

# **ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ**

**Sayı: 12-13  
Şubat - Haziran 2007  
ISSN: 1305-7731**

# **ESKİŞEHİR BAROSU DERĐİSİ**

## **Sahibi**

Eskişehir Barosu adına Baro Başkanı  
Av. Yusuf YILDIRIM

## **Sorumlu M¼d¼r**

Av. G¼khan T¼RK

## **Yayın Kurulu**

Ar. Gör. Mesut AYG¼N  
Av. Emine Cevahir ALIKUŐU YAZICI  
Av. Pınar ELİK  
Av. Ali UVALCI  
Av. Nihat G¼NAYDIN  
Ar. Gör. Uęur KARA  
Ar. Gör. Ozan Ercan TAŐKIN  
Av. G¼khan T¼RK  
Av. Heval YILDIZ KARASU

## **Dizgi ve Tasarım**

Ahmet G¼ÇL¼

## **İletişim Adresi**

Eskişehir Barosu Adliye İçi No: 79 ESKİŞEHİR  
Tel: 0222 2311807 Faks: 0222 2317181  
[www.eskisehirbarosu.org.tr](http://www.eskisehirbarosu.org.tr)  
e-mail: [eskisehirbarosu@hotmail.com](mailto:eskisehirbarosu@hotmail.com)

## **Basım Yeri**

Metin Ofset, Yelkovan İŐ Merkezi Bodrum Kat No: 19-20 ESKİŞEHİR

## İÇİNDEKİLER

AVUKATLIK SINAVI DOSYASI.....	1
<b>Av.İlhami AKAN</b> KIDEM TAZMİNATI BAKIMINDAN HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ - 1.....	23
<b>Okt. Hediye Bahar SAYIN</b> HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNİN TÜRK TİCARET KANUNU VE BORÇLAR KANUNU DÜZENLEMESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	57
<b>Av.Selin ÇELİK</b> İŞ SAHİBİNİN ESERİN AYIPLI OLMASINDAN DOĞAN HAKLARINDAN ONARIM HAKKI ve AYIP SONUCU ORTAYA ÇIKAN ZARARIN TAZMİNİ.....	73
<b>Av.Talih UYAR</b> TAŞINIR REHNİ KAVRAMI VE TAŞINIR REHNİNİN İLAMSIZ TAKİP YOLUYLA PARAYA ÇEVİRİLMESİNDE TAKİP TALEBİ.....	87
<b>Av. Pınar ÇELİK</b> 5326 SAYILI KABAHAHATLER KANUNU'NUN 32. MADDESİNE İLİŞKİN KISA BİR İNCELEME.....	105
<b>Av. Ali ÇUVALCI</b> HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ.....	109
<b>Ahu ŞAHAN/Ayhan M. HAKKA/Büşra Canan YASSIKAYA/Esra ÖZTÜRK/Fatih Ceyhun UMUTLU/Figen KARA/Ar.Gör.Kasım AKBAŞ</b> ESKİŞEHİR'DEKİ BOŞANMA DAVALARINA OLGUSAL YAKLAŞIM.....	141
<b>Ar. Gör. Bülent YÜCEL</b> ANAYASAL YETKİLERİ BAĞLAMINDA CUMHURBAŞKANININ SİYASAL YAPI İÇİNDEKİ KONUMU: 1982 ANAYASASI UYGULAMASI..	155

ANKARA İDARE MAHKEMESİ KARARI.....	165
ESKİŞEHİR 2.AİLE MAHKEMESİ VE YARGITAY KARARLARI.....	167
<b>Alper Can AYKAÇ</b> AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ PAULÍK / SLOVAKYA DAVASI.....	177
<b>Ar. Gör. Elif UZUN</b> ESKİ YUGOSLAVYA İÇİN MİLLETLERARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN ERDEMOVÍC DAVASI KARARININ ÇEVİRİSİ.....	195

## **Eskişehir Barosu Dergisi Yayın İlkeleri**

1. Eskişehir Barosu Dergisi dört ayda bir yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
4. Dergiye gönderilecek yazıların “Times New Roman” karakterinde; ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto, dipnotların 10 punto olarak hazırlanması gerekmektedir.
5. Dergide yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Eskişehir Barosu, bu görüşlerden dolayı sorumluluk kabul etmez.
6. Dergide yayımlanması için verilen yazıların yayımı, Yayın Kurulu’nun yönetmelik gereği vereceği olumlu kararına bağlıdır.
7. Yayın Kurulu, Dergiye gönderilen yazıları sırasıyla, *Genel (Avukatlık Hukuku, Hukuk Eğitimi, Hukuk Etiği vb.)*, *Özel Hukuk, Kamu Hukuku, Karar Çevirisi ve İncelemesi, Kitap Tanıtımı* ve *Diğer* kategorilerinde sınıflandırır. Yazılar her kategori içerisinde yazar soyadlarının alfabetik sırasına göre yayımlanır.
8. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.
9. Gönderilen yazılar yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez.
10. Dergide yayımlanan yazıların ayrı bası yapılması isteği, Yayın Kurulu’nun yazılı onayına bağlıdır.
11. Dergide yayımlanan yazılar için yazarına telif ücreti ödenmez.



# **AVUKATLIK SINAVI DOSYASI**

**1- ALMANYA, FRANSA, İTALYA UYGULAMALARI**

**2- GÖRÜŞLER**

## AVUKATLIK SINAVI DOSYASI

### 1- ALMANYA, FRANSA, İTALYA UYGULAMALARI

#### Almanya'da Avukatlık Mesleğine Kabul<sup>1</sup>

Almanya'da serbest avukatlık yapmanın koşulu “hakimlik görevine yeterlilik” olarak belirlenmiştir. Söz konusu düzenleme her ne kadar hakimlik mesleğine ilişkin gibi görünse de, şu hukuk mesleklerinin hepsinin ifası için ön koşul olarak aranmaktadır: Hakimlik, savcılık, avukatlık ve noterlik.

Belirtilen yeterliliğin sağlanabilmesi için Almanya'da, üniversitedeki hukuk eğitimi ve devlet sınavlarını başarıyla tamamlamış bir hukukçu (Volljurist) olmak zorunludur<sup>1</sup>. Bu bakımdan mesleğe kabul için iki aşamadan söz edilebilir: İlk aşama, bir üniversitede en az iki, genel olarak dört yıllık bir süreçte tamamlanabilen hukuk eğitimi ve ardından girilecek Birinci Devlet Sınavı'nın başarıyla gerçekleşmesidir. İkinci aşama ise, iki yıllık bir staj süresi ve stajın sonunda girilecek İkinci Devlet Sınavından oluşmaktadır. Avukat adayları ancak bu iki aşamanın başarı ile tamamlanmasından sonra mesleklerini serbestçe yerine getirebilirler<sup>2</sup>.

Hukuk eğitiminde, yukarıda da belirtildiği üzere iki devlet sınavı öngörülmüştür. Birinci Devlet Sınavı<sup>3</sup> üniversitedeki eğitimi sona erdirmektedir. Sınavın içeriğini esas olarak, akademik tartışmaların da dikkate alındığı maddi hukuk oluşturmaktadır. Birinci Devlet Sınavının başarılanmasından sonra iki yıllık bir staj dönemi başlar. Bu staj, bir hukuk mahkemesinde, savcılıkta ya da ceza mahkemesinde, idari bir makamda ve bir avukatın yanında yapılır. İki yıllık staj süreci İkinci Devlet Sınavı ile sona erdirilir. Bu sınav yazılı sınavlar şeklinde gerçekleştirilmektedir. Stajyerler yedi ila on bir yazılı sınava girmek durumundadırlar. Yaklaşık dört ay sonra da sözlü bir sınava girilerek staj dönemi tamamlanır. İkinci Devlet Sınavında, ilk sınavda yer alan maddi hukuk konularının yanı sıra usul hukukuna ilişkin konular ve güncel yargısal içtihatlar da sorulur.

Almanya'da avukatlık mesleğini yapabilmek için, temel noktaları verilen bu sürecin tamamlanması gerekmektedir.

<sup>1</sup> Bkz. Federal Avukatlık Düzenlemesi § 4 (Bundesrechtsanwaltsordnung- BRAO).

<sup>2</sup> Bkz. Alman Hakimlik Yasası § 5 (Deutsches Richtergesetz- DRiG)

<sup>3</sup> Bu sınav hukuk stajyerliği sınavı olarak da adlandırılmaktadır.



## Fransa'da Avukatlık Mesleğine Kabul<sup>ii</sup>

Fransa'da, hukuk fakülteleri mezunları, avukatlık yapabilmek için<sup>1</sup> öncelikle “Bölgesel Mesleki Eğitim Merkezlerine Giriş Sınavı”na<sup>2</sup> girmek zorundadırlar. Bu sınav yazılı ve sözlü olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. Sınavı geçen mezunlar, çoğunlukla üniversitelerin hukuksal araştırma enstitülerine karşılık gelen bölgesel mesleki eğitim merkezlerinden birine kayıt yaptırılmalıdırlar.

Bölgesel mesleki eğitim merkezlerine kayıt yaptıran öğrenciler için, üç dönemden oluşan ve toplam on sekiz ay süren bir eğitim süreci başlamaktadır. On sekiz aylık sürenin ilk altı aylık döneminde, özellikle, meslek ahlâkı, sözleşmelerin yazımı, sözlü ve yazılı savunma ve usul hukuku konuları üzerinde durulmaktadır. İkinci altı aylık dönemde, öğrenciler, esasları Barolar Birliği tarafından belirlenen, bireysel eğitim projesini hazırlamak zorundadır. Son altı aylık dönemde ise, bir avukatın yanında staj yapılmalıdır.

Söz konusu eğitim sürecini tamamlayan öğrenciler, bu defa, “Avukatlık Mesleği Yeterlilik Sertifikası Sınavı”na<sup>3</sup> girmelidirler. Bu sınav yazılı ve sözlü olmak üzere toplam 6 aşamadan oluşmaktadır. İlk aşamada, öğrenciler, sözleşmelerin yazımı konusunda yazılı sınava alınırlar. İkinci aşamada, medeni hukuk, ticaret hukuku, ceza hukuku, idare ve topluluk hukuklarının birinden, öğrencinin seçtiği bir konuyla ilgili dosya hazırlama sınavı yapılmaktadır. Daha sonra, sırasıyla, meslek ahlâkı, mesleğin uygulanması ve yine öğrenciler tarafından seçilen bir yabancı dille ilgili sınavlar yapılmaktadır. Beşinci ve altıncı aşamalar ise, hazırlanmış olan projelerle ilgili olarak yapılan sınavlardan oluşmaktadır.

Avukatlık Mesleği Yeterlilik Sertifikası Sınavı, iki profesör veya doçent ve jüri başkanı tarafından görevlendirilen öğretim görevlisi; adli hukuk hakimi, idare mahkemesi üyesi ve idari istinaf mahkemesi üyesi; baro başkanları tarafından tespit edilen üç avukattan oluşan bir jüri tarafından değerlendirilmektedir.

Yapılan sınav sonucunda, başarısız bulunan öğrenci, on sekiz ay süren mesleki eğitim dönemini tekrar etmek zorundadır. Ancak, mesleki eğitim dönemini tekrar etmesine rağmen, Avukatlık Mesleği Yeterlilik Sertifikası Sınavı'nda ikinci kez başarısız bulunan

<sup>1</sup> Avukatlık mesleğinin yapılabilmesi için tamamlanması gereken aşamaların ayrıntıları konusunda Bkz., <http://www.cnb.avocat.fr/ViePofessionAvocat/VPAdeveniravocat.php> ve <http://www.justice.gouv.fr>.

<sup>2</sup> Sınav için Bkz.; Avukatlık Mesleğinin Düzenlenmesi Hakkında Kararname (Article 51 à 55 du Décret du 27 Novembre 1991 ve Avukatlık Mesleği Yeterlilik Sertifikası Sınavı'nın Esas ve Usulü Hakkında Karar (Arrêté du 11 Septembre 2003).

<sup>3</sup> Sınav için Bkz.; Avukatlık Mesleğinin Düzenlenmesi Hakkında Kararname (Article 68 à 71 du Décret du 27 Novembre 1991) ve Bölgesel Mesleki Eğitim Merkezlerine Giriş Sınavı'nın Esas ve Usulü Hakkında Karar (Arrêté du 7 Décembre 2005).

öğrencinin, olağanüstü durumlar hariç olmak üzere, üçüncü kez eğitim tekrarı ve sınava giriş hakkı bulunmamaktadır.

Sınavı başarıyla geçen öğrencininse, baroya kaydı “stajyer avukat” olarak yapılmaktadır. İki yıl sürecek avukatlık stajı sırasında, meslek içi eğitim seminerlerine devam edilmektedir. Bununla birlikte, kendi adına büro açmak dışında, diğer avukatların yaptığı her türlü işlemler, stajyer avukatlar tarafından da gerçekleştirilebilmektedir. Eğitim seminerlerine devam ederek, staj sürelerini tamamlayanların “avukat” olarak baroya kayıtları yapılmaktadır.

### **İtalya'da Avukatlık Mesleğine Kabul<sup>III</sup>**

Avukat olabilmek için, hukuk fakültesi mezunu olmak ve belli bir staj süresini avukatın gözetiminde tamamlamak gerekir. Avukatlık stajının, (pratica forense) süresi iki yıldır. İki yılın her altı aylık diliminde stajyer avukatın, en az yirmi duruşmada, yanında staj yaptığı avukata eşlik etmesi gerekir. İki yıllık staj süresini altı aydan uzun olmamak kaydıyla dondurmak olanaklıdır. İkametgahı veya staj yapılan avukatlık bürosunu değiştirmek stajın geçerliliğine etkili olmaz. İki yılın sonunda, stajyer avukat, devletin düzenlemiş olduğu avukatlık sınavına, “devlet sınavı”na (Esame di Stato) girer. Bu sınavı başarıyla avukat olmaya hak kazanırlar.

Sınava başvurular, iki yıllık stajın yapıldığını belgeleyen sertifikalarla birlikte Kasım ayının onuna kadar kabul edilir ve avukat olabilmek için yapılan “devlet sınavı” her yıl Aralık ayında yapılır. Stajyer, stajının son altı ayını geçirdiği kentin bağlı olduğu istinaf yargı çevresinin merkezinde sınava girmek zorundadır. Sınav sözlü ve yazılı aşamalardan oluşur. Yazılı sınav üç bölümdür. İlk bölümde, aday kendisine sorulan mesele şeklinde düzenlenmiş iki medeni hukuk sorusundan birisine yanıt verir. İkinci bölümde ise yine mesele şeklinde düzenlenmiş iki ceza hukuku sorusundan birisine yanıt verir. Yazılı sınavın üçüncü ve son bölümünde ise aday, kendisinin seçeceği medeni, ceza ve idare hukuku alanlarından birisinden, “anlatılan öyküye” uygun şekilde bir dava dilekçesi hazırlar. Aday sınav sırasında beraberinde şerhli kanun bulundurabilir. Sınav süresi yedi saattir.

Aday yazılı sınavı geçerse sözlü aşamaya alınır. Sözlü sınavın ilk soruları, adayın yazılı sınavda verdiği yanıtlar merkezlidir. Daha sonra adaya, birisi yargılama hukukundan olmak üzere beş hukuk alanından sorular sorulur. Bu beş alan, anayasa hukuku, medeni hukuk, iş hukuku, ticaret hukuku, devletler özel hukuku, kilise hukuku, ceza hukuku, vergi hukuku, ceza muhakemesi hukuku, medeni muhakeme hukuku ve idare hukuk alanları arasından aday tarafından seçilir. Adaya en son olarak, avukatın hak ve yükümlülükleri hakkında sorular sorulur.

- ✦ <http://www.overlex.com/esami2004.asp>
- ✦ <http://web.tiscali.it/avvocatoonline/legale/concorsi.htm>

✦ ✦ ✦

---

<sup>1</sup> Ar. Gör. Meral GÜRBÜZ, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

<sup>11</sup> Ar. Gör. Ilker KAYA, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

<sup>111</sup> Ar. Gör. Ozan Ercan TASKIN, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

## 2- GÖRÜŞLER

### ADALET HİZMETLERİNDE İSTİHDAM

**Av.Alper Can AYKAÇ \***

Süreç içerisinde, stajyerden avukata, barolardan hükümete kadar geniş bir topluluk içinde o kadar çok hata yapıldı ki, kendi bakışımından geçmişteki hataları mı hatırlatsam, yoksa yönümü tamamen geleceğe mi odaklasam bilemiyorum. Çünkü yanlışlardan ders çıkaramadık. Bu nedenle kısaca geçmişe göz atarak bir iki eleştiri getirmekte fayda var.

TBB bu sınavın yasal altyapısını hazırlarken gerçekten öncelikli olarak “nitelik” kaygılarının rehberliğinde ilerlemiş olabilir, fakat düzenleme 2001 yılında istenildiği gibi yasalaşmadı ve getirilen sınav ile staj sistemi bir arada yorumlandığında avukat adaylarını nitelikli kılmaya yönelik bir düzenleme olmadığı çok açıktı. Amaç belliydi, hangi yolla olursa olsun sayıyı azaltmak.

2002 yılındaki erteleme gerekçesi, stajyerlerin haklı beklentiye sahip olmalarıydı. Öteden beri kazanılmış hakka saygı gösteren devletimizin haklı beklentiye de saygı gösterdiğine ilk defa bu dönemde tanık olduk. Sınav 2006 yılına kadar uygulanmayacaktı, 4 yıllık süre de iyi bir biçimde değerlendirilemedi. 23 Aralık 2006 tarihinde uygulanması beklenen sınavın ihlal ettiği çalışma hürriyetine dayalı itiraz nedenleri, geçmişte öne sürülen haklı beklentiye dayalı itiraz nedenlerinden daha sağlam bir temel üzerindeydi. Buna rağmen hiç kimse bu sınavın eksilerini görmek istemedi.

Sınavın test usulü olması, ÖSYM'nin işbirliği, sınavın staj öncesi değil de staj sonrası uygulanması gibi oldukça eleştirilen sıkıntılı noktalar her ne kadar TBB'nin ilk sınav taslağında yer almasa da; bu uygulamaların, sınavın savunulan amacı olan “meslekte kaliteyi yükseltme ereği” ile bağdaşıp bağdaşmadığı da oldukça tartışmalı bir konu..

Kısaca açıkladığım bu eleştirilere rağmen sınavın derhal uygulanmasını isteyen sayın meslektaşlarımız şunu ileri sürdüler: “*Sınavı derhal uygulamamız gerekli, uygulama içerisinde yanlışları tespit ederek, orta vadede çözebiliriz.*”. 4 yıllık süre içerisinde yanlışları çözmek için çabalayan bir topluluk, kaç neslin haklarının ihlaline göz yumduktan sonra bu yanlışların düzeltilmesi için harekete geçecekti?

\* Avukat, İstanbul Barosu

Öte yandan, sınava getirilen eleştirilerin toptan kaldırma amacını değil, iyileştirme amacını taşımasına rağmen hükümetin sınavı iptal etmesine gelirsek, stajyerlerin içindeki küçük bir azınlık dışında, kimse sınav uygulamasına karşı değilken, sınav hükümlerinin tamamen ilga edilmesini de anlamak mümkün değil. İş burada kaçınılmaz olarak politikaya giriyor. Hükümet ile TBB arasındaki çekişme CMK uygulamalarına etki ettiği gibi sınav uygulamasına da yansdı.

Bundan sonra sınavın yeniden yasalaşıp yasalaşmayacağı ve eğer yasalaşırsa nasıl bir düzenleme ile geleceği belirsiz. Kanaatimce artık bu nicelik-nitelik tartışmalarını yapalım, buna göre amaçlarımızı belirlemeye çalışalım ve bunun ardından düzenleme getirme arayışına girelim. TBB verilerine göre yılda 3500 ila 4000 kişiye ruhsat veriliyor. Bazı kaynaklara göre yılda 7000 hukuk öğrencisi mezun oluyor<sup>1</sup>. Yeni hukuk fakültelerinin de açılması an meselesi, çünkü lisans sahibi olup da onay bekleyen fakülteler sırada. Bunca kişinin serbest piyasa kurallarınca elenmesini beklersek, hem avukatlık mesleğinin yerleşmiş olan rekabet yasağı ilkelerini uygulayamayacak bir hale geliriz hem de elenen kişilere haksızlık edilmiş olur. Orta ya da uzun vadede bu kalabalığı kaldıramayacak olan avukatlık için niceliksel bir adilane iyileştirme ihtiyacı yadırganamaz. Öte yandan artan hukuk fakülteleri sonrası fakültelerin çoğunda yaşanan akademik kadro yetersizliği, akademik aşamadaki eğitimin yeni eğitim tekniklerine açık olmaması, öğrencilerin sınanması konusunda ayrıntılı standartların bulunmaması, barolardaki staj ve meslek eğitimlerine gereken önemin verilmemesi ise kalite, yani nitelik sorununu doğuruyor.

Sınav içerikli tartışmaların yaşandığı sırada herkesin de kabul ettiği gibi, sınav sistemi bu gidişatin kesin çözümü değildi, yalnızca geçici bir önlem olarak savunuluyordu. Eski sisteme göz atarsak altı sınav hakkının tanındığı, stajın sonrasına konan “sınav barikatı” yukarıda belirtilen mezun yığınının mesleğe kabulünü uzun vadede zaten engelleyemeyecekti. Sınavlı ya da sınavsız, daha uzun soluklu ve büyük çaplı iyileştirmeler yapılabilir ve yapılması gerekir. Öncelikle sorun, avukatlık mesleğine kabul sorunu olarak değil, “adalet hizmetlerinde istihdam” sorunu olarak ele alınmalı. Ayrıca bu konuda gelecekte istihdam edileceklerin mağdur edilmemesi çok önemli, çünkü bu durum erteleme ve iptal sonuçlarına yol açıyor. Bu nedenle geçmişte yaşandığı gibi, avukatlık sınavındaki aksaklıklara karşı duyarsız tutum sergileyen, avukatlık mesleğini edinmiş kişilerin de adilane iyileştirme doğrultusunda çabalamaları gerekir. Güçsüz bir savunma, yargıdaki dengeleri önemli ölçüde etkileyeceğinden bu, aynı zamanda adalet

<sup>1</sup> Stj Av. Hakan MURAN Cumhuriyet Avukatlarına Mesleğe Kabul Sınavı, İstanbul Barosu Dergisi,Sayı:2006/3,İstanbul,s.1050.

Bu sorunun önüne geçebilmek için adalet hizmetlerinde istihdam gibi çok geniş kapsamlı bir reforma kalkışmak hayalî bulunabilir. Ancak bu zamana kadar Adalet Bakanlığı, TBB, Barolar ve Fakülteler işbirliği kurmaksızın, kendi çaplarında, birbirinden bağımsız girişimlerde bulunduğu için sorun daha da ciddileşti ve derinleşti. TBB ile Üniversitelerin özerklikleri ve bağımsızlıkları, istihdam sorununa çözüm arayışı çerçevesindeki işbirliğini engellememeli. Barikat niteliğinde bir sınavın staj sisteminden ayrı düşünülmemeyeceği gibi; staj sisteminin eğitim amacını gütmesi nedeniyle, staj dönemi de fakülte eğitiminden bağımsız düşünülemez. Öte yandan fakülte eğitimini ve avukatlık stajını içeren bir düzenleme, yargının kurucu diğer iki unsurunu dışlamamalı. Avukatlık sınavının iptali ve yargıçlık-savcılık sınavının yürütmesinin durdurulması karşısında her iki alanda da güncel nitelikte bir sınav sistemi ihtiyacı bulunmaktadır. Bu fırsat doğrultusunda YARSAV ile görüşmek de mümkün.

Kapsamlı olan bu çalışma içerisinde her grubun kendi alanına yönelik önerileri olacaktır. Müstakbel bir avukat olarak akademi ve yargıçlık-savcılık alanları hakkında çok fazla eleştiri getirirsem, bu doğru bir tutum olarak değerlendirilmeyebilir. Fakat bütün avukatların da benimle hemfikir olacaklarını düşündüğüm birkaç öneriyi dile getirmek isterim. Akademiye yöneltilecek öneriyi açıklamak çok basit: öğrenci sayısını düşürmek. Ancak bunu uygulamak çok güç görünüyor. Böyle bile olsa yeterli bir kararlılıkla, öğrenci kontenjanlarını daraltabiliriz, yeni hukuk fakültelerinin açılmasını zorlaştırmak için nitelikli öğrenci yetiştirmeye yönelik yeni kıstaslar belirleyebiliriz. Altı bini geçen yıllık mezun sayısını, mezuniyetten sonra elemek genç işgücünün gereksiz yere sarf edilmesinden başka nedir ki? 23 Aralık 2006 tarihli sınav için sınav adaylarına yönelik ücretli eğitim kursu açan fakültelerin, bu çalışmaya da duyarlı yaklaşmalarını arzularım.

Mezuniyet sonrası istihdam sorunu hakkında birçok sistem öngörülebilir. Kanaatimce başlıca tartışılan birkaç sistemden herhangi biri, yukarıda anılan yüksek katılımlı bir toplanma sonucu seçilip uygulanabilir. Batı ülkelerindeki avukatlık stajına dair mevzuatları<sup>2</sup> ve ilkeleri<sup>3</sup> incelediğimizde, eğer staj sonrasında bir sınav var ise, bu stajyerlerin devlet tarafından maaşlı staja tabi olduklarını görebiliriz. Devlet de bu parayı herkese veremeyeceğinden bir sınav da staj öncesinde uygulamaktadır. Sanırım en çok kabul edilebilir sistem staj öncesi ve staj sonrası birer sınav içeren uygulamadır.

<sup>2</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Av. Semih GÜNER Avukatlık Hukuku, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, Eylül 2003, 2. baskı, s. 133 v.d. *İlgili kitapta sekiz Avrupa ülkesindeki staj düzenlemeleri yer almaktadır.*

<sup>3</sup> *Avrupa Baro Federasyonu'nun staja ilişkin ilkeleri: a) Mesleğe başlangıç eğitiminin en az iki yıl olması, b) Stajın bir bölümünün avukatlık bürosunda yapılması, c) En az 200 saat teorik öğretimin yapılması, bunun en az 100 saatlik bölümün zorunlu meslek kurallarını da içeren öğretim ve uygulamaya ayrılması, d) Meslek öncesi eğitimin bir sınavla ölçülmesi. Bkz. Av. Semih GÜNER, a.g.e. s.139*

Bizim yasalarımızda yer alan düzenlemede stajyerlerin bırakın maaşa bağlanmaları, ücret kazanmaları bile yasak ve sosyal güvenlik hakları yok<sup>4</sup>. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği gibi staj sisteminden soyutlanarak düşünülmüş bir sınav barikatı, bu anlamda mağduriyetlere yol açıyor. Hâlbuki staj kredilerinin kaynağını oluşturan vekâletname pulları ile maaşlar ödenebilir. Zaten o pullar stajyerlere destek sağlanması amacıyla bir yükümlülük olarak getirilmemiş miydi? Pullardan her sene yeni gelirler ediliyor, bunun üzerine kredilerin geri ödenmesindeki menfaat nedir? Eğer staj öncesi bir sınav uygulanırsa bu kaynaktan pekâlâ avukat stajyerlerine maaş ödenebilir. Sonrasında bir de mesleğe kabul için sözlü ya da yazılı sınav koşulu getirilebilir.

Staj öncesi ve sonrası olmak üzere çift sınav uygulamasını savunan kişiler arasında, bununla birlikte yargıçların, savcılarının ve avukatların yeterlilik sınavının tek çatıda toplanmasını savunanlar<sup>5</sup> yoğunlukta. Düşünüşe göre bu yazılı yeterlilik sınavının ardından isteğe bağlı olarak yargıçlık-savcılık ya da avukatlık stajı yapılabilecektir. Böylece avukatlık mesleğine kabul anlamında adil bir düzenleme getirmiş olmakla birlikte, yargının üç kurucu unsuruna duyulan güven ve gösterilen itibar de eşitlenmiş olacak, bunun sonucu olarak da toplum, yargıya ve hukuka daha çok güvenecektir. Ayrıca yargıç-savcılık ile avukatlık meslekleri arasında geçiş uygulaması da bu yolla daha çok etkinlik ve işlerlik kazanabilecektir. Sınavı kazananların çoğunun yargıçlık-savcılık dalını seçmesi durumuna karşı, Bakanlık kontenjan belirleyebilir, fakat bu kontenjan meselesi bana göre ikincil düzeyde tartışılmalıdır.

Eğer ana hatlarıyla bu düzenlemeyi gerçekleştirmek için yüksek katılımlı bir kararlılığa sahip olabilirsek, ikincil düzeyde; staj eğitiminin kısmen ya da tamamen öğrencilik sırasında verilmesi, mesleğe kabul sınavının sözlü olması, sınavın sınırlı sayıya tabi olmaması ve bir iki ay gibi sık aralıklarla, birçok ilde uygulanması gibi gereklilikler üzerinde de tartışabiliriz. Aksi halde bana göre bu soruna yönelik sığ çözümler geçici etkiye sahip olurlar.

Eğer düşüncelerim sizi harekete geçirecek kadar etkili değilse, TBB'nin [internetsitesindeki yeni kanun taslağı](#)<sup>6</sup> önerisine bakmanızı öneririm. Buna göre 40 yıllık

<sup>4</sup> *Son dönemde Danıştay içtihatları doğrultusunda TBB Yönetim Kurulu'nun aldığı karar ile avukat yanında ücretli çalıştırılan stajyerin sigorta priminin yatırılması, artık stajın iptali sonucunu doğurmayacak. Ancak bu karardan yola çıkarak stajyerlerin sosyal güvenlik hakkının korunduğunu söyleyemeyiz. Çünkü burada sigorta priminin yatırılması durumunda stajın iptaline varan yaptırım uygulanamaz hale gelmiş olsa da, stajyerlerin priminin yatırılmasına yönelik emredici bir düzenleme yoktur. Av. K. 11. ve 23. maddelerinden doğan yasağın uygulama alanının daraltılması yalnızca bir serbesti olarak tanımlanabilir, özü itibariyle teminat altına alınmış bir hak değildir.*

<sup>5</sup> Stj Av. Hakan MURAN, a.g.e, s. 1053; Av. Akif KURTULUŞ ile Söyleşi, Hukuk Gündemi Dergisi (Ankara Barosu), Sayı: 2005/1, Ankara, 2005, s. 68.

<sup>6</sup> [http://www.barobirlik.org.tr/calisma/duyuru/belgeler/2006\\_134\\_av\\_yasasi\\_taslak\\_oneri.doc](http://www.barobirlik.org.tr/calisma/duyuru/belgeler/2006_134_av_yasasi_taslak_oneri.doc)

“Onursal Avukat” unvanı kazanacaklar ve aidat ödemeyecekler. Buna karşın ücretli avukatlar, baro levhasından silinecekler, aidat ödeyecekler, vekâletname ile iş alamayacaklar ve genel kurulda seçme-seçilme hakkına sahip olamayacaklar. Bir inci de avukatlık ortaklıklarının ikinci büro açmasına olanak tanıyan hüküm ile karşımıza çıkıyor. Eşitlik ilkesine ve Molierac'ın meşhur manifestosuna tamamen aykırı bir düzenleme getirilmeye çalışılıyor. En azından bunu dikkate alalım.



## AVUKATLIK SINAVININ KALDIRILMASI VE MESLEĞE GİRİŞTE SINAV YAPILMASINA DAİR DÜŞÜNCELER

**Stj.Av.Cumhur ÇAYCI\***

Sınavın kaldırılmasından sonra mesleğin ilerlemesi, meslekte '**kalite**'nin arttırılması yolunda büyük yara alındığı şeklinde yorumlar yapıldı. AB'ye uyum sürecinde, '**çağdaş**' ülkelerde olduğu gibi bizde de avukatlık sınavı getirilmeliydi bu bakış açısına göre. "*Dünyanın her yerinde avukatlık sınavı var, o halde bizde de olmalı*" şeklinde düz, yüzeysel bir mantığın eseriymiş mesleğin kurtarılması adına yapılanlar. Aynı düz mantığı işleterek "*Teksas'ta idam cezası var, o halde bizde niye yok?*" sonucuna da ulaşılabilirdi.

"*Avukatlık mesleğinin gerçek sorunları nelerdir, meslekte bir nitelik sorunu varsa bunun kaynağı nerededir?*" gibi sorulara cevap bulmak yerine, taklitçi bakış açısı sonucunda yüzeysel tespitler ve bilimsel olmayan çözümler önerileri ön plana çıktı. Biz stajyerlere sorarsanız asıl dert, mesleki 'kalite'de yaşanan düşüş de değildi. Sınavın asıl getirilme amacı, hızla artan avukat sayısına bir dur diyerek, '**pastanın küçülmesi**'nin önüne geçmekti. Biz bu pasta benzetmesini birçok yetkili ağızdan duyduk; sınavın ilk getirildiği dönemdeki meclis tutanaklarında da yer almıştır bu ifadeler. Maalesef meslek örgütümüz olan TBB, sorunları katılımcı, eşitlikçi ve demokratik bir süreç içerisinde tespit edip gerçek çözümler aramak ve siyasal iktidara bu yönde basınç uygulamak yerine; stajyerleri, avukatları ve öğrencileri karar alma süreçlerinden dışlayarak kendine düşman etmeyi tercih ediyor.

Mesleki nitelik sorunu, her meslekte olduğu gibi avukatlıkta da var. Bu sorundan sadece avukatlık değil, adalet sisteminin tümü nasibini almakta. Fakat yalnızca bir sınavla, hem de kutucuk karalanarak yapılan bir sınavla meslekte nitelik artışının yaşanacağına inanmak, en iyimser yaklaşımla saflıktır. Zaten bu sadece bir bahane; az önce de belirttiğim gibi asıl amaç mesleğe girişte bir sırat köprüsü daha oluşturmaktır. Sınav, elbette eğitim-öğretimin var olduğu her yerde kullanılması gereken bir araçtır; ancak tek başına bir amaç olamaz. TBB ve birçok baro, stajyerlere daha düzgün bir mesleki eğitimi nasıl verebileceğini düşünmektense, böyle bir eğitimin ancak sonuç

\* Stajyer Avukat, Ankara Barosu

sınava odaklanıyor; kısacası çözüm yanlış noktadan başlatılıyor. Bugün, ÖSYM bile test usulü sınavın bilimsel olmadığı şeklinde raporlar yayınlarken; avukatlık mesleğinin geleceği, test usulüyle yapılacak avukatlık sınavına bağlanıyor. Bol sınavlı eğitim sistemi ve ÖSS'nin bize tek hediyesi, okuma yazma bilmeyen, düşünme özürülü bir kuşağın yaratılmasıdır.

Ülkemizin özgün toplumsal koşulları nelerdir, nasıl bir ülkede yaşıyoruz, adalet sistemimiz nasıl işliyor ya da işleyemiyor? Bu sorulara cevap arayan yok; “*AB süreci bunu gerektiriyor*” denerek, getirilen her düzenlemede bu soyut gerekçenin arkasına sığınılıyor. Avrupa ve ABD'deki hukuk sistemiyle bizimkisi arasında büyük farklılık var. Dışarıda şirketler bazında bir sektörel örgütlenme, tam anlamıyla bir avukatlık piyasası var. Dolayısıyla işgücünün piyasaya arzında bir baraj işlevi görüyor sınav. Bizdeki “*sınav fanatikliği*”nin ardında da, avukatlığı tam bir piyasa olarak görme hayali yatıyor. TBB'nin “*Avukatlık Yasası Değişiklik Taslağı İçin Öneriler*” adıyla 25.12.2006 tarihinde internet sitesinde yayınladığı 2006/134 sayılı duyurusu, bu eğilimi gözler önüne seriyor.

TBB'ye şunları sormak gerekir: 1980'lerin başından bu yana kontrolsüz biçimde onlarca fakülte açılırken nerelerdeydiniz? Avukatlıkta ortaya çıkabilecek bir 'aşırı birikme' sorunu için siyasal iktidarları uyarmak niçin aklınıza gelmedi? Bu aşırı birikmeden hukuk fakültesi mezunlarını sorumlu tutmak, ne kadar doğru?

Bugün 32 adet hukuk fakültesi var, bunların yarısı vakıf üniversiteleri tarafından açılmış. Taşradaki birçok devlet üniversitesinde ve hatta tüm üniversitelerdeki akademik kadrolar, nitelik ve nicelik bakımından yetersiz. Ayrıca vakıf üniversitelerinin, devlet okullarındaki öğretim görevlilerini '*çalarak*' kurulduğu da kabul edilmesi gereken bir gerçeklik. Meslekte 'kalite' probleminin kaynağında üniversite eğitiminde yaşanan sorunlar yatıyor. Kaldı ki bizde mesleğe yönelik anlamlı bir eğitim de verilmiyor. Fakültede teorinin uygulamayla bağı yeterince kurulamayarak, pratik-kur çalışmalarında yasak savılıyor. Staj eğitimiye, son derece plansız, programsız ve içerikten yoksun durumda. Onu da her baro vermiyor maalesef ve işin kötüsü bu nedenle, sınav kalkmasaydı herkesin eşit olmayan koşullarda merkezi bir sınava tabi tutulması söz konusu olacaktı. Üstelik hukuk eğitiminde yaşanan, üniversiteler arası dengesizlikler de ortadayken.

Her şeye **kolaycı** bir çözüm bulmak mümkün. Genel kültürden yoksun bırakılan insanlar, dersanelerden 'genel kültür' satın alarak sınavı geçiyor ve “kültürlü” kabul ediliyor. Hep '*mış*' gibi yapıyoruz; eğitim almıyormuş gibi yapıyoruz, aslında almıyoruz; daha doğrusu verilmek de istenmiyor galiba. Çünkü dershanecilik de ayrı bir sektör, ayrı bir kazanç kapısı ülkemizde. Hatta tüm dershanelere akan paranın eğitime ayrılan

kamusal kaynaktan fazla olduğu söyleniyor. Avukatlık sınavı için de dershaneler tarafından kurslar açılmıştı; en azından afişlerini görmüştük. Hatta Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 975 YTL karşılığında öğretim görevlileri tarafından avukatlık sınavına yönelik bir kurs verileceğini ilan etmişti internet sitesinden.

Avukat sayısında bir artış yaşandığı doğru; TBB'nin internet sitesindeki verilere göre, 2001 sonunda **44.221** olan bu sayı, 2006 Aralık ayı itibarıyla **57.289**'a çıkmış. Beş yıl boyunca her yıl yaklaşık **2600** kişi mesleğe katılmış; bu beş yıldaki artışa İstanbul, Ankara, İzmir'in toplam katkısı **7825** olmuş. Yani ülke genelindeki toplam **13068** kişilik artışın yarısına yakını, üç büyük şehir dışında gelişmekte olan şehirlerde yaşanmış. Örneğin 2001 sonunda Antalya'da **1196** avukat varken, bu rakam 2006 sonunda **1762**'ye çıkmış. Aynı dönemde avukat sayısı Gaziantep'te **434**'ten **759**'a, Bursa'da **1137**'den **1490**'a, Konya'da **968**'den **1258**'e, Adana'da **1059**'dan **1372**'ye çıkmış. Asıl mesele ise, bu rakamsal artışın doğal bir büyümeyi ifade edip etmediğidir. Gelişmekte olan şehirler için konuşursak, bu sayısal artışın son derece doğal olduğunu söylemek gerekir.

Kaldı ki; ülke genelindeki ekonomik-toplumsal olaylar da yerinde saymıyor. Suç oranlarının giderek arttığı, yeni hukuksal alanların ortaya çıktığı da gayet somut bir olgudur bugün. Örneğin bilişim suçları yeni ortaya çıkan alanlardan biri; ayrıca ticari ilişkilerdeki gelişmeler de hukuka ister istemez yansıyor. Hatta boşanma oranlarındaki artış bile, bu anlamda avukata duyulan ihtiyacı arttırıyor. Demek istediğim, toplumda hukukçuya, avukata olan ihtiyaç azalmıyor; tam tersine artıyor. Ancak üniversitelerin, halkın gerçek ihtiyaçları için değil; siyasal iktidarların seçim yatırımı doğrultusunda kurulduğu da ortada. Hukuk fakültelerinin gerçek ihtiyaçlar gözetilerek açılması gerekiyor.

Kabul edilmesi gereken başka bir gerçeklik ise varlığı herkes tarafından bilinen hakim-savcı açığıdır. Hakim-savcı sayısının yetersizliği, tek neden bu olmasa da, yargının ağır işleme ve iş yükü fazlalığının en önemli nedenlerinden biridir. Avukatlık mesleğindeki sayısal birikme ile hakim-savcı açığının inatla sürdürülmesi sorunu arasında hiçbir ilişki yok mudur acaba? Demek ki yeteri kadar hakim-savcı istihdam edilse, avukatlıktaki birikmenin de bir miktar önüne geçilebilir.

Son olarak söylenmesi gereken, avukatlık mesleğinin kalitesini henüz mesleğe başlamamış stajyer ve öğrencilerin düşürmediğidir. Eğer nitelik düşüşü varsa gerçekten, bunun sebebini bireylerde değil, sistemin kendisinde aramak gerekir.

## AVUKATLIKTA SINAV TARTIŞMASI

### SINAV NEDEN, HANGİ GEREKÇEYLE GETİRİLDİ?

**Av. Aycan ÇİÇEK\***

Sınavı savunanlar sınavın meslek kalitesini artıracığını söylüyorlardı. Acaba gerçek neden bu muydu ve bu sınav gerçekten işe yarar mıydı? Fakültelerde onlarca sınavdan geçmiştik peki onlar işe yaramıyor muydu da tekrardan sınava tabi tutuluyorduk, sorguluyorduk bunları. Meslekte birtakım sorunlar olduğuna inanmakla beraber bunun çözümünün sınavla olmayacağı kanaatindeyim. Çoktan seçmeli test usulü bir sınav ne kadar işe yarar. Bu sınav test usulü ve ÖSYM tarafından yapılacak bir sınavdı. Hukukta  $2 \times 2 = 4$  etmez, hele avukatlık mesleği olaya farklı açılardan bakabilmeyi gerektirir. Sınavı meslekle hiç bir ilgisi olmaya ÖSYM'nin yapması da ayrı bir sorundur. Görüldüğü gibi sınavın mesleğin kalitesi ya da meslek ilke ve kuralları ile meslek ahlakına bir hizmeti söz konusu değildi. Peki neden pek çok avukat, barolar ve barolar birliği ısrarla sınavı savunuyordu, asıl amaç gerçekte neydi?

Büyükşehirlerde her geçen gün sayıları artan meslekte tekelleşmeye, şirketleşmeye doğru bir gidiş sağlayan çok sayıda avukatın çalıştığı büroların varlığı bize gerçeği göstermekteydi aslında. Avukatlık mesleğinde tekelleşme, şirketleşme ara eleman ve ucuz işgücü ihtiyacını ortaya çıkarıyordu. İşte sınav tam da bu noktada gerekliydi. Meslek kalitesinin artırılması adı altında savunulan sınav, aslında büyük patronların ihtiyacı olan avukatları ve hukuk bilgisine sahip, avukat olmayan ara elemanları ortaya çıkaracaktı. Zira sınavı geçemeyenler büyük hukuk bürolarında sigortasız olarak, ucuza çalıştırılabilecekti. Bu kişiler olduğu için de avukatların yanında çalıştırdıkları avukatlara verdiği maaş iyice düşecekti.

Avukatlık stajı yapan hukuk fakültesi mezunları stajyer avukat olacaklarını neredeyse unutacaklardı. Daha en baştan ayrımcılık vardı, kimlikler farklıydı. Arkasından mahkeme kalemleri ve icra dairelerinde başlıyordu ayırım. Stajyer avukatların çalışma yasağı vardı ve sosyal güvenceleri yoktu. Çalışmaları derken para kazanmaları yasaktı; yoksa her türlü işi yapıyorlar avukat bürolarında. Stajyer avukatların insan oldukları ve birtakım ihtiyaçları olduğu unutulmuş olsa gerek ki, böyle bir düzenleme getirilmişti. Adliye stajı

\* Avukat, İstanbul Barosu

Mahkeme kalemleri ve icra dairelerinde başlıyordu ayrım. Stajyer avukatların çalışma yasağı vardı ve sosyal güvenceleri yoktu. Çalışmaları derken para kazanmaları yasaktı; yoksa her türlü işi yapıyorlar avukat bürolarında. Stajyer avukatların insan oldukları ve birtakım ihtiyaçları olduğu unutulmuş olsa gerek ki, böyle bir düzenleme getirilmişti. Adliye stajı meslek adına bir şeye hizmet etmemektedir. Tebligat zarfı katlamak gibi memurun yapması gereken işleri yapar, avukat yanında yaptığı staj da çok farkı değildir. Meslek ilke ve kuralları hiçe sayılması, rekabet ilke ve kurallarının bu piyasada geçerli olduğu, stajyer onur ve gururunun avukatın dava ya da icra dosyalarından sonra geldiği gerçeği ile karşılaşılmaktaydı. Aynı fakültelerden aynı eğitimi alarak mezun oldukları meslektaşları onlara hiç saygı duymamaktadır. Hal böyle iken getirilen avukatlık sınavı neye çözüm olarak görülebilirdi ki?

Meslek kalitesi gerçek amaç olsa TBB, faiziyle geri almak üzere verdiği kredileri, miktarı biraz daha yüksek ve geri ödemesi olmaksızın verip, stajyer avukatların staj dönemi biraz daha kaliteli geçirmelerini sağlayabilirdi.

Bunu yapmak yerine, yanlış olduğu bilinen ve yukarıda saymaya çalıştığım zorluklara bir yenisini daha eklemekten başka bir işe yaramayan sınavın getirilmesini istedi ve kaldırılmasının karşısında hiç bir şeyin karşısında durmadığı kadar ısrarla durdu. Stajlarımız bitmesine rağmen aylarca hiç bir sıfatımız olmadan ortalıkta dolaşmamıza neden oldu, bu bizim olmasına çalıştığımız avukatlık mesleğinin meslek kuruluşuydu. Meslek kuruluşları mensuplarına karşı yapılan haksızlıkların karşısında birlikte ve güçle durabilmek için vardır; oysa TBB avukatların karşısında duruyordu. Avukatlık Kanunu'nda yapılmasını önerdiği değişiklikler bunu iyice gözler önüne sermektedir.

Yapılmadığı halde birçok stajyer avukatın aylarca sıfatsız halde dolaşmalarına, bazılarının hala ruhsatını alamamalarına neden olmuştur. Birçok stajyer avukat sigorta girişi yaptıramamıştır. Bu nedenle de daha geç emekli olacaktır; yani sadece avukat olmanın önünde bir engel değil başka birçok şeyin önünde de engel olmuştur. Daha yapılmadan bu kadar mağduriyet yaratan sınav yapılsaydı kim bilir daha neler olacaktı?

Avukatlık mesleğinin birtakım sorunları vardı; ama bu sorunların sınavla çözülemeyeceği açıktır. Bu noktada hukuk fakültelerinin sayılarının ve kontenjanlarının azaltılması, hukuk eğitiminin uzatılıp eğitimin pratiğe dayalı yöntemlerle yapılması, devam zorunluluğu getirilmesi ve buralardan mezun olanların yetkin birer hukukçu olmaları için çaba sarf edilmelidir. Bu mezunlardan avukat olmak isteyenler, staj döneminde insanca yaşayabilecekleri miktarda burs verilerek avukatın ya da ailesinin egemenliğinde olmadan bağımsızca staj yapmalarına destek olmalıdır. Sosyal güvenceleri olmalı, barolar onları üvey evlat gibi görmeyip iyi bir staj eğitimi

hazırlamalıdır. Bunların sonucunda avukat olan kişi etkin ve yetkin bir avukat olur. TBB ve barolar, meslek kalitesi konusunda ciddi iseler söylediklerime olumlu bakacaklardır.

## **AVUKATLIK SINAVI ÜZERİNE**

**Av.Hilmi BAYDAR\***

Köklü çözüm yerine en kolay ve en kestirme çözüm her konuda ilkemiz olmuş durumda. Avukatlık sınavı konusunda da köklü çözüm yerine kestirme ve günü kurtarma peşinde koşuyoruz.

Hukuk fakülteleri fazla mezun veriyor, o halde sınav yapıp mesleğe başlayacak avukat sayısının azaltılması mantığı ile çözüm arayışı içerisindeyiz. Öncelikle şunu hepimizin kabul etmesi gerekir ki, sınavla hukukçu kalitesi yükselmez. Sınavla sadece mevcut kalitenin içinden bir kısmını elersiniz.

Avukatlık değerlendirmesinin, bu sınavın konulma nedenine bakılarak yapılmasında fayda vardır. Avukatlık sınavı ile ilgili söylenen süslü sözlere aldanmamak gerekir. Sınavla kalitenin yükselmesi söylemleri gerçeği yansıtmamaktadır. Bu konudaki sınavın gerçek tek nedeni avukat sayısına sınavla sınır getirme düşüncesidir. Sadece araç sayısını sınırlayarak İstanbul trafiği ne kadar düzelse avukatlık sınavıyla da avukatlığın kalite sorunu o kadar düzeldir.

Çok fazla hukuk fakültesi, çok fazla mezun avukatlık mesleğinin irtifa kaybetmesinin temel nedenidir. Temel nedeni bir tarafa bırakarak avukatlık mesleğinin itibarının yükselmesini sınavda aramak çözüm için en son düşünülecek bir tedbirdir. Sınav değişik bir değerlendirmeyle toplam kalitesizlik içerisinden bir kısmının elenmesini getirecektir. Asıl olan toplam kalitenin artırılmasıdır. Çözüm sınavla eleme değil, hukukçu kalitesinin yükseltilmesidir. Bunun için yeni hukuk fakültesi açılmasına izin verilmemelidir. Bazı hukuk fakülteleri birleştirilmeli, kontenjanlar her yıl bir önceki yıla göre azaltılmalı, bu şekilde eğitim kalitesinin yükseltilmesi sağlanmalıdır.

Bu ve bunun gibi köklü tedbirler dururken işin kolayına kaçıp sınava sığınmak yöneticilere bir anlamda daha fazla fakülte aç, daha fazla öğrenci al, nasıl olsa sınav ipine sarılma fırsatı verecektir.

---

\* Avukat, Çanakkale Barosu

Şu andaki fazlalığın azaltılması yolu ise noterlikte olduğu gibi maddi yönden özendirici kılınmak suretiyle hukuk fakültesi mezunlarının tapu, nüfus, adliye yazı işleri, icra müdürlüklerine kaydırılmasıyla sağlanmalıdır düşüncesindeyim.

Hukuk fakültesini bitirmiş, stajını yapmış, özel bürosunu açacak kişiye sınav yaparak, sen avukat olarak büro açamazsın demek yanlıştır. Onun değerlendirmesini ancak o avukatla çalışmak isteyenler yapabilir.



## AVUKATLIK SINAVI GEREKLİ Mİ?

**Av.Kazım KURT\***

Ülkemizde yıllardan beri bir türlü karar veremediğimiz konulardan birisi olan avukatlık sınavı yine sorun haline geldi. Pek çok zamanlarda avukat olabilmek için sınav zorunluluğu getirilmiş ancak sonradan vazgeçilmiştir. En son 2001 yılında 4667 sayılı yasa ile 1136 sayılı yasanın bazı maddeleri değiştirilmiş ve staj bitiminde bir sınav yapılması ve 3. maddeye eklenen d bendine göre de avukat adayının bu sınavı başarması koşulu getirilmişti.

O zaman da sınavın yapılmamasının gerekip gerekmediği çok tartışılmıştı. Sınav zorunluluğunun mesleki bilgi düzeyini yükselteceği, daha bir özen ve titizlik sağlayacağı, fakülte ve üniversiteler arasındaki öğrenim farklılıklarını gidereceği gibi yararlar sayılmıştı. Yasa çıktığı zaman Hukuk Fakültesi öğrencisi olanlara ayrık bir durum getirerek uygulanmayacak olması nedeniyle ilk avukatlık sınavının Aralık 2006 da yapılmasını gerektirmişti.

Ancak, bu sınava karşı olan bir zihniyet, meslek örgütü birliği konumundaki TBB'nin görüşlerinin aksine, TBMM'deki iktidar partisi dışındaki tüm partilerin düşüncelerini de yok sayarak yasal değişikliği gerçekleştirip 5558 sayılı yasayı 14.12.2006 gün ve 26376 sayılı Resmi Gazetede yayınlanması ile kaldırılmıştır.

Gözünüz aydın olsun, bundan sonra avukat olabilmek için herhangi bir sınava tabi tutulmayacaksınız. Sınava neden karşı çıkılır anlamak oldukça güçtür? Zaten, bu sınav kaldırılсын diye uğraşanların gerekçeleri de, Baroların yeterli staj eğitimi vermedikleri, staj eğitim merkezi oluşturan Baro sayısının az olması ve sınavın ülke genelinde yapılacak olması nedeniyle eşitlik ve adaletin sağlanamayacak olması olarak sıralanmaktadır.

Hukuk Fakültelerinin çoğalması, yeterli eğitimi verememesi herkes tarafından benimsenen bir sonuç olduğu için staj eğitimine önem verilmeye çalışılmaktadır. Her Hukuk Fakültesi mezunu, avukat olacak diye bir hak elde edemez. İnsanlar fakülteye girdiği zaman burada hukuk eğitimi alırlar. Bittikten sonra, isterlerse Yargıç, C.Savcısı, Kaymakam, Müfettiş v.b mesleklere girme şansını elde ederler. Ancak, hangi mesleğe

\* Avukat, Eskişehir Barosu

girmek istiyorlarsa onun kurallarına uygun sınavına girip kazanmak zorunluluğu vardır.

Nasıl, fakülteye yargıç olmak amacıyla giren kişi mezun olunca yargıç olmak benim hakkımdır diyemezse avukat olmak isteyen de ben sınava girmem meslek benim hakkımdır diyemez, diyememelidir.

Baroların yeterli staj eğitimi verememesi ayrı bir sorundur. Yeterli hale getirilmesi için ne gerekiyorsa yapılmalıdır. Bunu yapmak yerine sınavı kaldırmaya çalışmak doğru bir yaklaşım değildir. Her Baro yeterli olanakları sağlamalı, beklide stajın bir döneminden sonra merkezi veya bölgesel eğitim merkezleri oluşturularak staj eğitimi yapılmalıdır.

Sanki ülkemizde her alanda eşitlik sağlanmış da bir tek bu alandaki rahatsızlık yaratmıştır. Oysa bu yasa ile sınavın kaldırılması, avukatlık mesleğine kabul ve devamda Baroların etkinliklerinin yok edilmesi amacı taşınmaktadır. Ciddi meslek örgütü olan Barolar ve onların birliği TBB demokratik, laik, sosyal hukuk devleti konusunda ödün vermez bir direnç gösterdikçe rahatsız olanlar, bunların yetki ve haklarını budama hesapları yapmaktadır.

Avukatlık mesleğini düzenleyen, uygulayan BARO'lardır. O halde, kimin avukat olacağına da barolar karar vermelidir.

Konuya birkaç açıdan bakmak gerekeceği kanısındayım:

- a) Bir mesleğe kabul belli koşullara bağlanabilir mi?
- b) Bu koşullardan birisi sınav olabilir mi?
- c) Her canı isteyen her mesleğe sahip olabilir mi?
- d) Bu mesleğin örgütü, ben seni mesleğe kabul etmiyorum diyebilir mi?

Bu sorulara verilecek yanıt avukatlık sınavını da aydınlatılabilir.

Nasıl ki, her isteyen bakkal dükkanı açamayacaksa her isteyen veteriner olamayacaksa her hukuk fakültesi mezunu da avukat olamaz.

Hukuk Fakültesine girerken Baroların hiçbir etkinliği olmadığı bellidir ve doğaldır. Fakülteyi bitirenin staj yapmasına engel hali yoksa staj tamamlanınca avukat olmasına da Baro karışmayacaksa Baro'nun avukatlık mesleği hakkında tasarrufta bulunma yetkisi olabilir mi?

Hangi meslek olursa olsun hak kazanmak için sınav yapılmasını zorunlu sayacaksınız, ama avukatlık için buna gerek duymayacaksınız, inandırıcı olmayan bir tutum değil mi? Hem de veremediğinizi kabul ettiğiniz eğitim nedeniyle. Yani, hem eğitim veremedik yazık oldu bu gençlere diyeceksiniz hem de avukat olurken sınav yapmayalım diyeceksiniz.

Sınav istemek, bencillik olarak da değerlendirilemez. Meslek içi eğitimi de savunmaktayız. Hatta gelişen koşullara göre, avukatlıkta branşlaşma zorunluluğu getirilmelidir. Ceza avukatı olmak bir uzmanlık işidir de, icra avukatı olmak uzmanlık istemez mi? Boşanma davasını vereceği avukatın yetkin, konuya hakim bir kimse olduğuna insanlar neye göre karar verecektir. Mesleki sorumluluk sigortasının tartışıldığı günümüzde, Baronun avukat sıfatını verdiği bir avukatın hatasından sorumluluğu yok mudur? Varsa, Baro sorumlu olmamak için sınav yapma hakkını kullanamaz mı?

Bu koşullarda sınavın kaldırılması doğru olmamıştır. Populist yaklaşımla hareket etmek mesleğe zarar vermiştir. Avukatlık mesleğinin patronu Baro ise, kime bu sıfatı vereceğine Baro karar vermelidir.

Bir de avukatlık sınavının yapılması gerektiğini kabul etmekle birlikte stajdan önce mi yoksa sonra mı yapılmasını tartışanlar bulunduğu unutulmamalıdır. Stajdan önce sınav koşulu pek doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü, mesleki eğitim stajda verilmeye başlanmaktadır. Baro, staj eğitimi verdikten sonra alınanın yeterli olup olmadığını sınamak hakkına sahiptir. Şimdi işe yaramayacak olan Sınav Yönetmeliğinin 7. maddesine göre, avukatlık sınavının amacı, stajyerlerin meslek kuralları bilgisi ile hukuk öğrenimi ve avukatlık stajı süresince öğrendiği hukuk ilkelerini ve yürürlükteki hukuk kurallarını somut olaylara uygulayabilme yeterliğinin değerlendirilmesidir. O halde, staj başlamadan verilemeyecek olan konularda sınav yapmak doğru olmaz.

Böylece, insanların haklarının aranması için yargı görev yürütecek bir kamu görevlisinin meslek hakkı elde etmesinin denetiminin Meslek örgütünün elinden alınması sonucu doğuran bir uygulama devam edecektir. Çağdaş, eğitimi önemseyen, meslektaşlarını denetleyen, belli hak ve yükümlülükleri bulunan Barolar demokratik yaşamımız için de vazgeçilemez örgütlerdir. Bu örgütlerin etkinliklerini azaltan her uygulamaya karşı çıkmalıyız.



# **KIDEM TAZMİNATI BAKIMINDAN HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ**

-1-

**Av.İlhami AKAN\***

## **GİRİŞ**

İş Hukuku'nun, işçi-işveren ilişkileri açısından işçiye tanıdığı en önemli haklardan birisi kıdem tazminatıdır. Ancak, çalışma hayatının tamamının, bir işverenin bir işyerinde geçmemesi her zaman karşılaşılabilecek bir durumdur. Bir başka deyişle, çalışma süresi boyunca, işyeri ve işveren değişikliklerinin ortaya çıkması ya da kamu çalışanları için istihdam statüsünün değişmesi olasıdır. Böyle durumlarda, kıdem tazminatına esas hizmet süresinin belirlenmesi önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

1475 sayılı (eski) İş Kanunu'nun 14. maddesi genel anlamıyla kıdem tazminatını ve gerek kamu kuruluşları, gerekse de özel kuruluşlardaki hizmetlerin birleştirilmesi yöntemlerini belirlemekteydi. 10.06.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 4857 sayılı (yeni) İş Kanunu'nun 120. maddesi ile, 1475 sayılı eski İş Kanunu'nun sadece bu 14. maddesi yürürlükte bırakılmış, dolayısıyla, kıdem tazminatı ve hizmet birleştirilmesi esasları hakkında yeni kanunda başkaca bir düzenleme yapılmasına gerek kalmamıştır. Bu nedenle, konumuzun yasal unsurlarını belirleyen bu maddeden bahsederken “1475 sayılı Kanunun 14. maddesi” ibaresini kullanacağız.

İşte, çalışma süresi boyunca gerçekleşmesi olası işyeri, işveren ve çalışma statüsü değişiklikleri hallerinde, kıdem tazminatına esas olan hizmetlerin belirlenmesi yöntemleri, 1475 sayılı kanunun 14. maddesi'nin 2., 3., 4., 5. ve 6. fıkralarında düzenlenmiştir.

Kıdem tazminatı bakımından hizmetlerin birleştirilmesi konusunu, kamu kuruluşları ve özel sektör açısından ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Çalışmamızın, dergimizin bu sayısında irdedeceğimiz birinci bölümünde, kıdem tazminatı bakımından kamu kuruluşlarında hizmetlerin birleştirilmesini inceleyeceğiz. Kamu kuruluşlarında hizmetlerin birleştirilmesinin mahiyetini ve istihdam statülerinin

---

\* Avukat, Eskişehir Barosu

değişikliği hallerinde hizmet birleştirilmesinin nasıl yapılacağını da bu bölümde ele alacağız.

Takep eden sayıda yer verilecek olan ikinci bölümde ise, kıdem tazminatı bakımından özel sektörde hizmetlerin birleştirilmesini irdeleyeceğiz. Bu bölümde de öncelikli olarak inceleyeceğimiz konu, özel sektöre ait işyerlerinin kapsamı ve aynı işverenin işyerlerinin belirlenmesi olacak. İkinci bölümde ayrıca işyerinin devir ve intikali hallerinde hizmetlerin nasıl birleştirileceği konusuna da değinilecektir.

Çalışmamızın son bölümünde ise, kıdem tazminatı bakımından, kamu ve özel sektör kuruluşlarında hizmetlerin birleştirilmesinin ortak sorunları üzerinde durulacaktır. Bu başlık altında ele alacağımız sorunlar, işyerinin bir yerden bir yere taşınması ve işçinin aynı işverenin bir başka işyerine gönderilmesi hali ile, çalışma sürelerinin aralıklı olması sorunlarıdır. Çalışma sürelerinin aralıklı olması halini de, işin niteliğinden ve geçici nedenlerden kaynaklanan aralıklı çalışmalar olarak iki bölümde değerlendireceğiz.

## 1. BÖLÜM

### KAMU KURULUŞLARINDA HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ

#### I. GENEL KURAL VE İSTİSNASI

##### 1) KIDEMİN BELİRLENMESİNDE GENEL KURAL

Kıdem tazminatına esas olacak hizmet sürelerinin belirlenmesinde genel kural, kamu kuruluşlarında veya özel işyerlerinde çalışanlar bakımından herhangi bir farklılık arz etmemektedir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesi ve bu maddenin konumuzla ilgili 2. fıkrası genel kural mahiyetindedir. Buna göre, işçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya aralıklarla yeniden kurulmuş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali ya da herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi işyeri veya işyerlerindeki hizmet sözleşmeleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır.

Görüldüğü gibi, her işveren çalıştırdığı işçinin kendi işyeri veya işyerlerindeki hizmeti sonucunda hak ettiği kıdem tazminatını ödemek sorumluluğu altındadır. İşveren, işçinin daha evvel başka işverenler nezdinde verdiği hizmetlerde hak ettiği kıdem tazminatını ödemekle yükümlü değildir. Sorumluluğun hal, şekil ve şartları İş Kanunu'nda belirlenmiştir. Birden fazla işverenin hizmetinde geçen sürelerin birleştirilerek bir işverene kıdem tazminatı sorumluluğu yüklemek mümkün değildir.

## 2) GENEL KURALIN BİR İSTİSNASI OLARAK HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ

1475 sayılı Kanunun 14/4. maddesiyle, “her işverenin işçisinin kendi işyerinde geçen hizmetinden doğan kıdem tazminatını ödeme yükümlülüğü” genel kuralına bir istisna getirilmiştir. Bu istisna, T.C. Emekli Sandığı veya Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak, aynı ya da farklı kamu kuruluşlarında çalışıp da bu hizmetlerin birleştirilmesi suretiyle, Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiler ile ilgilidir. Buna göre, koşulların oluşması halinde, kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi ve hizmet sürelerinin toplamı üzerinden, son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatının ödenmesi öngörülmüştür.

Bu hüküm, 1927 sayılı Kanunla<sup>1</sup> yapılan değişiklikle getirilmiştir. Değişikliğin hükümet gerekçesinde, memur statüsünde belli bir süre çalışıp da kamu kuruluşlarında işçi statüsüne geçirilerek emeğinden yararlanan kişilerin uğradığı haksızlığın giderilmesi düşüncesinden hareket edildiği belirtilmiştir. Gerçekten, 1927 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, memurluktan işçiliğe geçenlerin, memurlukta geçen hizmet sürelerine ait kıdem hakları herhangi bir düzenleme altında değildi. O dönemde 228 sayılı Kanunun 15. maddesi, 1214 sayılı Kanunla<sup>2</sup> değiştirilmiş ve bu değişiklikle işçilikten memurluğa geçenlerin işçilikte geçen kıdemleri güvenceye alınmış, memurluktan işçiliğe geçenler için bir düzenleme yapılmamıştır. 1927 sayılı kanunla, bu eksiklik giderilerek memurluktan işçiliğe geçenlerin memurlukta geçen hizmet sürelerine ait kıdem hakları da güvence altına alınmıştır. Daha sonra, 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'la,<sup>3</sup> konu genel bir düzenlemeye kavuşturulmuş ve bu kanunun 16. maddesiyle, 114 sayılı Kanun ile, 228 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

Özetle; kural olarak her işveren kendi çalıştırdığı işçinin kıdeminden kaynaklanan tazminatı ödemek yükümlülüğü altındadır. Bu bakımdan, özel sektörde geçen çalışmalar için herhangi bir hizmet birleştirmesi söz konusu değildir. Ancak kanun koyucu, bu kurala kamu çalışanları bakımından bir istisna getirmiştir. Buna göre, aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında çalışan bir işçi, bu hizmetlerin birleştirilmesiyle yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanması halinde, hizmetleri birleştirilerek son çalıştığı kamu kuruluşundan, toplam hizmet süresi üzerinden kıdem tazminatını alacaktır. İşçi, son çalıştığı kamu kuruluşundan kıdem tazminatına hak kazandıran bir başka sebeple ayrılırsa, kıdemini tespitinde bu kez aynı maddenin genel nitelikteki 2. fıkrası hükmüne

<sup>1</sup> R.G., T.12.07.1975, S.15293

<sup>2</sup> R.G., T.06.02.1970, S.13419

<sup>3</sup> R.G., T.27.05.1983, S.18059

tabi olacak ve hizmetlerinin birleştirilip birleştirilmeyeceği yine bu fıkradaki esaslara göre değerlendirilecektir.<sup>4</sup>

## II. HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİNİN KOŞULLARI

1475 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesinin konumuzla ilgili hükümleri, 4. ve 5. fıkralarda yer almaktadır. Nitekim 4. fıkra T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunu'na veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir” hükmü yer almakta ve 5. fıkra da yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet sürelerinin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınamayacağı öngörülmektedir.

Bu hükümler ışığında, kıdem tazminatı bakımından kamu kuruluşlarında çalışan işçinin hizmetlerinin birleştirilmesinin koşullarını şu şekilde sıralayabiliriz.

### 1) BİRLEŞTİRİLECEK HİZMETLERİN TAMAMI, KAMU KURULUŞLARINDA GEÇMİŞ OLMALIDIR

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/4. maddesi, hizmetlerin kıdem tazminatına esas olmak üzere birleştirilmesini T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunu'na veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmetler için öngörmüştür. Buradaki “kamu kuruluşları” deyiminin kapsamı da, yine 14/7. maddede belirlenmiştir. Dolayısıyla, işçinin önceki hizmetleri 1475 sayılı İş Kanunu 14/7. madde anlamındaki bir kamu kuruluşunda geçmemiş ise, kıdem tazminatı bakımından hizmet birleştirilmesi yapılması mümkün değildir.

İşyerinin evvelce kamu kuruluşu niteliğinde faaliyetini sürdürmekte olup, idari bir tasarrufla özel işyeri olmasında yine aynı kural geçerlidir. Her ne kadar personelin arzusu dışında idari tasarrufla statü değişmiş olsa da, hizmetin birleştirilmesi söz konusu değildir. Yargıtay da, kamu kuruluşu niteliği değiştirilen bir işyerinde, daha önce memur ve sözleşmeli personel statüsünde geçen hizmetlerin birleştirilemeyeceği görüşündedir.<sup>5</sup> Bir

<sup>4</sup> TEZ KOOP-İŞ, 1475'ten Doğan Kıdem Tazminatı Uygulaması, Tez Koop-İş Sendikası Eğitim Yayınları, N.18

<sup>5</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T:28.11.1991, 1991/10506 E., 1991/15038 K.



başka deyişle, sadece kamu kuruluşunda çalışmış olmak da yeterli değildir. Çalışılan kamu kuruluşunun 14. maddenin 7. fıkrasında belirtilen kuruluşlardan olması gerekir. Bu konuda toplu veya bireysel hizmet akitleri aksine bir hüküm konulamaz, konulsa bile uygulanamaz.<sup>6</sup>

Cuhruk, sonraki işveren için ek bir külfet getirildiği gerekçesiyle bu hükmün, “aslında İş Hukukunun temel esaslarına yabancı olduğu” düşüncesindedir.<sup>7</sup> İş Hukuku'nun, işçi ve işveren arasındaki ilişkileri deruhte eden bir bilim olduğu gerçeğinden hareket edildiğinde görülmektedir ki, bir “işveren” olarak devlet de, çalıştırdığı işçilerle ilişkilerinin düzenlenmesi bakımından İş Hukuku'nun kapsamındaki unsurlardan birini oluşturmaktadır. Kanımızca Cuhruk, “İş hukukunun temel esasları” derken, konuyla ilgili “işyerine ve işverene bağlılık” ve “işverenin, istihdam ettiği işçinin haklarından sorumlu olması” ilkelerini kastetmektedir. 1475 sayılı İş Kanunu 14/4 ve 5. madde hükümleri de belirli koşulların biraraya gelmesi halinde, son kamu işverenin her ne kadar kendi işyerinde geçmiş olmasa bile, istihdam ettiği işçinin, evvelce kamu kuruluşlarında verdiği diğer hizmetleri için de kıdem tazminatı ödemesini öngörmektedir. Bu hükmün, getirdiği sonuçlar bakımından “İş Hukukunun temel esaslarına yabancı olduğu” düşüncesi, doğru bir yaklaşım olarak gözükmektedir. Zira her ne kadar kamu kuruluşları temelde tek bir devletin bağlı kuruluşları ise de, her bir kamu kuruluşunun kendine ait bütçesi, ve kendine ait bir yönetim örgütünün bulunduğu bir gerçektir. Ne var ki, yasa koyucunun bu hükmü getirirken, maddede belirlenen kamu kuruluşlarını, tek bir devletin kurumları olarak değerlendirdiği ve devletin de, hangi kurumunda olursa olsun, kendine bağlı olarak çalışan işçisinin haklarını tek bir kamu otoritesi yaklaşımıyla koruması gerektiği düşüncesinden hareket ettiği de göz ardı edilmemelidir.

Belirtilmesi gereken nokta şudur ki, esasen bu hüküm, genel kurala bir istisna olarak konulmuş ve tutarlı gerekçelere dayandırılmıştır. Konulan bu hükümle, istihdam statüleri isteklerine bağlı olarak veya istekleri dışında değiştirilmiş kamu çalışanlarının bütün hizmetlerinin değerlendirilmesi sağlanmıştır.

## **2) AYRILMADAN ÖNCEKİ SON ÇALIŞMA, İŞÇİ STATÜSÜNDE GEÇMİŞ OLMALIDIR**

İş Kanunu 14/4. madde hükmünün ve kıdem tazminatının, işçiler için söz konusu olması temel ilkesinin açıklığı karşısında, kamu kuruluşlarında çalışanların hizmetlerinin birleştirilip, bu süreler toplamı üzerinden kıdem 'tazminatı' verilebilmesi için temel koşulun, son kamu kuruluşlarındaki çalışmanın işçi statüsünde olması gerektiği

<sup>6</sup> Osman USTA, İş Kanunu'ndan Doğan Kıdem Tazminatı, Ankara, 1988., s.134-135

<sup>7</sup> Mahmut CUHRUK, Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, Ankara, 1978, s.48

kuşkusuzdur. Zira fıkradaki hizmet birleştirilmesiyle, 1927 sayılı Kanundan önce ihmal edilmiş olan işçilerin, daha önce memurluk statüsünde geçen hizmetlerinin kıdem tazminatı yönünden değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

Öğretide, T.C Emekli Sandığı'na tabi olarak geçirilen hizmet sürelerinin, kıdem tazminatı hesabında birleştirilebilmesi için, bu hizmetlerin, memur statüsünde mi, yoksa işçi statüsünde mi geçmesi gerektiği konusunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bu konuyu ileride inceleyeceğimiz için burada sadece sorunun varlığını belirtmekle yetiniyoruz. Ancak, hangi sosyal güvenlik kurumuna tabi olursa olsun hizmet birleştirilmesi için, son kamu kuruluşunda geçen hizmetlerin işçi statüsünde olması gerektiği konusunda bir tereddüt yoktur.

Esasen, konu “kıdem tazminatı” olduğuna göre, bunu hak etmenin temel koşulu İş Kanunu'na tabi bir hizmet akdiyle çalışmış olmaktır. Burada ele alınan İş Kanunu, halen uygulanan 4857 sayılı (genel) İş Kanunu'dur. Değişik tarihlerde yürürlükte kalan 3008 sayılı (ilk) İş Kanunu ile onu izleyen sürede yürürlüğe giren 931 ve 1475 sayılı İş Kanun'ları da kendi dönemleri için bu koşulu aramışlardır.<sup>8</sup>

### **3) SOSYAL SİGORTALAR KANUNU'NA GÖRE, YAŞLILIK VEYA MALÜLLÜK, YA DA TOPTAN ÖDEME ALMAYA HAK KAZANILMIŞ OLMALIDIR**

1475 sayılı İş Kanunu 14/4. madde gereğince, T.C Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunu'na veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak, aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilerek, bu kuruluşlarda geçen toplam hizmet süresi üzerinden, son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı verilmesi için diğer bir koşul da, yaşlılık veya malullük ya da toptan ödemeye hak kazanılmış olmasıdır. Bir başka deyişle, değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin kıdem tazminatı hesabında birleştirilmesi, hizmet akdinin yaşlılık veya malullük ya da toptan ödemeye hak kazanılması suretiyle feshi haline özgüdür.<sup>9</sup>

Bu esas, kamu düzeniyle ilgili ve mutlak buyurucu niteliktedir.<sup>10</sup> Toplu iş sözleşmeleriyle ortadan kaldırılamaz. Hizmet akdi veya toplu iş sözleşmesine aksi bir hüküm konulmuş olsa dahi bu hüküm geçersizdir.<sup>11</sup> Hatta, mülga 1475 sayılı İş

<sup>8</sup> Prof.Dr. Ercan AKYİĞİT, 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2006. Cilt:2 s.2319

<sup>9</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T:15.06.1987, 1987/5894 E., 1987/5983 K.

