



YARGI KARARLARI¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı



Bu gayriresmi çeviri, Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

¹ Katkıda bulunanlar: Ar. Gör. Ozan Giray Şahin, Ar. Gör. Burcu Ezer, Ar. Gör. Numan Özcan, Ar. Gör. Kemal Atasoy

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ**İKİNCİ DAİRE****FAZLI ASLANER / TÜRKİYE DAVASI**

(Başvuru No. 36073/04)

KARAR**STRAZBURG****4 Mart 2014**

İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

Fazlı Aslaner / Türkiye Davası'nda,

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (36073/04 Başvuru No.lu) davanın temelinde, Türk vatandaşı olan Fazlı Aslaner'in ("başvuran") 21 Haziran 2004 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru bulunmaktadır.

3. Başvuran özellikle, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden Şikâyet etmektedir.

OLAYLAR**I. DAVANIN KOŞULLARI**

5. Başvuran, 1963 doğumludur ve Ankara'da ikamet etmektedir.

6. Ankara Bölge İdare Mahkemesinde, zabıt kâtabi olarak çalışan başvuran, 1993 yılında, Ankara Adli Yargı Adalet Komisyonunun açtığı Devlet Güvenlik Mahkemesi yazı işleri müdürlüğü yazılı sınavını 15. olarak kazanmıştır. Ancak 15. sıradan kazandığı için ata-

ması yapılmamış ve yedek listeye alınmıştır. Yazı işleri müdürlüğü görevlerine 1. ve 2. sıradan kazanan adaylar atanmıştır.

7. Başvuran, 20 Ağustos 1997 tarihinde, Eskişehir Bölge İdare Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü görevine tayin edilmesi amacıyla Adalet Bakanlığı'na başvurmuştur.

8. Bu talebinin reddedilmesi üzerine, red kararının iptali istemiyle Ankara İdare Mahkemesi'nde ("İdare Mahkemesi") dava açmıştır.

9. İdare Mahkemesi, 17 Eylül 1998 tarihli bir kararla başvuranın taleplerini haklı bulmuştur. İdare mahkemesi, ilgili sınava katılan adaylar arasında, başvurandan daha üst seviyede olan yedi kişi ve başvurandan daha düşük seviyede olan on bir kişinin yazı işleri müdürü olarak atandıklarını tespit etmiştir. Bu sebeple işlemi iptal etmiştir.

10. Adalet Bakanlığı bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur.

11. Bu arada işlem iptal edildiğinden Adalet Bakanlığı, başvurunu Eskişehir Bölge İdare Mahkemesi'ne Yazı İşleri Müdürü olarak atamıştır.

12. Danıştay 5. Dairesi, 20 Aralık 2000 tarihinde Danıştay savcısı A.Ö. nün görüşleri doğrultusunda temyiz edilen kararı bozmuştur. Söz konusu Daire, Ankara Adli Yargı Adalet Komisyonu tarafından düzenlenen sınavın, adaylara Ankara Devlet Güvenlik

Mahkemesi bünyesinde bir görev vermeyi hedeflediğini ve yedek listeye kaydolma sonucunda, başka bir adli yargı komisyonunun yetkisi altında bulunan bir mahkeme bünyesinde, yazı işleri müdürü olarak göreve başlama hakkı vermediğini belirtmiştir. Daire, başka bir mahkemenin yetkisi altına atanmanın, hizmet ihtiyacını karşılamak amacıyla yalnızca ilgili adli yargı komisyonunun talebi veya bu konuda yetkiye sahip olan Adalet Bakanlığı'nın kararı üzerine mümkün olabileceğini belirtmiştir.

13. Aralarında M.R.Ü. ve T.Ç'nin de bulunduğu beş kişiden oluşan kurula E.Ç. tarafından başkanlık edilmiştir.

14. Daire, 21 Mart 2002 tarihinde, başvuran tarafından yapılan karar düzeltme talebini reddetmiştir.

15. İdare mahkemesi, 1 Temmuz 2002 tarihinde, Danıştay 5. Dairesi'nin bozma kararına direnerek ilk kararında ısrar etmiştir.

16. Yerel mahkemenin direnme kararının ardından, karar temyiz edilerek Danıştay İdare Dava Daireleri Kurulunun önüne gelmiştir.

17. Söz konusu Kurul, 17 Ocak 2003 tarihinde, yirmi ikiye karşı dokuz oyla İdare Mahkemesinin kararını bozmuştur. E.Ç. ve M.R.Ü'nün yer aldığı kurula, Danıştay Başkan Vekili T.Ç. başkanlık etmiştir. Ayrıca 20 Aralık 2000 tarihli Danıştay 5. Daire kararıyla ilgili, karar düzeltme talebini inceleyen

üç üye de kurulda yer almıştır.

18. Başvuran bu karara karşı, karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

19. İdari Dava Daireleri Kurulu, 11 Aralık 2003 tarihinde, bu talebi reddetmiştir. Danıştay üyesi seçilen A.Ö. ve 5. Dairede görev yapan üyeler kararı veren kurulda yer almışlardır.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. DANIŞTAY'IN TARAFSIZ OLMADIĞI İDDİASINA İLİŞKİN ŞİKAYETLER HAKKINDA

20. Başvuran, temyiz incelemesini yapan Danıştay Dairelerinin, tarafsız olmadıklarını ve Sözleşme'nin 6. maddesince güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir, bu maddenin somut olayla ilgili kısımları aşağıdaki şekilde yazılmıştır:

“1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar (...) konusunda karar verecek olan, (...) bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, (...) görülmesini isteme hakkına sahiptir”.

21. Hükümet, bu iddiayı kabul etmemektedir.

22. Mahkeme, bu şikâyetin üç kısımdan oluştuğuna karar vermiştir. İlk olarak, T.Ç., E.Ç. ve M.R.Ü'nün kurula katılmaları nedeniyle, ısrar üzerine karar veren İdari Dava Daireleri Kurulu'nun oluşumunun tarafsız olmadığı

iddiasıyla ilgilidir. İkincisi, karar düzeltme talebinin incelenmesi sırasında, Danıştay 5. Dairesi bünyesinde yer alan üyelerin kurula katılması nedeniyle aynı oluşumun tarafsız olmadığı iddiasıyla ilgilidir. Üçüncü olarak ise, daha önce dava hakkında karar veren üyelerin kurula katılması nedeniyle, 17 Ocak 2003 tarihli karara karşı yapılan karar düzeltme talebi hakkında karar veren İdari Dava Daireleri Kurulu'nun oluşumunun tarafsız olmadığı iddiasıyla ilgilidir.

23. Mahkeme, şikâyetin birinci kısmının diğer ikisinden ayrı olarak incelenmesi gerektiği kanaatindedir.

A. Şikâyetin Birinci Kısmı Hakkında

a) Tarafların İddiaları

25. Başvuran, 20 Aralık 2000 tarihinde karar veren Danıştay 5. Dairesi'nde yer alan bazı üyelerin, ayrıca Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na da katılmalarından şikâyet etmektedir. Başvuran, bu üyelerin davanın esası hakkındaki görüşlerini daha önce göstermiş olmaları nedeniyle tarafsız olamayacakları kanaatindedir.

26. Hükümet, başvuranın iddialarını kabul etmemektedir. Hükümet, yapılan ilk ve ikinci temyiz konusunun, aynı davayla ilgili olmasına rağmen benzer olmadığını değerlendirmektedir. Hükümet, ilk temyiz konusunun İdare Mahkemesinin iptal kararının hukuka uygunluğunun incelenmesi oldu-

ğunu, ikinci temyiz konusunun ise Danıştay kararına uymayıp ısrar eden aynı mahkemenin kararının incelenmesi olduğunu belirtmiştir.

27. Diğer taraftan Hükümet, tarafsızlığı sorgulanan hâkimlerin, ihtilaf konusu olayda taraf olarak değerlendirilemeyeceğini, çünkü İdari Dava Daireleri Kurulunun incelediği kararın söz konusu hâkimler tarafından değil İdare Mahkemesi tarafından verildiğini belirtmektedir. Hükümet, İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, Danıştay 5. Dairesi'nin kararı ile İdare Mahkemesi kararı arasında seçim yapmak gibi bir görevi olmadığını, Kurulun daha önce de birçok davada olduğu gibi, karar vermekte özgür olduğunu eklemektedir.

28. Son olarak Hükümet, mevcut davanın koşullarına benzer birçok koşulda, Danıştay'ın Dairelerinde yer alan üyelerin, İdari Dava Daireleri Kurulu'na katıldıklarını, bazı davalarda görüş değiştirdiklerini ve yerel mahkemelerin ısrar kararları yönünde karar verdiklerini ifade etmektedir.

29. Dolayısıyla Hükümet, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun oluşumunun, Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen tarafsızlık ilkesine bir ihlal teşkil etmediğini değerlendirmektedir.

b) Mahkeme'nin Değerlendirmesi

30. Mahkeme, başvuranın İdari Dava Dai-

releri Kurulu'nun tarafsız olmamasına ilişkin endişelerinin, ilgili Kurulda yer alan üç üyenin temyiz incelenmesinde daha önce bulunmalarından kaynaklandığını dikkate almaktadır.

31. Mahkeme, kurul halinde yargılama yapan mahkeme üyelerinin kişisel tutumlarının sorgulanmasına neden olan bazı yaşanan olayların, ilgili mahkemenin tarafsızlığının sorgulamasına sebep olabileceğini hatırlatmaktadır (Kyprianou / Kıbrıs [BD], No. 73797/01, § 118, AİHM 2005 – XIII). Ayrıca Mahkeme, bu konuda görünümünün bile önem taşıyabileceğini hatırlatmaktadır. Dolayısıyla, belirli bir durumda, mahkemenin bağımsız olmadığından endişelenilmesine neden olan meşru bir sebebin varlığı hakkında karar vermek için, ilgili veya ilgililerin görüşü dikkate alınır. Ancak karar verilmesinde kesin bir rol oynamaz. Bu konuda en belirleyici unsur, şikayetçilerin endişelerinin objektif olarak haklı görülüp görülmeyeceği konusudur (Gautrin ve diğerleri / Fransa, 20 Mayıs 1998, § 58, 1998 – III). Bu bağlamda, bir hâkimin yargılamadan önce, aynı hususta daha önce karar vermiş olması, tarafsızlığıyla ilgili olarak ortaya çıkan şüpheleri haklı göstermez (Ökten / Türkiye (k.k.), No. 22347/07, 3 Kasım 2011); önemli olan yargılama yapılmadan önce bu hâkimin aldığı tedbirlerin kapsamıdır. Dahası, bir hâkimin

dava dosyasını derinlemesine bilmesi, davanın esası hakkında karar vermesi sırasında, tarafsız olarak değerlendirme yapmasını engelleyen bir önyargı bulunduğu anlamına gelmez. Sonuç olarak, mevcut ilk verilerin değerlendirilmesi, nihai değerlendirme hakkında önyargı oluşturmaz (Bk. örneğin, Morel / Fransa, No. 34130/96, § 45, AİHM 2000-VI).

32. Dolayısıyla, bu ilkeler göz önüne alındığında, Mahkeme, İdari Dava Daireleri Kurulu'nun görevi olan hukuki denetimin kapsamı ile niteliğini dikkate alınarak, somut olayda söz konusu üç üyenin davanın esası hakkında verilen kararlar ile ilgili olarak, taraf olup olmadıkları veya meşru olarak taraf gibi görülüp görülemeyecekleri konusunda karar vermeye davet edilmektedir (D.P. / Fransa, No. 53971/00, § 36, AİHM 2004-I). Şayet, üyelerin arka arkaya inceledikleri konular birbirine benzer olsaydı veya en azından bu konular arasındaki farklılık çok az olsaydı, durum yukarıda belirtildiği gibi olurdu (Bk. diğerleri arasında, Kleyn ve diğerleri / Hollanda [BD], No. 39343/98, 39651/98, 43147/98 ve 46664/99, § 201, AİHM 2003- VI, Indra / Slovakya, No. 46845/99, §§ 51-55, 1 Şubat 2005, Toziczka / Polonya, No. 29995/08, §§ 36 ile 42-46, 24 Temmuz 2012 ve Hauschildt / Danimarka, 24 Mayıs 1989, § 52, Seri A No. 154).

33. Bu durumda Mahkeme, Danıştay 5. Dairesi'nin, sınavın yapıldığı Komisyon dışında, başka bir komisyona yapılan tayinler sırasında, yedek listede bulunan adayların sıralamasına riayet edilip edilmediği konusunda karar veren İdare Mahkemesi kararını temyizen incelediği görülmektedir.

34. Mahkeme, davanın İdare Mahkemesi'nin ısrar kararından sonra, İdari Dava Daireleri Kuruluna gönderildiğini tespit etmektedir. Mahkemenin tespitine göre, bu aşamada incelenmesi gereken konu, İdare Mahkemesi'nin direnme hakkının bulunup bulunmadığı değildir – bu hakka hiçbir şekilde itiraz edilmemiştir: İdari Dava Daireleri Kurulu'nun karar vermek üzere davet edildiği husus, 1 Temmuz 2002 tarihinde verilen ikinci karar değil, İdare Mahkemesi'nin ısrar ettiği ilk kararın hukuka uygun olup olmadığıdır. Başka bir deyişle, incelenmesi gereken konu yine, idarenin sınav sıralamasına ve diğer komisyonların yetki alanlarında yapılan tayinlerde sıralamaya riayet edip etmediğine ilişkin İdare Mahkemesi kararın hukuka uygunluğuyla ilgilidir.

35. Hâlbuki Mahkeme, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunda yer alan otuz bir üyeden üçünün, daha önce Danıştay 5. Dairesinde de yer aldıklarını ve bu üç üyenin, daha önceden aynı davada verilen karara katıldıklarını dikkate almaktadır. Dolayısıyla

la, bu üyeler, direnme kararının temyiz incelemesinde, davanın esası hakkında karar verilmesinde meşru olarak taraf olmuş gibi görünebilirler.

36. Ancak, Mahkeme bazı üyelerin önceden belirli bir tutum almış olmalarının, İdari Dava Daireleri Kurulu'nun tarafsızlığının somut olayda bozulduğunu değerlendirmek için tek başına yeterli olmadığı kanaatindedir.

37. Aslında, Mahkeme içtihadına göre, bu tür durumlarda, üyelerin sergiledikleri benzer tutum ve kararın verilmesindeki rolleriyle ilgili olarak, söz konusu üyelerin sayısı gibi diğer unsurları da dikkate almak gerekmektedir.

38. Bu bağlamda, Sözleşme organları, kararların oy çokluğu ile alındığı kurul halinde yargılama yapan mahkemelerde görev yapan hâkimlerin düşük sayısını dikkate alarak benzer şikâyetleri daha önce reddetmişlerdir (Ferragut Pallach / İspanya (kabul edilebilirlik kararı) No. 1182/03, 28 Şubat 2006, Garrido Guerrero / İspanya (kabul edilebilirlik kararı), No. 43715/98, 2 Mart 2000, OOO "Vesti ve Ukhov / Rusya, No. 21724/03, § 83, 30 Mayıs 2013, Diennet / Fransa, 26 Eylül 1995, § 38, Seri A No. 325-A, ve Guisset / Fransa, No. 33933/96, 9 Mart 1998 tarihli (Genel Kurul) Komisyon kararı, Kararlar ve Raporlar 92-A s.138).

39. Diğer taraftan Mahkeme, hem kurula katılan ilgili hâkimlerin yüksek sayıda olmasını hem de bu hâkimler tarafından icra edilen başkanlık veya raportörlük görevlerini dikkate alarak tarafsız bir mahkemece yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığını hatırlatmaktadır (Cardona Serrat / İspanya, No. 38715/06, § 37, 26 Ekim 2010, Castillo Algar / İspanya, 28 Ekim 1998, §§ 41-53, Karar ve Hükümler Derlemesi 1998-VIII, Perote Pellon / İspanya, No. 45238/99, § 50 in fine, 25 Temmuz 2002 ve Olujić / Hırvatistan, No. 22330/05, § 67, 5 Şubat 2009).

40. Somut başvuruda Mahkeme, söz konusu üç ilgilinin karar verecek kurulda oy hakkına sahip olarak yer almalarını ciddi hiçbir gerekçenin mutlak zorunlu hale getirmemesi sebebiyle, objektif tarafsızlık sorunu bakımından, ilgili hâkimlerin sayısının veya oranının belirleyici olmadığı ve sayı ile ilgili değerlendirmelerin söz konusu sorunun incelenmesi üzerinde bir etkisinin bulunmadığı kanaatindedir.

41. Ayrıca, Mahkeme bu üç üyenin arasında yer alan T.Ç.'nin Danıştay Başkan Vekili sıfatıyla, İdari Dava Daireleri Kurulu'nun Başkanlık görevini icra ettiğini ve bu bağlamda görüşmeler sırasındaki tartışmaları yönettiğini ve bu durumun tarafsızlık görünümünü etkileyen ek bir koşul oluşturduğunu gözlemlemektedir.

42. Bu iki unsur, İdari Dava Daireleri Kurulu'nun tarafsızlığıyla ilgili başvuranın endişelerini haklı gösteren niteliktedir.

43. Dolayısıyla, şikâyetin bu kısmıyla ilgili olarak, Sözleşme'nin 6. maddesi ihlal edilmiştir.

B. Şikâyetin İkinci ve Üçüncü Kısmı Hakkında

44. Başvuran, Danıştay 5. Dairesi'nde yer alan bazı üyelerin, aynı Daire'nin 20 Aralık 2000 tarihli kararına ilişkin karar düzeltme talebinin incelenmesi sırasında ve ikinci temyizi (şikâyetin ikinci kısmı) inceleyen İdari Dava Daireleri Kurulu'nun verdiği kararda taraf olmalarından şikâyet etmektedir. Ayrıca başvuran, 17 Ocak 2003 tarihli kararı veren Kurulda yer alan bazı üyelerin, son karara (şikâyetin üçüncü kısmı) karşı yapılan karar düzeltme talebini de incelediklerinden şikâyet etmektedir.

