilekçe kurgusunda önce korunan değer ve saldırı, sonra muhtemel hukuka uygunluk sebeplerine cevap, ardından saldırının bugünkü aşamasına uygun asli ve ek talepler sıralanmalıdır. Böylece kişilik hakkı, tek bir soyut kavram olarak değil, müdahalenin niteliğine göre farklı koruma sonuçları doğuran bir hak alanı olarak ele alınır.

5.2.4 · Ad ve Yerleşim Yeri

Ad Üzerindeki Hakkın Korunması ve Hukuki Merkezin Tespiti

KISACA

Ad ile yerleşim yeri, kişiyi hukuk düzeninde belirlenebilir kılan fakat farklı sonuçlara hizmet eden kurumlardır. Adın değiştirilmesi haklı sebeple hâkimden istenir; değişiklik nüfus siciline kaydedilip ilan edilir ve bundan zarar gören kişi, öğrenmeden başlayarak bir yıl içinde kaldırma davası açabilir. Adı çekişmeli olan kişi hakkının tespitini, adı haksız kullanılan kişi ise kullanımın sona erdirilmesini isteyebilir; kusur varsa maddi ve manevi tazminat da gündeme gelir. Yerleşim yeri ise sürekli kalma niyetiyle oturulan yerdir ve kural olarak aynı anda birden fazla olamaz. Önceki yerleşim yeri yenisi edinilene kadar sürer. Çocukların ve vesayet altındakilerin kanuni yerleşim yeri ayrıca belirlenmiştir; kurumda bulunma veya öğrenim görme tek başına yerleşim yeri yaratmaz. Avukat, fiilî bulunma yerini, tebligat adresini ve yerleşim yerini özdeş saymamalı; ad müdahalesinde de tespit, men ve tazminat koşullarını ayrı kurmalıdır.

Ad üzerindeki uyuşmazlık ile yerleşim yeri tartışması, kişiye ilişkin görünmekle birlikte aynı hukuki soruyu çözmez. Ad kişisel kimliğin korunmasına, yerleşim yeri ise kişinin hukuk ilişkilerindeki sürekli merkezinin belirlenmesine hizmet eder. Dava kurulurken talebin hangi kuruma dayandığı ve o kurumun kendine özgü koşulları açık tutulmalıdır.

Adın değiştirilmesi ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Haklı sebep değerlendirmesi, kişinin adıyla yaşadığı somut güçlükleri ve değişikliğin başkalarının menfaatleri üzerindeki etkisini kapsar. Değişiklik kararı nüfus siciline kaydedilir ve ilan olunur. Adın değişmesi kişisel durumu değiştirmez; önceki adla kurulmuş hak ve borçlar devam eder. Değişiklikten zarar gören kişi, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde kararın kaldırılmasını dava edebilir. Bu süre ve zarar bağlantısı, değişiklik davasına sonradan yönelen itirazın kurulmasında önemlidir.

Ad üzerindeki hakkın çekişmeli olması hâlinde kişi hakkının tespitini isteyebilir. Başkasının adını haksız biçimde kullanması durumunda ise saldırının sona erdirilmesi talep edilir. Kullanıcının kusurlu olması, zararın giderilmesi ve niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat istemi için ayrıca önem taşır. Bu talepler birbirinin yerine geçmez: adın kime ait olduğunun belirsizliği tespit, başkası tarafından süren kullanım men, doğan zarar ise tazminat ekseninde ele alınır. İzin, ortak ad kullanımı veya kullanımın hukuki dayanağı varsa haksızlık değerlendirmesi buna göre yapılır.

Yerleşim yeri, kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Fiilî oturma ile kalıcılık iradesi birlikte aranır. Geçici görev, tedavi, öğrenim, tatil veya başka bir amaçla bir yerde bulunmak, sırf uzun sürmüş olması nedeniyle her zaman yerleşim yeri oluşturmaz. Kanun, bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yerine sahip olamayacağını kabul eder; ticari ve sınai kuruluşlar için özel düzenlemeler saklıdır. Yeni bir yerleşim yeri edinilinceye kadar önceki yerleşim yeri devam eder. Önceki yerleşim yeri belli değilse

veya yabancı ülkedeki yerleşim yeri bırakılmış fakat Türkiye'de henüz yenisi edinilmemişse, hâlen oturulan yer yerleşim yeri sayılır.

Kanuni yerleşim yeri kuralları, fiilî ve iradî ölçünün yerine geçebilir. Velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri ana ve babanın, ortak yerleşim yeri yoksa kendisine bırakıldığı ebeveynin yerleşim yeridir; diğer hâllerde çocuğun oturma yeri esas alınır. Vesayet altındaki kişinin yerleşim yeri bağlı olduğu vesayet makamının bulunduğu yerdir. Bir öğretim kurumuna devam etmek veya eğitim, sağlık, bakım ya da ceza kurumunda bulunmak yeni yerleşim yeri edinme sonucu doğurmaz.

Avukat bakımından yerleşim yeri iddiası, yalnız adres kayıt belgesine bırakılmamalıdır. Oturmanın sürekliliğini ve kalma niyetini gösteren yaşam merkezi olguları değerlendirilirken kanuni yerleşim yeri ihtimali de denetlenmelidir. Ad uyuşmazlığında ise haklı sebep, haksız kullanım, kusur, zarar ve süre ayrı koşullar olarak ele alınmalıdır. Böylece kişinin kimliğini belirleyen ad ile hukuki merkezini belirleyen yerleşim yeri, sonuçları karıştırılmadan uygulanır.

5.2.5 · Tüzel Kişiler

Tüzel Kişiliğin Kuruluş Belgesinden Organ Sorumluluğuna Kadar Yaşam Döngüsü

KISACA
Tüzel kişilik, belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere örgütlenmiş kişi topluluğu veya bağımsız mal topluluğunun, özel hükümler uyarınca hukuk öznesi hâline gelmesiyle doğar. Hukuka veya ahlâka aykırı amaç için kişi ya da mal topluluğu tüzel kişilik kazanamaz. Tüzel kişi, insana özgü niteliklere bağlı haklar dışında hak ve borçlara ehildir; fiil ehliyetini kanuna ve kuruluş belgesine göre gerekli organlara sahip olunca kullanır. Organlar işlemleriyle tüzel kişiyi borç altına sokar, kusurlu fiillerinden ayrıca kişisel olarak da sorumlu olabilir. Yerleşim yeri kuruluş belgesinde aksi yoksa işlerin yönetildiği yerdir. Sona ermede malvarlığının özgüleneceği yer kanun, kuruluş belgesi veya yetkili organ kararıyla belirlenir; hukuka veya ahlâka aykırı amaç güdüldüğü için kişiliği sona eren varlığın malı kamu kuruluşuna geçer. Avukat, taraf sıfatını incelerken kuruluş, temsil yetkisi, organ işlemi ve sona erme sonuçlarını aynı tüzel kişilik zinciri içinde denetlemelidir.

Bir işlemin tarafı tüzel kişi olarak gösterildiğinde, yalnız unvanın bulunması onun hak ve borç sahibi olduğunu kanıtlamaz. Önce kanunun aradığı örgütlenme ve kuruluş koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği, sonra işlem yapan organın tüzel kişiyi bağlama yetkisi incelenir. Türk Medeni Kanunu, başlı başına bir varlığı bulunan ve belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere örgütlenen kişi toplulukları ile bağımsız mal topluluklarının, ilgili özel hükümlere uygun biçimde tüzel kişilik kazanacağını kabul eder.

Kuruluş serbestisi amaç yönünden sınırlıdır. Hukuka veya ahlâka aykırı amaç taşıyan kişi ya da mal topluluğu tüzel kişilik kazanamaz. Bu denetim, kuruluş belgesindeki ifadeyle sınırlı kalmadan gerçek amacın niteliğini de ilgilendirir. Tüzel kişiliğin ne zaman doğacağı ise dernek, vakıf veya diğer örgüt türüne ilişkin özel hükümlere göre değişebilir. Dosyada bu nedenle yalnız genel hükme değil, ilgili tüzel kişi türünün kuruluş usulüne de başvurulmalıdır.

Tüzel kişiler, cins, yaş ve hısımlık gibi insana özgü niteliklere bağlı hak ve borçlar dışındaki bütün hak ve borçlara ehildir. Hak ehliyeti ile fiil ehliyeti burada da ayrılır. Tüzel kişi, kanuna ve kuruluş belgesine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanır. Organ eksikliği tüzel kişinin işleyişini aksatıyorsa ilgililer mahkemeden gerekli önlemleri isteyebilir; örgütlenme sağlanamazsa sona erme sonucu gündeme gelebilir.

Organ, tüzel kişinin iradesini açıklar. Organların hukuki işlemleri ve diğer fiilleri tüzel kişiyi borç altına sokar. Bu sonuç, organ adına hareket eden gerçek kişinin hiçbir sorumluluğu olmadığı anlamına gelmez; organlar kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludur. Uyuşmazlıkta işlemi yapan kişinin organ mı, temsilci mi veya yetkisiz kişi mi olduğu; yetkinin kanundan, kuruluş belgesinden veya organ kararından nasıl çıktığı belirlenmelidir. Tüzel kişiye yöneltilecek talep ile kusurlu organ üyesine yöneltilebilecek kişisel talep bu ayrım üzerinden kurulur.

Kuruluş belgesinde farklı bir merkez seçilmemişse, tüzel kişinin işlerinin sevk ve idare edildiği yer onun yerleşim yeri kabul edilir. Bu ölçü, tebligat veya şube adresinden farklı olabilir. Özellikle yetki itirazında kuruluş belgesi ile fiilî yönetim merkezi birlikte incelenmelidir. Ad üzerindeki koruma da tüzel kişiler için uygulanabilir; unvan veya adın haksız kullanımı, ilgili özel hükümler yanında kişilik koruması çerçevesinde sonuç doğurabilir.

Tüzel kişilik kanunda veya kuruluş belgesinde öngörülen sebeplerle sona erer. Tasfiye, malvarlığı ilişkilerinin sonuçlandırılmasıdır ve tüzel kişinin amacı sona ermiş olsa bile tasfiye gerekleri ölçüsünde kişilik sürer. Sona eren tüzel kişinin malvarlığı, kanunda veya kuruluş belgesinde belirlenen yere; bunlarda hüküm yoksa yetkili organın karar verdiği kamu kurumuna geçer. Böyle bir karar da yoksa malvarlığı, amacına en yakın kamu kurumuna özgülenir. Hukuka veya ahlâka aykırı amaç nedeniyle kişilik mahkeme kararıyla sona ermişse malvarlığı her hâlde ilgili kamu kuruluşuna geçer.

Avukatın incelemesi kuruluş belgesi, özel kuruluş kuralı, zorunlu organlar, temsil yetkisi ve sona erme kaydı üzerinde ilerlemelidir. Bu sıra, tüzel kişinin varlığı ile onun adına yapılan belirli işlemin bağlayıcılığını birbirinden ayırır ve doğru davalı ile doğru sorumluluk temelinin seçilmesini sağlar.

5.2.6 · Dernek ve Vakıflar

Üyelik Örgütü ile Amaca Özgülenmiş Malvarlığının Hukuki Ayrımı

KISACA

Dernek ve vakıf farklı kurucu unsurlar üzerine inşa edilir. Dernek, kazanç paylaşma dışında ortak ve sürekli bir amacı gerçekleştirmek üzere en az yedi kişinin bilgi ve çalışmalarını sürekli birleştirmesiyle oluşan kişi topluluğudur; kuruluş bildirimi ve gerekli belgelerin yetkili makama verilmesiyle tüzel kişilik kazanır. Üyelik, genel kurul, yönetim ve denetim organları dernek yapısının merkezindedir. Vakıfta ise yeterli mal ve haklar belirli ve sürekli bir amaca özgülenir; tüzel kişilik mahkeme siciline tescille doğar. Vakfın zorunlu organı yönetim organıdır ve özgülenen malın amacı gerçekleştirmeye yeterli olması aranır. Her iki kurumda hukuka aykırı amaç, kuruluş ve faaliyet üzerinde sınır oluşturur; sona erme ve malvarlığının özgülenmesi ayrıca düzenlenir. Avukat, bir uyuşmazlığı çözerken üyelik ilişkisinden doğan hakları vakıf yararlanıcılığıyla, dernek organ kararlarını vakıf senedindeki amaç ve yönetim düzeniyle karıştırmamalıdır.

Dernek ve vakıf aynı genel tüzel kişilik hükümlerine tabi olsa da kurumsal iradelerinin kaynağı farklıdır. Dernekte süreklilik kazanan bir kişi topluluğu, vakıfta ise belirli amaca bağlanan malvarlığı ön plandadır. Bu ayrım kuruluş, organlar, iç denetim ve sona erme uyuşmazlıklarında hangi belgeye ve hangi hukuki ilişkiye bakılacağını belirler.

Dernek, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, kazanç paylaşma dışında kanunla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere bilgi ve çalışmalarını sürekli birleştirmesiyle kurulur. Kurucuların kuruluş bildirimini, tüzüğü ve gerekli belgeleri yerleşim yerinin en büyük mülkî amirine vermesiyle tüzel kişilik kazanılır. Yetkili makam belgeleri ve tüzüğü inceler; giderilebilir aykırılıkların tamamlanmaması hâlinde fesih için mahkemeye başvurulabilir. Kuruluş sonrasında ilk genel kurulun kanuni süre içinde yapılması ve zorunlu organların oluşturulması gerekir.

Dernek tüzüğü, ad, amaç, çalışma alanı, üyelik koşulları, organlar, aidat ve iç işleyiş gibi temel konuları düzenler. Hiç kimse derneğe üye olmaya veya üyeliğini sürdürmeye zorlanamaz. Üyeler eşit haklara sahiptir ve dernek, dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve mezhep, aile, zümre ve sınıf farkı gözetemez. Genel kurul en yetkili karar organıdır; yönetim kurulu yürütme ve temsil, denetim kurulu ise iç denetim işlevini üstlenir. Genel kurul kararına katılmayan üye, kararı öğrendiği tarihten başlayarak; toplantıda bulunmayan üye ise öğrenme ve her hâlde karar tarihine bağlı süreler içinde iptal davası açabilir. Yokluk veya mutlak butlan iddiası bu süre rejiminden ayrı değerlendirilir.

Dernek üyeliği, kabul, çıkma ve çıkarılma kuralları çerçevesinde kişisel bir ilişki yaratır. Üye yazılı bildirimle ayrılabilir. Çıkarılma sebepleri tüzükte gösterilmişse kararın bu sebeplere dayanıp dayanmadığı incelenir; sebep gösterilmemişse haklı sebep bulunması gerekir. Derneğin amacı kanuna veya ahlâka aykırı hâle gelir ya da kanunda sayılan kendiliğinden sona erme koşulları

gerçekleşirse tüzel kişilik sona erebilir. Mahkeme kararı gerektiren fesih ile organ kararıyla sona erme ve kendiliğinden sona erme birbirinden ayrılmalıdır.

Vakıf, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşur. Cumhuriyetin anayasal niteliklerine ve temel ilkelere aykırı ya da belirli bir ırk veya cemaat mensuplarını destekleme amacıyla vakıf kurulamaz. Kurma iradesi resmî senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır; tüzel kişilik yerleşim yeri mahkemesi nezdindeki sicile tescille kazanılır. Resmî senette temsil mümkündür, fakat özgülemenin konusu ve amacı açık olmalı, özgülenen mal amacı gerçekleştirmeye yeterli bulunmalıdır.

Vakfın bir yönetim organının bulunması zorunludur; kuran başka organlar da öngörebilir. Vakıf senedi, amacın, malvarlığının ve yönetim biçiminin temel kaynağıdır. Amacın gerçekleşmesi olanaksızlaşır ve değiştirilmesi de mümkün olmazsa vakıf kendiliğinden sona erer; yasak amaç güttüğü veya yasak faaliyetlerde bulunduğu ve amacın değiştirilmesine imkân bulunmadığı hâlde mahkemece dağıtılabilir. Amacın veya örgütlenmenin değiştirilmesi ise kanunun aradığı şartlar ve yetkili makam denetimi içinde gerçekleşir.

Avukat için temel ayrım şudur: dernekte uyuşmazlığın merkezi çoğu kez üyelik, genel kurul kararı veya organ yetkisidir; vakıfta ise özgülenen mal, vakıf senedindeki sürekli amaç ve bu amaca uygun yönetimdir. Önce tüzel kişiliğin hangi yolla doğduğu, ardından işlem veya kararın yetkili organ tarafından ve temel belgeye uygun alınıp alınmadığı incelenmelidir. Bu yaklaşım iki kurumun ortak tüzel kişi niteliğini korurken, farklı yapısal mantıklarını gözden kaçırmaz.

5.3.1 · Nişanlanma

Evlenme Vaadinin Zorlanamazlığı ve Bozulmanın Mali Tasfiyesi

KISACA

Nişanlanma, karşılıklı evlenme vaadiyle doğar; ancak kişiyi evlenmeye zorlayan bir dava hakkı vermez. Evlenmeden kaçınma için kararlaştırılan ceza veya cayma tazminatı da talep edilemez, yapılmış ödeme geri istenemez. Buna karşılık nişanın haklı sebep olmadan bozulması ya da taraflardan birine yüklenebilen sebeple sona ermesi, evlenme amacıyla dürüstlük kuralları içinde yapılan giderler ve katlanılan maddi fedakârlıklar için uygun tazminat doğurabilir. Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kusursuz taraf ayrıca manevi tazminat isteyebilir. Nişan sona erdiğinde alışılmışın dışındaki hediyeler, taraflar yanında ana-baba veya onlar gibi davranan kişilerce de geri talep edilebilir; aynen iade mümkün değilse sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır. Dava hakları sona ermeden başlayarak bir yılda zamanaşımına uğrar. Avukat, evlenmeyi sağlama amacı taşıyan geçersiz baskı talepleriyle, sona ermenin mali sonuçlarını birbirinden ayırmalıdır.

Nişanlanma hukuken tanınan bir aile ilişkisi doğurur, fakat bu ilişki evlenme özgürlüğünü ortadan kaldırmaz. Bu nedenle dosyanın ilk ayrımı, evlenmenin gerçekleştirilmesini isteyen talepler ile nişanın sona ermesinden doğan mali ve kişisel sonuçlar arasında yapılmalıdır. Nişanlılardan biri evlenmeye zorlanamaz. Evlenmeden kaçınma hâli için önceden kararlaştırılan ceza şartı veya cayma tazminatı dava edilemez; bunlar ahlaki bir ödev niteliği taşıdığından ödenmişse geri de istenemez.

Nişanlanma evlenme vaadiyle oluşur. Küçük veya kısıtlının nişanlanmasının yasal temsilciyi bağlayabilmesi için temsilcinin rızası gerekir. Bu düzenleme, nişanlıyı evlenmeye zorlayan bir temsil yetkisi yaratmaz; mali sonuçların yasal temsilci bakımından doğmasını sınırlar. Uyuşmazlıkta tarafların gerçekten karşılıklı evlenme vaadi oluşturup oluşturmadıkları, ilişkinin sosyal görünümünden çok somut irade ve davranışlarla belirlenmelidir.

Nişanın evlenme dışında bir nedenle sona ermesi, hediyelerin geri verilmesi sorununu doğurur. Nişanlıların birbirine veya taraflardan birinin ana ve babası ya da onlar gibi davranan kimselerin diğer nişanlıya verdiği alışılmışın dışındaki hediyeler geri istenebilir. Her hediye iade konusu olmaz; hediyenin ekonomik değeri, tarafların sosyal koşulları ve yerel alışkanlıklar birlikte değerlendirilerek alışılmış sınır aşılıp aşılmadığı belirlenir. Aynen iade mümkün değilse sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değer talep edilir.

Maddi tazminatta sona ermenin sebebi önemlidir. Nişanlılardan biri haklı sebep olmaksızın nişanı bozmuş veya nişan onun kusuruyla bozulmuşsa, kusursuz taraf evlenme amacıyla ve dürüstlük kuralları içinde yaptığı giderler ile katlandığı maddi fedakârlıklar karşılığında uygun tazminat isteyebilir. Nişan giderleri de bu kapsamdadır. Aynı koşullar altında ana-baba veya onlar gibi davranan kişiler de yaptıkları harcamalar için uygun tazminat talep edebilir. Talep, bütün harcamaların otomatik iadesi

değildir; giderin evlenme amacıyla bağlantısı, ölçülülüğü ve sona erme nedeniyle boşa çıkması gösterilmelidir.

Manevi tazminat için nişanın bozulması tek başına yeterli değildir. Bozulma yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan kusursuz taraf, kusurlu diğer taraftan uygun miktarda para isteyebilir. Kırgınlık veya evlilik beklentisinin boşa çıkması ile kişilik değerine yönelik hukuken önem taşıyan saldırı ayrılmalıdır. Davacı kişilik etkisini ve karşı tarafın kusurunu somutlaştırmalıdır.

Nişanlılığın sona ermesinden doğan dava hakları, sona erme tarihinden başlayarak bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu ortak süre, talebin hukuki niteliğini doğru belirleme gereğini ortadan kaldırmaz. Hediyenin iadesi, maddi tazminat ve manevi tazminatın koşulları ayrı ayrı kurulmalı; aynı harcama farklı adlarla iki kez istenmemelidir. Böylece nişanlanmanın zorlanamaz kişisel yönü korunurken, güvene dayalı hazırlıkların sona ermesinden doğan sınırlı tasfiye de sağlanır.

5.3.2 · Evlenme ve Koşulları

Evlenme Ehliyetinden Yokluk ve Butlan Sonuçlarına Kadar Geçerlilik İncelemesi

KISACA
Evlenmenin hukuki denetimi yaş ve ayırt etme gücüyle başlar, evlenme engelleri ve resmî törenle devam eder. Kural olarak erkek ve kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez; olağanüstü durumda ve pek önemli sebeple on altı yaşını dolduran kişiye hâkim izin verebilir. Ayırt etme gücü bulunmayanlar evlenemez, küçük ve kısıtlı için gerekli yasal temsilci izni aranır. Yakın hısımlık, mevcut evlilik ve kanunda öngörülen akıl hastalığı durumu engel oluşturur. Taraflar evlendirme memuru önünde iradelerini açıklamalıdır. Geçersizlik iddiasında yokluk, mutlak butlan ve nisbî butlan ayrımı belirleyicidir. Butlanla sakat evlilik hâkim kararına kadar geçerli evliliğin sonuçlarını doğurur; çocukların ve iyiniyetli eşin durumu ayrıca korunur. Avukat, başvuru evrakındaki eksiklik ile evlenmenin kurucu unsur veya geçerlilik şartındaki sakatlığı aynı sonucu doğurur gibi ele almamalıdır.

Evlenme dosyasında denetim, tarafların evlenmek istemesinden önce hukuki ehliyet ve engel koşullarının bulunup bulunmadığıyla başlar. On yedi yaşını doldurmayan kişi kural olarak evlenemez. On altı yaşını dolduran kişi için ise ancak olağanüstü durum ve pek önemli sebep varsa hâkim izni mümkündür; olanak bulunduğunda ana-baba veya vasi dinlenir. Küçük ya da kısıtlının yasal temsilci izni olmadan evlenmesi ayrıca izin sürecini gündeme getirir; haklı sebep bulunmadan izin verilmezse mahkemeye başvuru yolu vardır.

Ayırt etme gücü bulunmayan kişi evlenemez. Bu koşul, yalnız başvuru tarihindeki genel sağlık durumuna değil, evlenme iradesinin açıklandığı sıradaki makul davranma ve karar verme yeteneğine ilişkindir. Akıl hastalığı olan kişi bakımından resmî sağlık kurulu raporuyla evlenmesinde tıbbi sakınca bulunmadığının anlaşılması aranır. Hısımlık engeli üstsoy-altsoy, kardeşler, amca-dayı-hala-teyze ile yeğenler ve bazı kayın hısımlığı ilişkilerini kapsar; evlat edinen ile evlatlık arasında da evlenme yasağı vardır. Mevcut evlilik sona ermeden yeni evlilik kurulamaz.

Başvuru, taraflardan birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte yapılır. Belgeler incelenir; engel yoksa evlenme izin belgesi verilir. Evlenme, yetkili memur ve ayırt etme gücüne sahip iki tanık önünde tarafların olumlu sözlü cevaplarıyla oluşur. Temsilci aracılığıyla evlenme iradesi açıklanamaz. Aile cüzdanı verilmemiş olması, törenin kurucu koşulları gerçekleşmişse evliliğin varlığını ortadan kaldırmaz.

Geçersizlikte yaptırımın türü doğru seçilmelidir. Kurucu irade açıklamasının yetkili memur önünde hiç bulunmaması gibi durumlar evliliğin varlığı sorununu doğurabilir. Mutlak butlan sebepleri arasında eşlerden birinin evlenme sırasında evli olması, sürekli ayırt etme gücünden yoksunluk, evlenmeye engel akıl hastalığı ve yasak derecede hısımlık bulunur. Bu davayı Cumhuriyet savcısı kendiliğinden açabilir; ilgililerin dava hakkı da vardır. Sona ermiş evlilikte savcının dava alanı daralırken ilgililerin bazı hâllerde butlanın tespitini istemesi mümkündür.

Nisbî butlan; geçici ayırt etme gücü yokluğu, yanılma, aldatma ve korkutma gibi irade sakatlıklarına veya gerekli temsilci izninin bulunmamasına dayanabilir. Eşin dava hakkı, sebebin öğrenilmesi ya da korkunun etkisinin kalkmasından itibaren altı ay ve her hâlde evlenmeden itibaren beş yıl içinde kullanılmalıdır. Yasal temsilcinin dava hakkı, küçük ergin olunca, kısıtlı üzerindeki kısıtlama kalkınca veya eş sonradan gebe kalınca sona erebilir.

Butlan kararı verilinceye kadar evlilik geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğurur. Evlilik içinde doğan çocuklar, ana ve baba iyiniyetli olmasa bile evlilik içinde doğmuş sayılır; çocuklarla ana-baba ilişkilerinde boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır. İyiniyetli eş, evlenmeyle kazanılmış kişisel durumunu korur ve tasfiye ile tazminat konularında boşanma hükümlerinden yararlanabilir. Dava kurgusu bu nedenle yalnız sakatlığı değil, yaptırım türünü, süreyi, dava hakkı sahibini ve kararın eşler ile çocuklar üzerindeki sonuçlarını birlikte göstermelidir.

5.3.3 · Evliliğin Genel Hükümleri

Birliğin Yönetimi, Temsili ve Koruyucu Hâkim Müdahalesi

KISACA

Evlenmeyle eşler arasında birlikte yaşamayı, sadakati, yardımlaşmayı ve çocukların bakımını kapsayan bir birlik doğar. Eşler konutu birlikte seçer, birliği beraber yönetir ve giderlere güçleri oranında emek veya malvarlığıyla katılır. Her eş, ortak yaşamın sürekli ihtiyaçları için birliği temsil edebilir; diğer ihtiyaçlarda temsil yetkisi kanundaki şartlara bağlıdır. Yetkinin aşılması hâlinde üçüncü kişinin bunu bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması önem taşır. Eşlerden biri yükümlülüklerini yerine getirmez veya önemli konuda uyuşmazlık çıkarsa hâkimden müdahale istenebilir. Hâkim uyarı, uzlaştırma, parasal katkının belirlenmesi, borçlulara ödeme emri ve tasarruf yetkisinin sınırlandırılması gibi önlemler alabilir. Aile konutu üzerindeki kira feshi, devir veya hak sınırlaması diğer eşin açık rızasına bağlanmıştır. Avukat, günlük temsil yetkisi, aile konutu koruması ve hâkim önlemlerini somut işlemin niteliğine göre ayrı ayrı değerlendirmelidir.

Evliliğin genel hükümleri, eşlerin özel yaşam tercihlerinin tamamını yargısal denetime açmaz; ancak evlilik birliğinin temel yükümlülükleri ve üçüncü kişilerle kurulan bazı işlemler için hukuki bir çerçeve oluşturur. Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmakla yükümlüdür. Birliğin mutluluğunu birlikte sağlama ve çocukların bakım, eğitim ve gözetimine beraber özen gösterme sorumluluğu da bu yapının içindedir.

Aile konutu eşlerce birlikte seçilir. Eşler birliği birlikte yönetir ve giderlere güçleri oranında emekleri veya malvarlıklarıyla katılır. Meslek ve iş seçiminde diğer eşin izni aranmaz; bununla birlikte evliliğin huzur ve yararı göz önünde tutulur. Eşlerden biri evlenmeden önceki soyadını diğer eşin soyadı önünde kullanabilir. Bu hükümler, eşlerden birinin aile içi kararlar üzerinde tek taraflı üstünlüğü bulunduğu varsayımını reddeder.

Birliğin temsili üçüncü kişilere karşı borç doğurma bakımından önemlidir. Her eş, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için birliği temsil eder. Sürekli ihtiyaçlar dışındaki konularda diğer eşin veya haklı sebeple hâkimin yetki vermesi ya da gecikmede yarar bulunması ve diğer eşin hastalık, başka yerde olma veya benzeri nedenle rızasının alınamaması gerekir. Eşlerden biri bu kapsamda birliği temsil ederek işlem yaptığında, üçüncü kişiye doğan borçtan her iki eş birlikte sorumlu tutulabilir. Yetki aşılmışsa diğer eş kural olarak sorumlu değildir; ancak üçüncü kişi aşımı bilmiyor ve bilebilecek durumda da değilse koruma gündeme gelir.

Temsil yetkisinin kötü kullanılması veya kullanma yetersizliği hâlinde hâkim, diğer eşin istemi üzerine yetkiyi kaldırabilir ya da sınırlayabilir. Kararın üçüncü kişilere karşı sonuç doğurması ilan koşullarına bağlı olabilir. Koşullar değişirse sınırlama kaldırılır. Avukat, iç ilişkideki anlaşmazlık ile üçüncü kişinin güvenini etkileyen dış temsil sonucunu ayırmalı, işlem tarihindeki yetki ve ilan durumunu araştırmalıdır.

Aile konutu özel koruma altındadır. Eşlerden biri diğerinin açık rızası olmadan aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshedemez, konutu devredemez veya konut üzerindeki hakları sınırlayamaz. Rıza

sağlanamaz ya da haklı sebep olmadan verilmezse hâkim müdahalesi istenebilir. Malik olmayan eş tapu kütüğüne aile konutu şerhi verilmesini talep edebilir. Konut kiralıksa sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana bildirimle taraf olur ve doğan borçlardan diğer eşle müteselsilen sorumlu hâle gelir.

Eşlerden birinin birlik yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya önemli konuda uyuşmazlık çıkması hâlinde hâkim müdahale edebilir. Hâkim eşleri uyarır, uzlaştırmaya çalışır ve gerektiğinde uzman yardımına yönlendirir. Ortak yaşam sürerken eşlerin parasal katkıları belirlenebilir; geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istem mümkündür. Ortak yaşama ara verme haklı sebebe dayanıyorsa konut, ev eşyası, geçim ve malların yönetimi hakkında önlemler alınabilir. Borçlulara ödemenin diğer eşe yapılması emredilebilir; ailenin ekonomik varlığı veya evlilik yükümlülüğü gerektiriyorsa belirli tasarruflar diğer eşin rızasına bağlanabilir.

Dilekçe hazırlanırken ihlal edilen birlik yükümlülüğü, istenen koruma önlemi ve bu önlemin üçüncü kişilere etkisi ayrı gösterilmelidir. Aile konutu işlemi için açık rıza, temsil işlemi için ihtiyacın türü, hâkim müdahalesi için ise yükümlülük ihlali veya uyuşmazlık vakıaları belirleyicidir. Böylece evlilik birliğinin eşit yönetimi korunurken, dış ilişkilerde işlem güvenliği de kanunun çizdiği sınırlar içinde değerlendirilir.

5.3.4 · Mal Rejimleri

Mal Gruplarının Ayrıştırılması ve Katılma Alacağının Tasfiye Sırası

KISACA

Eşler başka bir rejim seçmemişse edinilmiş mallara katılma rejimine tabidir. Mal rejimi sözleşmesi evlenmeden önce veya sonra yapılabilir; noter düzenlemesi ya da onayı gerekir ve taraflar yalnız kanunda öngörülen rejimlerden birini seçebilir. Tasfiyede önce her eşin kişisel malları ile edinilmiş malları ayrılır. Çalışma karşılığı edinimler, sosyal güvenlik ödemeleri, çalışma gücü kaybı tazminatları, kişisel malların gelirleri ve edinilmiş malların yerine geçen değerler edinilmiş mal grubundadır. Kişisel kullanım eşyası, rejim başlangıcındaki mallar, miras veya karşılıksız kazanımlar, manevi tazminat ve bunların yerine geçenler kişisel maldır. Borçlar ilgili mal grubuna yüklenir; değer artış payı, denkleştirme, eklenecek değerler ve artık değer hesaplandıktan sonra diğer eşin kural olarak yarı oranında katılma alacağı doğar. Avukat, mülkiyet iddiası ile tasfiyeden doğan alacağı ayırmalı ve her malın edinim kaynağını belgelemelidir.

Mal rejimi uyuşmazlığında ilk soru bir malın kimin adına kayıtlı olduğu değil, hangi rejimin hangi tarihler arasında geçerli olduğu ve malın hangi mal grubuna girdiğidir. Eşler kanunda yazılı sınırlar içinde mal rejimi sözleşmesi yapabilir. Sözleşme noterde düzenlenir veya onaylanır; evlenme başvurusu sırasında yazılı bildirim de mümkündür. Kanun, başka rejim seçilmemişse edinilmiş mallara katılmayı yasal rejim kabul eder.

Rejim, evlenmeyle başlar ve eşlerden birinin ölümü, başka rejimin kabulü veya mahkemenin boşanma, iptal ya da mal ayrılığına geçiş kararıyla sona erer. Boşanma veya iptal hâlinde sona erme, dava tarihinden itibaren sonuç doğurur. Bu tarih, daha sonra edinilen değerlerin tasfiye kapsamına girip girmediğini belirler. Haklı sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine mevcut rejimin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir.

Edinilmiş mallara katılmada her eşin edinilmiş ve kişisel malları vardır. Çalışmanın karşılığı olan edinimler, sosyal güvenlik ve sosyal yardım ödemeleri, çalışma gücü kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, kişisel malların gelirleri ve edinilmiş malların yerine geçen değerler edinilmiş mal sayılır. Kişisel kullanıma yarayan eşya, rejim başında sahip olunan değerler, miras veya başka karşılıksız kazanımlar, manevi tazminat alacakları ve kişisel malların yerine geçen değerler kişisel maldır. Belirli meslek faaliyeti veya kişisel mal geliri sözleşmeyle kişisel mal sayılabilir.

Bir malın kişisel olduğunu ileri süren eş bunu ispat eder. Hangi eşe ait olduğu belirlenemeyen mal paylı mülkiyette kabul edilir; bir eşin bütün malları aksi ispatlanıncaya kadar edinilmiş mal sayılır. Bu karineler, banka hareketleri, satış bedelleri, miras belgeleri ve ikame değer zincirinin dosyada izlenmesini gerekli kılar. Adına kayıt, mülkiyet bakımından önemlidir; fakat katılma alacağı hesabında edinim kaynağı ve rejim içindeki sınıflandırma ayrıca yapılır.

Tasfiye, malların sona erme anındaki mevcut durumuna göre ayrıştırılmasıyla ilerler. Her eş diğer eşte bulunan mallarını geri alır; paylı mülkiyet varsa üstün yararını ispat eden eş, diğerinin payını ödeyerek malın kendisine verilmesini isteyebilir. Bir eş diğerine ait mala karşılıksız katkı yaptıysa değer artış payı gündeme gelir. Bir mal grubuna ait borcun diğer gruptan ödenmesi hâlinde denkleştirme yapılır. Rejimin sona ermesinden önceki bir yıl içindeki olağan dışı karşılıksız kazandırmalar ile diğer eşin katılma alacağını azaltma amacı taşıyan devirler edinilmiş mallara değer olarak eklenebilir.

Her mal grubunun borçları düşüldükten sonra edinilmiş mallardaki artık değer bulunur; değer eksilmesi hesaba katılmaz. Eşlerden her biri veya mirasçıları, diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibidir. Zina veya hayata kast nedeniyle boşanmada hâkim kusurlu eşin payını azaltabilir ya da kaldırabilir. Katılma alacağı kural olarak para veya ayınla ödenir; derhâl ödeme ciddi güçlük yaratırsa uygun güvence karşılığında erteleme mümkündür.

Avukatın hesap kurgusu kronolojik ve belgelendirilebilir olmalıdır: rejimin başlangıç ve bitiş tarihi, her malın edinim tarihi ile kaynağı, borç bağlantısı, katkılar, karşılıksız devirler ve tasfiye değerleri ayrı gösterilmelidir. Böylece tapu veya hesap sahipliği üzerinden kestirme sonuç kurmak yerine, mülkiyet ilişkisi ile rejimden doğan tasfiye alacağı doğru sırayla çözümlenir.

5.3.5 · Boşanma ve Sonuçları

Boşanma Sebebinin Seçimi, Yargılama Tedbirleri ve Karar Sonrası Talepler

KISACA

Boşanma davasında sebep, ispat edilecek vakıaları ve bazı mali sonuçları belirler. Zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığı özel sebeplerdir; evlilik birliğinin temelinden sarsılması genel sebebi ayrıca düzenlenir. Evlilik en az bir yıl sürmüşse eşlerin birlikte başvurması veya birinin diğerinin davasını kabulü, hâkimin tarafları dinlemesi ve sonuçlara ilişkin düzenlemeyi uygun bulmasıyla boşanma kararı doğurabilir. Daha önce açılmış dava reddedilip karar kesinleştikten sonra bir yıl geçmesine rağmen ortak hayat kurulamamışsa birlik temelinden sarsılmış sayılır. Dava süresince barınma, geçim, malların yönetimi ve çocukların korunması için geçici önlemler alınır. Kararla birlikte maddi-manevi tazminat, yoksulluk nafakası, velayet ve çocukla kişisel ilişki gündeme gelir. Avukat, boşanma sebebinin koşullarını, hak düşürücü süreleri ve fer'î taleplerin bağımsız ölçütlerini ayrı ispat planlarına bağlamalıdır.

Boşanma davasının başlangıç noktası, evlilikte yaşanan bütün olumsuzlukları sıralamak değil, kanuni sebebin unsurlarını karşılayan vakıaları seçmektir. Zina ile hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebeplerinde davaya hakkı olan eşin öğrenmeden itibaren altı ay ve her hâlde olaydan itibaren beş yıl içinde dava açması gerekir; affeden tarafın dava hakkı yoktur. Bu süreler zamanaşımı değil, dava hakkını sona erdiren sürelerdir.

Küçük düşürücü suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle birlikte yaşamanın diğer eşten beklenememesi hâlinde süreye bağlı olmaksızın dava açılabilir. Terkte, evlilik yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla ortak konuttan ayrılma veya haklı sebep olmadan dönmeme bulunmalı; ayrılık en az altı ay sürmeli, istem üzerine hâkim veya noter tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmalıdır. Dördüncü ay dolmadan ihtar, ihtardan iki ay geçmeden dava açılamaz. Akıl hastalığında hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmî sağlık kurulu raporuyla saptanması ve ortak hayatın diğer eş için çekilmez hâle gelmesi aranır.

Evlilik birliği ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmışsa eşlerden biri dava açabilir. Davacının kusuru daha ağırsa davalının itiraz hakkı vardır; ancak itiraz hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse ve evliliğin devamında korunmaya değer yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir. Evlilik en az bir yıl sürmüş ve eşler birlikte başvurmuş ya da biri diğerinin davasını kabul etmişse, hâkim tarafları bizzat dinleyip iradelerinin serbest olduğuna kanaat getirmeli ve mali sonuçlarla çocuklara ilişkin düzenlemeyi uygun bulmalıdır.

Önceki bir boşanma davası herhangi bir sebeple reddedilmiş ve karar kesinleşmişse, kesinleşmeden başlayarak bir yıl geçmesine rağmen ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir. Bu güncel süre hesabında

eski üç yıllık bilgiye dayanılmamalı; kesinleşme tarihi ile ortak hayatın yeniden kurulup kurulmadığı dosyada belirlenmelidir.

Dava açılınca hâkim, yargılama boyunca eşlerin barınması, geçimi, malların yönetimi ve çocukların bakım ve korunması için gerekli geçici önlemleri kendiliğinden alır. Boşanma yerine ortak hayatın yeniden kurulma olasılığı görülüyorsa ayrılığa karar verilebilir. Boşanma kararı, ancak kesinleşmeyle evliliği sona erdirir; hâkim kararın nüfus siciline işlenmesini sağlar.

Mali sonuçlar ayrı koşullara bağlıdır. Mevcut veya beklenen menfaati boşanma yüzünden zedelenen kusursuz ya da daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun maddi tazminat isteyebilir. Boşanmaya sebep olan olaylarla kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf manevi tazminat talep edebilir. Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak şartıyla diğer eşin mali gücü oranında süresiz nafaka isteyebilir; nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz. İrat biçimindeki ödemelerin sona ermesi ve değişen koşullarda artırılıp azaltılması kanunda ayrıca düzenlenir.

Çocuklar bakımından hâkim ana-babayı dinler, olanak varsa çocuğun görüşünü ve uzman değerlendirmesini dikkate alır; velayeti ve kişisel ilişkiyi çocuğun yararına göre düzenler. Velayet verilmeyen eş, bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılır. Avukatın dosyası sebep, geçici önlem, eşlerin mali talepleri ve çocuk düzenini ayrı başlıklar hâlinde düşünmeli; bir alandaki kusur değerlendirmesini diğer sonuçlara otomatik taşımamalıdır.

Soybağının Kuruluş Yolu ile İtiraz Davasının Doğru Eşleştirilmesi

KISACA
Çocuk ile ana arasındaki soybağı doğumla; baba arasındaki bağ ise ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Evlilik içinde ya da evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası koca sayılır. Bu karinenin çürütülmesi soybağının reddi davasıyla olur ve dava hakkı sahibi ile süre, davacının konumuna göre belirlenir. Evlilik dışında doğan çocuk, babanın resmî senet veya vasiyetnameyle tanımasıyla da soybağına bağlanabilir; başka bir erkekle soybağı varsa bu bağ geçersiz kılınmadan tanıma yapılamaz. Ana ve çocuk babalık davası açabilir; hâkim, babalık olasılığını güçlendiren kanuni karineyi ve biyolojik incelemeye katlanma yükümlülüğünü değerlendirir. Evlat edinme ise ayrı koşul ve sonuçlara sahip bir soybağı yoludur. Avukat, mevcut bağın hangi işlem veya karineyle kurulduğunu saptamadan tanıma, ret, iptal veya babalık talebi seçmemelidir.

Soybağı uyuşmazlığında dava türü, çocukla erkek arasında mevcut bir bağ bulunup bulunmadığına ve bu bağın hangi yolla kurulduğuna göre seçilir. Ana ile soybağı doğumla kurulur. Baba ile soybağı ise ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle doğar. Evlat edinme de kanunun ayrı koşullarla kabul ettiği bir soybağı bağlantısıdır. Bu yolların her biri farklı taraf, süre ve ispat düzenine sahiptir.

Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Çocuk bu süreden sonra doğmuşsa ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla karine yeniden uygulanabilir. Kocanın gaipliğine karar verilmişse üç yüz günlük süre ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işler. Önceki evliliğin sona ermesinden sonra üç yüz gün dolmadan ana yeniden evlenir ve çocuk doğarsa ikinci evlilikteki koca baba sayılır; karine çürütülürse önceki evlilikteki koca baba kabul edilir.

Koca, soybağının reddi davasını ana ve çocuğa karşı açar. Çocuk da ana ve kocaya karşı dava açabilir. Koca, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka erkekle ilişkisini öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl içinde dava açmalıdır. Çocuğun dava süresi erginlikten başlar. Gecikme haklı sebebe dayanıyorsa sebebin kalkmasından itibaren bir aylık ek imkân vardır. Evlilik içinde ana rahmine düşme ile evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşme hâllerinde davacının ispat yükü farklılaşır.

Tanıma, babanın nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu, resmî senet ya da vasiyetname beyanıyla yapılır. Tanıyan küçük veya kısıtlıysa veli ya da vasi rızası gerekir. Çocuğun başka bir erkekle soybağı bulunduğu sürece tanıma sonuç doğuramaz. Ana, çocuk ve çocuğun ölümü hâlinde altsoyu; ayrıca Cumhuriyet savcısı, Hazine ve diğer ilgililer kanundaki koşullarla tanımanın iptalini isteyebilir. Tanıyan kişi yanılma, aldatma veya korkutma nedeniyle iptal davası açabilir. Davalılar ve ispat yükü, iptal talebini kimin ileri sürdüğüne göre değişir.

Çocuk ile baba arasında başka yolla bağ kurulmamışsa ana ve çocuk babalık davası açabilir. Dava babaya, baba ölmüşse mirasçılarına yöneltilir. Davalının, doğumdan önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olması babalığa karine oluşturur; ciddi kuşku doğuran olgular varsa karine etkisini kaybeder. Ana doğumdan önce veya sonra dava açabilir. Çocuğun kayyımla temsili ve sürelerin bildirim ya da erginlikten hangi anda başlayacağı dikkatle belirlenmelidir.

Soybağı davalarında taraflar, araştırma için zorunlu ve sağlık yönünden tehlike yaratmayan incelemelere katlanmakla yükümlüdür. Haklı sebep olmaksızın kaçınma hâlinde hâkim, beklenen sonucu kişinin aleyhine doğmuş sayabilir. Bu düzenleme biyolojik incelemeyi güçlü bir ispat aracı yapar; fakat doğru davanın, tarafların ve sürelerin belirlenmesi gereğini ortadan kaldırmaz.

Evlat edinmede küçük ile ergin veya kısıtlının şartları farklıdır. Küçüğün bakılmış ve eğitilmiş olması, evlat edinmenin yararına bulunması ve diğer çocukların menfaatlerinin hakkaniyete aykırı zedelenmemesi aranır. Eşlerin birlikte evlat edinmesi kuraldır; yaş, evlilik süresi, rıza ve mahkeme araştırması koşulları vardır. Avukat, biyolojik soybağının kurulması veya kaldırılması talepleriyle evlat edinmenin kurucu mahkeme kararını aynı hukuki yol gibi sunmamalıdır.

5.3.7 · Velayet

Çocuğun Yararı Ekseninde Temsil, Koruma ve Mal Yönetimi

KISACA
Velayet, ana ve babaya çocuk üzerinde serbest tasarruf yetkisi değil, çocuğun yararına kullanılması gereken bakım, eğitim, temsil ve koruma görevleri verir. Evlilik devam ederken velayet birlikte kullanılır; ortak hayata son verilmesi, ayrılık veya boşanmada hâkim velayeti eşlerden birine bırakabilir. Evli olmayan ana-babada velayet kural olarak anaya aittir. Çocuğun olgunluğu ölçüsünde yaşamının düzenlenmesine katılması ve önemli konularda görüşünün alınması gerekir. Ana-baba çocuğu temsil eder, fakat çocuk ile aralarında menfaat çatışması olduğunda temsil kayyımı gündeme gelir. Çocuğun bedensel veya zihinsel gelişimi tehlikedeyse hâkim koruyucu önlem alır; daha hafif önlemler yetersizse yerleştirme ve son çare olarak velayetin kaldırılması mümkündür. Çocuk malları özenle yönetilmeli, malvarlığı tehlikeye düşerse güvence ve kayyım dâhil önlemler uygulanmalıdır. Avukatın talebi ebeveyn menfaatine değil, somut çocuğun güncel ve gelecekteki yararına bağlanmalıdır.

Velayet uyuşmazlığında anne veya babanın soyut hakkından önce çocuğun korunma ihtiyacı ve yararı değerlendirilir. Ergin olmayan çocuk kural olarak ana ve babasının velayeti altındadır. Evlilik sürdüğü müddetçe velayet birlikte kullanılır. Ortak yaşama son verilmiş veya ayrılık gerçekleşmişse hâkim velayeti eşlerden birine verebilir; boşanmada da çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olur. Ana-baba evli değilse velayet anaya aittir, ancak ananın küçük, kısıtlı, ölmüş olması veya velayetin kendisinden alınmış bulunması hâlinde hâkim çocuğun yararına göre vasi atar ya da velayeti babaya verir.

Ana ve baba çocuğun bakım ve eğitimi konusunda gerekli kararları alır. Çocuğa olgunluğu ölçüsünde yaşamını düzenleme olanağı tanınmalı ve önemli konularda görüşü alınmalıdır. Çocuk ana-babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür; buna karşılık ana-baba ad koyma, eğitim, bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimi sağlama görevlerini çocuğun yetenek ve eğilimlerini gözeterek yerine getirir. Dinî eğitim konusunda ana-babanın karar yetkisi çocuğun ergin olmasıyla sona erer.

Velayet altındaki çocuğun yasal temsilcisi ana ve babadır. Üçüncü kişi iyiniyetliyse, eşlerden birinin çocuk adına yaptığı işlemde diğer eşin de rızasının bulunduğu kabulünden hareket edebilir. Vesayet altındaki kişinin temsilinde izin gerektiren bazı işlemler dışında, ana-baba çocuk adına hareket eder. Çocuk ile ana-baba arasında veya çocukla ana-babanın yararına üçüncü kişi arasında işlem yapılacaksa kayyım katılımı ve hâkim onayı gerekebilir. Menfaat çatışması bulunan olayda olağan temsil yetkisine dayanmak, işlemi güvenli hâle getirmez.

Çocuğun menfaati ve gelişimi tehlikeye düştüğünde, ana-baba durumu gideremiyor veya buna güçleri yetmiyorsa hâkim uygun koruma önlemlerini alır. Çocuğun aile içinde kalması gelişimini ciddi biçimde tehlikeye sokuyorsa veya terk edilmişse bir aile yanına ya da kuruma yerleştirilebilir. Bedensel veya zihinsel gelişimi tehlikede olan ya da manen terk edilmiş çocuk için, talep olmasa bile koruma kararı verilebilir. Velayetin kaldırılması daha hafif önlemlerin sonuçsuz kalması veya yetersiz olacağının

baştan anlaşılması hâlinde mümkündür; ana-babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka yerde bulunması ya da yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması şartları somutlaştırılmalıdır.

Velayetin kaldırılması mevcut ve doğacak çocukları kapsayabilir; kararda aksi belirtilebilir. Ana ve babanın yeniden evlenmesi tek başına kaldırma sebebi değildir. Koşullar değişirse çocuğun korunmasına ilişkin önlem yeni duruma uyarlanır. Velayetin kaldırılmış olması, ana-babanın bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğünü sona erdirmez.

Çocuğun malvarlığında ana-baba kural olarak hesap ve güvence vermeden yönetim hakkına sahiptir; ancak yükümlülüklerini yerine getirmiyorlarsa hâkim müdahale eder. Çocuk mallarının gelirleri öncelikle çocuğun bakımı, eğitimi ve yetiştirilmesi için, hakkaniyete uygun ölçüde aile ihtiyaçları için kullanılabilir. Malvarlığı tehlikeye düşerse hâkim talimat, bilgi ve hesap, güvence veya malların kayyıma devri gibi önlemler alabilir. Olağan ihtiyaçların gerektirdiği ölçü dışında ana malvarlığı değerlerinin harcanması hâkim iznine bağlıdır.

Avukatın velayet talebi; çocuğun yaşı, görüşü, bakım sürekliliği, eğitim ve sağlık ihtiyaçları, ebeveynlerin işbirliği kapasitesi, riskler ve önerilen düzenin uygulanabilirliği üzerinden kurulmalıdır. Çocukla kişisel ilişki ve iştirak nafakası da velayet kararının otomatik uzantısı gibi değil, çocuğun yararına hizmet eden ayrı düzenlemeler olarak ele alınmalıdır.

5.3.8 · Vesayet

Koruma Sebebinden Vasi İşlemlerinin Yargısal Denetimine

KISACA

Vesayet, velayet altında olmayan küçükler ile kanunda sayılan sebeplerle korunması gereken erginler için kurulur. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol ya da uyuşturucu bağımlılığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza ve kişinin kendi istemi farklı kısıtlama sebepleridir. Her sebep kendi olgu ve usul koşullarıyla değerlendirilir; bazı hâllerde resmî sağlık kurulu raporu ve kişinin dinlenmesi zorunludur. Vesayet makamı sulh hukuk, denetim makamı asliye hukuk mahkemesidir. Vasi, vesayet altındaki kişinin kişiliği ve malvarlığı menfaatlerini korur, onu hukuki işlemlerde temsil eder ve düzenli hesap verir. Taşınmaz işlemleri, ödünç, sulh, kefalet ve benzeri önemli işlemler için vesayet makamı; bazı işlemler için ayrıca denetim makamı izni gerekir. Kayyım belirli iş veya malvarlığı yönetimi için atanır ve kişinin fiil ehliyetini kendiliğinden değiştirmez. Avukat, koruma ihtiyacını en uygun ve ölçülü vesayet aracıyla eşleştirmelidir.

Vesayet hukukunda amaç kişiyi cezalandırmak veya onun adına bütün kararları ele geçirmek değil, korunma ihtiyacına uygun temsil ve denetim düzeni kurmaktır. Velayet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır. Görevleri sırasında böyle bir durumu öğrenen nüfus memurları, idari makamlar, noterler ve mahkemeler bunu yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadır.

Erginler bakımından kısıtlama sebepleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle işlerini göremeyen, korunması ve bakımı için sürekli yardıma ihtiyaç duyan ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan ergin kısıtlanır. Savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı ya da malvarlığını kötü yönetme sebebiyle kendisini veya ailesini darlığa düşürme tehlikesi yaratan ve sürekli yardıma ihtiyaç duyan kişi de kısıtlanabilir. Kesinleşmiş hapis cezasının yerine getirilmesi sırasında kişinin malvarlığını yönetmekte veya temsilci atamakta yetersiz kalması üzerine isteme bağlı kısıtlama mümkündür. Yaşlılık, engellilik, deneyimsizlik veya ağır hastalık nedeniyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden ergin kendi kısıtlanmasını isteyebilir.

Usul, sebebe göre değişir. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle karar resmî sağlık kurulu raporuna dayanır; hâkim karar vermeden önce kişiyi dinleyebilir ve raporu açıklaması için kurulu dinleyebilir. Savurganlık, bağımlılık, kötü yaşam veya kötü yönetim nedeniyle kişi dinlenmeden kısıtlama kararı verilemez. Kısıtlama kararı kesinleşince kişinin yerleşim yeri ile nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan edilir. İyiniyetli üçüncü kişiler bakımından sonuçlar ilandan önce doğmaz; ayırt etme gücü yokluğunun sonuçları saklıdır.

Vesayet makamı sulh hukuk mahkemesi, denetim makamı asliye hukuk mahkemesidir. Yetki vesayet altındaki kişinin yerleşim yerine bağlıdır ve izinsiz değiştirilemez. Vasi, görevini ağır biçimde ihmal etmeyen ve kaçınma sebebi bulunmayan uygun erginler arasından seçilir; yakınların ve kişinin haklı tercihi göz önünde tutulur. Menfaat çatışması veya ciddi husumet bulunanlar vasi olamaz.

Vasi, kişinin malvarlığını özenle yönetir, gerekli defteri tutar, kıymetli evrak ve değerleri koruma altına alır ve belirli dönemlerde hesap verir. Vesayet altındaki kişiyi hukuki işlemlerde temsil eder; mümkün olduğu ölçüde önemli işlerde onun görüşünü alır. Görüşün alınması vasiyi bağlamaz, fakat koruma ilişkisinin kişiyi tamamen karar sürecinden dışlamamasını sağlar. Ayırt etme gücüne sahip vesayet altındaki kişi, vasinin açık veya örtülü izni ya da sonradan onamasıyla borç altına girebilir.

Taşınmaz alım-satımı, rehin, ödünç alma-verme, kambiyo taahhüdü, sulh, tahkim, mirasın kabulü veya reddi gibi işlemler vesayet makamı iznine bağlıdır. Evlat edinme, vatandaşlığa girme veya çıkma, önemli bağış, kefalet ve bazı sözleşmeler için denetim makamı izni de gerekir. Vasi adına kefil olamaz, vakıf kuramaz ve önemli bağış yapamaz. İzin alınması, işlemi yapan vasinin özen sorumluluğunu kaldırmaz.

Kayyım belirli bir işin görülmesi veya malvarlığının yönetilmesi için atanır; atama kişinin fiil ehliyetini etkilemez. Yasal danışmanlık ise kanunda sayılan önemli işlemlerde görüş alma veya malvarlığı yönetimi desteği sağlar. Dava kurulurken genel kısıtlama yerine daha dar aracın yeterli olup olmadığı, menfaat çatışmasının geçici kayyımla çözülüp çözülemeyeceği ve istenen işlemin hangi makam iznine tabi olduğu incelenmelidir. Ölçülülük, vesayetin koruyucu amacının temelidir.

5.3.9 · Nafaka

Bakım Kaynağına Göre Nafaka Talebinin Türü, Ölçüsü ve Süresi

KISACA
Nafaka adı altında farklı hukuki ilişkilerden doğan bakım yükümlülükleri bulunur. Boşanma davası sürerken eş ve çocuklar için tedbir nafakası alınabilir. Boşanma sonrasında yoksulluğa düşecek ve kusuru diğer eşten daha ağır olmayan taraf yoksulluk nafakası; velayet kendisine verilmeyen ebeveyn ise çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında iştirak nafakası öder. Çocuğun bakım borcu kural olarak erginliğe kadar, eğitimi devam ediyorsa koşullara göre eğitim sona erene kadar sürebilir. Yardım nafakası, yardım edilmediğinde yoksulluğa düşecek üstsoy, altsoy ve kardeşler arasında kanuni sıra gözetilerek istenir; kardeşlerin yükümlülüğü refah içinde olmalarına bağlıdır. Nafaka miktarında ihtiyaç ile ödeme gücü dengelenir. İrat biçimindeki ödemeler değişen koşullara uyarlanabilir ve kanundaki sona erme sebepleri gerçekleştiğinde kaldırılır. Avukat, nafaka türünü ilişki, zaman ve amaç bakımından doğru belirlemeli; ihtiyaç ve mali güç vakıalarını güncel delillerle sunmalıdır.

Nafaka uyuşmazlığında “geçim ihtiyacı” ortak bir düşünce olsa da talebin kaynağına göre koşullar değişir. Eşler arasındaki birlik yükümlülüğü, boşanma sonrası yoksulluk, çocuğun bakım hakkı ve hısımlar arasındaki yardım borcu aynı dava sebebi değildir. Bu nedenle talebin kimin yararına, hangi dönem için ve hangi aile ilişkisine dayanılarak istendiği başta belirlenmelidir.

Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, dava süresince eşlerin geçimi ve çocukların bakımına ilişkin geçici önlemleri kendiliğinden alabilir. Tedbir nafakası, nihai kusur değerlendirmesinden önce mevcut yaşam ve bakım ihtiyacını karşılamaya yöneliktir. Ortak yaşamın haklı sebeple sona erdiği durumda da eşlerin parasal katkıları ve geçim düzeni hakkında önlem alınabilir. Talep, dava tarihindeki barınma, gelir, gider ve bakım koşullarına dayanır.

Yoksulluk nafakası boşanmanın kesinleşmesinden sonraki döneme ilişkindir. Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak şartıyla diğer eşten mali gücü oranında nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün boşanmada kusurlu olması aranmaz. Yoksulluk, yalnız hiçbir gelir bulunmaması değildir; zorunlu ve makul yaşam ihtiyaçlarının karşılanıp karşılanamadığı somut koşullarda değerlendirilir. Talep edenin kusuru karşı taraftan ağırsa nafaka verilmez.

Maddi tazminat veya nafakanın irat olarak ödenmesine karar verilebilir. İrat, alacaklının yeniden evlenmesi veya taraflardan birinin ölümüyle kendiliğinden kalkar. Alacaklının evlenmeden fiilen evli gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması veya haysiyetsiz hayat sürmesi hâlinde mahkeme kararıyla kaldırılır. Tarafların mali durumunun değişmesi veya hakkaniyet gereği irat artırılabilir ya da azaltılabilir. Hâkim, gelecek yıllarda uygulanacak artış miktarını kararda belirleyebilir.

Çocuğun bakım ve eğitim giderleri ana ve baba tarafından karşılanır. Velayet kendisine verilmeyen taraf, gücü oranında bu giderlere katılır; nafaka miktarı çocuğun ihtiyaçları, yaşam koşulları,

ebeveynlerin ödeme güçleri ve çocuğun varsa gelirleri dikkate alınarak belirlenir. Bakım borcu kural olarak erginliğe kadar sürer. Çocuk ergin olduğu hâlde eğitimi devam ediyorsa ana ve baba, durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde eğitim sona erinceye kadar bakmakla yükümlüdür. Ergin çocuğun talebi kendi adına ileri sürülür.

Yardım nafakasında herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek üstsoyu, altsoyu ve kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür. Kardeşlerin yükümlülüğü refah içinde bulunmalarına bağlıdır. Dava, mirasçılıktaki sıra gözetilerek açılır; davacının geçinmesi için gerekli ve karşı tarafın mali gücüne uygun yardım miktarı belirlenir. Korunmaya muhtaç kişilere bakan resmî veya kamuya yararlı kurumlar da yaptıkları giderler için nafaka yükümlüsüne başvurabilir.

Usul bakımından nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Koşulların değişmesi, geçmiş döneme ilişkin tahakkuk, çocuk adına kimin dava açacağı ve birden fazla yükümlünün sırası ayrıca incelenmelidir. Avukat, bordro veya tek bir gelir belgesiyle yetinmeden düzenli gelirleri, malvarlığını, zorunlu giderleri ve bakmakla yükümlü olunan kişileri ortaya koymalı; talep edilen tutarın ihtiyaca ve ödeme gücüne nasıl bağlandığını açıklamalıdır. Doğru tür seçimi, aynı ihtiyacın yanlış hukuki dayanakla istenmesini önler.

5.4.1 · Yasal Mirasçılar

Zümre, Halefiyet ve Sağ Kalan Eş Payının Birlikte Hesaplanması

KISACA

Yasal mirasçılıkta kan hısımları zümreler hâlinde sıralanır. Birinci zümre mirasbırakanın altsoyudur; çocuklar eşit pay alır ve önce ölen çocuğun yerini kendi altsoyu alır. Altsoy yoksa ana-baba zümresi, onlar ve onların altsoyu üzerinden aynı halefiyet mantığıyla mirasçı olur. Bu zümre de yoksa büyük ana ve büyük babalar ile altsoyları gündeme gelir. Önceki zümrede mirasçı bulunması sonraki zümreyi dışlar. Sağ kalan eş, bulunduğu zümreye göre pay alır: altsoy yanında dörtte bir, ana-baba zümresi yanında yarı, büyük ana-büyük baba zümresi yanında dörtte üç; bu hısımlar yoksa mirasın tamamı eşe kalır. Evlatlık ve altsoyu, evlat edinene kan hısımı gibi mirasçı olur; evlat edinen ile hısımları evlatlığa mirasçı olmaz. Hiç mirasçı bulunmazsa Devlet mirasçı olur. Avukat, nüfus bağını ölüm sırasıyla ve halefiyetle birlikte soy ağacı üzerinde çözmelidir.

Yasal miras payı hesabı, mirasbırakana en yakın kişileri tek tek saymakla değil, zümre sistemini doğru işletmekle yapılır. Önce mirasbırakanın altsoyunun bulunup bulunmadığına bakılır. Çocuklar eşit mirasçıdır. Mirasbırakandan önce ölen çocuğun payı ortadan kalkmaz; her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyuna geçer. Böylece torunun payı, yaşayan çocuklarla doğrudan eşitlikten değil, temsil ettiği kolun payından doğar.

Altsoy yoksa ikinci zümre olan ana ve baba mirasçı olur ve eşit pay alır. Ana veya baba daha önce ölmüşse onun yerini kendi altsoyu alır. Bir tarafta hiç mirasçı bulunmazsa bütün miras diğer taraftaki mirasçılara geçer. Bu zümrede kardeşler, ana veya babanın halefi olarak mirasçıdır; bağımsız bir zümre oluşturmaz. Kardeş çocuğunun payı da aynı kol içindeki halefiyetle belirlenir.

Birinci ve ikinci zümrede mirasçı yoksa büyük ana ve büyük babalar ile onların altsoyları üçüncü zümreyi oluşturur. Ana ve baba tarafındaki büyük ana ve büyük babalar eşit pay alır; önce ölenin yerini altsoyu alır. Sağ kalan eş varsa, büyük ana veya büyük babalardan birinin daha önce ölmüş bulunması ve altsoyunun olmaması hâlinde payın aynı taraftaki diğer kola, o tarafta da kimse yoksa diğer tarafa geçmesine ilişkin özel dağılım uygulanır. Zümre sistemi, sonraki zümrenin ancak önceki zümrede mirasçı bulunmaması hâlinde devreye girmesini sağlar.

Sağ kalan eş zümre dışında kalan, fakat payı birlikte bulunduğu zümreye göre değişen yasal mirasçıdır. Altsoy ile birlikte mirasın dörtte birini; ana-baba zümresiyle birlikte yarısını; büyük ana ve büyük babalar ile onların çocuklarıyla birlikte dörtte üçünü alır. Bu hısımlardan hiçbiri yoksa mirasın tamamı eşe kalır. Pay hesabından önce evliliğin ölüm anında hukuken devam edip etmediği ve boşanma davasının ölümle doğurduğu özel sonuçlar incelenmelidir.

Evlatlık ve altsoyu, evlat edinene kan hısımı gibi mirasçı olur. Evlatlığın kendi ailesindeki mirasçılığı da devam eder. Buna karşılık evlat edinen ve onun hısımları evlatlığa mirasçı olamaz. Bu tek yönlü sonuç,

evlat edinme bağının kan hısımlığıyla tamamen aynı olmadığını gösterir. Mirasçı bırakmaksızın ölen kişinin mirası Devlete geçer; Devletin sorumluluğu tereke mallarıyla sınırlıdır.

Evlilik dışı doğmuş ve soybağı tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmuş çocuk, baba yönünden evlilik içi çocuk gibi mirasçı olur. Hısımlık iddiasının soybağı kaydıyla uyumu bu nedenle pay hesabından önce çözülmelidir. Ceninin sağ doğma koşuluna bağlı mirasçılığı ve ölüm sırası belirlenemeyen kişilerin aynı anda ölmüş sayılması da mirasçı çevresini değiştirebilir.

Avukatın çalışma yöntemi ölüm tarihini sabitlemek, o tarihteki evlilik ve soybağı durumunu belgelemek, birinci zümreden başlayarak kolları çizmek ve önce ölenlerin altsoyunu yerlerine yerleştirmektir. Sağ kalan eşin payı bundan sonra ilgili zümreye göre ayrılır. Böyle bir sıra, kardeş veya torunun mirasçılığını yakınlık derecesiyle kestirmeden belirleme ve aynı payı iki kez hesaba katma hatalarını önler.

5.4.2 · Ölüme Bağlı Tasarruflar

Miras İradesinin Ehliyet, Şekil ve İçerik Bakımından Kurulması

KISACA
Mirasbırakan, tasarruf edilebilir kısmı vasiyetname veya miras sözleşmesiyle düzenleyebilir. Vasiyetname için on beş yaşını doldurma ve ayırt etme gücü; miras sözleşmesi için erginlik, ayırt etme gücü ve kısıtlı olmama gerekir. Vasiyetname resmî, el yazılı veya olağanüstü durumda sözlü biçimde yapılabilir; her şeklin kendine özgü kurucu koşulları vardır. Miras sözleşmesi resmî vasiyetname biçiminde ve tarafların iradelerini görevliye ve tanıklara birlikte açıklamasıyla kurulur. Tasarrufla mirasçı atanabilir, belirli mal bırakılabilir, koşul veya yükleme öngörülebilir, yedek veya art mirasçı belirlenebilir ve vakıf kurulabilir. Hukuka veya ahlâka aykırı koşullar tasarrufu geçersiz kılabilir. Ehliyetsizlik, irade sakatlığı, hukuka aykırı içerik ve şekil eksikliği iptal sebebidir; iptal davası süreye tabidir. Avukat, metnin yorumundan önce tasarruf türünü, düzenleme tarihindeki ehliyeti ve seçilen şeklin bütün koşullarını doğrulamalıdır.

Ölüme bağlı tasarruf, ölümden sonra sonuç doğuracak iradenin kanunun tanıdığı şekil ve sınırlar içinde açıklanmasıdır. İlk ayrım vasiyetname ile miras sözleşmesi arasındadır. Vasiyetname tek taraflıdır ve mirasbırakan tarafından kanundaki usullerle geri alınabilir. Miras sözleşmesi ise karşılıklı irade içerir ve sözleşmeden dönme veya tasarruf özgürlüğüne etkisi özel kurallara tabidir.

Vasiyetname yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve on beş yaşını doldurmuş olmak gerekir. Miras sözleşmesi için ayırt etme gücü yanında ergin olmak ve kısıtlı bulunmamak aranır. Ehliyet düzenleme anına göre değerlendirilir. Yaş veya kısıtlılık resmî kayıtlarla, ayırt etme gücü ise tasarrufun yapıldığı tarihteki sağlık ve davranış verileriyle ilişkilendirilmelidir.

Resmî vasiyetname, resmî memur tarafından iki tanığın katılmasıyla düzenlenir. Mirasbırakan arzularını memura bildirir; metin okunur, imzalanır ve tanıklar huzurunda son arzuları içerdiği açıklanır. Okuyamayan veya imzalayamayan kişi için metnin tanıklar önünde okunmasına dayanan ayrı usul uygulanır. Kanunda sayılan yakınlar, ilgililer ve kamu hizmetinden yasaklı kişiler memur veya tanık olamaz; düzenlemeye katılanlara ve belirli yakınlarına kazandırma yapılamaz.

El yazılı vasiyetnamenin baştan sona mirasbırakanın el yazısıyla yazılması, yıl, ay ve gün gösterilerek tarih atılması ve imzalanması gerekir. Saklanmak üzere notere veya yetkili makama bırakılabilir. Sözlü vasiyet ancak yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü koşullar yüzünden diğer şekillerden biri yapılamıyorsa mümkündür. Mirasbırakan son arzularını iki tanığa anlatır; tanıklar beyanı gecikmeksizin yazıya geçirip mahkemeye verir veya hâkime sözlü olarak bildirir. Sonradan diğer şekillerde vasiyet yapma imkânı doğar ve üzerinden bir ay geçerse sözlü vasiyet hükümden düşer.

Miras sözleşmesi resmî vasiyetname şeklinde düzenlenir. Taraflar arzularını resmî memura aynı anda bildirir ve düzenlenen sözleşmeyi memur ile iki tanık önünde imzalar. Sözleşmeyle mirasçı atama veya

belirli mal bırakma borcu üstlenilebilir. Taraflar yazılı anlaşmayla sözleşmeyi kaldırabilir; mirasçılıktan çıkarma sebebi oluşturan davranış varsa tek taraflı dönme imkânı doğabilir. Karşılıklı edimler içeren sözleşmede edim yerine getirilmezse borçlar hukukundaki dönme yolları uygulanabilir.

Tasarrufun içeriğinde mirasçı atama, belirli mal bırakma, yedek veya art mirasçı belirleme, koşul ve yükleme, vakıf kurma ya da mirasçılıktan çıkarma bulunabilir. Anlamsız, yalnız başkasını rahatsız eden veya hukuka ya da ahlâka aykırı koşul ve yüklemeler tasarrufu etkiler. Metnin gerçek iradeyi yansıtmadığı iddiasında yorum, tasarrufu mümkün olduğu ölçüde ayakta tutacak biçimde yapılırken kanuni şekil sınırı korunur.

Tasarruf ehliyetsizlik, yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama, hukuka ya da ahlâka aykırı içerik ve şekil eksikliği nedeniyle iptal edilebilir. Dava hakkı, tasarrufu, iptal sebebini ve hak sahipliğini öğrenmeden itibaren bir yıl; iyiniyetli davalılara karşı her hâlde on, iyiniyetli olmayanlara karşı yirmi yıl içinde kullanılmalıdır. İptal kendiliğinden sonuç doğurmaz; dava ve taraf kapsamı önemlidir. Avukat, vasiyetnamenin açılması ile iptalini, tenkis ile yorumunu aynı işlem gibi görmeden her talebin koşullarını ayrı kurmalıdır.

5.4.3 · Saklı Pay ve Tenkis

Tasarruf Oranının Hesabı ve Saklı Pay İhlalinin Giderilmesi

KISACA
Mirasbırakan, saklı paylı mirasçıların korunan kısmı dışında kalan tereke üzerinde tasarruf edebilir. Saklı paylı mirasçılar altsoy, ana ve baba ile sağ kalan eştir. Altsoyun saklı payı yasal payının yarısı, ana ve babanın her biri için yasal payın dörtte biri; sağ kalan eş için altsoy veya ana-baba zümresiyle birlikte bulunduğunda yasal payın tamamı, diğer hâllerde dörtte üçüdür. Tasarruf edilebilir kısım, ölüm anındaki terekenin borçlar, cenaze giderleri, mühürleme ve yazım masrafları ile birlikte yaşayanların üç aylık geçim gideri düşüldükten sonraki değeri üzerinden hesaplanır; kanunda sayılan sağlararası kazandırmalar hesaba eklenir. Saklı pay karşılığını alamayan mirasçı, tasarrufların indirimi için tenkis davası açar. İndirim belirli sıraya göre yapılır ve bölünmez malda seçim sonuçları doğabilir. Avukat, net tereke, eklenecek değer, saklı pay oranı, kazandırma sırası ve dava süresini ayrı hesap adımları olarak göstermelidir.

Tenkis davası, ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olduğunu ileri sürmez; geçerli kazandırmanın mirasbırakanın tasarruf edebileceği sınırı aşan bölümünü saklı pay ölçüsünde indirir. Bu nedenle hesap, kimin saklı paylı mirasçı olduğunu ve yasal payını belirlemekle başlar. Altsoy, ana ve baba ile sağ kalan eş saklı pay sahibidir. Kardeşlerin saklı payı yoktur.

Altsoy için saklı pay yasal miras payının yarısıdır. Ana ve babanın her biri için yasal payın dörtte biri korunur. Sağ kalan eş altsoy veya ana-baba zümresiyle birlikte mirasçıysa yasal payının tamamı; diğer durumlarda yasal payının dörtte üçü saklı paydır. Bu oranlar doğrudan tereke oranı değildir. Önce somut aile yapısına göre yasal pay hesaplanır, sonra ilgili saklı pay oranı bu paya uygulanır.

Tasarruf edilebilir kısmın hesabında mirasbırakanın ölüm günündeki tereke değeri esas alınır. Borçlar, cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi ve yazımı giderleri ile mirasbırakanla birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kişilerin üç aylık geçim giderleri terekeden indirilir. Buna karşılık denkleştirmeye tabi kazandırmalar ve kanunun tenkise tabi tuttuğu bazı sağlararası kazandırmalar hesap değerine eklenir. Hayat sigortası alım değerinin de kanundaki esaslarla hesaba katılması mümkündür.

Mirasbırakanın mirasçılık sıfatını kaybeden kişiye yasal payına mahsuben yaptığı kazandırmalar, geri verilmemek kaydıyla altsoya malvarlığı devri veya borçtan kurtarma, alışılmışın dışındaki çeyiz ve kuruluş sermayesi, ölümden önceki bir yıl içinde yapılan olağan dışı bağışlar ve saklı pay kurallarını etkisiz kılma amacı açık olan kazandırmalar tenkis hesabına girebilir. İyiniyetli kazandırma lehtarı, mirasın açıldığı anda elinde kalan miktarla sorumlu olabilir; iyiniyet yoksa sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre daha geniş iade gündeme gelir.

Tenkis, saklı payı karşılanmayan mirasçının talebiyle uygulanır. Önce ölüme bağlı tasarruflar, yetmezse en yeni tarihliden en eskiye doğru sağlararası kazandırmalar indirilir. Kamu tüzel kişileri ile kamuya yararlı dernek ve vakıflara yapılan kazandırmalar bakımından kanunun belirlediği son sıra gözetilir. Bir

kazandırma bölünmeden tenkise tabi tutulamıyorsa lehtar, tasarruf edilebilir kısım değerini ödeyerek malı tutma veya tenkise tabi kısmın değerini alarak malı verme seçeneklerinden yararlanabilir. Malın karar tarihindeki değeri hesapta önem taşır.

Dava hakkı, saklı payın zedelendiğinin öğrenildiği tarihten başlayarak bir yıl; her hâlde vasiyetnamelerde açılma, diğer tasarruflarda mirasın açılması tarihinden itibaren on yıl geçmekle düşer. Bir tasarrufun iptali önceki bir tasarrufu yürürlüğe sokarsa süreler iptal kararının kesinleşmesinden başlar. Tenkis iddiası, bir talebe karşı defi olarak her zaman ileri sürülebilir.

Avukatın hesap sunumu şeffaf olmalıdır: ölüm anı malvarlığı, indirilecek borç ve giderler, eklenecek kazandırmalar, her mirasçının yasal ve saklı payı, fiilen aldığı değer ve ihlal miktarı gösterilir. Sonra hangi tasarrufun hangi sırayla azaltılacağı belirlenir. Bu sıra kurulmadan yalnız “saklı pay ihlal edildi” demek, hem talep miktarını hem doğru davalı çevresini belirsiz bırakır.

5.4.4 · Mirasın Geçmesi

Ölümle Kendiliğinden Kazanım, Ret ve Terekenin Korunması

KISACA

Miras, mirasbırakanın ölümüyle ve son yerleşim yerinde açılır. Yasal ve atanmış mirasçılar terekeyi kanun gereğince bir bütün olarak kazanır; mülkiyet, alacaklar, diğer malvarlığı hakları ve zilyetlik geçerken borçlardan kişisel sorumluluk da doğar. Mirasçı üç ay içinde mirası reddedebilir; yasal mirasçı için süre kural olarak ölümü öğrendiği, atanmış mirasçı için tasarrufun kendisine bildirildiği tarihten başlar. Ölüm tarihinde mirasbırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmişse miras reddedilmiş sayılır. Terekeye olağan yönetim dışı müdahale ret hakkını kaybettirebilir. Sulh hâkimi terekenin korunması, yazımı, mühürlenmesi ve gerektiğinde resmî yönetim için önlem alır. Mirasçılık belgesi geçici hak sahipliğini gösterir; üstün hak iddiası saklıdır. Tereke veya tereke malını elinde tutan mirasçı olmayana karşı miras sebebiyle istihkak davası açılabilir. Avukat, kazanımın kendiliğindenliğini kabul, ret ve koruma işlemleriyle karıştırmamalıdır.

Miras hukukunda intikal için mirasçının kabul beyanı beklenmez. Mirasbırakanın ölümüyle miras açılır ve mirasçılar terekeyi bir bütün olarak kanun gereği kazanır. Bu kazanım taşınır ve taşınmaz mülkiyetini, alacakları, diğer malvarlığı haklarını ve zilyetliği kapsar; mirasçılar borçlardan da kişisel olarak sorumlu olur. Tescil veya teslim, bazı hakların üçüncü kişilere karşı kullanılmasında gerekli olsa da mirasçılığın ölüm anında doğması ilkesini değiştirmez.

Miras, mirasbırakanın son yerleşim yerinde açılır. Ölüme bağlı tasarrufların iptali veya tenkisi, mirasın paylaşılması ve miras sebebiyle istihkak davaları bu yer mahkemesinde görülür. Kazandırmalar ve paylaşmalar, mirasın açıldığı andaki tereke durumu ve değerleri üzerinden değerlendirilir. Mirasçı olabilmek için ölüm anında sağ olmak gerekir; cenin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur.

Yasal ve atanmış mirasçı mirası reddedebilir. Süre üç aydır. Yasal mirasçı için, mirasçı olduğunu daha sonra öğrendiğini ispat etmedikçe ölümün öğrenildiği tarihte; vasiyetnameyle atanmış mirasçı için tasarrufun resmen bildirildiği tarihte başlar. Ret sulh mahkemesine sözlü veya yazılı beyanla yapılır ve kayda geçirilir. Koşula bağlı ya da kısmi ret geçerli değildir. Süresinde reddetmeyen mirasçı mirası kayıtsız şartsız kazanır.

Mirasçı, ret süresi dolmadan tereke işlerine olağan yönetimin gerektirmediği biçimde karışır, malları gizler veya kendisine mal ederse ret hakkını kaybedebilir. Zamanaşımı veya hak kaybını önlemek için yapılan zorunlu işlemler bu kapsamda değildir. Ölüm tarihinde mirasbırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmişse miras reddedilmiş sayılır. En yakın yasal mirasçıların tamamının reddi hâlinde tereke sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye edilir; artan değer ret olmamış gibi hak sahiplerine verilir.

Sulh hâkimi mirasçıların ve terekenin haklarını korumak üzere gerekli önlemleri kendiliğinden alır. Terekenin yazımı, mühürlenmesi, resmen yönetilmesi ve vasiyetnamelerin açılması bu kapsamdadır.

Mirasçılardan biri uzun süredir bulunamıyor ve temsilcisi yoksa ya da mirasçı çevresi belirsizse resmî yönetim kararı verilebilir. Vasiyetname teslim edildiğinde sulh hâkimi tarafından açılır ve ilgililere bildirilir.

Yasal mirasçılar ile atanmış mirasçılara başvuru üzerine mirasçılık sıfatını gösteren belge verilir. Bu belge kesin hüküm yaratmaz; daha üstün hak iddiasıyla geçersizliğinin ileri sürülmesi mümkündür. Terekeyi veya terekeye ait malı mirasçı olmadığı hâlde elinde bulunduran kişiye karşı miras sebebiyle istihkak davası açılabilir. Hâkim davacının istemi üzerine hakkın korunması için güvence ve tapu şerhi gibi önlemler alabilir. İyiniyetli ve iyiniyetli olmayan zilyet bakımından geri verme yükümü farklı hükümlerle belirlenir.

Avukatın ölüm sonrası dosyasında ölüm ve son yerleşim yeri, mirasçı sıfatı, ret süresi, terekeye yapılan müdahaleler ve koruma ihtiyacı kronolojik olarak kurulmalıdır. Mirasçılık belgesine sahip olmak her itirazı kapatmadığı gibi, tereke malının fiilen elde bulunması da mirasçılık yaratmaz. Doğru yol; geçiş, ret, yönetim ve istihkak meselelerini ayrı hukuki sonuçlar olarak ele almaktır.

5.4.5 · Mirasın Paylaşılması

Elbirliği Ortaklığının Paylaştırma ve Denkleştirmeyle Sona Erdirilmesi

KISACA

Birden çok mirasçı varsa ölümle birlikte tereke üzerinde elbirliği ortaklığı doğar. Mirasçılar, paylaşmaya kadar tereke haklarına birlikte sahip olur ve borçlardan müteselsilen sorumludur. Her mirasçı, sözleşme veya kanun gereği ortaklığın sürmesi zorunlu değilse her zaman paylaşma isteyebilir. Paylaşma aynen, satışla veya anlaşmayla yapılabilir; hâkim mümkün olduğunca mallardan eşit değerli paylar oluşturur, değer farkını para ile giderir. Bölünmesi değer kaybına yol açacak mal satılarak bedeli bölüştürülebilir. Aile konutu ve ev eşyası, tarımsal işletme, özellik taşıyan eşya ve alacaklar için özel özgüleme kuralları bulunur. Mirasbırakanın sağlararası karşılıksız kazandırmaları, aksi açıkça belirtilmemişse bazı mirasçılar bakımından denkleştirmeye tabi olabilir. Paylaşmadan sonra mirasçılar paylarına düşen mallar için satıcı gibi birbirine karşı sorumlu olur; tereke borçlarındaki müteselsil sorumluluk belirli süre devam eder. Avukat, paylaşma ile denkleştirme, tenkis ve borç tasfiyesini ayrı hesaplamalıdır.

Mirasın açılması, birden fazla mirasçı bulunuyorsa belirli malların hemen bireysel paylara geçmesi sonucunu doğurmaz. Mirasçılar, terekeye giren bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık içinde elbirliğiyle hak sahibi olur. Sözleşmeden veya kanundan doğan temsil ve yönetim yetkileri saklı olmak üzere tereke üzerinde birlikte tasarruf ederler. Mirasçılardan biri istemde bulunursa sulh mahkemesi paylaşmaya kadar bir temsilci atayabilir.

Her mirasçı, sözleşme veya kanun gereği ortaklığı sürdürme yükümlülüğü yoksa paylaşmayı her zaman isteyebilir. Belirli malların aynen paylaşılması veya satış yoluyla bedelin bölüşülmesi talep edilebilir. Derhâl paylaşma malın ya da terekenin değerini önemli ölçüde azaltacaksa hâkim paylaşmayı erteleyebilir. Ana rahmindeki çocuk veya mirasçı çevresine ilişkin belirsizlik de paylaşmanın ertelenmesini gerektirebilir.

Paylaşmada eşitlik, her mirasçıya her maldan aynı fiziksel kısmı vermek değildir. Mirasçılar paylaşmanın nasıl yapılacağını serbestçe kararlaştırabilir; anlaşma yoksa hâkim yerel âdetleri, kişisel durumları ve çoğunluğun arzusunu gözeterek mallardan paylar oluşturur. Paylar arasındaki değer farkı para eklenerek giderilir. Bir mal değerinde önemli azalma olmadan bölünemiyorsa bütün olarak mirasçılardan birine özgülenebilir; uyuşmazlık sürerse satılır. Satışın mirasçılar arasında artırmayla mı, herkese açık artırmayla mı yapılacağı koşullara göre belirlenir.

Aile konutu ve ev eşyası bakımından sağ kalan eş, bunların kendi miras payına mahsuben mülkiyetinin verilmesini isteyebilir; haklı sebepler varsa intifa veya oturma hakkı tanınabilir. Tarımsal işletmelerin ekonomik bütünlüğünün korunmasına ilişkin özel hükümler ve özgüleme koşulları ayrıca uygulanır. Mirasbırakan için özel anı değeri taşıyan veya aile belgeleri niteliğinde bulunan eşya, sırf piyasa değeri üzerinden ele alınmaz.

Denkleştirme, mirasbırakanın sağlığında yaptığı bazı karşılıksız kazandırmaların miras payı hesabında geri getirilmesini sağlar. Yasal mirasçılar, miras paylarına mahsuben aldıkları kazandırmaları denkleştirmekle yükümlüdür. Altsoya yapılan çeyiz, kuruluş sermayesi, malvarlığı devri veya borçtan kurtarma gibi kazandırmalar, mirasbırakan aksini açıkça belirtmedikçe denkleştirmeye tabidir. Mirasçı aynen geri verme veya değerini payına mahsup ettirme yollarından birini seçebilir. Denkleştirme, saklı payı aşan tasarrufun indirilmesini amaçlayan tenkisten farklıdır.

Paylaşma sözleşmesinin yazılı yapılması gerekir. Mirasçıların tereke mallarını aralarında fiilen bölüşmesi veya yazılı sözleşmeyle payları belirlemesi paylaşmayı bağlayıcı hâle getirir. Paylaşmadan sonra mirasçılar, paylarına düşen mallar bakımından birbirlerine karşı satım hükümlerine benzer ayıp ve zapttan sorumluluk taşır. Tereke borçları için müteselsil sorumluluk, paylaşma sözleşmesinde alacaklının onayıyla farklı düzenleme yoksa paylaşmadan veya borcun muacceliyetinden itibaren beş yıl sürer.

Avukatın paylaşma dosyası önce tereke kapsamını ve borçları, sonra miras paylarını, denkleştirme kalemlerini ve özgüleme taleplerini ortaya koymalıdır. Tenkis alacağı, denkleştirme yükümü ve belirli malın aynen verilmesi aynı hesapta eritilmemelidir. Paylaşmanın amacı yalnız malları dağıtmak değil, elbirliği ortaklığını bütün hak ve borç sonuçlarıyla düzenli biçimde sona erdirmektir.

5.5.1 · Zilyetlik

Fiilî Hâkimiyetin Korunması ve Hak Karinesinin Sınırları

KISACA

Zilyetlik, eşya üzerinde fiilî hâkimiyet kurulmasıdır ve mülkiyetin varlığından bağımsız korunur. Bir kişi malı malik sıfatıyla, diğeri kira veya saklama gibi sınırlı hakla elinde bulunduruyorsa asli ve fer'î zilyetlik; hâkimiyet doğrudan ya da başkası aracılığıyla sürüyorsa dolaysız ve dolaylı zilyetlik ayrımları doğar. Zilyetlik eşyanın veya teslim araçlarının devriyle, bazı hâllerde anlaşmayla kazanılabilir. Gasp edilen zilyet, koşulları içinde kuvvet kullanarak savunma yanında geri verme davası; saldırıya uğrayan zilyet saldırının sona erdirilmesi, sebebinin önlenmesi ve zararın giderilmesini isteyebilir. Süreler fiil ve failin öğrenilmesinden itibaren iki ay, her hâlde fiilden itibaren bir yıldır. Taşınır zilyedi malik sayılır; iyiniyetli kazanım ve kaybedilen veya çalınan eşyanın geri istenmesi özel kurallara bağlıdır. Avukat, zilyetlik korumasını mülkiyet davasıyla karıştırmadan fiilî hâkimiyet, ihlal türü, iyiniyet ve süre üzerinden talep kurmalıdır.

Zilyetlik davasında öncelikle kimin malik olduğu değil, uyuşmazlıktan önce eşya üzerinde fiilî hâkimiyeti kimin hangi sıfatla kullandığı araştırılır. Zilyetlik, bir şey üzerinde fiilî hâkimiyet bulunmasıdır. Taşınmaz üzerindeki irtifak hakları ve taşınmaz yüklerinde hakkın fiilen kullanılması da zilyetlik sayılır. Geçici engel veya kesinti, hâkimiyeti kullanma iradesi sürdüğü müddetçe zilyetliği hemen sona erdirmez.

Bir eşyanın zilyedi onu sınırlı ayni veya kişisel hak kurmak amacıyla başkasına teslim ederse iki zilyetlik katmanı oluşur. Teslim eden asli, alan fer'î zilyettir. Eşyayı doğrudan elinde bulunduran dolaysız, başka kişi aracılığıyla hâkimiyeti sürdüren dolaylı zilyettir. Bu ayrımlar, koruma talebini kimin ileri sürebileceğini ve eşyanın iadesinin hangi ilişki içinde isteneceğini etkiler.

Zilyetlik eşyanın kendisinin veya eşya üzerinde hâkimiyet sağlayan araçların teslimiyle devredilir. Hazır olmayan eşya bakımından üçüncü kişiye bildirim, zilyetliğin devrine yarayabilir. Teslimsiz devirde eşyayı devreden özel bir hukuki ilişkiye dayanarak elinde tutmaya devam eder. Emtia senetlerinin teslimi bazı malların zilyetliğinin devri sonucunu doğurur. Avukat, mülkiyet sözleşmesi ile fiilî hâkimiyetin gerçekten hangi anda ve hangi araçla geçtiğini ayrı incelemelidir.

Zilyet, gasp ve saldırıya karşı kuvvet kullanabilir; ancak durumun haklı göstermediği ölçüde güç kullanamaz. Gasp hâlinde taşınmazı el koyanı kovarak, taşınırı eylem sırasında veya kaçarken yakalayarak geri alabilir. Yargısal korumada gasp edilen zilyet, eşyayı gasp edenden geri verilmesini ister. Davalı üstün bir hakka sahip olduğunu derhâl ispat etmedikçe iade yükümlülüğünden kaçınamaz. Saldırıda ise zilyet saldırının sona erdirilmesini, sebebinin önlenmesini ve zararın giderilmesini talep edebilir.

Gasp ve saldırı davaları kısa sürelidir. Zilyet fiili ve faili öğrendiği tarihten başlayarak iki ay, her hâlde fiilden başlayarak bir yıl içinde dava açmalıdır. Bu koruma, esas hakkın daha sonra ayrı davada tartışılmasını engellemez. Zilyetliğe dayalı hızlı korumanın amacı, kişilerin üstün hak iddiasıyla fiilî durumu zorla değiştirmelerini önlemektir.

Taşınırın zilyedi onun maliki sayılır. Önceki zilyetler bakımından da hak karinesi doğabilir. Bir taşınırı iyiniyetle ve mülkiyet amacıyla devralan kişi, devredenin yetkisi olmasa bile kanunun koruduğu durumlarda malik olur. Buna karşılık çalınmış, kaybolmuş veya irade dışında elden çıkmış taşınır, beş yıl içinde iyiniyetli zilyetten geri istenebilir. Eşya açık artırma, pazar veya benzeri mal satan kişiden edinilmişse geri verme, ödenen bedelin iadesine bağlanır. Para ve hamiline yazılı senetlerde özel koruma vardır.

İyiniyetli zilyet, varsaydığı hakka uygun kullandığı şey için tazminat ödemez; zorunlu ve yararlı giderleri isteyebilir ve ödeme yapılana kadar şeyi alıkoyabilir. İyiniyetli olmayan zilyet geri verme, zarar ve elde etmeyi ihmal ettiği ürünler bakımından daha geniş sorumluluk taşır. Dava hazırlanırken ihlalin gasp mı saldırı mı olduğu, koruma süresi, zilyetlik türü, eşyanın irade dışı çıkıp çıkmadığı ve mevcut zilyedin iyiniyeti ayrı vakıa kümeleri olarak kurulmalıdır.