<sup>10</sup> Durmuş ÖZDEMİR, Kıdem Tazminatı ve Milletlerarası 158 Sayılı Sözleşme, Ankara 1996, s.12

<sup>11</sup> Mustafa ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986, s.460

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.05.05.1983, 1983/1563 E., 1983/4450 K.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.06.10.1989, 1989/7786 E., 1989/7642 K.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 16.12.1980, 1980/12798 E., 1980/13429 K.

Kanunu'nun 98. maddesine 2320 sayılı Kanunla eklenen (D) fıkrası ile de 14. madde hükümlerine ayrı hareket eden kamu ve özel işyerleri yöneticileri aleyhine para ve hapis cezaları öngörülmüştür.

Hizmet akdinin bunun dışında bir başka sebeple feshedilmesi halinde, 1475 sayılı İş Kanunu 14/4. madde anlamında hizmet birleştirilmesi ve kıdem tazminatı ödenmesi söz konusu olmaz.

Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir. "Hizmet akdi, emeklilik nedeniyle sone ermediğine göre, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/4. maddesi uyarınca önceki kamu kurumunda geçen çalışma süresinin birleştirilmesi olanağı yoktur."<sup>12</sup> Yargıtay bir kararında da işçinin bu fıkra hükmünden yararlanabilmesi için, yine aynı maddenin 3. fıkrası gereğince, aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelendirmesinin de şart olduğunu belirtmektedir.<sup>13</sup> Yargıtay bu kararında; yerel mahkemenin farklı gerekçelerle de olsa birleştirme kararı vermiş olmasına rağmen, gerekli bilgi ve belgeler toplanmadan sadece davacının davadaki beyanına dayanarak karar verildiği için kararı Kanun yararına bozmuştur.

İş Kanunu 14/4. maddenin "...Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye..." ifadesinden, hizmetlerin birleştirilerek toplam hizmet süresi üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenmesi hakkının, yaşlılık veya malullük ya da toptan ödemeye, sadece Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre hak kazanmış olan işçilere özgü olduğu anlaşılmaktadır.

Ancak bu konuda öğretide farklı görüşler de bulunmaktadır. Nitekim Reisoğlu, kanun koyucunun, işçi statüsünde ve hizmet akdiyle çalışan kimselerin, kural olarak Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olacaklarını düşünmüş olması nedeniyle, "İşçi statüsünde çalışan kimselerin bir kısmının T.C. Emekli Sandığı'na tabi olduğunun bir an için gözden kaçırılmış olduğu" gerekçesiyle, sadece Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olan işçilerin değil T.C Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olan işçilerin de yararlanması gerektiği düşüncesindedir.<sup>14</sup>

Cuhruk da "...Kanunun açık olan sözü dışında ne gerekçede ve ne de Yasama Meclisi belgelerinde böyle bir açıklık olmadığı..." gerekçesiyle Reisoğlu'nun görüşüne

<sup>12</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 15.5.2003, 2002/25627 E., 2003/8720 K.

<sup>13</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.05.03.1986, 1986/1048 E., 1096/2497 K.

<sup>14</sup> Sefa REİSOĞLU, 1927 Sayılı Kanun Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara 1976, s.54

katılmakta ve, "...bu nedenlerle, fıkra hükmünden sadece sonraki kamu kuruluşunda Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi işçi statüsünde çalışanlar değil, aynı zamanda T.C Emekli Sandığı Kanunu'na tabi işçilerden emeklilik aylığı almak için hizmet sözleşmesini feshedenler de yararlanabileceklerdir..." demektedir.<sup>15</sup> Öğretideki görüşlerin bir kısmının yukarıdaki şekilde olmasına karşın, T.C Emekli Sandığı Kanunu'na tabi 'işçi' kavramının kimleri kapsayacağı tartışılabilir.

Çenberci ve Yelekçi ise, açıkça üzerinde durmamakla birlikte, benzer ifadelerle, hizmet birleştirilmesi suretiyle kıdem tazminatı alma hakkını, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malullük aylığı olarak işinden ayrılan işçilerle sınırlı bir uygulama olarak görmekteyler.<sup>16</sup>

Ekonomi'ye göre 'İşçinin, çalıştığı son kamu kuruluşunda SSK'ya bağlı bulunması ve hizmet birleştirilmesi sonucu bu kanuna göre yaşlılık veya malullük aylığına hak kazanması koşuldur.'<sup>17</sup> Centel de Ekonomi ile aynı görüştedir.<sup>18</sup>

Yargıtay sorunu bir genelleme yaparak çözüme yoluna gitmiştir. Yargıtay'ca 1475 sayılı İş Kanunu 14/4. maddeye dayanılarak birleştirilen hizmet süreleri üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenebilmesi için son kamu kuruluşunun işveren, çalışanın da işçi statüsünde olması gerektiği savunulmaktadır.<sup>19</sup> Böylece Yargıtay'a göre işçinin hizmet birleştirilmesinden yararlanabilmesinde, fesihden önce bağlı bulunduğu kurumun, Sosyal Sigortalar Kurumu ya da T.C Emekli Sandığı olmasının bir önemi yoktur. Çalışan işçi, son kamu kuruluşunun da işveren olması yeterlidir.

Kanımcı, kamu kuruluşlarında çeşitli statülerde ve çeşitli Kanunlara tabi olarak geçen hizmet sürelerinin birleştirilerek son kamu kuruluşu işverenince bu süreler toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi hakkı, sadece Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçilere özgüdür. Zira 2829 sayılı Kanunla getirilen kıstasa göre, son yedi yıl içinde sigortalı, ağırlıklı hangi sosyal güvenlik kurumuna tabi ise, yaşlılık aylığı o kurumun bağlı olduğu kanuna göre yapılmaktadır. Kıdem tazminatı, İş Hukuku'nu ilgilendiren bir müessese olup, memuriyet sonunda verilen emekli ikramiyesinden farklı bir yapılanmadır.

Yukarıdaki tartışma konusu 1927 sayılı Kanunla getirilen fıkra metninin yeterince açık olmamasından kaynaklanmaktadır.<sup>20</sup> Halbuki 1927 sayılı Kanunun gerekçesinde de,

<sup>15</sup> Cuhruk, a.g.e., s.49-50

<sup>16</sup> Çenberci, a.g.e., s.429. Memduh YELEKÇİ, İş Kanunu Külliyatı, Ankara 1985, s.237

<sup>17</sup> Münir EKONOMİ, Ferdi İş Hukuku, C.1. İstanbul, 1984, s.251

<sup>18</sup> Tankut CENTEL, İş Hukuku C.1, İstanbul, 1994, s.216

<sup>19</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.11.12.1989, 1989/9608 E., 1989/10808 K.

<sup>20</sup> Cuhruk, a.g.e., s.50

aynen “...506 sayılı Kanuna göre yaşlılık veya malullük aylığı olarak işinden ayrılan işçilerin de daha önce memurluk statüsünde geçen hizmetlerinin kıdem tazminatı bakımından bir kayba uğramaksızın değerlendirilmesi sağlanmaktadır...” denilerek, sadece Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, yaşlılık veya malullük aylığı ya da toptan ödeme olarak işten ayrılan işçilerin bir kayba uğratılmamasının sağlandığı vurgulanmıştır.<sup>21</sup> Bu da, Reisoğlu'nun savunduğu gibi, “...yasa koyucunun işçi statüsünde çalışanların bazılarının T.C Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olduğunu bir an için gözden kaçırmamasının...” söz konusu olmadığını ortaya koymaktadır.<sup>22</sup>

#### **4) ÖNCEKİ HİZMET AKİTLERİ, KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANDIRACAK ŞEKİLDE SONA ERMİŞ OLMALIDIR**

Hizmet akdinin kıdem tazminatına hak kazandıracak bir sebeple sona ermesi kıdem tazminatı ödenmesinin temel koşullarından biridir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesinde, kamu kuruluşlarında geçen hizmetler için, kıdem tazminatı bakımından hizmetlerin birleştirilmesinin esasları belirlendikten sonra, maddenin 5. fıkrasında “... işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet sürelerinin kıdem tazminatı hesabında dikkate...” alınmayacağı belirtilmiştir. Buna göre, önceki hizmet akdinin kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona erip ermediği araştırılmalıdır.<sup>23</sup>

Kıdem tazminatına hak kazandıran fesih halleri de yine 14. maddenin birinci fıkrasında tek tek sayılmıştır. Beşinci fıkranın bu hükmü gereğince, işçinin kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin kıdem tazminatı açısından birleştirilmesi, bu sürelerle ilişkin hizmet sözleşmelerinin birinci fıkrada gösterilen sebeplerden birisiyle feshedilmiş olmasıyla mümkündür.<sup>24</sup>

#### **5) ÖNCEKİ HİZMET SÜRESİ İÇİN KIDEM TAZMİNATI ÖDENMEMİŞ OLMALIDIR**

1475 sayılı Kanununun 14/8. maddesi “aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı veya ikramiye ödenmez” hükmünü içermektedir.

Bu kuralı hizmetlerin birleştirilmesine uyarladığımızda ortaya çıkan sonuç, birleştirmeye konu olan önceki hizmetler için kıdem tazminatı alınmışsa, birleştirme

<sup>21</sup> Usta, a.g.e., s.136

<sup>22</sup> Reisoğlu, a.g.e., s.54, Usta, a.g.e., s.136-137

<sup>23</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. T. 06.10.2003, 2003/13019 E., 2003/16252 K.

<sup>24</sup> TEZ KOOPİŞ, a.g.e., s.302

sonucunda kıdem tazminatı hesabında bu sürenin dikkate alınmayacağıdır. Aradaki nüans farkını ortaya koymak bakımından tekrar etmekte yarar umuyoruz ki, önceki hizmet süresi için kıdem tazminatının ödenmiş olması 14/4 madde anlamında hizmet birleştirilmesinin temel şartı olmayıp, birleştirmeye engel değildir. Önceki hizmet süreleri için ödenmiş olan kıdem tazminatı, birleştirme sonucunda ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde önemli role sahiptir.

Kıdem süresinin belirlenmesinde, hizmet birleştirilmesi sonucunda elde edilen toplam hizmet süresinin esas alınacağına kuşku yoktur. Ancak kıdem tazminatının miktarının belirlenmesinde ise öğreti ve uygulamada görüş ayrılıkları mevcuttur.

Öğretide, kıdem tazminatının, çalışma sürelerinin tamamına göre hesaplanıp, önce alınan tazminat miktarının düşülmesi suretiyle bulunması gerektiğini savunan yazarlar bulunduğu gibi,<sup>25</sup> kıdem tazminatı ödenen önceki hizmet süresinin sadece kıdem tazminatına hak kazandırıcı sürenin hesabında dikkate alınması, fakat kıdem tazminatı hesabında göz önünde bulundurulmaması gerektiğini savunanlar da vardır.<sup>26</sup>

Yargıtay'ın önceki görüşleri farklılıklar içermekte iken, bugün için istikrar kazanmış bir görüşü mevcuttur. Yargıtay kararlarına göre, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “işçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır...” hükmünün, sekizinci fıkradaki, “aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı veya ikramiye ödenmez” hükmüyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Böyle olunca da, kıdem tazminatı hesaplanırken, tüm çalışma süresinin esas alan ve önce alınan kıdem tazminatı miktarını bundan mahsup eden hesaplama tarzı yasaya aykırılık teşkil etmektedir.<sup>27</sup>

Bu durumda yapılacak olan, kıdem tazminatına hak kazandırıcı hizmet süresi (en az tam bir yıl) bakımından tüm hizmet süresinin dikkate alınması, fakat ödenecek tazminat miktarının sadece kıdem tazminatı ödenmemiş son hizmet süresine göre bulunmasıdır.<sup>28</sup>

### **III. KAMU KURULUŞLARINDA HİZMET BİRLEŞTİRİLMESİ İMKANI VEREN HİZMET AKDİNİN SONA ERME ŞEKİLLERİ**

1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen, T.C.

<sup>25</sup> Reisoğlu, a.g.e., s.41. Ünal NARMANLIOĞLU, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul, 1973. s.265-266

<sup>26</sup> Çenberci, a.g.e., s.433

<sup>27</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.18.01.1971, 1971/14088 E., 1971/261 K., Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.03.03.1978, 1978/2894 EA., 1978/3467 K.

<sup>28</sup> Usta, a.g.e., s.106

Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunu'na veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödeneceği kuralı, aynı maddenin 5. fıkrasıyla, işçinin hizmet akitlerinin, evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermemesi koşuluna bağlanmıştır. Kıdem tazminatına hak kazandıran fesih halleri ise yine 14. maddede belirlenmiştir.

4857 sayılı yeni İş Kanunu'yla, 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinin yürürlükte kaldığı hükmü getirilmiş, Kanunun geçici 1. maddesiyle de, 14. maddenin 1. fıkrasının 1. ve 2. bentlerinde 1475 sayılı Kanunun 16 ve 17. maddelerine yapılmış atıfların 4857 sayılı Kanunun 24 ve 25. maddelerine yapılmış sayılacağı da hüküm altına alınmıştır.

Buna göre, hizmet akdinin aşağıdaki şekillerde feshiyle ve yasada aranan diğer şartların da oluşmasıyla, işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır;

1) İşveren tarafından 4857 sayılı Kanunun 25. maddesinin II numaralı bendinde gösterilen nedenler dışında,

2) İşçi tarafından, aynı Kanunun 24. maddesi uyarınca,

3) Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,

4) Bağlı buldukları Kanunla Kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla feshedilmesi,

5) Kadın işçisinin evlenmesi nedeniyle hizmet akdini feshetmesi,

6) 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunun 45. maddesiyle yapılan değişiklik nedeniyle, 506 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81 inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle hizmet akdinin feshi, (emeklilik hakkı doğmadan, yasayla istenilen süre ve prim şartının tamamlanmış olması, bir başka deyişle, emekli olmadan akdin feshi),

7) İşçinin ölümü,

8) Yasada sayılmamakla beraber, 4857 sayılı Kanunun 18. maddesi gereğince, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde, en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz



sürelî iş sözleşmesinin, işçinin yetersizliği, davranışları veya işyerinin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenle işverence feshi sonucunda da kıdem tazminatı hakkı doğmaktadır.

Şimdi kıdem tazminatına hak kazandıran bu fesih hallerini, yukarıda belirttiğimiz gibi, ana hatlarıyla inceleyebiliriz.

### **1) HİZMET AKDİNİN, İŞVEREN TARAFINDAN, 4857 SAYILI KANUNUN 25. MADDESİNİN II. BENDİNDE GÖSTERİLEN NEDENLER DIŞINDA FESHEDİLMESİ;**

4857 sayılı Kanunun 25. maddesi, işveren tarafından hizmet akdinin derhal feshini düzenlemektedir. Buna göre, sağlık nedenleri, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri, işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması ve 1475 sayılı Yasada olmayıp, yeni yasada eklenmiş olan, işçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması hallerinde hizmet akdi; işveren tarafından, süresi belirli olsun veya olmasın sürekli hizmet akitlerinde akdin süresinin bitiminden önce veya bildirim önelini beklemeksizin feshedilebilecektir

Maddenin II. bendinde sayılan, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışlar olarak tek tek belirlenen ve buna benzer olarak değerlendirilebilecek eylemler halinde hizmet akdi işveren tarafından feshedildiğinde işçi kıdem tazminatını hak etmemektedir. Diğer haller ise işverene derhal fesih hakkı vermekle birlikte, kıdem tazminatının ödenmesini gerektirmektedir.

Buna göre hizmet akdinin işveren tarafından;

#### **1) Sağlık sebepleri:**

**a.** İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa veya sakatlığa uğraması halinde, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi veya

**b.** İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda. ((a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar.



Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez.) veya

2) İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması veya

3) İşçinin gözüaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması.

nedenleriyle feshi halinde işçi kıdem tazminatı almaya hak kazanmaktadır. Hizmet akdini bu gerekçelerle fesheden işveren, derhal fesih hakkı nedeniyle ihbar tazminatından sorumlu olmamakla birlikte, yasa gereğince kıdem tazminatını ödemekle yükümlüdür.

## **2) HİZMET AKDİNİN İŞÇİ TARAFINDAN 4857 SAYILI KANUNUN 24. MADDESİNDE GÖSTERİLEN NEDENLERLE FESHEDİLMESİ; (HAKLINEDENLE FESİH)**

İşçinin haklı nedenlerle derhal fesih hakkını düzenleyen maddede, kıdem tazminatı hakkı veren fesih nedenleri sıralanmış olup, süresi belirli olsun veya olmasın, sürekli hizmet akitlerinde, işçi aşağıda yazılı hallerde, dilerse hizmet akdini sürenin bitiminden önce veya bildirim önelini beklemeksizin feshedebilir. Kıdem tazminatını doğuran fesih nedenleri şunlardır;

### **1) Sağlık sebepleri:**

a) İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması, işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa.

b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa.

### **2) Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:**

a) İşveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanıltırsa,

b) İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa,

c) İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse, yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler, yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi

gerektiren bir suç işlerse, yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunursa,

d) İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa,

e) İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse,

f) Ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa yahut çalışma şartları uygulanmazsa,

3) Zorlayıcı sebepler: İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa.

### 3) HİZMET AKDİNİN MUVAZZAF ASKERLİK NEDENİYLE FESHEDİLMESİ

Kanunda hizmet akdinin “muvazzaf askerlik dolayısıyla feshedilmesi” ibaresi kullanılmış ve feshin işçi ya da işveren tarafından mı yapılacağı belirtilmemiştir. Bu nedenle, hizmet akdi, muvazzaf askerlik nedeniyle işçi tarafından feshedilebileceği gibi, işveren tarafından da feshedilebilir.

Ancak, kıdem tazminatı hakkının doğumu için fesih halinin mutlaka muvazzaf askerlikle ilgili olması gerekir. Örneğin, ihtiyat askerlik ya da yasal yükümlülük nedeniyle iş akdini fesheden işçinin, kanunun bu açık hükmü karşısında kıdem tazminatına hak kazanması mümkün değildir. Esasen, muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçilerin durumu, İş Kanunu'nun 31. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir.

Muvazzaf askerlik nedenine dayalı olarak akdin feshedilmesi şüphesiz zorunlu değildir. Taraflar anlaşılırsa, akdin askıda kalması ve böylece askerlik nedeniyle kıdem tazminatı problemiyle karşılaşılması mümkündür.<sup>29</sup>

Akdin feshi ve kıdem tazminatı alınması yolu seçildiğinde uygulamada karşılaşılan bir başka sorun da, akdin feshiyle fiilen askere alınma arasında ne kadar bir sürenin geçmesinin makul karşılanacağıdır. Yasada açık bir hüküm bulunmaması karşısında, sorunun yargı içtihatlarıyla çözülmesi cihetine gidilmiş, ancak uygulamada bir

<sup>29</sup> Akyiğit, a.g.e. c.2 s.2329

yeknesaklık oluşmamıştır. Yargıtay kararlarında, işçinin akdin feshinden 1 ay<sup>30</sup> bir başka kararda 3 ay<sup>31</sup> sonra askere gitmesi durumunda, akdin muvazzaf askerlik nedeniyle feshedildiği benimsenmişken, bir kararda da 7 ay sonra askere gidilmesi durumunda kıdem tazminatı istenemeyeceği kabul edilmiştir. Ancak, bu konuda her bir somut olayın kendi özellikleri belirlenmeli ve akdin gerçekten muvazzaf askerlik nedeniyle feshi durumunun sözkonusu olup olmadığının denetlenmesi gerekmektedir. Burada önemli olan, akdin gerçekten de muvazzaf askerlik nedeniyle feshedilmişliğinin tesbitidir. Örneğin Yargıtay'ca, fesihten sonra, işçinin kardeşinin de askerde olması nedeniyle kendisinin askere sevkinin ilgili kurumca ertelenmesi<sup>32</sup> hali geçerli bir mazeret olarak değerlendirilmiştir.

#### **4) HİZMET AKDİNİN YAŞLILIK, EMEKLİLİK VEYA MALULLÜK AYLIĞI YAHUT TOPTAN ÖDEME ALMAK AMACIYLA FESHEDİLMESİ**

Kıdem tazminatı hakkını doğuran bir başka fesih nedeni de, işçilerin, bağlı buldukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla hizmet akitlerini feshetmeleridir. Konumuz, kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin kıdem tazminatı açısından birleştirilmesi olduğuna göre, kıdem tazminatına hak verdiren bu fesih halinin, son kamu kuruluşunda gerçekleşen çalışma açısından geçerli olduğunu belirtmekte fayda görüyoruz. Esasen, kamu çalışanların hizmetlerinin kıdem tazminatı açısından birleştirilebilmesi için, hizmet akdinin Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malullük ya da toptan ödemeye hak kazanılmış olması zorunludur.

Bu hükme göre, kıdem tazminatından yararlanabilmek için;

- a) İşçinin, yaşlılık, emeklilik veya malullük nedeniyle aylık veya toptan ödemeden yararlanmak amacıyla olması
- b) Hizmet akdini bu amaçla feshetmiş bulunması,
- c) Aylık veya toptan ödemeye hak kazandığını ve ilgili kurum veya sandığa bu amaçla başvurduğunu belgelemesi,
- d) Aylık veya toptan ödemede bulunacak kurum veya sandıkların Kanunla kurulmuş olması ve işçinin bu kurum ve sandıklara tabi bulunması gerekmektedir.

Ancak, işçinin ölümü halinde, bağlı olduğu kurum veya sandığa müracaat şartı yasa gereğince aranmaz.<sup>33</sup> Zira salt işçinin ölümü, yasaca aranan diğer koşulların gerçekleşmiş

<sup>30</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 1982/357 E.1982/732K,

<sup>31</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. T. 01.03.1994, 1994/10594 E, 1994/3038 K.

<sup>32</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi T. 12.12.1984, 1984/9719 E, 1984/11051 K.

<sup>33</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 01.03.2000, 2000/19876 E., 2000/2415 K.

olması halinde, ölüm aylığına ve toptan ödemeye hak kazandıran bir durumdur.

### **5) KADIN İŞÇİNİN, EVLENMESİ NEDENİYLE HİZMET AKDİNİ FESHETMESİ**

1475 sayılı Kanunda 29.09.1983 tarih ve 2869 sayılı Kanunla yapılan bir değişiklik sonucunda İş Hukukumuza giren ve 4857 sayılı yeni Yasada da aynen geçerliliğini korumakta olan ilke gereğince, kadın işçinin, evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdirmesi halinde kıdem tazminatı ödenmesi imkanı getirilmiştir.

Bunun için, kadın işçinin, hizmet akdinin devamı sırasında evlenmesi, hizmet akdinin bu evlenme nedeniyle işçi tarafından feshedilmesi, evliliğin Türk Medeni Kanunu'nun aradığı koşullarda geçerli bir evlilik olması, feshin, evlenmeden itibaren bir yıl içerisinde yapılmış olması gereklidir.<sup>34</sup>

### **6) EMEKLİ OLMADAN FESİH VE KIDEM TAZMİNATI**

25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu, İş Hukukumuza yeni bir kurum olan İşsizlik Sigortası'nı sokmuş olmakla birlikte, 506 sayılı Kanunda önemli değişiklikler yaparak, emeklilik/yaşlılık aylığı bağlanması koşullarını da önemli ölçüde değiştirmiştir. Ödenmesi gerekli prim gün sayısı ve sigortalılık süreleriyle, emeklilik/yaşlılık aylığı bağlanabilmesi için gereken yaş sınırı da bu yasayla yükseltilmiştir.

Yapılan değişikliklerle, ilgili yasanın yürürlüğe girdiği tarih olan 08.09.1999 tarihinden itibaren ilk kez sigortalı olanların, yaşlılık aylığına hak kazanabilmek için kadınsa 58, erkekse 60 yaşını doldurmaları gerektiği, prim ödeme gün sayısı da 7000 gün, veya 25 yıl sigortalılıkla birlikte 4500 gün olarak belirlenmiştir. Bu yasanın yürürlüğü tarihinden önce sigortalı olanlar için de tümüyle bu koşullar aranmayıp, kademeli geçiş öngörülmüştür. Yeri gelmişken belirtmeliyiz ki, ilk olarak getirilen kademeli geçiş sistemi, Anayasa Mahkemesi'nce, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş, daha sonra yeni bir kademeli geçiş sistemi getirilmiştir.

Bütün bu anlatılanların konumuzla ilgisi ise, anılan İşsizlik Sigortası Yasası'yla, yukarıda bahsedilen emeklilik sürelerinin uzaması öngörülerek, kıdem tazminatı yönünden işçilerin mağduriyetlerinin engellenmesi amacıyla getirilen yeni düzenlemedir. Yasayla, 1475 sayılı kanunun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesinin birinci bendine şöyle bir cümle eklenmiştir: "506 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci

<sup>34</sup> 2869 sayılı kanun, 29.09.1983 tarihinde yürürlüğe girdiğinden, evlenme ve feshin bu tarihten önce yapılmış olması halinde bu imkan kapalıdır.

fikrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanun'un Geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleriyle işten ayrılmaları nedeniyle işçilere kıdem tazminatı ödenir.”

Buna göre, yeni sisteme göre emekli olmak için gereken yaşa ulaşmamakla beraber, öngörülen sigortalılık süresi ve prim günü şartlarını yerine getirmiş olan işçiler de, bu sebebe bağlı olarak, emekli olma koşulu aranmaksızın, hizmet akitlerini feshetmeleri halinde kıdem tazminatına hak kazanmaktadırlar.<sup>35</sup>

Ne var ki, emekli olmadan önce hizmet akdinin feshi her ne kadar kıdem tazminatı hakkı veriyor ise de, akdin feshiyle, sosyal güvenlik anlamında, sağlık güvencesinden yararlanılamayacak olması, getirilen bu hükmün pratikte uygulanabilirliğinin sorgulanmasını da beraberinde getirmiştir. Zira, sağlık güvencesinin devamı, prim ödenmesine bağlı olduğuna göre, sigortalı kıdem tazminatını alarak hizmet akdini feshetse bile, aynı veya bir başka işyerinde çalışmak zorunda kalacaktır. Nitekim Akyiğit, “sonuçta bu hükmün getirilmesine gerek var mıydı sorusuyla karşılaşıldığını, bu düzenlemenin aslında ülkemiz koşullarında işçilerin emeklilik yaşına varamadan çalışamaz konuma girebilecekleri (veya ölecekleri) ihtimalinden esinlenmiş olabileceğini” düşünmektedir.<sup>36</sup>

Yasa, kıdem tazminatı yönünden kamu çalışanlarının, değişik kamu işyerlerinde geçen hizmetlerinin birleştirilebilmesi için, Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık, malullük veya toptan ödeme almaya hak kazanmış olmayı, yani yaygın kullanılan tabiriyle emekli olmayı ve hizmet akdini bu nedenle feshetmeyi zorunlu kılmıştır. Nitekim bu husus Yargıtay'ın müteaddit kararlarında da, hizmet birleştirilmesinin ve birleştirilen toplam hizmet süreleri üzerinden kıdem tazminatı ödenebilmesinin, ancak emekliliği hak etme ve akdi bu nedenle feshetme hallerinde yapılabileceği şeklinde yerleşik içtihat haline getirilmiştir. Bu durumda, emekli olmamakla beraber, yasada belirlenmiş süre ve prim gün şartlarını yerine getirdiği için, yine yasanın tanıdığı imkanla hizmet akdini fesheden kamu işçisinin kıdem tazminatı alıp alamayacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan, 2829 sayılı, Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un 4. maddesiyle, birden fazla sosyal güvenlik kurumunda farklı istihdam statüleriyle çalışanların hizmetlerinin, ancak kanuna göre yaşlılık aylığı almaya hak kazanılması halinde birleştirilebileceği, aksi halde

<sup>35</sup> Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.05.06.2003, 2003/214, 2003/10199 K.

<sup>36</sup> Akyiğit, a.g.e. c.2.s.2348

birleştirmenin söz konusu olamayacağı açıkça belirtilmiştir. Ne var ki, bu kanunun yürürlüğünden 16 yıl sonra çıkarılan 4447 sayılı Kanun'la getirilen hüküm karşısında, aylık kazanmayı sigortalılık süresi ve prim günü itibariyle hak etmekle beraber yaş sınırına takılan kamu çalışanınin hizmet birleştirilmesi ve kıdem tazminatı sorunu, yine belirsizliğini korumaktadır.

Bu konu öğretide ve uygulamada gerektiği gibi tartışılmamıştır. Ancak, yasada, “yaşlılık, malullük ya da toptan ödemeye hak kazanan” işçinin kıdem tazminatı hakkından söz edilmektedir. İşsizlik Sigortası Kanunu'yla getirilen değişiklikte ise, yaşlılık aylığı almak için, yaş küçük olmakla birlikte, gereken şartlardan prim ve sigortalılık süresinin tamamlanması halinde fesih söz konusu olursa kıdem tazminatı hakkı tanınmaktadır. Düzenlemenin, işçiye bir seçimlik hak tanıdığı, çalışma zorunluluğunu ortadan kaldırarak, belirlenen yüksek emeklilik yaşları nedeniyle esnek bir geçiş döneminin gereği olarak getirildiği düşünülebilir. Bu nokta yasa koyucunun dikkatinden bir an için kaçmamış ise, mevcut düzenleme itibariyle, kamu çalışanlarının, ancak yasada belirli bütün koşulların yerine gelmesi halinde kıdem tazminatı alabilecekleri anlaşılmaktadır. Şu halde, emekli olmadan 4447 sayılı Kanun'un 1475 sayılı Kanunda yaptığı bu değişiklikten yararlanarak, kıdem tazminatı alma hakkının kamu çalışanları için söz konusu olmadığı, konunun ancak yasal düzenlemeyle çözülebileceği rahatlıkla söylenebilir.

## 7) İŞÇİNİN ÖLÜMÜ

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesine 17.10.1980 tarih ve 2320 sayılı kanunla getirilen değişiklik gereğince, işçinin ölümü halinde, yasal mirasçılara kıdem tazminatı ödenir. Bunun için, ölen işçinin en az bir yıllık kıdemi olması gerekir. Bunun dışında, ölüm nedeni ve ölüm yeri, kıdem tazminatı hakkını etkilemez. Bir başka deyişle, işçinin iş kazası sonucu veya diğer herhangi bir nedenle ölmüş olmasının ya da ölüm olayının işyerinde veya işyeri dışında meydana gelmiş olmasının kıdem tazminatı hakkını etkilemesi söz konusu değildir.

## 8) 4857 SAYILI YASANIN 18. MADDESİ GEREĞİNCE, “GEÇERLİ NEDENLE FESİH” HALİ

4857 sayılı yeni İş Kanunumuz, 18 ve devamı maddeleriyle, iş güvencesi hükümlerini İş Hukukumuzda sokmuştur. Buna göre, 30 veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde, işveren, işçinin yetersizliği, olumsuz davranışları veya işyerinin gerekleri gibi “geçerli nedenlerle” hizmet akdini feshedebilmektedir. Bir başka deyişle işveren, feshi, yukarıda sayılan geçerli nedenlere dayandırmak zorundadır.

Feshin geçerli bir nedene dayanmadığını düşünen işçi, yasal süresi içinde feshin geçersiz olduğu iddiasıyla İş Mahkemesinde dava açarak işe iadesine karar verilmesini talep edebilmektedir. Mahkemece yapılan yargılamada feshin geçerli olduğuna karar verilerek davanın reddi cihetine gidilirse, bu fesih nedeni aynı zamanda bir haklı nedenle fesih değilse, işçi tarafından kıdem ve ihbar tazminatı gibi işçilik haklarının talebi söz konusu olabilecektir.

Neticeten, geçerli nedenle yapılan fesihte de, işçinin, iş güvencesi hükümlerinden yararlanması beklenmeksizin, işveren tarafından kıdem tazminatının ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Zira, işe iade davası sonucunda işçinin yeniden işe alınması sözkonusu olsa bile, yapılan bu ödemelerin, işçiye ilgili madde hükmüne istinaden yapılacak ödemeden mahsup edileceği yasayla da belirlenmiştir.

### **9) BELİRLİ SÜRELİ HİZMET AKDİNİN SONAERMESİ HALİ**

Yasada, kıdem tazminatına hak kazandıran fesih halleri tek tek belirlenmiş, ancak belirli süreli hizmet akitlerinin, süre bitimiyle sona ermesi halinden söz edilmemiştir. Bu nedenle, her ne kadar İş Hukuku'nda hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli olması esas ise de, belirli süreli hizmet akdi sona erdiğinde, işbu hüküm gereğince kıdem tazminatı ödenmemektedir. Ancak, Yargıtay, bir kararında genel akdin süre bitimiyle sona erdiği hallerde de kıdem tazminatı verilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>37</sup>

Bu konuyu burada zikretmemizin sebebi ise, 4857 sayılı Kanun'un 11/2. maddesi hükmüdür. Buna göre, “Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.” Bu durumda, esaslı bir neden olmaksızın birden fazla üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi akdi halinde, bu sözleşme, baştan itibaren belirsiz süreli olarak kabul edilecek ve haklı nedenle feshi halinde kıdem tazminatı hakkı doğacaktır.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Yargıtay 9.Hukuk Dairesi. T. 27.06.1984, 1984/6225 E., 1984/7113 K., Akyiğit, a.g.e.c.2. s.2364 dipnot 18

<sup>38</sup> Maddenin son fıkrasıyla, “Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar”, hükmü getirilmiştir. Burada, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'na tabi çalışan özel okul müdürü, diğer yöneticisi ve öğretmenleri ile kurum arasında, anılan Kanunun 32/1. maddesi gereğince zorunlu olarak akdedilen zincirleme sözleşmelerin, belirsiz süreli akde dönüşmeyeceğinin Yargıtay'ca yerleşik olarak benimsendiğini belirtmeliyiz. Bu nedenle, anılan Yasa çerçevesinde çalışanlar, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamamaktadırlar. Ancak bu hüküm ve uygulamanın, İş Hukuku'nun temel ilkeleriyle, kıdem tazminatının konuluş amacına uygun olmadığı kanısındayız. Zira Kanunun 32. maddesi incelendiğinde, esasen amacın, Özel Öğretim Kurumları'nda çalışacak personelin hizmet akitlerinin yazılı ve ayrıntılı yapılması, grev yapılmasının, sendika kurmanın ve üyeliğinin yasaklanması, terfi ve zam oranlarının net olarak belirlenmesi gibi hükümlerle, asıl maksat olarak kurumun devamlılığının sağlanması, personelin, önemsiz nedenlerle iş akdini feshetmemeleri, neticeten aslında bir kamu görevi olan eğitimin sekteye uğramaması olduğu görülmektedir. Bu çerçeveden bakıldığında, eğitim ve kurumun devamlılığının temini için, personelin kıdem tazminatından mahrum bırakılmasının doğru ve hukuki bir yaklaşım olmadığı ortadadır.



## 10) KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANDIRAN DİĞER FESİH NEDENLERİ

Aşağıda belirteceğimiz fesih hallerinin bir bölümü, 4857 sayılı Kanunun 24 ve 25. maddesinin kapsamına girmekler beraber, özellik arz etmeleri ve çeşitli uyumsuzluklar nedeniyle Yargıtay kararlarına konu olmalarından dolayı, ayrıca belirtme gereği duyduk:

- 1) Mevsimlik işçinin yeni çalışma döneminde işe davet edilmemesi,
- 2) İhbarsız fesih hakkının doğmadığı durumlarda iş akdinin feshedilmesi,
- 3) Sendika yöneticisinin yeniden işe başlatılması,
- 4) Kanun dışı lokavt nedeniyle fesih,
- 5) Lokavt hakkının kötüye kullanılması nedeniyle fesih hakkının kullanılması,
- 6) İşyerinin devredilmesi, kapatılması, kamulaştırılması, yanması,
- 7) İşçinin sözleşmeli personel statüsüne geçirilmesi.

## IV. İSTİHDAM STATÜLERİNİN DEĞİŞİKLİKLERİNDE HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ

1475 Sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen, yürürlükteki 14. maddesine, 1927 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerden biri de, statüleri ne olursa olsun, belli koşullarla, kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi ve toplam ücret süresi üzerinden kıdem tazminatı ödenmesini öngören 4. fıkra hükmünün konulmasıdır. Söz konusu değişiklik, Kanunun hükümet gerekçesinde de açıkça belirtildiği gibi, "... memur statüsünde belli bir süre çalışıp da kamu kuruluşlarında işçi statüsüne geçirilerek emeğinden yararlanan kişilerin uğradığı haksızlığın..." giderilmesini amaç edinmiştir.<sup>39</sup> Aynı gerekçede "... 228 sayılı Kanunun 1214 sayılı Kanunla değişik 15. maddesi, işçilikten memurluğa geçenlerin işçilikte geçen sürelerine ait kıdem tazminatını güvenceye bağlamış, fakat memurken işçi olanların memurlukta geçen sürelerine ait kıdem hakları herhangi bir kanunla düzenlenmemiştir. Getirilen bu fıkralarla istihdam statüleri tüm hizmet süresi içinde ister rızası ile isterse de rızası dışında değişikliğe uğramış kişilerin bütün hizmetlerinin değerlendirilmesi sağlanmış olacaktır. Böylece hizmet birleştirilmesi suretiyle 506 sayılı Kanuna göre yaşlılık veya malullük aylığı alarak işinden ayrılan işçilerin daha önce memurluk statüsünde geçen hizmetlerinin kıdem tazminatı bakımından bir kayba uğratılmaksızın değerlendirilmesi sağlanmaktadır..."<sup>40</sup> denilerek, açıkça, kamu kuruluşlarında geçen çalışma sürelerinin

<sup>39</sup> 1927 sayılı Kanunun Hükümet Gerekçesi., Reisoğlu, a.g.e. s., 101-104

<sup>40</sup> 228 sayılı Kanun, 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkındaki Kanunla, (R.G., T.27.05.1983 S.118059) yürürlükten kaldırılmış olup, içerik bakımından aynı amaca yöneliktir.



kıdemde göz önünde bulundurulması amaçlanmıştır. Gerekçede, özellikle çalışma statüleri değişikliğe uğrayan kişilerin bu değişikliklerin kendi istekleri ile veya istekleri dışında gerçekleşmesinin de önemli olmayacağı vurgulanmaktadır.

Gerek 228 ve gerekirse 1214 sayılı Kanunlar, 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkındaki Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Bugün bu konuda yürürlükte olan 2829 sayılı Kanun, bütün bu tarihsel gelişimi de dikkate alarak, konuya nisbi olarak değerlendirilebilecek bir çözüm getirmiştir. Buna göre, çeşitli sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak geçen hizmet sürelerinin, bu Kanuna göre aylık almaya hak kazanılması halinde, aynı tarihlere rastlamamak kaydıyla birleştirilmesi, ancak hizmet süreleri toplamının aylık bağlanmasına hak kazandırmadığı hallerde hizmet birleştirilmesi yapılamayacağı öngörülmüştür.

İstek veya istek dışında gerçekleşen söz konusu statü değişiklikleri üç grupta ele alınabilir:

- a. Memurluktan işçi statüsüne geçenler,
- b. İşçilikten memur statüsüne geçenler,
- c. İşçilikten sözleşmeli personel statüsüne geçenler,

## 1) MEMURLUKTAN İŞÇİ STATÜSÜNE GEÇENLER

### a) Tarihsel Gelişim ve Doktrin Tartışmaları;

Kamu kuruluşlarında memur olarak çalışmakta iken, sonradan kendi isteği ile veya isteği dışında işçiliğe geçenlerin, memurlukta geçen çalışmalarının 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/4. maddesi anlamında hizmet birleştirilmesine konu olup olamayacağı sorunuyla ilgili olarak, söz konusu madde metninin, bu haliyle yeterli açıklığa sahip olduğu söylenemez. 2829 sayılı Hizmetlerin Birleştirilmesi Kanunu'nun 4. maddesi, genel olarak farklı sosyal güvenlik kurumlarında geçen hizmetlerin, emekliliğe hak kazanılması koşuluyla birleştirilebileceğini hüküm altına almış ise de, birleştirilecek bu süre üzerinden ödenecek kıdem tazminatı, yine 1475 sayılı Kanun çerçevesinde incelenmelidir. Nitekim bu konu, çok değişik yorumlarla, öğretide tartışıla gelmiştir.

1475 sayılı İş Kanunu'na kıdem tazminatı uygulaması bakımından değişiklik getiren 1927 sayılı Kanunun gerekçesinde, daha önce de değindiğimiz gibi, bu Kanunun amacının, kamu kuruluşlarında memur olarak çalışıp da, sonradan işçi statüsüne geçen ya da geçirilenlerin, memurlukta geçen hizmetlerinin kıdem tazminatı bakımından korunması olduğu belirtilmektedir. Böylece 1475 sayılı Kanun'un 14/4 maddesini, bu

gerçek bağlamında değerlendirmenin doğru olacağı kanısındayız.

14/5. maddedeki düzenlemeye gelince, söz konusu fıkra hükmünü, değişik kamu kuruluşlarında çalışan sadece “işçi”lerin kıdem tazminatı hakkı doğurmayacak şekilde hizmet akitlerinin son bulması durumunda, kıdemlerinin hesabında dikkate alınmayacağı şeklinde anlıyoruz. Bununla beraber, bu konuda bazı yazarlar, İş Kanunu'nun 14. maddesinin 4. ve 5. fıkralarındaki “işçi” ve “işçinin hizmet akdinin sona ermesi” şeklindeki ibarelerden birlikte hareketle, öğretide çok değişik görüşleri ortaya atmaktadırlar.

Şöyle ki, 1475 sayılı Kanunun 14/4. maddesinde sözü edilen, T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na bağlı olarak geçen hizmet sürelerinin bu fıkra anlamında hizmet birleştirmesine konu olabilmesi için bu sürelerin ancak, hizmet akdine dayalı olarak, bir başka deyişle işçi statüsünde geçmiş olması gerektiğini düşünmektedirler. Bu konuda Ekonomi; “Esasen, genellikle memurların tabi olduğu T.C. Emekli Sandığı kapsamında, işçi niteliğinde kimseler de bulunmaktadır.<sup>41</sup> İşte kıdem tazminatına hizmet birleştirmesinde dikkate alınacak süreler T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olarak memurlukta değil, işçi statüsünde geçirilmiş süreler olacaktır. Nitekim 4. fıkra ile bağlantılı olarak getirilen 5. fıkranın hükmü de bunu doğrulamaktadır. Hizmet akdi ilişkisi bulunmayan memur statüsündeki kimselerin memurluktan ayrılmaları, 14. maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyen bir hal olduğundan, memurlukta geçen hizmet süresi kıdem tazminatında göz önünde tutulmayacaktır”<sup>42</sup> görüşünü savunmaktadır.

Buna karşılık bazı yazarlar, Emekli Sandığı'na bağlı olarak geçen sürelerin, memur statüsünde veya işçi statüsünde geçmesinin önemi olmadığı görüşündedirler. Reisoğlu, fıkrada yer alan “T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na bağlı olarak kamu kuruluşlarında geçen hizmet süreleri” şeklindeki ifade ile hükümet tasarısının gerekçesinde de belirtildiği üzere, ön planda memurluk statüsünde geçen hizmet sürelerinin kastedildiğini ifade ederek, bir kamu kuruluşunda işçi statüsünde geçen hizmetin daha sonra aynı ya da değişik kamu kuruluşunda memur statüsünde geçecek hizmetle birleştirilmesi yanında bir kamu kuruluşunda memuriyet statüsü içinde geçen hizmetlerin de sonradan işçilik statüsünde geçen hizmetlerle birleştirilmesi ve birleştirilen sürelerin tamamı üzerinden kıdem tazminatı ödenmesinin gerektiğini belirtmektedir.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, genel olarak bir hizmet akdine dayanarak çalışan kimseler, yani işçiler, sigortalı sayılmakla beraber, örneğin 14.07.1996 tarihli ve 722 sayılı “Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu” kapsamına giren memur niteliğindeki bekçiler de, bu Kanuna tabi tutulmuş ve S.S.Kanunu'na bağlanmışlardır. (S.S.K.m.2)

<sup>42</sup> Münir Ekonomi, Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartları ve Kıdem Tazminatının Miktarı, 1927 sayılı Kanun ile Kıdem Tazminatı Yönünden Getirilen Yenilikler ve Doğurduğu Sorunlar Seminerindeki Tebliği

<sup>43</sup> Reisoğlu, a.g.e., s.52

Cuhruk da, Ekonomi'nin görüşü doğrultusunda yorum yapıldığında, bir kamu kuruluşunda önce memur iken, aynı veya değişik kamu kuruluşunda işçi statüsünde çalışmasını sürdürmüş olan kimsenin hizmetleri, anılan yasaya göre birleştirilerek, yaşlılık veya malullük aylığına müstahak görülse bile, kıdem tazminatı olarak ancak sonraki kamu kuruluşunda işçi olarak çalıştığı sürenin kıdem tazminatını alabileceği gibi adaletsiz bir durumun ortaya çıkacağı, işte yasa koyucunun da zaten, söz konusu hükümle ön planda gidermeyi amaçladığı adaletsiz durumun bu olduğu düşüncesiyle, Reisoğlu'nun görüşünü paylaşmakta ve hükmün memuriyet statüsünde geçen hizmetleri kapsadığını düşünmektedir.<sup>44</sup>

Yargıtay da bu konuda değişik görüşler sergileyerek bir kararında, memurlukta geçen sürelerin birleştirilemeyeceği görüşüne varmış,<sup>45</sup> ancak daha sonra verdiği çeşitli kararlarda memuriyette geçen sürelerin de birleştirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Hatta daha da ileri giderek, borçlanılan askerlikte geçen sürenin de kıdem tazminatında nazara alınması yolunda görüş bildirmiştir.<sup>46</sup> Ancak Yargıtay, daha sonra verdiği bir kararında, istifa ile sonuçlanan memuriyette geçen sürelerin kıdemde nazara alınmayacağı görüşü ortaya koymuştur.<sup>47</sup> 2829 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra, Yargıtay uygulamasında bir farklılık gözlemlenmemektedir. Yasanın açık metni karşısında, verilen birçok içtihatla, memuriyette geçen hizmetlerin işçilikte geçen hizmetlerle kıdem tazminatı yönünden birleştirilmesi gerektiği yerleşik hal almıştır.

Kanımızca, kamu kuruluşlarında T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na tabi memur olarak geçen hizmet sürelerindeki istihdam statülerindeki farklılık İş Kanunu'nun 14/4. madde anlamındaki hizmet birleştirmelerine engel değildir. Belirtilmelidir ki, 2829 sayılı Kanun'un 4. maddesi, farklı sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak geçen hizmetlerin, yaşlılık aylığı veya toptan ödemeye hak kazanılmış olması halinde birleştirilmesini görmüş, bunu yaparken de statü farklılığından söz etmemiştir. Esasen doktrinindeki tartışma, T.C. Emekli Sandığı'na bağlı olarak geçen sürenin memur olarak mı, yoksa işçi olarak mı geçmesi gerektiği konusuna odaklanmıştır. Kaldı ki, genellikle 2829 sayılı Yasadan önceye tekabül eden bu tartışmaların, konunun tarihsel gelişimi açısından değerlendirilmesi daha sağlıklı bir yaklaşımdır. 2829 sayılı Yasa, hizmet birleştirmesine genel bir düzenleme getirmiştir. Ancak yine de, emekliliği hak etme konusundan bağımsız olarak, kıdem tazminatı hesabında, T.C. Emekli Sandığı'na bağlı olarak geçen sürenin işçi olarak mı, yoksa memur olarak mı geçmesi gerektiği tartışması, İş Hukukumuz açısından değerini korumaktadır.

<sup>44</sup> Cuhruk, a.g.e., s.48

<sup>45</sup> Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.01.02.1977, 1977/288 E., 1977/2106 K.

<sup>46</sup> Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.23.11.1984, 1984/10089 E., 1984/10237 K.

<sup>47</sup> Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T. 09.03.1987, 1987/2275E., 1987/2757 K.

**b) Birleştirilen memuriyet süresinin sona erme şekli;**

Farklı sosyal güvenlik kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi konusunda, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/5. maddesi, “işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeyle göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz” demektedir. Belirtilmelidir ki, maddede geçen “işçi” ve “hizmet akdi” ibareleri geniş olarak yorumlanmalıdır. İş Kanunu'nun temelde işçi-işveren ilişkilerini düzenlediği ve bu maddeyle, memuriyetten işçiliğe geçen işçinin, önceki hizmet süresine ilişkin bir düzenleme getirdiği dikkatten kaçırılmamalıdır. Ne var ki, “hizmet akdi” kavramının, özellikle işçilikten memuriyete geçenler açısından tam olarak kastedileni kapsamadığı, “hizmet süreleri” kavramından da, önceki memuriyet süresinin anlaşılması gerektiği açıktır.

Bu nedenle, önceki hizmeti memur statüsünde geçen işçiler için açık bir sorun bulunmaktadır. Birleştirmeye konu önceki memuriyet süresinin, kıdem tazminatına hak kazandıracak bir şekilde son bulması gerektiği hükmü, kıdem tazminatına hak kazandıran fesih halleri ile, memuriyetin sona ermesi halleri arasında bir karşılaştırma yaparak, sonuçta bir paralellik kurma zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Zira asıl sorun, yasayla böyle bir hüküm getiren yasa koyucunun, işçinin önceki memuriyet süresinin sona eriş biçimiyle, kıdem tazminatına hak kazandıran fesih halleri arasında bir paralellik kuran herhangi bir düzenleme getirmemiş olmasıdır.

Buna göre, önceki memuriyetinin sona eriş şekli, eğer kıdem tazminatına hak kazandıracak fesih hallerine paralelse, bu sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, önceki memuriyet süresinin sona erme nedeni; “eğer bu kişi işçi olsa idi ve ayı nedenle hizmet akdi sona ermiş olsa idi, kıdem tazminatını alır mıydı” sorusuna verilecek cevaba göre belirlenecektir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, memuriyetin sona ermesi halleri olarak; memurluktan çıkarılma, memurluğa alınma şartlarından herhangi birisinin taşınmadığının anlaşılması, memurluktan çekilme, istek, yaş haddi, malullük ve sicil sebeplerinden biri ile emekliye ayrılma ve ölüm olarak sayılmıştır.

Önceki memuriyetin, ölümle, emekliye ayrılma, yaş haddi nedeniyle sona ermesi hallerinin konumuz açısından pratik bir yararı bulunmamaktadır. 657 sayılı Kanun'un 98. maddesi, memuriyetin sona ermesinin ilk hali olarak “memurluktan çıkarılma”yı saymakta, aynı Kanunun 125. maddesinin e bendinde de bunun nedenleri belirlenmektedir. Buna göre memurluktan çıkarılma nedenleri;

**a)** İdeolojik veya siyasi amaçlarla kurumların huzur, sükun ve çalışma düzenini bozmak, boykot, işgal, engelleme, işi yavaşlatma ve grev gibi eylemlere katılmak veya bu amaçlarla toplu olarak göreve gelmemek, bunları tahrik ve teşvik etmek veya yardımda bulunmak,

**b)** Yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek,

**c)** Siyasi partiye girmek,

**d)** Özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek,

**e)** Savaş, olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin verdiği görev veya emirleri yapmamak

**f)** Amirine ve maiyetindekilere fiili tecavüzde bulunmak,

**g)** Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak,

**h)** Yetki almadan gizli bilgileri açıklamak,

**i)** Siyasi ve ideolojik eylemlerden arananları görev mahallinde gizlemek,

**j)** Yurt dışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak,

**k)** 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkındaki Kanuna aykırı fiilleri işlemek.

olarak sayılmaktadır. Dikkatle incelendiğinde, sayılan bütün bu sona erme halleri, hizmet akdinin kıdem tazminatına hak kazandırmayan fesih halleri ile örtüşmektedir. Geniş bir yorumla siyasi partiye girmek gibi bazı maddeler bunun dışında tutulabilirse de, memurun işvereni durumunda olan devletin maddi ve manevi şahsiyetinin korunmasını da ilgilendiren diğer bazı maddelerin ayrı tutulmasının mümkün olmadığı açıktır.

Bu durumda, kamu kuruluşlarında hizmet birleştirilmesi konusunun, uygulamada daha ziyade, karşılıklı rızayla yapılan kurum içi veya kurum dışı nakillerde ortaya çıkan istihdam statüsü değişikliklerinde söz konusu olabileceği, memuriyetten çıkarılma halinde uygulamanın son derece sınırlı koşullara bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple, konunun bir an önce yasal düzenlemeyle çözümlenmesi gerekmektedir.

Önceki memuriyet süresinin istifa ile sona ermesi halinde de, bu dönem, hizmet

birleştirilmesine esas alınacak, ancak kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmayacaktır. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/5. maddesinin açık ifadesi ve yukarıda izah ettiğimiz sistematik çerçevesinde düşünüldüğünde, memuriyetten istifa halinde, bu sürelerin kıdem tazminatı hesabı bakımından dikkate alınmayacağı konusunda duraksamaya yer yoktur. Zira kıdem tazminatı hakkı kazandıran fesih halleri arasında istifa hali, (işçinin bildirimli feshi) sayılmamıştır, Hizmet akdini istifa ederek sonlandıran işçiye kıdem tazminatı ödenmez. Bu durumda, istifa eden memurun da, istifa ile sonuçlanan memuriyet süresinin, kıdem tazminatında dikkate alınmaması doğal sonuçtur. Yargıtay'ın bu konudaki uygulaması da kararlılık kazanmıştır.<sup>48</sup>

## 2) İŞÇİLİKTEN MEMUR STATÜSÜNE GEÇENLER

İşçinin memur statüsüne geçirilme işlemi, geçmişte birçok kez yapılmıştır. Bu işlemlerden bir kısmı idari bir kararla yapılmış, bir kısmı ise Bakanlar Kurulu kararına ya da bir yasa hükmüne dayandırılmıştır.

İşçinin memuriyete geçirilmesi sırasında, bazen işçinin muvafakati alınmış, bazen de muvafakat aranmamıştır. Bu durumdaki kişiler emeklilik veya malullük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla işten ayrıldıklarında hizmetleri nasıl bir değerlendirilmeye tabi tutulacaktır? 1475 sayılı yasanın yürürlükteki 14. maddesinin 4. fıkrasında, kıdem tazminatı bakımından kamuda geçen hizmetlerin birleştirilmesi, "Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan "işçiye" tanındığına" göre; emekliye ayrıldığı tarihteki son görevi "memur" olan ve evvelce kamuda bir dönem işçi statüsünde çalışmış kişiye nasıl bir hak tanınacaktır?

Statü değiştirme işlemlerinden başlıcaları, 657, 2595 ve 2708 sayılı yasalarla yapılmıştır. Bu yasalarda, memur statüsüne geçirilen işçilerin geçmiş hizmetlerinin memur statüsünde değerlendirilmesi, yeni statüdeki derece ve kademe tesbitinde ve emekli ikramiyesinde nazara alınması öngörülmüştür.

Ayrıca, çeşitli sosyal güvenlik kurumlarına tabi çeşitli hizmet süreleri bulunanların emeklilik, malullük, yaşlılık ve ölüm halinde kendilerine ve hak sahiplerine sağlanacak hakları düzenleyen 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un 4. maddesinde, farklı kurumlara tabi olarak geçen çalışmaların, aylık bağlanmaya hak kazanıldığında birleştirilecekleri hükmü getirilmiş, aynı yasanın 12. maddesinde, "...son defa T.C Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve kendilerine bu Kanunun 8. maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlanana, T.C. Emekli Sandığı'na tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim ve kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerin toplamı üzerinden

<sup>48</sup> Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.29.04.1980, 1980/3048 E., 1980/5110 K.

aylık bağlananlara, T.C. Emekli Sandığı'na tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim ve kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerin toplamı üzerinden 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu Hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir" denilerek, bu gibilerin prim ödemek suretiyle işçilikte geçen sürelerinin emekli ikramiyesi yönünde değerlendirilebileceği kabul edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasıyla da, evvelce kıdem tazminatı ödenmiş sürelerin emeklilik ikramiyesi hesabında dikkate alınmayacağı hükme bağlanmıştır.

Böylece işçi statüsünden memur statüsüne geçirilen personelin hizmet akdi ile çalıştığı süre, memur statüsünde geçmiş gibi işlem görecektir; bunun sonucu olarak da hizmet akdine tabi çalışmaları artık ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmayacaktır. Böylece hizmet akdine tabi olarak geçen hizmet süresi için kıdem tazminatı hakkı doğduğundan söz edilmeyecektir.

Aksinin kabulü halinde hizmet akdine tabi olarak geçmiş olan süre hem işçi statüsünde, hem de memur statüsünde değerlendirilmiş olur ki, mükerrer yararlanmaya yol açan böyle bir durum hukuken korunamayacağı gibi, söz konusu 2829 sayılı Kanunun 12. maddesinin mahiyetiyle de bağdaşmazlık meydana getirir.<sup>49</sup> Yargıtay'ın görüşü de bu istikamettir.<sup>50</sup>

### 3) İŞÇİLİKTE SÖZLEŞMELİ PERSONEL STATÜSÜNE GEÇENLER

Uygulamada şimdiye kadar pek rastlanılmamış olsa da, kamu kuruluşlarında işçi statüsünde çalışanların, sonradan istekleriyle veya istekleri dışında sözleşmeli personel statüsüne geçmeleri mümkün olabilir. Böyle olunca da, sözleşmeli personel statüsünde iken emekliliğe ayrılanlara kıdem tazminatı ödenip ödenmeyeceği, ödenecek ise, bunun süresinin hangi kıstaslara göre belirlenmesi gerektiği bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda saydığımız bütün statü değişiklikleri hallerinde olduğu gibi, işçi statüsünden sözleşmeli personel statüsüne geçişte kıdem tazminatı sorununun nasıl halledileceği konusu da öğretide dikkate alınmamıştır. Konu yine, Yargıtay kararlarıyla çözülmektedir. Yargıtay bir kararında şu ifadelerle hizmet birleştirilmesini kabul etmektedir. "...Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacıya kıdem tazminatı ödenmesi gerekip gerekmediği, ödenmesi gerekmekte ise bunun hangi ücret üzerinden hesap edileceğine ilişkindir. Davacı, işyerinde işçi olarak çalışmakta iken, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükmünce, sözleşmeli personel statüsüne alınarak kendisine bu statüye göre ücret ödenmiş ve yine bu statüde iken... tarihinde emekli olmuştur. Davacının sicil dosyasındaki ve sözleşmedeki bilgilerden pastacı ve ekmekçi olarak

<sup>49</sup> TEZ-KOOP-İŞ, a.g.e., s.328

<sup>50</sup> Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.13.02.1984, 1984/386 E. 1984/1331 K.



çalıştığı anlaşılmaktadır. Gördüğü işin bu türüne göre işçi statüsüne tabi olması gerekir. Böyle olunca, İş Kanunu'na göre kıdem tazminatı almaya hakkı vardır ve hak kazandığı kıdem tazminatının da buna göre hesap edilmesi icap eder.

O halde yapılacak iş, davacının emekli olduğu... tarihinde aynı işyerinde toplu iş sözleşmesinden yararlanmak suretiyle çalışan emsali işçinin almakta olduğu sosyal yardımlı ücret tesbit edilmek, başka bir ifade ile davacı sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeyerek işçi olarak çalışmasını sürdürseydi ne ücret alacak idi ise bu ücreti belirlemek ve emekli olduğu tarihte sözleşmeli personel olarak almakta olduğu ücretin altında kalmamak kaydı ile buna göre kıdem tazminatı hesabı yapmak ve bu suretle bulunacak miktara karar vermektten ibarettir.

Her halükarda davacının hem sözleşmeli personel statüsünde aldığı ücretten, hem de ayrıca toplu iş sözleşmesinde öngörülen sosyal yardımlardan yararlanması mümkün değildir.

Bu itibarla az önce açıklanan biçimde kıyaslama yapılarak davacının işçi olarak alabileceği sosyal yardımlı ücrete göre fakat emekli olduğu tarihte sözleşme ile ödenen ücretin altına düşmemek kaydı ile bulunacak ücrete göre kıdem tazminatının hesap ve ödenmesi gerekir.<sup>51</sup>

Böylece Yargıtay, dolaylı olarak da olsa, sözleşmeli personel statüsünde geçen hizmetlerin işçi statüsünde geçmiş gibi hesaplanmasını savunarak, konumuz anlamında hizmet birleştirmesine taraftar olduğunu ortaya koymaktadır.

#### **4) STATÜ DEĞİŞİKLİKLERİYLE İLGİLİ DİĞER SORUNLAR**

##### **a) Memur statüsündeki hizmet süresinin ay kesirleri;**

1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükteki 14. maddesinin 6. fıkrası, kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi suretiyle ödenmesi öngörülen tazminatın, T.C. Emekli Sandığı'na tabi olarak geçen hizmet süresine ait kısmı için ödenecek miktarının, yaşlılık veya malullük aylığının başlangıç tarihinde T.C. Emekli Sandığı Kanunu'nun yürürlükteki hükümlerine göre emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktardan fazla olamayacağını hüküm altına alınmıştır.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesi hükmüne göre, “Emekli, adi malûllük veya vazife malûllüğü aylığı bağlanan veyahut toptan ödeme yapılan; asker, sivil tüm iştirakçilere, her tam fiili hizmet yılı için, aylık bağlamaya esas tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir.” Maddenin eski şekli olan (506 sayılı Kanunun

<sup>51</sup> Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, T.06.12.1988, 1988/11035 E., 1988/11580 K.



mülga ek 20.maddesi)<sup>52</sup> metninde geçen “her tam fiili hizmet yılı için” ifadesini gerekçe gösteren yargı organları bu hükümde yıldan artan süreler için emekli ikramiyesi öngörülmediğinden bahisle, kamu kuruluşlarında T.C. Emekli Sandığı'na tabi olarak geçen sürenin yıldan artan kısmı için kıdem tazminatı ödenemeyeceği görüşündedir.<sup>53</sup>

14. maddenin 4. fıkrasında, kamudaki hizmetlerinin birleştirilmesi kabul edilen işçiye, “bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet süresinin toplamı üzerinden” kıdem tazminatı verilmesi belirtilirken, fıkra kapsamına giren işçilerin kıdemlerinin nasıl hesaplanacağı da gösterilmiştir. Bu hükmün getiriliş amacı, 1927 sayılı Kanuna ilişkin hükümet gerekçesinde, “... hizmet birleştirilmesi suretiyle 506 sayılı Kanuna göre yaşlılık veya malullük aylığı olarak işinden ayrılan işçilerin da daha önce memurluk statüsünde geçen hizmetlerinin kıdem tazminatı bakımından bir kayba uğratılmaksızın değerlendirilmesi sağlanmaktadır...” biçiminde ifade edilmiştir.

Buna göre, hizmetlerin birleştirilmesi kabul edilen kamu işçilerinin kıdemi, kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamıdır. Bunların kıdem tazminatları, memurluk statüsünde geçen hizmetleri bir kayba uğratılmadan toplam süreleri dikkate alınarak ödenecektir. T.C. Emekli Sandığı'na tabi olarak geçen hizmet süresinin yıldan artan kısımlarının kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaması ise, memurluk statüsünde geçen hizmetlerden bir bölümünün değerlendirilmemesi sunucunu doğurmaktadır ki, böyle bir yaklaşımın 45. fıkra hükmü ve buna ilişkin gerekçesiyle bağdaşmadığı ortadadır.

T.C. Emekli Sandığı'na tabi olarak geçmiş hizmetlerin yıldan artan kısımları için kıdem tazminatı ödenmemesi yolundaki yaklaşım, 14. maddenin birinci fıkrası ile de çelişmektedir. Çünkü kamudaki hizmetleri birleştirilen işçiye ödenmesi gereken kıdem tazminatı miktarı, 5434 sayılı kanuna göre değil İş Kanunu'na ve bu kanunun 14. maddesine göre hesaplanmaktadır. Anılan maddenin 1. fıkrasında ise, yıldan artan süreler için aynı oran üzerinden hesap yapılması kabul edilmiştir.<sup>54</sup>

Bu durumda yapılması gereken, evvelce memur statüsünde çalışmış olan işçinin kıdem tazminatı hesabında, memuriyetindeki sürenin yıldan artan kısımlarının da genel kıdem tazminatı hükümlerine göre hesaplanmasıdır. Esasen, memuriyette geçen süre ile, işçilikte geçen toplam süre üzerinden bir hesaplama yapıldığında böyle bir sorun da ortadan kalkmış olacaktır.

<sup>52</sup> İşbu madde, 5335 sayılı Kanunla kaldırılarak, 5434 sayılı yasanın 89. maddesine aynı kanunla bugünkü şekli verilmiştir.

<sup>53</sup> Yargıtay 9. Hukuk. Dairesi, T.26.03.1986, 1986/2188E., 1986/390 K., Sayıştay Temyiz Kurulu, T.04.11.1983, Tutanak no.18746)

<sup>54</sup> TEZ KOOP-İŞ, a.g.e. s.330

**b)T.C. Emekli Sandığı'na tabi hizmet süresinin bir yıldan az olması:**

Yüksek mahkemelerin konuya yaklaşımını ve 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun konuya yaklaşımını yukarıda açıklamıştık. Emekli Sandığı'na tabi hizmet süresinin yıldan artan kısımlarını kıdem tazminatı hesabında dikkate almayan yargının, aynı sandığa tabi olarak geçen ve bir yıldan az süren hizmetleri de yine aynı gerekçelerle değerlendirme dışı bırakacağı kuşkusuzdur.

Kanımızca, hizmetleri birleştirilerek, toplam hizmet süresi üzerinden emekli edilen işçi açısından, kıdem tazminatının da toplam hizmet süresi üzerinden verilmesi gerektiği, İş Hukuku'nun ve kıdem tazminatı ilkelerinin bir gereği ve sonucudur. Esasen bizce olması gereken, pratikte, evvelce memur statüsünde çalışan işçinin, emekliliği hak ettiğinde memuriyette geçen süreleri ile işçilikte geçen süreleri birleştirilerek, bu toplam süresi üzerinden kıdem tazminatı hesap edilmesidir. Memuriyette geçen sürenin bir yıldan az olması halinde bu sürenin kıdeme dahil edilmemesi genel kıdem tazminatı ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.

**V. BORÇLANILAN ASKERLİK SÜRESİNİN BİRLEŞTİRİLMESİ**

Askerlik süresinin borçlanması müessesesi, hukukumuza, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nda, 23.02.1965 tarih ve 545 sayılı Kanunla eklenen, sonradan 1623 sayılı Kanunla değiştirilen Ek 8. madde ile girmiş, 1972 senesinde, 1655 sayılı Yasa ile de, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na 60/F maddesi ilavesi ile konu şekillenmiştir. Genel olarak belirtmek gerekirse buna göre, yedek subay öğrenciliği veya muvazzaf er olarak geçirilen askerlik süreleri, belirli koşullarla borçlanılarak, bu sürelerin hizmetten sayılması mümkündür.

Öğretide, hizmet akdinin bir gereği ve sonucu olan kıdem tazminatının, hizmet akdiyle ilgisi olmayan askerlik süresiyle ilişkilendirilmesini doğru bulmayan yazarlar olduğu gibi, buna katılan yazarlar da vardır. Gerçekten; kıdem tazminatının, hizmet akdiyle belirli sürede çalışan işçinin, bu çalışmasının bir ödülü, çalışma yaşamının zorluklarına uzun süre katlanmasının bir karşılığı niteliğinde hak edilmiş bir tazminat olduğu ve esasen son derece ayrıntılı düzenlenmiş, hak edilmesi de belirli koşullara bağlı olan bir kurum olduğu dikkate alındığında, hizmet ilişkisiyle bağlantısı olmayan askerlik süresinin borçlanması halinde, bunun kıdem süresine dahil edilmesinin doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Dikkat edilirse yasa kıdem tazminatını düzenlerken, “hizmet akdinin devamı süresince”, “hizmet akdi ile çalıştıkları süreler”, “hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle” gibi sürekli ve ısrarcı şekilde bir iş ilişkisinden, yani hizmet sözleşmesinden, söz etmektedir. Bu açıdan bakıldığında, hizmet akdi ile herhangi bir

kuruma bağlı olarak çalışmayan kişinin, askerliğinin bitiminden seneler sonra, sırf yasadaki bu haktan yararlanarak borçlanmasının ve bunun hizmet akdiyle geçen süre gibi değerlendirmeye alınmasının, kıdem tazminatı hukuku açısından anlaşılabilir bir yönü bulunmamaktadır.

Uygulamada, yasalarla tanınmış olan askerlik süresi borçlanması hakkına dayalı olarak, başta Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>55</sup> olmak üzere, daire kararlarıyla da kararlılık kazanmış bir şekilde, kamu kuruluşlarında, borçlanılmış askerlik süresi kıdeme dahil edilmekte, emekliliğe esas sürede hesaba katılmakta ve kıdem tazminatı hesabında da dikkate alınmaktadır.

Borçlanılan askerlik süresinin kıdeme dahil edilmesinin koşullarını, hizmet akdinin, yaşlılık, malullük veya toptan ödeme almak amacıyla feshedilmiş olması ve istek tarihinde 506 sayılı Kanuna uygun şekilde çalışıyor olmak olarak belirleyebiliriz. Bir başka deyişle, bugün hukukumuz uygulamasında, kamu kuruluşunda çalışarak emeklilik veya toptan ödemeyi hak etmiş olan işçi, evvelce askerlik süresini borçlanmış ise, borçlandığı bu askerlik süresi, hem hizmet süresinden sayılmakta, hem de bu süre kıdem tazminatının hesabında, hizmet akdiyle çalışılmış gibi değerlendirmeye alınmaktadır.

Hemen belirtmeliyiz ki, hizmet akdinin, emeklilik veya toptan ödeme dışında herhangi bir nedenle feshi halinde borçlanılmış askerlik süresi kıdeme dahil edilememektedir. Bu konuda Yargıtay'ın kararı senelerdir kararlılık ve istikrar kazanmıştır.<sup>56</sup> Yüksek Mahkeme 11.09.2006 tarihli çok yeni bir kararında, bu görüşünü yinelemiştir.<sup>57</sup> Burada üzerinde durulması gereken bir nokta ise, askerlik süresini borçlanmadan, çalışırken ölen işçinin mirasçılarının askerlik süresinin borçlanması halinde, borçlanılan bu sürenin kıdeme dahil edilemeyeceğidir. Yine Yargıtay'ın bu konudaki uygulaması da süreklilik ve kararlılık kazanmıştır.<sup>58 59</sup> Bu uygulamanın da doğru

<sup>55</sup> Yargıtay İBBGKK, 15.04.1984, 1984/4 E., 1985/3 K.,

Burhan SINMAZ, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ankara, 1998. s.217.

<sup>56</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.01.03.2000, 2000/19876 E., 2000/2415 K.

<sup>57</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.09.2006, 2006/2517 E., 2006/21448K.. (...Kamu kurumu niteliğindeki işveren nezdindeki çalışmalarda askerlik borçlanmasının kıdem tazminatına esas olacak süreye dahil edilebilmesi için, akdin işçi tarafından yaşlılık aylığı almak üzere feshedilmesi gerektiği yasal koşulu yerine getirilmediğinden...)

<sup>58</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T.10.05.1999, 1999/6948 E., 1999/8678 K.

<sup>59</sup> Yukarıda anılan İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, işçinin ölümü halinde hak sahiplerinin, yani mirasçılarının askerlik borçlanması hükümlerinden yararlanabilecekleri belirtilmiş ise de, bu hüküm, 506 sayılı Yasanın askerlik borçlanmasına ilişkin hükümlerinin uygulanmasında ortaya çıkan farklı bir uyumsuzluk nedeniyle verilmiştir. Burada anlatılmak istenen, askerlik borçlanması suretiyle ölen sigortalının hizmet süresinin uzatılmasının sağlanarak ödenmiş prim günlerinin geride kalan dul ve yetimlerine maaş bağlanmasına yetecek düzeye gelmesi ve yine Anayasa'yla devlete yüklenmiş olan sosyal güvenlik şemsiyesinin geniş tutulmasını temin etmektir. Bir başka deyişle, ölen işçinin mirasçıları askerlik süresini borçlanarak elde edecekleri gün sayılarıyla, yeterli olması halinde ölen işçinin emekliliği temin edilmiş gibi, dul ve yetimlerine maaş bağlatma imkanına kavuşabileceklerdir.

olmadığı düşüncesindeyiz. Zira işçinin çalışırken ölmesi ile emekli olduktan sonra ölmesi arasında kıdem tazminatı hukuku bakımından hiçbir fark bulunmamaktadır. Askerlik süresini borçlanan ve emekli olduğunda borçlandığı bu süre için de çalışmış gibi kıdem tazminatı alan işçinin, çalışırken ölmesi halinde de, mirasçılarının da murislerinin bütün haklarına halef olduğu genel ilkesinden hareketle, bu süre için kıdem tazminatı alabilmeleri gerekir.