45. Mahkeme, tarafsızlığa ilişkin bir eksikliğin belirlenebilmesi için, bir hâkimin, bilahare hâkim olarak görüş bildirmesi gerekebilecek bir sorun üzerine fikrini açıkça yansıtan bir eylemi daha önce gerçekleştirmiş olması gerektiğini yinelemektedir (Bk. diğerleri arasında, anılan, Kleyn ve diğerleri, § 201 ve Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July / Fransa [BD], No. 21279/02 ve 36448/02, § 79, AİHM 2007-XI).

46. Ayrıca Mahkeme, diğer davalarda benzer

şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle, daha önce reddettiğini hatırlatmaktadır (Bk, diğerleri arasında, Feryadi Şahin / Türkiye, No. 33279/05, § 22, 13 Eylül 2011, Arslan / Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), No. 39080/97, 21 Eylül 1999, Yıldırım / Türkiye (kabul edilebilirlik kararı) No. 4300/05, 6 Ocak 2009 ve Merdan / Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), no. 38011/05, 23 Eylül 2008). Aslında, mevcut davada olduğu gibi, bir karar düzeltme talebi, kanunla öngörülen koşulların bir araya gelmediği gerekçesiyle, esası incelenmeksizin reddildiğinde, red kararı, karar düzeltme talebi vesilesiyle incelenen konunun, ihtilafı kararda incelenen konudan farklı olması nedeniyle davanın esası hakkında bir tutum gibi değerlendirilemez (Kum / Türkiye (kabul edilebilirlik kararı) No. 28556/11, 10 Ocak 2012). Somut olayda, Mahkeme bu çözümü göz ardı etmek için herhangi bir neden tespit etmemektedir.

47. Mahkeme, dava dosyasının Hükümete tebliğ edilmesinden sonra, başvuranın cevaben görüşlerini sunduğu sırada, şikâyetinin ikinci ve üçüncü kısımlarını yinelemediğini gözlemlemektedir.

48. Sonuç olarak, bu şikâyet açıkça dayanaktan yoksundur ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi ile 4. fıkrası uygulanarak reddedilmelidir.

II. SÖZLEŞME'NİN İHLAL EDİLDİĞİNE İLİŞKİN DİĞER İDDİALAR HAKKINDA

49. Başvuran, adil yargılanma hakkından yararlanamamaktan ve Danıştay tarafından verilen karardan şikâyet etmektedir. Bu bağlamda, başvuranın da bir örneğini sunduğu 26 Şubat 1998 tarihli bir kararda Danıştay'ın, kendi davasına benzer bir durumla ilgili olarak, karşıt bir tutum sergilediğini iddia etmektedir.

50. Ayrıca başvuran, Sözleşme'nin 14. maddesini ileri sürerek, Yazı İşleri Müdürlüğü görevi için sınavı kazanan adaylar arasında kendi konumuna göre, göreve atanan kişilerin daha alt seviyede olmaları nedeniyle, idare tarafından bir ayrımcılığa maruz kaldığından şikâyet etmektedir.

51. İlk şikâyetle ilgili olarak Mahkeme, başvuranın iddialarına dayanak oluşturan yalnızca bir tek karar bulunduğunu ve bu kararın, İdari Dava Daireleri Kurulu kararına göre yaklaşık beş yıl önce verildiğini tespit etmektedir.

52. Dolayısıyla Mahkeme, başvuran tarafından ileri sürülen durumun, hukuk sisteminde kamuoyunun güvenini sarsabilecek hukuki bir güvensizlik veya içtihadı bir belirsizlik oluşturmadığı kanaatinde. Aslında başvuran, Danıştay içtihadında “derin ve ısrarcı anlaşmazlıklar” bulunduğunu düşünecek herhangi bir delil unsuru sunma-

mıştır (Bk. Nejdet Şahin ve Perihan Şahin / Türkiye [BD], No. 13279/05, § 53 ve izleyen paragraflar, 20 Ekim 2011).

53. Sonuç olarak, hukuki güvenliğe ve yargılanan kişilerin meşru güvenliğini korumaya ilişkin gerekliliklerin, yerleşik bir içtihat elde etme hakkı tanımadığını hatırlatmak gerekmektedir (Işık / Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), No. 35224/05, AİHM 16 Haziran 2009 ve Unedic / Fransa, No. 20153/04, § 74, 18 Aralık 2008). Ayrıca, yerel mahkemeler tarafından kabul edilen içtihatların seçiminde uygulanan politikanın uygunluğunu değerlendirmek Mahkeme'nin görevi değildir (Soumare / Fransa, 24 Ağustos 1998, § 40, Derleme 1998-V).

54. Sonuç olarak, bu şikâyet açıkça dayanak-tan yoksundur ve Sözleşme'nin 35. maddesi-nin 3. fıkrasının a) bendi ile 4. fıkrası uy-gulanarak reddedilmelidir.

55. Sözleşme'nin 14. maddesine ilişkin şikâyetle ilgili olarak, başvuranın iddia ettiği gibi bir ayrımcılığa maruz kaldığı varsayılır-sa, bu ayrımcılığın Sözleşme'yle güvence al-tına alınan - somut olaydaki, bir işe erişim hakkı veya terfi elde etme hakkı gibi - bir hakla ilgili olmadığını tespit etmek gerek-mektedir.

56. Sonuç olarak bu şikâyet, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamın-da, Sözleşme hükümleriyle uyumlu konu

yönünden (*ratione materiae*) değildir ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 4. fıkrası uy-gulanarak reddedilmelidir.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

57. Başvuran, maruz kaldığını düşündü-ğü maddi zarar karşılığında yaklaşık olarak 25 871 Türk Lirası (TRL) talep etmektedir. Başvuran, bu meblağın, 20 Ağustos 2003 ta-rihinden beri aldığı ücret ile başvurusunun kabul edilmiş olması halinde alacağı ücret arasındaki farkı karşılayabileceği kanaatin-dedir. Bu bağlamda başvuran, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin veznesinden aldığı bir dekontu sunmaktadır.

58. Ayrıca başvuran, maruz kaldığı manevi zarar için 20 000 TRL talep etmektedir.

59. Son olarak, başvuran talebini destekle-yen belgeleri sunmaksızın masraf ve giderler için 1000 TRL talep etmektedir.

60. Hükümet, bu taleplerin tümüne itiraz et-miştir.

61. Mahkeme, iddia edilen maddi zarar ile belirtilen ihlal arasında bir nedensellik bağı tespit etmemekte ve talebi reddetmektedir. Aslında, kararın farklı bir şekilde verilmiş olması halinde, ihtilafli davanın sonucu hak-kında değerlendirme yapmak Mahkeme'nin görevi değildir.

62. Diğer taraftan, Mahkeme başvurana manevi zarar karşılığında 6000 Avro (EUR)

ödenmesinin uygun olduğunu değerlendirmektedir.

63. Mahkeme, masraf ve giderlerle ilgili olarak, başvuranın talebinin inandırıcı delillerle desteklenmediğini tespit etmektedir ve bu nedenle talebini reddetmektedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, ilk itirazı daha önce incelemiş olan üç hâkimin, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu bünyesinde yer almalarıyla ilgili olarak, Sözleşme'nin 6. maddesine ilişkin şikâyet hakkında yapılan başvurunun kabul edilebilir ve geri kalan kısımların kabul edilemez olduğuna;

2. Üç karşı dört oyla, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine,

3. 3'e karşı dört oyla,

a) Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak; Davalı Devletin, başvurana, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevrilerek başvurana ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere manevi tazminat olarak 6000 EUR (altı bin avro) ödemekle yükümlü olduğuna;

4. Adil tazmine ilişkin diğer taleplerin reddedilmesine karar vermiştir.

İşbu karar Fransızca dilinde tanzim edilmiş olup, İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca, 4 Mart 2014 tarihinde yazılı

olarak tebliğ edilmiştir.

İşbu kararın ekinde, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrasına ve İçtüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak, Yargıç Raimondi, Yargıç Karakaş ve Yargıç Keller'in sunduğu ayrık görüş yer almaktadır.

YARGIÇ RAİMONDİ, YARGIÇ KARAKAŞ VE YARGIÇ KELLER'İN MÜŞTEREK AYRIK GÖRÜŞÜ

1. Somut olayda Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin çoğunluğun tutumuna katılmıyoruz. Öncelikle, Mahkeme İçtihadı'nın, çoğunluğun ulaştığı sonuçlar için yeterince dayanak sunmadığını değerlendirmekteyiz. İkinci olarak ise, kararın 40. paragrafında belirtilen Mahkeme'nin karar gerekçesinin çok katı olduğu kanaatindeyiz.

İçtihat

2. Kurul halinde yargılama yapan bir mahkemenin tarafsızlığının incelenmesi, yalnızca basit bir sayısal incelemeye dayanamaz. Ancak, Mahkeme İçtihadı'nda bu bağlamda kıstaslar bulmak oldukça güçtür.

3. Somut olayda, iki konu sorulmaktadır: ilki, ilgili karar veren kurulda yer alan üç üyenin, daha önce ilk itirazın incelenmesine katılmaları ve ardından İdari Dava Daireleri Kurulunda bulunmaları nedeniyle tarafsız olup olmadıklarıdır. İkinci olarak ise, davanın incelenmesine daha önce dâhil olan üyelerden birinin, İdari Dava Daireleri

Kuruluna başkanlık etmesi nedeniyle, tarafsızlığının değerlendirilmesinin değişikliğe uğrayıp uğramadığıdır.

4. İlk konuyla ilgili olarak, kurul halinde yargılama yapan mahkemede ilgili hâkim sayısının düşük olması gerekçesiyle, başvuranın ileri sürdüğü şikâyetlere göre benzer şikâyetlerin birçok davada reddettiğini dikkate almaktayız. Bu durumun bir örneği, Diennet / Fransa Davası'nda (No. 18160/91, 26 Eylül 1995, § 38, Seri A No. 325-A) görülmektedir. Mahkeme bu kararda, “verilen ilk kararda yer alan disiplin kurulunun yedi üyesinden üçünün durumunda, meşru şüphe gerekçesi” bulunmadığı kanaatine varmıştır. Mahkeme, Ferragut Pallach / İspanya (kabul edilebilirlik kararı, No. 1182/03, § 28 Şubat 2006) ve Garrido Guerrero / İspanya (kabul edilebilirlik kararı, No. 43715/98, 2 Mart 2000) davalarında, kararı veren heyete dâhil olan hâkimlerden birinin, dava hakkında daha önce karar veren dairede yer alması nedeniyle tarafsızlık endişesinin geçerli olmadığına hükmetmiştir. Dahası, daha güncel bir davada (“Vesti” ve Ukhov / Rusya, No. 21724/03, 30 Mayıs 2013, §§ 82-85), Mahkeme, üç hâkimin bulunduğu kurula başkanlık eden şahsın başvurana karşı yürütülen bir yargılamaya daha önce katılmış olmasının, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası bakımından bu oluşumun tarafsız-

lığını lekelemediğini değerlendirmiştir.

5. Diğer davalarda, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna vardığı doğrudur. Ancak, bu tespit hem ilgili hâkimlerin yüksek sayısı ile hem de hâkimlerin kurulda sözcü veya başkan olarak görev almalarıyla desteklenmiştir (kararın 39. paragrafı). Dolayısıyla Cardona Serrat / İspanya Kararı'nda (No. 38715/06, 26 Ekim 2010, §§ 37-38) Mahkeme, karar veren mahkemenin tarafsızlığının şüpheli görülebileceğini zira dairenin üç üyesinden ikisinin hatta daha önce soruşturma tedbiri alan başkanın da başvuran hakkında daha önceden hüküm verdiğini değerlendirmiştir. Dahası, Perote Pellon / İspanya (No. 45238/99, 25 Temmuz 2002, § 51) ve Castillo Algar / İspanya (No. 28194/95, 28 Ekim 1998, §§46 ile 51) davalarında Mahkeme, karar veren mahkemenin tarafsızlığının, kurulda yer alan beş hâkimden ikisinin ve başvuran hakkında yapılan soruşturma işlemlerine müdahil olan sözcü ve başkanın da aralarında bulunmasını dikkate alarak, ciddi şüpheler uyandırabileceği kanaatine varmıştır.

6. Somut olayda, ilgili üyelerin düşük sayısı, yani otuz bir üyeden üçü göz önüne alındığında, mevcut dava, ikinci türden davalara göre birinci türden davalara daha yakın durmaktadır (yukarıdaki 4. paragraf).

7. İkinci konuyla ilgili olarak, somut olayda başkanın görevinin müzakereleri yürütmekle sınırlı kaldığını belirtmek gerekir. Türk Hukuk Sistemi'nde karar veren kurulda yer alan başkan, eşitlerin birincisini teşkil etmektedir (primus inter pares). Başka bir deyişle, başkan, özellikle idari olarak Danıştay'daki diğer üyelere göre daha fazla yetkiye sahip değildir. Başkanın görevi, müzakereleri yürütmek ve bu müzakereler sırasında oylama gerektirecek hususları belirlemekle sınırlı kalmaktadır.

8. Dolayısıyla, tarafsızlığın olası sorunları hakkında ilgili üyelerin sayısının, yani otuz bir üyeden üçü ve hatta bu üyelere biri başkanlık görevini icra etse dahi, anlamsız olduğu kanaatine varılmaktadır.

Gerekçe

9. Çoğunluğun temel gerekçesi, kararın 40. paragrafında belirtilmektedir. Burada Mahkeme, daha önceki içtihadından uzaklaşarak son derece katı yeni bir kıstas ortaya koymaktadır. Bu kıstasa göre, belirleyici olan tarafsızlığın olası sorunu hakkında, ilgili hâkimlerin oranı veya sayısı değil, bu hâkimlerin Kurula katılmalarını mutlak gerekli kılan önemli bir gerekçenin bulunup bulunmadığıdır.

10. Mutlak gerekli olan bu kıstasın, özellikle sorun yaratacağı kanaatindeyiz. Mahkeme, konuya ilk defa böyle bir kıstas getirmek-

tedir. Ayrıca, çoğunluk, ne bu yeni uygulamayı başlatmanın gerekçeleri ne de "mutlak gerekli" kavramıyla ilgili ne anlatılmak istendiği konusuna dair herhangi bir açıklama sunmamıştır. Belirli sayıda hâkimin katılımının gerekli olduğu kolaylıkla düşünülebilir bile, bu gerekliliğin mutlak nitelikte olduğu durumları anlamak bizim için güçtür. Bu bağlamda, Mahkememizin bizzat kendisinin, bu kıstası yerine getiremeyeceğini dikkate almak gerekir. Dava dosyasının Büyük Daire'ye iadesi durumunda, ulusal yargıcın da mevcut kararı veren İkinci Daire bünyesindeki heyette yer almasına rağmen, Büyük Daire oluşumunda da yer almaktadır. Hâlbuki ulusal yargıcın Büyük Daire'ye katılmasının mutlak gerekli olduğunu iddia etmek oldukça güçtür.

11. Bu bağlamda, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun idare hukuku konusunda ülke kararıyla ilgili en yüksek makam olduğunu hatırlatmanın gerekli olduğu ve bu kararların Danıştay daireleri de dâhil olmak üzere, bütün idare mahkemelerine yükümlülük getirdiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla, Danıştay İdari Dava Daireleri üyelerinin, Kurulun yetkilerini daha çok ve daha iyi temellendirmek ve bu yüksek yargı makamının kararlarının meşruluğunu güçlendirmek amacıyla, kurulda yer almaları şaşırtıcı değildir. Bununla birlikte, oylama sonucu (9'a

karşı 22 oyla), ilgili üç üyenin çekimser kalmasının veya oylama yapılmaksızın kurula katılmalarının, müzakerelerin sonucunu etkilemeyeceğini açıkça göstermektedir.

12. Dolayısıyla, bize göre, somut olayda Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası ihlal edilmemiştir.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

19.2.2013 T.

2012/6-1490 E.

2013/59 K.