5.5.2 · Tapu Sicili

Tescil Talebi, Sicile Güven ve Yolsuz Kaydın Düzeltilmesi

KISACA

Tapu sicili taşınmazlar üzerindeki ayni hakları açıklar; kütükler, yevmiye defteri, dayanak belgeler ve planlardan oluşur. Taşınmazın kaydı için sınır ve hukuki durumunun belirlenmesi gerekir. Ayni haklar kural olarak tescille doğar; tescil, tasarruf yetkisine sahip kişinin yazılı talebi ve geçerli hukuki sebep üzerine yapılır. Terkin hakkı sona erdirir, değişiklikler de sicil işlemi gerektirir. Kanunun öngördüğü kişisel haklar şerhle sonraki hak sahiplerine karşı ileri sürülebilir; tasarruf yetkisi sınırlamaları ve geçici tescil şerhi ayrı işlev taşır. Sicil herkese açıktır ve kimse kaydı bilmediğini ileri süremez. Sicile iyiniyetle güvenerek ayni hak kazanan üçüncü kişinin kazanımı korunurken, yolsuz tescili bilen veya bilmesi gereken kişi bu korumadan yararlanamaz. Ayni hakkı yolsuz kayıttan zedelenen kişi sicilin düzeltilmesini dava edebilir. Sicilin tutulmasından doğan zarardan Devlet sorumludur. Avukat, tescilin hukuki sebebini, yevmiye anını, iyiniyeti ve düzeltme talebini belge zinciri içinde incelemelidir.

Tapu sicili uyuşmazlığında görünen kayıt ile kaydın dayandığı hukuki sebep birlikte incelenir. Sicil, tapu kütüğü ve kat mülkiyeti kütüğü ile bunları tamamlayan yevmiye defteri, belgeler ve planlardan oluşur. Taşınmazların sınırları plan ve arz üzerindeki işaretlerle belirlenir; çelişki hâlinde kural olarak plan esas alınır. Sicilin aleniyeti, ilgisini inanılır kılan kişinin kayıt ve dayanak belgeleri inceleyebilmesini sağlar ve kimsenin sicildeki kaydı bilmediği savunmasını engeller.

Ayni hakkın kurulması ve devri kural olarak tescile bağlıdır. Tescil, tasarrufa konu taşınmaz malikinin yazılı beyanıyla yapılır; kanundan veya kesinleşmiş mahkeme kararından doğan kazanımlarda hak sahibi tek taraflı istemde bulunabilir. İstem yapanın tasarruf yetkisi ile hukuki sebebi belgelendirilmelidir. Hukuki sebep geçersizse veya talepte bulunan yetkisizse tescil yolsuz olur. Tescil tarihi, istemin yevmiye defterine kaydedildiği ana bağlanır; başvuruların sırası hakların sırasını da etkiler.

Bir ayni hakkın sona ermesi terkinle sicile yansıtılır. Hak sahibi yazılı terkin isteminde bulunur; hak kendiliğinden sona ermişse malik terkini talep edebilir. Kaydın basit yazı yanlışlığı, ilgililerin yazılı rızası olmadan ancak mahkeme kararıyla düzeltilebilir; tapu memurunun açık yazı hatasını yönetmelik uyarınca düzeltme imkânı saklıdır. Sicil işleminin niteliğine göre tescil, terkin ve düzeltme talepleri birbirinden ayrılmalıdır.

Şerh, her kişisel hakkı ayni hakka dönüştürmez. Kanunun şerh edilebileceğini kabul ettiği arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım ve geri alım gibi haklar şerhle sonraki hak sahiplerine karşı ileri sürülebilir. Çekişmeli haklar ve tasarruf yetkisi kısıtlamaları da şerh edilebilir. İddia edilen ayni hakkın ispatlanması veya eksik belgelerin tamamlanması için geçici tescil şerhi, hak kaybını önleyen geçici koruma sağlar.

Sicile güven ilkesi, iyiniyetli üçüncü kişiyi korur. Tapu kütüğündeki kayda dayanarak mülkiyet veya başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin kazanımı korunur. Ancak tescilin yolsuz olduğunu bilen veya bilmesi gereken kişi iyiniyet iddiasında bulunamaz. İyiniyet yalnız içsel bilgisizlik değildir; işlem koşulları,

açık çelişkiler ve gerekli dikkat yükümlülüğü değerlendirilir. Kötü niyetli veya gerekli özeni göstermeyen kişi, gerçek hak sahibine karşı kayda dayanamaz.

Yolsuz tescil yüzünden ayni hakkı zedelenen kişi kaydın düzeltilmesini dava edebilir. Üçüncü kişinin sicile güvenle kazandığı hak ve kazandırıcı zamanaşımı hükümleri saklıdır. Düzeltme, mevcut ayni hak durumunu sicille uyumlu hâle getirmeyi amaçlar; sözleşmeden doğan ifa talebi veya tescile zorlama davası her zaman aynı nitelikte değildir. Davalı çevresi, kayıttan yararlanan hak sahiplerine göre belirlenmelidir.

Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur ve kusurlu görevlilere rücu eder. Bu sorumluluk davası, sicilin düzeltilmesiyle aynı amaç taşımaz; zarar, hukuka aykırı sicil faaliyeti ve nedensellik ayrıca ortaya konur. Avukat kayıt örnekleriyle yetinmeyip yevmiye sırasını, dayanak belgeleri, temsil ve tasarruf yetkisini, şerhleri ve üçüncü kişinin bilgi durumunu birlikte incelemelidir. Sicilin güven işlevi ancak gerçek hak ile işlem güvenliği arasındaki bu denge içinde anlaşılır.

5.5.3 · Mülkiyet

Malikin Yetkileri, Koruma Davaları ve Birlikte Mülkiyet Düzeni

KISACA

Mülkiyet, malike hukuk düzeninin sınırları içinde eşyayı kullanma, yararlanma ve üzerinde tasarruf etme yetkisi verir. Malik, haksız elinde bulundurana karşı istihkak; mülkiyet hakkına başka biçimde el atana karşı el atmanın önlenmesi davası açabilir. Mülkiyet asıl şeyin bütünleyici parçalarını ve aksi düzenlenmedikçe doğal ürünlerini kapsar; eklenti, yerel âdet veya malikin açık iradesiyle asıl şeye sürekli hizmet eden taşınırdır. Birden çok kişinin belirli paylarla malik olduğu paylı mülkiyette paydaş kendi payı üzerinde tasarruf edebilir, yönetim ve kullanım kararları işlemin önemine göre farklı çoğunluklara bağlanır. Elbirliği mülkiyetinde belirlenmiş pay bulunmaz ve hak ortaklığa giren malların tamamına yayılır. Ortaklığın giderilmesi aynen bölüşme veya satışla yapılır; uygunsuz zamanda istem sınırlandırılmıştır. Avukat, malikin koruma talebini zilyetlik davasından, pay üzerindeki bireysel yetkiyi ortak malın tamamına ilişkin tasarruftan ayırmalıdır.

Mülkiyet hakkı eşya üzerinde en geniş ayni yetkiyi sağlar, fakat bu yetki hukuk düzeninin sınırları içindedir. Malik eşyayı kullanabilir, ürünlerinden yararlanabilir ve devredebilir ya da sınırlı ayni hakla yükleyebilir. Yetkilerin genişliği, komşuluk hükümleri, kamu hukuku sınırlamaları, sözleşmesel borçlar ve başkalarının haklarıyla birlikte değerlendirilir.

Mülkiyetin korunmasında iki temel talep ayrılır. Eşya haklı bir sebep olmaksızın başkasının elindeyse malik istihkak davasıyla geri verilmesini ister. Eşya malikin elinde kalmakla birlikte hakkın kullanılması başka biçimde engelleniyor veya ihlal ediliyorsa el atmanın önlenmesi talebi gündeme gelir. Her iki davada davacı mülkiyetini, davalı ise elinde bulundurma veya müdahale için ileri sürdüğü hukuki sebebi ortaya koyar. Zilyetliğin hızlı korunmasına ilişkin kısa süreli davalar, mülkiyete dayalı bu taleplerden farklıdır.

Bir şeye malik olan, onun bütünleyici parçalarına da malik olur. Yerel âdete göre asıl şeyin temel unsuru olan ve ayrılması hâlinde asıl şey veya parça yok olacak, zarar görecek ya da yapısı değişecek unsur bütünleyici parçadır. Doğal ürünler ayrılıncaya kadar asıl şeyin kapsamındadır. Eklenti ise asıl şey malikinin iradesi veya yerel âdet gereği işletme, koruma veya yararlanma için asıl şeye sürekli özgülenen ve kullanımla bağlı bulunan taşınırdır. Geçici kullanım veya özel nitelik nedeniyle eklenti sayılmayan şeyler ayrıca değerlendirilir.

Paylı mülkiyette birden çok kişi maddi olarak bölünmemiş eşyanın tamamına belirli oranlarda payla maliktir. Aksi belirlenmemişse paylar eşittir. Her paydaş payını devredebilir, rehnedebilir ve alacaklılar payı haczettirebilir. Olağan yönetim işleri her paydaşça yapılabilir; önemli yönetim işleri pay ve paydaş çoğunluğuna, eşyanın özgülendiği amacın değiştirilmesi ve olağanüstü tasarruflar kural olarak oybirliğine bağlıdır. Paydaşlar kullanım ve yönetim düzenini sözleşmeyle belirleyebilir, fakat kanunun zorunlu yetkilerini tamamen kaldıramaz.

Her paydaş malı diğerlerinin haklarıyla bağdaştığı ölçüde kullanır ve yararlanır. Anlaşmazlıkta hâkim kullanım biçimini belirleyebilir. Giderler ve yükümlülükler pay oranında karşılanır; payından fazla ödeyen diğerlerine rücu edebilir. Paydaşın çıkarılması, ağır yükümlülük ihlali nedeniyle ortaklığın çekilmez hâle gelmesi gibi sıkı koşullara bağlıdır.

Elbirliği mülkiyeti kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeyle oluşan topluluğa dayanır. Ortakların belirlenmiş payları yoktur ve hak malların tamamına yayılır. Yönetim ve tasarruf kural olarak oybirliğiyle yapılır. Miras ortaklığı bunun tipik örneğidir. Paylı mülkiyetten farklı olarak ortak, belirli bir ayni pay üzerinde tek başına tasarruf edemez.

Paydaşlardan her biri, hukuki işlem veya malın sürekli amaca özgülenmesi nedeniyle paylaşmayı isteme yükümlülüğü yoksa ortaklığın giderilmesini talep edebilir. Paylaşma aynen bölüşme veya pazarlık ya da artırma yoluyla satışla yapılır. Aynen bölme uygun değilse ve önemli değer kaybı yaratıyorsa satış kararı verilir. Uygun olmayan zamanda paylaşma istenemez. Avukat mülkiyet türünü, pay oranını, yönetim kararının kategorisini ve talebin eşyanın kendisine mi yoksa paya mı yöneldiğini baştan belirlemelidir.

5.5.4 · Taşınmaz Mülkiyeti

Tescille Kazanım, Mülkiyet Kısıtlamaları ve Komşuluk Talepleri

KISACA

Taşınmaz mülkiyetinin konusu arazi, tapuda ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğündeki bağımsız bölümlerdir. Kazanım kural olarak tescille olur ve devri amaçlayan sözleşmenin resmî biçimde yapılması gerekir. Miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal ve kamulaştırma gibi hâllerde hak tescilden önce kazanılabilir; fakat tasarruf için tescil gerekir. Geçerli hukuki sebebe dayanmasına rağmen malik tescilden kaçınırsa alıcı mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir. Paylı taşınmazda üçüncü kişiye satış diğer paydaşlara yasal önalım hakkı verir. Güncel düzenlemede hak, noter bildiriminin üzerinden üç ay ve her hâlde satıştan itibaren bir yıl içinde kullanılmalı; davada hâkimin belirlediği rayiç bedel ve tapu gideri kesin sürede yatırılmalıdır. Mülkiyet, taşkınlık, kazı, yapı, su ve geçit ilişkilerinde komşular lehine sınırlanır. Avukat kazanma sebebi, tescil durumu ve ileri sürülen kısıtlamayı aynı kronoloji içinde incelemelidir.

Taşınmaz mülkiyeti uyuşmazlığında önce taşınmaz sayılan konunun ve kazanma yolunun belirlenmesi gerekir. Arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğündeki bağımsız bölümler taşınmaz mülkiyetinin konusudur. Arazi üzerindeki mülkiyet, yarar olduğu ölçüde üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını; yapıları, bitkileri ve kaynakları kapsar.

Mülkiyet kural olarak tapu siciline tescille kazanılır. Devir borcu doğuran sözleşmenin geçerli olması resmî şekle bağlıdır. Satış vaadi, alım ve geri alım sözleşmeleri de kanundaki şekil koşullarına tabidir ve şerhle güçlendirilebilir. Geçerli kazanma sebebine rağmen malik tescil isteminde bulunmazsa, mülkiyeti kazanacak kişi hâkimden tescile karar verilmesini isteyebilir. Hukuki sebep ile tasarruf işlemi bu nedenle ayrı denetlenir.

Miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal ve kamulaştırma gibi kanunda belirtilen hâllerde mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak hak sahibi sicile tescil yapılmadıkça taşınmaz üzerinde tasarruf işlemi yapamaz. Olağan ve olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı da kanunun öngördüğü zilyetlik, kayıt ve süre koşullarıyla tescil talebine dayanak oluşturabilir. Sahipsiz yerler ve yararı kamuya ait mallar özel mülkiyet konusu olmaktan çıkarılabilir.

Paylı mülkiyette bir paydaş payını üçüncü kişiye sattığında diğer paydaşlar yasal önalım hakkını kullanabilir. Devlet İhale Kanunu kapsamındaki satışlar ile cebrî artırma satışlarında bu hak kullanılamaz. Genel feragat resmî şekilde yapılıp tapuya şerh edilir; belirli satışta kullanmaktan vazgeçme yazılı olabilir. Satış diğer paydaşlara noter aracılığıyla bildirilir. Hak, bildirimin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden bir yıl geçmekle düşer. Dava alıcıya karşı açılır; hâkim payın rayiç bedelini gecikmeden belirler ve hak sahibi rayiç bedelle alıcıya düşen tapu giderlerini, nemalandırılmak üzere gösterilen yere kesin sürede nakden yatırır. Süresinde ödeme yapılmazsa tescil kararı verilemez.

Taşınmaz mülkiyeti komşuların haklarıyla sınırlıdır. Malik, taşınmazını kullanırken yerel âdete göre hoşgörü sınırını aşan duman, koku, gürültü, sarsıntı ve benzeri taşkınlıklardan kaçınmalıdır. Kazı ve yapı çalışmaları komşu toprağı sarsmamalı, tehlikeye düşürmemeli veya tesisleri etkilememelidir. Taşkın yapı, koşullarına göre kaldırma, tazminat karşılığı ayni hak veya arazi parçasının devri sonuçlarını doğurabilir.

Zorunlu geçit ihtiyacı bulunan malik, tam bedel karşılığında uygun komşudan geçit hakkı isteyebilir; önceki mülkiyet ve yol durumuna, sonra en az zarara yol açacak güzergâha bakılır. Su akışı, kaynak, mecra ve sınır ilişkileri de özel komşuluk yükümlülükleri yaratır. Bu talepler mülkiyetin ortadan kaldırılması değil, komşu taşınmazların birlikte kullanılabilmesi için kanuni sınırların somutlaştırılmasıdır.

Avukat dosyayı taşınmazın kaydı, kazanma sebebi ve tarihi, tescil istemi, üçüncü kişinin durumu ve ileri sürülen komşuluk veya devir kısıtlaması üzerinden kurmalıdır. Özellikle önalımda satış tarihi ile noter bildirimi, rayiç bedel kararı ve kesin süre ayrı ayrı izlenmeli; değişiklik öncesi satışlara ilişkin geçiş hükmü gözden kaçırılmamalıdır.

5.5.5 · Taşınır Mülkiyeti

Teslimle Devir ve Sahiplenmeye Dayalı Taşınır Kazanımları

KISACA

Taşınır mülkiyeti, taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olup taşınmaz kapsamına girmeyen doğal güçler üzerinde kurulur. Devir için mülkiyeti geçirme iradesi ve zilyetliğin devri gerekir. Eşyayı devreden zilyetliğini özel bir ilişkiyle sürdürüyorsa, üçüncü kişilere karşı sonuç teslimsiz devrin bildirilmesine bağlı olabilir. Malik olmayan zilyetten iyiniyetle kazanım, zilyetlik hükümlerindeki koruma şartları içinde mümkündür. Sahipsiz taşınır, malik olma iradesiyle zilyetliğe geçirilerek; işlenmiş eşya, karışma veya birleşme ise malzeme ve emek değerleri arasındaki ilişkiye göre kazanılabilir. Bulunan eşya için sahibini arama ve bildirim yükümlülüğü vardır; şartları gerçekleşip beş yıl geçince bulan malik olabilir. Define, bilimsel değeri bulunan eşya ve sahipsiz doğal ürünler özel sonuçlara tabidir. Başkasının taşınırını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle malik sıfatıyla bulunduran kişi zamanaşımıyla mülkiyet kazanır. Avukat teslim zincirini, iyiniyeti ve aslen kazanmanın özel koşullarını ayrı değerlendirmelidir.

Taşınır mülkiyetinin konusu, niteliği gereği yer değiştirebilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli ve taşınmaz mülkiyetine girmeyen doğal güçlerdir. Bir taşınırın ekonomik değeri veya sicile kayıtlı olması, onu kendiliğinden taşınmaz yapmaz. Uyuşmazlıkta eşyanın niteliği belirlendikten sonra mülkiyetin devirle mi, sahipsiz eşyanın edinilmesiyle mi, üretim veya zamanaşımıyla mı kazanıldığı araştırılır.

Mülkiyetin devri için zilyetliğin, mülkiyeti geçirme amacıyla devralana aktarılması gerekir. Sözleşme borç doğururken teslim veya zilyetlik devri ayni sonucu tamamlar. Devir yapılmış görünmesine rağmen eşya özel bir hukuki ilişki nedeniyle devredenin elinde kalıyorsa, üçüncü kişileri zarara sokma amacı taşıyan teslimsiz devir onlara karşı sonuç doğurmaz. Birden çok devir iddiasında zilyetlik zinciri ve tarafların iradesi kronolojik biçimde incelenmelidir.

Devreden malik değilse, iyiniyetli kazanım zilyetlik hükümlerine göre korunabilir. Eşyanın malikinin iradesiyle devredenin eline çıkmış olması ile çalınma, kaybolma veya başka biçimde irade dışı çıkma arasında fark vardır. İyiniyet, devredenin yetkisini bilmemek yanında durumun gerektirdiği özeni göstermeyi de içerir. Çalıntı veya kayıp eşya bakımından gerçek malikin beş yıllık geri isteme hakkı ve pazar ya da açık artırmadan edinimde bedel iadesi koşulu dikkate alınır.

Sahipsiz taşınırı malik olma iradesiyle zilyetliğine geçiren kişi mülkiyeti kazanır. İşleme hâlinde başkasına ait malzemeyi yeni bir şeye dönüştüren kişinin emeğinin değeri malzemeden açıkça fazlaysa yeni şey işleyenin; aksi hâlde malzeme sahibinin olabilir. İyiniyet yoksa hâkim farklı karar verebilir ve tazminat hakları saklıdır. Birden çok kişinin taşınırları ayrılması aşırı emek veya gider gerektirecek biçimde birleşir ya da karışırsa, değerleri oranında paylı mülkiyet doğabilir; asıl şey ile fer'î şey ilişkisinde asıl şey malikinin kazanımı gündeme gelir.

Bulunan eşyanın sahibi biliniyorsa haber verilmeli, bilinmiyorsa kolluğa ve gerekli hâllerde ilgili yere bildirim yapılmalıdır. Eşya özenle korunur. İlan veya bildirim yükümlülükleri yerine getirildikten sonra beş yıl içinde sahibi çıkmazsa bulan mülkiyeti kazanabilir. Evde, işyerinde veya kamu hizmeti görülen yerde bulunan eşya bakımından teslim ve kazanım düzeni farklıdır. Define, uzun zaman önce gömülmüş veya saklanmış ve artık maliki bulunmayan değerli eşya olarak taşınmaz veya taşınır malikine ait olur; bulan uygun ödül isteyebilir. Bilimsel değeri olan eşya özel kanun hükümlerine tabidir.

Başkasının taşınırını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kişi kazandırıcı zamanaşımıyla malik olur. Zilyetliğin irade dışı kısa kesintileri, bir yıl içinde geri alınırsa süreyi kesmez. Taşınır mülkiyeti terk, yok olma veya başkasının kazanmasıyla sona erer; yalnız geçici zilyetlik kaybı mülkiyeti düşürmez.

Avukatın ispat planı sözleşme, teslim, eşyanın önceki malikin elinden çıkış biçimi, devralanın bilgi ve özeni, zilyetlik süresi ve bildirim işlemleri üzerinde ilerlemelidir. Devirle kazanımın eksik unsurunu sahiplenme veya zamanaşımı iddiasıyla örtmek yerine, her kazanma sebebinin koşulları ayrı ayrı kurulmalıdır.

5.5.6 · Sınırlı Ayni Haklar

İrtifak, İntifa, Üst Hakkı ve Taşınmaz Yükünün Yetki İçeriği

KISACA

Sınırlı ayni hak, mülkiyetin bütün yetkilerini devretmeden eşya üzerinde doğrudan kullanım, yararlanma veya edim isteme alanı kurar. Taşınmaz lehine irtifak, yüklü taşınmaz malikini belirli kullanımlara katlanmaya ya da bazı yetkilerden kaçınmaya zorlar ve tescille kurulur. Kişisel irtifaklar belirli kişi lehine kurulabilir. İntifa taşınır, taşınmaz, hak veya malvarlığı üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar; hak sahibi özü koruyarak zilyetlik, yönetim, kullanım ve yararlanma yetkilerini kullanır. Üst hakkı, başkasına ait arazinin altında veya üstünde yapı yapma ya da mevcut yapıyı koruma yetkisi verir; bağımsız ve sürekli ise ayrı taşınmaz olarak kaydedilebilir. Taşınmaz yükü, maliki yalnız taşınmazla sorumlu olmak üzere hak sahibine belirli edimleri yerine getirmekle yükümlü kılar. Avukat, hakkın ayni niteliğini yalnız sözleşme adından çıkarmamalı; tescili, yararlanma içeriğini, devredilebilirliği, süreyi ve sona erme koşullarını incelemelidir.

Sınırlı ayni haklar, eşya üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen fakat mülkiyetin tamamını vermeyen yetkilerdir. Uyuşmazlıkta ilk yapılacak ayrım, taraflar arasında borç doğuran kişisel kullanım sözleşmesi ile sicil veya zilyetlik yoluyla kurulmuş ayni hak arasındadır. Hakkın adı değil, kanuni türü, kuruluş işlemi ve sağladığı doğrudan yetki belirleyicidir.

Taşınmaz lehine irtifak, bir taşınmazı başka bir taşınmaz yararına yükler. Yüklü taşınmaz maliki bazı mülkiyet yetkilerini kullanmaktan kaçınır veya yararlanan taşınmaz malikinin belirli kullanımlarına katlanır; yapma borcu ancak irtifaka yan edim olarak bağlanabilir. Kuruluş için tapu kütüğüne tescil ve kural olarak resmî sözleşme gerekir. Hakkın kapsamı tescilden, kayıt açık değilse kazanma sebebinden veya uzun süreli kullanım biçiminden anlaşılır. İhtiyaç değişir ve hak yüklü taşınmaz için gereksiz külfet yaratırsa yerinin giderleri hak sahibine ait olmak üzere değiştirilmesi istenebilir.

İrtifakın sağladığı yarar tamamen ortadan kalkarsa yüklü taşınmaz maliki terkin isteyebilir. Yarar çok azalmış fakat yük aynı ölçüde sürüyorsa bedel karşılığında terkin gündeme gelebilir. Yararlanan ve yüklü taşınmazın aynı kişide birleşmesi hakkı kendiliğinden sona erdirmez; malik terkin isteyebilir. Hakkın kullanılmasını engelleyen müdahalelere karşı ayni koruma talepleri vardır.

İntifa hakkı taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir. Aksine düzenleme yoksa sahibine konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi verir. Taşınmazda tescil, taşınırda zilyetliğin devri, alacaklarda alacağın devri yoluyla kurulur. Hak sahibi zilyetlik, yönetim, kullanım ve yararlanma yetkilerini kullanırken iyi bir yönetici gibi özen gösterir; malın özünü korumakla yükümlüdür. İntifa gerçek kişilerde ölüm, tüzel kişilerde sona erme ve her hâlde kanuni azami süreyle biter; kullanma yetkisinin devri hakkın kendisinin devriyle aynı değildir.

Oturma hakkı, bir binadan veya bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi verir; devredilemez ve mirasçılara geçmez. Üst hakkı, bir kimseye başkasına ait arazinin altında veya üstünde yapı yapmak ya

da mevcut yapıyı korumak yetkisi sağlar. Bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı, en az otuz yıl için kurulmuşsa ayrı sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilir; yüz yıldan fazla kurulamaz. Süre sonunda yapılar arazi malikine kalır ve tapu kaydı terkin edilir; bedel ve devir koşulları sözleşme ile düzenlenebilir.

Taşınmaz yükü, bir taşınmaz malikini yalnız taşınmazla sorumlu olmak üzere hak sahibine bir şey verme veya yapma borcu altına sokar. Konu, yüklü taşınmazın ekonomik niteliğiyle ilgili edim veya yararlanan taşınmazın ihtiyaçlarını karşılayan edim olmalıdır. Tescil ve değer miktarının Türk parasıyla gösterilmesi gerekir. Edim kişisel borç gibi görünse de güvence taşınmazın değeridir; muaccel edimin doğumundan belirli süre sonra malik kişisel borçlu hâle gelebilir.

Avukat her hak için kuruluş belgesini ve sicil kaydını, süresini, devredilebilirliğini, gider paylaşımını ve sona erme sebebini çıkarmalıdır. İntifa sahibinin geniş yararlanması mülkiyet yetkisi değildir; üst hakkındaki yapı mülkiyeti genel bütünleyici parça kuralının istisnasıdır; taşınmaz yükündeki edim ise sırf kişisel borç sayılmaz. Bu ayrımlar doğru talep ve taraf seçimini belirler.

5.5.7 · Rehin Hakları

Alacağın Eşya Değeriyle Güvenceye Bağlanması ve Öncelik Düzeni

KISACA

Rehin hakkı, borç ödenmediğinde alacaklıya belirli eşyanın paraya çevrilme değerinden öncelikle yararlanma imkânı verir; alacaklı eşyanın doğrudan maliki olmaz. Taşınmaz rehni ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi biçiminde kurulabilir ve tescil gerekir. Rehin belirli alacağı, faizleri, takip giderlerini ve kanundaki yan alacakları güvence altına alır; tapu kütüğündeki derece sistemi sonraki rehinlere karşı sırayı belirler. Taşınmazın devri kural olarak borcu ve rehni sona erdirmez. Taşınır rehni için eşyanın alacaklıya veya üçüncü kişiye zilyetlik yoluyla bırakılması gerekir; rehnedenin münhasır hâkimiyeti sürerse rehin doğmaz. Borçlu olmayan üçüncü kişi de malını rehnedebilir. Alacak sona erince rehin çözülür ve eşya geri verilir. Alacaklıya temerrütte eşyanın mülkiyetini otomatik kazandıran anlaşma geçersizdir. Avukat, kişisel borç, rehin veren, güvence kapsamı, sıra ve paraya çevirme koşullarını ayrı ayrı belirlemelidir.

Rehin, alacağın ifasını eşyanın değeriyle güvenceye bağlar. Borçlu ödeme yapmadığında rehinli alacaklı, kanuni takip yoluyla satış bedelinden öncelikle karşılanır. Rehin sözleşmesinin amacı mülkiyeti baştan veya temerrüt anında alacaklıya geçirmek değildir. Borcun ödenmemesi hâlinde rehin konusunun doğrudan alacaklıya ait olacağını öngören anlaşma geçersizdir.

Taşınmaz rehni yalnız ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi türlerinden biriyle kurulabilir. Tescil ve geçerli kazanma sebebi gerekir; rehin sözleşmesi resmî şekilde yapılır. Rehin, tapuya kayıtlı taşınmaz üzerinde ve kural olarak belirli bir alacak miktarı gösterilerek kurulur. Miktarı kesin olmayan veya değişken alacak için taşınmazın güvence sağlayacağı üst sınır belirtilir. Yabancı para üzerinden rehin ancak kanundaki koşullarla mümkündür.

Güvence taşınmazı bütünleyici parçaları ve eklentileriyle kapsar. Kira bedelleri, haciz veya iflasın bildirilmesinden geriye doğru sınırlı dönem için rehne dâhil olabilir. Sigorta tazminatı da malikin güvence alanını azaltmasını önleyecek biçimde rehne bağlanır. Rehinli alacak ana para yanında takip giderleri, gecikme faizleri ve kanunun belirlediği faiz dönemlerini güvence altına alır. Tarafların her yan alacağı sınırsız biçimde rehin kapsamına sokabileceği kabul edilmez.

Bir taşınmaz birden çok alacak için rehnedilebilir. Her rehin tapu kütüğünde belirli dereceye kaydedilir ve alacaklının satış bedelinden sırası bu dereceye göre belirlenir. Önceki derece boşalınca sonraki rehin kendiliğinden ilerlemez; boş dereceye rehin kurulabilir. Taraflar boş dereceye ilerleme hakkını şerhle kararlaştırabilir. Aynı derece içindeki alacaklılar, aksi sıra belirlenmedikçe orantılı karşılanır.

İpotek mevcut veya doğması muhtemel ya da koşula bağlı alacağı güvenceye alabilir. Taşınmazın borçluya ait olması şart değildir. Malik taşınmazı devrederse rehin hakkı kural olarak devam eder ve borçlu değişmez; borcun yeni malike geçmesi, alacaklıya bildirim ve itiraz düzenine tabidir. Malik

borçtan kişisel olarak sorumlu değilse, takipte taşınmazın paraya çevrilmesine katlanır ve borcu öderse alacaklıya halef olabilir.

Taşınır rehninde kuruluş için rehin verenin eşya üzerindeki zilyetliğini alacaklıya veya anlaşmalı üçüncü kişiye devretmesi gerekir. Rehin veren eşya üzerinde münhasır fiilî hâkimiyetini sürdürüyorsa rehin hakkı doğmaz. Tasarruf yetkisi bulunmayan kişiden iyiniyetle rehin kazananın korunması zilyetlik hükümlerine bağlıdır. Alacaklı rehinli taşınırı özenle korur, kullanamaz ve alacak ödenince geri verir. Bölünemeyen rehin, alacağın tamamı ödeninceye kadar eşyanın tümü üzerinde sürer.

Hak ve alacaklar da devredilebilir nitelikteyse rehnedilebilir. Senede bağlı alacaklarda senedin teslimi ve gerekli ciro veya yazılı beyan, diğer alacaklarda yazılı rehin sözleşmesi gerekir. Teslime bağlı taşınır rehni dışında, hayvan rehni, hapis hakkı ve yetkili sicile tescilli rehin gibi özel güvence türleri de kanunda düzenlenmiştir. Hapis hakkı, alacak ile zilyet olunan taşınır arasında doğal bağlantı bulunduğu ölçüde doğar; kamu düzenine aykırı veya üstlenilen yükümlülükle bağdaşmayan eşyada kullanılamaz.

Avukat rehin dosyasında önce güvence altındaki alacağı ve borçluyu, sonra rehin verenin tasarruf yetkisini, kuruluş işlemini, güvence kapsamını ve dereceyi saptamalıdır. Alacağın sona ermesi rehnin çözülmesini gerektirir; rehin kaydının varlığı kişisel borcun kimde olduğunu tek başına göstermez. Bu ayrım, hem takibin doğru kişilere yöneltilmesini hem satış bedelinin doğru sırayla paylaşılmasını sağlar.

Milletlerarası Hukukun Kaynakları ve Kaynaklar Arasındaki İlişki

KISACA
Milletlerarası hukukun kaynakları, bir davranışın hangi yolla bağlayıcı hukuk kuralı haline geldiğini gösterir. UAD Statüsü'nün 38. maddesi bu konuda temel çerçeveyi verir: andlaşmalar, milletlerarası örf ve adet kuralları ve hukukun genel prensipleri asli kaynaklardır; yargı kararları ile doktrin ise kuralın tespitinde yardımcı rol oynar. Andlaşma açık rızaya, örf ve adet devlet uygulaması ile hukuki zorunluluk inancına, genel prensipler ise ulusal hukuk düzenlerinde ortaklaşan temel hukuk düşüncelerinin milletlerarası düzene aktarılmasına dayanır. Kaynaklar arasında ilişkiyi somut olayın niteliği belirler.

Milletlerarası hukukta kaynak denildiğinde, bir metnin nereden alındığı değil, bir kuralın bağlayıcı hukuk niteliğini hangi biçimde kazandığı anlaşılır. Ankara Üniversitesi uluslararası hukuk notlarında bu ayrım maddi kaynak ve şekli kaynak üzerinden açıklanır. Maddi kaynak, kuralın arkasındaki toplumsal ihtiyaç, siyasal gerçeklik veya değer yargısıdır. Şekli kaynak ise bu içeriğin hukuk düzeninde uygulanabilir kurala dönüşmesini sağlayan yoldur. UAD Statüsü'nün 38. maddesi, Divanın uyuşmazlık çözerken başvuracağı kuralları saydığı için milletlerarası hukukun şekli kaynaklarını anlamada ana hareket noktasıdır.

Bu çerçevede andlaşmalar, devletler veya andlaşma yapma yetkisi bulunan uluslararası örgütler arasında uluslararası hukuk alanında sonuç doğurmak üzere yapılan irade uyuşmalarıdır. Adının sözleşme, pakt, protokol, şart veya statü olması tek başına belirleyici değildir; önemli olan tarafların uluslararası hukuk düzeninde bağlanma iradesidir. Örf ve adet hukuku ise yazılı bir andlaşma metnine değil, devletlerin genel ve tutarlı uygulamasına dayanır. Fakat uygulama tek başına yetmez; devletlerin o davranışı hukuken gerekli veya hukuken mümkün gördüğünü gösteren opinio juris unsurunun da bulunması gerekir. Bu nedenle diplomatik nezaketle sürdürülen tekrarlar, hukuki zorunluluk inancı yoksa örf ve adet kuralına dönüşmez.

Hukukun genel prensipleri, andlaşma veya örf ve adet hukukunda boşluk bulunduğunda özellikle önem kazanır. İyi niyet, kesin hüküm, sorumluluk, tazminat ve zaman aşımı gibi birçok hukuk düzeninde tanınan ilkeler, milletlerarası ilişkinin yapısına uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Bu prensipler yardımcı kaynak değildir; uygun durumda doğrudan hüküm kurmaya elverişlidir, ancak andlaşma ve örf adet kurallarına aykırı biçimde kullanılamaz. Yargı kararları ile en yetkin yazarların görüşleri ise kural koymaz, mevcut kuralın kapsamını ve anlamını belirlemede yardımcı olur. Son olarak, bir normun yalnız tek kaynaktan doğması gerekmez: bir andlaşma hükmü zamanla örf ve adet kuralına dönüşebilir veya zaten var olan bir örf kuralı yazılı metne alınabilir. Bu esneklik, milletlerarası hukuk kaynaklarının mekanik bir liste değil, yaşayan bir hukuk düzeninin oluşum yolları olduğunu gösterir.

Devletin Kurucu Unsurları, Egemenlik ve Tanımanın Hukuki Niteliği

KISACA

Devletin milletlerarası hukuk kişiliği, insan topluluğu, ülke ve üstün otorite unsurlarının birlikte bulunmasına dayanır. İnsan topluluğu devlete bağlı yerleşik nüfusu, ülke devlet yetkisinin kullanılacağı kara, deniz ve hava alanını, üstün otorite ise bu alan üzerinde etkili ve bağımsız kamu gücünü ifade eder. Tanıma, bu unsurları taşıdığı ileri sürülen bir siyasi oluşumun başka bir devlet tarafından hukuka uygun ilişki kurulabilir bir durum olarak kabul edilmesidir. Ağırlıklı yaklaşım tanımayı devleti kuran bir şart değil, var olan durumu açıklayan tek taraflı işlem olarak görür.

Milletlerarası hukukta devlet, tam yetkili hukuk kişisi olarak kabul edilir; fakat bu kişiliğin ortaya çıkması yalnız siyasal iddiaya bağlı değildir. Ankara Üniversitesi kaynağı devletin unsurlarını insan topluluğu, ülke ve üstün otorite şeklinde açıklar. İnsan topluluğu, devletin üzerinde egemenlik kurduğu yerleşik nüfusu anlatır. Nüfusun çok kalabalık olması gerekmez; önemli olan belirli bir topluluğun devlet düzeni içinde yaşamasıdır. Ülke ise devlet yetkilerinin kullanılacağı coğrafi zemindir. Bu zemin kara ülkesini, kara ülkesine bağlı deniz alanlarını ve bunların üzerindeki hava sahasını kapsar. Ülkenin tek parça olması şart değildir; sınırlarının belirlenebilir olması ve devlet yetkisinin bu alan üzerinde kurulabilmesi yeterlidir.

Üçüncü unsur olan üstün otorite, devleti başka topluluklardan ayıran hukuki çekirdektir. Devlet, ülkesinde kamu gücünü en üst düzeyde kullanabilmeli ve dış ilişkilerinde başka bir devletin emri altında olmamalıdır. Bu unsur yalnız iç yönetim gücünü değil, bağımsızlığı da içerir. Milletlerarası hukukta egemen eşitlik ilkesi bu noktada devreye girer: devletlerin ekonomik, askeri veya siyasi güçleri farklı olabilir; fakat hukuk kişiliği bakımından devlet statüsü onları eşit kabul eder. Bu eşitlik, her devletin ülkesel yetkisine ve başka devletlerin iç işlerine karışılmaması ilkesine de temel oluşturur.

Tanıma, devlet olma tartışmasının en dikkatli okunması gereken bölümüdür. Kaynak, tanımayı bir milletlerarası hukuk kişisinin kendisi dışında ortaya çıkan bir durum, olay veya iddiayı kendi bakımından hukuka uygun kabul ettiğini bildiren tek taraflı işlem olarak açıklar. Devletlerin tanınmasında ağırlıklı görüş, tanımanın kurucu değil açıklayıcı nitelikte olduğudur. Yani bir oluşum devletin unsurlarını taşıyorsa, başka devletlerin tanıması onun devlet olmasının zorunlu ön şartı sayılmaz; tanıma daha çok o devletle kurulacak hukuki ve siyasi ilişkilerin kabul edildiğini gösterir. Bununla birlikte tanıma her zaman yalnız teknik bir hukuk değerlendirmesi değildir; siyasi tercihleri de içerebilir. Açık veya örtülü yapılabilir, de facto ya da de jure nitelik taşıyabilir. De jure tanımanın geri alınamaması, işlemin sonuçlarının ne kadar güçlü olduğunu gösterir. Böylece devletin unsurları objektif devletlik çerçevesini, tanıma ise diğer hukuk kişilerinin bu çerçeveyle ilişki kurma iradesini açıklar.

6.3 · Andlaşmalar Hukuku

Andlaşmaların Kurulması, Etkileri, Yorumu ve Sona Ermesi

> **KISACA**
> Andlaşmalar hukuku, milletlerarası hukuk kişilerinin yazılı veya hukuken sonuç doğuran irade uyuşmalarının kurulmasını, uygulanmasını ve sona ermesini inceler. Andlaşmanın bağlayıcılığı ahde vefa ilkesine dayanır; taraflar üstlendikleri yükümlülükleri iyi niyetle yerine getirmek zorundadır. Yetki, imza, onay, çekince, yürürlük, yorum, üçüncü devletlere etki ve sona erme meseleleri bu alanın ana başlıklarıdır. Türk hukuku bakımından usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir; temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalarla kanun çatıştığında andlaşma hükümleri esas alınır.

Andlaşmalar hukuku, milletlerarası ilişkilerin en görünür norm üretme alanıdır. Ankara Üniversitesi notları andlaşmayı, uluslararası hukuk kişileri arasında uluslararası hukuk alanında sonuç doğuran irade uyuşması olarak ele alır. Bu tanımda iki nokta önemlidir. Öncelikle andlaşmanın tarafları devletler veya andlaşma yetkisi bulunan uluslararası örgütler gibi milletlerarası hukuk kişileridir. İkinci olarak, tarafların iradesi uluslararası hukuk düzeninde bağlanma sonucuna yönelmelidir. Metnin sözleşme, protokol, şart, pakt veya statü adını taşıması niteliği değiştirmez; belirleyici olan hukuki bağlanma iradesidir.

Andlaşmaların temelinde pacta sunt servanda, yani ahde vefa ilkesi bulunur. Taraf, üstlendiği yükümlülüğü iyi niyetle yerine getirmelidir. Bu ilke andlaşmanın yalnız imzalanmış bir belge değil, milletlerarası sorumluluk doğurabilen bağlayıcı bir hukuk işlemi olduğunu gösterir. Kuruluş aşamasında temsil yetkisi, imza, onay, katılma ve yürürlük hükümleri önem kazanır. Çok taraflı andlaşmalarda çekince kurumu ayrıca öne çıkar; taraf, belirli hükümlerin kendisi bakımından uygulanmasını sınırlamak isteyebilir, fakat çekince andlaşmanın konusu ve amacıyla bağdaşmalıdır. Andlaşmaların etkisi kural olarak taraflar arasındadır; üçüncü devletler bakımından hak veya yükümlülük doğması ancak ilgili kuralların izin verdiği hallerde gündeme gelir.

Yorumda amaç, metni tarafların bağlandığı hukuki çerçeve içinde anlamlandırmaktır. Kelimelerin olağan anlamı, bağlam, andlaşmanın konusu ve amacı birlikte değerlendirilir. Andlaşmanın sona ermesi veya askıya alınması da serbest bir vazgeçme alanı değildir. Andlaşmanın kendi hükümleri, tarafların ortak iradesi, ağır ihlal, imkansızlık, şartlarda esaslı değişiklik gibi nedenler belirli koşullarla sonuç doğurabilir. İç hukuka gelince, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi usulüne göre yürürlüğe konulan milletlerarası andlaşmaları kanun hükmünde sayar ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağını belirtir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile kanun aynı konuda farklı hükümler içerirse, andlaşma hükmü esas alınır. Bu nedenle andlaşmalar hukuku, hem dış ilişkilerde devletin bağlanma biçimini hem de iç hukukta normların uygulanma sırasını anlamak için merkezî bir konudur.

6.4 · Uluslararası Örgütler (Birleşmiş Milletler)

Uluslararası Örgüt Kişiliği ve Birleşmiş Milletler Sistemi

> **KISACA**
> Uluslararası örgütler, devletlerin kurucu andlaşmayla belirli amaçlar için oluşturduğu ve organları aracılığıyla irade açıklayabilen yapılardır. Birleşmiş Milletler bu yapıların en kapsamlı örneğidir. BM'nin temel ilkeleri egemen eşitlik, yükümlülüklerin iyi niyetle yerine getirilmesi, uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözülmesi ve kuvvet kullanma yasağı etrafında şekillenir. Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, Ekonomik ve Sosyal Konsey, Vesayet Konseyi, Uluslararası Adalet Divanı ve Sekreterlik ana organlardır. Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında özel yetkili organdır.

Uluslararası örgüt, devletlerin belirli amaçları gerçekleştirmek için andlaşmayla kurdukları, kendine ait organları bulunan ve kurucu metninin verdiği ölçüde hukuk kişiliği kazanabilen bir yapıdır. Devletten farklı olarak genel ve sınırsız bir yetki alanına sahip değildir; hangi konularda işlem yapabileceği kurucu andlaşmasından anlaşılır. Bu nedenle örgütlerin kararları değerlendirilirken önce o örgütün amacı, organları ve karar alma usulleri incelenir. Bazı örgüt kararları bağlayıcı, bazıları tavsiye niteliğinde olabilir. Tavsiye kararları da hukuken tamamen önemsiz değildir; özellikle geniş devlet katılımı ve oy davranışı, örf ve adet hukukunun maddi unsurunu anlamada veri sağlayabilir.

Birleşmiş Milletler, II. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası barış ve güvenliği koruma amacıyla kurulan en geniş kapsamlı örgüttür. Ankara Üniversitesi hukuk fakültesi kaynağı BM'nin temel ilkelerini BM Antlaşması'nın 2. maddesi etrafında verir. Devletlerin egemen eşitliği, üstlenilen yükümlülüklerin iyi niyetle yerine getirilmesi, uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözülmesi ve kuvvet kullanma tehdidinden ya da kuvvet kullanılmasından kaçınma bu çerçevenin merkezindedir. Kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak meşru müdafaa hakkı ayrıca düzenlenir; silahlı saldırı halinde bireysel veya kolektif meşru müdafaa mümkündür, fakat alınan önlemler Güvenlik Konseyine bildirilir ve Konseyin yetkilerini ortadan kaldırmaz.

Kurucu sistem içinde Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, Ekonomik ve Sosyal Konsey, Vesayet Konseyi, Uluslararası Adalet Divanı ve Sekreterlik BM'nin ana organları olarak çalışır. Genel Kurul bütün üye devletlerin katıldığı organdır ve çoğu kararı tavsiye niteliği taşır. Güvenlik Konseyi ise uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında özel konuma sahiptir. Sürekli üyeler ile geçici üyelerden oluşur; karar alma sistemi, daimi üyelerin veto yetkisi nedeniyle örgütün işleyişinde belirleyicidir. Konsey, barışın tehdidi, bozulması veya saldırı fiili gibi durumlarda tavsiye niteliğinde kararlar alabileceği gibi bağlayıcı tedbirlere de yönelebilir. Uluslararası Adalet Divanı ise BM'nin yargı organıdır; devletler arasındaki hukuki uyuşmazlıklarda yetkisi rızaya dayanır ve danışma görüşleriyle de örgüt sistemine katkı verir. Bu yapı, BM'yi yalnız diplomatik bir forum değil, norm üretimi, uyuşmazlık çözümü ve kolektif güvenlik bakımından merkezî bir hukuk kurumu haline getirir.

Devlet Ülkesi, Deniz Alanları ve Hava Sahasının Hukuki Rejimi

KISACA
Devlet ülkesi kara, deniz ve hava alanlarının birlikte oluşturduğu egemenlik sahasıdır. Kara ülkesi devlet yetkisinin temel zeminidir; sınırlar çoğu kez andlaşmalarla belirlenir ve doğal ya da yapay unsurlara dayanabilir. Deniz alanlarında iç sular, karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölge ve açık deniz farklı yetki rejimleri doğurur. Hava sahası ise kara ülkesi ile egemen deniz alanlarının üzerindeki hava alanını kapsar. Devletin ülkesel yetkisi güçlüdür, ancak zararsız geçiş, sınırlandırma ve uluslararası rejimler bu yetkiyi belirli ölçüde sınırlar.

Ülke, devletin egemenlik yetkilerini kullandığı coğrafi zemindir. Ankara Üniversitesi uluslararası hukuk notları devlet ülkesini kara, deniz ve hava ülkesi üzerinden açıklar. Kara ülkesi kıtasal kara parçasını, adaları, kara içindeki göl ve akarsuları ve toprağın altını kapsar. Devletin ülkesinin çok büyük veya tek parça olması şart değildir; sınırlarının belirlenebilir olması ve o alanda yerleşik insan topluluğunun devlet düzeni altında yaşaması yeterlidir. Kara sınırları genellikle andlaşmalarla tespit edilir. Akarsu, göl, dağ, enlem ve boylam gibi doğal veya yapay unsurlar sınır belirlemede kullanılabilir.

Deniz ülkesi, kara ülkesinin denize açıldığı yerde farklı hukuki bölgeler halinde ortaya çıkar. İç sular kıyı devletinin tam egemenliğine tabidir. Karasuları da devletin su ülkesi sayılır; kıyı devletinin egemenliği burada devam eder, ancak yabancı gemilerin zararsız geçiş hakkı gibi sınırlamalar bulunur. Bitişik bölge, kıyı devletine gümrük, maliye, göç ve sağlık alanlarında bazı denetim yetkileri sağlayan alandır. Kıta sahanlığı, kara ülkesinin deniz altındaki doğal uzantısına bağlı olarak deniz yatağı ve toprak altı kaynakları üzerinde haklar verir. Münhasır ekonomik bölge ise su tabakası, deniz yatağı ve toprak altındaki canlı ve cansız doğal kaynaklardan yararlanma yönünden kıyı devletine ekonomik yetkiler tanır. Açık denizlerde ise hiçbir devletin egemenliği bulunmaz; serbestlik ilkesi geçerlidir.

Hava sahası, devletin kara ülkesi ve egemenliği altındaki deniz alanlarının üzerindeki hava alanıdır. Devlet bu sahada ülkesel yetkisini kullanır; yabancı hava araçlarının geçişi, denizlerdeki zararsız geçiş gibi kendiliğinden bir hak olarak değil, ilgili andlaşma ve izin rejimleriyle şekillenir. Ülkesel yetkinin güçlü niteliği, sınırlandırma sorunlarının neden uluslararası hukukla bağlantılı olduğunu da açıklar. Bir devletin tek taraflı sınır ilanı, özellikle karşılıklı veya bitişik kıyıların bulunduğu deniz alanlarında diğer devletleri etkileyebilir. Bu nedenle sınırlandırma çoğu kez anlaşma, hakkaniyet ve özel coğrafi koşullar ışığında değerlendirilir. Türkiye bakımından karasuları, Ege Denizi, kıta sahanlığı ve bazı sınıraşan sular gibi örnekler, ülke kavramının yalnız harita bilgisi değil, devlet yetkilerinin kapsamını belirleyen hukuki bir alan olduğunu gösterir.

Milletlerarası Sorumluluk, Barışçı Çözüm ve Yargısal Mekanizmalar

KISACA

Uluslararası sorumluluk, bir devletin milletlerarası yükümlülüğe aykırı davranışının kendisine isnat edilebilmesi halinde doğar. Sonuç, ihlalin sona erdirilmesi, tekrarlanmama güvencesi ve zararın giderilmesi gibi yükümlülükler olabilir. Uyuşmazlıkların çözümünde temel ilke barışçı yöntemlere başvurmaktır; görüşme, arabuluculuk, uzlaştırma, hakemlik ve yargı yolları bu çerçevede kullanılır. Birleşmiş Milletler sistemi, devletlerin uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözmesini ve kuvvet kullanmaktan kaçınmasını ister. Uluslararası Adalet Divanı devletler arası hukuki uyuşmazlıklarda rızaya bağlı yargı yetkisiyle öne çıkar.

Uluslararası sorumluluk, milletlerarası hukuk kuralının ihlali ile bu ihlalin bir devlete bağlanması arasında kurulan hukuki sonuçtur. Kaynak notlarda sorumluluk kavramı doğrudan ayrı bir başlık halinde genişletilmese de, BM sistemi, kuvvet kullanma yasağı, meşru müdafaa, UAD ve uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözümü çerçevesi bu alanın sınav bakımından temel dayanaklarını verir. Bir devlet kendi organlarının veya kendisine isnat edilebilen davranışların milletlerarası yükümlülüğe aykırı olması halinde sorumlulukla karşılaşır. Bu sorumluluk, ihlalin durdurulmasını, zararın giderilmesini, eski hale getirme veya tazminat gibi sonuçları ve uygun hallerde tekrarlanmama güvencesini gündeme getirebilir.

Uyuşmazlıkların çözümünde hareket noktası, devletlerin kuvvet kullanmadan uzak durmasıdır. BM Antlaşması sisteminde üyeler, uyuşmazlıklarını uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye düşürmeyecek biçimde barışçı yollarla çözmekle yükümlüdür. Bu yollar yalnız mahkemeden ibaret değildir. Görüşme en doğrudan yöntemdir; taraflar sorunu diplomatik temasla çözmeye çalışır. Dostane girişim ve arabuluculukta üçüncü kişi veya devlet tarafları yakınlaştırır. Uzlaştırma daha kurumsal bir inceleme ve öneri süreci yaratır. Hakemlik ve yargı ise tarafların uyuşmazlığı hukuki karar verecek bir organa götürdüğü yöntemlerdir. Bu çeşitlilik, milletlerarası toplumda merkezi ve zorunlu bir mahkeme sisteminin sınırlı olmasından kaynaklanır.

Uluslararası Adalet Divanı, BM'nin ana yargı organıdır ve devletler arasındaki hukuki uyuşmazlıklarda önem taşır. Divanın bağlayıcı karar verebilmesi için devletlerin yetkisini kabul etmiş olması gerekir; bu kabul özel anlaşma, andlaşmadaki yargı şartı veya önceden verilmiş yetki beyanı gibi yollarla ortaya çıkabilir. Divan ayrıca danışma görüşleriyle BM organları ve yetkili kuruluşlar bakımından hukuki açıklık sağlar. Güvenlik Konseyi ise barışın tehdit edilmesi, bozulması veya saldırı fiili halinde kolektif güvenlik işlevi görür. Konseyin uluslararası barış ve güvenlikle ilgili yetkileri, uyuşmazlık çözümü ile sorumluluk alanını siyasal güvenlik düzeyiyle birleştirir. Böylece uluslararası sorumluluk ve uyuşmazlık çözümü, bir yandan ihlalin hukuki sonuçlarını, diğer yandan devletlerin çatışmayı hukuka uygun ve barışçı biçimde yönetme yükümlülüğünü birlikte açıklar.

İHAS ve AİHM Sisteminde Hakların Güvencesi, Başvuru ve Denetim

KISACA

İnsan Hakları Avrupa sistemi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi etrafında kurulan bölgesel koruma düzenidir. Sözleşme yaşam hakkı, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma, özel hayat, din ve vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma gibi hakları güvenceye bağlar. Mahkeme, bireysel başvurular ve devlet başvuruları yoluyla sözleşmeye uyumu denetler. Başvuruda mağdur sıfatı, iç hukuk yollarının tüketilmesi ve süre şartı önemlidir. Sistem, temel hak ihlalini iç hukuk meselesi olmaktan çıkarıp uluslararası denetime açar.

İnsan Hakları Avrupa sistemi, devletlerin insan hakları alanındaki yükümlülüklerini bölgesel bir yargısal denetime bağlayan en gelişmiş yapılardan biridir. Sistemin merkezinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bulunur. Sözleşme, devletin birey üzerindeki yetkisini sınırlayan ve kişiye doğrudan korunabilir haklar tanıyan bir metindir. Yaşam hakkı, işkence ve insanlık dışı muamele yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı, suç ve cezaların kanuniliği, özel ve aile hayatına saygı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü ile etkili başvuru hakkı bu koruma düzeninin omurgasını oluşturur. Ek protokollerle mülkiyet hakkı, eğitim hakkı, serbest seçim hakkı ve bazı ek güvenceler de sisteme dahil edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu hakların yalnız metinde kalmamasını sağlayan denetim organıdır. Mahkeme bireysel başvuruları ve devlet başvurularını inceleyebilir. Bireysel başvuru, kişinin sözleşme veya protokollerle güvence altına alınmış bir hakkının taraf devlet tarafından ihlal edildiğini ileri sürmesine imkan verir. Ancak başvuru serbest bir şikayet yolu değildir; başvurucunun mağdur sıfatına sahip olması, iç hukuk yollarını tüketmesi, süresinde başvurması ve şikayetin Sözleşme kapsamındaki bir hakla bağlantılı olması gerekir. Açıkça dayanaktan yoksun başvurular kabul edilemez bulunabilir.

Sistemin mantığı, önce ulusal makamların ihlali önleme ve giderme sorumluluğunu kabul eder. Bu nedenle Mahkeme, iç hukuk mahkemelerinin yerine geçen genel bir temyiz mercii gibi çalışmaz. İncelediği mesele, ulusal işlemin Sözleşme standartlarıyla bağdaşıp bağdaşmadığıdır. Mahkeme ihlal tespit ettiğinde devletin ihlali gidermesi, gerektiğinde adil tatmin ödemesi ve benzer ihlallerin tekrarını önleyecek genel tedbirleri alması gündeme gelir. Türkiye bakımından Sözleşme'nin önemi Anayasa'nın 90. maddesiyle de güçlenir; temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanun aynı konuda farklı hüküm içerirse andlaşma hükmü esas alınır. Böylece İHAS/AİHM sistemi, temel hakların yalnız ulusal anayasada tanınan değerler olmadığını, devletlerin uluslararası sorumluluğu altında uygulanan somut güvenceler olduğunu gösterir.

6.8.1 · Vatandaşlığın Kazanılması

Türk Vatandaşlığının Doğumla ve Sonradan Kazanılması

KISACA

Türk vatandaşlığının kazanılması 5901 sayılı Kanunda doğumla kazanma ve sonradan kazanma olarak iki ana yola ayrılır. Doğumla kazanma soy bağı veya doğum yeri esasına dayanır ve doğum anından itibaren sonuç doğurur. Sonradan kazanma ise yetkili makam kararı, evlat edinilme veya seçme hakkının kullanılmasıyla gerçekleşir. Genel başvuruda erginlik, ayırt etme gücü, kesintisiz ikamet, Türkiye'de yerleşme iradesi, iyi ahlak, Türkçe konuşabilme, geçim imkanı ve milli güvenlik ile kamu düzeni bakımından engel bulunmaması aranır. Şartları taşımak tek başına mutlak hak vermez.

Türk vatandaşlığının kazanılması, kişi ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti arasında vatandaşlık bağının hangi yollarla kurulacağını gösterir. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu bu alanı iki ana başlıkta düzenler: doğumla kazanma ve sonradan kazanma. Doğumla kazanılan vatandaşlık soy bağı veya doğum yeri esasına dayanır ve doğum anından itibaren hüküm ifade eder. Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana ya da babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır. Türk vatandaşı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk da vatandaşlığı kazanır; Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik dışında doğan çocuk bakımından ise soy bağını kuran usul ve esasların yerine getirilmesi gerekir.

Doğum yeri esası daha dar ve vatansızlığı önleyici bir işleve sahiptir. Türkiye'de doğan ve yabancı ana babasından dolayı doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşı sayılır. Türkiye'de bulunmuş çocuk için de aksi ispatlanmadıkça Türkiye'de doğmuş kabulü yapılır. Sonradan kazanma yolları ise yetkili makam kararı, evlat edinilme ve seçme hakkıdır. Yetkili makam kararıyla vatandaşlık kazanmak isteyen yabancı, kanunda belirtilen şartları taşısa bile otomatik olarak vatandaş olmaz; idarenin uygun görmesi gerekir. Bu nedenle şartlar gerekli olmakla birlikte kişiye mutlak hak sağlamaz.

Genel başvuru şartları kişinin hukuki ehliyetini, Türkiye ile gerçek bağını ve kamu düzeni bakımından uygunluğunu birlikte ölçer. Başvuran yabancı kendi milli kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmalı; başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmeli; Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışlarıyla teyit etmelidir. Genel sağlık bakımından tehlike oluşturan hastalığı bulunmaması, iyi ahlak sahibi olması, yeteri kadar Türkçe konuşabilmesi, kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin geçimini sağlayacak gelir veya mesleğe sahip olması ve milli güvenlik ile kamu düzeni bakımından engel taşımaması aranır. Kanun ayrıca istisnai vatandaşlık, yeniden kazanma, evlenme yoluyla kazanma, evlat edinilme ve seçme hakkı gibi özel yolları düzenler. Evlenme tek başına vatandaşlık kazandırmaz; en az üç yıldır evli olma, aile birliği içinde yaşama ve kamu düzeni yönünden engel bulunmaması gibi koşullar aranır. Böylece kazanma rejimi soy bağı, vatansızlığın önlenmesi, yerleşme iradesi, aile bağı ve devletin takdir yetkisi arasında dengeli bir yapı kurar.

6.8.2 · Vatandaşlığın Kaybedilmesi

Türk Vatandaşlığının Yetkili Makam Kararı ve Seçme Hakkıyla Kaybı

> **KISACA**
> Türk vatandaşlığının kaybı 5901 sayılı Kanunda yetkili makam kararı veya seçme hakkının kullanılmasıyla gerçekleşir. Yetkili makam kararıyla kayıp, çıkma, kaybettirme ve vatandaşlığa alınmanın iptali yollarını kapsar. Çıkma kişinin talebine bağlıdır ve erginlik, ayırt etme gücü, başka vatandaşlık kazanmış olma veya kazanacağına dair inandırıcı belirti, suç ya da askerlik nedeniyle aranmama ve mali-cezai tahdit bulunmaması gibi şartlara bağlanır. Kaybettirme daha çok devlet menfaatleri, güvenlik ve yabancı devlet hizmetiyle ilişkilidir. Seçme hakkıyla kayıp ise belirli kişilere erginlikten sonra tanınan sınırlı imkandır.

Vatandaşlığın kaybedilmesi, kişi ile devlet arasındaki vatandaşlık bağının sona erme yollarını gösterir ve 5901 sayılı Kanunda sıkı şartlara bağlanır. Kanun temel ayrımı yetkili makam kararıyla kayıp ve seçme hakkıyla kayıp olarak kurar. Yetkili makam kararıyla kayıp üç şekilde gerçekleşebilir: Türk vatandaşlığından çıkma, vatandaşlığın kaybettirilmesi ve vatandaşlığa alınmanın iptali. Bu yollar aynı hukuki sonucu doğursa da dayandıkları neden ve irade ilişkisi farklıdır. Çıkma, kişinin talebine bağlıdır; kaybettirme devletin güvenlik ve sadakat alanındaki değerlendirmesine dayanır; iptal ise vatandaşlığın kazanılması sırasında verilen kararın gerçeğe aykırı beyan veya gizleme üzerine kurulmuş olmasına bağlanır.

Türk vatandaşlığından çıkmak isteyen kişiye Bakanlıkça çıkma izni veya çıkma belgesi verilebilmesi için kanunda sayılan şartlar aranır. Kişi ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmalı, yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış bulunmalı veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler göstermelidir. Ayrıca herhangi bir suç veya askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamalı, hakkında mali veya cezai tahdit bulunmamalıdır. Çıkma izin belgesi karar tarihinden itibaren iki yıl geçerlidir; kişi bu süre içinde yabancı devlet vatandaşlığını kazandığını belgelemek zorundadır. Çıkma belgesinin teslimiyle vatandaşlık kaybedilir ve nüfus kaydı kapatılarak kişi kayıp tarihinden itibaren yabancı muamelesine tabi olur. Eşlerden birinin çıkma izniyle vatandaşlığı kaybetmesi diğer eşin vatandaşlığını etkilemez; çocuklar bakımından talep, muvafakat ve gerekiyorsa hakim kararı aranır. Çocukları vatansız bırakacak kayıp ise uygulanmaz.

Kaybettirme, vatandaşın belirli ağır davranışları nedeniyle Cumhurbaşkanı kararıyla vatandaşlığının sona erdirilmesidir. Yabancı bir devletin Türkiye'nin menfaatlerine uymayan hizmetinde bulunup bırakma bildirimine rağmen ayrılmayanlar, Türkiye ile savaş halinde bulunan devletin hizmetinde izinsiz çalışanlar veya izinsiz yabancı devlet hizmetinde gönüllü askerlik yapanlar bu kapsamda değerlendirilebilir. Kanun ayrıca belirli ağır suçlar nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen, yabancı ülkede bulunduğu için ulaşılamayan ve yapılan yurda dön ilanına rağmen dönmeyen kişiler bakımından da kaybettirme imkanı tanır. Kaybettirme kararı Resmi Gazete'de

yayımlandığı tarihte hüküm doğurur ve şahsidir; eş ve çocuklara etki etmez. Vatandaşlığa alınmanın iptali ise yalan beyan veya kazanmayı etkileyen önemli hususların gizlenmesi halinde kararı veren makamca yapılır ve ilgili kişiye bağlı olarak vatandaşlık kazanan eş ve çocukları da etkileyebilir. Seçme hakkıyla kayıp, kanunda sayılan bazı kişilerin ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde vatandaşlıktan ayrılabilmesine izin verir; fakat sonuç kişiyi vatansız bırakacaksa bu hak kullanılamaz. Bu sistem, bireyin iradesi ile devletin güvenlik menfaatini ve vatansızlığın önlenmesi ilkesini birlikte gözetir.

6.9 · Yabancılar Hukuku

Yabancıların Türkiye'ye Girişi, İkameti, Sınır Dışı ve Koruma Statüleri

KISACA

Yabancılar hukuku, Türkiye Cumhuriyeti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişilerin ülkeye girişini, ülkede kalışını, ülkeden çıkışını, sınır dışı edilmesini ve uluslararası koruma taleplerini düzenler. 6458 sayılı Kanunun merkezinde hem egemenlik yetkisi hem de insan hakları güvencesi vardır. Geri gönderme yasağı bu dengenin temelidir: kişi işkence, insanlık dışı muamele veya hayat ve hürriyet tehdidi bulunan yere gönderilemez. Vize, ikamet izni, giriş yasağı, sınır dışı, idari gözetim, mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüleri bu alanın ana kurumlarıdır.

Yabancılar hukuku, devletin ülkeye giriş ve ülkede kalış üzerindeki egemen denetimi ile insan hakları ve uluslararası koruma yükümlülüklerini aynı metin içinde birleştirir. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, yabancıların Türkiye'ye girişini, Türkiye'de kalışını, Türkiye'den çıkışını ve Türkiye'den koruma isteyen kişilere sağlanacak usul ve esasları düzenler. Kanundaki yabancı kavramı, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi ifade eder. Bu nedenle turist, öğrenci, çalışan, vatansız kişi, uluslararası koruma başvuru sahibi veya statü sahibi aynı genel alanın farklı statüleridir.

Bu alanın temel güvencesi geri gönderme yasağıdır. Kanun kapsamındaki hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı yahut ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikri nedeniyle hayatı ya da hürriyeti tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez. Bu ilke yalnız uluslararası koruma kararlarında değil, giriş, ikamet ve sınır dışı işlemlerinin tamamında yön verici niteliktedir. Yabancının Türkiye'ye hukuka uygun biçimde girip çıkması, sınır kapısından geçmesine ve pasaport ya da onun yerine kabul edilen seyahat belgesini ibraz etmesine bağlıdır. Vize, en fazla doksan günlük kalış veya transit geçiş imkanı sağlar; fakat vize sahibi olmak ülkeye giriş bakımından mutlak hak doğurmaz. Kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı, belge eksikliği, geçim şartının sağlanmaması veya kanunda sayılan diğer nedenlerle vize verilmeyebilir ya da iptal edilebilir.

Doksan günden fazla kalacak yabancılar kural olarak ikamet izni almak zorundadır. Kısa dönem, aile, öğrenci, uzun dönem, insani ikamet ve insan ticareti mağduru ikameti farklı ihtiyaçlara göre düzenlenir. Kısa dönem ikamet turizm, tedavi, ticari bağlantı, taşınmaz edinimi, araştırma veya adli-idari makam talebi gibi sebeplerle gündeme gelebilir. Aile ikameti eş ve çocuklar yönünden aile birliğini esas alır; evliliğin yalnız ikamet izni almak amacıyla yapılıp yapılmadığı denetlenebilir. Uzun dönem ikamet daha istikrarlı bir statü sağlar, ancak vatandaşlıkla tamamen aynı değildir.

Sınır dışı etme, yabancının Türkiye dışına gönderilmesine ilişkin valilik kararıdır. Terör veya çıkar amaçlı suç örgütü bağlantısı, kamu düzeni veya kamu güvenliği tehdidi, sahte belge kullanma, geçimini meşru olmayan yollardan sağlama, vize veya ikamet ihlali gibi nedenler sınır dışı kararına dayanak olabilir.

Buna karşılık geri gönderme yasağı kapsamındaki riskler, ciddi sağlık, yaş veya hamilelik nedeniyle seyahat edememe ve bazı tedavi hallerinde sınır dışı uygulanamaz. Kaçma veya kaybolma riski gibi durumlarda idari gözetim ya da idari gözetime alternatif yükümlülükler gündeme gelebilir. Uluslararası koruma tarafında ise mülteci, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle zulüm korkusu taşıyan kişiyi; şartlı mülteci Avrupa dışındaki olaylar nedeniyle aynı durumda olan kişiyi; ikincil koruma ise mülteci veya şartlı mülteci sayılmasa da ölüm cezası, işkence ya da çatışma kaynaklı ciddi tehdit riski taşıyan kişiyi ifade eder. Böylece yabancılar hukuku, devletin sınır ve ikamet düzenini korurken kişinin temel güvenliğini hukuk düzeninin merkezinde tutar.

6.10 · Kanunlar İhtilafı ve Bağlama Kuralları

Yabancılık Unsurlu İlişkide Yetkili Hukuka Ulaşma

KISACA

Kanunlar ihtilafı incelemesi, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk ilişkisinin hangi devletin maddi hukukuyla çözüleceğini gösterir. Önce ilişkinin ehliyet, aile, miras, ayni hak, sözleşme veya haksız fiil gibi hukuki niteliği belirlenir; ardından ilgili kuraldaki vatandaşlık, mutad mesken, işyeri, malın bulunduğu yer ya da zararın gerçekleştiği ülke gibi bağlama noktası somut olaya uygulanır. Hâkim bu kuralları ve ulaşılan yabancı hukuku kendiliğinden gözetir. Yabancı hukukun içeriği bütün araştırmalara rağmen belirlenemezse Türk hukuku uygulanır. Kamu düzenine açık aykırılık, yabancı hükmün somut olayda uygulanmasını engelleyebilir; Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları da kendi düzenleme alanında önceliğini korur. Sözleşmelerde hukuk seçimi geniş bir yer tutsa da tüketici ve işçi için öngörülen asgari emredici koruma bertaraf edilemez. Hukuk seçimi bulunmadığında en sıkı ilişki, karakteristik edim, mutad işyeri, malın yeri veya zararın meydana geldiği yer gibi ölçütler devreye girer. Böylece sonuç, tarafların vatandaşlığına tek başına bakılarak değil, uyuşmazlığın türüne özgü bağlantı sırası izlenerek bulunur.

Yabancılık unsuru taşıyan bir özel hukuk uyuşmazlığında esasa ilişkin talebi değerlendirmeden önce cevaplanması gereken soru, hangi hukuk düzeninin uygulanacağıdır. Kanunlar ihtilafı kuralları bu soruya doğrudan bir maddi sonuç vermez; yetkili hukuka götüren bağlantıyı kurar. Sağlıklı inceleme, uyuşmazlığın hukuki niteliğini belirlemekle başlar. Aynı olay içinde kişinin ehliyeti, sözleşmenin şekli, borcun esasına uygulanacak hukuk ve bir mal üzerindeki ayni hak birbirinden farklı kurallara bağlanabilir. Bu nedenle bütün ilişkiyi tek bir ülke hukukuna topluca bağlamak yerine her hukuki mesele kendi bağlama kuralı içinde ele alınır.

Hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve onların işaret ettiği yabancı hukuku tarafların ileri sürmesine bağlı olmadan uygular. Taraflardan yabancı hukukun içeriğinin belirlenmesine katkı sunmaları istenebilir, fakat yetkili hukuku araştırma görevi yalnızca taraf beyanına indirgenmez. Yapılan bütün araştırmalara rağmen somut olaya uygulanacak yabancı hükümler saptanamıyorsa Türk hukuku devreye girer. Yabancı hukukun kendi bağlama kurallarının başka bir hukuka yöneltmesi ise genel bir yöntem değildir; bu geri veya ileri gönderme yalnız kişi hukuku ve aile hukuku uyuşmazlıklarında dikkate alınır ve zincirin sonunda ulaşılan hukukun maddi hükümleri uygulanır. Taraflara hukuk seçme yetkisi tanınan durumlarda da aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçim, seçilen devletin kanunlar ihtilafı kurallarını değil maddi hukukunu kapsar.

Bağlantı noktası zaman içinde değişmiş olabilir. Yetkili hukuk vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad meskene göre tayin ediliyorsa ve özel bir düzenleme yoksa dava tarihindeki durum esas alınır. Vatansızlar ve mülteciler için vatandaşlık yerine önce yerleşim yeri, sonra mutad mesken, bunlar da yoksa dava tarihinde bulunulan ülke hukuku kullanılır. Birden fazla vatandaşlığı bulunan kişinin Türk vatandaşlığı da varsa Türk hukuku uygulanır; Türk vatandaşlığı bulunmuyorsa daha sıkı ilişki içinde olduğu devletin hukuku belirleyicidir. Bir devletin farklı bölgelerinde ayrı hukuk düzenleri bulunması

hâlinde yetkili bölgeyi öncelikle o devletin kuralları tayin eder. Böyle bir ölçüt yoksa uyuşmazlıkla en yakın bağlantıyı taşıyan bölge hukuku seçilir.

Yetkili yabancı hukuka ulaşılması, o hukukun her durumda eksiksiz uygulanacağı anlamına gelmez. Somut olaya uygulanacak yabancı hüküm Türk kamu düzenine açıkça aykırıysa o hüküm dışarıda bırakılır; ihtiyaç varsa mesele Türk hukukuyla tamamlanır. Burada değerlendirme yabancı hukuk düzeninin bütünü hakkında değil, belirli hükmün olayda doğuracağı sonuç hakkında yapılır. Ayrıca Türk hukukundaki bir kural, amacı ve uygulama alanı bakımından doğrudan uygulanması gereken nitelikteyse uyuşmazlığın esasına yabancı hukuk uygulanmasına rağmen etkisini sürdürür. Sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına da amaçları, nitelikleri, içerikleri ve sonuçları değerlendirilerek etki tanınabilir. Hukuki işlemin biçimi bakımından işlemin yapıldığı ülke hukuku ile işlemin esasına yetkili hukukun öngördüğü şekil alternatif geçerlilik imkânı sunar; zamanaşımı ise ilişkinin esasına uygulanan hukuka bağlıdır.

Kişi ve aile hukukunda bağlantılar çoğunlukla millî hukuk çevresinde kurulur, ancak konuya göre değişen basamaklar vardır. Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tabidir. Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan kişi işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehilse, aile ve miras işleriyle başka ülkedeki taşınmazlar üzerindeki ayni hak işlemleri dışında yaptığı işlemle bağlı olabilir. Evlenme ehliyeti tarafların her birinin evlenme anındaki millî hukukuna göre, evliliğin şekli ise kurulduğu ülke hukukuna göre belirlenir. Evliliğin genel hükümleri ile boşanma ve ayrılıkta ortak millî hukuk, ortak mutad mesken hukuku ve Türk hukuku biçiminde kademeli bir sıra vardır. Nafaka alacaklısının mutad meskeni, nafaka talepleri için ayrı bir bağlantı oluşturur. Miras kural olarak ölenin millî hukukuna bağlanırken Türkiye'deki taşınmazlar Türk hukukuna tabi tutulur.

Malvarlığı ilişkilerinde malın veya korumanın bulunduğu çevre belirginleşir. Taşınır ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve diğer ayni haklara, işlem anında malın bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Taşıma hâlindeki mallarda varma yeri; yer değiştirmiş mal üzerinde henüz kazanılmamış haklarda malın son bulunduğu ülke dikkate alınır. Taşınmaz üzerindeki ayni hak işleminde şekil de taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna bağlıdır. Hava, deniz ve raylı araçlar bakımından menşe ülke hukuku esas alınırken fikrî mülkiyet hakkı, korunmanın talep edildiği ülkenin hukukuna tabi olur. Bu düzenlemeler, hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürüldüğü hukuki çevreyle uygulanacak hukuk arasında bağ kurar.

Sözleşmelerde tarafların hukuk seçimi önceliklidir. Seçim açıkça yapılabileceği gibi sözleşme hükümlerinden veya olayın şartlarından tereddütsüz biçimde anlaşılabilir; sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına yöneltilebilir ve üçüncü kişilerin kazanılmış hakları korunarak sonradan değiştirilebilir. Seçim yoksa sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk aranır. Genel karine, karakteristik edimi üstlenen tarafın sözleşme kurulurken sahip olduğu mutad meskeni veya mesleki ilişkilerde işyeridir; somut şartlar daha yakın bir başka ülkeyi gösteriyorsa karine bırakılır. Taşınmaza ve onun kullanımına ilişkin sözleşmelerde taşınmazın bulunduğu ülke hukuku doğrudan belirleyicidir. Tüketici sözleşmesinde seçilen hukuk, gerekli bağlantı şartları varsa tüketicinin mutad mesken hukukundaki asgari emredici korumayı ortadan kaldıramaz. İş sözleşmesinde de seçimin sınırı işçinin mutad işyeri hukukunun emredici asgari

korumasıdır; seçim bulunmadığında mutad işyeri, işin sürekli biçimde birden fazla ülkede görülmesi hâlinde işverenin esas işyeri esas alınır.

Sözleşme dışı borçlarda olayın meydana geldiği yer ile zararın ortaya çıktığı çevre birlikte değerlendirilir. Haksız fiilde başlangıç noktası fiilin işlendiği ülke hukukudur. Fiil yeriyle zarar yeri farklıysa zararın gerçekleştiği ülke hukuku uygulanır; ilişki başka bir ülkeyle daha sıkı bağlantı taşıyorsa bu hukuk tercih edilir. Tarafların hukuk seçmesi ancak haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra ve açık iradeyle mümkündür. Kitle iletişimi yoluyla kişilik hakkı ihlalinde zarar görene, kanunda öngörülen öngörülebilirlik şartları altında kendi mutad meskeni, zarar verenin işyeri veya mutad meskeni ya da zararın meydana geldiği ülke hukuklarından birine yönelme imkânı tanınır. İmalatçının sorumluluğunda zarar verenin işyeri veya mutad meskeni ile ürünün edinildiği ülke; haksız rekabette doğrudan etkilenen piyasa; sebepsiz zenginleşmede ise önce zenginleşmeyi doğuran hukuki ilişkinin hukuku, böyle bir ilişki yoksa zenginleşmenin gerçekleştiği ülke esas alınır. Uygulanacak hukuk böylece soyut bir yakınlık sezgisiyle değil, kanunun her ilişki tipi için kurduğu bağlantı düzeni izlenerek belirlenir.

6.11.1 · Milletlerarası Yetki

Yabancılık Unsurlu Davalarda Türk Mahkemesinin Yetkisi

KISACA

Milletlerarası yetki, yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlığın Türkiye'de hangi mahkeme önünde görülebileceğini belirler. Temel kural, iç hukuktaki yer itibarıyla yetki hükümlerinin aynı zamanda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin etmesidir. Bunun yanında Türk vatandaşlarının kişi hâlleri, Türkiye'de yerleşim yeri olmayan yabancıların vesayet ve benzeri işleri, miras, bireysel iş, tüketici ve sigorta uyuşmazlıkları için özel bağlantılar öngörülür. İşçi, tüketici, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar lehine kurulan yetkiler anlaşmayla etkisiz bırakılamaz. Yabancılık unsuru taşıyan borç ilişkisinde yabancı devlet mahkemesini seçmek mümkündür; ancak Türk mahkemesinin münhasır yetkisi bulunmamalı ve anlaşma yazılı delille kanıtlanabilmelidir. Seçime rağmen yabancı mahkeme kendisini yetkisiz görürse veya Türk mahkemesinde yetki itirazı yapılmazsa dava Türkiye'de görülebilir. Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan ya da takip yapan yabancı kişiler kural olarak teminat gösterir; karşılıklılık muafiyet sağlayabilir. Yabancı devletler ise özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda yargı muafiyetinden yararlanamaz.

Bir uyuşmazlığın yabancı bir kişi, yabancı ülkedeki olay veya başka bir devletle bağlantı taşıması, Türk mahkemesinin kendiliğinden yetkisiz olduğu anlamına gelmez. Milletlerarası yetki incelemesinde aranan, davayı Türk yargısına bağlayan yer itibarıyla yetki ölçütünün bulunup bulunmadığıdır. MÖHUK genel kural olarak iç hukukun yer itibarıyla yetki hükümlerine gönderme yapar. Dolayısıyla önce uyuşmazlığın türüne göre iç hukukta yetkili yer mahkemesi saptanır; bu bağlantının Türkiye'de kurulması, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini de oluşturur. Kanunun özel hükümleri ise genel bağlantının yetersiz kalabileceği kişi hâli ve miras uyuşmazlıklarıyla, korunmaya ihtiyaç duyan tarafın bulunduğu iş, tüketici ve sigorta ilişkileri için ayrıca uygulanır.

Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davalarında tamamlayıcı bir sıra benimsenmiştir. Böyle bir dava yabancı ülkede açılmamış veya açılamamışsa ilk olarak Türkiye'de yer itibarıyla yetkili mahkeme aranır. Bu bağlantı kurulamazsa ilgilinin Türkiye'de sakin olduğu yer mahkemesine, Türkiye'de sakin değilse ülkedeki son yerleşim yeri mahkemesine başvurulur. Bunların da bulunmaması hâlinde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden biri davayı görebilir. Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan bir yabancı hakkında vesayet, kayyımlık, kısıtlılık, gaiplik veya ölmüş sayılma kararı isteniyorsa yabancının Türkiye'de sakin olduğu yer; böyle bir yer yoksa mallarının bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Bu hükümler, olağan yer bağlantısı bulunmadığında kişisel durumun yargısal karara bağlanabilmesini sağlar.

Mirasa ilişkin davalarda ilk bağlantı, ölenin Türkiye'deki son yerleşim yeridir. Son yerleşim yeri Türkiye dışında kalıyorsa terekeye giren malların bulunduğu yer mahkemesi yetki kazanır. Bireysel iş sözleşmesi veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda ise işçinin işini mutat biçimde yaptığı işyerinin Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Davayı işçi açıyorsa bu mahkemeye ek olarak işverenin yerleşim yeri ile işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de

kullanılabilir. Kanun böylece işçinin talebini yalnız işin görüldüğü yere bağlı tutmaz, fakat işverenin işçiye karşı açacağı dava bakımından aynı geniş seçenekleri tanımaz.

Tüketici sözleşmelerinde dava tüketici tarafından açılıyorsa tüketicinin yerleşim yeri veya mutad meskeni ile karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri arasında seçim yapılabilir. Tüketiciye karşı açılacak davada ise yetki, tüketicinin Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesine aittir. Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda sigortacının esas işyerinin ya da sözleşmeyi yapan Türkiye'deki şube veya acentenin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Sigorta ettiren, sigortalı veya lehtar davalı olacaksa onların Türkiye'deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesi esas alınır. İş, tüketici ve sigorta ilişkileri için belirlenen bu mahkemelerin yetkisi tarafların yapacağı anlaşmayla kaldırılamaz.

Tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkili kılabilmesi her uyuşmazlıkta mümkün değildir. Anlaşmanın yabancılık unsuru taşıyan bir borç ilişkisinden doğacak uyuşmazlığa ilişkin olması ve yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına dayanmaması gerekir. Ayrıca anlaşma yazılı delille ispatlanmalıdır. Bu şartları taşıyan seçim, Türk mahkemesinde davanın görülmesini belirli koşullara bağlar. Seçilen yabancı mahkeme kendisini yetkisiz sayarsa Türk mahkemesine başvurulabilir. Dava Türkiye'de açılmış ve davalı yetki itirazında bulunmamışsa da yetkili Türk mahkemesi yargılamaya devam eder. Buna karşılık yabancı mahkeme yetkiyi kabul eder ve Türk mahkemesinde itiraz zamanında ileri sürülürse seçim anlaşmasının usuli etkisi korunur.

Milletlerarası yetki hükümlerine iki tamamlayıcı düzenleme eşlik eder. Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibi başlatan yabancı gerçek ve tüzel kişi, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zararını güvence altına almak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermekle yükümlüdür. Karşılıklılık bulunması hâlinde mahkeme bu kişiyi teminattan muaf tutar. Diğer düzenleme yabancı devlete ilişkindir. Uyuşmazlık yabancı devletin özel hukuk ilişkisinden doğuyorsa bu devlet yargı muafiyetine dayanamaz; tebligat diplomatik temsilcilerine yapılabilir. Sonuç olarak milletlerarası yetki incelemesi, yabancılık unsurunun varlığıyla yetinmez; uyuşmazlığın türünü, Türkiye'yle kurulan yer bağlantısını, korunması gereken tarafı ve varsa yetki anlaşmasının kanuni sınırlarını birlikte değerlendirir.

6.11.2 · Tanıma ve Tenfiz

Yabancı Kararın Türkiye'deki Etkisi ve İcrası

KISACA

Yabancı mahkeme kararının Türkiye'de hüküm ve sonuç doğurması, istenen etkiye göre tanıma veya tenfiz yolunu gerektirir. Tenfiz, yabancı ilâmın Türkiye'de icra edilmesini; tanıma ise kesin hüküm veya kesin delil etkisinin kabulünü sağlar. Hukuk davasına ilişkin yabancı ilâmın verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş olması temel koşuldur. Tenfizde karşılıklılık, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi, yabancı mahkemenin uyuşmazlıkla gerçek bağlantısı, kamu düzeni ve savunma hakkı denetlenir. Tanımada aynı şartlar esas alınmakla birlikte karşılıklılık aranmaz. İstem hukuki yararı bulunan kişi tarafından görevli asliye mahkemesine dilekçeyle yöneltilir ve ilâm ile kesinleşme belgesinin onanmış örnek ve tercümeleri sunulur. Tenfiz kararı alan ilâm Türk mahkemesi ilâmı gibi icra edilir; tanınan ilâmın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı ülkede kesinleştiği andan başlar. Yabancı hakem kararları da bağlayıcılık veya icra kabiliyeti kazanmış olmaları şartıyla tenfiz edilebilir. Tahkim anlaşması, usuli temsil ve bildirim, savunma imkânı, tahkime elverişlilik, kararın kapsamı ve kamu düzeni bu incelemenin başlıca sınırlarını oluşturur.

Yabancı bir mahkeme kararının kendi ülkesinde kesinleşmesi, o karara Türkiye'de kendiliğinden icra gücü kazandırmaz. Karardan beklenen hukuki sonuca göre tanıma ile tenfiz arasında ayrım yapılır. Bir alacağın cebrî icra yoluyla yerine getirilmesi amaçlanıyorsa tenfiz gerekir. Yabancı kararın daha sonraki bir davada kesin hüküm veya kesin delil olarak dikkate alınması isteniyorsa tanıma yeterlidir. Yabancı mahkemelerin hukuk davalarında verdiği ilâmlar, verildikleri devletin hukukuna göre kesinleşmiş olmak şartıyla bu sisteme girer. Ceza ilâmlarının kişisel haklara ilişkin hükümleri bakımından da tenfiz talep edilebilir.

Tenfiz istemi asliye mahkemesinde incelenir. Yer itibarıyla öncelik, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri mahkemesindedir. Yerleşim yeri yoksa sakin olduğu yer, bu da yoksa Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden biri seçilebilir. Yabancı kararın Türkiye'de icra edilmesinde hukuki yararı olan herkes başvuru yapabilir. Dilekçede taraflar ile varsa temsilcilerinin bilgileri, kararı veren mahkeme, ilâmın tarihi ve numarası, hükmün özeti ve yalnız belirli bir bölüm için tenfiz isteniyorsa bu bölüm açıklanır. Başvuruya ilâmın usulüne uygun onanmış aslı veya kararı veren yargı organınca onanmış örneği ve onanmış tercümesi eklenir. Ayrıca kararın kesinleştiğini gösteren usulünce onanmış belgeyle tercümesinin sunulması gerekir.

Mahkemenin incelemesi, kanunda belirtilen tenfiz şartlarının bulunup bulunmadığı üzerinde yürür. İlk şart karşılıklılıktır. Kararın verildiği devletle Türkiye arasında anlaşma bulunması, o devlet hukukunun Türk ilâmlarının tenfizine izin vermesi veya fiilî uygulamanın bu imkânı sağlaması yeterli olabilir. Yabancı ilâm, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmemiş olmalıdır. Kararı veren yabancı mahkemenin dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendi hukukuna göre yetki kurması ise ancak davalının itirazı üzerine engel oluşturur. Bir başka şart, hükmün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmamasıdır.

Savunma hakkı da tenfiz incelemesinin merkezindedir. Aleyhine tenfiz istenen kişi, yabancı ülke hukukuna göre mahkemeye usulünce çağrılmamış, orada temsil edilmemiş veya usule aykırı biçimde yokluğunda hüküm kurulmuşsa bu eksikliği Türk mahkemesinde ileri sürebilir. Bu sebeplerin sonuç doğurması ilgili kişinin tenfiz istemine karşı itiraz etmesine bağlıdır. Dilekçe ve duruşma günü karşı tarafa tebliğ edilir. Çekişmesiz yargı kararları da aynı rejime tabidir; hasımsız çekişmesiz yargı kararlarında tebligat yapılmaz. İnceleme basit yargılama usulüyle yürütülür. Karşı taraf, tenfiz şartlarının eksikliğinin yanında ilâmın tamamen veya kısmen yerine getirildiğini ya da yerine getirmeyi engelleyen yeni bir sebep doğduğunu da savunabilir.

Mahkeme istemin tamamını kabul edebilir, yalnız bir bölüm için tenfiz kararı verebilir veya talebi reddedebilir. Karar yabancı ilâmın altına yazılarak mühürlenir ve imzalanır. Tenfiz edilen ilâm, Türk mahkemelerinden verilmiş bir ilâm gibi yerine getirilir. Kabul veya ret kararına karşı genel hükümler çerçevesinde temyize gidilebilir; temyiz icrayı durdurur. Tanımada ise hedef cebrî icra değildir. Yabancı ilâmın kesin hüküm veya kesin delil olarak kabulü için mahkeme tenfiz şartlarını değerlendirir, fakat karşılıklılık şartını uygulamaz. Çekişmesiz yargı kararları ile yabancı ilâma dayanılarak Türkiye'de idari işlem yapılması gereken durumlar da tanıma usulüne tabidir. Kesin hüküm ve kesin delil etkisi, Türk mahkemesinin tanıma kararını verdiği tarihten değil, yabancı kararın kendi ülkesinde kesinleştiği andan itibaren hüküm doğurur.

Yabancı hakem kararlarında da Türkiye'de icra için mahkeme kararı gerekir. Hakem kararının kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı hâle gelmiş olması aranır. Taraflar tenfiz başvurusunun yapılacağı yer asliye mahkemesini yazılı olarak belirleyebilir. Böyle bir anlaşma yoksa aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki yerleşim yeri, sonra sakin olduğu yer, bunlar da yoksa icraya konu olabilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Dilekçeye tahkim sözleşmesi veya şartının onanmış örneği, hakem kararının gerekli niteliği kazandığını gösteren onanmış örneği ve bunların onanmış tercümeleri eklenir. Mahkeme ilâmlarına ilişkin tebligat, karar ve kanun yolu hükümleri uygun düştüğü ölçüde burada da uygulanır.

Hakem kararında ret sebepleri, tahkim iradesiyle adil yargılama güvencelerini birlikte korur. Tahkim sözleşmesinin hiç yapılmamış veya uygulanacak hukuka göre geçersiz olması, taraflardan birinin hakemler önünde usulünce temsil edilmemesi, hakem seçiminden haberdar edilmemesi ya da iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılması tenfize engeldir. Hakemlerin seçimi veya izlenen usul tarafların anlaşmasına, anlaşma yoksa kararın verildiği ülke hukukuna aykırıysa istem reddedilir. Karar tahkim anlaşmasının dışındaki bir konuyu çözüyor veya yetki sınırını aşıyorsa aşan bölüm tenfiz edilmez. Uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması, kararın genel ahlâka veya kamu düzenine aykırılığı, henüz kesinlik, icra kabiliyeti ya da bağlayıcılık kazanmaması veya yetkili makamca iptal edilmiş olması da ret sebebidir. Temsil, bildirim, tahkim anlaşmasının geçerliliği, usul, kapsam ve kararın hukuki durumu hakkındaki belirli sebeplerin ispatı, aleyhine tenfiz istenen tarafa düşer. Yabancı hakem kararının tanınması da aynı hükümlere göre gerçekleştirilir.

7.1.1 · Sözleşmeden Doğan Borçlar

Sözleşme Borcunun Kuruluşu, İçeriği ve Bağlayıcılığı

KISACA

Sözleşmeden doğan borç ilişkisinde ilk inceleme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının bulunup bulunmadığıdır. Açıklama açık olabileceği gibi davranıştan da anlaşılabilir. Esaslı noktalarda uyuşma varsa ikinci derecedeki konuların bırakılmış olması, kural olarak sözleşmenin kurulmasını engellemez. Kurulan ilişkinin içeriği sözleşme özgürlüğüyle belirlenir; ancak emredici hükümler, ahlak, kamu düzeni, kişilik hakları ve konunun imkânsızlığı bu özgürlüğün sınırlarını oluşturur. Kanunda öngörülen şekle uyulmaması da sözleşmenin hüküm doğurmasını engelleyebilir. Taraflardan biri borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmezse, kusursuzluğunu ispat etmedikçe karşı tarafın zararını gidermekle yükümlüdür. Bu nedenle sözleşme uyuşmazlığında yalnız metne bakmak yeterli değildir; kuruluş, geçerlilik, yorum, ifa zamanı ve ihlalin sonucu ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Sözleşmeden doğan bir talebin değerlendirilmesi, sözleşmede yazılı cümlelerden önce hukuki bağın kurulup kurulmadığının belirlenmesiyle başlar. Türk Borçlar Kanunu, sözleşmeyi tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun biçimde açıklamalarına bağlar. İrade açıklamasının mutlaka belirli sözcüklerle yapılması gerekmez; açık bir beyan kadar, davranışlardan anlaşılan örtülü irade de sözleşme kurabilir. Bu nedenle bir uyuşmazlıkta teklif, cevap, tarafların sonraki davranışları ve işin niteliği birlikte incelenir.

Tarafların her ayrıntıyı önceden kararlaştırmış olması şart değildir. Esaslı noktalar üzerinde uyuşma sağlanmışsa, ikinci derecedeki hususların konuşulmamış olması sözleşmenin kurulduğu sonucunu engellemez. Bu ikincil konularda sonradan anlaşmazlık çıkarsa hâkim, işin özelliğini göz önünde tutarak boşluğu tamamlar. Bununla birlikte şekle ilişkin hükümler saklıdır. Kanunun belirli bir sözleşme için geçerlilik şekli öngördüğü durumda, yalnız iradelerin uyuşması yeterli olmaz; öngörülen biçime de uyulmalıdır.

Sözleşme kurulduktan sonra ikinci inceleme onun içeriği ve geçerliliğidir. Taraflar, kanuni sınırlar içinde sözleşmenin konusunu ve karşılıklı edimleri serbestçe düzenleyebilir. Fakat emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı ya da konusu imkânsız sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Hükümsüzlük yalnız bir bölüme ilişkinse diğer hükümler kural olarak ayakta kalır. Ancak sakat hüküm olmadan tarafların sözleşmeyi yapmayacağı açıkça anlaşılıyorsa geçersizlik bütün sözleşmeye yayılır.

