



Yıl: 48 Sayı: 126

Ekim-Kasım-Aralık 2023

Bursa Barosu

DERGİSİ

CUMHURİYETİMİZ
100
YAŞINDA





Bursa Barosu

her yönüyle
sosyal medya
hesaplarında...

Ayrıca



App Store Google Play

'den indirilebilen
BURSA BAROSU
uygulamasıyla
avucunuzun içinde...

ARALIK 2023

içindekiler



Sayfa 6

CUMHURİYETİMİZİN 100. YILINI COŞKUyla KUTLADIK



Sayfa 12

YARGI DARBESİNE SESSİZ KALMAYACAĞIZ!



Bursa Barosu

Yıl: 48 Sayı: 126
Ekim-Kasım-Aralık 2023
Yerel Süreli Yayın (3 Aylık)

İmtiyaz Sahibi
Bursa Barosu adına
Av. Metin ÖZTOSUN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Gülender
ADIGÜZEL ÖZCAN

Editör-Sayfa Tasarımı
İhsan Bölük

Baskı
Dizgi Ofset
Matbaacılık ve Cilt Sanayi
Matbaacılar Sitesi, Dizgi Cad.
No. 6 - KONYA
Tel: 03323420742
Faks: 03323420005
dizgiofset@yahoo.com

Yayıncı / Yönetim
Bursa Barosu Başkanlığı

Kıbrıs Şehitleri Cad.
Adalet Sarayı
G-Blok Kat: 1
Osmangazi
BURSA

Tel: 444 50 99
0224 251 66 06

Faks: 0224 251 62 49

basin@bursabarusu.org.tr

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

İçindekiler

4 Başkandan

9 Cumhuriyetimizin 100. yılı nedeniyle görkemli balo

11 Atatürk'ü 85. ölüm yıldönümünde özlemle andık: "Hayasız saldırılar, o'nun fikirlerini yok edemez"

15 TBB yöneticileri ve baro başkanları Yargıtay kapısına anayasa bıraktılar.

19 23 Eylül 2023 tarihli 52. Baro Başkanları Toplantısı Sonuç Bildirgesi: "Spesifik olarak avukata yönelik şiddeti önlemek için adım gerekiyor"

21 Yargı mensuplarının yüklendikleri ağır sorumluluk, her türlü şüphenin aydınlatılmasını gerektirir!

22 Barolardan ortak ses: Savaş suçunun işlenmesine karşı tüm insanlığı ortak tepkiye davet ediyoruz.

23 Bursa Barosu: Gazze'de sivillere yönelik insanlık suçunu



şiddetle kınıyoruz!

24 Bursa milletvekillerine sorun, talep ve çözüm önerileri dosyası sunduk.

25 Bursa Genel İcra Dairesi törenle açıldı.

Ateş, Rüzgar ve Nar Şehri Bakü



Av. Ömer GÜL

26. sayfa

28 "Cumhuriyetin 100. Yılında Cumhuriyetin Kazanımları, Yeni Anayasa Tartışmaları ve Laiklik": "Örgütlenmeyen Toplumun Var Olma Gücü Yoktur"



29 Av. Cengiz Göral Makale ve Av. Özgür Aksoy Şiir yarışmalarının ödülleri sahiplerini buldu.

30 Şiir - KOR
Av. İsmail ALTAY

31 Şiir - MART DÖNÜMÜ
Av. Hatice Türker SAĞIR

32 Şiir - ZÜCCACİYEDEKİ FİL
Av. Elif TÜRK

33

Genç Cumhuriyetin İlk Hukuki Zaferi:
Bozkurt-Lotus Davası
Av. Muhammed Enver GÖKKILIÇ

40

Çiğ Popülizm Ve Baş Düşmanları
Av. Onur ALTINKAN

44

Adalet, Demokrasi Ve Özgürlüğe Dair
Stj. Av. Saygın ÖZTÜRK

47

SGK Tarafından Karşılanmayan Kanser Hastalığının Tedavisinde Hayati Önem Taşıyan İlaçların Temininde Hukuki Süreç Ve SGK İlaç Davaları
Av. Eda ALTUN

53

'Senedin Zamanaşımına Uğradığı' İleri Sürülerek Borca İtirazda, Alacaklı "İtirazın Kesin Olarak Kaldırılmasını" İsteyebilir mi?

Av. Talih UYAR

64

Koku Markalarının Uspto Ve Euiro Kararları Işığında Tescil Edilebilirliğinin Değerlendirilmesi
Av. Asya AKIN

69

Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmesinin Sona Erme Halleri
Av. Mahinur ÇANLI

77

Hırsızlık Suçunda Tck 142/1-A İle 142/2-H Maddelerinin Birlikte Uygulanma Sorunu Ve Bina Kavramı

Av. Halil İbrahim UÇAK

80

Sanığın Sorgusu Yapılmaksızın Hakkında Karar Verebilmesine İmkan Taniyan Cmk M.193/1ı Hükmünün İptali Çerçevesinde Savunma Hakkı

Av. Kübra KORKMAZ

82

Tahkimde Taraf Vekilliği
Av. Atahan ÇAKMAKKAYA

84

Hizmet Tespit Davalarında Yargılama Usulü
Stj. Av. Rabia AKPINAR

makaleler

Başkan'dan...

***“Kapansın el kapıları, bir daha açılmasın,
yok edin insanın insana kulluğunu, bu dâvet bizim
Yaşamak bir ağaç gibi tek ve hür
ve bir orman gibi kardeşçesine, bu hasret bizim”***

Değerli meslektaşlarım

Nazım Hikmet “davet” şiirinde “yok edin insanın insana kulluğunu” diyor ya, işte insan, insana kulluk etmemek için hukuku icat etti. Ancak hukukun yasalar aracılığıyla uygulanması ile de kulla kulluk son bulmadı.

İnsanoğlu, sorunun güç olduğunu ve mutlak gücü elinde bulunduranların hukuku araçsallaştırdığını ve köleliklerinin son bulmadığını gördü ve hukukun gerçekleşebilmesi ve özgür olabilmek için de demokrasiyi icat etti. Devletteki mutlak kuvvetleri de yasama, yürütme ve yargı diye bölerek özgürlüğüne kavuşmaya çalıştı.

Ancak bir süre sonra onun da yetmediğini, dinsel kavramların güç için kullanılmasıyla gücün başka şekilde mutlak hale getirildiği ve yine özgürlüklerin yok edildiğini görünce demokrasi ve hukuku bir arada tutan, onun olmazsa olmazı “laikliği” icat etti.

Tabii bu yolculuk da kolay olmadı. Kan ve gözyaşı dolu bir yolculuktan bu insanlık için.

Ve bu üçlü kavramın uygulanmasını ilk sağlayan toplumlarda özgürlüklerin çoğalması ile sanat, bilim ve bunun üzerine de modern çağ medeniyeti yükseldi. Biz de o medeniyete ulaşmak için çabalıyoruz, ancak iki ileri bir geri...

Demokrasinin de türlü zaafı ve hataları var. En önemli zaafı da düşmanlarına bile fırsat tanınması. Ancak bu bile demokrasiyi kötülemeye yetmiyor. Biz biliyoruz ki demokrasinin bütün hastalıkları da daha fazla demokrasi ile tedavi edilir. O yüzden biz avukatlar HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ, DEMOKRASİ OLMADAN OLMAZ diyoruz. Bunlar içinde LAİKLİK olmadan olmaz diyoruz. Çünkü demokrasi yoksa, laiklik yolsa, hukuk gücün elinde araçsallaşıyor. Tıpkı bugün olduğu gibi...

Ülkemizde maalesef ki 12 Mart/12 Eylül süreçleri ve 2017 referandumu sonrasında iğdiş edilmiş ve sadece sandığa hapsedilmiş sözde bir sandık demokrasisi var. Hatta döneme yeni bir ad koymak gerekirse bir adamla onun karşısına konulmuş bir adamın oylandığı, hatta bu hususun yerel ve genel tüm seçimlere sirayet ettirildiği ve benzetmek gerekirse bir “plebisit demokrasisi” .

Benzetme olarak kullandığım “plebisit demokrasisi” kavramı ile ne anlatmak istediğimi açıklamak için Kemal Gözler Hoca'nın 2017 anayasa referandumu öncesi yazdığı ve plebisitin ne olduğundan bahsettiği

makalesinin bazı bölümlerine bir bakalım (<https://www.anayasa.gen.tr/plebisit.htm>)

“Plebisit, belli bir dönemde iktidarı fiilen ellerinde bulunduranların, hazırladıkları anayasa taslağını, bir tartışma ortamı yaratmaksızın, blok halinde ‘evet’ ya da ‘hayır’ ile sonuçlanabilecek bir halkoylamasına sunmalarıdır.

Görüldüğü gibi plebisit, temelinde bir halkoylamasıdır. Bu nedenle, plebisit ile referandumun birbirinden özenle ayrılması gerekir. Referandum ile plebisit arasında, genellikle kabul edildiği üzere şu farklar vardır:

Referandumda bir ‘sorun’, plebisitte ise bir ‘adam’ söz konusudur. Birincisinde bir metin oylanır; ikincisinde ise bir isim. ”

Referandum ile plebisit arasında bir diğer fark ise, demokratiklik bakımından ortaya çıkmaktadır. Referandum, demokratik bir usûldür: Halk etkendir, öznedir; karar alma sürecinin başına, ortasına ve sonuna katılır. Plebisit ise, anti-demokratik bir usûldür: Halk edilgendir, nesnedir; karar alma sürecinin sadece sonuna katılır....

... plebisite başvuranlar, fiilî iktidar sahipleridir. Oylanan şey ise, halkın katılımı olmadan hazırlanan metinler, fiilî yönetimlerin oldu bittileri, karar ve eylemleridir. Kısaca plebisit, diktatörlerin, anti-demokratik yöneticilerin kendilerine meşruluk kazandırmak için başvurdukları bir halkoylamasıdır.

Görüldüğü gibi plebisit, referandumdan bir sapma; onun sezarizm anlamında, bozulması, kötüye kullanılmasıdır. Plebisit, referandumun ‘ikiyüzlü’ bir biçimi; demokrasi alanında sezarizmin bir ustalığı, bir oyunudur. Özetle, temelinde demokratik bir usûl olan referandumun anti-demokratik hale getirilmesidir....

Ayrıca belirtmeli ki, referandum, kolayca plebisite dönüştürülmeye elverişli bir usûldür. Referandum, bir ‘kuvvetli adam’ heveslisinin elinde kolayca amacından saptırılabilir. Bu durumda halk, bir metni onayladığını sanırken, gerçekte bir adama sınırsız bir iktidar verir.

Hazırlanan anayasa tasarısı dar bir özgürlük ortamında halkoyuna sunulur. Tasarı üzerinde herhangi bir tartışmaya, özellikle aleyhte eleştiriye izin verilmez. Halk baskı altında tutulur; şiddet uzaktan ya da gerektiğinde yakından hissettirilir; özetle, oylama esnasında bir ‘korku atmosferi’ hâkimdir.

Ancak, plebisitin salt korkuya dayandığını söylemek, her zaman gerçeklerle bağdaşmaz. Şüphesiz, plebisitin birinci tekniği şiddettir; ama XX’nci yüzyılın totaliter rejimlerinde uygulanan mobilizasyon teknikleri, bize şiddetin, plebisitin tek tekniği

olmadığını göstermiştir. Plebisit, şiddetin yanında halkın duyarlılığının sömürsü üzerine kuruludur: Önce halkın duyarlılığı, kendisinden geçinceye dek yükseltilir; neticede halk, kendisine sunulan metni, sadece korkuyla değil, coşkuyla, hayranlıkla, vecdle, kendisinden geçercesine kabul eder. Özetle plebisit, gerek korkuyla, gerek coşkuyla halkın egemenliğinden vazgeçirtilmesidir. Burdeau'nun deyimiyle plebisit, 'ele geçirilmiş egemenlik'tir. (...)

Plebisitlerden her zaman 'evet' sonucunun çıktığı görülmüştür. (...) Aslında, yukarıda açıklamaya çalıştığımız, plebisitin hazırlanma yöntemi, halka sunulurken yaratılan psikolojik ortam ve blok halinde oylama zorunluluğu göz önüne alınırsa, bu sonuç bir sürpriz değildir.

Tüm bu nedenlerden dolayı plebisit, halk egemenliğinin kullanılmasının bir 'parodi'si, bir adamın halktan meşruluğu 'müsadere etmesi' ya da en azından halkın 'iradesinin fesada uğratılması' olarak görülebilir. Özetle plebisit, çok ağır kusurlarla lekelidir...

Daha sonraları, otoriter rejimlerin hemen hemen hepsi, kendilerini demokratik bir kılıf altında gizleyebilmek için bu yola başvurmuşlardır. Genelleştirilerek denebilir ki, plebisit otoriter anayasa yapmanın normal tarzıdır. Otoriterler, plebisite demokratik bir anlam atfederler. Böylece kendilerini meşrulaştırdıklarına inanırlar. XX'nci yüzyılın Faşist rejimleri, daha da ağırlaştırılmış koşullarda bu usûlü sıkça kullanmışlardır."

Plebisit de aslında bir referandumdur; ama özünden saptırılmış, amacından çıkarılmış, kötüye kullanılmış bir referandum"

Yukarıda bahsettiğim "plebisit demokrasisi" kavramını 2016 darbe teşebbüsünün yarattığı iklim sonrası ve 2017 yılında olağanüstü hal altında yapılan referandum görünümü plebisit halk oylaması ile tüm seçimlerin artık bir nevi plebisite döndürüldüğü, "bizler-onlar" kavramı içine hapsedilmiş ve sistem erkinin tüm olanakları donatılmış bir adamla onun karşısına konulmuş bir adamın oylandığı antidemokratik sarmal bir sistem... Bu sarmal sistem içe doğru katlanmakta... Söz söyleyen, itiraz eden hak arayan sivil toplum, etkin sendikalar, çekinmeden yazan denetleyen nalına mihına vuran basın olmadan gerçek demokrasiden söz etmek ve sarmal bu sistemden çıkmak da pek mümkün değil. Bu olmayınca da gerçek bir hukuk düzeninden ve hukukun üstünlüğünden de söz edemiyoruz.

Bunlar gerçekleşmeyince de ne toplumsal barış ne toplumsal refah ne de toplumsal bir ilerleme kaydedebiliyoruz. Aksine dibe doğru içine sarmal bir şekilde çöken bir sistemin içindeyiz. Bunun yansımaları açıkça her yerde görülüyor. Herkesin ne kadar fakirleştiğine herkesin gelecek umudunun



 *Av. Metin Öztosun*

nerelerde olduğuna bir bakın...

İşte bunun farkında olduğumuz için, içleri boşaltılmış demokrasi, hukukun üstünlüğü, laiklik kavramlarına işlerlik kazandırmak umudumuzu ayağa kaldırmak için mücadele ediyoruz.

Hukuk ve demokrasi mücadelesini verirken haksız ve hukuksuz bir şekilde özgürlüğü elinden alınan Can Atalay için aylardır protesto yaptık. Can Atalay'ın özelinde gerçekleşen ancak genel hukuk güvenliğinin ortadan kalkması ve üstünlerin hukukunun tam manasıyla gerçekleştirilmesini isteyen bir anlayışa karşı mücadele ettik, itiraz ettik. Hepimiz için.

Çünkü bizler avukatız. Bizler itiraz ederiz. Bizler mahcup ve onurlu çocuklarız.

Bizler belki yangında koşuyu kaybeden atlarız. Bizler belki koşu bittikten sonra da koşan atlarız.

Ama ettiğimiz yemin üzere, vicdanlarınızın içinde sapasağlam ve mücadele kararlılığıyla dimdik duruyoruz. Bugün, yarın ve daima...

Bir telefon, bir nefeslik yürek mesafesinden hepinize saygı ve sevgilerimi sunuyorum.

YAŞASIN CU



CUMHURİYET



Bursa Barosu'nun geleneksel hale getirdiği "Cumhuriyeti Savunuyoruz" pankartı arkasındaki cumhuriyet yürüyüşü, Cumhuriyetin 100. yılı nedeniyle daha anlamlı ve coşkulu oldu. Bursa Setbaşı Mahfel önünde toplanan Bursa Barosu üyesi avukatlar, marşlar okuyarak Atatürk Anıtı önüne yürüdü. Bursa Barosu önceki başkanları Av. İsmail Acar, Av. Ali Arabacı ve Av.

Asude Şenol'un da katıldığı yürüyüş sonrası, Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun Atatürk Anıtı'na çelenk sundu. Bursa Büyükşehir Belediye Bantosu eşliğinde saygı duruşunda bulunulup İstiklal Marşı okundu. Bursa Barosu Yönetim Kurulu üyeleri ve avukatlar, Cumhuriyetin 100. yılı nedeniyle Atatürk Anıtı önünde anı fotoğrafı çektiler.





100. YILA GÖRKEMLİ KUTLAMA!



Cumhuriyetimizin 100. yılını, bir resepsiyonla coşkulu bir şekilde kutladık. Resepsiyonda “Benim Cumhuriyetim” başlıklı bir konuşma yapan Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, cumhuriyetin ne anlama geldiğini sıraladı ve “Milletimizin kadınlı erkekli kurtuluş mücadelesi sonucunda egemenliği saraydan alıp gerçek sahibi olan halkımıza veren, laik cumhuriyetimizi kurarak halkı, kulluktan millete, kadınlı erkeği aynı haklara sahip yurttaşla dönüştüren, bilimi ve sanatı rehber edinip, çağdaş uygarlığın üstüne çıkmayı hedef olarak gösteren Gazi Mustafa Kemal Atatürk’ü saygıyla anıyor, devrimlerinin ışığını her sabah okula giden kız çocuklarının gülüşünde gördüğümüz cumhuriyetimizi her şartta savunmaya devam edeceğimizi tekrarlıyoruz” dedi.

Podyum Davet’te gerçekleştirilen resepsiyona, Bursa Milletvekili Selçuk Türkoğlu, Bursa Adli yargı Adalet Komisyonu Başkanı Ömer Gülmüş, BAM Cumhuriyet Başsavcısı Sadık Bölek, Uludağ

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Halit Aker, Bursa Barosu önceki başkanları Av. Ali Arabacı, Av. Asude Şenol ile avukatlar, eşleri ve yakınları katıldı.

Bursa Barosu başkan ve yönetim kurulu üyelerinin tüm konukları karşılamasının ardından Atatürk, şehit ve gaziler için saygı duruşu ve İstiklal Marşı’nın okunmasından sonra başlayan programın açılış konuşmasını Bursa Barosu



Başkanı Av. Metin Öztosun yaptı. Öztosun şunları söyledi:

“Rumeli’nden gelmiş bir sülalenin kızı olan annem ile Doğu Anadolu’lu bir erkek olan babamı bir araya getirip yuva kuran bir şey benim için Cumhuriyet.

Bir marangoz çırağı olan bana verdiği fırsat eşitliği ile devlet okullarında parasız okutup onu hukukçu sonra da baro başkanı yapan şey benim için Cumhuriyet..

Bin yıldır tanrı ile kul arasında aracı kurumluk yapıp kendi saltanatlarını oluşturan softaların tarihe gömüldüğü şey benim için Cumhuriyet.

Tek doğrunun kendine ait olmadığı, her bilginin ve her şeyin sürekli sorgulanması gerektiğini onun yolunun da bilimden yani okumaktan geçtiğini öğreten, kanmayan ve kandırılmayan bir şey benim için Cumhuriyet.

Sinsi sinsi başka kalıp ve şekillerle ülkeye yeniden yerleşen ve elbet yeniden ülkemizin bağrından sökülüp atılacak olan kapitülasyonların kaldırılması ve tam bağımsızlık demek benim için Cumhuriyet.

Rahmetli dedem ve ailemde gördüğüm samimi dindarlarla, dini kullanarak güç ve çıkar sağlayan dinciler arasındaki farkı gösteren bunu engellemenin de ancak ve ancak laik devlet düzeni ile sağlanabileceğini öğreten şeyin adı benim için Cumhuriyet.

Donmadan bulanmadan akan dünü dünde bırakıp her gün yeni şeyler söylemek gerektiğini belleten bunun da ancak medeniyet seviyesinin en üstünü hedefleyerek ve kendini sürekli yenilemek gerektiğini gösteren şey benim için Cumhuriyet.

Bu dünyayı cennete çevirecek yolun, vicdan adalet ve ahlaktan geçtiğini, bunun da barışa ve toplumsal menfaatlara yönelik sürekli çalışma ile gerçekleştirilebileceğini bu gerçekleşmenin de ‘yurtta barış dünyada barış’ temelinde olabileceğini gösteren şeyin adı benim için Cumhuriyet.

Kadını sadece cinsel bir sınıflandırma kapsamında görmeyip ona erkek ile aynı şartları sağlayan, tıpkı

kurtuluş savaşındaki gibi omuz omuza aydınlık bir gelecek kurmalarını hedefleyen bir yapının adı benim için Cumhuriyet.

Hakimin oturduğu kürsünün, avukatın giydiği cübbenin, adalet devletin temelidir demenin ve ona her şartta sahip çıkmak için mücadeleye hazır olmanın onuru demek benim için Cumhuriyet.

Sanatçı alnında ışığı ilk hissedendir, sanat ve bilim yoluyla aklınızı ve ruhunuzu serbest bırakın diyen, Aşık Veysel, Neşet Ertaş, Zeki Müren, Fazıl Say, Aziz Sancar, Nazım Hikmet’i yaratan toprak demek benim için Cumhuriyet.

Ve tüm bunları ve daha nicelerini gerçekleştirerek küllerinden yeniden doğan zümrüdü ankalar misali bu vatanın bizim yurdumuz olarak kalmasını sağlayan, kendi zamanında yıldız gibi parlayıp mazlum uluslara örnek olan ve devam edecek asırlarda gösterdiği hedefler ile bizi yıldızlara taşıyacak olan tek lider Mustafa Kemal Atatürk demek benim için Cumhuriyet.

Milletimizin kadınlı erkekli Kurtuluş mücadelesi sonucunda egemenliği saraydan alıp gerçek sahibi olan halkımıza veren, laik Cumhuriyetimizi kurarak halkı, kulluktan millete, kadınla erkeği aynı haklara sahip yurttaşla dönüştüren, bilimi ve sanatı rehber edinip, çağdaş uygarlığın üstüne çıkmayı hedef olarak gösteren, Gazi Mustafa Kemal Atatürk’ü saygıyla anıyor, devrimlerinin ışığını her sabah okula giden kız çocuklarının gülüşünde gördüğümüz Cumhuriyetimizi her şartta savunmaya devam edeceğimizi tekrarlıyoruz. Cumhuriyetimizin 100.yılı kutlu olsun. Bir çift mavi gözün ışığında yüzlerce yıl parlсын Cumhuriyetimiz...”

Gecede Öztosun’un ardından Bursa Milletvekili Selçuk Türkoğlu da bir selamlama konuşması yaptı. Tango ve zeybek gösterileri, marşlar eşliğinde tüm katılımcıların bayrak sallayarak kutlamaya katılmasından sonra da sahneye Bursa Barosu Orkestrası Esas sahne aldı. Grubun seslendirdiği şarkılar eşliğinde dans edildi. Konser arasında 100. yıl pastası kesildi.



“HAYASIZ SALDIRILAR, O’NUN FİKİRLERİNİ YOK EDEMEZ”

Türkiye Cumhuriyeti’nin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk, ölümünün 85. yıldönümünde Bursa Barosu’nca Adalet Sarayı önünde 10 Kasım günü saat 09.05’te anıldı.

Bursa Barosu Başkan Yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin, “Ne yaparlarsa yapsınlar Mustafa Kemal Atatürk’ün özgür, tam bağımsız ve muasır medeniyetin üstüne çıkma hedefinden bizleri hiçbir zaman saptıramayacaklardır” dedi. Meslektaşlarına hitap eden Yetkin şöyle konuştu:

“Cumhuriyetimizin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk’ü, kaybedişimizin 85. yılında, saygı, minnet ve rahmetle anıyoruz.

‘Benim naçiz vücudum elbet toprak olacaktır, ancak Türkiye Cumhuriyeti sonsuza kadar yaşayacaktır’ diyerek kurduğu Cumhuriyetin varlığını kendine değil Cumhuriyetin kuruluş değerlerine bağlayan büyük Atatürk, fikirlerin ölmezliğini bilerek en önce fikirlerini ve Cumhuriyet değerlerinde vücut bulan muasır medeniyetin üstüne çıkma hedefini bizlere miras olarak bırakmıştır.

Atatürk bize bu mirası bırakırken yalnızca bu topraklarda bir devri kapatmamıştır. Mazlum ve tutsak uluslara da özgürlük ve tam bağımsızlık reçetesi bırakmıştır.

O’nu kaybedişimizin üzerinden 85 yıl geçti ancak ona olan sevgi akılla birleştiği ve milletin gönlünde yer ettiği konumu sebebiyle, hiç bir zorlama olmadan her yıl 10 Kasım 09.05’te milyonlarca yürek saygı ile anıyor Atatürk’ü...

Biliyoruz ki her 10 Kasım, Ulu Önder Atatürk’ü sadece anma değil, anlama günüdür. Bu millet onu büyük ölçüde anlamıştır. Anladığı için de ona ve fikirlerine Cumhuriyete hayasızca saldıran emperyalistler ve içerdeki işbirlikçilerinin gücü, geçmişte olduğu gibi bugün de, yarın da o’nun fikirlerini ve hedeflerini yok etmeye yetmeyecektir. Ne yaparlarsa yapsınlar Mustafa Kemal Atatürk’ün özgür, tam bağımsız ve muasır medeniyetin üstüne çıkma hedefinden bizleri hiçbir zaman saptıramayacaklardır.

Laik Cumhuriyete, devrimlerine ve hukukun üstünlüğüne sadakatla bağlı olarak bugün yine kimden ve hangi erkten gelirse gelsin; Anayasal

hukuk devletimize yönelen her türlü saldırıya karşı durarak

‘Hak kuvvetten üstündür’ demeye, emanetini korumaya ve sahip çıkmaya devam ediyor tüm yurttaşlarımızı da demokratik, laik, sosyal hukuk devletimiz için mücadele etmeye ve uğurda yapılan tüm mücadelelere sahip çıkmaya davet ediyoruz.

Aziz ruhun şad olsun.”