KARARIN ÖZETİ:

İtirazın kapsamına göre inceleme, sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olma suçları ile sınırlı olarak yapılmıştır. Uyuşmazlık; suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olma suçlarında kamu davasına katılmanın mümkün olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir. Yerel mahkemece, mağdurların sanıkların işlemiş oldukları yağma ve dolandırıcılık suçlarından doğrudan doğruya zarar gördükleri kabul edilerek kamu davasına katılmalarına karar verilen somut olayda; mağdurların suç örgütünün organizasyon kabiliyeti, işlemeyi amaç edindikleri ve işledikleri suçlar ile örgütün korkutuculuğu nedeniyle sanıkların cezalandırılmaları istenen fiilleri ile haklı çıkarlarının zedelendiği anlaşıldığından suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma suçlarından da davaya katılmalarına karar verilmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

DAVA : Suç işlemek amacıyla örgüt kurma,

suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma, yağma, yağmaya teşebbüs, dolandırıcılık, tehdit ve 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçlarından sanıklar H. İ. B., A. Ö., K. T. ve H. D. hakkında açılan kamu davasının yapılan yargılaması sonucunda;

1- Sanıkların, suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma suçlarından beraatlarına,

2- Sanıklar H. İ. B., A. Ö. ve K. T.'un katılan H. T.'a yönelik yağma suçundan TCK'nun 149/1-c ve 62. maddeleri uyarınca 8 yıl 4 ay hapis,

3- Sanıklar H. İ. B. ve A. Ö.'nın şikayetçi Ö. Ş.e yönelik yağma suçuna teşebbüsten TCK'nun 149/1-c, 35/2 ve 62. maddeleri uyarınca 4 yıl 2 ay hapis,

4- Sanıklar H. İ. B., A. Ö. ve K. T.'un katılan R. K.'e yönelik dolandırıcılık suçundan TCK'nun 158/1-2 ve 62. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis ve 2.000 Lira adli para,

5- Sanık H. D.'ın şikayetçi A. G.'e yönelik dolandırıcılık suçundan TCK'nun 158/1-2 ve 62. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis ve 5.000 Lira adli para,

6- Sanık H. İ. B.'un 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçundan, aynı kanunun 13/1 ve TCK'nun 62. maddeleri uyarınca 10 ay hapis ve 375 Lira adli para,

7- Sanık H. İ. B.'un şikayetçi H. Ö.'e yönelik tehdit suçundan TCK'nun 106/2-a ve 62.

maddeleri uyarınca 1 yıl 8 ay hapis cezasıyla cezalandırılmalarına ilişkin, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 11.03.2010 gün ve 266-143 sayılı hükmün, katılanlar H. T. ve R. K. vekilleri, sanıklar H. İ. B., A. Ö. ve K. T. müdafileri ile sanık H. D. tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 6. Ceza Dairesince 08.10.2012 gün ve 16932-17154 sayı ile;

“... I- Sanık A. Ö., H. İ. B., K. T., H. D. hakkında suç örgütü kurmak ve üyesi olmak suçundan kurulmuş olan beraat hükümlerinin katılanlar R. K. ve H. T. vekillerince temyiz isteminin incelenmesinde;

Katılanların suç örgütü kurmak ve üyesi olmak suçlarında doğrudan doğruya suçtan zarar gören konumunda olmadıkları anlaşıldığından, vekillerinin bu suçlardan kurulan hükme yönelik temyiz isteminin, 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi yollamasıyla 1412 sayılı CMUK'nun 317. maddesi gereğince, tebliğnameye aykırı olarak reddine,

II- Sanıklar A. Ö. hakkında yağma ve yağmaya kalkışmak, H. İ. B. hakkında yağma, yağmaya kalkışma, dolandırıcılık, 6136 sayılı Yasa'ya muhalefet, tehdit, sanık K. T. hakkında yağma ve dolandırıcılık, sanık H. D. hakkında dolandırıcılık suçlarından kurulmuş olan mahkumiyet hükümleri ile sanık H. İ. B. hakkında dolandırıcılık, sanık H. D. hakkında yağmaya kalkışmak suçundan

kurulan beraat hükümlerinin incelenmesine gelince;

Sanıklara yüklenen, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak ve üyesi olmak suçlarından verilen beraat kararlarının temyiz isteminin Dairemizce reddedilmiş olması karşısında; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 23/02/2010 gün, 2009/8-151 sayılı kararında da belirtildiği gibi, inceleme konusu diğer suçların örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş sayılmayacağı gözetilip, suçlar arasındaki hukuki ilişki kesilmiş olduğundan ve doğal yargıç ilkesi, savunma hakkı, özel görevli Mahkemenin görev alanının sınırlı oluşu da dikkate alınarak anılan suçlar yönünden görevsizlik kararı verilerek, dosyanın genel görevli ve yetkili Mahkemeye gönderilmesi zorunluluğu...”;

Gerekçesiyle bozulmasına karar verilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise ... gün ve ... sayılı ile;

“... (1) nolu bozma nedenine ilişkin olarak; “5271 sayılı CMK’nun 250. maddesi uyarınca kurulan Ağır Ceza Mahkemelerince, bu madde kapsamında yargılama yapılan suç işlemek için örgüt kurmak suçundan yapılan yargılamaya, örgütün gerçekleştirdiği suçlardan mağdur olanların, örgüt suçuna ilişkin davada da katılan sıfatını alıp alamayacağına dairdir.

Bu konuda Yargıtay daireleri arasında tam

bir uyumun olduğu söylenemez, zira bazı daireler, bir takım örgüt suçlarında mağdurların suçtan zarar görmeleri nedeniyle katılan sıfatını alabileceklerine karar verirken, çoğu zaman bazı daireler de, bu suça katılmanın mümkün olamayacağına, dolayısıyla da, bu suçtan verilen kararların mağdurlar tarafından temyizinin mümkün olamayacağına karar vermektedirler.

Nitekim, somut olayımızda da Yüksek Yargıtay 6. Ceza Dairesi katılanların, suç örgütünü kurmak ve üyesi olmak suçlarında doğrudan doğruya suçtan zarar gören konumunda olmadıkları anlaşıldığından, vekillerinin bu suçlardan kurulan hükme yönelik temyiz isteminin, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi yollamasıyla 1412 sayılı CMUK’nın 317. maddesi gereğince itirazın reddine karar vermiş bulunmaktadır.

Kanaatimizce suç örgütünün korkutuculuğu bağlantılı diğer suçların işlenmesini kolaylaştırdığı gibi, mağdurların bu suçların kendileri aleyhine işlenmesi sırasında, karşı koymalarını, suçu ihbar veya şikayet etmelerini de zorlaştırmaktadır. Örgütün varlığına inanan veya bu yolda kanaat edinen mağdurlar, kapıldıkları korku ve endişeyle de suç faillerine çoğu zaman direnmekte, şikayette, ihbarda zorlanmaktadırlar.

Bu nedenle örgüt kurmak suçundan mağdurların doğrudan doğruya suçtan zarar

gören konumunda olmadıklarını söylemek olası değildir.

Somut olayımızda da dosya kapsamından görüleceği üzere, mağdurlar örgütün var olma ihtimalinden korku ve endişeye kapılmışlardır.

Hem sırf bu nedenle, hem de, daireler arasındaki içtihat farklılığını gidermek bakımından, Yüce Yargıtay Genel Kurulunca bu konunun değerlendirilerek, örgüt kurma suçunda da, mağdurların yargılama sırasında davaya katılan sıfatıyla iştiraklerinin önü açılmalıdır...” Düşüncesiyle,

(2) nolu bozma nedenine ilişkin olarak ise; “CMK’nun 250. maddesi ile görevli mahkemeler, Ağır Ceza Mahkemesi emsali olarak örgütlenmiştir.

CMK’nun 250. maddesi ile görevli mahkemede, dava CMK’nun 3, 4 ve 8. maddeleri uyarınca bağlantılılık sebebiyle özel yetkili Ağır Ceza Mahkemesine açılmaktadır.

Mahkeme yargılamanın başında yetkisine girmeyen suçlarda 252/1-g maddesine göre görevsizlik kararı verebilir. Ama bunu yapmayarak örgütün var olma ihtimalini düşünerek yargılamaya devamla bir hüküm vermesinde usule aykırılık söz konusu değildir. Bu konuda yasal hiçbir engel de bulunmamaktadır.

Somut olayımızda, Özel yetkili Ağır Ceza Mahkemesinin bağlantılılık kuralını benim-

seyerek yargılama yapmış ve sonucunda delilleri, sübutu ve vasfı tartışarak bir sonuca varmıştır.

Özel yetkili Ağır Ceza Mahkemesi kendi yetkisine giren suçta beraat kararı verirken dosya içerisinde bağlantılılık sebebiyle birlikte değerlendirilen delilleri (tanık, belge, tutanak, bilirkişi raporu, doktor raporu vb.) kabul ve ret ederek bir sonuca varırken gelecekte görevsizlikle gönderilen mahkemenin hakiminin de yargılama faaliyetlerini kısıtlamış olacaktır.

Özel yetkili mahkeme eylemin nitelendiriliş biçimine göre kendisini görevli kabul ederek yargılama faaliyetine başlamış ve kanıtları toplayarak eylemin nitelendirmesine girmiştir. Ancak bu durumda uygulamayı yapması gerekir ki bu hal dava ekonomisine, adalet dağıtımındaki istikrar ve sürat ilkeleri ile hukuka da uygun olur.

... Şayet özel yetkili mahkeme kendi yetkisine giren suçta beraat kararı verirken, yargılamanın başlangıcında bağlantılı olduğu düşünülen diğer suçlar nedeniyle görevsizlik kararı verecek olursa, uzun yıllar sürebilecek örgütlü davalarda CMK’nun 7. maddesi karşımıza çıkmaktadır. Bu takdirde görevsiz mahkemede yapılan işlemlerin tekrarlanması mümkün olmayan işlemlerin dışında tüm işlemlerin yenilenmesi gerekmektedir. Bu durumda, davaların aşırı uzamasına, za-

manaşımı tehlikesine, mağdurların olumsuz psikolojiye düşmelerine ve AİHS'nin adil yargılama hükmüne açık aykırılık oluşturacaktır.

Bunun neticesinde de, büyük tazminatların ödenmesinin kaçınılmaz olacağı da açıktır.

Bu nedenlerle, adaletin bir an evvel tecellisi için, Özel yetkili Ağır Ceza Mahkemesinin bağlantılılık sebebiyle benimsediği davada örgüt suçundan beraat kararı verilse bile, diğer tüm suçlar yönünden görevsizlik kararı vermeksizin, bir karar vermesi gereklidir.

Somut olayımızda da, 5271 sayılı CMK'nın 250. maddesi uyarınca kurulan Ağır Ceza Mahkemelerince, bu madde kapsamında yargılama yapılan suç işlemek için örgüt kurmak suçundan beraat kararı verilmesine rağmen yağma, yağmaya teşebbüs, dolandırıcılık, tehdit, 6136 sayılı yasaya muhalefet suçlarından, yargılamaya devamla hüküm kurulabilmesi mümkün olmalıdır...”;

Görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

CMK'nun 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 6. Ceza Dairesince 08.10.2012 gün ve 16932-17154 sayı ile; (2) nolu bozma nedenine yönelik itiraz yerinde görülmüş, (1) nolu bozma nedenine yönelik itiraz yerinde görülmediğinden dosya Ceza Genel Kuruluna gönderilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır:

KARAR : İtirazın kapsamına göre inceleme, sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olma suçları ile sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olma suçlarında kamu davasına katılmanın mümkün olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya içeriğinden;

Sanık H. İ. B.'un lider, sanıklar A. Ö., K. T. ve H. D.'in üyesi olduğu iddia edilen suç örgütünün gerçekleştirmiş olduğu 5 ayrı olay nedeniyle sanıklar hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma, suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma, yağma, yağmaya teşebbüs, dolandırıcılık, tehdit ve 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçlarından kamu davası açıldığı,

İddianameye göre;

Birinci olayda; katılan H. T.'in sanıklar H. İ., A. ve K. tarafından yağmalandığı,

İkinci olayda; şikayetçi Ö. Ş.'in sanıklar H. İ., K. ve H. tarafından yağmalandığı.

Üçüncü olayda; katılan R. K.'ün sanıklar H. İ., K. ve H. tarafından dolandırıldığı,

Dördüncü olayda; mağdur A. G.'in sanıklar

H. İ. ve H. tarafından dolandırıldığı,
Beşinci olayda; mağdur H. Ö.'in sanık H. İ. tarafından tehdit edildiği ve sanık H. İ.'in ruhsatsız silah taşıdığına iddia edildiği,
Yargılama sonucunda ... Ağır Ceza Mahkemesince;

1- Sanıkların, suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma suçlarından beraatlarına,

2- Sanıklar H. İ. B., A. Ö. ve K. T.'un katılan H. T.'a yönelik yağma suçundan TCK'nun 149/1-c ve 62. maddeleri uyarınca 8 yıl 4 ay hapis,

3- Sanıklar H. İ. B. ve A. Ö.'nın şikayetçi Ö. Ş'e yönelik yağmaya teşebbüs suçundan TCK'nun 149/1-c, 35/2 ve 62. maddeleri uyarınca 4 yıl 2 ay hapis,

4- Sanıklar H. İ. B., A. Ö. ve K. T.'un katılan R. K.'e yönelik dolandırıcılık suçundan TCK'nun 158/1-2 ve 62. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis ve 2.000 Lira adli para,

5- Sanık H. D.'ın şikayetçi A. G.'e yönelik dolandırıcılık suçundan TCK'nun 158/1-2 ve 62. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis ve 5.000 Lira adli para,

6- Sanık H. İ. B.'un 6136 sayılı Kanuna muhalefet suçundan, aynı kanunun 13/1 ve TCK'nun 62. maddeleri uyarınca 10 ay hapis ve 375 Lira adli para,

7- Sanık H. İ. B.'un şikayetçi H. Ö.'e yönelik tehdit suçundan TCK'nun 106/2-a ve 62.

maddeleri uyarınca 1 yıl 8 ay hapis cezasıyla cezalandırılmalarına karar verildiği,
Anlaşılmaktadır.

5237 sayılı TCK'nun "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" başlıklı 220. maddesi;

" (1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.

(2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Örgütün silâhlı olması hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır.

(4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.

(5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.

(6) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.

(7) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil

olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir.

(8) Örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinde; “Kanunlarda suç olarak tanımlanan fiillerin işlenmesi amacıyla örgüt kurmak veya yönetmek ile, bu amaçla kurulmuş örgüte üye olmak, işlenmesi amaçlananlardan ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır.

Örgüt kurmak, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından sadece bir araç niteliğindedir. Suç işlemek için örgüt kurmak, toplum düzenini tehlikeye sokmaktadır. Ayrıca belirtmelidir ki, suç örgütü, amaçlanan suçları işlemede bir kolaylık sağlamaktadır. Bu nedenlerle, işlenmesi amaçlan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan bu fiiller, ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır.

Bu suç tanımı ile korunan hukukî değer, kamu güvenliği ve barışıdır. Kamu güvenliği ve barışının bozulması ise, bireyin güvenli, barış içinde yaşamak hakkını da zedeleyecektir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeyle

aynı zamanda bireyin, Anayasada güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerine yönelik fiillere karşı da korunması amaçlanmaktadır.

Suç işlemek için örgüt kurulması bir somut tehlike suçudur. Her ne kadar en az iki kişinin belli amaç etrafında suç işlemek üzere devamlı surette fiilen birleşmesi suretiyle örgüt meydana gelebilirse de; kurulan örgüt, güdülen amaç bakımından somut bir tehlike oluşturmayabilir. Bu nedenle, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması aranmalıdır. Bu bakımdan, örneğin sadece üç kişinin bir araya gelmesi, devletin ülke bütünlüğünü bozmaya yönelik suçları işleme açısından somut bir tehlike taşımayabilir; buna karşılık, ekonomik çıkar sağlamaya yönelik suçlar açısından elverişli olabilir.

Bu suç, bir amaç suç niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, söz konusu suç, ancak doğrudan kastla işlenebilir. Kişiler, suç işlemek amacıyla bir örgütlenme yapısı içinde bulunmalıdır. İşlenmesi amaçlanan suçların türü veya niteliği, sadece bu suç için öngörölmüş olan alt ve üst sınırlar arasında somut cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir...” açıklamalarına yer verilmiştir.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuyla korunan hukuki yarar kamu güvenliği ve

barışıdır. Suç işlemek için örgüt kurmak, toplum düzenini tehlikeye soktuğu ve araç niteliğindeki suç örgütü, amaçlanan suçları işlemede büyük bir kolaylık sağladığından, bu suç nedeniyle kamu güvenliği ve barışın bozulması bireyin güvenli, barış içinde yaşam hakkını da zedeleyeceğinden, işlenmesi amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan bu fiiller ayrı ve bağımsız suçlar olarak tanımlanmıştır. Böylece bu düzenlemeyle aynı zamanda bireyin, Anayasada güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerine yönelik fiillere karşı da korunması amaçlanmıştır. Bu amaçla henüz suç işlenmese dahi, sadece suç işlemek amacıyla örgüt oluşturmuş olmaları nedeniyle örgüt mensubu failerin cezalandırılması yoluna gidilmiştir. Bunun asıl nedeni suç işlemek için örgüt kurmanın, kamu barışı yönünden ciddi bir tehlike oluşturmasıdır. Kanun koyucu bu düzenleme ile öncelikle gelecekte işlenebilecek suçları engellemek istemiştir. Bu suçun mağduru ise; öncelikle kamu güvenliği ve barışını sağlamakla yükümlü olan devlet ve toplumu oluşturan bireylerdir. TCK'nun 220. maddesi kapsamında bir örgütün varlığından sözedebilmek için; en az üç kişinin, suç işlemek amacıyla hiyerarşik bir ilişki içerisinde, devamlı olarak amaç suçları işlemeye elverişli araç ve gerece sahip bir şekilde bir araya gelmesi gerekmektedir.

Örgüt, soyut bir birleşme olmayıp, bünyesinde hiyerarşik bir ilişki barındırmaktadır. Bu hiyerarşik ilişki, bazı örgüt yapılanmalarında gevşek bir nitelik taşıyabilir. Oluşturulan bu ilişki sayesinde örgüt, mensupları üzerinde hâkimiyet tesis eden bir güç kaynağı niteliğini kazanmaktadır. Bu nedenle niteliği itibarıyla devamlılık arzeden örgütün varlığı için suç işlemek amacı etrafındaki fiili birleşme yeterlidir. Buna karşın, kişilerin belirli bir suçu işlemek için bir araya gelmesi hâlinde ise örgüt değil, iştirak ilişkisi mevcuttur.