Metnin anlamı konusunda çekişme çıktığında kullanılan etiketler tek başına belirleyici değildir. Tarafların yanlışlıkla seçtiği veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandığı sözcükler yerine gerçek ve ortak irade araştırılır. Önceden tek tarafça hazırlanıp çok sayıda benzer ilişkide kullanılmak üzere sunulan genel işlem koşullarında ise ayrıca karşı tarafın bilgilendirilmesi, içeriği öğrenme imkânı ve kabulü önem taşır. Sözleşmenin niteliğine yabancı koşullar ile karşı taraf aleyhine tek yanlı değişiklik yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılabilir; belirsiz kayıtlar düzenleyenin aleyhine yorumlanır.

Borç ilişkisinin pratik sonucu, taraflardan her birinin üstlendiği edimi zamanında ve gereği gibi yerine getirmesidir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmede ifa isteyen tarafın, daha sonra ifa hakkı yoksa, kendi borcunu yerine getirmiş veya ifayı önermiş olması gerekir. Taraflardan birinin ödeme güçsüzlüğü diğerinin alacağını tehlikeye düşürürse, güvence sağlanıncaya kadar karşı edimden kaçınma ve uygun sürede güvence verilmezse sözleşmeden dönme imkânı doğabilir.

Sözleşmeye aykırılık, borcun hiç ifa edilmemesiyle sınırlı değildir; eksik, geç veya kararlaştırılan niteliğe uygun olmayan ifa da sorumluluk doğurabilir. Borçlu, kendisine kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının zararını gidermekle yükümlüdür. Yapma borcunda alacaklı, gideri borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesine izin verilmesini isteyebilir. Yapmama borcuna aykırılıkta ise zararın giderilmesi yanında aykırı durumun kaldırılması gündeme gelir.

Bu çerçeve, sözleşmeden doğan borçların tek bir soruyla çözülemeyeceğini gösterir. Önce iradelerin uyuşması, ardından şekil ve içerik sınırları, sonra edimlerin kapsamı ve ifa düzeni, en sonunda da ihlalin hangi hukuki sonucu doğurduğu incelenir. Avukat bakımından doğru talep veya savunma, bu aşamaların birbirinden ayrılmasıyla kurulabilir.

Haksız Fiil Sorumluluğunda Kuruluş, Giderim ve Özel Hâller

KISACA

Haksız fiil sorumluluğu, kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışla başkasına zarar verilmesi üzerine zararı giderme borcu doğurur. Zarar gören kural olarak zararını ve zarar verenin kusurunu ispat eder; zarar miktarı tam belirlenemiyorsa hâkim olayların olağan akışına ve alınan önlemlere göre hakkaniyete uygun bir tutar belirleyebilir. Tazminatın kapsamı kusurun ağırlığı ve olayın özellikleriyle şekillenir; zarar görenin rızası veya zararın doğmasına ya da artmasına katkısı indirime yol açabilir. Kanun ayrıca ayırt etme gücü bulunmayan kişinin hakkaniyet sorumluluğunu, adam çalıştıranın, hayvan bulunduranın ve yapı malikinin özen sorumluluğunu, önemli tehlike taşıyan işletmeler bakımından tehlike sorumluluğunu düzenler. Ölüm, bedensel zarar ve kişilik hakkı ihlali özel giderim sonuçlarına bağlanmıştır. Aynı zarardan birden çok kişinin sorumlu olması hâlinde dış ilişkide müteselsil sorumluluk, iç ilişkide ise kusur ve tehlike yoğunluğuna göre paylaşım gündeme gelir.

Haksız fiilden doğan borç, taraflar arasında önceden kurulmuş bir sözleşmeye değil, zarar verici davranışa dayanır. Temel kural, kusurlu ve hukuka aykırı fiille başkasına zarar veren kişinin bu zararı gidermesidir. Bir davranışı açıkça yasaklayan hukuk kuralı bulunmasa bile ahlaka aykırı bir fiille kasten zarar verilmesi de tazminat sorumluluğu doğurur. Bu yapı içinde fiil, hukuka aykırılık, zarar, uygun bağlantı ve kusur birlikte değerlendirilir; bunlardan birinin eksikliği genel haksız fiil sorumluluğunu etkiler.

İspat düzeni zarar gören açısından önem taşır. Zarar gören hem zararını hem de zarar verenin kusurunu ispatla yükümlüdür. Zararın varlığı ortaya konulduğu hâlde miktarı tam olarak hesaplanamıyorsa talep bütünüyle reddedilmez; hâkim olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri dikkate alarak tutarı hakkaniyete uygun biçimde belirler. Tazminatın kapsamı ve ödeme biçimi de olayın gereklerine, özellikle kusurun ağırlığına göre kararlaştırılır.

Zarar görenin davranışı giderimi azaltabilir. Zarar verici fiile razı olması, zararın meydana gelmesine veya büyümesine etkide bulunması ya da tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması hâlinde hâkim tazminatı indirebilir, gerektiğinde tamamen kaldırabilir. Hafif kusurlu sorumlunun tazminatı ödemesi onu yoksulluğa düşürecekse ve hakkaniyet bunu gerektiriyorsa indirim ayrıca mümkündür. Buna karşılık hukuka aykırılığı kaldıran bir neden varsa fiil zarar doğursa bile haksız sayılmaz. Kanuni yetki, zarar görenin rızası, üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, haklı savunma, belirli koşullarda hakkın kişinin kendi gücüyle korunması ve zorunluluk hâli bu kapsamda değerlendirilir.

Ölüm ve bedensel zarar bakımından tazminatın konusu somutlaştırılmıştır. Ölüm hâlinde cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi ve çalışma gücü kayıpları ile destekten yoksun kalanların zararları istenebilir. Bedensel zararda tedavi gideri, kazanç kaybı, çalışma gücündeki azalma veya yitirme ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar öne çıkar. Bedensel bütünlüğün

zedelenmesinde manevi tazminata, ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde zarar görenin ya da ölenin yakınları lehine de uygun bir manevi giderime karar verilebilir. Kişilik hakkı ihlalinde para yanında saldırıyı kınayan ve yayımlanabilen başka giderim biçimleri de kararlaştırılabilir.

Kanun, kusura dayanan genel kuralın yanında kusursuz sorumluluk hâlleri de kurar. Hakkaniyet gerektiriyorsa ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zarar tamamen veya kısmen giderilebilir. Adam çalıştıran, çalışanın işin görülmesi sırasında verdiği zarardan sorumludur; gerekli seçme, talimat, gözetim ve denetim özenini ispat ederek belirli ölçüde kurtulabilir. Hayvan bulunduran bakım ve yönetimindeki hayvanın zararından, yapı maliki ise yapım bozukluğu veya bakım eksikliğinden sorumlu tutulur. Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmede ise işletme sahibi ve varsa işleten, faaliyetin doğurduğu zarardan müteselsilen sorumludur.

Aynı zarar birden çok kişinin davranışına veya farklı sorumluluk sebeplerine dayanabilir. Dış ilişkide zarar gören, müteselsil sorumluluk sayesinde tazminatın tamamını sorumlulardan isteyebilir. İç ilişkide yükün paylaşımında her bir sorumlunun kusur ağırlığı ve yarattığı tehlikenin yoğunluğu gözetilir. Payından fazlasını ödeyen kişi diğerlerine rücu eder ve ödeme ölçüsünde zarar görenin haklarına geçer.

Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl, her hâlde fiilden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar; fiil daha uzun ceza zamanaşımına tabi bir suçu oluşturuyorsa o süre uygulanır. Böylece haksız fiil dosyasında sorumluluk türünün, ispat yükünün, giderim kalemlerinin, birlikte sorumluların ve sürenin ayrı ayrı belirlenmesi gerekir.

7.1.3 · Sebepsiz Zenginleşme

Haklı Sebebi Bulunmayan Kazandırmanın Geri Verilmesi

KISACA

Sebepsiz zenginleşme, bir kişinin haklı bir neden bulunmadan başkasının malvarlığı veya emeği üzerinden zenginleşmesiyle doğan geri verme borcudur. Geçersiz, gerçekleşmemiş ya da sonradan sona ermiş bir sebebe dayanan kazandırmalar bu kapsama girebilir. Borçlu olmadığı edimi isteyerek yerine getiren kişi, kendisini borçlu sanarak hareket ettiğini ispat ederse verdiğini geri isteyebilir; zamanaşımına uğramış borcun veya ahlaki ödevin ifası ise geri alınamaz. Geri vermenin kapsamı zenginleşenin iyiniyetine göre değişir. İyiniyetli kişi, geri istem anında elinde kalmayan bölümden kural olarak sorumlu olmaz ve zorunlu ya da yararlı giderlerini isteyebilir. İyiniyetli olmayan kişi, elden çıkardığı değer bakımından daha ağır sorumluluk taşır. Hukuka veya ahlaka aykırı sonucu gerçekleştirmek amacıyla verilen şey geri istenemez. İstem, geri alma hakkının öğrenilmesinden başlayarak iki ve zenginleşmeden başlayarak on yıllık süreye tabidir.

Sebepsiz zenginleşme, malvarlıkları arasında gerçekleşen değer kaymasının haklı bir hukuki dayanağa sahip olmadığı durumlarda dengeyi geri kurar. Bir kişinin malvarlığı artarken veya azalması önlenirken bunun başka bir kişinin malvarlığı ya da emeği aleyhine gerçekleşmesi ve kazandırmayı haklı kılan sebebin bulunmaması gerekir. Geçersiz bir işleme dayanılarak verilen para, gerçekleşmesi beklenen sebebin hiç doğmaması veya başlangıçta var olan sebebin sonradan sona ermesi geri verme borcuna yol açabilir.

Bu borç kaynağının merkezinde zarar tazmini değil, elde edilen zenginleşmenin iadesi vardır. Bu nedenle haksız fiildeki kusur araştırmasından farklı bir inceleme yapılır. Önce kazandıranın malvarlığındaki eksilme ile diğer taraftaki zenginleşme arasındaki bağlantı, sonra da bu geçişi haklı kılan geçerli bir sebebin bulunup bulunmadığı belirlenir. Geçerli bir sözleşme veya kanuni dayanak varsa sebepsiz zenginleşme istemi kural olarak doğmaz.

Borçlanılmamış edimin ifasında özel bir ispat koşulu vardır. Kişi borçlu olmadığı hâlde edimi kendi isteğiyle yerine getirmişse, geri istemek için kendisini borçlu sanarak ifada bulunduğunu ispat etmelidir. Buna karşılık zamanaşımına uğramış bir borcun ödenmesi veya ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi geri verme konusu olmaz. Böylece hukuken zorla elde edilemeyen her ödemenin otomatik olarak sebepsiz sayılmadığı görülür.

İade borcunun kapsamı zenginleşenin iyiniyetine göre değişir. İyiniyetli zenginleşen, geri istem sırasında zenginleşmenin elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği bölüm dışında kalanı verir. İyiniyetli olmadan elden çıkaran veya ileride geri vermek zorunda kalabileceğini hesaba katması gereken kişi ise zenginleşmenin tamamından sorumlu olur. Bu ayrım, iade borcunun yalnız alınan şeyin fiziksel varlığına değil, zenginleşenin geri verme ihtimaline ilişkin bilgisine de bağlı olduğunu gösterir.

Giderler yönünden de aynı ayrım sürer. İyiniyetli zenginleşen zorunlu ve yararlı giderlerini isteyebilir. İyiniyetli olmayan kişi zorunlu giderlerini, yararlı giderlerde ise yalnız geri verme anında mevcut değer

artışını talep edebilir. Diğer giderler kural olarak ödenmez; ancak zararsızca ayrılabilen eklemeler, karşılık önerilmezse geri vermeden önce sökülüp alınabilir.

Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenememesi, iade rejiminin sınırıdır. Mahkeme böyle bir davada şeyin Devlete geçirilmesine karar verebilir. Zamanaşımı ise hak sahibinin geri isteme hakkını öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleşmesinden başlayarak on yıldır. Zenginleşme bir alacak hakkı kazanılması biçiminde olmuşsa, istem zamanaşımına uğrasa bile karşı taraf bu borcu ifadan kaçınabilir.

7.2.1 · İcap ve Kabul

Öneri ve Kabulün Bağlayıcılığı ile Sözleşmenin Kuruluş Anı

KISACA
İcap, Türk Borçlar Kanunundaki adıyla öneri, sözleşmenin esaslı unsurlarını içeren ve kabul edildiğinde sözleşmeyi kurmaya elverişli irade açıklamasıdır. Süreli öneride öneren, belirlediği sürenin sonuna kadar bağlıdır. Süresiz önerinin bağlayıcılığı, tarafların hazır olup olmamasına göre değişir; doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri hazır olanlar arasındadır ve hemen kabul edilmezse bağlayıcılık sona erer. Hazır olmayanlar arasında öneren, zamanında gönderilmiş cevabın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar bağlı kalır. Kanun, işin niteliği gerektiriyorsa açık kabul aramadan, önerinin uygun sürede reddedilmemesiyle de sözleşmenin kurulmasına izin verir. Ismarlanmayan şeyin gönderilmesi öneri sayılmaz. Fiyat gösterilerek mal sergilenmesi ise aksi açıkça anlaşılmadıkça öneridir. Geri alma beyanı karşı tarafa önce veya aynı anda ulaşırsa öneri ya da kabul yapılmamış sayılır. Hazır olmayanlar arasındaki sözleşme kural olarak kabulün gönderilmesiyle hüküm doğurur.

Sözleşmenin kurulup kurulmadığı tartışılırken iki irade açıklamasının birbiriyle karşılaştırılması gerekir. İlk açıklama, sözleşmeyi belirli koşullarla kurma iradesini taşıyan öneridir; ikinci açıklama ise bu öneriye uygun kabuldür. Taraflar esaslı noktalarda uyuşmuşsa ikincil hususların açık bırakılması sözleşmeyi kendiliğinden geçersiz kılmaz. Bu nedenle bir beyanın gerçek öneri olup olmadığı, kabul edildiğinde ayrıca bir irade açıklamasına ihtiyaç bırakmadan sözleşmeyi kurmaya elverişli bulunup bulunmadığına göre değerlendirilir.

Önerinin bağlayıcılığı, kabul için süre verilip verilmediğine göre farklılaşır. Süreli öneride öneren, belirlediği sürenin sonuna kadar beyanıyla bağlıdır. Kabul bu süre içinde ulaşmazsa bağlılık sona erer. Süresiz öneri hazır bulunan kişiye yöneltilmişse hemen kabul edilmediği takdirde öneren serbest kalır. Telefon veya bilgisayar aracılığıyla doğrudan iletişim kurulması da tarafların fiziksel olarak aynı yerde bulunmasına bakılmaksızın hazır olanlar arasındaki öneri gibi değerlendirilir.

Hazır olmayanlar arasında süre verilmeksizin yapılan öneride ölçü, zamanında ve usulüne uygun gönderilmiş cevabın ulaşmasının beklenebileceği andır. Öneren bu süre boyunca bağlı kalır. Kabul zamanında gönderildiği hâlde gecikerek ulaşmışsa ve öneren artık sözleşmeyle bağlı olmak istemiyorsa, bunu kabul edene hemen bildirmelidir. Bu bildirim yükümlülüğü, kabul edenin gecikmenin sonuçları konusunda belirsiz bırakılmasını önler.

Kabul her zaman açık bir cümleyle yapılmak zorunda değildir. Kanun, işin özelliği, durumun gereği veya bir kanun hükmü nedeniyle önerenin açık kabul beklemek zorunda olmadığı hâllerde, önerinin uygun sürede reddedilmemesine sözleşme kurucu sonuç bağlar. Bu örtülü kabul kuralı, her susmanın kabul olduğu anlamına gelmez; açık cevabın beklenmemesini haklı kılan özel bir bağlam bulunmalıdır.

Bazı açıklamalar dış görünüşleri bakımından öneriye benzese de bağlayıcı değildir. Öneren bağlı olmama hakkını açıkça saklı tutmuşsa veya koşullardan bağlanma niyeti bulunmadığı anlaşılıyorsa

beyan önereni bağlamaz. Buna karşılık fiyatı gösterilerek mal sergilenmesi ya da tarife ve fiyat listesi gönderilmesi, aksi açık ve kolayca anlaşılmadıkça öneri sayılır. Ismarlanmamış bir şeyin gönderilmesi ise öneri değildir; alan kişinin bunu saklama veya geri gönderme yükümlülüğü bulunmaz.

İlan yoluyla ödül sözü de özel bir bağlanma biçimidir. Belirli sonucun gerçekleşmesi karşılığında ödül vereceğini ilan eden kişi sözünü yerine getirmekle yükümlüdür. Sonuç gerçekleşmeden önce cayması veya gerçekleşmeyi engellemesi hâlinde dürüstlük kurallarına uygun giderleri, ödül değerini aşmamak üzere ödemesi gerekebilir.

Öneri ve kabulün geri alınmasında ulaşma ve öğrenme anları belirleyicidir. Geri alma açıklaması asıl beyandan önce veya aynı anda karşı tarafa ulaşırsa ya da daha sonra ulaşmasına rağmen karşı tarafça asıl beyandan önce öğrenilirse öneri veya kabul yapılmamış sayılır. Hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşme ise kural olarak kabulün gönderildiği andan itibaren hüküm doğurur. Açık kabul gerekmeyen durumda hüküm anı önerinin ulaşmasıdır. Böylece kuruluş incelemesi, beyanların içeriği kadar zamanlamalarını da kapsar.

Yanılma, Aldatma ve Korkutmanın Sözleşmeye Etkisi

KISACA
Hata, hile ve ikrah; Türk Borçlar Kanununda yanılma, aldatma ve korkutma olarak düzenlenen irade bozukluklarıdır. Esaslı yanılmaya düşen taraf sözleşmeyle bağlı olmaz; yanlış sözleşme, konu, kişi veya önemli ölçüde farklı edim açıklaması bu sonuca yol açabilir. Saikte yanılma kural olarak esaslı değildir, fakat yanılanın sözleşmenin temeli saydığı ve karşı tarafça bilinebilir olan saik dürüstlük kurallarına uygunsa esaslı sayılabilir. Aldatmada yanılmanın esaslı olması aranmaz. Aldatmayı üçüncü kişi gerçekleştirmişse bağlayıcılığın kalkması, diğer sözleşme tarafının davranışı bilmesine veya koşullar gereği bilgili sayılmasına bağlıdır. Korkutma, kişinin kendisi veya yakını bakımından kişilik hakkına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın zarar tehlikesine haklı olarak inanmasıyla oluşur. Yanılma veya aldatmanın öğrenilmesinden ya da korkutmanın etkisinin kalkmasından başlayarak bir yıl içinde bağlanmama iradesi açıklanmaz veya verilen geri istenmezse sözleşme onanmış sayılır.

İrade bozukluğu, dışarıya açıklanan irade ile kişinin serbest ve sağlıklı karar oluşumu arasındaki sakatlığı ifade eder. Türk Borçlar Kanunu bu alanı yanılma, aldatma ve korkutma başlıkları altında düzenler. Her üç durumda da sözleşme kurulmuş görünür; fakat iradesi sakatlanan tarafa sözleşmeyle bağlı olmama imkânı tanınır. Hangi sebebin bulunduğu, ispat edilmesi gereken olguları ve karşı tarafın durumunu değiştirir.

Yanılmada ilk ayrım, hatanın esaslı olup olmadığıdır. Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf sözleşmeyle bağlı olmaz. Kişinin yapmak istediğinden başka bir sözleşme için irade açıklaması, farklı bir konuya yönelmesi, sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına beyanda bulunması veya kişisel nitelikleri belirleyici olduğu hâlde başka kişiyi seçmesi esaslı yanılma örnekleridir. Üstlenilmek istenenden önemli ölçüde fazla edim ya da beklenenden önemli ölçüde az karşı edim açıklanması da bu kapsamdadır. Basit hesap yanlışlığı ise sözleşmeyi ortadan kaldırmaz; düzeltmeyle giderilir.

Saikte yanılma kural olarak esaslı sayılmaz. Kişiyi sözleşmeye yönelten beklentinin yanlış çıkması tek başına bağlayıcılığı ortadan kaldırmaz. Ancak yanılanın belirli saiki sözleşmenin temeli sayması, bunun iş ilişkilerindeki dürüstlük kurallarına uygun olması ve karşı tarafça da bilinebilir bulunması hâlinde saik yanılması esaslı hâle gelir. Haberci, çevirmen veya teknik araç yüzünden iradenin yanlış iletilmesinde de yanılma hükümleri uygulanır.

Yanılan kişi hakkını dürüstlük kurallarına aykırı biçimde kullanamaz. Karşı taraf sözleşmenin yanılanın gerçekten kastettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirirse sözleşme bu içerikle ayakta kalır. Yanılan kendi kusuruyla hataya düşmüşse, sözleşmenin bağlayıcı olmamasından doğan zararı gidermek zorunda kalabilir. Karşı taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa tazminat istenemez; hakkaniyet gerektirirse hâkim ifadan beklenen yararı aşmayan daha geniş bir giderime karar verebilir.

Aldatma, bir tarafın diğerinin yanıltıcı davranışı sonucunda sözleşme yapmasıdır. Burada yanılmanın esaslı olması aranmaz; aldatma ile sözleşme kararı arasındaki bağlantı yeterlidir. Aldatma üçüncü

kişiden gelmişse, aldatılan tarafın sözleşmeyle bağlı olmaması için karşı tarafın sözleşme kurulurken aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda bulunması gerekir. Bu koşul, aldatmaya katılmayan ve durumu bilmeyen sözleşme tarafının güvenini korur.

Korkutmada kişinin iradesi ağır bir zarar tehdidi altında oluşur. Kişinin kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı olması gerekir. Bir hakkın veya kanuni yetkinin kullanılacağının bildirilmesi tek başına korkutma değildir. Ancak bu bildirim, karşı tarafın zor durumundan aşırı menfaat sağlama aracına dönüştürülürse korkutmanın varlığı kabul edilir. Korkutma üçüncü kişiden gelmiş ve karşı taraf bunu bilmiyorsa, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen kişi hakkaniyet gerektiriyorsa karşı tarafa tazminat ödeyebilir.

İrade bozukluğunun ileri sürülmesi süreye bağlıdır. Yanılma veya aldatmanın öğrenildiği, korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşmeyle bağlı olunmadığı bildirilmez veya verilen şey geri istenmezse sözleşme onanmış sayılır. Aldatma veya korkutma yüzünden bağlayıcı olmayan sözleşmenin onanması, doğmuş tazminat hakkını ortadan kaldırmaz. Bu nedenle olayın niteliği kadar öğrenme ve etkinin sona erme tarihi de uyuşmazlığın çözümünde belirleyicidir.

7.2.3 · Muvazaa

Görünürdeki İşlem ile Gerçek Ortak İradenin Ayrılması

KISACA

Muvazaada tarafların dışarıya açıkladıkları işlem ile gerçekte istedikleri hukuki sonuç birbirinden ayrılır. Sözleşmenin türü ve içeriği belirlenirken tarafların gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcükler değil, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Bu yaklaşım, görünürdeki işlem etiketine bağlı kalınmasını önler. Tarafların hiçbir hukuki sonuç istemeden yalnız görünüş yaratmalarıyla, görünürdeki işlemin arkasında başka bir işlemi gerçekleştirmek istemeleri aynı değildir. İkinci durumda gizli işlemin kendi geçerlilik koşulları ayrıca değerlendirilir. Türk Borçlar Kanunu üçüncü kişinin güvenini özel olarak koruyan bir sınır da getirir: Borçlu, yazılı borç tanımasına güvenerek alacağı kazanmış üçüncü kişiye karşı işlemin muvazaalı olduğu savunmasını ileri süremez. Bu nedenle muvazaa incelemesi, yalnız tarafların iç ilişkisine değil, görünüşe güvenerek hak kazanan üçüncü kişinin konumuna da yönelir.

Muvazaa, tarafların dış dünyaya açıkladıkları sözleşme görüntüsüyle gerçek ve ortak iradelerinin uyuşmamasıdır. Burada sorun, kişinin tek başına zihninden geçirdiği saklı düşünce değildir. Taraflar birlikte, gerçek amaçlarını gizleyen bir görünüş oluşturur. Bu nedenle uyuşmazlık çözülürken sözleşmeye verilen ad veya kullanılan kalıp ifadeler son söz sayılmaz; tarafların gerçekte hangi hukuki sonucu istedikleri araştırılır.

Türk Borçlar Kanunu, sözleşmenin türü ve içeriğinin belirlenmesinde yanlışlıkla veya gerçek amacı gizlemek için kullanılan sözcükler yerine gerçek ve ortak iradeyi esas alır. Böylece görünürde satış olarak adlandırılan bir işlemde tarafların başka bir hukuki ilişki kurmak isteyip istemediği, yalnız başlığa bakılarak değil bütün olgular değerlendirilerek belirlenir. Tarafların davranışları, edimlerin gerçekten yerine getirilip getirilmediği ve işlemin ekonomik sonucu bu incelemede önem taşıyabilir.

Taraflar görünürdeki işlemin hiçbir hüküm doğurmasını istemeyebilir. Bu durumda yalnızca üçüncü kişilere karşı bir görünüş yaratılmıştır ve görünürdeki işlem gerçek ortak iradeye dayanmaz. Başka bir ihtimalde taraflar görünürdeki işlemi istemezken onun arkasında farklı bir işlemin sonuçlarını amaçlar. Böyle bir ayrımda görünürdeki işlem ile gizlenen işlem aynı değerlendirmeye tabi tutulmaz. Gizlenen işlemin hüküm doğurabilmesi için kendi konusu, içeriği ve varsa şekil şartı bakımından geçerli olması gerekir.

Muvazaa savunmasının üçüncü kişilere etkisi sınırsız değildir. Kanun, yazılı borç tanımasına güvenerek alacağı kazanmış üçüncü kişiyi korur. Borçlu, böyle bir üçüncü kişiye karşı borç tanımasının gerçeği yansıtmadığını ve muvazaalı olduğunu ileri süremez. Bu düzenleme, tarafların kendi aralarında yarattığı görünüşün riskini, o belgeye güvenerek hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişiye yüklememeyi amaçlar.

Bir dosyada muvazaa iddiası değerlendirilirken önce görünürdeki işlem, ardından tarafların ortak gerçek amacı, varsa gizli işlemin geçerlilik koşulları ve son olarak üçüncü kişilerin kazandığı haklar birbirinden ayrılır. İddia yalnız sözleşme metninin farklı yorumlanmasına değil, tarafların birlikte yarattığı

görünüş ile gerçek irade arasındaki bilinçli ayrılığa dayanmalıdır. Bu yapı, muvazaayı sıradan yorum uyuşmazlığından ayırır.

7.2.4 · Şekil

Sözleşmelerde Şekil Serbestisi ve Geçerlilik Koşulları

KISACA

Borçlar hukukunda temel ilke şekil serbestisidir; kanunda aksi öngörülmedikçe sözleşmenin geçerliliği belirli bir biçime bağlı değildir. Kanuni şekil öngörülmüşse bu, kural olarak geçerlilik şeklidir ve uyulmayan sözleşme hüküm doğurmaz. Yazılı şekle tabi sözleşmenin değiştirilmesinde de aynı şekil aranır; sözleşmeyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler istisnadır. Yazılı şekilde borç altına girenlerin imzası bulunmalıdır. İmzalı mektup, belirli iletişim araçları ve güvenli elektronik imzayla saklanabilen metinler kanundaki koşullarla yazılı şeklin yerini tutabilir. El yazısı imza asıldır; güvenli elektronik imza aynı hukuki sonuçları doğurur. İmza atamayan kişiler usulüne uygun onaylanmış parmak izi, işaret veya mühür kullanabilir. Taraflar kanunen şekilsiz bir sözleşmeyi belirli biçime bağlarsa, kararlaştırdıkları şekle uymayan sözleşme de onları bağlamaz.

Sözleşmenin geçerli olup olmadığını incelerken önce kanunun o işlem için özel bir şekil arayıp aramadığı belirlenir. Türk Borçlar Kanununun başlangıç noktası şekil serbestisidir. Kanunda aksi yazmıyorsa sözleşme sözlü, yazılı veya davranışla kurulabilir. Ancak kanun belirli bir biçim öngörmüşse bu şekil kural olarak geçerlilik koşuludur. Şekle uyulmadan yapılan sözleşme, tarafların iradeleri uyuşsa bile hüküm doğurmaz.

Kanuni şeklin kapsamı yalnız ilk sözleşmeyle sınırlı değildir. Yazılı şekilde yapılması gereken sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulmalıdır. Sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu zorunluluğun dışındadır. Aynı yaklaşım, yazılı şekilden başka bir geçerlilik biçiminin öngörüldüğü sözleşmelerde de uygulanır. Bu nedenle değişikliğin asıl borcun içeriğini etkileyip etkilemediği ayrıca değerlendirilir.

Yazılı şeklin temel unsuru, borç altına girenlerin imzasıdır. Kanunda aksi düzenlenmedikçe imzalı mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf ve teyit edilmiş faks benzeri iletişim araçları yazılı şekil yerine geçebilir. Güvenli elektronik imzayla gönderilip saklanabilen metinler de aynı işlevi görür. Buradaki belirleyici nokta, borç altına giren kişinin beyanının güvenilir biçimde kendisine bağlanabilmesidir.

İmzanın kural olarak borç altına girenin el yazısıyla atılması gerekir. Güvenli elektronik imza, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur. El yazısı dışında araçla atılan imza ancak örf ve âdetin kabul ettiği durumlarda, özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakta yeterli olabilir. İmza atamayan kişi ise usulüne uygun biçimde onaylanmış parmak izi, el işareti veya mühür kullanabilir; kambiyo senetlerine ilişkin özel kurallar saklıdır.

Şekil yalnız kanundan doğmaz. Taraflar, kanunun herhangi bir biçime bağlamadığı sözleşmeyi kendi iradeleriyle belirli şekle tabi tutabilir. Bu iradi şekle uyulmayan sözleşme tarafları bağlamaz. Taraflar yalnız yazılı şekli kararlaştırmış, bunun ayrıntısını belirlememişse kanuni yazılı şekle ilişkin kurallar

uygulanır. Böylece tarafların sözleşmenin ancak belirli bir güvence altında kurulmasını istemeleri korunur.

Şekil uyuşmazlığında üç soru birbirinden ayrılmalıdır. Önce biçimin kanundan mı yoksa tarafların anlaşmasından mı doğduğu, sonra aranan şeklin geçerlilik için mi öngörüldüğü, son olarak somut belge veya beyanın bu biçimin unsurlarını taşıyıp taşımadığı belirlenir. Özellikle sözleşme değişiklikleri, imza ve elektronik iletişim araçları bu sırayla değerlendirildiğinde şekle aykırılığın sonucu doğru kurulabilir.

7.2.5 · Temsil

Yetkili ve Yetkisiz Temsilin İşlem Sonuçları

KISACA

Yetkili temsilci, başkası adına ve hesabına hukuki işlem yaptığında sonuçlar doğrudan temsil olunanı bağlar. Temsil sıfatı açıklanmazsa sonuç kural olarak temsilciye ait olur; karşı taraf ilişkiyi durumdan çıkarabiliyor veya işlemi kiminle yaptığı önem taşımıyorsa doğrudan temsil olunan bağlanabilir. Yetkinin kapsamı kamu hukukunda kanuna, hukuki işlemden doğan temsilde yetki veren işleme göre belirlenir. Temsil olunan yetkiyi her zaman sınırlayabilir veya geri alabilir; fakat önceden üçüncü kişilere bildirdiği yetkinin sona erdiğini duyurmazsa bunu iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Yetkisiz temsilcinin işlemi ancak temsil olunanın onamasıyla onu bağlar. Onama verilmezse diğer taraf, işlemin geçersizliğinden doğan zararını koşulları varsa yetkisiz temsilciden isteyebilir. Temsil ilişkisinde yetkinin varlığı kadar kapsamı, üçüncü kişiye bildirimi, sona ermesi ve sonradan onama ayrı ayrı incelenmelidir.

Temsil, hukuki işlemi yapan kişi ile işlemin sonuçlarının üzerinde doğduğu kişinin ayrılmasını sağlar. Yetkili temsilci bir başkası adına ve hesabına hareket ettiğinde hak ve borçlar doğrudan temsil olunana ait olur. Temsilcinin bu sıfatını karşı tarafa bildirmesi kuraldır. Sıfat açıklanmazsa işlemin sonuçları temsilci üzerinde doğar; ancak karşı taraf temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyor ya da işlemin temsilci veya temsil olunanla yapılması arasında fark bulunmuyorsa sonuçlar yine doğrudan temsil olunana bağlanır.

Temsil yetkisinin kapsamı, yetkinin kaynağına göre belirlenir. Kamu hukukundan doğan temsilde kanuni düzenleme, hukuki işlemle verilen yetkide ise yetki işlemi esas alınır. Yetki üçüncü kişilere bildirilmişse kapsam ve derece bu bildirime göre değerlendirilir. Böylece temsil olunan ile temsilci arasındaki iç ilişki, üçüncü kişiye açıklanan yetkinin sınırlarını her durumda tek başına belirlemez.

Hukuki işlemden doğan temsil yetkisi her zaman sınırlanabilir veya geri alınabilir. Temsil olunan bu haktan önceden vazgeçemez. Bununla birlikte temsil yetkisini üçüncü kişilere açık veya örtülü biçimde duyurmuşsa, geri alma ya da sınırlamayı da onlara bildirmelidir. Aksi hâlde yetkinin sona erdiğini iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Bu sonuç, hukuki görünüşe güvenin korunması bakımından önemlidir.

Taraflar aksini kararlaştırmamışsa veya işin niteliğinden başka sonuç çıkmıyorsa temsil yetkisi; temsil olunanın ya da temsilcinin ölümü, gaipliği, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflasıyla sona erer. Tüzel kişiliğin bitmesi de aynı sonucu doğurur. Yetki belgesi verilmişse temsilci, yetkinin sona ermesi üzerine belgeyi geri vermeli veya hâkimin belirlediği yere bırakmalıdır. Temsil olunan veya halefleri belgenin geri alınması için gerekeni yapmazsa iyiniyetli üçüncü kişinin zararından sorumlu olabilir.

Sona erme olgusundan habersiz temsilcinin işlemi, üçüncü kişi de bunu bilmiyorsa temsil olunan ya da halefleri üzerinde sonuç doğurur. Üçüncü kişi sona ermeyi biliyorsa bu koruma uygulanmaz. Bu nedenle işlem tarihinde yalnız yetkinin hukuken sona erip ermediği değil, temsilci ile üçüncü kişinin bilgisi de araştırılır.

Yetkisiz temsilde işlem başlangıçta temsil olunanı bağlamaz. Temsil olunan açık veya örtülü biçimde onarsa işlem onun bakımından sonuç doğurur. Diğer taraf, temsil olunandan uygun bir süre içinde onama konusunda karar vermesini isteyebilir; süre içinde onama gelmezse işlemle bağlılıktan kurtulur. Onama verilmediğinde işlemin geçersizliğinden doğan zarar yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak temsilci, diğer tarafın yetkisizliği bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse bu sorumluluktan kurtulur. Hakkaniyet gerektirirse kusurlu yetkisiz temsilciden daha geniş zararın giderimi de talep edilebilir.

Temsil uyuşmazlığının çözümü, işlem belgesinde temsilci sözcüğünün bulunup bulunmamasına indirgenemez. Yetkinin kaynağı, üçüncü kişiye açıklanan kapsamı, geri alma bildirimi, tarafların bilgi durumu ve onama olasılığı birlikte ele alınır. Böyle bir ayrım, işlemin kimi bağladığını ve geçersizlik zararının kime yöneltileceğini belirler.

7.3.1 · İfa

Borcun Gereği Gibi İfasında Kişi, Konu, Yer ve Zaman

KISACA
İfa, borçlanılan edimin borç ilişkisine uygun biçimde yerine getirilmesidir. Alacaklının kişisel menfaati bulunmadıkça borçlu edimi bizzat gerçekleştirmek zorunda değildir. Borcun tamamı belli ve muaccelse alacaklı kısmi ifayı reddedebilir. Çeşit borcunda seçim kural olarak borçluya ait olmakla birlikte ortalama niteliğin altına inilemez; seçimlik borçta da aksi anlaşılmadıkça seçim yetkisi borçludadır. İfa yeri önce tarafların iradesiyle belirlenir. Aksi kararlaştırılmamışsa para borcu alacaklının ödeme anındaki yerleşim yerinde, parça borcu sözleşme kurulurken şeyin bulunduğu yerde, diğer borçlar doğdukları sırada borçlunun yerleşim yerinde ifa edilir. Süre yoksa borç doğduğu anda muaccel olur. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmede ifa isteyen taraf, daha sonra ifa hakkına sahip değilse kendi edimini yerine getirmiş veya önermiş olmalıdır. İfa; doğru kişiye, kararlaştırılan konuda, uygun yerde ve zamanda yapılmadıkça borcu sona erdirmeyebilir.

İfa, borçlunun üstlendiği edimi borç ilişkisinin gerektirdiği içerik, yer ve zamanda yerine getirmesidir. Borcun sona ermesi için yalnız bir davranışta bulunmak yetmez; yapılan edimin sözleşmede veya kanunda belirlenen borca uygun olması gerekir. Bu nedenle ifa incelemesi, edimi kimin yapacağından ödemenin hangi borca sayılacağına kadar uzanan bir dizi soruyu kapsar.

Borcun şahsen yerine getirilmesi kural değildir. Alacaklının edimin doğrudan borçlu tarafından yapılmasında menfaati yoksa üçüncü kişi de ifada bulunabilir. Buna karşılık borçlunun kişisel becerisi veya güven ilişkisi belirleyiciyse şahsen ifa gerekir. Edimin miktarı bakımından, borcun tamamı belli ve muaccel olduğunda alacaklı kısmi ifayı reddedebilir. Kısmi ifayı kabul ederse borçlu, kendisinin de kabul ettiği borç bölümünü yerine getirmekten kaçınamaz.

Bölünemeyen borçta birden çok alacaklı varsa her biri edimin bütün alacaklılara ifasını isteyebilir; borçlu da edimi hepsine birlikte sunmalıdır. Birden çok borçlu bulunursa her biri borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür. İfada bulunan borçlu, durumdan aksi anlaşılmadıkça alacaklının haklarına geçer ve diğer borçlulardan paylarını isteyebilir.

Edimin belirlenmesinde borcun türü önemlidir. Çeşit borcunda seçim, aksi anlaşılmadıkça borçluya aittir; ancak seçilen edim ortalama niteliğin altında olamaz. Seçimlik borçta da hukuki ilişki veya işin özelliği başka bir sonuç göstermiyorsa edimlerden birini seçme yetkisi borçludadır. Para borcunda ülke parasıyla ödeme esastır. Yabancı para kararlaştırılmışsa aynen ödeme kaydı bulunup bulunmadığı, borcun ülke parasıyla ödenip ödenemeyeceğini etkiler.

İfa yeri öncelikle tarafların açık veya örtülü iradesine göre belirlenir. Anlaşma yoksa para borçları alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde, parça borçları sözleşmenin kurulduğu sırada şeyin bulunduğu yerde, diğer borçlar ise doğdukları sırada borçlunun yerleşim yerinde yerine getirilir. Alacaklının sonradan yerleşim yerini değiştirmesi ifayı önemli ölçüde güçleştirirse borç önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir.

İfa zamanı kararlaştırılmamış ve ilişkinin özelliğinden de anlaşılmıyorsa borç doğduğu anda muaccel olur. Tatil gününe rastlayan son gün, aksi kararlaştırılmadıkça izleyen ilk iş gününe geçer. Borç alışılmış iş saatlerinde ifa ve kabul edilir. Sözleşme veya durum aksini göstermedikçe borçlu erken ifada bulunabilir; fakat sırf erken ödediği için kendiliğinden indirim yapamaz.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifa sırası ayrı önem taşır. Kendi edimini daha sonra yerine getirme hakkı bulunmayan taraf, karşı edimi isterken borcunu ifa etmiş veya usulüne uygun biçimde önermiş olmalıdır. Diğer taraf ödeme güçsüzlüğüne düşer ve alacak tehlikeye girerse, güvence sağlanıncaya kadar ifadan kaçınılabilir; uygun sürede güvence verilmezse sözleşmeden dönülebilir.

Ödeme birden çok borçtan hangisini sona erdireceği bakımından da açıklığa kavuşturulmalıdır. Borçlu ödeme sırasında hangi borcu ifa ettiğini bildirebilir. Açıklama yoksa makbuzdaki kayıt, o da yoksa muacceliyet ve takip sırası devreye girer. Borcunu ödeyen kişi makbuz ve borcun tamamı sona ermişse senedin iadesini veya iptalini isteyebilir. Böylece gereği gibi ifa, hem edimi yerine getirir hem borç ilişkisinin sona erdiğinin ispatını güvence altına alır.

Muaccel Borcun Gecikmesi ve Alacaklının Seçimlik Hakları

KISACA

Borçlunun temerrüdü, ifası mümkün ve muaccel borcun zamanında yerine getirilmemesidir. Kural olarak alacaklının ihtarı gerekir. İfa günü taraflarca belirlenmişse, usulüne uygun bildirimle saptanmışsa veya kanunun özel düzenlemesi varsa ihtarsız temerrüt oluşabilir. Temerrüde düşen borçlu, kusursuzluğunu ispat etmedikçe gecikme zararını giderir; ayrıca beklenmedik hâlden doğan zarardan da sorumlu olur. Para borcunda temerrüt faizi ve koşulları varsa bu faizi aşan zarar istenebilir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmede alacaklı kural olarak uygun bir ek süre verir. Sürenin etkisiz kalacağı, geç ifanın yararsız olduğu veya belirli zamanın sözleşme için vazgeçilmez sayıldığı hâllerde ek süre gerekmez. Süre sonuçsuz kalırsa alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatı isteyebilir; bunlardan vazgeçip ifa etmeme zararını talep edebilir ya da sözleşmeden dönebilir. Sürekli edimli sözleşmede dönme yerine fesih ve erken sona erme zararı gündeme gelir.

Borçlunun temerrüdü, borcun ortadan kalkmadığı ve ifanın hâlâ mümkün olduğu hâlde edimin vaktinde yerine getirilmemesidir. Bu kurum, sonraki imkânsızlıktan ayrılır; temerrütte alacaklı kural olarak hâlâ ifayı isteyebilir. İlk koşul borcun muaccel olmasıdır. Muaccel olmayan borç bakımından yalnız ödeme yapılmaması temerrüt doğurmaz.

Genel kural, muaccel borçluya alacaklı tarafından ihtar gönderilmesidir. İhtar, borcun yerine getirilmesinin beklendiğini borçluya bildirir. Ancak ifa günü taraflarca birlikte belirlenmişse veya sözleşmede saklı tutulan hakka dayanılarak usulüne uygun bildirimle saptanmışsa günün geçmesi temerrüt için yeterlidir. Haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte temerrüt doğar; iyiniyetli sebepsiz zenginleşen bakımından bildirim gerekir.

Temerrüdün ilk sonucu gecikme tazminatıdır. Borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, geç ifa yüzünden alacaklının uğradığı zararı giderir. Temerrüt devam ederken edim beklenmedik olayla zarar görürse borçlu bundan da sorumlu tutulur. Temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu veya zamanında ifa etseydi dahi aynı zararın doğacağını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.

Para borçlarında temerrüt faizi özel bir sonuçtur. Sözleşmede oran belirlenmemişse yürürlükteki mevzuat uygulanır. Sözleşmesel oran için kanuni üst sınır vardır. Alacaklı temerrüt faizini aşan zararını da isteyebilir; borçlu kusursuzluğunu ispat ederse bu ek sorumluluktan kurtulur. Aşkın zarar görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, istem üzerine aynı kararda hükme bağlanabilir.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt, alacaklıya daha geniş seçimlik haklar verir. Kural olarak borçluya ifa için uygun bir süre tanınır veya hâkimden süre belirlemesi istenir. Borçlunun tutumundan sürenin sonuç vermeyeceği anlaşılıyorsa, gecikme yüzünden ifa alacaklı için yararsız

kalmışsa ya da sözleşmeden ifanın belirli zamanda yapılmaması hâlinde artık kabul edilmeyeceği çıkıyorsa ek süre verilmesi gerekmez.

Verilen süre içinde ifa gerçekleşmezse alacaklı üç yol arasında seçim yapar. Borcun aynen ifasını ve gecikmeden doğan zararı istemeye devam edebilir. İfa ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini hemen bildirerek borcun hiç ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini talep edebilir. Son olarak sözleşmeden dönebilir. Dönme hâlinde taraflar gelecekteki ifa yükümlülüklerinden kurtulur ve daha önce verdiklerini geri isteyebilir. Borçlu temerrütte kusursuzluğunu ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin ortadan kalkması yüzünden uğradığı zararı da talep edebilir.

İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde geçmiş edimlerin tümünü geri çevirmek çoğu zaman ilişkinin yapısına uymaz. Bu nedenle alacaklı ifa ve gecikme tazminatını isteyebileceği gibi sözleşmeyi feshedebilir ve süresinden önce sona ermeden doğan zararını talep edebilir. Dosyada doğru sonuca ulaşmak için muacceliyet, ihtarın gerekip gerekmediği, ek süre, seçimin zamanında açıklanması ve talep edilen zarar türü birbirinden ayrılarak incelenmelidir.

7.3.3 · İfa İmkânsızlığı

Sonraki İmkânsızlık, Kısmi İmkânsızlık ve Aşırı İfa Güçlüğü

KISACA
Borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsızlaşırsa borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmede borçtan kurtulan taraf, daha önce aldığı edimi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri verir ve kendisine henüz sunulmamış karşı edimi isteme hakkını kaybeder. Borçlu, imkânsızlığı gecikmeden bildirmez veya zararın büyümemesi için gerekli önlemi almazsa bu ek zarardan sorumlu olur. Kısmi imkânsızlıkta yalnız imkânsızlaşan bölüm sona erer; fakat tarafların bu durumu baştan bilseler sözleşmeyi yapmayacakları açıksa borcun tamamı ortadan kalkabilir. Aşırı ifa güçlüğünde edim imkânsız değildir; öngörülemeyen ve borçludan kaynaklanmayan olağanüstü değişiklik ifayı dürüstlük kurallarına aykırı derecede ağırlaştırır. Koşulları varsa borçlu önce uyarlama, bu mümkün değilse dönme, sürekli edimli ilişkide ise kural olarak fesih isteyebilir.

İfa imkânsızlığında borç, edimin artık yerine getirilememesi sebebiyle sona erebilir. Ancak her güçlük imkânsızlık değildir ve her imkânsızlık borçluyu sorumluluktan kurtarmaz. Türk Borçlar Kanununun sona erdirici sonucu, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan ortaya çıkan imkânsızlığa bağlanmıştır. İmkânsızlık borçluya yüklenebiliyorsa borca aykırılıktan doğan giderim sorumluluğu gündeme gelir.

Borçlunun sorumlu olmadığı tam imkânsızlıkta borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde denge ayrıca kurulmalıdır. Borçtan kurtulan kişi daha önce karşı taraftan bir edim almışsa bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri verir; henüz ifa edilmemiş karşı edimi isteme hakkını da kaybeder. Kanun veya sözleşme, ifadan önce doğan hasarı alacaklıya yüklemişse bu özel düzenleme saklıdır.

Borç sona erse bile bildirim yükümlülüğü devam eder. Borçlu, ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmeli ve zararın artmasını önleyecek tedbirleri almalıdır. Bu yükümlülüğe uymazsa imkânsızlığın kendisinden değil, geç bildirim veya önlemsizlik yüzünden büyüyen zarardan sorumlu olur.

İmkânsızlık edimin yalnız bir bölümünü etkileyebilir. Kural olarak borçlu sadece imkânsızlaşan kısımdan kurtulur. Bununla birlikte tarafların bu kısmın ifa edilemeyeceğini başlangıçta bilseler sözleşmeyi hiç yapmayacakları açıkça anlaşılıyorsa borcun tamamı sona erer. Karşılıklı sözleşmede alacaklı kısmi ifayı kabul ederse karşı edim de orantılı yerine getirilir. Alacaklı kısmi ifaya razı değilse veya karşı edim bölünemiyorsa tam imkânsızlık hükümleri uygulanır.

Aşırı ifa güçlüğü, imkânsızlıktan farklıdır; edim yapılabilir olmakla birlikte koşullar olağanüstü biçimde değişmiştir. Sözleşme kurulurken öngörülmeyen ve öngörülmesi beklenmeyen olay borçludan kaynaklanmamalı, mevcut olguları borçlu aleyhine dürüstlük kurallarına aykırı derecede

değiştirmelidir. Borçlu edimi henüz ifa etmemiş veya güçlükten doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Bu koşullarda ilk istem sözleşmenin yeni duruma uyarlanmasıdır. Uyarlama mümkün değilse borçlu sözleşmeden dönebilir; sürekli edimli sözleşmede kural olarak fesih hakkı kullanılır. Yabancı para borçları da bu düzenlemenin dışında değildir. Somut olayda imkânsızlık ile ekonomik ağırlaşmanın ayrılması, borçlunun kusuru ve bildirim davranışı ile talebin uyarlama mı sona erdirme mi olduğu sonucu belirler.

7.3.4 · Alacaklının Temerrüdü

İfanın Kabul Edilmemesi ve Borçlunun Kurtulma Yolları

KISACA

Alacaklının temerrüdü, borçlunun gereği gibi sunduğu yapma veya verme ediminin haklı sebep olmadan kabul edilmemesi ya da ifa için alacaklının yapması gereken hazırlığın yapılmamasıdır. Müteselsil borçlulardan birine karşı oluşan alacaklı temerrüdü diğer borçlular bakımından da sonuç doğurur. Teslim edilecek şey bakımından borçlu, hasar ve giderler alacaklıya ait olmak üzere tevdi yoluyla borcundan kurtulabilir. Tevdi yeri hâkimce belirlenir; ticari mallar hâkim kararı olmadan ardiyeye bırakılabilir. Şey tevdiye uygun değilse, çabuk bozuluyorsa veya korunması önemli gider gerektiriyorsa, kanuni koşullarla sattırılıp bedeli tevdi edilebilir. Teslim dışındaki edimlerde borçlu, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler çerçevesinde sözleşmeden dönebilir. Alacaklının temerrüdü borcun kendiliğinden sona ermesi değil, ifaya hazır borçluya tevdi, satış veya dönme yoluyla hukuki durumunu netleştirme imkânı veren bir kurumdur.

Alacaklının temerrüdü, borçlunun borcunu yerine getirmeye hazır olduğu hâlde ifanın alacaklı tarafındaki engel yüzünden tamamlanamamasıdır. Yapma veya verme edimi gereği gibi sunulmuş olmalı; alacaklı haklı bir sebep bulunmadan kabulden kaçınmalı ya da borçlunun ifa edebilmesi için kendisinin yapması gereken hazırlık fiilini gerçekleştirmemelidir. Bu yapı, borçlunun temerrüdünden farklı olarak gecikmenin borçluya değil alacaklıya ait davranıştan kaynaklandığını gösterir.

İfa önerisinin gereği gibi olması önemlidir. Borçlu yanlış yerde, yanlış zamanda veya eksik edim sunmuşsa alacaklının kabulden kaçınması temerrüt oluşturmayabilir. Buna karşılık uygun edim haklı neden olmadan reddedildiğinde alacaklı, kabul etmemenin sonuçlarına katlanır. Müteselsil borçlulardan birine karşı temerrüde düşmesi, diğer borçlular bakımından da alacaklı temerrüdü sayılır.

Teslim borçlarında temel çözüm tevdi hakkıdır. Borçlu teslim edeceği şeyi, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Tevdi yerini ifa yerindeki hâkim belirler. Ticari mallar ise hâkim kararı alınmadan da bir ardiyeye bırakılabilir. Böylece borçlu, alacaklının kabul etmemesi yüzünden şeyi süresiz olarak elinde tutmak zorunda kalmaz.

Her şey tevdiye elverişli değildir. Şeyin niteliği veya işin özelliği tevdiyi uygunsuz kılıyor, mal çabuk bozulabiliyor ya da bakım ve koruma önemli gider gerektiriyorsa borçlu satış yoluna başvurabilir. Kural olarak alacaklıya önceden ihtar verilir ve hâkimin izniyle açık artırma yapılır; bedel tevdi edilir. Borsa veya piyasa fiyatı bulunan ya da değeri giderine göre düşük olan şeyde açık artırma zorunlu değildir ve hâkim ön ihtar aramadan satışa izin verebilir.

Alacaklı tevdi edilen şeyi kabul ettiğini açıklamamış ve tevdi bir rehni ortadan kaldırmamışsa borçlu tevdi konusunu geri alabilir. Geri alma anında alacak yan haklarıyla birlikte varlığını sürdürür. Borcun konusu teslim dışındaki bir edimse borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin kurallara göre sözleşmeden dönebilir. Alacaklının kim olduğu veya alacağın kime ait bulunduğu konusunda borçluya yüklenemeyen tereddüt varsa da tevdi veya dönme yolları benzer biçimde kullanılabilir.

7.4.1 · Müteselsil Borçluluk

Müteselsil Borçta Dış İlişki, İç Paylaşım ve Rücu

KISACA

Müteselsil borçlulukta birden çok borçlunun her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumludur. Bu sorumluluk borçluların açık kabulüyle veya kanunun öngördüğü hâllerde doğar. Alacaklı, borcun tamamını ya da bir bölümünü bütün borçlulardan veya yalnız birinden isteyebilir; borç bütünüyle ödenene kadar diğerlerinin sorumluluğu sürer. Borçlu, ortak savunmaların yanında yalnız kendisiyle alacaklı arasındaki kişisel savunmaları ileri sürebilir ve kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz. İfa veya takas, gerçekleştiği ölçüde bütün borçluları kurtarır. İbranın diğerlerine etkisi, ibra edilen borçlunun iç ilişkideki payına göre belirlenir. İç ilişkide aksi kararlaştırılmadıkça paylar eşittir. Payından fazlasını ödeyen borçlu diğerlerine rücu eder ve yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına halef olur. Müteselsil borç böylece alacaklı yönünden güçlü tahsil imkânı, borçlular arasında ise sonradan denkleştirme yaratır.

Müteselsil borçluluk, borçlu sayısının birden fazla olmasına rağmen alacaklının tek bir payla sınırlanmamasıdır. Borçlulardan her biri borcun tamamından sorumlu olmayı kabul etmişse teselsül doğar. Böyle bir açıklama yoksa müteselsil sorumluluk ancak kanunun özel olarak öngördüğü durumda söz konusu olur. Bu nedenle yalnız birden çok kişinin aynı borç ilişkisinde bulunması, kendiliğinden müteselsil borçluluk sonucunu doğurmaz.

Dış ilişkide seçim yetkisi alacaklıdadır. Alacaklı borcun tamamını veya bir bölümünü borçluların hepsinden isteyebileceği gibi yalnız bir borçluya da yönelebilir. Birine başvurmuş olması diğerlerini serbest bırakmaz; sorumluluk borcun tamamı sona erinceye kadar devam eder. Bu yapı, alacaklının her borçlunun iç payını ayrı ayrı takip etmek zorunda kalmasını önler.

Borçluların savunmaları ortak ve kişisel kaynaklarına göre ayrılır. Her borçlu, müteselsil borcun sebep veya konusundan doğan ortak itiraz ve defilerle, kendisiyle alacaklı arasındaki kişisel ilişkiden doğan savunmaları ileri sürebilir. Başka bir borçluya özgü kişisel savunmadan yararlanamaz. Ortak savunmayı ileri sürmeyen borçlu, bunun sonuçlarından iç ilişkide diğerlerine karşı sorumlu olabilir. Ayrıca borçlulardan biri kendi davranışıyla diğerlerinin hukuki durumunu ağırlaştıramaz.

Borcun ifa veya takasla sona ermesi, gerçekleşen miktar ölçüsünde bütün borçluları kurtarır. Borçlulardan biri alacaklıya ifada bulunmadan borçtan kurtulmuşsa, diğerlerinin bundan yararlanması durumun veya borcun niteliğine bağlıdır. Alacaklının bir borçluyla yaptığı ibra sözleşmesi, diğerlerini ibra edilen kişinin iç ilişkide borca katılma payı oranında borçtan kurtarır.

İç ilişki, alacaklıya yapılan ödemenin borçlular arasında nasıl paylaşılacağını düzenler. Aksi kararlaştırılmamış ve ilişkinin niteliğinden başka sonuç çıkmıyorsa borçlular eşit paylarla sorumludur. Kendi payından fazlasını ödeyen kişi, fazla bölüm için diğer borçlulara payları oranında rücu eder. Borçlulardan birinden tahsil edilemeyen miktarı diğer borçlular eşit biçimde üstlenir.

Rücu hakkına sahip borçlu, ödeme yaptığı ölçüde alacaklının haklarına halef olur. Alacaklı diğer borçluların zararına olarak içlerinden birinin durumunu iyileştirirse bunun sonucuna kendisi katlanır. Bu nedenle müteselsil borçta dosya iki aşamada okunmalıdır: alacaklının borçlulara yöneldiği dış ilişki ve ödeme sonrasında borçlular arasında gerçekleşen iç hesaplaşma.

7.4.2 · Cezai Şart

Ceza Koşulunun İfayla, Zararla ve Asıl Borçla İlişkisi

KISACA

Cezai şart, Türk Borçlar Kanunundaki adıyla ceza koşulu, borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesine bağlanan sözleşmesel edimdir. Kural olarak alacaklı asıl borcun ifası ile ceza arasında seçim yapar. Ceza, borcun belirlenen yerde veya zamanda ifa edilmemesi için kararlaştırılmışsa alacaklı, açıkça vazgeçmedikçe veya ifayı çekincesiz kabul etmedikçe hem asıl borcu hem cezayı isteyebilir. Ceza koşulunun talebi için alacaklının zararını ispat etmesi gerekmez. Zarar ceza tutarını aşıyorsa aşan bölüm, borçlunun kusuru ispat edilerek talep edilebilir. Taraflar miktarı serbestçe belirlese de hâkim aşırı gördüğü cezayı kendiliğinden indirir. Asıl borç geçersizse veya borçlunun sorumlu olmadığı sebeple sonradan imkânsızlaşmışsa kural olarak ceza istenemez. Ceza koşulunun geçersizliği ise asıl borcu kendiliğinden geçersiz hâle getirmez.

Ceza koşulu, borçluyu gereği gibi ifaya yönelten ve ihlal hâlinde alacaklının talebini önceden belirleyen sözleşmesel bir güvencedir. Taraflar borcun hiç ifa edilmemesi, eksik ifası ya da belirlenen zaman veya yerde yerine getirilmemesi için ceza kararlaştırabilir. Ceza koşulu asıl borca bağlıdır; fakat talep biçimi, hangi ihlal için öngörüldüğüne göre değişir.

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi için ceza belirlenmişse alacaklı, sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça asıl borcun ifası ile cezanın ifası arasında seçim yapar. Her ikisini birlikte isteyemez. Buna karşılık ceza yalnız edimin belirli yerde veya zamanda yerine getirilmemesine bağlanmışsa alacaklı asıl borçla birlikte cezayı da talep edebilir. Bunun için ceza hakkından açıkça vazgeçmemiş ve geç ifayı çekince koymadan kabul etmemiş olmalıdır.

Ceza koşulu, zararın önceden belirlenmiş karşılığı olmak zorunda değildir. Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile kararlaştırılan cezayı isteyebilir. Uğranılan zarar ceza tutarını aşarsa aşan bölüm kendiliğinden ödenmez; alacaklı borçlunun kusurunu ispat ederek bu ek zararı talep edebilir. Bu ayrım, ceza alacağı ile tazminat alacağının aynı koşullara bağlı olmadığını gösterir.

Taraflar cezanın miktarını serbestçe belirleyebilir. Bununla birlikte hâkim, aşırı bulduğu ceza koşulunu talep olmasa da kendiliğinden indirir. Bu müdahale cezanın tamamen yok sayılması değil, somut ilişkinin ölçüsüz yükünü azaltan kanuni denetimdir. Dönme hâlinde daha önce ifa edilmiş bölümün alacaklıda kalacağını öngören sözleşmelerde de ceza koşuluna ilişkin kurallar uygulanır; taksitle satışın özel hükümleri saklıdır.

Ceza koşulunun asıl borçla bağlantısı geçerlilikte belirgindir. Asıl borç herhangi bir sebeple geçersizse ceza da kural olarak istenemez. Borç sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeple imkânsızlaşmışsa, aksi kararlaştırılmadıkça yine ceza talep edilemez. Buna karşılık ceza koşulunun kendisinin geçersiz olması asıl borcun geçerliliğini etkilemez. Bu nedenle uyuşmazlıkta önce asıl borcun varlığı, sonra ihlalin türü, birlikte talep imkânı, zarar ve indirim ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Bağlanma Parası ile Cayma Parasının Ayrımı

> **KISACA**
> Sözleşme kurulurken verilen para, aksi kararlaştırılmadıkça cayma hakkının bedeli değil, sözleşmenin yapıldığına ilişkin kanıt olan bağlanma parasıdır. Yerel âdet veya sözleşme tersini göstermiyorsa verilen tutar esas alacaktan düşülür. Bağlanma parasının işlevi, taraflardan birine tek taraflı olarak sözleşmeden çıkma yetkisi vermek değildir. Cayma parası ise farklı sonuç doğurur: Taraflardan her biri sözleşmeden cayabilir; parayı veren cayarsa verdiğini bırakır, alan cayarsa aldığının iki katını geri verir. Bu nedenle sözleşmede kullanılan ad tek başına yeterli olmaz. Ödemenin sözleşmenin kurulduğunu göstermek ve borca mahsup edilmek için mi, yoksa cayma yetkisi sağlamak için mi verildiği belirlenmelidir. Kanuni karine bağlanma parası yönündedir; cayma parasının varlığı sözleşme veya yerel âdetten anlaşılmalıdır.

Bağlanma parası, sözleşme yapılırken taraflardan birinin diğerine verdiği bir miktar paradır. Türk Borçlar Kanunu bu ödemenin hukuki işlevi konusunda bir karine kurar: Verilen para, cayma parası değil, sözleşmenin yapıldığına kanıt sayılır. Bu nedenle sırf ödeme yapılmış olması taraflara sözleşmeden serbestçe dönme imkânı vermez.

Bağlanma parasının ikinci sonucu mahsuptur. Taraflar başka türlü kararlaştırmamış ve yerel âdet tersini göstermiyorsa verilen tutar esas alacaktan düşülür. Örneğin sözleşmenin gereği olan bedelin bir bölümü önceden verilmişse, ödeme ayrıca geri alınacak bağımsız bir tutar olarak değil, ana borcun ifasına katılan miktar olarak değerlendirilir. Bununla birlikte somut sözleşmedeki açık düzenleme kanuni karinenin aksini gösterebilir.

Cayma parası bağlanma parasından farklı bir kurumdur. Cayma parası kararlaştırıldığında taraflardan her biri sözleşmeden cayma yetkisine sahip olur. Parayı veren taraf cayarsa ödediği tutarı bırakır; parayı alan taraf cayarsa aldığı miktarın iki katını geri verir. Burada ödeme yalnız sözleşmenin kanıtı değil, sözleşmeden tek taraflı çıkmanın mali sonucudur.

Uyuşmazlıkta ödemenin başlığına tek başına dayanmak yanıltıcı olabilir. Tarafların ortak iradesi, sözleşmenin bütünü ve varsa yerel âdet incelenerek paranın kanıt ve mahsup işlevi mi taşıdığı, yoksa cayma hakkı mı sağladığı belirlenmelidir. Açık bir cayma düzenlemesi bulunmadığında kanunun başlangıç kabulü bağlanma parasıdır.

Bağlanma parası hakkındaki düzenleme kısa olsa da sonucu nettir. Sözleşme kurulmuştur, verilen para bunu destekleyen bir kanıt oluşturur ve kural olarak esas alacağa mahsup edilir. Cayma yetkisi ise ayrıca kararlaştırılmadıkça doğmaz. Bu ayrım, tarafın sözleşmenin ifasını mı yoksa caymanın mali sonucunu mu talep edebileceğini belirler.

7.4.4 · Alacağın Devri

Alacaklı Değişikliğinin Şekli ve Borçluya Etkisi

> **KISACA**
> Alacağın devri, borç ilişkisinde borçlu değişmeden alacaklı sıfatının üçüncü kişiye geçmesidir. Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça borçlunun rızası aranmaz. İradi devrin geçerliliği yazılı şekle bağlıdır; devir sözü ise şekilsiz yapılabilir. Borçlu devirden haberdar edilmemişse önceki alacaklıya iyiniyetle ödeme yaparak borcundan kurtulur. Alacağın kime ait olduğu çekişmeliyse edimi hâkimin belirlediği yere tevdi edebilir. Borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları devralana da ileri sürebilir ve kanuni koşullarla takas hakkını korur. Devirle birlikte devredenin kişiliğine özgü olmayan öncelik ve bağlı haklar ile işlemiş faizler de geçer. Karşılıklı devirde devreden, kural olarak alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücünü garanti eder. Devir, borçlunun borcunu ağırlaştıran yeni bir ilişki değil, mevcut alacağın sahibini değiştiren işlemdir.

Alacağın devri, mevcut borç ilişkisinin alacaklı tarafında değişiklik yaratır. Devreden eski alacaklı, devralan yeni alacaklıdır; borçlu ve borcun içeriği kural olarak aynı kalır. Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını almadan alacağını üçüncü kişiye devredebilir. Bu özellik, alacağın devrini borcun üstlenilmesinden ayırır; borçlu değişikliğinde alacaklının kabulü belirleyicidir.

İradi devrin geçerliliği yazılı şekle bağlıdır. Buna karşılık ileride devir yapılacağına ilişkin söz verme şekle tabi değildir. Devir kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşiyorsa özel şekil ve önceki alacaklının irade açıklaması aranmadan üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Bazı hakların devrine ilişkin özel kanun hükümleri ayrıca saklıdır.

Borçlunun devirden haberdar olmaması korunur. Devir kendisine bildirilmemişse önceki alacaklıya iyiniyetle ödeme yaparak borcundan kurtulabilir. Alacak birden fazla kez devredilmiş ve borçlu son devralan yerine önceki devralanlardan birine iyiniyetle ifada bulunmuşsa da aynı sonuç doğar. Aidiyeti tartışmalı alacakta borçlu ödemeyi bekletebilir; edim, hâkimin göstereceği yere bırakıldığında borç sona erer. Çekişmeyi bilerek ödeme yaparsa sonuçlarına katlanır.

Devir, borçlunun savunma imkânlarını ortadan kaldırmaz. Borçlu devri öğrendiği anda devredene karşı sahip olduğu itiraz ve defileri devralana karşı da ileri sürebilir. Devri öğrendiği sırada henüz muaccel olmayan karşı alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla takas edebilir. Böylece alacaklı değişikliği, borçlunun önceki hukuki konumunu kötüleştirmez.

Alacağın geçişi, yalnız asıl istemle sınırlı değildir. Devredenin kişiliğine özgü olanlar dışında öncelik hakları ve bağlı haklar devralana geçer; işlemiş faizler de devredilmiş sayılır. Devreden, alacak senedini ve ispata yarayan belgeleri teslim etmeli, devralanın hakkı kullanması için gerekli bilgileri vermelidir.

Devir bir karşı edim karşılığında yapılmışsa devreden, devir anında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücünü garanti eder. Karşılıksız veya kanuni devirde kural olarak böyle bir sorumluluk yoktur.

Garanti gerçekleşmezse devralan ödediği karşı edimi faiziyle, devir giderlerini, borçluya karşı sonuçsuz girişim masraflarını ve devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe diğer zararını isteyebilir.

Somut olayda önce devrin geçerliliği ve şekli, ardından borçlunun bilgi tarihi, savunmaları, bağlı hakların geçişi ve devredenin garanti sorumluluğu belirlenir. Bu sıra, yeni alacaklının talebi ile borçlunun korunması arasındaki dengeyi görünür kılar.

7.4.5 · Borcun Üstlenilmesi

İç ve Dış Üstlenmeyle Borçlunun Değişmesi

KISACA

Borcun üstlenilmesi, mevcut borç ilişkisinde borçlu tarafın değişmesini sağlar. İç üstlenme, eski borçlu ile üstlenen arasında kurulur; üstlenen borcu ödeyerek veya alacaklının rızasıyla dış üstlenmeyi sağlayarak eski borçluyu kurtarma yükümlülüğü altına girer. Eski borçlunun borçtan çıkması ise üstlenen ile alacaklı arasındaki dış üstlenme sözleşmesiyle olur. Alacaklının kabulü açık veya örtülü olabilir; üstlenenin borçlu sıfatıyla yaptığı ifanın çekincesiz kabulü örtülü kabul sayılabilir. Borçlu değişse de kişiye özgü olmayan bağlı haklar korunur. Üçüncü kişinin verdiği rehin ve kefalet, ancak yazılı rızalarıyla devam eder. Yeni borçlu borca ilişkin savunmaları ileri sürebilir, fakat eski borçluya özgü kişisel savunmalardan kural olarak yararlanamaz. Dış üstlenme geçersiz olursa eski borç bağlı haklarıyla geri döner. Borca katılmada ise eski borçlu çıkmaz; katılan kişi onun yanında müteselsil sorumlu olur.

Borcun üstlenilmesi, borç ilişkisinin borçlu tarafında değişiklik yaratır. Bu değişimin iki aşaması birbirinden ayrılmalıdır. İç üstlenme eski borçlu ile borcu üstlenen kişi arasında kurulur. Dış üstlenme ise üstlenen ile alacaklı arasındadır ve eski borçlunun borçtan kurtulmasını sağlar. İç anlaşma tek başına alacaklıyı yeni borçluyu kabul etmeye zorlamaz.

İç üstlenme sözleşmesinde üstlenen, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üzerine alarak eski borçluyu kurtarma yükümlülüğü altına girer. Eski borçlu kendi borçlarını yerine getirmedikçe üstlenenden bu yükümlülüğü ifa etmesini isteyemez. Borçtan henüz kurtarılmamışsa üstlenenden güvence talep edebilir. Bu ilişki alacaklıya karşı borçlu sıfatını doğrudan değiştirmez.

Dış üstlenme, üstlenen ile alacaklının sözleşmesiyle gerçekleşir. İç üstlenmenin alacaklıya bildirilmesi dış üstlenme önerisi sayılır. Alacaklı kabulünü açıkça açıklayabileceği gibi davranışıyla da gösterebilir. Üstlenenin borçlu sıfatıyla yaptığı ifayı çekincesiz kabul etmesi veya bu sıfatla yapılan başka bir işleme rıza göstermesi örtülü kabul sonucunu doğurabilir. Alacaklı öneriyi her zaman kabul edebilir; fakat kabul için süre konulmuşsa bu sürede susması ret sayılır.

Borçlunun değişmesi borcun içeriğini kural olarak değiştirmez. Alacaklının önceki borçlunun kişiliğine özgü olmayan bağlı hakları devam eder. Buna karşılık borca güvence veren üçüncü kişinin rehni ve kefilin sorumluluğu, ancak borcun üstlenilmesine yazılı rıza göstermeleri hâlinde sürer. Yeni borçlu, üstlenilen borcun kendisinden doğan savunmaları ileri sürebilir. Dış üstlenmeden aksi anlaşılmadıkça eski borçlunun kişisel savunmalarını ve iç üstlenmeden doğan kendi savunmalarını alacaklıya karşı kullanamaz.

Dış üstlenme sözleşmesi geçersiz olursa eski borç, iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere bağlı borçlarıyla yeniden varlığını sürdürür. Üstlenen, geçersizlikte ve alacaklının zararında kusursuz olduğunu ispat edemezse kaybedilen güvence veya başka sebeple doğan zararı gidermek zorunda kalabilir.

Borca katılma, borcun üstlenilmesinden ayrıdır. Katılmada mevcut borçlu ilişkiden çıkmaz; katılan kişi alacaklıyla sözleşme yaparak borçlunun yanında yer alır ve ikisi müteselsilen sorumlu olur. Malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifleriyle devralınması da kanunda özel sonuçlara bağlanmıştır; devralan bildirim veya ilanla borçlardan sorumlu olur ve önceki borçlu belirli süre birlikte sorumlu kalır.

Bir dosyada doğru nitelendirme için önce eski borçlunun ilişkiden çıkıp çıkmadığı sorulur. Yalnız iç üstlenme varsa alacaklı bakımından borçlu değişmemiştir. Alacaklının kabul ettiği dış üstlenmede eski borçlu kurtulur. Borca katılmada ise iki borçlu birlikte sorumlu hâle gelir. Bu ayrım, talebin kime yöneltileceğini ve güvencelerin devam edip etmediğini belirler.

7.5.1 · İbra

İbra Sözleşmesiyle Borcun Tamamen veya Kısmen Sona Ermesi

KISACA

İbra, alacaklı ile borçlunun anlaşarak mevcut borcu tamamen veya kısmen ortadan kaldırmasıdır. Borcu doğuran işlem kanun veya tarafların iradesiyle belirli şekle bağlanmış olsa bile genel ibra sözleşmesi şekilsiz yapılabilir. Bu yönüyle ibra, borcun ifa edilmesi değil, tarafların sona erdirme iradelerinin uyuşmasıdır. İbra edilen miktar bakımından alacak sona erer; asıl borca bağlı rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi hakların durumu da borcun sona ermesine ilişkin genel kurala göre değerlendirilir. Müteselsil borçlulukta bir borçlunun ibra edilmesi yalnız o kişiyle sınırlı sonuç doğurmaz; diğer borçlular da ibra edilenin iç ilişkideki payı oranında borçtan kurtulur. Hizmet sözleşmesinden doğan işçi alacaklarında ise kanun özel ve daha sıkı ibra koşulları öngörür. Bu nedenle genel ibra kuralı uygulanmadan önce borç ilişkisinin özel düzenlemeye tabi olup olmadığı belirlenmelidir.

İbra, borcu sona erdiren bir sözleşmedir. Alacaklı alacağından tamamen veya belirli bölüm için vazgeçerken borçlu da bu sona erdirme iradesine katılır. Bu nedenle ibra tek taraflı feragat açıklamasından farklıdır; iki tarafın uyuşan iradesiyle kurulur. Borç ifa edilmeden ortadan kalktığı için ibra, ödeme belgesi veya makbuzla da karıştırılmamalıdır.

Türk Borçlar Kanununun genel kuralına göre, borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belirli şekle bağlı tutulmuş olsa bile ibra sözleşmesi şekle tabi değildir. Örneğin asıl sözleşme yazılı biçimde kurulmuş olsa dahi, genel hükümlere tabi borç şekilsiz ibra anlaşmasıyla tamamen ya da kısmen sona erdirilebilir. Bununla birlikte özel kanuni düzenlemelerin daha sıkı koşulları saklıdır.

İbra kapsamı tarafların iradesine göre belirlenir. Borcun tamamı ibra edilmişse asıl alacak ortadan kalkar. Kısmi ibrada yalnız belirlenen bölüm sona erer, kalan borç varlığını sürdürür. Asıl borcun sona ermesi, kural olarak rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi bağlı hak ve borçları da sona erdirir. İşlemiş faiz veya ceza koşulunu isteme hakkı sözleşmeyle ya da ifa anına kadar açıklamayla saklı tutulmuşsa bunlar ayrıca talep edilebilir.

Müteselsil borçta ibra özel etki doğurur. Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkide borca katılma payı oranında kurtarır. Bu nedenle bir borçlunun serbest bırakılması, alacaklının kalan borçlulardan isteyebileceği toplam tutarı etkileyebilir.

Hizmet sözleşmesinden doğan işçi alacaklarında genel şekil serbestisi uygulanmaz. Kanun, yazılılık, sözleşmenin sona ermesinden sonra belirli sürenin geçmesi, alacak türü ve miktarının açık gösterilmesi ile ödemenin eksiksiz ve banka aracılığıyla yapılması gibi özel koşullar arar. Dolayısıyla ibra değerlendirmesinde önce borcun kaynağı, sonra tarafların karşılıklı sona erdirme iradesi, kapsam ve özel şekil koşulları belirlenmelidir.

7.5.2 · Yenileme

Eski Borcun Açık İradeyle Yeni Borca Dönüştürülmesi

> **KISACA**
> Yenileme, mevcut borcun yeni bir borç kurularak sona erdirilmesidir. Bu sonuç kendiliğinden doğmaz; tarafların eski borcu ortadan kaldırıp yerine yenisini koyma yönünde açık iradesi bulunmalıdır. Mevcut borç için kambiyo taahhüdü verilmesi, yeni alacak senedi düzenlenmesi veya yeni kefalet senedi alınması tek başına yenileme sayılmaz. Bu işlemler çoğu zaman var olan borcu belgelendirir ya da güvence altına alır; açık yenileme iradesi yoksa eski borç devam eder. Cari hesaba çeşitli alacak ve borç kalemlerinin yazılması da tek başına yenileme değildir. Hesap kesilir ve sonuç diğer tarafça kabul edilirse yenileme gerçekleşir. Kalemlerden birinin güvencesi varsa, aksi kararlaştırılmadıkça hesabın kesilip kabul edilmesi güvenceyi sona erdirmez. Yenilemenin varlığı, yeni belgenin düzenlenmesinden çok tarafların eski borcu sona erdirme amacına bağlıdır.

Yenileme, bir borcun başka bir borçla değiştirilerek sona erdirilmesidir. Taraflar yeni bir borç kurarken mevcut borcun da ortadan kalkmasını amaçlar. Bu nedenle yenilemede iki sonuç birlikte doğar: eski borç sona erer ve onun yerine yeni borç geçer. Yalnız yeni bir belge düzenlenmesi veya ek güvence verilmesi bu sonucu kendiliğinden yaratmaz.

Türk Borçlar Kanunu yenileme iradesinin açık olmasını arar. Tarafların davranışından yeni bir düzenleme yaptıkları anlaşılsa bile, eski borcu sona erdirme amacı açıkça ortaya konulamıyorsa yenileme kabul edilmez. Bu yaklaşım, alacaklının istemeden mevcut hak ve güvencelerini kaybetmesini önler.

Mevcut borç için kambiyo taahhüdünde bulunulması yenilemeye ilişkin başlıca karıştırılma alanıdır. Borçlu bono veya başka bir senet düzenlediğinde, açık yenileme iradesi yoksa eski borç sona ermez. Aynı şekilde yeni alacak senedi ya da yeni kefalet senedi hazırlanması da tek başına yenileme değildir. Bu belgeler mevcut borcun ispatını veya teminatını güçlendirebilir; borcun hukuki sebebini değiştirdikleri varsayılmaz.

Cari hesapta da her kayıt yenileme oluşturmaz. Tarafların çeşitli alacak ve borç kalemlerini hesaba geçirmesi, bu kalemlerin bağımsız varlığını hemen sona erdirmez. Hesap kesilir ve ortaya çıkan bakiye diğer tarafça kabul edilirse borç yenilenmiş olur. Böylece tek tek kalemlerin yerini kabul edilen hesap sonucu alır.

Cari hesaba alınan kalemlerden biri güvenceye bağlıysa, hesabın kesilip sonucun kabul edilmesi kural olarak güvenceyi sona erdirmez. Taraflar aksini kararlaştırabilir. Bu ayrıntı, yenilemenin her bağlı hakkı zorunlu olarak yok etmediğini gösterir.

Bir uyuşmazlıkta yeni senedin tarihi veya başlığı tek başına yeterli değildir. Eski borcun ne olduğu, yeni borcun hangi içerikle kurulduğu ve tarafların önceki borcu sona erdirmeyi açıkça isteyip istemedikleri belirlenmelidir. Açık irade ispatlanamazsa eski borç, yeni belge veya güvenceyle birlikte varlığını sürdürür.

Karşılıklı Borçların Bildirimle Sona Erdirilmesi

KISACA
Takas, iki kişinin karşılıklı para veya özdeş edim borçlarını, daha az olan tutar ölçüsünde sona erdirmesidir. Kural olarak her iki borcun muaccel olması gerekir. Alacaklardan birinin çekişmeli bulunması takasa engel değildir. Zamanaşımına uğramış alacak, takas edilebilir hâle geldiği anda henüz zamanaşımına uğramamışsa kullanılabilir. Takas kendiliğinden gerçekleşmez; taraflardan birinin takas iradesini diğerine bildirmesi gerekir. Bildirimle iki borç, takas edilebildikleri andan itibaren az olan miktarda sona erer. Asıl borçlunun takas hakkı sürdükçe kefil de ödemeden kaçınabilir. Üçüncü kişi yararına borçlanan kişi, bu borçla sözleşmenin diğer tarafındaki alacağını takas edemez. Tevdi edilmiş, haksız alınmış veya aldatmayla alıkonulmuş eşyanın iadesi ile nafaka ve işçi ücreti gibi kişiye doğrudan ödenmesi gereken alacaklar ancak alacaklının rızasıyla takas edilebilir. Takas hakkından önceden feragat mümkündür.

Takas, karşılıklı borçların fiilen ayrı ayrı ödenmesi yerine hesaplaşma yoluyla sona ermesini sağlar. İki kişi birbirine bir miktar para veya aynı türden özdeş edimler borçluysa ve iki borç da muaccelse, taraflardan her biri kendi alacağını borcuyla takas edebilir. Borçların tutarı farklıysa sona erme daha az olan borç miktarıyla sınırlıdır; kalan bölüm varlığını sürdürür.

Takasa konu borçların karşılıklı olması gerekir. Bir tarafın üçüncü kişiden olan alacağı, kural olarak kendi borcuyla takas edilemez. Edimlerin de para veya özdeş nitelikte olması aranır. Alacaklardan birinin çekişmeli olması takası engellemez. Zamanaşımına uğramış alacak ise takas imkânının doğduğu anda henüz zamanaşımına uğramamış bulunuyorsa daha sonra takas için ileri sürülebilir.

Takas kendiliğinden sonuç doğurmaz. Takas hakkı bulunan kişi iradesini karşı tarafa bildirmelidir. Bildirim yapıldığında her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan tutar ölçüsünde sona ermiş sayılır. Bu geriye etkili sonuç, faiz ve temerrüt değerlendirmesinde takas koşullarının hangi tarihte birleştiğini önemli hâle getirir.

Kefalet bakımından asıl borçlunun takas imkânı kefili de korur. Asıl borçlu takası ileri sürebildiği sürece kefil alacaklıya ödeme yapmaktan kaçınabilir. Üçüncü kişi yararına sözleşmede ise üçüncü kişiye karşı borçlanan kişi, bu borcuyla sözleşmenin diğer tarafından olan alacağını takas edemez. Borçlunun iflasında alacaklılar, alacakları henüz muaccel olmasa dahi müflise olan borçlarıyla takas yapabilir.

Bazı alacakların niteliği takası sınırlar. Tevdi edilmiş eşyanın iadesi veya bedeli, haksız alınmış ya da aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesi veya bedeli ancak alacaklının rızasıyla takas edilebilir. Nafaka ve işçi ücreti gibi borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu, doğrudan hak sahibine verilmesi gereken alacaklarda da aynı koruma vardır. Bu sınırlama, hassas edimin alacaklıya fiilen ulaşmasını güvence altına alır.

Borçlu takas hakkından önceden feragat edebilir. Ancak özel sözleşme hükümleri bu serbestiyi sınırlandırabilir; kira ilişkisinde taraflar takas hakkından önceden vazgeçemez. Takas incelemesinde karşılıklılık, edimlerin özdeşliği, muacceliyet, bildirim ve korunmuş alacak türleri sırayla değerlendirilmelidir.

7.5.4 · Zamanaşımı

Alacaklarda Zamanaşımı Süresi, Durma, Kesilme ve Defi

KISACA
Zamanaşımı borcu kendiliğinden sona erdirmez; alacaklı istemini sürdürse de borçluya ifadan kaçınma savunması verir. Kanunda özel süre yoksa alacaklar on yıllık zamanaşımına tabidir. Kira bedeli, faiz, ücret gibi dönemsel edimler ile kanunda sayılan bazı alacaklarda beş yıl uygulanır. Süreler sözleşmeyle değiştirilemez ve kural olarak alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar. Velayet, vesayet, evlilik veya alacağın Türk mahkemelerinde ileri sürülememesi gibi hâllerde zamanaşımı başlamaz ya da durur. Borçlunun borcu ikrar etmesi, kısmi ödeme veya güvence vermesi ile alacaklının dava, defi, icra takibi ya da iflas masasına başvurması süreyi keser; kesilmeden sonra yeni süre işler. Görevsizlik, yetkisizlik veya düzeltilebilir yanlışlık nedeniyle reddedilen başvuruda koşulları varsa altmış günlük ek süre tanınır. Hâkim zamanaşımını kendiliğinden dikkate alamaz; borçlu bunu ileri sürmelidir.

Zamanaşımı, belirli süre boyunca kullanılmayan alacak için borçluya ifadan kaçınma imkânı verir. Borç maddi anlamda kendiliğinden yok olmaz; bu nedenle borçlu zamanaşımına rağmen isteyerek ifada bulunursa kural olarak borçlanılmamış edim ödediğini ileri süremez. Mahkemenin zamanaşımını dikkate alabilmesi için borçlunun bu savunmayı ileri sürmesi gerekir.

Genel süre on yıldır. Kanunda başka hüküm bulunmayan her alacak bu süreye tabidir. Kira bedelleri, anapara faizleri, ücret gibi dönemsel edimler; konaklama ve yeme içme bedelleri; küçük sanat işleri ve küçük çaplı perakende satış alacakları; belirli ortaklık, vekâlet, komisyon, acentelik, simsarlık ve eser sözleşmesi alacakları için beş yıllık süre öngörülmüştür. Eser sözleşmesinde yüklenicinin ağır kusuruyla hiç veya gereği gibi ifa etmemesinden doğan alacak bu beş yıllık grubun dışındadır.

Zamanaşımı süreleri tarafların sözleşmesiyle değiştirilemez. Süre kural olarak alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar. Muacceliyet bir bildirime bağlıysa başlangıç, bildirimin yapılabileceği gündür. Dönemsel edimlerde bütün alacak için zamanaşımı, ödenmemiş ilk dönemsel edimin muaccel olduğu gün başlar. Süre hesabında başlangıç günü sayılmaz; zamanaşımı son gün de hak kullanılmadan geçince tamamlanır.

Bazı ilişkilerde sürenin işlemesi durur. Çocukların ana ve babalarından olan alacakları bakımından velayet, vesayet altındaki kişinin vasiden veya vesayet işlemleri sebebiyle Devletten olan alacaklarında vesayet, eşlerin birbirinden alacaklarında evlilik süresince zamanaşımı işlemez. Ev hizmetlisinin çalıştırandan alacağı, borçlunun alacak üzerinde intifa hakkı, alacağın Türk mahkemelerinde ileri sürülememesi ve alacaklı ile borçlu sıfatlarının belirli biçimde birleşmesi de durma sebepleridir. Sebep sona erince süre kaldığı yerden işlemeyi sürdürür.

Kesilme, durmadan farklı olarak geçen süreyi siler ve yeni süre başlatır. Borçlunun borcu ikrar etmesi, faiz ödemesi, kısmi ifa, rehin veya kefil göstermesi zamanaşımını keser. Alacaklının dava ya da defi yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurması, icra takibi yapması veya iflas masasına başvurması da

kesilme sebebidir. Borç senetle ikrar edilmiş veya mahkeme ya da hakem kararına bağlanmışsa yeni süre her zaman on yıldır.

Müteselsil borçlulardan birine karşı kesilme diğerlerine de etki eder. Asıl borçluya karşı kesilme kefili etkiler; kefile karşı kesilme ise asıl borçluya karşı sonuç doğurmaz. Dava süresince tarafların her usul işlemi ve hâkimin her kararı, icrada her takip işlemi yeni süreyi başlatır.

Başvuru yetki veya görev eksikliği, düzeltilebilir yanlışlık ya da erken açılma sebebiyle reddedilmiş ve bu sırada süre dolmuşsa alacaklı altmış günlük ek süre içinde hakkını kullanabilir. Zamanaşımından önceden feragat edilemez. En sonunda, bütün bu süre hesabı mahkemece kendiliğinden uygulanmaz; borçlunun defi olmadan hâkim zamanaşımını göz önüne alamaz.

7.6.1 · Satış Sözleşmesi

Satışta Devir, Bedel, Hasar ve Satıcının Sorumluluğu

KISACA

Satış sözleşmesinde satıcı, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi; alıcı ise bedel ödemeyi üstlenir. Aksi kararlaştırılmadıkça edimler aynı anda yerine getirilir. Taşınırda yarar ve hasar zilyetliğin devrine, taşınmazda tescile kadar kural olarak satıcıya aittir. Satıcı yalnız teslim borcundan değil, üçüncü kişinin üstün hakkı nedeniyle satılanın alıcının elinden alınmasından ve satılandaki ayıplardan da sorumludur. Ayıp hâlinde alıcı, koşulları varsa dönme, bedel indirimi, ücretsiz onarım veya ayıpsız benzeriyle değişim haklarından birini kullanabilir ve tazminat isteyebilir. Alıcı satılanı uygun zamanda gözden geçirip ayıbı bildirmelidir; ağır kusurlu satıcı bildirim eksikliğine dayanamaz. Taşınmaz satışı resmî şekle, taşınmaz satış vaadi, alım ve geri alım sözleşmeleri de resmî biçime tabidir. Satış uyuşmazlığında şeyin türü, devir anı, ayıbın niteliği, bildirim ve seçimlik hakkın kapsamı birlikte belirlenir.

Satış sözleşmesi, bir şeyin mülkiyetinin bedel karşılığında devrini amaçlar. Satıcı satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya geçirmek, alıcı da kararlaştırılan bedeli ödemekle yükümlüdür. Bedelin rakam olarak yazılması zorunlu değildir; durum ve koşullara göre belirlenebiliyorsa kararlaştırılmış sayılır. Aksi anlaşılmadıkça satıcı ile alıcı edimlerini aynı anda yerine getirir.

Yarar ve hasarın hangi anda geçtiği, beklenmedik olay sonucunda doğan kaybı kimin taşıyacağını belirler. Kanun, sözleşme veya durumdan başka sonuç çıkmıyorsa taşınır satışında zilyetliğin devrine, taşınmaz satışında tescile kadar yarar ve hasarı satıcıya yükler. Alıcı taşınırı devralmada temerrüde düşerse devir yapılmış gibi hasar ona geçebilir. Satılan alıcının isteğiyle başka yere gönderiliyorsa yarar ve hasar taşıyıcıya teslim anında alıcıya geçer.

Satıcının asli borcu zilyetliği mülkiyeti geçirme amacıyla devretmektir. Satış konusu üzerinde üçüncü kişinin satıştan önce var olan üstün hakkı bulunur ve bu nedenle satılan alıcının elinden alınırsa zapttan sorumluluk doğar. Tam zapt sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirebilir; alıcı bedelin faiziyle iadesini, belirli giderlerini ve zararını isteyebilir. Kısmi zapt hâlinde kural zarar giderimidir; alıcının bu durumu bilseydi sözleşme yapmayacağı anlaşılıyorsa sona erme talep edilebilir.

Ayıptan sorumluluk, bildirilen niteliklerin bulunmamasını veya satılanın değerini ve beklenen faydasını ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki veya ekonomik eksikliği kapsar. Satıcı ayıbı bilmese de sorumludur. Alıcının sözleşme kurulurken bildiği ayıplar sorumluluk doğurmaz. Olağan gözden geçirmeyle görülebilecek ayıpta satıcı, ayrıca ayıpsızlığı üstlenmedikçe sorumlu olmaz.

Alıcı satılanı devraldıktan sonra işlerin olağan akışında mümkün olur olmaz gözden geçirmeli ve sorumluluk doğuran ayıbı uygun sürede bildirmelidir. Gizli ayıp sonradan ortaya çıkarsa bildirim hemen yapılır. İnceleme ve bildirim ihmal edilirse satılan kabul edilmiş sayılabilir. Ağır kusurlu satıcı ve mesleği gereği bilmesi gereken ayıplar bakımından satıcı bu eksikliğe dayanamaz.

Ayıp hâlinde alıcının dört temel seçimlik hakkı vardır. Satılanı geri vermeye hazır olup sözleşmeden dönebilir, satılanı tutarak bedel indirimi isteyebilir, aşırı masraf gerektirmiyorsa ücretsiz onarım talep edebilir veya mümkünse ayıpsız benzeriyle değişim isteyebilir. Genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır. Dönme durumun özellikleri bakımından ölçüsüzse hâkim onarım veya bedel indirimine karar verebilir.

Alıcı bedeli ödemek ve sunulan satılanı devralmak zorundadır. Aksi anlaşma yoksa bedel, satılan alıcının zilyetliğine girince muaccel olur. Taşınmaz satışında sözleşme resmî şekilde düzenlenmelidir. Taşınmaz satış vaadi, alım ve geri alım sözleşmeleri de resmî şekle; önalım sözleşmesi ise yazılı şekle tabidir. Böylece satış dosyası, genel tanımdan sonra satılanın taşınır veya taşınmaz oluşuna, devir ve hasar anına, zapt veya ayıba ve alıcının seçtiği hukuki sonuca göre çözülür.

7.6.2 · Bağışlama Sözleşmesi

Karşılıksız Kazandırmanın Kuruluşu ve Geri Alınması

KISACA

Bağışlama sözleşmesinde bağışlayan, sağlararası sonuç doğurmak üzere malvarlığından bağışlanana karşılıksız kazandırma yapar. Henüz edinilmemiş haktan feragat, mirasın reddi ve ahlaki ödevin yerine getirilmesi bağışlama sayılmaz. Bağışlama sözü yazılı şekle, taşınmaz veya taşınmaz üzerindeki ayni hakka ilişkin söz ise resmî şekle tabidir. Elden bağışlama taşınırın teslimiyle kurulur. Bağışlama koşula veya yüklemeye bağlanabilir; yüklemenin ifası bağışlayan tarafından istenebilir. Bağışlayan, ağır kusuru bulunmadıkça bağışlamadan doğan zarardan sorumlu değildir. Bağışlanan bağışlayana veya yakınına karşı ağır suç işler, kanuni yükümlülüğünü önemli ölçüde ihlal eder ya da haklı sebep olmadan yüklemeyi yerine getirmezse bağışlama geri alınabilir. Bağışlama sözü, bağışlayanın mali durumunun olağanüstü ağırlaşması veya yeni aile yükümlülükleri doğması gibi hâllerde geri alınabilir. Geri alma hakkı sebebin öğrenilmesinden başlayarak bir yıl içinde kullanılmalıdır.