## VI. SONUÇ

Kamu kuruluşlarında, T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na ve Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak birtakım çalışmaların geçmiş olması olasıdır. Bir başka deyişle, bir kamu kuruluşu çalışanı, belli bir süre memur olarak çalışıp, sonradan işçi statüsüne geçebileceği gibi, aksine, bir süre işçi olarak çalışıp, sonradan memur statüsüne geçebilir. İstihdam statüsü sürekli olarak aynı kalsa bile, işyerlerinin değişmesi sorunu da hizmetlerin birleştirilmesi konusunun içindedir. Kamu kuruluşlarında bir ya da değişik statülerde, aynı ya da farklı kuruluşlarda hizmet sürelerinin geçmiş olması olasılığı, bu sürelerin sonunda alınacak kıdem tazminatının hesabında esas alınacak hizmet süresinin belirlenmesinde hangi kuralların ve koşulların varlığının aranacağı sorusunu ortaya çıkarmaktadır.<sup>60</sup>

Kamu kuruluşlarında, kıdem tazminatı bakımından hizmetlerin birleştirilmesi konusu, 4857 sayılı yeni İş Kanunu'muzun 120. maddesiyle yürürlüğünü koruyan 1475 sayılı eski İş Kanunu'muzun 14. maddesinin 4. 5. ve 6. fıkralarında düzenlenmiştir. Buna göre, kamu kuruluşlarında hizmetlerin birleştirilebilmesi için, birleştirilecek hizmetlerin tamamının kamu kuruluşlarında geçmiş olması, ayrılmadan önceki son çalışmanın işçi statüsünde geçmiş olması, Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malullük, ya da toptan ödeme almaya hak kazanılmış olması, önceki hizmet akitlerinin ve farklı statülerde geçmiş hizmetlerin kıdem tazminatına hak kazandıracak biçimde sona ermiş olması ve önceki hizmet süresi için kıdem tazminatı ödenmemiş olması koşullarının bir arada bulunması gerekmektedir.

<sup>60</sup> İlhami AKAN, Kıdem Tazminatı Bakımından Hizmetlerin Birleştirilmesi, (Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir 1997. s.62

### YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKAN, İlhami : Kıdem Tazminatı Bakımından Hizmetlerin Birleştirilmesi (Yüksek Lisans Tezi) Eskişehir 1997.
- AKYİĞİT, Ercan : 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara, 2006.
- CENTEL, Tankut : İş Hukuku, C.1, İstanbul, 1994.
- CUHRUK, Mahmut : Kıdem Tazminatı ve Uygulaması, Ankara, 1978.
- ÇENBERCİ, Mustafa : İş Kanunu Şerhi, Ankara, 1986.
- EKONOMİ, Münir : “Kıdem Tazminatına Hak Kazanma Şartları ve Kıdem Tazminatının Miktarı”, 1927 Sayılı Kanun ile Kıdem Tazminatı Yönünden Getirilen Yenilikler ve Doğurduğu Sorunlar, E.İ.T.İ.A. Yayınları, No:152-94, Eskişehir 1976
- NARMANLIOĞLU, Ünal : Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul, 1973.
- ÖZDEMİR, Durmuş : Kıdem Tazminatı ve Milletlerarası 158 Sayılı Sözleşme, Ankara, 1996.
- REİSOĞLU, Sefa : 1927 Sayılı Kanun Açısından Kıdem Tazminatı, Ankara, 1976.
- SINMAZ, Burhan : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ankara, 1998.
- USTA, Osman : İş Kanunu'ndan Doğan Kıdem Tazminatı, Ankara, 1988.
- YELEKÇİ, Memduh : İş Kanunu Külliyatı, Ankara, 1985.
- TEZ KOOP-İŞ : 1475'ten Doğan Kıdem Tazminatı Uygulaması, Tez Koop-İş Sendikası Eğitim Yayınları, No:18.



# **HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNİN TÜRK TİCARET KANUNU VE BORÇLAR KANUNU DÜZENLEMESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Okt. Hediye Bahar SAYIN\***

## **1. GENEL OLARAK HAKSIZ REKABET**

Rekabet iktisadi sahadaki mücadeledir. Rekabetle girişimci rakibinden öne geçmek ve iktisadi başarı sağlamak ister. Haksız rekabet hükümleriyle; bir işletmeye dürüst şekilde müşteri çekme faaliyetine hukuka aykırı biçimde tecavüz edilmesi önlenmiş olur. Haksız rekabetin yasaklanmış olmasının amacı; Rakibi korumak, Müşterileri korumak, Mesleki yararlar ve Milli ekonominin korunması olduğu söylenebilir<sup>1</sup>.

Haksız rekabet çeşitli hukuk sistemlerinde farklı şekillerde düzenlenmiştir. Haksız rekabeti düzenleyen kanunlar bakımından devletleri üç guruba ayırabiliriz:

a) Medeni hukuk hükümleri ile tanzim eden devletler: İngiltere, Fransa, 1943 yılına kadar İsviçre, İtalya örnek gösterilebilir.

b) Borçlar ve Ticaret Kanunu ile tanzim eden devlet: Türkiye'de haksız rekabet genel olarak BK.m. 48'de, ticari işlerle ilgili rekabet ise TK.m. 56 - 65'de düzenlenmiştir.

c) Hususi kanunlarla tanzim eden devletler: Almanya, Avusturya (1923), Çekoslovakya (1927), İsviçre de 1943'de kabul edilen ve 1945'de yürürlüğe giren bir kanunla (23 m.) bu guruba iltihak etmiştir. Burada haksız rekabet Medeni Kanun ve Ticaret Kanununun dışında ayrı bir kanunla tanzim edilmiştir. Ayrıca bu özel kanun öncelikle haksız rekabeti genel olarak tarif eder, daha sonra bazı haksız rekabet halleri hakkında da hüküm koyar. Özel haller dışında kalan, fakat genel tarife giren fiiller de haksız rekabet sayılır<sup>2</sup>.

---

\* Okutman, Anadolu Üniversitesi.

<sup>1</sup> Sait Kemal MİMAROĞLU, **Ticaret Hukuku C.I**, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1970) s. 286; Yaşar KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku Dersleri**, (Ankara, 1968) s. 303.

<sup>2</sup> KARAYALÇIN, s. 302.

## 2. HAKSIZ REKABETİN TANZİMİNDE SİSTEMLER

Haksız rekabetin tanziminde iki usulden yararlanılabilir

a) Haksız rekabet sayılan halleri açıkça göstermek ve ayrıca genel bir hükümle tarifini yapmamak.

b) Haksız rekabeti umumi bir hükümle tarif etmek ve ayrıca mühim bazı rekabet halleri hakkında hususi hükümler koymak. Bu özel hükümler sınırlı mahiyette olup, genel tanıma giren diğer hal ler de haksız rekabet sayılır. Alman ve İsviçre Kanunları ve yeni Ticaret Kanunu bu usulü kabul etmişlerdir.

İsviçre kanunu da objektif iyiniyet kaidelerine aykırı yanıltıcı veya diğer vasıtalarla iktisadi rekabetin her türlü suiistimalini haksız rekabet olarak kabul etmiştir. Daha sonra hangi hareketlerin objektif iyiniyet kaidelerine aykırı olduğu misal olarak sayılmıştır<sup>3</sup>.

## 3. TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ REKABET KONUSUNDA İKİLİ DÜZENLEME VE BUNUN GEREKÇESİ

1881 eski İsviçre Borçlar Kanunu haksız rekabeti tarif etmiyordu, bunun tayinini kanton kanunlarına bırakıyordu. 1912 tarihli yeni İsviçre Borçlar Kanununda bu hususu göz önünde bulundurularak 48. madde ile genel ihtiyaçlar karşısında konuyu aydınlatma zorunluluğu duyuldu. İsviçre'den alınan Medeni Kanun ile birlikte haksız rekabete dair hükümlerde sistemimize girmiş oldu. Fakat İsviçre'de tatbikatta ortaya çıkan problemler nedeniyle ve konunun iktisadi yaşamda ki önemini göz önüne alan kanun koyucu bu hususun BK'da tek bir madde ile düzenlenemeyeceğini düşünerek, müstakil ve daha ayrıntılı federal kanun ihtiyacı nedeniyle 1943'de yeni esaslara göre bir proje hazırlayarak uygulamaya koydu ve amacı iktisadi rekabetin kötüye kullanılmasını önlemektir<sup>4</sup>.

Eski Ticaret Kanunumuz Alman Kanunundan iktibas edildiği için haksız rekabet konusunda ki düzenlemelerde Alman Kanunu gibi genel bir hüküm koymayarak sadece yasak fiilleri saymakla yetinilmiştir. Ve bizde Haksız Rekabet sistemi bu iki ülke kanunları ön planda olarak gelişmiştir.

Türk Hukukunda haksız rekabet hükümleri ilk olarak BK. m. 48 ve eski Ticaret Yasamızın 56 vd. maddeleri ile düzenlenmişti. BK. m. 48 genel hüküm niteliğini taşımakta, ETK. m. 56 vd. ise özel haksız rekabet hallerini düzenlemekte idi. ETK. 56 vd. maddeleri uygulamada dar yorumlanmış ve ilgililer arasında çok defa rekabet münasebeti aranmıştır. Borçlar Kanununun 48. mad. failin sıfatını ön planda tutmadan, başkalarının

<sup>3</sup> KARAYALÇIN, s. 302

<sup>4</sup> Şevket Memedali BİLGİŞİN, *Ticaret Hukuku Prensipler, C.I.*, (İstanbul, 1948), s. 248



müşterilerini azaltmaya yönelik hareketleri kim tarafından yapılırsa yapılsın haksız rekabet olarak kabul eder bir tutum izlemiştir<sup>5</sup>.

Bugün Türk hukukunda, haksız rekabet, esas itibariyle Türk Ticaret Kanununun 56 - 65'inci (TTK. m. 56/65 hükümleri, haksız rekabet müessesesini yeni baştan ve oldukça değişik olarak düzenlemiştir) maddelerinde düzenlenmekle beraber BK m. 48'de muhafaza edilmiştir. Oysa: Ticaret Kanunumuzun haksız rekabet hükümleri İsviçre'nin 1936 yılında çıkardığı «Haksız Rekabet Kanunu»n dan alınmıştır. Adı geçen ülkede, bizim BK. m. 48'in karşılığı olan madde açıkça yürürlükten kaldırılmıştır. Zira İsviçre'de «Haksız Rekabet Kanunu» sadece «tacirler» veya «ticari işletmeler» arasındaki haksız rekabeti değil, fakat «iktisadi rekabetin her türlü kötüye kullanılması»nı yaptırım altına almıştır. Bu nedendir ki, uzun çalışmalarından sonra hazırlanan BK. m. 48'in karşılığı maddenin gelişen yaşam koşullarında yetersiz kaldığının anlaşılması sonucu bu alan «Bağımsız bir Yasa» olarak düzenlenmiş ve yerine konulduğu BK. m. 48 karşılığı olan madde açıkça yürürlükten kaldırılmıştır<sup>6</sup>.

23 maddeden oluşan İsviçre Kanunu'nun 1. maddesi haksız rekabeti, objektif iyiniyet kaidelerine aykırı usuller veya aldatma ile iktisadi rekabetin her türlü kötüye kullanılması şeklinde tanımlayarak *şahsiyetin korunması ilkesini terk etmiştir*. Tasfiye satışları ve primli satışlar hariç, Haksız Rekabete dair Federal Kanununun bütün hükümleri Ticaret Kanunumuza hemen hemen aynen alınmıştır.

Türk Ticaret Kanununun ilk tasarısında, BK. 48. maddesinin, İsviçre'de olduğu gibi yürürlükten kaldırılması öngörülmüş, ancak 1956'da tasarımı gözden geçiren Komisyon, Ticaret Kanununda yer alan haksız rekabetin ticari sahaya ilişkin hükümleri, iktisadi hayatın diğer sahalarında tatbik yeri bulamayacağından BK. nun 48 inci. maddesinin kaldırılması teklifi uygun görülmemiş, fakat bu maddedeki hükümlerle yeni Ticaret Kanunu arasındaki tatbik sahası farkını belirtmek üzere *BK.m.48'e «Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır»* fıkrası eklenmiştir<sup>7</sup>.

Bu durumda, halen yürürlükte olan ikili düzenlemeye göre;

a - Ticari işlere ait olmayan yani adi işleri ilgilendiren haksız rekabet fiillerine, Borçlar Kanunu m. 48 uygulanacaktır.

b - Ticari işlerle ilgili haksız rekabet fiillerine, Ticaret Kanunu, m. 56 - 65 yer alan hükümler uygulanacaktır. Böylece, Türk pozitif hukukunda, haksız rekabet alanında ikili bir düzenleme yani aynı müessesenin iki kanunda düzenlenmesi gibi bir durum ortaya

<sup>5</sup> BİLGİŞİN, s. 251.

<sup>6</sup> POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku** (8. Bası, İstanbul, 1998) s. 219 vd.; Ekrem EDGU, **Ticaret Hukuku I Umumi Hükümler** (Ankara, 1964) s. 125.

<sup>7</sup> MİMAROĞLU, s. 287 vd.

çıkıştır<sup>8</sup>.

Haksız rekabet ile ilgili bu ikili düzenlemenin isabetli olduğunu söylemek zordur. Her şeyden önce modern anlamda haksız rekabeti tanımlayan TK. 56. maddesi, sadece tacirler ve ticari işletmeler arasındakini değil, her türlü haksız rekabet hallerini kapsar. Gerçekten TK. 56. maddesine göre, haksız rekabet, «aldatıcı hareket veya iyiniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir». TK. 56. maddesinde haksız rekabet tanımlanırken «iktisadi rekabetin her türlü suistimali» esas alındığına göre, adi işlerdeki ender haksız rekabet hallerinin de TK. m. 56 - 65 kapsamına gireceği şüphesizdir. Zira her türlü haksız rekabette, ekonomik bir nitelik ve bu niteliğin kötüye kullanılması veya haksız yere zedelenmesi söz konusudur. Ayrıca Ticaret Kanununda düzenlenen her husus ticari iş (TK. m. 3) ve iktisadi rekabetin her türlü kötüye kullanılması da haksız rekabet sayıldığına göre (TK. m. 56), bütün haksız rekabet hallerini ticari sayıp, bunlar hakkında TK. m. 56 - 65'i uygulamak mümkündür. Bu anlamda, iki doktor veya iki avukat arasındaki haksız rekabet de bu hükümlere göre çözümlenecektir. Bu durum karşısında, BK. 48. maddesinin uygulanma alanının kalmayacağı söylenebilir. İktisadi rekabet niteliği taşımayan fiillere örnek olarak hayır derneğinin kazanç sağlama amacı gütmeksizin işlettiği müesseseye karşı iyiniyete aykırı hareketlere uygulanabilir fakat böyle bir olasılık yok denecek kadar azdır<sup>9</sup>.

Kaldı ki BK.m.48 ile TK.m. 56'da ifadesini bulan prensipler birbirinin aynı da değildir. *Ticaret Kanunu bu yeni görüşlere ve ihtiyaçlara uygun olarak hazırlanmış olup "şahsiyetin himayesi esasına" (MK. 24) değil "hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak hakkın, suiistimali" esasına (MK. 2) dayanmaktadır. Bundan başka yeni kanunlarla kabul edilen hukuki himaye daha kapsamlı ve kuvvetlidir*<sup>10</sup>. Aslında genel bir kanunu özel kod içine koymak kanun yapma tekniğine uygun değildir.

Bazı müelliflere göre BK. m. 48'in yürürlükte kalması ve bu itibarla haksız rekabetin hem Borçlar Kanununda hem de Ticaret Kanununda ayrı ayrı düzenlenmiş olmasında isabet vardır. Çünkü, Ticaret Kanunu bir ticarethane, fabrika veya ticari şekilde işletilen müesseseleri ilgilendiren muamele, fiil ve işlere uygulanır (TK. 1). Oysa bir ticari işletmenin değil, ticari olmayan fakat müşteri ile ilgili herhangi mesleki bir faaliyetin haksız rekabete maruz kalması mümkündür. Bu halde, müracaat edilecek hüküm Borçlar Kanunu m. 48 olacaktır;

<sup>8</sup> KARAYALÇIN, s. 305.

<sup>9</sup> POROY/YASAMAN, s. 223.

<sup>10</sup> Fahri Halil ÖRS, **Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet Hukuki Mahiyeti Ve Rekabet Hakkının Himayesi**, (Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Yüksek Okulu Yayını, 1970) s.21 vd.

Fakat bazı müelliflerde tam aksi kanaattedir. Kaldı ki, ticari işlere ait olan haksız rekabeti, diğerlerinden ayırmak bir hayli güçtür. Çünkü Ticaret Kanununda düzenlenen her husus ticari iş (TK. m. 3) ve ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanılışı da haksız rekabet sayıldığına göre (TK. m. 56), ekonomik rekabetin her türlü haksız rekabet hallerini ticari saymak ve bunlar hakkında Borçlar Kanunu 48'i değil, Ticaret Kanunu m. 56 - 65'i uygulamak mümkündür<sup>11</sup>.

Öte yandan haksız rekabet ile ilgili bu ikili düzenleme, hukuk tekniği açısından da tutarlı değildir. BK. 48. maddesine, «Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır» fıkrasının eklenmesine rağmen, TK. m. 58/III'de, esnaf dernekleri ve üyelerinin de, Ticaret Kanunu hükümlerine göre (m. 56 - 65) haksız rekabet davası açma hakları olduğu açıklıkla kabul edilmiştir. Oysa esnafın yaptığı işler, ticari iş niteliğinde değildir. Görülüyor ki haksız rekabet konusunda Türk hukukunda bulunan ikili düzenleme, özellikle BK. 48. maddesinin uygulanma olanağının kalmamış bulunması karşısında, tutarlılığını yitirmiştir. BK'nu m.48'in hangi hallerde uygulanacağı problem oluşturur ve Yargıtay kararları incelendiğinde çok nadir olarak BK m.48'e göre hüküm kurulmuş bir vakaya rastlanır<sup>12</sup>. Bugün bir rekabetin haksız olup olmadığının, özellikle rekabetin haksız olması halinde, kimlerin kime karşı hangi davaları açabileceğinin, TK. 56 - 65 maddelerine göre saptanması gerekecektir<sup>13</sup>. İktisadi rekabet niteliği taşımayan fiillere örnek olarak hayır derneğinin kazanç sağlama amacı gütmeksizin işlettiği müesseseye karşı iyi niyete aykırı hareketlere uygulanabilir fakat böyle bir olasılık yok denecek kadar azdır<sup>14</sup>.

Yeni Borçlar Kanununun ilk tasarısında yukarıda belirttiğimiz tartışmalar ve uygulama göz önüne alınmış olacak ki, 48. maddenin kaldırılması planlanmış<sup>15</sup> fakat şuan mevcut olan tasarıda md. 56, BK. 48. maddeyi karşılamak suretiyle tekrar kanuna alınmış bulunmaktadır.

*“Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da*

<sup>11</sup> KARAYALÇIN, s. 306.

<sup>12</sup>“...Etilen unvanın dosyada bulunan fotoğraflarına göre davacının eskiden beri tescil ettirmek suretiyle bihakkın kullanmakta olduğu unvanın davalının kullanmakta olduğu unvan arasında iltibasın mevcut bulunduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar davacının tacir olup davalının tacir olmaması sebebiyle TTK m. 56'nın tatbik yeri olmaması nedeniyle dava ret edilmiş ise de davanın durumu dikkate alınarak Borçlar Kanunu m. 48 hükmü gereğince davalının hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak davacının unvanını kullanması nedeniyle davanın reddedilmesi kanuna aykırı bulunarak hükmün bu sebepten bozulmasına” Kamil TEPECİ, **Notlu İzahlı Borçlar Kanunu** (Ankara:1959) sf. 156.

<sup>13</sup> Oğuz İMREGÜN, **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri** (İstanbul: Yasa Yayınları, 1989) s. 108.

<sup>14</sup> POROY/YASAMAN, s. 223.

<sup>15</sup> T.C. ADALET BAKANLIĞI, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, (Ankara, 2005)

*dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı halinde zararın giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır”<sup>16</sup> şeklinde düzenlenmiştir. Gerekçeye baktığımızda “818 sayılı BK'nun m. 48/1'de kullanılan 'yanlış ilanlar' şeklindeki ibare iletişim teknolojisinde meydana gelen gelişmeler göz önünde tutularak, tasarıda 'gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması' şekline dönüştürülerek hükmün kapsamı genişletilmiştir” şeklinde düzenlendiği görülür. Fakat eleştirilere rağmen BK'n daki haksız rekabet düzenlemesine neden ilk tasarıda yer verilmediği ve sonraki tasarıya tekrar neden alındığıyla ilgili bir gerekçe bulunmamaktadır.*

#### **4. BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN HAKSIZ REKABET**

BK. 48. maddesine göre, haksız rekabet «yanlış ilanlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketlerle» yapılan her türlü fiilleri kapsar. Maddenin öngördüğü müeyyidelerin harekete geçirilebilmesi için ise, bu haller sonucu bir kimsenin müşterilerinin azalması veya müşterilerini kaybetmek korkusuna uğraması zorunludur.

Görülüyor ki, BK. 48. maddesi uyarınca, bir fiilin haksız rekabet sayılabilmesi iki unsurun gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur. Bunlar *yanlış ilanlar yahut iyiniyet kaidelerine aykırı sair hareketler ve bu haller sonucu haksız hareketlere maruz kalan kimsenin müşterilerinin azalması veya müşterilerini kaybetmek korkusuna kapılmasıdır*<sup>17</sup>.

BK. 48. maddesinde haksız rekabetin unsurları belirtilirken, haksız rekabetin yanlış ilanlar yahut iyiniyet kaidelerine aykırı sair hareketler ile yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu madde de «yanlış ilanlar» ve «iyiniyet kaidelerine aykırı sair hareketler» iki ayrı kategori gibi gözükmektedir. Oysa yanlış ilanlar yapılması iyiniyet kaidelerine aykırı bir davranış niteliğindedir. Bu açıdan aralarında herhangi bir fark yoktur. Bu nedenle yanlış ilanları BK. 48. maddesinde düzenlenen haksız rekabetin bir unsuru olarak değil, bir örneği olarak kabul etmek gerekir.

BK m. 48 hükümlerinin meydana gelebilmesi için;

a. Kendi veya başkasının şahsı veya işletmesi hakkında yanlış beyanda bulunmak. Yapılan duyurum ya kendi şahsı-müessesesi veya başkasının şahsı müessesesi hakkında olmalıdır. Yanlış ilan ve haber yayma, ya övünmek, ya da başkasını kötülemek şeklinde ortaya çıkabilir.

b. Yapılan yanlış ilan ve haber verme gerçeğe uygun olmamalıdır.

<sup>16</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/borçlarkanunu.htm>

<sup>17</sup> Celal GÖLE, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, (Ankara,1983) s. 300.

c. Bu ilan ve haber vermenin BK m. 48'i ihlal edebilmesi için aleni surette yapılmış olması gerekir<sup>18</sup>.

BK. 48. maddesine göre haksız rekabet fiili işlendiği takdirde, bu fiil dolayısıyla müşterileri azalan ya da bunları kaybetmek tehlikesine maruz bulunan kişi, fail aleyhine haksız rekabete son verilmesi davası açabilir. Ayrıca, bu kişi davalının kusurlu olduğu hallerde, uğradığı zarara karşılık genel hükümlere dayanarak tazminat davası ile zararını talep etmek hakkını da haizdir.

BK. 48. maddesinde yer alan haksız rekabetle ilgili düzenlemenin TK. 56 vd. maddelerine kıyasla yetersiz olduğu söylenebilir. Her şeyden önce, 48. madde, *iktisadi şahsiyetin korunması ilkesine dayanmakta ve bu vasfı ile MK. 24. maddesindeki genel hükmün uygulanmasından ibaret bulunmaktadır*. İsviçre hukukunda bu maddenin yürürlükten kaldırılarak, haksız rekabetin yeni bir kanunla düzenlenmesinin nedeni, 48. maddede ki düzenlemenin haksız rekabet sahasında yetersiz görülmesi ve Federal Mahkemenin çeşitli kararlarında «iyiniyet kaidelerine aykırılık» ilkesine dayanmak zaruretini hissetmesidir. Yeni İsviçre Kanunu ihtiyaçlara uygun olarak, şahsiyetin korunması ilkesini terk ile hakkın objektif iyiniyet kaidelerine aykırı olarak kullanılması esasını kabul etmiş, böylece ekonomik rekabet düzeninin korunmasını hedef almıştır<sup>19</sup>.

1. BK. 48. maddesinin MK. 24. maddesine dayanması yanında, maddenin öngördüğü müeyyidelerin uygulanabilmesi son derece sınırlı koşulların gerçekleşmesine bağlı kılınmıştır. Gerçekten 48. maddeye göre, haksız rekabet fiilinin işlenmiş sayılması ve kanunda öngörülen müeyyidelerin harekete geçirebilmesi için, bu fiile maruz kalanın müşterilerinin azalması yahut müşterilerini kaybetmek korkusuna maruz bulunması şarttır. Haksız rekabet sonucu müşterileri azalmayan yahut müşterilerini kaybetme korkusuna maruz kalmayan bir kimsenin, 48. maddeden yararlanması söz konusu değildir. Aslında, bir kimse müşteri unsuru olmadan dahi, haksız rekabet sonucu zarar görebilir ya da zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalabileceği düşünülürse madde kapsamının dar olduğu anlaşılır.

2. BK. 48. maddesine göre, haksız rekabet fiilinin işlendiği hallerde, müşterileri azalan ya da müşterilerini kaybeden kimse, haksız rekabeti oluşturan fiillere son verilmesi için, fail aleyhine dava açabilir. Ayrıca failin bu haksız rekabet dolayısıyla kusuru varsa, zararının tazmin edilmesini de isteyebilir. BK. m. 48'de haksız rekabet için öngörülen bu müeyyideler, TK. m. 56-65' e kıyasla yetersizdir. Özellikle BK. m. 48'de öngörülen tazminat davası açma hakkının, haksız rekabetin devam ettiği veya tekrar edilmek

<sup>18</sup> ERNST HIRSCH, *Ticaret Hukuku Dersleri C.I.*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, 1939) s. 195.

<sup>19</sup> ÖRS, s.27.

tehlikesinin bulunduğu haller için yeterli olduğu söylenemez. Öte yandan m. 48'de esas itibariyle rakibin fiilinin göz önüne alındığından, zarara uğrayan tüketicinin BK. m. 48'e dayanarak hakkını araması hemen hemen mümkün değildir.

3. BK. m. 48'de, haksız rekabet sonucu elde edilen menfaatin ne olacağını tayin konusunda da bir boşluk vardır. 48. maddenin kaleme alınış tarzı itibariyle, fail, haksız rekabet sonucunda, haksız bir menfaat elde etmişse, bu hareketinin semeresini dahi muhafaza edebilecektir<sup>20</sup>.

### 5. ESKİ TÜRK TİCARET KANUNU AÇISINDAN HAKSIZ REKABET

1926 tarih ve 866 sayılı ETTK ve BK göre, haksız rekabette ikili bir düzenlemeye gidilmiş ve BK'nun 48. maddesi ile haksız rekabet eylemlerinden doğan borçlar faslında genel olarak tarifi verilmiştir. ETTK bakıldığında 56. maddede haksız rekabetin tanımının yapılmadığı ve haksız rekabet eylemlerine örnekler vermek suretiyle düzenleme başladığı görülür. 1957 sayılı Türk Ticaret Kanunu ise genel bir tanım verdikten sonra haksız rekabet örnekleri vererek düzenleme yapmıştır<sup>21</sup>. Ayrıca ETTK ve BK'nun bölüm başlıklarına bakıldığında Ticaret Kanununda “gayri kanuni rekabet” terimini kullandığı halde Borçlar Kanununda “haksız rekabet” terimini kullanmıştır<sup>22</sup>. Bu fark kaynak kanunlardan doğrudan çeviri suretiyle kavramların alınmasından kaynaklanmaktadır.

O dönemde rekabet hukukuna ilişkin hükümler doğrudan doğruya halkı değil, rakipleri koruma altına alır ve onlara hizmet eder. Halktan hiçbirinin böyle bir talepte bulunmaya hakkı yoktur<sup>23</sup>.

Bazı ülkelerde haksız rekabet hükümleri sadece ticari muamelelere özgülenmiştir. ETTK yürürlükte olduğu zamanlarda Borçlar Kanununun haksız rekabetle ilgili 48. maddesi ticari olmayan eylemlere uygulanırdı. Mesela, bir doktorun veya dişçinin haksız rekabet yüzünden müşterileri azalıyor ve bunları kaybetme tehlikesi doğuyorsa men ve tazminat davası açabilmesi mümkündü, ETTK hükümleri ise tacirleri ilgilendirdiğinden onlara uygulanıyordu<sup>24</sup>.

Rekabetin rakipler arasında mevcut olabileceği gerek ETTK ve gerek BK'da kabul ediliyor ve ancak onlar arasındaki ilişkilerden haksız rekabet fiilinin doğabileceği kabul edilerek sadece rakipler koruma altına alınmıştır. ETTK'da Ticaret ve Sanayi Odalarına tanınan ceza davası açma yetkisi tacirler üzerindeki korumanın bir sonucu olarak verilmiş

<sup>20</sup> ÖRS, s. 30 vd.

<sup>21</sup> Halil ARSLANLI, **Kara Ticareti Dersleri Umumi Hükümler** (3. Bası, İstanbul), s.219

<sup>22</sup> BİLGİŞİN, s. 251

<sup>23</sup> HIRSCH, s. 193.

<sup>24</sup> ARSLANLI, s. 221

olup bu odalara davada taraf vasfı vermemiştir. Talep hakkı rakibe verilmiş ve muhatap olarak da haksız rekabet fiilini işleyen kimse gösterilmiştir.

ETTK 58 ve 59. maddelerine göre bir tacir rekabet etmek amacı ile başka bir tacirin menfaat veya ticaretine zarar veren, kendi mallarının kaynağı ve vasıfları, ticarethanesinin önem ve büyüklüğü hakkında gerçeği yansıtmayan imalarda bulunabilir. Ticaret Kanununun bu maddelerinin tatbik edilebilmesi için BK'nun 48. maddesindeki hükümlerden başka fail tacir sıfatını haiz olmalı, ayrıca fail ile hakkında yanlış imalarda bulunulan şahıs arasında rekabet ilişkisi olmalıdır<sup>25</sup>.

Bir tacirin şahsi ve mali kudreti hakkında istihbarat acentaları vasıtasıyla *kasten ve ağır bir kusur* neticesi olarak yanlış bilgi verilmesi haksız rekabettir. Gerçeğe aykırı bilgi veren istihbarat acentası o tacirin bu yüzden uğrayacağı maddi ve manevi zarar tazminle mükelleftir<sup>26</sup>. Bu hüküm mevcut TTK alınmamıştır.

## 6. TTKAÇISINDAN HAKSIZ REKABET

TK. 56. maddesinde de haksız rekabet tanımlanırken *ekonomik rekabet etme hakkının kötüye kullanılmasının aldatıcı hareket veya iyiniyet kaidelerine aykırı suretle de vaki olabileceği* ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile haksız rekabet kaidelerinin sadece belli kimselere karşı ileri sürülebilen mutlak haklardan oluştuğu belirtilmişse de bu hakkın mahiyeti üzerinde durulmamıştır. Ticaret Kanununun haksız rekabet hükümlerine İsviçre'nin 1943 tarihli kanunu kaynak oluşturmuştur. Bu kanundan önce İsviçre'de rakibin durumu, şahsiyete bağlı hakların korunması ve sübjektif iyiniyet ön planda iken bu kanun ile İsviçre bu düşünceyi terk etmiştir. Kanunun genel amacının haksız rekabete karşı koruma sağlamak olduğu ve iktisadi yaşamın önemli hususlarından olan rekabet hakkının korunduğu belirtilmiştir<sup>27</sup>.

Bu durumda Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümleri Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan iyi niyet kaidelerine uygun bir yorum ve uygulama alanı bulmuştur. İster işletme ile alakalı olsun ister olmasın iktisadi rekabetin suistimali haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. *Haksız rekabete ait hükümlerin uygulanmasında ticari örf ve adet ile teamüller ve ticari ahlak geniş ölçüde hesaba katılmalıdır*. Ticaret Kanununumuza göre haksız rekabetten bahsedebilmek için şu unsurları bir arada bulunmalıdır:

1. “Ekonomik rekabet hakkı” kötüye kullanılmalıdır.
2. Bu kötüye kullanma, iyiniyet kurallarına aykırı bir kötüye kullanma olmalıdır.

<sup>25</sup> EHIRSCH, s. 196.

<sup>26</sup> ÖRS, s. 95.

<sup>27</sup> ARSLANLI, s.221



gözükmektedir. Oysa iyi niyet kaidelerine aykırı davranış kavramı, aldatıcı hareketleri de kapsayan genel bir formüldür).

3. Haksız rekabet teşkil eden fiil dolayısıyla bir başkasının ekonomik yararları zarar görmüş veya zarar görme tehdidine maruz kalmış olmalıdır. Aralarında rekabet ilişkisi olanların haksız rekabet nedeni ile dava açabilmeleri için ekonomik yararın zarar görmesi veya zarar görme tehlikesiyle karşılaşmaları gerekir. Oysa haksız rekabet fiilini işleyen ile aralarında rekabet ilişkisi bulunmayan kimselerin dava açabilmeleri için zarar görme tehlikeleri yetmez, ekonomik yararın zedelenmiş olması gerekir.

4. Haksız rekabet fiilini işleyen ile buna uğrayan arasında rekabet ilişkisinin bulunmasına lüzum yoktur. Aleyhine haksız rekabet davası açılabilir kimse yalnız rakip değil üçüncü kişide olabilir.

5. “İltibasa sebep olan malları durumu bilerek veya bilmeyerek satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmamak” da haksız rekabet fiili sayılmıştır. Bu hüküm 1951 tarihi lahiyada yoktu. Gerekçede “haksız rekabetle ilgili ETTK uygulamasına bakıldığında karışıklığa sebep olacak bir malı yapmış olmadığı halde bilerek veya bilmeyerek yapandan satın alan kimseye karşı haksız rekabetten dolayı dava açılmayacağı şeklindeki görüş eleştirilerek, aslında mer'i kanuna göre men davası açmak için kusur şartı aranmadığına göre iltibasa sebep olan malları elinde bulunduran kimseye karşı men davası açılabilmesi gerekir” denilmiştir. Ve bu alanda bir düzenlemeye gidilerek “iltibasa meydan veren malı onun iltibasa meydan veren vasfını bilerek veya bilmeyerek elinde bulunduran her şahsın hareketi, şahsi ihtiyaç için elde bulundurma hali hariç haksız rekabet” olarak kabul edilmiştir<sup>28</sup>.

6. Kural olarak bir mahkeme ilamı taraflar arasında hüküm doğurur. Ticaret Kanunu gereğince bir kimse haksız rekabetin men'i, haksız rekabet neticesi durumun giderilmesi veya yanlış ve yanıltıcı beyanların düzeltilmesine karar verilmişse, bu hüküm haksız rekabete konu olan malları doğrudan doğruya veya dolayısı ile davalıdan elde etmiş olan şahıslar hakkında da uygulanabilir.(Kanun gerekçesine bakıldığında, aslında haksız rekabet fiilini işleyen kişi tektir. Fakat ürettiği haksız rekabet mahsulü mallar yüzlerce binlerce kişinin elinde bulunur. Esas fail hakkında açılan dava birçok zaman mağdurun zararını gidermeye elverişli olmamaktadır. İcra Hukukumuzda zilyetlikle ilgili bir kimse hakkında verilmiş kararın zilyetliği o kimseden almış olan kimseler hakkında icra edilebileceğine dair hüküm haksız fiil alanındaki ihtiyaçları da karşılamaya yöneliktir. Ve bu vasıta ile hak sahibinin hakları daha etkili şekilde korunabilir<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> ARSLANLI, s.223.

<sup>29</sup> ARSLANLI, s.224.



## 6. BK VE TTK HÜKÜMLERİ KARŞILAŞTIRILMASI

1. Hukuk tekniği açısından hükümlerin kaynağının farklı olduğu görülür. BK m. 48, MK. m. 24'ü ( şahsiyetin himayesi) esas aldığı halde, TTK, MK. m. 2'yi (medeni hakların kapsamı) esas alır<sup>30</sup>.

2. TTK' na göre haksız rekabette önemli olan belirli rakiplere yönelik tavır ve hareket tarzı değil, sadece serbest rekabetin korunmasıdır. BK'na göre ise önemi olan haksız rekabet hareketleridir<sup>31</sup>.

3. BK. m.48'e göre haksız rekabet hareketinin ahlak ve adap kaidelerine değil iyiniyet kaidelerine aykırı olması halinde mevcuttur. Yani TTK ve BK'na göre “iyiniyet kaidelerine” aykırı hareket edilmesi durumu her iki kanunda birbirine uygun şekilde düzenlenmiştir. İyiniyet kaidelerine aykırı hareket tabiri BK m. 48'de hiçbir surette açıklanamamasına rağmen TTK m. 57 ile 10 bent halinde bu hususa dair örnekler verilmiş bunların tahdidi olmadığı belirtilmiş ve mahkemelere takdir hakkı verildiği gibi örneklerle uygulama kolaylaştırılmıştır. Rekabet kusura dayandığı gibi kusursuzda olabilir. Yani bir rekabet fiilinin sonu rakibin mahvı olabilir, böyle bir fiil gerek BK ve gerek TTK göre kullanılan vasıtaların belirtilen kurallara aykırı olması halinde kanuna aykırı bulunur. Haksız rekabet fiilinin kasti bir kusurla veya ihmâl ile işlenmiş olması önemli değildir. İyiniyetle, iyiniyet kaideleri ihlâl edilmiş olabilir. BK ve TTK hükümleri bu bakımdan da birbirine uygundur<sup>32</sup>.

4. TTK 58-63'üncü maddeleri haksız rekabetten doğan sorumluluğa ilişkindir:

BK. m. 48'e göre haksız rekabet yüzünden ancak müşterileri azalan veya bunları kaybetmek korkusuna kapılan kimsenin dava açma hakkı olduğu halde, TTK' na göre haksız rekabet yüzünden ister müşterisi ister kredisi veya mesleki itibarı, ister ticari işletmesi zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalan kimse dava hakkına sahiptir. Yani TTK'nun mağdur rakibe tanıdığı dava hakkı BK'na oranla daha genel ve daha geniştir<sup>33</sup>.

Bundan başka iktisadi yararları zarara uğrayan müşterilerde dava hakkına sahiptir(TTK m. 58/2). BK'nunun da müşterilere böyle bir hak tanınmamıştır. BK göre ise, rekabet dolayısıyla zarar, hata veya hileye uğrayan müşteriler BK. nun genel hükümlerine göre dava açabilirler.

Ayrıca, TTK hükümleri vasatıyla, mesleki ve iktisadi birliklere de dava açabilme

<sup>30</sup> ÖRS, s. 27; ARSLANLI, s.219.

<sup>31</sup> KARAYALÇIN, s. 309.

<sup>32</sup> ÖRS, s. 27.

<sup>33</sup> ÖRS, s. 70 vd.

hakkı tanınmıştır. Bu vasıta ile sadece bireysel yararlar değil mesleğin genel menfaatleri de koruma altına alınma imkanı sağlanmıştır.

BK ve TTK'na göre haksız rekabetin faili, fiili bizzat yapan rakip olabileceği gibi rakip olmayan herhangi bir şahısta olabilir. Ayrıca, haksız rekabet fiilini yapan şahıs değil, karışıklığa meydan veren malları durumu bilerek veya bilmeyerek satışa arz etmek için veya ihtiyaçtan başka her ne sebeple elinde bulunduran kimsede davalı olarak TTK'da kabul edilmiştir.

Haksız rekabet fiili hizmet ve işlerini gördükleri esnada müstahdemler veya işçiler tarafından işlenir ise bundan istihdam edende sorumludur(TTK m. 59). Bu hususun kaynağı BK. m. 55'te görülür. TTK'nun da haksız rekabet fiilinin haksız fiil olup olmadığına tespiti, haksız rekabetin men'i ve haksız rekabet neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılması ve yanlış, yanıltıcı beyanların düzeltilmesiyle ilgili davaların istihdam edene karşı açılabilmesi belirtilmiştir. Maddi ve manevi tazminatı gerektiren durumlarda ise Borçlar Kanunu hükümlerine atıf yapılmıştır.

TTK'da BK'nu hükmü ile yetinilmeyerek ayrı hüküm sevk edilmesinin sebebi, BK'nun da haksız rekabetin tespiti, müdahalenin men'i ve ref'i davalarından bahsedilmiş olmasıdır. Bu davalarda istihdam eden BK. 55 mad. verilen kurtuluş beyinesinden yararlanamaz. Buna karşılık tazminat davalarında BK.m.55'e göre hareket edilir. TTK m. 59 ile bu hüküm düzenlenmiştir. Bu fiil çalışanca, işverenin talimatı üzerine yapılmış ise burada müşterek faillik vardır. Burada işverenin mesuliyetinden bahsedebilmek için işverenin kusuru şart olmadığı gibi kullandığı adamın kusurunun tespiti kanuni şartlardan değildir<sup>34</sup>.

TTK ile mahkemenin vereceği kararın yayınlanması gerek davayı kazanan davacı ve aleyhindeki dava red olunan davalı için eşit derecede önemlidir.

5. Zamanaşımını içeren 62. madde BK. 60. maddesinden biraz farklıdır. Haksız rekabette zarar gören kimse hakkını müdafaa etmeyi uzun süre ihmal ederse karşı taraf haksız rekabet etmediği hissine kapılabilir. Bu sebeple haksız rekabeti öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl ve her halükarda olayın oluşundan itibaren 3 yıllık zaman aşımı süresi öngörülerek BK. genel hükümden vazgeçilmiştir<sup>35</sup>.

6. Yine TTK ile haksız rekabete karşı mağduru himaye edecek dava hakları sağlanmıştır. BK m. 48'deki müeyyideler ise TTK'na kıyasla zayıf kalmaktadır. BK'nun da ki müeyyideler haksız rekabet fiiline son verme davası açma ve failin kusurunun bulunması halinde zararın tazmini davalarıdır. Bu ise uygulamada yeterli değildir. BK m.

<sup>34</sup> GÖLE, s. 193 vd.

<sup>35</sup> ÖRS, s. 113.

48'e göre haksız rekabet neticesinde elde edilen menfaatlerin ne olacağı sorununa cevap bulunamamaktadır. Fail haksız rekabet neticesinde zenginleşmiş ise BK'na göre bu kanuna aykırı hareketinin semerelerini muhafaza edebilecektir. Yani genellikle mağdur taraf dava sonunda elleri boş çıkmaktadır. TTK'da bu mahsurları önlemek için kusuru halinde davalının elde etmesi mümkün görünen menfaatin karşılığı davacı lehine hükmolunmasına karar verilebilir. Davacı TTK'na göre hem zarar ve ziyanın tazmini hem de menfaat karşılığının iadesi davası açabilecek midir? Davacı bu iki davadan birini tercih etmelidir<sup>36</sup>.

TTK m. 58'de haksız rekabete dair davaların açılabilmesi için bir zararın görülmesi veya bir tehlikeye mağruz kalınması gereklidir. Dava sonucunda manevi tazminat ismi altında haksız rekabete mağruz kalana verilecek manevi tazminat bu tecavüzün unutulmasına yardım edecektir. BK. m. 48'de manevi tazminattan bahsedilmez. BK'na göre haksız bir rekabet mevcut ise bundan duyulan üzüntünün bertaraf edilmesi için haksız rekabet fiilinin haksız fiil olması öngörülerek BK 49. maddesinden yararlanılarak kanundaki boşluk doldurulmaktadır<sup>37</sup>.

Maddi tazminat davası açısından bakıldığında, haksız rekabette maddi tazminatın dava edilebileceği TTK'nun da kabul edilmektedir. BK'nun 48. maddesinde failin hatası durumunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep hakkını mağdur rakibe vermektedir<sup>38</sup>.

BK m. 48 haksız rekabete maruz kalan kimseye bu fiillere son verilmesini talep hakkı vermektedir “bu fiillere hitam verilmesi için fail aleyhine dava ikame...”. Haksız fiil ister yanlış ilanlar ister iyiniyet kaidelerine aykırı hareketler tarzında olsun fark yoktur. Hareket sonucunda müşterilerin kaybedilmesi veya bu korku ile karşılaşılması yeterlidir. Bu dava haksız fiillere son verilmesi davası olmaktadır. Bu dava haksız rekabeti olduğu yerde durdurmayı hedefler ne geçmişe ne geleceğe etkilidir. TTK'nun da ise haksız rekabetin men'i davasından bahseder. Haksız rekabet davranışına karine teşkil edecek bir durum kendisini gösterince mevcut veya gelecekteki tehlikeyi önlemek imkanını verir. Men davası önleyici hukuki vasıta olması sebebi ile kaçınma davası niteliğini taşır. Haksız rekabete son verilmesi davasında elde edilecek mahkeme kararına nazaran haksız rekabetin men'i davası sonunda elde edilecek karar daha kuvvetli ve daha tatminkar olacaktır. Son verme davasının icra kabiliyeti ilgili olduğu hadiseye yöneliktir. Kararın tatbikinden sonra fiilin tekrarı halinde yeni bir karar verilmesine gereksinim duyulacaktır. Halbuki haksız rekabetin men'i kararı o fiil devam ettiği veya tekerrür ettiği sürece icra

<sup>36</sup> ÖRS, s.110.

<sup>37</sup> MİMAROĞLU, s. 297; ÖRS, s. 94.

<sup>38</sup> GÖLE, s. 183 vd.

<sup>39</sup> ÖRS, s.88 vd; GÖLE, s. 177 vd.

Haksız rekabetin ref'i davası, haksız rekabete maruz kalan kimseye haksız rekabet neticesi meydana gelen maddi durumun ortadan kaldırılmasını haksız rekabet yanıltıcı beyanlarla yapılmış ise beyanların düzeltilmesini dava etme hakkı verir. Ref davası, men davasının tamamlayıcı niteliğini taşır. Çünkü ref'ten sonra aynı hareketin tekrar edilmemesi için haksız rekabetin men edilmiş olmasına mahkemenin karar vermesinde fayda vardır. Bu sebeple ref ve men davalarının birlikte açılmasında fayda vardır<sup>40</sup>.

BK. m. 48 rekabet hareketinin haksız olup olmadığının tespitinde ayrı bir dava hakkı tanımamaktadır. Fakat TTK'da haksız rekabet durumunda tespit davası usul hükmü olarak yerini almıştır. Kanun burada men, ref ve tazminat davalarına dayanak oluşturmak için hareketin haksız olup olmadığının tespitini sağlar. Ayrıca amaç haksız rekabette meydana getirilen zararın tespiti sağlanabilmektedir<sup>41</sup>.

Haksız rekabette hak sahiplerinin karşılaştıkları zorluklardan biride, haksız rekabetin men'i ve bunun neticesinde haksız rekabetin ortadan kaldırılması hakkında belli bir kimse aleyhine almış oldukları ilamları malları o kimseden teslim almış olan kimselere karşı icra etme imkanının olmamasıdır. TTK'na getirilen hüküm ile haksız rekabetin men'i ve ref'i davalarından elde edilen hüküm, haksız rekabete mevzu olan malları doğrudan doğruya veya dolayısıyla elde etmiş olan şahıslar hakkında da icra olunabilecektir.

---

<sup>40</sup> GÖLE, s. 179 vd.

<sup>41</sup> ÖRS, s. 85.; GÖLE, s. 175 vd.

## KAYNAKÇA

- ARSLANLI, Halil. **Kara Ticareti Dersleri Umumi Hükümler**, (3. Bası, İstanbul).
- BİLGİŞİN, Şevket Memedali. **Ticaret Hukuku Prensipler, C.I**, (İstanbul, 1948).
- EDGU, Ekrem. **Ticaret Hukuku I Umumi Hükümler** (Ankara,1964).
- GÖLE, Celal. **Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, (Ankara:1983).
- HIRSCH, Ernst. **Ticaret Hukuku Dersleri C.I**, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, 1939).
- <http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm>(1.3.2006)
- İMREGÜN, Oğuz. **Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri** (İstanbul: Yasa Yayınları, 1989).
- KARAYALÇIN, Yaşar. **Ticaret Hukuku Dersleri**, (Ankara, 1968).
- MİMAROĞLU, Sait Kemal. **Ticaret Hukuku C.I**, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1970).
- ÖRS, Fahri Halil. **Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet Hukuki Mahiyeti Ve Rekabet Hakkının Himayesi**, (Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Yüksek Okulu Yayını, 1970).
- POROY/YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku** (8. Bası, İstanbul, 1998).
- T.C.ADALET BAKANLIĞI, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, (Ankara, 2005).
- TEPECİ, Kamil. **Notlu İzahlı Borçlar Kanunu** (Ankara, 1959).



# **İŞ SAHİBİNİN ESERİN AYIPLI OLMASINDAN DOĞAN HAKLARINDAN ONARIM HAKKI ve AYIP SONUCU ORTAYA ÇIKAN ZARARIN TAZMİNİ**

**Av.Selin ÇELİK\***

## **I. GENEL AÇIKLAMA**

İstisna sözleşmesinde müteahhidin, eseri imal etme mükellefiyetiyle birlikte imal ettiği eseri iş sahibine teslim etme mükellefiyeti de vardır. Müteahhit, bu mükellefiyetlerini gereği gibi ifa etmek istiyorsa, eseri zamanında ve ayıpsız bir şekilde tamamlayarak iş sahibine teslim etmelidir. Bunlar müteahhidin asli mükellefiyetini oluşturmaktadır. Bu mükellefiyete uyulmaması ise, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu ortaya çıkarır. Bu sorumluluğu BK. m. 360'da belirtilen iş sahibinin ayıptan doğan hakları takip eder<sup>1</sup>.

Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi hükmü uyarınca, kendisine ayıplı bir eser teslim edilen iş sahibi, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmek kaydıyla, müteahhidin kusurlu olması şartına bağlı olmaksızın ayıpların önemine göre, sözleşmeden dönme, ücretten indirim ve onarım hakları arasında bir seçim yapabilir. Bununla birlikte iş sahibi, sözü geçen haklara ilaveten müteahhidin kusurlu olması şartıyla, her durumda ayıbın önemine bağlı olmaksızın, ayıp sonucu uğradığı zararların tazminini de talep edebilir. Bu tür zararlarla ilişkin tazminat talebi seçilen diğer haklarla birlikte ileri sürülebilir<sup>2</sup>. Kural olarak iş sahibinin kendi tasarrufuna bırakılan bu haklar, iş sahibi tarafından serbestçe kullanılır. Ne hakim ne de müteahhit onu seçim hususunda sınırlayamaz. Ancak, iş sahibince seçim hakkı kullanılırken, BK. hükümleri ile hakkın kötüye kullanılması yasağı prensibinin göz önünde tutulması gerekir<sup>3</sup>.

Ayıptan doğan hakların kullanımına ilişkin şartlar göz önünde tutulduğunda, BK. m. 360'da belirtilen hakların birbirini takip eden teselsüle uygun haklar oldukları

---

\* Avukat, Eskişehir Barosu

<sup>1</sup> Ayhan UÇAR, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, 1. Baskı, Ankara 2003, s.165

<sup>2</sup> Fahrettin ARAL, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 1999, s. 170

<sup>3</sup> ARAL, a.g.e., s. 170

görülmektedir. Bu teselsülde, ayıpların önemine göre, öncelikle onarım hakkı, sonra ücretten indirim, sözleşmeden dönme ve en son olarak da kusur durumunda ayıp sonucu uğranılan zararların tazmini hakkı gelir. Esas itibarı ile ayıplı eser ile ilgilenen iş sahibi için, müteahhide aşırı bir masrafa mal olmadığı takdirde, eserin onarımını talep etme hakkı ön planda bulunur<sup>4</sup>.

## II. ONARIM HAKKI (ESERİN TAMİR VE ISLAHINI TALEP HAKKI)

Teslim edilen eserin kabulden kaçınmayı haklı göstermeyecek derecede daha az önemde ayıplı olması durumunda, iş sahibi menfaatine uygun gördüğü takdirde, dilerse işin değerindeki eksiklik oranında ücret indirimi hakkını kullanmak yerine, eserdeki ayıbın bir ücret karşılığı olmaksızın tamir ve ıslah edilmesini de müteahhitten talep edebilir. Tamir ve ıslah edilmesini talep hakkında eser sözleşmesine ilişkin özel kuralların düzenleme alanına girmediği ölçüde, Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanırken, eser sözleşmesinin kendine özgü nitelikleri de dikkate alınır. BİĞŞ'nin<sup>5</sup> uygulandığı işlerde eserin ayıplı olması durumunda, iş sahibi (idare), BK. m. 360 sisteminden farklı olarak öncelikle onarımı talep etmek zorundadır<sup>6</sup>.

### A. Onarım Hakkının Hukuki Niteliği:

Doktrindeki baskın görüşe göre, onarımı talep hakkı, eserdeki bütün ayıpların ortadan kaldırılmasını talep edebilme imkanı veren gereği gibi ifaya ilişkin özel bir talep hakkıdır.

Diğer bir kısım yazarlar ve Federal mahkemenin görüşüne göre ise, bu hak, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Böylece iş sahibi bu yenilik doğurucu hakkını kullanınca, bu kullanmanın sonucu olarak, müteahhidin ayıbı masrafı kendisine ait olmak üzere giderme borcu ve bu borcun karşılığı olarak da iş sahibinin ayıbın giderilmesi hususunda dava edilebilir bir alacak hakkı ortaya çıkar<sup>7</sup>.

İş sahibi onarım hususundaki beyanını daha sonradan tek taraflı olarak geri alamaz. “Borçlar Kanununda tek taraflı yöneltilmesi gerekli beyanların geri alınamamasına ilişkin genel bir hüküm yoktur. Ancak, BK.'nun 9. maddesi icap ve kabul beyanlarının geri alınması hakkında bir genel hüküm koymuştur. Bu hüküm bütün tek taraflı işlemlerin geri alınmasına uygulanabilir. Böylece geri alma beyanı, seçimlik hakkın kullanılmasını taşıyan beyandan, önce veya aynı zamanda varırsa veya sonra varmakla birlikte müteahhit geri alma beyanını daha önce öğrenirse hukuki işlem geri alınmış olur ve hukuki sonuç

<sup>4</sup> UÇAR, a.g.e., s.171

<sup>5</sup> BİĞŞ: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi

<sup>6</sup> UÇAR, a.g.e., s.191. ; Zarife ŞENOCAK, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 155

<sup>7</sup> Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1999, s.192



doğmaz. Bu durumda seçimlik haklar saklı kalır.”<sup>8</sup>

Ayıbın giderilmesi borcu bir yapma borcudur. İş sahibi, bu borcun zorla ifasını sağlamak üzere talep ve dava hakkına sahiptir. İş sahibinin eserin tamirini talep hakkını kullanabilmesi için, eserin tamirinin objektif olarak mümkün olması ve tamirin aşırı masrafları gerektirmemesi şarttır.

## **B. Onarım Borcunun İçeriği**

Onarımı talep hakkı da Borçlar Kanunu madde 360'daki sözleşmeden dönme ve ücretin indirilmesini talep hakkı gibi ayıplı bir eserin teslimi ile edim ve karşı edim arasındaki bozulan dengeyi yeniden sağlama amacına hizmet eder. Bu hakkın kullanılmasıyla ortaya çıkan onarım borcu da, esas itibariyle müteahhidin eser sözleşmesinden doğan ifa borcu ile aynı muhtevaya sahiptir.<sup>9</sup>

İş sahibi ayıbın giderilmesi yüzünden, kendisine ayıpsız eser teslim edilseydi, içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma sokulamayacağı gibi, ayıbın giderilmesi sonunda ayıpsız bir eser teslim edilseydi olacağından daha iyi bir duruma da girmemelidir.<sup>10</sup>

Müteahhit, kural olarak ayıpsız yeni bir eser meydana getirmekle yükümlü olmayıp, onun faaliyeti, somut olayda meydana getirilmiş eserin düzeltilmesiyle sınırlıdır.<sup>11</sup>

Müteahhit ayıbın giderilmesinin iş sahibine sağladığı dolaylı yararlar için (giderme süresi içinde bakım masraflarından tasarruf, eski-yeni farkı gibi) kural olarak bir karşılık isteyemez.<sup>12</sup>

Onarım borcu, eserin tamir ve ıslah suretiyle sözleşmeye uygun (ayıpsız) bir hale getirilmesi için, masrafları kendisine ait olmak üzere müteahhitçe ifası gereken tüm yükümlülükleri kapsar. Bu yükümlülükler, müteahhidin başlangıçtaki ayıpsız bir eser imal ederek teslim etme yükümlülüğünün devamı niteliğindedirler.<sup>13</sup>

İş sahibi de, ayıplı eser teslimini vesile ederek, eserde, sözleşmeden sapma anlamına gelecek değişiklikler yapılmasını isteme hakkına sahip değildir (Örneğin eserde, sözleşmede kararlaştırılandan daha kaliteli, dolayısıyla daha pahalı malzeme kullanılması). Böyle bir talep, iki taraf arasında yapılan bir anlaşmayla sözleşmede değişiklik yapılmasını gerekli kılar<sup>14</sup>. Eser sözleşmesinde iş sahibine kapsamlı bir talimat

<sup>8</sup> UÇAR, a.g.e., s.195

<sup>9</sup> ŞENOCAK, a.g.e., s.155

<sup>10</sup> UÇAR, a.g.e., s.906

<sup>11</sup> ŞENOCAK, a.g.e., s.156

<sup>12</sup> UÇAR, a.g.e., s.906

<sup>13</sup> UÇAR, a.g.e., S.196

<sup>14</sup> ŞENOCAK, a.g.e., s.156

verme veya birlikte karar verme hak ve yetkisi tanınmadığı sürece ayıbın nasıl giderileceğinin kapsamı ve izlenecek yöntem konusunda karar verme yetisi müteahhide aittir.

Onarım için müteahhide uygun bir süre tanınması başlı başına yeterli değildir. İş sahibi, ayıpların giderilmesi için müteahhide uygun süreyle birlikte uygun imkanları da tanımalıdır. Bu amaçla da iş sahibi, kendisine teslim edilen ayıplı eseri menkul ise müteahhidin emrine vermeli (teslim etmeli), gayrimenkul ise bu durumda rahat bir onarım faaliyetinde bulunabilmesi için müteahhidin gayrimenkule girişine izin vermelidir.<sup>15</sup>

### C. Onarım Hakkının Şartları

Öncelikle ayıbın eseri kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede önemli olmaması gerekir. Bu şarta ilaveten ayıba karşı tekeffülün genel şartları ile birlikte onarım hakkının kullanımına özgü özel şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir.<sup>16</sup> Bu özel şartlar şunlardır:

#### 1) Ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün olmalıdır.

2) Ayıbın giderilmesi aşırı masrafı gerektirmemelidir.<sup>17</sup> Müteahhit, onarım masraflarının aşırı olduğu bir durumda, iş sahibinin onarım talebini reddedebilir. Bu sebeple, iş sahibi, onarım masraflarının aşırı olduğu ya da verilen sürede ayıbın müteahhit tarafından giderilmemiş olması durumlarında dilerse ücretten indirim veya sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.<sup>18</sup>

Müteahhidin ayıbı giderme masrafları yüzünden kar edemeyecek ve hatta üste para verecek olması bu masrafların aşırı sayılmasını gerektirmez.<sup>19</sup>

Müteahhit sözleşmeye uygun bir düzeltme yerine daha ucuza mal olacak bir çözüm önerebilir; örneğin bozuk sıvayı söküp yerine yenisini yapmak yerine üstünden bir kat daha gitmek gibi; iş sahibi böyle bir çözümü kabul etmek zorunda değildir ve kabul etmemesi yüzünden alacaklının temerrüdüne düşmez.<sup>20</sup>

### D. Müteahhidin Ayıbı Gidermede Temerrüdü

İş sahibi ayıbın giderilmesini isteyince müteahhit derhal giderme çalışmalarına

---

<sup>15</sup> UÇAR, a.g.e., s.197

<sup>16</sup> UÇAR, a.g.e., s.198

<sup>17</sup> TANDOĞAN, a.g.e., s.197

<sup>18</sup> UÇAR, a.g.e., s.199

<sup>19</sup> TANDOĞAN, a.g.e., s.197

<sup>20</sup> TANDOĞAN, a.g.e., s.198

başlamalı ve normal bir müteahhitten bu çeşit bir ayıbı gidermesi için objektif olarak beklenebilecek süre içinde bu çalışmalarını tamamlamalıdır<sup>21</sup>.

Müteahhit uygun bir süre içinde ayıbı gidermezse, iş sahibi onu ihtarla temerrüde düşürebilir. Şayet iş sahibi ayıbın giderilmesi için müteahhide bir süre tayin etmiş ise, müteahhit bu süre sonunda ihtara gerek olmadan temerrüde düşer. Müteahhit ayıbı giderme çalışmalarına zamanında başlamazsa veya geciktirirse veya iş sahibinin kusuru olmaksızın bu çalışmanın zamanında bitirilemeyeceği anlaşılırsa, iş sahibi ihtarla müteahhidi sürenin dolmasından önce mütemerrit kılabilir<sup>22</sup>.

İş sahibi, temerrüde düşen müteahhide BK m.106/I gereğince uygun bir mehil verir ve bu mehilin sonunda seçimlik hakları eser sözleşmesine ait özellikleri göz önünde tutmak kaydıyla kullanabilir<sup>23</sup>.

Eğer iş sahibi, uygun zamanda onarım için müteahhide uygun bir ortam sağlamazsa örneğin, inşaat sözleşmelerinde müteahhidin inşaat sahasına girerek çalışmasına müsaade etmezse, kendisi alacaklı temerrüdüne düşer<sup>24</sup>.

### **E. Onarıma İlişkin İfa Davası ve Ayıpların Masrafı Müteahhide Ait Olmak Üzere Giderilmesi**

Ayıbın giderilmesinin masrafları (kural olarak) müteahhide aittir. Müteahhidin karşılamakla yükümlü olduğu ayıbı giderme masraflarına sadece doğrudan doğruya ayıbın giderilmesine ilişkin masraflar değil, ayıbın giderilmesiyle bağlantılı olan diğer tali işlerin masrafları da dâhildir. Bu bağlamda, ayıbın giderilmesiyle ilgili hazırlık çalışmalarının (örneğin, ayıbın kaynağının bulunmasına ilişkin çalışmalar) ve ayıp giderildikten sonra yapılması gereken eski hale getirme çalışmalarının masraflarını da müteahhit taşımaktadır. Müteahhidin ayıbın giderilmesi esnasında, iş sahibinin edim menfaati dışındaki hukuki varlıklarını korumak için alacağı tedbirlerin masrafları da, ayıbın giderilmesi masraflarına dahildir<sup>25</sup>.

Ayıbın giderilmesi borcu bir yapma borcudur; iş sahibi bu borcun ifası için dava açabilir. Açılan dava neticesinde müteahhit, onarıma mahkum edilmesine rağmen bunu yerine getirmez ise, iş sahibi, Borçlar Kanunu'nun 97. maddesinin 1. fıkrası uyarınca mahkemeye başvurarak hakimden masrafı müteahhide ait olmak üzere ayıplı kısmın

<sup>21</sup> TANDOĞAN, a.g.e., s.198

<sup>22</sup> ARAL, a.g.e., s.374

<sup>23</sup> ARAL, a.g.e., s.374

<sup>24</sup> UÇAR, a.g.e., s.203

<sup>25</sup> ŞENOCAK, a.g.e., s.161

kendisi tarafından giderilmesine veya üçüncü bir kişiye giderilmesine izin vermesini isteyebilir<sup>26</sup>.

İş sahibinin hakimden ayıbın kendisi yada üçüncü bir kişi marifetiyle giderilmesi iznini isteyebilmesi için bazı durumlarda öncelikle müteahhitten onarımı talep etmesi, mahkemeden edime mahkum eden bir ilam alması şart değildir. Örnek olarak iş sahibinin, müteahhidin eseri imal faaliyeti esnasındaki yetersizliği dolayısıyla, onarım işini de gereği gibi yapabileceğine dair olan güveni kaybolmuşsa, artık bu durumda, müteahhitten onarımı talep etmeksizin doğrudan hakime başvurarak ayıbın kendisi yada üçüncü bir kişi marifetiyle giderilmesine izin verilmesini talep edebilir. Hakim bu hususta gerekli izni verdiği takdirde, iş sahibi onarım için gerekli olan masrafların tazminini müteahhitten talep edebilir<sup>27</sup>.

İş sahibi, onarım masraflarına ilişkin alacağını müteahhidin ücret alacağıyla takas edebilir.<sup>28</sup>

Yrg.15.HD. 26.12.1988 T.,E.1988/3444, K.1998/4598 : Tespit edilen arızaların, iş sahibinin kullanamayacağı ve adalet ölçülerine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede bulunmadığı açıktır. Bu durumda, BK.360/2. maddesi hükmü gereğince tespit edilen kusurların ortaya çıktığı tarihte giderilmesi için sarfı gerekli paranın ne miktarda olabileceği tespit ettirilmeli, bu konuda bilirkişilerden ek rapor alınmalı ve böylece tespit edilecek giderin bedeli davalı müteahhidin hakedişinden düşülmek suretiyle sonucuna uygun bir karar verilmelidir<sup>29</sup>.

Onarım için hakimden izin almak veya icra memuruna başvurmak zahmetli olduğu için, çoğu zaman iş sahibi bu yollara gitmeden kendiliğinden ayıbı gidermekte veya gidermektedir. Ancak bu durumda, iş sahibinin onarım için yaptığı masrafları müteahhitten isteyip isteyemeyeceği ve isteyebilirse bunu hangi hükme dayandırabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde, iş sahibinin masraflara ilişkin talebini, BK.m.360.f.I ve II'ye dayanan ayıp sonucu zararın tazminine ilişkin bir talep olarak ileri süremeyeceği veya sebepsiz zenginleşmeye yahut vekaletsiz iş görme hükümlerine dayandıramayacağı görüşü savunulmaktadır. Bir görüşe göre, müteahhidin ayıbı gidermedeki temerrüdü üzerine, iş sahibi ifadan vazgeçip ifa etmemeden doğan zararın tazminini ve bu tazminat içinde ayıbı giderme masraflarını isteyebilir<sup>30</sup>.

Yükleniciye süresinde bildirmiş olmasına rağmen, ayıbın yüklenici tarafından

<sup>26</sup> UÇAR, a.g.e., s.205

<sup>27</sup> UÇAR, a.g.e., s.206

<sup>28</sup> UÇAR, a.g.e., s.208

<sup>29</sup> UÇAR, a.g.e., s.208

<sup>30</sup> UÇAR, a.g.e., S.209

giderilmemesi üzerine iş sahibi tarafından giderildiğine göre, makinelerin kanun tabir edilen parçanın değiştirilmesiyle çalışacağı anlaşıldığından, sadece o parça ve montaj bedeline hükmedilmelidir.

Davacı vekili, müvekkiline ait çırçır fabrikası için davalıya komple döner kasa pamuk balya presi, pomperya ve damper yaptırıldığını, fabrikaya montesi yapılan bu makinenin döner kasasının kanun tabir edilen çelik piston bloğunun yapılışındaki hata (ayıp) nedeniyle çatlayıp işe yaramaza hale geldiğini ihtarnameye karşın davalının bu ayıbı gidermemesi üzerine, bu parçanın fatura karşılığında 2.128.000 TL.ya başka bir firmaya yaptırıldığını, ayıplı imalat sebebiyle uğradıkları 2.128.000 TL. zararın fatura tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili müvekkilinin anılan parçayı sadece imal ettiğini, montajını yapmadığını, gizli ayıplı olduğu iddia edilen parçadaki hasarın şekline göre döküm veya imalat hatası olamayacağını, parçalanma biçimi itibarıyla kapasitenin üstünde bir basınçla çalıştırılması sebebiyle olayın meydana geldiğini, ayıplı olduğu belirtilen ve kanun tabir edilen parçanın takribi 600.000TL. değerinde olmasına ve sadece bu parçanın değiştirilmesiyle makinenin arızasının giderilmesi mümkün iken, davacının komple parça alımı yoluna gittiğini, dava haklı görülse bile sadece arızalı parçanın bedelinin istenebileceğini, davanın reddini savunmuştur.

Bilirkişi raporunda makinenin çalışması için bütün parçaların değiştirilmesinin zorunlu olmadığı, sadece arızalı parçanın değiştirilmesinin yeterli olacağı belirtilmiş, yapılan işin mahiyeti ve önemi, davalının ihtara cevap vermemesi karşısında parçanın komple olarak değiştirilmesi ve bilirkişi raporunda da istenen miktarın rayice uygun olduğunun belirtilmesi karşısında fatura bedeli 2.128.000 TL.nin davalıdan tahsiline karar vermiş ve hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Mahkeme arızalı olan ve değiştirilmesi ile makinenin çalışması mümkün olduğu anlaşılan kanun tabir edilen parça bedeli 990.000 TL.sına hükmedilmesi gerekirken kullanılabilir durumda olan ve değiştirilmesine gerek bulunmayan diğer kısımlarla birlikte komple parça bedeli olan 2.128.000 TL.ye hükmedilmesi yasaya aykırı olup karar bozulmalıdır. Yrg.15.HD. 1.9.1992 T.,E.4444,K.1426<sup>31</sup>

Ayıbın giderilmesi borcu, bir yapma borcudur. İş sahibi, bu borcun zorla ifasını sağlamak üzere talep ve dava hakkına sahiptir. Bu konuda yapma borçlarının zorla ifasına ilişkin kuralların uygulanması (BK.m.97 f.1, İİK.m.30 f.1/2) söz konusu olabileceği gibi bu borcu ifade borçlu temerrüdüne düşen müteahhide karşı borçlu temerrüde ilişkin

<sup>31</sup> Turgut UYGUR, Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. 5, Ankara 1993, s.937-938

hükümlerden de yararlanılması söz konusu olabilir.<sup>32</sup>

### III. AYIP SONUCU ORTAYA ÇIKAN ZARARIN TAZMİNİ

İş sahibi BK. m. 360'a dayanarak ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazminini diğer talepleriyle birlikte, yani kümülatif olarak isteyebileceği gibi, yalnız başına da böyle bir tazminat talebi ileri sürebilir; ancak bu tazminat talebine ayıptan doğan diğer taleplerin yerini almak üzere başvurulamaz<sup>33</sup>. Burada sadece ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazmini düzenlenmiştir<sup>34</sup>.

#### A. Ayıp Sonucu Uğranılan Zarar Kavramı

Ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar, sözleşmeden dönme, ücret indirimi veya onarım hakkının kullanılmasına rağmen giderilemeyen ve uygun nedenini ayıbın oluşturduğu zararlardır<sup>35</sup>.

Örnek olarak;

Yeni inşa edilen evin ayıbı giderilinceye kadar uğranılan kira kaybı; tamir esnasında işletmedeki üretimin durmasından doğan kar kaybı; iş sahibinin uzman bir kişiye eseri muayene ettirmek için yaptığı masraf; ayıplı bir duman borusunun yangına ve hasara sebep olması...<sup>36</sup> ayıp sonucu uğranılan zarar kategorisine girer.

Ayıp yüzünden sözleşmeden dönme halinde sözleşmenin ortadan kalkması nedeniyle uğranılan menfi zarar da (boşa giden sözleşmenin kurulmasına ilişkin masraflar, muayene ve taşıma masrafları, başka karlı bir sözleşmenin kaçırılması veya yerine getirilememesinden doğan zarar gibi) ayıp sonucu zararın kapsamına girer<sup>37</sup>.

Müteahhidin veya yardımcılarının ayıplı ifa dışındaki sözleşmeye aykırı davranışlarında, özellikle eserin teslimini geciktirmelerinden, işlerini görürken özen borcuna uymayarak iş sahibinin başka şeylerini bozmalarından veya kişisel varlıklarını ihlal etmelerinden veya eserin kullanılma biçimi hakkında iş sahibini uyarmamalarından doğan zararlar "ayıp sonucu zarar" kavramı dışında kalır<sup>38</sup>.

Sıva işini yüklenen bir müteahhidin işi yaparken binada takılı bulunan pencereleri

<sup>32</sup> Cevdet YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6.Baskı, İstanbul, 2002, s.484

<sup>33</sup> UYGUR, a.g.e., s.907

<sup>34</sup> YAVUZ, a.g.e., s.484

<sup>35</sup> UÇAR, a.g.e., s.211

<sup>36</sup> ARAL, a.g.e., s.376

<sup>37</sup> TANDOĞAN, a.g.e., S.205

<sup>38</sup> UYGUR, a.g.e., s.908

kirletmesi ve bu pencereleri temizlerken çiziklere yol açması, yüzme havuzunun taban betonunu dökmeyi üstlenen müteahhidin, gerekli teknik önlemleri almaması dolayısıyla havuzun altından geçen ve havuzu besleyen su borularının tıkanmasına yol açması, müteahhidin özen borcuna aykırı davranışı sonucu sözleşmeye aykırılıktan dolayı iş sahibinin uğradığı diğer zararlar olup, ayıp sonucu uğranılan zarar kapsamına girmezler<sup>39</sup>.

Eserin ayıplı olması yüzünden iş sahibinin uğradığı manevi zararlar da ayıp sonucu uğranılan zararın kapsamı dışında kalırlar<sup>40</sup>.

Tazminat isteyebilme şartları zarara sebebiyet veren ayıbın oluşmasında müteahhidin taksirinin bulunması ve bir zararın doğmasıdır.

Ayhan Uçar'a göre<sup>41</sup>; kanun koyucu böyle bir sorumluluk düzeni ön görürken yalnızca müteahhidin ihmali bir davranışını göz önünde bulundurmamıştır. Aksine, ayıpsız eser imal ve teslim etme borçları bakımından borçlu sıfatındaki müteahhidi, gerek amaçlayarak (kasden) gerekse ağır veya hafif taksir (ihmal) ile borca aykırı davranması sonucu iş sahibine verdiği tüm zararlar için giderimle sorumlu tutmak istemiştir.

## **B.Müteahhidin Ayıp Sonucu Zarardan Kusuru Olmadan Sorumlu Tutulduğu Haller**

Eserdeki ayıbın ve bundan doğan zararın müteahhidin yardımcılarının eylemlerinden ileri geldiği hallerde iş sahibinin bu zarardan Borçlar Kanunu'nun 360. maddesinin 1. ve 2. fıkraları ve Borçlar Kanunu'nun 100. maddesi uyarınca olan sorumluluğun kusura dayanmadığında kuşku yoktur. Bu gibi hallerde iş sahibi kendi kusuru olmasa ve yardımcısının eylemi de kusurlu bulunmasa bile sorumlu tutulacaktır. O, yalnız kendisi de yardımcısı gibi davransaydı bu davranışının kusurlu sayılmayacak olduğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulur<sup>42</sup>.