Madde gerekçesi ve yapılan açıklamalar ışığında suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçundan bahsedilebilmesi için;

- a) Üye sayısı en az üç veya daha fazla kişi olmalıdır.
- b) Üyeler arasında gevşek de olsa hiyerarşik bir bağ bulunmalıdır. Örgütün varlığı için soyut bir birleşme yeterli olmayıp, örgüt yapılanmasına bağlı olarak gevşek veya sıkı bir hiyerarşik ilişki olmalıdır.
- c) Suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme yeterli olup, örgütün varlığının kabulü için suç işlenmesine gerek bulunmadığı gibi, işlenmesi amaçlanan suçların konu ve mağdur itibarıyla somutlaştırılması bazen mümkün olmakla birlikte, zorunluluk arz etmemektedir. Örgütün faaliyetleri çerçevesinde suç işlenmesi halinde, fail, örgütteki konumuna göre, üye veya yönetici sıfatıyla

cezalandırılmasının yanında, ayrıca işlenen suç veya suçlardan da cezalandırılacaktır.

d) Örgüt niteliği itibarıyla devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belirli bir suçu işlemek veya bir suç işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil ancak iştirak iradesinden söz edilebilecektir.

e) Amaçlanan suçları işlemeye elverişli, üye, araç ve gerece sahip olunması gerekmektedir.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin olarak yapılan açıklamalardan sonra 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun diğer suçlarla olan bağlantılarının incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Bu kapsamda; 5237 sayılı TCK'nun "Tehdit" başlıklı 106. maddesinin ikinci fıkrasının "d" bendi;

"Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi hâlinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur";

"Ortak hüküm" başlıklı 119. maddesinin birinci fıkrasının "d" bendi;

"Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, İşlenmesi hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır...";

"Nitelikli hırsızlık" başlıklı 142. maddesinin

3. fıkrası;

"Suçun, sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi hâlinde, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılır ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur";

"Nitelikli yağma" başlıklı 149. maddesinin birinci fıkrasının "f" ve "g" bentleri

" (1) Yağma suçunun;

...f) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak,

g) Suç örgütüne yarar sağlamak maksadıyla, ...İşlenmesi hâlinde, fail hakkında on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur";

"Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti" başlıklı 188. maddesinin beşinci fıkrası;

" (5) Yukarıdaki fıkralarda gösterilen suçların, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır..."

"Fuhuş" başlıklı 227. maddesinin altıncı fıkrası; "... (6) Bu suçların, suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır";

“Dilencilik” başlıklı 229. maddesinin üçüncü fıkrası; “... (3) Bu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır”;

“Görevi yaptırmamak için direnme” başlıklı 265. maddesinin dördüncü fıkrası ise; “... (4) Suçun, silâhla ya da var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır...” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, kanun koyucu tarafından ceza kanunda düzenlenen bazı suçların suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde, örgüte yarar sağlamak amacıyla veya örgütün korkutucu gücünden yararlanılmak suretiyle işlenmesi, işlenen suçlar bakımından nitelikli hal kabul edilmiş ve daha ağır yaptırımlara bağlanmış, özel kanunlarda da benzer düzenlemelere yer verilmiştir.

Uyuşmazlığın sağlıklı bir çözüme kavuşturulabilmesi için “mağdur, suçtan zarar gören ve malen sorumlu” kavramları ile “kamu davasına katılma” kurumu üzerinde de durulması gerekmektedir.

5271 sayılı CMK’nun 237 maddesinin 1. fıkrasında; “Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar..... şikayetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler” hükmü ile kamu davasına katılma hak ve yetkisi bulunanlar üç grup

halinde belirtilmiştir. Anılan düzenleme, 1412 sayılı CMUK’nun 365. maddesindeki, “suçtan zarar görenler, soruşturmanın her aşamasında kamu davasına müdahale yolu ile katılabilirler” hükmü ile paralellik arz etmekte olup, yeni hükme, önceki kanunda yer almayan malen sorumlu ve dar anlamda suçtan zarar göreni ifade eden mağdur eklenmiş, bu şekilde madde, öğreti ve uygulamadaki görüşlere uygun olarak, katılma hak ve yetkisi bulunduğu kabul edilenleri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

Gerek 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda, gerekse 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanununda kamu davasına katılma konusunda suç bakımından bir sınırlama getirilmemiş, ilke olarak şartların varlığı halinde tüm suçlar yönünden kamu davasına katılma kabul edilmiştir. Öğreti ve uygulamada kamu davasına katılma yetkisi bulunan kişinin “suçtan zarar görmesi” şartı aranmış, ancak kanunda “suçtan zarar gören” ve “mağdur” kavramlarının tanımı yapılmadığı gibi, zararın maddi ya da manevi olduğu hususu bir ayrıma tabi tutulmamış ve sınırlandırılmamıştır. Bu nedenle konuya açıklık kazandırılırken öğretilerdeki görüşlerden de yararlanılarak, maddede katılma yetkisi kabul edilen, “mağdur”, “suçtan zarar gören” ve “malen sorumlu olan” kavramlarının, kamu davasına katılma hususundaki

uygulamaya ışık tutacak biçimde tanımlanması gerekmektedir.

Malen sorumlu; işlenmiş olan suçun hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddî ve malî sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişidir.

Mağdur; Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğünde, “haksızlığa uğramış kişi” olarak tanımlanmaktadır. Ceza hukukunda ise mağdur kavramı, suçun konusunun ait olduğu kişi ya da kişilerdir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun hazırlanmasında esas alınan suç teorisinde suçun maddi unsurları arasında yer alan mağdur, ancak gerçek bir kişi olabilecek, tüzel kişilerin suçtan zarar görmeleri mümkün ise de bunlar mağdur olamayacaklardır. Suçtan zarar gören ile mağdur kavramları da aynı şeyi ifade etmektedir. Mağdur suçun işlenmesiyle her zaman zarar görmekte ise de, suçtan zarar gören kişi her zaman suçun mağduru olmayabilir. Bazı suçlarda mağdur belirli bir kişi olmayıp; toplumu oluşturan herkes (geniş anlamda mağdur) olabilecektir. (Mehmet Emin Artuk - Ahmet Gökçen - A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, 2007, s.444; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara, 2010, s. 197 - 199; Mahmut Koca İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel

Hükümler, 5. Bası, Ankara, 2012, s.105 - 107; Yaşar Osman - Gökcan Hasan Tahsin – Artuç Mustafa, Türk Ceza Kanunu, 6. cilt, Ankara, 2010, s.7702-7703)

Suçtan zarar gören fert, ceza davası üzerinde, davaya müdahalenin dışındaki başka hususlarda da etkilidir. Bazı hallerde ferdin rızasının olmaması suçun bir unsurudur (5237 sayılı TCK'nun 99/1, 116/1 ve 141. maddeleri) Bu gibi hallerde zarar gören rıza göstermiş ise, suçun unsurları gerçekleşmeyeceğinden, ceza davası söz konusu olamayacaktır. Bazı hallerde ise suçtan zarar görenin şikâyeti soruşturma ve dolayısıyla kovuşturma için şart koşulmuştur.

Kanunlarımızda bazen “mağdur” (5271 sayılı CMK'nun 12 ve 237, 5237 sayılı TCK'nun 86/2, 131 maddeleri), bazen “suçtan zarar gören kişi” (5271 sayılı CMK'nun 237, 5237 sayılı TCK'nun 73. maddeleri) denilen zarar gören ferde aktif veya pasif süje olarak haklar tanınır, ödevler verilirken, her hak ve ödevde kanun koyucunun farklı ölçü ile hareket etmesi mümkündür. Örneğin şikâyet hakkı tayin edilirken başka, kamu davasına katılma hakkı tayin edilirken başka ölçü öngörülmüş olabilir. Dolayısıyla “suçtan zarar gören” terimi ihtiyaca göre yorumlanmalıdır. Örneğin; hâkimlerin objektifliğini en iyi biçimde sağlayabilmek amacı, hâkimin davaya bakamayacağı halleri düzenleyen

CMK'nun 22. maddesinde geçen "suçtan kendisi zarar görmüşse" terimini en geniş biçimde yorumlanmayı gerektirir. (Kunter-Yenisey-Nuhoğlu Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, s.361)

Kamu davasına katılma ile ilgili olarak suçtan zarar gören kavramının kapsamı konusunda ise öğretide farklı görüşler vardır. Bir görüş, suçun maddi unsuru ile korunan hukuki çıkarı zedelenen kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul etmektedir. Bu düşünceye göre, fiilin hareket kısmı hangi kişiye yönelmiş ve sonuçlar hangi kişi üzerinde doğmuş ise, o kişi suçtan zarar gören olur. Bu düşünce mutlak olarak alındığı takdirde, bazı fiillerdeki durumları açıklayamamaktadır. Örneğin adam öldürme fiilinde hareketin yöneldiği ve yaşama hakkına son verilen kişi, öldürülendir.

Bu alandaki bir başka görüş ise, fiil ile haklı çıkarı zedelenen kişiye zarar gören kişi niteliğini tanıyan görüştür. Bu görüş yanlıları, iddia edilen ve cezalandırılması istenen fiille haklı bir çıkarı zedelenen kişinin, o suçun koğuşturulması konusundaki isteğini, o suçun o kişide yarattığı tatmin edilme ihtiyacını esas almakta, suçun o kişi üzerinde yarattığı psikolojik etkiyi göz önünde tutmaktadır. Buna göre, sanığın suçlandığı fiil ile o suçtan etkilenen kişinin psikolojik

durumu değerlendirilmekte, fiilin o kişinin haklı sayılabilecek bir çıkarını zedelediği belirlendiğinde ve o kişinin fiilinin yargılanmasında aktif ve etkin bir rol oynaması haklı görüldüğünde, bu kişiye suçtan zarar gören niteliği tanınmakta, aksi sonuca varıldığında suçtan zarar gören süjeliği reddedilmektedir. Görüldüğü üzere, öğretide davaya müdahale ile ilgili olarak "suçtan zarar gören" kavramının sınırları saptanırken, kesinlik taşıyan bir ölçüte ulaşılamamış, ancak hakime yol gösterici nitelikte bazı ilkeler ortaya konulmuştur. O halde, bu sınırları belirlerken hakimin, "haklı çıkar" ve "cezalandırma konularındaki psikolojik durumu" iyi değerlendirmesi gerekmektedir. (Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 12.Bası, s.211 vd.)

Çeşitli yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere hakim, bir olayda suçtan zarar göreni belirlerken, sanığa yüklenen ve cezalandırılması istenilen fiille haklı bir çıkarı zedelenen kişinin ceza kovuşturması konusundaki isteğini göz önünde tutmak ve bu haklı görüldüğünde kişiye suçtan zarar görme niteliği tanımak durumundadır. (Ceza Genel Kurulunun 29.6.1992 gün ve 176-201, 11.4.2000 gün ve 64-69, 15.07.2008 gün ve 95-195 sayılı kararları)

Görüldüğü gibi, gerek yargısal kararlarda gerekse öğretide, katılma için aranan ve hakimin değerlendirmesi gereken keyfiyet,

“haklı çıkarın zedelenmesi” ve “cezalandırma konularındaki psikolojik durum”dur.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun bir tehlike suçu olması karşısında bu aşamada “tehlike suçları” üzerinde de durulmasında yarar bulunmaktadır.

Tehlike suçları, icra edilen fiilin suçun konusu üzerinde bir zarar meydana getirme tehlikesinin kanun koyucu tarafından cezalandırıldığı suç tipidir. Kanun koyucu bazı hukuki değerleri daha etkin bir şekilde korumak amacıyla, bu değerleri ihlal eden davranış dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için herhangi bir zararın gerçekleşmesine gerek görmemiştir.

Tehlike suçları soyut ve somut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Somut tehlike suçlarında gerçek bir zarar tehlikesinin meydana gelmiş olması gerekirken, soyut tehlike suçlarında hareketin yapılması yeterli olup, ayrıca somut bir tehlikenin gerçekten de meydana gelmiş olmasına gerek yoktur. Örneğin, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu somut tehlike suçu olarak düzenlenmiş iken, iftira ve yalan tanıklık suçları ise soyut tehlike suçlarıdır. (Prof.Dr. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. bası, s.206-208; Prof. Dr. Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s. 151-152)

Uygulama ve öğretilerde, suç işlemek amacıyla

la kurulmuş örgüt mensupları tarafından örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar nedeniyle zarar gören kişinin örgütün işlediği bu suçların mağduru olduğu, bu suçlar yönünden davaya katılmasının mümkün olduğu, tehlike suçu olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma, kurulmuş örgüte üye olma suçları yönünden ise kamu davasına katılmasının mümkün olmadığı genellikle kabul edilmekte ise de; Yargıtay bazı kararlarında somut olayı değerlendirmek suretiyle suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarından açılan kamu davalarına katılmanın mümkün olduğuna karar vermiştir. Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 20.10.2008 gün ve 2309-11388; 06.12.2006 gün ve 3739-8981 sayılı kararları bu doğrultudadır.

Öte yandan suç işlemek amacıyla kurulan örgüt mensuplarınca işlenen yağma, tehdit, hırsızlık gibi suçlardan açılan davalara bu suçlardan doğrudan doğruya zarar görenlerin katılabilecekleri hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu suçların daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halini oluşturan, “suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde”, “suç örgütünün yararına” veya “örgütün korkutucu gücünden yararlanmak suretiyle” işlenmesi durumunda, bu suçları işlediği iddia olunan kişi veya kişiler hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme veya örgüte üye olma suçlarından açılan

davalara katılmayı kabul etmemek hak, adalet ve nesafet kurallarına aykırılık oluşturacaktır. Nitekim bu suçlardan kamu davasına katılmanın kabul edilmemesi halinde, örgütün işlediği suçlardan kamu davasına katılmalarına karar verilenlerce hükmün aleyhe temyiz edilmesine rağmen suçun nitelikli halini oluşturan suç örgütünün varlığının somut olaylarda bulunup bulunmadığı hususunun Özel Dairece değerlendirilmesinin ve suç örgütünün varlığının kabulünün gerektirdiği hallerde de katılma kararı verilen suçlar yönünden hükmün aleyhe bozulması suretiyle daha fazla ceza verilmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Bu şekilde bir kabul halinde, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, kurulmuş örgüte üye olma suçlarından kurulan hükümlerin inceleme dışı bırakılması suretiyle hukuken telafisi imkansız zararların da doğmasına neden olunacaktır.

Buna göre, gerek suç işlemek amacıyla kurulan suç örgütü mensuplarınca işlenen amaç suçlardan doğrudan doğruya zarar görenlerin, gerekse somut tehlike suçu olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve örgüte üye olma suçlarında suç örgütünün sahip olduğu organizasyon kabiliyeti, işlemeyi amaçladığı suçlar ve örgütün korkutuculuğu gözönüne alındığında sanıklara yüklenen ve cezalandırılmaları istenen fiille haklı çıkarı zedelene kişinin ceza kovuştur-

masına katılması konusundaki isteği dikkate alınmalı ve haklı görüldüklerinde zarar görenlerin davaya katılmalarına karar verilmelidir.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Yerel mahkemece, mağdurlar H. T. ve R. K.'ün sanıkların işlemiş oldukları yağma ve dolandırıcılık suçlarından doğrudan doğruya zarar gördükleri kabul edilerek kamu davasına katılmalarına karar verilen somut olayda; mağdurların suç örgütünün organizasyon kabiliyeti, işlemeyi amaç edindikleri ve işledikleri suçlar ile örgütün korkutuculuğu nedeniyle sanıkların cezalandırılmaları istenen fiileri ile haklı çıkarılarının zedelendiği anlaşıldığından suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma suçlarından da davaya katılmalarına karar verilmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Yargıtay 6. Ceza Dairesi kararının temyiz isteminin reddine ilişkin (1) nolu bendinin kaldırılmasına, Yargıtay 6. Ceza Dairesince (2) nolu bozma nedenine yönelik Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının yerinde olduğuna karar verilmesi nedeniyle katılanların temyizleri de gözetilmek suretiyle temyize konu olan tüm suçlar yönünden dosyanın incelenmek üzere Yar-

gıtay 6. Ceza Dairesine gönderilmesine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan sekiz Genel Kurul Üyesi; “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddi gerektiği” görüşüyle karşıoy kullanmışlardır.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle;

1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının KABULÜNE,

2- Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 08.10.2012 gün ve 16932-17154 sayılı kararının temyiz isteminin reddine ilişkin (1) nolu bendinin KALDIRILMASINA,

3- Dosyanın, Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 08.10.2012 gün ve 16932-17154 sayılı kararının (2) nolu bozma nedenine yönelik Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan itirazının Özel Dairece yerinde olduğuna karar verilmiş olması nedeniyle temyize konu olan tüm suçlar yönünden dosyanın incelenmesi için Yargıtay 6. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 12.02.2013 günü yapılan müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından, 19.02.2013 günü yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları

HGK

13.11.2013 T.

2013/12-162 E.

2013/1572 K.

KARARIN ÖZETİ:

Davacı, ihale sırasında para karşılığı ihaleye girmek isteyen dava dışı kişinin engellendiğini, ihaleye fesat karıştırıldığını ileri sürerek, ihalenin feshini istemiştir.

İhaleyi gerçekleştiren icra müdürü ve ihalede görev alan tellal beyanlarında, ihale saatinde yakın, bir kişinin gelerek ihaleye katılmak istediğini belirttiğini, ihale sırasında anılan kişinin olmadığını fark edince, tellalın koridora çıkıp baktığını kimsenin bulunmadığını, borçlu vekilinin de bir beyan veya itirazının olmadığını, para pazarlığına da tanık olmadıklarını ifade etmişlerdir. İhaleye fesat karıştığını beyan eden tanığın bu beyanını destekleyen tanık beyanı olmadığı gibi resmi olarak mercilere bir başvuru da bulunmamaktadır.