KAPAK



KONUSU

YARGI DARBİ İHLALİNE SE

**YARGITAY 3. CEZA DAİRESİ,
MİLLETVEKİLİ CAN ATALAY HAKKINDA
ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İKİ KEZ
VERDİĞİ “HAK İHLALİ” VE “TAHLİYE”
KARARLARINA UYMADI.**

**AYRICA, KARARA İMZA ATAN
AYM ÜYELERİ HAKKINDA SUÇ
DUYURUSUNDA BULUNULMASINA
KARAR VEREN YARGITAY 3. CEZA
DAİRESİ, ANAYASAYI İHLAL ETMİŞTİR.**

8 KASIM 2023

BURSA BAROSU BASIN AÇIKLAMASI

Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin, Milletvekili Can Atalay hakkında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği “hak ihlali” ve “tahliye” kararına uyulmaması ve imza atan Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunulmasına karar verdiği bilgisi kamuoyuna yansımıştır.

Anayasanın 153. maddesi gereği AYM kararları kesindir, yasama, yürütme, yargı organlarını bağlar ve uyulması zorunludur. Anayasa'nın 6. maddesi gereği hiçbir organ anayasadan kaynaklanmayan bir devlet yetkisi kullanamaz.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 50. maddesinde belirtildiği üzere, hak ihlali neticesinde yapılacak olan, kararı veren mahkemece Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar vermektir.

Anayasa Mahkemesi kararının yerine getirilmesi,



ESİ VE ANAYASANIN ESSİZ KALMAYACAĞIZ!

kararda ve ilk derece mahkemesine gönderdiği yazıda da belirtildiği gibi, Yargıtay'ın değil İstanbul 13. ACM'nin zorunlu görevidir.

AYM kararlarını değerlendirmek, uyulup uyulmamasına karar vermek, AYM'nin görev sınırlarını belirlemek, Yargıtay'a verilmiş anayasal bir yetki değildir.

Hukuk düzenimizde ilk derece mahkemelerinin Yargıtay kararlarına “yetkilerini aştıkları gerekçesi” ile uymama yetkileri olmadığı gibi Yargıtay'ın da Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Aksi durumun kabulü, her mahkemenin ve hatta her bir bireyin yargı kararlarına uyulup uyulmaması hususunda çok geniş bir takdir alanı kazanacakları anlamına gelir ki bu durum kamu düzenini altüst eden ve hukuk devleti olmayan bir devletin bizzat oluşması demektir.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi, AYM ihlal kararında belirtildiği gibi dosyayı ihlal kararının gereğinin

yerine getirilmesi için Anayasal zorunluluk gereği İstanbul 13. ACM'ne göndermek yerine, kararın uygulanmamasına karar vermesi ve Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunması, sonuç olarak Anayasa Mahkemesi kararını tanımaması neticesinde, Anayasanın hukuk devleti ilkesine doğrudan bir ihlalle telafisi imkansız bir zarar verilmiştir. Yargıtay 3. Ceza Dairesi Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kendi kendine yaratıp, üstelik 13. ACM'nin yerine geçerek Anayasayı eylemli olarak ilga etmiş, yetki ve görev gaspında bulunarak, aslında “yok hükmünde” bir kararla Anayasayı ihlal suçunu işlemiştir.

Tüm bu sebeplerle anayasayı ihlal suçu işleyen Yargıtay 3. Ceza Dairesi üyeleri hakkında başkanlığımızca suç duyurusunda bulunulacaktır. Kamuoyuna saygı ile duyurulur.

BURSA BAROSU BAŞKANLIĞI



Bursa Barosu, Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin, Anayasa Mahkemesi'nin Milletvekili Can Atalay hakkındaki kararına uymayıp, hak ihlali kararı veren AYM üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunmasına tepki gösterdi.

Bursa Adalet Sarayı önünde basın açıklaması yapan Bursa Barosu Başkan Yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin, görevi kötüye kullanma ve anayasayı ihlal suçu işleyen Yargıtay 3. Ceza Dairesi üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunacaklarını söyledi. Bursa Barosu Yönetim Kurulu üyeleriyle avukatların, siyasi parti, sendika ve sivil toplum örgütü temsilcilerinin de katıldığı

açıklamada Evke şunları söyledi:

"Bilindiği üzere Yargıtay 3. Ceza Dairesi, Milletvekili Can Atalay hakkında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği 'hak ihlali' ve 'tahliye' kararına uyulmamasına ve imza atan Anayasa

Mahkemesi üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunulmasına karar vermiştir.

Anayasanın 153. maddesi gereği AYM kararları kesindir, yasama, yürütme, yargı organlarını bağlar ve uyulması zorunludur. Anayasa'nın 6. maddesi gereği hiçbir organ anayasadan kaynaklanmayan bir devlet yetkisi kullanamaz. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 50. maddesinde belirtildiği üzere, hak ihlali neticesinde yapılacak olan, kararı veren mahkemece Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar vermektir.

Anayasa Mahkemesi kararının yerine getirilmesi, kararda ve ilk derece mahkemesine gönderdiği yazıda da belirtildiği gibi, Yargıtay'ın değil İstanbul 13. ACM'nin zorunlu görevidir.

AYM kararlarını değerlendirmek, uyulup uyulmamasına karar vermek, AYM'nin görev sınırlarını belirlemek, Yargıtay'a verilmiş anayasal bir yetki değildir. Hukuk düzenimizde ilk derece mahkemelerinin Yargıtay kararlarına 'yetkilerini aştıkları gerekçesi' ile uymama yetkileri olmadığı gibi Yargıtay'ın da Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Aksi

10 KASIM 2023
BURSA BAROSU BASIN AÇIKLAMASI

durumun kabulü, her mahkemenin ve hatta her bir bireyin yargı kararlarına uyulup uyulmaması hususunda çok geniş bir takdir

alanı kazanacakları anlamına gelir ki bu durum kamu düzenini altüst eden ve hukuk devleti olmayan bir devletin bizzat oluşması demektir.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından AYM ihlal kararında belirtildiği gibi dosyayı ihlal kararının gereğinin yerine getirilmesi için Anayasal zorunluluk gereği İstanbul 13. ACM'ne göndermek yerine, kararın uygulanmamasına karar vermesi ve Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunması, sonuç olarak Anayasa

Mahkemesi kararını tanımaması neticesinde, Anayasanın hukuk devleti ilkesine doğrudan bir ihlalle telafisi imkansız bir zarar verilmiştir.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kendi kendine yaratıp, üstelik 13. ACM'nin

yerine geçerek Anayasayı eylemli olarak ilga etmiş, yetki ve görev gaspında bulunarak, aslında "yok hükmünde" bir kararla Anayasayı ihlal suçunu işlemiştir.

Yine Yargıtay 3. Ceza Dairesi başkan ve üyeleri, görevlerinin gerektirdiği şekilde hak temelli bir yargı pratiği ile anayasal hüküm kapsamında bağlayıcılığı tartışmasız olan ihlal kararının gereğini yerine getirmekten imtina etmeleri nedeniyle Disiplin suçunu işledikleri de açıktır.

Bu nedenle, 3. daire başkan ve üyeleri hakkında Yargıtay Kanunu'nun 19. maddesi gereğince disiplin soruşturmasının başlatılması, eylemin ağırlığı gözetilerek görevden el çektirmeye davet işleminin uygulanması ve cezalandırılmaları talebiyle Yargıtay Yüksek Disiplin Kurulu Başkanlığı'na baromuz tarafından başvuruda da bulunulmuştur.

Tüm bu sebeplerle görevi kötüye kullanma ve anayasayı ihlal suçu işleyen Yargıtay 3. Ceza Dairesi üyeleri hakkında başkanlığımızca basın açıklamamızın akabinde suç duyurusunda bulunulacaktır."





YARGITAY KAPISINA ANAYASA BIRAKTILAR

10 KASIM 2023
AYM-YARGITAY-ANITKABİR



Baro başkanları, TBB yöneticileri ve yüzlerce avukat, Anayasa Mahkemesi'nin Milletvekili Can Atalay ile ilgili kararına uymayıp, hak ihlali olduğuna ilişkin karar veren AYM üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunan Yargıtay'ı protesto etti.

TBB Başkanı ve yönetim kurulu üyeleriyle aralarında Bursa Barosu başkanı Av. Metin Öztosun'un da bulunduğu çok sayıda baro başkanı ve avukatlar, Anayasa Mahkemesi önünde basın açıklamasına katıldı. Öztosun'la birlikte Ankara'ya giden Bursa Barosu üyesi avukatlar da AYM önündeki basın açıklamasının ardından Yargıtay'a yapılan yürüyüşe katıldı. Yargıtay binası girişine Anayasa'nın 153. maddesi metni asıldı ve Anayasa kitapçıları bırakıldı.

TBB yöneticileri, baro başkanları ve avukatlar daha sonra Anıtkabir'e giderek 85. ölüm yıldönümünde Büyük Önder Mustafa Kemal Atatürk'ü manevi huzuruna çıkı. Anıtkabir'den sonra TBB'de 53. baro başkanları toplantısı yapıldı.

13 KASIM 2023
BAROLAR BASIN AÇIKLAMASI

81 BARODAN ORTAK AÇIKLAMA: ADALETE YÖNELİK KIRLI PROPAGANDA VE HEDEF GÖSTERMELERİ KINIYORUZ!

Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının ve kanunların kendisine verdiği yetki çerçevesinde önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında karar veren bir yüksek mahkemedir. Verdiği kararların sonuçlarının ne şekilde uygulanacağı da hukuk kuralları ile düzenlenmiştir.

Anayasa yargısının tarihsel gelişimini, fonksiyonunu ve hukuk sistemindeki konumunu hiçe sayan söylemler mevcut Anayasal sistemimize açık bir saldırdır. Bu saldırıların önünün kesilmemesi ve bu durumun yaygınlaşması ile tartışmaların vahim bir yere doğru gittiğini üzülenek görmekteyiz.

Yeni Şafak gazetesinde yayınlanan 10.11.2023 tarihli haberde verdiği kararlardan dolayı ve bu gerekçelerle olumlu oy kullanan dokuz AYM yargıcı açık biçimde hedef gösterilmiş, ismi geçen yüksek mahkeme hakimlerine imza attıkları karardan dolayı gerçek dışı ifadelerle saldırmıştır.

Anayasa ve yasalar çerçevesinde görevlerini icra eden hakimlerin, haber değeri taşımayan, gazetecilik sınırları ve ahlaki ile bağdaşmayan, esasen amacının da habercilik olmadığı bilinen bu tür yazılar ile hedef gösterilmeleri en başta hukuk sistemimize ve tüm milletimizin adaletle olan inancına yönelik bir saldırı olduğu açıktır.

Ülkemizde vahim sonuçlarını gördüğümüz bu tür hedef göstermelerin ortaya koyduğu suçların ve acı tabloların yaşanmaması adına milletimizin geleceğinin teminatı ve mülkün temeli olan adaletin korunması son derece önemli ve olmazsa olmaz bir zorunluluktur.

Barolar olarak, bu tarz saldırı ve hedef göstermelerin ağır bir suç olduğunu, derhal son verilmesini hatırlatır, bu saldırılara karşı gerekli hukuki mücadeleyi vermekte kararlı olduğumuzu kamuoyuna bildiririz.

BU ÇİRKİNLİĞİ KINIYOR, HERKESİ İTİDALLİ OLMAYA VE HUKUKA SAYGIYA DAVET EDİYORUZ.

8 OCAK 2024
BURSA BAROSU BASIN AÇIKLAMASI



"ZİNCİRLEME ŞEKİLDE DEVAM EDEN YARGI DARBESİNE VE HUKUK GÜVENLİĞİNİN ORTADAN KALDIRILMASINA, BU DURUM SON BULANA KADAR SESİMİZİ ÇIKARMAYA DEVAM EDECEĞİZ."



Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi'nin, Milletvekili Can Atalay hakkındaki "hak ihlali" kararını ikinci kez tanımayarak, anayasayı ihlal etmesine Bursa Barosu bir kez daha tepki gösterdi. Baronun basın açıklamasına, sivil toplum örgütleri, sendikalar ve bazı siyasi parti temsilcileri de katıldı. Bursa Adalet Sarayı girişinde açıklama yapan Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, zincirleme şekilde devam eden yargı darbesi son bulana kadar seslerini çıkarmaya devam edeceklerini söyledi.

Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. Gürkan Altun, Bursa milletvekilleri Prof. Dr. Kayıhan Pala ve Orhan Sarıbal ile avukatların katıldığı basın açıklamasında Öztosun "90'lı yıllarda 'anayasa bir kere delinmekle bir şey olmaz' diyen anlayışın açtığı kapıdan, o anlayışın bugünkü temsilcilerinin anayasayı kevgire çevirdiği günleri yaşamaktayız maalesef..." dedi.

Bursa Barosu'nca önceki AYM ihlal kararının uygulanmaması karşısında 10 Kasım'da adliye önünde basın açıklaması yaptıklarını, kararla ilgili Yargıtay 3. Ceza Dairesi üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunulduğunu, Ankara'da Yargıtay binasına yürünerek kapısına anayasa kitapçıkları bırakıldığını ve durumun avukatlar ve baro yönetimlerince protesto edildiğini hatırlattı.

Bunlara rağmen Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin, Milletvekili Can Atalay hakkında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ikinci hak ihlali ikinci tahliye kararına yeniden uyulmama kararı verdiğini söyleyen Öztosun, "Anayasa'nın 153/6 maddesinde yer alan 'Anayasa Mahkemesi

kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar” hükmünü de ikinci kere çiğnediğini belirtti.

KAMU DÜZENİ ALTÜST OLUR!

Öztosun şöyle devam etti:

“Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin Anayasa Mahkemesi kararının yerine getirilmesi için dosyayı İstanbul 13. ACM’ne göndermek yerine ilk hak ihlali kararında yaptığı gibi yargı darbesine devam edip hukuk devleti ilkesini yerle bir etmesi ve adeta anayasaya paçavra muamelesi yapması ve aklımızla alay etmesi kabul edilebilir bir durum değildir.

AYM kararlarını değerlendirmek, uyulup uyulmamasına karar vermek, AYM’nin görev sınırlarını belirlemek, Yargıtay’a verilmiş anayasal bir yetki değildir. Yargı kararlarını beğenmemek hakkına sahip olmakla beraber uymamak hakkına kimse sahip değildir. Hele de bu husus Anayasa Mahkemesi kararı ise...

Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2. uyulmama kararı ile de Anayasa’dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kendi kendine yaratıp, üstelik 13. ACM’nin yerine geçerek anayasayı eylemli olarak ilga etmeye devam etmiş, yetki ve görev gaspına devam ederek anayasayı ihlal suçunu zincirleme olarak işlemiştir.

Anayasamız ve hukuk sistemimizde Yargıtay’ın, ‘Yetkilerini aştıkları’ veya ‘Hukuki değeri yok’ gerekçeleri ile Anayasa Mahkemesi’nin kesin kararlarına karşı uymama yetkisi bulunmamaktadır. Aksi durumun kabulü, her mahkemenin ve hatta her bir bireyin yargı kararlarına uyulup uyulmaması hususunda çok geniş bir takdir alanı kazanacakları anlamına gelir ki bu durum, kamu düzenini altüst eden, hukuk devleti, hukuk düzeni ve hukuk güvenliği olmayan bir devletin oluşması demektir.

Yargıtay’ın hukuk ve devlet krizine yol açan bu duruma devam etmesi ve devletin anayasal organlarının da bu duruma müdahale etmemekte ısrarı, hatta onaylar şeklinde açıklamalar yapması da bizzat bu ortamın devlet eliyle desteklenmesi, yani yargı darbesine ortak olmaları manasına gelmektedir.

BAŞKA TÜRLÜ AÇIKLAMAK GEREKİRSE...

Can Atalay’ın özelinde gerçekleşen ancak tüm yurttaşlarımızı ilgilendiren bu hususun tehlikesini başka türlü açıklamak gerekirse;

Örneğin Anayasa Mahkemesi veya başka bir yüksek mahkemenin vatandaşlarımızın bireysel

veya toplu hakları ile ilgili verdiği kararların alt mahkemeler veya bunu uygulamak zorunda olan idari mercilerce de uygulanmayabileceği manasını taşır ki, bu hukuk güvenliğinin ortadan kalktığı bir durumu ifade eder. Böyle bir ortamı yaratmaya kimsenin hakkı ve yetkisi yoktur.

2017 öncesinde başlayan ancak 2017 anayasa değişikliği ile “görünüşte kuvvetler ayrılığı” olan ancak tüm kuvvetlerin yürütmede birleştiği “gizli kuvvetler birliği” sistemi ile gelineen süreç ortadadır. 2017 sonrası başlayan ekonomik ve yönetsel krize artık hukuk ve devlet krizi de eklenmiştir.

Hukuk, hepimizin ortak yaşamını düzenleyen herkesin uymak zorunda olduğu kurallar bütünüdür. Anayasa da, en üst hukuk kurallarını barındıran devletin işleyişini ve düzenini belirleyen kurallar bütünüdür. Bu kurallara devlet erklerinin uymaması ve uymamakta ısrar etmesi de sistemde meşruiyet sorunu yaşatır. Bu sebeple hukuk zeminini kaybetmek ve ona uyulmamasına göz yummak hatta desteklemek kimsenin menfaatine değildir.

Tüm bu sebeplerle;

Geç olmadan herkes için hukuk devleti çağrımızı yineliyor, bu hukuk katliamına son verilmesini ve hukuk güvenliğimizin hiç bir şüpheye yer vermeyecek şekilde sağlanmasını talep ediyoruz.

Bu vesileyle sadece meslektaşlarımız değil tüm vatandaşlarımızı da bütün bu anayasal haklarımıza, demokratik ve hukuki tüm yollarla sahip çıkmaya davet ediyoruz.”

ALTUN: BUGÜNKÜ ZEMİNİ, 2010-2017 REFERANDUMLARI HAZIRLADI

TBB Başkan Yardımcısı Av. Gürkan Altun da, “Yargı kararlarını beğenmeyebilirsiniz ama sonuçlarına uymak zorundasınız. Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nin bazı üyeleri, iki defadır Anayasa karşı kalkışma suçu işlemektedir. İki defadır hürriyeti tahdit suçunu işlemektedir ve Can Atalay’ın cezaevinde bir gün daha fazla tutulmasını sağlamaktadır. İki defadır görevlerini kötüye kullanmaktadır. Çünkü yetkisizdirler. Dosyayı İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi’ne göndermeleri gerekirken, yargılama görevi yerel mahkemedeysen üzerlerine vazifeymiş gibi, havale edilen evrakmış gibi, Anayasa Mahkemesi kararını inceleme cüreti göstermişlerdir. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi heyeti suç işlemiştir. Görevlerini kötüye kullanmışlardır. Bizim karşı çıktığımız 2010-2017 referandumları bugünkü zemini hazırlamıştır” dedi.

Basın açıklaması, alkış ve sloganlarla sona erdi.



**23 Eylül
2023 tarihli 52.
Baro Başkanları
Toplantısı Sonuç
Bildirgesi**

"SPESİFİK OLARAK AVUKATA YÖNELİK ŞİDDETİ ÖNLEMEK İÇİN ADIM GEREKİYOR"

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Yönetimi ve baro başkanları; Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi, Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği ile Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nde değişiklik gündemleriyle toplanmıştır. Toplantıda Denizli Barosu önceki dönem başkanlarımızdan, Muğla Barosu'na kayıtlı Av. M. Erdal Çam'ın iki gün önce mesleki faaliyetine dayalı olarak katledilmesi nedeniyle, avukata yönelik şiddet konusu başlıca gündem olarak ele alınmış ve bu konuya ilişkin atılacak adımlar değerlendirilmiştir.

Türkiye Barolar Birliğinin, tüm Baroların da katkılarıyla, Adalet Bakanlığıyla yürüttüğü çalışma süreci sonunda Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde gerçekleştirilen düzenlemeler ve artış oranları meslektaşların sosyoekonomik durumlarına dair önemli bir kazanım olarak görülmektedir.

En son 2010 yılında değişikliğe uğrayan Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nde; gelişen teknolojik şartlar, meslek kuralları ile etik kuralları ihlali fiillerinin yaygınlaşması ve bu durumun meslek itibarını sarsacak noktaya gelmesi nedeniyle değişiklik yapılması zorunludur. Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği Komisyonu'nun hazırladığı taslak metnin genel kurul delegelerinin iradesine sunulması kararı, "Birlikte Yönetmek" anlayışının sonucu olarak olumlu değerlendirilmektedir.



*Av. Erdal Çam
Bodrum'da
katledildi*

TOPLUMUN GENELİNDE GÖZLENEN ŞİDDET EĞİLİMİ

Denizli Barosu önceki dönem başkanlarımızdan Av. M. Erdal Çam'ın mesleki faaliyeti nedeniyle katledilmesini kınıyoruz.

Avukatlara yönelik şiddet vakaları son yıllarda artış göstermektedir. Avukatlık mesleği kapsamında gerçekleştirilen faaliyetler, nitelikleri gereği çekişme ve uyuşmazlık içermeleri nedeniyle, avukatlara yönelik şiddet vakaları, gerek toplumun genelinde gözlenen şiddet eğiliminden gerekse diğer profesyonel meslek mensuplarına yönelik şiddetten önemli farklılıklar içermektedir; spesifik olarak avukatlara

yönelik şiddete ilişkin gerekli adımlar atılarak, önlem alınması elzemdir.

Avukata yönelik şiddetin temelinde, avukatın mesleki faaliyetleri ve bu kapsamda, görevlerini yaparken müvekkilleriyle özdeşleştirilmeleri yahut savunma hakkının etkin kullanılması için mücadele ederken bu görevin ifasını önleme niyeti yer almaktadır.

Türkiye Barolar Birliğinin; avukata yönelik şiddetle ilgili olarak 4 Nisan 2022'de Türkiye Büyük Millet Meclisine, 8 Temmuz 2022'de Adalet Bakanlığına yapmış olduğu başvurularda dile getirilen; konunun öncelikli gündem maddesi haline getirilmesi, Meclis Araştırma Komisyonu kurulması, zorunlu tedbirlerin derhal alınması ve mevzuat çalışması yapılması şeklindeki açık, somut, net talep ve önerilerinin bir an evvel karşılanması, avukatlar için olduğu kadar yurttaşların savunma

hakları için de zorunludur. Çünkü avukata yönelik saldırı, yurttaşın savunma hakkına yönelik saldırıdır.

Bu kapsamda haklı taleplerimizi bir kez daha dile getirmek üzere;

- 27 Eylül 2023 Çarşamba günü, meslektaşımızın katledildiği Bodrum'da baro başkanları ve meslektaşlarımızla yürüyüş yapılarak, ortak basın açıklaması gerçekleştirilecektir.
- Eş anlı olarak Türkiye'nin 81 ilinde adliyeler önünde barolar tarafından basın açıklamaları yapılacaktır.
- Anayasa'nın 98. ve TBMM İçtüzüğü'nün 104. ve 105. maddeleri uyarınca meclis araştırması



açılması, konuyla ilgili komisyon kurulması talebi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne yeniden iletilecektir.

- Türkiye Barolar Birliği'nin Adalet

Bakanlığı'na sunduğu öneriler kapsamında, gerekli düzenlemelerin hayata geçirilmesi için tekrar girişimde bulunulacak ve ısrarlı şekilde takip edilecektir.

- Avukata yönelik şiddetin engellenmesiyle ilgili farkındalık kampanyası yürütülecektir.

180 bin avukat, barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği; avukata yönelik şiddetin normalleşmesine izin vermeyecek, ortak mücadeleyi sonuna kadar sürdürecektir.

"YURTTA BARIŞ DÜNYADA BARIŞ İSTİYORUZ"

1 Eylül Dünya Barış Günü nedeniyle Bursa Barosu'nun da bileşenleri arasında bulunduğu akademik meslek odaları ve sivil toplum örgütlerince yürüyüş düzenlendi ve basın açıklaması yapıldı. Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, Başkan Yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin ve Yönetim Kurulu Üyesi Av. Müberra Gülen Aydın'ın katıldığı yürüyüş Fomara Meydanı'nda başladı, Kent Meydanı'nda son buldu. Geniş güvenlik

önlemi altında gerçekleştirilen yürüyüş sonunda basın açıklamasını Bursa Tabip Odası Başkanı Dr. Levent Tufan Kumaş okudu. "Yurtta barış dünyada barış istiyoruz" başlıklı açıklamada, "Silahın ve şiddetin yarattığı korkuya karşı, barışın umuduna ihtiyacımız var. İçinden geçtiğimiz bu tarihsel eşikte, gerçekten demokratik, eşit, özgür, adil bir ülke ve dünyada yaşayabilmek için, tüm insanları barış umudunu büyötmeye çağırıyoruz" denildi.



YARGI MENSUPLARININ YÜKLENDİKLERİ AĞIR SORUMLULUK, HER TÜRLÜ ŞÜPHENİN AYDINLATILMASINI GEREKTİRİR!

Istanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcısı ile Hakimler ve Savcılar Kurulu arasındaki resmi yazışmaların bir kısmı kamuoyuna yansımış ve gündem haline gelmiş; ardından bu konuya ilişkin yayın ve erişim yasağı getirilmiştir. Resmi yazışmalarda dile getirilenler soyut ve gerekçesiz söylemler değil, bir Cumhuriyet Başsavcısı tarafından ortaya konan iddialardır.

Yargının işleyişinde etik ilkelerin gözetildiğinin görülmesi, yurttaşların yargıya güvenini artırarak hukukun üstünlüğünü pekiştirecektir. Çünkü adaletin yalnızca tecelli etmesi yetmez; tecelli ettiğinin görülmesi de gerekir. Bunu sağlamanın yolu, şeffaf ve hesap verebilir bir sistemin inşa edilmesinden geçer. Münferit vakalarda, yargı mensupları hakkında en küçük bir şüphe dahi, bütün bir adalet ve yargı sisteminin sorgulanmasına sebep olacaktır. Zira yargı mensuplarının yüklendikleri ağır sorumluluk, tek bir

şüphenin dahi varlığını kaldırmaz.

İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcısı tarafından ortaya konan vakalar, hakimlerin tarafsızlığına şüphe düşürecek niteliktedir. Geline aşama itibarıyla, yargının tarafsızlık ve bağımsızlık niteliğini koruma görevi, başta Hakimler ve Savcılar Kurulu olmak üzere idari ve adli makamlara düşmektedir. Beklentimiz, ilgili kişilerin lekelenmeme haklarına da riayet edilmek suretiyle, adalet ve yargı sistemimizin bu tür iddialar karşısında ivedilikle harekete geçeceğinin açık bir şekilde gösterilerek, kamuoyunda yargının zarar görmesinin engellenmesidir. Türkiye Barolar Birliği ve Barolar, yargının tarafsızlığının ve bağımsızlığının korunması için kendi üzerine düşen sorumluluğu yerine getirecek, sürecin sonuna kadar takipçisi olacaktır.