Müteahhidin ayıptan doğrudan doğruya meydana gelen zararlardan da sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerektiği şartının aranıp aranmayacağı hususu tartışmalıdır. Doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre, müteahhit, ayıptan doğrudan doğruya meydana gelen zararlardan BK.m.205 f.II hükmü kıyas yoluyla uygulanarak, kusuru olmasa dahi sorumlu tutulabilir. Buna karşılık doktrinde çoğunluğun katıldığı diğer bir görüşe göre ise, BK.360 hükmünde, doğrudan doğruya ve dolaylı zarar ayırımı yapılmaksızın müteahhidin kusuru şartına bağlı olarak ayıp sonucu uğranılan zararların tazmini düzenlenmiştir<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> UÇAR, a.g.e., s.214-215

<sup>40</sup> UÇAR, a.g.e., s.215

<sup>41</sup> UÇAR, a.g.e., s.215

<sup>42</sup> UYGUR, a.g.e., s.908

<sup>43</sup> UÇAR, a.g.e., s.219

Bir başka tartışmalı nokta kusurun ispat külfetidir. Doktrindeki bir görüş kusurun mevcut olduğunu iş sahibi ispat etmeli diyor. Doktrinde baskın olan diğer bir görüşe göre ise, ayıp sonucu zarar, sözleşmeden doğan bir tazminat talebi doğurur ve müteahhidin bu zarardan dolayı sorumluluğu da kural olarak kusura dayandığından, BK.m.96'daki genel esas burada da uygulanarak, müteahhidin ancak kusuru olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir<sup>44</sup>.

Ayhan Uçar'a göre de<sup>45</sup>; sözleşmenin uzman olmayan tarafını teşkil eden iş sahibine uzman olmadığı bir konuda ispat külfeti yüklenmemelidir.

### C. BK. 360. Maddesinin 3. Fıkrası Hükmü

“Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibariyle refi ve kal'ı fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar.”<sup>46</sup>

BK. m.360 f.III gereğince, eser “iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olup da kaldırılması ve yıkılması fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak” ücretin indirilmesini veya eserin tamir veya düzeltilmesini isteyebilir. Bu hüküm eserin kaldırılmasının müteahhit için aşırı zarara yol açacağı hallerde iş sahibinin eseri kabule zorlanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır; böylece ekonomik açıdan değerli malların imkan ölçüsünde korunması ve tahrip edilmemesi ilkesi göz önünde tutulmaktadır.<sup>47</sup>

Müteahhitçe yapılan ve teslim konu edilen inşaatın, iş sahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyet kurallarına göre kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olması halinde, örneğin; her türlü mühendislik hizmetlerinden ve fen kurallarından yoksun olarak yapılan binanın, onarımının imkansız ve kullanılmasının sakıncalı olması nedeniyle yıktırılmasının zorunlu bulunduğu durumlarda, iş sahibi Borçlar Kanunu'nun 360/1. maddesi hükmüne binanın ref'ini (yıkıtılmasını) ve müteahhitten ayrıca tazminat talep edebilir. Bu istek sözleşmeden dönme sonucunu doğurur.<sup>48</sup>

Ancak, maddenin 1. fıkrasının uygulanması ve yapılan inşaatın kabul edilmemesi ve refi isteği, yapılan inşaatın fen ve yönetmelik kurallarına aykırı olması nedeniyle yıkılmasında yasal zorunluluk bulunan durumlar için mümkündür. Bunun dışında, sözleşmeye aykırı veya iş sahibinin amacına uygun olmadığı nedeniyle inşaatın yıkılması isteği, B.K.'nin 360. maddesinin 3. fıkrası ile bağdaşmaz<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> UÇAR, a.g.e., s.221

<sup>45</sup> UÇAR, a.g.e., s.221

<sup>46</sup> BK. m. 360/III.

<sup>47</sup> TANDOĞAN, a.g.e., s.183.

<sup>48</sup> Cengiz KOSTAKOĞLU, İçtihatlı İnşaat Hukuku Ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 1995, s.395

<sup>49</sup> KOSTAKOĞLU, a.g.e., s.395



Yrg. 15. HD. 1980/679 E., 1980/843 K.sayı ve 2.4.1980 tarihli kararında; "Davacıların arsası üzerine yapılan inşaatın mahiyeti itibari ile ref'i ve kal'i aşırı bir zararı mucip olacağından Borçlar Kanunu 360/2. maddesince işlem yapılmalıdır. Davacılar sözleşmenin bozulmasını isteyemezler. İşin kıymetinin noksanı oranında fiyatın indirilmesi söz konusu olabileceğinden mütemerrit olan davalı yüklenicinin binanın tümüne nazaran kusurlu noksan inşaatı oranında verilmesi gerekli olan arsa payı indirilmelidir" hükmüne varılmıştır. Bu görüş İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarına da uygundur. Eğer eser iş sahibinin arsası üzerinde yapılmışsa ve bunun arsadan ayrılması ancak fahiş bir bedelle olabiliyorsa, eser reddedilemez: Bunun tayininde arsaya bağlanan eserin değeri ile arsadan ayrılan eserin değeri mukayese edilmelidir. Diğer yandan iş sahibinin arsası üzerine kurulan eser iş sahibinin malzemesi ile yapıldıysa ve reddedildiyse müteahhit telef olan malzeme için iş sahibine tazminat ödemek zorundadır.

360. maddenin son fıkrası hükmü, inşaatın malzemesinin müteahhit tarafından alınıp kullanıldığı hallerde dahi uygulanır<sup>50</sup>.

Yapılan şey sözleşmede gösterilenden daha iyi olduğu takdirde, karşılaştırılan ücretten fazlasını müteahhit isteyemez<sup>51</sup>.

İnşaatta, karşılaştırılan niteliğine uymayan işin, aynen ıslahı, uygulamada pek az talep konusu olmaktadır. Oysa bu taleple sözleşmenin aynen ifası sağlanabilmektedir. Örneğin; sözleşmede, zemini ahşap birinci sınıf parke yapılması karşılaştırılan salon ve odaların müteahhitçe marley kaplanması veya ahşap geçme yahut üçüncü sınıf parke yapıldığı durumlarda, iş sahibini düşük kaliteli kaplama zemin ile binayı teslim almaya ve kullanmaya zorlamanın haklı bir nedeni olamaz. İnşaatta yapılan bu tür bir kalite düşüklüğü her zaman nefaset farkının ödenmesi ile karşılanamaz. İşte bu konuda yasa, işin nitelik ve kapsamına ve özelliğine göre ıslahının fahiş bir masrafı gerektirmediği durumlarda, iş sahibinin müteahhitten aynen ıslahı talep edebileceğini kabul etmiştir. Bu nedenle niteliği değişik ve kalitesiz bir zemin kaplamanın sökülüp, yerine sözleşmedeki niteliğe uygun bir kaplama yapılmasını yahut kalitesi düşük musluk ve evyelerin sökülüp yerine karşılaştırılan nitelikte veya eş değerlerinin takılmasının istenebileceğini kabul etmek gerekir<sup>52</sup>.

#### **D. İnşaatın Ayıp veya Noksanı Hakkında Müteahhit Tarafından Önceden Teminat Verilmiş Olması**

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıba karşı teminat çoğu kez müteahhide isabet

<sup>50</sup> Senai OLGAC, İstisna Akdi, Ankara 1997, s.40

<sup>51</sup> OLGAC, a.g.e., s.40

<sup>52</sup> KOSTAKOĞLU, a.g.e., s. 396-397

eden bir dairenin iş sahibi uhdesinde bırakılarak, işin tesliminde verilmesi şeklinde kararlaştırılmaktadır. İnşaatın ayıplı olması halinde, iş sahibi B.K.'nun 360. maddesindeki koşullara göre talep edebileceği hakkını, uhdesinde teminat olarak bırakılan bu daireden sağlayabilir<sup>53</sup>.

## T.C. YARGITAY

### 15.Hukuk Dairesi

**Esas:** 2004/5982

**Karar:** 2005/4672

**Karar Tarihi:** 14.09.2005

**ÖZET:** Yanlar arasında imzalanan 18.12.1996 tarihli sözleşmenin yedinci sayfasında son dairenin sözleşmedeki bütün şartlar yerine getirildiğinde verilmesi kabul edilmiştir. Bu nedenle yüklenici şirketin tescilini talep ettiği 1 nolu dairenin inşaatın tamamlanmasının teminatı olarak tutulduğu anlaşılmaktadır. Arsa sahiplerinden Filiz tarafından yükleniciye çekilen ihtarnamede inşaatta eksiklikler bulunduğu ve bunların tamamlanması halinde tapunun verileceği belirtilmiştir. Binanın iskan ruhsatı davadan önce alınmış ise de ihtarnamede sözü edilen eksikliklerin tamamlanıp tamamlanmadığı mahkemece araştırılmamıştır. Bu nedenle gerektiğinde mahallinde keşif yapılarak eksik imalat bulunup bulunmadığının incelenmesi varsa arsa sahibi Filiz'e ait bağımsız bölümlerde eksik imalatın bedeli ve binanın ortak alanlarında eksik bırakılan imalattan Filiz'in hissesine düşen miktarın belirlenerek Filiz'e ödenmesi şartıyla -birlikte ifa suretiyle- tescil kararı verilmesi gerekir.

(818 S. K. m. 358, 360)

Dava: Ankara 1. Asliye Hukuk Hakimliğince verilen hükmün temyizen tetkiki davalı-karşı davacı Filiz Ekici vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

Karar: Taraflar arasında uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup asıl davada tapu iptali ve tescil, karşı davada ise kira alacağının tahsili istenmiş, mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davalı ve karşı davacı Filiz tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre sair temyiz itirazları yerinde görülmemiş reddi gerekmiştir.

<sup>53</sup> KOSTAKOĞLU, a.g.e., s. 398

2- Yanlar arasında imzalanan 18.12.1996 tarihli sözleşmenin yedinci sayfasında son dairenin sözleşmedeki bütün şartlar yerine getirildiğinde verilmesi kabul edilmiştir. Bu nedenle yüklenici şirketin tescilini talep ettiği 1 nolu dairenin inşaatın tamamlanmasının teminatı olarak tutulduğu anlaşılmaktadır. Arsa sahiplerinden Filiz tarafından yükleniciye çekilen ihtarnamede inşaatta eksiklikler bulunduğu ve bunların tamamlanması halinde tapunun verileceği belirtilmiştir. Binanın iskan ruhsatı davadan önce alınmış ise de ihtarnamede sözü edilen eksikliklerin tamamlanıp tamamlanmadığı mahkemeye araştırılmamıştır. Bu nedenle gerektiğinde mahallinde keşif yapılarak eksik imalat bulunup bulunmadığının incelenmesi varsa arsa sahibi Filiz'e ait bağımsız bölümlerde eksik imalatın bedeli ve binanın ortak alanlarında eksik bırakılan imalattan Filiz'in hissesine düşen miktarın belirlenerek Filiz'e ödenmesi şartıyla -birlikte ifa suretiyle- tescil kararı verilmesi gerekirken bilirkişinin inşaatın teslim alınması sırasında ayıp ihbarında bulunulmadığı, eksik iş bedeli talep edilemeyeceği şeklindeki açıklamasına bağlı kalınarak ve eksik inceleme ile sonuca varılması doğru görülmemiş kararın bozulması uygun bulunmuştur.

Sonuç: Yukarıda ( 1. ) bentte yazılan nedenlerle davalı ve karşı davacı Filiz'in sair temyiz itirazlarının reddine, ( 2. ) bent uyarınca hükmün Filiz yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalı-karşı davacı Filiz'e geri verilmesine, 14.09.2005 gününde oybirliği ile karar verildi.

**BİBLİYOGRAFYA**

**ARAL, Fahrettin** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 1999.

**KOSTAKOĞLU, Cengiz** : İctihatlı İnşaat Hukuku Ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 1995.

**OLGAÇ, Senai** : İstisna Akdi, Ankara 1997.

**ŞENOCAK, Zarife** : Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002

**TANDOĞAN, Haluk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 1999.

**UÇAR, Ayhan** : İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, 1. Baskı, Ankara 2003.

**UYGUR, Turgut** : Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. 5, Ankara 1993.

**YAVUZ, Cevdet** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6.Baskı, İstanbul, 2002.

## İCRA HUKUKUNDA

### “TAŞINIR REHNİ” KAVRAMI VE TAŞINIR REHNİNİN İLAMSIZ TAKİP YOLUYLA PARAYA ÇEVİRİLMESİNDE “TAKİP TALEBİ”

Av.Talih UYAR\*

#### A. «REHİN» KAVRAMI

##### 1. Tanım:

Rehin hakkı; sahibine, alacağın süresinde (vâdesinde) ödenmemesi halinde, konusunu oluşturan taşınmaz ya da taşınırı veya başka bir malvarlığını değerini '*paraya çevirtmek*' ve '*elde edilecek paradan öncelikle alacağını almak*' yetkisini verir.

Bu kısa tanımdan da anlaşıldığı gibi rehin hakkı, taşınmaz mallar üzerinde kurulabileceği gibi, taşınır mallar üzerinde de kurulabilir. Medeni Kanunumuz «*taşınır rehni*»nin sadece «*taşınır mallar*» üzerinde değil aynı zamanda «*hayvanlar*» (MK. mad. 940) ve «*alacak ve haklar*» MK. mad. 954) üzerinde de kurulabileceğini kabul etmiştir.

*Rehin hakkı*, hak sahibine, rehin konusunu paraya çevirterek, alacağın aynı borçlunun diğer alacaklılardan önce alma yetkisi verir. Bu nedenle, aynı borçlunun diğer alacaklıları, rehinin paraya çevrilmesinden elde edilen paraya katılma isteğinde bulunamazlar. Rehinin paraya çevrilmesinden elde edilen paradan rehinli alacaklı alacağını öncelikle aldıktan sonra, geriye bir şey artarsa, borçlunun diğer alacaklıları ancak bundan yararlanabilirler. Bu durum haciz yolu ile takipte olduğu kadar iflâs yolu ile takipte de böyledir. Başka bir deyişle, rehinli alacaklının, rehin konusu üzerinden alacağını öncelikle alma yetkisi, borçlu iflâs etmiş olsa bile devam eder (İİK. mad. 185).

##### 2. Rehin çeşitleri:

Rehin, Medeni Kanunumuzda «*taşınmaz (gayrimenkul) rehni*» (MK. mad. 850-938) ve «*taşınır (menkul) rehni*» (MK. mad. 939-972) başlıkları altında iki bölümde düzenlenmiştir. Her iki rehinin işlevi aynı olmakla beraber, **kuruluş şekli ve hukuki sonuçları** (hükümleri) birbirinden farklıdır.

---

\* Avukat, İzmir Barosu

### 3. TAŞINIR REHNİ

**I- Tanım:** Taşınır rehni; «başkasının bir taşınır nesnesine ya da hakkına yüklenen ve borcun yerine getirilmesini, alacaklının rehin konusunu paraya çevirme ve bedelinden alacağını öncelikle elde etme yetkileri ile temin eden sınırlı mutlak bir hak»tır.<sup>1</sup> Başka bir deyişle, taşınır rehni, «bir alacağı temine (güvence altına almaya) yarayan, başkasına ait bir taşınır mal (ya da hak) üzerinde kurulan sınırlı aynı hak olup, alacaklıya, borçludan alacağını alamaması halinde rehnedilenin satış bedelinden alacağını alma yetkisini verir»<sup>2</sup>, «alacaklının elde edemediği bir alacağın karşılığını, rehnedilmiş taşınırı cebri icra yoluyla paraya çevirtip değerlendirecek elde etmesini sağlayan sınır bir aynı haktır bir değerlendirme hakkıdır»<sup>3</sup>, «bir alacağı teminat altına almak için bir taşınır eşya, hak veya alacak üzerinde kurulan bir yük olup, rehinli alacaklıya borcun yerine getirilmemesi halinde teminat konusunu paraya çevirterek alacağını tahsil etmek yetkisini verir.»<sup>4</sup>

**II- Taşınır rehninin konusu:** Taşınır rehninin konusu, taşınır mülkiyetine nazaran daha geniştir. Gerçekten; MK. mad. 762 anlamındaki taşınırlar ile alacak<sup>5</sup> ve haklar taşınır rehninin konusunu oluştururlar.

**a)** Taşınır rehninin konusunu «belirli ve ferden saptanmış şeyler» oluşturabilir. Taşınır rehnine konu olan şeyin parasal bir değer taşıması da gerekir. Bir rehin sözleşmesinde, birden çok taşınır mal «rehnedilen» (merhun) olarak belirtilebilir. «Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar» taşınır rehnine konu olabilirler<sup>6</sup>. Aynı şekilde, «gemi siciline kayıtlı olmayan gemiler»de, 'taşınır' sayıldıklarından (TK. mad. 867/I), bu tür gemiler taşınır mal rehnine konu olabilirler.<sup>7</sup>

**b)** Bir kimsenin, «bir taşınır mal üzerindeki ortak (müşterek) mülkiyet payı»nı rehnemesine bir engel yoktur (MK. mad. 688/III). Buna karşın, iştirak halindeki mülkiyette, iştirakçiler (malikler), tek başına kendi iştirak paylarını rehnedemezler. Ancak, iştirakin sona erdirilmesi halinde ele geçecek tasfiye payını, «alacağın rehni» hükümlerine göre rehnedebilirler.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. Sınırlı Aynı Haklar, 1982/1983, s: 440

<sup>2</sup> DAVRAN, B. Rehin Hukuku Dersleri, 1972, s: 78

<sup>3</sup> SEROZAN, R. Taşınır Eşya Hukuku, 2002, s: 269

<sup>4</sup> OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, /OKTAY (ÖZDEMİR) S. Eşya Hukuku, 2006, s: 780

<sup>5</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz SİRMEN, A. . Alacak Rehni, 1990, s: 3 vd.

<sup>6</sup> Bknz: 7. HD. 18.1.1966 T. 7921/227 (İleride; İçt. No: 13)

<sup>7</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: KALPSÜZ, T. Gemi Rehni, 1990, s: 3 vd. - ÇAĞA, T. Deniz Ticareti Hukuku, 1984, C: 1, s: 86; C: 3, 1988, s: 98 vd. – ÇAĞA, T. / KENDER, R. Deniz Ticareti Hukuku, 1997, C:3, s:87

<sup>8</sup> KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 455

c) Ancak “**bağımsız hak ve alacaklar**” rehne konu olabilirler. İleride doğacak ya da koşula bağlı hak ve alacakların da rehni mümkündür. Taşınır rehninde olduğu gibi, birden fazla hak ve alacak üzerinde, bir alacaklı lehine rehin kurulabilir.

### III-Taşınır rehninin kapsamı:

**A-Rehin verilen (edilen) yönünden, taşınır rehninin kapsamı:** Taşınır rehni, rehnedilen şeyin t a m a m l a y ı c ı p a r ç a l a r ı n ı (mütemmim cüz'ülerini) ve aksi kararlaştırılmadıkça eklentilerini (teferruatını) kapsar.

**a) Tamamlayıcı (bütünleyici) parçalar (mütemmim cüzüler) üzerinde** bağımsız olarak rehin kurulamaz. Tamamlayıcı parça, aslından ayrılmışsa, bunun rehlinli alacaklının zilyetliğinde bulunduğu sürece güvencenin kapsamına dahil olacağı kabul edilmelidir.

**b) Rehnin paraya çevrilmesi sırasında henüz asıldan ayrılmamış «tabii semereler»,** güvencenin kapsamı içindedirler (MK. mad. 947/III). Paraya çevrilmeden önce, tabii semereler asıldan ayrılırlarsa -aksi önceden kararlaştırılmamışsa- güvence kapsamından çıkarlar ve bunların malike geri verilmesi gerekir.

**c) «Medeni (hukukî) semereler»**in güvencenin kapsamına girip girmeyeceği hakkında yasada bir hüküm yoktur. Bu konuda genellikle kabul edilen görüş, medeni semerelerin, taşınır rehninin kapsamına girmediğidir. Çünkü, rehlinli alacaklı, taşınırı, medeni (hukukî) semere elde etmek için kiraya veremez, üçüncü kişilere kullanıramaz. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, taşınırın medeni semereleri malike aittir.<sup>10</sup>

**d) Aynı şekilde, yasada açık bir hüküm bulunmadığından, «rehin konusu taşınırın yerine geçen değerler»**in (örneğin; sigorta tazminatının) rehnin konusu dışında kaldığı yani güvencenin kapsamına girmeyeceği kabul edilmektedir.<sup>11</sup>

**e) Alacak üzerinde kurulan rehnin kapsamına, «rehnin konusu olan alacak ve alacağa bağlı yan (fer'i) haklar»**da girer<sup>12</sup>. Alacağa bağlı yan haklar; faiz, kâr payı, irad gibi belirli sürelerde gelir getiren türden ise, bunların güvencenin kapsamına giriş girmeyeceği, MK. mad. 959'da; «kıymetli evraka bağlanıp bağlanmadıklarına göre»

<sup>9</sup> CANSEL, E. Türk Menkul Rehni Hukuku, 1967, C: 1, Teslim Şartlı Menkul Rehni, s: 159 - OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (GÖZDEMİR), S. age. s: 789 - SEROZAN, R. age. s: 280

<sup>10</sup> OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR) S. age. s: 789 - CANSEL, E. Türk Menkul Rehni Hukuku, C: 1 «Teslim Şartlı Menkul Rehni Hukuku», s: 163 - GÜRSOY, K.T./EREN, F. / CANSEL, E. Türk Eşya Hukuku, 1978, s: 1172 - KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 457

<sup>11</sup> OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR), S. age. s: 789 - CANSEL, E. age. s: 164 - KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. S. 457

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: SİRMEN, A.L. age. s: 69 vd. - OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR), S. age. s: 789

farklı biçimde düzenlenmiştir: **Alacağa bağlı yan haklar bir kupona** -faiz kuponları, kâr kuponları «kıymetli evrak» niteliğindedir (TK. mad. 572, 573)- **bağlanmışsa**, güvencenin kapsamına rehnin paraya çevrilmesi halinde, henüz günü gelmemiş (muaccel olmamış) olanlar girer. Rehnin paraya çevrilmesi sırasında günü gelmiş (muaccel olmuş) bulunan yan haklar, alacağa bağlı olmaktan kurtularak, güvencenin kapsamı dışına çıkarlar<sup>13</sup>. Bunları, rehin veren tahsil eder. Fakat, taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Eğer, **alacağa bağlı yan haklar, kupona bağlanmışsa**; bunlar, rehin konusu alacaktan bağımsız bir alacak niteliğini taşırlar. Bu nedenle, bunlar üzerinde rehin kurulması, ana alacaktan ayrı olarak rehnin kurulması için gerekli şekillere uymak suretiyle mümkün olabilir. Kural olarak, kuponlar, «hamiline yazılı senet» niteliğinde olduğundan, asıl alacağın bağlı olduğu senetle birlikte, senetten ayrılmadan, rehin amacıyla teslim edilmişlerse, asıl senetle birlikte rehnedilmiş sayılırlar. Buna karşılık, asıl senetten ayrılmış kuponlar, ayrıca üzerlerinde usulüne göre rehin kurulmuş olmadıkça, güvencenin kapsamı dışında kalırlar<sup>14</sup>.

Güvencenin kapsamına girecek faizlerin hesabı, rehin tarihine göre yapılabilirse de, paylı ortaklıklarda, genel olarak kârlar «takvim yılı» sonunda gerçekleştiğinden (TK. mad. 457), rehnin yapıldığı yılın kârları, yani, «rehin tarihinden önce fakat yılbaşında sonra doğan kârlar»da, rehnin kapsamına dahil sayılır. Paylı ortaklıklarda, kâr olup olmadığı ya da ne miktar kâr olduğu ancak faaliyet yılı sonunda genel kurulca tespit edildiğinden (TY. mad. 369) ve bu kârın rehin tarihine göre yılın hangi günlerine ait olduğunun saptanması da güç ve bir çok durumlarda olanaksız bulunduğundan, «rehin tarihinden önce ve yılbaşından sonraki» devreye ait kârların ayrılarak, rehnin kapsamı dışında tutulması mümkün ve pratik değildir. Rehnin kapsamına giren kâr; rehin tarihinden sonraki faaliyet kârının tamamı olmayıp, dağıtılmasına genel kurulca karar verilen ve rehinli paya düşen kârdan ibarettir (TK. mad. 369, 466, 469)<sup>15</sup>.

### **B- Güvence altına alınan alacak yönünden taşınır rehninin kapsamı:**

Taşınır rehni;

**a)Asıl alacağı** (sözleşmede öngörülen ana parayı 'alacağı'),

**b)Sözleşme faizlerini** (önceden herhangi bir sınırlama almaksızın, önceden, kararlaştırılan sözleşme faizleri yasa gereği taşınır rehninin kapsamına girer),

<sup>13</sup> KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 458 - OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR), S. age. s: 790

<sup>14</sup> KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 459 - OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR), S. age. s: 790

<sup>15</sup> DOMANİÇ, H. Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması (TTK. Şerhi-IV), 1990, s: 1068



c) Gecikme (temerrüt) faizlerini,

d) Takip giderlerini, kapsar (MK. mad. 946).<sup>1617</sup>

e) Ancak «bağımsız hak ve alacaklar» rehne konu olabilirler. İleride doğacak ya da koşula bağlı hak ve alacakların da rehni mümkündür. Taşınır rehninde olduğu gibi, birden fazla hak ve alacak üzerinde, bir alacaklı lehine rehin kurulabilir.

### III- Taşınır rehninin kapsamı:

**A- Rehin verilen (edilen) yönünden, taşınır rehninin kapsamı;** Taşınır rehni, rehnedilen şeyin tamamlayıcı parçalarını (mütemmim cüzülerini) ve aksi kararlaştırılmadıkça eklentilerini (teferruatını) kapsar (MK. mad. 947/I).

Taraflar, borcun ödenmemesi durumunda bir «ceza koşulu» ödeneceğini önceden kararlaştırmışlarsa, bu «ceza koşulu» da, rehnin kapsamına girer mi? Genellikle, bunun da rehnin kapsamına gireceği kabul edilmektedir.<sup>18</sup>

### IV- Taşınır rehninin kurulması<sup>19</sup>: Taşınır rehninin kurulması için;

a) Taraflar arasında bu konuda bir «**rehin sözleşmesi**»<sup>20</sup> gereklidir. Bu sözleşme, «**teslim koşullu taşınır rehni**» için şekle bağlı olmadığı halde, «**alacakların rehni**»nde yazılı şekle bağlıdır (MK. mad. 955).<sup>21</sup>

«Rehin sözleşmesi», rehin hakkının kurulmasını isteme hakkı verir. İki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Rehin sözleşmesi, genellikle, güvence altına aldığı (temin edeceği) alacağı düzenleyen sözleşmenin (yani ödünç sözleşmesinin) içinde yer alır. Bu halde, eğer «ödünç sözleşmesi» geçerli ise «rehin sözleşmesi»de geçerli olur.

<sup>16</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 471 vd. - OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR), S. age. s: 790 vd. - CANSEL, E. age. s: 155 vd. - GÜRSOY, K.T./EREN, F./CANSEL, E. age. s: 1178 vd.

<sup>17</sup> Bknz: İİD. 21.2.1964 T. 1953/2301 OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR), S. age. s: 791 - KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 471

<sup>18</sup> OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR), S. age. s: 791 - KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 471

<sup>19</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: ERGÜNE, M.S. Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, 2002, s: 98 vd. - DAVRAN, B. Teslim Şartlı Menkul Rehni (Ticaret ve Banka Hukuku Haftası «27 Nisan - 3 Mayıs 1959») - KUNTALP, E. Yargıtay'ın Nesnel Teminatla İlgili Olarak Taşınır Rehninin Kuruluşuna ve Rehin Hakkı ile Alacak Arasındaki İlişkiye İlişkin Kararlarının Hukuki Değerlendirilmesi (Tic. Huk. ve Yarg. Kararları Sempozyumu; 1997, XIV, s: 3-28)

<sup>20</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: ZEVKLİLER, A. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8.Baskı, 2004, s: 411 vd.

<sup>21</sup> Bknz: İİD. 10.11.1964 T. 12732/12652

Rehin sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, tarafların geçerli bir alacağı güvence altına almak üzere verilecek eşya üzerinde alacaklının rehin hakkına sahip olacağı konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Bu sözleşmenin bir tarafında alacaklı yer alır. Bu kişi, hem borç ilişkisinden dolayı ve hem de rehin sözleşmesinden dolayı alacaklıdır. Sözleşmenin karşı tarafında ise, borçlu yer alır. Bu kişi, hem alacağın ve hem de rehin verilenin teslim borçlusudur. Kimi zaman da, «borçtan kişisel olarak sorumlu olmayan» bir üçüncü kişi, taşınır malını başkasının borcu için, alacaklıya rehin olarak verebilir.

«Teslim koşulu taşınır rehninde», rehin sözleşmesi hiçbir şekle bağlı değildir. Ancak, taşınırın zilyetliğinin alacaklıya geçmesinin hukuki nedeninin «mülkiyetin devri» için değil, «rehin» amacıyla olduğuna dair arada yazılı bir belge yoksa, borçlu, zilyetliğin «rehin»« nedeniyle olduğunu kanıtlamakta güçlük çekecektir. Bu nedenle, tarafların bu konuda «yazılı sözleşme» yapmaları, ileride doğabilecek uyuşmazlıkları önleme bakımından çok yararlı olur<sup>22</sup>.

**Kıymetli evraka bağlanmış alacakların rehni**, kıymetli evrakın türüne göre ya teslimle (hâmiline yazılı senetler) ya da ciro (temlik) ve teslimle (emre ve nama yazılı senetler) mümkün olur (MK. mad. 956/I)<sup>23</sup>.

**b)** Rehin hakkının doğabilmesi için, rehin verenin (râhinin) rehnettiği şey üzerindeki fiili egemenliğini (zilyetliğini) terk etmesi gerekir. Bunun için, rehin edilen şey, rehin alana ya da bir üçüncü kişiye teslim edilir.<sup>24 25</sup> Aksi takdirde rehin hakkı oluşmaz.<sup>26</sup> Uygulamada rehin konusu şey çok kez «yediemin» denilen bir üçüncü kişiye teslim edilmektedir. Bu yediemin, alacaklının bir temsilcisi olabileceği gibi, alacaklı ile rehin veren tarafından müştereken görevlendirilen bir kişide olabilir<sup>27</sup>.

Taşınır rehminin kurulması için, «zilyetliğin devri» zorunlu ise de, bazı durumlarda buna gerek olmadan rehin hakkının meydana gelebileceği öngörülmüş olabilir. Bu durumlara örnek olarak; *hayvan rehni* (MK. mad. 940), *tarım kredi kooperatiflerinin rehin hakkı* (1581 s. K. mad. 13) gösterilebilir<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> AKYAZAN, S. Menkul Rehninde Teslim Koşulu ve Ayrıcalıkları (Batıder, 1977, C: IX, S: 2, s: 326)

<sup>23</sup> Bknz: 10.11.1964 T. 12732/12652

<sup>24</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz: OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR), S. age. s: 792 vd.

<sup>25</sup> Bu konuda ayrıca bknz: ER, R. Bankalar Açısından Araç Rehminin Menkul Rehni İçindeki Hukuki Durumunu (Yargıtay D. 1998/3, s: 285 vd.)

<sup>26</sup> Bknz: HGK. 10.2.1999 T. 11-42/67 - İİD. 14.4.1967 T. 3510/3557 - TD 17.5.1968 T. 4157/2986; İİD. 5.5.1962 T. 2615/5401 - İİD. 7.5.1964 T. 5345/5662

<sup>27</sup> DAVRAN, B. age. s: 82

<sup>28</sup> Bknz: İİD. 29.9.1964 T. 9644/10339

**V- Taşınır rehni çeşitleri:** Medeni Kanunumuz «taşınır rehni» başlığı altında (mad. 939-972) 7 taşınır rehni çeşidini düzenlemiştir.

1- Teslim koşullu taşınır rehni (teslimi meşrut rehin) (MK. mad. 939-949)

2- Hapis hakkı (MK. mad. 950-953)<sup>29</sup>

3- Hayvan rehni (MK. mad. 940/I).

4- Bir sicile tescili zorunlu taşınır malın rehni (MK. mad. 940/II).

Yeni Medeni Kanunumuzun getirdiği bu düzenleme ile; motorlu araçların artık üçüncü bir kişiye teslimine gerek kalmadan sadece trafik siciline rehnin tescili ile rehin edilebilmelerine olanak tanınmıştır.

5- Alacak ve diğer haklar üzerinde rehin hakkı (MK. mad. 954-961)<sup>30</sup>

6- Rehin karşılığında ödünç para verme işleri ile uğraşanlarla yapılan rehin (MK. mad. 962-969)

7- Rehinli tahvilat (MK. mad. 970-972).

**Medeni Kanunun belirtilen bu hükümleri dışında,** diğer bazı yasa ve tüzüklerde de, değişik taşınır rehni türleri kabul edilmiştir:

**a-** Ticari işletmenin rehni (1447 s. Ticari İşletme Rehni K.),<sup>31,32,33</sup>

**b-** Gemi ipoteği (TK. mad. 875-877; 893-944),

**c-** Hava aracı ipoteği (2920 s. Türk Sivil Havacılık K. mad. 70-80),

<sup>29</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: DEMİRER, S. D. Hapis Hakkı (Adalet D. 1986/1, s: 7 vd.) - SARI, S. Alıkoyma - İMRE, Z. Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik (İHFM. C: XVIII, (952, s: 742 vd.) - CANSEL, E. Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı.

<sup>30</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: ÇAKIRCA, S. İ. Adi Alacakların Rehni, 2006, s: 4 vd.

<sup>31</sup> Ayrıca bkz: Ticari İşletme Rehni Sicili Hakkında Tüzük (RG. 21.8.1972 T. 14283 sayı) - Ticari İşletme Rehni Sicili Tüzüğü'nün Uygulanması Hakkında Yönetmelik (RG. 4.10.1972 T. 14326 sayı).

<sup>32</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: TÜRKER, E. Ticari İşletme Rehni, 1981, s: 52 vd. - ERGÜNE, M.S. age. s: 75 vd. - ERTAŞ, Ş. Ticari İşletme Rehni (Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, 2005, s: 39-50) - HAZNEDAR, İ. M. Ticari İşletme Rehni ve Uygulaması (Legal Huk. D. S: 12, aralık/2003, s: 3044-3056; Legal Huk.D. S: 13, Ocak/2004, s: 41-48; Legal Huk. D. S: 14, Şubat/2004, s: 403-408) - YILDIZ, Ş. Ticari İşletme Rehni Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Sanayi İşletmeleri Üzerinde Kurulacak Ticari İşletme Rehninde Ortaya Çıkabilecek Bazı Sorunlar (Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, 2006, s: 507-521) - ZEVKLİLER, A. age. s: 426 vd.

<sup>33</sup> Bknz: 12. HD. 14.2.2000 T. 1144/2258 - 12. HD. 2.4.1990 T. 11876/3720; 5.12.1988 T. 2923/14847 - 11. HD. 12.10.1989 T. 7162/5261 - 12. HD. 22.3.1984 T. 164/3359 - 12. HD. 16.5.1983 T. 2347/3850

**d-** Tarım Kredi Kooperatiflerinin, kredi alan ortakların, kredilerine karşılık gösterdikleri ürünleri, hayvanları ve üretim ile ilgili her türlü makine ve araçları üzerindeki -yasal- rehin hakkı (1581 s. Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri K. mad. 13),

**e-** Maden cevherinin rehni (3213 s. Maden K. mad. 39),

**f-** Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun gereğince; Devletin bar, otel, han, pansiyon, çalgılı yerler, sinemalar, oyun ve dans yerleri vs. içinde bulunan eşya ve malzeme üzerinde, buraların işletilmesinden doğan kamu alacakları nedeniyle sahip olduğu rehin hakkı (6183 s. K. mad. 12).

Yukarıda belirtilen taşınır rehni çeşitlerinin bazılarında, rehin konusu şeyin zilyetliğinin rehin alana geçirilmesi -yasa gereği- zorunlu olmadığı halde, bazılarında zorunludur. Hakkının doğmasında, rehin konusunun zilyetliğinin rehin alana (alacaklıya) geçirilmesinin gerekli olup olmaması bakımından, taşınır rehni iki büyük bölüme ayrılır:

**A- Teslimli (Teslim koşullu) taşınır rehni,**

**B- Teslimsiz taşınır rehni:**

**a- Teslimsiz ve sicilli taşınır rehni,<sup>34</sup>**

**aa-** Hayvan rehni (MK. mad. 940/I),

**bb-** Ticari işletme rehni (1447 s. K. mad. 5),

**cc-** Gemi ipoteği (TK. mad. 875-877; 893-944),

**dd-** Maden cevherinin rehni (3213 s. K. mad. 39),

**ee-** Hava aracı ipoteği (2920 zs. Türk Sivil Havacılık K. mad. 70-80).

**b- Teslimsiz ve sicilsiz taşınır rehni:**

**aa-** Rehinli tahvilat (MK. mad. 970-972),

**bb-** Deniz ödücü (TK. mad. 1161 vd.),

**cc-** Tarım Kredi Kooperatiflerinin rehin hakkı (1581 s. K. mad. 13),

**dd-** Devletin (kamuya açık yerlerin işletilmesinden doğan kamu alacakları için, bu yerlerdeki eşya üzerindeki) rehin hakkı (6183 s. K. mad. 12).

<sup>34</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: REİSOĞLU, S. Menkul İpoteği (Teslimsiz Menkul Rehni), 1965, s: 11 vd.

Ayrıca belirtelim ki, İİK. mad. 23; «takip hukuku bakımından», «taşınır rehni» kavramının kapsamına;

**a)** «Teslime bağlı rehinlerin»,

**b)** «MK'nun 940 ıncı maddesinde öngörülen rehinlerin» (Hayvan rehni ile, bir sicile tescili zorunlu olan mallar -örneğin; taşıt araçları- üzerinde kurulan rehinlerin),

**c)** «Ticari işletme rehninin»,

**d)** «Hapis hakkının»,

**e)** «Alacak ve sair haklar üzerindeki rehinlerin» gireceğini belirtmiştir.

Buraya kadar belirtilen çeşitli taşınır rehni türlerinden «teslim koşullu rehni» (teslimi meşrut rehni), genel taşınır rehni türüdür. «Taşınır rehni» başlığını taşıyan Medeni Kanunun «Taşınır Rehni» başlığını taşıyan bölümünde, bütün taşınır rehni çeşitlerinin «ortak» öğelerini gösteren genel hükümler ayrıca yer almış değildir. Bu nedenle, «*teslim koşullu taşınır rehnindeki*» hükümler, örnekseyle (kıyasen) aksine hüküm bulunmadıkça, diğer bütün taşınır rehni türleri hakkında da uygulanabilir<sup>35</sup>.

## **VI- Taşınır rehninin genel ilkeleri:**

**A- Alacağa bağlılık (fer'ilik) ilkesi:**<sup>36</sup> Taşınır rehni, güvence altına aldığı (=temin ettiği) alacağa bağlı bir haktır. Rehni hakkının varlığı, bu alacağın varlığına bağlıdır. Bunun sonucu olarak da;

**a)** Ancak, geçerli bir alacak varsa doğar, alacak geçersizse rehni hakkı da doğmaz.

**b)** Alacak sona erince (ödeme, ibra vb. nedenlerle), rehni hakkı da sona erer. Fakat, alacağın zamanaşımına uğraması, taşınır rehnini sona erdirmez (BK. mad. 138). Rehni alacaklı, alacak zamanaşımına uğramış olsa bile, rehni paraya çevirerek alacağını alabilir.

**c)** Rehni alacağın devri halinde, alacağa bağlı olarak rehni hakkı da yeni alacaklıya geçer (BK. mad. 168). Taşınır rehninin, alaktan bağımsız olarak devri mümkün değildir.

**d)** BK. mad. 109/I'e göre gerçekleşen halefiyet hallerinde, borcu ödeyen üçüncü kişi, alacağa bağlı olarak taşınır rehnini kazanır.

<sup>35</sup> CANSEL, E. age. s: 8

<sup>36</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR), S. age. s: 783 - ERTAŞ, Ş. Türk Hukukunda Teslimsiz Taşınır Rehni (Tür. Not. Bir. Huk. D. S: 127, Ağustos/2005, s: 78) - CANSEL, E. age. s: 26 - KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 464 - GÜRSOY, K./EREN, F./CANSEL, E. age. s: 1167

e) «Borcun nakli» halinde de, taşınır rehni devam eder. Ancak, rehin borçludan başka bir kişi tarafından kurulmuş olup, rehnedenden kişi borcun nakline izin vermezse, taşınır rehni de sona erer (BK. mad. 176/II).

**B- Kamuya açıklık (aleniyet) ilkesi:**<sup>37</sup> Kanun koyucu, diğer aynî (nesnel) haklarda olduğu gibi, taşınır rehninde de kamuya açıklık (aleniyet) ilkesine özel bir önem vererek, taşınır rehni kurulabilmesi için, rehnedilecek şeyin teslimini yani, rehin verenin, rehin konusu şey üzerindeki vasıtasız zilyetliğine son verilerek, vasıtasız zilyetliğin alacaklıya ya da tarafları anlaşması ile bir üçüncü kişiye devredilmesini zorunlu kılmıştır<sup>38</sup>.

Rehin verenin, rehin konusu şey üzerindeki vasıtasız zilyetliğine son verilmesi, borçludan alacağı bulunan diğer üçüncü kişilere, borçlunun zilyetliğinde bulunan mallar üzerinde başka alacaklıların rehin hakkı bulunmadığını belirttiği gibi, rehnedilen şeyin malikinin, alacaklının zararına olarak rehin konusu mal üzerinde fiili ve hukukî işlemde bulunmasını önleyerek rehinli alacaklıyı da korumuş olur.

*Kural olarak*, «rehin verenin, rehin konusu şey üzerinde vasıtasız zilyetliğinin sona ermesi» gerekirken ise de, kanunda özel olarak belirtilen ayrık (istisnai) durumlarda, bu gerçekleşme de rehin hakkı doğabilir. örneğin; «*hayvan rehni*»nde, üzerinde rehin hakkı kurulan hayvanların alacaklıya teslimi gerekli görülmemiş, bunun yerine «*hayvan rehni sicili*»ne tescil koşulu kabul edilmiştir. (MK. mad. 940/I).

Keza; yeni Medeni Kanunumuzun 940/II. fıkrası gereğince; **bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar** (örneğin; araçlar) **üzerinde**, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı olduğu sicile yazılmak suretiyle taşınır rehni kurulabilir...

Aynı şekilde, «**ticari işletme rehni**»nde de, rehin konusu şeylerin -örneğin; işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makina, araç, âlat ve motorlu nakil araçlarının (Tic.İş Reh.K.mad.3)- alacaklıya teslimine gerek kalmadan, rehin hakkı «**ticari işletme sahibinin veya kredi müessesesinin veya alacaklının yazılı talebi üzerine, ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu ticaret veya esnaf ve sanat siciline tescil ile doğar**(Tic.İşReh.K.mad. 5)<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Ayrıntılı bilgi için bknz: OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR) S. age. s: 784 - ERTAŞ, Ş. Eşya Hukuku, 6. Baskı, 2005, s: 78 - SEROZAN, R. age. s: 278 - CANSEL, E. age. s: 19 - KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 1165 vd. - GÜRSOY, K./EREN, F./CANSEL, E. age. s: 1167

<sup>38</sup> Bknz: HGK. 10.2.1999 T. 11-42/67 - İİD. 14.4.1967 T. 3510/3557 - TD 17.5.1968 T. 4157/2986, İİD. 5.5.1962 T. 2615/5401 - İİD. 7.5.1964 T. 5345/5662

<sup>39</sup> Daha ayrıntılı bilgi için bknz: REİSOĞLU, S. Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkarıldığı Sorunlar, 1977, s: 9 vd. - ÖZAKMAN, C. Ticari İşletme Rehni ile Medeni Kanununun Teferruata ilişkin Hükümlerinin Karşılaştırılması (Hukuk Araştırmaları Dergisi «Marmara Hukuk Fak.» C: 4, S: 1-3, s: 62 vd.) - POROY, R. Ticari İşletme Hukuku, 1987, s: 46 vd. - YÜKSEL, A. S. Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, 1986, s: 259 vd. - ARKAN, S. Ticari İşletme Hukuku, 2001, s:45 vd.

**C- Güvenin korunması ilkesi:**<sup>40</sup> Bir taşınırı iyiniyetle rehin alan alacaklı, rehin verenin o taşınır üzerinde tasarruf hakkı bulunmasa bile, rehin hakkını kazanır (MK. mad. 939/II). Bu hüküm, zilyetlik karinesine güvenilerek kazanılan aynı hakkın korunmasını genel olarak düzenleyen MK. mad. 988 hükmünün özel bir uygulamasıdır. Bu durumda, rehin hakkının doğabilmesi için, üçüncü kişinin, taşınırın zilyedinin o taşınır üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığını «bilmemesi» ya da «bilmesi gerekmemesi» lâzımdır (MK. mad. 3). İyiniyetin varlığı, taşınırın rehin olarak alındığı (verildiği) sırada aranır.

Buna karşın, kıymetli evraka bağlanmamış alacaklar üzerinde, hak sahibi olmayandan, iyiniyetle rehin hakkı kazanılması korunmamıştır. Alacaklar hakkında, «hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez» kuralı benimsenmiştir.

**D- Belirlilik ilkesi:**<sup>41</sup>

**a) Taşınır rehninin konusu yönünden:** Üzerinde rehin kurulan taşınır, hak ve alacağın belirli olması gerekir.

Bir malvarlığının tümü ya da bir bölümü üzerinde, malvarlığındaki taşınırlar teker teker teslim edilmeden, tek bir işlemle rehin kurulamaz.

**b) Güvence altına alınacak alacak yönünden:** Taşınır rehninde -taşınmaz rehninden farklı olarak- güvence altına alınmak istenen alacağın, rehnin kurulması sırasında para olarak miktarının belirtilmesi zorunluluğu yoktur. Alacağın, rehin konusu taşınırın paraya çevrilmesi sırasında, parayla ifade edilmesi yeterlidir.

**E- Rehni hakkının bölünmezliği ilkesi:**<sup>42</sup> Bu ilke, hem «rehin konusu taşınırın bütünü ile rehinli alacağı güvence altına aldığını» ve hem de «alacağın tümünün güvence altına alındığını» belirtir.

Alacaklının alacağı tamamen ödenmedikçe, rehin veren -aksine sözleşme olmadıkça- kısmi ödemeler nedeniyle, rehin konusu şeyin bir kısmının kendisine geri verilmesini isteyemez (MK. mad. 944/II).

**a) Aynı alacak için birden fazla şey rehnedilmiş ise, her biri ilke olarak, alacağın**

<sup>40</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: CANSEL, E. age. s: 23 - KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 466 vd. - OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö./OKTAY, (ÖZDEMİR), S. age. s: 786 vd. - GÜRSOY, K.T./EREN, F./KANSEL, E. age. s: 1165

<sup>41</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR), S. age. s: 787 - CANSEL, E. age. s: 20 - KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 468 vd. - GÜRSOY, K.T./EREN, E./CANSEL, E. age. s: 1164 vd. - SEROZAN, R. age. s: 276 vd. - ERTAŞ, S. age. s: 79 vd. - ERGÜN, E. M.S. ag. s: 171 vd.

<sup>42</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR), S. age. s: 789 vd. - CANSEL, E. age. s: 24 vd. - KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 472 - GÜRSOY, K.T./EREN, F./CANSEL, E. age. s: 1166



tümünden sorumludur. Başka bir deyişle, ipotekten farklı olarak taşınır rehninde, aksi kararlaştırılmadıkça, birden fazla rehin konusu üzerinde «toplu rehin» mevcut olduğu kabul edilir. Borcun bir bölümünün ödenmesi, orantılı olarak, rehin konusu şeylerden bazılarının geri verilmesi borcunu yüklemesiz.

**b)** Rehin konusu şey (ya da şeyler) birden fazla alacak için rehnedilmiş ise, rehinle güvence altına alınan tüm alacaklar karşılanmadan, rehlin herhangi bir bölümünü geri verme yükümlülüğü yoktur.

**F- Rehin hakkının önceliği (rüçhanlığı) ilkesi:**<sup>43</sup> Rehin verilen üzerinde birden fazla alacaklı lehine rehin hakkı kurulmuşsa, bu rehin haklarından tarih itibariyle önce kurulmuş olanlar, sonra kurulanlara nazaran öncelik hakkına sahiptir. Yani, daha önce kurulan rehin hakkı, daha sonra kurulanın önünde gelir. Bu kural, MK. mad. 948'de öngörülmüştür.

Rehlin kuruluş tarihi, rehin hakkının varlığı için gerekli bütün koşulların gerçekleştiği ândır. Rehlin kuruluş ânı, **teslim koşullu taşınır rehninde** ve **hâmile yazılı kıymetli evrakta**; zilyetliğin geçirilmesinin tamamlandığı, **hakların ve alacakların rehninde**; hakkın doğumu için gerekli işlemlerden en sonuncusunun yapıldığı, **hapis hakkında**; koşulların gerçekleştiği, **hayvan rehninde** ve **ticari işletme rehninde**, sicile tescil (yazım) ânıdır.<sup>44</sup>

Aynı taşınır üzerinde kurulan birden fazla rehin haklarının sırası, rehlin paraya çevrilerek paylaştırılmasında önem taşır. Sırada en önde bulunan rehinli alacaklının alacağı, en önce ödenir. Bir şey artarsa, bu, ikinci sıradaki rehinli alacaklıya ödenir. Geriye para artarsa, üçüncü sıradaki rehinli alacaklıya ödenir. Paylaştırma bu şekilde devam eder.

Daha önce kurulmuş bir rehin hakkı sona ererse, bir boşluk doğmaz, sonra gelen rehin hakları kendiliğinden öne ilerlerler.

Daha önce kurulmuş bir rehin hakkı sona ererse, bir boşluk doğmaz, sonra gelen rehin hakları kendiliğinden öne ilerlerler.

**VII- Taşınır rehlinin sona ermesi:** Rehin hakkı, ya doğrudan doğruya ya da alacağın sona ermesi ile ortadan kalkar.

**a)** Rehin hakkı, hak sahibinin vazgeçmesi, rehin konusunun yok olması, sürenin dolması, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi vb. gibi nedenlerle -doğrudan doğruya-

<sup>43</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: CANSEL, E. age. s: 28 - KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 473 vd. - OĞUZMAN, M.F./SELİÇİ, Ö./OKTAY (ÖZDEMİR), S. age. s: 791 - GÜRSOY, K.T./EREN, F./CANSEL, E. age. s: 1168 vd.

<sup>44</sup> KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. age. s: 474



sona erer.

**b)** Alacağı sona erdiren nedenler (ifa, ibra vb. gibi) alacağa bağlı (fer'i) nitelik taşıyan rehin hakkını da kendiliğinden sona erdirir. Ancak, hemen belirtelim ki, taşınır rehninin güvence altına aldığı alacağın zamanaşımına uğraması, rehnin paraya çevrilmesine engel olmaz. İpotekten farklı olarak, taşınır rehni, alacağın zamanaşımına uğramasını engellemezse de, alacaklı rehinden hakkını elde etme yetkisini sürdürür (BK. mad. 138).

**VIII-** Anımsanacağı gibi; rehin, Medeni Kanunumuzda «*taşınmaz rehni*» (mad. 850-938) ve «*taşınır rehni*» (mad. 939-972) başlıkları altında -iki bölümde- düzenlenmiştir.

Ancak şu hususu hemen belirtelim ki, İcra ve İflâs Hukukunda; «rehin», «taşınır rehni» ve «ipotek» terimlerinin içeriği; maddi hukuktakinden (MK. mad. 850-972) daha geniştir. Gerçekten, İcra ve İflâs Kanununun uygulanmasında (İİK. mad. 23),<sup>45</sup>

**a)** «**TAŞINIR REHNİ**» kavramının kapsamına nelerin girdiğini yukarıda -bknz: dipn. 33 civarı- belirtmiştik.

**b)** Sadece «**REHİN**» terimi:

İpotek ve taşınır rehni terimlerinin kapsamına giren tüm «taşınır» ve «taşınmaz rehinlerini» içine alır.

**c)** «**TAŞINMAZ**» terimi:

«Gemi siciline kayıtlı olan gemileri»de kapsamına alır.

Ancak hemen belirtelim ki, gemi siciline kayıtlı bulunan «inşa halindeki» gemiler, «gemi» olmadıklarından, İcra ve İflâs Kanunu bakımından «taşınmaz» değil «taşınır» sayılırlar.<sup>46</sup>

**IX-** Alacağı rehinle güvence altına alınan alacaklı kural olarak -haciz ve «iflâs» yoluna başvurmadan- ilk önce «rehnin paraya çevrilmesi» yolu ile takip yapmak zorundadır (İİK. mad. 45).<sup>47</sup>

## **B. «TAŞINIR REHNİNİN İLÂMSIZ TAKİP YOLU İLE PARAYA ÇEVİRİLMESİ»NDE TAKİPTALEBİ**

Bu takip yolunda; alacağı taşınır rehni ile teminat altına alınmış olan alacaklının alacağı veya rehin hakkı bir «*ilâm*» ya da «*ilâm niteliğindeki belge*»ye bağlı değildir İİK. mad. 1504

<sup>45</sup> Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2005, C: 2, s: 2632 vd.

<sup>46</sup> AKINCI, S. Gemi Mülkiyeti (İHF. 1957/1-4, s: 276)

<sup>47</sup> Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. ag.şerh, 2006, C: 3, s: 3535 vd.

*Rehnin ilâmsız takip yolu ile paraya çevrilmesi* «takip talebi» ile başlar. Alacaklı, bu takibe -diğer takiplerde olduğu gibi- «örnek: 1» takip talebi'ni doldurarak başlar. Bu «takip talebi»nin içeriği İİK. mad. 145'de belirtilmiştir.

**I- İİK. mad. 145'de öngörülen takip talebinin içeriği, genel haciz yolu ile takipteki (İİK. mad. 58)<sup>48</sup> gibidir. Yani, bu takip talebinde;**

**A- a)** Alacaklı ve borçlunun kimlik ve adresleri belirtilir.

Ayrıca; *alacaklının vergi kimlik numarası ile alacaklı yabancı memlekette oturuyorsa, Türkiye'de göstereceği yerleşim yeri (Yerleşim yeri göstermezse, icra dairesinin bulunduğu yer, yerleşim yeri sayılır)*

**b)** *Alacağın veya istenen teminatın Türk parası ile tutarı faizli alacaklarda istenen faizin miktarı ve işlemeye başladığı gün, alacak veya teminat yabancı para ise, alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi belirtilir.*

**c)** *Alacak ve rehin hakkı bir belgeye dayanıyorsa, bu belgenin aslı veya onaylanmış - borçlu sayısından bir fazla sayıda- örneği, takip talebi ile birlikte icra dairesine verilir.*

Takip talebinde ayrıca şu hususlar yer alır:

**B- a)** *Rehnin ne olduğunun belirtilmesi:* Alacaklı rehnedilenin ne olduğunu takip talebinde açıklamak zorundadır. Çünkü, bu husus aynen «ödeme emri»ne geçecek ve böylece, borçlunun rehin hakkına itiraz edebilmesine imkân verilmiş olacaktır.

Aynı alacak birden fazla taşınır rehni ile güvence altına alınmışsa, alacaklı -taşınmaz rehinlerinde geçerli olan kuralların aksine (MK. mad. 873)- bu rehinlerin hepsinin satılmasını istemek zorunda değildir, alacağa yeterli miktarının satışını istemekle yetinebilir.<sup>49</sup>

Borçlu aslında «haczi mümkün olmayan» (İİK. mad. 82)<sup>50</sup> bir taşınır malı üzerinde, alacaklı yararına rehin hakkı kurmuşsa, bu durum, rehnedilenin -rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip sonucu- satılmasını engellemez. Çünkü, borçlu böyle bir malını rehnetmekle, rehinli alacaklıya karşı, malın «haczedilmezlik niteliğini» ileri sürmek hakkından vazgeçmiş sayılır.<sup>51</sup>

Ayrıca belirtelim ki, alacaklının rehnedileni takip talebi ile birlikte icra dairesine teslim etmesi gerekmez.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T. ag. şerh, 2006, C: 3, s: 3766 vd.

<sup>49</sup> GÜRDOĞAN, B. Rehni Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takip, (İİK. Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, 1963) s: 39

<sup>50</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T. ag. şerh 2006, C: 5, s: 6967 vd.

<sup>51</sup> BERKİN, N. İcra Hukuku Rehberi, 1980, s: 379

<sup>52</sup> GÜRDOĞAN, B. Türk – İsviçre Hukukunda Rehni Paraya Çevrilmesi, 1967, s: 39

**b) Daha sonraki rehin hakkı sahibinin bildirilmesi:** Rehnedilen üzerinde, daha sonra gelen bir rehin hakkı sahibi varsa (MK. mad. 941), alacaklı, takip talebinde onun kim olduğunu da bildirmelidir. Ancak hemen belirtelim ki, alacaklının daha sonraki rehin hakkı sahibini takip talebinde bildirmemiş olması, takibin geçerliğini etkilemez. Sadece bu alacaklı kendisine haber verilmemesinden doğan zararların önlenmesini, takipte bulunmuş olan alacaklıdan isteyebilir. Daha sonraki rehin hakkı sahibinin, takip talebinde bildirilmesinin istenmesinde güdülen amaç, bu alacaklının da haklarını korumasına, ihaleye katılmasına, müşteri bulunmasına vb. imkân vermektedir.<sup>53</sup> Nitekim, bunun sağlanması için -biraz sonra belirteceğimiz gibi- bu kişilere «takip talebinde bulunduğu» bir ihbarname ile bildirileceği İİK. mad. 146'da öngörülmüştür.

Bir taşınır üzerinde «sonradan gelen rehinler»de kabul edildiğine göre (MK. mad. 941), rehni elinde bulundurmayan «sonradan gelen rehin alacaklısı»nın takip talebine ilişkin hükümlere maddede yer verilmemiştir. Sonradan gelen rehin alacaklısının, alacağına ilişkin belgeleri sunmak suretiyle takip talebinde bulunması halinde, onun da ilk -daha önceki rehin hakkı sahibi- alacaklıyı bildirmesi gerekir. Rehnedilen, «sonradan gelen rehin alacaklısının» elinde bulunmadığına göre, bu bildirmenin yapılması bir bakıma zorunludur.<sup>54</sup>

**c) Rehnedilen üçüncü kişi tarafından verilmiş ya da rehnedilenin mülkiyeti üçüncü kişiye geçmişse, bu kişinin de bildirilmesi gereği:** Bununla güdülen amaç, bu kişilerin takipten İİK. 146 uyarınca bilgi edinmelerini sağlamaktır. Çünkü az sonra belirteceğimiz gibi, bu kişilere «ödeme emri» gönderilecektir.

Şu hususu hemen belirtelim ki, «asıl borçlu» hariç bırakılarak, sadece «rehin maliki üçüncü kişi» takip edilemez. Her ikisi «birlikte» takip edilir. Çünkü aralarında «zorunlu takip arkadaşlığı» vardır...<sup>55</sup>

**II- Alacaklı, «taşınır rehninin ilâmsiz takip yolu ile» paraya çevrilmesi için hangi icra dairesine başvurabilir? Hangi icra dairesinin «yetkili» olduğu konusunda İcra ve İflâs Kanunumuzda özel bir hüküm yoktur.<sup>56</sup> Halbuki, kaynak İsviçre İcra ve İflâs Kanununa göre, taşınır rehninin paraya çevrilmesinde, gerek «borçlunun bulunduğu yerdeki» icra dairesi, gerekse «rehnin -birden fazla rehin varsa, bunların içinde değeri en fazla olanın- bulunduğu yerdeki» icra dairesi yetkilidir.**

<sup>53</sup> GÜRDOĞAN, B. age. s: 40 - POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku Esasları, 1982, s: 560

<sup>54</sup> MARTİN, A. Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takip (İHFM. 1956/1-4, s: 330) - POSTACIOĞLU, İ. age. s: 560 - GÜRDOĞAN, B. age. s: 40 - AKYAZAN, S. İnceleme ve Açıklamalar, 1965, s: 91

<sup>55</sup> Bknz: 12. HD. 6.10.1997 T. 9366/10112

<sup>56</sup> UYAR, T. İcra Hukukunda Yetki - Görev ve Yargılama Usulü «Tetkik Mercii», 2. Bası, 1991, s: 86 vd.

İİK. md. 50'de, HUMK'na yapılan yollama gereğince, bu takiplerde, aşağıdaki icra dairelerinin *yetkili* olduklarını kabul etmek gerekir.

1- *Borçlunun yerleşim yerinin (ikametgahının) bulunduğu yerdeki icra dairesi* (HUMK. mad. 9)

2- *Alacaklının yerleşim yerinin (ikametgahının) bulunduğu yerdeki icra dairesi* (HUMK. mad. 10; BK. mad. 73).

3- *Alacak sözleşmesinin yapıldığı yerdeki icra dairesi* (HUMK. mad. 10)

**III-** Rehnin paraya çevrilmesi kural olarak icra dairesi vasıtasıyla mümkün olmaktadır. Ancak, «rehin sözleşmesi» ile, alacaklıya rehni, icra dairesi dışında, özel olarak satma yetkisinin verilip verilemeyeceği çeşitli hukuk sistemlerinde<sup>57</sup> farklı biçimde düzenlenmiştir. Bizim hukukumuzda -ne İcra ve İflâs Kanunumuzda ve ne de Medeni Kanunumuzda- bu konuda açık bir hüküm yoktur. MK. mad. 949'da sadece; «*borç ödenmediği takdirde, alacaklının rehni verilene malik olacağına*» ilişkin sözleşmenin hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, hukukumuzda, rehni verilenin borç ödenmemesi halinde, alacaklı tarafından satılabileceğine ilişkin sözleşmenin geçerli olacağı kabul edilmektedir<sup>58</sup>. Uygulamada, yakın zamana kadar, bazı bankalar (T.C. Ziraat Bankası, T. Emlak Kredi Bankası, T. Vakıflar Bankası, T.C. Turizm Bankası, T. Halk Bankası) ile bazı kamu kuruluşları (T.C. Ziraat Kurumu) özel kanunlarındaki hükümlere<sup>59</sup> dayanarak, aldıkları rehinleri doğrudan doğruya kendileri -icra dairesine başvurmadan- paraya çevirebilmekte idi<sup>60</sup>. Ancak bugün, bu uygulamaya son verilmiştir.<sup>61</sup>

**IV-** İcra ve İflâs Kanunumuzda «taşınır rehni ile güvence altına alınmış bulunan kambiyo senetlerinin paraya çevrilmesi» konusunda özel hükümler bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, kanun koyucu bu konuyu özel olarak düzenlememiştir. Halbuki, İİK. mad. 45 ve 168 gereğince, kambiyo senetlerine bağlı alacakların da «taşınır» -ve uygulamada daha sık görüldüğü gibi- «taşınmaz» rehni ile güvence altına alınması

<sup>57</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: GÜRDOĞAN, B. age. s: 18

<sup>58</sup> GÜRDOĞAN, B. age. s: 18 vd. - KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, C: 3, 1993, s: 2479 - POSTACIOĞLU, İ. age. s: 557 - BERKİN, N. age. s: 377 - ANSAY, S. Ş. Hukuk, İcra ve İflâs Usulleri, 1960, s: 177 - ARAR, K. İcra ve İflâs Hükümleri, C:1, 1944, s: 87 - CANSEL, E. Türk Menkul Rehni Hukuku, C: 1, 1967, s: 87, 235 - POSTACIOĞLU, İ. İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi (Prof. Dr. Halûk Tandoğan'a Armağan, 1990, s: 538)

<sup>59</sup> Bknz: 3202 s. K. mad. 40; 4947 s. K. mad. 15; 6219 s. K. mad. 11; 7470 s. K. mad. 17; 2284 s. K. ek mad. 3

<sup>60</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T. İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, 1. Bası, 1984, s: 278 vd.

<sup>61</sup> Bu konuda ayrıca bkz: UYAR, T. ag. şerh, 2006, Cilt: 3, s: 3542 vd.

mümkün olduğuna göre, bu tür güvenceli bir alacağın nasıl takip konusu yapılabileceğinin de bilinmesi ve bunun yasada düzenlenmiş olması gerekir. Halbuki hukukumuzda -özellikle, kambiyo senetlerine uygulanacak hükümleri gösteren, İİK. mad. 170/b ve 176'da- bu konuda açık bir hüküm yoktur. Bu durum uygulamada çeşitli sorunların çıkmasına neden olmaktadır<sup>62</sup>. Örneğin;

**a)** Bir borçlunun imzalamış olduğu çeşitli vâdeli bonolar, bir taşınır rehni ile güvence altına alınmış ve senetlerden her biri lehtar tarafından çeşitli kişilere ciro edilmiş olabilir. Bu durumda, lehtarların her biri rehinden nasıl yararlanacaktır? İlk sırada vâdesi gelen senetlere dayanan alacaklıların takibiyle rehin paraya çevrildiği ve elde edilen bedel bütün borçları karşılamadığı takdirde satışa bedelinin paylaşılması nasıl olacaktır? Rehinle güvence altına alınan senetlerden bazılarının hâmilisi «haciz» bazılarının hâmilisi «iflâs», diğer bazıları «rehin paraya çevrilmesi» yoluna başvurabilecek midir?

**b)** Kambiyo senedine bağlı alacağı güvence altında olan rehin konusu taşınır, çeşitli hamillerden kime teslim edilecektir?

**c)** Rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibe geçildiğinde, takip konusu senedin mutlaka icra dairesine verilmesi gerekecek midir? İcra memuru, senedin kambiyo senedi niteliğinde olup olmadığını kendiliğinden inceleyecek midir? Senet, kambiyo senedi niteliğinde değilse, rehin hakkı da düşecek midir?

Buraya kadar getirebileceği sorunların bir kısmına değindiğimiz «kambiyo senetlerine dayanan rehnin paraya çevrilmesi usulü»nün özel hükümlerle düzenlenmesi ve İİK. 167-176 hükümlerine bu konuda bir ilavenin yapılması gereklidir...

Yasa yoluyla yeni bir düzenleme yapılınca kadar, bu konuya ilişkin çeşitli hükümler karşısında, kambiyo senetlerine dayanan rehinlerin paraya çevrilmesi şu şekilde yapılmalıdır<sup>63</sup>:

**aa-** Kambiyo senedine bağlı alacak, bir taşınır rehni ile güvence altına alınırken, bu işlem senet üzerine de işlenmelidir.

**bb-** Kambiyo senedine bağlı alacağı güvence altına alan taşınır rehninin paraya çevrilmesi için takip talebinde bulunulurken, kambiyo senedi de mutlaka icra dairesine verilmelidir.

**V-** Taşınır rehni ile güvence altına alınan aynı borcu, ayrıca bir üçüncü kişi kefil sıfatıyla ödemeyi taahhüt etmişse borcun ödenmemesi halinde, «kefil» hakkında haciz

<sup>62</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: DOMANIÇ, H. age. s: 1014 vd.

<sup>63</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: DOMANIÇ, H. age. s: 1019 vd.

yolu ile, «borçlu» hakkında ise rehnin paraya çevrilmesi yolu ile icra takibi yapılır.<sup>64</sup>

**VI-** Ayrıca, uygulamadaki önemi nedeniyle belirtelim ki, Ticari İşletme Rehni Kanunu gereğince «ticarî işletmenin veya münferit unsurların paraya çevrilmesinde İcra ve İflâs Kanununun menkul rehninin paraya çevrilmesi hakkındaki hükümler uygulanacağından» (1447 s. Tic. İş Reh. K. mad. 17), borçlusunun ticari işletmesi üzerinde rehin hakkı kurdumuş olan alacaklının, alacağının ödenmemesi halinde «*taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile*» takipte bulunması gerekecektir.<sup>65</sup>

Aynı şekilde; İİK. mad. 23/II uyarınca «*taşınır rehni*» tabiri «*hapis hakkı*»nı da kapsadığından, aleyhine hapis hakkı tanınan borçlular hakkında, «*taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile*» takip yapılması gerekir.<sup>66</sup>

**VII-** *Türk Gemi Sicili'ne* kayıtlı bulunmayan gemiler hakkında -mülkiyet ve diğer aynı haklar yönünden- Medeni Kanunun taşınır'lara ilişkin hükümleri uygulanacağından (TK. mad. 866 vd.),<sup>67</sup> bu tür gemiler (yabancı bordrollu gemiler) hakkında verilen «*rehin hakkı kurulmasına*» ilişkin kararlar, kesinleşmeden (kesinleşmesine gerek kalmadan) takip konusu yapılabilir...<sup>68</sup>

**VIII-** Bu konuya son vermeden önce, son olarak şu hususu da belirtelim ki, taşınır rehni'nin memleketimizde uygulaması yok denecek kadar azdır.<sup>69</sup> Bu nedenle, «taşınır rehninin paraya çevrilmesi yolu ile takip»e, icra dairelerinde hemen hemen hiç rastlanmamaktadır.

<sup>64</sup> Bknz: 12. HD. 4.12.1975 T. E: 8555 - İİD. 3.2.1964 T. 1113/1456

<sup>65</sup> Bknz: 12. HD. 14.2.2000 T. 1144/2258

<sup>66</sup> Bknz: 12. HD. 4.2.2000 T. 140/1570

<sup>67</sup> Bknz: 12. HD. 25.3.1997 T. 3033/3615

<sup>68</sup> Bknz: 12. HD. 16.12.1997 T. 13616/14039; 8.7.1997 T. 7634/8154; 7.7.1997 T. 7463/8066 vb

<sup>69</sup> GÜRDOĞAN, B. «Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takip» (İİK. Değişiklik Tasarısı Hakkında Seminer, 1963, s: 41)

## **5326 SAYILI KABAHATLER KANUNU'NUN 32. MADDESİNE İLİŞKİN KISA BİR İNCELEME**

**Av. Pınar ÇELİK\***

Eskişehir Barosu Dergisi'nin Ekim 2006 tarihli 11. sayısında yayınlanan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesine ilişkin mahkeme kararlarının ardından, bu kanun maddesiyle ilgili kısa bir inceleme yapmayı uygun bulduk<sup>1</sup>.

Bilindiği gibi 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kabahatler ve cürümler bir arada düzenlenirken, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu sadece cürümleri düzenlemiş, kabahatler içinse 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu hazırlanmıştır. 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesinde “emre aykırı davranış” başlığıyla düzenlenen fiil, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun 526 ncı maddesinde “yetkili makamların emirlerine itaatsizlik” başlığıyla yer almıştır.

Öncelikle bahsi geçen 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun Emre Aykırı Davranış başlığını taşıyan 32. maddesinin tam metnine bakmak gerekmektedir:

“(1)Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye Yüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.

(2) Bu madde ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir.

(3)1.3.1926 tarihli ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526 ncı maddesine diğer kanunlarda yapılan yollamalar, bu maddeye yapılmış sayılır.”<sup>2</sup>

Bu maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi söz konusu kabahatin oluşabilmesi için üç unsurun var olması gerekmektedir. Bu unsurlar:

---

\* Avukat, Eskişehir Barosu

<sup>1</sup> Eskişehir Barosu Dergisi 11. Sayı s.121 (Ekim 2006-Eskişehir)

<sup>2</sup> Mustafa Ekinci-Anlatımlı Gerekçeli Kabahatler Kanunu İle İdari Suç ve Cezalar (Ankara-Eylül 2005) s.110

a)- Yetkili makamlar tarafından hukuka uygun bir biçimde verilmiş bir buyruk olmalıdır,

b)- Bu buyruk adli işlemler dolayısıyla ya da kamu güvenliği ve kamu düzeni veya genel sağlığın korunması düşüncesiyle verilmelidir,

c)- Bu buyruk usulen ilan edilmelidir.

Bu unsurların oluşması tek başına yeterli değildir. Çünkü Kabahatler Kanunu'nun uygulanabilmesi için ilgili kanunda açıkça bir hüküm bulunmalıdır. Yani Kabahatler Kanunu'nun uygulanabilmesi için başkaca bir kanunun Kabahatler Kanununa atıf yapması gerekmektedir. Aşağıda incelenecek olan mahkeme kararlarında söz konusu idari para cezalarını valilikler vermiştir. Valiliklere bu yetkiyi 5442 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu vermektedir. Bu kanunun özellikle 11/c maddesi konumuz itibariyle önemlidir.

5442 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 11/c: “İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir.

Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır. Bu hususta alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymayanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır.”<sup>3</sup>

Yukarıda belirtilen 66 ncı maddede, eski TCK'nın 526 ncı maddesi işaret edilmektedir. Ancak 765 sayılı TCK yürürlükten kalktığı için, Kabahatler Kanunu'nun 32/3 maddesinde “765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526 ncı maddesine diğer kanunlarda yapılan yollamalar, bu maddeye yapılmış sayılır.” denilmiştir. Bu yüzden buradaki TCK 526 ncı maddesine yapılan atıf 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32 nci maddesine yapılmış sayılacaktır.

Bu açıklamalar ışığında söz konusu mahkeme kararlarına bakıldığında:

Trabzon 1. Sulh Ceza Mahkemesi 2006/70 D.İş Kabahat No, 2006/70 D.İş Kabahat Karar Nolu kararıyla, ... Valiliği'nin 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32 nci maddesine dayanarak ...Sendikası hakkında vermiş olduğu idari para cezasını iptal etmiştir<sup>4</sup>. Trabzon Valiliği, bu idari para cezasına neden olarak ... Sendikasının valilikçe belirlenen yerler dışında basın açıklaması yapmasını göstermiştir. Ancak idari para

<sup>3</sup> **5442 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu Madde 66** - İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler hakkında hareketi ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde Türk Ceza Kanunu'nun 526 ncı maddesi uygulanır. <http://www.hukuki.net/kanun/5442.13.text.asp>

<sup>4</sup> Eskişehir Barosu Dergisi 11. Sayı s. 123 (Ekim 2006-Eskişehir)



cezasını iptal eden Trabzon 1. Sulh Ceza Mahkemesi bu kararın gerekçesinde, ...Valiliği'nin toplantı yapılacak yerleri belirleme yetkisini 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'ndan aldığını, bu yetkiye dayanarak ancak düzenleyici işlem yapabileceğini, bu düzenleyici işleme uyulmamasının müeyyidesinin 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 22, 23/e maddeleri delaletiyle 28 inci maddesinde açık olarak gösterildiğini belirtmiştir. 5442 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 66 ncı maddesinde “hareketi ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde Türk Ceza Kanunu'nun 526 ncı maddesi uygulanır” denilerek valiliklerin yetkisi daraltılmış ve bir fiilin yasalar tarafından ayrı bir suç teşkil etmesi durumunda 5326 Sayılı Kabahatler Kanununa dayanılarak idari para cezasının verilemeyeceğini belirtmiştir. Bu yüzden ilgili mahkeme 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda ayrı bir suç olarak düzenlenen bir fiille ilgili olarak ...Valiliği'nin 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32 nci maddesine dayanarak idari para cezası tesisi edemeyeceğine karar vermiştir.