İhaleye fesat karıştırıldığı ve ihale tutanağında bitiş saatinin gösterilmediği gerekçesi ile ihalenin feshine karar verilmiştir. Şikayetçinin İhalenin bitiş saatinden önce sona erdiğine dair bir iddiası bulunmamaktadır. İhaleye fesat karıştırıldığı olgusu kanıtlanmadığına göre, fesih kararı bozulmalıdır.

DAVA: Taraflar arasındaki “ihalenin feshi” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Seferihisar İcra Hukuk Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 21.1.2011 gün ve 2010/82 E- 2011/2 K. sayılı kararın incelenmesi davalı İ... Bankası vekili ve davalı V. T. S. vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12.Hukuk Dairesi’nin 29.12.2011 gün ve 2011/12510 E- 2012/37 K. Karar sayılı ilamı ile;

(... Alacaklı banka tarafından başlatılan ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe karşı borçlunun, fesat karıştırıldığını belirterek ihalenin feshi istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, ihaleye fesat karıştırıldığı ve ihale tutanağında bitiş saatinin gösterilmediği gerekçesi ile ihalenin feshine karar verildiği anlaşılmaktadır.

İİK’nun 134.maddesinde ihalenin fesih nedenleri açıkça gösterilmiştir. Sadece, ihalenin BK. 226.maddesinde yazılı satış ilanının tebliğ edilmemiş olması, satılan malın esaslı niteliklerindeki hata ve ihaledeki fesat sebebiyle ihalenin feshedileceğine değinilmiştir. İhalenin feshi nedenleri, gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay uygulamasında;

- 1-)İhaleye fesat karıştırılmış olması,
- 2-)Arttırmaya hazırlık aşamasındaki hatalı işlemler,
- 3-)İhalenin yapılması sırasındaki hatalı işlemler,

4-)Alıcının taşınmazın önemli nitelikleri hakkında hataya düşürülmüş olması, şeklinde sıralanabilir

Somut olayda, şikayetçi borçlunun, ihaleye katılmak isteyen M. Y’ya, ihale alıcısı ve damadı A. G.’in 4.000,00 TL vermeyi teklif ederek bu hususta anlaşmaları suretiyle ihaleye girmesini engelleyerek ihaleye fesat karıştırıldığından bahisle ihalenin feshini talep ettiği görülmektedir.

Mahkemece tanık olarak dinlenen ihaleyi gerçekleştiren icra müdürü ve ihalede görev alan tellal beyanlarında, ihale saatine yakın, bir kişinin gelerek ihaleye katılmak istediğini belirterek ne yapması gerektiğini sorduğunu, kendisine izah ettiğini, ihale sırasında anılan kişinin olmadığını fark edince, bir kişi daha olduğu konusunda tellalı uyardığını, tellal Ö.K.’in koridora çıkıp baktığını kimseinin bulunmadığını söylediğini, borçlu vekilinin de bir beyan veya itirazının olmadığını, ihaleye fesat karıştırıldığını ve para pazarlığı yapıldığını söylemediğini, para pazarlığına da tanık olmadıklarını ifade etmişlerdir.

Borçlu vekilinin ihale alıcısı ile telefon konuşmasını bizzat duyduğunu, ihale alıcısının para olayına razı olmadığını, ancak, damadının 5.000,00 TL yerine 4.000,00 TL’ye anlaştığını söylediğini, beyan eden, tanık F. Y.’in bu beyanını destekleyen tanık beyanı olmadığı gibi resmi olarak mercilere bir başvuru

da bulunmamaktadır.

O halde, şikayetçi borçlunun soyut iddiası dışında fesat olgusu ispat edilemediği gibi, ihale tutanağında ihale bitiş saatinin bulunmadığının, şikayetçi tarafından ileri sürülmediği ve ihalenin saatinden önce bitirildiği de iddia ve ispat edilmediğine göre, mahkemece ihalenin feshi isteminin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü isabesizdir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnmiştir.

H.G.K'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Dava, 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu uyarınca ihalenin feshi istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkili aleyhine davalı banka tarafından ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapıldığını, müvekkiline ait ipotekli taşınmazın ihalesi sırasında para karşılığı ihaleye girmek isteyen dava dışı M. Y. isimli kişinin engellendiğini, bu şekilde ihaleye başkaca kimsenin katılmamasının sağlanarak muhammen bedelin çok altında tek bir teklif ile taşınmazın davalı alıcı V'ye ihale edildiğini, ihaleye fesat karıştırıldığını ileri sürerek, ihalenin feshini istemiştir.

Davalı banka ve V. T. S., davanın reddini sa-

vunmuş; diğer davalı şirket yanıt vermemiştir.

Mahkemece, iddialar sabit görülerek ihaleye fesat karıştırıldığı ve ihale tutanağında bitiş saatinin gösterilmediği gerekçesi ile ihalenin feshine karar verilmiş; davalı İ... Bankası vekili ve davalı V. T. S. vekilinin temyizi üzerine hüküm, Özel Dairece, yukarda metni aynen alınan gerekçelerle bozulmuş; Yerel Mahkeme, önceki kararda direnmiştir.

Direnme kararını temyize davalı İ. Bankası vekili ve davalı V. T. S. vekili getirmiştir.

H.G.K. önüne gelen uyuşmazlık; ihaleye fesat karıştırma olgusunun kanıtlanıp kanıtlanamadığı, buna göre ihalenin feshine dair istemin reddinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Dosya içeriğinden; ihale için belirlenen sürenin başlangıç ve bitiş saatlerinin 14.20 ile 14.30 olduğu; davacı vekili tarafından dava dilekçesinde, belirlenen günde saat 14.20'de ihalenin başladığı ve ihale sonu olan saat 14.30'a kadar davalı V'den başka ihaleye katılanın olmadığı ve saat 14.30'da ihalenin davalı V'ye yapıldığının ileri sürüldüğü, yani ihalenin bitiş saatinden önce sona erdiğine dair bir iddiasının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan toplanan delillerden; özellikle ihaleye fesat karıştırıldığı olgusu kanıtlanamadığına göre, H.G.K'nca da benimse-

nen Özel Daire bozma ilamına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davalı İ. Bankası vekili ve davalı V. T. Sözer vekili temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanununun 30. maddesiyle 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 Sayılı H.U.M.K.'nin 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istenmesi halinde temyiz peşin harcının yatırana iadesine, 2004 Sayılı icra İflas Kanunu'nun 366/III. maddesi uyarınca tebliğden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 13.11.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

HGK

2.4.2014 T.

2014/22-241

2014/483

KARARIN ÖZETİ: Dava, tespit ve işe iade istemine ilişkindir. 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun 20. maddesine göre "İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gözetilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimiminin tebliği tarihinden itibaren bir ay

içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa, uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır, mahkemeye verilen kararın temyizi halinde Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir. Özel hakemin oluşumu çalışma esas ve usulleri bu yönetmelikle belirlenir." Maddede açıklanan nedenlerle, "kesin karar verme" ifadesinden, Yargıtay Özel Daire kararının kesin olduğunun amaçladığı, bu bakımdan Daire bozma kararının direnmeye konu edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Yasa koyucu burada açıkça, "Yargıtay'ca kesin olarak karara bağlanı" demek suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır.

DAVA : Taraflar arasındaki "tespit (İşe İade İstemli)" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Diyarbakır 2. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 19.04.2011 gün ve 2011/17 E. 2011/187 K.. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 01.06.2012 gün ve 2011/17966 E.-2012/12062 K. Sayılı ilamıyla bozulmuş, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahke-

mece önceki kararda direnilmiştir.

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

KARAR : Dava, tespit ve işe iade istemine ilişkindir.

Yerel mahkeme, feshin haksız olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir.

Hüküm, davalı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire'ce yukarı da başlık bölümünde esas ve karar numarası belirtilen karar ile bozulmuş, yerel mahkemece direnme kararı verilmiştir. Hükmü temyize davalı vekili getirmektedir.

Hukuk Genel Kurulu'nda görüşmeler sırasında işin esasına geçilmeden önce, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20/3.maddesinde yer alan "mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay ilgili Dairesinin vereceği kararın kesin olduğu" hükmü karşısında, Yargıtay Özel Daire kararının direnmeye konu edilip edilemeyeceği, yerel mahkemece önceki hükümde direnme kararı verilip verilemeyeceği, ön sorun olarak tartışılmıştır. Sorunun çözümü 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin incelenip irdelenmesini zorunlu kılmaktadır. Şöyle ki; 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun 20. maddesi:

"İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gözetilmediği veya gösterilen

sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildirimının tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa, uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür. Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır, mahkemece verilen kararın temyizi halinde Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir. Özel hakemin oluşumu çalışma esas ve usulleri bu yönetmelikle belirlenir."

Hükmünü getirmiştir.

Madde ile iş aktinin feshinin geçersizliğine ilişkin açılacak bir davanın basit yargılama usulüne göre, kısa süre içerisinde sonuçlandırılması düşüncesi, işçinin emek gelirinden olanaklar ölçüsünde çok kısa bir süre yoksun kalması ilkesinden kaynaklanmış ve bu nedenle de Yargıtay Özel Dairesi'nce verilecek kararın kesin olması amaçlanmıştır.

Benzer nitelikteki düzenlemelere; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 5, 15, 24, 34, 41 ve 53.maddelerinde de yer verilirken iş hukukuna yön veren temel ilke ve düşüncelerden hareket edildiği, Hukuk Genel Kurulu'nun 13.03.1985 gün ve E:1984/9-834, K:1985/201 sayılı kararında da, benzer

bir konunun ele alındığı görülmüş ve 2822 Sayılı Kanunun 15. maddesinde yer verilen “Yargıtay’ca... kesin karara bağlanır” hükmü ile yasa koyucunun, burada bozma kararına karşı direnme yolunu kapamayı amaçladığının vurgulandığına işaret edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, “kesin karar verme” ifadesinden, Yargıtay Özel Daire kararının kesin olduğunun amaçladığı, bu bakımdan Daire bozma kararının direnmeye konu edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Yasa koyucu burada açıkça, “Yargıtay’ca kesin olarak karara bağlanır” demek suretiyle, bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır.

Nitekim aynı ilke, Hukuk Genel Kurulu’nun 20.10.2004 gün ve 2004/9-510 E.,2004/557 K.; 08.12.2004 gün ve 2004/9-654 E.,2004/664 K.; 21.09.2005 gün ve 2005/9-474 E.,2005/510 K.; 23.11.2005 gün ve 2005/9-579 E.,2005/648 K.; 12.04.2006 gün ve 2006/9-211 E., 2006/195 K.; 18.10.2006 gün ve 2006/9-621 E.,2006/673 K.; 03.12.2008 gün ve 2008/9-716 E.,2008/726 K.; 27.01.2010 gün ve 2009/9-592 E., 2010/35 K.; 24.02.2010 gün ve E:2010/9-33, K: 2010/105 sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, Yargıtay Özel Daire bozma kararının kesin olduğu ve direnme yolunun kapalı bulunduğu gözeti-

lerek, Özel Daire bozma ilamına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Direnme kararı belirtilen bu değişik gerekçeyle bozulmalıdır.

SONUÇ : Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na eklenen “Geçici Madde 3” atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 429.maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 8/son maddesi gereğince karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 02.04.2014 gününde oybirliği ile karar verildi.

HGK

5.2.2014 T.

2013/1-2400 E.

2014/68 K.

KARARIN ÖZETİ:

Dava, ölünceye kadar bakma sözleşmesine aykırılık hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. H.G.K.’nda yapılan görüşmelerde; davacının, dava dilekçesinde davalının kendisine bakmadığını ileri sürmediği, davacının henüz bakıma muhtaç

olmadığını, davalının gelecekte kendisine karşı bakım sorumluluğunu yerine getirmeyeceğine inandığını ileri sürerek eldeki davayı açtığı; dosya içeriği ve dinlenen tanık beyanlarından da davalının, davacıya karşı bakım borcunu yerine getirdiğinin anlaşıldığı, davacı yanın taşınmaz temlik ettikten sonra, kendisine ileride bakılmayacağı endişesiyle dava açmasının kabul edilemeyeceği, kaldı ki, bakım borcu yerine getirilmediğinde dava açılmasının her zaman olanaklı bulunduğu gözetildiğinde davanın reddinin isabetli olduğu kanaatine varılmıştır.

DAVA: Taraflar arasındaki tapu iptali ve tescil davasından dolayı, bozma üzerine direnme yoluyla; Sakarya Asliye 3. Hukuk Mahkemesi'nden verilen 20.9.2012 gün ve 2012/428-396 Sayılı kararın bozulmasını kapsayan ve Yargıtay H.G.K.'nun 25.9.2013 gün ve 2013/1-146 E., 2013/1402 K. Sayılı ilamın, karar düzeltilmesi yoluyla incelenmesi davalı vekili tarafından verilen dilekçeyle istenilmiştir.

H.G.K.'nca dilekçe, düzeltilmesi istenen ilam ve dosyadaki ilgili bütün kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü:

KARAR : Dava, ölünceye kadar bakma sözleşmesine aykırılık hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin kayden maliki olduğu 12 numaralı parselin 1/2 payını, 2.

eşinin kızı olan davalı evlatlığına ölünceye dek bakma akdiyle temlik ettiğini, davalının tutarsız ve saygısız davranışlarının özellikle son dönemde artarak devam ettiğini, henüz bakıma muhtaç olmayan davacının gelecekte kendisine karşı bu bakım sorumluluğunu davalının yerine getirmeyeceğine inandığını ileri sürerek, haklı sebeplere dayalı olarak sözleşmeyi feshettiğinin kabulüyle davalı adına kayıtlı tapu kaydının iptali ve davacı adına tescilini istemiştir.

Davalı vekili, davalının bakım borcunu yerine getirdiğini bildirerek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının iddiasını kanıtlamadığı ve davalının bakım borcunu yerine getirdiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; davacı yanın temyizi üzerine hüküm, Özel Dairece yukarıda metni aynen alınan ilamla bozulmuştur. yerel mahkemece, önceki kararda direnilmesi üzerine, H.G.K. tarafından Özel Daire bozma ilamı gibi hükmün bozulmasına karar verilmiştir. H.G.K. kararına karşı davalı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde, sözleşmenin feshi hususu mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 517. maddesi ve yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 617. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, söz-

leşmeden doğan borçlara aykırı davranılması sebebiyle sözleşmenin devamı çekilmez hale gelir veya başkaca önemli sebepler sözleşmenin devamını imkansız hale getirir ya da aşırı ölçüde güçleştirirse, taraflardan her biri sözleşmeyi önel vermeksizin feshedebilir. Sözleşme bu sebeplerden birine dayanılarak feshedildiği takdirde kusurlu taraf, aldığı şeyi geri verir.

Somut olayda; davacının 12 numaralı parseldeki 1/2 payını 1993 yılında, eşi ve davalının annesi olan dava dışı Meliha'ya bağışladığı, kalan 1/2 payını da 11.4.2002 tarihinde ölünceye kadar bakma koşuluyla evlatlığı olan davalıya temlik ettiği, davacının, davalıya karşı, daha evvel 30.10.2007 tarihinde kendisine bakılmadığı iddiasıyla tapu iptali ve tescil davası açtığı, ancak yargılama sırasında feragat etmesi sebebiyle davanın reddine karar verildiği ve kararın 25.4.2008 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır.

H.G.K.'nda bu kez yapılan görüşmelerde; davacının, dava dilekçesinde davalının kendisine bakmadığını ileri sürmediği, davacının henüz bakıma muhtaç olmadığını, davalının gelecekte kendisine karşı bakım sorumluluğunu yerine getirmeyeceğine inandığını ileri sürerek eldeki davayı açtığı; dosya içeriği ve dinlenen tanık beyanlarından da davalının, davacıya karşı bakım borcunu yerine getirdiğinin anlaşıldığı, davacı yanın taşınmazı

temlik ettikten sonra, kendisine ileride bakılmayacağı endişesiyle dava açmasının kabul edilemeyeceği, kaldı ki, bakım borcu yerine getirilmediğinde dava açılmasının her zaman olanaklı bulunduğu gözetildiğinde davanın reddinin isabetli olduğu kanaatine varılmıştır.

Açıklanan sebeplerle karar düzeltme istemi kabul edilerek, usul ve yasaya uygun olan yerel mahkeme kararı onanmalıdır.

SONUÇ : Davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile; H.G.K.'nun 25.9.2013 gün ve 2013/1-146 E., 2013/1402 K. sayılı bozma kararının kaldırılmasına; yerel mahkeme direnme hükmünün yukarıda açıklanan gerekçelerle karar düzeltme yoluna başvuran yararına ONANMASINA, istenmesi halinde karar düzeltme harcının yatırıma iadesine, 05.02.2014 gününde oyçokluğuyla kesin olarak karar verildi.

KARŞI OY : Dava; ölünceye kadar bakma sözleşmesine aykırılık hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir. Uyuşmazlık; bakım borçlusu davalının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini maddi ve manevi yönden yerine getirip getirmediği, davalının kusurlu davranışları sebebiyle sözleşmenin feshinin haklı olup olmadığı ve sözleşmeyle davalıya devredilen taşınmazın geri istenip istenemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Bilindiği üzere, ölünceye kadar bakma sözleşmesi ivazlı ve taraflarına karşılıklı hak bahşeden ve borçlar yükleyen sözleşmelerdendir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 611 (818 Sayılı B.K.nın 511.) maddesinde, "Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir" olarak tarif edilmiştir. Ölünceye kadar bakım sözleşmesi ile, bakım alacaklısı sözleşmeye konu olan malvarlığı veya bazı malvarlığı değerlerinin mülkiyetini bakım borçlusuna geçirme, bakım borçlusu da aksi kararlaştırılmamış ise kural olarak bakım alacaklısını kendi ailesi içerisine alıp, onu özenle ölünceye kadar bakıp gözetmek yükümlülüğü altına girer.