Bağışlama, bir kişinin malvarlığından diğerine karşılık almadan kazandırma yapmasını konu edinir. İşlem sağlararası sonuç doğurmalıdır. Henüz kazanılmamış haktan vazgeçmek, mirası reddetmek veya ahlaki bir ödevi yerine getirmek kanunun bağışlama tanımına girmez. Bu ayrımlar, her karşılıksız malvarlığı hareketinin aynı hükümlere tabi olmadığını gösterir.

Bağışlama yapabilmek için bağışlayanın fiil ehliyeti bulunmalıdır; mal rejimi ve miras hukukundan doğan sınırlamalar saklıdır. Ayırt etme gücü bulunan fakat fiil ehliyeti olmayan kişi bağışlamayı kabul edebilir. Yasal temsilci kabulü yasaklar veya bağışlanan şeyin geri verilmesini emrederse bağışlama ortadan kalkar.

Kuruluş biçimi bağışlamanın türüne göre değişir. Bağışlama sözü verme yazılı şekilde yapılmalıdır. Taşınmaz veya taşınmaz üzerindeki ayni hak bakımından söz verme resmî şekle tabidir. Şekle aykırı bağışlama sözü bağışlayan tarafından yerine getirilirse elden bağışlama hükmü doğabilir; ancak resmî şekle tabi kazandırmalarda bu iyileşme gerçekleşmez. Elden bağışlama, taşınırın bağışlanana teslimiyle kurulur.

Bağışlama koşula veya yüklemeye bağlanabilir. Yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamada vasiyet hükümleri uygulanır. Yüklemeli bağışlamada bağışlayan, kabul edilmiş yüklemenin yerine getirilmesini isteyebilir. Yükleme kamu yararına konulmuşsa bağışlayanın ölümünden sonra istem yetkisi ilgili kamu kurumuna geçer. Bağışlama konusu yükleme masrafını karşılamıyor ve aşan bölüm ödenmiyorsa bağışlanan ifadan kaçınabilir.

Bağışlayan, bağışlananın kendisinden önce ölmesi hâlinde konunun kendisine dönmesini kararlaştırabilir. Konu taşınmaz veya ayni hak ise bu koşul tapu siciline şerh edilebilir. Bağışlama önerisi, bağışlananın kabulüne kadar geri alınabilir; malın diğer mallardan fiilen ayrılmış olması bu imkânı ortadan kaldırmaz.

Karşılıksızlık, bağışlayanın sorumluluğunu hafifletir. Bağışlayan zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça sorumlu değildir. Bağışlanan şey veya alacak için ayrıca garanti vermişse bu taahhüt ölçüsünde sorumluluk doğar.

Elden bağışlama veya yerine getirilmiş bağışlama sözü belirli ağır davranışlarda geri alınabilir. Bağışlananın bağışlayana ya da yakınına karşı ağır suç işlemesi, bağışlayana veya ailesine yönelik kanuni yükümlülüklerini önemli ölçüde ihlal etmesi veya yüklemeyi haklı sebep olmadan yerine getirmemesi bu sebeplerdendir. İade, bağışlananın geri istem anındaki zenginleşmesi ölçüsündedir.

Henüz ifa edilmemiş bağışlama sözünde geri alma ve ifadan kaçınma alanı daha geniştir. Geri alma sebeplerinin yanında bağışlayanın mali durumunun sonradan ifayı olağanüstü ağırlaştırması ya da yeni aile yükümlülüklerinin doğması veya ağırlaşması etkili olabilir. Ödeme güçsüzlüğü belirlenir veya iflasa karar verilirse ifa yükümlülüğü ortadan kalkar. Geri alma sebebi öğrenildikten sonra hak bir yıl içinde kullanılmalıdır.

7.6.3 · Kira Sözleşmesi

Kira İlişkisinde Kullanım, Bedel, Ayıp ve Sona Erme

KISACA

Kira sözleşmesinde kiraya veren, bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte yararlanılmasını bırakır; kiracı kira bedeli öder. Kiraya veren kiralananı amaçlanan kullanıma elverişli durumda teslim etmeli ve sözleşme boyunca bu durumda tutmalıdır. Sonradan ortaya çıkan ayıpta kiracı giderim, bedel indirimi, zarar tazmini ve önemli ayıpta fesih haklarına başvurabilir. Kiracı bedeli ödemeli, kiralananı özenle kullanmalı, komşulara saygı göstermeli ve kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı ayıpları bildirmelidir. Kiralananın el değiştirmesi sözleşmeyi sona erdirmez; yeni malik taraf olur. Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracıyı koruyan emredici hükümler, güvence, bedel artışı ve sona erme nedenlerini sınırlar. Belirli sürenin bitmesi kiraya verene her durumda tahliye imkânı vermez. Gereksinim, yeniden inşa, yazılı tahliye taahhüdü ve iki haklı ihtar gibi dava sebepleri kanundaki süre ve koşullarla kullanılabilir. Kira dosyasında genel hükümler ile konut ve çatılı işyerine özgü rejim ayrılmalıdır.

Kira sözleşmesi, mülkiyeti devretmeden kullanım veya kullanmayla birlikte yararlanma imkânı sağlar. Kiraya veren bu imkânı kiracıya bırakır, kiracı da karşılığında kira bedeli öder. Sözleşme belirli veya belirsiz süreli olabilir. Bildirime gerek olmadan kararlaştırılan sürenin sonunda bitecek ilişki belirli süreli, diğerleri belirsiz süreli sayılır.

Kiraya verenin temel borcu, kiralananı kararlaştırılan tarihte sözleşmedeki amaca elverişli biçimde teslim etmek ve ilişki boyunca bu durumda bulundurmaktır. Konut ve çatılı işyeri kiralarında bu yükümlülük kiracı aleyhine değiştirilemez. Kiralanan önemli ayıpla teslim edilirse kiracı temerrüt hükümlerine veya sonradan ortaya çıkan ayıp kurallarına başvurabilir. Sonraki ayıpta giderim, ayıp oranında bedel indirimi ve zarar tazmini istenebilir; önemli ayıp fesih hakkı da verir.

Kiracı ayıbın uygun sürede giderilmesini talep edebilir. Giderim yapılmazsa ayıbı kiraya veren hesabına gidertebilir ve alacağını kira bedelinden indirebilir veya ayıpsız benzerle değişim isteyebilir. Kullanımı ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde engelleyen ayıp süresinde giderilmezse sözleşme feshedilebilir. Kiraya veren kusursuzluğunu ispat etmedikçe ayıptan doğan zararı da karşılar.

Kiralananın sonradan el değiştirmesi kira sözleşmesini sona erdirmez; yeni malik sözleşmenin tarafı olur. Kiracılık hakkının tapu siciline şerhi de kararlaştırılabilir. Kiracı kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri zamanında ödemek, kiralananı özenle kullanmak ve komşulara saygı göstermekle yükümlüdür. Bedel veya yan gider temerrüdünde kiraya veren yazılı süre verir; konut ve çatılı işyerinde bu süre en az otuz gündür. Ağır kullanım ihlalinde kanunun öngördüğü ihtar veya derhâl fesih yolları uygulanır.

Alt kira ve kullanım devri genel olarak kiraya verene zarar verecek değişiklik doğurmama koşuluyla mümkündür. Konut ve çatılı işyerinde yazılı rıza gerekir. Kira ilişkisinin üçüncü kişiye devrinde de kiraya verenin yazılı rızası aranır; işyeri kiralarında haklı sebep olmadan rızadan kaçınılamaz. Kiracı sözleşme

bitmeden kiralananı geri verirse, borçları benzer koşullarla yeniden kiralama için gereken makul süre boyunca devam eder. Uygun ve ödeme gücü bulunan yeni kiracı bulunursa bu sorumluluk daha önce sona erebilir.

Konut ve çatılı işyeri kiralarında özel koruma rejimi vardır. Güvence üç aylık kira bedelini aşamaz. Kira bedelinin yenilenen dönemlerde belirlenmesi kanuni ölçülere bağlıdır; kiracıya bedel ve yan gider dışında ceza veya sonraki kiraları muaccel kılan ödeme yükümlülüğü getirilemez. Belirli süre sonunda kiracı süresinde bildirim yapmazsa sözleşme bir yıl uzar; kiraya veren yalnız sürenin bitimine dayanarak ilişkiyi sona erdiremez.

Dava yoluyla sona erme sebepleri sınırlıdır. Kiraya verenin kendisi veya kanunda sayılan yakınları için gerçek gereksinimi, yeniden inşa ve imar zorunluluğu, yeni malikin gereksinimi; kiracı yönünden teslimden sonra verilmiş yazılı tahliye taahhüdü, iki haklı ihtar ve belirli koşullarda oturmaya elverişli konut bulunması dava sebebi olabilir. Her sebep özel bildirim ve dava süresine tabidir. Bu nedenle kira uyuşmazlığında önce kira türü, sonra ihlal veya sona erme sebebi ve son olarak kanuni süre belirlenmelidir.

7.6.4 · Ödünç Sözleşmeleri

Kullanım Ödüncü ile Tüketim Ödüncünün Ayrılması

KISACA

Ödünç sözleşmeleri kullanım ödüncü ve tüketim ödüncü olarak ikiye ayrılır. Kullanım ödüncünde belirli şey karşılıksız kullanıma bırakılır ve kullanım sonunda aynı şey geri verilir. Ödünç alan şeyi kararlaştırılan veya özgülendiği amaca uygun kullanmalı, başkasına kullandırmamalı ve olağan bakım giderlerine katlanmalıdır. Süre ya da amaç belirlenmemişse ödünç veren şeyi dilediği zaman geri isteyebilir. Tüketim ödüncünde ise para veya tüketilebilir şeyin mülkiyeti devredilir; ödünç alan aynı şeyi değil, aynı nitelik ve miktarda karşılığı geri verir. Ticari olmayan tüketim ödüncünde faiz ancak kararlaştırılmışsa, ticari ödünçte ise anlaşma bulunmasa da istenebilir. Faizin anaparaya eklenip yeniden faiz yürütülmesi kararlaştırılamaz. Geri verme günü belirlenmemişse, ilk istemden başlayarak altı hafta geçmeden ödeme zorunluluğu doğmaz. Hangi ödünç türünün bulunduğu, aynı şeyin mi yoksa eşdeğerinin mi geri verileceğine göre belirlenir.

Ödünç sözleşmeleri, bir şeyden geçici yararlanma sağlasa da iki farklı hukuki yapıya ayrılır. Kullanım ödüncünde aynı şey kullanıldıktan sonra geri verilir. Tüketim ödüncünde ise para veya tüketilebilir mal ödünç alanın mülkiyetine geçer ve aynı nitelik ile miktarda başka bir değer iade edilir. Bu ayrım, mülkiyetin geçişini, kullanım sınırlarını ve geri verme borcunu belirler.

Kullanım ödüncü karşılıksızdır. Ödünç veren belirli şeyi kullanıma bırakır, ödünç alan da kullandıktan sonra aynı şeyi geri vermeyi üstlenir. Ödünç alan, şeyi sözleşmede kararlaştırılan biçimde; hüküm yoksa niteliğine veya amacına uygun kullanabilir. Başkasına kullandıramaz. Bu sınırlamalara aykırı davranırsa beklenmedik olaydan doğan zarardan da sorumlu olur; kurala uysa dahi zararın gerçekleşeceğini ispat ederek kurtulabilir.

Olağan bakım ve koruma giderleri ödünç alana aittir. Ödünç verenin yararına yapılması zorunlu olağanüstü giderler ise istenebilir. Bir şeyi birlikte ödünç alanlar ondan müteselsilen sorumludur. Kullanım için süre belirlenmemiş fakat amaç gösterilmişse, kullanım tamamlandığında veya yeterli süre geçtiğinde sözleşme sona erer. Sözleşmeye aykırı kullanım, şeyin bozulması, üçüncü kişiye kullandırma ya da ödünç verenin önceden bilinmeyen ivedi gereksinimi daha erken iade istemine imkân verir. Süre ve amaç hiç belirlenmemişse ödünç veren her zaman geri isteyebilir. Ödünç alanın ölümü sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirir.

Tüketim ödüncü, para veya tüketilebilen bir şeyin devrini konu alır. Ödünç alan aynı banknotu veya aynı tüketim malını değil, aynı nitelik ve miktardaki karşılığı geri verir. Ticari olmayan tüketim ödüncünde faiz istenebilmesi tarafların anlaşmasına bağlıdır. Ticari tüketim ödüncünde anlaşma bulunmasa bile faiz istenebilir. Oran kararlaştırılmamışsa ödünç alma zamanı ve yerindeki benzer işlemlerde geçerli oran uygulanır. Aksi hüküm yoksa faiz yıllık ödenir; faizin anaparaya eklenip yeniden faiz yürütülmesi kararlaştırılamaz.

Ödünç alan sözleşmeden sonra ödeme güçsüzlüğüne düşerse ödünç veren konuyu teslim etmekten kaçınabilir. Ödeme güçsüzlüğünün sözleşmeden önce bulunduğunu sonradan öğrenmesi hâlinde de aynı hak vardır. Para yerine kıymetli evrak veya ticari mal verilmişse borç, teslim zamanı ve yerindeki borsa ya da piyasa değeri üzerinden hesaplanır.

Geri verme için gün, bildirim süresi veya ilk istemde muacceliyet kararlaştırılmamışsa tüketim ödüncü ilk istemden başlayarak altı hafta geçmeden geri verilmek zorunda değildir. Böylece ödünç dosyasında önce kullanımın karşılıksız olup olmadığı değil, aynı şeyin mi yoksa aynı tür ve miktarın mı iade edileceği sorulur; ardından faiz ve geri verme zamanı belirlenir.

7.6.5 · Hizmet Sözleşmesi

Bağımlı İşgörme, Ücret ve Hizmet İlişkisinin Koruyucu Rejimi

KISACA

Hizmet sözleşmesinde işçi, işverene bağımlı olarak belirli veya belirsiz süreyle iş görür; işveren zamana veya yapılan işe göre ücret öder. Kanunda aksi bulunmadıkça sözleşme şekilsiz kurulabilir. İşçi kural olarak işi bizzat ve özenle yapmalı, sadakat göstermeli, işverene ait araçları uygun kullanmalı, sır saklamalı ve teslim ile hesap verme borcunu yerine getirmelidir. İşveren ücret ödemeli, gerekli araç ve malzemeyi sağlamalı, zorunlu giderleri karşılamalı ve işçinin kişiliğini korumalıdır. Psikolojik ve cinsel tacizi önleme ile iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri bu koruma borcunun içindedir. İşçiye ait kişisel veriler yalnız işe yatkınlık veya sözleşmenin ifası için zorunlu ölçüde kullanılabilir. Belirli süreli sözleşme sürenin bitiminde, belirsiz süreli sözleşme bildirimle sona erebilir; haklı sebep varsa taraflar derhâl feshedebilir. Sadece işçi aleyhine ceza koşulu geçersizdir ve işçi alacağına ilişkin ibra sıkı koşullara bağlıdır.

Hizmet sözleşmesinin ayırt edici özelliği bağımlı işgörmedir. İşçi belirli veya belirsiz süreyle işverenin organizasyonu içinde iş görmeyi, işveren de zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlenir. Düzenli kısmi süreli çalışma da hizmet sözleşmesi olabilir. Kanunda özel hüküm yoksa sözleşme belirli şekle bağlı değildir. Ücret karşılığı yapılabilecek işin belli süre görülmesi ve işveren tarafından kabul edilmesi de ilişkiyi kurabilir.

İşçi, sözleşme veya durum aksini göstermedikçe işi bizzat yerine getirir. Özen ve sadakat borcu, yalnız işin teknik olarak tamamlanmasını değil, işverenin haklı menfaatlerinin korunmasını da kapsar. İşçi araç, makine, tesis ve malzemeyi uygun kullanmalı; hizmet devam ederken sadakatle bağdaşmayan üçüncü kişi çalışması veya rekabetten kaçınmalıdır. Üretim ve iş sırlarını kendi yararına kullanamaz veya açıklayamaz; işverenin haklı menfaati gerektiriyorsa sır saklama borcu ilişki sonrasında da sürer.

İşçi, iş sırasında işveren hesabına üçüncü kişiden aldığı para ve diğer değerleri hemen teslim etmeli ve hesap vermelidir. Fazla çalışma, normal sürenin üzerinde işçinin rızasıyla yapılır; zorunluluk doğar, işçi yapabilecek durumda olur ve kaçınma dürüstlük kurallarına aykırı düşerse karşılığı verilmek üzere fazla çalışma borcu doğabilir. İşverenin işin yürütümüne ilişkin talimatlarına da dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uyulur.

İşverenin başlıca borcu ücrettir. Sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücret, hüküm yoksa asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücret ödenir. Fazla çalışma karşılığı normal ücretin en az yüzde elli fazlasıdır; işçinin rızasıyla ücret yerine orantılı izin verilebilir. Ücret kural olarak her ay sonunda ödenir. İşveren işgörmeyi kusuruyla engeller veya kabulde temerrüde düşerse ücreti öder ve edimin sonradan yerine getirilmesini isteyemez; işçinin kurtulduğu gider ve başka işten kazandığı ya da bilerek kaçındığı yarar indirilir.

Gerekli araç ve malzemeyi aksi anlaşılmadıkça işveren sağlar. İşin zorunlu giderleri ve işyeri dışında çalışmanın gerekli geçim harcamaları işverene aittir; bunların işçiye yüklenmesine ilişkin anlaşmalar geçersizdir. İşveren işçinin kişiliğini korumalı, saygılı ve dürüst bir işyeri düzeni kurmalı, psikolojik veya cinsel tacizi önlemeli ve mağdurun daha fazla zarar görmemesi için tedbir almalıdır. İş sağlığı ve güvenliği için gereken araç ve önlemleri sağlamak da bu yükümlülüğün parçasıdır. İşçinin kişisel verileri yalnız işe yatkınlık veya ifa için zorunlu ölçüde kullanılabilir.

Sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir. İşçi alacağına ilişkin ibra; yazılılık, ilişkinin sona ermesinden sonra en az bir ay, alacak türü ve miktarının açıklığı, ödemenin tam ve banka aracılığıyla yapılması koşullarına tabidir. Bu unsurları taşımayan ibra kesin hükümsüzdür.

Belirli süreli hizmet sözleşmesi kural olarak sürenin bitmesiyle kendiliğinden sona erer. Belirsiz süreli sözleşme kıdeme göre değişen bildirim süreleriyle feshedilebilir. Taraflardan her biri, ilişkiyi sürdürmesinin dürüstlük kurallarına göre beklenemeyeceği haklı sebepte derhâl fesih yapabilir ve sebebi yazılı bildirir. Sona ermede bütün borçlar muaccel olur, taraflar hizmetle bağlantılı aldıklarını geri verir. Rekabet yasağı ise yazılı olmalı, işçinin müşteri çevresi veya sır bilgisine erişimi ve işverene önemli zarar ihtimali bulunmalı, yer, süre ve iş türü bakımından ekonomik geleceği ölçüsüz sınırlamamalıdır.

7.6.6 · Eser Sözleşmesi

Eser Meydana Getirme, Bedel ve Ayıp Sorumluluğu

KISACA

Eser sözleşmesinde yüklenici bir eser meydana getirmeyi, iş sahibi de bedel ödemeyi üstlenir. Yüklenici iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle çalışmalı, mesleki ve teknik kurallara uygun davranmalıdır. Kural olarak eseri kendisi veya kendi yönetimi altında meydana getirir; kişisel özellikleri önem taşımıyorsa işi başkasına yaptırabilir. Malzemeyi sağlayan tarafa göre hasar ve sorumluluk değişir. İş sahibi teslimden sonra eseri mümkün olur olmaz gözden geçirip ayıpları uygun sürede bildirmelidir. Ayıpta iş sahibi, koşulları varsa dönme, bedel indirimi veya ücretsiz onarım haklarından birini kullanabilir ve tazminat isteyebilir. Bedel kural olarak teslimde muaccel olur. Götürü bedel belirlenmişse yüklenici artan emek ve gider nedeniyle kendiliğinden artış isteyemez; olağanüstü koşullarda uyarlama veya sona erme gündeme gelebilir. İş sahibi eser bitmeden, yapılan kısmın karşılığını ve yüklenicinin bütün zararını ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir.

Eser sözleşmesi, bir faaliyetin sürdürülmesinden çok belirli bir sonucun meydana getirilmesine yönelir. Yüklenici eseri oluşturmayı, iş sahibi de bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlenir. Bu sonuç maddi bir yapı olabileceği gibi, sözleşmenin kapsamına göre başka bir meydana getirme edimi de olabilir. Hizmet sözleşmesindeki bağımlı çalışma yerine, yüklenicinin sonucu kendi organizasyonuyla gerçekleştirmesi öne çıkar.

Yüklenici, iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle ifa etmelidir. Ölçü, benzer alanda iş üstlenen basiretli yüklenicinin mesleki ve teknik kurallara uygun davranışıdır. Kural olarak eseri kendisi yapar veya kendi yönetiminde yaptırır. Yüklenicinin kişisel nitelikleri önem taşımıyorsa işi başkasına verebilir. Aksi anlaşma veya âdet yoksa araç ve gereçleri de kendisi sağlar.

Malzeme yüklenici tarafından sağlanırsa ayıp bakımından satıcı gibi sorumlu olur. İş sahibinin sağladığı malzemeyi özenle kullanmalı, hesap vermeli ve artanı iade etmelidir. Malzemenin veya gösterilen yerin ayıplı olduğu ya da eserin gereği gibi ve zamanında tamamlanmasını tehlikeye sokan durum ortaya çıktığında iş sahibine hemen bildirim yapmalıdır. Bildirmezse doğan sonuçlardan sorumludur.

Yüklenici işe zamanında başlamaz, işi sözleşmeye aykırı geciktirir veya iş sahibine yüklenemeyen sebeple zamanında bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa iş sahibi teslim gününü beklemeden dönebilir. Eserin yapımı sırasında kusur yüzünden ayıplı olacağı görülüyorsa iş sahibi uygun süre verip aykırılığın giderilmesini, aksi hâlde masraf ve hasarı yükleniciye ait olmak üzere onarımın veya devamın üçüncü kişiye bırakılacağını bildirebilir.

Teslimden sonra iş sahibi eseri olağan akışta mümkün olur olmaz gözden geçirmeli ve ayıpları uygun sürede bildirmelidir. Ayıp yüklenicinin sorumluluğunu doğuruyorsa, eser kullanılamayacak veya kabul beklenemeyecek ölçüde ayıplıysa sözleşmeden dönülebilir. İş sahibi eseri tutup ayıp oranında bedel indirimi ya da aşırı masraf gerektirmiyorsa ücretsiz onarım isteyebilir. Tazminat hakkı saklıdır. Eser iş sahibinin taşınmazı üzerindeyse ve kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa dönme kullanılamaz.

Eser açık veya örtülü kabul edilince yüklenici kural olarak sorumluluktan kurtulur. Kasten gizlenen veya olağan gözden geçirmeyle belirlenemeyen ayıplar bundan ayrıdır. Sonradan çıkan ayıp gecikmeden bildirilmelidir. Ayıplı esere ilişkin davalar taşınmaz yapı dışındaki eserlerde teslimden başlayarak iki yıl, taşınmaz yapılarda beş yıl, ağır kusurda eserin türüne bakılmaksızın yirmi yıl içinde zamanaşımına uğrar.

Bedel teslim anında muaccel olur; parça parça teslimde her bölümün bedeli kendi tesliminde istenir. Götürü bedelde yüklenici artan emek ve gideri kural olarak iş sahibine yükleyemez, iş sahibi de azalan gider nedeniyle indirim yapamaz. Öngörülemeyen durum işi engeller veya son derece güçleştirirse uyarlama, mümkün değilse dönme ya da koşullara göre fesih istenebilir. İş sahibi eser tamamlanmadan, yapılan kısmı ödeyip yüklenicinin bütün zararını gidererek sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir.

7.6.7 · Vekâlet Sözleşmesi

Vekâlette İşgörme, Talimat, Sadakat ve Hesap Verme

KISACA

Bu sözleşme, bir işin görülmesi veya hukuki işlemin yürütülmesi görevini vekile bırakır. Kanunda düzenlenmemiş işgörme sözleşmelerine de nitelikleri elverdiği ölçüde vekâlet hükümleri uygulanır. Ücret ancak sözleşme veya teamül varsa istenir. Vekil, açık talimata uymalı; zorunlu ve vekâlet verenin de izin vereceği açık durum dışında talimattan ayrılmamalıdır. İşi kural olarak bizzat görür, vekâlet verenin haklı menfaatlerini sadakat ve özenle korur. Özel yetki olmadan dava açma, sulh, hakeme başvurma, kambiyo taahhüdü, bağışlama, kefalet veya taşınmaz devri gibi işlemleri yapamaz. Vekil hesap vermeli ve vekâlet dolayısıyla aldıklarını teslim etmelidir. Vekâlet veren uygun gider ve avansları faiziyle öder, vekili üstlendiği borçlardan kurtarır. Taraflar sözleşmeyi her zaman sona erdirebilir; uygun olmayan zamanda sona erdiren taraf diğerinin zararını giderir.

Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin işini görmesini veya işlemini yapmasını konu alır. Sonuç meydana getirme borcundan çok, işin sadakat ve özenle yürütülmesi önem taşır. Kanunda özel olarak düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine de nitelikleri uygun düştüğü ölçüde vekâlet hükümleri uygulanır. Vekil, sözleşme veya teamül bulunuyorsa ücret isteyebilir; aksi hâlde vekâletin ücretli olduğu varsayılmaz.

Bazı meslek ve faaliyetlerde kabul, susmayla oluşabilir. Kendisine iş önerilen kişi bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse, iş mesleğinin gereğiyse veya bu tür işleri kabul edeceğini duyurmuşsa öneriyi hemen reddetmediği takdirde sözleşme kurulmuş sayılır. Vekâletin kapsamı açık yazılmamışsa görülecek işin niteliğine göre belirlenir ve gerekli hukuki işlemleri de kapsar.

Bazı işlemler genel vekâlet kapsamına girmez. Vekil özel yetki olmadan dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz; iflas ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez veya ayni hakla sınırlayamaz. Bu sayım, işin genel olarak görülmesi yetkisinin önemli tasarruflar için yeterli olmadığını gösterir.

Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymalıdır. İzin alma imkânı yoksa ve vekâlet veren durumu bilse onun da izin vereceği açıksa talimattan ayrılabilir. Bunun dışındaki ayrılmada, doğan zarar karşılanmadıkça iş tamamlanmış olsa bile vekâlet gereği gibi ifa edilmiş sayılmaz.

İş kural olarak şahsen görülür. Yetki verilmiş, zorunluluk doğmuş veya teamül izin vermişse üçüncü kişiye bırakılabilir. Yetkisiz biçimde başkasına gördüren vekil, o kişinin fiilinden kendi fiili gibi sorumludur. Yetkili alt vekâlette ise seçme ve talimat verme özeniyle sorumludur. Her durumda vekil, vekâlet verenin haklı menfaatlerini sadakat ve özenle korumalı; benzer alanda iş üstlenen basiretli vekilin davranışını göstermelidir.

Hesap verme, ilişkinin güven yönünü somutlaştırır. Vekil istenildiğinde yürüttüğü işin hesabını sunmalı ve vekâletle bağlantılı olarak aldıklarını teslim etmelidir. Tesliminde geciktiği para için faiz öder. Kendi

adına fakat vekâlet veren hesabına yaptığı işlerden doğan alacak, vekâlet verenin vekile karşı borçlarını ifa etmesiyle kendiliğinden ona geçebilir.

Vekâlet veren, işin gereği gibi görülmesi için yapılan giderleri ve verilen avansları faiziyle ödemeli, vekili üstlendiği borçlardan kurtarmalıdır. Vekil işin ifası yüzünden uğradığı zararı isteyebilir; vekâlet veren kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Birlikte vekâlet verenler vekile, birlikte vekiller ise vekâletin ifasından müteselsilen sorumludur.

Taraflardan her biri vekâleti her zaman tek taraflı sona erdirebilir. Uygun olmayan zamanda sona erdiren taraf diğerinin zararını giderir. Aksi anlaşılmadıkça ölüm, ehliyet kaybı veya iflas sözleşmeyi sona erdirir; fakat sona erme vekâlet verenin menfaatini tehlikeye düşürüyorsa geçici olarak işe devam edilmesi gerekir. Vekil sona ermeyi öğrenmeden işlem yapmışsa vekâlet veren veya mirasçıları, ilişki devam ediyormuş gibi sorumlu olabilir.

7.6.8 · Kefalet Sözleşmesi

Kefaletin Geçerliliği, Türleri ve Kefilin Korunması

KISACA

Kefalet sözleşmesinde kefil, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından alacaklıya karşı kişisel olarak sorumlu olur. Kefalet mevcut ve geçerli borca bağlıdır; gelecekteki veya koşullu borç için de hüküm doğacağı ana bağlı olarak kurulabilir. Geçerlilik için yazılı şekil, kefilin sorumlu olacağı azami miktar ve kefalet tarihi gerekir. El yazısıyla gösterilmesi gereken hususlar sorumluluk tavanı ve tarih ile müteselsil kefalette bu niteliği açıklayan kayıttır. Kanundaki istisnalar dışında eşin önceden veya en geç kuruluş anında yazılı rızası aranır. Adi kefalette alacaklı kural olarak önce borçluya başvurur; müteselsil kefalette kanuni koşullarla doğrudan kefil takip edilebilir. Kefil azami miktarla sınırlı sorumludur ve asıl borçluya ait savunmaları ileri sürebilir. Ödeme yapan kefil, alacaklının haklarına geçerek borçluya rücu eder. Asıl borç sona erdiğinde kefalet de sona erer; gerçek kişinin kefaleti kural olarak on yıl sonunda kendiliğinden ortadan kalkar.

Kefalet, asıl borçlunun ifa etmemesi riskini üçüncü kişinin kişisel sorumluluğuyla güvence altına alır. Kefil alacaklıya karşı, borçlunun borcunu yerine getirmemesinin sonuçlarından sorumlu olmayı üstlenir. Bu nedenle kefalet asıl borca bağlıdır. Mevcut ve geçerli borç için kurulabileceği gibi gelecekte doğacak veya koşula bağlı borç bakımından, borç doğduğunda ya da koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere de yapılabilir.

Geçerlilik koşulları kefili koruyacak biçimde sıkıdır. Sözleşme yazılı olmalı, kefilin sorumlu olacağı azami miktar ve kefalet tarihi gösterilmelidir. Kefil bu azami miktarı ve tarihi kendi el yazısıyla yazar. Müteselsil kefalet üstleniyorsa bu sıfatı veya aynı anlama gelen ifadeyi de el yazısıyla belirtir. Kefilin sorumluluğunu artıran sonraki değişiklikler aynı şekle uyulmadan hüküm doğurmaz.

Eşin rızası da kural olarak geçerlilik koşuludur. Ayrılık kararı veya yasal ayrı yaşama hakkı yoksa eş, diğer eşin yazılı rızasıyla kefil olabilir; rıza sözleşmeden önce veya en geç kuruluş anında verilmelidir. Kanun ticari işletme, şirket, mesleki faaliyet ve belirli kredi ilişkileri için istisnalar öngörür. Kefil lehine güvenceyi azaltmayan ve sorumluluğu ağırlaştırmayan değişikliklerde yeniden rıza aranmaz.

Adi kefalet ile müteselsil kefalet, alacaklının takip sırasını değiştirir. Adi kefalette alacaklı kural olarak önce asıl borçluya yönelir. Kesin aciz belgesi, Türkiye'de takibin imkânsız veya çok güç hâle gelmesi, iflas veya konkordato mehli gibi durumlarda doğrudan kefile başvurulabilir. Önceden rehin varsa kefil kural olarak önce rehnin paraya çevrilmesini isteyebilir.

Müteselsil kefalette alacaklı, borçluyu takip etmeden kefile yönelebilir; bunun için borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açık ödeme güçsüzlüğü gerekir. Teslime bağlı taşınır rehni veya alacak rehni varsa kural olarak önce rehin paraya çevrilir; kanundaki özel durumlar saklıdır. Birlikte kefalet, kefile kefil ve rücua kefalet de sorumluluğun tarafları ve kapsamı bakımından ayrı sonuçlar doğurur.

Kefil her durumda sözleşmede yazılı azami miktara kadar sorumludur. Bu sınır içinde asıl borç, borçlunun kusur veya temerrüdünün sonuçları, belirli takip giderleri ve kanunda gösterilen faizler yer alabilir. Kefil, asıl borçluya ait ve onun ödeme güçsüzlüğünden doğmayan savunmaları alacaklıya karşı ileri sürebilir; hatta kural olarak bunları ileri sürmek zorundadır. Asıl borçlunun savunmadan vazgeçmesi kefili bağlamaz.

Alacaklı da kefilin rücu imkânını korumalıdır. Rehin ve güvenceleri kefilin zararına azaltırsa kefilin sorumluluğu zarar ölçüsünde düşer. Borcu ödeyen kefile senet ve bilgileri, ayrıca devredilebilir güvenceleri vermelidir. Ödeme yapan kefil, ifa ölçüsünde alacaklının haklarına halef olur ve asıl borç muaccel olduğunda borçluya rücu edebilir. Ödemeyi borçluya bildirmez ve borçlu da habersiz olarak yeniden ödeme yaparsa kefil rücu hakkını kaybedebilir.

Asıl borç hangi sebeple sona ererse kefil de kurtulur. Gerçek kişinin verdiği kefalet, sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yıl geçince kural olarak kendiliğinden sona erer; şekle uygun açıklamayla azami on yıllık yeni dönem için uzatılabilir. Süreli kefalet sürenin sonunda biter. Süresiz kefalette kefil, kanundaki koşullarla alacaklıdan takip haklarını kullanmasını isteyebilir; alacaklı isteme uymazsa kefil borcundan kurtulur.

Adi Ortaklıkta Ortak Amaç, Yönetim, Sorumluluk ve Tasfiye

KISACA

Adi ortaklık, iki veya daha çok kişinin emek ve mallarını ortak bir amaca ulaşmak için birleştirmesidir. Kanunda düzenlenmiş ortaklık türlerinin ayırt edici niteliklerini taşımayan birliktelik adi ortaklık hükümlerine tabi olabilir. Her ortak para, alacak, mal veya emek biçiminde katılım payı koyar. Aksi kararlaştırılmadıkça katılım payları amacın gerektirdiği önem ve nitelikte eşit, kazanç ve zarar payları da ortaktır. Kararlar kural olarak oybirliğiyle alınır; yönetim belirli kişilere bırakılmamışsa bütün ortaklar yönetim hakkına sahiptir. Ortaklar rekabetten kaçınmalı, ortaklık işlerinde kendi işlerinde gösterdikleri özeni göstermeli ve diğer ortaklara hesap vermelidir. Üçüncü kişiye karşı temsil yetkisi ayrıca değerlendirilir; ortaklık ilişkisi içinde birlikte üstlenilen borçlardan aksi kararlaştırılmadıkça müteselsil sorumluluk doğar. Amaç gerçekleşir veya imkânsızlaşır, süre biter, ortaklar karar verir ya da kanundaki diğer nedenler oluşursa ortaklık sona erer ve elbirliğiyle tasfiye edilir.

Adi ortaklık, ortak bir amaca ulaşmak için emek ve malların birleştirilmesine dayanır. İki veya daha çok kişi bu amacı birlikte gerçekleştirmeyi üstlenir. Kurulan yapı, kanunda özel olarak düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşımıyorsa adi ortaklık hükümlerine tabi olur. Adi ortaklıkta ayrı tüzel kişilikten çok ortaklar arasındaki sözleşme ilişkisi ve birlikte hareket düzeni belirleyicidir.

Ortakların her biri ortak amaca katkısını para, alacak, mal veya emek olarak sunmak zorundadır. Sözleşmede aksi yoksa paylar, ortak amacın gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmalıdır. Kullanım için bırakılan şeyde kira, mülkiyeti devredilen şeyde satış sözleşmesinin hasar, ayıp ve zapt hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

Ortaklığa ait bütün kazançlar ortaklar arasında paylaşılır. Aksi kararlaştırılmadıkça her ortağın kazanç ve zarardaki payı, koyduğu katılımın değerinden bağımsız olarak eşittir. Taraflar yalnız kazanç veya yalnız zarar payını belirlemişse bu oran diğerine de uygulanır. Bir ortağın zarara katılmadan yalnız kazanca katılacağı anlaşma, sadece katılım payı olarak emeğini koyan ortak bakımından geçerli olabilir.

Kararlar kural olarak bütün ortakların oybirliğiyle alınır. Sözleşmeyle oy çokluğu kabul edilmişse çoğunluk ortak sayısına göre hesaplanır. Yönetim belirli ortaklara veya üçüncü kişiye bırakılmamışsa bütün ortaklar yönetim hakkına sahiptir. Birden çok yönetici varsa her biri tek başına işlem yapabilir; diğer yönetici tamamlanmadan önce itiraz ederek işlemi durdurabilir. Genel yetkili temsilci atanması ve olağan dışı işler için kural olarak oybirliği gerekir.

Ortaklar, kendi veya üçüncü kişinin yararına ortak amaca zarar veren ya da onu engelleyen iş yapamaz. Ortaklık işleri için gider yapan veya borç üstlenen ortağa diğerleri karşı sorumludur. Her ortak ortaklık işlerinde kendi işlerinde gösterdiği ölçüde çaba ve özen göstermeli, kusuruyla verdiği zararı başka

işlerde sağladığı yararla mahsup etmeden gidermelidir. Ücret karşılığı yönetim yapan ortak vekâlet hükümlerine göre sorumlu olur.

Yönetici ortaklar en az yılda bir hesap vermeli ve kazanç paylarını ödemelidir. Yönetim yetkisi olmasa bile her ortak işleyiş hakkında bilgi alabilir, defter ve kayıtları inceleyebilir, örnek alabilir ve mali durum özeti çıkarabilir. Bu hakkı kaldıran anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Yeni ortak alınması bütün ortakların rızasına bağlıdır; bir ortağın payını üçüncü kişiye devretmesi onu kendiliğinden ortak yapmaz.

Üçüncü kişilerle ilişkide işlemi kendi adına ve ortaklık hesabına yapan ortak bizzat alacaklı ve borçlu olur. Ortaklık veya bütün ortaklar adına işlem yapılmışsa diğer ortaklar temsil hükümlerine göre bağlanır. Yönetim görevi verilen ortağın temsil yetkisi var sayılır; önemli tasarruflar için oybirliğiyle açık yetki gerekir. Ortaklık için edinilen değerler elbirliği hâlinde ortaklara aittir. Ortaklık çerçevesinde birlikte üstlenilen borçlardan aksi kararlaştırılmadıkça ortaklar müteselsilen sorumludur.

Amaç gerçekleşir veya imkânsızlaşır, sözleşme süresi biter, ortaklar oybirliğiyle karar verir, belirsiz süreli ilişkide fesih bildirimi yapılır ya da haklı sebeple mahkeme feshe karar verirse ortaklık sona erebilir. Tasfiyede önce borçlar ödenir, avans ve giderler karşılanır, katılım payları geri verilir; kalan kazanç veya açık zarar paylaşılır. Tasfiye kural olarak bütün ortakların elbirliğiyle yürütülür ve ortaklığın sona ermesi üçüncü kişilere karşı mevcut yükümlülükleri değiştirmez.

Ceza Normunun Sınırı: Kanunilik, Kıyas Yasağı ve Ölçülülük

KISACA
Bir ceza dosyasında ilk kontrol, isnat edilen davranışın işlendiği sırada açık bir kanun hükmüyle suç sayılıp sayılmadığıdır. Kanunilik ilkesi yalnız ceza vermeyi değil, güvenlik tedbiri uygulamayı da önceden yazılı kanuni dayanağa bağlar. İdari düzenlemeler yeni bir suç veya ceza yaratamaz; suç ve ceza içeren hükümler kıyasla genişletilemez. Bu sınır, belirsiz bir davranışı benzer görülen başka bir suç tipine zorla yerleştirmeyi engeller. Bunun yanında yaptırım, fiilin ağırlığıyla orantılı olmalı ve ceza kanunu ayrım ya da ayrıcalık gözetmeden uygulanmalıdır. Ceza kanununu bilmemenin mazeret sayılmaması, kanuni tanımın aranmasını ortadan kaldırmaz. Türk Ceza Kanununun genel hükümleri özel ceza kanunları ile ceza hükmü taşıyan diğer kanunlardaki suçlarda da uygulanır. Böylece savunma ve hüküm kurma faaliyeti, önce normun varlığını ve kapsamını, sonra somut fiilin bu sınırlar içinde kalıp kalmadığını denetleyen bir sıra izler.

Ceza yargılamasında olay ne kadar ağır görünürse görünsün, hukuki inceleme davranışın ahlaken kınanmasından değil, kanunda suç olarak tanımlanıp tanımlanmadığından başlar. Türk Ceza Kanunu, açıkça suç sayılmayan bir fiil nedeniyle ceza verilemeyeceğini ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağını söyler. Aynı güvence yaptırımın türü için de geçerlidir: kanunda yer almayan bir ceza veya güvenlik tedbiri mahkemece oluşturulamaz. Bu nedenle kanunilik, yalnız suç tipinin adını bulma işi değildir; fiil, yaptırım ve tedbir bakımından devletin cezalandırma yetkisinin dış sınırıdır.

Bir dosyada kanuni dayanak gösterilirken normlar hiyerarşisi önem kazanır. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Bir yönetmelik, genelge ya da başka bir idari metin kanunun çizdiği çerçevenin uygulanmasına ilişkin olabilir; fakat kendi başına yeni bir cezai yasak üretemez. İsnadın dayanağı idari yükümlülükle bağlantılıysa dahi, cezai sonucun kanunda karşılığının bulunması gerekir. Bu ayrım, özellikle yükümlülüğün teknik ayrıntılarının idari metinlerde gösterildiği alanlarda savunmanın kanuni ceza normunu ayrıca sorgulamasını gerekli kılar.

Kanunilik ilkesinin uygulamadaki ikinci koruması kıyas yasağıdır. Suç ve ceza içeren hükümler bakımından benzer iki olayın aynı sonucu doğuracağı varsayımıyla kanunda bulunmayan bir kapsam yaratılamaz. Hüküm geniş yorumlanarak kıyasa ulaşacak biçimde de uygulanamaz. Dolayısıyla bir davranışın kanuni tanıma yakın görünmesi yeterli değildir; tanımdaki unsurların somut olayda karşılığı gösterilmelidir. Savunma açısından bu, iddianamenin kullandığı nitelemenin ötesine geçip her unsurun metindeki sınırını ayrı ayrı incelemek anlamına gelir. Mahkeme açısından ise boşluğu cezalandırma yönünde doldurmama yükümlülüğüdür.

Kanunilik, yaptırımın ölçüsünden bağımsız düşünülemez. Kanun, suç işleyen kişi hakkında fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmedilmesini emreder. Ayrıca ceza kanununun uygulanmasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, düşünce, inanç, köken, doğum, ekonomik

veya başka toplumsal konumlar nedeniyle ayrım yapılamaz ve ayrıcalık tanınamaz. Böylece aynı kanuni tanımın kişiye göre değişen bir cezalandırma aracına dönüşmesi engellenir; normun önceden belirlenmiş olması, eşit ve orantılı uygulanmasıyla tamamlanır.

Ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmaması da bu sistem içinde yer alır. Kişinin hükmü bilmediğini söylemesi, açık kanuni yasağın uygulanmasını kendiliğinden engellemez. Fakat bu kural, kanuni tanımı veya suçun diğer şartlarını aramaktan vazgeçilmesi anlamına gelmez. Önce geçerli ceza normu ve unsurları saptanır, ardından failin kastı, taksiri ya da hata hükümleri ayrıca değerlendirilir.

Son olarak Türk Ceza Kanununun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren diğer kanunlardaki suçlara da uygulanır. Bu bağlantı kanunilik denetimini mevzuatın tamamına taşır. Özel kanundaki suç incelenirken kast, taksir, teşebbüs, iştirak veya güvenlik tedbiri gibi genel esaslar göz ardı edilemez. Sağlam bir dosya okuması bu nedenle dört soruyu birbirine karıştırmadan yanıtlar: cezai yasak kanunda var mı, somut fiil bütün unsurları karşılıyor mu, yorum kıyasa dönüşüyor mu ve istenen yaptırım kanuni sınırlar içinde mi kalıyor?

8.1.2 · Kanunun Yer Bakımından Uygulanması

Sınır Aşan Ceza Dosyasında Türk Kanununun Uygulanma Alanı

KISACA

Yer bakımından uygulama incelemesi, önce suçun Türkiye'de işlenmiş sayılıp sayılmadığını belirler. Fiilin bir kısmının Türkiye'de gerçekleştirilmesi veya neticenin burada doğması Türk kanunlarının uygulanması için yeterlidir. Türk kara ve hava sahaları, karasuları, belirli Türk deniz ve hava araçları ile kıta sahanlığı ya da münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformlar da kanunda ayrıca kapsama alınmıştır. Fiil yurt dışında kalıyorsa failin vatandaşlığı, mağdurun veya zarar görenin kimliği, suçun ağırlığı, failin Türkiye'de bulunması, yabancı ülkede hüküm verilip verilmediği, şikâyet ve Adalet Bakanının istemi gibi şartlar sırayla araştırılır. Bazı görev suçları ve kanunda sayılan ağır suçlar için yabancı ülkedeki karar Türkiye'de yeniden yargılamayı mutlak olarak engellemez. Yabancı ülkede özgürlüğü sınırlayan sürelerin aynı suç nedeniyle Türkiye'de verilecek cezadan mahsubu da ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenle sınır aşan dosyada tek bir bağlantı noktası değil, her maddeye özgü koşullar birlikte değerlendirilir.

Yer bakımından uygulama sorunu, mahkemenin hangi fiile Türk ceza kanununu uygulayabileceğini belirler. İncelemenin başlangıç noktası Türkiye'de işlenen suçlardır. Fiilin tamamının ülke sınırları içinde gerçekleşmesi şart değildir; hareketin kısmen veya tamamen Türkiye'de yapılması ya da neticenin Türkiye'de meydana gelmesi, suçun burada işlenmiş sayılması için yeterlidir. Böylece hareket ile sonuç farklı ülkelerde ortaya çıktığında, dosyanın Türkiye ile kurduğu bağlantı yalnız fiziksel hareket yerine bakılarak daraltılmaz.

Kanun, ülke bağlantısını bazı alan ve araçlar bakımından ayrıntılandırır. Türk kara ve hava sahaları ile karasularında işlenen suçların yanında, açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla işlenen fiiller kapsamdadır. Türk deniz ve hava savaş araçları için de aynı kabul geçerlidir. Türkiye'nin kıta sahanlığında ya da münhasır ekonomik bölgesinde kurulmuş sabit platformlarda veya bu platformlara karşı işlenen suçlar da Türkiye'de işlenmiş sayılır. Bu sayım, olayın geçtiği yer kadar aracın veya platformun hukuki bağını da araştırmayı gerektirir.

Fiil Türkiye dışında işlendiğinde değerlendirme tek bir genel kuralla çözülemez. Türk vatandaşı yabancı ülkede, kanunda ayrıca sayılan suçlar dışında, alt sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suç işler ve Türkiye'de bulunursa; yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye'de kovuşturma imkânının bulunması koşullarıyla Türk kanununa göre cezalandırılabilir. Daha düşük alt sınırlı suçlarda zarar görenin veya yabancı hükûmetin şikâyeti gerekir ve şikâyet vatandaşın Türkiye'ye girişinden itibaren altı ay içinde yapılmalıdır. Bu şartlar, vatandaşlığın tek başına yeterli olmadığını gösterir.

Fail yabancı olduğunda bağlantının yönü değişir. Yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlenen ve Türk kanununa göre alt sınırı en az bir yıl hapis cezası gerektiren suçta failin Türkiye'de bulunması aranır;

kural olarak yargılama Adalet Bakanının istemine bağlıdır. Zarar bir Türk vatandaşına veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisine yönelmişse, failin Türkiye'de bulunması, yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve zarar görenin şikâyeti önem taşır. Mağdurun yabancı olduğu durumda ise suçun ağırlığı ile geri verme imkânına ilişkin ek şartlar devreye girer. Rüşvet ve nüfuz ticareti bakımından kanun belirli hâllerde Bakan istemi şartını kaldırır.

Kanun bazı suçları ayrıca sayarak, vatandaş veya yabancı tarafından yurt dışında işlenmiş olsalar dahi Türk kanunlarının uygulanacağını kabul eder. Uluslararası suçlar, devletin güvenliğine ve anayasal düzene ilişkin belirli suçlar, işkence, çevrenin kasten kirletilmesi, uyuşturucu ticareti ve kanunda tek tek gösterilen başka fiiller bu gruptadır. Bu maddede de bütün suçlar için aynı usul geçerli değildir; bazıları bakımından Adalet Bakanının talebi aranırken bazı gruplar bunun dışında bırakılmıştır. Yabancı ülkedeki beraat veya mahkûmiyetin Türkiye'deki yargılamaya etkisi de ilgili bent ve fıkralara göre belirlenir.

Türkiye'de işlenen suç nedeniyle yabancı ülkede hüküm verilmiş olması, Türkiye'de yeniden yargılama yapılmasını engellemez. Yurt dışında Türkiye adına görev üstlenen kişinin görevi nedeniyle işlediği suçta da yabancı mahkûmiyetine rağmen yeniden yargılama öngörülür. Buna karşılık yabancı ülkede gözaltı, gözlem, tutukluluk veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan Türkiye'de verilecek cezadan mahsup edilir. Sınır aşan bir dosyada savunmanın çalışma sırası bu yüzden nettir: önce işlenme yeri, sonra fail ve zarar gören bağlantıları, ardından özel suç listesi, usul şartları, yabancı karar ve mahsup ayrı ayrı kontrol edilmelidir.

8.1.3 · Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması

Fiil Tarihinden İnfaza: Zaman Bakımından Uygulama Kontrolü

KISACA

Ceza normunun zaman bakımından uygulanmasında dosyanın merkez tarihi fiilin işlendiği andır. O tarihte suç sayılmayan davranış sonradan çıkarılan kanunla geçmişe etkili biçimde cezalandırılamaz. Buna karşılık sonraki kanun fiili suç olmaktan çıkarırsa, daha önce hükmedilmiş ceza veya güvenlik tedbirinin infazı ve kanuni sonuçları kendiliğinden kalkar. Eski ve yeni kanun farklı sonuçlar doğuruyorsa fail lehine olan hüküm uygulanır ve infaz edilir. İnfaz rejimine ilişkin kurallar kural olarak derhal uygulanır; ancak hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrür bu derhal uygulama kuralının dışında tutulmuştur. Geçici veya süreli kanunlar ise yürürlükte oldukları dönemde işlenen suçlar bakımından süreleri sona erdikten sonra da uygulanır. Böyle bir dosyada fiil tarihi, sonraki değişikliklerin içeriği, hükmün infaz durumu ve düzenlemenin maddi ceza kuralı mı yoksa infaz kuralı mı olduğu birbirinden ayrılarak incelenmelidir.

Zaman bakımından uygulama, bir kanun değişikliğinin devam eden soruşturmaya, kovuşturmaya veya kesinleşmiş hükme nasıl yansıyacağını belirler. Dosya incelemesi fiilin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan kuralla başlar. O tarihte kanuna göre suç oluşturmayan bir davranış nedeniyle sonradan ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Devletin daha sonra suç alanını genişletmesi, geçmişte hukuken serbest olan fiili geriye dönük biçimde cezalandırma yetkisi vermez.

Sonraki değişiklik fiili suç olmaktan çıkarıyorsa sonuç ters yönde işler. Kişi artık cezalandırılamaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Önceden ceza veya tedbir kararı verilmişse, bunların infazı ile kanuni sonuçları kendiliğinden ortadan kalkar. Bu hüküm, yeni kanunun yalnız henüz hüküm verilmemiş dosyalara değil, infaz aşamasındaki mahkûmiyete de etkide bulunabileceğini gösterir. Uygulamada bu nedenle yalnız karar tarihine bakmak yetmez; hükmün dayandığı suç tanımının sonraki kanunda korunup korunmadığı da kontrol edilir.

Fiil hem eski hem yeni kanunda suç olmaya devam edebilir, fakat iki düzenleme farklı sonuçlar doğurabilir. Bu durumda failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. Karşılaştırmanın amacı soyut olarak daha yeni veya daha eski metni seçmek değil, somut fiil ve fail bakımından hangi düzenlemenin daha elverişli sonuç verdiğini belirlemektir. Suç tanımı, yaptırım ve uygulanacak sonuçlar aynı dosya içinde değerlendirilir. Kanunun açık hükmü lehe düzenlemenin infaza da taşınacağını kabul ettiği için kesinleşmiş hüküm, değişikliğin incelenmesine tek başına engel olmaz.

Her değişiklik aynı rejime tabi değildir. Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrüre ilişkin olanlar dışında infaz rejimi hükümleri derhal uygulanır. Bu ayrım, önce değişen hükmün niteliğini saptamayı gerektirir. Suçun kurulmasını veya cezanın miktarını etkileyen maddi ceza kuralıyla, hükmedilmiş cezanın nasıl yerine getirileceğini düzenleyen infaz kuralı birbirine karıştırılmamalıdır.

Kanun, saydığı üç kurumu genel derhal uygulama cümlesinin dışında tutarak bunların özel konumunu açıkça göstermiştir.

Geçici ve süreli kanunlarda ayrıca devam eden uygulama kuralı vardır. Bu kanunlar, yürürlükte bulundukları dönem içinde işlenmiş suçlar hakkında süreleri sona erse de uygulanmaya devam eder. Aksi yaklaşım, baştan sınırlı bir dönem için konulan ceza normunun süresi biter bitmez o dönemde işlenen fiillerin karşılıksız kalmasına yol açardı. Kanun, fiilin işlendiği dönemdeki geçici düzenlemenin etkisini koruyarak bunu önler.

Bir avukatın zaman bakımından uygulama itirazını kurarken kronolojiyi açıklaştırması gerekir. Fiilin tarihi, eski hükmün içeriği, değişikliğin yürürlük tarihi, yeni hükmün suç ve yaptırım üzerindeki etkisi, kararın kesinleşip kesinleşmediği ve infazın hangi aşamada olduğu ayrı satırlar hâlinde düşünülmelidir. Ardından değişikliğin suç olmaktan çıkarma, daha lehe bir sonuç doğurma, infaz rejimini değiştirme veya geçici kanunun süresini sona erdirme türlerinden hangisine girdiği belirlenir. Zaman bakımından uygulama, böylece soyut bir geriye yürüme tartışmasından çıkar ve dosyanın hangi kanuni sonuçla çözüleceğini gösteren somut bir karşılaştırmaya dönüşür.

8.2.1 · Maddi Unsurlar

Kanuni Tipin Dış Dünyadaki Karşılığı: Fiil, Fail ve Netice

KISACA

Maddi unsur incelemesi, suç isnadını soyut bir nitelendirmeden çıkarıp kanuni tanımın somut olayda gerçekleşen parçalarına ayırır. Önce isnat edilen hareketin kim tarafından ve hangi koşullarda yapıldığı, suç tipi bir sonuç arıyorsa bu sonucun doğup doğmadığı belirlenir. Ceza sorumluluğu şahsidir; kimse başkasının fiili nedeniyle cezalandırılamaz. Tüzel kişilere ceza yaptırımı uygulanamaz, fakat kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri saklıdır. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kişi kasten hareket etmiş sayılmaz; varsa taksirli sorumluluk ayrıca değerlendirilir. İcra hareketlerinin elverişli biçimde ve doğrudan başlaması, suç tamamlanmasa bile teşebbüs sorumluluğu doğurabilir. Fiili birlikte gerçekleştirenler ile bir başkasını araç olarak kullanan kişi fail sayılır. İhmali davranışın bir neticeye bağlanması ise kanun veya sözleşmeden doğan özel yükümlülük ya da önceden yaratılan tehlike gibi ek şartlara bağlı olabilir. Böylece maddi unsur analizi, her olguyu kanuni tipteki yerine yerleştirir.

Bir ceza dosyasında suç adını söylemek, maddi unsurların gerçekleştiğini göstermeye yetmez. Kanuni tipin dış dünyada karşılık bulan parçaları ayrı ayrı kurulmalıdır. İsnat edilen fiil, fiili gerçekleştiren kişi, suçun konusu, kanunun aradığı durum ve varsa netice somut delillerle eşleştirilir. Türk Ceza Kanunu bütün suçlar için tek bir maddi unsur listesi vermek yerine, genel hükümlerde bu analizin sınırlarını gösteren kurallar kurar ve özel suç tanımlarında her tipe özgü hareket ile neticeyi belirler.

İlk sınır ceza sorumluluğunun şahsiliğidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Bu nedenle ortak bir olayda bulunmak, yakınlık ilişkisi veya tüzel yapı içindeki görev tek başına cezai fail sıfatı doğurmaz; kişiye ait davranışın kanuni tanımla bağlantısı kurulmalıdır. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanmaması da bu yapının parçasıdır. Kanunda belirli suçlar nedeniyle tüzel kişiye özgü güvenlik tedbiri öngörülebilir, fakat gerçek kişinin fiili ile tüzel kişi hakkında uygulanabilecek tedbir birbirine karıştırılamaz.

Maddi unsurların bilinmesi, kast bakımından ayrıca önem taşır. Kanun, fiilin icrası sırasında suç tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kişinin kasten hareket etmiş olmayacağını açıkça düzenler. Örneğin kişinin fiilen yaptığı hareket tartışmasız olsa bile, kanuni tipin maddi bir özelliğini bilmemesi kast değerlendirmesini değiştirebilir. Bu sonuç her durumda sorumluluğu tamamen kaldırmaz; kanunda suçun taksirli biçimi cezalandırılmışsa taksirli sorumluluk ihtimali saklıdır. Böylece maddi olgunun gerçekleşmesiyle failin o olguyu bilmesi iki ayrı inceleme basamağı olarak kalır.

Fiilin hangi aşamaya ulaştığı da maddi yapıya ilişkindir. Kişi işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan icraya başlatmış, fakat elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamışsa teşebbüsten sorumlu tutulabilir. Burada hazırlık niteliğindeki davranışlarla suç tipini doğrudan gerçekleştirmeye yönelen icra hareketleri ayrılır. Tamamlanmış suçta aranan bütün maddi unsurlar henüz ortaya çıkmamış olsa da, kanunun belirlediği eşiğin aşılması ceza sorumluluğuna yeterli olabilir. Fail kendi çabasıyla tamamlanmayı veya neticeyi önlerse gönüllü vazgeçme hükmü ayrıca gündeme gelir.

Failin belirlenmesinde fiilin icrasına katkının niteliği önemlidir. Suç tanımındaki fiili birlikte gerçekleştiren kişilerin her biri faildir. Bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail sayılır; araç olarak kullanılan kişinin kusur yeteneğinin bulunmaması hâlinde ceza ayrıca artırılır. Bu kurallar, hareketi fiziksel olarak sonlandıran kişiyle fiil üzerinde belirleyici rol üstlenen kişinin her zaman aynı olmayabileceğini gösterir. Buna karşılık azmettirme ve yardım etme, iştirak hükümleri içinde farklı sorumluluk biçimleridir ve doğrudan faillikle aynı maddi konuma yerleştirilmez.

Neticeli suçlarda hareketin yanı sıra kanuni sonuç araştırılır. Kastedilenden daha ağır veya başka bir netice ortaya çıkmışsa bu sonuç için en az taksir aranır. İhmali davranışla ölüme neden olma düzenlemesi ise her hareketsizliğin icrai fiile eşit olmadığını gösterir. Ölümü önlemeye yönelik belirli davranış yükümlülüğünün kanundan veya sözleşmeden doğması ya da kişinin önceki davranışıyla başkasının hayatı için tehlikeli durum yaratması gerekir. Bu özel bağ bulunmadan sırf yapılmayan bir hareket üzerinden aynı fail konumu kurulamaz.

Maddi unsur savunması bu nedenle olay anlatısını parçalamayı gerektirir. Hangi kişi hangi hareketi yaptı, kanuni tanım hangi nesne veya sıfatı arıyor, sonuç gerçekleşti mi, icra hangi aşamada kaldı, ihmal varsa özel davranma yükümlülüğü nereden doğuyor ve ağırlaşan sonuç kişiye hangi kuralla bağlanıyor soruları ayrı ayrı cevaplanır. Bu yöntem, soyut suçlama ile ispatlanmış maddi vakıa arasındaki boşluğu görünür kılar.

8.2.2 · Manevi Unsurlar (Kast–Taksir)

Failin Unsurlara Yönelik Tutumu: Kast, Olası Kast ve Taksir

KISACA
Manevi unsur, gerçekleşen fiilin faile hangi zihinsel bağla yüklenebileceğini belirler. Kural olarak suçun oluşması kasta bağlıdır; kast, kanuni tanımdaki unsurların bilinerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Fail bu unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlerse olası kast söz konusu olur ve kanun özel bir indirimli yaptırım düzeni öngörür. Taksirli fiil ise ancak kanunda açıkça cezalandırılmışsa sorumluluk doğurur. Basit taksirde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle kanuni netice öngörülmez. Bilinçli taksirde netice öngörülür fakat istenmez; taksirli suça ilişkin ceza artırılır. Birden çok kişinin aynı neticeye taksirli katkısında herkesin kusuru ayrı belirlenir. Kastedilenden daha ağır veya farklı bir sonuç gerçekleştiğinde bu ek neticenin yüklenebilmesi için failin en az taksirli olması gerekir. Bu çerçeve, dosyada sonucun ağırlığından doğrudan manevi unsur çıkarılmasını önler; failin her unsur ve netice karşısındaki tutumu somut olgularla gösterilmelidir.

Ceza dosyasında hareket ve netice ispatlandıktan sonra, bunların faile hangi manevi unsurla yüklenebileceği ayrıca belirlenir. Türk Ceza Kanunu başlangıç kuralını kast üzerinden kurar. Suçun oluşması kural olarak kastın varlığına bağlıdır ve kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu nedenle yalnız davranışın bilinçli yapılması yetmez; failin kanuni tipte yer alan maddi unsurlarla kurduğu bilgi ve irade ilişkisi incelenir.

Doğrudan kastta failin bilmesi ve istemesi kanuni unsurlar üzerinde birleşir. Olası kastta ise kanun farklı bir ifade kullanır: kişi suç tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işler. Burada gerçekleşme kesin bir hedef olarak belirlenmemiş olsa da, öngörülen ihtimal davranışı durdurmamıştır. Kanun olası kastı kast başlığı altında tutar, fakat yaptırımda indirim öngörür. Ağırlaştırılmış müebbet hapis gerektiren suçta müebbet hapse, müebbet hapis gerektiren suçta yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapse hükmedilir; diğer suçlarda temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.

Taksir, genel değil istisnai bir sorumluluk biçimidir. Fiilin taksirle işlenmesi ancak kanunun bunu açıkça cezalandırdığı hâllerde sonuç doğurur. Basit taksirde kişi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranır ve suç tanımında belirtilen neticeyi öngörmeden gerçekleştirir. Dosyada yalnız istenmeyen bir sonucun bulunması taksiri kurmaz. Hangi dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edildiği, davranışın bu ihlalle nasıl bağlantı kurduğu ve kanuni neticenin neden öngörülmediği ortaya konulmalıdır.

Bilinçli taksirde öngörü vardır, isteme yoktur. Kişi neticenin meydana gelebileceğini görmüş, ancak gerçekleşmesini istememiştir. Kanun bu nedenle taksirli suça ilişkin cezayı üçte birden yarısına kadar artırır. Olası kastla bilinçli taksirin ortak noktası neticenin mümkün olduğunun öngörülmesidir; ayrım, öngörülen ihtimal karşısında failin iradi tutumunda aranır. Bu ayrımı yalnız neticenin çok ağır olmasına

veya davranışın tehlikeli görünmesine dayandırmak yeterli değildir. Olay öncesi ve sırasındaki davranışlar, riskin görünürlüğü ve failin tutumunu gösteren somut olgular birlikte değerlendirilir.

Taksirli suçta ceza failin kusuruna göre belirlenir. Birden fazla kişinin taksirli davranışı aynı olayda birleşmişse herkes kendi kusurundan sorumludur ve her ceza ayrı belirlenir. Bu kural, ortak neticenin bütün katılanlara aynı ölçüde yüklenmesini engeller. Kanun ayrıca taksirli hareket sonucu doğan neticenin failin kişisel ve ailevi durumu bakımından onu ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur etmesini özel olarak düzenler. Basit taksirde ceza verilmeyebilir; bilinçli taksirde ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.

Kast ile gerçekleşen netice arasındaki fark da özel bir kurala bağlıdır. Failin fiili kastettiğinden daha ağır veya başka bir sonuca yol açmışsa, bu ek sonuç sırf fiilden sonra meydana geldiği için ona yüklenmez. Ağırlaşan netice bakımından en az taksir bulunmalıdır. Böylece kanun salt sonuç sorumluluğunu reddeder ve her netice için kusur bağlantısı arar.

Savunma bakımından manevi unsur analizi, tek bir genel niyet tartışması değil, kanuni unsurlara yönelen ayrıntılı bir incelemedir. Fail neyi biliyordu, hangi sonucu öngördü, neyi istedi, hangi dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etti ve ağırlaşan netice bakımından en az taksir var mı soruları birbirinden ayrılır. Bu sıra korunduğunda kast, olası kast, bilinçli taksir ve basit taksir arasındaki sınır, sonucun ağırlığına göre değil kanunun aradığı zihinsel bağa göre çizilir.

8.2.3 · Hukuka Aykırılık Unsuru

Tipik Fiilden Cezai Haksızlığa: İzin Veren Kuralların Denetimi

KISACA

Bir davranışın suç tanımına uyması, incelemenin bittiği anlamına gelmez; hukuk düzeninin aynı fiile izin veren bir kuralı bulunabilir. Kanunun hükmünü yerine getiren kişi cezalandırılmaz. Yetkili merciden verilip görev gereği uygulanması zorunlu emir de sorumluluğu kaldırabilir; fakat konusu suç olan emir yerine getirilemez ve hem emri veren hem uygulayan sorumlu olur. Hakkın kullanılması, yetkinin sınırları içinde kalındığında ceza verilmesini engeller. İlgilinin rızası ise yalnız kişinin üzerinde mutlak biçimde tasarruf edebileceği hakka ilişkinse ve fiil açıklanan rıza çerçevesinde kalıyorsa etkilidir. Meşru savunma haksız saldırıya, zorunluluk hâli ağır ve muhakkak tehlikeye ilişkin ayrı koşullar taşır. Sınırın kast olmadan aşılması durumunda fiilin taksirli biçiminin cezalandırılıp cezalandırılmadığı araştırılır. Bu nedenle savunma, yalnız bir hukuka uygunluk nedeninin adını ileri sürmekle yetinmez; izin kaynağını, kapsamı, zamanı ve sınırı somut olayla eşleştirir.

Kanuni tanımdaki hareketin gerçekleşmesi, fiilin mutlaka cezalandırılacağı sonucunu doğurmaz. Ceza hukuku yasağı, hukuk düzeninin bütünü içinde değerlendirilir. Başka bir kural aynı davranışı belirli koşullarla emrediyor veya izin veriyorsa, tipik görünen fiil cezai haksızlık oluşturmaz. Bu nedenle dosyada önce suç tipinin maddi ve manevi unsurları, ardından fiili hukuka uygun kılabilecek izin nedenleri ayrı basamaklarda incelenir.

Kanunun hükmünü yerine getirme, izin kaynağını doğrudan kanundan alır. Kişi kanuni görevi hükmün sınırları içinde yerine getiriyorsa ceza verilmez. Burada sadece bir kanun maddesinin varlığını göstermek yeterli değildir; yapılan hareketin o hükmün verdiği yetki veya yüklediği görev içinde kalması gerekir. Yetkinin amacı ve kapsamı aşıldığında kanunun hükmüne dayanma imkânı da sona erer.

Amirin emri bakımından emrin kaynağı ve konusu birlikte araştırılır. Yetkili merciden verilmiş ve görev gereği yerine getirilmesi zorunlu emri uygulayan kişi sorumlu olmaz. Buna karşılık konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Böyle bir emirde uygulayan ile emri veren birlikte sorumludur. Kanun, emrin hukuka uygunluğunu denetlemenin engellendiği özel hâllerde yerine getirmeden emri vereni sorumlu tutar. Bu düzenleme, görev ilişkisinin cezai yasağı ortadan kaldıran sınırsız bir kalkan olmadığını açıkça ortaya koyar.

Hakkın kullanılması da davranışı hukuka uygun hâle getirebilir. Koruma, mevcut bir hakkın gerçekten kullanılmasıyla sınırlıdır. Kişi hakkın varlığını, davranışın bu hakkı kullanmaya yöneldiğini ve hareketin yetki alanında kaldığını gösterebilmelidir. Hakkın sağladığı imkânın dışında kalan müdahale, sırf failin bir hak sahibi olması nedeniyle cezasız kalmaz.

Rıza bakımından iki sınır birlikte işler. Öncelikle rıza, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmalıdır. İkinci olarak işlenen fiil, açıklanan rızanın çerçevesi içinde kalmalıdır. Bu

nedenle rızanın hangi hukuki değere yöneldiği ve davranışın izin verilen kapsamı aşıp aşmadığı belirlenir. Kanun her rıza açıklamasına aynı sonucu bağlamaz; tasarruf edilemeyen bir hak veya rızanın dışına çıkan fiil için bu hükme dayanılmaz.

Meşru savunma ile zorunluluk hâli farklı olgulara cevap verir. İlkinde kendisine veya başkasına ait hakka yönelen, gerçekleşen ya da gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak haksız saldırı vardır. Fiil, saldırıyı o anda ve koşullara göre orantılı biçimde defetmek zorunluluğuyla işlenmelidir. Zorunluluk hâlinde ise kişinin bilerek neden olmadığı, başka suretle korunma olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarması söz konusudur. Tehlikenin ağırlığı ile fiilin konusu ve kullanılan araç arasında orantı aranır.

İzin nedeninin varlığı kadar sınırı da önemlidir. Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınır kast olmaksızın aşılmış ve fiilin taksirli biçimi de kanunda cezalandırılmışsa, taksirli suç cezası altıda birden üçte bire kadar indirilerek uygulanır. Meşru savunmada aşım mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaştan kaynaklanıyorsa ceza verilmez.

Bir avukatın hukuka aykırılık savunması bu çerçevede delile dayalı kurulmalıdır. Hangi izin kuralına dayanıldığı, şartların olay anında mevcut olup olmadığı, davranışın izin amacıyla bağlantısı ve sınırın korunup korunmadığı açıkça gösterilir. Böylece tartışma, tipik fiili inkâr etmekle sınırlı kalmadan hukuk düzeninin o somut davranışa izin verip vermediği sorusuna yönelir.

8.2.4 · Nedensellik Bağı

Hareket ile Sonuç Arasındaki Bağlantının Kanuni Görünümleri

KISACA

Neticeli bir suçta failin davranışı ile kanuni tanımda aranan sonuç arasında bağlantı kurulmadan sırf sonucun meydana gelmesi sorumluluk için yeterli değildir. Türk Ceza Kanunu nedensellik bağını bütün suçlar için geçerli tek bir tanımla açıklamaz; bağlantıyı belirli hükümler üzerinden görünür kılar. Suçun Türkiye'de işlenmiş sayılmasında fiilin kısmen veya tamamen ülkede yapılması ya da neticenin ülkede gerçekleşmesi dikkate alınır. Kastedilenden daha ağır veya başka bir sonuç doğduğunda failin bu sonuç bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir. İhmali öldürmede ise sonucu önleme yükümlülüğü bulunan kişinin yükümlülüğe aykırı davranışıyla ölüm arasında bağ aranır. Bu nedenle dosya incelemesi hareketi, sonucu, önleme yükümlülüğünü ve ağırlaşan sonuca ilişkin kusuru birbirinden ayırmalıdır; kanunda yer almayan genel bir nedensellik formülü varmış gibi davranılmamalıdır.

Neticenin suç tanımının parçası olduğu hâllerde, gerçekleşen sonuç ile sanığa yüklenen davranış arasındaki bağlantı ayrıca gösterilmelidir. Sonucun zaman bakımından davranıştan sonra ortaya çıkması tek başına bu bağlantıyı kanıtlamaz. Buna karşılık Türk Ceza Kanunu, nedensellik bağına ilişkin bütün olayları çözen genel ve ayrıntılı bir ölçüt koymaz. Kanuni düzenleme, bağlantıyı farklı sorumluluk alanlarında belirli unsurlar üzerinden ele alır.

Yer bakımından uygulamada bu görünüm açıktır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi ya da neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi, suçun ülkede işlenmiş sayılması için kanuni bağlantı noktalarıdır. Böylece hareket ile neticenin farklı ülkelerde bulunduğu bir olayda neticenin gerçekleştiği yer de uygulama alanının belirlenmesine katılır. Bu hüküm, her somut olay için maddi nedenselliği tanımlamaz; yalnız yer bakımından uygulamada fiil ve neticenin hangi bağlamda değerlendirileceğini gösterir.

Kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi hâlinde de bağlantı, kusur şartıyla tamamlanır. Failin bu ağır ya da farklı sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için sonuç bakımından en az taksirle hareket etmiş olması gerekir. Yaralama sonucunda kanunda sayılan ağır neticelerin veya ölümün meydana gelmesi bu yapının özel görünümlerindendir. İlk fiilin varlığı ile ağır neticenin ortaya çıkması tespit edilse bile, ağırlaşan sonuç yönünden aranan kusur ayrıca değerlendirilir.

İhmali davranışla öldürmede kanun daha özgül bir bağ kurar. Kişinin belli bir icrai davranışta bulunma konusunda kanuni düzenlemeden veya sözleşmeden doğan yükümlülüğü bulunmalı ya da önceki davranışı başkasının hayatı bakımından tehlikeli bir durum oluşturmalıdır. Ölümü önlemekle yükümlü kişinin bu yükümlülüğe aykırı ihmali, icrai davranışla meydana getirilen sonuçla eşdeğer kabul edilebilir. Dolayısıyla salt olay yerinde bulunmak veya yardım etmemek, bu özel yükümlülük gösterilmeden ihmali öldürmenin bağlantısını kurmaz.

Bir ceza dosyasında inceleme, kanunun açıkça sunduğu bu bağlantı noktalarıyla sınırlı ve ölçülü yürütülmelidir. Hangi davranışın hangi neticeyle ilişkilendirildiği, ağırlaşan sonuç bakımından en az taksirin bulunup bulunmadığı ve ihmal isnadında sonucu önleme yükümlülüğünün nereden doğduğu somutlaştırılır. Kanuni metnin düzenlemediği ayrıntılı doktriner nedensellik teorileri, salt kanun hükmüymüş gibi sunulamaz.

8.3.1 · Meşru Savunma

Saldırının Zamanı, Savunmanın Gerekliliği ve Oran

> **KISACA**
> Meşru savunma, kişiye kendisinin veya başkasının hakkını haksız saldırıya karşı koruma yetkisi verir. Saldırı gerçekleşmiş olabileceği gibi gerçekleşmesi ya da tekrarı muhakkak da olabilir; ancak savunma saldırıyı o anda defetme zorunluluğuyla yapılmalıdır. Korunan değer yalnız hayat veya beden değildir, kanunun ifadesiyle bir hak olabilir. Savunmanın saldırıyla orantılı olması gerekir ve oran, olay anındaki koşullar üzerinden değerlendirilir. Dosyada saldırının haksızlığı, yöneldiği hak, güncelliği, kullanılan aracın saldırıyı durdurma işlevi ve savunmanın sınırı ayrı ayrı ortaya konur. Sınır kast olmaksızın aşılmışsa ve fiilin taksirli şekli cezalandırılıyorsa indirimli sorumluluk gündeme gelebilir. Aşım, mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaştan doğmuşsa faile ceza verilmez. Böylece meşru savunma, sonucu haklılaştıran genel bir tehlike iddiası değil, saldırı ile savunma arasındaki somut ve zamanlı ilişkiye dayanır.

Meşru savunma incelemesi, savunma hareketinden önce saldırının hukuki niteliğini belirlemekle başlar. Saldırı, savunanın kendisine veya üçüncü bir kişiye ait bir hakka yönelmiş olmalıdır. Kanun korunan hakkı hayat ve vücut bütünlüğüyle sınırlamaz. Bununla birlikte saldırının haksız olması gerekir; hukuk düzeninin izin verdiği bir müdahaleye karşı yapılan her karşı hareket meşru savunma sayılmaz.

Zaman unsuru, saldırının başladığı anı mekanik biçimde tespit etmekten daha geniş fakat sınırsız olmayan bir çerçeveye sahiptir. Gerçekleşen saldırının yanı sıra gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak saldırı da savunmaya konu olabilir. Buna karşılık belirsiz bir gelecekte saldırıya uğrama korkusu ya da sona ermiş saldırıdan sonra cezalandırma amacıyla hareket edilmesi bu zaman bağını karşılamaz. Savunma, saldırıyı o anda uzaklaştırma zorunluluğuna bağlıdır.

Oran değerlendirmesinde savunma aracının adı tek başına sonuca götürmez. Saldırının yöneldiği hak, yoğunluğu, devam etme ihtimali, tarafların içinde bulunduğu koşullar ve savunma hareketinin saldırıyı defetme işlevi birlikte incelenir. Kanunun ölçüsü, savunmanın saldırıyla orantılı biçimde gerçekleştirilmesidir. Sonradan sakin bir ortamda düşünülebilecek başka seçeneklerin varlığı, olay anındaki zorunluluk ve oran değerlendirmesinin yerine geçirilemez; fakat savunma adı altında açıkça cezalandırıcı nitelik taşıyan hareket de bu korumadan yararlanmaz.

Sınırın aşılması, meşru savunmanın hiç bulunmamasından farklıdır. Önce bir ceza sorumluluğunu kaldıran nedenin şartlarının doğduğu, ardından bu nedenin çizdiği sınırın geçildiği belirlenmelidir. Aşım kast olmaksızın gerçekleşmiş ve aşım yoluyla işlenen fiilin taksirli hâli de cezalandırılmışsa, taksirli suça ilişkin ceza indirilerek uygulanır. Bu hüküm, kasten sınır aşımını kapsamaz.

Meşru savunmada ayrıca özel bir mazeret düzenlemesi vardır. Sınırın aşılması, olayın doğurduğu mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaştan ileri gelmişse ceza verilmez. Bu sonuç, yalnız failin korktuğunu söylemesine bağlanamaz. Saldırının özellikleri ile failin ruhsal tepkisi arasındaki ilişki dosyadaki delillerle değerlendirilir.

Avukat bakımından savunmanın kuruluşu, tek bir kavrama dayanmak yerine olay çizelgesini hukuki şartlarla eşleştirmeyi gerektirir. Saldırının başlangıcı ve bitişi, hedef aldığı hak, savunmanın hangi anda ve hangi amaçla yapıldığı, kullanılan hareketin defetme işlevi ile sınır aşımı iddiasının dayanağı ayrı başlıklara bölünmeden açık bir anlatı içinde gösterilmelidir. Böyle kurulan savunma, meşru savunmayı soyut bir haklılık iddiasından çıkarıp denetlenebilir bir hukuki değerlendirmeye dönüştürür.

Başka Türlü Korunamayan Ağır Tehlike Karşısında Hareket

KISACA
Zorunluluk hâlinde hareketin çıkış noktası haksız bir saldırı değil, kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelen ağır ve muhakkak tehlikedir. Tehlikeye bilerek neden olmayan kişi, başka suretle korunma olanağı bulunmadığında ve tehlikenin ağırlığıyla kullanılan araç arasında oran bulunduğunda bu hükümden yararlanabilir. Tehlikenin kaynağı insan davranışıyla sınırlı değildir; belirleyici olan kanuni şartların olayda birlikte gerçekleşmesidir. İnceleme, tehlikenin gerçek ve yakın olup olmadığını, failin tehlikenin oluşumundaki rolünü, hukuka daha az müdahale eden korunma yolunun bulunup bulunmadığını ve kurtarma hareketinin ölçüsünü kapsar. Meşru savunmadan farklı olarak fiil mutlaka saldırgana yönelmez. Sınırın kast olmaksızın aşılması ve fiilin taksirli biçiminin cezalandırılması hâlinde indirimli ceza uygulanabilir. Bu nedenle zorunluluk savunması, güç durumda kalındığı yönündeki genel anlatımla değil, kaçınılmazlık ve oran koşullarını destekleyen somut olgularla kurulmalıdır.

Zorunluluk hâli, bir hakkı ağır ve muhakkak tehlikeden korumak için başka bir hukuki değere müdahale edilen olayları düzenler. Korunmak istenen hak faile değil üçüncü bir kişiye de ait olabilir. Kanun belirli bir hak listesi vermez; fakat tehlikenin ağırlığını ve gerçekleşmesinin muhakkak oluşunu arar. Uzak, ihtimale dayalı veya varsayımsal riskler bu eşiği tek başına karşılamaz.

Failin tehlikeyle ilişkisi ayrıca önem taşır. Tehlikeye bilerek neden olan kişi zorunluluk hâline dayanamaz. Bu şart, failin olayın ortaya çıkışındaki davranışını incelemeyi gerektirir. Yalnız tehlike anındaki hareketi değerlendirmek, kişinin daha önce tehlikeyi bilinçli biçimde oluşturup oluşturmadığı sorusunu cevapsız bırakır.

Korunmanın başka suretle mümkün olmaması, zorunluluk hâlinin merkezindeki sınırlardan biridir. Mevcut ve uygulanabilir başka bir korunma yolu varken üçüncü kişinin hakkına müdahale edilmesi hükmün kapsamına girmez. Burada soyut olarak düşünülebilecek her ihtimal değil, olay anında gerçekten başvurulabilir bir yolun bulunup bulunmadığı araştırılır. Failden tehlikeyi kabullenmesi beklenmez; ancak seçtiği hareketin zorunlu olması gerekir.

Oran, tehlikenin ağırlığı ile müdahale edilen değer ve kullanılan araç arasında kurulur. Ağır bir tehlikenin varlığı, alınan her tedbiri kendiliğinden mazur göstermez. Kurtarılmak istenen hak, doğması beklenen zarar, fiilin yöneldiği değer ve müdahalenin kapsamı birlikte değerlendirilir. Bu yapı, zorunluluk hâlini meşru savunmadan ayıran önemli bir noktayı da açıklar: Meşru savunmada karşı hareket haksız saldırıyı defetmeye yönelirken zorunlulukta tehlikeyi bertaraf etmek için saldırıyla ilgisi olmayan bir kişinin hakkı etkilenebilir.

Sınırın aşılması bakımından genel hüküm uygulanır. Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenin sınırı kast olmaksızın geçilmiş ve meydana gelen fiilin taksirli şekli kanunda suç olarak düzenlenmişse taksirli suça ait ceza indirilir. Bunun için önce zorunluluk hâlinin başlangıç şartlarının oluştuğu, sonra araç veya

müdahale ölçüsünün aşıldığı tespit edilmelidir. Baştan itibaren ağır ve muhakkak bir tehlike ya da başka türlü korunamama şartı yoksa konu sınır aşımı olarak kurulamaz.

Uygulamada savunma, olayın aciliyetini anlatmakla sınırlı kalmamalıdır. Tehlikenin hangi hakka yöneldiği, neden ağır ve gerçekleşmesi muhakkak sayıldığı, failin onu bilerek doğurmadığı, alternatif korunma imkânlarının neden elverişsiz olduğu ve seçilen hareketin hangi ölçüde gerekli kaldığı delillerle ilişkilendirilir. Böylece zorunluluk hâli, kişisel bir çaresizlik beyanından kanuni şartları sınanabilir bir savunmaya dönüşür.

8.3.3 · Kusurluluğu Etkileyen Nedenler

Fiilden Sonra Faile Yönelen Kınanabilirlik İncelemesi

KISACA

Kusurluluk incelemesi, tipik ve hukuka aykırı fiil belirlendikten sonra failin o fiil nedeniyle kişisel olarak kınanabilir olup olmadığını değerlendirir. Cebir, şiddet, muhakkak ve ağır korkutma veya tehdit altında suç işleyen kişiye ceza verilmez; bu hâllerde zorlayan kişi fail sayılır. Haksız tahrik, haksız fiilin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisiyle suç işlenmesi durumunda cezada indirim sağlar. Kaçınılmaz hata, kanunun ayrı ayrı düzenlediği maddi şartlar, nitelikli hâller veya hukuka uygunluk nedenleri bakımından sonucu etkileyebilir. Yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı, fiilin anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışları yönlendirme yeteneğine göre farklı rejimlere bağlanmıştır. Geçici nedenler ile irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde cezasızlık doğurabilirken, iradi kullanım bu sonucu sağlamaz. Dosyada her nedenin koşulları ayrı kurulmalı; kusurluluğu kaldıran, azaltan ve yalnız güvenlik tedbirine yol açan sonuçlar birbirine karıştırılmamalıdır.

Ceza sorumluluğu yalnız fiilin suç tanımına uymasına dayanmaz. Hukuka aykırılık belirlendikten sonra failin kişisel durumu ve fiili işlediği sıradaki karar verme imkânı değerlendirilir. Türk Ceza Kanunu bu alanı tek bir genel mazeret hükmünde toplamaz; iradeyi zorlayan etkileri, haksız tahriki, hatayı, yaş küçüklüğünü, akıl hastalığını, sağır ve dilsizliği ve geçici nedenleri farklı şart ve sonuçlarla düzenler.

Cebir, şiddet, muhakkak ve ağır korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Kanun bu durumda cebir ve tehdidi kullanan kişiyi suçun faili sayar. Her baskı bu sonucu doğurmaz; korkutma veya tehdidin ağır ve gerçekleşmesi muhakkak nitelikte olması gerekir. Savunma kurulurken baskının kaynağı, yoğunluğu, failin hareket alanı ve suçla bağlantısı somutlaştırılır.

Haksız tahrik ceza sorumluluğunu bütünüyle kaldırmaz. Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işlenmişse cezada kanunda gösterilen oranlarda indirim yapılır. İnceleme yalnız mağdurun önceki davranışına değil, bu davranışın haksızlığına, failde doğurduğu ruhsal etkiye ve suçun bu etkinin altında işlenip işlenmediğine yönelir. Tahrik ile planlı bir karşılık arasındaki bağ olayın zaman çizelgesi ve davranış örüntüsü üzerinden değerlendirilir.

Hata hükümleri, hatanın yöneldiği noktaya göre farklı çalışır. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kişi kasten hareket etmiş olmaz; taksirli sorumluluk şartları saklıdır. Fail, suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerini bilmiyorsa hatasından yararlanır. Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz hataya düşen kişi de bu hatanın sonucundan yararlanır. İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz hata ise ceza verilmemesine yol açar. Bu nedenle hatanın konusu ile kaçınılabilir olup olmadığı ayrı sorulardır.

Yaş küçüklüğünde kanun üç dönem kurar. On iki yaşını doldurmamış çocukların ceza sorumluluğu yoktur; haklarında çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. On iki yaşını doldurup on beş yaşını doldurmayanlarda fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneği araştırılır. Bu yetenek yoksa ceza verilmez, varsa indirilmiş ceza uygulanır. On beş ile on sekiz yaş

arasındaki çocuklar için de indirimli ceza rejimi vardır. Sağır ve dilsiz kişiler bakımından yaş sınırları kanunda ayrıca yükseltilmiştir.

Akıl hastalığında belirleyici olan teşhisin adı değil, hastalığın fiil anındaki etkisidir. Hastalık nedeniyle kişi fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamıyor veya davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalmışsa ceza verilmez ve güvenlik tedbirine hükmolunur. Yeteneğin tamamen ortadan kalkmadığı fakat azaldığı hâllerde ceza indirilebilir; belirli koşullarda cezanın güvenlik tedbiri olarak uygulanması da mümkündür.

Geçici bir nedenle ya da irade dışında alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle algılama veya davranışları yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalan kişiye ceza verilmez. Maddenin iradeyle alınması bu korumayı sağlamaz. Böyle bir iddiada kullanımın iradi olup olmadığı ve etkinin fiil anındaki düzeyi delillendirilmelidir. Avukatın görevi, ileri sürülen kişisel hâli doğru kanuni kategoriye yerleştirmek ve o kategoriye özgü ispat noktalarıyla hukuki sonucu birbirine bağlamaktır.

8.4.1 · Teşebbüs

Hazırlıktan İcraya Geçiş ve Tamamlanmayan Suç

KISACA

Suça teşebbüs, failin işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması hâlidir. Bu yapı, yalnız suç işleme düşüncesini ve hazırlık hareketlerini cezalandırmaz; kastın belirli bir suça yönelmesini, icraya doğrudan başlangıcı, hareketlerin elverişliliğini ve tamamlanmayı engelleyen nedenin failin iradesi dışında kalmasını birlikte arar. Ceza belirlenirken meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınır. Fail suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçer ya da kendi çabasıyla tamamlanmayı veya neticenin gerçekleşmesini önlerse teşebbüsten cezalandırılmaz; ancak o ana kadar tamamlanan kısım başka bir suç oluşturuyorsa bu suçtan sorumludur. Dosyada kritik ayrım, failin yakalanma veya dış engel nedeniyle mi durduğu, yoksa özgür iradesiyle etkili biçimde geri mi çekildiğidir. Bu nedenle olay, niyet beyanından değil hareketlerin ulaştığı aşamadan geriye doğru çözümlenir.

Teşebbüs hükümleri, tamamlanmış suçtan önceki her davranışı cezalandıran genel bir alan oluşturmaz. Fail belirli bir suçu işlemeye karar vermiş olmalı ve bu suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlamalıdır. Suçun yalnız tasarlanması, araç edinilmesi veya henüz kanuni tipe doğrudan yönelmeyen hazırlıklar kural olarak bu eşiği geçmez. İcra başlangıcı, yapılan hareketin somut olayda hedeflenen suçla kurduğu yakın ilişki üzerinden değerlendirilir.

Elverişlilik, kullanılan aracın ve hareket biçiminin olayın koşullarında suçun tamamlanmasına hizmet edip edemeyeceğine ilişkindir. Değerlendirme yalnız aracın soyut niteliğine indirgenmez. Hedef, zaman, yer ve uygulama biçimiyle birlikte incelenen hareket suçun icrasına uygun olmalıdır. Böylece görünüşte etkisiz bir araçla yapılan hareket ile somut koşullarda neticeyi meydana getirmeye uygun icra hareketi birbirinden ayrılır.

Suçun tamamlanmaması, failin elinde olmayan nedenlerden kaynaklanmalıdır. Mağdurun kurtulması, üçüncü kişinin müdahalesi, aracın beklenmedik biçimde işlememesi veya failin yakalanması gibi dış etkenler teşebbüs yapısını sürdürebilir. Buna karşılık fail icra hareketlerini kendi kararıyla bırakmış ya da tamamlanmayı veya neticeyi kendi çabasıyla önlemişse gönüllü vazgeçme gündeme gelir.

Gönüllü vazgeçmenin hukuki sonucu, teşebbüs cezasının uygulanmamasıdır. Fakat vazgeçme anına kadar yapılan hareketler bağımsız bir suçu tamamlamışsa fail o suçtan sorumlu tutulur. Örneğin hedeflenen daha ileri suçtan dönülmesi, o ana kadar oluşan ve başka bir kanuni tanıma uyan fiili ortadan kaldırmaz. Neticenin önlenmesi ileri sürüldüğünde failin çabasının gerçekten tamamlanmayı engelleyip engellemediği de dosya üzerinden gösterilmelidir.

Teşebbüste ceza, tamamlanmış suça ait cezadan otomatik ve tek bir oranla türetilmez. Kanun, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre temel ceza üzerinde belirli indirim aralıkları öngörür. Bu nedenle icra hareketlerinin hangi noktaya ulaştığı, korunan hukuki değerin ne ölçüde tehlikeye girdiği ve somut bir zararın doğup doğmadığı yaptırım bakımından önem taşır.

Avukat yönünden dosya analizi ters sırayla kurulabilir. Önce suçun neden tamamlanmadığı belirlenir; ardından durma nedeninin failin iradesi dışında mı, gönüllü ve etkili bir geri çekilme mi olduğu araştırılır. Sonra gerçekleşen son hareketten geriye gidilerek icraya doğrudan başlama eşiği ve elverişlilik değerlendirilir. En son bu hareketlerin hangi suçu işlemeye yönelik kastı ortaya koyduğu delillerle bağlanır. Bu yöntem, hazırlık ile teşebbüsün ve teşebbüs ile gönüllü vazgeçmenin aynı olay içinde karıştırılmasını önler.

8.4.2 · İştirak

Ortak Suç Planında Rolün ve Katkının Hukuki Niteliği

KISACA

Birden çok kişinin aynı suç çevresindeki davranışları, yalnız olay yerinde bulunmalarına veya ortak hareket etmelerine bakılarak aynı şekilde cezalandırılamaz. Suçun kanuni tanımındaki fiili birlikte gerçekleştirenler faildir. Bir başkasını suç işlemekte araç olarak kullanan kişi de fail sayılır; aracın kusur yeteneği yoksa ceza artırılır. Suça karar verdiren azmettiren, karar zaten mevcutken icrayı kolaylaştıran ya da teşvik eden kişi ise yardım eden olarak sorumlu tutulabilir. Özgü suçlarda özel faillik niteliğini taşımayan kişi ancak azmettiren veya yardım eden olabilir. İştirak için kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi yeterlidir; her katılan kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır. Bağlılık kuralı, şahsi cezasızlık veya indirim nedenlerinin yalnız ilgili kişiye uygulanmasını sağlar. Gönüllü vazgeçmede katılanın çabası ayrıca değerlendirilir. Savunma, müvekkilin somut katkısını, suç kararının oluştuğu zamanı ve icra üzerindeki hâkimiyetini delil bazında ayırmalıdır.