Valiliklerin yetkisi içerisinde bulunmayan bir konuda böylesi düzenleyici işlemler tesis etmeleri “yetki gaspı” kapsamında değerlendirilmelidir<sup>5</sup>. Çünkü somut olayda ilgili valilik yetkisi olmadığı halde ...Sendikasına idari para cezası vererek hukuka aykırı davranmıştır. Eğer toplantı ve gösteri yürüyüşlerine muhalefet suçun oluşma ihtimali var ise valiliğin yapacağı şey, bunu Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmektir. Adli merciler önüne gelen olayı inceleyecek ve suç oluşmuşsa 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 28 inci maddesi gereğince bir yargılama yapabilecektir. Trabzon 1. Sulh Ceza Mahkemesi bu kararında 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu ile 5442 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 66 ncı maddesi birlikte değerlendirilmiş ve hukuka uygun bir hüküm kurmuştur.

Eskişehir 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2006/263 Değişik İş Nolu kararında ise ...Sendikası Başkanı A.P.Ş'ya basın açıklaması yapılması yasak olan bir yerde basın açıklaması yapması gerekçesiyle ...Valiliğince verilen idari para cezası iptal edilmiştir.<sup>2</sup> Eskişehir 2. Sulh Ceza Mahkemesi bu kararında Trabzon 1. Sulh Ceza Mahkemesi'ninkine benzer bir gerekçeye dayanmış ve “bu olaya ilişkin olarak uygulanabilecek ceza hükmü içeren yasa hükümleri mevcut iken bu husus dışında ayrıca şahıslar hakkında idari yaptırım kararı yerinde değildir.” demiştir. Mahkeme bu kararında 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32/2 maddesine dayanmıştır.

<sup>5</sup> Yetki gaspı Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında “işlemin yetkili kurum veya kişi yerine yetkisiz kişi ya da kurumca alınmış olması” şeklinde tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi E.1998/58, K.1999/19 Resmi Gazete 4 Mart 2000 - Sayı 23983 ([http://www.belgenet.com/belge/kiyak\\_gerekce2.html](http://www.belgenet.com/belge/kiyak_gerekce2.html))

<sup>6</sup> Eskişehir Barosu Dergisi 11. Sayı s. 127 (Ekim 2006-Eskişehir)

Eskişehir 3. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2006/2408 Değişik İş Nolu kararında ise hiçbir hukuki dayanaktan bahsedilmemiştir<sup>7</sup>. Ancak bu kararda hakim vicdani kanaatiyle hüküm kurmuş ve “tüm kanıtlarla aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmalar, anayasal hükümler de dikkate alınarak toplanma hürriyetinden doğan hakların kullanılmasının cezayı bir müeyyideye bağlanılamayacağı” söylenmiştir. Gene aynı kararda “toplanma hürriyetinin bulunmadığı toplumlarda durağanlık ve sessizliğin, bu hakkın bulunduğu toplumlarda ise canlılık ve dinamizmin hakim olacağı” söylenmiş, “toplanma hürriyetinin demokrasinin temelini teşkil ettiği” belirtilmiştir.

5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32 nci maddesiyle ilgili bu üç kararı topluca değerlendirdiğimizde şu sonuca varıyoruz ki; yeni çıkan bir kanunun uygulanması ve bunun sınırları mahkemelerce gösterilmiştir. 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun çıkmasının hemen ardından ülkenin birçok yerinde kanunun tam anlaşılmasından dolayı yanlış uygulamalar meydana gelmiş ve uygulamalar özellikle 32 inci madde etrafında toplanmıştır. Kanaatimce bunun sebebi idarenin demokratik toplum örgütlerinin yapmış oldukları etkinlikleri bu madde kapsamında değerlendirmeleri ve idari para cezası yoluyla bu toplumsal tepkileri baskılamaya çalışmalarıdır. Ancak verilen bu idari para cezaları sonrasında sulh ceza mahkemelerine yapılan itirazlar neticesinde kanunun nasıl uygulanacağı belirlenmiş ve özellikle demokratik kitle örgütleri, sendikalar ve derneklere kesilen bu idari para cezalarının önü kesilmiştir.

Son olarak Trabzon 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2006/70 D.İş Kabahat No, 2006/70 D.İş Kabahat Karar Nolu kararında da belirttiği gibi idare, basın açıklaması, toplantı ve gösteri yürüyüşleriyle ilgili düzenleyici işlem tesis ederken, bu hakları düzenleyen kanunların özüne ve ruhuna aykırı düşecek şekilde hareket etmemelidir. Aksi halde kanaatimce sulh ceza mahkemelerine daha çok iş düşecektir.

<sup>7</sup> Eskişehir Barosu Dergisi 11. Sayı s. 131 (Ekim 2006-Eskişehir)

## HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ

**Av. Ali ÇUVALCI\***

### 1- HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Ülkemizin sosyal güvenlik sisteminin kuruluşundan itibaren oldukça parçalı bir yapısının olduğu, gerek kurumsal olarak gerek de tabi olunan mevzuat açılarından birbirinden farklı sosyal güvenlik uygulamalarının olduğu bilinen bir gerçektir. Farklı sosyal güvenlik kurumlarının ve mevzuatlarının bulunması beraberinde, sigortalılar yönünden farklı mevzuat ve kurumlarda geçen hizmet sürelerinin nasıl değerlendirileceği sorunu getirmiştir<sup>1</sup>. Farklı sosyal güvenlik mevzuatlarının ve kurumlarının bulunmasının pek çok soruna yol açtığı açıktır. Sigortalıların farklı mevzuat ve kurumlarda geçen hizmetlerinin birleştirilerek değerlendirilmesi parçalı yapının yol açtığı sorunların çözüm yöntemi olarak uygulanmaktadır.

16.05.2006 tarihinde TBMM'de kabul olunan 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu<sup>2</sup> ile 31.05.2006 tarihinde TBMM'de kabul edilen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu<sup>3</sup> bu bakımdan sosyal güvenlik uygulamalarını ve kurumlarını büyük ölçüde tek çatı altında toplayarak ülkemizdeki sosyal güvenlik sistemi uygulamalarına yeni bir boyut kazandırmıştır<sup>4</sup>.

Bu çalışmada, sosyal güvenlik sistemimizin eski rejimi olarak ifade edebileceğimiz ve 01.07.2007 tarihine kadar uygulanacak olan ve sigortalıların çeşitli sosyal sigorta

\* Avukat, Eskişehir Barosu

<sup>1</sup> Ali GÜZEL-Ali Rıza OKUR, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 2004, s.599

<sup>2</sup> R.G., 20.05.2006, 26173

<sup>3</sup> R.G., 16.06.2006, 26200

<sup>4</sup> 5502 sayılı Kanun 44. maddesi gereğince yayını tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5510 sayılı Kanun 108. maddesine göre yürürlük tarihi 01.01.2007'dir. Ancak 5510 sayılı Kanunun bazı maddelerini iptal eden Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 tarih ve 2006/111 Esas, 2006/112 Karar Sayılı, 30.12.2006 tarih ve 26392 (5. mükerrer) sayılı R.G.de yayımlanan kararı üzerine 26.12.2006 kabul tarihli, 29.12.2006 tarih ve 26391 (1. Mük.) sayılı R.G.de yayımlanan 5565 sayılı 2007 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununun 30. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 108 inci maddesindeki "01.01.2007" ibaresi "01.07.2007" olarak değiştirilmiştir. Dolayısıyla 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihi 01.07.2007'dir.

kurumlarında geçen dağınık hizmetlerinin tabi oldukları son sigorta kurumu koşullarına göre sürekli aylık veya gelir sağlama olanağı verecek şekilde birbirine eklenmesi şeklinde tanımlanabilecek hizmetlerin birleştirilmesi uygulaması ile 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun ortaya çıkardığı yeni hukuki rejim ayrı ayrı incelenmeye çalışılacaktır. Bu çalışmada sadece yurtiçinde geçen hizmetlerin birleştirilmesi konusu ele alınacak, yurtdışında geçen hizmetlerin birleştirilmesi konusu tarihi gelişimi ile dayandığı düzenlemeler farklı olduğu ve çalışmanın hacminin artmaması için değerlendirilmeyecektir.

Son olarak bu çalışmanın iki temel sıkıntısını da ortaya koymalıyım. Sosyal güvenlik sistemimize ilişkin mevzuatın dağınıklığı ve geniş kapsamı bu sıkıntılardan birincisidir. İkincisi ise 5502 ve 5510 sayılı Kanunların henüz çok yeni düzenlemeler olması ve bu durumun bir sonucu olarak her ikisiyle ilgili doktrindeki çalışmaların yetersizliği ve yargı kararlarının bulunmayışıdır. 5510 sayılı Kanun ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve Kanunun çeşitli düzenlemelerini iptal eden karar bu bakımdan büyük önem taşımaktadır ve yeri geldikçe değerlendirilmeye çalışılacaktır. Bu nedenle yazı sahibi olarak eksikliklerin ve hataların bulunabileceğini peşinen kabul ederek, değerli hukukçu meslektaşlarımızın katkılarıyla konunun daha sağlıklı tartışılabileceğini düşündüğümü belirtmeliyim.

### 1.1- Düşüncenin Doğuşu ve Tarihsel Gelişimi

Türkiye Cumhuriyeti kuruluşunun ilk yıllarından günümüze kadar olan dönem içinde vatandaşların sosyal güvenlik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla belirli bölgeler, kurumlar ya da konular için yaptığı düzenlemelerle sosyal güvenlik sistemini kurmaya çalışmıştır. Bu durumun bir sonucu olarak ülkemizdeki sosyal güvenlik sistemi oldukça dağınık bir yapı oluşturmaktadır.<sup>5</sup>

Sosyal güvenlik sistemindeki dağınıklığın yarattığı sorunların çözülmesi amacıyla 5502 ve 5510 sayılı Kanunlardan önce iki temel yöntemin izlendiği görülmektedir. Bunlardan ilki çok sınırlı bir uygulamaya sahip olmakla birlikte sosyal güvenlik sandıklarının sosyal güvenlik kurumlarına devri ile kurumsal bir birliğin oluşturularak dağınıklığın giderilmesidir.<sup>6</sup> Dağınıklığın yarattığı sorunların çözülmesi açısından öngörülen ikinci yöntem farklı sigorta kurumlarında geçen sürelerin birleştirilmesi yoluyla sigortalıların uğrayacakları hak kayıplarının önlenmesini amaçlayan hizmetlerin

<sup>5</sup> Abdurrahman AYHAN, **Türkiye'de Sosyal Sigorta Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Sorunu ve Uygulaması**, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları ; No: 25, 1983, s.43.

<sup>6</sup> Aynı, s.43.

birleştirilmesidir<sup>7</sup>. Hizmetlerin birleştirilmesinin, çalışma yaşamında önem kazanmaya başlayan esnek çalışma uygulamaları ve iş güvencesi önlemlerindeki gelişmeler bağlamında öneminin arttığı söylenebilir<sup>8</sup>.

Değişik sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak sigortalı olanların bu farklı statülerde geçirdikleri hizmetleri birleştirme olanağı ilk kez 228 sayılı Kanunla<sup>9</sup> kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemede hizmetlerin birleştirilmesi uygulaması için, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıllık süre içinde yazılı istekte bulunmak koşulu öngörülmesi ve primsiz geçen hizmet süresinin borçlanarak değerlendirilememesi pek çok soruna yol açmış ve bu sorunların çözülmesi için 1214 sayılı Kanunla<sup>10</sup> değişiklikler yapılarak ek ve geçici maddeler ilave olunmuştur<sup>11</sup>. Daha sonra 24.05.1983 tarihinde 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun<sup>12</sup> kabul edilmiş ve daha önceki düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır. 2829 sayılı Kanun, 5510 sayılı Kanunun 106/4 maddesi gereğince yürürlükten kaldırılmıştır. 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihini düzenleyen 108. maddesi gereğince 01.07.2007 tarihinden itibaren 2829 sayılı Kanun uygulamadan kalkacaktır.

5502 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanun yeni bir sosyal güvenlik modeli oluşturulduğundan hizmetlerin birleştirilmesi uygulamaları da yeni bir biçim kazanmıştır. Bu yeni model ile istisnalar ihmal edilirse sosyal güvenlik kurumlarının tek bir çatı altında toplandığı ve tüm sosyal güvenlik uygulamalarının bahsi geçen iki temel Kanuna dayandırılacağı söylenebilir. Dolayısıyla yeni sosyal güvenlik rejimi içinde bu günkü farklı sosyal güvenlik kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi anlamında bir hizmetlerin birleştirilmesi uygulamasında söz etmek mümkün olmayacaktır. Ancak hizmetlerin birleştirilmesi uygulamasının kesintili hizmetlerin birleşmesi şeklindeki biçimi yeni rejim içinde de söz konusu olacaktır. Ayrıca eski sosyal güvenlik rejiminden yeni sosyal güvenlik rejimine geçişe ilişkin öngörülen düzenlemeler, geçiş dönemiyle sınırlı olmak üzere yine bu bağlamda değerlendirilebilir.

## 1.2- Tanımı ve Amacı

Hizmetlerin birleştirilmesi çalışanların çeşitli sosyal güvenlik kurumlarında geçen dağınık hizmetlerinin tabi oldukları son sigorta kurumu koşullarına göre sürekli aylık veya gelir sağlama olanağı verecek şekilde birbirine eklenmesi şeklinde tanımlanabilir.<sup>13</sup>

7 Kenan TUNÇOMAĞ, **Sosyal Sigortalar**, İstanbul: Beta Yayınları, 1988, s.258

8 Ercan GÜVEN-Ufuk AYDIN, **Bireysel İş Hukuku**, Eskişehir: 2004, s.20

9 R.G., 12.01.1961, 10705

10 R.G., 06.02.1970, 13419

11 Ayhan a.g.e, s.44

12 R.G., 27.05.1983, 18059

13 Ayhan a.g.e, s.45

Bu tanım, bu çalışmada da inceleneceği üzere, aynı sosyal güvenlik kurumunda geçen kesintili sigortalılık sürelerinin de birleştirilmesi şeklinde genişletilebilir<sup>14</sup>.

Hizmet birleştirilmesinin özel bir türü olarak ifade edilen hizmet canlandırması (ihyası), prim veya kesenek iadesi yahut toptan ödeme yapılmış veya bu hakları zamanaşımına uğramış bulunan kişilere aldıklarını geri vermeleri halinde, eski hizmetlerinin sayılması ve bu hizmetlerin yenileriyle birleştirilmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>15</sup>.

Konu ile ilişkilendirilebilecek bir kavram da sigortalının primini veya keseneğini ödemediği bir süreyi, primini ödediği süreye katması olarak tanımlanan hizmet borçlanmasıdır<sup>16</sup>. Ayrıca son olarak, bazı özel durumlarda söz konusu olan fiili ve itibari hizmet süreleri de hizmetlerin birleştirilmesi uygulamasının özel bir biçimi olarak değerlendirilebilir.

Çağdaş sosyal sigorta sisteminin önemli tedbirlerinden birini oluşturan hizmetlerin birleştirilmesi herhangi bir uzun süreli fizyolojik risk yüzünden geliri veya kazancı geçici yahut sürekli kesilmiş kimselerin geçinme ve yaşama ihtiyaçlarını karşılama amacına yöneliktir. Ayrıca söz konusu tedbirin işsizlik riskini telafi edici bir boyutunun bulunduğu da ifade edilmektedir.<sup>17</sup>

## **2- 5502 ve 5510 SAYILI KANUNLARDAN ÖNCE HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ**

### **2.1- 506 Sayılı Kanun Bakımından Hizmet Birleştirilmesi**

#### **2.1.1- Kısa Süreli Sigorta Kollarında**

##### **2.1.1.1- Hastalık Sigortasında**

506 sayılı Kanunun<sup>18</sup> uygulamasında sigortalının hastalık sigortasından yararlanmaya hak kazanabilmesi için belirli bir süre bir işyerinde çalışmış ve prim ödemiş olması gerekir. 506 sayılı Kanunun 32. maddesinin (E) bendine göre sigortalının yurtdışında tedavisi için hastalığın anlaşıldığı tarihten itibaren geriye doğru bir yıl içinde 300 gün<sup>19</sup> ve yurtdışında sağlık yardımı yapılması, protez takılması, muayene ve tedavi için hastalığın

<sup>14</sup> Bu konuda Bkz. Ercan GÜVEN, **Sosyal Sigortalar Genel Uygulama İlkeleri ve Sigorta Kolları**, Eskişehir: Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1976, ss.69-87

<sup>15</sup> Tunçomağ, **a.g.e.**, s.256

<sup>16</sup> Aynı, s.256

<sup>17</sup> Ayhan, **a.g.e.**, s.46

<sup>18</sup> R.G., 29.30.31.07.1964 ve 1.08.1964, 11766,11767,11768,11769.

<sup>19</sup> Daha önce 120 gün olan prim ödeme koşulu, 01.06.1994 tarih ve 3395 sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca 300 güne çıkarılmıştır. (R.G., 07.06.1994, 21953)

anlaşıldığı tarihten itibaren geriye doğru 1 yıl içinde 90 gün<sup>20</sup> prim ödenmesi gerekmektedir. 506 sayılı Kanunun 35. maddesine göre sigortalının eşi ve geçindirmekle yükümlü olduğu çocukları için söz konusu süre 120 gündür.

Ancak işyerinden ayrıldıktan sonra, tekrar aynı veya değişik işverenin işyerinde sigortalı olarak çalışmaya başlayan bir kimsenin hastalık sigortası hakları bakımından yeniden söz konusu süreler kadar çalışmış olması aranmaz. Sigortalı tekrar çalışmaya başladıktan sonra hastalığın meydana geldiği tarihte 90, 120 veya 300 günlük prim ödeme koşulunu tamamlayamamışsa eksik kalan süre sigortalının işyerinden ayrılmadan önce geçen hizmetleriyle birleştirilerek sigorta yardımlarından yararlanma olanağı sağlanır<sup>21</sup>. Bu olanaktan yararlandırma için sigortalının çalışmadan geçirdiği sürenin 1 yıldan kısa olması gerekmektedir.

Sigortalılık niteliğinin kaybedilmesi ve sonra tekrar kazanılması durumunda hizmetlerin birleştirilmesi uygulanırken sigortalının yeni hizmeti çoğaldıkça eski hizmetlerinden birleştirilecek süre azalmaktadır<sup>22</sup>.

506 sayılı Kanunun 104. maddesine göre “Herhangi bir sebeple silah altına alınan sigortalının askerlikte geçen hizmet süresi, hükümlülükle sonuçlanmayan tutuklulukta geçen süre, iş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık veya analık sigortalarından geçici iş göremezlik ödeneği alan sigortalının iş göremediği süre, sigortalının greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması halinde geçen süre söz konusu bir yıllık çalışmadan geçen sürenin hesabında dikkate alınmayacaktır. Madde metninde yer alan grev ve lokavta ilişkin düzenleme 29.07.2003 tarih ve 4958 sayılı Kanunun<sup>23</sup> 44. maddesi ile eklenmiştir.

### **2.1.1.2- Analık Sigortasında**

Sosyal sigortalar uygulamasında sigortalının ya da sigortalı olmayan kadın eşin analık sigortasından yararlanmaya hak kazanabilmesi için belirli bir süre bir işyerinde çalışılmış ve prim ödenmiş olması gerekir. 506 sayılı Kanunun 48. maddesine göre analık sigortası kapsamında yapılan yardımlardan yararlanmak için kadın sigortalı için doğumdan geriye doğru 1 yıl içinde 90 gün analık sigortası primi ödenmiş olması ve erkek

<sup>20</sup> Daha önce sağlık yardımlarından yararlanmada prim ödeme koşulu aranmazken, 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunun 3. maddesi ile prim ödeme koşulu getirilmiş, bu düzenleme 24.08.2000 tarih ve 616 sayılı KHK'nın 58. maddesi ile yeniden düzenlenmiş, 616 sayılı KHK'nın Anayasa Mahkemesinin 31.10.2000 tarih ve E. 2000/65 ve K. 2000/38 sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine 29.07.2003 tarih ve 4958 sayılı Kanunun 29. maddesi ile yeniden düzenlenmiştir. (R.G. 06.08.2003, 25191)

<sup>21</sup> Güven, **a.g.e.**, s.70

<sup>22</sup> Aynı, s.70

<sup>23</sup> R.G., 06/08/2003, 25191



sigortalının doğum yapan kadınla doğumdan önce evlenmiş olması ve doğumdan geriye doğru 1 yıl içinde 120 gün analık sigortası primi ödenmiş olması şarttır.

Doğum tarihinde söz konusu süreler tamamlanmamışsa -işyerinden ayrıldıktan sonra tekrar aynı veya değişik işverenin işyerinde sigortalı olarak çalışılması durumunda- eski hizmetler hesaba katılarak eksik süre ile birleştirilir<sup>24</sup>.

Analık sigortası uygulamasında da tıpkı hastalık sigortası uygulamasında olduğu gibi geriye doğru gidilebilecek süre kanunla 1 yıl olarak sınırlandırılmıştır ve sigortalının yeni hizmetleri çoğaldıkça eski hizmetlerinden birleştirilecek süre azalır. Hastalık sigortasında hizmetlerin birleştirilmesi uygulamasında 1 yıllık sürenin belirlenmesinde dikkate alınmayan ve 506 sayılı Kanununun 104. maddesinde sayılan süreler analık sigortası uygulaması bakımından da dikkate alınmaz.

## **2.1.2- Uzun Süreli Sigorta Kollarında**

### **2.1.2.1- Prim Ödenen Sürelere İlişkin Hizmetlerin Birleştirilmesi**

Uzun dönem sigorta kollarında çeşitli sosyal güvenlik düzenlemelerine dayalı olarak kendilerine toptan ödeme yapılmış, aylık bağlanmış veya bu haklarını kaybetmiş kimselerin değişik kurumlarda geçmiş hizmetleri kural olarak birleştirilmez<sup>25</sup>. Ancak bu kuralın üç istisnası bulunmaktadır.

#### **2.1.2.1.1- Yaşlılık, Malûllük Aylığı Almakta Olan Kimsenin Tekrar Çalışmaya Başlaması Halinde Hizmetlerin Birleştirilmesi**

506 sayılı Kanununun 58. maddesine göre malûllük aylığı almakta olan bir kimse tekrar sigortalı olarak çalışmaya başlarsa ve 506 sayılı Kanununun 63/A. maddesine göre yaşlılık aylığı almakta olan bir kimse tekrar sigortalı olarak çalışmaya başlarsa aylığı kesilir.

506 sayılı Kanununun 58. maddesine göre, 506 sayılı Kanuna göre sigortalı çalışmaya başlaması nedeniyle malullük aylığı kesilenler, başvurmak ve malullük halinin devam etmesi koşullarıyla yeniden malullük aylığı bağlanır. Bu durumda ilk aylık bağlanmasından sonra geçen çalışma süreleri de aylık hesabında dikkate alınacaktır<sup>26</sup>. Ancak 506 sayılı Kanununun 29.04.1986 tarih ve 3279 sayılı Kanununun 1. maddesi ile değiştirilen 3/II-C bendine göre kanunla kurulu sosyal güvenlik kurumlarından (T.C. Emekli Sandığı, Bağ-Kur, 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesine kapsamındaki sandıklardan) malullük aylığı almakta olanlar, 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlamaları durumunda sosyal güvenlik destek primi ödemek şartıyla

<sup>24</sup> Aynı, s.70

<sup>25</sup> Can TUNCAY, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, İstanbul: Beta Yayınları, 1996, s.339

<sup>26</sup> Güven, a.g.e, s.72,



hem maaş alıp hem de çalışmaya devam edebilirler. Bu kimseler yönünden sosyal güvenlik destek primi ödenmiş sürelerin sigortalılık süresinden sayılmayacağı ve 24.05.1983 tarih 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle sosyal güvenlik destek primi ödenmesi durumunda hizmetlerin birleştirilmesi uygulanması söz konusu olmaz.

506 sayılı Kanununun 63. maddesine göre, 506 sayılı Kanuna göre sigortalı çalışmaya başlaması nedeniyle yaşlılık aylığı kesilenlere, başvurmaları koşuluyla yeniden yaşlılık aylığı bağlanır. Bu durumda ilk aylık bağlanmasından sonra geçen çalışma süreleri de aylık hesabında dikkate alınacaktır.<sup>27</sup> Ancak 506 sayılı Kanununun 63. maddesinde 29.04.1986 tarih ve 3279 sayılı Kanununun<sup>28</sup> 3. maddesi ile yapılan değişiklikle yaşlılık aylığı almakta iken sigortalı olarak bir işte çalışmaya başlayanların yazılı talepleri üzerine yaşlılık aylıklarının ödenmesine devam olunabilir. Ancak bunlardan Kanununun 78. maddesine göre tespit edilen prime esas kazançları üzerinden % 30 oranında<sup>29</sup> Sosyal Güvenlik Destek Primi kesilir. Bu primin ¼'ü sigortalıya, ¾'ü işverene aittir. Söz konusu durumda bulunan serbest avukat ve noterler<sup>30</sup> için söz konusu sosyal güvenlik destek primi oranı % 15'tir. Fakat sosyal güvenlik destek primi ödenmiş süreler Kanuna göre sigortalılık süresinden sayılmaz ve 24.05.1983 tarih 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz. Bu nedenle sosyal güvenlik destek primi ödenmesi durumunda hizmetlerin birleştirilmesi uygulanması söz konusu olmaz.

#### **2.1.2.1.2- Evlenme Sebebiyle Toptan Ödeme Alan Kadın Sigortalının Tekrar Çalışmaya Başlaması Halinde Hizmetlerin Birleştirilmesi**

506 sayılı Kanuna 13.07.1967 tarih ve 889 sayılı Kanununun<sup>31</sup> 3. maddesi ile eklenen Ek 1. maddeye göre evlilik sebebiyle işinden ayrılan kadın sigortalının Kuruma yazılı olarak başvurması halinde malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortası primlerinin yarısı toptan ödeme şeklinde kendisine geri verilir. Bunun için kadın sigortalının evlenip işten ayrılması ya da işten ayrıldıktan sonra evlenmesi, evlenmenin ve işten ayrılmanın 1 yıl içinde gerçekleşmesi ve sigortalının bu konuda talepte bulunması gerekir.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> Aynı, s.72

<sup>28</sup> R.G., 06.05.1986, 19699

<sup>29</sup> Bentteki %24 oranı 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunun 56/A-2 maddesiyle %30 olarak değiştirilmiştir. (R.G., 08.09.1999, 23810)

<sup>30</sup> Avukatlar ve noterler ile ilgili düzenleme 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunun 8. maddesiyle ek alt bent olarak eklenmiştir.

<sup>31</sup> R.G., 27.07.1967, 12655

<sup>32</sup> Güzel- Okur, a.g.e s.405

Evlilik sebebiyle toptan ödeme yapılmış kadın sigortalı tekrar 506 sayılı Kanun kapsamındaki bir işe girdiğinde evlenmeden önceki hizmetlerinin sigorta hakları bakımından birleştirilebilmesi, diğer bir ifadeyle sigortalılık süresinin ilk sigortalı olarak çalışmaya başladığı tarihten itibaren geçerli olması için kuruma yazılı olarak başvurusu ve yapılan toptan ödemeyi yasal faizi ile birlikte geri vermesi gerekir. Başvuru bakımından her hangi bir zaman sınırı getirilmediği gibi 889 sayılı Kanunun 4. maddesi ile 506 sayılı Kanuna eklenen geçici 21. madde ile 506 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 01.03.1965 tarihi ile 899 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 01.10.1967 tarihleri arasındaki dönemde evlenmeleri dolayısıyla işten ayrılan kadın sigortalılara da aynı hak tanınmıştır. Bu kapsamda başvuru yapılmaması ve yapılan toptan ödemenin yasal faizi ile kuruma ödenmemesi durumunda hizmet birleştirilmesi yapılması söz konusu olmayıp, sigorta hakları bakımından hizmet süresinin başlangıcı ikinci kez işe girdiği tarih olarak kabul edilir<sup>33</sup>.

#### **2.1.2.1.3- 506 Sayılı Kanunun Ek 14. Maddesinde Öngörülen Hizmetlerin Birleştirilmesi**

506 sayılı Kanuna 29.06.1978 tarih ve 2167 sayılı Kanunun 14. maddesi ile eklenen ek. 14. maddeye göre, Yürürlükten kaldırılmış olan 2454, 3575, 5417, 6900 sayılı kanunlar ile 506 sayılı Kanun ve bunların ek ve değişikliklerine göre prim ve aidat iadesi veya toptan ödeme yapılarak hizmetleri tasfiye edilmiş bulunanlardan; yeniden 506 sayılı Kanuna tabi işlerde çalışmış yahut bu Kanunun 85 veya 86 ncı maddesine göre prim ödemiş olanlar ile tasfiye edilmiş veya edilecek hizmetlerin, varsa kanunla kurulmuş diğer sosyal güvenlik kuruluşlarında geçmiş hizmetler ile toplanarak ölüm sigortasından aylık bağlanmasına yeterli olması halinde ölenlerin hak sahipleri, yazılı olarak müracaat ederek, hizmetin tasfiyesinde ilgililere iade edilen prim ve aidat veya toptan ödeme tutarının tamamını alındıkları tarihten yatırılacağı tarihe kadar hesaplanacak kanuni faizi ile birlikte bir defada Kuruma ödedikleri takdirde, bu hizmetler ihya edilerek bu Kanunun uygulanmasında nazara alınır. İhya edilen bu hizmetler, 2829 sayılı Kanuna göre yapılacak birleştirmede de nazara alınır

#### **2.1.2.2- Prim Ödemeden Geçen Sürelere İlişkin Hizmetlerin Birleştirilmesi**

##### **2.1.2.2.1- Borçlanarak Birleştirme**

Hizmet borçlanması, prim ödenmemiş süreler için primleri ödemek suretiyle bu sürelerin sigortalılık sürelerine eklenmesini sağlayan bir sigorta işlemidir<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Aynı, s. 405

<sup>34</sup> Tuncay, a.g.e., s.343

Bugün için yararlanılabilecek borçlanmalar –yurt içindeki hizmetler bakımından- askerlik borçlanması, grev ve lokavt borçlanması ile daha önce çıkarılmış ve bugün için başvuru süresi dolmuş Borçlanma Kanunlarına<sup>35</sup> göre borçlanılmış ve ödenmiş sürelerdir. Örneğin sanatçılar için 4056 sayılı Kanunla<sup>36</sup> ve 506 sayılı Kanuna eklenen geçici 80. madde ile borçlanma imkanı getirilmiş ancak söz konusu düzenleme borçlanma için öngörülmüş süre 01.01.1996 tarihinde sona ermiştir<sup>37</sup>.

#### **2.1.2.2.1.1- Askerlik Borçlanması**

Asker kişiler 506 sayılı Kanunun 3. maddesinin (I- E) bendi gereğince sigortalı sayılmazlar ancak 506 sayılı Kanunun 60/f maddesi gereğince askerlik sürelerini borçlanmaları mümkündür<sup>38</sup>.

506 sayılı Kanunun 29.07.2003 tarih ve 4958 sayılı Kanunun 34. maddesiyle değiştirilen 60/f maddesine göre, bu Kanuna tabi olarak sigortalı olarak tescil edilmiş bulunanların er olarak silahlı veya yedek subay okulunda geçen sürelerinin tamamını veya bir kısmını, kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları halinde ve bu Kanunun 78. maddesi ile belirlenen prime esas kazancın alt sınırının talep tarihindeki tutarı üzerinden hesaplanacak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerini tebliğ tarihinden itibaren altı ay içinde primi ödenmeyen borçlanma süreleri hizmetten sayılmaz. Başka bir deyişle hizmet birleştirilmesi yapılmaz.

Borçlanılabilecek askerlik süresi sevk ve terhis tarihleri arasındaki tüm süredir. Hastalanma dolayısıyla verilen hava değişimi süreleri de 111 sayılı Askerlik Kanununa göre askerlikten sayılmasa da borçlanılabilecektir. Askerlik borçlanması sigortalılık süresini arttırıcı etki yapar. Borçlanma taksitlerinden sonuncusunun ödendiği tarihten geri gidilerek bulunacak tarih sigortalılığın başlangıç tarihidir<sup>39</sup>.

#### **2.1.2.2.1.2- Grev ve Lokavt Borçlanması**

506 sayılı Kanunun 29.07.2003 tarih ve 4958 sayılı Kanunun 34. maddesiyle değiştirilen 60/f maddesine göre sigortalıların grev ve lokavtta geçen süreleri grev ve lokavtın sona ermesinden itibaren altı ay içinde kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları halinde ve bu Kanunun 78. maddesinde belirlenen prime esas kazancın alt ve üst sınırları arasında olmak suretiyle talep tarihindeki tutarı üzerinden

<sup>35</sup> Bu konuda bkz., Aynı, ss.343-346

<sup>36</sup> RG 11.12.1994- 22138

<sup>37</sup> Güzel- Okur, a.g.e s.371

<sup>38</sup> Tunçomağ, a.g.e., s.266

<sup>39</sup> Güzel- Okur, a.g.e s.372

hesaplanacak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi tebliğ tarihinden itibaren altı ay içinde ödenmeleri şartıyla borçlandırılabilir. Borçlandırılan sürenin karşılığı olan gün sayısı sigortalının prim ödeme gün sayısına katılır. Bu Kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırılma halinde sigortalılığın başlangıç tarihi borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülür. Ödemenin süresinde yapılmaması durumunda hizmet birleştirilmesi yapılmaz.

#### **2.1.2.2.- Borçlanmaksızın Birleştirme**

506 sayılı Kanun bazı yıpratıcı işlerde çalışanların fiili hizmet sürelerinin, eklenecek itibari hizmet süreleri ile arttırılmasını öngörerek özel bir hizmetlerin birleştirilmesi usulü yaratmıştır. Düzenlemenin amacı söz konusu yıpratıcı işlerde çalışanların daha erken yaşlılık aylığına hak kazanmalarını sağlamaktır. İtibari hizmet sürelerine ilişkin düzenlemelerin bir kısmı 506 sayılı Kanunun yaşlılık aylığına ilişkin hükümlerinde yer alırken bir kısmı da daha sonra getirilen ek madde ile gerçekleştirilmiştir<sup>40</sup>.

506 sayılı Kanunun 60/E. Maddesine göre maden işyerlerinin yeraltı veya yeraltı münavebeli işlerinde en az 1800 gün çalışmış sigortalıların bu işlerdeki prim ödeme gün sayıları toplamına dörtte biri eklenir ve toplamı bunların malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödeme gün sayısı olarak kabul edilir.

Ayrıca 506 sayılı Kanunun Ek 5. maddesine göre;

-Basın mesleğinde çalışan sigortalılara (24.08.1977 tarih ve 2098 sayılı Kanununun 1. maddesi ile eklenmiştir.)

-Basım ve gazetecilik iş yerlerinden 1475 (4857)sayılı Kanun ve değişikliklerine göre çalışan sigortalılara (20/06/1987 tarih ve 3395 sayılı Kanununun 13. maddesi ile eklenmiştir.)

-Gemi adamlarına, gemi ateşçilerine, kömürcü ve dalgıçlara (20/06/1987 tarih ve 3395 sayılı Kanununun 13. maddesi ile eklenmiştir.)

-Azotlu gübre ve şeker sanayinde fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanlara (20/06/1987 tarih ve 3395 sayılı Kanununun 13. maddesi ile eklenmiştir.)

Söz konusu maddede belirtilmiş durumlarda her tam yıl için 90 gün sigortalılık süresi eklenir.

506 sayılı Kanuna 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanununun 16. maddesi ile eklenen Ek 39. madde hükmü uyarınca yukarıda anılan Ek 5. maddeye göre sigortalılık süresine

<sup>40</sup> Aynı, s.385

ilave edilen itibari hizmet süreleri, beş yıldan çok olmamak üzere 506 sayılı Kanunun 60. maddesi ve Geçici 81. maddesindeki yaş hadlerinden indirilecektir.

Son olarak Ek 5. maddede sadece sigortalılık sürelerine 90 gün ekleneceği belirtildiğinden bu sürenin ayrıca prim ödeme gün sayısına eklenmesi mümkün değildir.<sup>41</sup>

## **2.2- T.C. Emekli Sandığı Kanununa Tabi İşlerde Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi**

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun<sup>42</sup> uygulamasında hizmetlerin birleştirilmesi üç durumda söz konusu olmaktadır.

### **2.2.1- Hizmetlerin İhyası (Canlandırılması)**

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 102. maddesine göre Sandıkta birikmiş emekli keseneklerini geri almış bulunanlarla, toptan ödeme yapılmış olanlardan, 98 inci maddenin vazifeye alınmaya ait hükümleri mahfuz kalmak üzere, emeklilik hakkı tanınan veya 130 uncu maddede gösterilen vazifelere, belediye başkanlığına, illerin daimi komisyon üyeliklerine geçenlerden, aldıkları paraları, aldıkları tarihlerden itibaren ödeyecekleri tarihe kadar hesaplanacak kanuni faizi<sup>43</sup> ile ödemeleri durumunda, tayin veya seçilme tarihindeki yaşlarından, emeklilik hakkı tanınan vazifelere evvelce geçen fiili hizmet müddetlerinin indirilmesinden sonra kalan yaş sayısı 35'i geçenlerden, 14 üncü maddenin (e) fıkrası<sup>44</sup> uyarınca tamamlayıcı kesenek alınmak şartıyla, Sandıkla ilgilendirilirler ve eski fiili ve itibari hizmet müddetleri yenilerine eklenir.

5434 sayılı Kanununun 102/III-IV hükmüne göre bu ödemelerin istekleri ile emekliye ayrılacak olanların istek tarihinden en az 6 ay önce, resen emekliye ayrılanların da görevle ilişkilerinin kesilmesinden sonra en geç 6 ay içinde kendileri veya dul ve yetimlerine sandığa yapılması gerekir ve bu süre içinde gerekli ödeme yapılmazsa eski hizmet süreleri birleştirilmez.

### **2.2.2- Hizmet Borçlanması**

Primi ödenmediği için hizmet süresinden sayılmayan bazı sürelerin primlerinin borçlanılıp ödenmesi koşuluyla emekliliğe esas olacak hizmet süresinden sayılmasını sağlayan bir kurumdur. 5434 sayılı Kanun değişik tarihlerde çıkarılan ek maddelerle

<sup>41</sup> Güzel- Okur, a.g.e.s.388

<sup>42</sup> R.G. 17.06.1949, 7235

<sup>43</sup> 4839 sayılı Kanunun 3. maddesi ile daha önce %5 olan ibare yasal faiz olarak değiştirilmiştir. (R.G. 17.04.2003, 25082)

<sup>44</sup> 07/02/1969 tarihli ve 1101 Sayılı Kanunun 2 nci maddesi ile 14 üncü maddenin (e) fıkrası kaldırılmıştır ancak Kanun metnine işlenmemiştir. Dolayısıyla 01/03/1969 tarihinden sonra göreve girenler hakkında bu fıkranın uygulaması mümkün değildir.

borçlanma konusunu kopuk ve dağınık bir biçimde düzenlemiş, süresinde borçlanma talebinde bulunmayanlara defalarca ek başvuru süresi tanımıştır<sup>45</sup>.

5434 sayılı Kanuna tabi olanlar açısından borçlanılabilecek hizmet süreleri şunlardır:

**a)** Geçmiş hizmetlerden borçlandırılma kapsamına alınanlar, terk edilmiş veya değiştirilmiş malların hesabından aylık veya ücret alınan süreler, muvazzaf veya askerlikte er olarak geçirilen süreler, yedek Subay Okulunda 01.01.1950'den sonra öğrenci olarak geçirilen süreler, sonradan kanunla sürekli hale getirilen kadrolarda sigorta kapsamına alınmaksızın geçirilen süreler (23.02.1965 tarih ve 545 sayılı Kanununun 5 maddesi ile eklenen ve 02.09.1972 tarih ve 1623 Sayılı Kanununun 1 inci maddesi ile değişik ek 8. madde)

**b)** Emekli Sandığı kapsamındaki daire, kurum veya ortaklıklarda (m 12), Sosyal Sigortalar Kurumuna veya Emekli Sandığına bağlanmadan geçirilen, ücretli, geçici kadrolu, gündelikçi hizmet süreleri (08.07.1971 tarih 1425 sayılı Kanununun 2. maddesi ile eklenen ek 25. madde)

**c)** Emekliliğe tabi olmaksızın yurtiçinde veya yurtdışında geçirilen doktora veya tıpta uzmanlık öğrenimi sürelerinin olağan kısmı ile avukatlık stajını göreve girmeden yapanların normal staj süreleri ve ilgililerin önceden (E) cetveli veya yevmiyeli olarak geçen ve borçlandırılmayan süreleri (20.05.1976 tarih 2012 sayılı Kanununun 2. maddesi ile eklenen ek 31. madde.)

**d)** Emekliliğe tabi görevden 87. madde keseneklerin geri verilmesini gerektirecek bir nedenle ayrılanların borçlanma süreleri (sandığa tekrar başvurup kalan borcu son keseneklerine esas tutar üzerinden her ay % 8 oranında ödemeleri koşuluyla) (28.06.1978 tarih 2161 sayılı Kanununun 1. maddesi ile eklenen ek 36. madde)

**e)** Çarşı ve mahalle bekçi teşkilatında çalışanların bu teşkilatta geçen süreleri (28.04.1982 tarih 2665 sayılı Kanununun 2. maddesi ile eklenen ek 46. madde)

**f)** Vakıflar Genel Müdürlüğü ile Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı camilerde görev yapan ücretlerini buralardan ya da dernek, vakıf veya köy bütçesinden alan imam hatip, müezzin veya bunlara vekalet edenlerin müftülükçe verilen belgeye ya da mahkeme kararına dayanmak koşulu ile bu görevlerde geçen süreleri (27.07.1983 tarih 2865 sayılı Kanununun 1. maddesi ile eklenen, ek 47. maddenin a ve b bentleri, 26.02.1985 tarih 3157 sayılı Kanununun 1. maddesi ile değişik c bendi)

**g)** Emekliliğe tabi görevden önce serbest avukatlıkta geçirilen sürenin dörtte üçü<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Güzel- Okur, **a.g.e** ss.514-15

<sup>46</sup> Madde yeralan "üçte ikisi" ibaresi, 02.05.2001 tarihinde kabul edilen 4667 sayılı Kanununun 93. maddesi ile "dörtte üçü" olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.( R.G 10.05.2001, 24398)

(19.03.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 26.02.1970 tarih ve 1238 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değişik 195. maddesi ile düzenlenmiştir.)

Ancak muvazzaf veya askerlikte er olarak geçirilen sürelerle yedek subay okulunda öğrenci olarak geçirilmiş sürelerden;

- Daha önce herhangi bir sebeple fiili hizmet sayılmış süreler

- Hastalık veya cezalandırılma nedeniyle uzayan süreler

- Vazife malûllüğü nedeniyle, vazife malûllüğü aylığı bağlanmış olanların er olarak veya yedek subay okulunda geçirdikleri süreler borçlanılamaz (23.02.1965 tarih ve 545 sayılı Kanunun 5 maddesi ile eklenen ve 22.09.1972 tarih ve 1623 Sayılı Kanunun 1. maddesi ile değişik ek 8. madde)

İştirakçi veya ölümü durumunda dul ve yetimlerinden biri tarafından yapılan borçlanma talebi üzerine Emekli Sandığı talep sahibine ödenecek borç miktarını bildirir. İlgili 30 gün içerisinde bir defaya mahsus olmak üzere borçlanma talebinden vazgeçebilir. Bu süre içinde talep geri alınmazsa borçlanma isteğinden vazgeçilemez (08.07.1971 tarih ve 1425 sayılı Kanunun 2. maddesi ile eklenen ek 27. madde).

Borçlanılacak miktarın tespitinde yazılı başvuru tarihindeki öğrenim durumu itibariyle tabi olunan personel kanunlarındaki hükümlere göre belirlenecek görece giriş, derece, kademe, ek göstergeler ile emekli keseneğine esas aylık hesabına ait tüm unsurlar toplanıp o tarihte yürürlükteki katsayı ile çarpım sonucu bulunacak tutar esas alınır (20.05.1976 tarih 2012 sayılı Kanunun 2. maddesi ile eklenen ve 03.04.2003 tarih 4839 sayılı Kanun 4. maddesi ile değişik ek 31. madde 2. fıkra)

Son olarak borçlanma yoluyla eklenebilecek hizmet süresi en çok 15 yıl olabilir<sup>47</sup>.

### **2.2.3- Fiili Hizmet Süresi ve Fiili Hizmet Süresi Zammı ile İtibari Hizmet Süresi**

5434 sayılı Kanunun 31. maddesine göre aybaşlarından sonra vazifeden ayrılanlar için ayrıldıkları ayın tamamı fiili hizmet müddeti sayılır. Ayrıca görevden uzaklaştırılan, görevi ile ilgili olsun veya olmasın herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanların bu biçimde geçirdikleri sürelerin yarısı fiili hizmet süresi sayılır.

5434 sayılı Kanunun 32. maddesinde sayılan hallerde bazı ağır ve yıpratıcı işler için emeklilik hesabında dikkate alınması öngörölmüş ek süreler bir hizmet birleştirilmesi uygulaması yaratmaktadır. Bu süreler toplamı 5434 sayılı Kanunun 08.07.1971 tarih ve 1425 sayılı Kanunun 4 maddesi ile değiştirilen 33. maddenin 2. fıkrasına göre toplam 8

<sup>47</sup> Aym, s.517



yılı geçemez. Ancak 8 yıllık sınırlama lokomotif makinist ve ateşçileri için uygulanmamaktadır.

Son olarak 5434 sayılı Kanunun 23.06.1983 tarih ve 2852 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değiştirilen 37. maddesine göre harp ve çatışmaya bağlı olarak uçucu ve dalıcı personelin hizmet sürelerine eklenecek itibari hizmet süresi adı verilen süreler bulunmaktadır. Bu süreler 5434 sayılı Kanunun 36. madde de belirtilen durumlarda eklenmektedir. Ayrıca eklenecek sürelerin 3 aydan kısa olamayacağı ve 5 yıldan fazla olamayacağı ifade edilmiştir<sup>48</sup>.

### **2.3- Bağ-Kur Kanununa Tabi İşlerde Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi**

#### **2.3.1- Borçlanarak Birleştirme**

1479 sayılı<sup>49</sup> Kanununa tabi sigortalılar için borçlanarak hizmet birleştirilmesi yapma imkânı iki durumda söz konusudur.

##### **2.3.1.1- İsteğe Bağlı Sigortalıların Borçlanması**

Bunlardan ilki 22.03.1985 tarih 3165 sayılı Kanunla son biçimini almış ek geçici madde 4'te düzenlenmiş isteğe bağlı sigortalıların borçlanmasıdır. Söz konusu hükme göre isteğe bağlı sigortalılardan 04.05.1979 tarihinde kadın iseler 40 erkek iseler 45 yaşını geçenler sigortalı oldukları tarihten geriye doğru 10 yıllık sürenin tamamını sigortalılığın tescilinden itibaren 1 yıl içinde talepte bulunmak kaydıyla borçlanabilirler. Borçlanma primleri talep tarihindeki basamak ve prim tutarı üzerinden hesaplanır ve sigortalılığın başlangıç tarihinden itibaren 2 yıl içinde ödenir. Belirtilen sürede borçların tamamen ödenmemesi halinde borçlanma talebi geçersiz sayılır. Borçlanılacak süreler 24.05.1983 tarih ve 2829 sayılı Kanun hükümlerine göre birleştirilecek sürelerle dahil edilmez.

##### **2.3.1.2- Askerlik Borçlanması**

İkinci olarak 1479 sayılı Kanuna 14.03.1985 tarih ve 3165 sayılı Kanunla eklenen ek madde 9'a göre askerlik borçlanması yapılması mümkündür. Söz konusu hükme göre askerlikte er olarak geçen hizmet süreleri ile yedek subay okulunda geçen sürelerinin tamamını borçlanma olanağı bulunmaktadır. Borçlanma talebinde bulunmak için Bağ-Kur sigortalısı olmak gerekmektedir. Sigortalının ölümü halinde hak sahipleri de başvuruda bulunabilir. Borçlanma halinde ödenecek prim talep tarihinde bulunan basamak esas alınarak yürürlükteki prim oranlarına göre hesaplanır ve tebliğ tarihinden itibaren 6 ay içerisinde ödenir. Ödenmezse borçlanma geçersiz sayılır.

<sup>48</sup> 08.02.1985 tarih ve 3160 Sayılı Emniyet Teşkilatı Uçuş Hizmetleri Tazminat Kanununun 15 inci maddesi gereğince Emniyet Genel Müdürlüğü uçucu personeli de aynı haktan yararlanır.

<sup>49</sup> R.G. 14.09.1971, 13956



## **2.4- Değişik Sosyal Güvenlik Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi**

Farklı sosyal güvenlik kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilmesi, birden çok bağımsız sosyal güvenlik kuruluşuna sahip ülkelerde sigortalıların, sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakmamak için öngörülmüş bir yöntemdir<sup>50</sup>.

Değişik sosyal güvenlik kurumlarında geçen hizmetlerin birleştirilme usul ve esasları 27.05.1983 tarih ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. 2829 sayılı Kanun, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe gireceği 01.07.2007 tarihinden itibaren uygulanmayacaktır.

### **2.4.1- İlgili Kurumlar**

2829 sayılı Kanunun 2. maddesine göre TC Emekli Sandığına, Sosyal Sigortalar Kurumuna, Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumuna 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20. maddesine göre kurulan emekli sandıklarına (bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret odaları, sanayi odaları, borsalar veya bunların teşkil ettikleri birliklerce kurulan) tabi hizmet süreleri birleştirilir.

### **2.4.2- Hizmetlerin Birleştirilmesi Koşulları**

#### **2.4.2.1- Hizmet Birleşmesi Sonucu Aylığa veya Toptan Ödemeye Hak Kazanabilecek Durumda Olma**

2829 sayılı Kanunun 4. maddesinin II. fıkrasına göre hizmet süreleri toplamının aylık bağlanmasına yeterli olmaması halinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz.

Hizmet sürelerinin tespitinde 2829 sayılı Kanunun 4. maddesi gereğince aynı tarihe rastlayan süreler, 1479 sayılı Kanunun ek geçici 4. maddesine göre 10 yıllık borçlanma süreleri, 2829 sayılı Kanunun 7 maddesine göre primi ödenmemiş süreler ve itibari hizmet süreleri 2829 sayılı Kanunun 11. maddesine göre görevden doğan malullük, ölüm, iş kazası, meslek hastalığı hallerine ilişkin süreler, 2829 sayılı Kanunun 6. maddesine göre 01.04.1981 tarihinden sonra sigortalı olanlar için 18 yaşından önceki süreler dikkate alınmaz.

Ayrıca hizmet süreleri birleşmeksizin, sigorta ve sandık mevzuatına göre aylık bağlanmasına hak kazananlar veya bu hakları düşmüş olanların hizmetleri birleştirilemez<sup>51</sup>.

Son olarak, aylık bağlayamama birleştirilen sürenin yetersizliğinden değil de, gerekli

<sup>50</sup> Tunçomağ, a.g.e., s.258

<sup>51</sup> Güzel- Okur, a.g.e., s. 604

yaşın doldurulmamış olması gibi başka bir nedenden kaynaklanıyorsa birleştirme yapılır fakat aylık bağlanması koşul gerçekleştiğinde yapılır<sup>52</sup>.

#### **2.4.2.2- Tahsis Hakkından Yararlanmamış veya Hakkını Yitirmemiş Olma**

2829 sayılı Kanunun 5. maddesinin son fıkrasına göre kurumların birinden aylık bağlanmış (malûllük ile vazife malûllüğü aylığı bağlananlardan kontrol muayenesi sonunda aylığı kesilmiş bulunanlar hariç) veya aylık alma haklarını kaybetmiş olanların söz konusu devrelere ait hizmet süreleri yapılacak birleştirmede dikkate alınmaz.

#### **2.4.2.3- Toplu Ödenen Kesenekleri Geri Verme**

2829 sayılı Kanun 5. maddesine göre bir kurumla ilişkisini kestikten sonra diğer bir kuruma bağlanarak sigortalılığını sürdürenlerin önceki kurumlardaki süreleri için ödemiş olduğu emekli prim veya kesenekleri kendilerine geri verilerek hizmet süreleri tasfiye edilmez. Ancak kesenek, prim veya toptan ödemelerini aldıktan sonra diğer kurumlardan birinde sigortalı olanlar aldıkları toptan ödemeyi istekleri üzerine aylık bağlanacak olanlar istek tarihinden 6 ay önce, malûllük veya ölüm, 60 yaşını doldurma, TC Emekli Sandığına tabi görevlerden resen veya yaş haddi nedeniyle emekli edilerek görevleri ile ilgileri kesilenler 6 ay içinde kendileri veya hak sahipleri tarafından ilgili kuruma o kurumun mevzuatına göre hesaplanacak tutarını, ayrıca kesenek, prim iadesi veya toptan ödeme hakkı doğduğu halde alacakları zamanaşımına uğrayanlar bu alacaklarını faizsiz olarak 6 ay içinde kendileri veya hak sahipleri tarafından ilgili kuruma toptan ödedikleri durumunda bunların karşılığı süreler hizmet birleştirilmesinde dikkate alınır.

#### **2.4.2.4- İlgili Bulunan Son Kurum veya Sandığa Başvurma**

Birleştirme yapılabilmesi için sigortalının veya ölümü haline hak sahiplerinin aylığı bağlayacak kurumdan birleşme yapılmasını istemeleri gerekmektedir. Başvuru yazılı olarak yapılır. Ancak sigortalı ya da hak sahipleri tarafından aylığa katılacak kurumlardan herhangi birine yapılacak başvuru da geçerli sayılır<sup>53</sup>.

### **2.4.3- Hizmetlerin Birleştirilmesi ile Sağlanan Haklar ve Şekli**

#### **2.4.3.1- Birleştirme Sonucu Sağlanan Haklar**

2829 sayılı Kanunun 2. maddesinin II. fıkrasına göre ilgili kurumlara tabi hizmet süreleri bulunanların emeklilik, malûllük, yaşlılık ve ölümleri halinde kendilerine ve hak sahiplerine sağlanacak haklar kapsandır.

#### **2.4.3.2- Birleştirme Şekli**

<sup>52</sup> Aynı, s., 604

<sup>53</sup> Tunçomağ, a.g.e., ss.259-260

2829 sayılı Kanunun 8. maddesine göre birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ilgililere son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca hizmet sürelerinin eşit olması durumunda eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca kendi mevzuatına göre aylık bağlanır ve ödenir.

Ancak maddenin devamında “malûllük, ölüm, 5434 sayılı TC Emekli Sandığı Kanununa göre yaş haddinden resen emekli olma süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları kurumun kanunla değiştirilmesi halinde ilgililere hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca kendi mevzuatına göre aylık bağlanır” denilmektedir.

2829 sayılı Kanunun 13. maddesine göre bu Kanun uyarınca bağlanan aylıklardaki kurum hisselerinin tespitinde kurumların her birine tabi olarak geçen hizmet sürelerinin birleştirilen hizmet süreleri toplamına oranı esas alınır.

Ancak 2829 sayılı Kanunun 13/II maddesine göre 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesine göre kurulan sandıklara bağlanan aylık tutarının toplam hizmet süreleri üzerinden Sosyal Sigortalar Kanununa göre bağlanacak aylıktan fazla olması halinde kurumların hisselerinin tespitinde Sosyal Sigortalar Kanununa göre hesaplanacak aylık esas alınır.

2829 sayılı Kanunun 9. maddesine göre sigorta kanunlarına göre hesaplanacak aylık tutarının saptanmasında sandık kanunlarına tabi işlerde emekli keseneğine esas teşkil eden kazançlar, sigorta primlerinin hesabına esas tutulan kazançlar göz önüne alınır

2829 sayılı Kanunun 6/I-a maddesine göre üzerinden hesaplama yapılan hizmet sürelerinin güne çevrilmesinde her ay 30 gün, gün üzerinden hesaplanan hizmet sürelerinin aya çevrilmesinde her 30 gün bir ay olarak sayılır

Son olarak, 2829 sayılı Kanunun 12. maddesine göre hizmet birleştirilmesi neticesinde daha önce ödenmiş kıdem tazminatı, emekli ikramiyesi süreleri dikkate alınmaksızın kıdem tazminatı ve emekli ikramiyesi ödenebilir.

### **3- 5502 ve 5510 SAYILI KANUNLAR VE HİZMETLERİN BİRLEŞTİRİLMESİ**

#### **3.1-Sosyal Güvenlik Kurumlarının Tek Çatı Altında Toplanması**

5502 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi<sup>54</sup> ve 5510 sayılı Kanunun 106. maddesi ile

<sup>54</sup> 5502 sayılı Kanun yayım tarihi olan 20.05.2006 tarihinde yürürlüğe girmiş olmakla birlikte 01.07.2006 kabul tarihli, 12.07.2006 tarih ve 26226 sayılı R.G.de yayımlanan 5538 sayılı Kanunun 33. maddesi ile, 20/05/2006 tarihinden geçerli olmak üzere “Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu ile Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumunun 2006 yılı bütçelerinin mevcut esas ve usuller çerçevesinde uygulanmasına 2006 yılı sonuna kadar devam edilir. Bu Kanun gereğince Kurumun yeni teşkilatlanma nedeniyle ihtiyaç duyacağı her türlü gider Bakan onayı ile devredilen kurum bütçelerinden karşılanabilir” hükmü getirilmiştir.

sosyal güvenlik kuruluşları büyük ölçüde tek çatı altında toplanmış bulunmaktadır. 5502 sayılı Kanun kurumsal birliğin sağlanması bakımından önem taşırken, 5510 sayılı Kanun ile mevzuat birliği sağlanması açısından önem taşımaktadır.

Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, sosyal güvenlik sistemi içindeki dağınık kurumsal yapının ve mevzuat yapısının ortadan kaldırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu durumun bir sonucu olarak, temelde farklı sosyal güvenlik kurumları ve mevzuatlarından kaynaklanan hizmetlerin birleştirilmesi uygulamasının yeni bir biçim aldığı ve aynı sosyal güvenlik kurumu içinde geçen kesintili hizmetlerin birleştirilmesinin önem kazandığı söylenmelidir. Ayrıca geçiş dönemi için öngörülmüş özel bir hizmetlerin birleştirilmesi uygulaması da bulunmaktadır.

Son olarak yeni sosyal güvenlik rejimini kuran Kanunların, tek çatı altında toplama amacının genel gerekçelerinde de ifade edildiği üzere sistemin aktüeryal dengesinin sağlanması noktasında yoğunlaştığı ve bu yaklaşımın sosyal güvenlik hizmetlerini baskılar bir nitelik taşıdığı gözlenmektedir. Nitekim 5510 sayılı Kanunun çeşitli hükümlerinin iptali için ayrı ayrı Cumhurbaşkanı ve 120 milletvekili tarafından açılan iptal davalarının bu tespit ile gerekçelendirildiği görülmektedir<sup>55</sup>.

### **3.2- 5510 Sayılı Kanununa Göre Sosyal Sigortalarda Hizmetlerin Birleştirilmesi**

#### **3.2.1- Kısa Vadeli Sigorta Kollarında**

5510 sayılı Kanunu 3/4. maddesinde kısa vadeli sigorta kolları iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık olarak tanımlanmıştır. Kısa vadeli sigorta kolları uygulamasında kesintili hizmetlerin birleştirilmesi uygulanabilecek iki düzenleme bulunmakta ve her iki düzenlemeyle ilgili olarak sigortalı lehine birleştirilecek hizmetlere getirilen zaman sınırlamasında da dikkate alınmayacak süreler ayrı bir madde ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

##### **3.2.1.1 - Emzirme Yardımı Yapılırken Hizmetlerin Birleştirilmesi**

5510 sayılı Kanunun 16. maddesinde iş kazası meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde sağlanacak yardımlar düzenlendikten sonra “Emzirme ödeneğine hak kazanan sigortalılardan 9 uncu maddeye göre sigortalılığı sona erenlerin, bu tarihten başlamak üzere üç yüz gün içinde çocukları doğarsa, sigortalı kadın veya karısı analık sigortası haklarından yararlanacak sigortalı erkek, doğum tarihinden önceki on beş ay içinde en az üç ay prim ödenmiş olması şartıyla emzirme ödeneğinden yararlandırılır.” hükmü getirilmiştir. Madde metninde emzirme yardımı yapılabilmesi için sigortalılık niteliğinin

<sup>55</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 tarih ve 2006/111 Esas, 2006/112 Karar Sayılı, 30.12.2006 tarih ve 26392 (5. mükerrer) sayılı R.G.de yayımlanan kararı

yitirildiği tarihten itibaren üç yüz gün içinde doğum olayının meydana gelmesi ve doğumdan önceki on beş ay içinde en az üç ay prim ödenmesi şartı getirilmiştir. Üç ay prim ödenmesi koşulunun doğumdan önceki on beş ay içerisinde kesintili bir şekilde gerçekleşmesi koşuluna bağlı olarak kesintiler birleştirilebilecektir. Bu tip bir hizmetlerin birleştirilmesi uygulamasından sadece sigortalılık niteliğini yitirmiş kadın sigortalı ile eşi analık sigortasından yararlanacak sigortalılık niteliğini yitirmiş sigortalı erkeğin yararlanabileceği ve birleştirilebilecek hizmetlerin geçmesi gereken sürenin doğumdan önceki on beş ayla sınırlandırıldığı açıktır.

### **3.2.1.2- Geçici İş Göremezlik Ödeneği Düzenlemesinde Hizmetlerin Birleştirilmesi**

5510 sayılı Kanununun 16. maddesinde kısa vadeli sigorta kollarında sağlanacak yardımlar arasında sigortalıya, geçici iş göremezlik süresince günlük geçici iş göremezlik ödeneği verileceği hüküm altına alındıktan sonra 18. maddede geçici iş göremezlik ödeneğinin koşulları belirtilmiştir. 18. maddedeki düzenlemeye göre "...b) 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri ile 5 inci madde kapsamındaki sigortalıların hastalık sebebiyle iş göremezliğe uğraması halinde, iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla geçici iş göremezliğin üçüncü gününden başlamak üzere her gün için, c) Sigortalı kadının analığı halinde, doğumdan önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması şartıyla, doğumdan önceki ve sonraki sekizer haftalık sürede, çoğul gebelik halinde ise doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki haftalık süre ilave edilerek çalışmadığı her gün için..." geçici iş göremezlik ödeneği verileceği belirtilmiştir. Madde metninde ifade edildiği üzere geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanmak için hastalık ve analık hallerinde geriye doğru 1 yıl içinde 90 gün prim ödenmiş olması gerekir. Bu sürenin kesintili olabileceği düşünülürse, örneğin 1 yıl içinde kalmak koşuluyla 30 gün kısa vadeli sigortalılığı bildirilmiş bir sigortalının sigortalılığının sona ermesi ve daha sonra yeniden sigortalı olmaya başlaması durumunda 60 gün daha kısa vadeli sigortalılığı bildirilirse her iki sürenin birbirine eklenmesi ve sigortalının geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanması mümkün olacaktır. Bu tip bir hizmetlerin birleştirilmesi uygulamasından sadece 5510 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentleri ile 5 inci madde kapsamındaki sigortalıların hastalık sebebiyle iş göremezliğe uğraması ve sigortalı kadının analık halinde yararlanabileceği ve birleştirilebilecek hizmetlerin geçmesi gereken sürenin doğumdan önceki bir yıllla sınırlandırıldığı açıktır.

### **3.2.1.3- Kısa Vadeli Sigorta Kollarında Dikkate Alınmayan Süreler**

5510 sayılı Kanununun 24. maddesine göre, "Kısa vadeli sigorta kolları bakımından;

a) Herhangi bir sebeple silâh altına alınan sigortalının askerlikte geçen hizmet süresi,

b) Hükümlülükle sonuçlanmayan tutuklulukta geçen süre,

c) İş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortalarından geçici iş göremezlik ödeneği alan sigortalının iş göremediği süre,

d) Sigortalının greve iştirak etmesi veya işverenin lokavt yapması hallerinde geçen süre,

18 inci maddede belirtilen çalışma sürelerine girmediği gibi, iş göremezliğin başladığı veya hastalığın anlaşıldığı yahut doğumun olduğu tarihten önceki bir yılın hesabında da dikkate alınmaz.” Madde metninde sigortalılar lehine hizmet süresi koşulunun arandığı durumlarda hesaplama dahil edilmeyecek süreler belirtilmiştir. Örneğin 5510 sayılı Kanunun 4/a maddesine göre sigortalı olan sigortalının 30 günlük sigortalılık süresinden sonra tutuklu olarak 1 sene süreyle yargılandığını, yargılama sonucunda beraat ettiğini ve beraat kararının kesinleştiği tarihte yeniden sigortalı olarak çalışmaya başlaması durumunda 60 gün sigorta priminin bildirilmesi durumunda, diğer koşullarında taşınması durumunda sigortalı geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanma hakkını elde edecektir.

### **3.2.2- Uzun Vadeli Sigorta Kollarında**

5510 sayılı Kanunu 3/5. maddesinde uzun vadeli sigorta kolları malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası olarak tanımlanmıştır.

#### **3.2.2.1- Malullük Sigortasında**

5510 sayılı Kanunun 25. maddesinde malul sayılma hali tanımlandıktan sonra 26. maddesinde malullük sigortasından yararlanma şartları arasında “b) En az on yıldan beri sigortalı bulunup, toplam olarak 1800 gün veya başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malûl olan sigortalılar için ise en az beş yıldan beri sigortalı bulunup toplam 900 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması” gerektiği belirtilmiştir. Madde metninden de anlaşıldığı üzere belirtilen süreler kesintili olabilecektir. Zira 10 yıl sigortalılık durumunda bildirilmesi öngörülen sigortalılık süresi 1800 gün ve başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malûl olan sigortalılar için 5 yıl sigortalılık durumunda bildirilmesi öngörülen sigortalılık süresi 900 gündür. Bu anlamda başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malûl olan bir sigortalı için örneğin 300 gün kesintisiz sigortalılığı bulunan bir sigortalı, sigortalılık niteliğini yitirip tekrar kazandığında 600 gün daha sigortalılığı bildirildiğinde iki sürenin birleştirilmesiyle malullük sigortasında yararlanma hakkını elde edebilecektir. Ancak ayrıca 5 yıllık sigortalılık şartının da sağlanmış olması gerekmektedir. Çünkü 26. madde içerisinde

sigortalılık süresi ile bildirilecek prim süresi birlikte koşul olarak ifade edilmiştir. Başka bir deyişle örnek durumdan hareketle sadece 900 gün prim bildirilmiş olması malullük sigortasından yararlanma hakkını vermemektedir.

5510 sayılı Kanununun 27. maddesinde “Malûllük aylığı almakta iken sigortalı olarak yeniden çalışmaya başlayanların... malullük aylıkları çalışmaya başladıkları... tarihi takip eden ödeme dönemi başında kesilir. Bu Kanuna göre sigortalı olmayı gerektiren bir işte çalışması nedeniyle malûllük aylıkları kesilenlerden çalışması sona erip, malûllük aylığı bağlanması için yazılı istekte bulunanlara, kontrol muayenesine tâbi tutulmak ve malûllüğünün devam ettiği anlaşılacak şartıyla eski malûllük aylığı, yazılı istekte bulunduğu tarihten sonraki aybaşından itibaren ödenmeye başlanır. Ancak, bu durumdaki sigortalılar için yazılı istek tarihlerine göre yeniden malûllük aylığı hesaplanır ve bu aylık önceden bağlanan malûllük aylığından fazla ise hesaplanan yeni aylık üzerinden ödeme yapılır”. Bu durumda ilk aylık bağlanmasından sonra geçen çalışma süreleri de aylık hesabında dikkate alınacaktır.

5510 sayılı Kanununun 27. maddesinin birinci fıkrası Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 Karar Günlü, 2006/111 Esas, 2006/112 Karar Sayılı, 30.12.2006 tarih ve 26392 (5. mükerrer) sayılı R.G.de yayımlanan kararıyla, Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına giren sigortalılar yönünden iptal edilmiştir. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe gireceği 01.07.2007 tarihine kadar bu konuda bir düzenleme yapılmaması durumunda bir hukuki boşluk oluşacağı açıktır. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin iptal kararını sadece belirli bir grup sigortalı yönünden vermesinin de sigortalılar arasında eşitsizlik yaratıcı bir niteliği bulunduğu kanaatindeyim.

### **3.2.2.2- Yaşlılık Sigortasında**

5510 sayılı Kanununun 28. maddesinin 2 ve devam eden fıkralarına göre;

“...İlk defa bu Kanuna göre sigortalı sayılanlara;

**a)** Kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş olmaları ve en az 9000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması şartıyla yaşlılık aylığı bağlanır.

**b)** (a) bendinde belirtilen yaş şartı;

1) 1/1/2036 ilâ 31/12/2037 tarihleri arasında kadın için 59, erkek için 61,

2) 1/1/2038 ilâ 31/12/2039 tarihleri arasında kadın için 60, erkek için 62,

3) 1/1/2040 ilâ 31/12/2041 tarihleri arasında kadın için 61, erkek için 63,

4) 1/1/2042 ilâ 31/12/2043 tarihleri arasında kadın için 62, erkek için 64,



5) 1/1/2044 ilâ 31/12/2045 tarihleri arasında kadın için 63, erkek için 65,

6) 1/1/2046 ilâ 31/12/2047 tarihleri arasında kadın için 64, erkek için 65,

7) 1/1/2048 tarihinden itibaren ise kadın ve erkek için 65,

olarak uygulanır.

Sigortalılar, ikinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yer alan yaş hadlerine üç yıl eklenmek ve adlarına en az 5400 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla da yaşlılık aylığından yararlanabilirler.

Sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce 25 inci maddenin ikinci fıkrasına göre malûl sayılmayı gerektirecek derecede hastalık veya özürü bulunan ve bu nedenle malûllük aylığından yararlanamayan sigortalılara, en az onbeş yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 3960 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla yaşlılık aylığı bağlanır.

Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucularının sağlık kurullarınca usûlüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi sonucu, Kurum Sağlık Kurulunca çalışma gücündeki kayıp oranının;

**a)** % 50 ilâ % 59 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar, en az 16 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4320 gün,

**b)** % 40 ilâ % 49 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar, en az 18 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4680 gün,

malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla ikinci fıkranın (a) bendindeki yaş şartları aranmaksızın yaşlılık aylığına hak kazanırlar. Bunlar 94 üncü madde hükümlerine göre kontrol muayenesine tâbi tutulabilirler.

Bakanlıkça tespit edilen maden işyerlerinin yeraltı işlerinde sürekli veya münavebeli olarak en az 20 yıldan beri çalışan sigortalılar için ikinci fıkrada belirtilen yaş şartı 55 olarak uygulanır.

50 yaşını dolduran ve erken yaşlanmış olduğu tespit edilen sigortalılar, yaş dışındaki diğer şartları taşımaları halinde yaşlılık aylığından yararlanırlar.” Madde metninde ifade edilen 9000, 5400, 3960, 4320, 4680 günlük sürelerin kesintili olabileceği açıktır. Kesintili hizmetler birleştirilerek sigortalılar yaşlılık aylığından yararlanma hakkını elde edebileceklerdir. Ancak özellikle esnek çalışma modellerinin yaygınlaştığı ve ekonomik istikrarın çok hassas dengelere bağlı olduğu ülkemizde bu sürelerin kesintili olma ihtimalinin yüksek olduğu söylenebilir. Bu durum sigortalıların yaşlılık sigortasından



sağlanan haklardan özellikle yaşlılık aylığından yararlanmaları konusunda ciddi kuşkular yaratmaktadır. Bu bağlamda hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmış, ancak Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 Karar Günlü, 2006/111 Esas, 2006/112 Karar Sayılı, 30.12.2006 tarih ve 26392 (5. mükerrer) sayılı R.G.de yayımlanan kararıyla, sadece Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına giren sigortalılar yönünden hüküm iptal edilmiştir. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe gireceği 01.07.2007 tarihine kadar bu konuda bir düzenleme yapılmaması durumunda bir hukuki boşluk oluşacağı açıktır. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin iptal kararını sadece belirli bir grup sigortalı yönünden vermesinin de sigortalılar arasında ağır bir eşitsizlik yaratıcı niteliği bulunduğu kanaatindeyim.

5510 sayılı Kanunun 30. maddesinde yaşlılık aylığı bağlanmakta iken 5510 sayılı Kanuna göre yeniden sigortalı olarak çalışmaya başlayanların yaşlılık aylığının kesileceği belirtilmiştir. Sigortalıların 5510 sayılı Kanuna göre yeniden çalışmaya başlayanlardan çalıştıkları süre zarfında 81. maddeye göre kısa ve uzun vadeli sigorta kollarına ait prim alınacağı, bu kimseler yeniden yaşlılık aylığı almak için yazılı olarak başvurduklarında aylıkları yeniden hesaplanacağı yine 30. madde içerisinde ifade edilmiştir. Bu durumda ilk yaşlılık aylığının kesilmesinden sonraki dönemdeki primlerin de yeni aylık hesaplanırken dikkate alınacağı açıktır. Ancak 30. madde de 81. maddenin (e) bendi gereğince sosyal güvenlik destek primi ödemeyi ve yaşlılık aylığı almaya devam etmeyi yazılı olarak talep eden sigortalıların yeniden çalışmaya ya da faaliyete başladıkları dönem içindeki primlerinin uzun dönem sigorta kolları bakımından değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu durumda bir hizmetlerin birleştirilmesi uygulaması yapılması söz konusu olmayacaktır.