Bu sözleşmelerin özelliği gereği bakım borçlusunun, bakım alacaklısına karşı olan yükümlülüklerinin iki yönü bulunmaktadır. Buna göre maddi yönden; bakım alacaklısının ikametinin temini, beslemesi, giydirilmesi, hastalığında doktora götürülüp tedavi ettirilmesi, gerekli ihtimamın gösterilmesi, özenle bakılması gibi maddi borçları yanında, manevi olarak da bakım alacaklısının kendisini güvende hissetmesini sağlama, hayatının geri kalanında ihtiyaçlarının karşılanacağı konusunda güven verme, gerekli

saygı ve şefkati gösterme, diğer bir ifadeyle bakım alacaklısının güven duygusunu zedeleyecek tutum ve davranışlardan kaçınma gibi manevi yükümlülükleri vardır.

Nitekim, bakım alacaklısını bu tür bir sözleşme yapmaya sevk eden esas düşünce geleceğe dair bu yöndeki kaygıdır. Bu kapsamda bakım borçlusunun bakım alacaklısına karşı olan tüm yükümlülüklerinin tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözetilerek hakkaniyete uygun olarak ve süreklilik arz edecek şekilde yerine getirilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Öte yandan, yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin sonuçları; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 617. (818 Sayılı B.K.nın 517.) maddesinde açıklanmış, sözleşmeden doğan borçlara aykırı davranılması sebebiyle sözleşmenin devamı çekilmez hale gelir veya başkaca önemli sebepler sözleşmenin devamını imkansız hale getirir ya da sözleşmenin sürdürülmesi aşırı ölçüde güçleşir veya olanaksız hale gelirse taraflardan her biri tek yanlı olarak sözleşmeyi feshetme, verdiği şeyi geri alma hatta karşı tarafın kusurlu olması halinde tazminat isteme hakkı yasayla tanınmıştır.

Bu durumda, yükümlülüklerini yerine getirmeyen bakım borçlusuna karşı bakım alacaklısı her zaman fesih hakkını kullanabilir, fesih geçmişe etkili (makale şamil) olmak

üzere sözleşmeyi sona erdirdiğinden verdiği şeyi de geri isteyebilmektedir.

Somut olaya gelince, davacı Hasan'ın 1986 yılında davalı Nefise'nin annesiyle evlendiği o tarihte dokuz yaşında olan davalının onlarla birlikte yaşamaya başladığı, davacının tek malvarlığı olan 12 parsel sayılı taşınmazdaki (1/2) payını 1993 yılında, eşi ve davalının annesi olan dava dışı Meliha'ya bağışladığı, 1994 yılında davacının, davalı Nefise'yi on yedi yaşındayken evlat edindiği, kalan (A) payını da 11.4.2002 tarihinde ölünceye kadar bakım koşuluyla evlatlığı olan davalı Nefise'ye temlik ettiği, taşınmaz üzerindeki evin zemin katına davalı ve ailesini İstanbul'dan getirerek yerleştirdiği iki katlı evin üst katında da davacının eşiyle birlikte yaşamaya başladıkları, davacının SSK emeklisi olup başka geliri ve malvarlığının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Davacı, 30.10.2007 tarihli dava dilekçesiyle;" ...davalının iki katlı evin zemin katına yerleşip tapuyu üzerine devraldıktan sonra davacıya karşı tutum ve davranışlarının değiştiği, saygısız davranmaya başladığını, halen bakıma muhtaç olmadığı, davalıdan hiçbir bakım almadığını ancak bakım talep etme durumuna geldiğinde davalının bakmayacağını anlaşıldığını, davalının saygısız tutum ve davranışları sebebiyle haklı olarak bakım sözleşmesini feshettiğini, tapunun 1/2 pa-

yının iptaliyle adına tescilini" talep etmiş, davacı 6.2.2007 tarihli oturumda davadan feragat etmiştir.

Bu kez davacı 14.5.2009 tarihli dava dilekçesiyle; Sakarya 1. Asliye Hukuk mahkemesinin 2007/361 Esasında aynı konuda açtığı davada, davalı Nefise'nin özür dilemesi ve tekrar aynı davranışlarda bulunmayacağını söz vermesi sebebiyle davadan vazgeçtiğini, ancak davalının tutarsız ve saygısız tutum ve davranışlarının artarak devam ettiğini henüz bakıma muhtaç olmadığı halde kendisine bu şekilde davranıldığını, gelecekte davalının bakım yükümlülüğünü yerine getirmeyeceğine inandığını ve haklı sebeple sözleşmeyi feshettiğini belirterek sözleşmeyle davalıya verdiği taşınmazdaki 1/2 payın iptaliyle adına tescili" talepli eldeki davayı açmıştır.

Davalı, kapıdan satışla rondo aldığı için davacıyı uyardığını, bu sebeple kendisine kızdığını, yine iki çocuğundan erkek olanını davacının daha çok sevdiğini, çocuklar arasında ayırım yaptığı içinde birtakım sıkıntılar çıktığını, saygısızlık etmediğini ve bakımını yaptığını savunmuştur.

Medeni usul hukukumuzda hakim olan en önemli ilkelere biri taleple bağlılık ilkesidir. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 74. maddesiyle aynı yönde düzenleme getiren 6100 Sayılı H.M.K.nun 26. maddesine göre hakim tarafların talep so-

nuçlarıyla bağlıdır.

Davacı, her iki davada henüz bakım ihtiyacı içinde olmadığını, sözleşmenin manevi yönüyle ilgili yükümlülüklerini davalının yerine getirilmediğini, ileride bakılacağı inanç ve güveninin kalmadığını ileri sürmüştür. Oysa H.G.K.'ndaki görüşmelerde sözleşmenin maddi yönü üzerinde durularak, sayın çoğunluk tarafından davacının henüz bakım ihtiyacı içerisinde olmadığı, davalının bakıldığı, ileride davalı tarafından bakılmaz ise yeniden dava açabileceği, davacı iddiasının kanıtlanmadığı kabul edilerek direnme kararı onanmıştır.

Tüm taraf tanıkları, davacının henüz bakım ihtiyacı içerisinde olmadığını, eşiyle birlikte kendi evlerinde yaşadıklarını, maddi ihtiyaçlarını eşi Meliha ve kendisinin karşıladığını, altlı üstlü evlerde oturdukları için davalının ev işlerinde annesi davacının eşi Meliha'ya yardım ettiğini bildirmişler, davacı tanığı İsmail, davacının son zamanlarda kendisine bakılmadığını, küflü ekmek yedirilmek istendiğini, davacı tanığı A. ise davacının bazen davalıdan kötü bahsettiğini, ev verildikten sonra davalının değiştiğini beyan etmişlerdir.

Öte yandan; eldeki dava açıldıktan sonra davacının eşi Meliha (davalının annesi) aleyhine açtığı boşanma davası ve aynı taraflar arasında açılan ceza davası eldeki dava

ve davanın taraflarıyla ilgili olmadığı halde Hukuk Genel Kurul görüşmelerinde sayın çoğunluk tarafından boşanma ve ceza dava dosyalarındaki delillerin inceleme ve değerlendirmeye alınması taraflarca getirilme ilkesi (H.M.K.m. 25) ve iddia ve savunmanın buna bağlı olarak da delillerin somutlaştırılması (H.M.K.m.119.f/e, f, m.129/d, f) ilkelere aykırı olup her dava davada ileri sürülen vakıalar ve delillerle taraflar arasındaki ilişki esas alınarak incelenip sonuçlandırılmalıdır. Davacının üvey kızı davalıyı öz kızı gibi kabul edip evlatlık olarak nüfusuna kaydettirdiği, davalı Nefise ile eşi ve çocuklarını ailesi olarak kabul edip tek mal varlığı evinin üzerinde kalan son payını davalıya devrettiği, tarafların aynı binada altlı üstlü oturmalarına rağmen davalının bayramlarda ziyaretine gelmediği, davacının çok sevdiği erkek torununun sünnetine çağrılmadığı, davacının gösterdiği ilgi ve fedakarlığa karşılık davalının en küçük bir karşılık vermediği ve anlaşmazlığın çözümü için hiçbir çaba göstermediği anlaşılmaktadır.

Hakim, delilleri takdir ederken olayın ve tarafların özelliklerini, ülke gerçeklerini, beşeri karineyi ve sözleşmenin kendine özgü koşullarını gözden uzak tutmamalıdır.

Bakım alacaklısını ölünceye kadar bakım sözleşmesini yapmaya iten asıl amaç, hayatının geri kalanında huzurlu bir aile ortamının

da, maddi ve manevi her türlü ihtiyacının karşılanacağı güveni içerisinde, saygılı ve şefkatli bir ortamda yaşamını sürdürme isteğidir. Davadaki talep ve belirlenen olguların bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir.

Somut olaya açıklanan ilkeler ve belirlenen olgular gözetilerek bakıldığında; bizzat davalının beyanına göre aralarında sorunlar bulunduğu, davalının sözleşmeye dayalı olarak tapuda intikal yapıldıktan sonra değiştiği, tarafların beşeri ilişkilerle aralarındaki uyumsuzluğu çözemediklerinden bu konunun 2. kez yargıya intikal ettiği açıktır. Davalının ölünceye kadar bakım akdinden doğan yükümlülüklerini, başka bir ifadeyle bakım alacaklısı davacının kendisini güvende hissetmesini sağlama, hayatının geri kalanında ihtiyaçlarının karşılanacağı konusunda güven verme, gerekli saygı ve şefkati gösterme gibi sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmediği, taraflar arasında güvene dayanan bir ilişkisinin kalmadığı açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu haliyle de sözleşmenin sürdürülmesi olanağı bulunduğundan söz edilemez.

Hal böyle olunca, bakım alacaklısı davacı bakımından sözleşmenin devamının imkansız hale geldiği ve fesih hakkının doğduğu kabul edilmelidir. Bu nedenlerle, Hukuk Genel kurulunun direnme kararının bozulmasına dair kararı usul ve yasaya uygun bu-

lunduğundan karar düzeltme talebinin reddi gerektiği görüşünde olduğumuzdan sayın çoğunluğun görüşüne katılamıyoruz.

HGK

12.2.2014

2013/2-473 E.

2014/92 K.

KARARIN ÖZETİ:

Dava, TMK. 194/3. maddesi gereğince koca adına kayıtlı taşınmazın tapu kaydı üzerine aile konutu şerhi konulması istemine ilişkindir. Dava konusu taşınmaz davalı koca adına kayıtlıdır. Taraflar yurtdışında çalışmakla birlikte, her yıl ailece Türkiye'ye izne gelerek, yine ailece dava konusu konutu kullandıkları konusunda çekişme bulunmamaktadır. Ailenin dava konusu taşınmazı salt bu amaca özgülediği ve kiraya vermediği ya da başka bir amaçla kullanmadığı toplanan delillerden anlaşılmıştır. Dava konusu konut, tarafların Türkiye'de buldukları sürece ortak yaşam faaliyetlerini sürdürme ve oturma ihtiyacı için kullanıldığına, tarafların Türkiye'de bu amaçla kullandıkları başka bir konutları bulunmadığına göre, Türkiye'de iken kullandıkları tek konut olan dava konusu yerin, aile konutu olarak özgülendiğinin (TMK m. 194) kabulü gerekir.

DAVA : Taraflar arasındaki "aile konutu şerhi konulması" davasından dolayı yapılan yargı-

lama sonunda; Kayseri 2. Aile Mahkemesince davanın reddine dair verilen 03.03.2011 gün ve 2010/478 E., 2011/234 K. sayılı kararın incelenmesi davacı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 13.02.2012 gün ve 2011/8866 E., 2012/2400 K. sayılı ilamı ile;

(... Davacı, mülkiyeti davalı eşine ait olan (3) parselde kayıtlı taşınmazın tapu kaydı üzerine aile konutu şerhi konulmasını istemiştir. İstek Türk Medeni Kanununun 194/3. maddesine dayalıdır. Kayseri 3. Aile Mahkemesinin 2009/961 esas sayılı dosyasında yapılan keşifte, taşınmazın tapu sicilinde “arsa” olarak kayıtlı olmakla birlikte zemininde dubleks bir konutun mevcut olduğu davacı ve ailesinin İsviçre’de çalıştıkları Türk vatandaşı oldukları, yaz tatillerinde Türkiye’ye geldiklerinde bu konutta kaldıkları ve konutun aile konutu olduğu belirlenmiştir. Konutun hak sahibi olan davalı tarafından eşinin rızası hilafına kiraya verilmiş olması, aile konutu olduğu gerçeğini değiştirmez. Şerh, malikin temlik hakkını kısıtlayıcı bir işleve sahiptir (Tapu Sicili Tüzüğü m. 57/d). Kaldı ki konut kiraya verildikten kısa bir süre sonra da kiracı tarafından boşaltılmıştır. Taşınmazın üzerinde eylemli olarak binanın mevcut olduğu belirlendiğine ve bu binanın aile konutu olduğu tespit edildiğine göre, tapuda cinsinin “arsa” olarak gösterilmiş olması, Türk Medeni

ni Kanununun 194/3. maddesi anlamında aile konutu şerhi verilmesine de engel değildir. Bu bakımdan istek çerçevesinde karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR : Dava, TMK. 194/3. maddesi gereğince koca adına kayıtlı taşınmazın tapu kaydı üzerine aile konutu şerhi konulması istemine ilişkindir.

Davacı, ailece yurtdışında yaşadıklarını, davalı eş adına kayıtlı Kayseri ili, Melikgazi ilçesi, Hisarcık Köyü, 97 pafta, 305 ada, 3 parselde bulunan konutu yaz dönemlerinde izne geldiklerinde kullandıklarını, konutun aile konutu olduğu belirterek taşınmaz kaydına aile konutu şerhi konulmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; tarafların İsviçre ‘ de ikamet ettiklerini, dava konusu taşınmazın aile konutu olmadığını savunmuştur.

Mahkemece, tarafların ikamet ettikleri yerin İsviçre olduğu, Türkiye’de, dolayısıyla Kayseri’de ikametlerinin bulunmadığı, dava

konusu taşınmazda bulunan meskenin izin dönemlerinde kullanıldığı, sürekli konut olarak kullanılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki kararda direnilmiş; hükmü temyize davacı vekili getirmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık İsviçre'de çalışan tarafların, yaz tatillerinde Türkiye'ye geldiklerinde kaldıkları konutun aile konutu olarak kabul edilip edilemeyeceği, buradan varılacak sonuca göre de, koca adına kayıtlı dava konusu taşınmaz üzerine aile konutu şerhi konulması isteminin kabulünün gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Somut olayın çözümüne katkıda bulunması açısından, aile konutu ile ilgili kimi kavram ve özelliklerin ortaya konulması ve olayın bu çerçevede değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir.

Aile konutu, Türk Medeni Kanunu (TMK) düzenlemesi içinde değişik maddelerde (m. 240, 254, 279, 652) yer alsa da, konuyla ilgili temel düzenleme m. 194'de yer almıştır. Düzenlemeye göre; eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyecek, aile

konutunu devredemeyecek veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacaktır. Böylece, kural olarak eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapmaları serbestisi Türk Medeni Kanunu felsefesi içinde kabul edilmişken (m. 193), aile konutu ile, bu kurala ayrı bir istisna getirilmiş ve aile konutunun devri, konut üzerindeki hakların sınırlandırılması esaslı kabul edilmiştir. Düzenleme ile malik olmayan eşe, aile konutu ile ilgili tapu kütüğüne şerh verilmesini isteme hakkı tanınmıştır (TMK m. 194/3). Konunun anlaşılması bakımından aile konutunun amacı, önemi, tanımı, kapsam ve unsurlarının/özelliklerinin bilinmesinde yarar bulunmaktadır.

Aile konutu, kaynağını Anayasa m. 41'den alan, ailenin korunmasını amaçlayan düzenlemelerden birisidir. Gerçekten özellikle evlilik birliğinin eşler açısından iyi gitmediği zamanlarda malik olan eşin, diğer eşini cezalandırmak amacıyla, ilk işinin ailenin yaşadığı konutu elden çıkarmak olduğunu tecrübeler göstermektedir. Bu nedenle TMK'nın 194. maddesi ile genel olarak aile, özelde ise malik olmayan eş ve çocuklar korunmak istenmiştir (AYAN, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 71).

Ailenin korunması, birliğin devamı için aile konutu oldukça önemli bir müessesedir. Aile konutunun önemi; ailenin tüm üyele-

rinin malik olmadıkları halde, konuta zilyet bulunmasında (ACABEY, Beşir: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998, s. 62-63) yatmaktadır. Düzenleme ile malik olmayan eşe de aile konutu üzerinde söz hakkı tanınmakta ve bu konut üzerinde malik olan eşin işlemleri için diğer eşin rızası zorunlu hale getirilmektedir. Öyle ki, evlilik birliğinin eşlerden birisinin ölümü nedeniyle sona ermesi halinde dahi aile konutunun, katılma alacağına (TMK m. 240) veya miras hakkına (TMK m. 652) mahsuben sağ kalan eşe özgülenmesi kabul edilmiştir.