Kamuoyuna saygılarımızla duyurulur.

1. TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
2. ADANA BAROSU
3. ADIYAMAN BAROSU
4. AFYONKARAHİSAR BAROSU
5. AĞRI BAROSU
6. AKSARAY BAROSU
7. AMASYA BAROSU
8. ANKARA BAROSU
9. ANTALYA BAROSU
10. ARDAHAN BAROSU
11. ARTVİN BAROSU
12. AYDIN BAROSU
13. BALIKESİR BAROSU
14. BARTIN BAROSU
15. BATMAN BAROSU
16. BAYBURT BAROSU
17. BİLECİK BAROSU
18. BİNGÖL BAROSU
19. BİTLİS BAROSU
20. BOLU BAROSU
21. BURDUR BAROSU
22. BURSA BAROSU
23. ÇANAKKALE BAROSU
24. ÇANKIRI BAROSU

25. ÇORUM BAROSU
26. DENİZLİ BAROSU
27. DİYARBAKIR BAROSU
28. DÜZCE BAROSU
29. EDİRNE BAROSU
30. ELAZIĞ BAROSU
31. ERZİNCAN BAROSU
32. ERZURUM BAROSU
33. ESKİŞEHİR BAROSU
34. GAZİANTEP BAROSU
35. GİRESUN BAROSU
36. GÜMÜŞHANE BAROSU
37. HAKKARİ BAROSU
38. HATAY BAROSU
39. İĞDIR BAROSU
40. İSPARTA BAROSU
41. İSTANBUL BAROSU
42. İZMİR BAROSU
43. KAHRAMANMARAŞ BAROSU
44. KARABÜK BAROSU

45. KARAMAN BAROSU
46. KARS BAROSU
47. KASTAMONU BAROSU
48. KAYSERİ BAROSU
49. KIRIKKALE BAROSU
50. KIRKLARELİ BAROSU
51. KIRŞEHİR BAROSU
52. KİLİS BAROSU
53. KOCAELİ BAROSU
54. KONYA BAROSU
55. KÜTAHYA BAROSU
56. MALATYA BAROSU
57. MANİSA BAROSU
58. MARDİN BAROSU

59. MERSİN BAROSU
60. MUĞLA BAROSU
61. MUŞ BAROSU
62. NEVŞEHİR BAROSU
63. NIĞDE BAROSU
64. ORDU BAROSU
65. OSMANİYE BAROSU
66. RİZE BAROSU
67. SAKARYA BAROSU
68. SAMSUN BAROSU
69. SİİRT BAROSU
70. SİNOP BAROSU
71. SİVAS BAROSU
72. ŞANLIURFA BAROSU
73. ŞİRNAK BAROSU

74. TEKİRDAĞ BAROSU
75. TOKAT BAROSU
76. TRABZON BAROSU
77. TUNCELİ BAROSU
78. UŞAK BAROSU
79. VAN BAROSU
80. YALOVA BAROSU
81. YOZGAT BAROSU
82. ZONGULDAK BAROSU

BAROLARDAN ORTAK SES

SAVAŞ SUÇUNUN İŞLENMESİNE KARŞI TÜM İNSANLIĞI ORTAK TEPKİYE DAVET EDİYORUZ

7 Ekim tarihinden itibaren İsrail ve Filistin arasında başlayan ve her geçen gün artarak devam eden çatışmaları büyük bir kaygıyla takip ediyoruz.

İsrail'in Gazze'ye karşı gerçekleştirdiği bombalı saldırılar neticesinde en son edindiğimiz bilgilere göre yüzlerce bebek ve çocuk olmak üzere binlerce sivil hayatını kaybetmiş ve binlerce sivil de yaralanmıştır."

İsrail Hükümetinin, Gazze'ye karşı gerçekleştirdiği bombalı saldırıların yanı sıra Gazze'nin her taraftan abluka altına alınması neticesinde uluslararası yardım kuruluşları tarafından gönderilen insani yardımların Gazze halkına ulaşmaması yine İsrail Hükümeti tarafından Gazze'deki elektrik ve suyun kesilmesi yaşanan insani dramın daha da artmasına neden olmaktadır.

Gazze halkı günlerdir bombalı saldırılara maruz kalırken en temel ihtiyaç maddesi olan sudan da mahrum bırakılmıştır. Bombalı saldırılar sonucu Gazze kentinin altyapısı büyük bir zarar gördüğü için patlayan kanalizasyonlardan cadde ve sokaklara akan lağım suları nedeniyle birçok bulaşıcı hastalığın baş göstermesi an meselesidir. Hastanelerin boşaltılması ve elektrik kesildiği için tıbbi hizmet verilememesi yaşanan trajediyi daha da artırmaktadır.

Gazze'de tüm dünyanın gözü önünde insanlık yok edilmektedir!

İsrail Devletinin bir haftadan beri Gazze'de gerçekleştirdiği saldırılarda bir devlet gibi değil bir terör örgütü gibi davranması uluslararası hukuku tanımadığını gözler önüne sermektedir. İsrail Devleti Gazze'de insanlık ve savaş suçu işlemektedir.

Gazze'deki saldırılar nedeniyle Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararları ihlal edildiği gibi savaş bölgelerinde ve işgal altında yaşayan sivilleri korumayı taahhüt eden 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmesi de ihlal edilmektedir.

Gerek Gazze'de, gerek Aşkelon'da, gerekse dünyanın neresinde olursa olsun başta çocuklar ve kadınlar olmak üzere sivillere yönelik gerçekleştirilen tüm saldırıları; saldırılar kimden gelirse gelsin, kime yönelik olursa olsun en sert şekilde kınıyoruz.

Aşağıda imzası bulunan Barolar Olarak İsrail Devletinin Gazze'de gerçekleştirdiği savaş suçunun sonlandırılması, uluslararası hukukun uygulanması; İsrail ve Filistin arasındaki sorunun adil, kalıcı ve kapsamlı bir şekilde çözümlenerek iki devletli yapının sağlanması açısından tüm insanlığı bu hususta ortak mücadeleye davet ediyoruz.

1. Adana Barosu
2. Adıyaman Barosu
3. Afyonkarahisar Barosu
4. Amasya Barosu
5. Ankara Barosu
6. Antalya Barosu
7. Ardahan Barosu
8. Artvin Barosu
9. Aksaray Barosu
10. Aydın Barosu
11. Bayburt Barosu
12. Balıkesir Barosu
13. Bartın Barosu
14. Bilecik Barosu
15. Bingöl Barosu
16. Bitlis Barosu
17. Bolu Barosu
18. Bursa Barosu
19. Burdur Barosu
20. Çanakkale Barosu
21. Çankırı Barosu
22. Çorum Barosu
23. Denizli Barosu
24. Düzce Barosu
25. Edirne Barosu
26. Elazığ Barosu
27. Erzincan Barosu
28. Erzurum Barosu
29. Eskişehir Barosu
30. Gaziantep Barosu
31. Giresun Barosu
32. Gümüşhane Barosu
33. Hatay Barosu
34. Iğdır Barosu
35. Isparta Barosu

36. İstanbul Barosu
37. İzmir Barosu
38. Kars Barosu
39. Kastamonu Barosu
40. Kayseri Barosu
41. Kırkkale Barosu
42. Kırklareli Barosu
43. Kırşehir Barosu
44. Kilis Barosu
45. Kocaeli Barosu
46. Konya Barosu
47. Kahramanmaraş Barosu
48. Karabük Barosu
49. Karaman Barosu
50. Kütahya Barosu
51. Malatya Barosu
52. Manisa Barosu
53. Mersin Barosu
54. Muğla Barosu
55. Nevşehir Barosu
56. Niğde Barosu
57. Ordu Barosu
58. Osmaniye Barosu
59. Rize Barosu
60. Sakarya Barosu
61. Samsun Barosu
62. Sinop Barosu
63. Sivas Barosu
64. Tekirdağ Barosu
65. Trabzon Barosu
66. Tokat Barosu
67. Uşak Barosu
68. Yalova Barosu
69. Yozgat Barosu
70. Zonguldak Barosu



GAZZE'DE SİVİLLERE YÖNELİK İNSANLIK SUÇUNU ŞİDDETLE KINIYORUZ!

Bursa Barosu, İsrail'in Filistin'e yönelik saldırılarını basın açıklamasıyla kınadı. Adalet Sarayı önündeki açıklamayı Bursa Barosu Başkan Yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin okudu.

Açıklama şöyle:

"7 Ekim 2023 sabahı Hamas'ın sivilleri hedef alarak ve yaşam haklarını ihlal ederek başlattığı saldırılar sonrasında İsrail, Hamas'ın saldırılarını bahane ederek Gazze'de tüm halkı hedef alan büyük bir bombalama ve imha eylemine girişmiştir.

Başta ABD olmak üzere emperyalist güçlerin desteğiyle 1948 yılından bu yana uyguladığı işgal politikasını başka bir boyuta taşıyan İsrail, Gazze'ye yönelik son saldırıları ile "kendini savunma hakkı sınırı"nı aşarak doğrudan doğruya sivil halkı, kadın ve çocukları hedef alan bir katliam gerçekleştirmiş, saldırılar neticesinde binlerce sivilin hayatını kaybetmesine neden olmuştur.

İsrail Hükümetinin, Gazze'ye yönelik gerçekleştirdiği bombalı saldırıların yanı sıra halkın elektrik, su, gıda gibi temel ihtiyaçlara erişimini engellemesi, yine kentin abluka altına alınması nedeniyle uluslararası yardım kuruluşları tarafından gönderilen insani yardımların da Filistinlilere ulaşmaması yaşanan insani dramın daha da artmasına neden olmuştur.

Son olarak 17 Ekim günü Gazze'deki El-Ehli Baptist Hastanesi'ne yönelik gerçekleşen saldırı ile İsrail, çok açık bir şekilde savaş ve insanlık suçu işlemiştir. Aralarında kadın ve çocukların bulunduğu yüzlerce masum insanın hayatını kaybetmesine neden olan ve bütün dünyanın gözleri önünde işlenen bu insanlık suçunu şiddetle kınıyoruz.

İsrail'in Filistin'e yönelik olarak on yıllardır sürdürdüğü sistematik baskı, işgal ve imha politikaları ile gerçekleştirdiği son katliam

emperyalizmin bölgemizdeki savaş politikalarının sonucudur.

İnsan hakları ve özellikle yaşam hakkı, çifte standardı kabul etmeyen mutlak ve korunması gereken bir haktır. Daha önce kamuoyuyla paylaştığımız üzere gerek Gazze'de gerekse de Aşkelon'da başta çocuklar ve kadınlar olmak üzere sivil halka yönelen tüm saldırıları kabul edilmez buluyor ve kınıyoruz.

Bursa Barosu olarak Filistin halkı ile dayanışma içerisindeyiz. Savaşa karşı barışı, ölüme karşı yaşamı savunuyoruz.

Uluslararası hukuk kurallarını hiçe sayan, hastane, okul ve sivil yerleşimlere yönelik saldırıları ile daha önce benzeri görülmemiş bir katliam gerçekleştirerek savaş ve insanlık suçu işleyen İsrail'in, Gazze'ye yönelik işgal, saldırı ve imha politikalarını sonlandırması için uluslararası kurum ve kuruluşları acilen inisiyatif almaya, uluslararası toplumu ve tüm kamuoyunu bu vahşete karşı durmaya ve ortak mücadeleye davet ediyoruz."





EGEMENLİK KAYITSIZ ŞARTSIZ MİLLETİNDİR

BURSA MİLLETVEKİLLERİNE SORUN, TALEP VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ DOSYASI SUNDUK



Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, yönetim kurulu üyesi Av. Umut Mısır ile birlikte TBMM’de Bursa milletvekillerini ziyaret etti. İki gün süren ziyaretlerde sırasıyla Hasan Öztürk, Refik Özen, Orhan Sarıbal, Selçuk Türkoğlu ve Fevzi Zırhlıoğlu, ikinci gün ise Kayıhan Pala, Nurhayat

Altaca Kayışoğlu, Emine Yavuz Gözgeç, Mustafa Yavuz ile Adalet Komisyonu üyesi Muğla Milletvekili Cumhuriyet Uzun ile görüşüldü.

Öztosun ve Mısır’ın ziyaretlerinde Bursa milletvekillerine, yargının ve avukatların sorunları,

Bursa özelinde Adliye, Bölge Adliye mahkemelerine ait 66. maddeden oluşan talep, tespit ve bunlara ilişkin çözüm önerilerini içeren Bursa Barosu çalışma dosyası sunuldu. Milletvekillerinden sorunların çözümü ve taleplerin karşılanması için destek istendi.

BURSA GENEL İCRA DAİRESİ TÖRENLE AÇILDI



İcra dairelerinin AB Eşleştirme Projesi kapsamında Bursa Genel İcra Dairesi'nin açılışı törenle gerçekleştirildi. Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun'un da katıldığı açılış İcra İşleri Dairesi Başkanı Yusuf Arapoğlu, Bursa Cumhuriyet Başsavcısı Ramazan Solmaz, Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanı Ömer Gülmüş, BAM Başkanı Abdülkadir Şahin, BAM Cumhuriyet Başsavcısı Sadık Bölek, BİM Başkanı Mahmut Şahin, Bursa İcra Daireleri Başkanı Ali Bekir Evim ve diğer protokol mensupları tarafından yapıldı. İcra İşleri Dairesi Başkanı Yusuf Arapoğlu ile Bursa İcra Daireleri Başkanı Ali Bekir Evim, icra işlerindeki

yeni yapılanmaya ilişkin bilgiler verdiler. Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun da, hukukun çeşitli fonksiyonları olduğunu, icra dairelerinin düzeni sağlama fonksiyonu içeren bir teşkilat olduğunu söyledi. Öztosun, etkili bir icra mekanizmasının olmadığı yerlerde boşluğu hukuk dışı yapıların doldurmasının önlenmesi için icranın etkin olması gerektiğini belirterek, yapılan yeni düzenlemelerin fayda getirmesini diledi. Öztosun son olarak Cumhuriyetin 100. yılını kutladı, kurucu Gazi Mustafa Kemal Atatürk, şehit ve gazileri saygıyla andıklarını söyledi.



YENİ MAHKEMELER KURULMASINI TALEP ETTİK

Bursa Barosu, Bursa Bölge Adli Yargı Çevresi'nde artan nüfus ve uyuşmazlık sayısı nedeniyle Bölge Adliye Mahkemesi'nde yeni hukuk dairesi ile yerelde de hukuk mahkemesi kurulması talebi ile Hakimler ve Savcılar Kurulu'na başvurdu.





Ateş, Rüzgar ve

Av. Ömer GÜL

25.10.2023-03.11.2023

Bakü gidiş dönüş biletimi birkaç ay önceden almıştım. Bursa'dan otobüs terminaline oradan ise Sabiha Gökçen Havalimanı'na geçtim. Bu hat bizim için bir nimet. 1 saat 10 dakikada Sabiha Gökçen'de olabiliyoruz. Üstelik uygun bir bedele... Yanıma her zaman kendim için birkaç sandviç, kuruyemiş alırım ve termosu koymak üzere kahve demlerim. Havaalanı fahiş fiyatlarından kaçmak için elzemdir. Seyahatlerimi oldukça düşük bütçeli tutarım. Böylece bir orta veya üst bütçeli seyahate ayrılan bütçe yerine düşük bütçeli birkaç seyahat çıkarabilirim. Bana böylesi daha doğru geliyor. Herkes için aynısını söyleyemem.

Uçak yolculuğum 2 saat 15 dakika sürüyor. Varış saatim sabaha karşı 03:20 olduğu için ülkeye girişte zorluk yaşamadım. Pasaport memuresi "hoş gelmişsen" dedi. Haydar Aliyev Havalimanı mimari açıdan modern ve rahat bir havalimanı. İstanbul'dan sonra yoğunluğu az. İlk aşamada bana yetecek kadar para bozdurdum. Daha sonra görecektim ki her yerde kredi kartı geçiyordu. Gördüğümde üzüldüm çünkü bizim paramızın 17 katı kadar değerli. Satın alma gücümü seyahatimde değerlendireceğim.

Havaalanı internetine bağlanıp "uber" ve "bolt" uygulamasından taksimi çağırdım. Fakat sürekli iptal oluyordu. Daha önce beni reddeden "bolt" sürücüsünü dışarda buldum. Neden böyle olduğunu sordum. "Abi buradan az para yazıyor o yüzden iptal ediyoruz." dedi. Gerçekten kontrol ettiğimde 3-4 manat yazdığını gördüm. Gece

ve yorgun olmam nedeniyle beni kaç paraya götüreceğini sordum. "En aşağı 10 manat olur." dedi. Ben de makul olduğunu düşündüm. Çünkü yolumuz 30 km'ye yakın bir yoldu. Taksici ile sohbet ettim. Radyoda hep Türkçe şarkılar vardı. Bana internetini açtı. Vardığımızda kalacağım yeri bulana kadar uğraştı. Kontrol ettim hostel kapısından girene kadar bana bakıyordu. Bu durum beni mutlu etti. İran'a ziyaretimde de böyle bir durumla karşılaşmıştım. Derhal hostel görevlimle işlemleri halledip neredeyse üzerimi bile çıkarmadan uykuya daldım.

Seyahatlerimde sabahları güne erken başlamayı severim. Kendimi bilinmedik sokaklara bıraktım. İnsanlar Türkçe konuştuğumda memnuniyetlerini hissettirdiler. Yer bulmak için sorduğum sorulara yakından ilgilenip bana yardımcı oldular. Teşekkür ettiğimi söylediğimde ise "buyurun" diyerek rica ettiler.

İkinci günümü müzelere ayırdım ve akşam için tiyatro bileti aldım. Müzeler genellikle eski binalardan oluşuyor. Binaların dış yapısı gerçekten hayran kalınacak türden. Türkiye'den geldiğimi duyunca müzede fotoğrafımı çektiler. Tüm eserleri tek tek tanıtip bu konuda bilgi verdiler. Gittiğim ilk iki müze sonrası Güzel Sanatlar Müzesi veya İnce Sanat Müzesi çok dolu bir müzeydi. Eğer Bakü'ye giderseniz mutlaka bu müzeye en az 1-2 saat vakit ayırmanız gerektiğini hesaba katın.

Tiyatroya bilet almıştım. Çok güzel bir tiyatro salonuydu. Türkiye'de bu kadar güzel bir salona denk gelmemiştim. Tiyatro eserini izlerken anlayıp anlamayacağımı merak ediyorum. Bu tiyatro biletine 10 manat verdim. Şu anki kurla



GEZİ

Nar Şehri Bakü

170 TL ediyor. Tiyatro 1 saat 45 dakika sürdü, ara vermedi. Oyunun ancak yüzde altmışını anlayabildim. Beklediğimden daha az bir orandı bu. Yer yer Rusça karakterlere de yer verilmiş ve hızlı konuşulduğunda anlaması güç oldu.

Ekim ayının ortasında gitmeme rağmen seyahatimi tişört ile gerçekleştirdim. Yalnız belirtmek isterim ki sahil tarafına çıktığımda inanılmaz bir rüzgâr ortaya çıkıyor. Rüzgârlık almak elzemdir... Ben Bakü'yü rüzgâr, ateş ve nar şehri olarak nitelendiriyorum. Dikkat ettiğim üzere her yemeğin üzerinde nar var. Marketlerde narın kilosu 90 kapıktır. Zaten ülkenin sembollerinden ve ünlü ürünlerinden biri de nar meyvesi imiş...

Nizami Müzesi'ne giriş yaptım, giriş için yedi manat aldılar. Türk olduğumu söylediğim için böyle bir fiyatla karşılaştım. Yoksa giriş on iki manat olacaktı. İçeri Şehir'de yürürken Ağa Mikail Hamamı'na denk geldim. Hamamın işletmecisi Orhan Bey ile karşılaştım. "Hamama bakabilir miyim?" diye sordum kendisi buyur etti, biraz sohbet ettik. Bizim hamamlarımızın aksimize ortada bir havuz ve göbek taşı yok. Havuzu başka bir alana koymuşlar. Orta alanda ise ayrıca bir sauna var. Giriş 15 manattı. Orhan Bey ile sohbet ettik, bana bir çay ısmarladı, istersem bedavaya gelebileceğimi söyledi. Benim Bursa'dan geldiğimi öğrenince havlularını oradan aldığını belirtti, oldukça memnun bir şekilde kucaklaşarak ayrıldım.

Şehrin biraz uzağında olan Ateşgah'a gidecektim. Yolculuklar toplu taşıma ile 40 kapık tutuyor. Taksi ya da uygulama ile giden araçların bedeli 5-10 manat olacaktır. Burası istediğim görkemde

değildi. Zaman kaybetmeden Haydar Aliyev Merkezi'ne gittim. Büyük ve fütüristik bir mimarisi vardı. Girişi 15 manattı.

Gence şehrine tren bileti aldığım gün gelip çatmıştı. Sabah 08:45'te olan trenim için 07:30'da kalktım. Hostelim merkezi bir yerde olduğu için zorlanmadım. Azerbaycan Demir Yolları bu hattı yakın zamanda açmış. Fakat Gence şehri bana hitap etmediği için aynı gün Bakü'ye geri döndüm.

Bakü'de gezmek için fazla sayıda gün kaldığım için akşamları tiyatro, opera ve senfoni gibi aktivitelerle geçirdim. Fiyatlar 8-15 manat arasıydı. Tek diyebildiğim Bakü'de sanatın her dalı olduğuydu. Yoldan geçerken bile alkışların koptuğu dans gösterisine şahit olmak olağan bir durum. Opera ve tiyatro binaları olabildiğince gösterişli ve hayran olunası bir durumda. Elbette ki Rus mimarisi dikkat çekiyor. Yerli ve uluslararası eserler sergileniyor. Victor Hugo'nun "Bir İdam Mahkumunun Son Günü" dahil her eser mevcuttu. Pazartesi ve salı günleri bile insan istediği etkinliğe gidebilir. Hepsinde de koltuklar tamamen dolu haldedir. Türkiye'de İstanbul dışında böyle çok organizasyonla karşılaşmak mümkün değil.

Netice ile bir hafta boyunca Bakü'yü tamamen gezdim. Her Türk vatandaşının da gezmesini öneriyorum. Müzeleri, senfonileri, sokakları yemekleri deneyimlenmeli. En az 3 gün en fazla 5 gününüzü ayırmanızı öneririm. Gezilerimi ekonomik olarak gerçekleştirdiğim için memnun kaldım. Uçak biletleri, hosteller, tiyatro biletleri dahil her şey 14.000-TL tutarındaydı. Daha aşağıda bir maliyet çok zor. Fakat fazlasını her zaman yapabilirsiniz.

"ÖRGÜTLENMEYEN TOPLUMUN VAR OLMA GÜCÜ YOKTUR"



Bursa Barosu'nun düzenlediği "Cumhuriyetin 100. Yılında Cumhuriyetin Kazanımları, Yeni Anayasa Tartışmaları ve Laiklik" konulu konferans BAOB Av. Özgür Aksoy Salonu'nda gerçekleştirildi.

Hukukuçu-Siyasetçi İlhan Cihaner, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Doç. Dr. Av. Tolga Şirin, Akademisyen-Yazar Doç Dr. Fatih Yaşlı'nın, Anayasa Mahkemesi-Yargıtay kriziyle birlikte yeniden gündeme gelen yeni Anayasa tartışmaları ve laikliğe aykırı

politikalarla ilişkin görüşlerini aktardılar. Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun ile yönetim kurulu üyelerinin de izlediği konferans sonunda konuk konuşmacılara Öztosun, başkan yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin ve yönetim kurulu üyesi Av. Özge Yılmaz Türker tarafından anı plaketi verildi.

Siyasal ve toplumsal sorunların üstesinden ancak örgütlenmeyle gelinebileceğini belirten İlhan Cihaner, "Bir toplumun örgütlenmeden kendini var edebilme gücü yoktur. Örgütlü bir toplum güçlü olur, aksi, manipülasyona açık bir yığından öteye gitmez" dedi.



Cumhuriyetin 100. yılında kadın yazarlarla buluşma

Bursa Barosu Edebiyat Komisyonu Okur Yazar Buluşmaları'nda konuk İdil Başural'dı. Cumhuriyet'in yüzüncü yaş gününde okurlarıyla bir araya gelen İdil Başural ile buluşma Ezgi Kitabevi'nde gerçekleşti. Söyleşiyi Edebiyat Komisyonu Başkanı Av. Samet Keser yönetti. Söyleşiye Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun da katıldı.

ÖDÜLLER SAHİPLERİNİ BULDU



Bursa Barosu'nca, meslek ve demokrasi şehitleri Avukat Özgür Aksoy ve Av. Cengiz Göral'ın adlarına bu yıl 5.si düzenlenen şiir ve makale yarışmalarının ödülleri sahiplerini buldu.



BAOB Av. Özgür Konferans Salonu'nda düzenlenen ödül törenine Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun, yönetim kurulu üyeleri, Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. Gürkan Altun, Av. Özgür Aksoy'un annesi Gülay Aksoy, Av. Cengiz Göral'ın eşi Aysel Göral, iki yarışmanın jüri üyeleriyle edebiyat tutkunu avukatlar katıldı.

"Kor" adlı şiiriyle birinci olan İstanbul Barosu'ndan Av. İsmail Altay'ın ödülünü Gülay Aksoy, "Mart Dönümü" adlı şiiriyle ikinci olan Ankara Barosu'ndan Av. Hatice Türker Sağır'ın ödülünü TBB Başkan Yardımcısı Av. Gürkan Altun, "Züccaciyedeki Fil" adlı şiiriyle üçüncü olan Bursa Barosu'ndan Av. Elif Türk'ün ödülünü Bursa Barosu Başkanı Av. Metin Öztosun verdi.

Şiir yarışmasının jüri üyeleri Nazan Türkoğlu, İzzet Boğa, Pelin Yılmaz, Buket Gülçin Özel, Murat Özdemir, Saygun Çelebi, Şakir Çalışkan, Umut Mısır, Nail Abay, Tekin Öztürk ve Samet Keser'e de plaketleri verildikten sonra, Avukat Cengiz Göral Makale Yarışması ödülleriyle geçti.