İştirak değerlendirmesinde ilk soru, kişilerin birlikte görünmesi değil her birinin suçun oluşumuna nasıl katıldığıdır. Türk Ceza Kanunu faillik, azmettirme ve yardım etme arasında hukuki nitelik ve yaptırım bakımından ayrım kurar. Bu nedenle aynı olay örgüsündeki bütün sanıklar için ortak bir fiil anlatımı yeterli değildir; her kişinin hareketi ve kastı ayrı belirlenmelidir.

Suçun kanuni tanımındaki fiili birlikte gerçekleştiren kişiler müşterek faildir. Burada ortak icra, yalnız önceden anlaşmış olmayı değil, suçun icrası üzerindeki ortak katkıyı gerektirir. Kanun ayrıca başkasını suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişiyi fail kabul eder. Araç olarak kullanılan kişinin kusur yeteneği bulunmuyorsa, kullanan kişinin cezası artırılır. Bu hüküm, fiili fiziksel olarak yapan kişi ile suçun hukuki faili konumundaki kişinin her zaman aynı olmayabileceğini gösterir.

Azmettirme, suç işleme kararı bulunmayan kişide bu kararı oluşturmayı ifade eder. Azmettiren, işlenen suçun cezasıyla sorumludur. Üstsoy ve altsoy ilişkisinin sağladığı nüfuz kullanılarak azmettirme ile çocuğun suça azmettirilmesi kanunda daha ağır sonuçlara bağlanmıştır. Azmettirenin belli olmadığı hâllerde ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında da indirim imkânı öngörülür.

Yardım etmede suç işleme kararı başkasında mevcuttur; katkı bu kararın icrasını destekler. Suç işlemeye teşvik etmek, kararı kuvvetlendirmek, fiilden sonra yardım vaadinde bulunmak, suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek, araç sağlamak veya icradan önce ya da icra sırasında yardım ederek gerçekleştirmeyi kolaylaştırmak yardım etme kapsamındaki kanuni görünümlerdir. Bu davranışların suç tamamlandıktan sonra ve önceden verilmiş bir vaat olmadan yapılması, iştirak yerine başka bir suç tipinin tartışılmasını gerektirebilir.

Bağlılık kuralı, iştirak sorumluluğunun temel sınırını çizer. İştirak için kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olması yeterlidir. Her katılan, suçun işlenişine yaptığı katkı ve kendi kusurlu fiili uyarınca cezalandırılır. Özgü suçlarda fail olabilmek için gereken özel niteliği taşımayan kişi, icraya katkısı

bulunsa bile ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olabilir. Şahsi cezasızlık ya da cezada indirim gerektiren kişisel nedenler ise yalnız kendisinde bulunan katılan hakkında sonuç doğurur.

Suça iştirakten gönüllü vazgeçen kişi bakımından yalnız kendi geri çekilmesi yeterli olmayabilir. Gösterdiği gayretin suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi gerekir. Suç başka nedenle işlenmemiş olsa ya da vazgeçenin bütün gayretine rağmen tamamlanmış olsa bile kanunun öngördüğü şartlarda gönüllü vazgeçme hükmü uygulanabilir. Belirleyici olan, kişinin suç ortaklığından sözle ayrılması değil önleme yönündeki ciddi çabasıdır.

Dosyada rol tayini, iletişim kayıtları, hazırlık hareketleri, suç kararının ne zaman oluştuğu, araç temini, olay yerindeki icra katkısı ve sonrasına ilişkin vaatler birlikte okunarak yapılır. Avukat, müşterek faillik isnadına karşı yalnız müvekkilin kanuni fiili bizzat yapmadığını söylemekle yetinmemeli; icra üzerindeki ortak hâkimiyetin neden bulunmadığını ve davranışın varsa hangi iştirak türünün sınırlarında kaldığını göstermelidir.

Fiil, Suç Tanımı ve Ceza Sayısını Birbirinden Ayırmak

KISACA
İçtima hükümleri, bir olayda birden fazla suç görünümü bulunduğunda kaç suçtan ve nasıl ceza verileceğini belirler. Bileşik suçta biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturduğu için tek fiil sayılan suçlara ayrıca içtima uygulanmaz. Zincirleme suçta aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçun bir kişiye karşı farklı zamanlarda birden çok işlenmesi hâlinde tek ceza artırılır. Aynı suçun tek fiille birden çok kişiye karşı işlenmesi de bu rejime bağlanır; ancak kanunda sayılan suçlar zincirleme suç kapsamı dışında tutulmuştur. Fikrî içtimada tek fiil birden fazla farklı suç oluşturur ve en ağır cezayı gerektiren suçtan hüküm kurulur. Dosya değerlendirmesi, günlük dildeki olay sayısını hukuki fiil sayısıyla karıştırmamalıdır. Mağdur, zaman, suç işleme kararı, kanuni tanımların birbirine göre konumu ve hareketlerin doğal bütünlüğü ayrı ayrı incelenerek gerçek içtima mı yoksa kanunun tek ceza öngördüğü istisnai bir yapı mı bulunduğu belirlenir.

Ceza hukukunda her suç tanımına temas eden hareket için mutlaka ayrı ceza verilmez. Buna karşılık olayın tek bir anlatı içinde geçmesi de kendiliğinden tek suç bulunduğunu göstermez. İçtima hükümleri, suçların bağımsızlığı kuralı ile kanunun tek ceza üzerinden sonuç bağladığı hâller arasındaki sınırı çizer. Çözüm için önce hareketler ve sonuçlar tespit edilir, sonra kanuni suç tanımları arasındaki ilişki incelenir.

Bileşik suçta bir suç, diğer suçun unsurunu veya daha ağır cezayı gerektiren nedenini oluşturur. Kanun bu yapıyı tek fiil sayar ve bileşik suçlar hakkında içtima hükümlerinin uygulanmayacağını belirtir. Bu nedenle bileşik suçun bünyesine katılmış hareket için ayrıca hüküm kurulmaz. Ancak bir suçun diğerinden önce veya onunla birlikte işlenmesi, tek başına bileşik suç yaratmaz; unsur ya da nitelikli hâl ilişkisinin ilgili kanuni tanımdan anlaşılması gerekir.

Zincirleme suçun temel görünümünde fail, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçu bir kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işler. Bu durumda tek cezaya hükmedilir ve ceza kanundaki oranlar içinde artırılır. Mağduru belli olmayan suçlarda da zincirleme suç uygulanabilir. Aynı suçun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi de aynı sonuç rejimine bağlanmıştır. Böylece farklı zamanlarda tekrarlanan hareket ile tek hareketten etkilenen birden çok kişi, ayrı şartlara dayanmakla birlikte kanunun aynı maddesinde düzenlenir.

Zincirleme suç için yalnız suç adlarının aynı olması yetmez. Aynı suç işleme kararının bulunması ve temel görünümde fiillerin aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlenmesi gerekir. Temel tip ile bu tipin daha ağır veya daha hafif yaptırıma bağlanan nitelikli görünümleri, zincirleme suç değerlendirmesinde aynı suç kapsamında ele alınır. Buna karşılık kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, eziyet ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Bu istisnalar, her tekrarın ayrı değerlendirilmesini gerektirir.

Fikrî içtimada tek bir fiil, birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olur. Fail bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılır. Burada zincirleme suçtan farklı olarak aynı suçun tekrarı değil, tek fiilin farklı suç tanımlarını birlikte gerçekleştirmesi söz konusudur. Birden çok bağımsız fiilin farklı suçlar doğurması durumunda ise fikrî içtima değil, kural olarak her suçtan ayrı sorumluluk gündeme gelir.

Uygulamada sağlıklı sıra, önce maddi hareketleri ve mağdurları kronolojik olarak ayırmaktır. Ardından her hareketin hangi suç tanımına uyduğu, suçlardan birinin diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olup olmadığı ve hareketlerin tek fiil sayılıp sayılamayacağı araştırılır. Tekrarlanan aynı suçta ortak suç işleme kararının delilleri ile zaman aralığı değerlendirilir. Tek hareket birden çok tanıma uyuyorsa cezaların ağırlığı karşılaştırılır. Böyle bir çözümleme, benzer görünen bileşik suç, zincirleme suç ve fikrî içtima kurumlarının sonuçlarını birbirine karıştırmadan iddia veya savunma kurulmasını sağlar.

8.5.1 · Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri

Mahkûmiyet Sonucunun Türü, Bireyselleştirilmesi ve İnfaza Etkisi

KISACA

Türk Ceza Kanununda suç karşılığı yaptırımlar hapis ve adli para cezalarıdır; güvenlik tedbirleri ise failin veya fiille bağlantılı değerlerin özel durumuna göre hükmedilen farklı sonuçlardır. Hapis cezası ağırlaştırılmış müebbet, müebbet veya süreli olabilir. Kısa süreli hapis, kanuni koşullarla adli para cezasına ya da başka seçenek yaptırımlara çevrilebilir; erteleme ise mahkûmiyeti ortadan kaldırmadan cezanın denetim süresi içinde infaz edilmemesine imkân verir. Adli para cezasında gün sayısı ile bir gün karşılığı miktar ayrı belirlenir. Güvenlik tedbirleri arasında belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, eşya ve kazanç müsaderesi, çocuklara ve akıl hastalarına özgü tedbirler, tekerrürün infaz sonucu, sınır dışı edilme değerlendirmesi ve tüzel kişilere özgü tedbirler bulunur. Avukat, hüküm kurulurken yalnız temel ceza miktarını değil, seçenek yaptırımı, erteleme koşullarını, hak yoksunluklarını, müsaderenin üçüncü kişilere etkisini ve infaz rejimini de ayrı ayrı denetlemelidir.

Mahkûmiyet hükmünün sonucu yalnız belirlenen hapis süresinden ibaret değildir. Türk Ceza Kanunu önce ceza türlerini, ardından cezanın kısa süreli olması, ertelenmesi veya adli para cezasına çevrilmesi gibi bireyselleştirme imkânlarını düzenler. Güvenlik tedbirleri ise ceza türlerinden ayrı bir gruptur ve haklar, eşya, kazanç, tehlikelilik veya tüzel kişi faaliyeti üzerinde sonuç doğurabilir. Bu nedenle hüküm fıkrası, yaptırımın her katmanı bakımından incelenmelidir.

Hapis cezaları ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve süreli hapis olarak ayrılır. Ağırlaştırılmış müebbet ile müebbet hapis, hükümlünün hayatı boyunca devam eden cezalardır; ağırlaştırılmış müebbette infaz sıkı güvenlik rejimine tabidir. Süreli hapis kanunda aksi belirtilmedikçe belirli alt ve üst sınırlar içinde belirlenir. Bir yıl veya daha az süreli hapis kısa süreli sayılır ve failin kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecindeki pişmanlığı ile suçun özellikleri değerlendirilerek seçenek yaptırımlara çevrilebilir.

Kısa süreli hapis cezasının seçenekleri yalnız adli para cezası değildir. Mağdurun veya kamunun zararının giderilmesi, belirli bir eğitim kurumuna devam, belli yerlere gitmekten veya belirli etkinliklerden yasaklanma, ehliyet veya ruhsatın geri alınması ve kamuya yararlı bir işte çalışma da kanuni koşullarla uygulanabilir. Hükümlünün elinde olmayan nedenlerle tedbirin yerine getirilememesi hâlinde tedbir değiştirilebilir. Buna karşılık tedbire başlanmaması veya devam edilmemesi, kısa süreli hapsin tamamen ya da kısmen infazına yol açabilir.

Hapis cezasının ertelenmesi, belirli süre sınırları ve failin geçmişi ile yeniden suç işlemeyeceği konusunda mahkemede oluşan kanaate bağlıdır. Erteleme hâlinde bir denetim süresi belirlenir; bu sürede yükümlülük veya uzman gözetimi öngörülebilir. Denetim süresinde kasıtlı suç işlenmesi ya da uyarıya rağmen yükümlülüklere uyulmaması ertelenen cezanın infazını gündeme getirir. Süre iyi hâlle

tamamlanırsa ceza infaz edilmiş sayılır. Dolayısıyla erteleme beraat veya mahkûmiyetin silinmesi değildir.

Adli para cezasında mahkeme önce kanuni sınırlar içinde tam gün sayısını, sonra kişinin ekonomik ve şahsi hâllerini gözeterek bir gün karşılığı miktarı belirler. Sonuç bu iki değerin çarpılmasıyla bulunur. Hükümde taksitlendirme yapılabilir; ödeme ve taksitlere uyulmamasının sonuçları da gösterilir. Bu iki aşamanın gerekçesiz biçimde tek miktar olarak kurulması, yaptırımın denetlenmesini güçleştirir.

Hak yoksunlukları, kasten işlenen suçtan hapis mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak kamu görevi, seçme ve seçilme, velayet, vesayet ve belirli meslek ya da sanatların icrası gibi alanlarda ortaya çıkabilir. Kural olarak infaz tamamlanıncaya kadar sürer; kanun bazı kişiler ve suç ilişkileri için farklı süreler veya istisnalar getirir. Kısa süreli hapsi ertelenen ya da koşullu salıverilen kişiler bakımından hâkimin karar verebileceği özel hâller de vardır.

Müsadere, eşya ile kazanç bakımından ayrı düzenlenir. Suçta kullanılan, suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen eşya iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla müsadere edilebilir. Müsaderenin işlenen suça göre daha ağır ve hakkaniyete aykırı sonuç doğuracağı hâllerde eşya müsaderesine hükmedilmeyebilir. Suçtan elde edilen ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ve bunların ekonomik kazançları ise kazanç müsaderesinin konusudur; maddi menfaate el konulamıyorsa karşılık değer gündeme gelir.

Diğer güvenlik tedbirlerinde tedbirin dayanağı doğru kurulmalıdır. Çocuklar için çocuklara özgü tedbirler, akıl hastaları için koruma ve tedavi amaçlı tedbirler uygulanır. Tekerrür, sonraki suçun cezasını kendiliğinden artıran genel bir hüküm değil, kanuni şartlarda mükerrirlere özgü infaz rejimi ve infaz sonrası denetim sonucunu doğuran bir kurumdur. Yabancı hakkında sınır dışı işlemleri değerlendirilmek üzere durum ilgili makama bildirilir. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanmamakla birlikte, kanunun açıkça belirttiği hâllerde izin iptali ve müsadere gibi güvenlik tedbirleri söz konusu olabilir. Bu bütünlük, savunmanın mahkûmiyetin ikincil sonuçlarını da hüküm verilmeden önce tartışmasını gerektirir.

8.5.2 · Davayı ve Cezayı Düşüren Nedenler

Soruşturma, Hüküm ve İnfaz Aşamalarında Sona Erme Nedenleri

KISACA
Ceza ilişkisinin sona ermesi, nedenin hangi aşamada ortaya çıktığına göre farklı sonuç doğurur. Sanığın ölümü kamu davasının düşürülmesine, hükümlünün ölümü ise hapis ve henüz infaz edilmemiş adli para cezalarının ortadan kalkmasına yol açar; müsadere bakımından kanundaki ayrım korunur. Genel af kamu davasını ve hükmolunan cezaları bütün sonuçlarıyla kaldırırken özel af hapis cezasını sona erdirebilir, cezaevindeki süresini kısaltabilir veya adli para cezasına çevirebilir. Dava zamanaşımı kovuşturma imkânına, ceza zamanaşımı kesinleşen cezanın infazına ilişkindir; süreler suç ve ceza ağırlığına göre değişir, durma ve kesilme sebepleri ayrıca incelenir. Şikâyete bağlı suçlarda altı aylık başvuru süresi, vazgeçme ve sanığın kabulü önem taşır. Önödeme ise kanunun kapsamına aldığı suçlarda belirlenen tutarın süresinde ödenmesiyle kamu davasının açılmaması veya açılmış davanın düşmesi sonucunu doğurabilir. Her kurumun maddi hak, müsadere ve güvenlik tedbirleri üzerindeki etkisi ayrıca kontrol edilmelidir.

Davayı veya cezayı sona erdiren nedenler aynı aşamada ve aynı kapsamda sonuç doğurmaz. Bazıları soruşturma ya da kovuşturmanın devamını engeller, bazıları kesinleşmiş cezanın infazına etki eder, bazıları ise yalnız kanunda gösterilen suçlar ve usuller için uygulanır. Bu nedenle önce dosyanın aşaması, sonra sona erme nedeninin kapsamı belirlenmelidir.

Sanığın ölümü hâlinde kamu davasının düşürülmesine karar verilir. Ancak niteliği itibarıyla müsadereye tabi eşya ve maddi menfaatler hakkında davaya devam edilerek müsadere kararı verilebilir. Hükümlünün ölümü hapis cezasını ve henüz infaz edilmemiş adli para cezasını ortadan kaldırır; buna karşılık müsadere ve yargılama giderlerine ilişkin hüküm infaz olunabilir. Ölümün dava aşamasında mı yoksa hüküm kesinleştikten sonra mı gerçekleştiği bu nedenle önemlidir.

Af bakımından genel ve özel af farklı hukuki sonuçlara sahiptir. Genel af kamu davasını düşürür ve hükmolunan cezaları bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırır. Özel af ise hapis cezasının ceza infaz kurumunda çektirilmesine son verebilir, kurumda geçirilecek süreyi kısaltabilir veya hapis cezasını adli para cezasına çevirebilir. Cezaya bağlı hak yoksunlukları, özel afta ayrıca belirtilmedikçe etkisini sürdürür. Kanunda aksi yazılı olmadıkça af, yalnız cezayı değil müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezasının geri alınmasını da sağlamaz.

Dava zamanaşımı, kanunda gösterilen sürelerin geçmesiyle kamu davasının düşmesini gerektirir. Süreler suç için öngörülen cezanın ağırlığına göre kademelendirilmiştir ve çocuklar bakımından daha kısa oranlarda uygulanır. Tamamlanmış suçta süre suçun işlendiği günden, teşebbüste son hareketten, kesintisiz suçta kesintinin gerçekleşmesinden ve zincirleme suçta son suçtan itibaren işlemeye başlar. Kanundaki soruşturma veya kovuşturma engelleri süreyi durdurabilir; şüpheli ya da

sanığın belirli işlemlerle karşılaşması veya bazı kararların verilmesi süreyi kesebilir. Kesilme hâlinde süre yeniden başlar ve toplam uzama kanuni üst sınırı aşamaz.

Ceza zamanaşımı kesinleşmiş cezanın infaz edilmemesiyle ilgilidir. Süre, hükmün kesinleştiği veya infazın kesintiye uğradığı günden başlar ve hükmedilen cezanın türü ile süresine göre belirlenir. İnfaz için tebligat yapılması ya da hükümlünün yakalanması süreyi kesebilir; bazı mahkûmiyetler ve yurt dışında işlenen belirli suçlar bakımından kanun özel hükümler koyar. Dava zamanaşımıyla ceza zamanaşımının başlangıç noktaları ve kesilme nedenleri bu sebeple aynı kabul edilemez.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçta yetkili kişi, fiili ve faili öğrendiği günden itibaren altı ay içinde şikâyette bulunmalıdır. Süre geçirilirse soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Hüküm kesinleşmeden şikâyetten vazgeçme davayı düşürür; kanunda aksi yoksa vazgeçmenin sanık tarafından kabul edilmesi gerekir. Birden çok fail varsa şikâyetten vazgeçme diğerlerini de kapsar. Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar görenin kişisel hak talebini kendiliğinden ortadan kaldırmaz.

Önödeme, uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere kanunun belirlediği düşük yaptırımlı suçlarda uygulanabilen özel bir sona erme yoludur. Cumhuriyet savcılığınca hesaplanan miktarın ve soruşturma giderlerinin kanuni sürede ödenmesi üzerine kamu davası açılmaz. Özel kanun hükmü gereği işin doğrudan mahkemeye intikal ettiği veya şartların sonradan anlaşıldığı hâllerde ödeme, kamu davasının düşmesine yol açabilir. Önödeme nedeniyle dava açılmaması veya davanın düşmesi, kişisel hakkın istenmesine ve eşya ya da kazanç müsaderesine engel değildir. Aynı kişinin belirli süre içinde yeniden önödemelik suç işlemesi hâlinde uygulanacak tutar da artırılır.

Avukatın kontrol listesi kurumun adını saptamakla bitmez. Sürenin hangi olayla başladığı, durmuş veya kesilmiş olup olmadığı, şikâyet hakkı sahibinin öğrenme tarihi, vazgeçmenin kapsamı ve kabulü, önödemenin suç tipi bakımından mümkün olup olmadığı ile sona ermenin müsadere ve kişisel haklara etkisi dosyanın aşamasına göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Mağdurun Hakkı, Failin Yöntemi ve Netice Üzerinden Suç Vasfı

KISACA
Kişilere karşı suçlarda doğru vasıflandırma, önce etkilenen kişisel değerin ve gerçekleşen neticenin belirlenmesini gerektirir. Hayata karşı suçlar öldürme kastı, ihmal yükümlülüğü ve taksir yönünden; vücut dokunulmazlığına karşı suçlar yaralamanın ağırlığı, kullanılan araç, mağdurun sıfatı ve ağırlaşan netice bakımından ayrılır. İşkence kamu görevlisinin görevi̇yle bağlantılı sistematik davranışlarına, eziyet ise insan onuruyla bağdaşmayan ve özel faillik şartı aranmayan davranışlara yönelir. Cinsel suçlarda hareketin niteliği, mağdurun yaşı, rıza yeteneği, nüfuz veya cebir kullanımı belirleyicidir. Tehdit, şantaj, cebir, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarında iradeye veya hareket özgürlüğüne yapılan müdahalenin yöntemi incelenir. Hakaret, haberleşme ve özel hayatın gizliliği ile kişisel verilere ilişkin suçlar ise açıklamanın içeriği, aleniyet, kayıt, paylaşım ve hukuka uygunluk nedenleri üzerinden değerlendirilir. Şikâyet, nitelikli hâl ve özel fail-mağdur ilişkisi her suç için ayrıca kontrol edilmelidir.

Kişilere karşı suçlar tek bir zarar türüne dayanmaz. Aynı olayda yaşam, beden, cinsel dokunulmazlık, özgürlük, şeref, özel hayat veya kişisel veri korunuyor olabilir. Suç vasfını belirlemek için önce hangi kişisel hakkın ne şekilde etkilendiği, sonra failin kullandığı yöntem, kastı ve ortaya çıkan netice saptanır. Bu sıra, yalnız sonuçtan hareketle suç adı seçilmesini önler.

Hayata karşı suçlarda ölüm neticesi ortak görünse de sorumluluk biçimi farklı olabilir. Kasten öldürmede fail ölüm neticesini bilerek ve isteyerek gerçekleştirir; tasarlama, canavarca his, belirli amaçlar veya mağdurun sıfatı gibi kanunda sayılan durumlar nitelikli hâl oluşturur. Sonucu önleme konusunda kanuni ya da sözleşmesel yükümlülüğü bulunan veya önceki davranışıyla tehlike yaratan kişinin ihmali de belirli koşullarda öldürmenin icrai davranışına eşdeğer tutulur. Taksirle öldürmede ise özen yükümlülüğüne aykırılık ve neticenin öngörülebilirliği incelenir; bilinçli taksir varsa ceza artırılır.

Vücut dokunulmazlığına karşı suçlarda hareketin acı verme, sağlığı veya algılama yeteneğini bozma niteliği kasten yaralamanın başlangıç alanını oluşturur. Yaralamanın basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir olup olmadığı, silah kullanımı, fail ile mağdur arasındaki yakınlık, kamu görevi bağlantısı ve canavarca his gibi özellikler yaptırımı etkiler. Duyu veya organ işlevinde kayıp, yaşamı tehlikeye sokan durum, yüzde sabit iz, kemik kırığı ya da ölüm gibi neticeler ortaya çıktığında netice sebebiyle ağırlaşmış suç ve bu netice bakımından en az taksir şartı değerlendirilir. Taksirle yaralamada da davranışın birden çok kişiyi etkilemesi ve bilinçli taksir ayrı sonuç doğurur.

İnsan onurunu hedef alan suçlarda failin sıfatı ve davranışların süreç içindeki niteliği önemlidir. İşkence, kamu görevlisinin bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel ya da ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açacak davranışlarıyla oluşur. Eziyet suçunda kamu görevlisi olma şartı yoktur; davranışların insan onuruyla

bağdaşmayan eziyet niteliği taşıması aranır. Koruma veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişinin terk etmesi ile yaşı, hastalığı veya yaralanması nedeniyle kendini yönetemeyen kişiye yardım edilmemesi de yaşam ve beden üzerindeki tehlikeyi özel suç tipleriyle karşılar.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda dosyanın merkezinde hareketin biçimi ile mağdurun hukuki durumu bulunur. Cinsel saldırı yetişkine yönelik cinsel davranışları, çocukların cinsel istismarı ise yaş ve algılama ölçütlerine göre çocuk mağdura yönelik fiilleri düzenler. Reşit olmayanla cinsel ilişki, cebir, tehdit ve hile olmaksızın belirli yaş aralığındaki çocukla ilişkiyi ayrı bir suç olarak ele alır. Cinsel tacizde vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen cinsel amaçlı davranış söz konusudur. Organ veya doku ticareti, çocuk düşürtme ve kısırlaştırma hükümlerinde ise geçerli rıza, yetkili kişi, süre ve tıbbi zorunluluk gibi tipe özgü şartlar belirleyicidir.

Özgürlüğe karşı suçlarda müdahalenin aracı suç tipini değiştirir. Tehdit, mağdura gelecekte ağır bir kötülük bildirerek karar özgürlüğünü etkiler. Şantaj, kişiyi hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapıp yapmamaya zorlamak ya da şeref ve saygınlığa zarar verecek hususları açıklama tehdidiyle yarar sağlamak üzerine kurulur. Cebirde mevcut fiziksel güç, mağduru bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlar. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmada bir yere gitme veya bir yerde kalma özgürlüğü hukuka aykırı biçimde kaldırılır; silah, birden fazla kişi, kamu görevi, çocuk veya ekonomik amaç gibi hâller cezayı etkiler. Konut ve işyeri dokunulmazlığı ile sendikal haklar, eğitim, çalışma ve inanç özgürlüğü de bu bölümde özel hükümlerle korunur.

Şeref ve özel alan suçlarında söz, kayıt ve yayma davranışları birbirinden ayrılmalıdır. Hakaret, kişinin onur, şeref ve saygınlığına somut fiil veya olgu isnadıyla ya da sövmek suretiyle saldırıdır; gıyapta hakaret için kanunun aradığı ihtilat şartı vardır. İsnadın kamu görevlisinin göreviyle bağlantısı, dinî değerlere yönelmesi veya aleniyet nitelikli sonuç doğurabilir. İddia ve savunma dokunulmazlığı, somut uyuşmazlıkla bağlantılı ve gerçek olgulara dayanan açıklamalar için hukuka uygunluk alanı sağlar.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların izinsiz dinlenmesi veya kayda alınması, özel hayatın gizliliğini ihlal ve kişisel verilerin hukuka aykırı kaydı ya da ele geçirilmesi benzer teknolojik araçlarla işlenebilse de farklı hukuki değerleri korur. Verinin niteliği, kaydın nasıl elde edildiği, ifşa veya yaymanın gerçekleşip gerçekleşmediği, görevin sağladığı kolaylık ve verilerin kanuni sürede yok edilmemesi ayrı suç veya nitelikli hâl doğurabilir.

Bir avukat için bütün bu alanda ortak yöntem, mağdurun hakkını, failin sıfatını, hareketin aracını, kast veya taksir biçimini ve neticeyi bir matris gibi karşılaştırmaktır. Ardından yaş, yakınlık, silah, kamu görevi, aleniyet ve şikâyet gibi tipe özgü koşullar eklenir. Böylece aynı delilin birden çok suç görünümüne temas ettiği dosyada vasıflandırma, yalnız suç başlıklarının benzerliğine değil her kanuni unsurun ayrı ispatına dayanır.

Zilyetlik, Teslim, Rıza ve Kullanılan Yönteme Göre Ayrım

KISACA

Malvarlığına karşı suçlarda ilk ayrım, malın veya ekonomik değerin failin hâkimiyetine nasıl girdiğidir. Başkasına ait taşınır mal zilyedin rızası olmadan bulunduğu yerden yarar sağlama amacıyla alınmışsa hırsızlık; teslim edilmiş mal, teslim amacı dışında tasarrufa konu edilmişse güveni kötüye kullanma gündeme gelir. Cebir veya tehditle malın teslimi ya da alınmasına karşı koymama sağlanmışsa yağma, hileli davranışlarla aldatılan kişinin tasarrufu sonucu yarar elde edilmişse dolandırıcılık söz konusu olabilir. Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya, karşılıksız yararlanma ve suç eşyasının satın alınması ayrı tiplerdir. Mala zarar verme, hakkı olmayan yere tecavüz ve bedelsiz senedi kullanma, malın alınmasından çok mevcut hakkın ihlal biçimine göre kurulur. Nitelikli hâller, daha az cezayı gerektiren ilişkiler, şahsi cezasızlık, etkin pişmanlık ve şikâyet koşulları suç tipine göre değişir. Dosyada mülkiyet ile zilyetlik, başlangıçtaki rıza ile sonradan oluşan uyuşmazlık ve ceza fiili ile özel hukuk borcu dikkatle ayrılmalıdır.

Malvarlığı uyuşmazlığının ceza dosyasına dönüşmesi, yalnız bir kişinin ekonomik kayba uğramasına bağlı değildir. Kanun, malın zilyetlikten çıkarılma yöntemini, failin başlangıçtaki hukuki konumunu, mağdurun rızasının nasıl etkilendiğini ve elde edilen yararın niteliğini farklı suç tipleriyle karşılar. Bu nedenle önce ekonomik değerin olay öncesinde kimde ve hangi hukuki sebeple bulunduğu belirlenir.

Hırsızlıkta başkasına ait taşınır mal, zilyedinin rızası olmadan bulunduğu yerden kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla alınır. Korunan alan yalnız mülkiyet değildir; zilyetliğin rıza dışı kaldırılması da belirleyicidir. Malın bina içinde korunması, kilitlenmesi, enerji niteliği, kamu hizmetine tahsisi, gece vakti, bilişim sistemlerinin kullanılması veya doğal afetin sağladığı kolaylıktan yararlanılması gibi şartlar suçun vasfını ve cezayı değiştirebilir. Malın geçici kullanılıp iade edilmek üzere alınması ise kanundaki koşullarla daha az cezayı gerektiren kullanma hırsızlığına dönüşebilir.

Güveni kötüye kullanmada mal failin eline rıza dışında geçmez. Başkasına ait mal, belirli biçimde kullanmak veya muhafaza etmek üzere zilyetliği devredilerek teslim edilmiştir. Fail mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunur ya da devir olgusunu inkâr eder. Meslek, sanat, ticaret, hizmet veya başkasının mallarını idare yetkisinin sağladığı güven ilişkisi nitelikli hâl oluşturabilir. Hırsızlık ile bu suç arasındaki kritik fark, failin başlangıçta zilyetliği hukuka uygun teslimle kazanıp kazanmadığıdır.

Yağmada malın alınması cebir veya tehditle sağlanır. Mağdur, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut ya da cinsel dokunulmazlığına saldırı yapılacağı yahut malvarlığı bakımından büyük zarara uğratılacağı tehdidiyle malı teslim etmeye veya alınmasına karşı koymamaya zorlanır. Cebir sonucu mağdurun kendini savunamayacak hâle gelmesi de cebir sayılır. Silah, birden çok kişi, yol kesme, konut veya işyeri, örgüt korkusu, gece vakti ya da bedensel veya ruhsal bakımdan kendini savunamayacak kişiye karşı işlenme nitelikli sonuç doğurur. Malın değerinin azlığı veya alacağı tahsil amacı kanunda ayrı değerlendirilir.

Dolandırıcılıkta zilyetlik cebirle kırılmaz; hileli davranışların oluşturduğu aldanma, mağduru fail veya başkası yararına ve kendisi ya da başkası zararına tasarrufta bulunmaya yöneltir. Basit gerçeğe aykırılık her zaman ceza hukuku anlamında hile değildir. Davranışların muhatabın değerlendirme imkânını etkileyen aldatıcı niteliği, aldanma, malvarlığı tasarrufu, zarar ve yarar arasındaki bağlantı kurulmalıdır. Dinî inanç, kişinin tehlikeli durumu, kamu kurumları, bilişim sistemleri, basın araçları, banka veya kredi kurumları, ticari faaliyet ya da kamu görevlileriyle ilişkiden söz edilmesi gibi yöntemler nitelikli dolandırıcılık alanını oluşturabilir.

Malın failin eline geçişini açıklayan başka özel tipler de vardır. Kaybolmuş olması nedeniyle veya hata sonucu ele geçen eşya üzerinde malik gibi tasarrufta bulunmak, iade etmeksizin veya yetkili makama haber vermeksizin kullanmak ayrı suçtur. Otomatlar, telefon hatları, yayınlar veya benzeri hizmetlerden bedel ödemeden yararlanma karşılıksız yararlanma kapsamında değerlendirilebilir. Suç işlenerek elde edilen bir değeri suçun işlenişine katılmadan satın almak, kabul etmek veya satmak da suç eşyasının alınması veya kabul edilmesi suçunu oluşturabilir.

Mala zarar vermede odak, başkasının taşınır veya taşınmaz malının yıkılması, bozulması, yok edilmesi, kirletilmesi ya da kullanılamaz hâle getirilmesidir. Kamu hizmetine, afet korumasına, dikili ağaca veya sulamaya tahsis edilen mallar ile yakıcı, patlayıcı veya tehlikeli araçların kullanılması nitelikli sonuçlar doğurabilir. Hakkı olmayan yere tecavüz, ortak veya başkasına ait taşınmaza malikmiş gibi el koyma ya da sınırı değiştirme gibi fiilleri; bedelsiz senedi kullanma ise bedeli ödenmiş senedin kullanılmasını düzenler.

Kanun, yakın akrabalık ilişkileri için bazı malvarlığı suçlarında şahsi cezasızlık veya ceza indirimi öngörür. Etkin pişmanlıkta failin, azmettirenin veya yardım edenin mağdurun zararını aynen geri verme veya tazmin yoluyla gidermesi, kovuşturmanın aşamasına göre cezayı azaltabilir; kısmi giderimde mağdurun rızası aranır. Bazı suçların temel biçimleri şikâyete bağlıyken nitelikli hâlleri resen takip edilebilir.

Savunma bakımından özel hukuk ilişkisi ile suçun unsurları arasındaki sınır özellikle korunmalıdır. Bir borcun ödenmemesi, sözleşmenin ihlali veya mülkiyet tartışması tek başına hırsızlık, güveni kötüye kullanma ya da dolandırıcılık oluşturmaz. Malın teslim anındaki irade, hile veya zorlama yöntemi, yarar amacı, zilyetlik değişimi ve zarar belgelerle ayrı ayrı ortaya konduğunda ceza sorumluluğu, salt ekonomik anlaşmazlık iddiasından ayrılabilir.

Ortak Güvenlikten Anayasal Düzene Uzanan Koruma Alanları

KISACA
Topluma ve devlete karşı suçlar geniş bir koruma alanını kapsar; suç vasfı belirlenirken zarar gören kişinin yanı sıra tehlikeye düşen ortak düzen veya kamu kurumu saptanmalıdır. Genel tehlike suçlarında yangın, bina çökmesi, silah veya radyasyon gibi araçların belirsiz sayıdaki kişiler ve mallar üzerindeki etkisi; çevre ve kamu sağlığı suçlarında atık, gıda, ilaç, zehirli madde ve uyuşturucu hareketleri önem taşır. Kamu güvenine karşı suçlar para, mühür ve belgelerin gerçekliğine duyulan güveni korur; belgenin resmî veya özel oluşu ile düzenleme, değiştirme ve kullanma fiilleri ayrılır. Kamu idaresine karşı suçlarda kamu görevlisi sıfatı, görevin sağladığı yetki ve yarar ilişkisi; adliyeye karşı suçlarda gerçeğe aykırı isnat, delile müdahale ve faili koruma davranışları belirleyicidir. Devlet güvenliği ve anayasal düzene karşı suçlar ise cebir, örgütsel bağ, amaç ve devletin bağımsızlığı ya da anayasal işleyişine yönelen hareketler üzerinden kurulur. Geniş başlık altında her suçun özel fail, amaç, aleniyet, tehlike ve içtima şartı ayrıca incelenmelidir.

Topluma ve devlete karşı suçlarda somut bir mağdurun bulunması, korunan hukuki değerin yalnız o kişiye ait olduğu anlamına gelmez. Bir yangın çevredeki herkesin güvenliğini, sahte belge hukuki işlemlere duyulan güveni, rüşvet kamu idaresinin tarafsızlığını ve anayasal düzene yönelik cebir devletin temel işleyişini etkiler. Bu geniş alanda suç vasfı, hareketin yöneldiği ortak düzen ve kanunun aradığı özel tehlike, fail ya da amaç unsurları üzerinden belirlenir.

Genel güvenliğe karşı suçlarda hareketin belirsiz sayıdaki kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlike yaratma gücü öne çıkar. Yangın çıkarma, bina çökmesine, toprak kaymasına, çığa, sele veya taşkına neden olma, silahla ateş etme, patlayıcı madde kullanma ve tehlikeli maddeleri izinsiz bulundurma ya da el değiştirme farklı suç tiplerinde düzenlenir. Bazı tipler somut korku, kaygı veya panik yaratma elverişliliği ararken bazıları genel tehlikenin doğmasını yeterli görür. Taksirle tehlikeye neden olma da kanunda ayrıca karşılık bulur.

Çevreye karşı suçlarda atık veya artıkların toprağa, suya ya da havaya verilmesi, ülkeye sokulması, imar kirliliği ve hayvanlara yönelik belirli davranışlar özel şartlarla cezalandırılır. Kirletmenin kalıcı özellik göstermesi, insan veya hayvan sağlığı bakımından tedavisi zor sonuçlara elverişli olması cezayı ağırlaştırabilir. Kamu sağlığı alanında zehirli madde katma, bozulmuş gıda veya ilaç ticareti, yetkisiz ilaç verme ve bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırılık gibi fiiller yer alır. Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin imal ve ticareti ile kullanmak için satın alma, kabul etme, bulundurma veya kullanma aynı fiil değildir; maddenin hareket zincirindeki yeri, amaç ve failin konumu suç vasfını değiştirir.

Kamunun barışı ve genel ahlak alanında halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit, suç işlemeye tahrik, suçu ve suçluyu övme, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama, kanunlara uymamaya tahrik ve görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma gibi açıklama suçları bulunur. Bu

suçlarda sözün yalnız rahatsız edici olması yetmeyebilir; aleniyet, amaç, kamu barışı bakımından açık ve yakın tehlike veya kanuni tipte gösterilen elverişlilik aranır. Müstehcenlik, fuhuş ve kumar oynanması için yer sağlama hükümlerinde ise içeriğin veya faaliyetin niteliği, çocukların etkilenmesi, dağıtım yöntemi ve kazanç amacı önem taşır.

Aile düzeni ve ekonomik düzeni koruyan hükümlerde birden çok evlilik, hileli evlenme, çocuğun soybağını değiştirme, aile hukukundan doğan bakım ve destek yükümlülüğünü yerine getirmeme, kötü muamele ve çocuğun kaçırılması gibi fiiller yer alır. Ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlarda ihaleye veya edimin ifasına fesat karıştırma, fiyatları etkileme, mal veya hizmet satımından kaçınma, ticari sırların açıklanması ve tefecilik düzenlenir. Burada kamusal ihale düzeni, serbest fiyat oluşumu veya ekonomik güven gibi daha geniş değerler korunur.

Kamu güvenine karşı suçlarda nesnenin hukuki niteliği ilk ayrımdır. Parada sahtecilik, kıymetli damgada sahtecilik, mühürde sahtecilik ve mühür bozma kendilerine özgü maddi konulara sahiptir. Belgede sahtecilikte ise resmî belge ile özel belge ayrılır. Resmî belgeyi sahte düzenlemek, gerçeğe aykırı biçimde değiştirmek veya kullanmak temel suçu oluşturur; kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî belgede sahteciliği daha ağırdır. Özel belgede sahtecilikte sahte düzenleme veya değiştirmenin yanı sıra belgenin kullanılması aranır; sahte özel belgeyi bilerek kullanmak da ayrıca düzenlenmiştir. Belgenin kanuni anlamda belge niteliği, aldatma yeteneği ve kullanım olgusu somut olayda gösterilmelidir.

Kamu idaresinin güvenilirliğine karşı suçlarda failin kamu görevlisi olup olmadığı ve fiilin göreviyle bağlantısı çoğu kez belirleyicidir. Zimmet, görevi nedeniyle zilyetliği devredilmiş malın kamu görevlisince edinilmesini; irtikâp, görevin sağladığı nüfuz veya güvenden yararlanarak kişiyi yarar sağlamaya zorlamayı ya da hatadan yararlanmayı; rüşvet ise bir görevin ifasıyla ilgili işin yapılması veya yapılmaması için tarafların yarar konusunda anlaşmasını karşılar. Görevi kötüye kullanma, kanunda ayrıca suç sayılan hâller dışında görevin gereklerine aykırı hareket veya ihmal yoluyla kişi mağduriyeti, kamu zararı ya da haksız menfaat doğurulmasına bağlıdır. Kamu görevlisine direnme, nüfuz ticareti, kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi ve sır açıklama da bu koruma alanındadır.

Adliyeye karşı suçlarda yargısal gerçeğin oluşmasını veya kararların uygulanmasını bozan davranışlar öne çıkar. İftira, işlemediğini bildiği hâlde bir kişi hakkında soruşturma, kovuşturma veya idari yaptırım başlatılması amacıyla hukuka aykırı fiil isnadıdır. Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme; suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama; suçluyu kayırma; tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme farklı fail ve hareket şartlarına sahiptir. Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs ile yalan tanıklık ve yalan bilirkişilik de adil yargılamaya duyulan güveni korur. Savunma hakkının kullanılması, delile müdahale veya gerçeğe aykırı isnatla özdeşleştirilemez; kanuni hareket ayrıca ispatlanmalıdır.

Devletin egemenliği, güvenliği ve anayasal düzenine karşı suçlar daha özel amaç ve hareket unsurları taşır. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma, düşmanla iş birliği, askerî tesisleri tahrip, devlet güvenliğine ilişkin bilgileri temin veya açıklama gibi fiiller devletin bağımsızlığı ve savunma imkânlarıyla ilgilidir. Anayasayı ihlal, Cumhurbaşkanına suikast ve fiilî saldırı, yasama organına veya Hükûmete karşı

suçlarda cebir ve şiddet kullanarak anayasal işleyişi ortadan kaldırma ya da görevleri engelleme amacı belirleyicidir. Silahlı örgüt, silah sağlama ve suç için anlaşma hükümleri, örgütün amacı, yapısı ve kişinin örgüt içindeki konumuna göre uygulanır.

Bu kadar geniş bir alanda avukatın yöntemi suç listesini ezberlemekten ibaret olamaz. Önce ortak tehlike veya kurumsal zararın ne olduğu, sonra maddi konu, failin özel sıfatı, görevin sağladığı imkân, açıklamanın aleniyeti, örgütsel ilişki ve özel amaç tek tek belirlenir. Aynı hareketin özel bir suç tipine mi yoksa genel hükme mi uyduğu ve başka suçlarla içtima ilişkisi de kontrol edilir. Böylece topluma veya devlete yönelik olduğu söylenen fiil, soyut bir kamu yararı anlatımıyla değil kanunun özel unsurlarıyla sınanır.

9.1.1 · Şüphelinin Hakları

Şüphelinin Savunma Güvenceleri ve Müdafi Yardımı

KISACA

Şüpheli, soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişidir; bu sıfat, kişiyi yalnızca işlemlerin muhatabı yapmaz, aynı zamanda etkin savunma güvencelerinin sahibi hâline getirir. Yüklenen fiilin anlatılması, susma hakkının ve müdafi yardımından yararlanma imkânının bildirilmesi, lehine somut delillerin toplanmasını isteme, yakalanmanın yakınlara haber verilmesini sağlama ve tercümandan yararlanma bu güvencelerin başlıcalarıdır. Müdafi soruşturmanın her aşamasında şüpheliyle görüşebilir, ifade sırasında yanında bulunabilir ve hukukî yardım sunabilir. Dosya inceleme yetkisi kural olmakla birlikte, yalnız kanunda sayılan soruşturmalarda ve hâkim kararıyla sınırlanabilir; şüphelinin ifadesi, bilirkişi raporları ve hazır bulunmaya yetkili olunan işlemlerin tutanakları bu sınırlamanın dışında kalır. Müdafiyle görüşme gizlidir ve yazışmalar denetlenemez. Savunma hakkı böylece tek bir ifade anına değil, soruşturmanın bütününe yayılan bilgi edinme, katılma ve itiraz etme imkânlarından oluşur.

Ceza muhakemesinde şüpheli, soruşturma başlamadan önceki belirsiz kişi değildir; yetkili mercilerin suç şüphesini belirli bir kişi üzerinde somutlaştırmasıyla usulî hakların merkezine yerleşir. Kanun soruşturmayı, suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar süren evre olarak tanımlar. Bu evrede Cumhuriyet savcısı yalnız aleyhe delil arayan bir makam değildir. Maddî gerçeğin ve adil yargılamanın gereği olarak hem lehe hem aleyhe delilleri toplamak, bunları korumak ve şüphelinin haklarını gözetmekle yükümlüdür. Dolayısıyla savunma hakkı, kovuşturmayı bekleyen pasif bir imkân değil, ilk soruşturma işleminden itibaren kullanılabilen bir güvenceler bütünüdür.

Şüphelinin kendisine yöneltilen isnadı bilmesi bu bütünün başlangıç noktasıdır. İfade veya sorguda kimliği belirlenir, yüklenen suç anlatılır ve açıklama yapmama hakkı açıkça bildirilir. Şüpheli kimliğine ilişkin soruları doğru cevaplamakla yükümlü olsa da suçlamanın esası hakkında susabilir. Susma, suçluluğu kabul anlamına gelmez. Bunun yanında şüpheli, kuşkuyu giderecek somut delillerin toplanmasını isteyebilir, aleyhindeki şüphe nedenlerini ortadan kaldırmaya yarayan olguları ileri sürebilir ve lehine açıklama yapma fırsatından yararlanabilir. Türkçeyi meramını anlatacak ölçüde bilmeyen veya engeli sebebiyle iletişim desteğine ihtiyaç duyan şüpheli bakımından tercüman ve anlaşılabilir iletişim güvenceleri soruşturma evresinde de uygulanır.

Müdafi yardımı, bu hakların teknik ve etkili biçimde kullanılmasını sağlar. Şüpheli soruşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafi seçebilir; kanunî temsilcisi de onun için müdafi belirleyebilir. İfade almada aynı anda en çok üç avukat hazır bulunabilir. Avukatın şüpheliyle görüşmesi, ifade veya sorgu sırasında yanında olması ve hukukî yardım sunması kural olarak engellenemez ve kısıtlanamaz. Şüpheli müdafi seçebilecek durumda olmadığını bildirir ve yardım isterse baro tarafından müdafi görevlendirilir. Şüpheli çocuksa, kendisini savunamayacak derecede malul ya da sağır ve dilsizse veya isnat edilen suçun alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiriyorsa istem aranmaksızın zorunlu müdafi görevlendirilir.

Müdafiyle iletişimin gizliliği savunmanın içeriğini korur. Vekâletname aranmadan müdafiyle her zaman, başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşülebilir; yazışmalar denetime tâbi tutulamaz. Kanunda sayılan devlet güvenliği, terör ve belirli örgütlü uyuşturucu suçlarında gözaltındaki şüphelinin görüşme hakkı hâkim kararıyla yirmi dört saat kısıtlanabilse de bu sürede ifade alınamaz. Böylece istisna, savunmasız biçimde ifade alma aracına dönüştürülemez.

Dosyaya erişim de müdafiin savunmayı hazırlamasının temelidir. Müdafi soruşturma dosyasını inceleyebilir ve belge örneklerini harçsız alabilir. Bu yetki, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme ihtimali varsa Cumhuriyet savcısının istemi ve hâkim kararıyla, yalnız kanunda sayılan suçlara ilişkin soruşturmalarda sınırlandırılabilir. Ancak yakalananın veya şüphelinin ifade tutanağı, bilirkişi raporları ve müdafiin hazır bulunabileceği adlî işlemlere ilişkin tutanaklar hiçbir şekilde bu kısıtlamanın konusu olmaz. İddianamenin kabulünden sonra ise müdafi bütün dosyayı ve muhafaza altındaki delilleri inceleyebilir, tüm tutanak ve belgelerin örneklerini alabilir.

Yakalanan şüpheli bakımından hakların zamanında bildirilmesi ayrıca önem taşır. Kolluk, kaçmayı veya zarar vermeyi önleyici tedbirlerden sonra kanunî hakları derhâl anlatmalı; yakalama, gözaltı ve uzatma hâllerinde Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakına veya şüphelinin belirlediği kişiye gecikmeksizin haber verilmelidir. Yabancı şüphelinin durumu, yazılı olarak karşı çıkmadıkça vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilir. Yakalama tutanağı, isnat edilen suçu, yakalamanın şartlarını, yerini, zamanını, işlemi yapanları ve hakların tam olarak açıklandığını göstermelidir.

Savunma hakkının gerçek değeri, bu güvencelerin birlikte işletilmesinde ortaya çıkar. İsnadı öğrenmeyen kişi neye karşı savunma yapacağını bilemez; dosyaya erişemeyen müdafi itirazını somutlaştıramaz; gizli görüşemeyen şüpheli savunma stratejisini serbestçe kuramaz. Bu nedenle hak bildirimi şekli bir okuma işlemi değil, şüphelinin kararlarını bilinçli biçimde verebilmesini sağlayan usulî bir eşiktir. Müdafi açısından da görev, yalnız ifade tutanağını imzalamak değil; işlemin hukuka uygunluğunu izlemek, lehe delil taleplerini görünür kılmak ve özgürlüğü sınırlayan tedbirlere karşı etkili başvuru yollarını zamanında kullanmaktır.

9.1.2 · İfade ve Sorgu

İfade ve Sorguda Usul, Özgür İrade ve Tutanak Güvencesi

KISACA
İfade, şüphelinin kolluk veya Cumhuriyet savcısı tarafından; sorgu ise şüpheli ya da sanığın hâkim veya mahkeme tarafından isnat edilen suç hakkında dinlenmesidir. Dinleyen makam değişse de işlemin temel güvenceleri ortaktır. Kişinin kimliği belirlenir, yüklenen suç açıklanır, müdafi seçme ve susma hakları bildirilir, lehine somut delillerin toplanmasını isteme imkânı tanınır. Beyan özgür iradeye dayanmalıdır; kötü davranma, işkence, yorma, aldatma, cebir, tehdit, ilaç verme veya kanuna aykırı yarar vaadi kullanılamaz. Yasak yöntemle alınan beyan, kişi sonradan rıza gösterse bile delil sayılamaz. Müdafi olmadan kollukça alınan ifade de hâkim veya mahkeme önünde doğrulanmadıkça hükme esas olamaz. İşlem teknik imkânlarla kaydedilir ve ayrıntılı tutanağa bağlanır. Aynı olay hakkında yeniden ifade alma ihtiyacı doğarsa bu işlem kollukça değil, yalnız Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir.

İfade ve sorgu, dışarıdan bakıldığında aynı kişinin aynı olay hakkında dinlenmesi gibi görünse de yetkili makam bakımından ayrılır. İfade alma, soruşturma konusu suçla ilgili olarak şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından dinlenmesidir. Sorgu ise şüpheli veya sanığın hâkim ya da mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suç hakkında dinlenmesini ifade eder. Bu ayrım, tutanağın adından ibaret değildir; özellikle müdafisiz kolluk ifadesinin hükümde kullanılabilmesi ve tutuklama gibi hâkim kararına bağlı işlemler bakımından sonuç doğurur.

Kural olarak ifadesi alınacak veya sorgusu yapılacak kişi davetiyeyle çağrılır. Çağrılma nedeni açıkça yazılır ve gelmediğinde zorla getirilebileceği bildirilir. Tutuklama kararı veya yakalama emri için yeterli neden bulunan ya da usulüne uygun çağrıya rağmen gelmeyen kişi hakkında zorla getirme kararı verilebilir. Bu karar kimliği, isnat edilen suçu ve zorla getirme nedenini içermeli, bir örneği ilgiliye verilmelidir. Zorla getirilen kişi derhâl, imkân yoksa yol süresi dışında en geç yirmi dört saat içinde çağıran merci önüne çıkarılıp dinlenir. Tedbir, ifade veya sorgu tamamlanıncaya kadar sürer; kişiyi belirsiz süreyle elde tutma yetkisi vermez.

İşlem kimliğin belirlenmesiyle başlar. Kişi kimlik sorularını doğru cevaplamak zorundadır. Bunun ardından suçlama anlaşılır biçimde anlatılır; müdafi seçebileceği, müdafiin işlemde hazır bulunabileceği ve hukukî yardımından yararlanabileceği açıklanır. Müdafi seçme gücü bulunmayan ve yardım isteyen kişiye barodan müdafi görevlendirilir. Yakalananın istediği yakınına durumunun bildirilmesi sağlanır. Kişiye suçlama hakkında açıklama yapmama hakkı ile şüpheden kurtulmasını sağlayacak somut delillerin toplanmasını isteme imkânı hatırlatılır. Böylece dinleme, yalnız makamın soru sorduğu tek yönlü bir işlem olmaktan çıkar; şüpheli veya sanık da lehine araştırma yapılmasını talep edebilir.

Beyanın içeriği kadar elde ediliş biçimi de önemlidir. Kötü davranma, işkence, ilaç verme, aşırı yorma, aldatma, cebir, tehdit veya bedensel ya da ruhsal müdahale yoluyla irade etkilenemez; kanuna aykırı bir yarar da vaat edilemez. Bu yasaklara aykırı yöntemle elde edilen ifade, beyan sahibi sonradan kabul etse bile delil olarak değerlendirilemez. Burada korunan yalnız kişinin beden ve ruh bütünlüğü değildir. Gerçeğe güvenilir yoldan ulaşılması da özgür iradeye dayanmayan beyanın dışlanmasını gerektirir.

Müdafiin işlemdeki varlığı ayrıca bir kullanım şartı doğurur. Kolluğun müdafi hazır olmadan aldığı ifade, şüpheli veya sanık tarafından hâkim ya da mahkeme huzurunda doğrulanmadıkça hükme dayanak yapılamaz. Buna karşılık Cumhuriyet savcısı tarafından alınan veya müdafiin hazır bulunduğu kolluk ifadesi, sanığın duruşmadaki açıklamasıyla çelişki varsa ilgili tutanak üzerinden tartışılabilir. Aynı olay için şüphelinin yeniden ifadesinin alınması gerekirse yetki yalnız Cumhuriyet savcısına aittir; kolluk tekrar tekrar ifade alarak ilk beyan üzerindeki güvenceleri aşamaz.

İfade ve sorgunun izlenebilirliği tutanakla sağlanır. İşlemin yeri ve tarihi, hazır bulunanların adları ve sıfatları, kişinin açık kimliği, hakların yerine getirilip getirilmediği ve eksik bırakılmışsa bunun nedeni tutanakta gösterilir. Tutanak içeriğinin kişi ve hazır bulunan müdafi tarafından okunduğu, imzaların alındığı veya imzadan kaçınmanın sebebi de kayda geçirilir. Teknik imkânlardan yararlanılması, sonradan ortaya çıkabilecek içerik ve yöntem tartışmalarını azaltır. Tutanak, salt beyan metni değil, işlemin hukuka uygun yapıldığını gösterecek usul belgesidir.

Avukat açısından ifade veya sorguya katılmak, müvekkil yerine cevap vermek anlamına gelmez. Müdafi, hak bildirimlerinin gerçek ve anlaşılır biçimde yapılıp yapılmadığını, soruların iradeyi sakatlayıcı niteliğe dönüşüp dönüşmediğini, lehe delil taleplerinin tutanağa eksiksiz geçirildiğini ve beyanın doğru kaydedildiğini denetler. Kişinin susmayı seçmesi de açıklama yapması da bilinçli bir karar olmalıdır. Bu nedenle ifade ve sorgu usulü, maddî gerçeğe ulaşma amacıyla savunma hakkını birbirine karşı değil, birlikte koruyan bir yapı kurar.

9.1.3 · İddianame

İddianamenin İşlevi, İçeriği ve İade Denetimi

KISACA

İddianame, soruşturmadaki suç şüphesini kovuşturmanın sınırlarını belirleyen somut bir isnada dönüştürür. Cumhuriyet savcısı ancak toplanan deliller suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturuyorsa iddianame düzenler. Belgede şüpheli ve müdafi bilgileri, mağdur ve şikâyetçi, yüklenen suç, uygulanması istenen hükümler, fiilin yer ve zamanı, deliller ile özgürlüğü sınırlayan tedbirlerin tarih ve süreleri gösterilir. Asıl işlev, olayı mevcut delillerle ilişkilendirerek açıklamak ve ilgisiz bilgileri dışarıda bırakmaktır; yalnız aleyhe değil, lehe hususlar da sonuç kısmında yer alır. Mahkeme iddianameyi ve soruşturma evrakını on beş gün içinde inceler. Kanuna aykırı içerik, sonuca doğrudan etki edecek mevcut bir delilin toplanmaması, önödeme, uzlaştırma veya seri muhakemenin uygulanmaması ya da gerekli izin ve talebin bulunmaması iade sebebidir. Hukukî nitelendirme farklılığı ise tek başına iadeye yol açmaz.

İddianame, Cumhuriyet savcısının suç işlendiğine dair kanaatini bildiren sıradan bir yazı değildir. Soruşturma ile kovuşturma arasındaki geçişi kurar, sanığın hangi fiil nedeniyle yargılanacağını görünür hâle getirir ve mahkemenin hüküm kurabileceği olay çerçevesini belirler. Kamu davasını açma görevi Cumhuriyet savcısına aittir; fakat savcı her soruşturmayı dava hâline getiremez. Soruşturma sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturması gerekir. Bu eşik yoksa kovuşturmaya yer olmadığı kararı gündeme gelir.

İddianame görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenir. Şüphelinin kimliği ve müdafii ile birlikte maktul, mağdur veya suçtan zarar gören, bunların vekili ya da kanunî temsilcisi, şikâyetçi ve koşulları varsa ihbarda bulunan kişinin kimliği gösterilir. Şikâyet tarihi, yüklenen suç, uygulanması istenen kanun maddeleri, fiilin işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi ile suçun delilleri de belgede bulunmalıdır. Şüpheli tutukluysa gözaltı ve tutuklama tarihleri ile bu tedbirlerde geçen sürelerin yazılması, özgürlük kısıtlamasının dosyada açıkça izlenmesini sağlar.

Belgenin çekirdeği, olay ile delil arasındaki bağdır. Savcı, yüklenen suçu meydana getirdiğini ileri sürdüğü olayları mevcut delillerle ilişkilendirerek anlatmalıdır. Olay ve delillerle ilgisi bulunmayan bilgilere yer verilmemesi, iddianamenin dosyadaki her belgenin özeti hâline gelmesini engeller. Sonuç kısmında şüphelinin yalnız aleyhine olan noktalar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür. İstenen ceza ve güvenlik tedbirleri açıkça belirtilir; suç tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmişse tüzel kişi hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbiri de gösterilir. Bu düzen, savcının objektif soruşturma yükümlülüğünün iddianameye yansımasıdır.

Mahkemenin iddianame üzerindeki denetimi, esasa ilişkin peşin mahkûmiyet değerlendirmesi değildir. İddianame ve soruşturma evrakı mahkemeye verildiği tarihten itibaren on beş gün içinde incelenir. İddianame kanunda öngörülen içerik şartlarına aykırıysa, suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmamışsa, dosyadan açıkça önödeme, uzlaştırma veya seri muhakeme usulünün

uygulanması gerektiği hâlde bu yollar işletilmemişse yahut soruşturma veya kovuşturma için gerekli izin ya da talep yoksa eksik ve hatalı noktalar gösterilerek Cumhuriyet Başsavcılığına iade edilir.

İadenin sınırı da savunma bakımından önemlidir. Mahkeme, savcının fiile verdiği hukukî nitelendirmeyi paylaşmadığı için iddianameyi geri gönderemez. Çünkü mahkeme hüküm aşamasında fiilin hukukî vasfıyla bağlı değildir; bağlı olduğu alan iddianamede unsurları açıklanan fiil ve faildir. Ayrıca ilk iade kararında belirtilmeyen yeni sebeplerle ikinci kez iade yapılamaz. Savcı gösterilen eksiklikleri tamamlayıp hataları giderdikten sonra, kovuşturmaya yer olmadığı kararı gerektiren bir durum yoksa iddianameyi yeniden düzenler. İade kararına karşı savcı itiraz edebilir.

On beş günlük inceleme süresi sonunda iade edilmeyen iddianame kabul edilmiş sayılır. Kabul ile kamu davası açılır ve kovuşturma evresi başlar. Mahkeme duruşma gününü belirler, hazır bulunması gerekenleri çağırır; iddianame çağrı kâğıdıyla birlikte sanığa tebliğ edilir. Böylece şüpheli sıfatı sanık sıfatına dönüşür ve savunmanın odağı, soruşturmadaki olasılıklardan mahkeme önüne taşınmış belirli isnada yönelir.

Müdafi açısından iddianameyi değerlendirmek, yalnız sevk maddelerini okumak değildir. Olay anlatımının zaman, yer, hareket ve fail bağlantısını yeterince somutlaştırıp somutlaştırmadığı; her iddianın hangi delille ilişkilendirildiği; lehe olguların göz ardı edilip edilmediği ve özel muhakeme yollarının atlanıp atlanmadığı incelenir. Belirsizlik savunma talebinde somutlaştırılmalı, hangi olayın açıklanmadığı ve bunun hangi hazırlığı engellediği gösterilmelidir. Delil adı yazılmış olsa bile olayla bağının kurulmamış olması ayrıca dikkatle değerlendirilmelidir. İddianame bu yönleriyle hem davanın sınır belgesi hem de savunmanın hazırlık haritasıdır. Açık kurulmamış bir isnat, sonraki aşamalarda delil tartışmasını ve etkili savunmayı zayıflatır.

9.2.1 · Yakalama ve Gözaltı

Yakalama ve Gözaltında Yetki, Süre ve Başvuru Güvenceleri

KISACA

Yakalama, kişinin özgürlüğünü karar alıncaya kadar geçici olarak sınırlayan; gözaltı ise yakalanan kişinin soruşturmanın tamamlanması amacıyla Cumhuriyet savcısının kararıyla tutulmasını sağlayan ayrı tedbirlerdir. Herkes, suç işlerken rastlanan kişiyi veya suçüstü izlenen ve kaçma ya da kimliğinin hemen belirlenememesi riski bulunan kişiyi geçici olarak yakalayabilir. Kolluğun yetkisi ayrıca tutuklama kararı veya yakalama emri gerektiren, gecikmesinde sakınca bulunan durumlara bağlanmıştır. Gözaltı için tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olması ve suçu gösteren somut deliller bulunması gerekir. Genel süre, yakalama anından itibaren yirmi dört saattir; en yakın hâkim veya mahkemeye gönderme için zorunlu yol süresi on iki saati aşamaz. Toplu suçlarda savcı, süreyi her defasında bir gün olmak üzere üç gün uzatabilir. Yakalama ve gözaltı işlemlerine karşı sulh ceza hâkimine başvurulabilir; hâkim başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde sonuçlandırır.

Yakalama ile gözaltı aynı özgürlük kısıtlamasının birbirini izleyen iki aşamasıdır, fakat yetki ve amaçları farklıdır. Yakalama, kişinin kaçmasını veya muhakeme makamlarına ulaşmadan kaybolmasını önleyen fiilî bir tutmadır. Gözaltı ise yakalanan kişinin serbest bırakılmaması durumunda soruşturma işlemlerinin tamamlanabilmesi için Cumhuriyet savcısınca verilen karara dayanır. Bu ayrım, sürenin başlangıcını ve hangi işleme karşı hangi gerekçeyle başvurulacağını belirler.

Herkesin yakalama yetkisi iki temel durumla sınırlıdır. Kişiye suç işlerken rastlanmışsa veya suçüstü fiilden sonra izlenen kişinin kaçma ihtimali ya da kimliğinin hemen belirlenememesi söz konusuysa geçici yakalama yapılabilir. Kolluk ise tutuklama kararı ya da yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan bir durumda Cumhuriyet savcısına veya amirine derhâl ulaşamıyorsa yakalama yetkisini kullanabilir. Yakalama sonrasında kaçmayı ve kişiye ya da başkasına zarar verilmesini önleyecek ölçülü tedbirler alınır, kanunî haklar hemen bildirilir ve olay Cumhuriyet savcısına gecikmeden aktarılır.

Yakalanan kişi savcılıkça bırakılmazsa gözaltı kararı verilebilir. Bunun için yalnız suç şüphesi yeterli değildir; gözaltının soruşturma bakımından zorunlu olması ve kişinin suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin bulunması gerekir. Genel gözaltı süresi yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye sevk için zorunlu süre bu hesaba eklenebilir, ancak bu yol süresi on iki saatten fazla olamaz. Sürelerin başlangıcı kolluğa teslim veya nezarethaneye giriş değil, fiilî yakalama anıdır.

Toplu olarak işlenen suçlarda delil toplamanın güçlüğü veya şüpheli sayısının çokluğu ek süre ihtiyacı doğurabilir. Cumhuriyet savcısı gözaltını her defasında bir günü aşmamak üzere üç gün uzatabilir ve uzatma emrini yazılı vermelidir. Emir gözaltındaki kişiye derhâl tebliğ edilir. Kanunda ayrıca suçüstüyle sınırlı belirli suçlar ve toplumsal olaylar için mülkî amirlerce belirlenen kolluk amirlerine özel bir gözaltı

yetkisi tanınmıştır. Bu rejimde süre kural olarak yirmi dört saat, şiddet olaylarının yaygınlaşıp kamu düzenini ciddi biçimde bozabileceği toplumsal olaylar ile toplu suçlarda kırk sekiz saattir; kişi en geç kırk sekiz saat, toplu suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılmalıdır.

Yakalama ve gözaltı yargısal denetime açıktır. Yakalanan kişi, müdafii, kanunî temsilcisi, eşi veya birinci ya da ikinci derece kan hısımı; yakalama işlemine, gözaltı kararına veya sürenin uzatılmasına karşı hemen serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla sulh ceza hâkimine başvurabilir. Hâkim incelemeyi evrak üzerinden yapar ve başvuruyu derhâl, her durumda yirmi dört saat dolmadan karara bağlar. Tedbiri yerinde bulursa istemi reddeder veya kişinin soruşturma evrakıyla savcılıkta hazır edilmesine karar verir. Gözaltı süreleri bittiğinde serbest bırakılmayan kişi sulh ceza hâkimi önüne çıkarılır, sorgusunda müdafi hazır bulunur.

Serbest bırakılan kişinin aynı fiil nedeniyle yeniden yakalanması da sınırsız değildir. Gözaltı süresinin dolması veya hâkim kararıyla bırakılma sonrasında, yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı bulunmadıkça aynı sebeple tekrar yakalama yapılamaz. Bu güvence, kısa aralıklarla yinelenen yakalamalarla azami sürelerin etkisizleştirilmesini önler.

İşlemin görünürlüğü bildirim ve tutanakla tamamlanır. Yakalama, gözaltı veya uzatma hâli savcının emriyle bir yakına ya da kişinin belirlediği kimseye gecikmeksizin bildirilir; yabancı kişi yazılı olarak karşı çıkmadıkça konsolosluğu haberdar edilir. Yakalama tutanağında suç, koşullar, yer, zaman, işlemi yapanlar ve hakların eksiksiz anlatıldığı yazılır. Müdafi bu nedenle yalnız sürenin bitişini değil, fiilî yakalama anını, karar merciini, somut delil ve zorunluluk gerekçesini, bildirimleri ve her uzatmanın yazılı tebliğini birlikte denetlemelidir. Birkaç dakikalık kayıt farkı bile azami süre hesabını etkileyebileceğinden zaman çizelgesi dosya belgeleriyle karşılaştırılmalıdır.

9.2.2 · Tutuklama

Tutuklamanın Şartları, Gerekçesi ve Süre Denetimi

KISACA

Tutuklama bir ceza değil, muhakemenin güvenli yürütülmesi için başvurulan istisnaî bir koruma tedbiridir. Karar için kuvvetli suç şüphesini gösteren somut deliller, kaçma veya delilleri etkileme gibi bir tutuklama nedeni ve ölçülülük birlikte bulunmalıdır. Katalog suçlarda da tutuklama otomatik değildir; somut delillere dayanan kuvvetli şüphe aranır ve adlî kontrolün neden yetersiz kalacağı açıklanır. Soruşturmada karar, savcının istemi üzerine sulh ceza hâkimince; kovuşturmada savcının istemiyle veya mahkemece kendiliğinden verilir. Tutuklama, devam veya tahliye isteminin reddi kararları somut olgularla gerekçelendirilir ve müdafi yardımı zorunlu biçimde sağlanır. Tutuklu kişi her aşamada salıverilmesini isteyebilir; soruşturma evresinde tutukluluğun gereği en geç otuzar günlük dönemlerde incelenir. Azami süreler işin ağır ceza mahkemesinin görevine girip girmemesine, soruşturma veya kovuşturma evresine ve bazı suç gruplarına göre değişir.

Tutuklama, henüz kesinleşmiş mahkûmiyet bulunmadan kişinin özgürlüğünü en yoğun biçimde sınırlayan koruma tedbiridir. Bu yüzden amacı peşinen cezalandırmak değil, muhakemenin yürütülmesini ve gerektiğinde hükmün uygulanabilmesini güvenceye almaktır. Karar verilebilmesi için üç katman birlikte değerlendirilir: suç işlendiğine dair kuvvetli şüpheyi gösteren somut deliller, kanunda tanınan bir tutuklama nedeni ve tedbirin beklenen ceza ya da güvenlik tedbiriyle ölçülü olması. Bu unsurlardan biri eksikse tutuklama hukuken kurulamaz.

Tutuklama nedenleri, kaçma ve delillere müdahale tehlikesi etrafında şekillenir. Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması ya da kaçacağına dair somut olgular bulunması bir nedendir. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur ya da başka kişiler üzerinde baskı kurma girişimine ilişkin kuvvetli şüphe de tutuklamayı destekleyebilir. Kanunda katalog hâlinde sayılan bazı suçlarda tutuklama nedeninin var sayılabilmesi mümkündür. Bununla birlikte katalogda yer alma, ne kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delil şartını ne de ölçülülük değerlendirmesini ortadan kaldırır.

Tutuklama yasağı da ölçülülüğün kanun düzeyindeki görünümüdür. Yalnız adlî para cezasını gerektiren suçlarda tutuklama kararı verilemez. Vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenen suçlar hariç olmak üzere, hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda da tutuklama yasaktır. Yasak bulunmayan bir dosyada bile hâkim, adlî kontrolün neden yetersiz kalacağını değerlendirmek zorundadır. Daha hafif tedbir amaca ulaşıyorsa tutuklama son çare olma niteliğini korur.

Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi olmadan sulh ceza hâkimi tutuklama kararı veremez. Kovuşturma evresinde ise mahkeme savcının istemi üzerine veya kendiliğinden karar verebilir. İstemde gerekçe bulunmalı ve adlî kontrolün yetersizliğini gösteren hukukî ve fiilî nedenler açıklanmalıdır. Tutuklama, tutukluluğun devamı veya tahliye isteminin reddi kararında kuvvetli şüphe, tutuklama nedeni, ölçülülük ve adlî kontrolün yetersizliği somut olgulara bağlanarak gösterilir. Karar

kişiye sözlü bildirilir ve yazılı örneği verilir. Tutuklama istemi görüşülürken şüpheli veya sanık seçtiği ya da baroca görevlendirilen müdafiin yardımından yararlanır.

Azami süreler tek bir rakamdan oluşmaz. Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde toplam tutukluluk en çok bir yıldır ve zorunlu hâllerde gerekçeyle altı ay uzatılabilir. Ağır cezalık işlerde temel süre iki yıldır; uzatma toplam üç yılı, kanunda belirtilen devlet güvenliği ve terör suçlarında beş yılı geçemez. Soruşturma evresi için daha dar sınırlar vardır: ağır cezalık olmayan işlerde altı ay, ağır cezalık işlerde bir yıldır. Belirli devlet güvenliği ve terör suçlarıyla toplu suçlarda soruşturma tutukluluğu bir yıl altı aya kadar sürebilir ve gerekçeyle altı ay daha uzatılabilir. Çocuklar bakımından süreler yaşa göre indirimli uygulanır.

Tutukluluk kendiliğinden devam eden bir statü değildir. Soruşturma evresinde en geç otuzar günlük aralıklarla, savcının istemi üzerine sulh ceza hâkimi şüpheliyi veya müdafiini dinleyerek devam gereğini inceler. Şüpheli de aynı süre içinde inceleme isteyebilir. Kovuşturmada mahkeme her oturumda, şartlar gerektiriyorsa oturum arasında veya otuz günlük dönem içinde kendiliğinden değerlendirme yapar. Şüpheli veya sanık her aşamada salıverilmesini talep edebilir; kabul, ret veya adlî kontrol kararlarına karşı itiraz mümkündür.

Cumhuriyet savcısı soruşturmada tutuklamanın ya da adlî kontrolün gereksiz kaldığı kanaatine varırsa şüpheliyi kendiliğinden bırakır; kovuşturmaya yer olmadığı kararı da serbest kalmayı gerektirir. Tahliye istemleri kural olarak üç gün içinde, örgüt faaliyeti çerçevesindeki suçlarda kanunda belirtilen durumda yedi gün içinde karara bağlanır. Müdafiin pratik denetimi bu nedenle yalnız ilk karara yönelmez. Şüphe delillerinin güncelliği, kaçma veya delile müdahale riskinin sürüp sürmediği, adlî kontrol seçenekleri, kararın kişiselleştirilmiş gerekçesi ve azami süre hesabı her incelemede yeniden ele alınmalıdır.

9.2.3 · Adli Kontrol

Adlî Kontrolün Seçimi, Süresi ve Değiştirilmesi

KISACA

Adlî kontrol, tutuklama nedenleri bulunmasına rağmen özgürlüğü bütünüyle kaldırmadan muhakeme amacını gerçekleştiren alternatif bir koruma tedbiridir. Yurt dışına çıkmama, belirli yerlere başvurma, taşıt kullanmama, tedaviye devam etme, güvence yatırma, silah taşımama, konutu veya yerleşim bölgesini terk etmeme ve belirlenen yerlere gitmeme gibi bir veya birden fazla yükümlülük uygulanabilir. Tedbir, soruşturmada savcının istemi üzerine sulh ceza hâkimince; kovuşturmada yetkili mahkemece kararlaştırılır. Yükümlülükler sonradan kaldırılabilir, değiştirilebilir veya geçici olarak askıya alınabilir. Devam gereği en geç dört aylık aralıklarla incelenir. Ağır cezalık olmayan işlerde süre iki yıl, zorunlu hâllerde ek bir yıl; ağır cezalık işlerde üç yıl olup uzatma, suç grubuna göre toplam üç veya dört yılla sınırlıdır. Yükümlülüğe isteyerek uymama tutuklama sonucunu doğurabilir, fakat karar yine yetkili yargı merciine aittir.

Adlî kontrol, tutuklamanın yumuşatılmış biçimi değil, kendi şartları ve farklı yoğunluk dereceleri bulunan bağımsız bir koruma tedbiridir. Tutuklama nedenleri mevcut olduğunda, şüphelinin ceza infaz kurumuna alınması yerine belirli yükümlülüklerle serbest bırakılmasını sağlar. Kanunda tutuklama yasağı bulunan hâllerde de adlî kontrol uygulanabilir. Böylece muhakemenin amacını koruyan tedbir ile kişinin gündelik yaşamına en az müdahale eden seçenek arasında somut dosyaya uygun bir denge kurulması hedeflenir.

Yükümlülükler tek tip değildir. Yurt dışına çıkış yasağı veya belirli mercilere düzenli başvuru, kişinin erişilebilir kalmasını sağlar. Taşıt kullanamama, silah bulunduramama ya da belirli yerlere gitmeme, dosyadaki özel riskleri azaltabilir. Hastaneye yatmayı da içerebilen tedavi veya muayene yükümlülüğü bağımlılıkla bağlantılı ihtiyaçlara yönelir. Güvence yatırma, mağdurun haklarını teminat altına alma ve aile yükümlülükleri ile nafakanın düzenli yerine getirileceğine dair güvence verme malî boyutu oluşturur. Konutu terk etmeme, belirli yerleşim bölgesinden çıkmama ve belirlenen bölgelere gitmeme ise hareket özgürlüğüne daha yoğun müdahale eder. Birden fazla yükümlülük birlikte kararlaştırılabilir, ancak her birinin somut amaçla bağlantısı kurulmalıdır.

Soruşturma evresinde adlî kontrol, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından verilir. Hâkim savcının istemiyle yeni yükümlülük ekleyebilir, mevcut yükümlülükleri kısmen veya tamamen kaldırabilir, değiştirebilir ya da geçici muafiyet tanıyabilir. Kovuşturma evresinde görevli ve yetkili mahkeme aynı yetkileri kullanır. Tedbir bir kez verildikten sonra dosya sonuna kadar değişmeden sürmez. Devamının gerekip gerekmediği en geç dört aylık aralıklarla soruşturmada savcının istemi üzerine hâkim, kovuşturmada ise mahkeme tarafından kendiliğinden değerlendirilir.

Adlî kontrol süreleri işin niteliğine göre ayrılır. Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde azami süre iki yıldır; zorunlu hâllerde gerekçe gösterilerek bir yıl daha uzatılabilir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde temel süre üç yıldır. Uzatma süresi kural olarak toplam üç yılı, kanunda belirtilen

devlet güvenliği ve terör suçlarında dört yılı aşamaz. Çocuklar bakımından bu süreler yarı oranında uygulanır. Süre hesabı, tedbirin hafif görünmesi nedeniyle gözden kaçırılmamalıdır; özellikle konutu terk etmeme gibi yoğun yükümlülükler uzun dönemde ciddi özgürlük etkisi yaratır.

Adlî kontrol altında geçirilen süre kural olarak cezadan mahsup edilmez. Tedavi veya muayene kapsamında özgürlüğü sınırlayan hâller ile konutu terk etmeme yükümlülüğü bu kuralın istisnalarıdır. Konutu terk etmeme altında geçen her iki gün, cezanın mahsubunda bir gün sayılır. Ağır hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında tek başına yaşamını sürdüremeyen şüpheli ile gebe olan ya da doğumdan itibaren altı ay geçmemiş kadın şüpheli hakkında tutuklama yerine adlî kontrol uygulanabilmesi de tedbirin kişiselleştirilmesine örnektir.

Şüpheli veya sanık tedbirin kaldırılmasını ya da değiştirilmesini isteyebilir. Hâkim veya mahkeme Cumhuriyet savcısının görüşünü aldıktan sonra beş gün içinde karar verebilir; adlî kontrole ilişkin kararlara itiraz mümkündür. Müdafi, koşulların ortadan kalktığını gösteren yeni olguları, daha hafif bir yükümlülüğün yeterli olacağını ve uygulamanın meslek, aile veya sağlık üzerindeki etkilerini somutlaştırmalıdır. Özellikle taşıt kullanma yasağında hâkim veya savcı meslekî kullanım için sürekli ya da geçici izin verebilir.

Yükümlülüklerin isteyerek ihlali hâlinde, hükmedilebilecek hapis cezasının süresine bakılmaksızın yetkili yargı mercii tutuklama kararı verebilir. Bu sonuç otomatik değildir; ihlalin iradî olup olmadığı ve tutuklamanın gerekliliği değerlendirilmelidir. Azami tutukluluk süresinin dolması üzerine uygulanan adlî kontrol ihlal edilmişse verilecek tutuklama ağır cezalık işlerde dokuz, diğer işlerde iki ayı geçemez. Adlî kontrolün savunma bakımından özelliği tam burada görülür: doğru seçildiğinde tutuklamayı önleyen ölçülü bir araçtır; yanlış gerekçelendirildiğinde veya denetimsiz uzatıldığında ise uzun süreli ve ağır bir özgürlük sınırlamasına dönüşebilir.

9.2.4 · Arama ve Elkoyma

Arama ve Elkoymada Şüphe, Karar ve Meslek Sırrı Güvenceleri

KISACA
Arama, şüpheli veya sanığın yakalanması ya da delile ulaşılması için özel hayat alanına giren; elkoyma ise ispat değeri taşıyan veya müsadereye konu olabilecek eşya ve malvarlığı üzerinde geçici hâkimiyet kuran koruma tedbiridir. Şüpheliye ait yerlerde arama için makul şüphe gerekir. Konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda hâkim kararı, gecikmede sakınca varsa Cumhuriyet savcısının yazılı emri aranır; kolluk amirinin emri bu alanlar için yeterli değildir. Gece araması kural olarak yasaktır. Hâkim kararı olmadan yapılan elkoyma yirmi dört saat içinde onaya sunulur ve hâkim elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde karar vermezse tedbir kalkar. Avukat bürosu yalnız mahkeme kararıyla, savcı denetiminde ve baro temsilcisi hazırken aranabilir. Meslekî ilişkiye ait olduğu ileri sürülen şeyler mühürlenir ve bu iddia hakkında yirmi dört saat içinde yargısal karar verilir.

Arama ve elkoyma çoğu dosyada aynı işlem zincirinde görülse de farklı sorulara cevap verir. Arama, kişi veya delilin nerede bulunduğunu ortaya çıkarmak için özel alana girilmesidir. Elkoyma ise bulunan eşya ya da malvarlığı değerini delil veya müsadere amacıyla adliyenin denetimine alır. Aramanın hukuka uygun olması, sonrasında ele geçirilen her şeyin kendiliğinden hukuka uygun biçimde muhafaza edilebileceği anlamına gelmez; her tedbir kendi karar, yetki ve ölçülülük şartlarıyla incelenir.

Şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri ve ona ait diğer yerler; yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği konusunda makul şüphe varsa aranabilir. Üçüncü kişilere ait alanlarda ise aranan kişi veya delilin orada bulunduğunu kabul etmeye imkân veren olayların varlığı gerekir. Şüphelinin bulunduğu ya da takip sırasında girdiği yerler bu ek sınırlamanın dışındadır. Konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde gece araması kural olarak yapılamaz; suçüstü, gecikmesinde sakınca, firar eden yakalanmış veya gözaltındaki kişi ile tutuklu ya da hükümlünün yeniden yakalanması bu yasağın istisnalarıdır.

Arama hâkim kararıyla yapılır. Gecikmesinde sakınca bulunan durumda Cumhuriyet savcısı, savcıya ulaşılamıyorsa kolluk amiri yazılı emir verebilir. Ancak konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda kolluk amirinin emri yeterli değildir; burada hâkim kararı veya gecikmede sakınca varsa savcının yazılı emri gerekir. Karar veya emirde aramanın sebebi olan fiil, aranacak kişi ya da yer veya eşya ve emrin geçerlilik süresi açıkça gösterilir. Savcı bulunmadan konut, işyeri veya kapalı yerde yapılan aramada ihtiyar heyetinden ya da komşulardan iki kişi hazır bulundurulur. İlgilinin avukatının aramada bulunmasına engel olunamaz.

Arama sonunda ilgili kişi, istemi üzerine işlemin dayanağını ve soruşturulan fiilin niteliğini gösteren belgeyi, elkonulan veya koruma altına alınan eşya listesini ve şüpheyi doğrulayan bir şey bulunmadıysa bunu belirten belgeyi alabilir. Eşyanın tam defteri tutulur, mühür veya işaretle güvenliği sağlanır. Kişinin

belge ve kâğıtlarını inceleme yetkisi savcı ve hâkime aittir; inceleme sonunda suçla ilgisiz olduğu anlaşılanlar iade edilir.

İspat aracı olarak yararlı görülen veya eşya ya da kazanç müsaderesine konu olabilecek malvarlığı değerleri muhafaza altına alınır. Zilyet bunları rızasıyla teslim etmezse elkoyma uygulanabilir. Elkoyma kural olarak hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca varsa savcının, savcıya ulaşılamıyorsa kolluk amirinin yazılı emriyle gerçekleştirilir. Hâkim kararı olmadan yapılan işlem yirmi dört saat içinde onaya sunulmalı; hâkim elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde kararını açıklamalıdır. Aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar. Eşyası alınan kişi her zaman hâkimden karar isteyebilir ve işlem mağdura gecikmeksizin bildirilir.

Avukat bürosundaki arama, savunma gizliliği nedeniyle özel usule bağlıdır. Büro ancak mahkeme kararıyla, kararda belirtilen olayla sınırlı olarak, Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir; baro başkanı veya temsilcisi hazır bulunur. Avukat, baro temsilcisi ya da bürosu aranan avukat elkonulmak istenen şeyin avukat ile müvekkil arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu ileri sürerse eşya ayrı paketlenip mühürlenir. Soruşturmada sulh ceza hâkimi, kovuşturmada hâkim veya mahkeme bu iddiayı yirmi dört saat içinde karara bağlar. Meslekî ilişki tespit edilirse eşya derhâl iade edilir ve işlem tutanakları ortadan kaldırılır.

Elkoymanın devamı da denetlenebilir. Eşyanın muhafazasına artık ihtiyaç yoksa veya müsadere edilmeyeceği anlaşılmışsa savcı, hâkim ya da mahkeme kendiliğinden veya istem üzerine iade kararı verir; ret kararına itiraz edilebilir. Müdafi için etkili denetim, kararın varlığını saptamakla bitmez. Şüphenin derecesi, aranan alan ile fiil arasındaki bağ, gece ve kapalı alan istisnaları, hazır bulunması gereken kişiler, kararın kapsamı, elkoyma onay süreleri ve meslek sırrı itirazının usulü ayrı ayrı incelenmelidir. Bir halkadaki aykırılık, elde edilen delilin hükümde kullanılmasını da tartışmalı hâle getirir.

9.3.1 · Duruşma

Duruşmanın Hazırlanması, Yürütülmesi ve Savunmanın Katılımı

KISACA

Duruşma, iddianamenin kabulüyle başlayan kovuşturmanın delillerin doğrudan ve çelişmeli biçimde ele alındığı ana evresidir. İddianame ile çağrı kâğıdı sanığa tebliğ edilir ve duruşma günü arasında en az bir hafta bırakılır. Sanık savunma delillerinin toplanmasına ilişkin istemini, bağlantılı olayları göstererek duruşmadan en az beş gün önce sunabilir. Duruşma kural olarak açıktır; genel ahlâk veya kamu güvenliğinin kesin gereği hâlinde gerekçeli kararla kapatılabilir, çocuk sanığın duruşması ise zorunlu olarak kapalıdır. Başkan veya hâkim oturumu yönetir, sanığı sorgular ve delillerin ortaya konulmasını sağlar. Müdafi sanığa, katılana, tanığa ve bilirkişiye doğrudan soru yöneltebilir. Hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamaması kural olmakla birlikte kanundaki istisnalar saklıdır. Deliller tartışıldıktan sonra son söz mutlaka hazır bulunan sanığa verilir ve bütün temel işlemler duruşma tutanağıyla ispatlanır.

Duruşma, dosyanın yazılı içeriğinin mahkeme huzurunda sınandığı canlı muhakeme alanıdır. İddianamenin kabulüyle kamu davası açılır ve mahkeme duruşma gününü belirler. İddianame çağrı kâğıdıyla birlikte sanığa tebliğ edilir; tutuklu olmayan sanığa mazeretsiz gelmemesinin zorla getirme sonucu doğuracağı bildirilir. Tebliğ ile duruşma günü arasında en az bir hafta bulunması, savunmanın isnadı inceleyip hazırlık yapabilmesi için tanınmış asgari süredir. Bu süreye uyulmamışsa ara isteme hakkı sanığa hatırlatılır.

Savunmanın delil hazırlığı duruşmadan önce başlar. Sanık, tanık veya bilirkişi çağrılmasını ya da başka savunma delillerinin toplanmasını istiyorsa bunların hangi olayla ilgili olduğunu gösteren dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce verir. Mahkemenin çağrı talebini reddetmesi, sanığın veya katılanın ilgili tanık ya da uzmanı doğrudan getirmesine engel olmaz; davayı uzatma amacı bulunmadıkça bu kişi dinlenir. Taraflar kendilerinin çağıracağı tanık ve bilirkişilerin ad ve adreslerini birbirlerine makul süre içinde bildirerek hazırlıksız bırakmayı önler.

Açıklık temel kuraldır. Genel ahlâk veya kamu güvenliği kesin olarak gerektiriyorsa duruşmanın bir kısmı ya da tamamı gerekçeli kararla kapatılabilir. Sanık on sekiz yaşını doldurmamışsa duruşma ve hükmün açıklanması zorunlu olarak kapalıdır. Kapalılık kararının nedeni tutanağa geçirilir; kapalı duruşmanın içeriği yayımlanamaz. Açık duruşmanın içeriği de millî güvenliği, genel ahlâkı veya kişilerin onur ve haklarını zedeleyecek ya da suça teşvik edecek nitelikteyse mahkeme gerekli ölçüde yayın yasağı koyabilir.

Oturumun vazgeçilmez kişileri hükme katılacak hâkimler, Cumhuriyet savcısı ve zabıt kâtibidir; zorunlu müdafilik hâllerinde müdafiin varlığı da kural olarak şarttır. Duruşma sanığın, müdafiin, tanık ve bilirkişilerin hazır olup olmadığının saptanmasıyla açılır. Sanık salona bağsız alınır, iddianamenin kabulü kararı açıklanır ve tanıklar dışarı çıkarılır. Ardından sanığın kimliği ve kişisel-ekonomik durumu belirlenir,

suçlamanın dayanağı olan eylemler, deliller ve hukukî nitelendirme anlatılır, susma ve diğer hakları bildirilir; açıklamaya hazırsa sorgusu yapılır.

Sanığın hazır bulunması kuraldır. Geçerli mazereti olmadan gelmeyen sanık zorla getirilebilir. Bununla birlikte yalnız adlî para cezası veya müsadere gerektiren suçlarda davetiyede açıkça yazılmış olmak koşuluyla yoklukta duruşma yapılabilir. Sorgusu tamamlanan sanık istemi üzerine hazır bulunmaktan bağışık tutulabilir; kanundaki şartlarla istinabe veya sesli ve görüntülü iletişim yoluyla dinlenebilir. Sanık bulunmasa bile müdafii bütün oturumlara katılabilir. Sanığın yokluğunda yapılan işlemler bakımından eski hâle getirme imkânı, yokluğun kendi istemi veya müdafiyle temsil yetkisinin kullanılmasından kaynaklanmadığı durumlarda gündeme gelir.

Duruşmayı başkan veya hâkim yönetir, sanığı sorgular ve delillerin ortaya konulmasını sağlar. Cumhuriyet savcısı ile müdafi veya vekil sıfatıyla katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve çağrılan diğer kişilere duruşma disiplinine uygun biçimde doğrudan soru sorabilir. Sanık ve katılan ise sorularını başkan veya hâkim aracılığıyla yöneltir. Bu fark, avukatın delilin güvenilirliğini ve anlatımın ayrıntılarını doğrudan sınamasına imkân verir. Sorunun yöneltilmesine itiraz edilirse gerekliliğe başkan karar verir.

Deliller sanığın sorgusundan sonra ortaya konulur, ilgililere her dinleme ve belge sonrasında diyecekleri sorulur. Tartışmada söz sırasıyla katılan veya vekiline, savcıya, sanığa ve müdafiine verilir; taraflar birbirlerinin açıklamalarına cevap verebilir. Hükümden önce son söz hazır bulunan sanığındır. Duruşmanın seyri, açıklamalar, istemler, ret gerekçeleri, kararlar ve hüküm tutanağa geçirilir. Usulün nasıl yürütüldüğü yalnız bu tutanakla ispatlanabilir ve tutanağa karşı ancak sahtecilik iddiası ileri sürülebilir. Müdafi için bu nedenle sözlü itiraz kadar, itirazın ve gerekçesinin doğru biçimde tutanağa geçirilmesini sağlamak da savunmanın ayrılmaz parçasıdır. Tutanak kontrolü oturum sonrasına bırakılmamalı, kritik beyan ve ara kararların kayda geçtiği anda açıklığa kavuşturulmalıdır.

9.3.2 · Hüküm

Hükmün Türü, Sınırı, Gerekçesi ve Açıklanması

KISACA
Hüküm, duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra mahkemenin kamu davasını sonuçlandıran kararıdır. Mahkeme davayı; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbiri, ret veya düşme biçimlerinden biriyle hükme bağlar. Beraat ile ceza verilmesine yer olmadığı kararı aynı sonucu ifade etmez: beraat fiilin suç olmaması, sanık tarafından işlenmemesi, kusurun yokluğu, hukuka uygunluk veya ispat yetersizliği gibi nedenlere; ceza verilmesine yer olmadığı ise kusurluluğu kaldıran ya da fiil suç olmayı sürdürdüğü hâlde cezayı engelleyen nedenlere dayanır. Mahkeme hukukî nitelendirmeyle bağlı değildir, ancak yalnız iddianamede unsurları gösterilen fiil ve fail hakkında karar verebilir. Gerekçe, iddia ve savunmayı, delillerin değerlendirilmesini, kabul ve ret nedenlerini ve ulaşılan kanaati göstermelidir. Hüküm fıkrasında karar, uygulanan hükümler, ceza, kanun yolu, süre ve merci tereddütsüz biçimde yazılır.

Hüküm, mahkemenin yalnız sonuç cümlesi değil, iddia ile savunmanın ve duruşmada tartışılan delillerin hukukî değerlendirmeyle birleştiği nihai muhakeme işlemidir. Duruşmanın bittiği açıklandıktan sonra beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi veya düşmesi kararı verilebilir. Bu kararların aynı başlık altında hüküm sayılması, gerekçe ve kanun yolu güvencelerinin her biri için işletilmesini sağlar.