Kanunda bir aile konutu tanımı yapılmamıştır. Kanun koyucunun bu davranışının bilinçli olduğu açıktır. Zira, aile konutunun niteliklerinin uygulanmada şekilleneceği, her somut olayın özellikleri ve öznel nitelikleri göz önüne alınarak çözüme gidileceği düşünülmüştür (NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem: “Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Koruma Nedenleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım-Aralık 2011, Sayı 97, s. 121). Öğretide aile konutu ile ilgili olarak; eşlerin birlikte seçtikleri, varsa çocuklar gibi diğer aile üyeleri ile birlikte eylemli olarak yaşadıkları konut (AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, C. 2, 15. Bası, İstanbul 2013, s.121); sürekli olarak barınma ihtiyacını karşılayan ve aile-

nin hayat merkezini oluşturan konut (DOĞAN, Murat: “ Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu”, AÜEHFD, C. VI, Sayı 1-4, Y. 2002, s. 286); eşlerin yamsalsal ilişkilerinin, işlerinin ve hayatlarının odak noktası olarak seçtikleri ve eylemli olarak-varsa-çocuklarıyla birlikte yaşadıkları müşterek konut (AYAN, s. 61); eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında, ortak hayatı sürdürmenin gerektirdiği, bir yerde aile olarak birlikte oturma gereksiniminin karşılanmasında kullanılmak üzere seçtikleri, bu suretle aile hayatının merkezi haline getirdikleri, konut niteliği taşıyan yer (DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper: Türk Özel Hukuku C. III: Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 204) şeklinde tanımlamalar yapılmıştır.

Bu tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere, aile konutunun unsurları; aile, konut ve ailenin yaşam faaliyetlerinin yoğunlaştığı yer olarak belirlenebilir (AYAN, s. 63). Bir konutun aile konutu olarak nitelendirilmesi için ailenin ortak kullanımına hizmet etmesi yeterlidir (ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 3. Bası, Ankara 2012, s. 20).

Aile konutunun tanımlaması içinde, aile konutunun temel unsurlarından birisi eşlerin yaşam faaliyetlerinin yoğunlaştığı yer olarak kabul edilmektedir (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 204; NEBİOĞLU ÖNER, s. 121-122;

AYAN, s. 66). Nitekim Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü 2002/7 sayılı “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu” Konulu Genelgesi’nde; “aile konutunun, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekânları ifade ettiği” belirtilmiştir.

Konutun aile konutu olma kriterleri, fiziksel niteliğinden çok aile üyelerince yaşam merkezi haline getirilmesi; öznel olarak bu amaçla tahsis edilmesi yanında, nesnel olarak da bu niteliğinin üçüncü kişilerce biliniyor olması gerekir (GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanunu’nun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, s. 34; NEBİOĞLU ÖNER, s. 129). Bu noktada taşınmazın eylemli olarak kullanılmasından maksadın, “sürekli ve kesintisiz olarak kullanma” olmadığını ifade etmek gerekir. Nitekim uygulamada, eşlerin eylemli olarak ayrı yaşamaları halinde, aile konutunun bu niteliğinin devam edeceği kabul edilmektedir. Öte yandan, az yukarıda değinildiği üzere, evlilik birliğinin ölümle sona ermesi halinde dahi aile konutunun bu özelliği, “aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi” (TMK. m. 240, 652) bağlamında önem arz etmektedir.

Yerel Mahkeme’nin gerekçesinde tutunduğu “yerleşim yeri” kavramı açısından, yerleşim yeri ile aile konutu ilişkisi üzerinde de durmak gerekir. Her şeyden önce belirtmek

gerekir ki, bu iki müessesenin birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Hiç kuşkusuz aile konutu ile yerleşim yerinin unsurları bakımından çakışan noktalar bulunmakta ise de (NEBİOĞLU ÖNER, s. 134), aynı kavramlar değildirler. Aile konutu denildiğinde, kavram içindeki “konut” un, eşlerin barınma amaçlı kullandıkları, çoğunlukla bir yapı, yani kapalı bir yeri ifade ettiği söylenebilir. Öğretide konut, “eşlerin düzenli olarak yerleşim amacıyla kullandıkları kapalı mekan” olarak tanımlanırken (KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Türk Medeni Kanunu’nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s. 8) tanımlama-daki “yerleşim” ifadesinin, yerleşim yeri değil “barınma” anlamında kullanıldığı açıktır. Yerleşim yeri konusunda ise tanımlama doğrudan Türk Medeni Kanunu tarafından yapılmış olup, buna göre; “yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir” (TMK m. 19/1). Görüldüğü üzere, aile konutunun sürekli olması koşulu bulunmadığı halde (HGK. 28.09.2011, 2011/2-447, 556) yerleşim yerinde “süreklilik” esası kabul edilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, aile konutu her zaman yerleşim yeri olmayabilir (ŞİPKA, Şükran: Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194), İstanbul 2002, s. 68). Esasen zorunlu nedenlerle eşlerden birisinin

farklı yerleşim yeri edinmesi halinde (TMK m. 197/1; 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun m. 4/1-b) dahi eşlerden birisinin yerleşim yerinin değişmesine karşın aile konutu değişmemektedir. Eş söyleyişle, yerleşim yeri değişen eş açısından, aile konutunun bu niteliği aynı devam etmektedir. Öte yandan “bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamayacağı” ilkesi (TMK m. 19/2) kabul edilmişken, aynı sınırlama aile konutu konusunda getirilmemiştir.

Eldeki olay itibarıyla “aile konutunun tekliği” sorunu üzerinde de durmak gerekmektedir. Aile konutunun, eşlerin yaşam faaliyetlerinin yoğunlaştığı yer olması konusu bakımından eylemli olarak sürekli ve kesintisiz oturmanın şart olmadığı kabul edilmekle birlikte, aile konutunun tekliği açısından konu uygulama ve öğretide tartışmalıdır. Aslında kanun koyucu bu tartışmaların yaşanacağını önceden görmüş olmalı ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu daha tasarı aşamasında iken, oluşturulan alt komisyon tarafından aile konutunun tekliği prensibinin, maddeye ayrı bir fıkra olarak “aileye ancak bir konut özgülenebilir” şeklinde eklenmesi teklif edilmiştir (KILIÇOĞLU, , s. 14, dipnot 18). Ancak, teklif kabul edilmeyerek, Madde şimdiki hali ile yasalaşmıştır.

UNSURLARDAN YOLA ÇIKARILAN KURAL OLARAK AİLE

konutunun tekliğinin esas olduğunu söylemek mümkündür. Ne var ki, yine aynı unsurların bulunması şartıyla, aile tarafından birden fazla konutun aile konutu olarak özgülenmesine, eş söyleyişle ailenin birden fazla konutta yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırmasına yasal bir engel de bulunmamaktadır (AYAN, s. 68). Gerçekten Yasada aile konutu sayı olarak sınırlandırılmamıştır.

Belirtmek gerekir ki, bu gün gelinen noktada ikincil nitelikteki konutlar (yazlık, yayla evi, dağ evi, karavan gibi) aile konutu olarak kabul edilmemekte ise de (AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 121; DOĞAN, s.286; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 205) ikinci konutun -duruma göre- aile konutu olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Kimi istisnai hallerle sınırlı tutulan aile konutunun birden fazla olabileceğinin kabulü (ACAR s. 32; ŞİPKA, s. 82; Krş. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 205) “ailenin yaşam faaliyetlerinin birden fazla yerde yoğunlaşması” hali ile izah edilmektedir. Bu yoğunlaşma da çeşitli nedenlerle olabilmektedir. Sözelimi, eşlerin farklı yerlerde çalışmaları, çocukların eğitimi, zorunlu tayinler ve sağlık gibi nedenler birden fazla konutun aile konutu olarak özgülenmesini gerektirebilmektedir (ŞİPKA, s. 79). Bu örnekler bağlamında, yabancı ülkede çalışan ve o ülkede yaşayan Türk ailelerin, yılın belirli bir

dönemini Türkiye’de geçirmeleri halinde, Türkiye’ye geldiklerinde kalma amacıyla düzenli olarak kullandıkları bir konutun, aile konutu sayılması gerektiği kabul edilmektedir (ŞİPKA, s. 80). Şu halde, yurt dışında yaşayan bir ailenin, Türkiye’ye geldiğinde kullandığı tek konutu, diğer unsurların da bulunması koşuluyla, aile konutu olarak kabul edilmelidir. Nitekim aynı ilke Hukuk Genel Kurulu’nun 28.09.2011 gün ve 2011/2-447, 556 sayılı kararında da benimsenmiştir. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde somut olay irdelendiğinde; dava konusu taşınmaz davalı koca adına kayıtlıdır. Taraflar yurtdışında çalışmakla birlikte, her yıl ailece Türkiye’ye izne gelerek, yine ailece dava konusu konutu kullandıkları konusunda çekişme bulunmamaktadır. Ailenin dava konusu taşınmazı salt bu amaca özgülediği ve kiraya vermediği ya da başka bir amaçla kullanmadığı toplanan delillerden anlaşılmıştır. Dava konusu konut, tarafların Türkiye’de buldukları sürece ortak yaşam faaliyetlerini sürdürme ve oturma ihtiyacı için kullanıldığına, tarafların Türkiye’de bu amaçla kullandıkları başka bir konutları bulunmadığına göre, Türkiye’de iken kullandıkları tek konut olan dava konusu yerin, aile konutu olarak özgülendiğinin (TMK m. 194) kabulü gerekir. Açıklanan bu nedenlerle, Yerel Mahkemece, aynı yönlere işaret eden ve Hukuk Genel

Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup, direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile; direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı 6217 Sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na eklenen “Geçici Madde 3” atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 1086 sayılı HUMK’nın 440/1.maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 12.02.2014 gününde oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Daire Kararları

8. HD

30.9.2013 T.

2013/17022 E.

2013/13866 K.

KARARIN ÖZETİ:

Dava konusu olayda ilam tarihi 31.5.2012 olup, borçlunun hesabına 11.3.2013 tarihinde haciz konulmuştur. Haciz tarihi itibarıyla 6111 Sayılı Kanunun Geçici maddesi iptal edildiğinden ve o tarih itibarıyla yürürlükte olan 5999 Sayılı Kanun'un Geçici maddesine göre alacağın doğumuna sebep olan idare eyleminin 1983 yılından öncesine ait olduğuna dair iddia ve bilgi bulunmadığından, kamulaştırmaz elatmaya dair eylemin 1983 yılından sonra olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda, haciz tarihindeki uygulamaya göre, borçlu İdare'nin haczi kabil mal varlığı üzerine haciz konulması mümkün olup, Mahkemenin yazılı gerekçesi isabetli değildir. Bu sebeple haciz yazısında belirtilen hesap numarasına uygun hesabın ekstrelerinin getirtilerek, hesaptaki paraların mahiyeti ve kaynağı belirlenerek, diğer şikayet nedeni kapsamında değerlendirilme yapılarak sonuca gidilmesi yerine, yazılı gerekçeyle hüküm tesisi bozmayı gerektirir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı Mahkeme kararının müddeti içinde temyizden tetkiki

temyiz edene tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden Daire'ye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Karar: 1- İşin niteliği bakımından temyiz tetkikatının duruşmalı olarak yapılmasına H.M.K.nun 438. ve İ.İ.K.nun 366. maddeleri hükümleri müsait bulunmadığından bu yoldaki isteğin reddi oybirliğiyle kararlaştırıldıktan sonra işin esası incelendi:

2- Şikayet eden borçlu Ankara İl Özel İdare'si vekili İcra Mahkemesi'ne başvurusunda, kamulaştırmaz elatmadan kaynaklanan ilama dayalı başlatılan takipte 11.3.2013 tarihli yazıyla borçlunun Z. Bankası Ulus Şubesi nezdindeki hesaplarına haciz konulmasına karar verildiğini ve bu kapsamda ilgili Banka'ya haciz yazısı yazıldığını, 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'na 5999 Sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Geçici 6. ve 6111 Sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesine göre, kamulaştırmaz elatma sebebiyle hüküm altına alınan tazminatın tahsili için idarelerin mal, hak ve alacaklarının haczedilemeyeceğini, öte yandan anılan banka hesabına kamu hizmetlerine tahsisli (projeli işlerde kullanılmak üzere) ödenekler ve personele ait maaşlarla diğer kurum ve kuruluş-

ların yatırım vs. hizmetlerinde kullanılmak üzere bütçelerinden gönderilen ödeneklerin yatırıldığını, bu sebeplerle yapılan haciz işleminin İ.İ.K.nun 82/1. maddesine de aykırı olduğunu açıklayarak, haciz kararının kaldırılmasını istemiştir.

Mahkemece, 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. maddesinin son fıkrasında yer alan haczedilmezliğe dair düzenlemenin yürürlük tarihinden sonra hüküm altına alınan kamulaştırmatsız elatma sebebiyle tazminat alacaklarının tahsili için anılan maddenin son fıkrası gereği haciz yapılamayacağını, yine 6111 Sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi Anayasa Mahkemesi'nin 22.2.2013 tarihli 28567 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1.11.2012 tarihli ve 2010/83 Esas 2012/169 Karar sayılı kararıyla iptal edildiği ve aynı kararda, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren 6 ay sonra yürürlüğe gireceğinin hüküm altına alındığından anılan Kanun maddesinin 22.8.2013 tarihine kadar yürürlükte olduğu ve 1.11.1983 tarihinden sonraki döneme ait kamulaştırmatsız elatma sebebiyle açılan davalar neticesinde verilen tazminat kararlarına dayanılarak yapılan icra takiplerinde, borçlu idarenin mal, hak ve alacaklarının 22.8.2013 tarihine kadar haczedilemeyeceği gerekçesiyle şikayetin kabulüyle borçlu İl Özel İdaresi'nin tc. Ziraat

Bankası Dışkapı Şube Müdürlüğü'ndeki hesabına konulan haczin kaldırılmasına karar verilmiş, hüküm, alacaklı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Yukarıda açıklanan sorun konusunda sağlıklı bir sonuca ulaşmak için öncelikle konuya dair yasal düzenlemelerin irdelenmesi gerekir.

30.6.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5999 Sayılı Kanunun 1. maddesiyle 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Geçici 6. maddesinin 1. fıkrasında; kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9.10.1956 tarihi ile 4.11.1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına dair bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle açtıkları davalar sonunda tazminat almaya hak kazanmış olanlar hakkında bu madde hükümlerinin uygulanacağı, son fıkrasında ise bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacaklarının haczedilemeyeceği düzenlenmiş olup, 6111 Sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesiyle 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. maddesi hükmünün 4.11.1983 tarihinden

sonraki kamulaştırmasız el koyma işlemlerine de uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak; 6111 Sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi 1.11.2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı 22.2.2013 tarihli 28567 numaralı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Son olarak; 11.6.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren bazı kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkındaki 6487 Sayılı Kanun'un 21 maddesiyle 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. maddesi başlığıyla birlikte değiştirilmiştir. Anılan 6. maddenin yeni halinin 11 fıkrasında bu madde uyarınca ödenecek olan bedelin tahsili sebebiyle idarelerin mal hak ve alacaklarının haczedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Her ne kadar; 6111 Sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi 1.11.2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilerek, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra, yani 22.8.2012 tarihinde yürürlüğe girmesine karar verilmiş ise de; Anayasa'nın 11. maddesinde. Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi düzenlenmiş, 138. maddesi ise hakimlere herşeyden önce Anayasa'ya uygun olarak hüküm verme yetkisi tanımıştır.

Anayasa'nın 11. ve 138. maddeleri, hakime Anayasa'ya aykırılığı saptanmış, yasa hükmünü iptal kararı yürürlüğe girmemiş olsa bile uygulamama yetkisini hatta yükümlülüğünü vermektedir. Zira iptal edilen hükmün uygulanması, hak arama hürriyetinin içini boşaltma anlamına gelecek ve Hukuk Devleti ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'ın iptal kararının yürürlüğe girmemiş olması halinde dahi Anayasa'ya aykırılığı saptanmış yasa hükümlerinin uygulanamayacağına işaret eden kararları vardır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını duyurması, iptal edilen Kanunun uygulanmasını durdurucu bir tedbir niteliğine bürünmektedir.

Karar gerekçelerinin yazımı ve yayımlanmasının uzun süre alması karşısında hiç olmazsa iptal kararının duyurulması, Anayasa'ya aykırı yasa hükmünün uygulanmasını engelleyecektir. (T. Yıldırım Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İd. Huk. Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi-Amme İdaresi Dergisi, cilt:26) İptal hükmünün Resmi Gazete'de yayımlanmasından 6 ay sonra yürürlüğe girecek olması Kanun Koyucuya Anayasa'ya uygun yeni Yasa maddesi hazırlanması için verilmiş süre olup, bu süre iptal hükmünün uygulanmasını engellemeyeceğinden idarenin mal, hak ve alacakları haczedilebilir. Öte yandan 6111 Sayılı Kanunun Ge-

çici 2. maddesinin iptaline dair Anayasa Mahkemesi'nin 1.11.2012 tarihli kararı sadece iptal tarihinden sonra konulan hacizler için değil, Anayasa'nın 153. maddesindeki geriye yürümeme ilkesinin kesinleşmiş yargı kararları için geçerli olması sebebiyle iptal tarihinden önce konulan hacizlerde de uygulanır.