"Genç Cumhuriyetin ilk hukuki zaferi: Bozkurt-Lotus davası" adlı makalesi ile birinci olan Kastamonu Barosu'ndan Av. Muhammed Enver Gökçiliç'in ödülünü Aysel Göral, "Çiğ popülizm ve baş düşmanları" adlı makalesi ile ikinci olan Antalya Barosu'ndan Av. Onur Altınkan'ın ödülünü TBB Başkan Yardımcısı Av. Gürkan Altun, "Adalet, demokrasi ve özgürlüğe dair" adlı makalesi ile üçüncü olan Bursa Barosu'ndan Stj. Av. Saygın Öztürk'ün ödülünü de Bursa Barosu Başkan Yardımcısı Av. Aslı Evke Yetkin verdi.

Makale yarışmasının jürisinde yer alan Tayfun Gündoğdu, Murat Güney, Okan Dursun, İhsan Bölük, Umut Mısır, Nail Abay, Gülender Adıgüzel Özcan'a da anı plaketleri yönetim kurulu üyelerince verildi.



AV. ÖZGÜR AKSOY
ŞİİR YARIŞMASI
BİRİNCİSİ

KOR

Av. İsmail ALTAY
İstanbul Barosu

Zaman beden bulabilirdi
sende durmadım
sen de durmadın
tek yapraklı yonca kaldın
geçmiş zaman kipimde
üçkağıtçılara dağıtılmış
tek tek diğer yaprakların
geç artık
hiç şans kalabilir mi geride
el kadar umut
kalsa
emekçi
eli kadar
koca umut
doğururdum
yok yok
kalmadı
aktık gittik
güneş küfü yollarımızda
gözlerimiz karanlıkları eme eme
parmaklarımda sigara
babam zamanından kalma
yosun tutmuş yeller içer
uç uça
kül kül
düşme
düşlerim
sen de gitme
bir ıslıkta şarkı çaldık israfılce
“ne sen leylasın ne de ben mecnun”
bende kalabilseydin
ben de kalabilseydim
“hep sonradan gelir aklım başıma”
kül sende
koru bende

1- Hep Sonradan, Ahmet Kaya / Ali Cinar bestesi



AV. ÖZGÜR AKSOY
ŞİİR YARIŞMASI
İKİNCİSİ

MART DÖNÜMÜ

Av. Hatice Türker SAĞIR
Ankara Barosu

Sırtıma dönüğüm ve hiç istemem
Sırtım da dönük, o da kendine
Ben kendimce bir sahnede
İçimde beş yüz dönük sırtla
Yalvarırım beni de beş yüzümü de sırtla

Duymak, görmek ya da kokumla
Hatırlamak hevesimi geçiremedim
Sıyrılmak istediğim kavgalardan
Azıyla da yetinemedim
Şimdi ne olur ne diye sorma
Yanımdasın ve geçecek az sonra

Sancılarım beni atsa da gecelere
Ve geceler bana dargın da olsa
Bunca ciğere yerleşmiş küslük
Ve odalar tonca yükü de dolsa
Sen taşımak istersin yine de
Karanlık gitse de gitmese de

Dokunsun istemem sana huzursuzluğum
Benle bir, beş yüzüm daha sarılır koluna
Lakin sende bu kudretli yürek
Ve bende bu inatçı sevdâ
Sana dair, yaşamaya karşılık
Yalnız biz beş yüzüme de galip geliriz
Yalnız sen içimde yanan tek ışık...

ZÜCCACİYEDEKİ FİL

Av. Elif TÜRK
Bursa Barosu

İçimde birer birer şehirler düşüyor Bilge!
Uzaktan bir dala tutturulmuş beyaz bayrak misali sallanan,
O narin ellerin midir?

Ne vakit soluklanmak için çıksam yüreğimin sokaklarına,
Her köşe başında ezilenleri görürüm;

Annelerinin memelerinden yoksulluk nedeniyle nasibi kesilmiş bebeler,
Yüzlerinde hayatın kiri, çamurlu izleri;
Ağlamaktan yol olmuş yanakları,
Sefaletin ve açlığın öz evlatlarıdır onlar.

Kadınlar görürüm; sırtındaki kambur hayattan mıdır yoksa;
Erkekleri mi kaderleri mi bellerini bük müştür bilmem.
Her birinin yüzünde yorgun çizgiler, terden yapışmış saç telleriyle buluşur.

Erkekler görürüm. Elleri nasırdan birer kaya parçasına dönüşmüş;
Akşamı zor eden yarım bir umutla giderler evlerine;
Onlar için yaşamak ölmemeye çalışmaktan ibarettir.

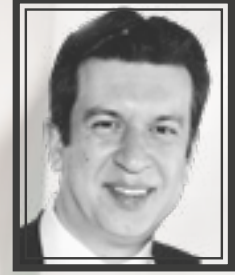
Ne içimdeki dünyada, ne de dışımdaki dünyada,
Adaleti bulamadım ben Bilge!
Eskiden özgürlük şarkılarıyla çınlardı ruhumun odaları,
Şimdi sararmış duvar kâğıtları gibi dökülüp duruyorum içime.

Gelsen, gelebilsen; becerebilsen,
O bebeler kana kana doyardı analarının ak sütüne;
Yanaklarında ağlamaktan değil, gülmekten izler oluşurdu yemin ederim.

Kadınlar Bilge, işte o kadınlar!
Kamburlarından kurtarırdık biz onları,
Ellerinden tutar, bükülen bellerini toparlardık sevgili!
Sen onların saçını savuran bir rüzgar olurdun, buna eminim.

İşte o hiç çocuk olmadan büyüveren erkekler var ya,
Ellerinden nasırlı hayat öykülerini silemezdik belki ama,
Sabahtan akşama değil;
Bugünden yarına,
Sonsuzca bir umut öyküsü yazardık onlara, bilirim.

Aşktan yana, dünyadan yana, ömürden yana
Ne çok şey var oysa sana dair.
İşte şimdi bu yüzden, sırf bu yüzden
Bana gelmenin tam vaktidir!



AV. ÖZGÜR AKSOY
ŞİİR YARIŞMASI
ÜÇÜNCÜSÜ



AV. M. CENGİZ GÖRAL
MAKALE YARIŞMASI
BİRİNCİSİ

***Bozkurt-Lotus Davası
mahiyeti itibariyle genç
Türkiye Cumhuriyeti'nin
uluslararası arenada
haklılığını ortaya koyan ilk
hukuk zaferi olmasının yanı
sıra yıllardır o veya bu şekilde
sömürülen Anadolu insanın
tarihe seslenerek mührünü
vurduğu bir özgürlük ve
adalet manifestosudur.***

GENÇ CUMHURİYETİN İLK HUKUKİ ZAFERİ: BOZKURT-LOTUS DAVASI

Av. Muhammed Enver GÖKKILIÇ
Kastamonu Barosu

Lozan Barış Antlaşması'nın imzalanmasının üzerinden 3 yılı aşkın bir süre geçtikten sonra Fransız ticaret gemisi olan Lotus ile Türk kömür nakliye gemisi olan Bozkurt 2 Ağustos 1926 tarihinde Midilli Adası'nın yaklaşık 5 mil açıklarında ve Sığı Burnu'na yaklaşık 7 mil uzaklıkta çarpışmışlardır. Kazanın neticesinde Türk bandıralı Bozkurt gemisi batmış ve 8 vatandaşımız da vefat etmiştir. Kaptanın da içinde bulunduğu 10 yolcu ise Lotus Gemi'si tarafından kurtarılmıştır.

Lotus Gemisi kazadan sonra İstanbul'a ulaştığında Türk makamları tarafından ikinci kaptan Teğmen Jean Demons ile Bozkurt gemisi kaptanı Hasan Kaplan tutuklanmıştır. Kazada vefat eden şahısların yakınları Cumhuriyet Savcılığına dilekçeler vererek kazada kusurlu olan şahısların yargılanmasını talep etmişlerdir. Fransızlar; Türk mercilerinin, Lotus Gemisi ikinci kaptanını tutuklama hakkına sahip olmadığını, bu durumda ilgili milletlerarası hukuki bir teamülün olmadığı, dolayısıyla yargı yetkilerinin kendi uhdellerinde mevcut olduğunu iddia etmişlerdir.

Lahey Uluslar Sürekli Adalet Divanı'nın, Türk yargı mercilerinin Lotus Gemisi kaptanını tutuklaması ve akabinde gerekli kovuşturmayı yapmasının hukuka aykırı olmadığına dair Türkiye lehine verdiği kararın gerek Türkiye gerekse de uluslararası hukuk bağlamında birçok etkisi olmuştur. 1923 Lozan Barış Antlaşması'nda nihai olarak kaldırılan ama süreç içerisinde emperyalist devletler tarafından bir imtiyaz beklentisi ile sulandırılan Kapitülasyonlar¹ bir daha konusu açılmamak üzere geride bırakılırken Lotus prensibi olarak anılan ilke

1- Kapitülasyon kelimesi Latince bir kökenden gelmektedir. "Capitulum" kelimesinden türetilmiştir. "Capitulum" kral ya da kilise emirnamelerinin bölümleri anlamına gelmektedir. Kapitülasyon kelimesinin zamanla anlamı değişmiş, terminolojik olarak bugünkü anlamı olan Hristiyan devletlerin İslam topraklarında edindikleri bir takım ekonomik ve ticari imtiyazları kapsar mahiyette kullanılır hale gelmiştir. Zeki Arıkan, "Mahmut Esat Bozkurt ve Kapitülasyonlar", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları, C.2, S. 4-5, İzmir 1994-1995, s. 217.

de açık denizlerde çatma halinde işlerlik kazanan bir kaide olarak Uluslararası Hukuka girmiştir.

Bu makalede Bozkurt-Lotus çarpışmasının genel çerçevesi ve hukuki niteliği incelenerek, davanın kazanılmasında başrol oynayan Mahmut Esat Bozkurt'un yaşamı hakkında bilgi verilecektir.

BOZKURT LOTUS DAVASINA GENEL BAKIŞ

Dava Hakkında Genel Bilgiler

Birinci Dünya Savaşı'nın başlaması pek çok devleti bu savaşın neticesinde çıkar sağlama düşüncesine yöneltmiştir. Dünyada böylesine bir kargaşa ortamı hakimken Osmanlı Devleti'nde, ticari ve ekonomik hayata tam anlamı ile balta vuran Kapitülasyonları kaldırma fikri hasıl olmuş akabinde de Kapitülasyonlar tamamen kaldırılmıştır.²

Kapitülasyonların kaldırılması ilk kez 5 Eylül 1914 tarihinde, Sadrazam Sait Halim Paşa'nın teklifi ile gerçekleşmiştir. 8 Eylül 1914 tarihinde Padişah 5. Mehmet Reşat iradesi ile kapitülasyon adı altında yabancı devletlere tanınan birtakım ayrıcalıkların kaldırıldığı, kapitülasyonların 1 Ekim 1914 tarihinden itibaren artık geçerli olmayacağı ifade edilmiştir.³ Kapitülasyonların kaldırılmasının üzerinden çok da zaman geçmemişken 1.Dünya Savaşından yenik ayrılan Osmanlı Devleti'ne kapitülasyonların tekrar uygulanması İtilaf Devletlerinin baskısı ile tekrar gündeme gelmiştir. Daha sonra imzalanan Sevr Anlaşması ile kapitülasyonların kapsamı ve faydalanan devlet sayısı daha da genişletilerek yeniden işler hale getirilmiştir. Kapitülasyonların nihai olarak kaldırılması Lozan Barış Anlaşması ile sağlanmıştır.

Her ne kadar Lozan Barış Anlaşması ile kapitülasyonlar nihai olarak kaldırılrsa dahi tarihsel süreç içerisinde bu imtiyazlardan yararlanan devletlerin genç Türkiye Cumhuriyetinden beklentileri devam etmiştir. Bu şartlar da 2 Ağustos 1926 tarihinde meydana gelen Bozkurt ve Lotus gemilerinin çarpışması tekrardan bu imtiyaz beklentilerini perçinlemiştir.

Nitekim emperyalist devletlerin böylesine bir beklenti içerisinde bulunmasının başlıca sebepleri şu şekilde sıralanabilir. Türk Milleti'nin Trablusgarp

Savaşı ile başlayan mücadelesi 1.Balkan ve 2.Balkan Savaşları ile devam etmiş, akabinde cereyan eden 1.Dünya Savaşı ve nihayetinde ise İstiklal savaşı ile sayısız vatan evladı yitirilmiştir. 15 yıla yakın bir süre zarfında cepheden cepheye koşan halk kendi öz vatanını kurtarmak için varını yoğunu harcamış, buna mukabil ilimde, fende ve teknikte geri kamıştır. Yine bu süre zarfında oldukça zor zamanlar yaşayan halkımız yiyecek ekmeğe dahi muhtaç hale gelirken ülkenin dört bir tarafı yoksulluk, sefalet ve fakirlik ile kıvrılır halde kalmıştır. İşte bu ortam da milletimiz, tarihi süreci her daim kan, gözyaşı ve sömürü düşüncesi ile dolu olan Fransa'nın iştahını kabartmış, Fransa Türk Milleti'ni yenilebilir bir lokma olarak görme gafletine düşmüştür. Savaş meydanlarında tarihi her daim kahramanlıklar ile dolu olan Türk Devleti bu sefer galibiyetini ulusları bir mecra olan Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanı çatısı altında ve dahi tüm dünyayı yaşanan hadiseye şahit tutarak göstermiştir. "Cephede kazanıyoruz ama masada yeniliyoruz" anlayışı, Bozkurt-Lotus davası ile geride bırakılarak, Türk Milletinin masada da muzaffer olabileceği ispatlanmıştır.

DAVADA TARAFLARIN İDDİALARI ve MAHKEMENİN KARARI

Kazanın neticesinde, ölen şahısların yakınlarının başvurusu üzerine Bozkurt Gemisi'nin kaptanı Hasan Bey ile Lotus Gemisi'nin kaptanı Teğmen Demons aleyhlerine Türk mahkemeleri nezdinde yargılama faaliyeti başlatılmıştır.

Mahkemeye yansıyan bilirkişi raporunda Teğmen Demons'un hataları şu şekilde ifade edilmiştir. Sancağa geçmeye gecikmiş, düdüğü çekmemiş ve vaktinde makineyi tam yol geri almamıştır. Kaptan Hasan Bey'in hataları ise şu şekilde ifade edilmiştir. Manevra yapılmaması gereken bir durumda manevra yapmış, iskeleye gelmek suretiyle gemiyi çarpışma tehlikesi ile baş başa bırakmış ve bu tehlikenin defi için gemiyi tam yol ileri almamıştır. Bilirkişi heyeti oybirliği ile her iki kaptanı da hatalı olarak değerlendirmiştir.⁴

Tahkikatın sonunda savcılık makamı esas hakkında mütalaasında her iki kaptanın kusurlu olduğunu değerlendirerek, mahkemeden cezalandırmalarını talep etmiştir. Savcılık makamı mütalaasında ayrıca, Türk Halkı'nın mahkemenin kararına güvendiğini, Türk Mahkemelerinin bağımsız ve tarafsız olduğunu, kapitülasyon adlı

2- Türkiye Denizcilik ve Global Stratejiler Merkezi. Bozkurt Lotus Davası ve Hukuki Analizi. <https://turkdegs.org/icerik/bozkurt-lotus-davasi-ve-hukuki-analizi>. Erişim tarihi: 24.05.2022.

3- Mustafa Fırat GÜL, "Osmanlı Devleti'nde Kapitülasyonların Kaldırılması Sonrasında Halkın Tepkilerine Dâir Bazı Tespitler", Uluslararası Sosyal Bilimler Akademi Dergisi, C. 3, S. 5, Malatya 2021, s. 732-754.

4- Vahdettin Engin, "Dosya: Bozkurt Lotus Davası", Popüler Tarih, S. 26, İstanbul 2002, s. 66

imtiyazların artık uygulanmaz bir hüküm olarak mülga olduğunu ve Türk Ceza Kanunu'nun İtalya Kanunu'ndan iktibas edildiğinden bahisle, İtalya Kanunu'nun da somut uyuşmazlıkta benzer normlar içerdiğini vurgulamıştır. Nitekim İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi kararında kazaya kusurları sebebiyle neden olan her iki kaptanı da cezalandırmıştır. Lotus gemisi kaptanı iki ay yirmi gün ağır hapse mahkûm edilirken, Bozkurt Gemisi kaptanı Hasan Bey 4 ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Mahkeme davaya Türk Ceza Kanunu ve uluslararası hukuk kaideleri çerçevesinde bakmakla yetkili olduğunu da ifade etmiştir.⁵

Yargılama devam ederken devreye Fransa Konsolosluğu Maslahatgüzarı Pervejer girmiştir. Maslahatgüzar beyanında Lotus Gemisi kaptanı Demons'un tahliye edilmesini talep etmiştir. Türk Hükümetince verilen cevapta uyuşmazlığın Türk Yargısına intikal ettiğini, Türk Mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olduğunu dolayısıyla hiçbir suretle yargıya müdahil olunamayacağı hususlarını belirtmiştir. Her iki devletçe mutabık kalındığı takdirde uyuşmazlığın Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nca çözüme kavuşturulabileceği de ayrıca ifade edilmiştir.

Yargılama yetkisinin hangi devletin mahkemesine ait olduğunu belirlemek üzere Türk ve Fransız heyetleri arasında görüşmeler gerçekleştirilmiştir. Yapılan görüşmeler neticesinde her iki devlet arasında 12 Ekim 1926 günü Cenevre şehrinde tahkimname (hakemlik sözleşmesi) imzalanmıştır. Bu tahkimname⁶ uyarınca uyuşmazlığa bakacak merci olarak Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanı tespit edilmiştir.⁷ Böylece Bozkurt-Lotus davası Lahey Uluslararası Adalet Divanı'nın selefi olan Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nda başlamıştır. Uyuşmazlığın cereyan ettiği tarihte

deniz hukukuna ilişkin henüz bir sözleşme⁸ hükmü olmadığından divan incelemesini özellikle Lozan Barış Anlaşmasına uygun düşüp düşmediği noktasında yapmıştır. Dava sürecinde Türkiye'yi dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt temsil ederken Fransa tarafını Mösyö Başdevant temsil etmiştir.

Tahkimname uyarınca Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın yargı yetkisini tanıyan taraflar; Divana, Bozkurt Gemisi'nin kaptanı Hasan Bey ile Lotus Gemisi'nin kaptanı Teğmen Demons'un dikkatsizlik ve tedbirsizlikleri nedeni ile 8 vatandaşımızın ölümüne sebep olmaları üzerine Türk yargı merciinin yaptığı kovuşturmanın 24 Temmuz 1924 tarihli Lozan İkamet ve Adli Selahiyat Sözleşmesi'nin 15.maddesine aykırı olup olmadığı, Uluslararası Hukuka aykırılık halinin vuku bulup bulmadığı sorusunu yöneltmişlerdir. Davada, Divan'ın Fransa'yı haklı bulması halinde Türkiye Fransa'ya tazminat ödeme yükümlülüğü altına girecekti.⁹ Şayet Türkiye haklı görülürse, bu sefer de genç Türkiye Cumhuriyetin uluslararası arenada haklılığı ortaya çıkacak ve Türkiye uluslararası hukuk kaidelerine bağlı bir ülke olarak medeni devletler arasındaki haklı yerini alacaktı.

Fransa'nın İddiaları

Fransa her şeyden önce Teğmen Demons aleyhine yönelik yapılacak yargılama yetkisinin münhasıran kendilerine ait olduğu tezini ısrarla savunmuştur. Bundan ötürü Fransa, Türk Adli Mercilerince Demons'un tutuklanması ve yargılama safahatına ilişkin takibatin yapılması nedeniyle açık bir şekilde Türk Devleti'nin ulusları hukuka aykırı davrandığını öne sürmüştür.

8- Denizlerin düzenine ilişkin hukuk kuralları 1958 yılına kadar daha çok örf ve adet hukuku kurallarından ibaretti. Bu eksikliğin giderilmesi için uluslararası toplum I. Deniz Hukuku Konferansını 1958 yılında Cenevre'de toplamış ve dört adet Sözleşme imzalanmıştır (....). Daha sonra 1960 yılında II. Deniz Hukuku Konferansı toplanmış ama bu konferansta bir sözleşme akdedilememiştir. III. Deniz Hukuku Konferansı ise, 1973 yılında toplanmış ve çalışmaları 1982 yılına kadar devam etmiş ve nihayetinde bugün denizlerin anayasası olarak kabul edilen 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi imzalanmıştır. Özellikle, kıyı devletlerine karasularını 12 deniz miline kadar genişletme hakkı veren 3. Maddesi nedeniyle Türkiye bu Sözleşmeyi imzalamamıştır. 1994 yılında yürürlüğe giren bu Sözleşmenin birçok hükmü günümüzde örf ve adet hukuku kuralı haline gelmiştir. Sami Doğru, Uluslararası Hukukta Deniz Güvenliği ve Seyrüsefer Serbestliği, Basılmamış Doktora Tezi, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2001. 9- Durmuş Tezcan, "Bozkurt-Lotus Davasının Önemi ve Yeri", Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları, C. 2, S. 4, İzmir 1994, s.268.

5- Mustafa Yıldırım/Kemal Ramazan Haykıran (Ed.), Çaka Bey'den Günümüze Kuşadası ve Çevresinde Türk Tarihi, 1.Basım, Adnan Menderes Üniversitesi Yayınları, Aydın 2018, s.249-255.

6- Uyuşmazlık meydana geldikten sonra taraf devletlerin söz konusu uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabilmesi için yaptıkları yazılı anlaşmaya tahkimname denmektedir.

7- Adil Giray Çelik, Tarihin Yargıladığı Davalar, 2.Basım, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2021, s.195

Fransa tarafından öne sürülen diğer bir iddia ise, bayrak devletin¹⁰ açık denizlerde bulunan bir ticaret gemisi üzerinde meydana gelen çatma hallerinde münhasıran yargılama yetkisine sahip olmasıdır. Lotus gemisinin bayrak devleti de Fransa olması hasebiyle yargılama yetkisine bu yönden de sahip olduklarını ifade etmişlerdir.

Fransa tarafından dile getirilen ve sözde ihlale neden olan bu iki halden ötürü Türk Devleti'nin 6.000 Türk Lirası tutarınca tazminat ödemesini gerektiği ayrıca bir talep olarak belirtilmiştir.

Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'na, Fransa tarafından sunulan muhtıra da özet olarak, Türk Makamlarının kaza neticesinde başlatmış olduğu yargılama faaliyetleri ile Lozan Antlaşması'nın eki niteliğinde olan İkamet ve Adli Salâhiyet Sözleşmesi'nin 15.maddesine aykırı olarak Uluslararası Hukuk kaidelerini ihlal ettiği iddia edilmiştir.¹¹ Fransa'yı temsilen Mösyö Basdevant Türk makamlarca yapılan yargılamanın hangi uluslararası kaideye dayandığını açıklaması gerektiği ifade etmiştir.¹²

Fransa Devleti'nin uluslararası hukuk teamül ve normlarında hiçbir yeri olmayan haksız taleplerinde ısrar etmesinin esas nedeni, Osmanlı Devleti zamanında kullandığı kapitülasyon adı altındaki imtiyazları sürdürmek gayesidir.

Türkiye'nin İddiaları

Türkiye, açık denizde meydana gelen kazanın neticesinde batan gemi Bozkurt'un Türk bandıralı bir gemi olmasından bahisle yargılama yetkisini kullandığı, yine zarara uğrayan geminin Türk bandıralı bir gemi olduğu hususlarına değinerek iddiasını temellendirmiştir.

Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nda Türkiye'yi müdafaa eden Mahmut Esat Bozkurt Türkiye'nin yaptığı yargılamada uluslararası hukuk kaidelerine uygun olarak icra etmek durumunda olmadığını, Türkiye'nin medeni devletler ailesinin şerefli bir üyesi konumunda bulunduğunu dolayısıyla tüm bu devletler ile eşit haklara sahip olduğunu, netice olarak Mösyö Basdevant'ın iddia ettiği gibi şayet Türkiye yaptığı yargılamada haksız hareket etmiş ise, Fransa tarafının Türkiye'nin hangi uluslararası hukuk kaidesini çiğnediğini ispat

etmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹³ Mahmut Esat Bozkurt, "Türkiye'nin uluslararası hukuka uygun hareket etmiş midir?" sorusunu değiştirerek "Türkiye uluslararası hukuka aykırı hareket etmiş midir?" şekline çevirmiştir. Yani Mahmut Esat Bozkurt Divanda yaptığı manevra ile ispat külfetini Fransa Devleti'nin üzerine yüklemiştir.

Mahkemenin Kararı

Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Kararında, Lozan Anlaşması uyarınca Türkiye'de kapitülasyonların kaldırıldığını ve Türk Yargı mercilerince yapılan yargılamanın Lozan Antlaşması'nın İkamet ve Adli Salâhiyet Sözleşmesi'nin 15.maddesine aykırı olmadığını belirtmiştir.¹⁴ Ayrıca suç her ne kadar varsayılan ülke konumunda bulunan Lotus Gemisi üzerinde icra edilse de, suçtan zarar görenin Bozkurt Gemisi olduğundan Türk Yargı Mercilerinin yargılama hakkına haiz olduğunu ifade etmiştir.¹⁵ Divan, Türk Yargı Mercilerince yapılan tahkikatı yasaklayan bir uluslararası hukuk normu bulunmadığını da dikkat çekmiştir.

Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanı belirtilen bu sonuçlar çerçevesinde ve her iki devlet tarafından akdedilen Tahkimname uyarınca Türkiye'nin uluslararası hukuk kaidelerine aykırı hareket etmediğini, dolayısıyla Fransa'nın tazminat taleplerinin yersiz olduğunu oy çokluğu ile açıklamıştır.¹⁶

KARARIN ÖNEMİ ve MAHMUT ESAT BOZKURT'UN YAŞAMI

Lotus Prensibi

Divan'ın bu konuya ilişkin kararı literatüre Lotus Prensibi olarak geçmiştir. Daha sonra uluslararası bir teamül haline gelen bu prensip 1958 tarihli Cenevre Açık Denizler Sözleşmesinde bir norm olarak kendisini göstermiştir. 1958 Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi, açık denizlerdeki çatma hallerine yönelik yargı yetkisini spesifik olarak 11. maddede düzenlemiştir.¹⁷ Buna göre;

"1. Kaptanın veya gemi hizmetindeki diğer herhangi bir şahsın cezai veya disiplin sorumluluğunu gerektiren açık denizdeki

10- Bayrak devleti, bir geminin kayıtlı olduğu sicil bulduğu devleti yani bayrağını taşıdığı devleti ifade eder.
11- Mustafa Balcioğlu ve diğerleri, Bozkurt Lotus Davası, 1.Baskı, Nobel Yayınları, Ankara 2003, s. 27.
12- Balcioğlu, s. 320.