Beraat nedenleri birbirinden ayrılarak gösterilmelidir. Yüklenen fiil kanunda suç olarak tanımlanmamışsa, fiilin sanık tarafından işlenmediği sabitse, gerekli kast veya taksir yoksa, fiil işlenmiş olmakla birlikte hukuka uygunluk nedeni bulunuyorsa ya da sanığın fiili işlediği ispatlanamamışsa beraat kararı verilir. Son ihtimal, suçsuzluğun ayrıca kanıtlanmasını değil, mahkûmiyet için gerekli ispat düzeyine ulaşılamamasını anlatır. Gerekçede hangi beraat nedenine dayanıldığı açıkça belirtilmelidir.

Ceza verilmesine yer olmadığı kararı ise iki grupta ortaya çıkar. İlk grupta yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici neden, bağlayıcı emir, zorunluluk, cebir veya tehdit, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaşla aşılması ya da kusurluluğu kaldıran hata sebebiyle failin kusuru yoktur. İkinci grupta fiil suç olma niteliğini korur, fakat etkin pişmanlık, şahsî cezasızlık, karşılıklı hakaret veya haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle ceza uygulanmaz. Bu iki yapı beraatten farklıdır ve gerekçede kanundaki dayanak ayrı gösterilir.

Sanığın yüklenen suçu işlediği sabitse mahkûmiyet; ceza yerine veya cezanın yanında uygulanması gereken hâllerde güvenlik tedbiri kararı verilir. Aynı fiil ve aynı sanık hakkında önceden verilmiş hüküm veya açılmış dava varsa dava reddedilir. Ceza kanunundaki düşme nedeni ya da gerçekleşmeyeceği anlaşılan soruşturma veya kovuşturma şartı varsa düşme kararı verilir. Şartın ileride gerçekleşmesi mümkünse dava sona erdirilmez, durma kararı verilir. Derhâl beraat edilebilecek durumda durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararıyla yetinilemez.

Mahkemenin hukukî değerlendirme serbestisi, iddianamenin çizdiği olay sınırını aşma yetkisi vermez. Hüküm yalnız iddianamede unsurları gösterilen fiil ve fail hakkında kurulabilir. Mahkeme fiilin hukukî nitelendirilmesinde savcı veya savunmanın görüşüyle bağlı değildir; fakat nitelendirme değişecekse sanığa önceden haber verilmeli ve ek savunma imkânı tanınmalıdır. Cezayı artıracak veya güvenlik tedbiri gerektirecek yeni hâller duruşmada ilk kez ortaya çıktığında da aynı güvence uygulanır. İstem üzerine ek savunma hazırlamak için süre verilir.

Gerekçe, hükmün denetlenebilir olmasını sağlar. Mahkûmiyet gerekçesinde iddia ve savunma görüşleri, delillerin tartışılması, hükme esas alınan ve reddedilen deliller, dosyadaki hukuka aykırı deliller, ulaşılan kanaat, sabit görülen fiil ve hukukî nitelendirme açıklanır. Cezanın belirlenmesi, erteleme, seçenek yaptırım ve güvenlik tedbirleriyle ilgili kabul veya ret dayanakları gösterilir. Diğer hüküm türlerinde de kararın kanundaki hangi nedene dayandığı yazılır. Sadece delilleri sıralayan, fakat neden birine üstünlük tanındığını açıklamayan metin gerçek anlamda gerekçe oluşturmaz.

Hüküm fıkrası okunur ve gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır. Hazır sanığa başvurabileceği kanun yolu, merci ve süre bildirilir; beraat eden sanığa koşulları varsa tazminat hakkı açıklanır. Gerekçenin tamamı tutanağa geçirilmemişse en geç on beş gün içinde dosyaya konulur. Hüküm sonucunda kararın türü, uygulanan maddeler, ceza miktarı, kanun yolu ve tazminat imkânı ile başvuru süresi ve mercii hiçbir tereddüt bırakmayacak açıklıkta yer almalıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından güncellik ayrıca gözetilmelidir. Kanundaki mevcut düzenleme, iki yıl veya daha az hapis ya da adlî para cezası için belirli koşullarla bu karara imkân tanımaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin 10 Temmuz 2025 tarihli kararıyla ilgili fıkralar iptal edilmiş ve iptal hükmünün 30 Eylül 2026 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Bu nedenle uygulamada karar tarihi itibarıyla yürürlük durumu ayrıca denetlenmelidir. Müdafi açısından hüküm incelemesi, sonuçtan önce fiil-fail sınırını, ek savunma hakkını, delil gerekçesini ve kanun yolu bildiriminin doğruluğunu birlikte kontrol etmeyi gerektirir.

Ceza Muhakemesinde Delilin Toplanması, Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi

KISACA
Ceza muhakemesinde ispat, önceden belirlenmiş bir delil türü sıralamasına değil, hukuka uygun elde edilen delillerin duruşmada ortaya konulup tartışılmasına dayanır. Cumhuriyet savcısı soruşturmada hem lehe hem aleyhe delilleri toplar ve korur. Kovuşturmada sanığın sorgusundan sonra deliller ortaya konulur; kanuna aykırı elde edilen, karara etkisiz olan veya yalnız davayı uzatmayı amaçlayan delil istemi reddedilir. Bir delilin geç bildirilmesi tek başına ret nedeni değildir. Olayın tek delili tanık anlatımıysa tanık duruşmada dinlenmeli, önceki tutanak onun yerine geçirilmemelidir. Her delilden sonra taraflara diyecekleri sorulur ve tartışmada savunmaya cevap imkânı tanınır. Hâkim kararını yalnız duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir; bunları vicdanî kanaatiyle serbestçe değerlendirir. Serbest değerlendirme, hukuka aykırı delili kullanma özgürlüğü değildir: yüklenen suç ancak hukuka uygun elde edilmiş delillerle ispatlanabilir.

Ceza muhakemesinde delil sistemi iki düşünceyi birlikte taşır. Bir yandan maddî gerçeğe ulaşmak için olayla ilgili farklı bilgi kaynaklarına başvurulabilir; diğer yandan devletin gerçeği hangi yöntemle elde ettiği hukukla sınırlıdır. Bu nedenle ispat serbestisi, sınırsız araştırma yetkisi anlamına gelmez. Delilin toplanması, duruşmaya getirilmesi, taraflarca sınanması ve hükümde değerlendirilmesi birbirini izleyen ayrı aşamalardır.

Soruşturmanın yöneticisi olan Cumhuriyet savcısı, suçu doğrulayacak malzeme kadar şüphelinin lehine olan delilleri de toplamak ve muhafaza etmekle yükümlüdür. Doğrudan veya adlî kolluk aracılığıyla araştırma yapabilir, kamu görevlilerinden bilgi isteyebilir ve kolluğa emir verebilir. Kolluk elkoyduğu olayları, yakalanan kişileri ve uyguladığı tedbirleri savcıya derhâl bildirmelidir. Bu yapı, delilin kaynağının ve elde ediliş sürecinin daha soruşturmada denetlenebilmesini sağlar. Savunmanın lehe somut delil toplama istemi de bu objektif araştırma yükümlülüğünün parçasıdır.

Kovuşturma evresinde deliller kural olarak sanığın sorgusundan sonra ortaya konulur. Sanığın tebligata rağmen mazeretsiz gelmesi nedeniyle sorgu yapılamamışsa delillerin sunulması bütünüyle durmaz; sonradan gelen sanığa ortaya konulan deliller bildirilir. Mahkeme bir delil istemini üç nedenle reddedebilir: delil hukuka aykırı yöntemle elde edilmişse, ispat edilmek istenen olay karar üzerinde etkisizse veya istem yalnız davayı uzatma amacı taşıyorsa. Delilin ya da ispat konusu olayın geç bildirilmesi ise başlı başına ret sebebi değildir. Böylece savunma, sırf zamanlama gerekçesiyle maddî gerçeğe etkili bir delilden mahrum bırakılamaz.

Doğrudanlık ilkesi özellikle tanık delilinde belirgindir. Olayın delili yalnız bir tanığın açıklamasından ibaretse tanık duruşmada mutlaka dinlenir; önceki ifade tutanağının okunması canlı dinlemenin yerine geçmez. Kanun ölüm, akıl hastalığı, yerin bulunamaması, uzun süreli erişilemezlik veya anlatımın önem derecesi gibi hâllerde önceki tutanakla yetinilebilecek istisnalar tanır. Tanık hatırlamadığını söylerse

önceki ifadenin ilgili kısmı hatırlatma amacıyla okunabilir; duruşma anlatımıyla önceki ifade çelişiyorsa çelişki giderilmeye çalışılır. Sanığın önceki beyanı bakımından ise hâkim veya mahkeme huzurundaki açıklamalar, savcı ifadesi ve müdafi hazırken alınan kolluk ifadesi belirli koşullarla kullanılabilir.

Belge ve raporların dosyada bulunması da tek başına yeterli değildir. Delil olarak kullanılacak tutanak ve belgeler duruşmada anlatılır. Resmî belgeler, fennî muayene ve doktor raporları ele alındıktan sonra gerekli görülürse imza sahipleri açıklama yapmak üzere çağrılabilir. Her tanık, bilirkişi veya belge sonrasında katılana, savcıya, sanığa ve müdafiine diyecekleri sorulur. Deliller üzerindeki tartışmada söz sırası ve cevap hakkı, iddia ve savunmanın delilin güvenilirliğini karşılıklı olarak sınamasını sağlar. Hükümden önce son sözün sanığa ait olması bu çelişmeli yapının son güvencesidir.

Hâkim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Delillerin değeri kanunda önceden puanlanmamıştır; hâkim bunları vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir eder. Fakat kanaatin serbest olması gerekçesiz veya keyfî olması demek değildir. Hangi delilin neden güvenilir bulunduğu, çelişkilerin nasıl çözüldüğü ve reddedilen delilin neden dışlandığı hüküm gerekçesinde gösterilmelidir. Duruşmada tartışılmayan bir bilgi, dosyada bulunsa bile kararın gizli dayanağı yapılamaz.

Hukuka uygunluk, ispatın vazgeçilmez sınırıdır. Kanun, yüklenen suçun hukuka uygun biçimde elde edilmiş her türlü delille ispatlanabileceğini söyler. Yasak ifade yöntemleriyle alınan beyan, rıza bulunsa bile kullanılamaz; müdafisiz kolluk ifadesi mahkeme önünde doğrulanmadıkça hükme esas olamaz. Arama, elkoyma veya iletişimin denetlenmesi gibi tedbirlerdeki yetki ve karar şartları da delilin hukukî değerini etkiler. Mahkûmiyet gerekçesinde dosyadaki hukuka aykırı delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerekir.

Müdafi açısından delil tartışması yalnız içeriğe itiraz değildir. Delilin kim tarafından, hangi kararla, ne zaman ve nasıl elde edildiği; muhafaza zinciri; duruşmada gerçekten ortaya konulup konulmadığı; tanığa doğrudan soru imkânı ve karşı açıklama hakkı birlikte izlenir. Aynı bilgi maddî açıdan ikna edici görünse bile elde ediliş ve tartışılma süreci hukuka uygun değilse mahkûmiyetin dayanağı olamaz. Ceza muhakemesindeki ispatın ayırt edici niteliği, gerçeğe hukuk içinde ulaşma zorunluluğudur.

9.5.1 · İtiraz

İtirazın Konusu, Süresi ve Merci İncelemesi

KISACA

İtiraz, hâkim kararları ile kanunun açıkça gösterdiği mahkeme kararlarının kısa yoldan denetlenmesini sağlayan olağan kanun yoludur. Özel bir süre öngörülmemişse başvuru, kararın öğrenildiği günden itibaren iki hafta içinde kararı veren mercie dilekçe verilerek veya zabıt kâtibine tutanağa geçirilen beyanda bulunularak yapılır. Kararı veren hâkim veya mahkeme itirazı yerinde görürse kararını düzeltebilir; aksi hâlde dosyayı en çok üç gün içinde yetkili inceleme merciine gönderir. İtiraz kural olarak kararın uygulanmasını durdurmaz, fakat kararı veren makam veya inceleme mercii geri bırakma kararı verebilir. İnceleme genellikle duruşmasızdır; gerekli görülürse savcı ile müdafi veya vekil dinlenebilir. Merci itirazı haklı bulduğunda yalnız bozmakla yetinmez, itiraz konusu hakkında da karar verir. Merciin kararı kural olarak kesindir; ilk kez itiraz mercii tarafından verilen tutuklama kararına yeniden itiraz edilebilir.

İtiraz, ceza muhakemesindeki her karara açık genel bir ikinci inceleme yolu değildir. Hâkim kararlarına ve yalnız kanunun gösterdiği durumlarda mahkeme kararlarına karşı kullanılabilir. Bu nedenle ilk soru, kararın esasına geçmeden önce onun itiraza elverişli olup olmadığıdır. Tutuklama, adlî kontrol, elkoyma ve kanunda özel olarak gösterilen ara kararlar bu yolun tipik uygulama alanını oluşturur; hükümlere karşı ise kural olarak istinaf veya temyiz sistemi işler.

Kanunda başka bir düzenleme yoksa süre, ilgilinin kararı öğrendiği günden itibaren iki haftadır. Başvuru kararı veren mercie bir dilekçeyle yapılabileceği gibi zabıt kâtibine beyanda bulunularak da gerçekleştirilebilir; beyan tutanağa geçirilir ve hâkim ya da mahkeme başkanı tarafından onaylanır. Tutuklu kişi dilekçesini veya beyanını zabıt kâtibine ya da bulunduğu kurum müdürüne vererek süresini koruyabilir. Kanun yolunun veya merciin adında yanılma kabul edilebilir başvuruyu geçersiz kılmaz; başvuru doğru mercie gönderilir.

İtiraz önce kararı veren makamın önüne gelir. Hâkim veya mahkeme itirazı haklı görürse kendi kararını düzeltebilir. Yerinde görmezse dosyayı en çok üç gün içinde incelemeye yetkili mercie gönderir. Bu mekanizma, açık bir hatanın üst merciye gidilmeden giderilmesine imkân verir. Düzeltme yapılmaması hâlinde ise kanunda ayrıntılı biçimde belirlenen merci sistemi devreye girer. Sulh ceza hâkimliği kararlarında kural olarak numara itibarıyla izleyen sulh ceza hâkimliği; tutuklama ve adlî kontrol kararlarında ise yargı çevresindeki asliye ceza hâkimi yetkilidir. Asliye ceza hâkimi kararlarını ağır ceza mahkemesi inceler. Ağır ceza mahkemesi ve başkanının kararlarında aynı yerdeki izleyen daire veya koşullara göre en yakın ağır ceza mahkemesi görev alır.

Başvuru yapılması kararın icrasını kendiliğinden durdurmaz. Bununla birlikte kararı veren makam veya itirazı inceleyecek merci, yerine getirmenin geri bırakılmasına karar verebilir. Özellikle özgürlük veya malvarlığı üzerinde hemen sonuç doğuran tedbirlerde müdafi, yalnız kararın kaldırılmasını değil, inceleme sonuna kadar icranın durdurulmasını da somut zararla ilişkilendirerek talep etmelidir.

İnceleme mercii itirazı savcıya ve karşı tarafa bildirip yazılı cevap isteyebilir; kendisi araştırma yapabilir veya gerekli araştırmanın yapılmasını emredebilir. Tutuklama kararına ilişkin belirli itirazlarda savcı görüşü alınmışsa bu görüş şüpheliye, sanığa veya müdafiine bildirilir ve üç gün içinde karşı görüş sunma imkânı verilir. Böylece dosya üzerinden yapılan inceleme, savunmanın bilgisi dışında oluşturulan bir görüşe dayanamaz.

İtiraz hakkında kural olarak duruşma yapılmadan karar verilir. Gerekli görülürse önce Cumhuriyet savcısı, ardından müdafi veya vekil dinlenir. Merci itirazı yerinde bulduğunda yalnız önceki kararı kaldırıp dosyayı geri göndermez; itiraz konusu hakkında aynı zamanda karar verir. Karar mümkün olan en kısa sürede verilmelidir. İtiraz üzerine verilen karar kural olarak kesindir. Ancak tutuklama kararı ilk kez itiraz mercii tarafından kurulmuşsa bu yeni özgürlük kısıtlamasına karşı itiraz yolu açıktır.

Kanun yollarına ilişkin genel hükümler de itirazı tamamlar. Cumhuriyet savcısı sanık lehine başvurabilir; müdafi, üstlendiği kişinin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yolunu kullanabilir. Yasal temsilci ve eş de şüpheli veya sanığa açık yolu süresinde kendiliklerinden işletebilir. Başvurudan vazgeçme merci karar verinceye kadar mümkündür; müdafi veya vekilin vazgeçebilmesi için vekâletnamede özel yetki bulunmalıdır.

Avukat bakımından itiraz dilekçesinin etkisi, genel bir hukuka aykırılık iddiasından çok somut karar denetimine dayanır. Başvurunun öğrenme tarihi, özel süre bulunup bulunmadığı, doğru merci zinciri, icranın geri bırakılması ihtiyacı ve karşı görüşe cevap süresi ayrı ayrı izlenmelidir. Kararın gerekçesizliği, somut olgularla bağ kurmaması veya daha hafif tedbiri tartışmaması gibi eksiklikler dosyanın özelliğiyle birlikte gösterildiğinde itiraz, hızlı ve etkili bir koruma işlevi görür.

9.5.2 · İstinaf

İstinafta Başvuru, Ön İnceleme ve Yeniden Hüküm

> **KISACA**
> İstinaf, ilk derece ceza mahkemesi hükmünün hem maddî olay hem hukuk yönünden bölge adliye mahkemesince incelenmesini sağlar. On beş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler kendiliğinden incelenir; kanunda kesin sayılan ve belirli parasal sınırlarda kalan bazı hükümler istinafa kapalıdır. Başvuru, gerekçeli hükmün tebliğinden itibaren iki hafta içinde hükmü veren mahkemeye dilekçe veya tutanağa geçirilen beyanla yapılır. Sanık ve katılan yönünden neden gösterilmemesi incelemeyi engellemez; savcı ise nedenlerini gerekçeli biçimde açıklamalıdır. Süresinde başvuru hükmün kesinleşmesini önler. Bölge adliye mahkemesi ön incelemede yetki ve kabul edilebilirliği değerlendirir; ardından başvuruyu esastan reddedebilir, hukuka aykırılığı düzeltebilir, hükmü bozup dosyayı ilk dereceye gönderebilir veya davayı yeniden görerek yeni hüküm kurabilir. Yalnız sanık lehine başvurulmuşsa yeni ceza önceki cezadan ağır olamaz.

İstinaf, ilk derece mahkemesinin hükmünü yalnız hukuk kuralının uygulanışı bakımından değil, olay ve delil değerlendirmesi yönünden de denetleyen olağan kanun yoludur. Bölge adliye mahkemesi dosyayı ve sunulan delilleri inceleyebilir, gerekli hâllerde duruşma açabilir ve ilk derece hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurabilir. Bu özelliği, istinafı temyizdeki ağırlıklı hukuk denetiminden ayırır.

Kural olarak ilk derece mahkemesi hükümlerine karşı istinaf mümkündür. Hükümden önce verilip hükme dayanak olan veya başka kanun yolu tanınmayan ara kararlar da hükümle birlikte incelenebilir. On beş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler başvuru olmasa bile bölge adliye mahkemesince kendiliğinden değerlendirilir. Buna karşılık hapis cezasından çevrilenler hariç olmak üzere sonuçta on beş bin Türk lirası dâhil adlî para cezasına mahkûmiyet, üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adlî para cezasını gerektiren suçlardan beraat ve kanunun kesin saydığı hükümler istinafa kapalıdır.

Başvuru süresi, hükmün gerekçesiyle birlikte tebliğ edildiği tarihten itibaren iki haftadır. Dilekçe hükmü veren mahkemeye verilir veya zabıt kâtibine beyanda bulunulur. Tutuklu sanığın kurum aracılığıyla başvuru imkânı saklıdır. Sanık, katılan, katılma istemi karara bağlanmamış veya reddedilmiş kişi ile katılabilecek biçimde suçtan zarar görenin başvurusunda neden yazılmaması incelemeyi engellemez. Cumhuriyet savcısı ise istinaf nedenlerini gerekçeleriyle açıklamak zorundadır; bu istem ilgililere tebliğ edilir ve ilgililer iki hafta içinde cevap verebilir.

Süresinde yapılan istinaf hükmün kesinleşmesini önler. Başvuru süreden sonra yapılmışsa, istinafa kapalı bir hükme yönelmişse veya başvuranın hakkı yoksa ilk derece mahkemesi istemi reddeder. Ret kararının tebliğinden itibaren iki hafta içinde bölge adliye mahkemesinden karar istenebilir; ancak bu talep tek başına infazı ertelemez. Reddedilmeyen dilekçe karşı tarafa tebliğ edilir ve karşı taraf iki hafta içinde yazılı cevap verebilir.

Dosya görevli ceza dairesine geldiğinde önce yetki ve kabul edilebilirlik incelenir. Yetkisizlik hâlinde dosya doğru bölge adliye mahkemesine gönderilir. Başvurunun süresiz, kararın incelenemez veya başvuranın yetkisiz olduğu anlaşılırsa istem reddedilir; bu ön inceleme kararları itiraza tabidir. Esas incelemesinde ilk derece kararında hukuka aykırılık, eksiklik veya ispat değerlendirmesi sorunu bulunmadığı sonucuna varılırsa başvuru esastan reddedilir. Kanunun izin verdiği bazı açık hatalar düzeltilerek de esastan ret kararı verilebilir.

Daha ağır usul aykırılıklarında bölge adliye mahkemesi hükmü bozar ve dosyayı ilk derece mahkemesine gönderir. Kanunda sayılan kesin hukuka aykırılık hâlleri, soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmemesi, önödeme ya da uzlaştırma usulünün uygulanmaması ve davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu olması bu sonuca yol açabilir. Diğer durumlarda bölge adliye mahkemesi davanın yeniden görülmesine karar verip duruşma hazırlığına başlar. Duruşma sonunda başvuruyu esastan reddedebilir veya ilk derece hükmünü kaldırarak yeni hüküm kurabilir.

İstinaf duruşmasında genel duruşma hükümleri, kanundaki istisnalarla uygulanır. İnceleme raporu, ilk derece gerekçesi, tanık anlatımlarını içeren tutanaklar, keşif ve bilirkişi raporları anlatılır; gerekli görülen tanık ve bilirkişiler çağrılır. Sanık, müdafi, katılan veya vekil çağrıya rağmen gelmezse bazı şartlarla dava yokluklarında bitirilebilir. Ancak verilecek ceza ilk derece cezasından daha ağır olacaksa sanığın mutlaka dinlenmesi gerekir.

Yalnız sanık lehine istinaf başvurusu yapılmışsa yeniden kurulan hüküm önceki cezadan ağır olamaz. Sanık lehine verilen kararın başvurmayan diğer sanıklara uygulanma imkânı varsa onlar da sonuçtan yararlanır. Müdafi bu nedenle istinaf dilekçesini yalnız hata listesi olarak değil, istenen sonuca göre kurmalıdır: esastan ret yerine beraat veya daha hafif hüküm, bozma gerektiren usul sorunu ya da bölge adliye mahkemesinin doğrudan giderebileceği eksiklik açıkça ayrıştırılmalıdır.

9.5.3 · Temyiz

Temyizde Hukuka Aykırılık Denetimi ve Bozmanın Sonuçları

KISACA

Temyiz, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışındaki hükümlerini Yargıtayın hukuk denetimine taşıyan olağan kanun yoludur. Kanunda cezanın türü, süresi ve kararın niteliğine göre geniş bir temyiz edilemezlik alanı bulunur; ancak bazı suçlara ilişkin kararlar bu sınırlara rağmen temyiz edilebilir. Başvuru, gerekçeli hükmün tebliğinden itibaren iki hafta içinde hükmü veren mahkemeye yapılır ve bozma nedeni hukukî yönüyle gösterilir. Süresinde temyiz hükmün kesinleşmesini engeller. Mahkemenin kanuna uygun kurulmaması, yasaklı hâkimin katılması, zorunlu kişilerin yokluğu, açıklık ihlali, gerekçesizlik, savunma hakkının sınırlandırılması ve hukuka aykırı delile dayanılması dilekçede yazılmasa da kesin hukuka aykırılık sayılır. Yargıtay hükmü hukuka uygun bulursa istemi esastan reddeder; etkili hukuka aykırılıkta bozar, bazı açık durumlarda ise doğrudan hüküm kurabilir veya hatayı düzeltebilir.

Temyiz, istinafın tekrarı değildir. Yargıtay önündeki temel sorun, bölge adliye mahkemesi hükmünün hukuk kurallarına uygun olup olmadığıdır. Kanun, bir hukuk kuralının uygulanmamasını veya yanlış uygulanmasını hukuka aykırılık olarak tanımlar. Bu nedenle temyiz dilekçesi olayın yeniden anlatılmasından çok, kabul edilen olay ve yürütülen usul üzerinde hangi hukukî hatanın hükmü etkilediğini göstermelidir.

Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışındaki hükümleri kural olarak temyiz edilebilir. Bununla birlikte kanunda çok sayıda kesinlik sınırı vardır. İlk derece mahkemesinin beş yıl veya daha az hapis cezası ya da adlî para cezası hakkında verilen esastan ret kararları, beş yıl veya daha az hapis cezasını artırmayan bölge adliye kararları ve belirli hafif suç veya karar türleri çoğunlukla temyize kapalıdır. On yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda ilk derece beraatinin istinafta esastan reddi de bu alana girebilir. Kanun ayrıca ifade ve örgütlenme alanıyla bağlantılı saydığı bazı suçlar ile terör ve toplantı mevzuatındaki belirli suçlar hakkında, normal kesinlik sınırlarına rağmen temyiz imkânını korur.

Temyiz süresi, hükmün gerekçesiyle birlikte tebliğinden itibaren iki haftadır. Başvuru hükmü veren mahkemeye dilekçe verilerek veya zabıt kâtibine tutanağa geçirilen beyanda bulunularak yapılır; tutuklu sanığın kurum aracılığıyla başvuru hakkı saklıdır. Süresinde başvuru hükmün kesinleşmesini engeller. Temyiz eden hükmün neden bozulmasını istediğini göstermek zorundadır ve sebep hükmün hukukî yönüne ilişkin olmalıdır. Cumhuriyet savcısı ayrıca istemin sanık lehine mi aleyhine mi olduğunu açıkça belirtir.

Bazı aykırılıklar ileri sürülmese de Yargıtay tarafından gözetilir. Mahkemenin kanuna uygun oluşmaması, görev yapması yasak hâkimin hükme katılması, kabul edilmiş ret nedenine rağmen hâkimin katılması, mahkemenin kendisini hukuka aykırı biçimde görevli veya yetkili sayması, savcı ya da zorunlu kişilerin

yokluğunda duruşma yapılması, açıklık kuralının ihlali, hükmün gerekli gerekçeyi taşımaması, savunma hakkının önemli noktada sınırlandırılması ve hukuka aykırı delile dayanılması kesin hukuka aykırılık hâlleridir. Bu katalog, usul güvencelerinin hükmün sonucundan bağımsız yapısal değerini gösterir.

Hükmü veren mahkeme, sürenin geçirilmesi, kararın temyize kapalı olması veya başvuru hakkının bulunmaması hâlinde istemi reddeder. Bu ret kararına karşı tebliğden itibaren iki hafta içinde Yargıtaydan karar istenebilir; istem infazı kendiliğinden ertelemez. Kabul edilen temyiz dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilir ve iki hafta cevap süresi verilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesi ilgili aleyhine sonuç doğurabilecek görüş içeriyorsa sanık veya müdafi ile katılan ya da vekiline tebliğ edilir; onlar da iki hafta içinde cevaplayabilir.

Yargıtay kural olarak temyiz başvurusunda belirtilen hususları ve usul eksikliğine dayanan başvuruda bunu ortaya koyan olayları inceler. Hükmü hukuka uygun bulursa temyiz istemini esastan reddeder. Hükmü etkileyen hukuka aykırılık varsa bozar ve sebepleri ilâmda ayrı ayrı gösterir. Gösterilen nedenle bozma yapıldığında, saptanan diğer aykırılıklar da ilâmda belirtilir. Kesin hukuka aykırılık hâlleri ayrıca saklıdır.

Bazı hatalarda yeni yargılama gerekmez. Olay daha fazla aydınlatılmadan beraat veya düşme gerekiyorsa, yalnız madde numarası yanlışsa, sonradan yürürlüğe giren lehe kanun açık sonuç doğuruyorsa, yaş indirimi ya da ceza hesabında maddî hata varsa veya yargılama giderleri ile vekâlet ücretinde açık aykırılık bulunuyorsa Yargıtay esas hakkında hüküm kurabilir ya da kararı düzeltebilir. Diğer bozmalarda dosya yeniden incelenmek üzere ilgili mahkemeye gönderilir.

Bozma sonrası mahkeme taraflara diyeceklerini sorar ve kural olarak bozma kararına direnebilir. Direnme uyuşmazlığı sonunda Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen karara karşı yeniden direnilemez. Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine temyiz edilmişse yeni hüküm önceki cezadan ağır olamaz; sanık lehine bozma nedeninin başvurmayan diğer sanıklara uygulanabilmesi hâlinde onlar da yararlanır. Müdafi için temyizin başarısı, sonucu beğenmediğini söylemekten değil, hükmü etkileyen hukuk kuralını, korunmak istenen usul güvencesini ve talep edilen bozma ya da düzeltme sonucunu açık bağlarla göstermesinden doğar.

Uzlaştırma Süreci ve Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

KISACA
Uzlaştırma, kanunun kapsama aldığı suçlarda şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin, uzlaştırmacı yardımıyla özgür iradeye dayalı bir çözüme ulaşmasını amaçlar. Şikâyete bağlı suçlar kural olarak kapsamdadır; kanunda ayrıca sayılan bazı suçlar ile çocuklar yönünden belirli hafif suçlar da uzlaştırılabilir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, ısrarlı takip ve hakaret uzlaştırma dışında bırakılmıştır. Tekliften sonra taraf yedi gün içinde karar bildirmezse reddetmiş sayılır. Uzlaştırmacı dosyayı aldıktan sonra işlemleri otuz günde tamamlar; süre, her biri yirmi günü aşmayan iki uzatmaya konu olabilir. Peşin edim kovuşturmaya yer olmadığına, ileri tarihli veya taksitli edim ise kamu davasının açılmasının ertelenmesine yol açar. Genel erteleme kararı ise uzlaştırma ve önödeme dışındaki, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis gerektiren suçlarda koşulları varsa beş yıl için verilebilir.

Uzlaştırma ile kamu davasının açılmasının ertelenmesi, yeterli şüphe bulunan her dosyanın mutlaka klasik kovuşturma yoluna girmediğini gösteren iki ayrı kurumdur. Uzlaştırma tarafların iradesi ve bir edim üzerinde anlaşması çevresinde işler. Erteleme ise Cumhuriyet savcısının kanundaki şartları değerlendirerek kamu davasını belirli süre açmamasıdır. Uzlaşmanın taksitli veya geleceğe bırakılmış edimle sonuçlanması hâlinde bu iki yapı birbirine bağlanır, fakat başlangıç şartları ve sonuçları aynı değildir.

Uzlaştırma, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda kural olarak uygulanır. Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın kasten yaralamanın belirli biçimleri, taksirle yaralama, basit tehdit, konut dokunulmazlığının ihlali, iş ve çalışma özgürlüğünün belirli ihlalleri, hırsızlık, güveni kötüye kullanmanın bazı hâlleri, dolandırıcılık, suç eşyasının satın alınması veya kabulü, çocuğun kaçırılması ve belirli sırların açıklanması da kanunda sayılmıştır. Suça sürüklenen çocuk bakımından mağdurun gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, üst sınırı üç yılı aşmayan hapis veya adlî para cezası gerektiren suçlar ayrıca kapsama girebilir.

Kapsamın sınırları ayrıca önemlidir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, ısrarlı takip ve hakaret şikâyete bağlı olsa bile uzlaştırılamaz. Uzlaştırma kapsamındaki suç, kapsam dışındaki başka bir suçla aynı mağdura karşı birlikte işlenmişse kural olarak uzlaşma hükümleri uygulanmaz. Ancak önödeme kapsamındaki bir suçla uzlaştırma kapsamındaki bir suçun aynı mağdura karşı birlikte işlenmesi hâlinde, uzlaştırılabilir suç bakımından süreç işletilebilir. Başka kanunlardaki suçlarda, şikâyete bağlı değilse uzlaştırma için açık kanun hükmü gerekir.

Suç uzlaştırmaya tâbi ve kamu davası için yeterli şüphe mevcutsa dosya uzlaştırma bürosuna gönderilir. Büro tarafından görevlendirilen uzlaştırmacı şüpheliye ve mağdur veya suçtan zarar görene teklif yapar; reşit olmayan taraf bakımından teklif kanunî temsilciye yöneltilir. Teklifin anlamı ile kabul ve reddin hukukî sonuçları anlatılmalıdır. Taraf, tekliften itibaren yedi gün içinde kararını bildirmezse

reddetmiş sayılır. Resmî adreste bulunamama, yurt dışında olma veya başka nedenle ulaşılamama hâlinde süreç işletilmeden soruşturma sonuçlandırılır. Tek fiil birden çok mağdur veya zarar gören yaratmışsa süreç ancak tümünün kabulüyle ilerleyebilir.

Uzlaşma teklifi delil toplamayı ve koruma tedbirlerini durdurmaz. Müzakereler gizlidir; taraflar, kanunî temsilciler, müdafi ve vekil katılabilir. Uzlaştırmacı dosya örneklerini aldıktan sonra işlemleri en geç otuz gün içinde tamamlar. Uzlaştırma bürosu süreyi her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez uzatabilir. Sürecin sonunda rapor düzenlenir; anlaşma varsa ne şekilde uzlaşıldığı ve taraf imzaları gösterilir. Savcı, iradelerin özgür olduğunu ve edimin hukuka uygunluğunu denetler. Başarısız uzlaştırmadan sonra aynı dosyada yeniden uzlaştırma yoluna gidilemez.

Edimin yerine getiriliş biçimi soruşturmanın sonucunu belirler. Şüpheli edimi bir defada yerine getirirse kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edim ileri tarihe bırakılmış, taksitlendirilmiş veya süreklilik taşıyorsa 171 inci maddedeki genel şartlar aranmadan kamu davasının açılması ertelenir ve zamanaşımı işlemez. Edim yerine getirilmezse, genel ertelemedeki kasıtlı yeni suç şartı beklenmeden kamu davası açılır. Uzlaşma belgesi edim yerine getirilmezse ilâm niteliğinde belge sayılır. Müzakeredeki açıklamalar başka soruşturma, kovuşturma veya davada delil olarak kullanılamaz.

Uzlaştırılabilirlik ancak kamu davası açıldıktan sonra fark edilirse yargılamayı yapan mahkeme kovuşturma dosyasını büroya yollar. Edim peşin yerine getirilirse dava düşer; ileri tarihli, taksitli veya sürekli edimde durma kararı verilir. Edim yerine getirilmezse yargılama kaldığı yerden sürer. Birden çok fail varsa yalnız uzlaşan kişi sonuçtan yararlanır.

Genel kamu davası ertelemesi, uzlaştırma ve önödeme kapsamı dışındaki üst sınırı üç yıl veya daha az hapis gerektiren suçlarda uygulanabilir. Yeterli şüpheye rağmen savcı beş yıl süreyle erteleme kararı verebilir. Şüphelinin daha önce kasıtlı suçtan hapis mahkûmiyetinin bulunmaması, soruşturmanın yeniden suç işlemeyeceği kanaati vermesi, ertelemenin şüpheli ve toplum açısından daha yararlı olması ve belirlenen zararın aynen iade, eski hâle getirme veya tazminle tamamen giderilmesi birlikte gerekir. Beş yıl içinde kasıtlı suç işlenmezse kovuşturmaya yer olmadığı, işlenirse kamu davası kararı verilir; bu sürede zamanaşımı işlemez. Örgüt suçları, görev bağlantılı belirli kamu görevlisi suçları, askerî suçlar ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar genel erteleme dışında kalır. Müdafi her iki kurumda da kapsam, özgür irade, edimin açıklığı, süre ve kararın itiraz edilebilirliği üzerinde ayrı denetim kurmalıdır.

Tacir Sıfatının Tespiti ve Bu Sıfata Bağlanan Hukuki Rejim

KISACA

Tacir sıfatı, yalnızca kişinin kendisini tacir olarak tanıtmasına değil, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işletmesine bağlanır. İşletmesini açtığını ilan eden veya sicile tescil ettiren kişi faaliyete başlamamış olsa bile tacir sayılır; var olmayan bir şirket adına ortak gibi işlem yapan kişi ise iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur. Küçük veya kısıtlıya ait işletmede sıfat temsil edilene aittir. Ticaret şirketleri tacirdir; bazı dernek, vakıf ve kamu bağlantılı kuruluşlar da ticari işletme işletmeleri nedeniyle bu rejime girer. Tacir, bütün borçları için iflasa tabi olur, unvan seçer, işletmesini tescil ettirir, ticari defter tutar ve faaliyetlerinde basiretli davranır. Borçlarının ticari olması karinesi, ücret ve faiz isteme hakkı, fatura ile teyit mektubuna süresinde itiraz edilmemesinin sonuçları da bu sıfata bağlanır. Avukatın önce sıfatı, sonra işlemin işletmeyle bağlantısını belirlemesi; görev, faiz, ispat ve takip stratejisinin doğru kurulmasını sağlar.

Bir uyuşmazlıkta tacir sıfatı, tarafın kartvizitindeki unvandan değil, yürüttüğü faaliyetin hukuki örgütlenmesinden çıkarılır. Ticari işletme; esnaf işletmesi sınırını aşan gelir hedefiyle, devamlı ve bağımsız biçimde yürütülen faaliyettir. Gerçek kişi bu işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işletiyorsa tacirdir. İşletmenin başkası hesabına yürütülmesi veya faaliyetin bağımsız olmaması, bu sonuca engel olabilir. Bu nedenle vekil, yalnız sicil kaydına bakmakla yetinmemeli; işletmenin kimin adına faaliyet gösterdiğini, karar ve riskin kimde toplandığını da incelemelidir.

Kanun bazı durumlarda fiilî işletmeye başlamayı beklemez. Bir kişi işletmesini kurup açtığını ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini tescil ve ilan ettirmişse henüz müşteri kabul etmese bile tacir sayılır. Buna karşılık gerçekte bulunmayan bir şirket adına ortak sıfatıyla işlem yapan kişi, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu tutulur. Buradaki sonuç tacir olmanın bütün haklarını kazandıran genel bir statüden çok, üçüncü kişinin güvenini koruyan sorumluluk düzenidir. Ticaret yasağına rağmen veya gerekli izin alınmadan işletme işleten kişi de tacir sayılır; yasağa aykırılığın hukuki, cezai ve disiplin sonuçları ayrıca devam eder.

Küçük ve kısıtlılara ait işletmelerde tacir, işletmeyi yöneten yasal temsilci değil temsil edilendir. Yasal temsilcinin ceza hükümleri yönünden tacir gibi sorumlu tutulabilmesi bu ayrımı ortadan kaldırmaz. Esnaf ise sermayesinden çok bedenî çalışmasına dayanan ve belirlenen gelir sınırını aşmayan ekonomik faaliyeti nedeniyle kural olarak tacir değildir. Bununla birlikte tacirlere özgü bazı hükümler esnafa da uygulanır. Bu yüzden bir tarafın esnaf olması, ticaret hukukuyla bütün bağının kesildiği anlamına gelmez.

Tüzel kişilerde değerlendirme farklı yürür. Ticaret şirketleri, türleri gereği tacirdir. Amacına ulaşmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıflar ile özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari biçimde işletilmek üzere kamu tüzel kişilerince kurulan bazı kurumlar da tacir sayılır. Devlet, belediye ve diğer kamu tüzel kişileri ise bir ticari işletme işletse bile doğrudan tacir olmaz. Kamu yararına çalışan

derneklerle gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere ayıran vakıflar için de özel istisna vardır. Donatma iştirakine ise tacire ilişkin hükümler uygulanır.

Tacir sıfatı belirlendikten sonra sonuçlar dosyanın tamamını etkiler. Tacir her türlü borcu için iflasa tabidir; ticaret unvanı seçmek, işletmeyi sicile tescil ettirmek ve gerekli defterleri tutmakla yükümlüdür. Ticari faaliyetlerinde basiretli bir iş insanı gibi davranması gerekir. Bu ölçü, somut işletmenin kapasitesine göre öznel bir dikkatten ziyade, aynı alandaki tedbirli tacirden beklenen davranışı esas alır. Tacirler arasındaki temerrüt, fesih ve dönme bildirimleri için Kanunda sayılan ispat güvenliği yüksek yollar kullanılmalıdır.

Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Gerçek kişi tacir, işlemin ticari işletmesiyle ilgisiz olduğunu işlem anında açıkça bildirirse veya durum işin ticari sayılmasına elverişli değilse borç adi kalabilir. Tüzel kişi tacirde bu kişisel alan istisnası doğal olarak daha dardır. Taraflardan yalnız biri için ticari olan bir sözleşme de aksine hüküm yoksa diğeri için ticari sayılır. Bu karine, uygulanacak faiz ve teselsül hükümleri kadar davanın ticari niteliğinin değerlendirilmesinde de önem taşır.

Tacir, işletmesiyle ilgili gördüğü iş veya hizmet için uygun ücret, verdiği avans ve yaptığı giderler için ödeme tarihinden itibaren faiz isteyebilir. Fatura alan kişi sekiz gün içinde içeriğe itiraz etmezse içeriği kabul etmiş sayılır; aynı süre, sözlü veya teknik araçla kurulan sözleşmeyi doğrulayan teyit mektubu için de geçerlidir. Bu kabuller, her vakıayı tartışmasız hâle getiren mutlak sonuçlar gibi değil, ispat değerlendirmesini güçlü biçimde etkileyen kanuni düzenlemeler olarak ele alınmalıdır. Tacir borçlu ayrıca bazı hâllerde aşırı ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini isteyemez. Böylece tacir sıfatı, yalnız örgütlenme biçimini değil, özen standardını, takip yolunu, belge yönetimini ve sözleşme riskini birlikte belirleyen bir statüye dönüşür.

10.1.2 · Ticari İş ve Ticari Hüküm

Ticari Niteliğin Belirlenmesi ve Uygulanacak Hüküm Sırası

KISACA

Ticari hüküm, Türk Ticaret Kanunundaki düzenlemelerle bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlardaki özel hükümlerdir. Ticari iş ise Kanunda düzenlenen hususları ve ticari işletmeyle bağlantılı bütün işlem ve fiilleri kapsar. Hakkında ticari hüküm bulunmayan bir ticari işte önce ticari örf ve âdete, o da yoksa genel hükümlere gidilir. Teamül tek başına örf ve âdet değildir; ancak irade açıklamalarının yorumunda dikkate alınabilir. Ticari davanın tespiti ayrı bir incelemedir: bazı uyuşmazlıklar iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili oldukları için nispi, bazıları ise tarafların sıfatından bağımsız olarak kanuni sayım nedeniyle mutlak ticari davadır. Ticari dava kural olarak asliye ticaret mahkemesinde görülür ve bazı para taleplerinde dava öncesi arabuluculuk şarttır. Ticari borçlarda teselsül karinesi ve faiz serbestisi gibi sonuçlar da devreye girebilir. Bu nedenle avukat, ticari iş, ticari hüküm ve ticari dava kavramlarını aynı şeymiş gibi kullanmamalıdır.

Ticaret hukukunda doğru sonuca ulaşmak için üç soruyu birbirinden ayırmak gerekir: eldeki davranış ticari iş midir, uygulanacak kural ticari hüküm müdür ve doğan uyuşmazlık ticari dava mıdır? Bu kavramlar kesişir, fakat özdeş değildir. Türk Ticaret Kanunundaki hükümler ile bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlardaki özel hükümler ticari hüküm sayılır. Ticari iş ise Kanunda düzenlenen bütün hususları ve bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ile fiilleri kapsar. Böylece bir davranışın ticari niteliği, hem doğrudan kanuni düzenlemeden hem de işletmeyle bağlantısından doğabilir.

Bir ticari iş hakkında doğrudan uygulanabilir ticari hüküm varsa çözüm onunla kurulur. Böyle bir hüküm yoksa mahkeme ticari örf ve âdete, o da bulunmazsa genel hükümlere başvurur. Her uygulama alışkanlığı ticari örf ve âdet değildir. Bir teamülün yargıya esas olabilmesi için ticari örf ve âdet olarak kabul edildiğinin belirlenmesi gerekir; buna rağmen teamül, tarafların açıklamalarını yorumlarken yardımcı olabilir. Bölgesel veya belirli bir ticaret dalına özgü örf ve âdet, genel olana üstün gelir. Taraflar farklı bölgelerdeyse aksine düzenleme bulunmadıkça ifa yerindeki ticari örf ve âdet esas alınır. Tacir olmayan kişi hakkında ise ticari örf ve âdet, ancak bunu bildiği veya bilmesi gerektiği ölçüde uygulanır.

Tacirin borçlarına ilişkin karine, ticari iş tespitini genişletir. Tacirin borçlarının ticari olması asıldır; gerçek kişi tacir, işlemin işletmesiyle ilgisiz olduğunu açıkça bildirir veya durum bunu gösterirse adi borçtan söz edilebilir. Taraflardan yalnız biri bakımından ticari olan sözleşme, aksine kanuni hüküm yoksa diğer taraf için de ticari sayılır. Bu genişleme sözleşmelere ilişkindir; her tek taraflı işlem veya haksız fiil aynı kuralla karşı tarafa taşınmaz. Avukatın işlem türünü ve tarafların statüsünü ayrı ayrı dosyalaması bu yüzden önemlidir.

Ticari işin bazı maddi hukuk sonuçları vardır. Birden fazla kişi, içlerinden biri veya hepsi için ticari nitelikte olan bir iş nedeniyle birlikte borçlanırsa kural olarak müteselsil sorumluluk doğar. Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenebilir; ancak tüketici hükümleri ve bileşik faizin sınırlı uygulama alanı saklıdır. Faizin anaparaya eklenerek yeniden faiz yürütülmesi, üç aydan kısa dönemler için kararlaştırılamaz ve yalnız Kanunda belirtilen cari hesap ile iki taraf için de ticari nitelikteki ödünç ilişkilerinde, taraflar tacirse geçerli olabilir. Ticari borçta aksi kararlaştırılmadıkça faiz, vadenin bitiminden; vade yoksa ihtar gününden başlar.

Ticari dava incelemesi ise usule yöneliktir. Her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili uyuşmazlıklar nispi ticari davadır. Bunun yanında Kanun, Türk Ticaret Kanununda veya sayılan başka düzenlemelerde öngörülen bazı konulardan doğan davaları tarafların tacir olup olmadığına bakmadan ticari sayar. Bunlar mutlak ticari dava niteliğindedir. Bazı havale, saklama ve fikrî hak uyuşmazlıklarında ticari işletmeyle ilgisizlik nedeniyle istisna doğabilir. Bu ayrım, görevli mahkemeyi belirlerken yalnız taraf sıfatına bakmanın neden yetersiz olduğunu gösterir.

Aksine özel hüküm yoksa ticari davalar ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işleri asliye ticaret mahkemesinde görülür. Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki görev ilişkisidir. Ticaret mahkemesi bulunmayan yerde asliye hukuk mahkemesi davaya ticaret mahkemesi sıfatıyla devam eder. Delillerin sunulması Hukuk Muhakemeleri Kanununa tabidir. Kanunda belirtilen parasal sınırı aşmayan ticari davalarda basit yargılama usulü uygulanır; sınır zaman içinde güncellendiğinden dava tarihindeki tutar ayrıca doğrulanmalıdır.

Dava açmadan önce arabuluculuk gerekip gerekmediği de ticari nitelik tespitinin hemen ardından incelenmelidir. Ticari davalardan konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat taleplerinde arabulucuya başvuru dava şartıdır. Sonuç olarak ticari iş maddi rejimi, ticari hüküm uygulanacak kaynak sırasını, ticari dava ise yargılama yolunu gösterir. Sağlam bir dilekçe bu üç katmanı ayrı gerekçelerle kurar ve görev, dava şartı, faiz ile sorumluluk sonuçlarını birbirine karıştırmadan talebe bağlar.

Ticaret Sicilinde Tescil, İlan ve Üçüncü Kişinin Güveni

KISACA
Ticaret sicili, ticari hayattaki belirli olgu ve işlemleri alenileştirerek işlem güvenliği sağlar. Sicil, Ticaret Bakanlığının gözetim ve denetiminde müdürlükler ve şubeler tarafından tutulur; kayıtlar merkezi elektronik veri tabanında da saklanır. Tescil kural olarak ilgilinin istemiyle yapılır. Kanunda başka süre yoksa istem on beş gün içinde yöneltilir; değişiklikler ve sona ermeler de kayda yansıtılır. Sicil müdürü, kanuni şartları, tüzel kişi sözleşmesinin emredici hükümlere uygunluğunu ve kaydın gerçeği yansıtıp yanıltıcı olmamasını inceler. Kararına karşı tebliğden itibaren sekiz gün içinde asliye ticaret mahkemesine itiraz edilebilir. Sicil herkese açıktır ve tescil edilen hususlar kural olarak Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilir. İlan edilen kayıtlar üçüncü kişiler hakkında kanundaki zamanda sonuç doğurur; bilinmediği savunması dinlenmez. Tescil edilmemiş veya ilanı yapılmamış zorunlu bir husus ise ancak üçüncü kişinin bunu bildiği veya bilmesi gerektiği ispatlanırsa ona karşı ileri sürülebilir.

Ticaret sicilini yalnız şirket kuruluşlarının kaydedildiği bir defter gibi görmek eksik olur. Sicilin temel işlevi, ticari yaşamda üçüncü kişilerin kararını etkileyen olgu ve işlemleri görünür kılmak, hangi bilginin kime karşı ileri sürülebileceğini belirlemektir. Bu nedenle bir dosyada önce tescilin yapılıp yapılmadığına, sonra ilanın gerekip gerekmediğine ve son olarak kaydın üçüncü kişi bakımından hangi tarihte hüküm doğurduğuna bakılır.

Sicil, Ticaret Bakanlığının gözetim ve denetiminde ticaret sicili müdürlükleri ile şubeleri tarafından tutulur. Elektronik kayıtlar ve tescil ile ilanı gereken içerikler merkezi ortak veri tabanında depolanır. Sicilin tutulmasından doğan zararlardan Devlet ile ilgili oda müteselsilen sorumludur; kusurlu görevliye rücu mümkündür. Bu düzen, sicil hizmetinin kamusal güven boyutunu gösterir.

Tescil kural olarak istem üzerine yapılır. Kanunun resen tescili veya yetkili kurumun bildirimiyle işlem yapılmasını öngördüğü hâller saklıdır. İstem; ilgililer, temsilcileri veya hukuki halefleri tarafından yetkili müdürlüğe yöneltilir. Birden çok kişinin isteme yetkili ve zorunlu olduğu durumda, aksine hüküm yoksa birinin başvurusu herkes adına yapılmış sayılır. Başvuru dilekçeyle olur. Kanunda özel süre bulunmuyorsa tescil isteme süresi on beş gündür; müdürlüğün yetki çevresi dışında oturanlar için bir aydır. Süre, tescili gerektiren olgu veya işlemin gerçekleşmesiyle, tamamlanması belgeye bağlıysa belgenin düzenlenmesiyle başlar.

Sicildeki bilgi donmuş değildir. Tescil edilmiş hususlardaki değişiklik kaydedilir; dayanak olgu tamamen veya kısmen sona ererse kayıt silinir. Avukatın incelemesi bu yüzden yalnız ilk tescil belgesine dayanamaz. Güncel kayıt, değişiklik ilanları ve dayanak belgeler birlikte okunmalıdır. Bir temsil yetkisinin kaldırılması, şirket merkezinin değişmesi veya şirketin sona ermesi gibi sonraki olaylar kayda işlenmediyse üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilirlik ayrıca tartışılır.

Sicil müdürü biçimsel evrak sayımı yapmaz; kanuni şartların bulunup bulunmadığını inceler. Tüzel kişilerde şirket sözleşmesinin emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve zorunlu kayıtları içerip

içermediği kontrol edilir. Tescil edilecek husus gerçeği tam yansıtmalı, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratmamalı ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır. Çözümü mahkeme kararına bağlı olan veya müdürün kesin tescil konusunda duraksadığı husus, istem üzerine geçici tescil edilebilir. İlgililer üç ay içinde mahkemeye başvurduklarını veya anlaştıklarını ispatlamazsa geçici kayıt resen silinir.

Tescili zorunlu bir hususun süresinde kaydedilmediğini öğrenen müdür, ilgilileri yükümlülüğü yerine getirmeye veya tescil sebebinin bulunmadığını açıklamaya çağırır. Kaçınma sebebi bildirilirse asliye ticaret mahkemesi dosya üzerinden tescilin gerekip gerekmediğine karar verir. Müdürlüğün tescil, değişiklik veya silme istemine ilişkin kararına karşı ilgililer, tebliğden itibaren sekiz gün içinde sicilin bulunduğu yerde ticari davalara bakan asliye ticaret mahkemesine itiraz edebilir. Üçüncü kişinin menfaati etkileniyorsa o kişi de dinlenir.

Aleniyet, sicilin merkezî ilkesidir. Herkes sicil içeriğini ve saklanan belgeleri inceleyebilir, giderini ödeyerek onaylı suret veya bir hususun kayıtlı olup olmadığına ilişkin belge alabilir. Tescil edilen hususlar, aksine düzenleme yoksa Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunur. İlan edilen kayıt üçüncü kişiler hakkında, ilanın yapıldığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuç doğurur; özel hükümle derhâl etki öngörülebilir. Bu andan sonra üçüncü kişinin kaydı bilmediği savunması dinlenmez.

Olumsuz etki bunun tersidir: tescili zorunlu olduğu hâlde kaydedilmemiş veya ilanı zorunlu olduğu hâlde ilan edilmemiş husus, ancak üçüncü kişinin bunu bildiği ya da bilmesi gerektiği ispatlanırsa ona karşı ileri sürülebilir. Tescil kaydıyla ilan arasında farklılık varsa, gerçek kaydı bildiği ispatlanmayan üçüncü kişinin ilan edilen görünüme güveni korunur. Gerçeğe aykırı beyanda bulunanların ve öğrendikleri yanlış kaydın düzeltilmesini istemeyen yükümlülerin tazminat sorumluluğu doğabilir. Böylece sicil dosyası, bir uyuşmazlıkta hem statüyü hem iyiniyeti hem de ispat yükünün yönünü belirleyen temel delil alanıdır.

10.1.4 · Ticaret Unvanı ve İşletme Adı

Taciri ve İşletmeyi Ayıran Adların Kurulması ve Korunması

KISACA

Ticaret unvanı taciri, işletme adı ise tacirden bağımsız olarak işletmeyi tanıtır. Her tacir, işletmesiyle ilgili işlemleri ticaret unvanıyla yapar, belgeleri bu unvan altında imzalar ve unvanını işletmenin açılmasından itibaren on beş gün içinde tescil ve ilan ettirir. Gerçek kişi tacirin unvanı kısaltılmadan yazılan ad ve soyadına dayanır. Kollektif ve komandit şirketlerde ortak adı ile şirket türü, anonim, limited ve kooperatiflerde ise işletme konusu ile türü gösteren ibare önem taşır. Ekler yanıltıcı, gerçeğe veya kamu düzenine aykırı olamaz; bazı ülke ve milliyet bildiren kelimeler özel izne bağlıdır. Unvan işletmeden ayrı devredilemez, işletmenin devri ise aksi kararlaştırılmadıkça unvanı da kapsar. Tescil edilmiş unvanı kullanma hakkı sahibine aittir. Tecavüz hâlinde tespit, yasaklama, silme veya değiştirme, maddi durumun giderilmesi, tazminat ve kararın ilanı istenebilir. İşletme adı da tescil edilir ve önemli ölçüde aynı koruma hükümlerinden yararlanır.

Bir ticari işletmenin kapısında görülen her ad aynı hukuki işlevi taşımaz. Ticaret unvanı, işletmenin arkasındaki taciri tanıtır; işletme adı ise sahibinden bağımsız biçimde işletmenin kendisini benzer işletmelerden ayırır. Bir uyuşmazlıkta kullanılan işaretin hangi kategoriye girdiği, tescil yükümlülüğünü, devri ve başvurulabilecek koruma yollarını etkiler. Avukat bu nedenle tabelayı, sözleşmedeki taraf adını, faturadaki unvanı ve sicil kaydını birlikte incelemelidir.

Her tacir ticari işletmesine ilişkin işlemleri ticaret unvanıyla yapmak ve işletmeyle ilgili senetleri bu unvan altında imzalamak zorundadır. Tescil edilen unvan işletmenin görülebilen yerine okunaklı biçimde yazılır. Ticari mektuplar ve defter kayıtlarına dayanak belgeler, sicil numarası, unvan ve merkez gibi tanıtıcı bilgileri taşır. Tacir, işletmenin açıldığı günden itibaren on beş gün içinde işletmesini ve seçtiği unvanı merkezinin bulunduğu ticaret siciline tescil ve ilan ettirir. Şubeler de kendi bulundukları yerde sicile kaydedilir ve merkez unvanına şube olduklarını gösteren ibareyi ekler.

Unvanın çekirdeği tacirin türüne göre değişir. Gerçek kişi tacirde kısaltılmadan yazılan ad ve soyadı esastır; buna kanunun izin verdiği ekler getirilebilir. Kollektif şirketin unvanı ortakların tamamının veya en az birinin ad ve soyadıyla şirketi ve türünü gösteren ibareyi içerir. Komandit şirkette unvanda adı bulunabilecek ortak komanditedir; komanditerin adının yazılması yasaktır. Anonim, limited ve kooperatif şirketler, işletme konusunu göstermek ve türlerini açıkça belirtmek koşuluyla unvanlarını daha serbest seçebilir. Gerçek kişi adı kullanılmışsa şirket türünü gösteren ibare kısaltılamaz.

Ayırt edicilik, unvan seçiminde merkezi ölçüttür. Türkiye'nin herhangi bir sicilinde daha önce kayıtlı unvandan ayrılmak için gerekli ek yapılır. Ekler tacirin kimliği, işletmenin büyüklüğü veya mali durumu hakkında yanıltıcı olamaz; gerçeğe ve kamu düzenine aykırılık da yasaktır. Tek başına ticaret yapan gerçek kişi, bir şirket bulunduğu izlenimini veren ek kullanamaz. Türk, Türkiye, Cumhuriyet ve Millî

kelimelerinin unvana konulması Cumhurbaşkanı kararına bağlıdır. Bu kurallar, yalnız isim estetiğini değil, üçüncü kişinin karşısındaki işletmeyi doğru tanımasını korur.

Unvanın devamlılığı bazı kişi değişikliklerine rağmen korunabilir. Unvanda adı bulunan kişinin adı kanunen değişse bile unvan aynı kalabilir. Kollektif veya komandit şirkete yeni ortak girmesi de kendiliğinden değişiklik gerektirmez. Ölen ortağın mirasçıları şirketin devamını kabul eder veya adın kalmasına yazılı izin verirse; ayrılan ortak da yazılı izin verirse adı unvanda korunabilir. Bu izin koşulları, kişilik değeriyle ticari devamlılık arasındaki dengeyi sağlar.

Ticaret unvanı işletmeden ayrı devredilemez. Buna karşılık işletmenin devri, aksi açıkça kararlaştırılmadıkça unvanın devrini de doğurur ve devralan unvanı aynen kullanabilir. Bu nedenle işletme devir sözleşmesinde unvanın kapsam dışında bırakılıp bırakılmadığı açıkça düzenlenmelidir. Yalnız unvanı devretmeyi amaçlayan işlem ise kanuni yasağa takılır.

Usulüne uygun tescil ve ilan edilen unvanı kullanma hakkı yalnız sahibine aittir. Başkasının unvanı ticari dürüstlüğe aykırı biçimde kullanması hâlinde hak sahibi, tecavüzün tespitini ve yasaklanmasını isteyebilir. Haksız unvan tescil edilmişse değiştirilmesi veya silinmesi; ortaya çıkan maddi durumun kaldırılması, gerekirse araç ve malların imhası talep edilebilir. Zarar ve kusur varsa maddi ile manevi tazminat gündeme gelir; mahkeme maddi tazminatı, tecavüz edenin elde etmesi mümkün görülen menfaat üzerinden de belirleyebilir. Kazanan taraf isterse kararın karşı taraf gideriyle ilanına hükmedilebilir.

İşletme adı, sahibin kimliğini değil işletmenin kendisini tanıtan addır ve sahibince tescil ettirilmelidir. Tescil edilen işletme adına; gerçeğe uygunluk, ayırt edicilik, devam, kullanma tekeli ve tecavüze karşı koruma hükümleri uygulanır. Böylece dosyada doğru talep kurmak için önce işaretin unvan mı işletme adı mı olduğu, sonra tescil durumu, kullanım biçimi ve karıştırılma tehlikesi belirlenir.

10.1.5 · Haksız Rekabet

Dürüst Rekabet Düzeninin İhlali ve Koruma Talepleri

KISACA

Haksız rekabet hükümleri yalnız rakipleri değil, piyasaya katılanların tamamını gözeterek dürüst ve bozulmamış rekabeti korur. Rakipler, tedarikçiler ve müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı davranış ve ticari uygulamalar hukuka aykırıdır. Yanıltıcı reklam, kötüleme, karıştırılmaya yol açma, saldırgan satış yöntemi, sözleşmeyi ihlale yöneltme, başkasının iş ürününden yetkisiz yararlanma, sırları hukuka aykırı açıklama, iş şartlarına uymama ve dürüstlüğe aykırı genel işlem şartları başlıca örneklerdir; sayım kapalı değildir. Zarar veya tehlikeyle karşılaşan kişi tespit, men, sonuçların giderilmesi ve şartları varsa maddi ile manevi tazminat isteyebilir. Müşteriler ve belirli kuruluşlar da bazı davaları açabilir. Çalışan fiilinde çalıştırana, yayın ve bilişim yoluyla ihlalde içerik sahibi ile ilan verene ilişkin özel sorumluluk kuralları vardır. Davalar öğrenmeden itibaren bir, her hâlde fiilden itibaren üç yıllık zamanaşımına tabidir; daha uzun ceza zamanaşımı saklıdır.

Haksız rekabet dosyasında başlangıç sorusu, tarafların aynı malı satıp satmadığı değildir. Kanunun koruduğu değer, bütün katılanların yararına dürüst ve bozulmamış rekabettir. Bu nedenle davacı ile davalının doğrudan rakip olması her durumda aranmaz. Rakipler, tedarik edenler ve müşteriler arasındaki ilişkiyi etkileyen aldatıcı veya başka biçimde dürüstlük kuralına aykırı ticari davranış, haksız ve hukuka aykırıdır. Somut fiilin piyasadaki karar özgürlüğünü, emek ürününü veya güveni bozması incelemenin merkezinde yer alır.

Kanundaki örnekler uygulamaya yön verir, fakat kapalı bir liste oluşturmaz. Başkasını veya onun malını yanlış, yanıltıcı ya da gereksiz ölçüde incitici açıklamalarla kötülemek haksız rekabettir. Kişinin kendi işletmesi, ürünü, fiyatı, stokları veya kampanyası hakkında gerçek dışı açıklama yapması da aynı sonuca götürür. Başkasının işaretleri veya ürünleriyle karıştırılmaya yol açan önlemler, gerçeğe aykırı karşılaştırmalar ve rakibin tanınmışlığından gereksiz yararlanma dürüst rekabeti bozar. Seçilmiş ürünleri tekrar tekrar tedarik fiyatının altında sunup bunu yanıltıcı biçimde öne çıkarmak, ek edimlerle gerçek değeri gizlemek ve saldırgan satış yöntemiyle müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlamak da bu kapsamda değerlendirilir.

İhlal yalnız reklam alanında doğmaz. Bir müşteriyi mevcut sözleşmesini ihlale yönelterek kendisiyle sözleşme yapmaya sevk etmek; başka işletmenin çalışanına yükümlülüğüne aykırı davranması için menfaat sağlamak veya sır açıklatmak haksız rekabet oluşturabilir. Emanet edilmiş teklif, hesap ve planlardan yetkisiz yararlanmak ya da yetkisiz elde edildiği bilinmesi gereken iş ürünlerini kullanmak da korunmuş emeğe saldırıdır. Pazarlanmaya hazır çalışma ürününün uygun katkı olmaksızın teknik çoğaltmayla devralınması, üretim ve iş sırlarının hukuka aykırı açıklanması, rakiplere de yüklenen iş şartlarına uymama ve kanuni dengeden önemli ölçüde sapan yanıltıcı genel işlem şartları diğer önemli gruplardır.

Dava stratejisi talebin amacına göre kurulur. Ekonomik menfaati zarar gören veya zarar tehlikesiyle karşılaşan kişi, önce fiilin haksızlığının tespitini isteyebilir. Devam eden veya tekrarı beklenen davranış için men talebi; oluşmuş sonucun silinmesi için maddi durumun ortadan kaldırılması talebi kullanılır. Yanlış beyanın düzeltilmesi, ihlalde etkili araç ve malların imhası da gerekli ve ölçülü olduğu ölçüde gündeme gelebilir. Kusur varsa maddi tazminat, kişilik değerleri etkilenmişse genel şartlar içinde manevi tazminat istenebilir. Hâkim maddi tazminatı, davalının haksız rekabet sayesinde elde etmesi mümkün görülen menfaat üzerinden belirleyebilir.

Davacı çevresi yalnız rakiplerden oluşmaz. Ekonomik çıkarı zarar gören müşteriler de tespit, men, düzeltme ve şartları varsa tazminat taleplerine başvurabilir; ancak araç ve malların imhasını isteyemezler. Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar, üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili birlikler, tüketici kuruluşları ve kamusal nitelikteki kurumlar tespit, men ve sonuçların giderilmesi davalarını açabilir. Böylece bireysel zarar bulunmasa da piyasa düzeninin korunması sağlanır.

Fiil çalışanın hizmetini yürüttüğü sırada işlenmişse tespit, men ve giderim davaları çalıştırana da yöneltilebilir. Tazminat bakımından Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Basın, yayın, iletişim veya bilişim yoluyla gerçekleşen ihlallerde kural olarak içerik sahibi ile ilan veren muhataptır. Bunların belirlenememesi veya yayının iradeleri dışında yapılması gibi hâllerde kanundaki sıraya göre yayın sorumluları ve kuruluş sahibi gündeme gelir. İletimi başlatmayan, alıcıyı ve içeriği seçmeyen hizmet sağlayıcıya karşı doğrudan sorumluluk sınırlıdır; ancak büyük veya kapsamlı zarar tehlikesinde mahkeme somut tedbirler alabilir.

Haksız rekabet davaları, hakkın doğduğunun öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her hâlde fiilin doğumundan itibaren üç yıl içinde açılır. Fiil aynı zamanda daha uzun ceza zamanaşımına tabi bir suç oluşturuyorsa uzun süre hukuk davasına da uygulanır. Acil durumda mevcut durumun korunması, ihlalin önlenmesi, içeriğin geçici kaldırılması veya yanıltıcı açıklamanın düzeltilmesi için ihtiyati tedbir istenebilir. Dosyanın güçlü kurulması; ihlalin dürüst rekabete etkisini, davacının sıfatını, doğru giderim talebini, kusuru ve süre başlangıcını ayrı ayrı ispatlamaya bağlıdır.

Cari Hesapta Kalemlerin Bütünlüğü, Bakiye ve Sona Erme

KISACA
Cari hesap, iki kişinin karşılıklı alacaklarını tek tek istemekten vazgeçip bunları hesap kalemlerine dönüştürdüğü ve ancak hesap kesildikten sonra çıkan bakiyeyi talep edebildiği yazılı sözleşmedir. Bir kalemin hesaba alınması, dayandığı işlemden doğan dava ve savunmaları kural olarak sona erdirmez; işlem geçersiz olursa kalem de çıkarılır. Takas edilemeyen alacaklar ile belirli amaç için teslim edilen para ve mallardan doğan alacaklar hesaba yazılamaz. Hesap devresi sonunda fark belirlenir; bakiye cetveline bir ay içinde kanunda öngörülen yolla itiraz edilmezse kabul sonucu doğar. Hesap kesilmeden önce taraflardan hiçbiri kalemler nedeniyle ayrı ayrı alacaklı veya borçlu sayılamaz. Sözleşme sürenin dolması, belirsiz sürede fesih ihbarı veya taraflardan birinin iflasıyla sona erer. Bakiye haczedilebilir; tasfiye, bakiye, faiz ve hatalı kayıt davaları sözleşmenin bitiminden itibaren beş yılda zamanaşımına uğrar.

Cari hesapta asıl hukuki değişim, çok sayıdaki karşılıklı alacağın tahsil zamanında ortaya çıkar. Taraflar, alacaklarını ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçer; bunları borç ve alacak kalemleri şeklinde hesaba yazar ve yalnız hesap kesildiğinde oluşan artan tutarı talep eder. Bu sözleşme yazılı yapılmadıkça geçerli değildir. Bir hesap ekstresi bulunması tek başına cari hesap sözleşmesinin bütün unsurlarını kanıtlamayabilir; tarafların ayrı istemden vazgeçme iradesi de dosyada belirlenmelidir.

Hesaba kaydedilen alacak dayandığı hukuki ilişkiden tamamen kopmaz. Aksi kararlaştırılmadıkça tarafların asıl sözleşmeye ilişkin dava ve savunmaları devam eder; işlem iptal edilirse ilgili kalem hesaptan çıkarılır. Sözleşmeden önce doğmuş alacağın tarafların onayıyla kaydı, aksi kararlaştırılmadıkça yenileme sayılmaz. Ticari senet bedelinin kaydı ise tahsil koşuluna bağlıdır; bedel alınamazsa senet sahibine dönüp kayıt silinir. Takas edilemeyen alacaklar ile belirli bir amaca harcanmak veya ayrıca hazır tutulmak üzere verilen para ve mallardan doğan alacaklar hesaba geçirilemez.

Hesap devresinin sonunda borç ve alacak toplamları karşılaştırılır. Sözleşme veya teamül devreyi belirlememişse takvim yılının son günü kapanış günü sayılır. Bakiyeyi gösteren cetveli alan taraf, bir ay içinde noter, taahhütlü mektup, telgraf veya güvenli elektronik imzalı yazıyla itiraz etmezse bakiyeyi kabul etmiş olur. Avukat bakımından cetvelin teslim tarihi ve itirazın yöntemi, alacağın miktarı kadar önemlidir.

Cari hesaba giren kalemler ayrılmaz bir bütün oluşturur. Hesap kesilmeden önce taraflardan hiçbiri tek bir kaleme dayanarak alacaklı veya borçlu sayılamaz. Bakiyeye, hesaba kaydedildiği tarihten itibaren faiz işler. Taraflar üç aydan az olmamak üzere faizlerin anaparaya eklenmesini ve hesap devrelerini belirleyebilir; tacir olmayanlara ve tüketici ilişkilerine ilişkin sınırlamalar saklıdır.

Bakiyenin kabulü, hesaptaki her işlemin bağımsız geçerlilik denetimini bütünüyle kapatmaz. Taraf, kabul iradesini hata, hile veya korkutma nedeniyle sakatlayan hâlleri ileri sürebilir; ayrıca cetveldeki yazım ve hesap yanlışlarının düzeltilmesini isteyebilir. Buna karşılık süresinde ve öngörülen biçimde itiraz edilmemiş bir cetvel karşısında, yalnız bakiyeyi benimsemediğini söylemek yeterli değildir. Dava dilekçesinde hangi kalemin neden hesaptan çıkarılacağı, hangi ödemenin işlenmediği veya hangi faiz hesabının yanlış olduğu somutlaştırılmalıdır. Hesap kesiminin taraflarca imzalanması bakiyeyi borç ikrarına dönüştürür; bakiyenin yeni devreye ilk kalem olarak geçirilmesi ise cari hesap ilişkisini sürdürür.

Cari hesap ilişkisi üçüncü kişi alacaklısının takibini de kendine özgü biçimde etkiler. Haciz tarihinde henüz kesin bir bakiye yoksa alacaklı, borçlu taraf lehine doğacak bakiyeye yönelir; münferit hesap kalemlerini ayrı ayrı çekip alamaz. İhbar üzerine hesap kapatılır ve haczedilebilir tutar belirlenir. Sonraki devrede karşı taraf lehine doğan yeni kalemlerin haciz alacaklısının konumunu kötüleştirmemesi, sözleşme serbestisinin takip hukukuna zarar verecek biçimde kullanılmasını önler.

Sözleşme kararlaştırılan sürenin bitmesiyle, belirsiz sürede fesih ihbarıyla veya taraflardan birinin iflasıyla sona erer. Süreli sözleşmede tarafın ölümü ya da kısıtlanması, taraflara ve haleflere on gün önceden bildirimle fesih imkânı verir; bakiye olağan kapanış tarihinde istenir. Tarafın alacaklısı bakiyeyi haczettirdiğinde hesap kapatılır. Haciz on beş gün içinde kaldırılmazsa diğer taraf sözleşmeyi feshedebilir; devam ettirirse sonradan eklenecek kalemlerle haciz alacaklısının durumu ağırlaştırılamaz. Tasfiye, kabul veya hükümle belirlenen bakiye, faiz, hesap hatası ve hesaba yanlış alınan kalemlere ilişkin davalar sözleşmenin sona ermesinden itibaren beş yıllık zamanaşımına tabidir.

10.1.7 · Acente

Acentenin Bağımsızlığı, Yetkileri ve Sözleşme Sonu Hakları

KISACA

Acente, işletmeye bağlı bir çalışan olmaksızın belirli yer veya bölgede sürekli biçimde tacirin sözleşmelerine aracılık etmeyi ya da bunları tacir adına yapmayı meslek edinir. Yazılı aksi anlaşma yoksa aynı bölge ve ticaret dalında karşılıklı tekel ilkesi geçerlidir. Acente, aracılık ettiği işlerle ilgili koruyucu beyanları yapabilir ve uyuşmazlıklarda müvekkil adına dava açabilir; fakat bedel tahsili, mal teslimi ve müvekkil adına sözleşme kurma gibi işlemler özel ve yazılı yetki gerektirir. Acente müvekkilin menfaatini korur, bilgi verir ve kendisine teslim edilen değerler için özen gösterir. Karşılığında ücret, olağanüstü gider, faiz ve şartları varsa hapis hakkı elde eder. Belirsiz süreli sözleşme üç aylık bildirimle sona erdirilebilir. Yeni müşteri çevresinden müvekkilin yararlanmaya devam etmesi gibi koşullarda denkleştirme istenebilir; bu haktan önceden vazgeçilemez ve istem bir yıl içinde ileri sürülür. Sözleşme sonrası rekabet yasağı yazılı, en çok iki yıllık ve tazminatlı olmalıdır.

Acenteyi ticari temsilci veya çalışanla ayıran unsur, işletme örgütüne bağımlı olmadan kendi mesleki faaliyeti içinde sürekli aracılık yapmasıdır. Acente, belirli yer veya bölgede ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerin kurulmasına aracılık eder ya da verilmiş yetkiyle bunları tacir adına kurar. İlişkinin tek seferlik olması veya kişinin işletme hiyerarşisine bağlı çalışması, acentelik nitelemesini zayıflatır.

Yazılı olarak aksi kararlaştırılmadıkça müvekkil aynı bölgede ve aynı ticaret dalında birden çok acente atayamaz; acente de birbirine rakip işletmeler hesabına çalışamaz. Acente, aracılık ettiği sözleşmelerle ilgili ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkil adına yapıp kabul edebilir. Bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda müvekkil adına dava açılabilir ve acenteye aynı sıfatla dava yöneltilebilir. Ancak karar acentenin kendi malvarlığına uygulanmaz.

Yetki sınırı işlem bazında denetlenir. Acente, özel ve yazılı izin olmadan bizzat teslim etmediği malın bedelini kabul edemez, bedelini ödemediği malı teslim alamaz, alacağı yenileyemez veya indiremez. Müvekkil adına sözleşme kurma yetkisi de özel ve yazılı belge gerektirir; belge tescil ve ilan olunur. Yetkisiz sözleşmeye müvekkil haberdar olur olmaz icazet vermezse acente bizzat sorumlu olur.

Acente bölgesindeki işleri görür, müvekkilin menfaatini korur, piyasa ve müşterilerdeki değişiklikleri zamanında bildirir. Talimat alınamayan acil durumda basiretli tacir gibi en yararlı çözümü seçer. Malları korumak, hasarı belirletmek ve gerekli hâlde mahkeme izniyle satışa başvurmak da görevleri arasındadır. Müvekkile ait parayı zamanında göndermeyen acente faiz ve gerekirse tazminat öder.

Ücret, acentenin çabasıyla kurulan işlemlerden; belirli bölge bırakılmışsa o bölgedeki bazı işlemlerden doğar. Sözleşme sonrasında kurulan işlem de önceki emeğe yeterince bağlıysa ücret hakkı sürebilir. Ücret kural olarak işlemin ifası oranında kazanılır; üçüncü kişinin ifa etmeyeceği kesinleşirse düşebilir. Müvekkil gerekli belgeleri ve bilgileri vermek, yapılan işi kabul edip etmediğini bildirmek ve ücreti

ödemekle yükümlüdür. Acente olağanüstü giderleri, avans faizini ve şartları varsa elindeki mal ile kıymetli evrak üzerinde hapis hakkını isteyebilir.

Ücret alacağının ne zaman muaccel olduğu ile hangi işlemlerin hesaplamaya girdiği ayrı sorulardır. Müvekkil, acentenin ücret isteyebileceği işlemleri ve bunlara ilişkin bilgileri bildirmeli, hesap özeti vermelidir. Acente de ücret tutarını denetlemek için gerekli kayıtların incelenmesini isteyebilir. Müvekkilin üçüncü kişiyle daha sonra yaptığı değişiklik, acentenin daha önce doğmuş ücret hakkını keyfî biçimde ortadan kaldıramaz. Buna karşılık işlemin üçüncü kişi tarafından yerine getirilmeyeceği kesinleşmiş ve bu sonuç müvekkilden kaynaklanmamışsa alınmış ücret geri verilebilir.

Belirsiz süreli sözleşme üç ay önceden bildirimle feshedilebilir; belirli süreli sözleşme haklı nedenle her zaman sona erdirilebilir. Süreye uyulmaması başlanmış işlerden doğan zararın tazminini gerektirir. İlişki bittikten sonra müvekkil acentenin kazandırdığı yeni müşterilerden önemli yarar elde etmeye devam ediyor, acente gelecekteki ücretini kaybediyor ve ödeme hakkaniyete uygun düşüyorsa denkleştirme talebi doğar. Tutar son beş yıllık yıllık ödeme ortalamasını aşamaz; daha kısa ilişkide fiilî ortalama kullanılır. Önceden feragat geçersizdir ve istem bir yıl içinde ileri sürülmelidir.

Sözleşme sonrası rekabet sınırlaması yazılı olmalı, imzalı belge acenteye verilmeli, bölge veya müşteri çevresiyle konu bakımından sınırlı kalmalı ve en fazla iki yıl sürmelidir. Müvekkil uygun tazminat öder. Böylece acente dosyasında doğru çözüm; bağımsızlık, süreklilik, yazılı yetki, ücretin doğumu, fesih sebebi ve sona erme sonrası ekonomik değerin ayrı ayrı incelenmesiyle kurulur.

10.2.1 · Adi Şirket ve Şahıs Şirketleri

Adi Ortaklıkta İç İlişki, Temsil ve Ortakların Sorumluluğu

KISACA

Adi ortaklık, en az iki kişinin emek veya mallarını ortak amaca ulaşmak için birleştirmeyi üstlendiği sözleşmedir. Kanunda düzenlenmiş şirket türlerinin ayırt edici özelliklerini taşımayan ortaklık bu hükümlere tabi olur. Ortaklar katılım payı koyar; aksi kararlaştırılmadıkça kazanç ve zarara eşit katılır, kararları oybirliğiyle alır ve yönetim bütün ortaklara aittir. Yönetim yetkisi bulunmayan ortağın bilgi alma ve kayıt inceleme hakkı kaldırılamaz. Yeni ortak alınması bütün ortakların rızasını gerektirir. Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından haklar kural olarak ortaklara elbirliğiyle ait olur. Temsil yetkisiyle ortaklık adına yapılan işlem bütün ortakları bağlar; ortak kendi adına işlem yapmışsa üçüncü kişiye karşı bizzat taraf olur. Aksi kararlaştırılmadıkça ortaklar üçüncü kişilere karşı üstlendikleri borçlardan müteselsilen sorumludur. Sona erme, devam şartları ve tasfiye sözleşme ile Kanundaki sebeplere göre yürür; ortaklığın bitmesi dış borçları kendiliğinden ortadan kaldırmaz.

Adi ortaklık, tüzel kişilik yaratan bir kuruluş işleminden önce, ortak amaca yönelmiş bir sözleşme ilişkisidir. İki veya daha fazla kişi malını ya da emeğini bu amaç için birleştirmeyi üstlenir. Bir yapı kanunda düzenlenmiş şirket türlerinden birinin ayırt edici niteliklerini taşımıyorsa adi ortaklık hükümlerine tabi olur. Bu nedenle nitelendirme yapılırken tarafların kullandığı ad değil, örgütlenmenin gerçek özellikleri esas alınır.

Her ortak para, alacak, mal veya emek biçiminde katılım payı koyar. Aksi kararlaştırılmamışsa payların amacın gerektirdiği önem ve nitelikte, birbirine eşit olması gerekir. Ortaklar ortaklığa ait kazançları paylaşır; kazanç ve zarar oranı belirlenmemişse katılım paylarının değerinden bağımsız olarak eşitlik esastır. Yalnız emeğini koyan ortak için zarara katılmaksızın kazanca katılma kararlaştırılabilir.

Kararlar kural olarak bütün ortakların oybirliğiyle alınır. Sözleşmede çoğunluk öngörülmüşse çoğunluk sermayeye değil ortak sayısına göre belirlenir. Yönetim bir veya birkaç ortağa ya da üçüncü kişiye bırakılmadıkça bütün ortaklar yönetebilir. Birden çok yönetici ortak varsa her biri tek başına işlem yapabilir; diğer yönetici işlem tamamlanmadan itiraz ederek onu durdurabilir. Olağan dışı işler ve genel yetkili temsilci atanması oybirliği gerektirir, gecikmesinde sakınca olan hâller saklıdır.

Ortak rekabet ederek ortak amacı engelleyemez, ortaklık işlerinde kendi işlerinde gösterdiği özeni gösterir ve kusuruyla verdiği zararı giderir. Yönetim yetkisi bulunmasa bile her ortak işleyiş hakkında bilgi alabilir, defterleri inceleyebilir ve mali durum özeti çıkarabilir; bu hak sözleşmeyle kaldırılamaz. Yeni ortak alınması herkesin rızasına bağlıdır. Bir ortağın üçüncü kişiyi kendi payına ortak etmesi, o kişiye ortaklık sıfatı kazandırmaz.

Üçüncü kişilerle ilişkide temsil belirleyicidir. Ortak kendi adına ve ortaklık hesabına işlem yaparsa dış ilişkide alacaklı ve borçlu kendisidir. Ortaklık veya bütün ortaklar adına işlem yapmışsa diğer ortaklar temsil kuralları ölçüsünde bağlanır. Yönetici ortağın temsil yetkisi bulunduğu varsayılır; önemli tasarruf işlemleri için açık oybirliği yetkisi gerekir. Ortaklık için edinilen mallar, alacaklar ve ayni haklar kural

olarak bütün ortaklara elbirliğiyle aittir. Ortaklar birlikte veya temsilci aracılığıyla üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmadıkça müteselsilen sorumludur.

Bir ortağın kişisel alacaklısı, ortaklık malvarlığındaki belirli bir eşyayı o ortağın tek başına malı gibi haczettiremez; ortağın tasfiye payına ve dönemsel kâr payına yönelebilir. Ortaklık payının devri de diğer ortakların rızası bulunmadıkça devralanı dış ilişkide ortak yapmaz. Bu ayrım, elbirliği hâlindeki ortaklık malvarlığı ile ortağın sözleşmeden doğan ekonomik hakkının birbirinden ayrılmasını sağlar.

Ortaklık; amacın gerçekleşmesi veya imkânsızlaşması, süre bitimi, oybirliği, sözleşmede devam kaydı yoksa ölüm, kısıtlama, iflas veya payın cebrî icrayla satılması, fesih bildirimi ya da haklı nedenle mahkeme kararı gibi sebeplerle sona erebilir. Belirsiz süreli ilişkide ortak altı ay önce bildirim yapabilir; bildirim uygun olmayan zamanda ve dürüstlüğe aykırı kullanılamaz, hesap yılı sonunda hüküm doğurur. Sözleşmede ortaklığın diğerleriyle sürmesi kararlaştırılmışsa ayrılan ortağın payı, ayrılma tarihindeki mali durum esas alınarak hesaplanır. Ayrılmadan önce doğmuş borçlar bakımından dış sorumluluk sırf ortaklıktan çıkışla silinmez; devam eden işlerin sonuçları da hesaplaşmada dikkate alınır.

Tasfiyede önce ortaklık borçları, giderler ve ortakların verdiği avanslar karşılanır, ardından katılım payları iade edilir; kalan kazanç veya karşılanamayan zarar paylaşılır. Ayni olarak konulmuş bir şeyin doğrudan geri verilmesi değil, sözleşmede belirlenen ya da konulduğu zamandaki değerin iadesi esastır. Tasfiye kural olarak bütün ortakların elbirliğiyle yürütülür; yönetim yetkisinin daha önce tek ortağa bırakılmış olması onu kendiliğinden tek tasfiye görevlisi yapmaz. Ortaklığın sona ermesi, üçüncü kişilere karşı mevcut yükümlülükleri değiştirmez.

10.2.2 · Kollektif ve Komandit Şirket

Şahıs Şirketlerinde Ortak Sıfatı, Yönetim ve Dış Sorumluluk

KISACA

Kollektif şirket, ticari işletmeyi unvan altında işletmek üzere gerçek kişiler arasında kurulur ve hiçbir ortağın şirket alacaklılarına karşı sorumluluğu sınırlandırılamaz. Yazılı şirket sözleşmesi ile gerekli imza onayı, tescil ve ilan kuruluşun temel aşamalarıdır; tüzel kişilik tescille kazanılır. Ortaklar kural olarak yönetim hakkına sahiptir, önemli olağan dışı işlemler oybirliği gerektirir ve her ortak denetim hakkını kullanabilir. Şirket borçlarından önce şirket, takip sonuçsuz kalır veya şirket sona ererse ortaklar bütün malvarlıklarıyla müteselsilen sorumludur. Komandit şirkette ise komandite ortak kollektif ortak gibi sınırsız sorumlu olurken komanditerin sorumluluğu koymayı taahhüt ettiği sermayeyle sınırlıdır. Komandite gerçek kişi olmak zorundadır; komanditer gerçek veya tüzel kişi olabilir. Yönetim komanditelere aittir. Komanditer olağan işlere itiraz edemez, fakat olağan dışı işlemlerde oy kullanır ve denetim hakkına sahiptir. Unvanda komanditerin adının yer alması veya yönetimde sınırı aşması, sorumluluk bakımından ağır sonuç doğurabilir.

Kollektif ve komandit şirketleri ayıran temel ölçüt, ortakların şirket alacaklılarına karşı sorumluluk yapısıdır. Kollektif şirket yalnız gerçek kişiler arasında, ticari işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla kurulur ve ortakların hiçbiri dış sorumluluğunu sınırlayamaz. Komandit şirkette ise en az bir komandite ortak sınırsız, en az bir komanditer ortak koymayı taahhüt ettiği sermaye ile sınırlı sorumludur. Komandite yalnız gerçek kişi olabilir; komanditer gerçek veya tüzel kişi olabilir.

Kollektif şirket sözleşmesi yazılı olmalı, imzalar noter veya sicil görevlisi önünde doğrulanmalıdır. Ortakların kimliği, unvan, merkez, işletme konusu, sermaye taahhütleri ve temsil yetkilileri zorunlu kayıtlardır. Kurucular sözleşmeyi onaydan itibaren on beş gün içinde sicile verip tescil ister. Şirket tescille tüzel kişilik kazanır. Tescilden önce şirket adına işe başlanırsa ortaklar bu işlemlerden üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olur.

İç ilişkide sözleşme serbestisi esastır. Aksi düzenlenmemişse her kollektif ortak yönetim hakkı ve görevi taşır. Olağan işlemler yönetici tarafından yapılabilir; bağış, kefalet, garanti, ticari temsilci atama veya şirketin özüne ilişkin araçların devri gibi olağan dışı işlerde oybirliği gerekir. Yönetim hakkı bulunmayan ortak bile defter ve belgeleri inceleyebilir. Her ortağın bir oyu vardır; sözleşme değişikliği oybirliği, diğer kararlar kural olarak çoğunlukla alınır. Ortak, izinsiz olarak şirketin yaptığı türden işlemi kendi hesabına yapamaz veya rakip şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak giremez.

Dış ilişkide şirketi temsile yetkili kişi işletme konusuna giren işlemleri unvan altında yapar. Yetki sınırlamaları iyiniyetli üçüncü kişiye karşı kural olarak ileri sürülemez; tescil ve ilan edilmiş birlikte imza şartı saklıdır. Temsilcinin şirket adına yaptığı işlem şirketi bağlar, görev sırasında işlenen haksız fiilden şirket de sorumlu olur. Şirket borçlarında birinci derece sorumluluk şirkettedir. Şirkete karşı takip

sonuçsuz kalır veya şirket sona ererse ortaklar bütün malvarlıklarıyla ve müteselsilen takip edilebilir. Yeni giren ortak önceki borçlardan da aynı biçimde sorumludur.

Ortakların dış sorumluluğunu daraltan şirket sözleşmesi hükümleri üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Şirket borcunu ödeyen ortak, ödediği tutar ölçüsünde şirkete ve iç ilişkide payına düşenden fazlası için diğer ortaklara dönebilir. Şirkete yeni katılma önceki borçları da kapsarken ayrılma, ayrılıştan önce doğan borçların takibini kendiliğinden sona erdirmez. Bu yüzden ortak değişikliğinin tescil ve ilan tarihi ile alacağın doğduğu an birlikte saptanmalıdır.

Komandit şirkette yönetim ve temsil komandite ortaklara aittir. Komanditer olağan yönetim işlerine itiraz edemez; fakat olağan dışı işlemler, sözleşme değişikliği, ortak girişi ve çıkışı gibi temel kararlarda oy kullanır. Yıl sonunda bilanço ve kâr-zarar hesabını inceleyebilir; haklı nedenle mahkemeden denetim isteyebilir. Komanditer kişisel emeğini veya ticari itibarını sermaye koyamaz. Taahhüt ettiği sermayeyi yerine getirdiği ölçüde dış sorumluluktan kurtulur. Aldığı faiz veya kâr payı usulüne uygun bilançoya göre verilmişse şirket sonradan zarar etse bile iadesi gerekmez; ancak haksız alınan tutar sermaye açığını yeniden doğurabilir.

Sorumluluk sınırını korumak davranışa da bağlıdır. Komanditerin adı şirket unvanında yer alırsa üçüncü kişilere karşı komandite gibi sorumlu olabilir. Şirket adına işlem yapan komanditer, yetkisizliğini karşı tarafa bildirmemişse işlemden şahsen sorumlu tutulur. Buna karşılık yalnız denetim hakkını kullanması veya kanunun izin verdiği kararlara katılması yönetim yasağını ihlal etmez. Bir dosyada şirket türü kadar tescil, unvan, ortağın fiilî rolü, sermaye taahhüdünün ifası ve alacaklının önce şirkete yönelip yönelmediği birlikte incelenmelidir.

Anonim Şirkette Sermaye, Organ Yetkisi ve Pay Sahibi Koruması

KISACA
Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş, borçlarından yalnız kendi malvarlığıyla sorumlu bir sermaye şirketidir. Pay sahipleri şirkete karşı yalnız taahhüt ettikleri sermayeyle sorumludur. Tek kişiyle kurulabilir ve tüzel kişilik ticaret siciline tescille doğar. Esas sözleşme, sermaye taahhüdü ve kanunun aradığı kuruluş işlemleri tamamlanmalıdır. Yönetim kurulu şirketin yönetim ve temsil organı, genel kurul ise kanunda ve esas sözleşmede kendisine bırakılan konularda karar organıdır; biri diğerinin genel üstü değildir. Yönetim kurulunun devredilemez görevleri, genel kurulun da devredilemez yetkileri bulunur. Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur; bilgi alma, inceleme, oy, kâr payı ve dava haklarından yararlanır. Genel kurul kararları kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırıysa iptal; ağır sakatlıklarda butlan gündeme gelebilir. Kurucuların, yöneticilerin ve denetçilerin kanuni yükümlülük ihlalleri kusur ve zarar şartları içinde sorumluluk doğurur.

Anonim şirketin alacaklı ve pay sahibi bakımından temel dengesi, malvarlığının ayrılığı üzerine kurulur. Şirket, borçlarından bütün malvarlığıyla sorumludur; pay sahibi ise yalnız taahhüt ettiği sermayeyi şirkete ödemekle yükümlüdür. Şirket alacaklısı kural olarak pay sahibinin kişisel malvarlığına gidemez. Bu sınırlı sorumluluk karşılığında sermayenin korunması, organ yetkilerinin ayrılığı ve kamusal kayıt düzeni önem kazanır.

Şirket bir veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişiyle kurulabilir. Esas sözleşmede kurucuların iradesi, sermayenin tamamının taahhüdü, şirketin unvanı, merkezi, amacı, pay yapısı ve organ düzeni yer alır. Tüzel kişilik sicile tescille doğar. Tescilden önce şirket adına işlem yapanların sorumluluğu ile şirketin sonradan bu işlemleri üstlenmesi ayrıca değerlendirilir. Nakdî sermayenin ödenmesi ve ayni sermayenin değerlenmesi, alacaklı korumasının kuruluş aşamasındaki görünümüdür.