Ayrıca 30. maddenin dördüncü fıkrasının “ ... 81 inci maddenin (e) bendi gereğince sosyal güvenlik destek primi alınır.” bölümü, Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 Karar Günlü, 2006/111 Esas, 2006/112 Karar Sayılı, 30.12.2006 tarih ve 26392 (5. mükerrer) sayılı R.G.de yayımlanan kararıyla, Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamına giren sigortalılar yönünden iptal edilmiştir. 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe gireceği 01.07.2007 tarihine kadar bu konuda bir düzenleme yapılmaması durumunda bir hukuki boşluk oluşacağı açıktır. Yine bağımsız çalışanların sosyal güvenlik yardımlarından yararlanma konusunda eşitsiz ve aleyhte bir hukuki durumla karşı karşıya bırakıldıkları da açıktır.

Yaşlılık sigortasında hizmet birleştirmesine ilişkin son bir düzenleme 31. madde de öngörülmüş ihyadır. 31. maddenin 2. fıkrasına göre “Bu Kanun veya bu Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre toptan ödeme yapılarak hizmetleri

tasfiye edilmiş bulunanlardan, yeniden bu Kanuna tâbi olarak yahut bu Kanunla yürürlükten kaldırılmış kanunlara göre malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olanlar, yazılı olarak müracaat etmeleri halinde, aldıkları toptan ödemenin ödeme tarihi ile yazılı istek tarihi arasında geçen yıllar için her yılın gerçekleşen güncelleme katsayısı ile güncellenerek bulunan tutarını talep tarihini takip eden ayın sonuna kadar ödemeleri halinde, bu hizmetler ihya edilerek bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınır.”

### 3.2.2.3- Ölüm Sigortasında

5510 sayılı Kanunun 32. maddesinin ikinci fıkrasında ölüm sigortasından yararlanma koşulları arasında “...a) En az beş yıldan beri sigortalı bulunup, toplam olarak 900 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş...” olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu düzenlemede yer alan 900 günlük sigorta prim süresinin kesintili olabileceği açıktır. Bu anlamda örneğin altı yıldan beri sigortalı olan bir sigortalının sigortalılığının birinci yılında 300 günlük, ikinci yılında 150 günlük, üçüncü yılında 250 günlük ve altıncı yılında 250 günlük malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirildiğini varsayarsak, toplamda altı yıl içinde 950 günlük malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirildiğinden ölümü halinde hak sahipleri ölüm aylığı verilmesini talep edebilirler.

5510 sayılı Kanunun 36. maddesinin 4. fıkrasında ölüm aylığı ile ilgili ihya hükümleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre 5510 sayılı Kanun veya bu Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre toptan ödeme yapılarak tasfiye edilmiş süreler, borçlanılarak veya yurt dışı hizmetleri birleştirilerek ya da sonradan hizmet tespiti nedeniyle hak kazanılan sürelerin eklenmesi suretiyle ölüm sigortasından yararlanmak için gerekli prim ödeme gün sayısının tamamlanması halinde, hak sahiplerinin yazılı isteği üzerine 31. maddenin ikinci fıkrasına göre ihya edilebilir. Yukarıdaki süreler, ihya edilen süreye ilişkin tutar dahil her türlü borçların ödendiği tarihi takip eden ay başı itibarıyla bu Kanuna göre aylık bağlanmasında dikkate alınacaktır.

### 3.2.2.4- Uzun Vadeli Sigorta Kollarında Sigortalılık Süresine ve Prim Ödeme Gün Sayısına İlişkin Ortak Düzenlemeler

Uzun dönem sigorta kollarında hizmet birleştirmesi uygulaması bakımından sigortalılık süresi ile prim ödeme gün sayısının büyük önem taşıdığı açıktır. 5510 sayılı Kanunun 38. maddesine göre uzun dönem sigorta kollarında sigortalılık süresinin başlangıcı 5510 sayılı Kanuna ya da bu Kanundan önce çıkarılmış bazı Kanunlara<sup>56</sup> tabi

<sup>56</sup> Bu kanunlar , mülga 2/6/1949 tarihli ve 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanunu, mülga 4/2/1957 tarihli ve 6900 sayılı Malûliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Hakkında Kanunu, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, bu kanunla mülga 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ve 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunudur.

olarak ilk defa çalışılmaya başlanan tarihtir. Madde metnindeki çalışılmaya başlanan tarih ifadesinin hatalı olduğu kanaatindeyim. Özellikle 1479 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalıların çalışmaya başlamasından bahsetmek çeşitli açılardan sıkıntılıdır. Örneğin 1479 sayılı Kanunun 14.03.1985 tarih ve 3165 sayılı Kanunun 6 maddesi ile değişik 24 maddesinde sigortalı olarak sayılan limitet şirket ortaklarının çalışmaya başlaması söz konusu olmayıp sigortalılık niteliği ortak sıfatının kazanılmasıyla oluşur. Kanaatimce “çalışılmaya başlanan tarih” ifadesi yerine “sigortalılığı gerektiren hukuki durumun ortaya çıktığı tarih” ifadesi kullanılmalıydı. Bu tarihin tespiti kesintili çalışmaların varlığı durumunda büyük önem taşımaktadır.

5510 sayılı Kanunun 38. maddesinin 2. fıkrasına göre bu Kanunun uygulanmasında 18 yaşından önce malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tâbi olanların sigortalılık süresi, 18 yaşını doldurdukları tarihte başlamış kabul edilir. Dolayısıyla 18 yaşından önceki sürelerin sigortalılık süresinden sayılması mümkün değildir. Ancak 5510 sayılı Kanunda yaş ile birlikte prim ödeme gün koşulu da getirildiğinden 38. maddesinin 2. fıkrasında, sigortalılar lehine 18 yaşından önceki süreler için ödenen malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin, prim ödeme gün sayılarının hesabına dahil edileceği hüküm altına alınmıştır.

5510 sayılı Kanunun 40. maddesinde gösterilen cetvelde belirtilen işyerlerinde ve/veya işlerde çalışan sigortalıların, hizmet sürelerine, bu işyerlerinde ve/veya işlerde geçen çalışma sürelerinin her 360 günü için karşılarında gösterilen prim gün sayıları, fiilî hizmet süresi zammı olarak eklenir. 360 günden eksik süreler için fiilî hizmet süresi zammı, 360 gün için eklenen fiilî hizmet süresi ile orantılı olarak belirlenir. Belirtilen işyerlerinin ya da işlerin birden fazlasına dahil olanlar için, en yüksek olan bentten fiilî hizmet süresi zammı uygulanır. Örneğin bir fabrikada çelik döküm işinde 360 gün çalışan bir sigortalıya 90 gün, 180 gün çalışan bir sigortalıya 45 gün prim ödeme gün sayısı eklenecektir. Aynı sigortalının 180 gün fabrikada, 180 gün bir kömür madeninin yeraltı kısmında çalışması durumunda, yeraltındaki maden işlerinde öngörülen fiilî hizmet zammı daha yüksek olduğundan yeraltındaki maden işlerinde öngörülen fiilî hizmet zammı uygulanacaktır. Ancak Cetvelin 8., 12., 13. ve 14. sıralarındaki düzenlemeler, Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 Karar Günlü, 2006/111 Esas, 2006/112 Karar Sayılı, 30.12.2006 tarih ve 26392 (5. mükerrer) sayılı R.G.de yayımlanan kararıyla, Yasa'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına giren sigortalılar yönünden iptal edilmiştir.

Fiilî hizmet süresi zammı ile ilgili son olarak yine 40. maddedeki düzenleme gereğince, hesaplanan fiilî hizmet süresi zamlarının sekiz yılı geçmemek üzere uzun

vadeli sigorta kolları uygulamasında prim ödeme gün sayısına ekleneceğini ve emeklilik yaş hadlerinden üç yılı geçmemek üzere yarısının indirileceğini ve yeraltında sürekli veya münavebeli olarak maden işlerinde çalışanlar için öngörülen zammı süresinde sekiz yıllık süre sınırı uygulanmayacağını belirtelim.

### **3.2.2.5- Borçlanarak Birleştirme**

5510 sayılı Kanunun 41. maddesine göre, Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri, er veya erbaş olarak silâh altında veya yedek subay okulunda geçen süreleri, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olanların, personel mevzuatına göre aylıksız izin süreleri, sigortalı olmaksızın doktora öğrenimi veya tıpta uzmanlık için yurt içinde veya yurt dışında geçirdikleri normal doktora veya uzmanlık öğrenim süreleri, sigortalı olmaksızın avukatlık stajını yapanların normal staj süreleri, sigortalı iken herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanlardan bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya gözaltında geçen süreleri, grev ve lokavtta geçen süreleri ve Kurumca kabul edilecek sektörel veya genel ekonomik kriz dönemlerinde işvereni tarafından ücretsiz izinli sayılanların, her yıl için 3 ayı geçmemek üzere bu süreleri, hekimlerin fahrî asistanlıkta geçen süreleri, seçim kanunları gereğince görevlerinden istifa edenlerin, istifa ettikleri tarih ile seçimin yapıldığı tarihi takip eden ay başına kadar açıkta geçirdikleri süreleri, kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları ve talep tarihinde 82. maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt ve üst sınırları arasında olmak üzere, kendilerince belirlenecek günlük kazancın % 32'si üzerinden hesaplanacak primlerini borcun tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödemeleri şartı ile borçlandırılarak, borçlandırılan süreleri sigortalılıklarına sayılır. Bir ay içinde ödenmeyen borçlanmalar için ise yeni başvuru şartı aranır. Primi ödenmeyen borçlanma süreleri hizmetten sayılmaz. Bu düzenleme 5510 sayılı Kanunun sistematığı içerisinde uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümler içerisinde yer almakla birlikte, borçlanma süresinin sigortalılık süresine ekleneceği belirtildiğinden kısa vadeli sigorta kolları bakımından da hüküm ifade etmesi gerektiği kanaatindeyim. Son olarak borçlanma eğer sigortalılık niteliğinin kazanılmasından önceki bir döneme ilişkinse sigortalılık başlangıç tarihi bu tarihe kadar geri götürülecektir.

### **3.2.3- Kamu Görevlilerine İlişkin Düzenlemelerde**

5510 sayılı Kanun içerisinde kamu görevlilerine ilişkin özel bir takım düzenlemeler<sup>57</sup> bulunmaktadır. Bu başlık altında konumuz bağlamında bu düzenlemeler değerlendirilmeye çalışılacaktır.

5510 sayılı Kanunun 45. maddesinin ikinci fıkrasına göre görevine son verilenlerden

<sup>57</sup> 5510 sayılı Kanun 43-49. maddeleri (Bu maddeler dahil)

yargı kararı ile görevlerine iade edilenlerin primleri, göreve son verildiği tarihten görevine başladığı tarihe kadar kendi kadrosunun veya emsali kadronun prime esas kazancına göre hesaplanır. Bu durumdakilerin primlerine ait sigortalı ve işveren hisselerinin gecikme cezası ve gecikme zamları kurumlarınca ödenir ve bu süreler sigortalılık süresinden sayılır.

5510 sayılı Kanununun 46. maddesinin ikinci fıkrasına göre fakülte veya yüksek okullarda kendi hesabına okuduktan sonra subay naspedilen veya yedek subaylık hizmetini takiben subaylığa geçirilenler ile fakülte ve yüksekokullarda kendi hesabına okuduktan sonra, komiser yardımcısı veya polis memuru olarak atananların yüksek öğrenim süresinin fiili hizmetten sayılması nedeni ile doğacak borçlanma bedeli, ilgisine göre talep tarihindeki en az aylık alan teğmenin veya komiser yardımcısının prime esas kazancı üzerinden, sigortalı prim hissesi kendilerince, işveren prim hissesi de kurumlarınca verilmek suretiyle borcun tebliğ tarihinden itibaren iki yıl içinde eşit taksitler halinde ödenir. Bu ödemelerin tamamlanması ile bahsi geçen sürelerin hizmet süresine ekleneceği açıktır.

5510 sayılı Kanununun 49. maddesinde itibari hizmet süreleri düzenlenmiştir. Madde içerisinde asker kişilerin ya da askerlikle bağlantılı bir görev nedeniyle sivil görevlilerin savaş, seferberlik ya da yurtdışı görev hallerinde bu hallerde geçen süreleri ile tutsak edilen ya da göz altına alınanların tutsaklık ve göz altı sürelerinin her yılı için bir katı itibari hizmet süresi olarak eklenir. Ancak bu sürelerin toplamı beş yıldan fazla olmaz. TSK, MİT Müsteşarlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Orman Genel Müdürlüğünde pilot olan ve olmayan uçucu, denizaltıcı, dalgıç, kurbağa adam ve paraşütçülerin bu görevlerinde geçirdikleri her yılı için altı ay itibarî hizmet süresi ekleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu görevliler için beş yıllık süre sınırlaması uygulanmaz. Son olarak itibarî hizmet süreleri, aylık bağlama oranının hesabında prim ödeme gün sayısına eklenir. Bu süreler malûllük, yaşlılık ve ölüm aylığı bağlanması için gerekli prim gün sayısı, yaş ve emekli ikramiyesi hesabında nazara alınmaz. Dolayısıyla itibari hizmet süreleri aylığın miktarına etki ederken ne zaman bağlanacağına etki etmemektedir.

### **3.4- 5510 Sayılı Kanununa Göre Genel Sağlık Sigortasında Hizmetlerin Birleştirilmesi**

5510 sayılı Kanununun 67. maddesinde genel sağlık sigortası kapsamında sağlanacak sağlık yardımlarından yararlanma koşulları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre konumuz bağlamında "...60 ncı maddenin birinci fıkrasının (f) bendi hariç diğer bentleri gereği genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık

sigortası prim ödeme gün sayısının olması...” gerekmektedir. Bu sürenin kesintili olabileceği ve geriye doğru 30 günlük prim ödeme koşulunun bir yıllık sigortalılık süresiyle sınırlandırıldığı açıktır. Başka bir deyişle sigortalılık niteliğini kazanıp 15 gün sigorta primi yatıran bir sigortalının, sigortalılık niteliğini kaybetmesi durumunda, genel sağlık sigortasında sağlanan sağlık yardımlarından yararlanabilmesi için ilk prim yatırdığı tarihten itibaren bir yıl içinde yeniden sigortalılık niteliği kazanıp en az 15 gün daha prim yatırması gerekmektedir. Ayrıca 67. maddedeki düzenleme gereğince 60. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendi ile (b), (d) ve (g) bentlerine tâbi olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler yönünden kesintili hizmetin birleştirilmesi için kısa ve uzun vadeli sigorta kolları da dahil olmak üzere sigortalının hiç prim borcu bulunmaması gerekmektedir. Aksi takdirde bu kişiler yönünden birleştirme yapılmayacaktır. Bu koşulun sağlık hizmetlerinden yararlanmada sigortalılara oldukça ağır bir sorumluluk yüklediği açıktır.

5510 sayılı Kanunun genel sağlık sigortasında hizmetlerin birleştirilebileceği bir diğer durum ise 63. madde gereğince evli olmakla birlikte çocuk sahibi olmayan genel sağlık sigortalısı kadın ise kendisinin, erkek ise eşinin yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olabilmesine imkan sağlayan düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre diğer şartların yanı sıra “...En az beş yıldır genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi olup, 900 gün genel sağlık sigortası prim gün sayısının olması...” gerekmektedir. 900 günlük sürenin kesintili olabileceği açıktır ve kesintililik durumunda bu süreler birleştirilerek dikkate alınacaktır.

### **3.5- 5510 Sayılı Kanununa Primlere İlişkin Hükümlerle Hizmetlerin Birleştirilmesi**

5510 sayılı Kanunun 88. maddesinin 5. fıkrasına göre 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanların, her ay için otuz tam gün prim ödemesi zorunludur. Bu kapsamdaki sigortalılardan, bu Kanuna göre tescilleri yapıldığı halde, beş yılı aşan süreye ilişkin prim borcu bulunanların, bu sürelerle ilişkin prim borçlarının Kurumca yapılacak bildirimde belirtilen süre içerisinde ödenmemesi halinde, daha önce prim ödemesi bulunan sigortalının ödediği primlerin tam olarak karşıladığı ayın sonu itibarıyla, prim ödemesi bulunmayan sigortalının ise tescil tarihi itibarıyla sigortalılığı durdurulur. Prim borcunun ait olduğu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve bu sürelerle ilişkin Kurum alacakları takip edilmeyerek, Kurum alacakları arasında yer verilmez. Ancak, sigortalı ya da hak sahipleri daha sonra müracaatları tarihindeki 80 inci maddenin dokuzuncu fıkrasına göre belirlenecek prime esas kazanç tutarı üzerinden hesaplanacak borç tutarını, tebliğ tarihinden itibaren üç ay

içinde ödedikleri takdirde, bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilecektir.

### **5.6- 5510 Sayılı Kanununda Öngörülen Geçiş Hükümleri ve Hizmetlerin Birleştirilmesi**

5510 sayılı Kanunun geçici maddeleri ile eski sosyal güvenlik düzenlemelerinden, yeni rejime nasıl geçileceği sorunu çözülmeye çalışılmıştır. Hizmetlerin birleştirilmesi uygulaması bakımından “Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasına ilişkin bazı geçiş hükümleri” başlığını taşıyan geçici 1. madde, “Bu Kanundan önce yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına tâbi geçen çalışmalar için bağlanacak aylıkların hesabı” başlığını taşıyan geçici 2. madde, “Önceki mevzuat hükümlerinin uygulanması, Devlet katkısı ve geçici iş göremezlik ödeneği” başlığını taşıyan geçici 3. madde, “5434 sayılı Kanuna ilişkin geçiş hükümleri” başlığını taşıyan geçici 4. madde, 5434 sayılı Kanunla ilgili olmak üzere “Toptan ödeme ve ihya geçiş hükümleri” başlığını taşıyan geçici 5. madde, “506 sayılı Kanuna ilişkin geçiş hükümleri” başlığını taşıyan geçici 6. madde, “506,1479, 5434, 2925, 2926 sayılı Kanunlara ilişkin ortak geçiş hükümleri” başlığını taşıyan geçici 7. madde, “1479 sayılı Kanuna ilişkin geçiş hükümleri” başlığını taşıyan geçici 8. madde, “Emeklilik yaşına ilişkin bazı geçiş hükümleri” başlığını taşıyan geçici 9. madde, “506 sayılı Kanunun malullük, sakatlık, hükümleri ile sosyal güvenlik destek primi ödenmesi geçiş hükümleri” başlığını taşıyan geçici 10. madde, “Genel sağlık sigortasına ilişkin geçiş hükümleri” başlığını taşıyan geçici 12. madde, “4046 sayılı Kanuna ilişkin geçiş hükümleri” başlığını taşıyan geçici 13. madde önem taşımaktadır. Genel olarak geçiş dönemini düzenleyen hükümlerde eski Kanunlar döneminde kazanılmış hakların 5510 sayılı Kanunla öngörülen düzene eklenmeye çalışıldığı söylenebilir. Ancak bahsi geçen bu düzenlemelerle kazanılmış haklar yönünden bazı hak ihlallerin de yapıldığına ve eşitsiz bazı uygulamalara yol açılabileceğine ilişkin ciddi şüpheler bulunmaktadır. Nitekim geçici 1. maddenin 5. fıkrası, geçici 4. maddenin 2. fıkrası, geçici 6. maddenin 7. fıkrası, geçici 9. maddenin 1, 2, 3 ve son fıkralarının ve 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılar yönünden geçici 2. maddenin 1. fıkrasının (a), (b), (c), (d) bentlerinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi geçici 1. maddenin beşinci fıkrasını, geçici 2. maddenin birinci fıkrasının (a), (b), (c), ve (d) bentlerini, 15.12.2006 tarih ve 2006/111 Esas, 2006/112 Karar Sayılı, 30/12/2006 tarih ve 26392 (5. mükerrer) sayılı R.G.de yayımlanan kararıyla, Yasa'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına giren sigortalılar yönünden, geçici 4. maddenin 2 ve 9 fıkralarını ise tamamen iptal etmiştir.



## SONUÇ

5502 ve 5510 sayılı Kanunlar ile ülkemizdeki sosyal güvenlik sistemi büyük ölçüde tek çatı altında toplanmıştır. Bu durumun bir sonucu olarak bu Kanunlardan önceki parçalı sosyal güvenlik sisteminin önemli bir tamamlayıcısı olan ve farklı sosyal güvenlik kurum ve mevzuatlarına tabi olarak geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesine imkan sağlayan hizmetlerin birleştirilmesi müessesesinin uygulama alanı kalmamıştır. Ancak bahsi geçen Kanunlardan önce de aynı sosyal güvenlik kurumunda geçen kesintili hizmetlerin birleştirilmesi anlamında uygulanan hizmetlerin birleştirilmesi uygulamasının yeni yapı içerisinde de yer bulacağı açıktır. Sigortalıların kesintili sigortalılıkları nedeniyle uğramaları muhtemel hak kayıplarının bu şekilde giderilebileceği açıktır. Özellikle 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihi olan 01.07.2007 tarihinden sonra bu konuyla ilgili verilecek mahkeme kararlarının Kanunun nasıl yorumlanacağı ve uygulanacağı yönünde yeni tartışmalar başlatacağı kanaatindeyim. Ayrıca gerekçeleri, karşı oy yazıları ile Anayasa Mahkemesinin, 15.12.2006 tarih ve 2006/111 Esas, 2006/112 Karar Sayılı, 30.12.2006 tarih ve 26392 (5. mükerrer) sayılı R.G.de yayımlanan kararının başlı başına bir inceleme ve tartışma konusu olduğu kanaatindeyim.

Son olarak esnek çalışma modellerinin yaygınlaştığı ve ekonomik istikrarın son derece hassas dengelere dayandığı ülkemizde, sosyal güvenlik sisteminde yer alan haklardan yararlanma koşullarının ağırlaştırılmasının ve sigortalılar arasında eşitsiz bir takım düzenlemeler yapılmasının gerek uluslar arası anlaşmalardaki taahhütlere gerekse de 1982 Anayasasının 2. maddesinde ifade edilen “sosyal hukuk devleti” ilkesine, 60. maddesinde ifade edilen “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar” düzenlemelerine aykırı olduğu kanaatindeyim. Özellikle yaşlılık aylığı hakkından yararlanmada getirilen prim ödeme gün sayısı koşulunun, ülke gerçeklerinden hareketle hizmetlerin birleştirilmesi uygulamasıyla dahi sağlanmasının zor olduğu açıktır.



## YARARLANILAN KAYNAKLAR

Ayhan Abdurrahman, **Türkiye'de Sosyal Sigorta Kurumlarında Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Sorunu ve Uygulaması**, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları ; No: 25. 1983

Güven Ercan, **Sosyal Sigortalar Genel Uygulama İlkeleri ve Sigorta Kolları**, Eskişehir: Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, 1976.

Güven Ercan - Aydın Ufuk, **Bireysel İş Hukuku**, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2004

Güzel Ali / Okur Ali Rıza, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, İstanbul: Beta Yayınları, 2004,

Tuncay Can, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, İstanbul: Beta Yayınları: 1996,

Tunçomağ Kenan, **Sosyal Sigortalar**, İstanbul: Beta Yayınları, 1988



# **ESKİŞEHİR'DEKİ BOŞANMA DAVALARINA OLGUSAL YAKLAŞIM\***

**Ahu Şahan\*\***

**Ayhan M. Hakka\*\***

**Büşra Canan Yassıkaya\*\***

**Esra Öztürk\*\***

**Fatih Ceyhun Umutlu\*\***

**Figen Kara\*\***

**Kasım Akbaş\*\*\***

## **1. Giriş: Toplum, Aile ve Değişim**

Bir toplum hakkında fikir yürütürken, o topluma ilişkin çeşitli göstergelere bakmak gerekir. Sıradan bir sosyoloji kitabında, bu göstergelerin neler olduğuna ilişkin ipuçları ile karşılaşılabilir: Toplumdaki işsizlik oranları, sanayileşme düzeyi, farklı toplumsal grupların varlığı, toplumsal tabakalaşma ya da sınıflar, toplumsal cinsiyet algısı, suç oranları, dinin toplumsal yaşama etkisi, kentleşme, eğitim kurumları, siyasal alanda yaşananlar vb. Bunların yanında çok önemli bir başka gösterge de aile kurumudur. Zira, burada sıralanan pek çok gösterge, aile ortak paydası ile ilişkilendirilebilir. “Aile toplumun temel ögesidir” saptamasının altında yatan olgudur bu aynı zamanda.

Son yüzyılın son on beş-yirmi yılında yaşanan siyasal, iktisadi ve toplumsal değişimlerin, ailenin yapısında ortaya çıkan değişiklikler de birlikte ele alınabileceği kuşkusuzdur. Söz gelimi, son on yılın günlük gazetelerine bakıldığında, yılda en az bir

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Sosyal Bilimlerde Araştırma Yöntemleri dersi kapsamında hazırlanan ödevin son halidir. Çalışma ödev olarak sunulduktan sonra bu son hali, ödev danışmanı Kasım Akbaş tarafından, özellikle Eskişehir'deki araştırma kısmı hemen hemen aynen muhafaza edilerek ve diğer konularda da ödevi hazırlayan öğrencilerin çalışma alanlarının dışına taşmamaya özen göstererek hazırlanmıştır. Araştırmacılar, dosya üzerinde çalışma olanağı tanıyan Eskişehir Aile Mahkemesi çalışanlarına ve özellikle Yazı İşleri Müdürü Kadriye Kutlu'ya teşekkürü borç bilirlen.

\*\* Öğrenci, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

\*\*\* Ar. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ya da iki kez “boşanma patlaması”, “evlilikler boşanma ile bitiyor” başlıklarına rastlanmaması hemen hemen imkansızdır. Aile kurumunun, boşanma ile sonuçlanma olasılığının artmasını da içeren, bir dizi değişim (ya da dönüşüm) yaşadığı yadsınamaz bir gerçektir. Anthony Giddens (2000) dünya çapında, aile yapısında ortaya çıkan değişimleri altı başlık altında toplamaktadır:

1. Geniş aileler ve öteki akraba gruplarının etkileri azalmaktadır;
2. Eşim özgürce seçilmesi yönünde genel bir eğilim bulunmaktadır;
3. Hem evliliğin başlatılması hem de aile içindeki kararların verilmesi bakımından, kadın hakları daha çok tanınır olmuştur;
4. Akraba evlilikleri yaygınlığını yitirmektedir;
5. Daha yüksek cinsel özgürlük düzeyleri, oldukça kısıtlayıcı nitelikteki toplumlarda [bile] gelişmektedir;
6. Çocuk haklarının genişletilmesi yönünde genel bir eğilim vardır. (s. 151)

Giddens, “bu eğilimleri abartma”nın “ya da çekirdek ailenin her yerde baskın biçim durumuna geldiğini varsayma”nın yanlış olacağını da eklemektedir.

Birsen Gökçe (2004) ise ailenin, “sosyal ilişkilerin en küçük ve temel birimi olarak hem işlevleri, hem biçimleri, hem ekonomik faaliyetler ve hem de aile içindeki liderlik konumları itibarıyla değişime uğra”dığını ifade etmektedir. Gökçe'ye göre;

[B]ugün aile kendisini etkileyebilecek iki temel sorun ile karşı karşıyadır. Birincisi toplumsal değişimlere paralel olarak çıkan toplumsal dinamizmin aileye olan etkisidir. İkincisi ise doğrudan ailenin iç mekanizmasında ortaya çıkan aksaklıklardır. (s. 189)

Yukarıda isimleri anılan iki önemli sosyoloğun görüşlerinden hareketle, özetle, aile kurumunun toplumsal değişim ya da dönüşümlerle karşılıklı etkileşim içerisinde olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür. Türkiye toplumundaki ailenin yaşadığı varsayılan değişimler ise birkaç başlık altında ifade edilebilir: 1) Ailelerin hacmi küçülmekte, bir başka deyişle hane halkı büyüklüğü azalmaktadır, 2) Hanehalkı sayısındaki düşüş, evlenen genç çiftlerin kendi evlerine çıkmaları ile hem de doğum oranlarındaki düşüş ile ilişkilidir, 3) Aile kurma ya da evlenme yaşı büyümekte, bir başka deyişle insanlar daha geç evlenmektedirler, 4) Evlenmeme oranları da yükselmektedir; 5) Evlilikler daha sıklıkla boşanma ile sonuçlanmakta ya da boşanma istatistikleri artış göstermektedir.

Burada ifade edilen her bir başlığı doğrulayacak verileri, daha uzun bir çalışma kapsamında ele almak mümkündür. Özellikle Gökçe'nin çalışması bu konuda oldukça yararlıdır. Ancak bu makale kapsamında “evliliklerin boşanma ile sonuçlandıkları” saptaması bir veri olarak kabul edilecek ve boşanma olgusu, Eskişehir 3. Aile Mahkemesi'nde 2006 yılında karara bağlanan boşanma davaları özelinde ele alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

## 2. Boşanmalardaki Artışın Nedenleri

Genel olarak,

- Boşanmayı kolaylaştıran yasaların varlığı
- Evliliğin mülkiyet ve statü aktarım aracı olmaktan çıkması
- Kadının ekonomik bağımsızlığının artması
- Genel refahtaki artış
- Boşananlara bakışın değişmiş olması
- Kişisel doyum düzeylerine göre değerlendirme yapmanın artması

boşanmaların son yıllarda artmasında etkin olan etmenler olarak kabul edilmektedir. (Giddens, 2000: 157)

Öte yandan,

- Eşlerin evlilik yaşları ve evliliğin süresi
- Daha evvel evlenilmiş olup olunmaması
- Çocuk
- Sosyo-ekonomik durum
- Eğitim farkı
- Kültürel farklılıklar

gibi unsurlar da tarafların boşanma kararı almalarında etkin olabilmektedir.

### 2.1. Eskişehir 3. Aile Mahkemesi'ndeki Boşanmalara İlişkin Veriler

Boşanma olgusuna daha yakından bakabilmek amacıyla Eskişehir 3. Aile Mahkemesi'nin 2006 yılı boşanma dosyaları incelenmiş ve karara bağlanan 330 dosyaya dayanılarak bir istatistik çalışması ortaya konmuştur.

Boşanmaların artmasının önemli bir nedeni, boşanmaları kolaylaştıran yasaların varlığıdır. Öncelikle bu durumu soruşturmak üzere, incelenen 330 dosya ilk olarak, celse sayılarına göre sınıflandırılmıştır.

		Sıklık	Oran
Geçerli	1 celse	229	69,4
	2 celse	66	20,0
	3 celse	19	5,8
	4 celse	14	4,2
	5 celse	2	0,6
TOPLAM		330	100,0

**Tablo 1:** Celse sayıları

Tablo 1'de görüldüğü üzere, kabul edilen davaların % 69,4'ü daha ilk celsede sonuçlanmıştır. İkinci celsede sonuçlananlarla birlikte, ilk iki celsede sona eren boşanma davalarının oranı % 90'a ulaşmaktadır. Dolayısıyla, boşanma davalarının büyük oranda uzun sürmediğini saptamak mümkündür.

Boşanma davalarının uzun sürmediği saptaması, boşanma davalarında hükmün bağlandığı hukuki sebeple de ilişkilendirilmelidir.

		Sıklık	Oran
Geçerli	Evlilik birliğinin sarsılması MK 166/1	83	25,2
	Eşlerin anlaşması MK 166/3	243	73,6
	Ortak hayatın yeniden kurulamaması MK 166/4	4	1,2
	TOPLAM	330	100,0

**Tablo 2:** Hükmün bağlandığı hukuki sebep

Tablo 2'den de anlaşılacağı gibi eşler büyük oranda anlaşmalı olarak boşanmaktadırlar. 1988 öncesinde Türk Medeni Kanunu'nda "anlaşmalı boşanma"ya olanak tanıyan bir madde yer almamakta idi. Bu nedenle taraflar, mahkemeye "şiddetli geçimsizlik" gerekçesi ile başvuruda bulunmakta, mahkemede, "evlilik birliğinin temelden sarsıldığı" gerekçesi ile hüküm tesis etmekte idi. Kuşkusuz tarafların, geçimsizliklerini kanıtlamaları gerekmektedir. Bu da, dava sürecini uzatmanın yanında aynı zamanda tatsız da bir durum ortaya çıkarmakta idi. Anlaşmalı boşanma oranının %73,6 şeklinde ortaya çıkması, bu kurumun gerekliliğini ortaya koymaktadır. Zira böyle bir olanak öngörülmemiş olsa, hem taraflar hem de mahkeme, bir şekilde hukuku dolanma yoluna gidecekler ve gerçek olmayan bir başka mazeret öne sürmek ve kanıtlamak durumunda kalacaklardır. Nitekim, kendilerine anlaşmalı boşanma gerçekleştirme olanağı tanınmayan 1 yıldan az evli olan çiftler açısından durum aynen böyledir. Araştırmada 1 yıldan az evli olan çiftler, "1 ya da daha az süreli evlilikler" olarak sınıflandırıldığından kesin bir rakam vermek mümkün değildir. Ancak aşağıdaki tablo, ne

denmek istendiğinden hakkında fikir verecektir:

		Sıklık	Oran
Geçerli	Evlilik birliğinin sarsılması MK 166/1	16	69,6
	Eşlerin anlaşması 166/3	7	30,4
TOPLAM		23	100,0

**Tablo 3:** Evlilik süresi 1 yıl ve altı olanların boşanmalarında hükmün dayandığı hukuki sebep

Tablo 3'te görüldüğü üzere 1 yıl ve daha az evli kalan 23 çiftten % 69,6'sı anlaşmalı olarak değil, evlilik birliğinin sarsılması gerekçesi ile boşanmışlardır. Zira anlaşmalı boşanmadan hüküm kurulabilmesi için “en az bir yıl evli kalma” koşulu aranmaktadır.

Anlaşmalı boşanmanın davanın süresini kısaltıp kısaltmadığının anlaşılabilmesi için tek celsede gerçekleşen boşanmalardaki hukuki sebeplere göz atılabilir.

		Sıklık	Oran
Geçerli	Evlilik birliğinin sarsılması MK 166/1	27	11,8
	Eşlerin anlaşması MK 166/3	200	87,3
	Ortak hayatın yeniden kurulamaması MK 166/4	2	0,9
TOPLAM		229	100,0

**Tablo 4:** Tek celsede sonuçlanan dosyalarda hükmün dayandığı hukuki sebep

Görüldüğü üzere eşlerin anlaşarak açtıkları davaların tek celsede sona erme oranı %87,3'tür. Bu, eşlerin anlaşması gerekçesi ile hükme bağlanan her on dosyadan dokuzunun ilk celsede sona ermesi anlamına gelmektedir. Yukarıdaki dört tablo birlikte değerlendirildiğinde, boşanmayı kolaylaştıran ve çabuklaştıran yasaların etkili olabileceği öngörülebilir.

Kadının toplumsal statüsündeki değişikliğin de boşanmaya etki eden önemli bir faktör olduğu düşünülmektedir. Bunu da görmek adına, boşanma davaları, başvuru tarafın cinsiyetine göre sınıflandırılmıştır.

		Sıklık	Oran
Geçerli	Kadın	212	64,2
	Erkek	118	35,8
TOPLAM		330	100,0

**Tablo 5:** Boşanma başvurusunda bulunan cinsiyete göre sınıflandırma

Tablodan, davayı kadınların açma oranının % 64,2 olduğu görülmektedir. Bu da kadınların açtığı davaların hemen hemen erkeklerin açtıklarının iki katı olduğu anlamına gelmektedir. Öte yandan, bu araştırmanın yalnızca, boşanma ile sonuçlanan dosyalar

üzerinde yapıldığı da unutulmamalıdır. Yani, buradaki rakam, genel olarak boşanma davasını açanların daha çok kadınlar olduğu şeklinde değil de, boşanma ile sonuçlanan dosyalarda davayı başlatan tarafın kadınlar olduğu şeklinde yorumlanmalıdır. Ayrıca, boşanmaların önemli oranda anlaşmalı olarak gerçekleştiği de düşünülürse, evliliğin sona ermesi hususunda kadınların ya da erkeklerin daha istekli olduklarına ilişkin bir saptama yapmak doğru olmaz.

		Sıklık	Oran	Birikimsel Oran
Geçerli	20 yaş ve altı	5	2,4	2,4
	21- 25 yaş	40	18,9	21,2
	26- 30 yaş	44	20,8	42,0
	31- 35 yaş	38	17,9	59,9
	36- 40 yaş	31	14,6	74,5
	41- 45 yaş	29	13,7	88,2
	46- 50 yaş	13	6,1	94,3
	51 yaş ve üzeri	12	5,7	100,0
TOPLAM		212	100,0	

**Tablo 6:** Dava açan kadınların yaş gruplarına göre tasnifi

Boşanma ile sonuçlanan davaların üçte ikisini kadınlar açıyorlarsa, dava açan kadınların yaş gruplarına göre tasnifi, kuşaklar boyunca, kadınların boşanma davası açma kararına varmalarına ilişkin bir değişiklik olup olmadığını saptamamıza yardımcı olabilir. Tablo 6'dan görüldüğü üzere boşanma ile sonuçlanan dosyalarda başvuruda bulunan kadınların % 60'ı 35 yaşında ya da daha gençtir. Ayrıca görülmektedir ki, kadınların yaşları ilerledikçe, boşanma davası açma oranları kademeli olarak düşüş göstermektedir.

Çeşitli araştırmalar göstermektedir ki, evliliklerin süresi de boşanmalara etki etmektedir. Söz konusu araştırmalar boşanmaların ilk beş yılda gerçekleştiğini göstermektedir. Bizim araştırmamızda da benzer rakamlarla karşılaşılmış şaşırtıcı değildir.

		Sıklık	Oran	Birikimsel Oran
Geçerli	1 yıl ve altı	23	7,0	7,0
	2 ila 5 yıl	115	34,8	41,8
	6 ila 10 yıl	66	20,0	61,8
	11 ila 15 yıl	49	14,8	76,7
	16 ila 20 yıl	29	8,8	85,5
	21 ila 25 yıl	25	7,6	93,0
	26 yıl ve üzeri	23	7,0	100,0
	TOPLAM		330	100,0

**Tablo 7:** Boşanan çiftlerin evlilik süreleri



Eskişehir 3. Aile Mahkemesi'nde 2006 yılında boşanan çiftlerin % 34,8'i 2 ila 5 yıl, % 20'si ise 6 ila 10 yıl evli kalmışlardır. Bu oranlar çiftlerin evliliklerinin hemen başında boşanmaları anlamına gelmektedir. Beş yıldan sonra boşanma oranları kademeli olarak düşmektedir. Not edilmesi gereken ilginç bir rakam da, hem bir yıl ya da daha kısa süre evli kalanlarla, 26 yıl ya da daha fazla evli kalanlar için oranın % 7 olarak ortaya çıkmış olmasıdır.

Boşananlar arasında, 2 ila 5 yıl arası evli kalanlar yaklaşık % 35'lik yani üçte birlik bir oranla öne çıktıkları için, bu kategoride yer alanlara daha yakından bakmak gerekir.

		Sıklık	Oran
Geçerli	Var	35	30,4
	Yok	80	69,6
TOPLAM		115	100,0

**Tablo 8:** 2 ila 5 yıl evli kalmış boşanan çiftlerin müşterek çocukları var mı?

		Sıklık	Oran
Geçerli	Evlilik birliğinin sarsılması MK 166/1	25	21,7
	Eşlerin anlaşması MK 166/3	90	78,3
TOPLAM		115	100,0

**Tablo 9:** 2 ila 5 yıl evli kalmış çiftlerin boşanmalarında hükmün bağlandığı hukuki sebep

Tablo 8'den anlaşılacağı üzere 2 ila 5 yıl evli kalıp boşanan çiftlerin % 70'lik bir oranda müşterek çocuğu bulunmadığı görülmektedir. Bu grup için boşanma hükmünün bağlandığı hukuki sebep, diğer grupların hepsinin toplamından bir farklılık göstermektedir (karş. Tablo 2 ve 9). 2-5 yıl evli kalanların büyük oranda müşterek çocuğa sahip olmalarını, yine diğer gurpların hepsinin toplamı ile karşılaştırabilmek için aşağıdaki tablodan yararlanılabilir:

		Sıklık	Oran
Geçerli	Var	186	56,4
	Yok	144	43,6
TOPLAM		330	100,0

**Tablo 10:** Boşanan çiftlerin müşterek çocukları var mı?

Tahmin edilebileceği üzere yalnızca 2-5 yıllık evlilikler değil, geri kalan hepsi birlikte ele alındığında, müşterek çocuğa sahip olma oranı % 56,4'e çıkmaktadır. Şu durumda, özellikle boşanma oranlarının en yüksek görüldüğü beş yıllık evliliklerde, henüz çocuk sahibi olmamak, boşanma kararı verilebilmesini kolaylaştıran bir etmen olarak düşünülebilir.

## 2.2. Eskişehir 3. Aile Mahkemesi'ndeki Boşanma Davalarının Diğer Özellikleri

Bu başlık altında, boşanma davasının sonucunda, boşanma dışında verilen diğer hükümler ve dosyaların çeşitli özellikleri ele alınmaya çalışılacaktır. Bir önceki paragrafta bıraktığımız mesele üzerinden devam edecek olursak, sahip olunan müşterek çocukların velayetinin kime bırakıldığı, nafakaya hükmedilip hükmedilmediği ele alınmaya çalışılacaktır.

		Sıklık	Oran
Geçerli	Anneye	130	80,7
	Babaya	31	19,3
TOPLAM		161	100,0

**Tablo 11:** Müşterek -reşit olmayan- çocuğun bulunduğu dosyalarda velayet kararı

Yukarıdan anımsanacağı üzere, çiftlerin müşterek çocuklarının bulunduğu 186 dosya bulunmakta idi. Ancak müşterek çocuk olsa da, bu dosyaların bir kısmında velayete karar verilmesini gerek yoktur; çünkü müşterek çocuklar reşittir. Bu durum da dikkate alınarak, Tablo 11'de, müşterek çocuğun velayetinin kime verildiği gösterilmektedir. Buna göre % 80'nin üzerinde, velayetin annede kalmasına karar verildiği görülmektedir. Araştırma esnasında, sayısal veri haline getirilmemişse de, velayetin anneye verilmesinde, çocukların anneye bağımlı olacak kadar küçük olmasının önemli bir etken olduğu da gözlemlenmiştir. Keza, birden fazla çocuğun olduğu durumlarda da, kardeşlerin birbirlerinden ayrılmamasına özen gösterilmiş olduğu ifade edilebilir.

		Sıklık	Oran
Geçerli	Evet	148	44,8
	Hayır	182	55,2
TOPLAM		330	100,0

**Tablo 12:** Nafakaya hükmedilmiş mi?

Kabul edilen boşanma davalarının % 44,8'inde nafakaya hükmedilmiştir. Nafakaya hükmedilme kararının düşük olmasının, eşlerin büyük oranda anlaşmalı boşanma yolunu tercih etmiş olmaları ile ilişkili olduğu düşünülebilir. Öte yandan, maddi konularda anlaşılmış olsa dahi, hakimın re'sen iştirak nafakasına hükmedebileceği de unutulmamalıdır.

		Sıklık	Oran
Geçerli	Evet	97	74,6
	Hayır	33	25,4
TOPLAM		130	100,0

**Tablo 13:** Velayet anneye verildiğinde nafakaya hükmedilmiş mi?

		Sıklık	Oran
Geçerli	Evet	9	29,0
	Hayır	22	71,0
TOPLAM		31	100,0

**Tablo 14:** Velayet babaya verildiğinde nafakaya hükmedilmiş mi?

Toplumsal olarak, evliliklerde, kadının statüsünün ve ekonomik koşullarının erkeğinkinden daha düşük olması gerektiği şeklinde bir algı bulunduğu için, nafakanın ancak kadın lehine hükmedilebileceği düşünülür. Bunun doğru olmadığını ortaya çıkarmak üzere, Tablo 13 ve 14 hazırlanmıştır. Tablo 13'te velayetin anneye verildiği davalarda yaklaşık % 75 oranında nafakaya hükmedildiği görülmektedir ve bu, ifade edilen toplumsal algıyı doğrulayabilecek bir veridir. Öte yandan, Tablo 14'te velayet babaya verildiğinde nafakaya hükmedilme oranı % 29 olarak görülmektedir. Ancak hemen ifade edelim ki, bu % 29'luk oranın tamamı “erkek lehine” nafaka bağlanması anlamına gelmeyebilir. Velayet babada kalsa da, kadın lehine yoksulluk nafakasına hükmedildiği durumlarda bu oranın kapsamındadır. Dolayısıyla yine, toplumsal algıyı pekiştirecek bir olgu ile karşı karşıya kaldığımız ifade edilebilir.

Avukatları yakından ilgilendireceğini düşündüğümüz bir diğer veri, tarafların davada vekille temsil edilip edilmedikleridir.

		Sıklık	Oran
Geçerli	Var	112	33,9
	Yok	218	66,1
TOPLAM		330	100,0

**Tablo 15:** Kadının vekili var mı?

		Sıklık	Oran
Geçerli	Var	94	28,5
	Yok	236	71,5
TOPLAM		330	100,0

**Tablo 16:** Erkeğin vekili var mı?

		Sıklık	Oran
Geçerli	Evet	60	53,6
	Hayır	52	46,4
TOPLAM		112	100,0

**Tablo 17:** Kadının vekille temsil edildiği dosyalarda nafakaya hükmedilmiş mi?

Anlaşılan odur ki, kadınların vekille temsil edilme oranları birkaç puan da olsa erkeklerin vekille temsil edilme oranlarından yüksektir. Ancak bundan daha dikkat çekici olan boşanma davalarında genel olarak vekille temsil edilme oranının hayli düşük

olmasıdır. Bunu da, yine anlaşmalı boşanma gerekçesiyle açıklamak mümkündür. Nitekim evlilik birliğinin sarsılması gerekçesine dayanan boşanma davalarında vekille temsil edilme oranları daha yüksek çıkmaktadır. Bunu celse sayılarına bakarak da ifade etmek mümkündür:

		Sıklık	Oran
Geçerli	Var	12	85,7
	Yok	2	14,3
TOPLAM		14	100,0

**Tablo 18:** Dört celse süren davalarda kadının vekille temsili

		Sıklık	Oran
Geçerli	Var	6	42,9
	Yok	8	57,1
TOPLAM		14	100,0

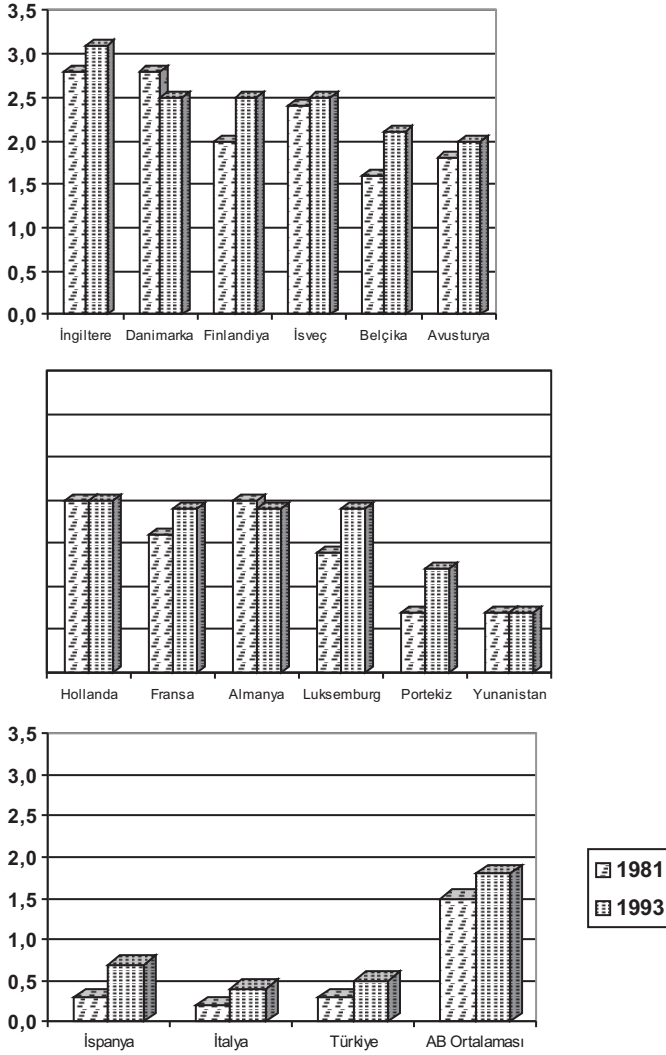
**Tablo 19:** Dört celse süren davalarda erkeğin vekille temsili

Tablolardan anlaşılacağı üzere, davada celse sayısının artması durumunda, tarafların vekille temsil edilme oranları, genel olarak vekille temsil edilme oranlarına göre artmaktadır. Bununla birlikte, aynı nitelikteki davalarda dahi kadınların vekille temsili, erkeklerin vekille temsilinin iki katıdır.

### 3. Sonuç: Araştırma Sonuçlarının Genel Verilerle Paralellliği

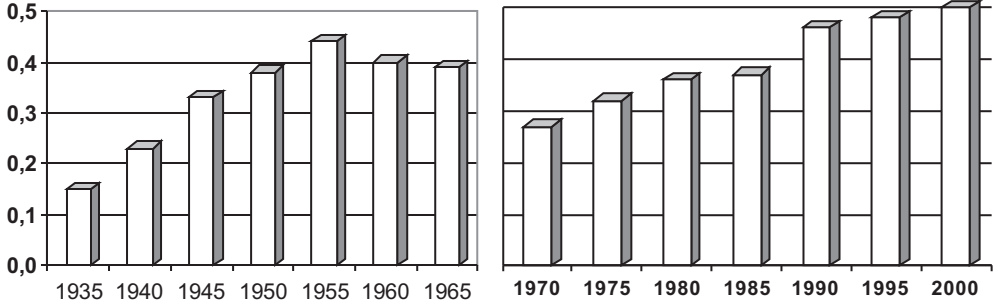
Daha evvel ifade edildiği üzere, araştırmanın temel kabulü, dünya ve Türkiye düzeyinde boşanma oranlarında bir artış yaşandığıdır. Bu artışın en genel gerekçeleri olarak, boşanmanın kolaylaşması, kadının statüsünün iyileşmesi ve boşanma sonucu karşı karşıya kalınan toplumsal baskını azalması gösterilebilir. Eşlerin boşanma kararı almalarına etki eden faktörler olarak, evliliğin süresi, çiftlerin yaşları, çocuk sahibi olup olmamaları ve her birinin toplumsal konumları dikkate alınabilir. Buradan hareketle, yukarıda istatistikleri verilen Eskişehir 3. Aile Mahkemesi 2006 yılı boşanma davalarının, genel boşanma istatistikleri ile paralellik gösterdiği ifade edilmelidir. Burada sonuç başlığının altındaki alt başlıklarda, bu noktaya dikkat çekilecek ve bunu doğrulayacak göstergelere kısaca göz atılacaktır.

### 3.1. Boşanmalar artıyor!



**Grafik 1:** Avrupa ülkelerinde 1981 ve 1993 yıllarında boşanma oranları, 1000 kişi başına (Kaynak: Giddens)

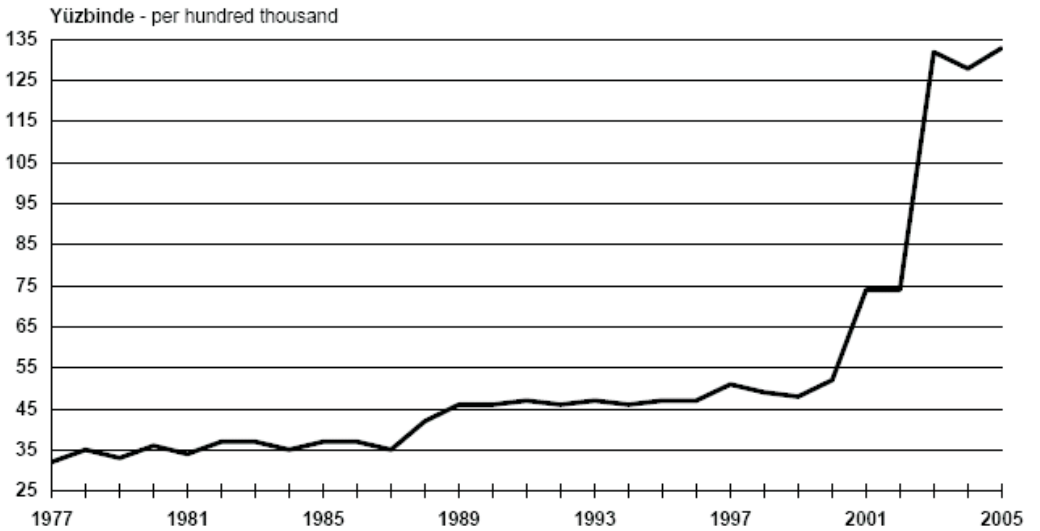
Grafik 1, dünya çapında siyasal, toplumsal, iktisadi dönüşümlerin yaşandığı 80'ler boyunca boşanma oranlarının, birkaç istisna dışında, artış gösterdiğini anlatmaktadır.



**Grafik 2:** Türkiye'de beş yıllık dönemlere göre 1000 kişide görülen boşanma oranları (Kaynak: TÜİK)

Türkiye'ye daha yakından bakıldığında yirmişer yıl arayla dalgalanan bir tablo ile karşı karşıya kaldığımız görülmektedir. Ayrıca 1970'lerle başlayan artış eğilimi 2000'ler kadar sürmekte ve şimdiye kadarki en yüksek seviyelerine ulaşmaktadır. Hemen ifade edilmelidir ki, Eskişehir'deki boşanma oranları, Türkiye ortalamasının üzerinde seyretmektedir. Örnek verecek olursak, 2005 yılında Türkiye'deki boşanma oranları on binde 1,33 iken, Eskişehir'de bu oran 1,66 olarak gerçekleşmiştir.

### 3.2. Ekonomik Nedenler Boşanma Oranlarını Etkiler!



1980'lerin ortalarından itibaren Türkiye'de boşanma oranlarının bir basamak arttığı, 1990'ların sonuna doğru üç basamaklık bir artış olduğu, 2001 krizinde durağanlaşan artış eğiliminin, krizin sonunda görülmedik bir sıçrama gerçekleştiği açıkça ortadadır.

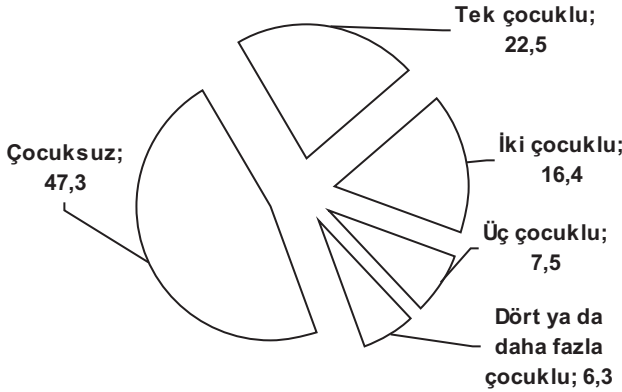
### 3.3. Boşanma Oranları 2-5 Yıllık Evliliklerde En Yüksek Düzeyde Gerçekleşiyor!

İBBS-SRE	Total	1 year	1	2	3	4	5	6-10	11-15	16+
TR Türkiye/Turkey	95 895	4 023	8 946	7 909	7 220	6 735	5 892	20 454	12 900	21 816

**Tablo 20:** 2005 yılındaki boşanmaların evlilik süresine göre sınıflandırılması

Tablo 20'de boşanma ile sonuçlanan 2 ila 5 yıl süren evliliklerin sayıları toplanıp, toplam sayıya oranlandığında üçte bir gibi bir rakama ulaşılmaktadır. Aynı sonuca, bizim araştırmamızda ulaşılmıştır (bkz. Yukarıda Tablo 7). Keza, Boşanmaların ilk beş yılda gerçekleştiği (% 44,9) saptaması, yine Tablo 7'nin birikimsel oran kolonunda ikinci sütündeki % 41,8 oranı ile karşılaştırılabilir.

### 3.4. Çocuğun Varlığı Boşanma Kararını Etkiler!



**Grafik 4:** Türkiye'de boşanan çiftlerin çocuk sayıları (Kaynak: TÜİK)

Türkiye genelinde boşanan çiftlerin yarıya yakını çocuksuzdur. Çocuk sayısı arttıkça, boşanma oranları düşmektedir. Bizim araştırmamızda da, çocuksuz çift sayısı % 43,6'dır (bkz. Tablo 10). Bir başka deyişle, bu anlamda da, genel verilerle, Eskişehir verileri arasında bir paralellik kurmak mümkündür.

#### Kaynakça

- Giddens, Anthony (2000). Sosyoloji. Yayına hazırlayanlar: Hüseyin Özel ve Cemal Güzel. Ankara: Ayraç Yayınevi.
- Gökçe, Birsen (2004). Türkiye'nin Toplumsal Yapısı ve Toplumsal Kurumlar. İkinci Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi.





# ANAYASAL YETKİLERİ BAĞLAMINDA CUMHURBAŞKANININ SİYASAL YAPI İÇİNDEKİ KONUMU: 1982 ANAYASASI UYGULAMASI

Ar. Gör. Bülent Yücel\*

## GİRİŞ

1924 Anayasası'nın getirmiş olduğu “çoğunlukçu” anlayışın, 1961 Anayasası'nın yumuşak erkler ayrılığı esasına dayalı olarak öngördüğü parlamenter sistem ile terk edilmesi, aynı zamanda sorumsuz ve sembolik yetkilerle donatılmış bir Cumhurbaşkanlığı makamının oluşturulmasına yol açmıştır. Dolayısıyla, 1961 Anayasası'nın yürürlükte kaldığı on dokuz yıllık süre zarfında göreve gelen Cemal Gürsel<sup>1</sup>, Cevdet Sunay ve Fahri Korutürk'ün gerek sahip oldukları anayasal yetkileri gerekse de kişisel tutumları, onları, siyasetin merkez noktası olmaktan çıkarmıştır. Erkler arasındaki ilişki açısından dönemin temel özelliği, yürütme organının yasama ve yargı organlarının sıkı denetimi ve gözetimi altına sokulması eğilimidir. Bu çerçevede yürütme aleyhine işleyecek bir denetle ve dengele mekanizması kurulmaya çalışılmıştır. Ancak 12 Mart 1971 Askeri Muhtırası ve onu izleyen Anayasa değişiklikleri<sup>2</sup> durumu tersine çevirmiştir. Söz konusu dengeleme siyaseti yerini, yürütmenin güçlendirilmesi yönündeki tercihlere bırakmıştır.

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı

<sup>1</sup> Cemal Gürsel her ne kadar 27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesi'nin başı olarak Cumhurbaşkanlığına seçilmiş olsa da, 1961 Anayasası, kurduğu parlamenter hükümet sistemi içinde hükümeti ve özellikle başbakanı güçlendirirken, Cumhurbaşkanını ikinci plana itmiştir.

<sup>2</sup> Yürütmeyi diğer erkler karşısında güçlendiren en önemli girişim, 30 Eylül 1971 tarihli ve 1488 Sayılı anayasa değişiklik kanunu ile hayata geçirilmiştir. 35 maddelik değişiklik paketinde yasama ve yargıyı yürütme karşısında zayıflatan düzenlemelerin başlıcaları şunlardır; - kanunun vereceği izin dahilinde hükümete vergi, resim ve harçlarda değişiklik yapma ve hükümete, yetki kanununa dayanmak suretiyle KHK çıkarma yetkilerinin tanınması, - üniversite özerkliği daraltılırken, devlet idaresindeki radyo ve televizyonların yönetsel özerkliğinin kaldırılması, - Cumhuriyet savcılarının yönetsel görevler bakımından Adalet Bakanlığına bağlanması, - asker kişilerin, yönetsel işlem ve eylemlerinin denetiminin Danıştay'ın göreve yetki alanından çıkarılması, - Yasama Meclislerinin “Yüksek Hakimler Kuruluna” üye seçme usulünün kaldırılması, - Adalet Bakanının kurul toplantılarına başkanlık etme imkanına kavuşturulması ve kurul içinde oy hakkına sahip kılınması, - Anayasa Mahkemesine dava açma hakkının kapsamı daraltılarak, bu hakkın sadece mecliste en az on milletvekili bulunan partilere tanınması, - Anayasa Mahkemesi'nin anayasa hükümlerini, maddi/esas bakımından denetleme yetkisinin kaldırılması (Özkan Tikveş, “Anayasa'da Onbeş Yıllık Dönemde (1961 – 1976) Yapılan Değişiklikler ve Ekler,” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt no 34 Sayı no 1 – 4: 19 – 59, (1977), s.26,35,38-39,42-44,47-48.).

1982 Anayasası ise bu sürecin tamamlandığını belgelemektedir. Yürürlükteki Anayasasının getirmiş olduğu anayasal düzen, bir yandan yürütme karşısında yasama ve yargı erklerini zayıflatırken; diğer yandan yürütme içinde de, Cumhurbaşkanı'nı klasik parlamenter sistemde olmayacak ölçüde güçlendirmiştir.

Çalışmamız, anayasanın genel felsefesine uygun olarak, kendisine tanınan yetkiler bağlamında Cumhurbaşkanı'nın hukuki profilini çıkararak, siyasal sistemdeki konumunu belirlemeye yöneliktir. Bu amaçla öncelikle mevcut hükümet sisteminin genel bir tanımlaması yapıldıktan sonra konu, "Cumhurbaşkanı'nın anayasal yetkileri", "anayasal yetkilerin uygulanırlığı" ve "birlikte yaşama olgusu" sorunsalları çerçevesinde açıklanacaktır.

### **Parlamenter Sistemin Mantığı**

Hükümet sistemlerinin tanımlanmasındaki ana parametreyi yasama ve yürütme erkleri arasındaki ilişki oluşturmaktadır. Bu yüzdendir ki, erklerin anayasal olarak birbirleri karşısındaki konumlanmaları aynı zamanda uygulanan hükümet sistemi hakkında bir saptama yapmamızı sağlar. Bugün uygulamasını gözlemleyemediğimiz ve erklerin birliğine dayanan meclis hükümeti sistemini ihmal ettiğimizde, dünya üzerinde yaygın olarak kabul gören hükümet sistemleri erkler ayrılığı temelinde biçimlenen başkanlık, parlamenter ve yarı – başkanlık sistemleridir.

Başkanlık sistemi çift meşruiyeti haiz bir yasama ve yürütme organının katı ayrılığına dayanırken; daha çok karma<sup>3</sup> bir model olarak algılanan yarı – başkanlık sistemi ise, başkanlık ve parlamenter saf hükümet modellerinin bazı özelliklerini bünyesinde taşımaktadır.

Yasama – yürütme arasındaki ilişkinin, birbiriyle daha sıkı biçimde gerçekleştiği ve bu nedenle yumuşak erkler ayrılığına dayanan parlamenter hükümet sistemi ise, yürütme organının, yasama organından kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu anayasal bir demokrasi biçimi olarak tanımlanmaktadır<sup>4</sup>. Sartori, parlamenter sistemin özünde bir yetki paylaşımı olduğunu, ancak bu paylaşımın yetki bölünmesi biçiminde algılanmaması gerektiğini ifade etmektedir. Siyasal bilimci söz konusu paylaşım açısından yetkinin

<sup>3</sup> Duverger ise, yarı – başkanlık hükümet sistemini parlamenter ve başkanlık hükümet sistemlerinin bir sentezi olarak görmemektedir. Aksine sistemi, Cumhurbaşkanı'nın anayasal yetkilerini kullanma olanağı ölçüsünde; parlamenter ve başkanlık sistemleri arasında gelip giden bir hükümet modeli olarak görmektedir. Çünkü ünlü siyasal bilimci açısından; yürütmenin iki kanadının aynı siyasal görüşe sahip olması halinde, Cumhurbaşkanı yetkilerini en üst seviyede kullanarak siyasal sistemde ağırlığını hissettirebilecektir. Aksi halde, Cumhurbaşkanı'nın, yetkilerini kullanma noktasında daha çekingen olacağını belirtmektedir (Arend Lijphart, **Çağdaş Demokrasiler Yirmi Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri** Çev.: Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran (Ankara: Yetkin Yayınları, Tarihsiz), s.75.).

<sup>4</sup> Leon Epstein, "Parliamentary Government," **International Encyclopedia Of The Social Sciences** Ed.: David L. Sills, Volume 11, (New York : Macmillan Co. Free Press, 1968), s.419.

kimler arasında, nasıl ve ne derece yapılacağına yönelik bir vurgulama yapmaktadır<sup>5</sup>.

Parlamentar sistemin, erklerin ayrılığı üzerine kurulu olduğuna ilişkin bir oйдаşma olmakla birlikte; söz konusu ayrılığın hangi ölçüde gerçekleşeceği noktasında tam bir görüş birliği de mevcut değildir. Malberg, Guetzevitch ve Jellinek'e göre, yürütme organının yasama organına bağlı olması, onu, yasama karşısında siyasi iktidarın odaklanması anlamında bir denge ve eşitlik oluşturmaktan uzaklaştırmaktadır. Dolayısıyla yürütmenin, yasamanın denetimi ve iradesine bağlı olması, parlamentarizmin esasını oluşturmaktadır<sup>6</sup>. Gouet ve Duguit ise, parlamenter sistemde, yasama – yürütme erkleri arasında kuramsal olarak bir dengenin var olduğuna inanmaktadırlar. Öyle ki, bu denge içerisinde iki organın eşitlik ve işbirliği esaslarına dayanarak çalıştıklarını ileri sürmektedirler<sup>7</sup>.

Parlamentar sistemin özündeki bu mantık, çoğulculuk ilkesinin bir sonucu olan çok partili siyasal yaşama geçildikten sonra, büyük bir değişime uğramıştır. İddia edilen denge yasama organı lehine bozulmuştur. Çünkü yasama organı içinden kaynaklanan yürütme, onun güvenine sahip olmak zorunluluğundadır. Dolayısıyla yürütme, güvenoyu mekanizmasının işletilmesi yoluyla her an düşürülebilecek bir konumda bırakılmaktadır. Oysa yasamanın yürütme tarafından feshi çok daha zor ve sıkı koşullara bağlandığı için, aynı etkiyi göstermekten uzaktır. Karşılıklı denge için düşünülmüş bu araçların harekete geçirilme sıklığı ya da kolaylığındaki dengesizlik, beraberinde bir yasama üstünlüğünü de getirmektedir<sup>8</sup>. Bu değişim hukuki olarak, düşünülen sonucu veriyorsa da siyasi gerçeklerle her zaman için örtüşmemektedir. Çünkü kuramsal açıdan hükümet olmak için bir yasama çoğunluğuna gereksinim duyulmasa da, kurulmuş bir hükümetin görevini sürdürebilmesi için güvenoyu alması gerekmektedir ki; bu aşamada ilgili hükümeti destekleyen bir yasama çoğunluğunun bulunması zorunludur. Güvenoyu zorunluluğu ilk bakışta yasama organını, yürütme organı karşısında bir üstünlüğü varmış gibi gösterse de disiplinli partilerin egemen olduğu yasama organlarında çoğunluk partilerinin kurdukları hükümetlerin güvenoyu alamaması, siyasi gerçeklikle bağdaşmaz.

Disiplinli partilerin oluşturduğu yasama çoğunluklarının içinden kaynaklanan ve onların güvenine dayanan hükümetlerin yer aldığı günümüz parlamenter sistemlerinde yürütme organı, belirleyici siyasal aktörü meydana getirmektedir. Parlamentar sistemin

<sup>5</sup> Giovanni Sartori, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme**. Çev.: Ergun Özbudun (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997), s.138 – 139.

<sup>6</sup> Recai Galip, **Parlamentarizm ve Bugünkü Şekli** (Ayrı bası, İstanbul: 1936), s.32.

<sup>7</sup> Turan Güneş, **Parlamentar Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi** (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1956), s.88.

<sup>8</sup> Tarık Zafer Tunaya, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku** (Üçüncü Bası. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1975), s.199 – 200.

temel parametrelerinden birini oluşturan ikili yürütme yapısı içinde etkin unsur hükümet oluşturmakla birlikte; devlet başkanının geniş anayasal yetkilerle donatılması, parlamenter sistemi, klasik algılanışı göz önüne alındığında tartışmaya açabilmektedir. Çünkü “sorumsuz”, “halk tarafından doğrudan seçilmeyen” ve “sembolik yetkilere” sahip olduğu varsayılan bir devlet başkanının, anayasal olarak daha kapsamlı ve açıkçası pek de sembolik olmayan yetkilerle donatılmış olması, uygulamadan kaynaklanan siyasi bunalımlar nedeniyle söz konusu tartışmayı gündeme taşımaktadır. Tam bu noktada 1982 Anayasası ile Türkiye’de, özellikle 1990’lı yıllarda başlayan ve günümüze değin süregelen “Cumhurbaşkanı – başbakan” sürtüşmeleri ile karşılaşmaktayız. Resmin tam olarak görülebilmesi bir ölçüde yöntemsel bütünlük ve kolaylığın sağlanmasına bağlıdır. Dolayısıyla öncelikle Cumhurbaşkanı’nın anayasal yetkilerine değinilecek ve bu yetkilerin uygulanabilirliği ölçüsünde sistem içindeki konumu saptanmaya çalışılacaktır. Aynı zamanda bu saptama ile farklı siyasal görüşlere sahip Cumhurbaşkanı ve hükümet başkanı arasındaki ilişkinin çeşitli boyutları ele alınarak, ortaya çıkması muhtemel “bir arada yaşama olgusu”, demokratik olgunluk ve siyasal tıkanma ölçütleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

### **1982 Anayasası'nın Cumhurbaşkanı'na Tanıdığı Yetkiler Demeti**

Anayasa koyucu 1982 Anayasasını hazırlarken yürütme erki üzerinde önemle durmuş ve yasama – yargı erkleri karşısında yürütmeyi ve özellikle de Cumhurbaşkanlığı makamını güçlendirme eğilimi sergilemiştir. Yürütme sadece bir görev olarak değil aynı zamanda yetki olarak da nitelendirilmiş ve bu yetkiyi kullanacak olan hükümet ve Cumhurbaşkanı’na çeşitli yetkilendirmelerle geniş bir siyasal manevra alanı yaratılmıştır. Parlamenter sistemin genel mantığı ve yapısı içinde yasama organından kaynaklanan ve onun güvenine dayanan hükümet kanadının icraat makamı olarak bu hareket yeteneğine sahip kılınması doğal karşılanırken; herhangi bir sorumluluğu bulunmayan ve halk tarafından seçilmeyen Cumhurbaşkanı hakkında meşruiyet tartışması ortaya çıkmaktadır. Öyle ki, meşruiyeti zayıf bir Cumhurbaşkanı’na, tanınan anayasal yetkiler ile siyasette belirleyici olma imkanının sağlanması, sistemin işleyişini zorlamakta ve zaman zaman tıkanmasına yol açmaktadır. Bu durum, Cumhurbaşkanı’nın siyasal sistem içindeki konumunun, doğru tayin edilip edilmediği noktasında, sorgulanmasına yol açmaktadır.

Parlamenter sistemde halk tarafından seçilmeyen ve/veya karizmatik otoritesi bulunmayan bir Cumhurbaşkanı’nın sistem içindeki konumunun sorgulanması büyük ölçüde anayasal yetkileri ışığında yapılabilecektir. Dolayısıyla 1982 Anayasası’nın tanımış olduğu yetkilerin kapsamı ve derinliği, genel siyasetin belirlenmesi ve yürütme iktidarının kime ait olduğu sorunsallarını da açıklığa kavuşturacaktır. Bu yüzden

Cumhurbaşkanı'nı, siyasal sistemin şematik işleyişi bakımından merkeze yerleştirerek, anayasal yetkilerin bize neler anlattığına bakmak son derece yararlı olacaktır.

Anayasanın 102. maddesi Cumhurbaşkanı'nın yasama organı tarafından seçileceğini düzenleyerek, parlamenter sistemin temel verilerinden birini oluşturan sorumsuz ve sembolik yetkilere sahip Cumhurbaşkanlığı olgusunun/kurgusunun meşruiyet zeminini biçimlendirmektedir. Gerçekten de parlamenter sistemde olması gereken, icra makamı bir hükümet ve sembolik yetkilere sahip bir devlet başkanlığıdır. Bunun sağlanmasındaki en önemli adımlardan biri de, çifte meşruiyet krizlerine yol açmayacak ve Cumhurbaşkanı'nın, anayasal yetkilerinin sınırlarını zorlamayacak bir tarzda seçilmiş olmasıdır. 1982 Anayasası bu yaklaşımı benimseyerek, sistemin ikili yapılanması noktasında doğru bir başlangıç yapmıştır. Ancak aynı sağlıklı anlayışı, yetkilerin kapsamını belirlerken gösterememiştir. Çünkü Anayasanın 104. maddesi dikkatle incelendiğinde Cumhurbaşkanı'nın geniş kapsamlı bir yetkiler bloğu ile donatıldığını görmekteyiz. Anayasa koyucu Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini, yasama – yürütme ve yargıyla ilgili olanlar biçiminde düzenlemiştir. Ancak şurası açıktır ki; bütün bu yetkiler, siyasi gündemi yönlendiren ve gerektiğinde biçimlendiren bir etkiye sahip değildir. Dolayısıyla parlamenter sistemin yapısına uygun düşen sembolik yetkileri<sup>9</sup> bu çalışmanın hedefinden ayırmak gerekmektedir. Çünkü Cumhurbaşkanı'nın, devletin başı olması nedeniyle, Cumhuriyetin ve Millet'in birliğini temsil etmesine yönelik olan ve icrai nitelik taşımayan bu yetkiler, aslında, parlamenter sistem içinde Cumhurbaşkanı'nın bulunması gereken noktayı da işaret etmektedir.