13- Balcioğlu, s. 410-411.

14- Balcioğlu, s. 505-506.

15- Balcioğlu, s. 509-510.

16- Balcioğlu, s. 517-518.

17- Türkiye Denizcilik ve Global Stratejiler Merkezi. Bozkurt Lotus Davası ve Hukuki Analizi. <https://turkdeg.org/icerik/bozkurt-lotus-davasi-ve-hukuki-analizi>. Erişim tarihi: 24.05.2022.

bir çarpışma veya gemiyle ilgili diğer herhangi bir seyrüsefer olayı halinde, bu gibi kişilere karşı bayrak Devletin veya bu gibi kişilerin vatandaşı oldukları Devletin yargısal ve idari mercilerinden başka herhangi bir merci önünde hiçbir cezai veya disiplin takibatı yapılamaz.

2. Disiplin meselelerinde, bir kaptanlık belgesi veya bir yetki belgesi veya iznini vermiş olan Devlet, belge hamili onu veren Devletin bir vatandaşı olmazsa bile gerekli hukuki işlemten sonra, bu gibi belgeleri geri almaya, tek başına yetkili olacaktır.

3. Bayrak Devletin mercileri dışındaki diğer herhangi bir merci, bir soruşturma tedbiri olarak dahi geminin tutuklanması veya yakalanmasını hiçbir şekilde emredemez”.

1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin 97.maddesi kapsamında Cenevre Sözleşmesi’nin 11. maddesinin muhtevasını kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Buna göre;

“1. Açık denizde, kaptanın veya gemi hizmetindeki diğer herhangi bir kişinin ceza veya disiplin sorumluluğunu intaç ettiren bir çatma halinde veya deniz seyrüseferine ilişkin diğer herhangi bir olayda, bu kişiler hakkında ceza veya disiplin kovuşturması, ancak ya geminin bayrağını taşıdığı devletin veya bu kişilerin tabiiyetinde bulundukları devletin adli veya idari makamları nezdinde açılabilir.

2. Disiplin konusunda bir kaptan brövesi veya yeterlilik veya ehliyet belgesi vermiş olan devlet, belge sahibi, bu devletin vatandaşı olmasa dahi, yasal yollara riayet ederek, bu belgelerin geri alınmasına karar verme hususunda münhasır yetkili olacaktır.

3. Bayrak devleti yetkilileri dışında hiçbir makam tarafından soruşturma amacıyla da olsa, gemiye el konulması veya geminin seferden alıkonulması emredilmeyecektir.”

Türkiye Açısından Kararın Önemi

Genç Türkiye Cumhuriyeti’nin kendisine güvenerek uluslararası bir yargı merci olan Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanı’na başvurması, Türkiye’nin uluslararası hukuk sistemine güvenini ortaya

koymuştur. Nitekim bu durum Türkiye’nin bir kez daha medeni çağdaş ve hukuka bağlı bir devlet olduğunu vurgulamıştır. Türkiye lehine sonuçlanan Bozkurt Lotus davası neticesinde yıllardır Türk Milleti’ni sömüren bir duruma dönüşen kapitülasyonlar bir daha üzerinde durulmamak üzere bütünüyle sonlandırılmıştır. Nitekim Lozan Barış Antlaşmasında mutabık kalınarak kaldırılan kapitülasyonlar Bozkurt-Lotus Davası adlı hukuk zaferi ile fiilen nihayete erdirilmiştir. Şüphesiz ki yargılama Genç Türkiye Cumhuriyeti’nin kendisine olan güvenini de arttırmıştır.

Divanın kararının önemini dönemin gazetelerine de yansımış ve manşet ile halka duyurulmuştur. Kararın açıklanması ile birlikte Akşam ve Cumhuriyet Gazeteleri davayı başyazılarına taşımıştır.¹⁸ Kararın verildiği tarihte Genç Türkiye Cumhuriyeti daha 4 yaşında bir devlettir.

Uluslararası Lahey Sürekli Adalet Divanın üyeleri Milletler Cemiyeti Konseyi tarafından seçilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti ise Milletler Cemiyeti’ne 18 Temmuz 1932 tarihinde üye olmuştur. Milletler Cemiyetinde en çok sözü geçen devletler Fransa ve İngiltere’dir. Bu şartlar altında Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanı üzerinde büyük bir etkisi bulunan Fransa devletine karşı böylesine bir hukuk zaferinin kazanılması da hadisenin ehemmiyetini göstermektedir.¹⁹

Divanın verdiği karar, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan bir mağdura karşı suçun yurtdışında dahi işlenmiş olması halinde Türk Devletin yargılama faaliyetini sürdürebilmesi imkân sağlanması açısından da çok değerli ve kıymetlidir.²⁰ Nitekim karar neticesinde bu durum tüm dünyaya ilan edilerek, genç Türk Cumhuriyeti’nin haklılığı ortaya konulmuştur.

Uluslararası Hukuk Açısından Önemi

Her şeyden önce Bozkurt-Lotus Kararı yargılama yetkisinin hangi devlet tarafından kullanılması gerektiğini gösterilmesi bakımından çok önemlidir. Karardan çıkarılabilecek belki de en önemli sonuç denizlerdeki çatmalar gibi şayet açıkça uluslararası hukuk sözleşmelerinde korunmayan ve uluslararası hukuk kuralı da bulunmayan hallerde devletlerin yargı yetkisini sınırlayan bir norm yok ise devletlerin genel yargı yetkisine sahip olması

18- Alper Ersaydı, “Bozkurt-Lotus Davası ve Genç Türkiye’nin Hukuksal Yetkinliği”, *Tarih Okulu Dergisi*, C. 2010, S. 6, Uşak 2010, s.40.

19- Ersaydı, s. 40-41.

20- Tezcan, s. 273.

halidir.²¹ Nitekim bu görüş bugünde işlerliğini sürdürmektedir.

Kararın neticesinde ortaya çıkan ve uluslararası hukuk kaideleri arasına giren Lotus prensibi daha sonraları norm haline gelerek “açık denizlerin serbestliği” ilkesi adı altında 1958 tarihli “Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi”nde yerini bulmuştur.

Mahmut Esat BOZKURT’un Yaşamı

1892 tarihinde Kuşadası’nda doğmuştur. Babası Hacı Mahmutoğulları’ndan Hasan Bey’dir. İki yıl İzmir İdadisinde okuduktan sonra dayısı ile birlikte İstanbul’a gitmiştir. 1911 yılında İstanbul Hukuk Mektebinden mezun olduktan sonra İsviçre’de Lozan ve Freiburg Üniversitelerinde öğrenim görmüş, kapitülasyonlar konusundan doktora yapmıştır. İzmir’in Yunanlılar tarafından işgal edilmesine müteakip yurda geri dönmüş ve Ege Bölgesinde bulunan Kuvay-i Milliye Teşkilatının içerisine girmiştir. Bu noktada birçok yararlar sağlamıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin 1.dönemine İzmir Milletvekili olarak katılım sağlamıştır. Meclis de Anayasa Komisyonu ve Dışişleri Komisyonunda çalışmıştır. Bu sıra da İktisat Vekilliğine seçilmiş ve bu görevi 12 Temmuz 1922 tarihine kadar sürdürmüştür. Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin 2.dönemine tekrar İzmir Milletvekili olarak girmiştir. Bu dönemde 2.kez İktisat Vekilliğine seçilmiştir ve bu görevi 27 Kasım 1923 tarihine kadar sürdürmüştür. 20 Nisan 1924 tarihinde kabul edilen Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun hazırlayan komisyonda görev almıştır. 5 Kasım 1925 tarihinde Ankara Hukuk Mektebi’nin açılmasında büyük payı olmuştur. 3. ve 4. İnönü Hükümetleri zamanında Adliye Vekili olarak görev yapmıştır. Adliye Vekilliği döneminde 17 Şubat 1926 tarihinde Türk Medeni Kanunu, 1 Mart 1926 tarihinde Türk Ceza Kanunu, 19 Nisan 1926 tarihinde Kabotaj Kanunu, 22 Nisan 1926 tarihinde Türk Borçlar Kanunu, 29 Mayıs 1926 tarihinde Türk Ticaret Kanunu, 18 Haziran 1926 tarihinde Türk Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu gibi Türk Hukuk Sistemi’nin temel yasaları hazırlanarak yürürlüğe girmiştir. 1934 yılında Soyadı Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle Mustafa Kemal Atatürk tarafından kendisine Bozkurt-Lotus Davasındaki başarısından ötürü ‘Bozkurt’ soyadı verilmiştir. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi’nde Anayasa ve Devletler Hukuku profesörlüğü görevlerini

ifa etmiştir. 1935 yılında mason localarının kapatılmasında büyük katkısı olmuştur. 21 Aralık 1943 tarihinde beyin kanaması sonucu İstanbul’da vefat etmiştir. Kabri İzmir ili Selçuk ilçesinde bulunmaktadır.²²

SONUÇ

Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanı’nın verdiği karar neticesinde benzer uyuşmazlıklarda da tatbik edilebilecek emsal bir karar ortaya çıkmış ve bu kararla uluslararası hukuka, bir “örf ve adet hukuku” kuralı olarak “Lotus Prensibi” girmiştir. Bozkurt Lotus Davası ile açık denizlerde meydana gelen çatmalarda, hangi devletin yargılama yetkisine sahip olacağını belirlenmiştir. Şüphesiz ki davanın neticesinde uluslararası hukuk sistemine güvenen Türkiye’nin haklılığı ortaya çıkması ile birlikte kazandığı prestij de çok ehemmiyetlidir. Türkiye Cumhuriyeti’nin uluslararası arenada kendisine olan güveni artmıştır. Lahey Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, davanın anısına Mustafa Kemal Atatürk’e takdim edilmek üzere tunçtan bir Bozkurt heykelini Türk Heyetine teslim etmiştir. Bozkurt Lotus Davasındaki başarısından ötürü Mahmut Esat Bey’e 1934 yürürlüğe giren Soyadı Kanunu ile Mustafa Kemal Atatürk tarafından “BOZKURT” soyadı verilmiştir.

Genç Türkiye Cumhuriyeti Lozan’da noktaladığı kapitülasyon rejiminin emperyalist devletlerce tekrar kullanmasının önüne Bozkurt-Lotus Davası ile geçmiştir. Böylece Lozan Barış Antlaşması ile elde edilen kazanım Bozkurt-Lotus Davası neticesinde taçlanmıştır. Ardından gerçekleştirilen hukuk reformları Türkiye Cumhuriyeti’nin medeni devletler rotasını izleyeceğini tüm dünyaya göstermiştir. Türkiye’nin sadece kendi ülkesinde suç işleyen kişileri değil yurt dışında bir Türk Vatandaşına karşı işlenen suçları da yargılayabilme hakkına sahip olduğu ve söz konusu bu durumun uluslararası hukuk kaidelerine aykırı olmadığı ortaya çıkmıştır²³. Davanın belki de en önemli sonucu ise Türkiye Cumhuriyeti, medeni devletler arasındaki bağımsız ve saygın konumunu sağlamlaştırmıştır²⁴.

Bozkurt-Lotus Davası mahiyeti itibariyle genç Türkiye Cumhuriyeti’nin uluslararası arenada haklılığını ortaya koyan ilk hukuk zaferi olmasının yanı sıra yıllardır o veya bu şekilde sömürülen

22- Mahmut Esat Bozkurt, https://tr.wikipedia.org/w/index.php?title=Mahmut_Esat_Bozkurt&stable=1, Erişim tarihi: 24.05.2022.

23- Tezcan, s. 273-274.

24- Ersaydi, s. 42.

Anadolu insanın tarihe seslenerek mührünü vurduğu bir özgürlük ve adalet manifestosudur.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

BALCIOĞLU, Mustafa/BOZKURT, Enver/
KÜTÜKÇÜ, M.Akif/POYRAZ, Yasin; *Bozkurt Lotus Davası*, 1.Baskı, Nobel Yayınları, Ankara 2003.

ÇELİK, Adil Giray; *Tarihin Yargıladığı Davalar*, 2.Basım, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2021.

YILDIRIM, Mustafa/HAYKIRAN, Kemal Ramazan; *Çaka Bey'den Günümüze Kuşadası ve Çevresinde Türk Tarihi*, 1.Basım, Adnan Menderes Üniversitesi Yayınları, Aydın 2018, s.249-255.

MAKALELER

ARIKAN, Zeki; "Mahmut Esat Bozkurt ve Kapitülasyonlar", *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları*, C.2, S. 4-5, İzmir 1994-1995, ss. 217.

ENGİN, Vahdettin; "Dosya: Bozkurt Lotus Davası",

Popüler Tarih, S. 26, İstanbul 2002, ss. 66

ERSAYDI, Alper; "Bozkurt-Lotus Davası ve Genç Türkiye'nin Hukuksal Yetkinliği", *Tarih Okulu Dergisi*, C. 2010, S. 6, Uşak 2010, ss.40.

GÜL, Mustafa Fırat; "Osmanlı Devleti'nde Kapitülasyonların Kaldırılması Sonrasında Halkın Tepkilerine Dâir Bazı Tespitler", *Uluslararası Sosyal Bilimler Akademi Dergisi*, C. 3, S. 5, Malatya 2021, ss. 732-754.

TEZCAN, Durmuş; "Bozkurt-Lotus Davasının Önemi ve Yeri", *Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları*, C. 2, S. 4, İzmir 1994, ss.268.

YAYIMLANMAMIŞ ARAŞTIRMALAR

Doğru, Sami; "Uluslararası Hukukta Deniz Güvenliği ve Seyrüsefer Serbestliği", *Basılmamış Doktora Tezi*, A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2001.

VERİ TABANLARI VE İNTERNET SİTELERİ

<https://turkdegis.org/>

<https://tr.wikipedia.org/wiki/Anasayfa>



AV. M. CENGİZ GÖRAL
MAKALE YARIŞMASI
İKİNCİSİ

Çiğ popülizm diye bir kavram literatürde yer almamaktadır. Popülizm kavramının ise ülkemizdeki yaygın kullanımı hatalıdır.

ÇİĞ POPÜLİZM VE BAŞ DÜŞMANLARI

Av. Onur ALTINKAN
Antalya Barosu

Giriş

Kara Avrupası hukuk sisteminin Roma Hukuku'ndan başlayarak oluşturduğu kadim hukuk ilkelerinin pek çoğu Avrupa sınırlarını da aşarak halen hukukun temel prensiplerini oluşturmaya devam etmektedir. Pek tabii ki, insanlığın Roma döneminden beri aldığı mesafe, başta insan hakları olmak üzere hukuk anlayışımızda da pek çok değişikliğe ve devinime yol açmıştır.

Roma Hukuku'nun kazandırdığı pek çok kavram ve müessese, hukuk bilimi açısından büyük kazanımlar olarak kabul edilmektedir. Bu yadsınamaz gerçeğin karşısında, günümüz kara Avrupası devletlerinin karşı karşıya kaldığı büyük bir problem ise Roma Hukuku kökenli hukuk sistemlerinin ağır ve köklü değişimlere açık olmayan yapısıdır. Bu hususu günümüzde tartışmak dahi sanki evrensel ve çağdaş hukuk anlayışıyla çelişmek anlamında bir yafta tehlikesini içerisinde barındırmaktadır. Ancak söz konusu bu söylem, aslında bundan yüz sene kadar önce Avrupa'nın göbeğinde ünlü hukukçu Rudolph von Jhering tarafından ifade edilmiştir.

Hukukun köklü değişimlere kapalı yapısı, elbette ki Roma Hukuku'nun kendi devrine göre inanılması güç şekilde kendi çağının ilerisinde olan anlayışının yarattığı büyük etkinin ürünüdür. Roma Hukuku, kendi çağına göre o kadar etkileyici ve büyüleyicidir ki, bu dönemden kalan kadim hukuk ilkelerinin tartışılması dahi büyük tehlikeler barındırabilmektedir. Ancak bu tartışmalara girmeyi göze alan Jhering, belki de bu sayede aradan geçen yüz yıla rağmen halen gelmiş geçmiş en büyük hukukçular arasında yer alabilmektedir.

Jhering'in katkılarından biri; hukukçunun dilbilimci gibi toplumda kendiliğinden gelişen kuralları anlayarak yazıya döken kişi olmaktan ziyade, kuralları oluşturan, hakları kazanmak için mücadele eden ve hukuku şekillendiren kişiler olarak tanımlanmasıdır. Jhering, her hukukçunun ideal hukuka ulaşmak noktasında bir mücadele göstermesi gerektiğini ileri sürmekte ve bunu adeta her hukukçuya bir görev olarak

yüklemektedir.

Makalenin konusu ise; hukukçunun görevi olan mücadele etme misyonunun günümüzde adeta bir canavar gibi yükselen çığ popülizm tehdidine karşı nasıl ve ne şekilde olması gerektiğine ilişkindir. Zira bu mücadelenin başlıca enstrümanı, özgür düşüncedir.

1. Çığ Popülizm Nedir?

Çığ popülizm diye bir kavram literatürde yer almamaktadır. Popülizm kavramının ise ülkemizdeki yaygın kullanımı hatalıdır. Zira popülizm, aslında halk çıkarcılığı anlamına gelmekte ve devlet aygıtının seçkin bir kitlenin arzularına göre değil, halkın yararına göre davranması gerektiğini temel alan bir düşüncedir. Seçkin tavra karşı diyalektik anlamda gelişen bir tepki olan popülizm, fayda ve yararın halkın tabanına yayılmasını amaçlayan bir kavramdır.

Buna karşın, ülkemizde popülizm kavramı her zaman yanlış şekilde olumsuz bir kanıyı vurgulamak amaçlı kullanılmaktadır. Popülizm terimiyle ülkemizde aslında ifade edilmek istenen husus; oy kazanmak veya halkın desteğini alabilmek adına, hukuktan, demokrasiden ve özgürlüklerden ödün vermektir. Zira popülizm yapan bir kişi veya kuruluşun, sırf çoğunluğa hitap etmek ve destek alabilmek adına hukukun temel ilkelerinden dahi ödün verebildiği örnekler, dünyanın her yerinde mevcuttur. Popülizm, aslında halkın faydasınayken, bahsettiğimiz anlamda ödünler verilerek ileri sürülen popülist söylemler ise, hukuka zarar verdiği için dolaylı olarak halkın zararınadır. İşte bu ödünleri vererek yapılan popülizmi, “çığ popülizm” olarak adlandırıyorum.

2. Çığ Popülizm ve Hukuk İlişkisi

Yukarıda tanımlanan çığ popülizm kavramı, hukukun ve hukuk devletinin başlıca düşmanıdır. Buna ilişkin verilebilecek pek çok örnek bulunabilmektedir.

Örneğin, üniversiteye girdiği esnada derece yapan bir gencin aslında devletle yaptığı, sözlü veya yazılı olmayan örtülü bir anlaşma bulunmaktadır. Saygın bir bölümü tercih eden bu genç, tercihini yaptığı anda iyi bir gelecek ve saygınlık kazanacağı yönünde bir anlaşmanın kazanan tarafı olarak gözükmektedir.

Liyakat, söz konusu bu gencin hak ederek kazandığı bu vasıfların kendisine verilerek, aynı başarıyı kazanamamış olanlarla arasında fark yaratılmasıdır. Zira eşitlik ve adalet aynı kavramlar

değildir. Eşitlik, herkesin eşit haklara sahip olması anlamına gelmekte ve temel haklar bakımından bir anlamda faydalı olabilmektedir. Adalet ise toplumdaki bireyler arasında hak edene hak ettiğinin verilmesi, hak etmeyene ise söz konusu kazanımın verilmemesidir. Söz konusu örnek bakımından kendisine sunulan fırsatlar arasında tercihini yapan gencin, elde ettiği başarıyla iyi bir gelecek elde edeceği yönünde devletle yaptığı örtülü anlaşma, çığ popülizm vasıtasıyla hükümsüz kalabilmektedir. Zira bu gencin kazanımı aynı başarıyı sağlayamayan ezici çoğunluğa verilmeyen bir hakkın sadece o gence ve o genç gibilere verilmesinden ibarettir.

Bunu gören çığ popülizm canavarı, gence verilecek olan statüyü yıkabilmekte, her yere aynı bölüme ilişkin aynı diplomayı veren üniversiteler açabilmekte ve gencin örtülü anlaşma vasıtasıyla elde ettiği kazanımı elinden alabilmektedir. Zira böylesi bir ihtimalde söz konusu kazanıma sahip olamayacak olan on binlerce kişi, aslında hak etmediği bir kazanıma kolayca sahip olabilecek ve mutlu gözükeceklerdir. Ancak bu durum yine halk yararcılığının sağlandığı anlamına gelmeyecektir. Nitekim halk kısır ve sığ bakış açısıyla mutlu olmuş gibi gözükse de, uzun vadede liyakatin ve adaletin olmadığı bir toplumda yine mutsuz olan taraf olacaktır. Dolayısıyla bu örnekte fayda veya yarar sağlayan aslında halk gibi gözükse de, doğrusu böyle değildir. Fayda veya yarar sağlayan çığ popülizmi uygulayarak uzun vadede çok daha büyük mutsuzluklara yol açmak pahasına halkı kısa süreli olarak mutlu edenlerdir.

Benzer örnekleri çoğaltmak mümkündür. Örneğin büyük ekonomik sorunlar yaşayan bir toplumda, borçluların borcunu ödememelerini güvence altına alan hukuk uygulamaları çığ popülizmin başlıca göstergelerindendir. Zira borçlular, böyle toplumlarda alacaklılara nazaran çoğunluktadır. Borcunu ödemeyenlerin çeşitli vasıtalarla alacaklılar karşısında korunma altına alınması, kısa vadede çoğunluğu borçlu konumunda olan halk açısından mutluluk verici gözükebilecektir. Ancak uzun vadede, kimsenin kimseye güvenmediği, kimsenin kimseyle ticaret yapmadığı ve aynı zamanda kimsenin hukuk sistemine güveninin kalmadığı bir toplum oluşacaktır. Bu nedenle uzun vadede bu uygulama da yine halkın yararına değil, sadece kısa vadeli faydasına odaklanan çığ popülizm uygulayıcılarının yararınadır.

Bir başka örnek, suçluların aldıkları cezalara rağmen infaz kanunları vasıtasıyla cezaevine

girmemeleri veya çok kısa sürede girip çıkmalarıdır. Ceza hukukunun başlıca amaçlarından biri toplumun vicdanını rahatlatmak ve ayrıca suç teşkil eden eylemlere karşı caydırıcılık sağlanmasıdır. Ancak burada suçluların kısa vadede mutluluğu, uzun vadede adalete ve hukuka inanması gereken halkın mutluluğuna tercih edilmekte ve yine çığ popülizm başka bir zaferle daha sarhoş olmaktadır. Benzer bir durum, dönemsel olarak çıkarılan af kanunlarında da mevcuttur.

Örnekler pek çok farklı alanda, pek çok farklı emsal üzerinden verilebilmektedir. Ancak sonuç değişmemektedir. Çığ popülizm, bir canavar gibi toplumun adalete ve hukuka inancını uzun vadede zedelemekte ve bunu kısa vadede mutluluk aşılama suretiyle oldukça profesyonel ve başarılı bir şekilde gerçekleştirmektedir.

3. Çığ Popülizmle Mücadele

Çığ popülizmle mücadele edebilmenin iki temel yolu olduğunu düşünmekteyim. Bunlardan birincisi “özgür düşünce” adı verilen kavram, diğeri ise “hukuk mücadelesi” kavramıdır.

3.1 Bir Mücadele Yöntemi Olarak Özgür Düşünce

Özgür düşünce, sorgulamak, sorgulayabiliyor olmaktır. Az yukarıda verilen örneklerin uzun vadede yarattığı sonuçları sorgulayabilen bireyler, farkındalık denilen büyüleyici bir kavramın bayrağını taşırlar. Farkındalık, büyüleyici olduğu kadar zorlayıcıdır da. Nitekim farkında olan bir insan, kendisine sunulan sahte mutluluklarla avunmadan sorgular.

Sorgulayan insan, karşısına sunulan kutunun içindekini değil, kutunun içine o şeyin konuluş amacını gören insandır. Dolayısıyla farkındalık, özgür insanın sahip olması gereken erdemlerden biri olmakla beraber, aynı zamanda mutsuzluk da getirmektedir.

Amaç ise, kandırılarak mutlu hissetmek değil, içerisinde bulunduğumuz toplumun faydasına ulaşmak, en azından bu yolda çabalamaktır.

Bir kişinin etrafındakilere ışık olabilmesi, pek çok farklı toplumda, pek çok farklı analogilerle tarif edilen bir manevi değere işaret etmekte ve kişinin kendisini gerçekleştirebilmesi noktasında mihenk taşı olmaktadır.

Özgür düşünen insan, sorgulayabilmekte ve ulaştığı sonuçlarla etrafındakilere ışık olmaktadır. Elbette bu süreç, hızlı ve kesin sonuçlar veren bir metodoloji öngörmemektedir. Bu uğurda nice

aydın, nice aktivist, nice gazeteci can vermiştir. Ancak bir yangına karşı sırtında bir damla su taşıyan karıncanın hikayesinde söylediği gibi, en azından saf ve taraf belli olmaktadır.

Çığ popülizme karşı, özgür düşünen insan, zor da olsa etrafındakileri de özgür düşüncenin ışığıyla aydınlatmalı ve onları da birer meşaleye çevirebilmelidir. Bu sayede çığ popülizmin kolayca ele aldığı geniş halk kitlesine karşı, yavaş yavaş ve birer birer aydınlanma sağlamak, uzun ve zorlu bir mücadele yolculuğunda kazanımların en büyüğü olarak görülmelidir.

3.2 Hukuk Uğrunda Savaş

Hukuk uğrunda savaş, yazının giriş kısmında andığım Rudolph von Jhering’in ünlü eserinin adıdır. Söz konusu bu eser, genç Türkiye Cumhuriyeti’nde icra memurluğu yapan, sonrasında hakim ve avukat olarak da görev alan Rasih Yeğengil isimli bir üstad tarafından Fransızca’dan Türkçeye’de çevrilmiştir.

Hukuk uğrunda savaş, gelişmenin kendiliğinden gerçekleşmeyeceğini, mutlak surette mücadeleyle sonuç alınabileceğini ileri süren bir düşüncedir.