Yönetim kurulu şirketin yönetim ve temsil organıdır. Bir veya birden çok kişiden oluşabilir; üyenin pay sahibi olması şart değildir ve tüzel kişi de üye seçilebilir. Kurul, kanun veya esas sözleşmeyle genel kurula bırakılmayan yönetim konularında yetkilidir. Üst düzey yönetim, örgütün belirlenmesi, muhasebe ve finansal düzenin kurulması, yönetimin gözetimi, faaliyet raporlarının hazırlanması, genel kurulun hazırlanması ve borca batıklığın mahkemeye bildirilmesi gibi görevler devredilemez. Temsil yetkisi kural olarak çift imzayla kullanılır; usulünce tescil edilen sınırlamalar ve üçüncü kişinin kötüniyeti ayrıca incelenir.

Genel kurul, pay sahiplerinin şirket iradesine katıldığı organdır. Esas sözleşme değişikliği, organ seçimi, finansal tablolar, kârın kullanımı, ibra ve kanunda sayılan yapısal kararlar bu alandadır. Olağan toplantı faaliyet dönemi sonrasında yapılır; gerektiğinde olağanüstü toplantı mümkündür. Toplantıya çağrı, gündem, katılma hakkı, temsil, toplantı ve karar nisapları kararın geçerliliğini etkiler. Genel kurul yönetim kurulunun hiyerarşik üstü değildir; her organ kendi devredilemez alanında hareket eder.

Pay sahipliği yalnız oy vermekten ibaret değildir. Pay sahibi bilgi alma ve inceleme, genel kurula katılma, oy kullanma, kâr payı ve tasfiye payı isteme haklarına sahiptir. Eşit şartlardaki pay sahiplerine eşit işlem yapılmalıdır. Azlık, genel kurulun toplantıya çağrılması, gündeme madde eklenmesi, özel denetim ve haklı sebeple fesih gibi araçlarla korunur. Bilgi alma hakkının haksız reddi mahkeme yoluna taşınabilir. Şirketin haklı sebebe dayalı feshi istenirse mahkeme fesih yerine duruma uygun başka çözüme hükmedebilir.

Genel kurul kararının kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılığı iptal davasına konu olabilir. Davacı sıfatı, muhalefetin tutanağa geçirilmesi ve üç aylık süre gibi şartlar olayda tek tek denetlenir. Pay sahibinin vazgeçilmez haklarını ortadan kaldıran, temel yapıyı bozan ağır kararlar butlanla sakatlanabilir. Yönetim kurulu kararlarında da eşit işlem, sermayenin korunması ve devredilemez yetkilerin ihlali ağır geçersizlik yaratabilir.

Şirketin sermaye kaybı veya borca batıklık belirtileri göstermesi, yönetim kurulunun pasif kalabileceği bir alan değildir. Son yıllık bilanço sermaye ile kanuni yedek akçelerin belirli bölümünün karşılıksız kaldığını gösteriyorsa genel kurul uygun önlemleri görüşmek üzere çağrılır. Borca batıklık şüphesi varsa ara bilanço hazırlanır; varlıklar borçları karşılamıyorsa kanundaki istisnalar dışında mahkemeye bildirim gerekir. Bu ödevlerin gecikmesi hem alacaklı korumasını hem yönetici sorumluluğunu etkiler.

Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ederlerse şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara verdikleri zarardan sorumlu olabilir. Sorumluluk davasında zarar türü, davacı sıfatı, kusur, illiyet ve farklılaştırılmış teselsül birlikte değerlendirilir. Anonim şirket dosyasının omurgası bu nedenle dört sorudan oluşur: işlem hangi organın yetkisindedir, usul ve nisap doğru mudur, pay sahibi veya şirket hangi zarara uğramıştır ve hangi dava süresi içinde hangi hukuki sonuç istenebilir?

Limited Şirkette Pay Devri, Ortaklık Yükümlülükleri ve Müdürler

KISACA
Limited şirket bir veya daha çok gerçek ya da tüzel kişi tarafından kurulur; esas sermayesi paylara bölünür ve ortaklar şirket borçlarından sorumlu olmayıp yalnız sermaye taahhütleri ile şirket sözleşmesindeki ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirir. Şirket yazılı sözleşme ve tescille kurulur. Esas sermaye payının devri kural olarak yazılı şekle, imza onayına ve genel kurul onayına tabidir; sözleşme devri yasaklayabilir. Genel kurul kanunda sayılan temel konularda karar verir. Yönetim ve temsil müdürlere aittir; müdür ortak veya üçüncü kişi olabilir, fakat en az bir ortağın yönetim ve temsil yetkisi bulunmalıdır. Müdürlerin devredilemez görevleri, özen ve bağlılık borcu ile rekabet yasağı vardır. Ortakların bilgi alma, inceleme, çıkma ve ayrılma akçesi hakları korunur. Haklı sebep varsa ortak çıkma veya şirketin feshi için mahkemeye başvurabilir; mahkeme fesih yerine payın gerçek değerinin ödenmesi gibi uygun çözüm kurabilir.

Limited şirket, sermaye şirketi özelliğini ortaklar arasındaki daha kapalı ilişkiyle birleştirir. Bir veya daha çok gerçek ya da tüzel kişiyle kurulabilir. Şirket borçlarından şirket malvarlığı sorumludur; ortak yalnız taahhüt ettiği esas sermaye payını ve sözleşmede geçerli biçimde öngörülen ek ödeme ile yan edimleri yerine getirir. Tüzel kişilik ticaret siciline tescille doğar.

Şirket sözleşmesi yazılı yapılır ve kanunun zorunlu içeriğini taşır. Unvan, merkez, işletme konusu, sermaye ve pay dağılımı temel kayıtlardır. Ek ödeme, yan edim, rekabet yasağı, çıkma veya çıkarılma sebepleri gibi kayıtlar ancak sözleşmede açıkça yer alırsa uygulanabilir. Payın devri yazılı şekle ve imzaların onayına tabidir; kural olarak genel kurulun onayı gerekir. Şirket sözleşmesi onayı kaldırabilir, devri sınırlandırabilir veya yasaklayabilir. Bu nedenle devir sözleşmesi kadar güncel şirket sözleşmesi ve genel kurul kararı incelenmelidir.

Genel kurul; şirket sözleşmesini değiştirme, müdürleri atama ve görevden alma, finansal tabloları ve kâr dağıtımını karara bağlama, pay devrini onaylama ve önemli yapısal kararları alma yetkisine sahiptir. Olağan kararlar temsil edilen oyların salt çoğunluğuyla alınır; işletme konusunun değişmesi, sermaye artırımı, pay devri sınırlaması ve fesih gibi önemli kararlar ağırlaştırılmış nisap gerektirir. Anonim şirketlerdeki iptal ve butlan hükümleri limited genel kurul kararlarına da kıyasen uygulanır.

Yönetim ve temsil müdürlere aittir. Müdürlük bir veya birden çok ortağa, bütün ortaklara veya üçüncü kişilere verilebilir; en az bir ortak yönetim ve temsil yetkisini taşımalıdır. Üst yönetim, örgütün kurulması, muhasebe ve finansal düzen, gözetim, raporların hazırlanması, genel kurulun yürütülmesi ve borca batıklığın mahkemeye bildirilmesi devredilemez görevlerdir. Müdürler şirket menfaatini dürüstlük içinde gözetir, özenli davranır ve izin bulunmadıkça şirketle rekabet edemez.

Ortaklar eşit şartlar altında eşit işleme tabi tutulur; şirkete bağlılık borcu taşır ve şirketin çıkarlarına zarar verecek davranışlardan kaçınır. Rekabet yasağının kapsamı şirket sözleşmesi veya bütün

ortakların yazılı onayıyla değiştirilebilir. Bilgi alma ve inceleme talebi şirket sırlarının ortaklık dışı amaçla kullanılma tehlikesi yaratıyorsa müdürlerce sınırlandırılabilir, fakat ortak bu ret kararını genel kurula ve ardından mahkemeye taşıyabilir. Böylece bilgi hakkı kaldırılmaz; şirket menfaatiyle dengelenir.

Ek ödeme yükümlülüğü sınırsız bir borç yaratmaz. Şirket sözleşmesi her esas sermaye payı için öngörülebilecek üst sınırı gösterir ve istem ancak şirketin finansal ihtiyacını karşılayan kanuni koşullarda ileri sürülebilir. Yan edimler ise şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet eden verme, yapma veya kaçınma borçlarıdır; esas sermaye payının karşılığı sayılmaz. Payı devralan kişi, paya bağlı bu yükümlülükleri de devralır. Ek ödemenin geri verilmesi için şirket malvarlığında kanunun aradığı serbestçe kullanılabilir karşılığın bulunması gerekir.

Ortak, şirket sözleşmesindeki sebebe veya haklı nedene dayanarak çıkabilir; diğer ortaklar eşit işlem koşuluyla çıkmaya katılabilir. Şirket de sözleşmede yazılı sebebe dayanarak ortağı genel kurul kararıyla çıkarabilir; çıkarılma kararına karşı bildirimden itibaren üç ay içinde iptal davası açılabilir. Ayrılan ortak payının gerçek değerine uygun ayrılma akçesi ister; ödeme, kullanılabilir özkaynak, payın devri veya sermaye azaltımı şartlarına bağlı olarak muaccel olur. Haklı sebeple fesih davasında mahkeme şirketi sona erdirmek yerine davacıya pay değerinin ödenmesi veya başka kabul edilebilir çözüm uygulayabilir.

Müdürlerin sorumluluğunda görev ihlali, kusur, zarar ve nedensellik bağı aranır. Birden çok kişinin aynı zarara katkısında her biri kendisine yükletilebilen ölçüde sorumlu olur. Şirketin ödeme güçlüğü belirtileri karşısında sermaye kaybı ve borca batıklığa ilişkin anonim şirket kuralları da uygulanır. Böylece limited şirket uyuşmazlığında sözleşme hükümleri, karar nisabı, müdür yetkisi, ortağın bağlılık borcu ve ayrılmanın finansmanı birlikte ele alınır.

Kooperatifin Ticaret Şirketi Niteliği ve TTK İçindeki Temas Noktaları

KISACA
Türk Ticaret Kanunu kooperatifi, kollektif, komandit, anonim ve limited şirketlerle birlikte ticaret şirketleri arasında sayar. Buna karşılık kooperatifi şahıs veya sermaye şirketi sınıfına yerleştirmez. Kooperatif tüzel kişidir ve ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler, özel düzenleme bulunmadığı ölçüde ona da uygulanır. Birleşme, bölünme ve tür değiştirme kuralları kooperatiflerin diğer ticaret şirketleriyle yapısal ilişkisini ayrıca düzenler; geçerli dönüşüm yönleri ve karar şartları kanunda gösterilir. Sigorta hukukunda karşılıklı sigorta faaliyeti yalnız kooperatif şirket biçiminde yürütülebilir. Bu sınırlı TTK çerçevesi, kooperatifin ticaret şirketi olduğunu kesin biçimde ortaya koyar; ancak kuruluş, ortaklık, organlar ve işleyişin ayrıntıları özel kooperatif mevzuatının alanındadır. Avukatın TTK kaynaklı bir sorunda önce genel hükmü ve yapısal işlem kuralını, sonra özel düzenlemenin bulunup bulunmadığını incelemesi gerekir.

Kooperatifin Türk Ticaret Kanunundaki yeri kesin fakat sınırlı bir çerçeveyle çizilir. Kanun, kooperatifi beş ticaret şirketi türünden biri olarak sayar. Kollektif ve komandit şirketleri şahıs; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketleri sermaye şirketi olarak sınıflandırırken kooperatifi bu ikili ayrımın dışında bırakır. Bu nedenle kooperatifi doğrudan şahıs veya sermaye şirketi saymak, kanuni sınıflandırmayı aşar.

Ticaret şirketi olması nedeniyle kooperatif tüzel kişiliğe ve genel hak ehliyetine sahiptir. Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak üzere Medenî Kanunun tüzel kişi kuralları ve Ticaret Kanununda boşluk bulunan yerde niteliğe uygun düştüğü ölçüde adi ortaklık hükümleri devreye girebilir. Sermaye koyma, yapısal değişikliklerde ortaklık haklarının korunması ve Bakanlığın denetim yetkisi gibi genel şirket hükümleri de özel düzenlemeyle çatışmadıkları ölçüde önem taşır.

Kooperatifin TTK ile belirgin temaslarından biri yapısal değişikliklerdir. Kanun hangi şirket türlerinin kooperatifle birleşebileceğini, bölünebileceğini veya kooperatife dönüşebileceğini sınırlar. Bir sermaye şirketi veya kollektif ve komandit şirket kooperatife dönüşebilir; kooperatif ise sermaye şirketine dönüşebilir. Dönüşüm, şirketin devamlılığını korur ve ortakların pay ile haklarının korunmasını gerektirir. Ek ödeme veya kişisel yükümlülük doğuran kararlarda daha güçlü ortak iradesi aranır.

Diğer temas sigorta hukukundadır. Birden çok kişinin birleşip içlerinden birinin belirli riziko nedeniyle uğrayacağı zararı karşılamayı üstlenmesi karşılıklı sigortadır ve bu faaliyet yalnız kooperatif şirket biçiminde yürütülebilir. Böylece kooperatif, üyelerin ortak riskini dayanışma esasına göre örgütleyen bir şirket formu olarak özel bir işlev kazanır.

TTK metni, kooperatifin kuruluş, ortak kabulü, organları, pay yapısı ve sona ermesine ilişkin kapsamlı bir rejim kurmaz. Bu ayrıntılar özel kooperatif düzenlemelerinde aranmalıdır. Dolayısıyla somut uyuşmazlıkta TTK'nın ticaret şirketi niteliği, genel hükümler, yapısal değişiklik veya karşılıklı sigorta

kuralı uygulanır; özel işleyiş konusunda ise ilgili özel mevzuata geçilir. Bu ayrım, genel hükmü gereğinden fazla genişletmeyi ve özel düzenlemeyi gözden kaçırmayı önler.

10.2.6 · Birleşme Bölünme ve Tür Değiştirme

Şirket Yapısal Değişikliklerinde Devamlılık ve Hakların Korunması

KISACA

Birleşme, şirketlerin devralma veya yeni kuruluş yoluyla tek yapı altında toplanmasıdır; tescille devrolunan şirketin malvarlığı bir bütün hâlinde devralana geçer ve şirket sona erer. Bölünme tam veya kısmi olabilir. Tam bölünmede bütün malvarlığı bölümlere ayrılıp devredilir ve şirket sona erer; kısmi bölünmede belirli bölümler devredilirken şirket devam eder. Tür değiştirmede şirket başka bir hukuki biçime geçer, fakat eski şirketin devamı sayılır. Üç işlemde de ortaklık paylarının ve haklarının korunması temel ilkedir. Yönetim organı sözleşme veya plan ile açıklayıcı rapor hazırlar; ortakların inceleme hakkı, genel kurul onayı ve sicil tescili gerekir. Alacaklılar teminat, işçiler ise hizmet ilişkisinin geçişi bakımından korunur. Pay veya hakların gereği gibi korunmadığını ileri süren ortak inceleme; hukuka aykırı karar için iptal; kusurlu işlem nedeniyle zarar doğmuşsa sorumluluk davasına başvurabilir.

Birleşme, bölünme ve tür değiştirme tasfiye yerine devamlılığı kullanan yapısal işlemlerdir. Birleşmede bir şirket diğerini devralır veya şirketler yeni bir şirket kurar. Tescil anında devrolunan şirketin aktif ve pasifi kendiliğinden devralana geçer; devrolunan şirket sona erer ve ortaklar belirlenen değişim oranına göre devralan şirkette hak kazanır. Bu geçiş tek tek devir işlemleriyle değil külîî halefiyetle gerçekleşir.

Birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları yazılı birleşme sözleşmesi hazırlar. Sözleşme, katılan şirketleri, pay değişim oranını, denkleştirme tutarını, ortaklara tanınan hakları ve işlemin hangi tarihten itibaren muhasebe sonuçlarını etkileyeceğini gösterir. Ayrıca hukuki ve ekonomik gerekçeleri açıklayan birleşme raporu düzenlenir. Son bilanço tarihi ile sözleşme arasında önemli malvarlığı değişiklikleri olmuşsa ara bilanço gerekir. Küçük ve orta ölçekli şirketlerde kanunun izin verdiği kolaylıklar, bütün ortakların onayı gibi özel şartlara bağlıdır.

Birleşmede ortaklığın devamı esastır. Devrolunan şirket ortağı, önceki payının değerini karşılayan devralan şirket paylarını alır; oy hakkı bulunmayan veya imtiyazlı paylara eşdeğer hak sağlanır. Değişim oranındaki sınırlı fark denkleştirme akçesiyle giderilebilir. Ayrılma akçesinin seçimlik veya zorunlu biçimde öngörülmesi ise kanundaki şartlara ve karar nisabına bağlıdır. Böylece yapısal işlem, çoğunluğun kararıyla azlığın ekonomik değerini karşılıksız bırakamaz.

Bölünmede malvarlığı bölümlere ayrılır. Tam bölünmede bütün bölümler başka şirketlere geçer ve devreden şirket sona erer. Kısmi bölünmede bazı bölümler devredilir, devreden şirket varlığını sürdürür; karşılık paylar devreden şirkete veya ortaklarına verilebilir. Bölünme planında hangi aktif ve pasifin nereye geçtiği açıkça gösterilmelidir. Tahsis dışı kalan değerler ve borçlar için Kanun tamamlayıcı paylaşım ve müteselsil sorumluluk kuralları getirir. Bölünmede ortakların pay oranlarının korunması kuraldır; oranların değiştiği bölünme daha ağır karar desteği gerektirir.

Tür değiştirmede malvarlığını devreden başka bir şirket yoktur. Aynı şirket hukuki biçimini değiştirir ve yeni türde eskisinin devamı olur. Kanun geçerli dönüşüm yönlerini sınırlar. Yeni türün kuruluş şartları uygulanır; yönetim organı yazılı plan ve rapor hazırlar. Ortakların payları, imtiyazları ve intifa hakları korunur veya uygun karşılık sağlanır. Tür değişikliği öncesindeki borçlar ortadan kalkmaz; ortakların kişisel sorumluluğu bakımından alacaklıyı koruyan devam kuralları uygulanır.

Her üç işlemde yönetim organının hazırladığı belgeler, ortaklara önceden inceleme için sunulur ve genel kurul kanundaki nisapla karar verir. Ortaklar planı, sözleşmeyi, raporu, finansal tabloları ve gerekiyorsa ara bilançoyu kanuni süre içinde inceleyebilir; bunların kopyalarını isteyebilir. İnceleme hakkının gereği gibi kullandırılmaması kararın hukuka uygunluğunu etkiler. Tescil yapısal işlemin hüküm doğurduğu andır ve ilan üçüncü kişilerin korunmasına hizmet eder.

Birleşme ve bölünmede alacaklılar ilan üzerine kanuni süre içinde alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilir. Katılan şirket, alacağın tehlikeye düşmediğini ispatlar veya diğer alacaklıların zarar görmeyeceği şartlarda borcu öderse teminat yükümlülüğü farklı sonuçlanabilir. İş ilişkileri malvarlığı bölümünün geçişiyle devralana geçer; işçinin itiraz hakkı ile müteselsil sorumluluk hükümleri saklıdır. Şahsen sorumlu ortakların işlemden önce doğmuş borçlara ilişkin sorumluluğu da sırf tescille sona ermez.

Ortaklık payı veya hakkı gereği gibi korunmamışsa ortak, yapısal değişiklik kararının ilanından itibaren iki ay içinde uygun denkleştirme akçesinin belirlenmesini isteyebilir. Bu dava yapısal işlemin geçerliliğini kendiliğinden durdurmaz ve aynı hukuki durumdaki ortaklar için sonuç doğurabilir. Karar kanuna aykırıysa iptal davası gündeme gelir; mahkeme giderilebilir eksiklik için süre verebilir. İşleme katılan yönetici, uzman veya diğer sorumlular kusurlarıyla zarar vermişse sorumluluk davası açılabilir. Avukatın işlem türünü doğru nitelemesi, tescil tarihini, inceleme belgelerini, karar nisabını, alacaklı bildirimini ve korunmayan hakkın niteliğini aynı kronoloji içinde değerlendirmesi gerekir.

10.3.1 · Kıymetli Evrakın Genel Teorisi

Senet ile Hakkın Birliği, Devir ve Defi Düzeni

> **KISACA**
> Kıymetli evrakta hak senede bağlanmıştır; senet olmadan ileri sürülemez ve devredilemez. Borçlu kural olarak ancak senedin teslimi karşılığında ödeme yapar ve hile veya ağır kusuru yoksa şeklen hak sahibi görünen kişiye vadede ödeme ile borcundan kurtulur. Devir için her durumda zilyetliğin geçirilmesi gerekir. Emre yazılı senette ciro, nama yazılı senette yazılı devir beyanı buna eklenir; hamiline yazılı senette hak sahipliği senedin zilyetliğine dayanır. Senet türü, borçlunun hamile karşı ileri sürebileceği defileri ve dolaşım güvenini etkiler. Zayi hâlinde hak sahibi mahkemeden iptal isteyebilir; iptal kararıyla hakkını senetsiz ileri sürme veya yeni senet düzenlenmesini talep etme imkânı doğar. Bir dosyada senedin türü, devir zinciri, zilyetlik, hamilin iyiniyeti ve ileri sürülen definin senet metninden mi yoksa kişisel ilişkiden mi kaynaklandığı birlikte incelenir.

Kıymetli evrakın ayırıcı özelliği, hakkın senetle birleşmesidir. Senedin içerdiği hak, senetten ayrı ileri sürülemez ve başkasına devredilemez. Bu bağlılık borçlunun ödeme davranışını da belirler: borçlu ancak senedin teslimi karşılığında ödeme yapmakla yükümlüdür. Hile veya ağır kusuru yoksa vadede senedin niteliğine göre alacaklı görünen kişiye ödeme yapan borçlu borcundan kurtulur.

Devrin ortak şartı senet zilyetliğinin geçirilmesidir. Emre yazılı senette buna ciro, nama yazılı senette yazılı devir beyanı eklenir. Hamiline yazılı senette ise metin veya şekil, senedi elinde bulunduranın hak sahibi sayılacağını gösterir. Nama yazılı senet belli kişi adına düzenlenir, onun emrine kaydını içermez ve kanunen emre yazılı sayılmaz. Tür tespiti yalnız başlığa değil senet metnine ve kanuni nitelendirmeye dayanır.

Emre yazılı senette ciro ve teslim, senetten doğan hakları devreder. Nama yazılı devirde yazılı beyan ve teslim gerekir. Hamiline yazılı senette dolaşım daha hızlıdır, fakat borçlunun defi imkânları kanunda sınırlanmıştır. Borçlu senedin geçersizliğinden veya metninden doğan defilerle, hamile karşı şahsen sahip olduğu defileri ileri sürebilir. Önceki hamille kişisel ilişkiden doğan defi, yeni hamil bilerek borçlunun zararına hareket etmişse ona karşı kullanılabilir.

Defiler bakımından senedin metninden anlaşılabilen itirazlarla borçlunun şahsından doğan itirazları ayırmak gerekir. İmzanın borçluya ait olmaması, ehliyetsizlik veya temsil yetkisinin bulunmaması ilgili imza sahibi yönünden ileri sürülebilir; bir imzanın geçersizliği senetteki bağımsız diğer imzaları kendiliğinden düşürmez. Temel sözleşmenin ifa edilmediği ya da bedelsizlik gibi kişisel savunmalar ise kural olarak o ilişkinin tarafına yöneltilir. Senedi devralan kişi borçlunun zararına bilerek hareket etmişse dolaşım güvenini koruyan sınırlamadan yararlanamaz.

Kıymetli evrakın türü, devir biçimi kadar borçlunun ödeme ile kurtulma şartını da değiştirir. Nama yazılı senette borçlu, devir zincirini gösteren yazılı beyanları inceleyebilir. Emre yazılı senette şeklen kesintisiz ciro zinciri meşruiyet görünümü sağlar. Hamiline yazılı senette zilyetlik esas olmakla birlikte borçlu,

ödeme isteyenin yetkisizliğini bildiği veya ağır kusurla bilmediği hâlde yaptığı ödemeyle korunmaz. Senedin ibrazı ve ödeme karşılığında teslim alınması, aynı hakkın yeniden ileri sürülmesini önler.

Senedin zayi olması hakkın kaybına dönüşmek zorunda değildir. Zıya anında hak sahibi olan kişi mahkemeden iptal isteyebilir. Mahkeme senet türüne göre ödeme yasağı koyar, hamili ilanla ibraza çağırır ve senet sunulmazsa iptal kararı verir. İptal üzerine hak sahibi hakkını senetsiz ileri sürebilir veya yeni senet düzenlenmesini isteyebilir. Senet ibraz edilirse iptal isteyen kişiye iade davası açması için süre verilir. Bu süre içinde dava açılmazsa ödeme yasağı kaldırılır ve senet ibraz edene geri verilir.

İptal kararı senetteki maddi hakkı yaratmaz; yalnız hakkın senetsiz kullanılmasının önündeki engeli kaldırır. Bu nedenle başvuranın zıya anında hak sahibi olduğunu yaklaşık olarak göstermesi, senedi tanımlayacak bilgileri vermesi ve ilan sürecini izlemesi gerekir. Hamiline, nama ve emre yazılı senetlerde çağrı ve bekleme düzeni aynı değildir. Kambiyo senetleri bakımından özel iptal hükümleri, genel kıymetli evrak düzenine göre öncelikle uygulanır.

Avukat için pratik sıra nettir: önce belgenin gerçekten kıymetli evrak olup olmadığı, sonra nama, emre veya hamiline niteliği, ardından devir işlemleri ve ciro zinciri belirlenir. Ödeme, zilyetlik, iyiniyet ve defi savunmaları bundan sonra değerlendirilir. Senet kayıpsa doğrudan alacak davasına yönelmek yerine iptal usulünün gerekip gerekmediği araştırılır. Hakkın senede bağlılığı, hem alacaklının ispat gücünü hem de hakkı kullanmak için uyması gereken şekli birlikte yaratır.

10.3.2 · Poliçe

Poliçede Üçlü İlişki, Kabul, Ödeme ve Başvuru Hakkı

KISACA

Poliçe, düzenleyenin muhataba belirli bedeli lehtara veya emrine kayıtsız ve şartsız ödeme emri verdiği kambiyo senedidir. Metinde poliçe kelimesi, bedel, muhatap, lehtar, düzenlenme tarihi ve yeri ile düzenleyenin imzası bulunmalıdır; vade ve ödeme yeri eksiklikleri kanuni varsayımlarla tamamlanabilir. Muhatap imza yoluyla kabul edince asıl borçlu hâline gelir. Poliçe ciro ve teslimle dolaşır. Hamil, vadede veya izleyen iki iş gününde senedi ödeme için ibraz eder. Ödeme yapılmazsa veya kabulden kaçınılırsa kanundaki sürede protesto düzenlenerek düzenleyen, cirantalar ve aval verenlere başvurulur. Bu kişiler hamile karşı müteselsilen sorumludur ve hamil sıraya bağlı değildir. Gidersiz veya protestosuz kaydı protestoyu kaldırabilir, fakat zamanında ibraz ve ihbar yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Poliçe dosyasında şekil, ciro zinciri, kabul, vade, ibraz, protesto ve başvuru zamanaşımı birbirini izleyen ayrı kontrol noktalarıdır.

Poliçe üç kişili bir ödeme düzeni kurar: düzenleyen, muhataba belirli bedeli lehtara ödeme emri verir. Senet metninde poliçe kelimesi, kayıtsız ve şartsız havale, muhatabın adı, vade, ödeme yeri, lehtar, düzenlenme tarihi ve yeri ile düzenleyenin imzası bulunur. Vade yazılmamışsa senet görüldüğünde ödenir; ödeme yeri belirtilmemişse muhatabın adı yanındaki yer esas alınır. Düzenlenme yeri yoksa düzenleyenin adı yanındaki yer kabul edilir. Diğer zorunlu unsurların eksikliği senedi poliçe olmaktan çıkarabilir.

Muhatap, poliçeyi kabul etmek zorunda değildir. Kabul şerhi senet üzerine yazılıp imzalanır ve muhatabı vadede ödeme borcu altına sokar. Kabul kayıtsız olmalıdır; muhatap bedelin yalnız bir kısmını kabul edebilir, bunun dışındaki değişiklik kabulden kaçınma sayılır ve muhatap kabul ettiği içerik ölçüsünde bağlı kalır. Görüldükten belirli süre sonra ödenecek poliçenin vadesinin hesaplanabilmesi için kabul tarihi önemlidir. Muhatap tarih koymazsa hamil protestoyla bu eksikliği belirleyerek başvuru hakkını korur.

Düzenleyen kabul edilmemeden ve ödenmemeden sorumludur; ödenmeme sorumluluğunu kaldıran kayıt yazılmamış sayılır. Yetkisiz temsilci senedi imzalarsa kural olarak bizzat sorumlu olur. Geçersiz bir imza diğer bağımsız imzaları kendiliğinden geçersiz kılmaz. Poliçenin düzenleyenin emrine, bizzat düzenleyen üzerine veya üçüncü kişi hesabına çekilebilmesi, zorunlu taraf işlevlerinin her olayda farklı kişilerde bulunmasını gerektirmez; hangi imzanın hangi kambiyo taahhüdünü doğurduğu metinden belirlenir.

Poliçe, aksi kayıt yoksa ciro ve zilyetliğin geçirilmesiyle devredilir. Hamil, birbirine bağlı ciro zinciriyle hakkını ispatlar. Vade; görüldüğünde, görüldükten veya düzenlenmeden belirli süre sonra ya da belirli günde olabilir. Başka türlü veya birden çok vadeli düzenleme geçersizdir. Belirli vadeli poliçe ödeme gününde veya onu izleyen iki iş gününde ibraz edilir. Hamil kısmi ödemeyi reddedemez; ödeme senet

üzerine yazılır ve borçlu bu ölçüde ibra edilir. Vadeden önce ödeme isteyen hamil borçluyu zorlayamaz; vadeden önce kendi isteğiyle ödeme yapan muhatap bunun riskini taşır.

Vadede ödeme olmazsa hamil düzenleyen, cirantalar, aval verenler ve diğer poliçe borçlularına başvurabilir. Vade gelmeden önce kabulden tamamen veya kısmen kaçınılması, muhatabın iflası ya da sonuçsuz kalan takip gibi kanunda sayılan durumlarda da başvuru doğabilir. Kabul edilmeme veya ödenmeme kural olarak noter protestosuyla belirlenir. Ödememe protestosu, ödeme gününü izleyen iki iş günü içinde çekilir. Kabul etmeme protestosu süresinde çekilmişse ayrıca ödeme için ibraz ve ödememe protestosu aranmaz.

Senette gidersiz veya protestosuz kaydı bulunması protesto zorunluluğunu kaldırabilir; fakat süresinde ibraz ve ihbar devam eder. Kaydı düzenleyen koymuşsa bütün imza sahipleri, ciranta veya avalist koymuşsa yalnız o kişi bakımından sonuç doğurur. Hamil protesto veya ibraz gününü izleyen dört iş günü içinde kendi cirantasına ve düzenleyene ihbar yapar; her ciranta aldığı ihbarı önceki cirantaya iletir. İhbarın gecikmesi başvuru hakkını kendiliğinden düşürmez, fakat kusurla doğan zararın tazminini gerektirebilir.

Poliçeyi düzenleyen, kabul eden, ciro eden ve aval veren kişiler hamile karşı müteselsil borçludur. Hamil borçlanma sırasına bağlı olmadan birine, birkaçına veya hepsine başvurabilir. Ödeyen başvuru borçlusu senedi, protestoyu ve ödeme hesabını isteyerek kendisinden önce sorumlu olanlara dönebilir. Bu güçlü başvuru hakkı şekil ve süre disiplinine bağlıdır. Bir dosyada önce zorunlu unsurlar ve imzalar, sonra ciro zinciri, kabul ve vade, ardından ibraz ile protesto belgeleri incelenir. Maddi ilişkiden doğan savunmaların iyiniyetli hamile karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği de senet hukukunun defi sınırlarına göre belirlenir.

10.3.3 · Bono

Bonoda Ödeme Vaadi, Zorunlu Unsurlar ve Düzenleyenin Borcu

KISACA
Bono, düzenleyenin lehtara veya emrine belirli bedeli kayıtsız ve şartsız ödeme vaadini içeren kambiyo senedidir. Poliçedeki ödeme emrinden farklı olarak bonoda düzenleyen doğrudan asıl borçludur ve poliçeyi kabul eden muhatap gibi sorumlu olur. Senet metninde bono veya emre yazılı senet ibaresi, belirli bedel, lehtar, düzenlenme tarihi ve yeri ile düzenleyenin imzası bulunur. Vade veya ödeme yeri eksikliği kanuni varsayımlarla tamamlanabilir; temel unsurların diğer eksiklikleri kambiyo senedi niteliğini engeller. Bononun yapısına aykırı düşmedikçe poliçenin ciro, vade, ödeme, başvuru, zamanaşımı, iptal ve defi hükümleri uygulanır. Aval de bonoda kullanılabilir; kimin lehine verildiği belirtilmemişse düzenleyen lehine sayılır. Uyuşmazlıkta belgenin bono niteliği, imza, ciro zinciri, ibraz ve protesto işlemleri ile temel ilişkiden doğan defilerin hamile karşı ileri sürülebilirliği ayrı ayrı değerlendirilir.

Bononun ayırıcı yönü bir havale değil, doğrudan ödeme vaadi içermesidir. Düzenleyen, belirli bedeli lehtara veya emrine kayıtsız ve şartsız ödemeyi üstlenir. Bu nedenle poliçedeki düzenleyen, muhatap ve lehtar üçlüsüne karşılık bonoda esas ilişki düzenleyen ile lehtar arasında kurulur. Düzenleyen, poliçeyi kabul eden muhatap gibi asıl borçlu sıfatını taşır.

Geçerli bono senet metninde bono veya emre yazılı senet kelimesini, kayıtsız ve şartsız belirli bedel ödeme vaadini, vadeyi, ödeme yerini, lehtarı, düzenlenme tarihini ve yerini, düzenleyenin imzasını içerir. Vade yazılmamışsa görüldüğünde ödenecek bono sayılır. Ödeme yeri belirtilmemişse düzenlenme yeri hem ödeme yeri hem düzenleyenin yerleşim yeri kabul edilir. Düzenlenme yeri yoksa düzenleyenin adı yanındaki yer esas alınır. İmza veya lehtar gibi temel unsurun yokluğu ise bu tamamlayıcı kurallarla giderilemez.

Ödeme vaadi herhangi bir koşula bağlanamaz. Senetteki bedel hem yazıyla hem rakamla gösterilmiş ve aralarında fark varsa yazıyla yazılan tutar; birden çok kez farklı tutar yazılmışsa en düşük tutar esas alınır. Faiz kaydı yalnız görüldüğünde veya görüldükten belirli süre sonra ödenecek bonoda ve faiz oranı senette gösterilmişse sonuç doğurabilir. Bu unsurlar incelenirken belgenin düzenlendiği tarihteki metni esas alınır; sonradan yapılan değişikliğin hangi imza sahibini bağladığı ayrıca belirlenir.

Bononun niteliğine aykırı düşmedikçe poliçenin ciro, vade, ödeme, ödememe hâlinde başvuru, protesto, zamanaşımı, iptal ve süre hükümleri uygulanır. Böylece bono ciro ve teslimle devredilebilir; hamil ciro zinciriyle hak sahipliğini gösterir. Vadeler görüldüğünde, görüldükten veya düzenlenmeden belirli süre sonra ya da belirli günde şeklinde kurulabilir. Görüldüğünde ödenecek bono kanuni süre içinde düzenleyene ibraz edilir. Görüldükten belirli süre sonra vadeli bonoda ise düzenleyenin tarihli görmesi, vadenin başlangıcını belirler; imtina protestoyla saptanır.

Vadede ödeme için ibraz ve ödenmeme hâlinin zamanında tespiti, ciranta ve aval verenlere başvuru hakkının korunmasında önem taşır. Hamil kısmi ödemeyi reddedemez; ödenen miktar senede yazılır ve buna ilişkin makbuz verilir. Düzenleyen asıl borçlu olduğundan ona karşı sorumluluğun niteliği, ciranta gibi başvuru borçlularından farklı değerlendirilir. Cirantalara karşı hak kaybına yol açan ibraz veya protesto eksikliği, düzenleyenin bonodan doğan asıl borcunu aynı biçimde sona erdirmez.

Bonoda her imza bağımsız bir kambiyo taahhüdüdür. Ehliyetsiz kişinin, sahte imzanın veya yetkisiz temsilcinin imzası diğer imzaları geçersiz kılmaz. Temsil yetkisi olmadan başkası adına imza atan kişi senetten bizzat sorumlu olur; ödeme yaparsa temsil olunanın sahip olabileceği hakları kazanır. Açık bono anlaşmaya aykırı doldurulmuşsa bu savunma, senedi kötüniyetle veya ağır kusurla iktisap etmeyen hamile karşı ileri sürülemez. Bu nedenle imza incelemesi ile doldurma anlaşmasının ihlali aynı savunma değildir.

Aval bononun bedelini tamamen veya kısmen güvence altına alabilir. Avalin kimin hesabına verildiği gösterilmemişse düzenleyen lehine verilmiş sayılır. Aval veren, lehine aval verdiği kişi gibi sorumlu olur ve ödeme yaparsa o kişiye ve ona karşı sorumlu olanlara senetten doğan haklarla başvurur. Aval taahhüdünün geçerliliği, güvence verilen borcun şekle ilişkin eksiklik dışındaki geçersizlik sebeplerinden kural olarak etkilenmez.

Dava veya takip dosyasında önce belgenin zorunlu unsurları incelenir. Ardından imzanın aidiyeti ve temsil yetkisi, varsa açık bono anlaşması, ciro zinciri, vade ile ibraz, protesto ve zamanaşımı belirlenir. Bedelsizlik veya sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi gibi temel ilişkiden doğan kişisel defilerin yeni hamile yöneltilip yöneltilemeyeceği, hamilin iktisap biçimi ve kötüniyeti üzerinden çözülür. Bononun güçlü takip aracı olması, şekil eksikliğini veya süre kaybını ortadan kaldırmaz.

Çekte Şekil, İbraz ve Karşılıksızlık Sonrası Başvuru

KISACA
Çek, muhatap bankaya belirli bedeli kayıtsız ve şartsız ödeme emri veren kambiyo senedidir. Çek kelimesi, bedel, banka unvanı, ödeme ve düzenlenme yeri, tarih, düzenleyen imzası, seri numarası ve karekod kanuni unsurlardır; bazı yer eksiklikleri tamamlayıcı kurallarla giderilir. Türkiye'de muhatap yalnız banka olabilir. Karşılık ve çek anlaşması bulunması gerekir, ancak bunların yokluğu senedin çek geçerliliğini kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Çekte kabul ve faiz şartı yoktur. Çek görüldüğünde ödenir; vadeye ilişkin kayıt yazılmamış sayılır. Düzenlendiği yerde ödenecek çek on gün, başka yerde ödenecek çek bir ay içinde ibraz edilir. Süresinde ibraz edilen çek ödenmezse protesto, banka beyanı veya takas odası tespitiyle durum belgelenir ve düzenleyen, cirantalar ile diğer çek borçlularına başvurulur. Çekten cayma ancak ibraz süresi geçince etkili olur. Hamilin başvuru hakları ibraz süresinin bitiminden itibaren üç yılda zamanaşımına uğrar.

Çek ekonomik işlevi bakımından ödeme aracıdır. Düzenleyen, muhatap bankaya belirli bedeli lehtara veya hamile ödeme emri verir. Senette çek kelimesi, kayıtsız ve şartsız havale, muhatabın ticaret unvanı, ödeme yeri, düzenlenme tarihi ve yeri, düzenleyenin imzası, seri numarası ve karekod bulunur. Ödeme veya düzenlenme yerindeki bazı eksiklikler kanuni varsayımla tamamlanabilir. Türkiye'de muhatap ancak banka olabilir; başka kişi üzerine düzenlenen belge yalnız havale sonucu doğurur.

Çek düzenlenirken bankada karşılık ve bu karşılık üzerinde çekle tasarruf etmeye ilişkin anlaşma bulunmalıdır. Bununla birlikte karşılığın veya çek anlaşmasının yokluğu belgenin çek niteliğini kendiliğinden bozmaz; düzenleyenin sorumluluğunu doğurur. Çekte kabul işlemi yapılamaz ve kabul kaydı yazılmamış sayılır. Faiz şartı da sonuç doğurmaz. Belirli kişi lehine, emre yazılı değil kaydıyla veya hamiline çek düzenlenebilir.

Emre yazılı veya kanunen emre sayılan çek ciro ve teslimle devredilir. Emre yazılı değildir kaydı taşıyan çek alacağın temlikiyle geçer. Ciro kayıtsız ve şartsız olmalı; kısmi ciro ve muhatap banka cirosu geçersizdir. Hamil birbirine bağlı ciro zinciriyle hak sahipliğini ispatlar. Çizilmiş ciro, hamilin yetkisini kesmez. Çeki ödeyen banka, ciroların düzenli zincir oluşturup oluşturmadığını denetler; ciranta imzalarının gerçekliğini araştırmakla yükümlü değildir.

Çekin ön yüzüne çizilen paralel çizgiler ödeme biçimini sınırlar. Genel çizgili çek ancak bir bankaya veya muhatabın müşterisine, özel çizgili çek ise çizgiler arasında gösterilen bankaya ya da onun müşterisine ödenebilir. Hesaba geçirilecektir kaydı nakden ödemeyi yasaklayıp bedelin hesaben tasarruf edilmesini gerektirir. Bu kayıtların silinmesi yazılmamış sayılır. Çizgi veya hesaba geçirme talimatına aykırı ödeme yapan banka, kanuni sınır içinde doğan zarardan sorumlu olabilir.

Çek görüldüğünde ödenir; buna aykırı vade kaydı yazılmamış sayılır. Düzenlendiği yerde ödenecek çek on gün, başka yerde ödenecek çek bir ay içinde bankaya sunulur; süre düzenlenme tarihinin ertesi günü başlar. Düzenlenme ve ödeme yerleri farklı kıtalardaysa üç aylık süre gündeme gelir. Takas

odasına sunma da ibrazdır. İbrazın son günü tatile rastlarsa süre izleyen iş gününe uzar; aradaki tatil günleri süre hesabına dâhildir.

Düzenleyen ancak ibraz süresi geçtikten sonra çekten cayabilir. Cayma yoksa banka sürenin geçmesinden sonra da ödeme yapabilir. Düzenleyenin ölümü, ehliyet kaybı veya iflası çekin geçerliliğini etkilemez. Banka kısmi ödeme önerdiğinde hamil bunu reddedemez; bedelin ödendiği çeke yazılır ve hamil bu kısmı gösteren onaylı örneği alır. Ödeme, başvuru alacağının kalan tutarını belirler.

Süresinde ibraz edilen çek ödenmezse ödememe protesto, bankanın çek üzerindeki tarihli beyanı veya takas odasının tarihli tespitiyle belgelenir. Tespit kural olarak ibraz süresi dolmadan yapılmalıdır; son gün yapılan ibrazda izleyen iş günü de kullanılabilir. Hamil durumu izleyen dört iş günü içinde kendi cirantasına ve düzenleyene bildirir. Protestosuz kaydı protestoyu kaldırabilse de ibraz ve ihbar yükünü ortadan kaldırmaz.

Hamil cirantalar, düzenleyen ve diğer çek borçlularına başvurup ödenmeyen bedeli, ibraz gününden itibaren faizi, giderleri ve kanuni sınırdaki komisyonu isteyebilir. Çek borçluları poliçeye yapılan atıf gereği müteselsilen sorumludur. Ödeme yapan çek borçlusu, kendisine karşı sorumlu kişilere bedel ve giderlerle dönebilir. Hamilin başvuru hakkı ibraz süresinin bitiminden itibaren üç yıl içinde kullanılmalıdır. Dosyada çekin şekli, ibraz yeri ve tarihi, banka işlemi, ciro zinciri, ödememe tespiti ve zamanaşımı birlikte incelenmeden yalnız karşılıksızlık kaydına dayanmak yeterli değildir.

10.3.5 · Ciro ve Aval

Cironun Devir ve Teminat Etkisi ile Aval Sorumluluğu

KISACA

Ciro, emre yazılı kambiyo senedindeki hakkın devrini sağlayan, kural olarak kayıtsız ve şartsız yazılı beyandır; senedin veya alonjun üzerine yazılır, ciranta tarafından imzalanır ve teslimle tamamlanır. Kısmi ciro geçersizdir. Tam ciroda devralan gösterilir, beyaz ciro yalnız imzadan oluşabilir. Ciro senetten doğan hakları devreder, cirantayı kabul edilmeme ve ödenmemeye karşı sorumlu kılar ve birbirine bağlı zincirle hamilin hak sahipliğini gösterir. Tahsil cirosu vekâlet, rehin cirosu teminat amacı taşır. Protesto veya protesto süresi sonrasındaki ciro yalnız alacağın temliki sonucu doğurur. Aval ise senet bedelinin tamamen veya kısmen ödenmesini güvence altına alan kambiyo taahhüdüdür. Aval veren, lehine aval verdiği kişi gibi sorumludur; temel borç şekil eksikliği dışındaki nedenle geçersiz olsa bile aval bağımsızlığını koruyabilir. Ödeme yapan avalist senetten doğan rücu haklarını kazanır.

Ciro yalnız bir devir imzası değildir; kambiyo senedinin dolaşımını, hamilin meşruiyetini ve cirantanın sorumluluğunu aynı anda etkiler. Poliçe açıkça emre yazılı olmasa da ciro ve teslimle devredilir. Düzenleyen emre yazılı değildir kaydı koymuşsa devir alacağın temliki hükümlerine döner. Ciro senedin veya alonjun üzerine yazılır ve ciranta tarafından imzalanır. Şarta bağlanan ciroda şart yazılmamış sayılır; kısmi ciro ise geçersizdir.

Lehine devir yapılan kişinin gösterildiği ciro tam, yalnız ciranta imzasından oluşan ciro beyaz cirodur. Beyaz ciro senedin arkasına veya alonja yazılır. Hamil bunu kendi veya başkası adına doldurabilir, yeniden ciro edebilir ya da doldurmadan senedi teslim edebilir. Ciro ve zilyetliğin geçirilmesi senetten doğan bütün hakları devreder. Muhatap, düzenleyen veya daha önce borçlanmış kişiler lehine de ciro yapılabilir; bunlar senedi yeniden ciro edebilir.

Aksi kayıt yoksa ciranta kabul edilmemeden ve ödenmemeden sorumludur. Ciranta yeniden ciroyu yasaklayabilir; bu durumda senedin sonraki hamillerine karşı sorumlu olmaz. Birbirine bağlı cirolar, son ciro beyaz olsa bile hamilin hak sahipliğini gösterir. Üzeri çizilmiş cirolar zincir hesabında yazılmamış sayılır. Beyaz ciroyu izleyen imza, senedi beyaz ciroyla edinmiş görünür. Senedi herhangi bir biçimde elinden çıkarmış eski hamil, mevcut hamil kötüniyetli veya iktisapta ağır kusurlu olmadıkça sırf zilyetliği önce kendisinde bulunduğu için iade isteyemez.

Borçlu, şeklen hak sahibi görünen hamile karşı senet metninden doğan defileri ve o hamille doğrudan ilişkisindeki kişisel defileri kullanabilir. Önceki cirantayla temel ilişkiden kaynaklanan savunma, hamil senedi borçlunun zararına bilerek edinmişse ona da yöneltilebilir. Bu yüzden ciro zincirinin düzgünlüğü hak sahipliği görünümünü sağlar, fakat sahte veya yetkisiz imzanın ilgili kişi yönünden ileri sürülmesini engellemez.

Cironun amacı her zaman mülkiyet devri değildir. Bedeli tahsil içindir veya vekâleten kaydı tahsil cirosu oluşturur; hamil senet haklarını kullanır fakat yeniden ancak tahsil cirosu yapabilir. Borçlular, tahsil cirosu hamiline karşı ancak cirantaya karşı sahip oldukları defileri ileri sürebilir. Verilen yetki, yetki

verenin ölümü veya ehliyetsizliğiyle sona ermez. Bedeli rehindir veya benzeri kayıt rehin cirosudur; hamil hakları teminat amacıyla kullanır ve onun yaptığı ciro yalnız tahsil cirosu etkisi doğurur.

Vade sonrası ciro kural olarak normal ciro etkisini sürdürür; ancak ödememe protestosundan veya protesto süresinden sonra yapılırsa yalnız alacağın temliki sonucu doğurur. Tarihsiz ciro, aksi kanıtlanana kadar protesto süresinden önce yapılmış sayılır. Bu zaman ayrımı, hem devrin niteliğini hem borçlunun devralana karşı kullanabileceği defileri değiştirir.

Aval, belirli bir kambiyo borçlusunun ödeme taahhüdünü tamamen veya kısmen güvence altına alır. Senet veya alonj üzerine aval içindir ya da eş anlamlı kayıt yazılıp avalistçe imzalanır. Muhatap ve düzenleyen imzaları dışında senedin ön yüzündeki yalın imza aval sayılır. Kimin için verildiği belirtilmemişse poliçede düzenleyen, bonoda da düzenleyen lehine verilmiş kabul edilir. Çekte muhatap banka aval veremez.

Aval veren, lehine taahhüt verdiği kişi gibi sorumludur. Bu sorumluluk, adi kefaletteki ikincillik düşüncesinden farklı olarak bağımsız kambiyo taahhüdüne dayanır; hamil önce asıl borçluya başvurmak zorunda değildir. Teminat altındaki borç şekil eksikliği dışında bir nedenle geçersiz olsa bile aval taahhüdü geçerliliğini korur. Avalist senedi ödediğinde lehine aval verdiği kişiye ve ona karşı sorumlu kambiyo borçlularına senetten doğan haklarla başvurur. Uyuşmazlıkta imzanın ciro mu aval mi olduğu, senetteki yeri, eşlik eden kayıt, ciro tarihi ve zincirin düzeni birlikte okunmalıdır.

10.4.1 · Sigorta Hukukunun Temel Kavramları

Sigorta Sözleşmesinde Menfaat, Riziko, Prim ve Tazminat Dengesi

KISACA

Sigorta sözleşmesinde sigortacı prim karşılığında, para ile ölçülebilir menfaati tehdit eden riziko gerçekleşirse zararı tazmin etmeyi veya can sigortasında belirli bedeli ödemeyi üstlenir. Menfaat sözleşme kurulurken mevcut olmalıdır; teminatın dışında kalan rizikoyu ispat yükü sigortacıdadır. Sigortacı poliçeyi vermek, aydınlatmak, makul inceleme giderlerini ve muaccel tazminatı ödemekle yükümlüdür. Sigorta ettiren primi öder; sözleşme kurulurken önemli hususları bildirir, riziko ağırlaşmasını ve gerçekleşmesini haber verir, zararı azaltıp sigortacının rücu hakkını korur. Zarar sigortasında tazminat gerçek zararı ve sigorta bedelini aşamaz. Eksik sigortada oranlama, aşkın sigortada aşan kısmın geçersizliği uygulanır. Sigortacı tazminatı ödediği ölçüde sorumlu üçüncü kişiye karşı sigortalının yerine geçer. Uyuşmazlıkta teminat kapsamı, beyan ihlali ile riziko arasındaki bağlantı, prim durumu, zarar hesabı ve halefiyet ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Sigorta sözleşmesinin merkezinde menfaat, riziko ve prim karşılığı koruma bulunur. Sigortacı prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir menfaatini zarara uğratan tehlike gerçekleşirse zararı tazmin etmeyi; hayatla bağlantılı olaylarda ise para veya başka edim sunmayı üstlenir. Sözleşme kurulurken sigortalanabilir menfaat yoksa sözleşme geçersizdir. Emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı fiilden doğacak zararı güvenceye almak da mümkün değildir.

Sigortacı sözleşmede öngörülen rizikodan doğan zarar veya bedelden sorumludur. Sözleşmede aksi yoksa koruma primin veya ilk taksidin ödenmesiyle başlar; taşıma sigortalarına ilişkin özel durum saklıdır. Bir rizikonun teminat dışında kaldığını ispat yükü sigortacıya aittir. Riziko sigorta ettirenin, sigortalının veya kanunda sayılan yakın kişilerin kastıyla gerçekleşmişse sigortacı edim borcundan kurtulabilir; ihmalle gerçekleşmede kusurun ağırlığına göre indirim gündeme gelir.

Sigortacı poliçeyi sözleşmenin kurulmasından sonra kanuni süre içinde vermek ve sigorta ilişkisi için gerekli bilgileri açıklamakla yükümlüdür. Poliçenin geç verilmesinden doğan zarar sigortacıya yüklenebilir. Sigortacı ayrıca tazminatın kapsamını belirlemek için yapılan makul giderleri, sonuç alınamamış olsa bile koşulları varsa karşılar. Tazminat, riziko bildirimi ve belgelerden sonra inceleme tamamlandığında kanuni sürede muaccel olur; muacceliyetle ihtarsız temerrüt doğar. Sigortacının araştırması belirli süre içinde bitmemişse, borca sayılmak üzere avans istenebilmesi mümkündür.

Sigorta ettirenin temel borcu primdir. Prim para olarak ödenir ve kural olarak poliçenin tesliminde muaccel olur. İlk prim veya tek prim zamanında ödenmezse sigortacı kanundaki koşullarla sözleşmeden cayabilir; sonraki primlerde yazılı istem ve süre verilmesi gerekir. Prim borcunun kimin tarafından ödeneceği ile sigorta korumasından kimin yararlanacağı aynı kişi olmak zorunda değildir. Başkası hesabına sigortada haklar sigortalıya aitken sözleşmenin kurulması ve prim borcu sigorta ettirende bulunabilir.

Sigorta ettiren sözleşme yapılırken bildiği veya bilmesi gereken önemli hususları doğru bildirmelidir. Sigortacının kararını veya prim şartını etkileyen eksik ve yanlış beyan, cayma, prim farkı veya riziko gerçekleştikten sonra bağlantı ve kusura göre tazminat indirimi sonucunu doğurabilir. Sigortacının sorduğu sorular kural olarak önemli kabul edilir; cevapsız bırakılan hususu bilerek sözleşme kurması sonradan kullanabileceği hakları etkiler. Cayma hakkı, ihlalin öğrenilmesinden itibaren kanuni sürede bildirimle kullanılmalıdır.

Sözleşme sırasında rizikoyu ağırlaştıran değişiklik de bildirilir. Ağırlaşma sigortacının sözleşmeyi daha ağır şartlarla yapmasına veya hiç yapmamasına yol açacak nitelikteyse sigortacı fesih ya da prim farkı isteyebilir. Riziko gerçekleşince gecikmeksizin haber verilir, gerekli belge sunulur ve zararı önleyip azaltacak önlemler alınır. Bildirim veya koruma yükümlülüğünün ihlali ile zarar miktarı arasında bağlantı varsa, kusurun ağırlığına göre tazminat indirilebilir; kast hâlinde daha ağır sonuç doğabilir.

Zarar sigortasında amaç zenginleşme değil zararı gidermektir. Sigortacı gerçek zarardan fazlasını ödemez ve sorumluluğu sigorta bedeliyle sınırlıdır. Sigorta bedeli menfaat değerinden düşükse kısmi zararda kural olarak oranlama yapılır. Bedel değeri aşıyorsa aşan kısım geçersizdir; kötüniyetli aşkın sigorta tüm sözleşmeyi etkileyebilir. Aynı menfaatin aynı rizikoya karşı birden çok sigortacıya güvence ettirilmesinde toplam ödeme zararı aşamaz; sigortacılar kendi ilişkilerinde kanuni paylaşım düzenine göre hesaplaşır.

Tazminatı ödeyen sigortacı, ödediği miktar ölçüsünde sigortalının sorumlu üçüncü kişiye karşı haklarına halef olur. Sigortalı bu hakkı zedeleyecek davranıştan sorumlu olabilir; kısmi ödemede kalan talep hakkını korur ve kalan zarar için önceliği devam eder. Sorumluluk sigortasında zarar gören, kanunun tanıdığı ölçüde doğrudan sigortacıya başvurabilir. Avukat, poliçe başlığından önce teminat tanımını, istisnaları, prim ve koruma başlangıcını, beyan ve bildirim tarihlerini, zarar ile ihlal arasındaki bağlantıyı, gerçek zarar hesabını ve varsa üçüncü kişiye rücu zincirini incelemelidir.

Gemi, Sicil, Donatan ve Kaptan Üzerinden Deniz Ticaretinin Hukuki Yapısı

KISACA
Türk Ticaret Kanununda gemi, amacı suda hareket etmesini gerektiren, yüzebilen ve pek küçük olmayan araçtır; kendiliğinden hareket etmesi şart değildir. Suda ekonomik menfaat için kullanılan gemi ticaret gemisidir. Denize, yola ve yüke elverişlilik farklı ölçütlere dayanır. Gemiler kural olarak taşınır eşya sayılır; buna rağmen sicil ve cebrî icrada özel hükümler uygulanır. Ticaret gemisinin adı, bayrağı, bağlama limanı ve sicil kaydı hukuki kimliğini oluşturur. Donatan, gemiyi menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan maliktir; başkasına ait gemiyi kendi adına işleten kişi de üçüncü kişilere karşı donatan sayılabilir. Donatan gemi adamlarının görev kusurlarından sorumludur. Kaptan tedbirli kaptan özeniyle hareket eder; geminin elverişliliğini, belgeleri, yüklemeyi, jurnali ve kaza sonrası deniz raporunu gözetir. Deniz ticareti dosyasında gemi niteliği, işletme ve malik ilişkisi, bağlama limanı, sicil, kaptanın görevi ve sorumluluğun sınırlandırılması birlikte değerlendirilir.

Deniz ticareti hukukunda ilk nitelendirme aracın gemi olup olmadığıdır. Tahsis amacı suda hareket etmeyi gerektiriyor, araç yüzebiliyor ve pek küçük değilse kendi gücüyle hareket edemese bile gemidir. Suda ekonomik menfaat sağlamak için tahsis edilen veya fiilen kullanılan gemi ticaret gemisi sayılır. Kanunun deniz ticareti hükümleri kural olarak ticaret gemilerine uygulanır; bazı gemi, çatma, kurtarma ve sorumluluk hükümleri başka gemilere de genişler.

Elverişlilik tek kavram değildir. Gövde, makine ve donatım olağan deniz tehlikelerine dayanabiliyorsa gemi denize elverişlidir. Personel, yükleme, yakıt ve yolculuk koşulları yeterliyse yola; eşyanın kabul, taşıma ve korunmasına ayrılan bölümler uygunsa yüke elverişlilik vardır. Bütün gemiler kural olarak taşınırdır; sicil ve icra bakımından kanunun açıkça öngördüğü taşınmaz hükümleri saklıdır.

Geminin adı, bayrağı, bağlama limanı ve sicili hukuki kimliği belirler. Bağlama limanı seferlerin yönetildiği yerdir. Türk gemisi Türk Bayrağı çeker ve bu hak gemi tasdiknamesiyle ispatlanır. Bayrak çekme hakkının koşulları malik veya şirket yapısına göre belirlenir; koşulların kaybı sicil ve belge işlemlerini etkiler. İzinsiz yabancı bayrak veya hakkı olmadan Türk Bayrağı çekilmesi, özel hukuk sonuçlarının yanında kamusal yaptırım da doğurabilir.

Belirli büyüklükteki ticaret gemilerinin gemi siciline tescili zorunludur. Sicil; malik, gemi, paylar ve ayni haklar bakımından aleniyet sağlar. Tescilli geminin mülkiyetinin devrinde tarafların anlaşması ve zilyetliğin geçirilmesi yanında kanunun aradığı şekil önem taşır. Gemi ipoteği ise sicile tescille kurulur ve alacaklıya gemi bedelinden öncelikle yararlanma yetkisi verir. Sicil kaydına güvenin korunup korunmayacağı, kaydın konusu ve iktisap edenin iyiniyeti üzerinden değerlendirilir. Dava yetkisi ve takip stratejisinde bağlama limanı ile kayıtlar önem taşır.

Donatan, gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan maliktir. Başkasına ait gemiyi kendi adına bizzat veya kaptan aracılığıyla işleten kişi üçüncü kişiler bakımından donatan sayılır. Gemiyi işleten kişi

bu sıfatı açıklamamış veya donatan görünümünü yaratmışsa, gerçek işletme ilişkisi alacaklıya karşı sonuç doğurabilir. Donatan, gemi adamlarının ve kılavuzun görev sırasında kusuruyla verdiği zararlardan sorumludur; milletlerarası sözleşmelerden doğan sınırlama hakları saklıdır.

Birden çok paydaş gemiyi ortak hesaplarına işletirse donatma iştiraki doğabilir. Paydaşlar iştirak işlerinde karar alır ve gemi müdürü atayabilir. Müdür olağan işletme işlerini yürütür, geminin donatılmasını, bakımını ve sözleşmelerini yönetir; yetkisinin kapsamı tescil edilen sınırlamalarla üçüncü kişiler bakımından değerlendirilir. İştirakin tüzel kişiliği bulunmaması, işletme borçları ve paydaşların sorumluluğu bakımından özel kuralların uygulanmasını engellemez.

Kaptan, bütün işlerinde tedbirli kaptan gibi davranır. Yola çıkmadan geminin denize ve yola elverişliliğini, gerekli belgeleri, yükleme araçlarını ve istifi denetler. Donatanın temsilcisi olarak geminin bağlama limanı dışında yolculuğun ve bakımın gerektirdiği işlemleri yapabilir; yetki sınırı limana ve işin zorunluluğuna göre değişir. Kaptanın kendi adına düzenlediği işlemde donatanı bağlama niyeti anlaşılmıyorsa kişisel sorumluluğu gündeme gelebilir.

Tehlike anında kaptan zabitlere danışsa da alınacak önlemden kendisi sorumludur. Gemi jurnali yolculuğun önemli olaylarını, hava durumunu, rota ve kazaları kaydeder. Kaza veya zarar ihtimali doğuran olayda deniz raporu düzenlenmesi istenir; olaylar ve zararı azaltma önlemleri mahkeme ya da konsoloslukça tespit edilir. Deniz raporu tek başına uyuşmazlığı çözmez, fakat olayın sıcak izlerini ve gemi ilgililerinin beyanlarını koruyan önemli bir delildir. Somut olayda malik, işleten, donatan, kaptan ve taşıyan sıfatları aynı kişide birleşmeyebilir. Doğru talep, her sıfatın görevini, temsil yetkisini ve sorumluluk sınırını ayrı kurmayı gerektirir.

11.1 · İcra Teşkilatı ve Şikayet

İcra Organları ve Şikâyet Yoluyla İşlem Denetimi

KISACA

İcra hukukunda bir işlemin sonucunu tartışmadan önce işlemi yapan organı, başvurulacak mercii ve süreyi doğru belirlemek gerekir. İcra dairesi cebrî icra faaliyetini yürütür; icra mahkemesi ise kanunun kendisine verdiği ölçüde bu faaliyeti denetler. Şikâyet, maddi hukuk uyuşmazlığını çözen bir dava değil, icra müdürünün kanuna aykırı veya olaya uygun düşmeyen işleminin düzeltilmesini sağlayan kendine özgü bir yoldur. Kural olarak öğrenmeden itibaren yedi günlük süreye tabidir. Bir hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz sürüncemede bırakılması hâlinde ise süre aranmaz. Avukat bakımından kritik ayrım, itirazla borca karşı çıkmak ile şikâyetle takip işlemini hedef almak arasındadır.

Bir icra dosyasında avukatın ilk işi, uyuşmazlığın hangi icra organının faaliyetinden doğduğunu belirlemektir. İcra dairesi takip talebini alır, ödeme veya icra emrini düzenler, haciz ve satış işlemlerini yürütür. İcra mahkemesi ise genel görevli bir hukuk mahkemesi gibi her türlü alacak uyuşmazlığını çözmez; İcra ve İflas Kanunu'nun açıkça verdiği görevler çerçevesinde icra dairesinin işlemlerini ve takip hukukuna özgü bazı çekişmeleri inceler. Bu nedenle yanlış mercie yapılan başvuru, haklı bir iddianın usulden sonuçsuz kalmasına yol açabilir.

İcra dairesindeki işlemlerin izlenebilirliği dosya düzeniyle sağlanır. Takip talebi, emirler, haciz ve satış tutanakları ile taraf beyanları dosyada yer alır; elektronik ortamda oluşturulan kayıtlar da icra faaliyetinin resmî parçasıdır. Tutanaklar, ilgililerin dosyadaki işlemi ne zaman öğrendiğinin ve sürenin hangi anda başladığının tespitinde önem taşır. Avukat, yalnızca tebligat tarihini değil, müvekkilin dosyaya erişimi veya işlemden başka biçimde haberdar olması gibi öğrenme olgularını da değerlendirmelidir.

Şikâyetin konusu, icra müdürünün kanuna aykırı işlemi, kanunun olaya uygulanmasında hata yapılması, işlemin hadiseye uygun olmaması, bir hakkın yerine getirilmemesi ya da işin sebepsiz sürüncemede bırakılmasıdır. Şikâyet yolunda hedef, borcun varlığına ilişkin nihai bir hüküm elde etmek değil, takip işlemini ortadan kaldırmak veya düzelttirmektir. Örneğin ödeme emrindeki borca karşı çıkış itirazın alanına girerken, haczedilmemesi gereken bir malın haczedilmesi yahut icra müdürünün yapmakla yükümlü olduğu işlemi yapmaması şikâyet konusudur. Talebin adı değil, ileri sürülen vakıa ve istenen hukuki sonuç başvuru yolunu belirler.

Kural, şikâyetin işlemin öğrenildiği tarihten itibaren yedi gün içinde icra mahkemesine yapılmasıdır. Süre hak düşürücü nitelikte değerlendirilir; bu sebeple dosyanın geç öğrenildiği iddiası somutlaştırılmalıdır. Buna karşılık bir hakkın yerine getirilmemesi veya işlemin sebepsiz geciktirilmesi devam eden bir hukuka aykırılık oluşturduğundan süresiz şikâyet mümkündür. Kamu düzenine ilişkin bazı ağır aykırılıklar da süreye bağlı olmaksızın incelenebilir. Süresiz başvuru imkânı, her usul hatasının istenildiği zaman ileri sürülebileceği anlamına gelmez.

Şikâyet, kural olarak icra işlemini kendiliğinden durdurmaz. Takibin devamı telafisi güç sonuç doğurabilecekse durdurma ayrıca talep edilmeli ve bunun gereği somut olay üzerinden açıklanmalıdır. İcra mahkemesi incelemeyi çoğunlukla dosya üzerinden yürütse de gerekli görürse duruşma açabilir ve ilgilileri dinleyebilir. İnceleme sonunda şikâyet reddedilebilir; kabul hâlinde işlem iptal edilir veya düzeltilir. Bir işlemin yapılmamasına yönelik şikâyette ise icra dairesine yapılması gereken işlem gösterilir.

Sürelerin hesabında gün olarak belirlenen sürelerde ilk gün hesaba katılmaz ve süre son günün çalışma saati sonunda biter; elektronik işlem imkânının bulunduğu hâllerde sistemin kabul zamanı ayrıca gözetilir. Tatil gününe rastlayan son gün takip eden iş gününe uzar. Eski hâle getirme ise kusur olmaksızın süre kaçırılan istisnai durumlara ilişkindir ve genel bir telafi aracı değildir. Etkili bir avukatlık çalışması, işlem türünü, öğrenme tarihini, doğru başvuru yolunu ve istenen geçici korumayı aynı anda dosyalayarak başlar.

Genel Haciz Yolunda Takibin Kurulması ve Hacze Geçiş

KISACA
Genel haciz yolu, rehinle güvence altına alınmamış para ve teminat alacaklarının ilamsız takibinde temel yoldur. Takip, alacaklının icra dairesine sunduğu takip talebiyle başlar; borçluya ödeme emri gönderilir. Yetki, taraf bilgileri, alacağın miktarı ve sebebi ile dayanılan belge daha başlangıçta doğru kurulmalıdır. Borçlunun süresinde itirazı takibi durdurur; itiraz edilmemesi veya itirazın bertaraf edilmesi takibi kesinleştirir. Kesinleşme kendiliğinden haciz doğurmaz. Alacaklı bir yıl içinde haciz istemeli, bu sürenin hesabında itirazın kaldırılması veya iptali için geçen dönemi gözetmelidir. Bu yolun başarısı, takip talebinden satış aşamasına kadar her talebin süresinde yenilenmesine bağlıdır.

Genel haciz yoluna başvururken ilk stratejik soru, alacağın para veya teminat alacağı olup olmadığı ve eldeki belgenin doğrudan ilamlı ya da özel bir takip yolunu gerektirip gerektirmediğidir. Rehinle temin edilmemiş ve bir ilama bağlanmamış para alacağı bakımından genel haciz yolu, alacaklının mahkemeden önceden hüküm almaksızın takip başlatmasına imkân verir. Bu imkân, borçlunun itirazıyla takip faaliyetini durdurabilmesi sayesinde dengelenir.

Takip talebi, dosyanın hukuki çerçevesini kurar. Alacaklı ve borçlunun kimliği, adresleri, alacağın Türk parasıyla tutarı, faiz isteniyorsa oranı ve başlangıcı, yabancı para alacağında talep edilen kur tercihi, alacağın sebebi ve varsa dayanak belge açıkça gösterilmelidir. Belgeye dayanan takipte belgenin aslının veya kanunun kabul ettiği örneğinin dosyaya sunulması gerekebilir. Talep eksik ya da çelişkili kurulursa ödeme emri de bu eksikliği taşır; sonradan genişletilmek istenen istem, borçlunun savunma alanını etkileyebilir.

Yetkili icra dairesi belirlenirken genel yetki kuralları ile sözleşmeden doğan özel bağlantılar birlikte değerlendirilir. İcra dairesi yetkiyi kendiliğinden her durumda inceleyen bir mahkeme değildir. Borçlu yetki itirazını süresinde ve yetkili gördüğü daireyi gösterecek biçimde ileri sürmelidir. Takibin birden fazla borçluya yöneltilmesi, müşterek veya müteselsil sorumluluğun niteliği ve her borçlu yönünden tebligatın ayrı sonuç doğurması dosyanın başlangıcında hesaba katılmalıdır.

Takip talebini alan icra dairesi ödeme emri düzenleyip borçluya tebliğ eder. Bu aşamada alacaklının alacağının maddi hukuk bakımından kesin olarak var olduğu kabul edilmiş değildir. Ödeme emri, borçluya ödeme yapma veya kanuni süre içinde itiraz etme seçeneğini bildirir. Borçlu itiraz etmezse takip kesinleşir; itiraz ederse itiraz edilen miktar ve sebepler bakımından takip durur. Alacaklı, itirazı etkisiz kılmak için elindeki ispat aracına göre itirazın iptali davası veya icra mahkemesinden itirazın kaldırılması yolunu seçer.

Takibin kesinleşmesi, alacaklı adına otomatik bir haciz işlemi yaratmaz. Alacaklı haciz talebinde bulunmalı ve gerekli gideri yatırmalıdır. Haciz isteme hakkı, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl içinde kullanılmalıdır. Borçlunun itirazı üzerine itirazın iptali veya kaldırılması için başvurulan tarihten kararın kesinleşmesine ya da alacaklı lehine sonuçlanmasına kadar geçen süre bu hesabın dışında

tutulur. Sürenin geçirilmesi dosyanın işlemden kaldırılması sonucunu doğurabilir; alacağın sona ermesiyle aynı şey değildir, fakat devam için takibin yenilenmesi ve masraf yapılması gerekir.

Kesinleşmiş takipte borçlunun borca yetecek mal, hak ve alacakları haczedilir. Alacaklı belirli malları bildirebilir; icra müdürü ise haczin ölçülülüğünü ve kanuni sınırlamaları gözetir. Borçlunun mal beyanı yükümlülüğü, haczedilmezlik kuralları ve üçüncü kişilerdeki alacakların haczi sonraki aşamanın başlıca meseleleridir. Haciz de nihai tahsil değildir; satış talebi, açık artırma ve paranın paylaştırılması ayrıca yürütülür.

Avukat açısından genel haciz yolunu yönetmek, yalnızca ilk talebi hazırlamak değil, dosyanın her eşikte hangi işlemle canlı tutulacağını bilmektir. Tebligatın usulü, itirazın kapsamı, kesinleşme tarihi, haciz süresi ve satış talebi ayrı ayrı kaydedilmelidir. Maddi alacağın güçlü olması, takip hukukundaki süre veya talep eksikliğini kendiliğinden gidermez.

Ödeme Emrine Karşı Savunmanın Süresi, Kapsamı ve Etkisi

KISACA
Genel haciz yolunda ödeme emri, borçluya borcu ve başlatılan takibi bildirirken savunma süresini de başlatır. Borçlu, tebliğden itibaren yedi gün içinde icra dairesine itiraz ederek takibi durdurabilir. Borcun yalnız bir kısmına itiraz ediliyorsa miktar açıkça gösterilmeli; imza reddediliyorsa bu itiraz ayrıca ve açık biçimde belirtilmelidir. Sebepsiz bir itiraz mümkündür, ancak sonradan ileri sürülebilecek savunmalar bakımından seçilen ifade önem taşır. Kusur olmaksızın sürenin kaçırıldığı istisnai hâllerde gecikmiş itiraz gündeme gelir. Avukatın görevi, tebligatı, borcun kapsamını, imza itirazını ve yetki sorununu tek süre çizelgesinde değerlendirip takibin hangi bölümünün durduğunu kesinleştirmektir.

Ödeme emri, genel haciz yolunda borçlunun savunma hakkını kullanacağı temel bildirimdir. Takip talebindeki alacak, faiz ve taraf bilgileri ödeme emrine yansır; borçluya borcu ödemesi, borca veya imzaya itiraz edecekse bunu yedi gün içinde icra dairesine bildirmesi, aksi hâlde takibin devam edeceği ihtar edilir. Bu nedenle tebliğ evrakı yalnız bir şekil belgesi değildir. Sürenin başlangıcı, borçlunun hangi iddiaları hangi yolla ileri sürebileceği ve takibin kesinleşip kesinleşmediği onun üzerinden belirlenir.

Borçlu itirazını ödeme emrini gönderen icra dairesine sözlü veya yazılı olarak yapabilir; sözlü beyan tutanağa geçirilir. İtiraz için ayrıntılı bir hukuki gerekçe gösterilmesi zorunlu değildir. Borcun bulunmadığı, sona erdiği, henüz muaccel olmadığı veya zamanaşımına uğradığı söylenebilir. Buna rağmen hiç sebep bildirmeden yapılan itiraz ile belirli sebeplere bağlanan itirazın sonraki kaldırma incelemesindeki etkisi aynı değildir. Borçlu, itirazın kaldırılması aşamasında kural olarak itirazında bildirdiği sebeplerle bağlı kalır; senet metninden anlaşılan savunmalar bu değerlendirmenin dışında kalabilir.

Kısmi itirazın geçerli olması için kabul edilmeyen borç miktarı açıkça belirtilmelidir. Sadece borcun bir kısmına itiraz edildiğini söylemek, hangi kısmın kesinleştiğini belirlemeye yetmez. Miktarı gösterilmeyen kısmi itirazın sonuç doğurmaması, kabul edilmiş bölüm yönünden takibin devam etmesi gibi ağır sonuçlar doğurabilir. Faiz, feriler veya takip giderleri bakımından da itiraz kapsamı tereddüde yer vermeyecek biçimde yazılmalıdır.

Takip bir adi senede dayanıyorsa imza itirazı özel dikkat ister. Borçlu, senet altındaki imzanın kendisine ait olmadığını ayrıca ve açıkça bildirmelidir; genel bir borca itiraz cümlesi imza inkârı yerine geçmez. İmzanın açıkça reddedilmemesi, takip hukuku bakımından imzanın kabul edilmiş sayılmasına yol açar. Yetki itirazında da borçlu yalnız mevcut dairenin yetkisiz olduğunu söylemekle yetinmemeli, yetkili icra dairesini göstermelidir. Borca, imzaya ve yetkiye ilişkin savunmalar aynı yedi günlük süre içinde birlikte planlanmalıdır.

Süresinde yapılan itiraz, itiraz edilen kısım yönünden takibi kendiliğinden durdurur. İcra dairesi bu aşamada itirazın haklılığını maddi yönden araştırmaz. İtiraz edilmeyen kısım kesinleşir ve alacaklı o bölüm için haciz isteyebilir. Takibin durması alacağı ortadan kaldırmaz; alacaklıya itirazın kaldırılması veya iptali yoluna başvurma yükü getirir. Borçlunun sırf zaman kazanmak amacıyla itiraz ettiği iddiası da icra dairesince değil, seçilen giderim yolunda değerlendirilir.

Borçlu kusuru olmaksızın bir engel nedeniyle süresinde itiraz edememişse, haczedilen mallar paraya çevrilinceye kadar gecikmiş itiraz isteyebilir. Engel kalktıktan sonra üç gün içinde icra mahkemesine başvurulması ve mazeretin delillendirilmesi gerekir. Mahkeme, takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir; mazeret kabul edilirse itirazın sonuçları doğar. Bu kurum, ihmalle kaçırılan süreyi canlandıran genel bir yol değildir.

Ödeme emrine cevap hazırlanırken dosyanın tamamı görülmeli, tebliğ tarihi güvenilir biçimde saptanmalı ve müvekkilin kabul ettiği bölüm varsa ayrıştırılmalıdır. İtiraz metninin kısa olması mümkündür, fakat belirsiz olması güvenli değildir. Savunmanın kapsamını bugün doğru çizmek, yarın hangi takip bölümünün kesinleştiği ve hangi delillerin kullanılabileceği tartışmasını önler.

Duran Takibin Devamında Delile Göre Giderim Seçimi

KISACA
Borçlunun itirazıyla duran ilamsız takipte alacaklı aynı sonuca yönelen fakat merci, süre ve ispat düzeni farklı iki yoldan birini seçer. İtirazın iptali, genel mahkemede açılan ve alacağın maddi hukuk bakımından incelendiği bir davadır; itirazın tebliğinden itibaren bir yıl içinde açılır. İtirazın kesin kaldırılması ise kanunda sayılan güçlü belgelere dayanılarak altı ay içinde icra mahkemesinden istenir. İmza inkârı varsa önce geçici kaldırma ve ardından borçlunun açabileceği borçtan kurtulma davası gündeme gelir. Haksız takip veya itiraz, şartları varsa icra inkâr ya da kötü niyet tazminatına yol açabilir. Doğru seçim, alacağın niteliğinden çok eldeki belgenin hangi ispat rejimine uyduğuna bağlıdır.

Borçlunun itirazı genel haciz yolunu durdurduğunda alacaklının önündeki mesele, yalnız alacağın haklı olup olmadığı değildir. Eldeki belgenin niteliği, başvuru süresi, görevli merci ve istenen sonucun hızı birlikte değerlendirilmelidir. İtirazın iptali davası ile itirazın kaldırılması, duran takibin devamını sağlayabilir; ancak biri maddi hukuk davası, diğeri takip hukukuna özgü sınırlı bir incelemedir.

İtirazın iptali davası, borçlunun itirazının alacaklıya tebliğinden itibaren bir yıl içinde genel görevli mahkemede açılır. Görev ve yetki, alacağın dayandığı hukuki ilişkiye göre belirlenir; tüketici, iş, ticaret veya genel borç ilişkisi ayrımı bu nedenle önemlidir. Mahkeme tarafların delillerini genel hükümlere göre değerlendirir ve alacağın varlığı hakkında kesin hüküm oluşturur. Dava kabul edilirse itiraz iptal edilir, alacaklı kararın kesinleşmesini beklemeksizin kanuni şartlara göre mevcut takip üzerinden devam isteyebilir. Bir yıllık sürenin geçirilmesi alacak davasını bütünüyle ortadan kaldırmaz; fakat aynı takipte itirazın iptali imkânı kaybedilir.

Borçlunun itirazının haksız, alacağın da likit olması hâlinde alacaklı lehine icra inkâr tazminatına hükmedilebilir. Likit alacak, borçlunun tutarını belirlemek için ayrıca kapsamlı bir yargılamaya ihtiyaç duymadığı, hesabı belirli veya belirlenebilir alacaktır. Tazminat otomatik değildir; talep edilmeli ve kanuni koşulları oluşmalıdır. Takibin haksız ve alacaklının kötü niyetli olduğu anlaşılırsa borçlu lehine kötü niyet tazminatı gündeme gelebilir. Böylece kurum, savunma hakkını cezalandırmadan dürüst olmayan takip davranışını dengelemeyi amaçlar.

İtirazın kesin kaldırılması, alacaklının imzası ikrar edilmiş adi senede, imzası noterlikçe onaylı belgeye veya yetkili makamların usulüne göre verdiği belge ya da makbuza dayanması hâlinde kullanılabilen seri bir yoldur. Talep, itirazın tebliğinden itibaren altı ay içinde icra mahkemesine yapılır. Mahkeme genel mahkeme gibi sınırsız delil toplamaz; kanunda öngörülen belge çerçevesinde inceleme yapar. Borçlu da itfa, erteleme veya zamanaşımı gibi savunmalarını bu dar ispat düzenine uygun belgelerle ortaya koymalıdır. Talep kabul edilirse takip devam eder; ret kararı alacaklının genel mahkemede dava açmasına engel olmaz.

Takip dayanağı adi senetteki imza borçlu tarafından açıkça reddedilmişse geçici kaldırma usulü uygulanır. İcra mahkemesi imzayı inceleyerek itirazı geçici olarak kaldırabilir. Bu karar kesin kaldırma

gibi doğrudan nihai maddi hukuk hükmü oluşturmaz. Borçlu, kararın kendisine bildirilmesinden itibaren yedi gün içinde genel mahkemede borçtan kurtulma davası açmaz ve gerekli teminatı göstermezse geçici kaldırma kesinleşir. Bu kısa süre, imza incelemesinden sonra asıl uyuşmazlığın genel yargıya taşınabilmesi için son imkândır.

Borçlu, takipten önce veya takip sırasında borçlu olmadığının tespiti için menfi tespit davası açabilir. Takipten sonra açılan dava icrayı kendiliğinden durdurmaz; ihtiyati tedbirin kapsamı ve teminat şartı ayrıca değerlendirilir. Para cebren tahsil edildikten sonra borçlu olunmadığı belirlenirse uyuşmazlık istirdat davasına dönüşebilir. Bu yollar, itirazın süresinde yapılmaması veya takip hukukundaki sınırlı incelemenin maddi gerçeği tümüyle çözememesi durumunda önem kazanır.

Avukat için doğru yol haritası, belgenin önce teknik sınıflandırmasını yapmaktır. Kanunda sayılan belge yoksa kaldırma istemi hız sağlamak yerine süre kaybettirebilir. Güçlü belge varken uzun bir iptal davasına yönelmek de tahsili geciktirebilir. Süre, merci, ispat aracı, tazminat talebi ve takibin hangi dosya üzerinden sürdürüleceği aynı karar tablosunda değerlendirilmelidir.

Kambiyo Takibinde Belge Denetimi ve Beş Günlük Savunma

KISACA
Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu, alacağın çek, bono veya poliçeye dayanması hâlinde kullanılabilen hızlı bir ilamsız takip usulüdür. Alacaklı senedin aslını takip talebine eklemeli; icra müdürü belgenin kambiyo senedi niteliğini ve alacaklının takip yetkisini incelemelidir. Borçlu ödeme emrinin tebliğinden itibaren on gün içinde ödeme yapar; kambiyo vasfına, imzaya veya borca ilişkin başvurularını ise kural olarak beş gün içinde icra mahkemesine yöneltir. Bu başvuru satış dışındaki takip işlemlerini kendiliğinden durdurmaz. Savunmanın imza itirazı mı, borca itiraz mı yoksa şikâyet mi olduğu sonuçları değiştirir. Avukat, senedin şekil unsurlarını ve başvuru sürelerini dosya açıldığı anda birlikte denetlemelidir.

Kambiyo senetlerine özgü takipte hız, senedin kanunen güçlendirilmiş dolaşım ve ispat işlevinden doğar. Bu nedenle ilk inceleme, taraflar arasındaki temel sözleşmeden önce takip dayanağı belgenin gerçekten çek, bono veya poliçe olup olmadığına yönelir. Zorunlu unsurlardan birinin eksikliği, vade ve ibraz şartları, ciro zinciri, yetkili hamil sıfatı ve zamanaşımı takip yolunun kullanılabilirliğini etkiler. Her yazılı borç ikrarı bono değildir; belgenin adı değil, kanuni unsurları belirleyicidir.

Alacaklı takip talebinde kambiyo senedine özgü yolu seçtiğini bildirir ve senedin aslını, borçlu sayısı kadar onaylı örnekle birlikte icra dairesine verir. Senet aslının dosyaya sunulması, aynı senedin birden fazla takipte kullanılmasını önleyen temel güvencedir. İcra müdürü senedin kambiyo senedi niteliğini ve alacaklının takip hakkını incelemekle yükümlüdür. Bu koşullar yoksa ödeme emri düzenlenmemelidir; düzenlenmişse borçlu süresi içinde icra mahkemesine şikâyet yoluyla başvurabilir.

Ödeme emri borçluya borcu ve dayanak senedi bildirir; borcun ve takip giderlerinin on gün içinde ödenmesini ister. Bunun yanında senet kambiyo senedi değilse, alacaklı takip hakkına sahip değilse, imza borçluya ait değilse ya da borç bulunmuyor, sona ermiş veya zamanaşımına uğramışsa beş gün içinde icra mahkemesine başvurulması gerektiğini gösterir. Genel haciz yolundan farklı olarak başvuru icra dairesine yapılan sıradan bir itiraz değildir. Merci ve kısa süre yanlış seçildiğinde savunma hakkı takip hukuku bakımından kaybedilebilir.

İmzaya itiraz açıkça yapılmalıdır. Borçlu senet üzerindeki imzanın kendisine ait olmadığını ayrıca belirtmezse imzayı kabul etmiş sayılır. İcra mahkemesi imza incelemesi yaparken karşılaştırmaya elverişli belgelerden ve gerektiğinde bilirkişi incelemesinden yararlanır. İmzanın borçluya ait olmadığı anlaşılırsa takip durdurulur veya iptal edilir; kötü niyet ya da ağır kusurla takibe girişen alacaklı yönünden kanuni tazminat ve para cezası sonuçları doğabilir. İtirazın reddi hâlinde ise borçlu bakımından benzer yaptırımlar gündeme gelebilir.

Borca itiraz; borcun bulunmadığı, ödendiği, ertelendiği veya zamanaşımına uğradığı iddialarını kapsar. İcra mahkemesinin incelemesi, takip hukukunun kabul ettiği belge düzeni içinde yürür. Borçlu ödeme veya ertelemeyi resmî yahut imzası alacaklı tarafından kabul edilmiş belgeyle ispatlamak durumunda kalabilir. Kambiyo senedinin düzenlenmesine yol açan temel ilişkinin bütün ayrıntıları, bu sınırlı incelemede genel bir alacak davasındaki genişlikle ele alınmaz.

Beş gün içinde yapılan itiraz veya şikâyet, kural olarak satıştan başka takip işlemlerini kendiliğinden durdurmaz. Mahkeme, ileri sürülen iddianın niteliğine ve belgelere göre takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir. Satışın kendiliğinden durması, haciz yapılmayacağı anlamına gelmez. Bu ayrım, borçlu vekilinin yalnız başvuruyu yapmakla yetinmeyip geçici koruma talebini gerekçelendirmesini; alacaklı vekilinin de devam edebilen işlemleri izlemesini gerektirir.

Aynı kambiyo alacağı için sorumlu kişilerin hukuki durumları farklı olabilir. Keşideci, düzenleyen, ciranta, avalist veya kabul eden yönünden başvuru şartları ve defiler ayrı değerlendirilir. Bir borçlunun imza itirazı diğerinin sorumluluğunu kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Etkili dosya yönetimi, senet aslını, ciro zincirini, her borçluya ait tebliğ tarihini ve beş günlük savunma türünü kişi bazında incelemeyi gerektirir.

11.4 · İlamlı İcra

İlamlı İcrada Hükmün Sınırları ve İcranın Geri Bırakılması

KISACA

İlamlı icra, mahkeme hükmünde tanınan edimin devlet gücüyle yerine getirilmesidir. İcra dairesi ilamı yorumlayarak yeni bir hak yaratamaz; taraflar, edim ve hüküm sonucu ne gösteriyorsa onunla bağlıdır. Para alacağı dışındaki teslim, yapma, yapmama ve çocuk teslimine ilişkin hükümler özel icra emirleriyle yürütülür. Para ve teminat ilamlarında borçluya icra emri gönderilir, ancak ilamsız takipteki gibi borca itiraz ederek dosya durdurulamaz. İlamın kesinleşmeden icra edilip edilemeyeceği, kanun yolu incelemesinde icranın geri bırakılması ve hükmün kaldırılması hâlinde iade mekanizması ayrı ayrı değerlendirilir. Avukat, hüküm fıkrasını takip talebiyle birebir eşleştirerek ilamın kapsamını aşan icraya karşı doğru korumayı istemelidir.

İlamlı icrada takip dayanağı, maddi hukuk uyuşmazlığını çözmüş bir mahkeme hükmüdür. Bu nedenle borçlu, ilamsız takipte olduğu gibi icra dairesine basitçe itiraz ederek takibi durduramaz. Buna karşılık hükmün neyi kapsadığı, kesinleşmenin gerekip gerekmediği, edimin yerine getirilip getirilmediği ve kanun yolu sırasında icranın durup durmayacağı takip aşamasında yeni sorunlar doğurabilir. Avukatın başlangıç noktası gerekçe değil, icraya elverişli ve açık hüküm fıkrasıdır.

İcra dairesi ilamın taraflarını, hükmedilen edimi ve varsa faiz başlangıcını aynen izler. Hükümde bulunmayan bir alacak kalemi icra müdürünün yorumuyla eklenemez; belirsiz bırakılan edim de takip sırasında yeniden yargılama yapılarak tamamlanamaz. Talep hüküm fıkrasını aşıyorsa borçlu, icra işleminin ilama aykırılığını şikâyet konusu yapabilir. Alacaklı vekili ise takip talebini hazırlarken hükümdeki müşterek veya müteselsil sorumluluğu, yargılama giderini, vekâlet ücretini ve faiz rejimini ayrı kalemler hâlinde doğru göstermelidir.

Para ve teminat verilmesine ilişkin ilamlar icra emriyle takibe konur. Borçluya ödeme için yedi günlük süre tanınır; ödeme olmazsa haciz, satış ve paranın paylaştırılması aşamalarına geçilir. İlamın zamanaşımına uğradığı, borcun ilamdan sonra ödendiği veya ertelendiği iddiaları icranın geri bırakılması çerçevesinde ileri sürülebilir. İtfa veya erteleme iddiasının kanunun kabul ettiği belgelerle ispatı gerekir. İlamdan önceki maddi hukuk savunmaları ise kural olarak hükmü veren mahkemedeki yargılamada ileri sürülmüş olmalıdır; icra mahkemesi kesin hükmü yeniden incelemez.

Taşınır teslimi, taşınmazın tahliye ve teslimi, bir işin yapılması veya yapılmaması gibi para dışı edimler farklı icra biçimleri gerektirir. Teslime konu mal borçlunun elinde bulunursa zorla alınarak alacaklıya verilebilir; bulunamazsa ilamın içeriğine göre bedel tahsili gündeme gelir. Bir işin yapılmasına ilişkin hükümde edim başkası tarafından yerine getirilebiliyorsa masraf borçludan alınarak iş tamamlatılabilir. Yalnız borçlunun yapabileceği bir edimde veya yapmama borcuna aykırılıkta kanunun öngördüğü baskı ve yaptırım mekanizmaları uygulanır. İcra emrinin içeriği, edimin türüne göre seçilmelidir.

Her ilamın icrası için kesinleşmesi gerekmez. Kural olarak hukuk mahkemesi ilamları kesinleşmeden takibe konabilir; ancak kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmazın aynına ilişkin bazı hükümler gibi

kanunun kesinleşme aradığı alanlar vardır. Kararın istinaf veya temyiz edilmesi de icrayı kendiliğinden durdurmaz. Borçlu, kanunda öngörülen teminatı gösterip ilgili merciden icranın geri bırakılması kararı almalıdır. Sadece kanun yoluna başvurulduğunu bildirmek, takip işlemlerini engellemez.

İcra devam ederken ilam üst mahkemece kaldırılır veya bozulur ve sonrasında alacaklının haklı olmadığı kesinleşirse, icranın eski hâle iadesi gündeme gelir. İcra dairesi, tahsil edilen para veya teslim edilen malın geri verilmesini takip hukuku içinde sağlayabilir. Üçüncü kişilerin iyi niyetle kazandığı haklar ve malın aynen iadesinin mümkün olmaması ayrıca değerlendirilir. Amaç, sonradan hukuki dayanağını kaybeden cebrî icranın sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde tersine çevirmektir.

İlamlı icra dosyasında güçlü savunma, hükmün esasını yeniden tartışmak değil, takip ile hüküm arasındaki uyumsuzluğu ve hüküm sonrası sona erme nedenlerini doğru yerde göstermektir. Alacaklı yönünden de hız, hükmü geniş yorumlamaktan değil, icra emrini edimin türüne ve kesinleşme durumuna uygun kurmaktan gelir.