Ayrıca, 6487 Sayılı Kanunun 21. maddesiyle Değişik 2942 Sayılı Kanunun Geçici 6. maddesinin son fıkrasında bu fıkra hükmünün bu fıkra kapsamında kalan taşınmazlar hakkında açılan ve kesinleşmeyen davalarda da uygulanacağı düzenlemesinin İdare tarafından kamulaştırılmaksın el konulan taşınmazlara dair tazminat davalarıyla kamulaştırma bedeli tespitine dair davalar için geçerli olduğunun kabulü gerekir. Dava niteliği taşımayan İcra İflas Kanunu hükümlerine göre yapılan şikayet başvuruları bu kapsamda kalmamaktadır. Bu nedenledir ki haczedilmezlik şikayetleri para alacaklarına dair olup doğrudan taşınmaza dair dava olarak nitelendirilemez, anılan son fıkra kapsamında düşünülemez.

Tüm bu yasal düzenlemeler ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı değerlendirildiğinde; kamulaştırmaz elatmadan kaynaklanan tazminatlara dair ilamların, icra takibine konu edilmesi halinde, elatma tarihi 9.10.1956 tarihi ile 4.11.1983 tarihi arasında

ise; takibe konu ilamın 5999 Sayılı Kanunun 1. maddesiyle 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen Geçici 6. maddesinin yürürlüğe girdiği 30.6.2010 tarihinden önce olması durumunda İdarenin mal hak ve alacaklarının haczedilebileceği, ilam tarihi 30.6.2010 tarihinden sonra ise İdarenin mal, hak ve alacaklarının haczedilemeyeceğinin kabulü gerekir.

4.11.1983'den sonraki el koymalarda ise; 6111 Sayılı Kanunun Geçici 2. maddesi haciz yasağı getirmekle birlikte anılan Yasa maddesi Anayasa'ya aykırı görülerek 1.11.2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olmakla uygulanırlığı kalmamıştır. Bu durumda iptal hükmü iptal tarihi olan 1.11.2012 tarihinden önceki hacizler için geçerli olduğu gibi 1.11.2012 tarihinden sonra, ilam tarihi, yeniden haciz yasağının getirildiği 11.6.2013 tarihinden önce olmak koşulu ile bu ilamlara dair konulan hacizler için de geçerlidir. 11.6.2013 tarihinden sonra verilen ilamlara dair yapılan takiplerde ise haciz yasağı mevcut olup haczedilmezlik şikayetlerinin kabulü gerekir.

Somut olayda, ilam tarihi 31.5.2012 olup, borçlunun hesabına 11.3.2013 tarihinde haciz konulmuştur. Haciz tarihi itibarıyla 6111 Sayılı Kanunun Geçici 2. maddesi iptal edildiğinden ve o tarih itibarıyla yürürlükte olan 5999 Sayılı Kanun'un Geçici 6. maddesine

göre alacağın doğumuna sebep olan idare eyleminin 1983 yılından öncesine ait olduğuna dair iddia ve bilgi bulunmadığından, kamulaştırmaz elatmaya dair eylemin 1983 yılından sonra olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda, haciz tarihindeki uygulamaya göre, borçlu İdare'nin haczi kabil mal varlığı üzerine haciz konulması mümkün olup, Mahkemenin yazılı gerekçesi isabetli olmamıştır.

Bu kapsamda; haciz yazısında belirtilen hesap numarasına uygun hesabın ekstrelerinin getirtilerek, hesaptaki paraların mahiyeti ve kaynağı belirlenerek, diğer şikayet nedeni kapsamında değerlendirilme yapılarak sonuca gidilmesi yerine, yazılı gerekçeyle hüküm tesisi isabetsiz olmuştur.

Sonuç: Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle Mahkeme hükmünün yukarıda yazılı sebeplerle İ.İ.K.nun 366 ve 6100 Sayılı H.M.K.nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 Sayılı H.U.M.K.nun 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, bozma nedeniyle göre alacaklı vekilinin sair temyiz itirazının incelenmesine yer olmadığına, taraflarca H.U.M.K.nun 388/4. (H.M.K.m.297/ç) ve İ.İ.K.nun 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, 30.09.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

2. HD

15.3.2013 T.

2012/5972 E.

2013/7023 K.

KARARIN ÖZETİ:

6284 Sayılı Kanun uyarınca talep edilen tedbir kararı için, "yaklaşık ispat" kuralı gereğince bir delil gösterilmesi gerekmezse de, başvuru sırasında dilekçeye delil eklenmesi mümkündür. Bu nedenle, tedbir kararının kendisinin boşanma davası yönünden bir delil değeri yoksa da, başvuruya eklenebilecek belgelerin delil olabilmesi mümkündür. Mahkemece, idrak çağında olduğu belirlenen ortak çocuğun mahkeme huzurunda bizzat dinlenerek, velayeti konusunda görüşünü açıklamasına imkan tanınması, çocuğun görüşünü serbest iradesiyle mi, yoksa baskı altında mı açıkladığının gözlenmesi ve Cumhuriyet Başsavcılığının soruşturma sayılı evrakının tomarıyla birlikte, yine Aile Mahkemesi'nin tedbir dosyasının getirtilmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek velayet konusunda bir karar verilmesi gerekir. Açıklanan yönde işlem yapılmak üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

DAVA : Taraflar arasındaki "boşanma" ve "karşı boşanma" davasının yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hü-

küm, davalı-davacı (kadın) tarafından; kusur belirlemesi, tazminatların reddi, nafaka miktarları, velayet ve ziynet eşyası alacağı yönünden temyiz edilerek; temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması istenilmekle; duruşma için belirlenen 15.3.2013 günü temyiz eden davalı-davacı F. A. ile vekilleri ile karşı taraf davacı-davalı M. A. ve vekili geldiler. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

KARAR : 1-)Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle yasaya uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davalı-karşı davacı kadının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-)Davalı-karşı davacı kadının ziynet eşyası alacağı talebi nispi harca tabidir. Başvuru harcı alınmıştır. Mahkemece nispi harç ikmalı yaptırılmadan (Harçlar K.m.30-32) usulüne uygun dava bulunmadığı gerekçeyle ziynet eşyası alacağı talebi yönünden karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

3-)Mahkemece uzman incelemesi de yaptırılmak suretiyle, ortak çocuğun velayeti davacı babaya bırakılmıştır. Velayet konusunda ana babanın yararıyla çocuğun yararı

çatıştığı takdirde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gerekir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri; iç hukuk yönünden idrak çağında olduğu kabul edilen çocuklara, kendilerini ilgilendiren konularda görüşlerini açıklamaya imkan tanınmasını ve görüşlerine gereken önemin verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Velayet, çocukların kendilerini ilgilendiren konuların en başında gelir. Ortak çocuk S. B. 2000 doğumlu olup, yaşı itibariyle idrak çağındadır. Diğer yandan, çocuğa babanın şiddet uyguladığı iddiasıyla, Tekirdağ Cumhuriyet Başsavcılığının 2009/1005 soruşturma sayılı dosyasıyla soruşturma yapıldığı, yine Sincan 3. Aile Mahkemesi'nin 2013/83 değişik iş esas ve 2013/85 karar sayılı dosyasıyla, 6284 Sayılı Kanun uyarınca çocuk yönünden babaya karşı tedbir uygulandığı da anlaşılmaktadır. Boşanma davası içinde gündeme gelmiş olsa bile kamu düzenini ilgilendirdiğinden velayete dair taleplerin incelenmesinde resen araştırma ilkesi geçerlidir. 6284 Sayılı Kanun uyarınca talep edilen tedbir kararı için, "yaklaşık ispat" kuralı gereğince bir delil gösterilmesi gerekmezse de, başvuru sırasında dilekçeye delil eklenmesi mümkündür. Bu nedenle, tedbir kararının kendisinin boşanma davası yönünden bir

delil değeri yoksa da, başvuruya eklenebilecek belgelerin delil olabilmesi mümkündür. Açıklanan hususlar göz önüne alındığında; mahkemece, idrak çağında olduğu belirlenen ortak çocuğun mahkeme huzurunda bizzat dinlenerek, velayeti konusunda görüşünü açıklamasına imkan tanınması, çocuğun görüşünü serbest iradesiyle mi, yoksa baskı altında mı açıkladığının gözlenmesi ve yukarıda belirtilen Tekirdağ Cumhuriyet Başsavcılığının 2009/1005 soruşturma sayılı evrakının tomariyle birlikte, yine Sincan 3. Aile Mahkemesi'nin 2013 değişik iş ve 2013/85 karar sayılı tedbir dosyasının getirilmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek velayet konusunda bir karar verilmesi gerekir. Açıklanan yönde işlem yapılmak üzere hükmün bu bölümünün de bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. ve 3. bentlerde gösterilen sebeplerle ziynet eşyası alacağı ve velayet yönünden **BOZULMASINA**, hükmün bozma kapsamı dışında kalan temyize konu diğer bölümlerinin ise yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple **ONANMASINA**, duruşma için takdir olunan 990.00 TL. vekalet ücretinin Mustafa'dan alınıp Funda'ya verilmesine, istenmesi halinde temyiz peşin harcının yatırıma iadesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybir-

liğiyle, 15.03.2013 tarihinde karar verildi.

21. HD

5.5.2014 T.

2014/3426 E.

2014/9820 K.

KARARIN ÖZETİ:

Dava, iş kazasında yaralanan sigortalı ile onun anne, baba ve kardeşlerinin maddi ve manevi zararlarının giderilmesi ile istemlerine ilişkindir. Hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler, o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle, manevi tazminatın bölünmesi, bir kısmının dava konusu yapılması kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Niteliği itibariyle manevi tazminat bölünemez. Bir defada istenilmesi gerekir. Hal böyle olunca davacı sigortalının manevi zararlarına karşılık olarak bir miktar aldığı davaya konu ibranameden anlaşılması karşısında manevi tazminatın bölünmezliği ilkesinin göz ardı edilerek davacı sigortalının manevi tazminat isteminin kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

DAVA : Davacılar, iş kazası sonucu malüliyetten doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, isteğin kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi:

KARAR : 1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere, temyiz edenin sıfatı ve temyiz nedenlerine göre davalı şirket vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Dava, 08.02.2008 tarihindeki iş kazasında yaralanan sigortalı ile onun anne, baba ve kardeşlerinin maddi ve manevi zararlarının giderilmesi ile istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, davacı sigortalı için 155.406,08 TL maddi-18.000,00 TL manevi, davacı anne ve baba için 5.000,00'er TL manevi tazminatın davalı şirketten tahsiline karar verilirken, diğer taliplerin reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamındaki kayıt ve belgelerden, 08.02.2008 tarihindeki zararlandırıcı sigorta olayının iş kazası olup sigortalının bu kaza nedeniyle %70 oranında iş göremezliğe maruz kaldığı, kazanın oluşumunda %85 oranında davalı işverenin, %15 oranında ise kazalının kusurlu bulunduğu, kaza sonrasında davacı sigortalı ile davalı şirket arasında düzenlenen 28.04.2008 tarihli ibraname ile sigortalı S. Y.'in 08.02.2008 tarihindeki iş

kazası nedeniyle maddi zararlarına karşılık olarak 10.000,00TL, manevi zararlarına karşılık olarak ise 7.000,00TL olarak davalı şirketi ibra ettiği, hükme esas alının 13.01.2013 tarihli hesap raporunda ibranameye konu 10.000,00TL ile davacı sigortalının ibraname zamanında ki verilere göre hesaplanan zararı arasında açık oransızlık olduğunu açıkladığı anlaşılmıştır.

Birçok Yargıtay kararında vurgulandığı üzere, alacaklının alacak hakkından vazgeçmesini ve bu surette borçlunun borçtan kurtulmasını kapsayan akde "ibra" denir. İbra alacağın tasfiyesini içeren tasarrufi bir sözleşmedir. Konu ile ilgili doğrudan amir bir hüküm bulunmaması nedeniyle sorunun çözümlenmesinin ibranın doğruluk ve güven kuralına aykırı olmaması gereğine sıkı sıkıya sarılarak halledilmesinde yarar vardır. Maddi zararı ve kusur oranı hakkında kesin fikir sahibi olması mümkün olmayan sigortalının veya onun hak sahiplerinin olaydan sonra verdikleri ibranamenin tümünden geçerli sayması İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Mevzuatının temel ilkelerine uygun düşmeyecektir.

Kural olarak işçiye veya hak sahiplerine yapılmış ödemenin bu miktar ile sınırlı olmak üzere bağlayıcılığı asıldır. Gerçek anlamda ödemedi söz edebilmek için tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ

arasında açık oransızlığın bulunmaması koşuldur. Başka bir anlatımla ödemenin yapıldığı tarihteki verilerle hesaplanan tazminat ile ödenen miktar arasında açık oransızlık bulunmaması koşuldur. Ödemenin yapıldığı tarihteki verilerle hesaplanan tazminat ile ödenen miktar arasında açık oransızlığın bulunduğu durumlarda yapılan ödeme makbuz niteliğinde kabul edilebilir. Bu durumda ödemenin yapıldığı tarih göz önünde tutularak davacının karşılanmayan zararının uzman bilirkişiler aracılığı ile saptanması böylece hesaplanacak miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunup bulunmadığını denetlemek, açık oransızlığın bulunması durumunda maddi tazminata ilişkin ödemeyi “kısmi ifayı içeren makbuz” niteliğinde kabul etmek gerekir. Açık oransızlığın bulunmadığının tespiti halinde maddi tazminat talebinin tümünden reddine karar vermek gerekir.

Bu açıklamadan olarak somut olayda, davacı sigortalı S. Y.'in maddi tazminat istemi bakımından ibranameye konu 10.000,00 TL'lik ödeme ile bu ödeme tarihindeki verilere göre yapılan hesaplamada davacının zararının 77.472,55TL olarak hesaplanması karşısında arada açık oransızlığın bulunduğu ve bu kapsamda da 10.000,00TL'lik bu miktarın ödeme makbuzu niteliğinde kabul edilmesi gerektiği açıktır. O halde yukarıda açıklanan

bu yöntemin benimsendiği 13.01.2013 tarihli hesap raporunun hükme esas alınması ve giderek maddi tazminat davasının yazılı şekilde kabulünde bir hata bulunmamaktadır. Fakat Mahkemenin sigortalı S. Y.'in manevi tazminat isteminin kabulü bakımından aynı şeyin söylenme imkanı yoktur. Zira hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler, o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle, manevi tazminatın bölünmesi, bir kısmının dava konusu yapılması kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Niteliği itibariyle manevi tazminat bölünemez. Bir defada istenilmesi gerekir. Yargıtay H.G.K.'nın 25.9.1996 gün ve 1996/21-397-637 Karar'ı ile 13.10.1999 gün ve 1999/21-684-818 sayılı Kararı da bu doğrultudadır.

Hal böyle olunca davacı sigortalının manevi zararlarına karşılık olarak 7.000,00 TL aldığına davaya konu ibranameden anlaşılması karşısında manevi tazminatın bölünmezliği ilkesinin göz ardı edilerek davacı sigortalı S. Y.'in manevi tazminat isteminin kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

O halde, davalı şirket vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ : Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcı-

nın istek halinde temyiz edene iadesine, 05.05.2014 gününde oy birliğiyle karar verildi.

22. HD

22.4.2014 T.

2014/8866 E.

2014/9278 K.

KARARIN ÖZETİ:

Dava, işçilik alacakları istemine ilişkindir. Hafta tatili gününde çalıştığını iddia eden işçi norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Hafta tatili çalışmalarının yazılı delil ya da şahitle ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan şahitlerin anlatımlarına değer verilemez. Temyize konu davada ve emsal dosyalarda dinlenen şahit ifadelerinden davacının hafta tatillerinde çalışmadığı anlaşılmaktadır. Bu konuda yazılı bir delil de dosyada bulunmamaktadır. Bu durumda, davacının hafta tatili ücreti alacağı talebinin reddi gerekirken, kabulüne karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı, yıllık izin, fazla çalışma ile hafta tatili ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiş-

tir.

Mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalılar avukatları tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Z. Ayan tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, iş sözleşmesini emeklilik sebebiyle feshettiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacakları istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davalılar temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalıların aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine, 2-Davacı işçinin hafta tatili ücretine hak kazanıp kazanmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 46. maddesinde işçinin, tatil gününden önce aynı kanunun 63. maddesine göre belirlenmiş olan iş günlerinde çalışmış olması şartıyla yedi günlük zaman dilimi içinde 24 saat dinlenme hakkının bulunduğu açıklanmıştır. İşçinin hafta tatili gününde çalışma karşılığı olmaksızın bir günlük ücrete hak kazanacağı da 46. maddenin 2. fıkrasında ifade edilmiştir.

Hafta tatili gününde çalıştığını iddia eden işçi norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp ispatlanmadıkça, imzalı bordroda yer alan hafta tatili ücreti ödemesinin yapıldığı varsayılır. Bordroda ilgili bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşıması halinde işçi, hafta tatilinde çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Hafta tatillerinde çalışıldığının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, yazılı delil niteliğindedir. Ancak, sözü edilen çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne

alınabilir.

İmzalı ücret bordrolarında hafta tatili ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından daha fazla çalışıldığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin hafta tatili alacağına bordroda görünenden daha fazla olduğu yönünde bir ihtirazi kaydının bulunması halinde, hafta tatili çalışmalarının ispatı her türlü delille yapılabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olanın dışında hafta tatillerinde çalışmaların yazılı delille kanıtlanması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, hafta tatili ücretlerinin tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde hafta tatili çalışması yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Hafta tatili çalışmalarının yazılı delil ya da şahitle ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan şahitlerin anlatımlarına değer verilemez.

Temyize konu davada ve emsal dosyalarda dinlenen şahit ifadelerinden davacının hafta tatillerinde çalışmadığı anlaşılmaktadır. Bu konuda yazılı bir delil de dosyada bulunmamaktadır. Bu durumda, davacının hafta

tatili ücreti alacağı talebinin reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ : Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.04.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