Çığ popülizmin yarattığı en büyük tehlikelerden biri, çoğulcu demokrasi yerine çoğunlukçu demokrasinin rağbet görmesidir. Çoğunlukçu demokrasi de çoğunluğun söylediği veya kabullendiği her şey meşru görülmektedir. Çoğulcu demokrasi ise çoğunluğun söylediği veya kabullendiği her şeyin meşru olamayacağını, meşruluğun sınırlarının evrensel hukuk ilkeleri olduğunu ele almaktadır. Çığ popülizm, kendisine fayda ve yarar sağlayan kitleye odaklandığından, istisnasız şekilde çoğunlukçu demokrasinin filizlenmesine yol açmaktadır. Oysa tüm insanlığın övdüğü ve arkasında durduğu demokrasi ise kavramsal olarak çoğunlukçu demokrasidir.

O halde şimdiye kadar, çığ popülizmin liyakate zarar verdiği ve liyakate verilen zararın adalete ve hukuka olan inancı ortadan kaldırdığı ve ayrıca hukukun evrensel ilkelerini zedelediği, demokrasinin algılanış biçimini dahi değiştirebilecek kadar tehlikeli olduğu, başlıca düşmanın özgür düşünce olduğu hususları dayanaklarıyla ortaya konmuş durumdadır.

Bütün bu dayanakların yanı sıra, en büyük enstrüman hukuk ve hukukun üstünlüğü olarak görülmeli ve bunlar için mücadele edilmelidir. Benzer düşünceler 100 yıl kadar önce Alman hukuku bakımından Jhering tarafından ileri sürülmüş ve Jhering, benzer tehditlere yönelik

hukukun hızlı refleks gösteremeyen ve uzun zamandır doğru kabul edilen yanlış uygulamalarına karşı mücadele çağrısında bulunmuştur.

Ona göre; mevcut hukuk sistemi adaletin tesis edildiği hissini uyandırmamaktadır. Tam aksine sistem tamamen maddi çıkar odaklı bir anlayışı kabullenmektedir. Taban tabana zıt bir görüşün etkisi altındadır. Örneğin haksız kazanç sağlayan bir kişi, bu kazancını iade ettiği takdirde herhangi bir sorumlulukla karşı karşıya kalmamaktadır. Ancak geniş açıdan bakıldığında, bu kişi haksız kazanç sağlamayı deneyerek aslında devletin kanunlarına, topluluğun düzenine ve ahlaka karşı gelmektedir. Haksız kazanım iade edilmiş olması, sadece karşı tarafın bireysel zararını gidermektedir. Oysa topluma ve hukuka karşı atılan bu adımın yaptırımsız bırakılması, kişileri bunu bir çok kez deneyerek ya tutarsa mantığıyla davranmaya itebilmektedir. Dava yoluyla bir tarafın haksız olarak elde ettiği bir menfaatin iadesi mücadelesi verilmektedir. Bu durumda tarafların biri için mevcut tehlike haksız elde ettiği şeyi geri vermek, diğeri için kendisine ait olan bir şeyi kaybetmektir. Bu durumda fiiliyatta haklı olan tarafın sadece hakkını geri alması yeterli kabul edilmemelidir. Bir taraf için davanın kazanılması haksız yere servetinin artması, diğeri için davanın kazanılması ise hakkı olanı kaybetmemek anlamına gelir. Böyle bir düzen, yani haksızlık yapanın kaybedeceği tek şeyin haksız elde ettiği menfaatin iadesi olması halinde, hukuk yalancılığa ve hilekarlığa cesaret verme fonksiyonu üstlenmiş olmaktadır.

Buna göre alacaklının aleyhine olacak şekilde, borçluların lehine gösterilen müsamaha ve yumuşaklık hukukun en büyük sorunu görülmelidir. Kuvvetli bir hukuk, her şeyden evvel alacaklıların haklarını temin etmelidir. Önemli olan tecavüze uğrayan hukuk hissini tekrar tatmin edilebilmesidir. Jhering'e göre modern hukuk, haksız yere borcunu ödemeyen kişiye karşı açılan alacak davası ile borçtan hiç haberi olmayan mirasçıya karşı açılan dava bakımından hiçbir farklılık gözetmemektedir. İşte bu gibi durumlar sübjektif haksızlığın, objektif haksızlığa dönüşmesine yol açmaktadır.

Tek bir borçlu hakkında hukukun şiddetli refleks göstermesi ve bu borçlunun haksızlığa uğramasındansa, mevcut düzen 100 alacaklıya açık şekilde haksızlık yapmayı tercih etmektedir.

İşte tüm bu serzenişler, aslında binlerce yıldır doğru kabul edilen klişelere karşı özgür

düşüncenin etkisiyle yapılan salvoları gözler önüne sermektedir. Jhering, borçluyu koruyan bir sistemi sorgulayarak, yerleşmiş klişeleri sallamış ve belki de bu mücadelesi sayesinde Alman hukukuna yeni bir yön vererek çığ popülizm canavarına karşı büyük bir zaferin kazanılmasını sağlamıştır.

O halde çığ popülizme karşı hem evrensel ve çağdaş hukukun kabul ettiği temel ilkeleri sahiplenmek bir silah olarak görülebilmekte, hem de hukuku stabil bir yapı olarak görmeyip dinamik ve hatta canlı bir varlık olarak kabul ederek hukukun gelişmesi için mücadele etmek ayrı bir silah olarak kabul edilebilmektedir.

Bu kabul, özgür düşünceyle bezenmiş şekilde bir hukuk mücadelesinin ortaya konulmasını gerekli kılmaktadır. Hem mevcut hukuk ilke ve prensiplerinin savunulması, hem de çığ popülizmin oyuncağı haline gelen hukuk müesseselerinin geliştirilmesi adına mücadele verilmesi, hukukun bir bilim olarak toplumu aydınlatmak adına kullanılabilmesinin önünü açmaktadır.

Zira ancak bu sayede hukuk gelişecek, çığ popülizm yenilecek, adalete olan inanç kuvvetlenecek, demokrasi doğru algılanabilecektir. Tüm bunların gerçekleşmesi ise insanlığın bir bütün olarak özgürleşmesine yol açacak ve bireylerin kendilerini gerçekleştirebilmesi, çığ popülizmin sarmaladığı beyinlerin vermek zorunda kalacağı mücadeleye nazaran çok daha kolay hale gelecektir. Bu nedenle hukuk uğrunda mücadele, adeta bir görevdir.

Bu mücadeleyi verme cesaretini gösterebilen ve hatta canlarını dahi bu mücadele uğrunda feda eden tüm üstatlara saygıyla.

KAYNAKÇA:

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: *Çoğunlukçu Demokrasi, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi*, AÜHF Dergisi, C.52, S.4. 2003

HIRSCH Ernst E. : *"İktidar ve Hukuk"* (Çev. Hayrettin Ökçesiz), Hukuk Araştırmaları, C.2, Sy.3, İstanbul, 1987.

JHERING R. Von, *Hukuk Uğrunda Savaş* (Çev. Rasih Yeğencil), İstanbul, 1964.

LIPSON, Leslie : *"Demokrasinin Felsefesi"*, Çev. Mustafa ERDOĞAN, Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar, Ankara, 1993.

ULUŞAHİN, Nur : *"Liberal Demokrasinin Çıkması: Çatışma Karşısında Barış İçin Azınlık Çoğunluk İlişkisini Yeniden Düzenleme Gereği"*, Anayasa Yargısı 24, Ankara, 2007.



AV. M. CENG  Z GÖRAL
MAKALE YARIŞMASI
    NC  S  

*Haksız ve hukuksuzca,
yozlaşan adaletin bir
masumun elinden aldığı
  zg  rl  ğ   iade edilse
de bugün hala sesini
duyuramayan yüzlerce ya da
belki de binlerce Dreyfus var
aramızda.*

ADALET, DEMOKRASİ VE ÖZGÜRLÜĞÜ DAİR

Stj. Av. Saygın ÖZTÜRK
Bursa Barosu

*“Bütün mutlu aileler birbirine benzer, her mutsuz
ailenin mutsuzluĐ   kendine göredir.”
(Anna Karenina – L. M. Tolstoy)*

Demokrasiyi, adaleti ve özgürlükleri Tolstoy’un bu muhteşem sözüyle değ  erlendirmek mümkündür. Asıl amaç insanın mutluluğ  dur; demokrasi, adalet ve özgürlükler bunu sağ  alamada en yetkin unsurlardır. Kötü yönetimler ise insanı mutsuz eder; h  liyle her toplumun mutsuzluğ   kendine göredir.

Özgür d    n  ce ve demokrasi için mücadele eden Sokrates’in sonunu demokrasi getirmişti. Be   Yüzler Meclisi, Sokrates’i gençleri yoldan   ikarmakla suçlamış, yargılamış ve idama mahkum etmişti. Karar oy   okluĐ  uyla alındı. Kararı alanlara göre adalet tecelli etmişti. Atina demokrasisi ve adaleti, 71 yaşındaki bir adamı d    ncelerinden dolayı yargılamış ve aslında   zg  r d    nceyi, adaleti ve demokrasiyi idama mahkum etmişti. Mahkum edilen Sokrates değ  il, demokratik bir oylama ile fikirler ve adalet olmuştu.

Aristoteles, Nikomakhos’a Etik adlı eserinde, “Adalet, tüm erdemleri kendisinde toplar” der. Demokrasi,   zg  rl  k ve adalet ya da bir başka deyişle insana dair olan her şeyin temelinde ahlak yatar. Zira ahlak erdemlerin en yücesidir. İşte bu sebeple Çiçero, Yükümlülükler   zerine adlı eserinde, “Adaletten ve erdemden yoksun olan hiçbir şey ahlaken doğ  r olmaz.” der. Erdem, insan davranışlarına yön verirken, ahlak davranışların sebepleri ve neticelerini açıklar. Yani biri insanın karakterini, diğ  eriyse toplumun niteliğ  ini şekillendirir. İnsan ilişkilerinin ve buna bağılı olarak toplumların temelini ahlak ve dürüstlük oluşturur. Bu kavramların yoksunluğ   ise insanın ve dolaylı olarak toplumun ahlaklı ve erdemli bir yaşamı kaybetmesine neden olur. Bunlar kaybedilirse orada adalet, özgürlük ve demokrasiden bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Zira tüm bu kavramların temeli dürüstlüğü ve ahlaki erdeme dayanır. Hak edene hakkını teslim etmek, liyakat, toplumsal refah ve düzen, demokrasi, adalet, kişi hak ve



özgürlükleri ve medeni bir yaşamın temeli buradan gelir. Bahsettiğimiz erdemlerin kaybedilmesi toplumsal düzenin kaybolmasına, demokrasinin yozlaşmasına ve adaletin belli bir zümre için uygulanırken diğer yurttaşlar için baskı unsuru haline gelmesine sebep olur. Bu erdemlerin yoksunluğu durmunda ise toplum olma bilincinden uzak, vicdanını ve adalet duygusunu kaybetmiş milletlerin içinden despotlar çıkar. İnsanlık tarihinin utanç vesikası olarak tarihin tozlu sayfalarında yerini alan Hitler, demokrasinin nimetlerini kullanarak iktidara gelmişti. Keza İtalya'nın faşist diktatörü Mussolini de öyle. Bu iki faşist diktatör demokrasinin nimetlerinden faydalanmış ancak ahlaki erdemlerden nasiplerini almamıştı. Öyleyse dürüstlük ve ahlakla bezenmemiş özgürlük, demokrasi ve adalet despotlar tarafından kullanılmaya müsait hale gelmiş demektir.

Yurttaş olma bilincinden uzak, şahsi menfaatlerini tüm bu erdemlerin üstünde gören toplumların felaketi için yabancı bir unsura gerek yok demektir. Toplum olmakla topluluk olmak arasındaki ince çizgiyi bu erdemler belirler. Tam burada Niccolo Machiavelli'ye kulak kabartmak gerekir. Niccolo Machiavelli Hükümdar adlı eserinde, "Eğer bir millet, iktidarda bulunan kişilerin; şereften, onurdan, ahlaktan yoksun davranışlarını, hırsızlığını yalnızca kendi siyasi görüşünden olduğu için görmezden geliyorsa, o millet erdemini yitirmiş demektir. Erdemini yitiren millet bir gün vatanını da yitirir." diyor. Öyleyse dürüstlük, ahlak ve insan dair diğer tüm erdemlerle taçlandırılmamış adalet ve demokrasi, kişilerin ve toplumların özgürlüğü ve istikbali için yıkımdan başka bir şey getirmez diyebiliriz. Tüm bu erdemlerin kaybedilmesi sonrası adaletin ışığında hak edenin hakkını alması da mümkün olmayacaktır. Adil olmayan bir düzen beraberinde liyakatsizliği getirir. Liyakatin olmadığı yerde oklokrasi (ayak takımının yönetimi) başlar. Despotizmle birlikte adaletin, demokrasinin ve özgürlüklerin kısıtlanması bir toplumun sefaletle sürüklenmesi demektir ve despotlar J.J. Rousseau'nun Toplum Sözleşmesi'nde söylediği gibi "...zorbalık yönetimi ise uyrukları mutlu etmek amacıyla yöneteceği yerde yönetmek amacıyla sefil duruma sokar."

Demokrasi, özgürlükler ve adaletin tecellisi güçler ayrılığı ilkesinin varlığına bağlıdır. Bu ilkenin tarihi Fransız düşünür Montesquieu'nün "De L'esprit des Lois" (Yasaların Ruhu) adlı eserindeki düşüncelere dayanır. Montesquieu bir devletin yönetimi için yasama, yürütme ve yargı güçlerinin birbirinden

ayrılması gerektiğini savunmuştur. Bu ilke, demokrasilerin yönetiminde bir denge ve denetim mekanizması oluşturarak hukukun üstünlüğü, bireylerin hak ve özgürlükleri, adaleti ve hatta demokrasiyi güvence altına almayı taahhüt eder. Özetle bu denetim mekanizması despotların halkı yönetmek için sefil etmemesi adına bir güvence niteliğindedir.

Bu noktada erkler ayrılığının ve bu denetim mekanizmasının hayati rolünü anlamak için Philip Zimbardo öncülüğünde yapılan Stanford hapishane deneyine bakalım.

1971 yılında Zimbardo 70 kişi arasından gönüllü 24 lisans öğrencisini seçerek üniversitenin bodrum katında sahte bir hapishane oluşturdu. 24 öğrenciden 12'si mahkum kalan 12 öğrenciyse gardiyan olacaktı. Gardiyan olan öğrenciler rollerine çok kısa sürede adapte oldular. Deneyin 2. gününde gardiyan rolünde olan öğrenciler mahkum olan arkadaşlarına eziyet etmeye başladılar. Mahkum rolünde olan ve diğer arkadaşlarının isyan hareketlerine katılmayan öğrenciler gardiyanlar tarafından farklı bir hücreye alınarak mükafatlandırıldı. Bir sonraki gün hakaret yerini şiddete bırakmıştı ve ilerleyen saatlerde gardiyan rolündeki öğrenciler arkadaşlarını şiddet, hakaret ve açlıkla sınamaya başladı. 36. Saate gelindiğinde Zimbardo'nun deyiimiyle "delice" tavırlar sergilemeye başlayan 8612 numaralı mahkum bağıyor, çığlık atıyor ve kontrolsüz biçimde öfke nöbetleri geçiriyordu. Deneyin üstünden sadece 6 gün geçmesine rağmen şiddet öyle bir boyuta ulaşmıştı ki Zimbardo bile kendisini hapishane müdürü olarak görmeye başladığından yapılanlara ses çıkarmıyor ve yalnızca izlemekle yetiniyordu. 6. Günün sonunda Zimbardo deneyi bitirmeye karar verdi. Deneyden geriye yıllar boyu psikolojik destek almak zorunda bırakılan öğrenciler kaldı. Zimbardo bu deneyle insanın gücü ele geçirdiğinde ve kötüye kullandığı güç neticesinde cezalandırılmayacağını düşündüğünde neler yapabileceğini göstermiş oldu. Bireysel psikoloji ekolünün kurucusu Adler insan davranışlarının kötücül temellere dayandığını iddia eder. Arthur Schopenhauer ise zevk için işkence edebilen bir canlının iyi olamayacağını savunur ve ekler: "İnsan kendisini olduğu gibi karşısında görebilseydi dehşete kapılırdı". Denetlenmediği ve dizginlenmediği taktirde yukarıda bahsettiğimiz erdemlerden uzak olan kişiler ya da yöneticiler kendilerinin ya da toplumların felaketi haline gelebilirler. İşte tam da bu sebeple demokrasi, adalet ve özgürlük gibi kavramlar kimsenin

vicdanına ve tekeline bırakılmamalıdır. Montesquieu'nün güçler ayrılığı ilkesinin ne denli hayati olduğunu da görebiliyoruz. Adalet ve kanunlar kişilerin hak ve özgürlüklerini teminat altına alır. Güçler ayrılığının olmadığı ve toplumun kaderinin bir zümrenin ya da kişinin vicdanına terk edildiği durumlar kanunların, adaletin, özgürlüklerin ve demokrasinin kaybedilmesi ile neticelenir. Hitler'in propaganda bakanı Goubbels: "Yargı devletin efendisi değil, devlet politikasının hizmetkarı olmalı" der. Goubbels bu sözü söylemekle kalmaz, aynı zamanda uygular. İşte tam bu noktada güçler ayrılığının ve bağımsız yargının toplumun selameti için ne denli önemli olduğunu görmekteyiz. Denetim mekanizmasının ve güçler ayrılığı ilkesinin ortadan kalkması durumunda yalnızca demokrasiyi, özgürlüklerimizi ve adaleti kaybetmekle kalmayız; yaşamlarımızı ve insanlık onurumuzu da kaybederiz. Unutulmamalıdır ki; bir kişinin egemenliği bir toplumun esaretidir. Demokrasi, adalet ve özgürlük gibi kavramlar sağlam temellere oturmadığı müddetçe, atılan her türlü adım palyatif olmaktan ileri gitmeyecektir. Tıpkı 1214 yılında İngiltere'yi işgal eden Fransızlardan sonra 1215 senesinde Büyük Sözleşme'yi (Magna Carta) imzalamak zorunda kalan Kral John (Yurtsuz John) gibi. Büyük sözleşme ile İngiltere'de demokrasi ve hukuk adına sağlam temeller atıldığını düşünmek yanılgıdan ibarettir. Zira Kral John günü kurtarmak için imza attığı belgenin hükümlerini sonraki yıllarda tatbik etmemiştir. İşte palyatif çözüm tam olarak budur. Temeli sağlam olmayan her türlü kazanım özüne dönmeye mahkumdur. Kendi iktidarları ve kendi zümrelerinin menfaatleri için pragmatist bir dürtüyle hareket eden yöneticileri dizginlemenin yegane yolu Montesquieu'nün güçler ayrılığı ilkesini doğru şekilde işletmekten geçer. Adalet, hak ve özgürlükler ve dahi

demokrasinin içi boşaltılırken işlemez hale gelen yargı ve tüm bunlara sessiz kalan halk uyuyorsa; unutulmamalıdır ki: "Uyuyan milletler ya ölür ya da köle olarak uyanırlar".

Ünlü Fransız entelektüel ve yazar Emile Zola: "Adalet ancak hakikatten, saadet ancak adaletten doğabilir." der. Emile Zola bu sözü Fransız demokrasisine, halkının özgürlüklerine ve adaletle yön vermiş biri olarak söyler.

Yüzbaşı Alfred Dreyfus Yahudi kökenli bir Fransız subayıydı. 1894 senesinde bir çöp kutusu içinde bulunan ve askeri planlara dair gizli bilgiler içeren notların Dreyfus'a ait olduğu iddia edildi. Yüzbaşı Dreyfus casuslukla yani vatana ihanet ile suçlanıyordu. Alelade yapılan bir yargılama sonrası Alfred Dreyfus'un rütbeleri söküldü ve mahkum edildi. Olaydan yıllar sonra anlaşıldı ki bulunan notlardaki el yazısı Dreyfus'a değil, Eastherhazy isminde bir Fransız Binbaşıya aitti. 12 yıl boyunca tutuklu kalan Dreyfus nihayet 1906 senesinde yeniden yapılan yargılamalar sonucunda beraat etti. 12 yılın sonunda casusluk ve vatana ihanetle tutuklanan Dreyfus'a "Onur Nişanı" takdim edilmişti. Dreyfus'un haksız mahkumiyetine en üst perdeden ses çıkaran Fransız yazar Emile Zola, Fransa Cumhurbaşkanı'na yazdığı ve bir gazetede tam sayfa yayınlattığı "Suçluyorum" isimli mektupla Dreyfus'un hem özgürlüğüne kavuşması, hem de adaletin tecellisi noktasında büyük rol oynadı. Dreyfus beraat ettikten sonra halk hep bir ağızdan "Yaşasın Dreyfus!" diye bağırıyordu. Dreyfus ise, "Hayır, YAŞASIN ADALET!" demişti.

Haksız ve hukuksuzca, yozlaşan adaletin bir masumun elinden aldığı özgürlüğü iade edilse de bugün hala sesini duyuramayan yüzlerce ya da belki de binlerce Dreyfus var aramızda. İşte ben de bu sebeple diyorum ki, "Yaşasın Demokrasi, Yaşasın Özgürlük ve Yaşasın ADALET".

SGK TARAFINDAN KARŞILANMAYAN KANSER HASTALIĞININ TEDAVİSİNDE HAYATİ ÖNEM TAŞIYAN İLAÇLARIN TEMİNİNDE HUKUKİ SÜREÇ VE SGK İLAÇ DAVALARI

Av. Eda ALTUN¹

Hastalıklar arasında 21. yüzyılın en yaygın görülen hastalıklarından biri olan kanser hastalığının tedavisi için halen kesin bir çözüm ne yazık ki bulunmuş değildir. Hastalığın tedavisinde pek çok yöntem kullanılmakla birlikte geline son noktada en etkili olanlar immünoterapi ve akıllı ilaç tedavileridir. İmmünoterapi kısaca, bağışıklık sistemini aktive ederek veya baskılayarak kanser hücreleri ile savaşmasını sağlayan bir tedavi türüdür. Akıllı ilaç tedavisi ise, kanser hücrelerinin anormal hale dönüşen işlevlerini bloke etmek amacıyla üretilen hedefe yönelik bir yöntemdir. Söz konusu tedavi yöntemleri ile genellikle kemoterapi, radyoterapi gibi klasik tedavi yöntemleri ile sonuç alınamayan ileri derece hastaların bağışıklık sisteminin güçlenmesi, tedaviye olumlu yanıt alınmaya çalışılması veya yaşam sürelerinin uzaması amaçlanmaktadır.

Kanser hastalığının tedavisinde kullanılan bu muadili olmayan, hastanın hayatını devam ettirebilmesi için zorunlu olan, hayati derecede önem taşıyan ve “akıllı ilaç” olarak da adlandırılan ilaçların Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından karşılanması istemli başvuruların reddine karşı iptal davası yoluna başvurulması gerekmektedir. SGK’ya karşı açılacak iptal davası gerek hasta açısından aciliyeti, gerekse izlenmesi gereken hukuki sürecin kendine özgü oldukça teknik ve meşakkatli bir süreç oluşu, sürecin hızla işletilmesinin gerekliliği sebepleriyle oldukça fazla

...kullanılması hayatiyet arz ettiği uzman hekimlerce belirtilen ilacın bedelinin tamamen karşılanmaması durumunda hastalar maliyeti oldukça yüksek ilaç bedellerini ödeyemeyecek ve tedaviden yoksun kalacaklardır.

¹- Bursa Barosu

ehemmiyet arz eden bir konudur.

Aşağıda yer verilen çalışmamız kapsamında, SGK başvurusu öncesinde yapılması gerekenler, ilaç bedellerinin karşılanmaması durumunda başvurulacak hukuki yollar, iptal davası hususunda görevli mahkemenin hangi duruma göre nasıl değişiklik gösterdiği, kanser ilacı SGK başvuru süreci, başvuruların SGK tarafından hangi düzenleme kapsamında değerlendirildiği, bedeli karşılanacak ilaçların nasıl belirlendiği, ilaçların hangi kriterlere göre karşılandığı, ilaçların temin süreci, ilaçların karşılanması hususunda güncel düzenleme ve hangi ilaçların bedellerinin hangi endikasyonlarda² SGK tarafından ödenmediği, ihtiyati tedbir/yürütmeyi durdurma kararları ve iptal davası süreci ayrıntılı olarak incelenecektir.

A- SGK KANSER İLACI DAVASI NEDİR?

SGK kanser ilacı davası, Nivolumab etken maddeli Optivo, Osimertinib etken maddeli Tagrisso, Pembrolizumab etken maddeli Keytruda, Bevasizumab etken maddeli Altuzan, Atelizumab etken maddeli Tecentriq, Niraparib etken maddeli Zejula, Trastuzumab Deruxtecane etken maddeli Enhertu, Olaparib etken maddeli Lynparza ... gibi ilaçların bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından karşılanması talebinin reddi kararının iptali davasıdır.

HUKUKİ SÜREÇ

Sırasıyla genel olarak önce SGK başvuru süreci açıklanacak olup daha sonra SGK kanser ilacı davalarına ilişkin izlenmesi gereken hukuki süreç ele alınacaktır. İlgili davaya ilişkin hukuki süreç ise daha somut ve anlaşılabilir olması açısından, örnek olarak SGK'nın karşılayıp karşılamamasına, karşılamama nedenlerinin farklılık göstermesine göre akıllı ilaçlardan iki tanesi (LYNPARZA/OLAPARİB ---TAGRİSSO/OSİMERTİNİB) baz alınarak işbu çalışmamızda sırasıyla aşağıdaki gibi açıklanmıştır.

B-LYNPARZA/OLAPARİB

1. Lynparza/Olaparib SGK ilaç davası

Lynparza ilacı SGK davası, kanser hastalığının tedavisinde hayati derecede önemli olması sebebiyle mutlaka kullanılması gereken Lynparza ilacına ait bedellerin hiçbir kesinti yapılmaksızın

2- Endikasyon, tıbbi bir müdahalenin gerçekleştirilmesi için aranan tıbbi gereklilik şartı olarak tanımlanmaktadır. Tıpta endikasyon, belirli bir testin yapılması, belirli bir ilacın kullanılması ve belirli bir ameliyatın yapılması için geçerli gereklilik şartlarıdır.

Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından karşılanması, yargılama süreci için bu hususta ihtiyati tedbir / yürütmeyi durdurma kararı verilmesi, dava açılıncaya kadar bahse konu ilacın temini sonrasında eksik ödenen bedellerin tahsiline karar verilmesi istemli davadır. Olaparib etken maddeli Lynparza ilacı genel olarak yumurtalık, fallop tüpü, meme, pankreas veya primer periton (karın zarı) kanseri tedavisinde kullanılmaktadır. Olaparib etken maddeli Lynparza ilacı diğer tedavi yöntemleri neticesinde hastalığın ilerlemesi durmazsa doktorlar tarafından reçete edilir.