Hacizden Dağıtıma Mal Seçimi, Satış ve Sıra

KISACA
Kesinleşmiş para takibinde tahsil, haciz kararıyla değil haczedilen değerin satılıp paranın alacaklıya ödenmesiyle gerçekleşir. Haciz borca yetecek miktarla sınırlı olmalı, borçlu ve ailesinin korunması için öngörülen haczedilmezlik kuralları gözetilmelidir. Üçüncü kişideki alacaklar özel haciz ihbarnameleriyle takip edilir; mülkiyet iddiası istihkak usulünü doğurur. Satış, süresinde talep ve gider yatırılmasını gerektirir; elektronik açık artırmada teklif, teminat ve ihale şartları kanuna uygun yürütülür. Birden çok alacaklı varsa sıra cetveli alacakların önceliğini ve payını belirler. Avukat, haciz tarihinden çok talep sürelerini, malın hukuki durumunu, satış hazırlığını ve sıra cetveline karşı başvuru yolunu birlikte izlemelidir.

Haciz, borçlunun malvarlığındaki belirli değerlerin cebrî icra amacıyla hukuken ayrılmasıdır. Alacaklıya mülkiyet kazandırmaz ve tek başına ödeme sağlamaz. Tahsil için haczin geçerli biçimde konulması, satışın süresinde istenmesi, malın paraya çevrilmesi ve elde edilen bedelin doğru sıraya göre dağıtılması gerekir. Dosyanın bu evresinde her işlem, bir sonraki aşamanın süresini ve itiraz yolunu etkiler.

İcra müdürü borçlunun ana para, faiz ve giderler dâhil borcuna yetecek miktarda mal ve hakkını haczeder. Ölçüsüz haciz yapılamaz; aynı zamanda alacaklının tahsil olanağı da etkisiz bırakılmaz. Hacizde tarafların menfaatlerini en az zedeleyen ve satışı daha kolay değerlerden başlanması uygun olur. Borçlunun çekişmesiz malları varken üçüncü kişi mülkiyet iddiasına konu mallara yönelmek, istihkak uyuşmazlığı nedeniyle dosyayı geciktirebilir. Haciz tutanağında malın nitelikleri, değeri ve bulunduğu yer yeterince belirlenmelidir.

Kanun bazı mal ve hakları tamamen haczedilemez sayar, bazı gelirlerde ise yalnız kısmi hacze izin verir. Borçlunun mesleğini sürdürmesi için zorunlu araçlar, aile hayatı için gerekli eşyalar ve belirli sosyal ödemeler koruma altında olabilir. Ücret ve benzeri düzenli gelirlerde borçlunun geçimi gözetilerek kanuni oranda kesinti yapılır. Haczedilmezlikten önceden vazgeçme kural olarak geçerli değildir. Borçlunun bu korumayı ileri sürmesi gereken durumlarda yedi günlük şikâyet süresi ve öğrenme tarihi dikkatle belirlenmelidir.

Borçlunun üçüncü kişide bulunan alacağı, örneğin banka hesabı veya müşterisinden olan alacağı, haciz ihbarnamesi yoluyla hedef alınabilir. Üçüncü kişi süresinde cevap vererek borcun bulunmadığını, malın kendisine ait olduğunu veya başka bir engeli bildirmezse kanunun bağladığı sonuçlarla karşılaşır. Birinci, ikinci ve üçüncü haciz ihbarnameleri birbirini izleyen savunma imkânları sağlar. Üçüncü kişinin gerçeğe aykırı cevabı tazminat ve ceza sorumluluğu doğurabileceğinden, cevap yalnız muhasebe kaydına değil hukuki ilişkiye dayanmalıdır.

Haczedilen mal üzerinde bir üçüncü kişi mülkiyet veya rehin hakkı ileri sürerse istihkak prosedürü başlar. Malın borçlunun elinde mi yoksa üçüncü kişinin elinde mi bulunduğu, ispat yükü ve takibin

ertelenmesi bakımından sonucu değiştirir. İcra dairesi iddiayı tutanağa geçirir ve ilgili taraflara bildirir; uyuşmazlık gerektiğinde istihkak davasında çözülür. Bu dava, borçlunun genel olarak borçlu olup olmadığını değil, belirli malın hacze dâhil edilip edilemeyeceğini konu alır.

Hacizden sonra satış kendiliğinden yapılmaz. Alacaklı veya kanunun yetki verdiği ilgili, taşınır ve taşınmaz için öngörülen süre içinde satış istemeli ve satış giderini yatırmalıdır. Sürenin geçirilmesi o mal üzerindeki haczin kalkmasına yol açabilir. Satış hazırlığında kıymet takdiri, mükellefiyetler listesi, ilan ve ilgililere tebligat tamamlanır. Elektronik açık artırmada teklif verme süresi, teminat, asgari ihale bedeli ve tekliflerin artırılması kuralları ihale güvenliğini sağlar. İhalenin usulsüzlüğü, hukuki yararı bulunan ilgililerce ihalenin feshi yoluyla ileri sürülebilir; salt bedelin düşük bulunması tek başına her zaman yeterli değildir.

Satış bedeli tüm alacakları karşılamıyorsa icra dairesi sıra cetveli düzenler. Rehinli ve imtiyazlı alacaklar ile hacze iştirak şartları, her alacaklının hangi sıradan ve ne kadar pay alacağını belirler. Cetvelde sıraya veya alacağın esasına yönelen uyuşmazlıkların merci ve başvuru biçimi farklıdır. Takip sonunda alacağını tamamen alamayan alacaklıya verilen aciz belgesi, kalan borcun varlığını gösterir ve sonraki takipler ile bazı iptal davaları bakımından özel sonuçlar doğurur.

Bu aşamayı yöneten avukat için tek bir haciz tarihi yeterli takip göstergesi değildir. Haczedilmezlik şikâyeti, istihkak iddiası, satış isteme süresi, kıymet takdiri itirazı, ihale ve sıra cetveli ayrı takvimlerdir. Tahsil kabiliyeti, ancak bu takvimler malın ekonomik değerine uygun bir stratejiyle birlikte yürütüldüğünde korunur.

Rehinli Alacakta Önce Teminatın Paraya Çevrilmesi

KISACA
Rehinle güvence altına alınan alacakta kural, borçlunun diğer malvarlığına yönelmeden önce rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurmaktır. Rehin açığını karşılamıyorsa kalan tutar için haciz veya iflas takibi yapılabilir. Taşınır rehni ve ipotek bakımından takip talebi ile ödeme emrinin içeriği farklılaşır; ipotek akit tablosunun kayıtsız şartsız para borcu ikrarı içermesi ilamlı takibe imkân verebilir. Borçlu, ödeme ve itiraz sürelerini ilgili takip türüne göre kullanır. Rehnin satışı da talep ve gider sürelerine bağlıdır. Satış bedeli alacağı karşılamazsa geçici veya kesin rehin açığı belgesi sonraki takipte önem kazanır. Avukat, rehnin kapsamını, derecesini ve borçluyla rehin veren kişinin aynı olup olmadığını baştan ayırmalıdır.

Rehinli alacakta takip stratejisini belirleyen temel ilke, teminatın önce tüketilmesidir. Alacağı rehinle güvence altına alınmış alacaklı, kural olarak doğrudan genel haciz veya iflas yoluna gidemez; önce rehnin paraya çevrilmesini istemelidir. Bu ilke borçlunun diğer mallarını korurken alacaklıyı da kabul ettiği ayni teminata yöneltir. Rehin bedelinin alacağı karşılamayacağı açık olan bölüm veya kanundaki istisnalar bakımından diğer takip yolları ayrıca kullanılabilir.

Takibe başlamadan önce rehnin geçerli olup olmadığı, hangi alacağı ve ferileri kapsadığı, derece ve sıra bilgisi, teminatın üst sınırı ve rehin veren kişi incelenmelidir. Asıl borçlu ile malını rehneden üçüncü kişi farklı olabilir. Bu durumda ödeme sorumluluğu ile ayni sorumluluk birbirine karıştırılmamalı; takip bildiriminin gerekli kişilere yöneltilmesi sağlanmalıdır. Rehin hakkının sicile kayıtlı olduğu hâllerde güncel kayıt, takip talebindeki taraf ve taşınmaz bilgileriyle örtüşmelidir.

Taşınır rehni veya alacak rehni için ilamsız takipte alacaklı, alacağın tutarını, rehin konusunu ve dayanak sözleşmeyi göstererek takip talebinde bulunur. İcra dairesi borçluya ödeme emri gönderir. Borçlu kanuni süre içinde borca veya rehin hakkına itiraz edebilir; itiraz takibi durdurur ve alacaklının itirazı kaldırma ya da iptal ettirme yollarından uygun olanına başvurmasını gerektirir. Ödeme ve itiraz gerçekleşmezse rehnedilen malın satışı istenir.

İpotekli alacaklarda belgenin niteliği takip biçimini değiştirir. İpotek akit tablosu kayıtsız ve şartsız bir para borcu ikrarı içeriyorsa alacaklı, ilamlı takip hükümlerine yaklaşan daha güçlü bir icra emriyle hareket edebilir. Böyle bir ikrar yoksa ipoteğin paraya çevrilmesinin ilamsız yolu uygulanır. İpotek limiti, ana para ipoteği ile üst sınır ipoteği ayrımı, faiz ve takip giderlerinin teminat kapsamında kalıp kalmadığı istenecek miktarı belirler. Sicildeki teminat tutarı aşılacaksa fazla bölüm için kişisel takip dayanağı ayrıca gösterilmelidir.

Rehnin paraya çevrilmesinde satış kendiliğinden başlamaz. Alacaklı, kanunda taşınır ve taşınmaz rehinleri için öngörülen süre içinde satış talep etmeli ve gideri yatırmalıdır. Kıymet takdiri, ilan, elektronik açık artırma ve ihalenin feshi bakımından haciz yolundaki satış güvenceleri büyük ölçüde

uygulanır. Rehinli malın bakım ve muhafaza giderleri ile satış masrafları, bedelin dağıtımında öncelikle dikkate alınır; kalan tutar rehin sırasına göre alacaklara ayrılır.

Satış bedelinin rehinli alacağı karşılamayacağı daha satış tamamlanmadan belirginleşirse geçici rehin açığı belgesi verilebilir. Bu belge, alacaklıya açık kalacağı öngörülen miktar için borçlunun diğer malları üzerinde geçici haciz isteme olanağı sağlayabilir. Satış ve dağıtım sonunda gerçek açık kesinleştiğinde kesin rehin açığı belgesi düzenlenir. Alacaklı, bu belgeye dayanarak kalan alacak için haciz veya borçlu iflasa tabi ise iflas yoluna başvurabilir. Belgenin kapsamı, rehnin paraya çevrilmesiyle tahsil edilmeyen bölümle sınırlıdır.

Avukatın dosya planında ayni teminat ile kişisel alacak iki sütun hâlinde izlenmelidir. Rehnin paraya çevrilmesi yükümlülüğü, sırf alacağın vadesi geldi diye ortadan kalkmaz; rehin açığı da tahmini bir söylemle değil, kanunun öngördüğü belgeyle sonraki takibe taşınır. Doğru yol, sicil kaydı, akit tablosu, borç ikrarı ve satış süresi birlikte incelendiğinde ortaya çıkar.

11.7.1 · İflas Yolları

İflasa Giden Takipli ve Doğrudan Başvuru Yolları

KISACA
İflas, iflasa tabi borçlunun bütün malvarlığını alacaklıların ortak tatminine ayıran toplu takip yoludur. Adi iflas yolunda alacaklı önce icra dairesinden iflas ödeme emri gönderilmesini ister; borçlunun yedi günlük itirazı takibi durdurur, itiraz olmaz veya kaldırılırsa ticaret mahkemesinden iflas istenir. Kambiyo senedine dayalı iflas takibinde süreler ve ödeme emri özel hükümlere tabidir. Kanunda sayılan hâllerde alacaklı takip yapmadan doğrudan iflas davası açabilir; borçlu da aczini bildirerek kendi iflasını isteyebilir. İflas kararı basit bir tahsil aracı değil, tüm alacaklıları etkileyen ağır bir sonuçtur. Avukat, borçlunun iflasa tabi sıfatını ve seçilen yolun özel şartlarını ilk başvurudan önce doğrulamalıdır.

İflas yolunu haciz takibinden ayıran özellik, tek bir alacaklının belirli mala yönelmesi yerine borçlunun haczedilebilir bütün malvarlığının bütün alacaklılar için tasfiyeye ayrılmasıdır. Bu ağır sonuç sebebiyle her borçlu hakkında iflas istenemez. Tacirler ve kanunen tacir gibi sorumlu tutulan kişiler ile özel hüküm gereği iflasa tabi olanlar bu yolun muhatabıdır. Borçlunun ticaret sicilindeki görünümü önemli olmakla birlikte, gerçek hukuki sıfatı ve tacirliğin sona ermesinden sonra devam eden sorumluluk süresi ayrıca araştırılmalıdır.

Adi iflas yolunda süreç icra dairesine yapılan takip talebiyle başlar. Alacak para veya teminat alacağı olmalı, rehinli alacakta önce rehne başvurma kuralı gözetilmelidir. İcra dairesi borçluya iflas ödeme emri gönderir ve yedi gün içinde borcun ödenmesini veya itiraz edilmesini bildirir. Borçlunun süresinde itirazı iflas takibini durdurur. İtiraz edilmezse takip kesinleşir; fakat bu durum icra dairesinin kendiliğinden iflas kararı vermesi sonucunu doğurmaz. Alacaklı, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl içinde yetkili asliye ticaret mahkemesinden iflas istemelidir.

Borçlu itiraz etmişse alacaklı ticaret mahkemesinde itirazın kaldırılması ve iflas talebini birlikte ileri sürer. Mahkeme alacağın varlığını, takibin şartlarını ve iflas koşullarını inceler. Borçluya depo kararıyla borcu, faiz ve giderleri belirli süre içinde ödeyerek iflastan kaçınma imkânı tanınabilir. Ödeme yapılmaz ve diğer şartlar gerçekleşirse mahkeme iflasa hükmeder. İflas kararı verildiği anda hüküm sonuç doğurur; kararın kanun yoluna götürülmesi ilan ve tasfiye bakımından kanunun öngördüğü düzen içinde ele alınır.

Alacak kambiyo senedine dayanıyorsa kambiyo senetlerine özgü iflas yolu seçilebilir. Bu usulde senedin aslı takip talebine eklenir, senedin niteliği ve hamilin takip hakkı incelenir. Borçlu ödeme emrindeki özel süre içinde ödeme yapabilir veya itiraz ve şikâyetlerini ileri sürebilir. Haciz yolundaki kambiyo takibiyle iflas yolundaki kambiyo takibi aynı değildir; alacaklının takip talebinde seçimini açık yapması ve borçlunun iflasa tabi olması gerekir.

Kanunda sayılan bazı olaylar, önce ödeme emri gönderilmesini beklemeyi anlamsız veya alacaklılar için tehlikeli kılar. Borçlunun yerleşim yerinin bulunmaması, taahhütlerinden kurtulmak amacıyla kaçması, alacaklıların haklarını ihlal eden hileli işlemlere girişmesi, haciz sırasında mallarını saklaması veya

ödemelerini tatil etmesi gibi hâllerde alacaklı doğrudan iflas isteyebilir. İlama bağlı alacağın icra emrine rağmen ödenmemesi de kanuni şartlarıyla doğrudan başvuruya temel olabilir. Bu sebepler istisnaidir; somut vakıa ve delille ortaya konulmalıdır.

Borçlu da ödeme güçsüzlüğünü bildirerek kendi iflasını isteyebilir. Malvarlığı borçların yarısını karşılamayan sermaye şirketleri ve kooperatifler bakımından borca batıklık bildirimi özel önem taşır. Mahkeme, yalnız borçlunun beyanıyla yetinmeden bilanço ve gerçek değerler üzerinden mali durumu değerlendirir. Konkordato gibi iyileştirme seçeneklerinin bulunması, iflas talebinin niteliğine göre ayrıca gündeme gelebilir.

İflas davası hazırlanırken tahsil baskısı ile toplu tasfiyenin sonuçları birbirinden ayrılmalıdır. Sırf borçluyu ödeme yapmaya zorlamak için şartları oluşmamış bir iflas talebi kullanılamaz. İflasa tabi sıfat, yetkili mahkeme, bir yıllık süre, ödeme emrinin kesinleşmesi ve doğrudan iflas sebebinin delili aynı dosyada eksiksiz kurulmalıdır.

11.7.2 · İflasın Sonuçları

İflasın Açılmasıyla Masa, Alacaklar ve Tasfiye

> **KISACA**
> İflas kararıyla borçlunun haczedilebilir mal ve hakları iflas masasını oluşturur; borçlunun bu değerler üzerindeki tasarruf yetkisi alacaklılara karşı sınırlanır. Bireysel takiplerin yerini toplu tasfiye alır, devam eden takip ve davaların durumu kanundaki özel kurallara göre belirlenir. Müflisin borçları kural olarak muaccel hâle gelir ve para dışındaki talepler para alacağına çevrilerek masaya yazdırılır. Alacaklılar ilan üzerine alacaklarını kaydettirir; iflas idaresi sıra cetvelini hazırlar, masa mallarını tasfiye eder ve bedeli sıraya göre dağıtır. Rehinli alacaklar, masa borçları ve imtiyazlar farklı konumdadır. Avukatın odağı artık tek dosyada haciz almak değil, alacağın masaya doğru kaydı ve sıra cetvelindeki yerinin korunmasıdır.

İflasın açılması, borçlunun malvarlığı etrafındaki hukuki düzeni tek anda değiştirir. Karar saat ve dakika gösterilerek verilir; bu an, hangi malların masaya gireceği, hangi tasarrufların alacaklılara karşı geçerli olacağı ve takiplerin nasıl etkileneceği bakımından ölçüdür. İflas masası ayrı bir tüzel kişi değildir, fakat müflisin haczedilebilir mal, hak ve alacaklarının toplu tasfiye amacıyla oluşturduğu özel malvarlığıdır.

Masa kapsamına iflas açıldığı anda borçluya ait olan haczedilebilir değerler girer. Tasfiye bitmeden önce borçluya düşen bazı mal ve haklar da kanunun çizdiği sınırlar içinde masaya dâhil olabilir. Haczedilmez mallar kural olarak masa dışında kalır. Borçlunun üçüncü kişilerdeki alacakları, devam eden işletmesine ait unsurlar, fikrî hakları ve payları ekonomik değerleri ölçüsünde tespit edilir. Başkasına ait malın borçlunun elinde bulunması mülkiyeti masaya geçirmez; hak sahibi ayırma veya istihkak talebinde bulunabilir.

Müflisin masa malları üzerindeki tasarrufları alacaklılara karşı hükümsüzdür; yönetim ve tasfiye yetkisi iflas organlarına geçer. Bu sınırlama borçlunun medeni hak ehliyetini ortadan kaldırmaz. Müflis masa dışı değerler üzerinde ve şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarında işlem yapabilir; ancak masa değerini azaltan tasarruflarla alacaklıların ortak tatminini bozamaz. İflastan sonra müflise yapılan ödeme de ödeme yapanın iflası bilip bilmemesine ve kanuni şartlara göre masaya karşı sonuç doğurur.

İflas, bireysel cebrî icranın toplu takibe dönüşmesini gerektirir. Kural olarak müflise karşı başlamış haciz takipleri durur ve karar kesinleşince düşer; yeni bireysel takip yapılamaz. Rehnin paraya çevrilmesi gibi ayni teminata dayanan takiplerin konumu özel hükümlere tabidir. Müflisin taraf olduğu hukuk davaları da masa menfaatini etkilediği ölçüde durabilir ve iflas idaresinin davayı sürdürüp sürdürmeyeceğine göre devam eder. Acele işler ve şahıs varlığına ilişkin davalar aynı rejime tabi değildir.

İflasın açılmasıyla müflisin borçları kural olarak muaccel olur. Faiz işlemeye devam edebilse de masa içindeki ödeme ve sıra etkisi kanuni sınırlara bağlıdır. Para dışındaki edimler, tasfiyeye katılabilmeleri için para alacağına çevrilir. Şarta bağlı veya vadeli alacaklar da özel hesap yöntemiyle masaya kaydedilebilir. Müflisin alacağı ile borcu karşılıklıysa takas mümkündür; fakat iflası bilen kişinin sırf takas yaratmak amacıyla sonradan alacak veya borç edinmesi gibi alacaklı eşitliğini bozan işlemler korunmaz.

İflas dairesi malları deftere geçirir, muhafaza önlemlerini alır ve ilan yoluyla alacaklıları alacaklarını bildirmeye çağırır. Tasfiyenin adi veya basit usulde yürütülmesi masanın büyüklüğüne ve masraflara göre belirlenir. Alacaklılar toplantısı ile seçilen iflas idaresi, alacak kayıtlarını inceler, masa lehine dava ve işlemleri yürütür, malları satar ve sıra cetvelini düzenler. Geç bildirim her zaman alacağı sona erdirmez; ancak alacaklı tamamlanmış dağıtımlara katılamayabilir ve ilave masrafları üstlenebilir.

Sıra cetveli, kabul edilen alacakların miktarını ve hangi sırada ödeneceğini gösterir. Masa mallarının korunması ve tasfiyesi için yapılan masa borçları dağıtım hesabında özel yere sahiptir. Rehinli alacaklılar rehin bedelinden, imtiyazlı alacaklılar kanuni sıralarından yararlanır; kalan adi alacaklar kendi aralarında garameten pay alır. Alacağı veya sırası reddedilen kişi, uyuşmazlığın niteliğine göre sıra cetveline karşı şikâyet ya da dava yoluna süresinde başvurmalıdır.

Tasfiye sonunda kesin dağıtım yapılır ve alacağını tam alamayan alacaklıya aciz belgesi verilir. İflasın kapanması, ödenmeyen borçları kendiliğinden silmez; sonraki takip imkânı aciz belgesinin ve borçlunun yeni mal edinmesinin şartlarına bağlıdır. Alacaklı vekili için iflas dosyasındaki başarı, erken haciz yarışından değil, kayıt talebinin belgeli yapılması, rehin ve imtiyazın gösterilmesi, sıra cetvelinin incelenmesi ve masa kararlarına zamanında karşı çıkılmasından doğar.

Mali Krizde İyileştirme ile Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Karşı Koruma

KISACA
Konkordato ve tasarrufun iptali aynı mali sıkışma çevresinde görünse de farklı amaçlara hizmet eder. Konkordato, borçlunun teklif ettiği ödeme planını mahkeme denetimi ve alacaklı çoğunluğuyla bağlayıcı hâle getirerek iflası önlemeyi veya tasfiyeyi düzenlemeyi amaçlar. Geçici ve kesin mühlet boyunca takipler sınırlanır, komiser borçlunun faaliyetini gözetir ve proje tasdik şartları yönünden incelenir. Tasarrufun iptali davasında ise borçlunun haciz veya iflastan önce alacaklılardan mal kaçıran belirli işlemi hedef alınır; mülkiyet borçluya dönmez, davacı alacaklıya o mal üzerinde cebrî icra yetkisi sağlanır. Avukat, konkordatoda alacağın kayıt ve oy hakkını; iptal davasında aciz, süre, davalı ve kötü niyet şartlarını ayrı dosya mantığıyla kurmalıdır.

Konkordato, borçlarını vadesinde ödeyemeyen veya ödeyememe tehlikesi altında bulunan borçluya, alacaklılarıyla mahkeme gözetiminde yeniden yapılandırma imkânı verir. Tasarrufun iptali ise borçlunun malvarlığından çıkardığı belirli bir değerin alacaklıya karşı ileri sürülmesini engeller. Biri geleceğe dönük ortak ödeme düzeni, diğeri geçmişteki zararlı işlemin cebrî icra bakımından etkisizleştirilmesidir. Bu iki kurumun şart ve sonuçları birbirinin yerine kullanılamaz.

Borçlu konkordato talebinde ön proje, malvarlığı ve alacaklı durumunu gösteren belgeler, karşılaştırmalı ödeme teklifi ve projenin gerçekleşebilirliğini açıklayan mali veriler sunar. İflas talebinde bulunabilecek alacaklı da kanuni şartlarla konkordato isteyebilir. Mahkeme belgelerin tam olduğunu gördüğünde geçici mühlet verir ve komiser görevlendirir. Geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını doğuran bir koruma dönemidir; amaç borçlunun malvarlığının dağılmasını önlerken projenin yaşama kabiliyetini hızlı biçimde değerlendirmektir.

Mühlet içinde borçlu faaliyetini komiser gözetiminde sürdürür. Mahkeme bazı işlemleri komiser iznine bağlayabilir veya yönetim yetkisini daha sıkı sınırlayabilir. Rehin verme, kefil olma, taşınmaz devri ve işletmenin devamlı tesisatını elden çıkarma gibi olağan faaliyet dışındaki önemli tasarruflar kanuni ve yargısal sınırlamalara tabidir. Borçlunun dürüst davranmaması, projeyi başarıya ulaştırma ihtimalinin kalmaması veya iflas şartlarının oluşması mühletin kaldırılmasına ve gerekiyorsa iflasa karar verilmesine yol açabilir.

Kesin mühlet kararı için konkordatonun başarı ihtimali incelenir. Bu dönemde kural olarak borçlu aleyhine yeni takip yapılamaz, başlamış takipler durur ve ihtiyati haciz kararları uygulanmaz. Rehinli alacakların takibi başlatılabilir veya sürdürülebilir; ancak muhafaza ve satış işlemleri mühlet rejimindeki sınırlamalara tabidir. İmtiyazlı bazı alacaklar ile mühlet içinde komiser izniyle doğan borçlar farklı konumda bulunur. Zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlememesi, alacaklıların takip yasağı nedeniyle hak kaybetmesini önler.

Komiser alacaklıları alacaklarını bildirmeye çağırır, borçlunun kayıtlarıyla talepleri karşılaştırır ve çekişmeli alacakların toplantıya katılım durumunu mahkemenin değerlendirmesine sunar. Proje, kanunda aranan alacaklı ve alacak çoğunluklarından biriyle kabul edilmelidir. Tasdik için yalnız çoğunluk yetmez; teklif edilen tutarın borçlunun iflası hâlinde elde edilebilecek muhtemel miktardan fazla olması, ödemenin kaynaklarla orantılı bulunması, imtiyazlı alacaklar ile gerekli yargılama giderlerinin güvenceye bağlanması gibi maddi şartlar da aranır. Tasdik edilen konkordato, kural olarak projeden etkilenen alacaklıları bağlar ve kararda ödeme planı açıkça gösterilir.

Tasarrufun iptali davasında hareket noktası ise kesin veya geçici aciz belgesiyle ortaya konulan tahsil yetersizliğidir. Davacı, borçludan gerçek bir alacağı bulunan takip alacaklısıdır. Dava borçluya ve onunla işlem yapan kişiye; bazı hâllerde kötü niyetli sonraki kazanımları elde edenlere yöneltilir. Amaç tapu veya mülkiyet kaydını borçlu adına geri çevirmek değil, davacıya dava konusu mal veya değer üzerinde haciz ve satış isteme yetkisi vermektir. İflasta bu yetki masa adına kullanılabilir.

İptale tabi işlemler kanunda gruplandırılmıştır. Borçlunun malvarlığıyla orantısız bağışları ve bağışlama niteliğindeki karşılıksız kazandırmaları, acizden önceki belirli dönemde yapılan bazı teminat ve olağan dışı ödeme işlemleri ile alacaklılara zarar verme kastıyla gerçekleştirilen tasarruflar farklı koşullara bağlanır. Yakın hısımlar veya ekonomik bütünlük içindeki kişilerle yapılan işlemlerde kanuni karineler gündeme gelebilir. Alacaklılara zarar verme kastına dayanan iptalde, işlem karşı tarafının borçlunun mali durumunu ve zarar verme amacını bildiği veya bilmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu ispatlanmalıdır.

İptal davası süre bakımından da dikkat ister. Tasarrufun türüne göre geriye doğru inceleme dönemleri bulunur; ayrıca dava, tasarruf tarihinden itibaren kanunda belirlenen üst süre içinde açılmalıdır. Sonraki devralanın iyi niyetli olması aynen takip imkânını etkileyebilir ve tazminat sorumluluğunu gündeme getirebilir. Davacı vekili takip dosyasını, aciz belgesini, tasarruf zincirini ve taraflar arasındaki ilişkiyi birlikte delillendirmelidir.

Konkordato dosyasında avukatın sorusu, ortak plan içinde müvekkilin ne kadar ve ne zaman ödeme alacağıdır. İptal davasında ise hangi işlemin alacağın tahsilini engellediği ve malın hangi kişi elinde izlenebileceğidir. Kurumların ortak noktası alacaklıların korunmasıdır; fakat birinde koruma kolektif uzlaşmayla, diğerinde belirli tasarrufun alacaklıya karşı etkisiz sayılmasıyla sağlanır.

12.1.1 · İş Sözleşmesi Türleri

İş Sözleşmesinin Türünü Belirleyen Ölçütler ve Hukuki Sonuçları

KISACA
İş sözleşmesinin temelinde işçinin bağımlı biçimde iş görmesi ve işverenin ücret ödeme borcu bulunur. Sözleşmenin türü ise ilişkinin süresine, çalışma yoğunluğuna ve işin yürütülme biçimine göre belirlenir. Süre kararlaştırılmamışsa belirsiz süreli sözleşme esastır; belirli süreli sözleşme, belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi nesnel bir temele dayanmalıdır. Tam süreli ve kısmi süreli ayrımında emsal işçinin normal haftalık çalışması ölçü alınır. Çağrı üzerine çalışma, kısmi süreli ilişkinin özel bir görünümüdür; uzaktan çalışma ise işin işyeri dışında, işverenin organizasyonu içinde yerine getirilmesine dayanır. Deneme kaydı sözleşmeyi bağımsız bir sözleşme olmaktan çok, taraflara başlangıç döneminde bildirimsiz fesih imkânı veren bir kayıt hâline getirir. Tür seçme serbestisi vardır, fakat emredici sınırlar ve ayrımcılık yasağı bu serbestinin çerçevesini çizer.

İş sözleşmesini diğer iş görme ilişkilerinden ayıran başlangıç noktası, iş görmenin işverene bağımlı olarak yerine getirilmesi ve bunun karşılığında ücret ödenmesidir. Taraflar çalışma ihtiyaçlarına uygun bir sözleşme modeli seçebilir; ancak bu tercih, ilişkinin gerçek niteliğini değiştirecek sınırsız bir adlandırma yetkisi vermez. Kanunun öngördüğü koşullar oluşmadığında sözleşmeye verilen isim değil, fiilen kurulan çalışma düzeni esas alınır.

Süre bakımından ilk ayrım belirli ve belirsiz süreli sözleşme arasındadır. İş ilişkisinin sonu bir süreye bağlanmamışsa sözleşme belirsiz sürelidir. Belirli süreli sözleşme ise belirli süreli bir iş, belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun gerçekleşmesi gibi nesnel koşullarla kurulabilir ve yazılı olmalıdır. Esaslı neden bulunmadan peş peşe yapılan belirli süreli sözleşmeler, zincirin başından itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Buna karşılık her yenilemede esaslı neden mevcutsa sözleşmeler belirli süreli niteliğini korur. Bu ayrım özellikle sona erme rejimi bakımından önem taşır; belirli sürenin dolması ile bildirimli fesih aynı hukuki mekanizma değildir.

Çalışma yoğunluğuna göre tam süreli ve kısmi süreli sözleşme ayrımı yapılır. Kısmi süreli çalışma, işçinin haftalık çalışma süresinin aynı veya benzer işi tam süreli yapan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesidir. Salt kısmi süreli çalışma nedeniyle işçi daha olumsuz işleme tabi tutulamaz. Ücret ve para ile ölçülebilen bölünebilir menfaatler ise çalışılan süreyle orantılı verilir. Benzer koruma belirli süreli çalışan ile belirsiz süreli emsal arasında da geçerlidir. Böylece sözleşme türü, haklı bir neden olmadan daha düşük bir hukuki statü yaratma aracı olamaz.

Çağrı üzerine çalışma, kısmi süreli sözleşmenin ihtiyaca bağlı biçimidir. Çalışma süresi taraflarca kararlaştırılmamışsa haftalık yirmi saatlik süre kabul edilir. Aksi kararlaştırılmadıkça çağrının çalışmadan en az dört gün önce yapılması gerekir; günlük süre belirlenmemişse her çağrıda en az dört saat kesintisiz çalışma sağlanır. İşçi, çağrı için ayrılan dönemde fiilen çalıştırılmasa da ücrete hak kazanır. Bu hükümler, işverenin çalışma zamanını tek taraflı ve öngörülemez biçimde belirlemesini sınırlar.

Uzaktan çalışma, işin evde veya teknolojik iletişim araçları kullanılarak işyeri dışında yerine getirildiği, buna rağmen işverenin iş organizasyonuna bağlılığın sürdüğü yazılı bir ilişkidir. İşin tanımı, yürütülme biçimi, yeri, süresi, ücret, ekipman ve iletişim düzeni sözleşmede gösterilir. İşveren, işin niteliğine göre iş sağlığı ve güvenliği konusunda bilgilendirme, eğitim, sağlık gözetimi ve sağladığı ekipmana ilişkin tedbirleri yerine getirmelidir. Uzaktan çalışma da tek başına emsal işçiden farklı işlem yapılmasını haklı kılmaz.

Deneme kaydı tarafların ilişkiyi sınadığı başlangıç dönemidir. Kural olarak en çok iki ay için kararlaştırılabilir; toplu iş sözleşmesiyle dört aya kadar uzatılabilir. Bu süre içinde taraflar bildirim süresi vermeden ve feshe bağlı tazminat ödemeden sözleşmeyi sona erdirebilir, fakat işçinin çalıştığı günlere ait ücret ve diğer hakları korunur. Süreksiz işlerde ise işin niteliği gereği en çok otuz iş günü sürmesi belirleyicidir ve kanunun bazı hükümleri uygulanmaz.

Takım sözleşmesi de kuruluş tekniği bakımından özel bir görünüm sunar. Birden çok işçiyi temsil eden takım kılavuzu, işverenle yazılı sözleşme yapar; her işçinin kimliği ve ücreti ayrı gösterilir. Takımdaki işçinin işe başlamasıyla onunla işveren arasında bireysel iş sözleşmesi kurulmuş sayılır ve ücret her işçiye ayrı ödenir. Takım kılavuzu aracılık gerekçesiyle işçi ücretinden kesinti yapamaz. Sonuç olarak sözleşme türünün doğru belirlenmesi, eşit işlemden feshe ve ücret haklarına kadar ilişkinin bütün hukuki sonuçlarını etkiler.

12.1.2 · İşçi ve İşverenin Borçları

İş İlişkisinde Karşılıklı Edimler ve İşverenin Koruma Yükümlülükleri

KISACA

İş ilişkisi, işçinin bağımlı olarak iş görmesi ile işverenin ücret ödemesi üzerine kurulur; ancak tarafların yükümlülükleri bu iki asli edimle sınırlı değildir. İşçi, kararlaştırılan işi çalışma düzenine uygun biçimde yerine getirirken işveren ücretin yanında çalışma koşullarını açıklaştırmak, eşit davranmak ve kanundan doğan koruyucu önlemleri almak zorundadır. Yazılı sözleşme bulunmayan durumlarda çalışma koşullarını gösteren belgenin işçiye verilmesi, ilişkinin içeriğini belirginleştirir. İşveren çalışma şartlarında esaslı değişiklik yapmak istediğinde yazılı bildirimde bulunmalı; işçi tarafından süresinde yazılı kabul edilmeyen değişiklik işçiyi bağlamaz. Eşit davranma borcu, benzer durumdaki işçiler arasında haklı neden olmadan farklılık kurulmasını engeller. Uzaktan çalışmada bilgilendirme, eğitim, sağlık gözetimi ve ekipman güvenliği yükümlülükleri ayrıca görünür hâle gelir. İşçinin borcu ile işverenin yönetim yetkisi birlikte değerlendirilir; yönetim yetkisi sözleşme ve emredici hukuk sınırları içinde kullanılabilir.

İş sözleşmesi karşılıklı borç doğuran sürekli bir ilişkidir. İşçi, işverenin iş organizasyonu içinde bağımlı olarak iş görmeyi; işveren ise bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlenir. Bu temel değiş tokuş, işverenin her talimatının geçerli olduğu veya işçinin yalnızca ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabileceği anlamına gelmez. İşin görülmesi, sözleşmede belirlenen görev, çalışma süresi ve işyeri düzeni içinde gerçekleşir; işverenin yönetim yetkisi de kanun, sözleşme ve işçiyi koruyan emredici hükümlerle çevrilidir.

İlişkinin içeriğinin bilinmesi her iki taraf bakımından önemlidir. Bir yıl veya daha uzun süreli iş sözleşmeleri yazılı yapılmalıdır. Yazılı sözleşmenin bulunmadığı diğer hâllerde işveren, kural olarak en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık süreyi, temel ücret ile eklerini, ödeme dönemini, varsa belirli süreyi ve fesihte uygulanacak hükümleri gösteren yazılı belgeyi işçiye vermelidir. Sözleşme bu süre dolmadan sona ererse belge sona erme tarihine kadar sağlanır. Böylece işçinin hangi işi hangi koşullarda üstlendiği sonradan tek taraflı açıklamalara bırakılmaz.

Ücret ödeme borcu, işverenin asli edimidir. Ücret, yapılan iş karşılığında işveren veya üçüncü kişi tarafından para ile ödenen tutardır. Ödeme en geç ayda bir yapılır; sözleşmelerle bu dönem bir haftaya kadar indirilebilir. İş sözleşmesinin sona ermesi hâlinde ücret ile sözleşme ve kanundan doğan para ile ölçülebilir menfaatlerin tam olarak ödenmesi gerekir. İşveren ayrıca işçiye ücret hesabını gösteren pusula vermeli ve ücret kesme cezasını ancak sözleşmede belirtilen nedenlere dayanarak uygulamalıdır. Kesintinin sebebi ve hesabı işçiye bildirilir.

İşverenin eşit davranma borcu, iş ilişkisinin kurulmasından sona ermesine kadar uzanır. İşveren kararlarını dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya bunlara benzer ayrımcı temellere dayandıramaz. Esaslı neden olmadıkça tam süreli ile kısmi süreli veya belirsiz

süreli ile belirli süreli çalışan arasında farklı işlem kurulamaz. Aynı ya da eşit değerde iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılması da yasaktır. Aykırılık hâlinde işçi, yoksun bırakıldığı haklarla birlikte kanunda öngörülen uygun tazminatı talep edebilir.

Çalışma koşullarının değiştirilmesi, yönetim yetkisinin önemli sınav alanıdır. İşveren, sözleşmeden, personel yönetmeliğinden, işyeri uygulamasından veya benzeri kaynaklardan doğan çalışma şartlarında esaslı değişikliği ancak yazılı bildirimle önerebilir. İşçi bu öneriyi altı iş günü içinde yazılı olarak kabul etmezse değişiklik bağlayıcı olmaz. İşveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka geçerli neden bulunduğunu yazılı açıklayarak sözleşmeyi sona erdirebilir; işçi de feshe karşı kanuni yolları kullanabilir. Taraflar anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir, fakat değişiklik geçmişe yürütülemez.

İşverenin koruma yükümlülüğü bazı çalışma biçimlerinde açık hükümlerle somutlaşır. Uzaktan çalışmada işveren, işin niteliğine göre iş sağlığı ve güvenliği önlemleri konusunda bilgilendirme yapmalı, gerekli eğitimi vermeli, sağlık gözetimini sağlamalı ve sunduğu ekipman için güvenlik tedbirlerini almalıdır. Her işçi için özlük dosyası düzenlenmesi ve edinilen bilgilerin dürüstlük kuralları ile hukuka uygun kullanılması da işverenin yükümlülükleri arasındadır.

İş organizasyonu alt işveren eliyle yürütüldüğünde işverenin borçları kaybolmaz. Asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı işyeriyle bağlantılı kanun, bireysel sözleşme ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işverenle birlikte sorumludur. Muvazaalı ilişki kurulması veya işçi haklarının daraltılması hâlinde alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılır. Sonuçta işçinin iş görme borcu, işverenin ücret, eşitlik, açıklık ve koruma borçlarıyla dengelenir; bir tarafın edimi diğer tarafın sınırsız yetkisine dönüşmez.

12.1.3 · Feshin Türleri (Haklı–Geçerli)

Bildirimli Fesih, Geçerli Sebep ve Haklı Neden Ayrımı

KISACA

İş sözleşmesinin feshi değerlendirilirken önce sözleşmenin türü, ardından bildirimin gerekip gerekmediği ve fesih sebebinin ağırlığı belirlenir. Belirsiz süreli sözleşmenin olağan feshinde kıdeme göre değişen bildirim süreleri uygulanır. İş güvencesi kapsamındaki işçinin işveren tarafından feshi ayrıca yeterlilik, davranış veya işletme gereklerinden doğan geçerli bir sebebe dayanmalıdır. Geçerli sebep, ilişkiyi sürdürmeyi makul ölçüde zorlaştıran fakat derhâl fesih ağırlığına ulaşmayan nedendir. Haklı neden ise belirli veya belirsiz süreli sözleşmeyi bildirim süresi beklenmeden sona erdirebilecek yoğunluktadır; işçi ve işveren bakımından sağlık, ahlak ve iyi niyet ya da zorlayıcı nedenler ayrı ayrı düzenlenir. Fesih sebebinin açık ve kesin bildirilmesi, bazı hâllerde işçinin savunmasının alınması ve hak düşürücü sürelere uyulması gerekir. Bu ayrım, hem feshin geçerliliğini hem de doğacak tazminat ve işe iade sonuçlarını belirler.

Fesihte doğru hukuki nitelendirme, yalnız kullanılan “haklı” veya “geçerli” sözcüğüne bakılarak yapılamaz. Önce sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli olduğu, sonra sona erdirmenin bildirimli olağan fesih mi yoksa derhâl fesih mi oluşturduğu incelenir. Ardından sebebin kanunun aradığı ağırlığa ulaşıp ulaşmadığı ve usule uyulup uyulmadığı değerlendirilir. Aynı olay, bu basamaklar atlanarak ele alındığında tazminat ve işe iade sonuçları da yanlış kurulabilir.

Belirsiz süreli sözleşmelerde olağan fesih, karşı tarafa önceden bildirim yapılmasını gerektirir. Bildirim süreleri işçinin kıdemine göre iki, dört, altı ve sekiz hafta olarak yükselir; bunlar asgari sürelerdir ve sözleşmeyle artırılabilir. Bildirim şartına uymayan taraf, ilgili süreye ait ücret tutarında tazminat öder. İşveren bildirim süresinin ücretini peşin vererek ilişkiyi sona erdirebilir. Ancak bildirim ücretinin ödenmesi, iş güvencesi hükümlerine uyma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.

Geçerli sebep, iş güvencesi kapsamındaki işveren feshinin maddi temelidir. Otuz veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerinde, en az altı aylık kıdeme sahip belirsiz süreli çalışan bakımından işveren; işçinin yeterliliğine, davranışlarına ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerine dayanan geçerli bir sebep göstermelidir. Yer altı işlerinde kıdem şartı aranmaz. Sendika üyeliği, temsilcilik, hak arama amacıyla idari veya adli mercilere başvurma, ayrımcılık nedenleri ve kanunda korunan bazı geçici devamsızlıklar geçerli sebep sayılamaz.

Geçerli nedenle fesihte usul de koruyucu işlev görür. Bildirim yazılı yapılmalı ve sebep açık, kesin biçimde belirtilmelidir. İşçinin davranışı veya verimi gerekçe gösteriliyorsa, kural olarak savunması alınmadan fesih yapılamaz. İşçi, bildirimin tebliğinden itibaren bir ay içinde işe iade istemiyle arabulucuya başvurabilir; anlaşma sağlanamazsa son tutanaktan itibaren iki hafta içinde dava açabilir. Geçerli sebebi ispat yükü işverendedir; işçi feshin başka bir nedene dayandığını ileri sürerse bu iddiasını kendisi ispatlar.

Haklı nedenle derhâl fesihte sebep daha ağırdır. İşçi bakımından sağlık sebepleri, işverenin veya temsilcisinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışları ile belirli zorlayıcı nedenler sözleşmenin süresi beklenmeden sona erdirilmesine imkân verebilir. Ücretin kanuna veya sözleşmeye uygun hesaplanmaması ya da ödenmemesi de işçi yönünden düzenlenen haklı nedenler arasındadır. İşveren bakımından işçinin kendi kusurlu davranışıyla ağır sağlık tehlikesi yaratması, yanıltıcı bilgi vermesi, güveni kötüye kullanması, sataşması, devamsızlığı veya görevini yapmamakta ısrar etmesi gibi ahlak ve iyi niyetle bağdaşmayan hâller; ayrıca belirli sağlık ve zorlayıcı nedenler derhâl feshe yol açabilir.

Ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılığa dayalı derhâl fesih yetkisi, olayın öğrenilmesinden itibaren altı iş günü ve her durumda fiilden itibaren bir yıl içinde kullanılmalıdır; işçinin olayda maddi çıkar sağlaması hâlinde bir yıllık üst süre uygulanmaz. Bu süre, fesih yetkisinin uzun süre askıda tutulmasını önler. İşçi veya işverenin haklı nedenle feshi, diğer taraftan tazminat isteme hakkını ortadan kaldırmaz.

Bildirim süresi içinde işçiye yeni iş arama izni verilmesi de olağan feshin sonuçlarındandır. İşveren bu izni iş saatleri içinde ve ücret kesmeden, günde en az iki saat kullandırmalıdır. İzin birleştirilirse işçi bunu işten ayrılacağı günden önceki günlere denk getirmeli ve işverene bildirmelidir. İznin verilmemesi veya eksik kullandırılması hâlinde karşılığı olan ücret ayrıca doğar.

Geçerli sebep ile haklı neden arasındaki temel fark, ilişkinin sürdürülmesine etkilerinin yoğunluğudur. Geçerli sebep olağan feshi haklılaştırırken bildirim rejimi içinde kalır; haklı neden bekleme zorunluluğunu kaldırır. Sebep geçerli değilse iş güvencesi kapsamında işe iade ve buna bağlı ücret ile tazminat sonuçları doğabilir. Haklı neden ispatlanamazsa derhâl feshin bildirim ve diğer sona erme sonuçları gündeme gelir. Bu nedenle fesih dosyasında sebep, usul, süre ve ispat yükü birlikte ele alınmalıdır.

12.1.4 · Kıdem ve İhbar Tazminatı

İhbar Tazminatının Rejimi ve Kıdem Tazminatının Kanuni Dayanağı

KISACA

İhbar tazminatı, belirsiz süreli iş sözleşmesinde kanuni bildirim süresine uymadan fesih yapan tarafın karşı tarafa ödemesi gereken tutardır. Süre işçinin kıdemine göre iki haftadan sekiz haftaya kadar yükselir ve sözleşmeyle artırılabilir. İşveren, bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi sona erdirebilir. Hesapta çıplak ücretle yetinilmez; para veya para ile ölçülebilen sözleşmesel ve kanuni menfaatler de dikkate alınır. Kıdem tazminatı bakımından 4857 sayılı Kanun ayrıntılı hak kazanma ve hesap hükümlerini tekrar etmez. Yalnızca 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin yürürlükte kaldığını belirtir ve bazı maddelerinde kıdem tazminatına gönderme yapar. Bu nedenle iki tazminat aynı düzenlemeye ve aynı koşullara dayanan tek bir ödeme gibi ele alınamaz; 4857 sayılı Kanun ihbarı ayrıntılı, kıdemi ise atıf düzeyinde düzenler.

İhbar ve kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin sona ermesi çevresinde anılsa da hukuki dayanakları ve işlevleri aynı değildir. İhbar tazminatı, belirsiz süreli sözleşmenin olağan feshinde önceden bildirim yükümlülüğüne bağlanır. Kıdem tazminatının ayrıntılı rejimi 4857 sayılı Kanun'da yeniden kurulmamış, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin yürürlükte bırakılması yoluyla korunmuştur. Bu farklı düzenleme tekniği, iki kurumun şartlarını birbirine taşımadan incelenmesini gerektirir.

İhbar tazminatında hareket noktası 4857 sayılı Kanun'un 17. maddesidir. Belirsiz süreli iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen taraf karşı tarafa bildirim yapmalıdır. İşçinin kıdemi altı aydan azsa iki hafta, altı ay ile bir buçuk yıl arasındaysa dört hafta, bir buçuk yıl ile üç yıl arasındaysa altı hafta, üç yıldan fazlaysa sekiz hafta sonra fesih sonuç doğurur. Bu süreler asgari niteliktedir; taraflar daha uzun süre kararlaştırabilir.

Bildirim şartını yerine getirmeyen taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemekle yükümlüdür. İşveren ayrıca bu süreye ait ücreti peşin vererek sözleşmeyi hemen sona erdirebilir. Peşin ödeme veya ihbar tazminatı, işverenin geçerli sebep gösterme ve iş güvencesi usulüne uyma yükümlülüklerini kendiliğinden ortadan kaldırmaz. İş güvencesi dışında kalan bir işçinin sözleşmesi fesih hakkı kötüye kullanılarak sona erdirilmişse, bildirim süresinin üç katı tutarında kötü niyet tazminatı doğabilir; bildirim şartına ayrıca uyulmamışsa ihbar tazminatı da gündeme gelir.

Hesaplamada yalnız temel ücret esas alınmaz. Kanun, bildirim süresine ilişkin peşin ücret ile madde kapsamındaki tazminatların hesabında işçiye sağlanan para veya para ile ölçülmesi mümkün, sözleşmeden ya da kanundan doğan menfaatlerin de gözetilmesini öngörür. Böylece düzenli ve ölçülebilir ek menfaatler hesap tabanına dâhil edilir. İşe iade kararından sonra işçi işe başlatılırsa önceden ödenen bildirim süresi ücreti ve kıdem tazminatı, kanunda öngörülen ödemeden mahsup edilir; işe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya karşılığı peşin ödenmemişse bu tutar ayrıca ödenir.

Kıdem tazminatı yönünden 4857 sayılı Kanun'un düzenlemesi daha sınırlıdır. Kanun'un 120. maddesi, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi dışındaki hükümleri yürürlükten kaldırır. Bu hüküm, kıdem tazminatının ayrıntılı hak kazanma sebeplerini, kıdem hesabını ve ödeme ölçüsünü açıklamaz; yalnız eski 14. maddenin yürürlükte bırakıldığını gösterir. Bu nedenle 4857 sayılı Kanun hükümlerinden hareketle kıdem tazminatının bütün şartları kurulamaz.

Yine de 4857 sayılı Kanun kıdem tazminatına bazı sonuç hükümlerinde değinir. İşyerinin devrinde devreden veya devralan işverenin sorumluluğuna ilişkin düzenleme, kıdem tazminatı bakımından özel hükümlerin saklı olduğunu belirtir. Yıllık izin bakımından bazı sürelerin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmasına ilişkin sözleşmesel düzenleme yasağı vardır. Kanuni grev ve lokavt sırasında askıda geçen sürenin kıdem tazminatı hesabına katılmayacağı da açıkça düzenlenmiştir. Bu göndermeler, kurumun varlığını ve başka iş hukuku ilişkileriyle temasını gösterir; fakat hak kazanma rejiminin yerine geçmez. Sonuç olarak ihbar tazminatı doğrudan ve ayrıntılı, kıdem tazminatı ise yürürlük atfı ve sınırlı bağlantılar üzerinden ele alınır.

Çalışma Zamanının Sınırları ve Ücret Alacağının Korunması

KISACA
Çalışma süresi ile ücret, işverenin organizasyon yetkisini işçinin zaman ve gelir güvencesiyle dengeleyen iki temel alandır. Genel haftalık süre en çok kırk beş saattir ve aksi kararlaştırılmadıkça çalışılan günlere eşit dağıtılır. Tarafların anlaşmasıyla farklı dağılım yapılabilse de günlük çalışma on bir saati aşamaz ve denkleştirme dönemi sonunda haftalık ortalama yasal sınır içinde kalmalıdır. Haftalık kırk beş saati aşan çalışma fazla çalışma, sözleşmeyle daha kısa süre belirlenmişse bu sürenin üzerindeki ve kırk beş saate kadar olan bölüm fazla sürelerle çalışmadır. Ücret, iş karşılığında para ile ödenir; kural olarak en geç ayda bir muaccel olur. Ücretin korunması, ödeme belgesi, sınırlı kesinti, zamanaşımı ve ödenmeme hâlinde iş görmekten kaçınma hükümleriyle desteklenir. Dinlenme araları, hafta tatili ve ulusal bayram ücretleri de çalışma zamanının yalnız fiili iş saatlerinden ibaret olmadığını gösterir.

Çalışma süresinin belirlenmesi, işverenin işi düzenleme yetkisi ile işçinin bedensel ve sosyal korunması arasındaki dengeyi kurar. Genel kural, haftalık çalışma süresinin en çok kırk beş saat olmasıdır. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre işyerinde çalışılan günlere eşit bölünür. Tarafların anlaşmasıyla günlere farklı dağılım yapılabilir; ancak günlük çalışma on bir saati aşamaz. İki aylık denkleştirme döneminde haftalık ortalama normal süreyi geçmediği sürece bazı haftalarda kırk beş saatin üzerine çıkılması fazla çalışma sayılmaz. Toplu iş sözleşmesi denkleştirme dönemini dört aya kadar uzatabilir.

Kanun yalnız iş başında geçirilen zamanı değil, işçinin işverenin emrine hazır bulunduğu bazı dönemleri de çalışma süresinden sayar. Madenlerde iniş ve çıkış için geçen süreler, başka yerde çalıştırılmak üzere gönderilmede yolda geçen zaman, işçinin iş görmeden hazır beklediği dönemler ve işveren tarafından başka yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmadan geçen süreler bu kapsamdadır. Buna karşılık işe geliş gidiş için sağlanan sıradan taşıma süresi kural olarak çalışma süresi değildir. Ara dinlenmeleri de çalışma süresinden sayılmaz; süresi günlük çalışmanın uzunluğuna göre belirlenir ve kural olarak kesintisiz verilir.

Haftalık kırk beş saati aşan çalışma fazla çalışmadır. Her fazla çalışma saati için normal saat ücretinin yüzde elli artırılmışı ödenir. Haftalık süre sözleşmeyle kırk beş saatin altında belirlenmişse, bu sürenin üstünde fakat kırk beş saate kadar yapılan çalışma fazla sürelerle çalışmadır ve saat ücreti yüzde yirmi beş artırılır. İşçi isterse zamlı ücret yerine fazla çalışmada her saat için bir saat otuz dakika, fazla sürelerle çalışmada bir saat on beş dakika serbest zaman kullanabilir. Fazla çalışma için işçinin onayı gerekir ve toplam süre yılda iki yüz yetmiş saati aşamaz.

Ücret, bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişi tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. Kural olarak Türk parasıyla işyerinde veya özel olarak açılan banka hesabına ödenir. Ödeme dönemi en geç bir aydır; sözleşmeyle bir haftaya kadar indirilebilir. Sona erme tarihinde birikmiş ücretlerin ve para ile

ölçülebilen bütün kanuni veya sözleşmesel hakların işçiye eksiksiz verilmesi gerekir. Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır.

Ücretin zamanında ödenmemesi işçiye özel bir koruma sağlar. Mücbir neden dışında ödeme gününden itibaren yirmi gün geçmesine rağmen ücret ödenmezse işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu davranış toplu nitelik kazansa bile grev sayılmaz; sırf bu nedenle sözleşme feshedilemez ve işçinin yerine yeni işçi alınamaz. Gününde ödenmeyen ücret için mevduata uygulanan en yüksek faiz işletilir. Ücretin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devredilemez; nafaka alacaklılarının hakları saklıdır.

İşveren her ödemede ücret hesabını gösteren pusula vermelidir. Ücret kesme cezası yalnız sözleşmede belirtilen nedenlerle uygulanabilir ve bir ayda iki gündelikten fazla olamaz. Hafta tatiline hak kazanıldığında işçi çalışmadan bir günlük ücrete hak kazanır. Ulusal bayram ve genel tatil gününde çalışılmazsa ücret tam ödenir; çalışılırsa ayrıca bir günlük ücret daha verilir. Böylece ücret hukuku, yalnız saat ile bedel arasındaki hesabı değil, dinlenme hakkını, ödeme güvenliğini ve işçinin gelirinin korunmasını da kapsar.

12.1.6 · Yıllık Ücretli İzin

Yıllık İzne Hak Kazanma, İznin Kullandırılması ve Ücret Güvencesi

KISACA

Yıllık ücretli izin, işçinin dinlenmesini sağlayan ve vazgeçilemeyen bir haktır. İşçi, deneme süresi dâhil işyerinde işe başladığı günden itibaren en az bir yıl çalışınca izne hak kazanır. İzin süresi kıdeme göre on dört, yirmi ve yirmi altı günden az olamaz; on sekiz yaşından küçük ve elli yaşından büyük işçiler için alt sınır yirmi gündür. Mevsimlik veya kampanya işlerinde kural olarak yıllık izin hükümleri uygulanmaz. İşveren izni bölemez; tarafların anlaşmasıyla bölünürse parçalardan biri en az on gün olmalıdır. Hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz. İzin ücreti başlamadan önce peşin veya avans olarak ödenir. Sözleşme sona erdiğinde kullanılmamış izin süreleri ücrete dönüşür. Bu yapı, iznin çalışma devam ederken parayla değiştirilmesini engellerken sona ermede kazanılmış sürenin karşılıksız kalmasını önler.

Yıllık ücretli izin, işçinin belirli bir çalışma döneminden sonra ücret kaybı yaşamadan dinlenmesini sağlar. Bu hak, iş sözleşmesinin devamı sırasında yalnız ekonomik bir alacak gibi kullanılamaz; işçi izin hakkından vazgeçemez. Kanun bu nedenle hem hak kazanma süresini hem de iznin fiilen kullandırılma biçimini emredici sınırlarla düzenler.

İzne hak kazanmak için işçinin deneme süresi de dâhil olmak üzere işyerinde işe başladığı tarihten itibaren en az bir yıl çalışması gerekir. Aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde geçen süreler birleştirilir. Nitelikleri gereği bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde yıllık izin hükümleri kural olarak uygulanmaz. Bir sonraki izin hakkı için gereken bir yıllık dönem, önceki hakkın doğduğu tarihten başlayarak hesaplanır ve izin gelecek hizmet yılı içinde kullandırılır.

İzin süresi kıdeme göre basamaklanır. Hizmeti bir yıldan beş yıla kadar olanlara, beş yıl dâhil, en az on dört gün; beş yıldan fazla on beş yıldan az olanlara en az yirmi gün; on beş yıl dâhil daha fazla hizmeti olanlara en az yirmi altı gün izin verilir. Yer altı işlerinde çalışanların süreleri dörder gün artırılır. On sekiz yaşından küçüklerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek izin yirmi günden az olamaz. Bireysel veya toplu iş sözleşmesi bu süreleri artırabilir.

Kanun, yıllık izin hesabında fiilen çalışılmayan bazı dönemleri çalışılmış gibi kabul eder. İş kazası veya hastalık nedeniyle devamsızlığın belirli bölümü, kadın işçilerin doğum çevresindeki izinleri, zorlayıcı sebeple işin tatil edildiği sınırlı dönem, hafta tatili ve genel tatil günleri, bazı zorunlu ve sözleşmesel izinler bu hesaba katılır. İşyerinde faaliyetin aralıklı olması veya işçinin yılın bir bölümünde çalışması, bu işçilere verilen yıllık iznin çalışılmış gibi sayılan sürelerini azaltmaz.

İzin kural olarak işveren tarafından bölünemez ve sürekli kullandırılır. Tarafların anlaşmasıyla bölünmesi mümkündür; ancak parçalardan biri on günden az olamaz. İşveren tarafından yıl içinde verilen ücretli veya ücretsiz diğer izinler, dinlenme ve hastalık izinleri yıllık izne mahsup edilemez. İzin günlerine

rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresine eklenir. İşçi izin dönemini başka yerde geçirecekse, istemesi ve belge sunması üzerine gidiş dönüş için toplam dört güne kadar ücretsiz yol izni verilmelidir.

İşveren, izin dönemine ilişkin ücreti işçi izne başlamadan önce peşin ödemeli veya avans olarak vermelidir. Günlük, haftalık ya da aylık sabit ücretle çalışmayanların izin ücreti, son bir yıldaki kazancın fiilen çalışılan günlere bölünmesiyle hesaplanır. Yüzde usulü uygulanan işyerlerinde izin ücreti işveren tarafından ödenir. İşçi izin sırasında ücret karşılığı başka işte çalışırsa, işveren ödediği izin ücretini geri isteyebilir.

Sözleşmenin herhangi bir nedenle sona ermesi, kullanılmamış izin hakkını ortadan kaldırmaz. Bu durumda hak kazanılmış fakat kullanılmamış sürelere ait ücret, sona erme tarihindeki ücret üzerinden işçiye veya hak sahiplerine ödenir. Bu ücrete ilişkin zamanaşımı da sözleşmenin sona erdiği tarihte başlar. İşverenin izin kayıt belgesi tutması gerekir. Böylece sistem, çalışma sürerken gerçek dinlenmeyi; ilişki sona erdiğinde ise kullanılması artık mümkün olmayan iznin parasal karşılığını güvence altına alır.

12.2.1 · Sendikalar

Sendikal Örgütlenmenin Kuruluşu, Üyelik Düzeni ve Güvenceleri

KISACA

Sendika, işçi veya işverenlerin çalışma ilişkilerindeki ortak ekonomik ve sosyal haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla, bir işkolunda faaliyet göstermek üzere kurdukları tüzel kişidir. Kuruluş önceden izne bağlı değildir; kurucuların tüzük ve gerekli belgeleri valiliğe vermesiyle tüzel kişilik kazanılır. Sendikalar işkolu esasına göre örgütlenir, konfederasyon ise farklı işkollarındaki en az beş sendikanın birleşmesinden oluşur. On beş yaşını dolduran işçiler işçi sendikasına üye olabilir. Aynı işkolunda aynı anda birden çok sendikaya üyelik geçersizdir; farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışan işçiler için kanuni istisna vardır. Üyelik ve çekilme elektronik sistem üzerinden yürütülür. Sendika üyeliğine dayalı işe alma veya işten çıkarma şartı konulamaz; üyelik ya da sendikal faaliyet nedeniyle ayrım yapılması tazminat sonucunu doğurabilir. Yönetici ve işyeri temsilcisi için ayrıca iş ilişkisini koruyan özel güvenceler öngörülmüştür.

Sendikal örgütlenme, bireysel iş ilişkisindeki dağınık menfaatleri ortak bir irade altında toplar. İşçi sendikası ile işveren sendikası aynı genel kuruluş kavramına girse de temsil ettikleri taraflar farklıdır. Sendika, en az yedi işçi veya işverenin bir işkolunda ortak ekonomik ve sosyal hakları korumak ve geliştirmek amacıyla oluşturduğu tüzel kişidir. Konfederasyon ise değişik işkollarında faaliyet gösteren en az beş sendikanın bir araya gelmesiyle kurulur.

Kuruluş serbestisi, önceden izin aranmamasıyla somutlaşır. Kurucular kuruluşun merkezinin bulunduğu ilin valiliğine dilekçe ile tüzüğü ve gerekli belgeleri verir; kuruluş bu anda tüzel kişilik kazanır. Valilik belgeleri Bakanlığa gönderir ve ilan süreci işler. Tüzükte veya kuruluş şartlarında kanuna aykırılık ya da eksiklik bulunursa bunların giderilmesi istenir. Süresinde düzeltme yapılmazsa mahkeme faaliyeti geçici olarak durdurabilir ve uygun süre verir; eksiklik devam ederse kapatma kararı verilebilir. Böylece serbest kuruluş ilkesi, sonradan yapılan hukuka uygunluk denetimiyle birlikte uygulanır.

Sendikalar işkolu esasına göre faaliyet gösterir. Bir işyerindeki asıl işe yardımcı işler de asıl işin girdiği işkolundan sayılır. İşkolu tespiti Bakanlıkça yapılır ve Resmî Gazete'de yayımlanır; ilgililer bu tespite karşı dava açabilir. İşkolunun sonradan değişmesi, yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemez ve başlamış yetki sürecini durdurmaz. Bu düzen, toplu ilişkinin her sınıflandırma tartışmasında kesintiye uğramasını önler.

İşçi sendikasına üyelik için on beş yaşın doldurulması gerekir. İşveren sayılan gerçek ve tüzel kişiler de işveren sendikasına üye olabilir. Üyelik başvurusu elektronik başvuru sisteminden yapılır; yetkili organ başvuruyu otuz gün içinde reddetmezse üyelik kabul edilmiş sayılır. Aynı işkolunda aynı zamanda birden çok sendikaya üyelik geçersizdir. İşçi aynı işkolunda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışıyorsa birden çok üyelik mümkündür. Üyelikten çekilme de elektronik sistem üzerinden bildirilir ve bir ay sonra

hüküm doğurur. Sosyal güvenlik kurumundan yaşlılık veya malullük aylığı alıp işten ayrılan işçinin üyeliği sona erer; kuruluş organındaki görevin devamına ilişkin istisna saklıdır.

Sendika özgürlüğü, üyeliğe zorlanmama ve üyelik nedeniyle ayrım görmeme güvenceleriyle korunur. İşe alma, belirli bir sendikaya girme veya girmeme şartına bağlanamaz. İşveren, sendika üyesi olanlarla olmayanlar veya farklı sendikalara üye olanlar arasında çalışma şartları ve sona erme bakımından ayrım yapamaz; ücret ve ikramiye gibi parasal konularda toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır. Sendikal nedenle fesihte işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanabileceği gibi sendikal tazminat da isteyebilir. Fesih dışındaki ayrımcılıkta da bir yıllık ücretten az olmayan tazminat ve yoksun kalınan haklar gündeme gelir.

Yönetici ve temsilci güvenceleri örgütlenmenin işlevsel kalmasını sağlar. Sendika yöneticiliği nedeniyle işten ayrılan işçinin sözleşmesi askıda kalabilir ve görevin sona ermesinde kanuni koşullarla işe dönüş talebi doğar. İşyeri sendika temsilcisinin sözleşmesi haklı neden olmadıkça ve neden yazılı, açık biçimde gösterilmedikçe feshedilemez. Kesinleşen işe iade kararına rağmen temsilci başlatılmazsa ücret ve hakları temsilcilik süresince devam eder. Bu hükümler, sendikanın yalnız tüzel kişilik kazanmasını değil, üyelik ve temsil faaliyetinin işveren baskısından korunmasını da hedefler.

12.2.2 · Toplu İş Sözleşmesi

Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Etkisi, Kapsamı ve Yetki Süreci

KISACA

Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmelerinin yapılması, içeriği ve sona ermesiyle ilgili hükümleri düzenleyen yazılı sözleşmedir. Tarafları işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverendir. Sözleşme işyeri, işletme ya da grup düzeyinde kurulabilir; aynı işkolundaki birden çok işyerinden oluşan işletmede tek işletme toplu iş sözleşmesi yapılması zorunludur. Süre bir yıldan az ve üç yıldan uzun olamaz. Normatif hükümler, bireysel iş sözleşmelerine doğrudan etki eder; iş sözleşmesinin toplu sözleşmeye aykırı hükümlerinin yerini toplu düzenleme alır. Yararlanma kural olarak taraf sendika üyeliğine bağlıdır; dayanışma aidatı ve kanundaki diğer yollarla üyelik dışı yararlanma mümkündür. Sözleşme yapma yetkisi için sendikanın işkolu ve işyeri ya da işletme düzeyindeki çoğunluk koşullarını sağlaması gerekir. Yetki tespiti, itiraz, çağrı ve toplu görüşme aşamaları, toplu sözleşmenin temsil gücünü ve usul güvenliğini kurar.

Toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesinin üstünde etkili olan fakat tarafların toplu iradesiyle kurulan özel bir düzenleme aracıdır. İş sözleşmesinin kurulması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümler sözleşmenin normatif bölümünü oluşturur. Tarafların karşılıklı hak ve borçları ile uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin hükümler de toplu iş sözleşmesine konulabilir. Sözleşmenin bir yanında işçi sendikası, diğer yanında işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren bulunur.

Kapsam, işyerinin örgütlenme biçimine göre belirlenir. Toplu düzenlemenin alanı tek bir işyeriyle sınırlı tutulabileceği gibi aynı işkolundaki birden fazla işyerine de yayılabilir. Bir gerçek veya tüzel kişiye ya da kamu kurumuna ait aynı işkolundaki birden çok işyeri için işletme toplu iş sözleşmesi yapılır ve bu yapıdaki işyerleri için tek sözleşme zorunludur. İşçi sendikası ile işveren sendikası, birden çok üye işverene ait aynı işkolundaki işyeri ve işletmeleri grup toplu iş sözleşmesiyle kapsayabilir. İşkolu düzeyindeki çerçeve sözleşme ise belirli konularla sınırlı ayrı bir sözleşme türüdür.

Toplu iş sözleşmesi yazılı yapılır. Süresi bir yıldan az ve üç yıldan uzun olamaz; imzalandıktan sonra taraflar süreyi uzatıp kısaltamaz ve sözleşmeyi süresinden önce sona erdiremez. Faaliyet sona erse bile işyerinde yürütülen işler devam ediyorsa sözleşme sona ermez. Sona eren toplu sözleşmenin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri, yenisi yürürlüğe girinceye kadar bireysel sözleşme hükmü olarak devam eder. Bu art etki, yeni dönem oluşana kadar çalışma koşullarında boşluk doğmasını engeller.

Normatif etki, bireysel sözleşmeyle toplu düzenleme arasındaki ilişkiyi belirler. İş sözleşmesi toplu sözleşmeye aykırı olamaz; aykırı hükümlerin yerini toplu iş sözleşmesi hükümleri alır. Bununla birlikte bireysel sözleşmenin işçi yararına olan hükümleri geçerliliğini korur. Toplu sözleşmede düzenlenmeyen konuda bireysel sözleşme uygulanır. Böylece toplu sözleşme asgari çalışma düzenini kurarken daha elverişli bireysel hakları ortadan kaldırmaz.

Yararlanma bakımından temel ölçüt taraf işçi sendikasına üyeliktir. İmza tarihinde üye olanlar yürürlük tarihinden, daha sonra üye olanlar üyeliğin sendikaca işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanır. Sözleşmenin imzalanması ile yürürlük tarihi arasında işten ayrılan üyeler, ayrıldıkları tarihe kadar yararlanır. Üye olmayanlar, imza tarihinde taraf sendikaya üye bulunmayanlar veya sonradan üyelikten ayrılanlar dayanışma aidatı ödeyerek yararlanabilir; bunun için taraf sendikanın onayı aranmaz. Bazı üst düzey işveren vekilleri ve greve katılmayan işçiler yönünden kanuni sınırlamalar vardır.

Yetki, sözleşmenin hukuki temsil temelidir. İşçi sendikasının başvuru tarihinde kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydetmiş olması gerekir. Ayrıca işyeri toplu sözleşmesinde başvuru anında çalışan işçilerin yarıdan fazlası, işletme toplu iş sözleşmesinde ise yüzde kırkı sendika üyesi olmalıdır. İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya daha fazla üyeye sahip olması hâlinde en çok üyeye sahip sendika yetkili sayılır.

Yetki için Bakanlığa başvurulur ve tespit ilgili taraflara bildirilir. Kanuni sürede itiraz edilmezse yetki kesinleşir; itiraz görevli makama kaydettirildikten sonra mahkemeye sunulur ve kural olarak yetki işlemlerini durdurur. Yetki belgesinin alınmasından sonra taraflardan biri on beş gün içinde diğerini toplu görüşmeye çağırmalıdır. Çağrının tebliğinden itibaren altı iş günü içinde toplantının yeri ve zamanı kararlaştırılır. Toplu görüşme altmış gün sürer; anlaşma olursa sözleşme imzalanır, olmazsa uyuşmazlığın barışçı çözümü ve gerektiğinde grev-lokavt aşaması gündeme gelir. Böylece toplu iş sözleşmesi, içerik kadar yetkili temsil ve izlenen usul üzerine kuruludur.

12.2.3 · Grev ve Lokavt

Toplu İş Uyuşmazlığında Grev ve Lokavtın Kanuni Rejimi

KISACA

Grev, işçilerin amaçları doğrultusunda işi topluca bırakmaları; lokavt ise işverenin işçileri topluca işten uzaklaştırarak faaliyeti tamamen durdurmasıdır. Kanuni grev, toplu iş sözleşmesi yapılırken çıkan uyuşmazlıkta işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla ve kanuni usule uygun yürütülür. Kanuni lokavt da aynı uyuşmazlıkta işçi sendikasının grev kararı almasına bağlıdır. Karar ve uygulama sürelerine uyulmaması hakkın ya da yetki belgesinin düşmesine yol açabilir. Bazı yaşamsal hizmetlerde grev ve lokavt yasaktır; genel sağlık veya millî güvenliği bozucu nitelikteki uygulamalar ertelenebilir. Kanuni grev ve lokavt sırasında iş sözleşmeleri askıda kalır, ücret ve sosyal yardım işlemez. Kanun dışı eylem ise haklı fesih ve zararların tazmini gibi ağır sonuçlar doğurur. Bu nedenle uyuşmazlığın niteliği, karar yetkisi, süre, yasak ve uygulama sonuçları birlikte incelenmelidir.

Grev ve lokavt, toplu iş uyuşmazlığında tarafların ekonomik baskı araçlarıdır; fakat kanuni sonuç doğurmaları yalnız fiili iş bırakma veya işten uzaklaştırma olgusuna bağlı değildir. Grevde işçiler aralarında anlaşarak ya da bir kuruluşun kararına uyarak topluca çalışmaz. Lokavtta işveren veya işveren vekili, kendi kararıyla ya da kuruluş kararına uyarak işçileri topluca işten uzaklaştırır ve işyerindeki faaliyet tamamen durur. Her iki eylemin kanuni sayılması için amaç ve usul koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Kanuni grev yalnız toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında çıkan uyuşmazlıkta, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla yapılabilir. Kanuni lokavt ise aynı süreçte işçi sendikasının grev kararı alması üzerine ve kanun hükümlerine uygun olarak uygulanır. Bu şartlar oluşmadan yapılan grev veya lokavt kanun dışıdır. Hak uyuşmazlıklarında grev yoluna gidilmesi değil, yorum veya eda davası gibi yargısal yollar öngörülmüştür.

Grev kararı, uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren altmış gün içinde alınabilir ve bu dönem içinde, uygulama tarihi karşı tarafa en az altı iş günü önce bildirilerek yürürlüğe konulur. İşveren tarafı da grev kararının tebliğinden itibaren altmış gün içinde lokavt kararı alabilir. Bildirilen tarihte başlamayan grev veya lokavt hakkı düşer; grev süresinde uygulanmaz ve lokavt kararı da bulunmazsa yetki belgesi hükümsüz kalır. Grev oylaması, ilan tarihinde çalışan işçilerin en az dörtte birinin süresinde başvurmasıyla yapılır; katılanların salt çoğunluğu greve karşı oy verirse karar uygulanamaz.

Kanun bazı hizmetleri toplu mücadele aracının dışında tutar. Can ve mal kurtarma, cenaze ve mezarlık, şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz ve belirli enerji işleri, doğrudan işletilen bazı savunma ve güvenlik işyerleri, itfaiye ve hastanelerde grev ve lokavt yapılamaz. Başladığı yolculuğu tamamlamamış ulaşım araçları da yasak kapsamındadır. Genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarında belirli yer ve işyerleri için geçici yasak getirilebilir. Genel sağlık veya millî güvenliği bozucu nitelikteki kanuni grev ya

da lokavt Cumhurbaşkanı tarafından altmış gün ertelenebilir; süre sonunda anlaşma olmazsa uyuşmazlık kanundaki şartlarla Yüksek Hakem Kuruluna taşınır.

Uygulama başladığında işçi greve katılıp katılmamakta serbesttir. Katılan işçiler ve lokavta maruz kalanlar işyerinden ayrılır; katılmayanların çalışması engellenemez. Teknik zorunluluk, işyeri güvenliği veya bozulabilir değerlerin korunması için gerekli sayıda işçi çalışmaya devam eder. Grev hakkından veya lokavttan vazgeçmeye ilişkin sözleşme hükümleri geçersizdir ve kanuni greve katılım nedeniyle iş sözleşmesi feshedilemez.

Kanuni grev ve lokavt süresince ilgili iş sözleşmeleri askıda kalır. İşveren, başlamadan önce doğmuş ücret ve eklerini olağan ödeme gününde öder; askı döneminde ücret ve sosyal yardım ödemez. Bu dönem kıdem tazminatı hesabına katılmaz. İşveren askıdaki işçilerin yerine yeni işçi alamaz; çalışmaya devam edenlere de grevdeki işçilerin işini yaptıramaz. Askıdaki işçi kural olarak başka işveren yanında çalışamaz.

Kanun dışı grevde işveren, karara katılan, teşvik eden veya sürdüren işçilerin sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir ve zararların tazmini gündeme gelir. Kanun dışı lokavtta ise işçiler haklı nedenle feshedebilir; işveren çalışılmayan döneme ilişkin sözleşmesel hakları öder ve zararları karşılar. Eylemin kanuni olup olmadığı, taraflardan birinin her zaman açabileceği tespit davasında mahkemece belirlenebilir. Böylece kanuni koruma, yalnız eylemin adına değil, uyuşmazlığın türüne ve bütün usul zincirine bağlanır.

12.3.1 · Sosyal Güvenlik Kurumu

5510 Sayılı Kanunda Kurumun İşlevi ve Denetim Yetkisi

KISACA

5510 sayılı Kanun, Kurumu Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı olarak tanımlar ve sosyal sigorta ile genel sağlık sigortası sisteminin uygulanmasında merkezî bir görev sahibi kılar. Kurum primleri tahsil eder, sigortalılık ve sağlık güvencesi tescillerini yürütür, kanuni şartları oluşan gelir, aylık, ödenek ve sağlık hizmetlerinin finansmanını sağlar. Denetim ve kontrol görevlileri, sigortalılık ile prime ilişkin işlemleri inceler; düzenledikleri tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. Kamu idarelerinin denetim elemanları tespit ettikleri sigortasız çalışmayı ve eksik bildirimleri Kuruma iletmekle yükümlüdür. Kurum ayrıca görevleriyle sınırlı olmak üzere geniş bilgi ve belge isteme, elektronik bildirim usulleri belirleme ve alacaklarını takip etme yetkilerine sahiptir. Bununla birlikte 5510 sayılı Kanun, Kurumun 5502 sayılı Kanun'daki ayrıntılı teşkilat yapısını düzenlemez; bu çerçeve sosyal sigorta sisteminin uygulanmasına ilişkin görev ve yetkilerle sınırlıdır.

Sosyal Güvenlik Kurumu, 5510 sayılı Kanun'un tanımlar bölümünde Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı olarak gösterilir. Kanunun amacı, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortası bakımından kişileri güvence altına almak; yararlanacak kişileri, hakları, şartları ve finansman yöntemlerini düzenlemektir. Bu sistem içinde Kurum, sigortalılık statüsünün kayda alınmasından primlerin tahsiline, yardımların sağlanmasından uygulamanın denetlenmesine kadar kanunun işleyişini yürüten merkezî idari muhataptır.

Kurumun finansman işlevi prim mekanizmasında açıkça görülür. Kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası için öngörülen ödemeleri ve yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim alır, ilgililer prim öder. Genel sağlık sigortası primleri Kurum bütçesindeki ilgili kaleme aktarılır. Kurum, kanuni koşulları oluştuğunda gelir, aylık ve ödenek bağlama; sağlık hizmetlerinin finansmanını sağlama ve hak sahiplerine ödeme yapma görevlerini yürütür. Genel sağlık hizmetlerinden yararlanma kişi için hak, finansmanı sağlama ise Kurum için yükümlülük olarak düzenlenmiştir.

Uygulamanın denetimi, Kurumun görevlendirdiği denetim ve kontrol memurları eliyle yapılır. Bu görevlilerin Kurum alacağını doğuran olaylara ilişkin tespitleri her türlü delile dayanabilir ve düzenledikleri tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. İşverenler, sigortalılar, işyeri sahipleri ve işle ilgili diğer kişiler çağrıldıklarında gelmek, gerekli defter ve belgeleri sunmak ve incelemeye kolaylık göstermek zorundadır. Denetim görevlileri, 4857 sayılı Kanundaki denetim, teftiş ve kontrol yetkilerini de kullanabilir.

Kurumun denetimi diğer kamu birimlerinin bildirimleriyle desteklenir. Kamu idarelerinin denetim elemanları kendi incelemelerinde sigortasız çalıştırılanları tespit ederse Kuruma bildirmelidir. Prime esas kazancın veya gün sayısının eksik gösterildiğini belirlediklerinde de bu tespiti en geç bir ay içinde iletirler. Kurum, ilgililerin itiraz hakları saklı kalmak üzere gerekli işlemleri yapar. Kurum alacaklarının takibi, ilişiksizlik belgesi ve bildirim yükümlülükleri de uygulama gücünün parçalarıdır.

Kurum, sosyal güvenliğin sağlanması ve alacakların takip ve tahsiliyle sınırlı olmak üzere kamu idareleri ile gerçek ve tüzel kişilerden bilgi ve belge isteyebilir. Elektronik belge ve bildirim usulünü belirleme, belgeleri diğer idarelerin formlarıyla birleştirme ve elektronik ortamda oluşturulan kayıtları resmî belge olarak kullanma yetkileri vardır. Sigortalılık, prim ve sağlık verilerinin çok sayıda aktör arasında doğrulanması bu bilgi akışına dayanır.

5510 sayılı Kanun ayrıca Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunu düzenler. Bu kurul, malullük, sürekli iş göremezlik ve benzeri sağlık değerlendirmelerinde Kurum kararlarına yönelen itirazları inceler; mahkemelerden gelen dosyalarda bilirkişi görüşü de verebilir. Sekretarya hizmetleri Kurumca yerine getirilir.

Bu görev alanı, sosyal sigorta ve genel sağlık sigortası haklarının uygulanması, finansmanı, tescili, denetimi ve bilgi altyapısının yürütülmesini kapsar. Kurumun organları, yönetim yapısı ve ayrıntılı teşkilatı ise 5510 sayılı Kanun'da bütünlüklü biçimde yer almaz. Bu nedenle 5502 sayılı Kurum Kanunu'na özgü kurumsal ayrıntılar 5510 hükümlerinden ayrıca çıkarılamaz.

12.3.2 · Sigorta Kolları

Sosyal Risklerin Kısa ve Uzun Vadeli Sigorta Kollarıyla Karşılanması

KISACA

5510 sayılı Kanun sosyal sigortaları kısa ve uzun vadeli kollara ayırır. Kısa vadeli kollar iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık risklerini kapsar; geçici iş göremezlik ödeneği, sürekli iş göremezlik geliri, emzirme ödeneği ve ölüm hâlindeki bazı yardımlar riskin niteliğine göre sağlanır. Uzun vadeli kollar malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarıdır. Bunlarda çalışma gücü kaybı, sigortalılık süresi ve prim gün sayısı gibi koşullar gelir yerine aylık veya toptan ödeme biçimindeki hakların doğumunu belirler. Genel sağlık sigortası ise kişilerin sağlığının korunması ve sağlık riski gerçekleştiğinde hizmet giderlerinin finansmanını amaçlayan ayrı bir güvence alanıdır. Her sigortalı grubu bütün kollara aynı biçimde tabi değildir; hizmet akdiyle çalışanlar, bağımsız çalışanlar, kamu görevlileri ve özel statüdeki kişiler bakımından uygulanacak kollar kanunda ayrıca belirlenir. Bu nedenle önce sigortalılık statüsü, sonra gerçekleşen risk ve ilgili sigorta kolu saptanır.

Sosyal sigorta sistemi, karşılaşılan riskin zamanına ve sonucuna göre farklı güvence kolları kurar. 5510 sayılı Kanun kısa vadeli sigorta kollarını iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık; uzun vadeli sigorta kollarını ise malullük, yaşlılık ve ölüm olarak tanımlar. Genel sağlık sigortası da sağlık hizmetlerinin finansmanına yönelen ayrı bir koruma alanıdır. Bir olayın hangi kola girdiği, uygulanacak şartları ve sağlanacak yardımın gelir, aylık, ödenek ya da hizmet niteliğini değiştirir.

İş kazası, sigortalının işyerinde bulunduğu, işveren tarafından görevle başka yere gönderildiği veya kanunda sayılan iş bağlantılı diğer durumlarda meydana gelen ve sigortalıyı hemen ya da sonradan bedensel veya ruhsal engelli hâle getiren olaydır. Meslek hastalığı ise yürütülen işin niteliği veya çalışma şartları nedeniyle tekrarlanan bir sebeple ortaya çıkan geçici ya da sürekli hastalık ve engellilik hâlidir. İş kazasında olay bağlantısı, meslek hastalığında ise işin niteliğinden kaynaklanan süreç öne çıkar.

Kısa vadeli kollardan sağlanan yardımlar riskin sonucuna göre değişir. İş kazası, meslek hastalığı, hastalık veya analık nedeniyle kanuni koşullarla geçici iş göremezlik ödeneği verilebilir. İş kazası veya meslek hastalığının kalıcı etkisi meslekte kazanma gücünü kanunda belirtilen ölçüde azaltırsa sürekli iş göremezlik geliri gündeme gelir. Analık sigortasında geçici iş göremezlik ve emzirme ödeneği; iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümde hak sahiplerine gelir ve cenaze ödeneği sağlanabilir. Kısa vadeli yardımların ortak özelliği, riskin doğrudan ve güncel etkisini karşılamalarıdır.

Malullük sigortası uzun süreli çalışma gücü kaybına yönelir. Kurum Sağlık Kurulunca çalışma gücünün veya meslekte kazanma gücünün kanunda öngörülen düzeyde kaybedildiği tespit edilen sigortalı, diğer koşullar da varsa malullük aylığına hak kazanabilir. Yaşlılık sigortasında belirli yaş, sigortalılık ve prim koşullarının tamamlanması aylık veya toptan ödeme sonucunu doğurur. Kanun farklı sigortalılık

statüleri ve çalışma özellikleri için ayrı geçiş ve yaş koşulları öngördüğünden, yalnız yaşın dolması tek başına her durumda yeterli değildir.

Ölüm sigortası, sigortalının ölümü üzerine hak sahiplerini korur. Hak sahibi kavramı eş, çocuk, ana ve babayı kanundaki koşullarla kapsar. Ölüm aylığı, ölüm toptan ödemesi, aylık alan kız çocuklarına evlenme ödeneği ve cenaze ödeneği bu koldan sağlanan haklar arasındadır. Aylığın kime hangi oranda bağlanacağı, hak sahibinin statüsüne ve diğer hak sahiplerinin varlığına göre belirlenir.

Genel sağlık sigortası, kişilerin öncelikle sağlıklarını korumayı ve sağlık riski gerçekleştiğinde oluşan giderleri finanse etmeyi amaçlar. Sigortalı ile bakmakla yükümlü olduğu kişiler sağlık hizmetlerinden yararlanır; ödenen prim tutarı ile sağlanan hizmet arasında bire bir ilişki kurulamaz. Koruyucu sağlık hizmetleri, hastalık hâlinde ayakta veya yatarak tedavi, analıkla bağlantılı sağlık hizmetleri ve kanunda sayılan diğer hizmetler finansman kapsamına girebilir. Bazı estetik işlemler ve kanunda dışarıda bırakılan hizmetler ise finanse edilmez.

Hangi kolların uygulanacağı sigortalılık statüsünden bağımsız değildir. Hizmet akdiyle çalışanlar, kendi adına bağımsız çalışanlar ve kamu görevlileri ana sigortalı gruplarını oluşturur. Hükümlü ve tutuklular, çıraklar, stajyerler ve benzeri özel gruplar hakkında yalnız belirli sigorta kolları uygulanabilir. Bu yüzden bir uyuşmazlıkta sıralama önemlidir: önce kişi hangi statüde sigortalıdır, sonra olay hangi sosyal riski oluşturur, son olarak ilgili koldaki hak kazanma koşulları gerçekleşmiş midir soruları cevaplanır.

Prim Borcunun Doğumu, Bildirim Düzeni ve Kurum Alacağının Korunması

KISACA
Sosyal sigorta ve genel sağlık sigortası sistemi primle finanse edilir. Kurum prim almak, kapsamdaki ilgililer de prim ödemek zorundadır. Hizmet akdiyle çalışanlarda prime esas kazanç; ücret, prim, ikramiye ve kanunda kapsama alınan diğer ödemelerin brüt toplamından oluşur, açıkça istisna edilen yardımlar hesaba katılmaz. Prim oranı ilgili sigorta koluna göre belirlenir ve işçi ile işveren payları kanundaki düzende karşılanır. İşveren, sigortalıyı süresinde bildirmek, işyerini tescil ettirmek, çalışma ve kazanç bilgilerini doğru sunmak, gerekli belgeleri saklamak ve primleri süresinde ödemekle yükümlüdür. İşveren payını sigortalının ücretinden kesemez; kendi namına çalışanlar primlerini kendileri öder. Eksik bildirim, kayıt ibraz etmeme veya geç ödeme idari yaptırım ve Kurum alacağının gecikme cezası ile artması sonucunu doğurabilir. Sigortalılık zorunludur; hak ve yükümlülükleri azaltan ya da ortadan kaldıran sözleşme hükümleri geçersizdir.

Prim, sosyal sigorta yardımları ile genel sağlık hizmetlerinin finansman bağını kurar. Kanun, Kurumu kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası için prim almakla, ilgilileri de prim ödemekle yükümlü kılar. Bu yükümlülük tarafların isteğine bırakılmamıştır. Sigortalılık zorunlu olduğu gibi sigorta haklarını azaltan, ortadan kaldıran veya başkasına devreden sözleşme hükümleri de geçersizdir.

Hizmet akdiyle çalışan sigortalının prime esas kazancı belirlenirken hak edilen ücret, prim, ikramiye ve benzeri ödemeler ile kanunun kapsama aldığı diğer kazançların brüt toplamı esas alınır. Ayni yardımlar, belirli sosyal yardımlar, görev yollukları ve kanunda açıkça sayılan bazı tazminat ile ödemeler prime esas kazanç dışında tutulur. İstisna listesi dışında kalan ödemeler, adı ne olursa olsun kural olarak prime tabidir. Ücret hak edildiği aya, diğer ödemeler ise kanundaki dağıtım kurallarına göre ilgili aya mal edilir.

Prime esas günlük kazancın alt ve üst sınırları kanuni ölçülere göre belirlenir. Kısmi süreli çalışmada prim gün sayısı, toplam çalışma saatinin günlük çalışma süresine bölünmesiyle hesaplanır ve gün kesirleri bir gün kabul edilir. Çağrı üzerine sözleşmede süre belirlenmemişse haftalık yirmi saatlik kabul üzerinden işlem yapılır. Bağımsız çalışanlarda aylık kazanç, alt ve üst sınırlar arasında beyan edilen günlük kazancın otuz katıdır; beyan yoksa alt sınır esas alınır. Kamu görevlilerinde ise aylık, gösterge, tazminat ve kanunda sayılan diğer ödeme unsurlarına göre ayrı hesap düzeni vardır.

Prim oranı tek bir sabit oran değildir. Malullük, yaşlılık ve ölüm; genel sağlık; kısa vadeli sigorta kolları ve varsa işsizlik sigortası için farklı paylar uygulanır. Hizmet akdiyle çalışanlarda sigortalı ve işveren hisseleri kanunda ayrılır. İşveren, sigortalı hissesini ücretinden kesip kendi payını ekleyerek Kuruma öder; kendi yükümlülüğü nedeniyle sigortalının ücretinden ek kesinti yapamaz. Bağımsız çalışan ile isteğe bağlı sigortalı, primini kendisi öder.

Bildirim yükümlülüğü prim borcunun doğru doğması için gereklidir. İşveren kural olarak sigortalı işe başlamadan önce sigortalı işe giriş bildirgesi vermelidir. İşyerini de en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte Kuruma bildirmesi gerekir. Çalışmanın sona ermesi ayrıca bildirilir. Aylık çalışma günleri, kazançlar ve diğer bilgiler Kurumca belirlenen belge ve usulle sunulur. İşveren işyeri defter, kayıt ve belgelerini ilgili yılı izleyen yıl başından itibaren on yıl saklamak ve istenildiğinde ibraz etmek zorundadır; kamu idareleri ile bazı özel kuruluşlar için daha uzun saklama süreleri öngörülür.

Primlerin ödenmemesi, yalnız özel hukuk borcu sonucu doğurmaz. Kurumun prim ve diğer alacakları süresinde tam ödenmezse gecikme cezası ve gecikme zammı işler. İşveren ile alt işverenin Kuruma karşı sorumluluğu kanunda müteselsil olarak düzenlenir. İşyeri devrinde eski işverenin prim ve ferilerine ilişkin borçlarından yeni işveren de birlikte sorumlu olur. Kamu ihalelerinde hakediş ve teminat işlemleri Kuruma borç bulunmamasına bağlanabilir; yapı kullanma izni ve bazı kamu desteklerinde de ilişiksizlik veya borç durumunu gösteren belge aranır.

Kurumun denetim görevlileri işyeri kayıtlarını, sigortalı bildirimi ve kazançların doğruluğunu inceleyebilir. Sigortalı çalıştırıldığı hâlde bildirim yapılmamışsa Kurum, denetim, kamu idaresi tespiti veya mahkeme kararı gibi kanuni dayanaklarla hizmeti belirleyebilir. Bildirge vermeme, kayıt ibraz etmeme veya eksik bildirim idari para cezasına yol açabilir. Bununla birlikte yanlış veya yersiz tahsil edilen primler, kanuni koşullarla ve faizle iade edilir. Prim düzeni böylece finansman, kayıt, denetim ve alacak takibini tek bir zorunlu sistem içinde birleştirir.

benzersor

DERS NOTLARI 2026 BASKISI

HÂKİM–SAVCI ADLİ YARGI–AVUKAT

İyi çalışmalar

Bu ders notları benzersor tarafından ücretsiz hazırlandı; resmî kurum yayını değildir. Hata bildirimi: destek@benzersor.com

Okudun, sıra pekiştirmede

Şimdi çöz!

Okuduğun konuyu hemen soruyla pekiştir. benzersor uygulamasında konu anlatımı, soru bankası ve gerçek sınav simülasyonu bir arada.

App Store'dan İndirin

İNDİRİN Google Play