1982 Anayasası ile Cumhurbaşkanı'nın konumu biçimlendirilirken, yalnızca törensel yetkiler öngörülmemiştir. Ayrıca, Cumhurbaşkanına, siyasal sistem içinde belirleyicilik

<sup>9</sup> 104. maddede ifadesini bulan simgesel yetkilerinden bazılarını örneklemek gerekirse;

- Gerekli görmesi halinde, yasama yılının ilk günü TBMM'de açılış konuşması yapmak,
- TBMM'yi gerektiğinde toplantıya çağırarak,
- Kanunları yayımlamak,
- Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek,
- Başbakanın önerisi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek,
- Yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek ve Türkiye Cumhuriyetine gönderilen yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek,
- TBMM adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek,
- Milli Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırarak,
- Milli Güvenlik Kuruluna başkanlık etmek,
- Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama nedenleriyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek ya da kaldırmak
- Milli Güvenlik Kuruluna Başkanlık etmesi

kazandıran ve etkinliğini arttıran birtakım güçlü anayasal yetkiler<sup>10</sup> de tanınmıştır. Bu yetkilerin bazıları, yürütmenin bir parçası olarak icrailik özelliği taşıırken; diğer bir kısmı ise, siyasi gelişmeler içerisinde Cumhurbaşkanı'na tavır sergileme imkanı vermektedir. Bu yetkiler demeti Cumhurbaşkanı'nın siyasi ve hukuki konumunun belirginleştirilmesinde ölçü olmaktadır. Çünkü bunlar sayesinde Cumhurbaşkanı'nın parlamenter sistemin klasik kalıpları içindeki yeri saptanacaktır.

Cumhurbaşkanı çift meşruiyete yol açacak bir seçim usulüyle göreve getirilmemekle birlikte, kendisini, belirleyici ve yönlendirici hale getiren geniş yetkiler manzumesiyle, siyasal sistemin etkin bir aktörü haline dönüştürülmüştür. 1982 Anayasası ana hatlarıyla parlamenter hükümet sistemini korumuş olmasının rağmen, yasama – yürütme – yargı dengesinde, yürütmeyi ve özellikle Cumhurbaşkanı'nın konumunu vurgulayarak, devlet başkanlığı ve hükümet başkanlığı arasında ciddi ikiliklerin ve çatışmaların oluşacağı bir siyasal zemini de hazırlamıştır.

1990'lardan günümüze kadar ki uygulama; Cumhurbaşkanı – başbakan ilişkisi açısından siyasi polemiklerin yaşandığı ve bazen de “yüksek dozda” uyuşmazlıkların ortaya çıktığı dönemsel bunalımları bünyesinde barındırmaktadır. Özal - Demirel, Sezer - Ecevit ve Sezer-Erdoğan arasındaki gerilimli ilişkiler bu sürecin en somut örneklerini oluşturmaktadırlar. Cumhurbaşkanı – başbakan arasında yaşanan bu gerginliklerin arka planında, aktörlerin siyasi kimliklere sahip olmaları kadar, yürütme işlevini paylaşma noktasındaki iktidar mücadeleleri de yatmaktadır. Aslında her iki gerekçe birbirinden tümüyle ayrılamayan, birbiri içine geçmiş etmenlerden beslenmektedir. Siyasi kimlikler ve eskiye dayanan uyuşmazlık olgusuna karşın, söz konusu sorunlu ilişkinin kaynağında, büyük ölçüde güçlü anayasal yetkilerin varlığı da yatmaktadır. Bunlar sayesinde ki; Cumhurbaşkanı, hükümete rağmen, siyasi anlamdaki bazı kırılma noktalarında inisiyatif

<sup>10</sup> Yine 104. maddede yer alan ve Cumhurbaşkanı'nın kullanması halinde ciddi siyasal etkiler doğuran güçlü yetkilerinden bazıları şöyle sıralamak mümkündür;

- Kanunları yeniden görüşmek üzere geri gönderebilmesi,
- Anayasa değişikliklerini gerekli gördüğünde halkoyuna sunabilmesi,
- Anayasada belirtilen yasama işlemleri hakkında, Anayasa Mahkemesinde dava açabilmesi,
- Belli koşullar dahilinde TBMM'yi seçime götürebilmesi,
- Olağanüstü yönetim usulleri söz konusu olduğunda, hükümete başkanlık etmesi,
- Kararnameleri imzalaması,
- Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermesi,
- Yüksek yargı makamlarını oluşturan Anayasa Mahkemesi üyeleri, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Başsavcı vekilini, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyeleri, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeleri ile Genelkurmay Başkanı, Yüksek Öğretim Kurulu Üyeleri, Üniversite Rektörleri, Devlet Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri gibi üst seviyedeki idari görevlileri atayabilmesi.

olarak belirleyici olabilmekte ve hükümetle çatışma noktasına gelebilmektedir. Konu bu açıdan değerlendirildiğinde, anayasal yetkilerin varlığı ile uygulanması arasındaki anlamlı ilişkinin sorgulanması gerekmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın, sahip olduğu yetkileri kullanması halinde ne ölçüde siyasal sistemin akışında pay sahibi olduğu sorusu büyük önem taşımaktadır.

### **Anayasal Yetkilerin Varlığı İle Uygulanırlığı Arasındaki İzdüşüm**

Anayasal yetkilerin varlığı ile kullanım sıklığı, aynı zamanda siyasal sistem içinde doğuracağı etkiler bakımından Cumhurbaşkanı'nın siyasal konumunu belirleyecek bir diğer parametreyi oluşturmaktadır. Bu önerme açısından kilit nokta "sorumluluk/sorumsuzluk"<sup>11</sup> kavramıdır. Cumhurbaşkanı'nın sistem içindeki etkinliğini ve konumunu saptamaya çalışırken, sorumluluğun siyasal boyutu ön plana çıkmaktadır. Çünkü siyasal belirleyicilik değerlendirmesi yapılırken, kullanılan anayasal yetkilerin sonuçları ile sorumluluğun siyasi yönü arasında doğrudan bir ilinti bulunmaktadır. Bu ilinti gereğince, yetkiyi kullanan makam, sonuçlarına da katlanacak ve bu ölçüde siyasal sistem içinde söz sahibi olacaktır.

Yetki ve sorumluluk arasındaki nedensellik bağıntısı aslında mevcut hükümet sistemi açısından da büyük önem taşımaktadır. Özellikle halk tarafından doğrudan seçilen ve sahip olduğu meşruiyete, güçlü anayasal yetkileri de katan bir Cumhurbaşkanı, hükümetle olan ilişkisinde güçlü bir siyasi aktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Başkanlık ve yarı – başkanlık sistemlerinde gördüğümüz bu sonucu, meşruiyetini doğrudan halkın seçimiyle elde eden yasama organının içinden çıkan ve asıl icra makamı olarak nitelenen hükümetlerin yer aldığı parlamenter sistemlerde görmek mümkün değildir. Çünkü parlamenter sistemlerde yürütme erkinin birinci kanadını oluşturan Cumhurbaşkanı kural olarak sorumsuzdur ve anayasal yetkileri bakımından da sembolik bir güce sahiptir. Ancak 1982 Anayasa koyucuları yürütme erkinin güçlendirilmesi yönünde bir tavır sergileyerek, Cumhurbaşkanı'nı azımsanmayacak bir yetkiler demeti ile donatmıştır.

<sup>11</sup> Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu siyasi, cezai ve hukuki olmak üzere üç boyutludur. Siyasal sorumsuzluk en yalın anlatımıyla, Cumhurbaşkanı'nın yasama organı ya da halk tarafından görevden alınmamasını ifade etmektedir. Cezai sorumsuzluk ise, 1982 Anayasası'na göre; Cumhurbaşkanı'nın vatana ihanet suçu dışındaki, görevi dolayısıyla işlediği suçlardan sorumlu tutulmaması anlamına gelmektedir. Ancak anayasada görev suçu - kişisel suçu ayrımı yapılmamakla birlikte; "vatana ihanet" nitelemesi yapılmaktadır. Bu yüzden hükmün karşı anlamından, bunun dışında kalan görev suçları için sorumsuzluk hali kabul edilmektedir. Ancak Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçları bakımından sorumluluğu tamdır. Hukuki sorumluluk açısından da benzer bir ayırım öngörülmektedir. Buna göre; Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili eylem ve işlemleri hakkında hukuki bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak, görevi dışındaki kişisel eylem ve işlemleri söz konusu olduğunda aleyhine hukuk davası açılabilir (Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri** (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2000), s.353,355,357,361.).



Böylece Cumhurbaşkanı, parlamenter sistem içinde sembolik olmaktan öte bir konuma yükseltilmiştir.

Cumhurbaşkanı'nın anayasal yetkilerinin bu denli geniş olmasına rağmen, Türkiye'de hükümet modeli bir parlamenter sistem olarak kabul edilmelidir. Ancak, bir tepki anayasası olan ve otoritenin ağırlığının siyasal sistemde hissettirilmeye çalışıldığı 1982 Anayasası, Cumhurbaşkanı'nı, siyasi olaylar karşısında ve kararlar arifesinde inisiyatif sahibi kılmıştır.<sup>12</sup>

### **Türk Parlamenter Sisteminde “Birlikte Yaşama Olgusu” İle Karşılaşma Olasılığı**

Birlikte yaşama kavramı, siyasi literatüre yarı – başkanlık sisteminin uygulama sorunu olarak katılmış bir olgudur. Bu sorunun temelinde, aynı dönemde görevde bulunan, iki başlı yürütme erkinin hükümet kanadı ile Cumhurbaşkanının farklı dünya görüşlerine ve tercihlerine sahip olması yatmaktadır. 1980 – 2000 döneminde Fransa'da, Mitterand – Chirac ve Chirac – Jospin arasında cereyan eden birlikte yaşama olgusu, sağ – sol siyaset tercihleri ikileminde kendisini göstermiştir. Siyasal kilitlenmelere de yol açan bu sistem bunalımı, köklü bir demokratik geçmişi olan Fransa'yı bile oldukça zorlamış ve bunun önlenmesine yönelik olarak 2000 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının görev süresi 5 yıla indirilmiştir. Cumhurbaşkanı'nın doğrudan halk tarafından seçilmesinden kaynaklanan meşruiyeti ile birleşen güçlü anayasal yetkileri, birlikte yaşama olgusunun ortaya çıkmasındaki siyasi ve hukuki zemini oluşturmuştur.

Türkiye'deki hükümet sisteminin parlamenter olması ilk bakışta böyle bir sorunla karşılaşamayacağı izlenimini doğursa da, Meclisin Turgut Özal'ı Cumhurbaşkanı seçmesiyle farklı bir döneme girilmiştir. Çünkü 1991 genel seçimleriyle yasama organında çoğunluğu sağlayan DYP ve SHP'nin oluşturduğu koalisyon hükümetinin sonucunda Süleyman Demirel'in başbakan seçilmesiyle sivil ve siyasi karakterli bir Cumhurbaşkanı - başbakan ilişkisi kurulmuştur. Her ikisi de aynı siyasi gelenekten gelmiş olmalarına karşın, siyasi rekabetten ve kişisel sürtüşmelerden kaynaklanan gerilimli ilişki

<sup>12</sup> Hükümetin kurulamamasını izleyen 45 günlük sürenin sonunda genel seçim kararı almak yada hükümet kurulması çalışmalarına devam etmek, anayasa değişikliği kanunlarını Meclise iade etmesi halinde, yasama süreci açısından güçleştirici bir oy çoğunluğunu zorunlu hale getirmek hatta referanduma sunmak yoluyla anayasa değişikliğini halka mal ederek, siyasi bir tutum sergileyebilmek bunlardan birkaçını oluşturmaktadır. Ayrıca yürürlüğe giren kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi için Anayasa Mahkemesi'ne dava açmak, kanun hükmünde kararnameleri imzalamak, olağanüstü dönemlerde hükümete başkanlık etmek gibi hükümetle çatışma ortamına girebileceği etkili yetkilere de sahiptir. Cumhurbaşkanı'nın sistem içindeki belirleyiciliğini ve karar alıcılığını güçlendiren diğer bir imkan da Anayasa'nın 104. ve ilgili maddelerinde ifadesini bulan atama yetkileridir.



kısa süre içinde kendini göstermiştir. Benzer örnekler daha sonra Demirel – Erbakan<sup>13</sup>, Sezer - Ecevit<sup>14</sup> arasında yaşanmış ve bu sıkıntılı ilişki, son dönemde Sezer ile Erdoğan arasında da ortaya çıkmıştır. Öyle ki Cumhurbaşkanı, 57. hükümet döneminde<sup>15</sup> olduğu gibi, AKP hükümeti tarafından çıkarılan çok sayıda kararnameyi imzalamaktan kaçınmış ve hükümeti iade etmiştir.<sup>16</sup>

Cumhurbaşkanı Sezer'in siyasi bir kimliğinin bulunmamasına karşın, hükümet ve başbakan arasındaki bu uyumsuz görüntüde, anayasal yetkilerin sağladığı belirleyiciliğinin payı büyüktür. Özellikle kanunların geri gönderilmesi, Anayasa Mahkemesine başvuru, başta KHK'ler olmak üzere kararnemelerin imzalanması/imzalanmaması, önemli idari makamlara atanmalarda yaşanan tıkanmalar, Cumhurbaşkanı – başbakan arasında adı konmamış bir “birlikte yaşama olgusunun” yaşandığını göstermektedir. Çünkü bu yetkilerin sıkça kullanılıyor olması, bir yandan hükümetin icraatını yavaşlatarak engellemekte, öte yandan da aradaki gerilim katsayısını arttırarak, meşruiyet merkezli bir tartışmayı gündeme taşımaktadır. Ancak şunu da kabul etmek gerekir ki; Cumhurbaşkanı bu yetkilere hukuken sahip olduğu için kullanabilmektedir. Dolayısıyla meşruiyet eleştirisinden önce, anayasal yetkilerin kapsamının daraltılması konusunun tartışılması daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Öyle ki, güçlü yetkileri bu kadar geniş kapsamlı olmayan bir Cumhurbaşkanı'nın, bunlar varmış gibi kullanması halinde ancak meşruiyet tartışmasının sırasının gelmesi, sorunun değerlendirilmesi bakımından etkili olacaktır.

<sup>13</sup> 28 Şubat 1997 tarihinde yapılan MGK toplantısında ağır eleştirilere maruz kalan Erbakan hükümeti, ilerleyen günlerde çeşitli kesimlerce köşeye sıkıştırılmıştır. RP – DYP koalisyon hükümeti bir yandan ordunun baskısıyla karşılaşırken; öte yandan TOBB, Türk – İş, TİSK, TESK ve DİSK'in ortak bildiriyle istifaya çağrılmıştır. Bu süreçte, RP hakkında Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kapatma dava açılırken, aynı zamanda Cumhurbaşkanı Demirel, DYP içindeki nüfuzunu kullanarak parti içindeki muhalefeti canlandırmıştır. Sonunda hükümet kurma görevinin koalisyon ortağı ve DYP genel başkanı olan Çiller'e verilmesi koşuluyla görevi bırakmayı kabullenen başbakan Erbakan, Cumhurbaşkanı ile görüşerek istifasını sunmuştur. Ancak Cumhurbaşkanı, hükümet ortaklarının protestolarına aldırmayarak, hükümeti kurma görevini, dönemin ANAP genel başkanı Mesut Yılmaz'a vererek siyasal gelişmelerin seyrinde belirleyici aktör olmuştur (Murat Yetkin, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=214514>. E.T. 06.03.2007.)

<sup>14</sup> 57. Hükümet döneminde başbakan Ecevit ile Cumhurbaşkanı Sezer arasında MGK toplantısında yaşanan tartışma, başbakanın bakanlarıyla birlikte toplantıyı terk etmesiyle sonuçlanmış ve başbakan, Cumhurbaşkanı'nın kendisini kamu görevlileri önünde terbiye sınırları dışında bir üslupla itham ettiğini kamuoyuna bildirmiştir. Buna karşın, Cumhurbaşkanı Basın Merkezi'nden yapılan açıklamada, Başbakanın ifadelerinden, Sayın Cumhurbaşkanı'nın sorumlu tutulmasının en hafif deyişle haksızlık olduğu belirtilmiştir. Ayrıca toplantıda Cumhurbaşkanı'nın konuşma üslubunun 'terbiye dışı' biçiminde nitelendirilmesi de, Cumhurbaşkanı'na gösterilmesi gereken asgari nezaketle bağdaşmadığı vurgulanmıştır (<http://www.milliyet.com.tr/content/dosya/almanak2001/turkiye2001.html> E.T. 01.03.2007.).

<sup>15</sup> Cumhurbaşkanı Sezer'in göreve başladığı tarihten 30 Kasım 2000 tarihine kadar ki dönemde yedi adet KHK ve sekiz adet müşterek kararnameyi imzalamayı reddetmesi bu eğilimin somut örneklerini oluşturması açısından dikkat çekicidir. Konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. (Kemal Gözler, Cumhurbaşkanı – Hükümet Çatışması, (Cumhurbaşkanı Kararnemeleri İmzalamayı Reddedebilir mi?) (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2000), s.23 – 46).

<sup>16</sup> Erdoğan hükümetinin TRT Genel Müdürlüğü için sunduğu çeşitli adaylara rağmen, uzun bir süredir gerekli atanmanın gerçekleştirilememesi, aradaki gerilimli ilişkinin ortaya konması bakımından küçük ama yeterli bir örnek oluşturmaktadır.

## SONUÇ

Cumhuriyet döneminde siyasal konumu itibariyle değişkenlik gösteren makamlardan birini de Cumhurbaşkanlığı oluşturmaktadır. Tek partili siyasal yaşamın karizmatik otoriteye sahip Cumhurbaşkanları, zaman içinde yerlerini, çok partili dönemin sembolik yetkilerle donatılmış Cumhurbaşkanlarına bırakmışlardır. Ancak bu değişim çizgisi 1980 Askeri Müdahalesi ile bir kırılma yaşamıştır. Böylece Cumhurbaşkanı'nın, siyasal sistem içindeki konumu, 1982 Anayasası'nın kabulü ile birlikte, süregelen gelişim çizgisinden uzaklaşmaya başlamıştır. Öyle ki, meclis hükümeti ile parlamenter hükümet sistemlerinin temel özelliklerini bünyesinde toplayan 1924 Anayasası'nın öngördüğü siyasal yapı içinde, hükümeti yönlendirebilme olanağına da sahip olan Cumhurbaşkanları 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, siyasal arenadaki önceliklerini yitirmeye başlamışlardır. Bunun doğal sonucu olarak da sembolik nitelikteki anayasal yetkilerle donatılarak, ülke siyasetinin oluşturulmasında ve siyasi kararların alınmasında ikinci plana çekilmişlerdir. Yasama ve yürütme erkleri arasında dengeli ve işbirliği esaslarına dayanan ve yürütme içinde de Cumhurbaşkanı'nın etkinliğini gün geçtikçe azaltan, buna karşın hükümeti gerçek icra makamı haline sokan çağdaş parlamenter yapılanma süreci, 12 Eylül 1980 Askeri Müdahalesi ile kesintiye uğratılmıştır.

1982 Anayasası ile Cumhurbaşkanına, etkili yetkiler tanınarak, siyasal sistem içinde belirleyici bir siyasi aktör olarak geniş hareket yeteneğine kavuşturulmuştur. Dolayısıyla 1982 Anayasası öngördüğü Cumhurbaşkanlığı modeli, gerek dış gerekse de iç siyasi gelişmeler açısından Cumhurbaşkanlarını yürütmenin etkin bir parçası olarak siyaset oyununun içinde tutmuştur. Her ne kadar başkanlık yada yarı – başkanlık sistemlerindeki devlet başkanları ölçüsünde olmasa da, Türkiye'de Cumhurbaşkanları siyasi gündemin göz ardı edilemeyecek kişilikleridir ve anayasal yetkileri daraltılmadıkça böyle kalacaklardır. Bunun en sakıncalı sonucu ise, parlamenter sistemde asıl icra makamı olan hükümet ile Cumhurbaşkanı'nın aynı dünya görüşüne sahip olmaması halidir ki; bu gelişme, sürekli tartışma ve sürtüşmeden kaynaklanan bir gerilim ortamını yaratmaktadır. Gerilim ilişkisi ister istemez beraberinde “hükümet” ile “devlet” işleyişi arasında eşgüdüm eksikliğine ve uyumsuzluğuna yol açarak, en önemli konularda siyaset üretemeyen ve karar alamayan bir yürütme yapısı oluşturacaktır. Aslına bakılırsa ulaşılan bu nokta, 1982 Anayasası'nın öngördüğü güçlü yürütme ile hiçbir biçimde bağdaşmamaktadır.

## KARAR

T.C.

ANKARA

### 9. İDARE MAHKEMESİ

ESAS NO : 2004/359  
KARAR NO : 2006/984  
DAVACI : K. V.  
MÜDAHİL (DAVACI YANINDA) : Ankara Barosu Başkanlığı - ANKARA  
DAVALI : S.S.K. Başkanlığı - ANKARA  
VEKİLİ : Av. G. P.

**DAVANIN ÖZETİ:** Davacı avukatın, müvekkili A. K. hakkında 04.02.2001 - 17.08.2001 tarihleri arasında istirahatta bulunduğuna ilişkin raporların verilmemesine ilişkin davalı Sosyal Sigortalar Kurumunun 15.12.2003 tarih ve 133608 sayılı işleminin iptalini istemektedir.

**MÜDAHİL İSTEMİNİN ÖZETİ :** Davada verilecek kararın tüm meslekdaşlarının ilgilendirmesi nedeniyle taleplerinin kabulü ile dava konusu işlemin iptali istenilmektedir.

**SAVUNMANIN ÖZETİ:** A. K. hakkında 04.02.2001 - 17.08.2001 tarihleri arasındaki istirahatli bulunduğuna ilişkin raporlar gizlilik gerektiren belge olduğundan bahisle davalı idarece tesis edilen işlem mevzuata uygun olduğu ileri sürülerek davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

### **TÜRK MİLLETİADINA**

Karar veren Ankara 9. İdare Mahkemesince işin gereği düşünüldü.

Dava, davacı avukatın, müvekkili A. K. hakkında 04.02.2001 - 17.08.2001 tarihleri arasında istirahatta bulunduğuna ilişkin raporların verilmemesine ilişkin davalı Sosyal Sigortalar Kurumunun 15.12.2003 tarih ve 133608 sayılı işleminin iptalini istemiyle açılmıştır.

1136 Avukatlık Kanununun 4667 sayılı Kanunla değişik 2. maddesi 1. fıkrasında; "Avukatlığın amacı; hukukî münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukukî mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk

kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmî ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır" hükmü ile 3. fıkrasında, "Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerini yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir" hükmü yer almaktadır.

Yukarıda açıklanan Kanun maddesi incelendiğinde, kurumların Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, avukatların gerek duyduğu bilgi ve belgeleri avukatların incelemesine sunmakla yükümlü olduğu anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden, Ankara Barosu'na kayıtlı avukat olarak görev yapmakta olan davacının, 02.12.2003 tarihinde SSK Ankara Sigorta İl Müdürlüğü'nden vekaletname ibraz etmek kaydıyla müvekkiline ait 04.02.2001 - 17.08.2001 tarihleri arasında istirahatli bulunduğu ilişkin sağlık raporlarının birer örneğinin verilmesi yönündeki başvurusunun, devlet dairelerindeki resmi işlemlerde gizlilik esas olduğu ileri sürülmek suretiyle reddedildiği, dosya muhteviyatının verilemeyeceği yönündeki davalı idare işleminin tesisi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Her ne kadar davalı idare savunmasında Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Koruyucu Güvenlik Özel Talimatının 4. Kısım 17. bölümünde, evrak güvenliği konusunun düzenlendiğini belirtilmekte ise de, yukarıda açıklanan 1136 sayılı Kanununun 2. maddesinde "Kanunlarındaki özel hükümlere " atıf yapılmakla, bahsi geçen Talimatın dava konusu işleme dayanak alınmasına yasal imkan bulunmamaktadır.

Bu durumda, Avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeler kapsamında olduğu ve yukarıda yer alan çok gizli, gizli, özel ve hizmete özel tanımlanması içerisinde yer almadığı açık olan sağlık raporlarının, gizli olduğundan bahisle Avukata verilmemesine ilişkin davalı idare işleminde mevzuata ve hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptaline, davalı idarenin harçtan muaf olması nedeniyle aşağıda dökümü yapılan harçlar toplamı 36,60 YTL nin istemi halinde davacıya iadesine, 32,00 YTL posta pulu gideri ile 275,00 YTL vekalet ücretinin davalı idareden alınarak davacıya verilmesine, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içinde Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere, 28.04.2006 tarihinde karar verildi.

T.C.

ESKİŞEHİR

**2.AİLE MAHKEMESİ**

**ESAS NO** : 2003/548  
**KARAR NO** : 2004/574  
**HAKİM** : ...  
**KATİP** : ...  
**DAVACI** : H.E.  
**VEKİLİ** : Av.İ.Y.  
**DAVALI** : M.E.  
**VEKİLİ** : Av.M.Ü.  
**DAVA** : BOŞANMA  
**DAVA TARİHİ** : 16.05.2003  
**KARAR TARİHİ** : 29.04.2004

Davacı vekili tarafından mahkememize açılan davanın yapılan açık yargılaması sonunda.

**GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:**

Davacı vekili tarafından mahkememize verilen 16.05.2004 tarihli dava dilekçesinde; davalı ile davacının 1997 yılında evlendiklerini, bu evlilikten müşterek çocuklarının olmadığını, tarafların her ikisinde ikinci evlilikleri olduğunu, davalı ile davacı arasında daha önceden Eskişehir 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/330 esas 445 E.K. sayılı ilamı ile ret olduğunu, bu kararın 21.12.1999 tarihinde kesinleştiğini, bu kararın kesinleşmesinden itibaren 3 yılı aşkın süre geçtiğini, bu nedenle boşanmaya karar verilmesini talep etmişlerdir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, dava koşullarının gerçekleşmediğini, davacının davalıyı beraber yaşamak için eve davet ettiğini, terk nedeniyle açılan Eskişehir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 200/964 esas 2002/798 karar sayılı boşanma davasının 2003 yılında kesinleştiğini, 3 yıllık süre şartının gerçekleşmediği, davanın reddi gerektiğini, halen ödenen 50 milyon nafakanın 100 milyona çıkartılmasını, boşanmaya karar verilmesi halinde nafakanın yoksulluk nafakası olarak devamı ile 5 milyar maddi 5 milyar manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Dinlenen davacı tanıkları, tarafların 1997 yılında evlendiklerini, 2-3 aylık beraberlikten sonra davacının davalı tarafından evden kovulduğunu, davalının davacı

adına tapuda kayıtlı evi kendi üzerine yaptırdıktan sonra davacıyı eve almadığını, o tarihten sonra bir araya gelmediklerini bildirmişler, davalı tanıkları ise, tarafların uzun süredir ayrı yaşadıklarını, ancak ilk açılan boşanma davasının reddinden sonra davacının davalıya eve dönmesi için ihtar gönderdiğini, ihtar üzerine gidilmesine karşın davacının davalıyı kabul etmediğini bildirmişlerdir.

Eskişehir 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/330-445 E.K sayılı dava dosyasının tetkikinde davacı H.E. tarafından davalı aleyhine açılan boşanma davasının 24.06.1999 tarihinde retle sonuçlandığı, kararın 20.12.1999 tarihinde kesinleştiği, Eskişehir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2000/964 – 2002/798 E.K sayılı dava dosyasının tetkikinde davacı tarafından davalı aleyhine açılan terke dayalı boşanma davasının ihtarın samimi olmadığı gerekçesiyle reddine karar verildiği, bu kararda 18.05.2003 tarihinde kesinleştiği anlaşılmıştır.

Davalı vekilince terke dayalı boşanma davasının kesinleşmesinden sonra 3 yıllık sürenin gerçekleşmediği ileri sürülmekte ise de; ilk boşanma davasının reddinden sonra tarafların evlilik birliğini devam ettirmek amacıyla ortak hayatın yeniden kurmadıkları TMK 166/son maddesinde her ne sebeple olursa olsun, ortak hayatın yeniden kurulamaması halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağı düzenlendiği, dosya kapsamına göre tarafların Eskişehir 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/330–445 E.K sayılı retle sonuçlanan boşanma davasından sonra bir araya gelmedikleri, boşanmaya karar verilmesi gerektiği, celp edilen nüfus kaydına göre tarafların 08.05.1997 tarihinde evlendikleri, aralarında 28 yaş fark bulunan tarafların evlilik öncesinde davacı eş tarafından davalı adına kayıtlı taşınmazsın ½ hissesinin 06.05.1997 tarihinde, kalan ½ hissesinin ise evlilikten kısa bir süre sonra 14.05.1997 tarihinde satış gösterilmek suretiyle devredildiği bu konuda açılan tapu iptali davasının ret edildiği, taşınmazın kaydının davalı zerinde kaldığı tarafların fiilen evli kaldıkları süreye ve davacı eşin kusurlu davranışının bulunmamasına, davalının maddi kaybının bulunmadığı gibi kişilik hakkının saldırıya uğramadığı, yoksulluk nafakası şartının kusur durumuna göre oluşmadığı kanaatine varılarak aşağıdaki şekilde hüküm kurmak gerekmiştir.

### **HÜKÜM: Açıklanan nedenlerle;**

Davacı tarafından davalı aleyhine açılan boşanma davasının TMK.nun 166/son maddesi gereğince KABÜLÜ ile Eskişehir Merkez Büyükdere Mahallesi C/7, hane 175 BSN1 de nüfusa kayıtlı Ü. ve F.'den olma 1931 D.lu H.E. ile aynı yer 7 BSN de nüfusa kayıtlı H. ve F.'den olma 1959 D.lu M.E.'in BOŞANMALARINA.

Davalı lehine hükmedilen ve halen ödenmekte olan tedbir nafakasının kararın

kesinleşmesine kadar devamına.

Davalının tazminat ve yoksulluk nafakası taleplerinin reddine,

Peşin harcın mahsubu ile eksik **2.220.000** lira harcın davalıdan tahsili ile hazineye irat kaydına.

300.000.000 lira maktu ücreti vekalet ile 15.760.000 lira harç ile 6.000.000 lira tebligat, 6.000.000 lira tanık ücreti gideri toplamı 27.760.000 lira yargılama giderinin davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine.

Davalı tarafından yapılan yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına.

Dair, taraf vekillerinin yüzünde yasa yolu açık olmak üzere karar verildi. 29.04.2004

**T.C. YARGITAY****2. Hukuk Dairesi****Esas** : 2004/7922**Karar** : 2004/9148**Karar Tarihi** : 08.07.2004

**ÖZET:** Türk Medeni Kanunu'nun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz ya da daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini; 186. maddesi, evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranlarında emek ve malvarlıkları ile katılacaklarını öngörmüştür. Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. 0 halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (MK. md. 4, BK md. 42 ve 44) dikkate alınarak davalı kadın yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir. (4721 S. K. m. 174)

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

**1-**Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle retle sonuçlanan ilk boşanma davasından sonra tarafların evlilik birliğini sürdürmeleri için bir araya gelmemiş bulunmalarına göre davalının aşağıdaki bentler kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

**2-**Retle sonuçlanan boşanma davası açmakla davacı (koca) kusurludur.

Türk Medeni Kanunu'nun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz ya da daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini; 186. maddesi, evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranlarında emek ve malvarlıkları ile katılacaklarını öngörmüştür. Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (MK. md. 4, BK. md. 42 ve 44 ) dikkate alınarak davalı kadın yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir.

**3-**Toplanan delillerden davalı kadının yoksulluğa düşeceği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 175. maddesi şartları davalı kadın yararına gerçekleşmiştir. Davalı lehine uygun miktarda yoksulluk nafakası takdiri gerekirken yazılı şekilde talebin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

**Sonuç:** Temyiz edilen hükmün 2. ve 3. bentte gösterilen nedenlerle kadın yararına BOZULMASINA, bozma kapsamı dışında kalan hususların 1. bentte gösterilen nedenlerle ONANMASINA, temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliği ile karar verildi. 08.07.2004



TC  
ESKİŞEHİR

2. AİLE MAHKEMESİ

ESAS NO	: 2004/1082
KARAR NO	: 2004/1650
HAKİM	: G.B.
KATİP	: S.A
DAVACI	: H.E....
VEKİLİ	: Av.İ.Y....
DAVALI	: M.E....
VEKİLİ	: Av.M.Ü....
DAVA	: BOŞANMA
DAVATARİHİ	: 16.05.2003
KARARTARİHİ	: 29.12.2004

Davacı vekili tarafından mahkememize açılan davanın yapılan açık yargılanması sonunda.

**GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:**

Davacı vekili tarafından mahkememize verilen 16.05.2003 tarihli dava dilekçesinde; davalı ile davacının 1997 yılında evlendiklerini, bu evlilikten müşterek çocuklarının olmadığını, tarafların her ikisinin de ikinci evlilikleri olduğunu, davalı ile davacı arasında daha önceden Eskişehir 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/330 esas 445 E.K sayılı ilamı ile ret olduğunu, bu kararın 21.12.1999 tarihinde kesinleştiğini, bu kararın kesinleşmesinden itibaren 3 yılı aşkın süre geçtiğini, bu nedenle boşanmaya karar verilmesini talep etmişlerdir.

Davalı vekili 30.05.2003 tarihli cevap dilekçesinde, dava koşullarının gerçekleşmediğini, davacının davalıyı birlikte yaşamak için davet ettiğini, terk nedeniyle açılan Eskişehir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2000/964E. 2002/798 K. sayılı boşanma davasının ret ile sonuçlandığını, 3 yıllık süre şartının gerçekleşmediğini, davanın reddi ile halen ödenen nafakanın artırılmasını, boşanmaya karar verilmesi durumunda 5 milyar maddi, 5 milyar manevi tazminat ile yoksulluk nafakasına hükmedilmesini talep etmiştir.

Mahkememizce yapılan yargılama sonucunda, 29.04.2004 tarih, 2003/548 E. 2004/574 K. Sayılı kararla; taraflar arasında görülen ve retle sonuçlanan Eskişehir 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/330-445 E.K sayılı, 20.12.1999 tarihinde kesinleşen boşanma davasından sonra tarafların evlilik birliğini sürdürmek amacıyla bir araya gelmedikleri, TMK.nun 166/son maddesine göre boşanma sebeplerinden herhangi birine dayalı olarak açılan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesinden sonra üç yıllık sürenin geçmesi ve bu sürede ortak hayatın yeniden kurulmaması halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının kabulü gerektiği, davacı tarafından bu sürede açıldığı

terke dayalı boşanma davasının varlığına rağmen birlikteliğin sağlanamadığı, üç yıllık sürenin dava tarihi itibarıyla dolduğu boşanmaya karar verilmesi gerektiği; aralarında 28 yaş farkı bulunan tarafların 08.05.1997 tarihinde evlendikleri, evlilik öncesinde davacı adına kayıtlı taşınmazın ½ hissesinin 06.05.1997 tarihinde; kalan ½ hissesinin ise evlilikten kısa bir süre sonra 14.05.1997 tarihinde tapuda satış gösterilmek suretiyle davacı tarafından davalıya devredildiği, davacı tarafından açılan tapu iptali davasının ret ile sonuçlandığı, davalının maddi kaybının olmadığı, davacının kusuru bulunmadığından yoksulluk nafakası şartlarının dahi oluşmadığı gerekçesiyle tarafların boşanmalarına, tazminat ve nafaka taleplerinin reddine karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine, mezkur karar Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 08.07.2004 tarihli ilanı ile, retle sonuçlanan boşanma davası açmakla davacının (koca) kusurlu olduğu davalı kadının boşanma ile eşinin desteğini yitireceğinden maddi tazminat talebi ile yoksulluğa düşeceği gerekçesiyle hükmün bu yönlerden bozulmasına, bozma kapsamı dışında kalan hususların onanmasına karar verilmiştir.

Retle sonuçlanan boşanma davasında dinlenen tanıkların davalı kadının davacıya "moruk" dediğini, yaşlı olarak görüp erkek olarak kabul etmediğini, davacının evden ayrılmasına neden olduğunu bildirdikleri, derdest dosyada dinlenen tanık beyanlarında da, 2-3 aylık birliktelikten sonra evin tapusunun davalıya geçirilmesinden sonra davacının evden kovulduğunun belirtildiği; her iki dava dosyasında davacının kusurunun ispatlanmadığı, önceki davanın evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin kanıt bulunmadığından reddedildiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay bozma ilamında da; davacının kusurlu davranışından söz edilmemiş açtığı davanın ret ile sonuçlanması nedeniyle kusurlu olduğu belirtilmiştir.

T.C Anayasasının 36.maddesi gereğince herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve ya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu; hak arama hürriyetinin temel bir hak olduğu, adil yargılama hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesinin dava açma hakkını dahi kapsadığı, adil yargılama hakkının sadece yargılama sürecini değil bu sürecin öncesini ve sonrasını kapsayacak bir düzenleme olduğu, dosya kapsamından bağımsız olarak soyut davanın reddedilmiş olmasının kusur olarak kabul edilemeyeceği, zira davanın reddinin mutlak olarak davacı kusuruna bağlı olmadığı, davacı tarafından davalı aleyhine açılan ve retle sonuçlanan Eskişehir 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/330-445 E.K sayılı dosyasında ve derdest dosyada davacının hiçbir kusurunun ispatlanmadığı, tanık beyanlarına ve davacının kendi beyanına nazaran davalının evlilik öncesi ve sonrasında ekonomik taleplerini ön planda tuttuğu, davacının taşınmazı devretmesinden sonra kendi evinden uzaklaştırıldığı sabittir.

Ülkemizin sosyal, ekonomik ve kültürel koşullarında; ileri yaşlarda yapılan ikinci evliliklerde, eşlerin yaşamı paylaşma, sevgi, dayanışma düşüncelerinden çok, erkek eşlerin bakım, temizlik gibi ihtiyaçlarının karşılanması, kadın eşlerin güvence, maddi menfaatler gibi nedenlerle evlilik yaptıkları bir gerçeklik olup, olayımızda davalı kadının taşınmazın devrinden sonra TMK.nun 185.maddesinde düzenlenen eşlerin birbirlerine

yardımcı olmak, birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak yükümlülüklerini yerine getirmede özenli davranmadığı; TMK.nun 174/l. maddesi gereğince maddi tazminata hükmedilebilmesi için tazminat yükümlüsünün kusurlu, tazminat alacaklısının kusursuz olması gerektiği, TMK.nun 175. maddesi gereğince yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için ise, boşanma ile yoksulluğa düşme koşulunun gerektiği, davalının evlilik nedeniyle taşınmaz edindiği evlilik öncesi yaşamına göre daha iyi şartlara sahip olduğu, yoksulluk nafakasının hayatının büyük bölümünü evine, eşine, çocuklarına harcadıktan sonra ekonomik ve sosyal güvencesi, çalışıp gelir sağlayabilecek donanım ve sağlık koşullarından mahrum kusursuz ve ya daha az kusurlu eşlerin mağduriyetinin önlenmesi amacıyla getirilmiş bir düzenleme olduğu, her boşanma davasında mutlak uygulanması gereken bir hüküm olmadığı, her olayı kendi koşulları içinde değerlendirmek gerektiği, özetlenen dosya içeriğine göre davacının davalıdan daha ziyade kusurlu olmadığı, TMK.nun 174-175. maddesi koşullarının oluşmadığı, süresiz olarak yoksulluk nafakası takdirinin hakkaniyet ve adalet ilkelerine de uygun düşmeyeceği kanaatine varıldığından maddi tazminat ve yoksulluk nafakası taleplerinin reddine ilişkin mahkememiz kararında direnilmesine karar vermek gerekmiştir.

**HÜKÜM:Açıklanan nedenlerle;**

Mahkememizin 2003/548 esas 2004/574 karar sayılı ilamıyla verilen boşanma ve davalının manevi tazminat talebinin reddine ilişkin kararın Yargıtayca onanmak suretiyle kesinleştiği anlaşıldığından **BU HUSUSTA HÜKÜM KURULMASINA YER OLMADIGINA,**

Davalının maddi tazminat ve yoksulluk nafakası taleplerinin REDDİNE, bu suretle mahkememizin 2003/548 E. 2004/574 K. Sayılı kararında düzenlenen ve bozma konusu yapılan hususlarda **DİRENİLMESİNE,**

Peşin ve bozma öncesi alınana harç yeterli olduğundan yeniden harç alınmasına yer olmadığına,

Yargılama gideri ve ücreti vekaletle ilgili olarak önceki kararda hüküm kurulduğundan yeniden karar verilmesine yer olmadığına, davalının yaptığı temyiz giderlerinin üzerinde bırakılmasına,

Dair, taraf vekillerinin yüzünde yasa yolu açık olmak üzere karar verildi. 29.12.2004

**YARGITAY KARARI****T.C.****YARGITAY****Hukuk Genel Kurulu****Esas** : 2005/2-196**Karar** : 2005/239**Mahkemesi** : Eskişehir 2.Aile Mahkemesi**Günü** : 29.12.2004**Sayısı** : 1082 - 1650**Davacı** : H.E. ... Av...**Davalı** : M.E....Av...

Taraflar arasındaki “boşanma” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Eskişehir 2.Aile Mahkemesince boşanma isteminin kabulüne, tazminat ve nafaka isteminin reddine dair verilen 29.04.2004 gün ve 548–574 sayılı kararın incelenmesine davalı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 08.07.2004 gün ve 7922–9148 sayılı ilamı ile;

(...1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle retle sonuçlanan ilk boşanma davasından sonra tarafların evlilik birliğini sürdürmeleri için bir araya gelmemiş bulunmalarına göre davalının aşağıdaki bentler kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2 - Retle sonuçlanan boşanma davası açmakla davacı (koca) kusurludur.

Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz yada daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini, 186. maddesi, evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranlarında emek ve mal varlıkları ile katılacaklarını öngörmüştür. Toplanan delil%rden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (MK. Md, 4 BK, md. 42 ve 44 ) dikkate alınarak \* da valı kadın yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir.

3-Toplanan delil%rden davalı kadının yoksulluğa düşeceği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 175. maddesi şartları davalı kadın yararına gerçekleşmiştir. Davalı lehine uygun miktarda yoksulluk nafakası takdiri gerekirken yazılı şekilde talebin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

Gereğiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

**TEMYİZ EDEN** : Davalı vekili

**HUKUK GENEL KURULU KARARI**

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

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan nedenlere göre maddi tazminat yönünden, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle maddi tazminat talebinin reddine dair direnme kararının bozulması gerekir.

Ne varki dosyadaki tutanak ve kanıtlardan davalı kadının boşanma ile yoksulluğa düşmeyeceği anlaşıldığına göre, nafaka talebinin reddine ilişkin direnme kararı usul ve yasaya uygun bulunmuştur. Bu nedenle direnme kararının nafaka yönünden onanması gerekir.

**S O N U Ç :** Davalı vekilinin, nafaka yönünden temyiz itirazlarının yukarıda açıklanan nedenlerle **ONANMASINA**, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına,

Davalı vekilinin, maddi tazminat yönünden temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429.maddesi gereğince **BOZULMASINA**,

06.04.2005 gününde yapılan 2.görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.



# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### PAULÍK - SLOVAKYA DAVASI

(Başvuru no: 10699/05)

*İngilizceden Çeviren: Alper Can AYKAÇ*

## HÜKÜM

STRASBOURG

10 Ekim 2006

***Bu hüküm Sözleşmenin 44/2. maddesinde düzenlenen koşullar altında kesinleşecektir. Hüküm, yazım açısından yeniden gözden geçirilebilir.***

**Paulik / Slovakya davasında,**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm) Dairesinin oluşturanlar,

<i>Başkan</i>	Sir	Nicolas BRATZA,
<i>Yargıçlar</i>	Bay	J. CASADEVALL,
	Bay	M. PELLONPÄÄ,
	Bay	S. PAVLOVSKI,
	Bay	L. GARLICKI,
	Bayan	L. MIJOVIĆ,
	Bay	J. ŠIKUTA,
<i>ve Bölüm Katibi</i>	Bay	T.L. EARLY,

19 Eylül 2006 tarihinde özel bir şekilde görüşerek, Kabul edilen bu tarihte, aşağıdaki hükmü göndermişlerdir.

**USULÎ İŞLEMLER**

1. Slovakya vatandaşı Bay Jozef Paulik (“başvuran”) tarafından İnsan Haklarına ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'nin (“Sözleşme”) 34. maddesi uyarınca Slovakya'ya karşı yapılan başvuru (no: 63566/00) üzerine 28 Şubat 2005 tarihinde dava ikame edilmiştir.

2. Başvuran, Bratislava'da avukatlık yapan Bayan Z. Kupcová tarafından temsil edilmiştir. Slovakya Hükümeti, kendi ajanı olan Bayan A. Poláčková tarafından temsil edilmiştir.

3. 9 Haziran 2005 tarihinde Daire Başkanı, Mahkeme İçtüzüğü'nün 41. maddesi uyarınca başvuruya öncelik verilmesi gerektiğine karar verdi.

4. 22 Ağustos 2005 tarihinde Başkan, başvurunun Hükümete iletilmesine karar verdi. Sözleşmenin 29/3. maddesinin hükümleri uyarınca, başvurunun kabul edilebilirliğini ve esasını aynı anda incelenmesine karar verildi.

**OLGULAR****I. DAVANIN KOŞULLARI**

5. Başvuran 1931'de doğmuştur ve Bratislava'da yaşamaktadır.

6. 1966'da Başvuran, bir kadın ile cinsel ilişkiye girmiştir ve bu kadın 17 Aralık 1966 tarihinde bir kız, I., doğurmuştur.

7. Başvuranın baba olduğunu reddetmesi üzerine, anne Bratislava Yerel Mahkemesinde (o zamanki adı Mestský súd, şu an Krajský súd) babalığın tanınması için işlemleri başlatmıştır.



8. 31 Ocak 1967 tarihinde anne, başka bir adam ile evlenmiştir.

9. 2 Şubat 1970 tarihinde Yerel Mahkeme, başvuranın I.nin babası olduğuna karar vermiştir ve başvuranın nafaka ödemesine hükmetmiştir.

10. Yerel Mahkeme, duruşmada birkaç tanıktan elde ettiği kanıtın ardından kendi bulgusuna varmıştır. Ayrıca kapsamlı belgesel kanıtları gözetmiştir ve “biyo-kalıtısal test” olarak bilinen kan testi sonuçlarını ve seksolojist tarafından hazırlanan raporu değerlendirmeye almıştır.

I.nin doğumundan önce 180 ila 300 gün arasındaki bir zamanda anne ile başvuranın ilişkiye girdiği saptanmıştır. Bu sefer de ifade edildiği gibi (bkz “İlgili iç hukuk ve uygulama”, aşağıda), bu tür davalarda Aile Yasasının 54. maddesi uyarınca babalık karinesi doğar, meğer ki karineyi çürüten önemli bir temel bulunsun. Ancak bu türde önemli bir temel oluşmamıştır.

11. 2 Şubat 1970 tarihli hüküm kesin ve bağlayıcı hale gelmiştir ve başvuran, özellikle de nafaka ödeyerek, buna uymuştur. Ancak annenin karşı çıktığı gibi, başvuran I. ile herhangi bir şekilde ilişki kurmamıştır.

12. I. ilk kimlik kartını edindiği sırada başvuranın varlığını öğrendi. I. ortaokulu bıraktıktan sonra başvuran ile kısa bir süreliğine ilk defa görüştü. Daha sonra başvuran I.yi görmeye başladı ve zamanla bu görüşmeler daha da sıklaştı. Başvuran I.ye, I. evlendikten sonra ailesine parasal destek sağladı ve kendisiyle ve ailesiyle duygusal bağları geliştirdi.

13. 2004 yılında başvuran ve I. finansal katkı üzerinde tartıştılar, bunun ardından I. başvuranın babalık sorununun yeniden incelenmesini teklif etti.

14. Daha sonra başvuranın kesinlikle I.nin babası olup olmadığının belirlenmesi bakımından DNA kan testi yaptırmak için I., anne ve başvuran müracaatta bulunmuşlardır. 18 Mart 2004 tarihinde test ekseninde bir uzman, I.nin babasının başvuran olmadığını saptayan bir rapor yazmıştır. I. ve ailesi bunun ardından başvuran ile olan tüm temasını ortadan kaldırmıştır.

15. Sonra başvuran, Aile Yasasının 62. maddesi uyarınca babalığının kaldırılmasını savcılık makamından istemiştir. Başvuran, I.nin biyolojik açıdan babası olmadığını ve kendi babalığının, o zamanki bilimsel yöntemlerin ifadesini karşılayan uzman görüşünün temelinde kesin mahkeme kararı ile düzenlendiğini belirtmiştir. Babalığın belirlenme yöntemlerinin evrim geçirmesine ve başvuranın I.nin babası olmadığına dair yeni kanıtlar elde etmesine rağmen; başvuran Aile Yasası ve Medenî Usul Yasası uyarınca, olağan ya da olağan, üstü herhangi bir yol ile yasal durumunu biyolojik gerçekliğin çizgisine taşımak için herhangi bir olanağa sahip değildi.

**16.** 2 Aralık 2004 tarihinde başvuranın talebi üzerine, Bratislavya V. Bölge Savcısı I. ile görüştü. I. diğerlerinin arasında (inter aila), eğer başvuran kendisinin kızı olarak görmek istemiyorsa, babalığın reddine karşı bir itirazının olmayacağını beyan etmiştir.

**17.** Bratislavya Yerel Savcısı ve Başsavcısı yazılı olarak sırasıyla 30 Aralık 2004 ve 31 Mart 2005 tarihlerinde, babalığın belirlenmesi olgusunun kesin hüküm (res judicata) teşkil ettiğini ve savcılık makamının yargılamayı mahkemeye yeniletme konusunda bir yetkisinin bulunmadığı hakkında başvurunu bilgilendirmiştir.

**18.** 4 Mart 2005 tarihinde başvuran Slovak Cumhuriyeti Ulusal Konseyi (Národná rada Slovenskej republiky) Başkanından ve Ulusal Konsey'in Anayasal İşler Komitesi Başkanından yazılı olarak, kendi haklarının etkili bir biçimde korunması bakımından gerekli yasal tedbirlerin düzenlenmesini istemiştir. Yanıtta, başvurunu Başsavcılığa yönlendiren Ulusal Konsey Başkanının sekreterliğinin başvurana önerdiği yol, başvuranın talebi üzerine Başsavcılığın 1970 tarihli hükme kanun yararına bozma (mimoriadne dovolanie) yolu ile karşı gelmesi yönündedir.

**19.** 7 Mart 2005 tarihinde avukat ile temsil edilen başvuran, Anayasanın 127. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine (Ústavný súd) müracaat etmiştir. Müracaat kamu savcılık makamlarının tüm seviyelerine ve Ulusal Konseye karşı başlatılmıştır.

Başvuran, 1970 tarihli hüküm ile yaratılan yasal durum ile 2004 yılında DNA raporuna yansıyan gerçek durum arasında çelişki olduğunu ve Medenî Usul Yasası ya da Aile Yasası uyarınca bu uyuşmazlığın kaldırılması için hiçbir yasal yolun bulunmadığını belirtmiştir.

Başvurana göre, ne genel kamu ne de I. bu durumun kalıcılığında meşru bir çıkara sahiptir. Buna karşın, yasal durum ile biyolojik gerçekliğin uyuşmasının temininde kendisinin bir çıkarı vardır. Ayrıca başvuran, yetkililerin kendi haklarının korunması için uygun tedbirlerin alınması konusunda başarısızlığa uğradığını ifade etmiştir.

Sonuç olarak, doğum ve evliliğe ilişkin türden çeşitli kamusal belge ve kayıtlarda, başvuran I.nin babası olarak yanlış bir biçimde tanıtılmıştır. Başvuranın babalığı hakkındaki bilgiler de kendi tıbbî ve iş kayıtlarında yer almaktadır. Başvuranın kimliği böylece etkilenmektedir ve başvuran bu sorunu çözme olanağına sahip değildir. Ayrıca, başvuran hukuken I.nin ailesine bağlıdır. Bu yüzden, I. ve I.nin çocukları nafaka karşılıklarını almak için başvurunu zorlayabileceklerdir. I., yasal olarak başvuranın kızı olduğu gibi, başvuranın vasiyet özgürlüğünü sınırlayan türden varisidir de.

**20.** Anayasa Mahkemesi babalık soruna dair yakınmaları incelemiş, 17 Mart 2005

tarihinde kabul edilemez bulmuştur. Başvuran savları ile ilgilenme konusunda saclılık makamının dikkatsizlik bakımından suçlu olmadığını gözlemlemiştir. Ortaya çıkan sonuç başvurayı tatmin etmese de, yetkililer mevcut hukuk doğrultusunda başvuranın talebini incelemişlerdir. Bu yüzden şikâyetlerin savcılık makamına karşı yöneltilmesini üzerine, Anayasa Mahkemesi bunu dayanaktan yoksun bulmaya karar vermiştir. Şikâyetin geri kalanı ile ilgili olarak, babalık sorununun yalnızca ulusal hukuk ile değil, ayrıca uluslar arası hukuk ile de bağlayıcı sayılan olağan mahkemelerin yargı yetkisi içerisine düştüğü gözlemlenmiştir. Bu nedenle, başvuranın kendilerine başvurmaları halinde, kendilerinin, başvurana ait çıkarlarını korumayı reddedecekleri varsayılmazdı. Kendilerine bu konuda başvurmamasından dolayı, şikâyetin geri kalanı, uygun kanun yolları tüketilmediğinden, kabul edilemez bulmuştur.

## II. İLGİLİ İÇ HUKUK

### A. Aile Yasası (Yasa no: 94/1963, 31 Mart 2005 tarihinde dek yürürlükte; değişik)

21. 51/1. madde uyarınca, evlilik sırasında ya da evliliğin sona ermesinden sonraki 300 gün içerisinde doğum yapan kadın eşin kocası, doğan çocuğun babası sayılır.

22. Aksi halde, iki ebeveyninin de kendisinin baba olduğunu açıklamaları halinde bu kişi baba sayılır (52/1. madde)

23. 54. madde uyarınca, eğer babalık, ebeveynlerin ortak açıklaması ile kurulamamışsa, çocuk veya anne mahkemeye babalığın tespiti için dava açabilir. Bu tür davalarda, kişinin babalığını kaldıran önemli bir temel bulunmadıkça, 180 günden az olmayan ve 300 günden fazla olmayan doğum öncesi süre içerisinde anne ile ilişkiye giren kişinin baba olduğuna dair karine doğar.

24. Koca, eşinin doğum yaptığını öğrenmesinin ardından 6 ay içinde babalığı reddedebilir (57/1. madde). Benzer biçimde, kadın eş, doğumdan sonraki 6 ay içerisinde kocasının babalığına karşı çıkabilir (59/1. madde).

25. Eğer babalık ebeveynlerin ortak açıklaması ile kurulmuşsa, doğum ya da açıklamadan hangisi sonra ise, o andan itibaren 6 ay içerisinde erkek ya da anne tarafından da babalığa itiraz edilebilir. Bu durumdaki bir erkek yalnızca kendi babalık olasılığını ortadan kaldıran kanıt varsa babalığa itiraza ehildir (61. madde).

26. Söz konusu 6 aylık zamanaşımı süresinin dolmasından sonra, eğer kamu çıkarları bunu gerektiriyorsa, babalığa Başsavcılık tarafından karşı çıkılabilir (62. madde).

**B. Aile Yasası (Yasa no:36/2005, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren yürürlükte)**

27. Ebeveynlere babalığın reddi için tanınan zamanaşımı süresinin dolmasından sonra, çocuk tarafından hala babalığa karşı çıkılabilir. Ancak, bu tür bir karşı çıkış, yalnızca çocuğun çıkarının bulunması ve ebeveynlerden birisinin hayatta olması durumunda kabul edilebilir (96. madde).

**C. Medenî Usul Yasası (Yasası no: 99/1963., değişik)**

28. 159. maddenin 1. ve 3. fıkraları, uygun biçimde verilmiş ve daha fazla temyiz edilemeyecek olan hükmün kesin ve bağlayıcı (právoplatný) olduğunu öngörür. Davaya bir kere bakılmışsa ve karar kesinlik ve bağlayıcılık kazanmışsa, yeniden incelenemez.

29. 228/1. madde uyarınca medenî yargılamadaki bir taraf, kesin ve bağlayıcı olan karara karşı, yeniden yargılamayı şu durumlarda talep edebilir: (a) talep eden tarafın elinde olmayan nedenlerle asıl yargılamada kullanamadığı ve bunların kullanılması durumunda talep eden tarafın daha lehine sonuçlanabilecek olgu, karar veya kanıtın ortaya çıkması durumunda; (b) asıl yargılamada değerlendirilemeyen kanıtın değerlendirilebilecek hale gelmesi ve bunun talep eden tarafın daha lehine sonuç doğurabileceği durumda; (c) talep eden tarafın aleyhine sonuçlanan kararın, yargıcın suç işlemesi ile alınmış olması durumunda; ve (d) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, talep eden tarafın insan haklarının ya da temel özgürlüklerinin ihlal edildiğini kararla veya karardan önce gelen işlemlerle saptamış olması ve ihlal sonuçlarının ciddi ve adli tatmin yoluyla yeteri kadar giderilemeyecek olması durumunda.

30. 230/1. madde, yeniden yargılanma talebinin, ilgili tarafça davayı yenilemeyi gerektiren temellere dayandığını öğrenilmesinden itibaren üç ay içinde yapılması gerektiğini öngörmektedir.

31. 230/2. maddeye göre, hüküm üç yıldan beri kesin ve bağlayıcı ise, yargılamının yenilenmesi talebi yalnızca 228. maddenin 1. fıkrasının (a) (bozulan cezaî hükme dayanan hükme itirazı sağlar), (c) ve (d) bentlerinin gönderme yaptığı olaylarda sunulabilir. Yargılamının yenilenmesi talebinin sunulması için tanınan süre uzatılmaz.

**D. Medenî Yasa**

32. Üstsoy, kendi altsoyunu 469a. Maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen nedenlerden biri ile mirastan yoksun bırakabilir. Bu nedenler, altsoyun (a) iyi ahlaka (bonos mores) aykırı olarak, üstsoyun hastalığı, yaşlılığı ya da diğer önemli koşullarında üstsoya gerekli desteği sağlamadığı (b) üstsoyun bunda bir menfaati olmadığını sürekli olarak gösterdiği (c) kasıtlı fiilinden ötürü bir yıldan az olmayan bir sürede hapis yatacak kadar suçlu bulunup mahkûm edildiği ve (d) sürekli olarak düzensiz bir hayat sürmesi durumlarını içerir.

## HUKUK

### I. HÜKÜMETİN İLK İTİRAZLARI

33. Hükümet, başvuranın Sözleşmenin 35/1. maddesindeki altı ay içinde başvuru sunma gerekliliğine uygun davranmadığını belirtmiştir. Başvuranın I.nin babası olmadığını 18 Mart 2004 tarihli uzman raporundan öğrendiğini not etmiştir. Başvuranın kendi babalığına karşı çıkmak için uygun olan herhangi bir hukukî yolun bulunmadığını teslim eden Hükümet, zamanaşımı süresinin belirtilen tarihte işlemeye başladığını ve 17 Eylül 2004 tarihinde dolduğunu savunmuştur. Sürenin dışında kalan 28 Şubat 2005 tarihine dek başvuru işleme konmamıştır. Hükümet, mevcut dava koşullarına göre başvuranın haklarının ihlalinin devam etmediği görüşündedir. Son olarak da Hükümet, savcılık makamının Aralık 2005 ve Mart 2005 tarihli mektuplarının, yalnızca ilgili hukuku açıklamaları ve bağımsız bir karar oluşturamamaları nedeniyle, durumu değiştirmedini savunmuştur.

34. Başvuran kabul etmemiştir. Başvurunun, kendisinin I.nin biyolojik babası olmadığını 18 Mart 2004 tarihinde keşfetmesi ile değil, daha çok Hükümetin kabul ettiği gibi ve makamların sonraki tepkilerinin sonucunda ortaya çıktığı gibi, kendi babalığına karşı çıkmasının bir yolu olmadığı olgusu ile doğrudan ilgili olduğunu belirtmiştir. Başvuranın ana savına göre bu durum, altı aylık kuralın uygulanmadığı kendi haklarının ihlalinin devamını oluşturur. Başvuru, somut olayda olduğu gibi makul bir zaman içerisinde işleme konmalıydı. Diğer bir yandan, başvuran Sözleşmenin 35/1. maddesindeki zamanaşımı süresinin en erken haliyle, Bratislava Yerel Savcılığından gelen mektup tarihi olan 30 Aralık 2004'te başladığını ve dolayısıyla başvurunun zamanında sunulduğunu savunmuştur. Bu savın desteğiyle başvuran, kendi yakınmasını iki aylık yasal zamanaşımı süresinin dışında kalması üzerine Anayasa Mahkemesinin bile reddetmediğini ifade etmiştir.

35. Mahkeme, başvuranın I.nin babasının olmadığını 18 Mart 2004 tarihinde başvurunca öğrenildiğini not etmiştir. Başvuran kendi babalığının kamu savcılık makamınca incelenmesini istemiştir. Kamu savcılık makamının eylemden kaçınması üzerine, başvuran çareyi, kendi şikâyetlerinin zamanaşımı nedeniyle reddetmeyen Anayasa Mahkemesinde aramıştır. Bu koşullarda, Mahkemenin bulgusuna göre, Sözleşmenin 35/1. maddesinde yer alan “kesin karar”, 17 Mart 2005 tarihli Anayasa Mahkemesi kararıdır. Bu maddede atfedilen altı aylık dönemin işlemeye başladığı tarih budur. Başvuru 28 Şubat 2005 tarihinde işleme konmuştur. Bu yüzden zamanaşımı nedeniyle reddedilemez.

## II. SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

36. Başvuran, davalı Devletin kendisinin özel ve aile yaşamına saygı gösterme yönündeki olumlu yükümlülüğünü yerine getiremediğinden; özellikle de I.nin biyolojik olarak babası olmadığını 2004 yılında öğrendikten sonra babalık hükmüne karşı çıkmak için kendisine herhangi bir yasal yol sağlamadığından yakınmıştır. Başvuran ilgili kısımları aşağıda yazılı olan Sözleşmenin 8. maddesine dayanmıştır:

“1. Herkes özel ve aile yaşamına ... saygı hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiç bir müdahale yapılamaz.”

### A. Kabul Edilebilirlik

37. Mahkeme, Sözleşmenin 35/3. maddesi anlamında bu yakınmanın açıkça dayanaktan yoksun bulunmadığını belirtmiştir. Sonra da, bunu kabul herhangi bir temel üzerinde kabul edilemez olmadığını belirtmiştir. Bu yüzden bu yakınma kabul edilebilir bulunmalıdır.

### B. Esas

#### 1. Tarafların sunumları

38. Hükümet, başvuranın I.nin biyolojik olarak babası olmadığını öğrenmesinden sonra, 1970 yılında yargısal olarak kurulmuş olan yasal babalığın sona erdirilmesinin yasal bir yolu olmadığını kabul etmiştir. Başvuran, babalığın kurulmasıyla sonlanan yargılama işlemlerine taraf olmuştur ve kendi haklarını savunmak için geniş fırsatlar elde etmiştir. Bir kere hüküm 1970 yılında kesinleştikten sonra, bu sorun res judicata (kesin hüküm) sayılmıştır. Yargısal olarak yalnızca zamanaşımına tabi olan başvuru biçiminde olağanüstü kanun yolu içerisinde yeniden incelenebilir. Uygulanabilir zamanaşımı süresi zaten dolmuş olduğundan, başvuranın babalığı sorunu artık yeniden yargılanamaz. Hükümetin görüşüne göre Sözleşmenin, süre sınırlaması olmadan yeniden yargılanma hakkı gibi hakları garanti ettiği şeklinde yorumlanamaz.

39. Hükümetin sunumuna göre, uygulanabilir zamanaşımı süresi dolduktan sonra babalık işlemlerinin yeniden yargılanmasının önündeki engelin amacı, istikrarı ve yasal kesinliği sağlamaktır. Bu da baba olarak başvuranın ve mevcut dava koşulları uyarınca

öncelikli olanların çekişmeli çıkarlarına karşı daha fazla ağırlık verilmesinin zorunlu olduğu, çocukların çıkarlarını koruyan, toplumsal olarak tanınmış ve kabul görmüş meşru amacı izlemektedir. Babalık hükmünü bozmak, I. gibi kimliği değişen ve bu değişikliği dış dünyaya açıklamak durumunda kalanlar hakkında olumsuz sonuçlar doğurabilir. Hükümet, bu sorunların yorumlama yetkisinin yerel makamların takdir sınırı içerisinde düştüğünü ve bunların da sınırı aşmadıkları sonucuna varmıştır.

**40.** Başvuran, babalığa dair yasal durum ile biyolojik gerçeklik arasında çelişki bulunduğunu ifade etmiştir. Bu çelişkiyi sürdürmekte gerçek bir kamusal çıkarın olmadığını fark etmiştir ve yanlış ve yapay olan yasal kurgunun sürdürülmesinde I.nin meşru bir çıkarının olmadığını sunmuştur. Yasal durumu, doğru olan biyolojik durumun hizzasına çekmek, başvurana göre, I. için adil olmayan sürekli değişikliklere değil, daha düşük dereceli teknik değişikliklere yol açar. Başvuran, I.nin çıkarlarının, bir çocuğun çıkarları olarak artık düşünülemediğini ifade etmiştir. I. neredeyse 40 yaşındadır, kendi ailesi vardır, kendisini hiç babası gibi görmemiştir, kendisinin babalığını reddine hiçbir itirazı olmamıştır ve DNA testinin ardından kendisiyle bütün ilişkisini sona erdirmiştir. Yerel makamların bu olguları bilmelerine rağmen, başvuranın çıkarlarını etkili biçimde korumaya yarayacak bir tarzda ilgili hukuku yorumlamamışlar ve uygulamamışlardır ya da buna son vermek için başka bir önlem almamışlardır.

## *2. Mahkemenin Yorumu*

**41.** Mahkeme öncelikle, içinde kocanın çocuğun babası olmasının test edilmesi için işlemleri başlatmak istediği davaları incelemiştir. Bu davalarda, var olan ailenin dağılmasında hedeflenen babalık yargılamasının, ilgili başvuranın “aile yaşamı” ile bağlantılı olup olmadığı sorunu açıkta kalır, çünkü her halükarda, babanın kendisine ait olduğu varsayılan çocuğu ile hukuki ilişkilerin belirlenmesi babanın “özel yaşamı” ile ilgilidir (bkz. Yıldırım / Avusturya (karar) no. 34308/96, 19 Ekim 1999 ve Rasmussen / Danimarka 28 Kasım 1984 tarihli hüküm, A Serisi no. 87, 13. ve 33. par.)

**42.** Mevcut davada, başvuran biyolojik kanıtlar temelinde babalık hükmüne karşı çıkmak istemiştir (bkz. mutatis mutandis, Shofman / Rusya no. 74826/01, 31. par., 24 Kasım 2005). Kendisinin I.nin babası olmadığı yönündeki çekişmesi, doğrudan özel alan için ve doğum ve evlilik kayıtlarındaki girdiler, sağlık kayıtları ve iş dosyaları gibi ilgili materyaller için ve tartışmalı olarak daha geniş anlamda sosyal kimlik için anlam taşır.

Dolayısıyla, davanın olguları, 8. madde uyarınca “özel yaşam” sınırları içerisinde yer alır.

**43.** Bunun ardından Mahkeme, 8. maddenin asıl amacının kişileri yerel makamlar



tarafından yapılan keyfi müdahaleye karşı korumak olduğunu hatırlatmıştır. Ancak bu yalnızca Devletin bu tür bir müdahaleden kaçınmasını gerektirmemektedir; buna ek olarak, özel ya da aile yaşamına etkili “saygı”nın doğasında olumlu yükümlülükler bulunabilir. Bu hüküm altındaki Devletin olumlu ve olumsuz yükümlülükleri arasındaki sınır her zaman kusursuz tanımını vermez; bununla birlikte uygulanabilir ilkeler birbirine benzer. Her iki bağlamda da, bakışın bütün olarak toplumun ve bireylerin yarışan çıkarları arasında kurulması zorunlu olan doğru dengeyi gözetmesi gerekir ve her iki bağlamda da Devlet takdirin kesin sınırını kullanmış gibi algılanır (bkz. Shofman, yukarıda anıldı, 33. ve 34. par.). Ayrıca birinci paragraftan doğan olumlu yükümlülüklerle bağlı olsa bile, “(gerekli) dengeyi kurarken, ikinci paragrafta anılan hedefler kesin bir illiyetten doğabilir” (bkz. Powell and Rayner / Birleşik Krallık, 21 Şubat 1990 tarihli hüküm, A Serisi, no. 172, 41. par.).

**44.** İlgili iç hukuk uyarınca, başvuranın yargısal babalık hükmüne karşı çıkabilmesi için hiçbir olanağı yoktur. Bu anlamdaki yerel makamlar tarafından varılan kanıların “hukuk doğrultusunda” edinildiğine dair bir işaret yoktur. Mahkeme şunu kabul etmeye hazırdır ki, başvuranın özel yaşamına saygı hakkının korunmasını olanaklı kılma konusundaki yasal düzen eksikliği genel olarak, aile ilişkilerindeki hukuki güvenliği ve kesinliği sağlamadaki meşru menfaat ile ve çocukların çıkarlarını koruma ihtiyacı ile açıklanabilir (bkz. yukarıda Rasmussen, 15. s., 41. par.). Mevcut davanın somut olaylarında başvuranın çıkarı ve genel çıkar arasındaki adil dengenin korunup korunmadığı sorunu ortada kalmaktadır.

**45.** Başvuran, asıl babalık yargılaması sırasında bilinmeyen yeni biyolojik kanıtlar ışığında kendi yargısal babalık tahsisinin yeniden gözden geçirilmesini istemektedir (B.H. / Austria, no. 19345/92, 14 Ekim 1992 tarihli Komisyon kararının aksine). Başvuranın talebi, özel yaşama saygı hakkına dayanmaktadır. Babalığın inkârının imkânsızlığı nedeniyle, başvuran yukarıdaki 19. paragrafta belirtildiği üzere kişisel ve iş yaşamında sıkıntılar çekmiştir.

**46.** Genel çıkara gelirse, başvuranın varsayılan kızının şu an yaklaşık 40 yaşında oluşu, kendi ailesini kurmuş olduğu ve başvuranın bakımına muhtaç olmadığı dikkate alınmalıdır (Aksi: Yildirim, yukarıda belirtildi). Kızın çıkarlarını korumadaki genel çıkar, kızın çocuk olduğu zamankine oranla öneminin çoğunu yitirmiştir. Ayrıca I. DNA testini başlatmış ve başvuranın babalık reddine karşılık bir itirazı olmadığını söylemiştir. Bu nedenle, yasal durumu biyolojik gerçeklik çizgisine taşıma konusundaki usul eksikliğinin, bu ilgililerin arzularına karşı durduğu ve kimseye yarar sağlamadığı görünmektedir (bkz. Kroon ve Diğerleri / Hollanda, 27 Ekim 1994 tarihli hüküm, A Serisi no. 297 C, 58. s, 40. par.).



47. Yukarıda anlaattılanların ışığında Mahkeme, başvuranın çıkarları ile toplumun çıkarları arasında adil bir dengenin kurulmadığı ve netice olarak, “aile yaşamı”na “saygı” bakımından başvuranın korunması konusunda yerel hukuk düzeninde bir kusur bulunduğu sonucuna varmıştır.

Sözleşmenin 8. maddesi bu yüzden ihlal edilmiştir.

### III. SÖZLEŞMENİN 13. VE 14. MADDELERİNİN, 8. MADDESİ İLE BİRLİKTE İHLALİ İDDİASI

48. Başvuranın iddiasına göre, annelerle ve başka temeller üzerinde babalığı tahsis edilen babalarla kıyaslandığında, özel yaşama saygı hakkının kullanımı bakımından başvurana karşı ayrımcılık yapılmıştır çünkü başvurudan farklı olarak, onlar Başsavcılıktan babalığa itiraz etmek için lehlerine talepte bulunabilirler. Bu şikâyet ile bağlantılı olarak, başvuran ayrıca etkili bir hukuk yolunun eksikliği iddiasında bulunmuştur. Kendisi Sözleşmenin 13. ve 14. maddelerine, 8. maddesi ile birlikte dayanmıştır.

Sözleşmenin 13. maddesi şunu öngörür:

“Bu Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi sıfatla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlenmiş olsa da, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki bir yola başvurma hakkına sahiptir.”

Sözleşmenin 14. maddesi uyarınca:

“[Bu] Sözleşmede beyan edilen hak ve özgürlüklerin kullanılması cins, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır.”

#### A. Kabul Edilebilirlik

49. Mahkeme, Sözleşmenin 35/3. maddesi kapsamında bu şikâyetlerin dayanaktan yoksun olmadığını not etmiştir. Bunun ardından da şikâyetlerin herhangi bir temelde kabul edilemez bulunmadığını belirtmiştir. Bu nedenle şikâyetler kabul edilebilir bulunmalıdır.

#### B. Esas

1. Sözleşmenin 8. maddesi ile birlikte ele alınan 13. maddesi uyarınca yapılan şikâyet

50. Mahkeme, bu şikâyetin temel unsurunu, yargısal anlamda kesinleşmiş olan yasal babalığa yeni biyolojik kanıt temelinde karşı çıkma konusundaki başvuran bakımından

imkânsızlığın oluşturduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme bu sorunu yukarıda, 8. madde uyarınca incelemiş ve bu maddenin ihlal edildiği bulgusuna varmıştır. Bu bulgu ışığında, Mahkeme, Sözleşmenin 8. maddesi ile birlikte ele alınan 13. madde uyarınca dava olgularının ayrıca incelenmesini gereksiz bulmuştur.

*2. Sözleşmenin 8. maddesi ile birlikte ele alınan 14. maddesi uyarınca yapılan şikâyet*

**51.** Mahkeme, Sözleşmenin 14. maddesinin mevcut şikâyete uygulanabilirliğinin tartışılmadığını gözlemlemiştir. Sözleşme uyarınca garanti edilen hakların kullanımında ayrımcılığa maruz kalmamaya dair 14. maddedeki hakkın, devletlerin benzer durumlardaki kişilere bir amaç ya da makul sebep olmaksızın farklı davrandığı zamanlarda ihlal edildiğini hatırlatmıştır (bkz, örneğin, Thlimmenos / Yunanistan [GC], no. 34369/97, 44. par., AİHM 2000-IV).