2. Lynparza/Olaparib ilacına ilişkin SGK başvurusu öncesinde ne yapılmalıdır?

2.1 Öncelikle hastanın doktoru, hastalığının tedavisinde Olaparib etken maddeli Lynparza ilacının kullanımının uygun olup olmadığı hususunda Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'na başvuru yapmalıdır. Başvuru üzerine Sağlık Bakanlığı, Olaparib etken maddeli Lynparza ilacının kullanımını uygun görürse ilacın kullanımına ilişkin "endikasyon dışı ilaç kullanım belgesi"/onayı³ verir. Sağlık Bakanlığı onayı üzerine hastanın doktorları Olaparib etken maddeli Lynparza ilacının belirli bir süre kullanılmasına ilişkin ilaç kullanım raporu düzenlerler. Daha sonra bu ilacın belirli dozlarda kullanılması için reçete düzenlenir.

2.2 Kural olarak endikasyon dışı ilaç başvurusu şart olmasa da endikasyon dışı ilaç kullanım onayının alınmaması halinde dava sürecinde ihtiyati tedbir kararının alınması ihtimali düşmektedir. Dolayısıyla endikasyon dışı ilaç başvuru onayının alınması sonrasında SGK'ya karşı açılacak davada ihtiyati tedbir kararının alınması bakımından kolaylık sağlamaktadır.

3. SGK başvurusu/Dava Şartı

İlgili ilaç bedelinin Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından karşılanması için hasta yahut vekili tarafından dava şartı olarak öncelikle Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuru yapılması gerekmektedir. Bu başvuru Sosyal Güvenlik Kurumu İlaç Geri Ödeme Yönetmeliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu İlaç Geri Ödeme Başvurularına

3- Endikasyon dışı ilaç kullanımı, ilacın ülkemizde onaylanmış endikasyonu dışındaki her türlü kullanımını ifade etmektedir. Ruhsat dışı ilaç kullanımı olarak da ifade edilen endikasyon dışı ilaç kullanımı, ilacın ruhsatında belirtilen kullanım alanları ve/veya kullanım şartları (doz, süre gibi) dışında kullanılması olarak tanımlanabilir.

İlişkin Usul ve Esaslara uygun olarak yapılması gerekmektedir. Başvuru dilekçesinde bahsedilmesi gereken hususlar kısaca şu şekilde sıralanabilir: İlaçların isimleri/reçetesi ve hangi hastalık için gerektiği, hastalığı teşhis eden belge ve raporlar ,ilaç kullanım raporunun onaylı nüshası, hangi hastanelere tetkik ve muayene için gidildiği, bu ilaçların hastaya iyi gelebileceğine dair görüş içeren doktor rapor ve reçeteleri, yurtdışındaki uygulama, bilimsel yazı ve makaleler, mümkünse hastalığa ve ilaca ilişkin uzman mütaalası. Yapılan başvuru, bu ilaç ile ilgilenen SGK'nın ilgili şubesine gönderilir. İnceleme sonrası ilacın Bedeli Ödenen İlaç Listesinde bulunmaması, kanser türünün Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği /SUT'ta açıklanan teşhislerden olmaması gibi nedenlerle genelde reddedilir. Usulüne uygun kanser ilacı SGK başvurusu sıklıkla reddedilse de Sosyal Güvenlik Kurumunun kanser ilacı SGK başvurusu hususunda hangi gerekçelerle ret kararları verdiğinin açıklanması gerekmektedir. Kanser ilacı SGK başvurusu, SGK tarafından finansmanı sağlanan ilaçların raporlama ve reçeteleme kriterleri ile ödeme usul ve esasları, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu md. 63 ve 72 gereğince oluşturulan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) kapsamında değerlendirilir ve belirlenir.

4. SGK, bedeli karşılanacak kanser ilaçlarını nasıl belirler?

Kanser ilaçlarının ödeme usul ve esasları Sağlık Bakanlığı, Hazine ve Maliye Bakanlığı, Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı temsilcileri tarafından yapılan çalışmalar neticesinde belirlenir. Bu kapsamda, "Ödeme Komisyonu/Alternatif Geri Ödeme Komisyonu" ve "Tıbbi ve Ekonomik Değerlendirme Komisyonu" klinik ve teknik verileri kullanır. Kararlar ise kanıta dayalı tıp uygulamaları, maliyet-etkililik ölçütleri de dikkate alınmak suretiyle konusunda uzman ilgili branş hekimlerinin görüşleri de dikkate alınarak verilir.

5. SGK kanser ilaçlarını hangi kriterlere göre karşılar?

SGK, kanser ilaçlarını aşağıda yer verilen 6 kriterden yararlanarak karşılamaktadır. Bunlar;

- Bu endikasyonda halen kullanımda olan ilaç veya tedavi yöntemlerinin neler olduğu,

- "Altın Standart"⁴ olarak kabul edilen tedavi yöntemlerinin ne olduğu,
- Mevcut tedavi seçeneklerine (özellikle altın standart) göre durumu,
- Bu ürünün diğer alternatif ürünler ile karşılaştırıldığında olası en önemli üstünlüklerinin neler olduğu,
- Ürünü kullanması muhtemel hasta grubu,
- Bu ürünün ödeme listesine ilavesine ihtiyaç duyulup duyulmadığı ile geri ödemeye alınması durumunda hangi kriterler çerçevesinde ödenmesi gerektiğidir.

6. Olaparib etken maddeli lynparza ilacı için SGK'ya başvuru yanıtının gerekçeleri

Olaparib etken maddeli Lynparza ilacı SGK'nın bedelini ödemediği ilaçlardandır. SGK bedeli ödenecek ilaçlar listesinde yer almayan bu ilacın kurum tarafından karşılanmadığı yönünde cevap vermektedir. Buna gerekçe olarak ise Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) 4.1.9 Bedeli Ödenecek İlaçlar (Ek-4/A) ve 4.3 Yurt Dışından İlaç Getirilmesi başlıklı maddelere dayanılmaktadır. İlgili düzenlemeler ise şu şekildedir;

4.1.9 – Bedeli ödenecek ilaçlar (EK-4/A)

"(1) Kurumca bedeli ödenecek olan ilaçlar Kurumun resmi internet sitesinde yayımlanan "Bedeli Ödenecek İlaçlar Listesi"nde (EK-4/A) belirtilmiştir. Bu listede ticari isimleri ve barkod/karekod numaraları yer almayan ilaçların bedelleri hiç bir koşulda Kurumca ödenmez..."

4.3 – Yurt dışından ilaç getirilmesi

"(3) Yurt dışından temini halinde bedeli ödenecek olan ilaçlar "Yurt Dışı İlaç Fiyat Listesi"nde (EK-4/C) belirtilmiştir. Bu listede yer almayan ilaçların bedelleri Kurumca ödenmez. Bu liste Kurumun resmi internet sitesinde yayımlanır."

7. İptal davası

SGK'nın Olaparib etken maddeli Lynparza ilacı bedelini karşılamaması hatalı ve hastaların haklarını ihlal eder niteliktedir. Söz konusu durumun devam etmesi durumunda hastalar bu ilacı alamayacak ve olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kalacaklardır. Dolayısıyla, kullanılması hayatiyet arz ettiği

4- Herhangi bir hastalık ile ilgili olarak tanı koymada, tedavi belirlemede kullanılan birden fazla test yahut yöntem olabilir, ancak bu testlerden sadece birisi ile bireylere kesin hastalık ve tedavi tanıları koyulabilmektedir ki bu test altın standart test (gold standart, referans gold standart test)olarak adlandırılmaktadır.

uzman hekimlerce belirtilen ilacın bedelinin tamamen karşılanmaması durumunda hastalar ilaç bedellerini ödeyemeyecek ve tedaviden yoksun kalacaklardır. Dolayısıyla, SGK'nın haksız ve hukuka aykırı ret kararına karşı hastaların SGK'ya karşı iptal davası açmaları gerekmektedir.

8. Lynparza ilacı SGK davası talepler

Lynparza ilacı SGK davası için tedaviden sorumlu hekimler tarafından reçete edildiği sürece ilacın hiçbir kesinti yapılmaksızın SGK tarafından karşılanması, hastanın bu ilacı yargılama sırasında vakit kaybetmeksizin kullanmak zorunda olduğu, ilacı kendi imkanlarıyla temin edememesi halinde uygun tedaviyi göremeyeceği ve tedavinin aksamaması durumunda telafisi imkansız zararlara uğrayabileceği nazara alınarak ihtiyati tedbir/ yürütmeyi durdurma talepli olarak ilacın hiçbir kesinti yapılmaksızın dava süresince SGK tarafından karşılanması ve ilacın temini sonrasında eksik ödenen tutarların SGK'dan tahsiline karar verilmesi talep edilmelidir.

9. Lynparza ilacı SGK davası görevli mahkeme

9.1 Lynparza ilacı SGK davası görevli mahkeme, hastanın sağlık güvencesi kapsamında değişiklik göstermektedir. Lynparza ilacı SGK davası, hastanın sosyal güvencesine göre iş mahkemesi veya idare mahkemesinde açılmalıdır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu md. 101, bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceğini düzenlemektedir.

9.2 5754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden (01.08.2018) önce iştirakçi sıfatıyla çalışmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile emekli sıfatıyla 5434 sayılı Kanuna göre emekli, dul ve yetim aylığı almakta olanlar ve ayrıca memurlar ve diğer kamu görevlilerinden ileride emekliliğe hak kazanacaklar ise Lynparza ilacı SGK davası için idare mahkemesine başvuru yapmalıdırlar.

9.3 5510 sayılı yasa gereği ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2015/744 E. 2015/742 K. Sayılı ilamı gereği adli yargı ihtisas mahkemelerinden hangi durumda iş mahkemesi hangi durumda idare mahkemesinin görevli olduğu da bu bağlamda aynı şekilde belirlenmiştir.

10. Lynparza ilacı SGK davası ihtiyati tedbir

Lynparza ilacı SGK davası görevli mahkemenin iş mahkemesi olması durumunda, dava sırasında ilaç bedellerinin tamamının SGK tarafından

karşılanmasına ilişkin ihtiyati tedbir talep edilebilir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md. 389 kapsamında, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesi önemli ölçüde zorlaşacaksa ya da tamamen imkânsız hâle gelecekse veya gecikme sebebiyle bir sakınca yahut ciddi bir zarar doğacaksa uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilmelidir. Bunun için dayanılan ihtiyati tedbir sebebi ve türü açıkça belirtilmeli ve davanın esası yönünden haklılık yaklaşık olarak ispat edilmelidir. Hakların derhâl korunmasında zorunluluk bulunması hâlinde ise karşı taraf dinlenmeden de tedbire karar verilebilir.

11. Lynparza ilacı SGK davası yürütmeyi durdurma

Lynparza ilacı SGK davası görevli mahkemenin idare mahkemesi olması durumunda, dava sırasında ilaç bedellerinin SGK tarafından karşılanmasına ilişkin yürütmenin durdurulması talep edilebilir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 27/2 kapsamında, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulması kararı verilebilir. Ancak ilacın bu süreçte alınmaması, hastanın hayatını tehlikeye sokarak yaşam hakkını ihlal edecekse idari işlemin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir.

12.İhtiyati tedbir/yürütmeyi durdurma kararı verilmesi durumunda yapılması gerekenler

Lynparza ilacı SGK davası sırasında ihtiyati tedbir veya yürütmeyi durdurma kararı verilmesi durumunda alınan kararın SGK'nın ilgili birimine sunulması gerekir. Bu durumda, söz konusu ilaç bedellerinin tamamı SGK tarafından karşılanır.

13.Lynparza ilacı SGK davası bilirkişi incelemesi

Lynparza ilacı SGK davası sırasında, öncelikle davacıya ait tüm tedavi evrakları celp edilerek SGK mevzuatı çerçevesinde inceleme yapılır. Bu kapsamda, söz konusu ilacın hastalığın tedavisinde hayati önemi haiz ve kullanılmasının zorunlu olup olmadığı, kullanılmasının tıbben ve fennen hastanın iyileşmesine katkıda bulunup bulunmayacağı, ilacın hangi tür hastalıklarda hangi evrede ve hangi dozda kullanılacağı, ilaçla yapılacak tedavinin bilinen mevcut tedavi yöntemlerine göre daha etkin ve daha yararlı olup olmadığı bilirkişi

marifetiyle tespit edilir. Buna ilişkin sağlık kurulu raporu için üniversitelerin ilgili anabilim dalında görevli hekimler görevlendirilir.

14. Davanın kabulü

Bilirkişi raporu alındıktan sonra dosya içerisinde yer alan mevcut görüş, karar ve raporlar irdelenip varsa çelişkiler giderilir. İlacın, anılan hastalığın tedavisinde kullanılmasının hayati önemi haiz ve zorunlu olduğu sonucuna varıldığı takdirde ilaç bedelinin uygunluğu yönünden ve katkı payı da irdelenecek denetime elverişli hesap raporu alınır. Bunun sonucuna göre de karar verilir. Dolayısıyla, hastaya doğru teşhis konulup konulmadığı, anılan ilacın uygun olarak seçilip seçilmediği, dozu ve uygulama süresinin belirlenip belirlenmediği ve reçeteye bağlanıp bağlanmadığı, hastalığının ilerlemesinin durup durmadığı, hastanın durumu, ihtiyacı, hastanın tedavide fayda görüp görmediği gibi birçok husus incelendikten sonra tüm bu irdellemeler neticesinde davanın kabulüne karar verilebilir.

15. Davanın kabulü halinde hukuki yollara başvurmada önce hasta tarafından yapılan ilaç ödemelerinin iadesi

Lynparza ilacı SGK davası sırasında, SGK tarafından verilen kararın iptali yanında daha önce ödenen tutarların da iadesi talep edilebilir. Bunun neticesinde dava tarihinden önce ilaçlar için ödenen tutarların tamamı iade alınabilir.

16. İlaç masrafının karşılanması davası sürerken hastanın vefatı halinde hukuki durum

Tedavi süresince ilaç masrafının karşılanması yönündeki esas talep bakımından dava konusuz kalacaktır. Ancak ihtiyati tedbir veya yürütmenin durdurulması kararı nedeniyle SGK tarafından karşılanmış olan masrafın ne olacağı konusu önem arz eder. Yine ihtiyati tedbir kararı yokluğunda hasta tarafından yapılan harcamaların iadesi talebi konusunda da karar verilmesi gerekir. Bu sebeplerle davanın mirası reddetmemiş mirasçılar tarafından takibi şarttır.

C-TAGRİSSO/OSİMERTİNİB

1.Tagrisso/Osimertinib SGK ilaç davası

Osimertinib etken maddeli Tagrisso ilacı, ileri (4.evre) akciğer kanseri olan hastaların tedavisinde kullanılır ve hastalığın ilerlemesini yavaşlatmak ve hastalığın yayılmasını durdurmak amaç edinilir. Yukarıda izah ettiğimiz üzere SGK başvuru aşamaları ve tüm süreç aynen takip

edilmek istense de Tagrisso ilacını SGK, SUT yönetmeliğinde olmasına rağmen hasta için belirli endikasyonlarda belirli şartlarda karşılanabileceğini öngörmüştür. Buradan çıkarılacak sonuç Sosyal Güvenlik Kurumunun ilaç bedellerini karşılaması için Sağlık Uygulama Tebliğinde (SUT) ve SGK'nın internet sitesinde yayınlanan Bedeli Ödenecek İlaçlar Listesi arasında bulunsa dahi ilacın belirli türdeki kanser hastalığının tedavisinde kullanılması veya hastanın belirli tedavileri almış veya almamış olması şartlarını arayabilmektedir. Dolayısıyla bu listelerde ilacın bulunması, doğrudan ilaç bedelinin SGK tarafından karşılanacağı anlamına gelmemektedir. Tagrisso ilacı(80 mg 20 tablet) da bunlardan biridir ve bedeli ise yaklaşık 140.000,00 TL'dir. Bedellerin SGK tarafından karşılanabilmesi için hastaların yukarıdaki usulleri sırasıyla izleyerek iptal davası açması gerekmektedir.

2. Tagrisso/Osimertinib ilacı/ 4. evre akciğer kanseri hastasının örnek SGK başvurusunun yanıtı

Sağlık Uygulama Tebliği 4.2.14.C.3. (rr) Osimertinib maddesinde;

"1) Epidermal Büyüme Faktörü Reseptörü(EGFR) Tirozin Kinaz inhibitörü tedavisi sırasında veya sonrasında progresyon gelişmiş, EGFR T790M mutasyon pozitifliği progresyon sonrası yapılan biyopsi ile tespit edilmiş olan, kemoradyoterapiye ve cerrahiye uygun olmayan lokal ileri evre veya metastatik küçük hücreli dışı akciğer kanseri (KHDAK) olan yetişkin hastaların tedavisinde progresyona kadar kullanılması halinde bedelleri kurumca karşılanır.

2) En az bir tıbbi onkoloji uzmanının yer aldığı en fazla 3 ay süreli sağlık kurulu raporuna istinaden tıbbi onkoloji uzman hekimleri tarafından reçete edilmesi halinde bedelleri kurumca karşılanır. Rapor süresinin sonunda tedavinin devamı için hastalıkta progresyon olmadığı yeni düzenlenecek raporda belirtilmelidir." hükümleri yer almaktadır.

3) TAGRİSSO Film Kaplı Tablet isimli ilacının KUB/ Terapotik endikasyon bilgilerinin "Epidermal büyüme faktörü reseptörü (EGFR) ekson 19 delesyonu ve/veya ekson 21 mutasyon pozitifliği tespit edilmiş olan lokal ileri evre veya metastatik küçük hücreli dışı akciğer kanseri (KHDAK) olan yetişkin hastaların birinci basamak tedavisinde..." şeklinde yenilenen endikasyon ilavesine ilişkin olarak ilacın ilgili firması tarafından kurumumuza yapılan başvurusu ilgili komisyonlarda uygun bulunmadığından; EGFR EKSON 19 Delve 21

mutasyonu olması halinde ilaç kurumumuzca karşılanmamaktadır.

4) Bu kapsamda, adı geçen hastanın MEDULA Provizyon sisteminde yer alan 15.08.2023 tarihli 154807 sayılı ilaç kullanım raporunda Ekson 19 delesyonu bulunduğu belirtildiğinden kurumumuz mevzuatı doğrultusunda “Osimertinib” etkin maddeli “TAGRISSO Film Kaph Tablet II isimli ilacın kurumumuzca ödenmesinin mümkün bulunmadığı hususu, Bilgilerinize sunulur.”

3. Tagrisso ilacı açısından SGK sürecinden çıkarılacak sonuçlar şu şekildedir:

Yukarıdaki düzenlemeler gereğince SGK, Osimertinib etken maddeli Tagrisso isimli ilacı Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) eki EK-4/A ve EK-4/C listelerinde yer almadığından bahisle değil de hastanın somut durumu, hastalığının evresi, endikasyon olarak ilgili hasta endikasyonunda kullanılmasının uygun bulunmadığı, yetişkin akciğer kanseri hastalarının birinci basamak tedavilerinin yenilenen endikasyonlarında uygulanmasının kurumca uygun görülmesi, en fazla 3 ay süreli sağlık kurulu raporuna istinaden karşılanabileceği daha fazla süreyi kapsayan sağlık kurulu raporlarında karşılanmadığı gibi özel olarak aradığı

tıbbi şartları sağlamaması sebebiyle bedelini karşılamamaktadır. SGK'nın Osimertinib etken maddeli Tagrisso ilacının bedelini bu sebeplerle de karşılamaması hatalı ve hastaların haklarını ihlal eder niteliktedir. Söz konusu durumun devam etmesi durumunda hastalar bu ilacı alamayacak ve olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kalacaklardır. Dolayısıyla, kullanılması hayatiyet arz ettiği uzman hekimlerce belirtilen ilacın bedelinin tamamen karşılanmaması durumunda hastalar maliyeti oldukça yüksek ilaç bedellerini ödeyemeyecek ve tedaviden yoksun kalacaklardır. Dolayısıyla, SGK'nın haksız ve hukuka aykırı ret kararına karşı hastalar tarafından Tagrisso ilacı için SGK iptal davası açılmalıdır. Dava öncesi ve dava sürecine ilişkin usul ve esaslara yukarıdaki paragraflarda değinilmiş olup hukuki sürecin belirtildiği şekilde yürütülerek takibi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

1-[https://dergipark.org.tr/Düzce Tıp Fakültesi Dergisi Tıbbi Terimler](https://dergipark.org.tr/Düzce_Tıp_Fakültesi_Dergisi_Tıbbi_Terimler)

2-Sosyal Güvenlik Davaları/Andaç ESEMEN, Seçkin Yayınları 2022/06 Baskı

'SENEDİN ZAMANAŞIMINA UĞRADIĞI' İLERİ SÜRÜLEREK BORCA İTİRAZDA, ALACAKLI "İTİRAZIN KESİN OLARAK KALDIRILMASINI" İSTEYEBİLİR Mİ?

Bütün 'Şekil Koşulları'nı (Unsurlarını) İçerdiği İçin Geçerli Olan Bir Bononun, Vade Tarihinden Üç Yıl Geçtikten Sonra Genel Haciz Yolu İle Takip Konusu Yapılıp, Borçluya/Borçlulara 'Örnek: 7' Ödeme Emri Gönderilmesi Üzerine, Borçlunun/Borçluların Senetteki İmzalarını İnkâr Etmeksizin 'Senedin Zamanaşımına Uğradığını' İleri Sürerek BORCA İTİRAZDA Bulunmaları Halinde, Alacaklı İcra Hukuk Mahkemesine Başvurarak "İtirazın Kesin Olarak Kaldırılmasına (İİK. M. 68) Karar Verilmesini" İsteyebilir mi?

Av. Talih UYAR(*)

I- Bilindiği gibi; "alacaklının genel haciz yolu ile ilamsız takipte gönderdiği 'Örnek: 7' Ödeme Emri'ne borçlunun b o r c a i t i r a z ederek takibi durdurması üzerine, elinde İİK. m. 68/l'de öngörülen belgelerden birisi bulunan alacaklı, icra hukuk mahkemesinden 'itirazın kesin olarak kaldırılmasını' isteyebilir."

Alacaklının yapmış olduğu genel haciz yolu ile ilamsız takibe (borca) itiraz ederek, takibi durdurmuş olan borçlunun itirazının 'kesin olarak kaldırılması'nın, icra hukuk mahkemesinden istenebilmesi için;

Alacaklı tarafından yapılmış bir ilamsız icra takibi bulunmalıdır.

Alacaklının elinde İİK. m. 68/l'de öngörülen bir belge bulunmalıdır.

Alacaklının, ilamsız takip konusu yaptığı (ve borçlunun itiraz ettiği) borç, maddi hukuk bakımından geçerli olmalı ve miktarı belirli (kesin) "likit" olmalı yani; 'alacak miktarının tespiti, yargılama yapılmasını gerektirmemeli'dir.

Borçlu, süresi içinde ödeme emrine itiraz etmiş

(*) İzmir Barosu Avukatlarından (Yaşar Ün. Huk. Fak. Öğr. Görv.)

1- Ayrıntılı bilgi için bkz: UYAR, T. İcra Hukukunda İtirazın Kesin Olarak Kaldırılması "İİK. mad. 68" (Legal Huk. Der., Ocak/2005, s: 61-88; Şubat/2005, s: 577-589; Mart/2005, s: 905-921 – UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 3. Baskı, 2014, C: 1, s: 1107 vd. – TANIR, Z. B. Genel Haciz Yolu ile Takipte İtirazın Kesin Olarak Kaldırılması, 2022 – KİRAZ, T. Ö. Yargı Kararları ile Birlikte İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması (İİK. md. 68-70), 4. Baskı, 2013, s: 45 vd. – KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2013, 2. Baskı, s: 277 vd. – ARSLAN, R. / YILMAZ, E. / AYVAZ, S. T. / HANAĞASI, E. İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, 2023, s: 233 vd.

olmalıdır.

Alacaklı, itirazın iptali için mahkemede dava açmamış olmalıdır.

Alacaklı, borçlunun itirazının kendisine tebliğinden itibaren altı ay içinde icra hukuk mahkemesine başvurmuş olmalıdır (İİK. mad. 68/l).

II- Alacaklı, hangi durumlarda 'itirazın kesin olarak kaldırılması' isteminde bulunabilir? Alacaklıya 'itirazın kesin olarak kaldırılması'nı isteme yetkisini veren belgeler, 68. maddenin 1. fıkrasında birer birer sayılarak belirtilmiştir.

Mütalâa (ve dava) konusu uyuşmazlıkta, önce çıkan husus; ancak elinde "belirli bir para borcu ikrarını içeren ve imzası ikrar edilmiş bir senet" bulunan alacaklı, icra hukuk mahkemesine başvurarak, 'borçlunun itirazının kesin olarak kaldırılması'nı isteyebilir.²

• Bütün 'zorunlu şekil koşullarını (unsurlarını) içeren'³ bir kambiyo senedine (yani; bir b o n o ya da ç e k e) dayanılarak 'genel haciz yolu ile takip' (İİK. m. 42 vd.) yapıp, borçluya 'Örnek: 7' Ödeme Emri gönderilmesi halinde, takibin dayanağı olan kambiyo senedindeki vadeye göre, kambiyo senetlerine ilişkin (TTK. m. 749, 778, 814) zamanaşımı süreleri uygulanır. Yoksa, Borçlar Kanunu'ndaki (TBK. 146) on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaz.⁴

Yüksek mahkemenin içtihatları da bu doğrultudadır:

"Kambiyo senedi (bono) niteliğindeki belgeye dayanılarak genel haciz yolu ile takip yapılırsa dahi, yine üç yıllık zamanaşımı süresinin söz konusu

olabileceği"⁵

"Zamanaşımı gerçekleşen bono için, genel haciz yolu ile takip yapılması halinde dahi, uygulanacak zamanaşımı süresinin üç yıl olduğu"⁶

"3 yıllık zamanaşımı süresi dolmuş olan bonoya dayalı olarak genel haciz yoluyla takip yapılması halinde, zamanaşımı süresinin 3 yıl yerine, 10 yıl olduğunun ileri sürülemeyeceği"^{7, 8}

"Bononun zorunlu şekil koşullarını içerecek biçimde düzenlenmiş olan senetlerin on yıl değil, üç yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu"⁹

"Üç yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra bononun 'genel haciz yolu ile' takibe konulması halinde de on yıllık değil, üç yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı"^{10, 11}

"Zorunlu şekil koşulunu -örneğin 'tanzim tarihi'ni, 'tanzim yeri'ni- taşımadığı için bono sayılmayan senedin, on yıllık zamanaşımına tâbi olduğu"^{12, 13, 14, 15}

"Kambiyo senedine dayanılarak genel haciz yolu ile (adi) takip yapılırsa dahi, yine kambiyo senedinin bağlı olduğu zamanaşımı sürelerinin

2- Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1117 vd. – KURU, B. age., s: 280 vd. – KİRAZ, T. Ö. age., s: 119 vd. – ARSLAN, R. / YILMAZ, E. / AYVAZ, S. T. / HANAĞASI, E. age., s: 234 vd. – AŞIK, İ. / ORUÇ, Y. / TOK, O. / SAÇAR, Ö. F. İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, 2023, s: 119 vd. – ATALI, M. / ERMENEK, İ. / ERDOĞAN, E. İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, 2022, s: 156 vd. – GÖRGÜN, L. Ş. / BÖRÜ, L. / KODAKOĞLU, M. İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, 2023, s: 106 vd. – MUŞUL, T. İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 6. Baskı, 2017, s: 287 vd.