**52.** Hükümet, Sözleşmenin 14. maddesinin amacı doğrultusunda başvuranın kıyaslamaya çalıştığı kişiler ile başvuranın benzer durum içerisinde olmadığını belirtmiştir. Hükümetin görüşüne göre, önemli etken babalık hükmünün dayandığı yasal temel değil, babalığın kesin ve bağlayıcı bir yargı kararı yolu ile hükme bağlandığı olgusudur. Annenin kocasının babalığının veya bir erkeğin anne ile birlikte ortaklaşa yaptıkları babalık açıklamasının karine sayıldığı ve mahkemede tartışılabildiğine dair başvuranın dayandığı diğer durumlar farklıdır.

**53.** Başvuran bunu kabul etmemiştir ve şikâyetini tekrarlamıştır. Özellikle de babaların tek bir sınıfı olduğunu savunmuştur. Esasen bütün babalar aynı haklara, ödevlere ve sorumluluklara sahiptir ve eşit muamele görmelidirler. Başvuranın biyolojik anlamda baba olmadığına dair yeni ve kesin bir kanıtı sahip olmasına rağmen, hiçbir surette etkili bir yol bulunmamaktaydı, ki bu sayede başvuran babalık hükmüne karşı gelebilirdi. Buna karşın, babalığın karine sayıldığı durumlarda, eğer biyolojik babalık olasılığını kaldıran bir kanıt ortaya çıkarsa, varsayılan baba ve anne Başsavcılıktan babalığın incelenmesini isteyebilirler.

**54.** Mahkeme, bir yanda ebeveynliği hukuken varsayılan fakat henüz yasal olarak belirlenmeyen durumlardaki anneler ve babalar ile diğer yanda başvuranın aralarında farklılıkların olabileceğini kabul etmektedir. Ancak, iki veya daha fazla bireyin arasındaki bazı farklılıkların olduğu olgusu, onların önemli derecede karşılaştırmalı durumların içinde olmalarını ve karşılaştırmalı çıkarılara sahip olmalarını engellemez. Mahkeme çekişmeli olan babalığa bağlı durum içerisinde onların çıkarlarıyla ilgili olarak, söz konusu başvuranın ve diğer tarafların, Sözleşmenin 14. maddesinin amacı doğrultusunda benzer durumlarda bulduklarını saptamıştır (bkz, mutatis mutandis, Rasmussen/

Danimarka, no. 8777/79, 5 Temmuz 1983 tarihli Komisyon raporu, A Serisi no. 87, 24. s., 75. par. and Mizzi / Malta, no. 26111/02, 131. par., ECHR 2006-...). Diğer taraflardan farklı olarak, toplum çıkarları nedeniyle mahkemelerde babalık hükmüne itiraz amacıyla, içerisinde başvuranın Başsavcılıktan talepte bulunmadığı hukuk düzeni, bu kişilere farklı muameleler sunmaktadır. Bu farklılığın herhangi bir amacının ve makul sebebinin olup olmadığını kesinleştirme sorunu olduğu gibi kalmıştır.

**55.** Sözleşmenin 14. maddesinin amacı uyarınca, eğer “bir amacı ve makul sebebi yoksa”, yani “meşru bir amacı” takip etmiyorsa ya da “kullanılan araçlar ve gerçekleştirilmek için uğraşılacak amaçlar arasında makul bir uygun illiyet bağı” yoksa, muamele farklılığı ayırım gözetici niteliktedir (bkz, diğerlerinin arasında, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali / Birleşik Krallık, 28 Mayıs 1985 tarihli hüküm, A Serisi no. 94, 35. s., 72. par.). Mahkeme şunu hatırlatmıştır ki; Sözleşmeciler Devletler, hangi boyutta farklılığın, başka bir deyişle benzer durumların, hukuktaki farklı muameleyi haklı çıkardığını ya da haklı çıkarıp çıkarmadığını değerlendirirken belirli bir takdir sınırı kullanır (bkz. Rasmussen / Danimarka, 28 Kasım 1984 tarihli hüküm, A Serisi no. 87, 36. s.,40. par.).

**56.** Bu son konu hakkında Hükümet, babalık karinesi davalarında, belirleme konusunda a priori (önsel, önleyici) bir yargılama işleminin bulunmadığını öne sürmüştür. Bu tür davalarda babalık, çocuğun evlilik içerisinde doğduğu ya da ortak açıklamanın ebeveynler tarafından yapıldığı olgusundan doğrudan doğruya kaynaklanmaktadır. Bu tür bir babalık, materyal doğrulaması olmaksızın, doğum kayıtlarına kendiliğinden geçirilmektedir. Bu da, bu uygulama içerisinde çıkarı bulunan kişilerin babalığı inkâr etmeleri için ehil oldukları sürenin yalnızca sona ermesinden sonra ortaya çıkabilecek hataların tehlikesini beraberinde getirir. Son çare olarak, zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile bu tür hataların düzeltilmesi için Başsavcılığın yargısal işlemleri başlatmaya ehil olması bu nedenle makuldür. Buna karşın başvuranın babalığı, içerisinde kendisinin her tür usul haklarını kullanmış olduğu muhakeme usulü içinde kapsamlı olarak incelenmiştir. Babalık bir kere yargısal bir karar ile hükme bağlanmış ve bu yargısal karar kesinleşmişse, hata tehlikesi daha azdır ve böylece belirlenen yasal ilişkinin korunmasındaki toplumun çıkarları gereği, bu kesinlik daha ağır basar. Ayrıca Hükümet, babalık hükmüne karşı gelmek amacıyla Başsavcılıktan talep olanağının tam bir kanun yolu olmadığını, bu kanun yolu içerisinde talepte bulunan kişinin tamamen ispat yükümüne katlandığını, ancak herhangi bir usul hakkının olmadığını ve talebi ret ya da kabul kararının Başsavcılığın münhasır takdir yetkisinin içerisine düştüğünü vurgulamıştır. Son olarak Hükümet, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni İş

Kanunu uyarınca kamu savcılığı hizmetinin bundan böyle babalığa itiraz yetkisinin bulunmadığının altını çizmiştir.

**57.** Başvuran kabul etmemiştir ve kendisinin gördüğü farklı muamelenin kabul edilebilir hiçbir mazeretinin olmadığını savunmuştur. Başvuran, yerel yasal düzenleme içerisinde, kendi davasının özel nitelikleri gözetilerek hiçbir itibarın gösterilemeyeceğini ve gerçekten de gösterilmediğini vurgulamıştır. Bu özel niteliklere, 1970 yılındaki hüküm tarihinden 2004 yılındaki DNA raporuna dek gerçekleştirilen önemli bilimsel ilerleme ve ilgili tarafların babalığın inkârına itiraz etmeyişleri de dâhildir.

**58.** Mahkeme, bir ilke meselesi olarak, aile ilişkilerinin güvenliğini ve yasal kesinliğini sağlamadaki ve çocukların çıkarlarını korumadaki “meşru çıkar”ın, babalığın karine olarak sayılıp sayılmadığına ya da kesin yargı kararı ile hükmedilip hükmedilmediğine göre babalığı inkâr etmedeki çıkara sahip kişilere gösterilen muamele farklılığını haklı çıkarabileceğini kabul etmiştir. Ancak, mevcut davadaki bu çıkarın takibi şu sonucu doğurmaktadır: Başvuran kendi babalık hükmüne karşı çıkabileceği bir usule sahip değilken, benzer durumdaki diğer taraflar böyle bir usule sahiptir. Uygulanabilir yasal düzenleme içerisinde, I.nin ya da ilgili diğer tarafların yaşı, kişisel durumu, düşüncesi gibi başvuranın davasının özel koşulları için hiçbir müsamaha tanınmamaktadır.

**59.** Yukarıda anlatılanların ışığında Mahkemenin bulgusuna göre, gerçekleştirilmek için uğraşılan amaç ile bu amacın takibinde kullanılan kesin araç arasında makul bir uygun illiyet bağı yoktur.

Bunu takiben, Sözleşmenin 8. maddesi ile birlikte ele alınan 14. maddesi uyarınca bir ihlal mevcuttur.

#### **IV. SÖZLEŞMENİN 13. VE 14. MADDELERİ İLE BİRLİKTE VE TEK BAŞINA ELE ALINAN 6. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI**

**60.** Bununla birlikte başvuran, babalık hükmüne karşı çıkmasını sağlayacak usul eksikliğinin mahkemeye başvurma hakkının ayrıca ihlalini oluşturduğundan; yukarıda anılan nedenlere benzer nedenler ile bu hakkının kullanılmasında kendisine karşı ayrımcılık yapıldığından; ve bu şikâyetleri ile ilgili etkili bir kanun yolu olmadığından yakınmıştır. Sözleşmenin 6, 13 ve 14. maddelerine dayanmıştır.

İlgili olduğu kadarıyla, Sözleşmenin 6. maddesi şunu öngörür:

“Herkes, kişisel hak ve yükümlülüklerinin... karara bağlanmasında, bir yargı yeri tarafından... adil... duruşmada... yargılanma hakkına sahiptir.”

### A. Kabul Edilebilirlik

61. Mahkeme, Sözleşmenin 35/3. maddesi kapsamında bu şikâyetlerin dayanaktan yoksun olmadığını not etmiştir. Bunun ardından da şikâyetlerin herhangi bir temelde kabul edilemez bulunmadığını belirtmiştir. Bu nedenle şikâyetler kabul edilebilir bulunmalıdır.

### B. Esas

62. Mahkeme, başvurunun can alıcı kısmını, yasal babalığa yeni biyolojik kanıt temelinde karşı çıkma konusundaki başvuran bakımından imkânsızlığın ve bu bağlamda başvuranın maruz kaldığı ayırım gözetilen muamelenin oluşturduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme bu sorunları Sözleşmenin 8. ve 14. maddeleri kapsamında incelemiştir ve bu maddelerin ihlal edildiğini saptamıştır. Bu bulgular ışığında, Mahkeme Sözleşmenin 6. maddesi uyarınca ve 6. maddesi ile birlikte ele alınan 13. ve 14. maddeleri uyarınca dava olgularının ayrıca incelenmesini gereksiz bulmuştur.

## V. SÖZLEŞMENİN 13. MADDESİ İLE BİRLİKTE VE TEK BAŞINA ELE ALINAN 1 NO.LU PROTOKOLÜN 1. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

63. Son olarak başvuran, babalık hükmüne karşı çıkma konusundaki ehliyetsizliği miras hukuku alanında sonuç doğurduğundan ve bu yüzden 1 No.lu Protokolün 1. maddesi uyarınca mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden yakınmıştır. Ayrıca, Sözleşmenin 13. maddesine aykırı olarak kendisinin etkili bir kanun yolunu uygulayamadığını öne sürmüştür.

64. Hükümet bu savlara karşı çıkmıştır. Hükümetin savuna göre, başvuranın I.nin mirasçısı olmasını istemediği durumda, kendisi I.yi mirasından yoksun bırakma olanağına sahiptir. Hükümetin görüşüne göre, I.nin başvurana karşı takındığı tavrı, doğrudan doğruya Medenî Yasanın 469a/1. (b) maddesinin kapsamına girmektedir, buna göre altsoy, üstsoyuna sürekli olarak hiçbir yarar sağlamıyorsa, mirastan yoksun bırakılabilir. Ayrıca ve her halükarda vasiyetname düzenleme özgürlüğünün sınırlandırılması kamu çıkarı içerisinde yer alır, yani aileler içerisindeki ekonomik dayanıklılığın güvenliğini ve bağlılığını korumak içindir. Bu nedenle, etkili kanun yolu olarak anılan tartışılabilir Sözleşmesel bir hak iddiası yoktur.

65. Başvuran, kendi davasının koşullarında miras hukuku alanında I. ile yasal bağımlı koruma konusunda hiçbir kamu çıkarının olmadığını savunmuştur. Medenî Yasanın 469a/1 (b) maddesindeki nedenin kendi durumuna uygulanmadığını çünkü başvuranın I.den bir şu anda bir çıkarı olamayacağından, I.nin başvurana menfaat sağlaması için elinde gerçek bir fırsat bulunmamaktadır. Bu nedenle I. herhangi bir mahrumiyet

durumunda yerinde bir savunmaya sahip olurdu ve bu durum yalnızca başvuranın ölümünden sonra çözümlenebilir.

**66.** Mahkeme kendi rolünün, uygulanabilir yerel hukukun Sözleşme ile uyumlu olup olmadığı ya da yerel hukukun, ulusal makamlarca doğru uygulanıp uygulanmadığı konusunda soyut bir değerlendirme ile karar vermek olmadığını hatırlatmıştır (bkz. Ringeisen / Austria, 16 Temmuz 1971 tarihli hüküm, A Serisi no. 13, 40. s., 97. par.). Bireysel başvurulardan doğan davalarda, Mahkemede görülmekte olan davada, ortaya çıkan sorunları olabildiğince değerlendirmelidir (bkz. The Holy Monasteries / Yunanistan, 9 Aralık 1994 tarihli hüküm, A Serisi no. 301-A, 30-31. s., 55. par.). Başvurunun ilgili kısımları, bu kısımların belirli koşullarına yalnızca gönderme yapılarak incelenmelidir.

**67.** Mahkeme, başvuranın soyut miras kurallarının tam olarak nasıl kendi mülkiyet alanını etkilemiş olduğunu açıklamamıştır. Mirastan yoksun kılmak için inter vivos (sağlar arası) türünden bir mülkiyet düzenlemesi veya uyarlaması gibi başka bir yol ile mevcut durumun mülkiyet açısından uygun çözümünü sağlamanın neden imkânsız olduğu da tam olarak belirtilmemiştir.

**68.** Başvurunun bu kısmının kanıtlandığına ve Sözleşmenin 8. maddesi uyarınca yukarıda incelenenlerden farklı olan herhangi bir meseleyi doğurduğuna dair, Mahkeme Sözleşmenin 13. maddesi ile birlikte ve tek başına ele alınan 1 No.lu Protokolün 1. maddesinin görünürde ihlal edilmediğini saptamıştır. Dolayısıyla bu hükümler uyarınca yapılan şikâyetler dayanaktan yoksun sayılmıştır ve Sözleşmenin 35. maddesinin 3. ve 4. fıkraları doğrultusunda reddedilmelidir.

## VI. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

**69.** Sözleşmenin 41. maddesi şunu öngörür:

“Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse, ve ilgili Sözleşmeci Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkânı veriyorsa, Mahkeme gerekli görürse zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder.”

### A. Zarar

**70.** Başvuran manevi zarar için 10.000 Avro talep etmiştir.

**71.** Hükümet bu talebe karşı çıkmıştır.

**72.** Mahkeme, başvuranın özel yaşamına saygı hakkına bağlı olarak Devletin olumlu yükümlülüğüne uymamasının sonucu olarak başvuranın manevi doğasındaki zarardan

ötürü acı çektiğini kabul etmiştir. Mahkeme, Sözleşmenin ihlal edildiği bulgusunun bu manevi zarar için yeterli bir karşılığı teşkil etmediğini saptamıştır.

Bununla birlikte Mahkeme, istemde bulunan tarafın Sözleşmeden doğan haklarının ihlal edildiği ve bu ihlalin ciddi sonuçlarının adli tatmin tazminatı ile uygun biçimde giderilmesinin uygun olmadığı durumlarda Medenî Usul Yasasının 228/1 (d) ve 230/2 maddelerine uygun olarak, medeni yargılama yeniden yapılabileceğini belirtmiştir.

Yukarıdaki görüşe saygı duyarak ve eşit temelde değerlendirme yaparak, Mahkeme manevi zarardan ötürü başvurana 5.000 Avro verilmesine hükmetmiştir.

## **B. Gider ve harcamalar**

73. Ayrıca başvuran, yerel düzeyde yapılan gider ve harcamalar için 12.167 Slovak Koronası (SKK) ve Mahkeme önünde yapılan gider ve harcamalar için 60.897 SKK talep etmiştir. İkinci kalem, Hükümetin görüşlerine yanıt olarak davanın kabul edilebilirliği ve esasına dair başvuranın görüşlerinin İngilizceye tercümesi için ödenen 19.950 SKK.yi da içerir.

74. Hükümet bu talebe karşı çıkmıştır.

75. Mahkemenin içtihatlarına göre, gider ve harcamaların yalnızca gerçekten ve ihtiyaç üzerine yapıldığı ve miktarın makul bulunduğu sürece, başvuran bunları geri almaya ehildir. Mevcut davada Mahkeme, üstteki kıstasa ve yapılan değerlendirmeye önem vererek, bütün başlıklardaki giderleri kapamak için 1.800 Avro verilmesinin makul olduğunu düşünmüştür.

## **C. Gecikme faizi**

76. Mahkeme, gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankasının en yüksek avans oranına yüzde üç puanlık bir ekleme ile belirlenmesi gerektiğinin uygun olduğunu düşünmüştür.

### **BUNEDENLERLE MAHKEME, OYBİRLİĞİ İLE**

1. Sözleşmenin 13. maddesi ile birlikte ve tek başına 1 No.lu Protokolün 1. maddesi uyarınca yapılan şikâyeti kabul edilemez bulmuştur.

2. Başvurunun geri kalanını kabul edilebilir bulmuştur.

3. Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

4. Sözleşmenin 8. maddesi ile birlikte ele alınan 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

5. Sözleşmenin 6. maddesi uyarınca yapılan şikâyetin, 6. maddesi ile birlikte ele

alınan 13. ve 14. maddeler uyarınca yapılan şikâyetlerin, 8. maddesi ile birlikte ele alınan 13. madde uyarınca yapılan şikâyetin ayrıca incelenmelerine gerek olmadığına karar vermiştir.

**6. a)** Sözleşmenin 44. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hükmün kesinleşme tarihinden itibaren üç ay içinde davalı devletin manevî zarar için başvurana manevî zarar için 5.000 EUR (binbeşyüz Avro), harcama ve giderler için 1.800 EUR (binsekizyüz Avro) çözümlene tarihindeki geçerli oran üzerinden Slovak Korunasına, yüklenen herhangi bir vergi ile birlikte çevrilerek ödemesine;

**b)** Yukarıda sözü edilen üç aylık dönemini bitimden itibaren çözümlene tarihine kadar gecikme döneminde o denemdeki Avrupa Merkez Bankasının en yüksek avans oranına yüzde üç puanlık ekleme ile doğan oranda artırım yapılmasına;

*karar vermiştir.*

**7.** Adil bir tatmine yönelik başvuran taleplerinin geri kalanını *reddetmiştir.*

İngilizce yazıldı ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına uygun olarak 10 Ekim 2006 tarihinde yazılı olarak bildirildi.



# ESKİ YUGOSLAVYA İÇİN MİLLETLERARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN ERDEMOVİC DAVASI KARARININ ÇEVİRİSİ

Ar.Gör.Dr. Elif UZUN\*

## GİRİŞ

25 Ocak 1991'de Hırvatistan ve Slovenya'nın Yugoslavya'dan bağımsızlıklarını ilan etmesinin ardından, Yugoslavya topraklarında, Avrupa tarihinin İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gördüğü en kanlı olaylar meydana gelmiştir. Olaylar sonucu hayatını kaybedenlerin sayısı yüz binlerle, mültecilerin sayısı ise milyonlarla ifade edilmektedir. Kamplarda toplanan insanlar yiyeceksiz ve ilaçsız bırakılmış, pek çok yerde sistematik bir şekilde kadınlara tecavüz edilmiştir. Yugoslavya'daki vahşetin medya aracılığıyla tüm dünyaya duyurulması, milletlerarası toplumun tepkisini çekmiştir<sup>1</sup>. 25 Mayıs 1993 tarihli 827 Sayılı Karar ile, BM Şartı'nın VII. Bölümüne dayanılarak, bu insanlık dışı olayların faillerini cezalandırmak için Milletlerarası Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme Hollanda'nın La Haye kentinde bulunmaktadır.

Eski Yugoslavya Milletlerarası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne göre, mahkemenin kovuşturacağı, 1991'den itibaren eski Yugoslavya topraklarında işlenen suçlar, dört gruptan oluşmaktadır. Bunlar, *1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ağır ihlali; savaşta uyulması gerekli kuralların ihlali; soykırım ve insanlığa karşı suçlardır*. Bu suçları kovuşturma yetkisi ve bireysel cezai sorumluluk, Nüremberg Mahkemesi ile yerleşmiş ilkelere dayanmaktadır<sup>2</sup>.

Mahkeme ve mahkemenin verdiği kararlar, ne yazık ki sadece birkaç ismin yargılanma süreciyle ilgili olarak gündemimize girmiştir. Bununla birlikte, sonuçlanmış ve sonuçlanmayı bekleyen pek çok karar, milletlerarası hukuk açısından taşıdığı önemin yanında tarihi belgeler olarak da kayıtlara girmek zorundadır.

\* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuk Anabilim Dalı öğretim elemanı

<sup>1</sup> RANCILIO, Peggy E. (1999) "From Nuremberg to Rome: Establishing an International Criminal Court and the Need for U.S. Participation", *University of Detroit Mercy Law Review*, Vol. 77, s. 165. Mahkeme hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Gökçen ALPKAYA, *Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi*, Ankara: Turan Kitapevi, 2002.

<sup>2</sup> *İbid.*, s. 167-8.

Milletlerarası alanda önemli bir yere sahip olan Milletlerarası Adalet Divanı'nın Srebrenitsa ile ilgili kararının<sup>3</sup> akabinde o bölgede görev almış bir asker olan Erdemovic ile ilgili kararın sunulmasının uygun olacağını düşündük. Kararında Adalet Divanı Srebrenitsa'da işlenen katliamı soykırım olarak kabul etmiştir. Ancak Sırbistan'ın sorumluluğunu kabul etmemiştir. Ayrı bir çalışmayı gerektirecek kadar ayrıntılı ve önemli bir karardır. Ayrıca üzerinde çalışmış olduğumuz Erdemovic Davası hakkındaki kararın çevirisi, belleğimizi tazelemeye de hizmet ederse, amacına ulaşmış olacaktır.

Çeviriye, kararın aslında bulunan dipnotları ve Yargıç Shahabuddeen kararın sonuna eklenen karşı oyunu dahil etmedik. Mahkemenin vermiş olduğu diğer kararlara ve milletlerarası bazı belgelere gönderme yapan bu dipnotlara kararın aslından ulaşmak mümkündür.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Karar için bkz.

<[http://www.icjci.org/icjwww/idocket/ibhy/ibhyjudgment/ibhy\\_ijudgment\\_20070226\\_frame.htm](http://www.icjci.org/icjwww/idocket/ibhy/ibhyjudgment/ibhy_ijudgment_20070226_frame.htm)>, (B.T. 28.02.2007)

<sup>4</sup> Karar metni için bkz. 37 I.L.M. 1182 (1998). Ayrıca kararı

<<http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/judgement/erd-ts980305e.htm>>,

(B.T.27.07.2006), Yargıç Shahabuddeen'in karşı oyu da

<<http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/judgement/erd-tsojsha980305e.htm>>,

(B.T.27.07.2006) sayfasında bulunabilir.

**BİRLEŞMİŞ  
MİLLETLER**

**1991'den beri Eski Yugoslavya Bölgesinde  
İşlenen Milletlerarası İnsancıl Hukukun Ciddi  
İhlalleri Nedeniyle Sorumlu Olan Kişilerin  
Yargılanması için Milletlerarası Mahkeme**

**Dava no.** IT-96-22-Tbis

**Tarih:** 5 Mayıs 1998

**Orijinal:** İngilizce

---

**DAVA DAİRESİNDE**

**Huzurunda:** Yargıç Florence Ndepele Mwachande Mumba (Başkan)  
Yargıç Mohamed Shahabuddeen  
Yargıç Wang Tieya

**Sicil Memuru:** Mrs. Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh

**Karar:** 5 Mayıs 1998

**SAVCI**

**v.**

**DRAZEN ERDEMOVIÇ**

---

**KARAR YARGILAMASI**

---

**Savcılık Makamı**

Mr. Grant Niemann

Mr. Peter McCloskey

**Sanık için Dava Vekili**

Mr. Jovan Babiç

Mr. Nikola Kostić

## I.GİRİŞ VE MUHAKEME TARİHÇESİ

1. Sanık Drazen Erdemovic, 1991'den beri Eski Yugoslavya Bölgesinde İşlenen Milletlerarası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlalleri Nedeniyle Sorumlu Olan Kişilerin Yargılanması için Milletlerarası Mahkeme'ye -bundan sonra “Milletlerarası Mahkeme”-, Yargıç Fouad Riad tarafından Milletlerarası Mahkeme'nin nezaretine nakledilmesi yönünde aldığı kararın akabinde, 30 Mart 1996'da gelmiştir.

2. Sanık, 2 Mart 1996'ya kadar Yugoslavya Federal Cumhuriyeti -bundan sonra “FRY”- yetkilileri tarafından 1995 Temmuz ayında “güvenli alan” olarak ilan edilen Srebrenitsa'da ve bu bölge çevresinde sivil halka karşı işlenen milletlerarası insancıl hukukun ciddi ihlalleriyle ilgili soruşturmalarıyla bağlantılı olarak alıkonulmuştur. 29 Mayıs 1996, Dava Dairesi II FRY'den Milletlerarası Mahkeme'ye 1995 Temmuz ayında Srebrenitsa içinde ve çevresinde sanık tarafından işlendiği iddia edilen milletlerarası insancıl hukukun ciddi ihlalleriyle ilgili bütün soruşturmaları ve cezai tatbikatları iletmesini istemiştir.

3. Milletlerarası Mahkeme'ye nakledilmesinden itibaren, sanık, Savcılık Ofisinin -bundan sonra “OTP”- dedektifleriyle Sırbistan'ın çöküşünü çevreleyen olaylar bağlamında işbirliği yapmıştır. Temmuz 1996'da, Savcı v. Rodavan Karadzic ve Ratko Mladic davasının bir duruşmasında Milletlerarası Mahkemenin Usul ve Kanıt Kuralları Kural 61'e uygun olarak tanıklık yapmıştır.

4. Sanık 22 Mayıs 1996'da insanlığa karşı bir suçla ve alternatif suçlama olarak savaş kuralları veya teamülünün ihlali nedeniyle suçlanmıştır. 29 Mayıs 1996'da iddianame Yargıç Rustam Sidhwa tarafından kabul edilmiştir. İddia şudur: 16 Temmuz 1995 ya da buna yakın bir günde, sanık Pilica kolektif çiftliğindeki silahsız sivil Bosnalı Müslüman erkeklere ateş etmiş, bu kişilerden bazıları öldürmüştür ve birimindeki (Bosnalı Sırp Ordusunun 10. Sabotaj Müfrezesi-bundan sonra “BSA”) diğer üyeler ve askerlerle birlikte bu sivillerin vurulması ve öldürülmesine iştirak etmiştir. Büyük bir hızla gerçekleştirilen bu infaz eylemleri, kesin rakamı belli olmayan yüzlerce sivil Bosnalı Müslüman erkeğin ölmesiyle sonuçlanmıştır.

5. 31 Mayıs 1996'daki Dava Dairesi I'den önceki ilk mahkeme huzuruna çıkmasında, sanık insanlığa karşı bir suç için olan suçlamayı kabul etmiştir. Bu Dava Dairesi sanığın suç kabulünü kabul etmiştir ve savaş kuralları veya teamülünün maddesinin ihlali şeklindeki alternatif suçlamayı ret etmiştir. Sanığın sağlık durumuyla ilgili kaygılardan dolayı Dava Dairesi psikolojik ve fizyolojik değerlendirme için bir uzman kurulu yetkilendirmiştir. Tıbbi uzman kurul, sanığın travma sonrası stres nedeniyle mahkemeye

bile çıkamayacak kadar şiddetli acı çektiğini rapor etmiştir ve ikinci bir incelemenin 6 aylık bir süreç içerisinde yapılmasına karar vermesini tavsiye etmiştir. 4 Temmuz 1996'daki bir durum değerlendirmesinde, sanık suç kabulüne devam etmeyi dilediğini belirtmiştir.

6. İkinci bir psikolojik ve fizyolojik inceleme yapılmış ve sanığın mahkemeye çıkabilecek durumda olduğunu doğrulayan 17 Ekim 1996 tıbbi uzmanlar kurulunun raporuna dayanarak, 19 ve 20 Kasım 1996 tarihlerinde ön-karar duruşması yapılmıştır. Dava Dairesi insanlığa karşı bir suç konusundaki suç kabulünü kabul etmiş ve kararlar ilgili olan tarafların taleplerini göz önüne almış, 29 Kasım 1996'da sanığı 10 yıl hapis cezasına çarptırmıştır.

7. 23 Aralık 1996'da, sanık için dava vekilleri Karar Yargılaması için temyiz talebinde bulunmuştur. Temyiz Dairesi 1 Kasım 1997'de Hükümünü vermiştir. Temyiz Dairesi davayı, inter alia, aşağıdaki nedenlere, yeni bir Dava Dairesi'ne havale etmiştir:

a- Davanın bu halinde, sanığın suç kabulü oluşmamıştır ve

b- İkrâh insanlığa karşı bir suç ve/veya masum olan insanoğlunun öldürülmesini içeren bir savaş suçu işlemekle itham edilen bir asker için tam bir savunma meydana getirmemektedir: ancak bu hafifletici neden olarak kabul edilebilir.

Yukarıdakilerin ışığında, Temyiz Dairesi sanığın kendisine karşı olan bütün suçlamaların doğasını ve başka Dava Dairesi huzurunda yaptığı suç kabulünün sonuçlarını tam olarak bilerek yeniden başvurmasına izin vermiştir.

8. 14 Ocak 1998'de, bu Dava Dairesi sanıktan yeni bir suç kabulü almıştır. Savaş kuralları ve teamüllerinin ihlalleriyle ilgili suçlamalar için suç kabulünde bulunmuştur. Savcı insanlığa karşı suçlarla ilgili alternatif suçlamasını geri çekmiştir. Ondan sonra Dava Dairesi ön-karar duruşmasındaki kararlar ilgili talepleri dinlemiştir.

## II. SUÇ KABULÜ [GUILTY PLEA]

### 9. Statü ve Milletlerarası Mahkemenin Usul ve Kanıt Kuralları

Statü madde 20 (3) öngörmüştür ki:

Dava Dairesi iddianameyi, sanığın haklarına saygı gösterildiğinden emin olarak, sanığın iddianameyi anladığını teyit ederek ve sanığın suç kabulüne başvurması için yol göstererek okumalıdır. Dava Dairesi ancak bundan sonra duruşma için gün belirleyebilir.

Suç kabulü durumunda, Usul ve Kanıt Kuralları Kural 62 *bis* şu şekildedir:

### Suç kabulleri

Eğer bir sanık Kural 62 (v) ile uyumlu olarak suçunu kabul ederse veya suçun kabulünü değiştirmeyi önerirse ve Dava Dairesi aşağıdakilerden emin olduğu takdirde, suç araştırmasına girebilir ve Sekreterden ön-yargılama duruşması için tarih belirlemesini isteyebilir:

(a) Suç kabulü iradi yapılmıştır

(b) Suç kabulü ikircil değildir ve

(c) Suç ve sanığın suça katıldığına ilişkin, ister bağımsız emarelere isterse davanın vakıaları hakkında taraflar arasındaki maddi bir anlaşmazlığın olmamasına dayansın, yeterli vakıa temeli bulunmaktadır.

Bu Dava Dairesi bu hükümleri dikkate almıştır.

#### **10. Milletlerarası Mahkemenin İçtihatları**

Temyiz Dairesi Kararı suç kabulüyle ilgili olarak, Dava Dairesinin uygulamak zorunda olduğu, *inter alia*, birkaç tane kriterden bahsetmektedir. Yargıç McDonald ve Yargıç Vohrah Ortak Görüş'lerinde şunu belirtmişlerdir:

“... bir suç kabulü gelmeden önce belli önkoşullar tamamlanmalıdır. Bize göre, asgari önkoşullar aşağıdaki gibidir:

(a) Suç kabulü iradi olmak zorundadır. Suç kabul etmenin sonuçlarını zihnen anlayabilecek kapasitede olan ve tehditlerden, tahriklerden ve vaatlerden etkilenmeyen bir sanık tarafından yapılmalıdır.

(b) Suç kabulü konusunda bilgi verilmelidir, yani sanık, kendine karşı olan suçlamaların yapısını ve suç kabulünde bulunmasının sonuçlarını anlamış olmalıdır. Sanık ne için suç kabulünde bulunduğunu bilmek zorundadır.

(c) Suç kabulü ikircil olmamalıdır. Cezai sorumluluğun kabulüyle çelişen bir savunmaya karşılık gelen ifadeler bulunmamalıdır.”

#### **11. Sanığın Suç Kabulü**

14 Ocak 1998'deki yeniden başvurma duruşmasında, Dava Dairesi sanığa Statü ve Temyiz Dairesi'nin Kararı'yla uyumlu olarak iki alternatif suçlama arasındaki farkı açıklamıştır ve suç kabul ederken suçlamalarla ilgili seçeneklerini hatırlatmıştır. Kabulden önce, sanık kendisine karşı olan iddianameyi anladığını, kendisine anlatılanları anladığını, kendisi tarafından yapılacak herhangi bir suç kabulünün sonuçlarını anladığını ve hizmetleriyle tatmin olduğu Savunma Dava Vekilleri'nin yasal tavsiyelerinden yararlandığını kabul etmiştir.

Sanık, iddianamenin 2. suçlaması, yani “Mahkemenin Statüsü'nün 3. Maddesi kapsamında cezalandırılabilir olan ve Cenevre Konvansiyonlarının 3(1)(a) Maddelerinde (cinayet) tanınan savaş kurallarının veya teamülünün ihlali” için suç kabulünde bulunmuştur. Dava Dairesi de kabulün geçerli olup olmadığını ve uygunluk kriterleri kapsamında kabul edilebilir olup olmadığını ele almıştır. Dava Dairesi sanık, Savcı ve Dava Vekilinin gerekli tahkikatlarını yapmış, iddiaların olgusal temellerini göstermiş ve sanığa olabilecek ceza konusunda bilgi vermiştir. Suç kabulünün çevresindeki şartları gerektiği gibi göz önüne alarak, Dava Dairesi suç kabulüyle ikna edilmiş ve dolayısıyla sanığı mahkum etmiştir.

### III. KARAR İLKELERİ

#### **12. Statü ve Milletlerarası Mahkemenin Usul ve Kanıt Kuralları**

Statü aşağıdaki hükümleri içerir:

#### Madde 7

#### Bireysel Cezai Sorumluluk

...

4. Sanığın, Hükümetin ya da üstün emri üzerine eylemde bulunmuş olması gerçeği, onu cezai sorumluluktan kurtarmaz, ancak Milletlerarası Mahkeme gerektiğini belirlerse, cezanın hafifletilmesinde dikkate alınabilir.

#### Madde 24

#### Cezalar

1. Yargılama Dairesi tarafından verilen ceza, hapis cezası ile sınırlıdır. Hapis cezasının koşullarını belirlemede Yargılama Daireleri eski Yugoslavya'daki mahkemelerce verilmiş hapis cezalarının genel uygulamasına başvurmak durumundadır.

2. Yargılama Dairesi, cezayı belirlerken, suçun ağırlığı ve mahkum edilen kişinin kişisel durumları gibi unsurları göz önüne alır.

3. Hapis cezasına ek olarak Yargılama Dairesi, suç eylemiyle, ikrah da dahil olmak üzere, yasal sahiplerinden elde edilen mülkün ya da kazancın iadesini emredebilir.

Usul ve İspat Kuralları aşağıdaki gibidir:

#### Kural 101

#### Cezalar

(A) Bir mahkum, ömür boyu hapis de dahil olmak üzere hapis cezasına çarptırılabilir.

(B) Cezanın belirlenmesinde Yargılama Dairesi Statü madde 24 paragraf 2'de

belirtilen etkenlerle birlikte aşağıdaki etkenleri de dikkate alır:

(i) Her türlü ağırlaştırıcı neden;

(ii) Suçlanan kişinin suçlamadan önce ya da sonra Savcı ile yaptığı işbirliği de dahil olmak üzere her türlü hafifletici neden;

(iii) Eski Yugoslavya'daki mahkemelerce verilmiş hapis cezalarıyla ilgili genel uygulama;

(iv) Statü md 10 (3)'te belirtildiği şekliyle herhangi bir Devlet tarafından, sanığın aynı eylemi için verilmiş cezanın çekildiği müddet.

(C) Dava Dairesi çoklu cezaların art arda mı yoksa aynı anda mı çekileceğine karar verebilir.

(D) Verilen ceza Alt-Kurul 102 (B) uyarınca kamuya, sanığın huzurunda ilân edilmelidir.

(E) Mahkumun, eğer varsa, yargılama yada temyiz için beklerken gözetimde tutulduğu dönem hapis cezasından düşülür.

Dava Dairesi bu hükümleri gerektiği gibi göz önüne almıştır.

#### **IV. DELİLLER**

##### **13. Dava Dairesi Huzurundaki Materyaller**

Milletlerarası Mahkeme'den huzurunda sanığa karşı yapılan önceki yargılama esnasında, Milletlerarası Mahkeme'nin yargılama usulüne uygun olarak deliller sunulmuş ve kabul edilmiştir. Bu, sanık tarafından sözlü inceleme sırasında verilen delilleri, korunan tanıklar X ve Y'nin delilleri ve sanık hakkındaki psikolojik ve fiziksel raporları içermektedir.

14 Ocak 1998'deki ön-karar duruşmasında, hem Savcı hem de Dava Vekili Dava dairesinden, delil olarak sunulan belgelerden bir kısmının, daha önceki yargılamanın tutanaklarının belli kısımlarının kabul edilmesini talep etmişlerdir.

İki tarafın da rızasıyla, Dava Dairesi aşağıdakileri delil olarak kabul etmiştir:

(a) Savcı v. Radovan Karadzic ve Ratko Mladic davasında 5 Temmuz 1996'daki Kural 61 duruşmasında sanığın verdiği tanıklık protokolü;

(b) 31 Mayıs 1996'da Dava Dairesi I huzurundaki sanığın ilk duruşmadaki



tutanakları;

(c) Dava Dairesi I'nin atadığı bir Tıbbi Uzmanlar Komisyonu tarafından 24 Haziran 1996 tarihli psikiyatrik ve psikolojik değerlendirme, bundan sonra “Tıbbi Rapor I”;

(d) Dava Dairesi I'nin atadığı bir Tıbbi Uzmanlar Komisyonu tarafından 14 Ekim 1996 tarihli psikiyatrik ve psikolojik değerlendirme, bundan sonra “Tıbbi Rapor II”;

(e) 19 Kasım ve 20 Kasım 1996 tarihlerindeki Dava Dairesi I huzurundaki Ön-Karar duruşmasının, sanığın, korunan tanıklar X ve Y'nin ve Bay Jean-Rne Rnez'in tanık ifadelerini de içerir şekilde, tutanakları ve

(f) Bir gazeteci olan Vanessa Vasic-Janekovic tarafından 7 Ocak 1998 tarihli Sicil Memuru'na hitaben bir mektup.

Sanık, mahkemede hazır bulunmasına rağmen, sözlü tanıklık yapmayı reddetmiştir ve onun yerine Milletlerarası Mahkeme'den önceki yargılama usulleri sırasındaki eski ifadelerine dayanılmasını talep etmiştir. Bay Jean-Rne Rnez, OTP'un Sırbistan'ın anklav (enclave) tahkikatlarından sorumlu olan Soruşturma Memuru, Dava Dairesi huzurunda sözlü tanıklık yapan tek tanıktır.

Taraflar vakıalar üzerinde anlaşmışlardır. Özellikle, sanık iddianamede ileri sürülen olayların gerçek olduğunu, Savcı ise sanığın söz konusu eylemleri ölüm tehdidi ve üstlerince verilen emirler çerçevesinde işlediğinin doğru olduğunu kabul etmiştir.

Bu şartlarda, Dava Dairesi tarafların sunduğu olayları vakıalar olarak kabul etmiştir, yani iddianamede ileri sürülen vakıalar ve sanığın önceki tanıklıklarında betimlediği olaylar, vakıa ifadeleridir. İddianamenin 8 ve 12. paragraflar arasında ortaya konan vakıalar özel öneme sahiptir:

“8. 13 Temmuz 1995 ve yaklaşık 22 Temmuz 1995 arasında, binlerce Bosnalı Müslüman erkek Bosnalı Sırp ordusu ve Bosnalı Sırp polisi üyeleri tarafından, Kravica'da bir depo, Lezete yakınlarında bir mera ve bir barajda ve diğer alanlardaki türlü yerleri de içeren ancak bunlarla sınırlı olmayan çeşitli mekanlarda hızla öldürülmüşlerdir.

9. 16 Temmuz 1995'de veya buna yakın bir tarihte, DRAZEN ERDEMOVİĆ ve Bosnalı Sırp Ordusunun 10. Sabotaj Müfrezesi'nin diğer üyeleri Pilica yakınında bir toplama kampına gönderilmiştir. Bu kamp, Zvornik Belediyesi'nde Zvornik'in kuzeybatısında bulunmaktadır.

10. 16 Temmuz 1995'de veya o buna yakın bir tarihte, DRAZEN ERDEMOVİĆ ve

onun birliğinin diğer üyeleri, Bosnalı Sırp ordusu ve polisine teslim edilen Bosnalı Müslüman sivil erkeklerin Sırbistan'dan otobüslerle bu toplama kampına gün boyunca getirildiği bilgisini almışlardır.

**11.** 16 Temmuz 1995'de veya buna yakın bir tarihte, Bosnalı Müslüman erkekleri taşıyan otobüsler Pilica'daki toplama kampına gelmiştir. Her bir otobüs 17-60 yaşları arasında değişen Bosnalı Müslüman erkeklerle doluydu. Her bir otobüsün kampa varmasından sonra, Bosnalı Müslüman erkekler yaklaşık 10 kişilik gruplarla, 10. Sabotaj Müfrezesi'nin üyeleri eşliğinde kamp binalarına bitişik bir alana götürülüyor, DRAZEN ERDEMOVIC ve birliğinin diğer üyelerine arkalarını dönerek sıraya diziliyorlar ve öldürülüyorlardı.

**12.** 16 Temmuz 1995'de veya buna yakın bir tarihte, DRAZEN ERDEMOVIC, Pilica toplama kampında silahsız Bosnalı Müslüman erkelere, ateş etmiş, adam öldürmüş, kendi birliğinin diğer üyelerine ve başka tugayın askerlerinin ateş etme ve öldürme faaliyetlerine iştirak etmiştir. Hızlı bir şekilde gerçekleştirilen bu infazlar, Bosnalı yüzlerce Müslüman erkek sivilin ölümüyle sonuçlanmıştır.”

**14.** Bununla beraber, Dava Dairesi aynı zamanda sanığın söz konusu suçu ölüm tehdidi altında işlediği savunmasını kabul etmiştir. Daha önceki yargılamaların farklı aşamalarında, aşağıdaki gibi tanıklık etmiştir:

31 Mayıs 1996'da Dava Dairesi I huzurunda:

“Yüce Mahkeme, bunu yapmak zorundaydım. Eğer reddetseydim, ben de mağdurlarla birlikte öldürülecektim. Reddettiğimde, bana “Eğer onlar için üzgünsen, kalk, onlarla birlikte kuyruk oluştur ve biz seni de öldürelim.” Kendimi düşündüğümden değil, fakat eşimi ve o zaman 9 aylık olan oğlumu düşündüm; beni öldürecekleri için karşı duramadım.”

5 Temmuz 1996'da Radovan Karadzic ve Ratko Mladic'e karşı Kural 61'le ilgili olarak yapılan yargılamada Dava Dairesi I huzurunda:

“S. Bu sivillere neler oldu?

C. Bu sivillere ateş etmek, yani onları öldürmek için emir aldık.

S. Bu emre uydunuz mu?

C. Evet, fakat ben önce direndim ve Brano Gojkovic bana, eğer bu insanlar için üzülüyorsan, onlarla birlikte sıraya girebilirsin dedi; ve ben bunun sadece bir tehdit olmadığını fakat olabileceğini biliyordum, çünkü bizim birimde öyle bir hal almıştı ki

grubun Kumandanı herhangi bir bireyi eğer grubun güvenliğini tehdit ediyorsa veya eğer başka herhangi bir yolla Komutan Milorad Pelemis tarafından atanmış grubun Komutanına itiraz ederse doğrudan idam edebiliyordu.”

19 Kasım 1996'da Dava Dairesi I huzurunda:

“Benim için çok zordu, fakat başka tercihim yoktu. Tercihim yoktu.”

19 Kasım 1996'da Dava Dairesi I huzurunda:

“Yarbay Colonel bizi bir kampa götürdü. Bu kampın adını bilmiyordum. Biraz önce yerini tarif etmiştim. Pilica köyünün orada olduğunu biliyordum, fakat ne olduğunu ben ancak oraya gittiğimiz zaman öğrendim. Bize Sırbistan'dan bir otobüs dolu sivilin geleceğini söylediler. Ben hemen bu işte yer almak istemediğimi söyledim ve “Siz normal misiniz? Ne yaptığınızı biliyor musunuz?” dedim. Ama kimse beni dinlemedi ve bana dediler ki,” Eğer istemiyorsan, eğer sen... şimdi gidebilir ve onlarla birlikte sırada durabilirsin. Bize kendi tüfeğini verebilirsin.”

Size son kez söylüyorum, eğer yalnız olsaydım, eğer bir karım ve bir oğlum olmasaydı, karşı koyardım ve başka şeyler olurdu. Bunu yapmak zorundaydım. Buna yapmaya zorlandım.”

19 Kasım 1996'da Dava Dairesi I huzurunda:

“Yüce Mahkeme, ilk önce şunu söylemek isterim ki bunu yapmak istemedim. Bu..ben emir altındaydım. Eğer bunu yapmasaydım, ailem zarar görürdü ve hiçbir şey değişmezdi.”

19 Kasım 1996'da Dava Dairesi I huzurunda:

“S. Herhangi bir zamanda emirlere uymadığı için vurulan birini biliyor musunuz?

C. Yani, şöyle söyleyeyim, emire uymayı reddetse idim beni öldüreceklerinden eminim çünkü Pelemis'in birine bir başkasını öldürmesini emrettiğini hatırlıyorum ve bu tip başka emirleri de biliyorum, demek istediğim, eğer kendisine itaatsizlik edilirse bir Kumandan'ın yapmakla yetkilendirildiği şeyi kastediyorum; hemen bu kişilerin tasfiyesini emredebilirdi. O birkaç gün içinde her yönüyle bunu gördüm ve bunun tamamen neyle ilgili olduğu benim için açıktı.”

20 Kasım 1996'da Dava Dairesi I huzurunda:

“Yarbay Colonel araca bindik ve gitmeye başladık, sonra Brano “Şimdi otobüsler Sırbistan'dan sivillerle dolu bir şekilde gelecek” dedi. Sivillere vurgu yapıyordu, bu sivil

kıyafetler giyebileceklerini söylemek içindi. Ben “Hey millet, ben bunu yapmak istemiyorum, siz normal misiniz?” dedim. Bir şey olmadı. “Bay Erdemovic”... bu Brano'nun bana söylediği şeydir, “eğer istemiyorsanız, onlarla dikilin ve böylece ben de, biz de sizi öldürebilelim veya onlara silahlarınızı verin onlar sizi vursun.”

Bu noktada kendim için o kadar korkmuyordum. Eğer yalnız olsaydım, kaçardım, bir şeyler yapmaya çalışırdım, nitekim onlar ormana veya neresi olursa kaçmaya çalıştılar. Fakat benim çocuğuma ve karıma ne olurdu? Yani benim omuzlarıma düşen böyle büyük bir yük vardı. Diğer taraftan, insanları öldürüyor olduğumu biliyordum, bunu gizleyemem, bu benim vicdanımı yakmaya devam edecek.”

20 Kasım 1996'da Dava Dairesi I huzurunda:

“S. ... 16 Temmuz 1996'daki görevinizin ne olacağını kavradığınız o andan itibaren ve ateş etmenin durduğu öğleden sonra saat 3 civarına kadar, hayatınızı tehlikeye atmadan bu ateş etmede yer almanızı engelleyecek herhangi bir olanağınız var mıydı?

C. Hayır. Hayır, samimiyetle ve açık bir şekilde yanıtlıyorum; sırf kendimi savunmak için söylemiyorum bunu. Gerçekten dürüstüm.....”

## V. VAKIALARA UYGULANACAK HUKUK

### **15. Ağırlaştırıcı Nedenler**

Dava Dairesi, 17 ve 60 yaşları arasında yüzlerce Bosnalı Müslüman sivil erkeğin sanığın yer aldığı infaz birliği tarafından öldürüldüğünü kabul etmiştir. Savcı, bir Kalaşnikof otomatik tüfek kullanarak tekli atışlar yaptığını söyleyen sanığın tek başına yüz (100) insanı öldürdüğünü tahmin etmiştir. Bu sanığın kendi yetmiş (70) insan tahmini ile yaklaşık olarak eşleşmektedir. İştirak etme kararı başlangıçta ne kadar gönülsüz olursa olsun, öldürmeye devam etmiştir. Dava Dairesi suçların büyüklüğü ve onun içindeki sanığın rolünün derecesi Milletlerarası Mahkeme'nin Statüsü'nün 24(2). Maddesine uygun olarak ağırlaştırıcı bir durum olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

### **16. Hafifleştirici Nedenler**

#### *i. Kişisel Durumlar*

##### *Yaş*

Pilica toplama kampındaki cinayetler zamanında, sanık 23 yaşındadır. Şimdi 26 yaşındadır ve deliller onun “çevre için zararlı bir kişi olmadığını” göstermektedir.

Dava Dairesi sanığın kişisel hallerinin ve karakterinin (aşağıya bakınız) onun ıslah

edilebilir olduğunu ve halen bunu yapacak kadar gençken tahliyesinden sonra hayatını temizlemeye başlaması için ikinci bir şans verilebileceğini gösterdiğine inanmaktadır.

### *Ailesi ve geçmişi*

Sanığın farklı bir etnik kökenden bir karısı vardır ve çiftin 21 Ekim 1994'de doğan küçük bir çocuğu bulunmaktadır. Savunma Vekili sanığın ailesinin zor günler geçirdiğini ve hapis cezasının hükmünü çekmesinden dolayı sıkıntı çekebileceğini belirtmiştir.

Sanık eğitilmiş olan bir anahtarıdır ve eski Yugoslavya'yı yutan şiddet girdabının içine çekilmiştir. Barışçı düşüncelere sahip olduğunu belirtmiş ve savaşa ve milliyetçiliğe karşı olduğunu iddia etmiştir. Sanık, ailesinin geçimini sağlamak için BSA'ya katılmak zorunda kaldığını ileri sürmüştür. Temmuz 1995'te, kumandan olmadığı bir pozisyonda, 10. Sabotaj Müfrezesi'nde er olmuştur. Bu birlikte iki aylık bir süre için çavuş olmasından başka, sade bir asker olmuştur. Çatışmada herhangi bir etnik gruba bağlı kalmaması, sırasıyla Bosna-Hersek Cumhuriyeti Ordusu'nda (bundan sonra “ABH”), Hırvat Savunma Meclisi'nde (bundan sonra “HVO”) ve BSA'da gönülsüz bir şekilde bulunduğu bellidir. Mevki sahibi bir asker olma fırsatı, bu taraflardan hiçbirisi tarafından sanığa teklif edilmemiştir.

10. Sabotaj Müfrezesi, düşman bölgesinde keşif ve ABH tarafından kontrol edilen atış alanlarında patlayıcı maddeleri yerleştirme faaliyetlerinde bulunmaktaydı. Sanığa göre, bu birimi seçmişti çünkü “insan hayatlarına zarar vermeyi içermiyordu. Topları, eski demirleri içeriyordu.” Üstelik, orada Sırp olmayan başka askerler de vardı ve söz konusu zamanda kötü bir ünleri de yoktu.

### *Karakter*

Savcı sanığın verdiği bilgilerde tutarsızlık bulunmadığını belirtmiştir; tahkikatları kendilerine anlattığı şeylerin çoğunu doğrulamıştır; aynı zamanda Savcı, sanığın dürüst bir yapıya olduğuna da işaret etmiştir. İtirafı bulunması ve suçunu istikrarlı bir şekilde kabul etmesi, özellikle de gönüllü olarak ortaya çıkması ve tahkikat yapan otoritelerce kendisinin katliamlara iştirak ettiğinin bilinmesinden önce katliamlardaki rolünü söylemesi, dürüstlüğünü desteklemektedir.

Savunma Vekili sanığı bağınazlık ve müsamahasızlık belirtisi göstermeyen, zordaki kişilere yardım etmek isteyen rahat, genç bir adam olarak tanımlamıştır. Evlenmek için bir başka etnik gruptan bir kadını tercih etmesine de yansıdığı gibi, hoşgörü değerleri içerisinde terbiye görmüştür. Savunma Vekili sanığı, savaş kasırgasının bir kurbanı ve

kendi emellerinin mağduru olarak görmektedir.

Tıbbî Uzmanlar Komitesi duygusal toyluk tespitinde bulunurken, Savunma Vekili'nin, sanığın cinayetleri işlediği zaman “geçici akli bozukluk çekmesinden dolayı akli sorumluluktan yoksun olduğu, ya da en azından akli sorumluluğunun önemli ölçüde azaldığı” şeklinde, Dava Dairesi I'e yaptığı (Dava Dairesi huzurunda tekrar ileri sürülmeden) savunmayı destekleyen bir kanıt yoktur.

Dava Dairesi sanığın sabıka kaydı olmadığını ve Sırbistan'daki kitlesel katliamlardan önce, hiç kimseyi öldürmediğini söylediğini belirtmiştir.

Sanıkla birlikte HVO Askeri Polis'te olan Tanık X, Dava Dairesi I huzurunda sanığın Majevica Dağı'nda hayatını kurtardığı yönünde tanıklık etmiştir. Sanık, Tanık X'in yanına geldiğinde, BSA'dan başka askerlerle birlikteymiş, ve yanındaki askerlerin eski arkadaşını öldürmelerini engellemiştir. Sanığın ısrarları üzerine Tanık X sonuç olarak zarar görmeden serbest kalmıştır.

Aynı zamanda Dava Dairesi I'in huzurunda tanıklık yapan Tanık Y, sanıkla 1993'te tanışmıştır ve çok etnikli bir arkadaş grubunda tanıkla birlikte bulunmuştur. Bu tanığa göre, sanık milliyetçi değildir. O çatışmacı olmayan, popüler, neşeli ve sempatik biriydi. Tanık Y sanığın savaştan ve ordudan nefret ettiğinden emindi fakat sadece bütün bunları yapmak zorunda olduğuna inanmaktadır; kendi özgür iradesi ile adam öldürecek bir insan değildir.

Dava Dairesi I huzurundaki bu Dava Dairesi tarafından kabul edilen sanığın delillerine göre, asıl olarak kadınlardan ve çocuklardan oluşan bir Sırp sivil aileye, Tuzla alanından Sırp Cumhuriyeti'ne kaçmaları için yardım etmiş, bunun sonucunda HVO'daki askerler kendisine hakaret etmiştir. Aynı zamanda bu olayın sonucunda tutuklandığı da görülmektedir. Sanık Milletlerarası Mahkemeye, Pilica toplama kampındaki cinayetler süresince, bir adamı kurtarmaya çalıştığını, fakat bunu yapamadığını, çünkü kumandanı Brano Gojkovic'in bu suça herhangi bir tanık istemediğini söylediğini anlatmıştır.

## ii. Suç kabulü

Dava Dairesi, Savunma Vekili'nin, sanığın suç hakkındaki ifadeleri, “her şeyden öte, bir yandan hakikate yönelik ahlaki tutumu ve diğer yandan, sadece sanığın yerel çevresi değil daha geniş bir şekilde, bu alanda insanların kötüye kullanılmalarının sınırlarının nereye kadar gittiğinin anlaşılabilmesi açısından ele alınmalıdır”. Suç kabulü dürüstlüğü göstermektedir ve insanların, ister halihazırda suçlanmış olsun isterse faili meçhul olsunlar, Milletlerarası Mahkeme'ye gelmelerini cesaretlendirmek için önemlidir.

Milletlerarası Mahkeme'yi uzun bir incelemeye ve davaya harcayacağı zamandan ve emekten kurtaran, bu gönüllü suç kabulü takdir edilmiştir.

### iii. *Pişmanlık*

Sanık Dava Dairesi I'e şu şekilde beyanda bulunmuştur:

“Sadece şunu demek isterim ki sadece o kampta öldürülenler için değil, bütün mağdurlar için üzgünüm. Milliyetleri ne olursa olsun Bosna ve Hersek'teki kamplarda bulunan bütün mağdurlar için üzgünüm.”

24 Haziran 1996'da, Tıbbi Uzmanlar Komitesi sanığın suçuyla ilgili kararsız duyguları olduğunu belirtmiştir. “Masum insanları öldürdüğünü biliyor, fakat başka bir şansı yok. Ona insanlara ateş etmesi için emir veren başka insanlar var. Hukuksal anlamda, itham edildiği suçlar nedeniyle kendisini suçlu görmemektedir.” Srebrenitsa'daki zulmün akabinde sanığın çektiği travma sonrası stres, iradesine aykırı bir şekilde cinayet işlemeye zorlanmaktan dolayı nasıl acı çektiğini göstermektedir.

Aynı zamanda Dava Dairesi Bay Jean-René Ruez'in tanıklığını da göz önüne almıştır. OTP'nin tahkikatlarında sanıkla yakın olarak çalışabilen Bay Ruez, Dava Dairesi'ne sanığın üzüntü duyduğu ve pişmanlığının samimi ve gerçek olduğu konusunda hiçbir şüphesi olmadığını ve gerçekten duygusal bir süreçten geçtiğini belirtmiştir.

Bu daha önce Dava Dairesi I'e verdiği delille uyumludur:

“Bununla beraber bir şey kesindir ve bu benim onunla yaptığım görüşmelerin seyrinin içindedir; bu durumda bulunmaktan dolayı samimi pişmanlığını ifade etmiştir. Onun her zaman bu olaylar sırasında bir şeylerin nasıl meydana geldiğini düşünme zamanı vardı. Onun için bütün o hatıraları bir araya getirmek zor bir şeydi ve hep böyle oldu. Yargılamada ayrıntılara girdiği her durumda, o olaylara iştirak ettiği için ne kadar üzgün olduğunu söyleyecektir.”

### iv. *OTP ile işbirliği*

“Drazen Erdemovic'in işbirliği kesinlikle mükemmeldi.” Bu sözler nadiren bir sanığın Savcısı tarafından söylenir. Dava Dairesi, Milletlerarası Mahkemenin Usul ve Kanıt Kuralları Madde 101 kapsamında böyle bir işbirliğiyle ilgili yükümlülüğü hatırlayarak bu doğrultuda notlar almıştır. Aynı zamanda Savcı'nın, Bay Ruez'in tanıklığıyla desteklenmiş, sanığın karşılığında herhangi bir şey istemeden işbirliği yaptığı ve işbirliğinin genişliği ve değerinin önemli bir hafifletici olduğunu gösterecek durumda olduğu şeklindeki takdimini de göz önüne almıştır.

*Diğer faillerin isimlerini ve kimliklerini içeren yeni bilginin hazırlanması, mevcut bilginin tevsik ve teyid edilmesi*

OTP Srebrenitsa'da işlenen cinayetleri ancak genel hatlarıyla biliyorken, daha önce bilinmeyen dört olayla ilgili detayları içermesi nedeniyle sanığın tanıklığı özellikle değerlidir: Pilica toplama kampındaki cinayetler, Pilica kültür salonundaki cinayetler, sanık şehre geldiğinde Srebrenitsa'da askerlik çağındaki kimliği belirsiz sivil erkeklerin öldürülmesi ve sanık Brijeljina'ya döndükten sonra, 13 Temmuz 1996'da Vlasenica'da emir altındaki askerler tarafından bir mahkumun boğazı kesilerek öldürülmesi. Sanığın tanıklığından önce, OTP'nin bu olaylardan haberi yoktu.

Sanık sözü edilen olaylarla ilgili olarak, komutanlarının ve arkadaşı olan katillerin kimliklerini içeren önemli ayrıntılar vermiş ve Drina Birlikleri, BSA'nın yapısı ve 10. Sabotaj Müfrezesi ve Bratunac Tugayı gibi Srebrenitsa'nın devralınmasında bulunan birlikler hakkında bilgi sağlamıştır.

#### *Kural 61 duruşmasında verilen deliller*

5 Temmuz 1996'da, sanık Radovan Karadzic ve Ratko Mladic karşı açılan davanın duruşmasında Kural 61 doğrultusunda delil sunmuştur. Tanıklığı iki açıdan önemlidir: Kural 61 kararıyla Daire bu ikisi için milletlerarası tutuklama müzakerelerini konu edinmesi için katkıda bulunmuştur, ikinci olarak, tanıklığı, BSA'nın içinden biri olarak, Srebrenitsa'da neler olduğuna kanıt teşkil etmektedir.

#### **17.Zorlama**

Dava Dairesi Temyiz Dairesi'nin “ikrahın masum insanların öldürülmesini içeren insanlığa karşı suç ve/veya bir savaş suçunu işleyen bir asker için tam bir savunma olmayacağı” hükmünü uygulamıştır. Bu sadece bir hafifletici neden olarak dikkate alınabilir.

Taraflar ve Dava Dairesi tarafından bu davada zorlama olduğu kabul edilmiştir. Sanığın daha önceki ifadelerinden yukarıda söz edilmişti. Bay Ruez, çok şiddetli ve zalimce bir savaş durumundan, Srebrenitsa için yapılan vahşi bir mücadeleden, askerlerin üstlerinin emriyle cinayet işlemeden, sanığın BSA'da Bosnalı Hırvat olarak savunmasız pozisyonundan ve komutanı Milorad Pelemis ile uyuşmazlıklarından ve sonraki rütbe indiriminden bahsetmiştir. Sanığın ateş etmeyi reddetmesi durumunda, “kati olarak derin sıkıntılara gireceğini...” düşündüğünü söylemiştir.

Sanık çaresiz bir mağdur olarak hissetme eğilimi göstermektedir; çeşitli durumlarda hiçbir seçeneği olmadığını birçok kez ifadelerinde belirtmiştir. Asker olmasından



bahsederken, Hırvat Cumhuriyeti'nden ayrılmasında Sırp Cumhuriyeti'ni seçmek dışında şansı olmadığını, BSA'ya “ailesinin geçimini sağlamak için” katılmak zorunda olduğunu, askeri kışlalara gitmek “açıkça zorunda kaldığını” ve arkasında yatalak bir eş ve hasta bir çocuk bıraktığını ve Srebrenitsa operasyonunda yer almaktan başka bir çaresi olmadığını ve Pilica toplama kampı katliamında öldürülen “kişilere ateş etmek zorunda olduğunu” anlatmıştır. Diğer taraftan, savunmasızlık zincirini kırdığında olaylarla ilgili tanıklık yapmış ve pozitif tutum almıştır; örneğin Tuzla'da bazı Sırp'ları kurtarmış, Tanik X'i kurtarmış, Teğmen Milorad Pelemis'in emirlerine uymayı reddetmiş, toplama kamplarında öldürmeyi reddetmeye çalışmış ve Pilica'daki kültür salonunda öldürmeyi reddetmiştir. Böylece kendi düşünceleriyle hareket ettiğinde, pozitif eylemde bulunur olmuştur. Aldığı riskleri hesapladığı ve dikkate aldığı görülmektedir.

Kanıtlar, sanığın karşılaştığı durumun istisnai halini göstermektedir. Dava Dairesi emirlere uymadığı zaman sanığın öldürülebileceğinin gerçek bir risk olduğunu anlamıştır. Sanık duygularını dile getirmiş, fakat bu meselede hiçbir şansı olmadığını kavramıştır, öldürmek ya da öldürülmek zorundadır.

## VI. ADLİ PAZARLIK SÖZLEŞMESİ

18. 8 Ocak 1998'de, her iki taraf Sicil Memuru'na “Drazen Erdemovic ve Savcılık Ofisi arasında Suç Kabulü Sözleşmesinin Dikkate Alınması için Ortak Önerge” teslim etmiştir. Önergeye ekli suç kabul sözleşmesi, tarafların sanığın suç kabulünün doğası ve sonuçlarına ilişkin düşüncelerini açıklığa kavuşturmayı ve taraflar ile Dava Dairesine, sanığın yaptığı kabulün, Milletlerarası Mahkeme'nin kuralları uyarınca geçerliği olduğunu garanti etmeye yardımcı olmayı amaçlamaktadır. Suç kabulü sözleşmesinin önemli noktaları şunlardır:

(a) Sanık, savaş hukuku veya teamülünün ihlali şeklindeki suçlama 2'deki suçunu ve suçunun sonuçlarını, bu suçlama ile insanlığa karşı suç şeklindeki alternatif suçlama arasındaki ayrımı ve bu kabulün sonuçlarını tümüyle anlayarak kabul etmektedir.

(b) Sanığın kabulü suçluluğuna ve itham edildiği bütün eylemler için tam sorumluluğunu tanımasına dayanmaktadır.

(c) Taraflar sanığa karşı olan iddialara ilişkin vakıalar, özellikle de ikrahın olduğu gerçeği konusunda anlaşmışlardır.

(d) Taraflar, cezanın belirlenmesinde Dava Dairesinin asli yetkisini tümüyle tanıyarak, hafifletici durumları göz önüne alarak, yedi yıl hapis cezasının uygun olacağını tavsiye etmişlerdir.

(e) Suçlama 2'ye suç kabulü yapması için sanığın anlaşması kapsamında, Savcı insanlığa karşı suç şeklindeki alternatif suçlamayla ilgili herhangi bir işlem yapmamayı kabul etmiştir.

19. Adli pazarlık sözleşmeleri bazı hukuk sistemlerinde geçerlidir. Milletlerarası Mahkemenin Statüsü'nde ve Usul ve Kanıt Kuralları'nda böyle bir sözleşme için hüküm yoktur. İlk kez Milletlerarası Mahkeme'ye böyle bir belge sunulmuştur. Bu davada kabul sözleşmesi sadece taraflar arasında yapılmış, Dava Dairesi'nin yardımı veya teşviki olmadan kendi inisiyatiflerinde ulaştıkları bir sözleşmedir. Dava Dairesi'nin Başkan Yargıcı tarafından sorgulanması üzerine, sanık sözleşmeyi ve orada bulunan meseleleri idrak ettiğini teyit etmiştir. Her ne kadar, ortak önergedeki tavsiyelere ek olarak, 14 Ocak 1998'deki duruşmada Savcı ve Savunma Vekili tavsiye niteliğinde ifadelerde bulunmuşlarsa da, taraflar suç kabulü sözleşmesinin bu Daire üzerinde bağlayıcı bir etkisi olmadığını biliyorlardı. Hiçbir şekilde bu sözleşmeyle bağlı değilse de, Dava Dairesi sanığa verilecek cezanın belirlenmesinde bunu özenli bir şekilde dikkate almıştır.

## VII. DAİRENİN CEZA VERME POLİTİKASI

20. Daha önceden tartışılan hafifletici ve ağırlaştırıcı durumlara ek olarak, Dava Dairesi, cinayetlere ilişkin durumları göz önüne alarak, özellikle katliamın mağdurlarını cinayetlerden önce ve süresince maruz bıraktıkları ıstırapın derecesine, sanığın öldürmek için kullandığı araçlara ve o zamanki tutumuna bakarak hüküm vermiştir. Terör ve şiddetin atmosferi sanık ve Bay Ruez tarafından Dava Dairesi'ne çok iyi betimlenmiş; mağdurlar, özellikle Bratunac Tugay'ın üyelerinin katılımından sonra, sözlü suiistimal, aşağılama ve fiziksel saldırılara maruz kalmışlardır. İlk grup cinayetten sonrasında gelen mağdurlar, öldürülmüş kişilerin cesetlerini gördükleri ve sanığın ve arkadaşlarının ateşlediği silahları duydukları için, öldürüleceklerini biliyorlardı. Bu insanların çektiği acının derecesi göz ardı edilemez. Ancak sanığın bu korkunç göreve katılmadaki isteksizliği ve bu görevi gerçekleştirmeye yönelik verdiği tepki, bu Kararın diğer yerlerinde tartışılmıştı. Açıktır ki, sanık yaptığı işten vahşice bir zevk almamıştır.

21. Sanığın işbirliği gösteren tutumuna uygun bir ağırlık vermek, milletlerarası ceza yargısının çıkarınadır ve bu Milletlerarası Mahkemenin amaçları arasında bulunmaktadır. Sanık Kendisini bu nedenle kovuşturan herhangi bir otorite yokken, katliama katıldığını, nihayetinde büyük bir ihtimalle bir kovuşturmayla karşılaşacağını bile bile, dürüstçe itiraf etmiştir. Milletlerarası Mahkemenin yargı yetkisine teslim olanların ve suçlarını itiraf edenlerin durumunu anlamak, diğer şüphelileri ya da bilinmeyen failleri ortaya çıkma konusunda cesaretlendirecektir. Milletlerarası Mahkeme, milletlerarası insancıl hukukun

ciddi ihlallerini soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma yetkisinin yanında, yargısal işlevleri vasıtasıyla yerine getirdiği, hesap verilebilirlik, uzlaşma ve eski Yugoslavya'da işlenen kötülüklerin arkasındaki hakikatin gösterilmesi gibi daha geniş meselelerin halline de katkı bulunmak gibi ödevde sahiptir. Hakikatin keşfi, hukukun üstünlüğünün temel taşıdır ve uzlaşmaya giden yoldaki ilk adımdır: zira etnik ve dini düşmanlıkları temizleyecek ve iyileştirme sürecini başlatacak olan ancak hakikattir. Milletlerarası Mahkeme, itiraf etme onuruna sahip olanların, adalet ilkeleri, adil yargılanma ve bireylerin temel haklarının korunması ile temeli oluşturulmuş bir sürecin parçası olarak adil bir muamele gördüklerini göstermek zorundadır. Diğer taraftan Milletlerarası Mahkeme, milletlerarası topluluğun eski Yugoslavya'daki zulme duyduğu öfkeyi ifade ettiği bir araçtır. Milletlerarası insan hakları değerlerine sahip olmak demek, sanığın haklarını korurken, Milletlerarası Mahkeme'nin mağdurların yaşadığı trajediyi ve mağdur yakınlarının çektiği acıları gözden kaçırmamak demektir.

### VIII. TUTUKLULUK SÜRESİNİN DÜŞÜLMESİ

22. Milletlerarası Mahkeme'nin Usul ve Kanıt Kuralları Kural 101 (E) kapsamında, Dava Dairesi, eğer varsa Milletlerarası Mahkeme'ye teslim olmayı beklerken tutuklu kaldığı süreyi, ya da mahkemeyi ya da temyizi beklediği süreyi, suçlanan kişinin cezasından düşmelidir. Yerel tahkikat aşamasında tutuklu geçirilen süre, Milletlerarası Mahkeme'nin hükmü açısından resmi bir erteleme talebi olmadıkça, cezadan düşülmez. Mevcut davada, Yargıç Fouad Riad tarafından 28 Mart 1996'da "Milletlerarası Mahkeme Nezaretine Nakil Kararı" alınmıştır. Bu nedenle Nezarete geçirilen o günden sonra işlemeye başlayacaktır.

### IX. CEZA

23. YUKARIDAKİ NEDENLERLE, tarafların bütün argümanlarını ve delillerini ve Milletlerarası Mahkeme'nin içtihatlarını göz önüne alarak, DAVA DAİRESİ, Statü ve Usul ve Kanıt Kuralları'na uygun olarak, Drazen Erdemovic'i 14 Ocak 1998'de suçunu kabul ettiği SAVAŞ HUKUKU VE TEAMÜLÜNÜN İHLÂLİ nedeniyle 5 (beş) yıl hapis cezasına, 28 Mart 1996'dan beri tutuklu kaldığı **süre düşürülmesiyle**, çarptırmıştır.

### X. KARAR

#### DAVA DAİRESİ H OYBİRLİĞİYLE

#### YUKARIDA SIRALANAN NEDENLERLE

Statünün 23,24 ve 27. Maddelerine ve Usul ve Kanıt Kuralları Kural 100, 1001 ve 103'e **UYGUN OLARAK**,

29 Mayıs 1996 teyit edilen 22 Mayıs 1996 iddianamesini **KAYDEDEREK,**

Statünün 3. Maddesine uygun olarak 14 Ocak 1998'de **SAVAŞ TEAMÜLLERİ VE HUKUKUNU İHLÂL** suçlamasında suç kabul etmesini **TESPİT EDEREK,**

Bu konuda ileri sürülen kanıtları **GÖZ ÖNÜNE ALARAK** ve tarafların sunuşlarını **DİNLEREYEK,**

25 Kasım 1971'de doğan Drazen Erdemovic'in 5 (beş) yıl hapsine **KARAR VERİLMİŞ** ve bu süreden 28 Mart 1996'dan beri tutuklu geçirilen sürenin indirilmesine **HÜKMEDİLMİŞ,**

Hapis cezası Usul ve Kanıt Kuralları Kural 103(A) ile uyumlu olarak Milletlerarası Mahkeme tarafından belirlenmiş bir devlette çekileceğini **DÜZENLEYEREK,**

Bu tarihten itibaren on beş gün içinde Usul ve Kanıt Kuralları Kural 88 bis'e uygun olarak, Drazen Erdemovic'in bu yargılamaya karşı temyize başvurabileceği günün sonuna kadar Drazen Erdemovic Milletlerarası Mahkeme'nin nezareti altında kalacağını ve cezasını çekeceği devlete transfer edilmesi için nihai anlaşmaların askıya alınmasına **HÜKMEDEREK,**

Usul ve Kanıt Kuralları Kural 102 ile uyumlu olarak, hükmün, yukarıdaki indirimlere tabi olduğu, 5 Mart 1998, bugün işlemeye başladığına **HÜKMETMİŞTİR.**

İngilizce ve Fransızca yapılmıştır, İngilizce metin geçerlidir.

**Florence Ndepele Mwachande Mumba**  
**Başkanlığında**

Mohamed Shahabuddeen

Wang Tiewa

Yargıç Shahabuddeen bu Yargılamaya Karşı Oy eklemiştir.

5 Mart 1998 tarihinde

La Haye,

Hollanda.