3- ÜLGEN, M. / HELVACI, M. / KENDİGELEN, A. / KAYA, A. Kıymetli Evrak Hukuku, 2015, 10. Baskı, s: 130 vd.; 237 vd. – UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, 2021, 5. Baskı, s: 4 vd.; 55 vd.; 84 vd.

4- KURU, B. age., s: 792, 815 – UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3162, 3163, 3164 vd. – UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1119 – UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK. 167-170b), 2013, s: 382, 386, 387 – COŞKUN, M. Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, C: 3, 5. Baskı, s: 3397 – GÖRGÜN, L. Ş. / BÖRÜ, L. / KODAKOĞLU, M. age., s: 94

5- Bknz: 12. HD. 15.07.2010 T. 7068/19423 (www.e-uyar.com) (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3162)

6- Bknz: 12. HD. 29.06.2010 T. 5031/17103 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3163)

7- Bknz: 12. HD. 08.04.2010 T. 27730/8375 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3164) – COŞKUN, M. age., C: 3, s: 3397

8- Bknz: 12. HD. 17.03.2009 T. 25557/5658 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3164)

9- Bknz: 12. HD. 18.03.2010 T. 24285/6439 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3166)

10- Bknz: 12. HD. 09.03.2010 T. 23198/5309 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3166)

11- Bknz: 12. HD. 13.10.2008 T. 13892/17181 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3166)

12- Bknz: 12. HD. 19.1.2007 T. 22279/486 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3181)

13- Bknz: 12. HD. 8.12.2006 T. 21827/23248 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3181)

14- Bknz: 12. HD. 11.07.2006 T. 12881/15246 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3181)

15- Bknz: 12. HD. 06.07.2006 T. 10942/14774 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3181)

uygulanacağı”^{16, 17, 18, 19}

“Alacağı kambiyo senedine bağlı olan alacaklının dilerse “genel haciz yolu ile” takipte bulunabileceği”²⁰

• Bir kambiyo senedi (bono/çek) zamanaşımına uğramakla adi senet haline gelmez ve üç yıllık zamanaşımına bağlı olmaya devam eder.²¹

Yüksek mahkemenin içtihatları da bu doğrultudadır:

“Zamanaşımına uğramakla bononun ‘adi senet’ haline gelemeyeceği ve on yıllık zamanaşımı süresine bağlı olmayacağı”^{22, 23}

“Vade tarihinden itibaren üç yıl geçmekle bononun zamanaşımına uğrayacağı; bu durumda bononun “kambiyo senedi” olma niteliğini kaybedip “adi senet” haline gelmeyeceği; böyle bir senede dayanılarak “genel haciz yolu ile” takipte bulunulması ve ödeme emrini alan borçlunun da “zamanaşımı itirazı”nda bulunması üzerine, icra mahkemesince “itirazın kaldırılmasına” karar verilemeyeceği”^{24, 25}

“Zamanaşımına uğramış bononun ‘adi senet’ sayılmayacağı gibi, aralarında temel ilişki

bulunmayan hamil yönünden ‘yazılı delil başlangıcı’ da teşkil etmeyeceği; davacı/alacaklının üç yıl içinde keşideciye müracaat etmemesi sebebiyle ancak vadeyi takip eden üç yıldan sonra sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ve bir yıl içinde borçluya müracaat edebileceği”²⁶

Aynı doğrultuda:

HGK. 17.09.2008 T. E: 2008/12-542, K: 521 (EK-1)

HGK. 01.06.2011 T. E: 2011/12-338, K: 378 (EK-2)

HGK. 28.03.2001 T. E: 19-230, K: 310 (EK-3)

• Zorunlu şekil koşullarını (unsurlarını) içermeyen (örneğin; tanzim tarihi / tanzim yeri bulunmayan bir bono) on yıllık zamanaşımına tabi olur.²⁷

Yüksek mahkemenin içtihatları da bu doğrultudadır:

“Takip dayanağı senette “tanzim tarihi” bulunmadığından, senedin “bono” sayılamayacağı; bu durumda üç yıllık değil on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu”²⁸

“Takip konusu bonoda “tanzim tarihi” bulunmaması halinde, bu senedin “bono” sayılmayacağı, bu nedenle de üç yıllık “bono zamanaşımı” değil, on yıllık “genel zamanaşımı” süresinin söz konusu olacağı”²⁹

“Zorunlu şekil koşulunu -örneğin ‘tanzim tarihi’ni, ‘tanzim yeri’ni- taşımadığı için bono sayılmayan senedin, on yıllık zamanaşımına tâbi olduğu”^{30, 31, 32}

“Tanzim yeri bulunmayan senet, bono vasfında olmayacağından, on yıllık zamanaşımı süresinde ilamsız takibe konu edilebileceği”^{33, 34}

16- Bknz: 12. HD. 26.12.2012 T. 33006/39970 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, s: 382)

17- Bknz: 12. HD. 13.10.2006 T. 15952/19215 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, s: 382)

18- Bknz: 12. HD. 12.10.2006 T. 15891/19121 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, s: 382)

19- Bknz: 12. HD. 11.11.2005 T. 17843/21918 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, s: 382)

20- 12. HD. 15.07.2010 T. 7068/19423 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, s: 386)

21- UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3160, 3166, 3181, 3199 – MUTLUAY, M. K. Zamanaşımına Uğramış Bononun Takip ve Maddi Hukuktaki Yeri (Yarg. D. 1980/4, s: 565 vd.) – KONURALP, H. Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, 2009, s: 67

22- 12. HD. 30.04.1999 T. 4795/5625 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3160) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, s: 383)

23- 12. HD. 16.02.1978 T. 1460/1397 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3160) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, s: 383)

24- 12. HD. 28.10.2009 T. 12070/20819 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3167) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, s: 392)

25- Aynı doğrultuda: TD. 05.03.1973 T. 830/8560 (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3199, dipn. 679)

26- Bknz: HGK. 28.03.2001 T. 19-230/310 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, s: 383)

27- UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3167 - UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK. 167 – 170b), s: 382

28- Bknz: 12. HD. 11.05.2009 T. 2690/10282 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3167)

29- Bknz: 12. HD. 31.03.2008 T. 3754/6409 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3167)

30- Bknz: 12. HD. 11.7.2006 T. 12881/15246 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK. 167 – 170b), s: 382)

31- Bknz: 12. HD. 8.12.2006 T. 21827/23248 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK. 167 – 170b), s: 382)

32- Bknz: 12. HD. 19.1.2007 T. 22279/486 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK. 167 – 170b), s: 382)

33- Bknz: 12. HD. 24.11.2011 T. 8245/24349 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK. 167 – 170b), s: 382)

34- Bknz: 12. HD. 19.04.2012 T. 28164/13194 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK. 167 – 170b), s: 382)

“Bononun zorunlu şekil koşullarını içerecek biçimde düzenlenmiş olan senetlerin on yıl değil, üç yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu”³⁵

“Takibin kesinleşmesinden önceki dönemde yapılan zamanaşımı itirazının kabulü halinde “icranın geri bırakılmasına” değil “takibin durdurulmasına” karar verilmesi gerekeceği”³⁶

• Bir kambiyo senedi olan ‘bono’, zamanaşımı süresi dolduktan sonra da, kambiyo senedi sayılır ve genel haciz yoluna konu edilse dahi, 3 yıllık zamanaşımına tabi olur.³⁷

Yüksek mahkemenin içtihatları da bu doğrultudadır:

“Üç yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra bononun “genel haciz yolu ile” takibe konulması halinde de on yıllık değil üç yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı”^{38, 39}

“Bononun üç yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra da “kambiyo senedi” sayılacağı ve genel haciz yolu ile takibe konu edilmesi halinde de zamanaşımı süresinin uzamayacağı”⁴⁰

• Çek sayılmayan ve çek niteliğini kaybetmiş olan takip konusu belgenin zamanaşımı süresi, on yıl olarak kabul edilir.⁴¹

Yüksek mahkemenin içtihatları da bu doğrultudadır:

“Takip konusu çekte keşide yeri olarak ‘H. Bolu’nun yazılmış olması halinde bu belgenin çek niteliğinde sayılmayacağı ve zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğunun kabulü gerekeceği”⁴²

“Davanın, çeke dayalı kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe karşı borçlunun, takibin işlemsiz bırakılması nedeniyle zamanaşımı

oluşturduğunu belirterek icranın geri bırakılması istemi olduğu, çekte keşide yerinin D.BAKIR şeklinde yazıldığı, dolayısıyla çek vasfı bulunmadığının görüldüğü, bu belgenin on yıllık zamanaşımına tabi olduğu, zamanaşımı itirazının reddedilmesinin gerektiği, ayrıca borçlu tarafından açılan menfi tespit davasında, alacaklı bu davaya katımlı ve alacak iddiasını ileri sürmüş ise borçlunun açtığı menfi tespit davasının da zamanaşımını keseceği, söz konusu davanın zamanaşımını kesecek nitelikte olup olmadığı araştırılmadan sonuca gidilmesinin de doğru olmadığı”⁴³

“ ‘Keşide yeri’ unsurunu taşımadığı için çek niteliğinde bulunmayan belgeye dayalı takipte, alacağın on yıllık zamanaşımı süresine bağlı olduğu”⁴⁴

“ ‘Keşide yeri’ni içermediğinden “çek” niteliğinde kabul edilemeyen ve “adi havale” sayılan belgenin on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu”⁴⁵

“Kambiyo senedi vasfını taşımayan adi havale niteliğindeki belgeye istinaden başlatılıp kesinleşen takipte, İİK.’nin 71/2. maddesi gereğince takibin kesinleşmesinden sonraki dönemde işleyecek zamanaşımı süresi TTK.’nin 726. maddesine göre hesaplanamayacağı”⁴⁶

• Yüksek mahkeme, h a n g i b e l g e l e r e dayanılarak İİK. m. 68/l uyarınca “itirazın kesin olarak kaldırılmasına” karar verebileceği (veya veremeyeceği) konusunda;

Tanzim tarihi bulunmayan bono, İİK. m. 68/l’de öngörülen belgelerden sayılır.⁴⁷

Yüksek mahkemenin içtihatları da bu doğrultudadır:

“Düzenlenme (tanzim) tarihi bulunmayan bononun, İİK. m. 68/l’de öngörülen belgelerden sayılacağı”^{48, 49}

Takip dayanağı karşılıklı edimleri ihtiva eden protokolün kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermemesi nedeniyle, İİK.’nin 68/l maddesinde

35- Bknz: 12. HD. 18.03.2010 T. 24285/6439 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK. 167 – 170b), s: 382)

36- Bknz: 12. HD. 09.06.2011 T. 31432/12118 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri (İİK. 167 – 170b), s: 382)

37- (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3167 vd.) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, s: 391) - GÖRGÜN, L. Ş. / BÖRÜ, L. / KODAKOĞLU, M. age., 4. Baskı, 2023, s: 94

38- Bknz: 12. HD. 09.03.2010 T. 21398/5309 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, s: 391)

39- Bknz: 12. HD. 13.10.2008 T. 13892/17181 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri, s: 391)

40- Bknz: 12. HD. 23.06.2008 T. 10735/13716 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3167)

41- UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3169

42- Bknz: 12. HD. 20.06.2012 T. 3593/21471 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3169)

43- Bknz: 12. HD. 12. HD. 05.04.2012 T. 25570/11155 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3169)

44- Bknz: 12. HD. 10.09.2012 T. 7924/25620 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3176)

45- Bknz: 12. HD. 05.12.2008 T. 17867/21903 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3178)

46- Bknz: 12. HD. 19.01.2012 T. 13676/872 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 2, s: 3180)

47- UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1123

48- Bknz: 12. HD. 08.05.2000 T. 6961/7555 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1123)

49- Bknz: 12. HD. 18.03.1997 T. 3007/3784 (www.e-uyar.com) - (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1123)

yer alan belgelerden sayılamayacağından, alacaklı tarafından icra hukuk mahkemesine başvurularak borçlunun itirazının kesin olarak kaldırılmasına karar verilmesi istenemez.⁵⁰

Yüksek mahkemenin içtihatları da bu doğrultudadır:

“İİK’nun 68/I maddesinde yazılı kayıtsız şartsız borç ikrarını içermeyen karşılıklı edimleri ihtiva eden sözleşmeye (protokole) dayalı olarak, alacaklı tarafından “itirazın kaldırılmasına karar verilmesi”nin istenemeyeceği”^{51, 52, 53}

“Kayıtsız şartsız borç ikrarını içermeyen protokolün, İİK’nun 68/I maddesinde sayılan öngörülen belgelerden sayılamayacağı”⁵⁴

Süresi içinde bankaya ibraz edilmeyen çek, İİK’nun 68/I maddesinde sayılan belgelerden sayılmaz, bu nedenle alacaklı icra hukuk mahkemesinden itirazın kesin olarak kaldırılmasına karar verilmesini isteyemez.⁵⁵

Yüksek mahkemenin içtihatları da bu doğrultudadır:

“Süresi içinde bankaya ibraz edilmemiş olan çekler “adi havale” hükmünde olduğundan ve İİK’nun 68/I maddesinde öngörülen borç ikrarını içeren belge niteliğinde bulunmadığından, “itirazın kaldırılması” talebine dayanak teşkil etmeyecekleri”⁵⁶

“Süresi içinde muhatap bankaya ibraz edilmemiş olan çekin “adi havale” niteliğinde olacağı, borç ikrarını içermediğinden İİK’nun 68/I maddesinde sayılan belgelerden sayılamayacağı”^{57, 58, 59, 60}

“Yasal süresi içinde muhatap bankaya ibraz edilmemiş olan çekin, “adi havale” hükmünde olacağı, ne “kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe” ve ne de “genel haciz yolu ile

takibe” konu edilemeyeceği”⁶¹

“Muhatap bankaya ibraz edilmediği için havale hükmünde olan çeke dayanılarak genel haciz yoluyla takip yapıp borçlunun itirazı üzerine icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasının istenemeyeceği”⁶²

*

Bir olayda;

• Davacı-alacaklı (B) vekilleri, 28.07.2023 tarihli “dava dilekçe”lerinde özetle:

“• Müvekkillerinin alacağına istinaden borçlular aleyhine başlattıkları İstanbul 31. İcra Müdürlüğü’nün ... numaralı icra dosyasına dayanarak başlattıkları icra takibine karşı davalı-borçluların kötü niyetle ve haksız olarak yaptıkları itirazın iptali ile takibin devamına, karşı taraf aleyhine dava ve takip değerinin %20’sinden aşağı olmamak icra inkar tazminatına hükmedilmesini,

• Davalıların, borca itiraz dilekçelerinde takibe dayanak belgelerdeki protokol ve senetteki imzalara itiraz etmediklerini, bu nedenle bunların imzaları ikrar edilmiş duruma geldiklerini ve bu suretle protokol ve senedin İİK. m. 68 kapsamında ‘imzası ikrar edilmiş belge’ niteliğine dönüştüğünü,

• Huzurdaki davanın konusunu protokol ve adi senetten kaynaklı haciz yolu ile ilamsız takip olduğunu, davalıların yaptıkları zamanaşımı def’ilerinin mesnetsiz ve hukuka aykırı olduğunu, çünkü alacağın zamanaşımının genel zamanaşımına tabi olup süresinin on yıl olduğunu,

• Müvekkili (B)’in (C) Şirketi’nin kredi borçlarının tamamını ödediğini, bu nedenle müvekkilinin borçlulardan alacaklı konumunda bulunduğunu,

• Borca itiraz dilekçelerinden açıkça anlaşıldığı gibi takibe dayanak senetlerdeki imzaların, borçlular tarafından ikrar edildiğini, bu nedenle takibe dayanak senetlerin İİK. 68 kapsamında ‘imzası ikrar edilmiş belge’ niteliğinde bulunduğunu, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 27.10.2022 T. ve 12-75/1408 sayılı kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 08.04.2015 T. ve 1598/1159 sayılı kararı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 16.09.2019 T. ve 28448/8367 sayılı kararı ile Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 06.06.2016 T. ve 3335/15844 sayılı içtihatlarının da bu doğrultuda olduğunu, bu nedenle müvekkilinin alacağının zamanaşımına uğramamış olduğunu”

50- UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1126

51- Bknz: 12. HD. 02.11.2011 T. 6043/21172 (www.e-uyar.com) – (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1126)

52- Bknz: 12. HD. 21.06.2011 T. 31948/13591 (www.e-uyar.com) – (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1126)

53- Bknz: 12. HD. 10.10.2011 T. 2831/18168 (www.e-uyar.com) – (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1126)

54- Bknz: 12. HD. 24.02.2011 T. 21611/1782 (www.e-uyar.com) – (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1127)

55- UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1126

56- Bknz: 12. HD. 07.06.2011 T. 30713/11997 (www.e-uyar.com) – (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1126)

57- Bknz: 12. HD. 07.10.2010 T. 9351/22589 (www.e-uyar.com) – (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1126)

58- Bknz: 12. HD. 05.05.2009 T. 2092/9855 (www.e-uyar.com) – (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1126)

59- Bknz: 12. HD. 03.04.2007 T. 4097/6469 (www.e-uyar.com) – (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1126)

60- Bknz: 12. HD. 26.02.2004 T. 27147/4088 (www.e-uyar.com) – (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1126)

61- Bknz: 12. HD. 24.01.2008 T. 22500/1027 (www.e-uyar.com) – (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1126)

62- Bknz: 12. HD. 22.4.2005 T. 5081/8742 (www.e-uyar.com) – (UYAR, T. / UYAR, A. / UYAR, C. age., C: 1, s: 1126)

belirterek “karşı tarafın haksız ve mesnetsiz itirazlarının kaldırılarak İstanbul 31. İcra Müdürlüğü’nün ... sayılı takibinin devamına, dava ve takip konusu alacağın likit olmasından dolayı karşı taraf aleyhine %20’den aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatına hükmedilmesine, masraf ve vekalet ücretinin karşı tarafa yüklenmesine karar verilmesini” arz ve talep etmiştir.

• Davalı-borçlu (D) vekili, 16.08.2023 tarihli “cevap dilekçesi”sinde özetle:

“• Takibe dayanak evrakın kayıtsız şartsız borç ikrarını içermediğini;

Müvekkili (D)’in takibe dayanak protokolün tarafı olmadığını (davacının sunduğu ‘protokol’ başlıklı belgede, protokolün tarafları olarak davacı (B) ile davalılar (E) ve (C) Hijyenik Ürünler San. ve Tic. A. Ş.’nin gösterilmiş olduğunu, müvekkilinin ise protokolde ‘taraf’ olarak yer almadığını),

Müvekkilinin hiçbir zaman davacıdan şirket hissesi devralmadığını bu nedene dayanak olarak da davacıya borcu bulunmadığını,

• Protokole dayalı olarak takip yapmanın mümkün olmadığını;

Protokolün TBK.’nın 584/İ maddesine göre kesin olarak -eşinin onayının bulunmaması nedeniyle- geçersiz olduğunu,

Protokole göre bir alacağın var olduğu kabul edilse dahi bunun zamanaşımına uğradığını,

Protokol taraflara karşılıklı edimler yüklemesi nedeniyle kayıtsız şartsız borç ikrarı niteliğinde bulunmadığını,

• Takibe dayanak bono ile itirazın kaldırılmasını talep etmenin mümkün bulunmadığını;

Takibe dayanak bononun zamanaşımına uğradığını,

Dava konusu bononun vadesinin 15.08.2017 olup zamanaşımı tarihinin 15.08.2018’de dolduğunu,

Kaldı ki TTK.’nın 749. maddesi uyarınca bonoyu düzenleyen aleyhine zamanaşımı süresinin üç yıl olduğunu, bu sürenin de geçtiğini,

Yargıtay’ın kökleşmiş içtihatları, ‘zamanaşımına’ uğramış bonoya dayalı olarak itirazın kaldırılması talebinde bulunulamayacağı yönünde olduğunu, nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 12-338/378 sayılı kararında açıkça ‘zamanaşımına’ uğramış bononun adi senet sayılmayacağı gibi süresi içinde zamanaşımı def’inde bulunulduğundan İİK.’nin 68. maddesinde sayılan borç ikrarı niteliğindeki belgelerden sayılamayacağı’nın belirtildiğini,

• Dayanak bononun kayıtsız şartsız bir borç

ikrarını içermediğini (takibe dayanak senedin, davacının dayandığı PROTOKOL ile ilişkilendirilmesi halinde bu senedin ‘teminat senedi’ niteliğinde olduğunun söylenebileceğini, bu nedenle teminat senetleri kayıtsız şartsız borç ikrarını içeren belgelerden olmadığını, buna dayanılarak itirazın kaldırılmasını alacaklının talep etmesinin de mümkün olmadığını, nitekim Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 20.09.2005 T. ve 13297/17545 sayılı kararının da bunu teyit ettiğini)”

belirterek, “haksız ve hukuksal dayanaktan yoksun davanın reddine, kötü niyetli davacı aleyhine takip tutarının %20’sinden aşağı olmamak üzere icra tazminatına hükmedilmesine, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin de davacı üzerinde bırakılmasına karar verilmesini” arz ve talep etmiştir.

• Davalı (C) Hijyenik Ürünler San. ve Tic. A. Ş. vekili, 21.08.2023 tarihli “cevap dilekçesi”nde özetle;

“• Takibe dayanak evrakın kayıtsız şartsız borç ikrarını içermediğini;

‘Kefaletlerin risk tutarı’ ibaresinin İİK.’nin 68. maddesinde kastedilen belli bir para borcu miktarını ifade etmediğini,

Protokolün içeriği itibarıyla imkansız bir belge olduğunu, müvekkili şirketin TTK.’nın 379. maddesi uyarınca davacıdan kendi hisselerini iktisap etmediğini dolayısıyla protokolde sözü geçen borcun mevcut olmadığını, borcun doğması için gerçekleşmesi gereken işlemlerin TTK.’nin ilgili maddesi hükmünce mümkün olacağını ancak davacının müvekkil şirketin kendi hisselerini iktisap ettiğini kanıtlaması gerektiğini,

• Protokole dayanarak takip yapılmasının mümkün olmadığını;

Protokolde bir alacağın olduğu varsayılsa dahi bu alacağın zamanaşımına uğradığını,

Protokolün taraflara karşılıklı edimler yüklemesi nedeniyle ‘kayıtsız şartsız borç ikrarı’ niteliğinde bir evrak olmadığını, protokolün taraflara karşı edimler yüklediğini,

• Takibe dayanak bono ile itirazın kaldırılmasının talep edilemeyeceğini;

Takibe konu bononun zamanaşımına uğramış olduğunu gerçekten Yargıtay’ın kökleşmiş içtihatlarının ‘zamanaşımına uğramış bonoya dayalı olarak itirazın kaldırılması talebinde bulunulamayacağı’ yönünde olduğunu, bu hususun Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 12-338/378 sayılı kararında ve keza yine Hukuk Genel

Kurulu'nun 28.03.2001 T. ve 19-230/310 sayılı kararında ve 17.09.2008 T. ve 12-542/521 sayılı ilamlarında açıkça vurgulanmış olduğunu,

Takibe dayanak bononun kayıtsız şartsız borç ikrarını içermediğini (takip konusu senet davacının dayandığı PROTOKOL ile ilişkilendirildiğinde bu senedin 'teminat senedi' niteliğinde olduğunun söylenebileceğini, nitekim 12. Hukuk Dairesi'nin 20.09.2005 T. ve 13297/17545 sayılı kararında bu hususların açıkça belirtildiğini"

belirterek "haksız ve hukuksal dayanaktan yoksun davanın reddine, kötü niyetli davacı aleyhine takip tutarının %20'sinden aşağı olmamak üzere icra inkar tazminatının hükmedilmesine, yargılama giderleri ve vekalet ücretlerinin de davacı üzerinde bırakılmasına karar verilmesini" arz ve talep etmiştir.

- Davalı (E) vekili, 21.08.2023 tarihli "cevap dilekçesi"nde özetle;

"• Takibe dayanak evrakın kayıtsız şartsız borç ikrarı içermediğini;

'Kefaletlerin risk tutarı' ibaresinin İİK.'nin 68. maddesinde kastedilen 'belli bir para borcu miktarı'nı ifade etmediğini,

Müvekkilinin davacıdan devraldığı şirket hissesi bedelini nakit olarak ödediğini

- Protokole dayalı olarak takip yapmanın mümkün olmadığını,

Protokolün TBK.'nin 584/1 maddesine göre kesin olarak hükümsüz olduğunu, çünkü eşin onayının protokolde yer almadığını,

Protokolde bir alacağın var olduğu varsayılsa bile bu alacağın zamanaşımına uğradığını,

Protokolün taraflara karşılıklı edimler yüklemesi bakımından 'kayıtsız şartsız borç ikrarı' niteliğinde bulunmadığını,

- Takibe dayanak bono ile itirazın kaldırılmasının talep edilemeyeceğini

Takip konusu bononun zamanaşımına uğramış olduğunu, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 2973/6785 sayılı kararında ve Hukuk Genel Kurulu'nun 12-338/378 sayılı kararında ve 19-230/310 sayılı kararlarında da bu hususun açıkça teyit edilmiş olduğunu,

Takip dayanağı bononun kayıtsız şartsız borç ikrarını içermediğini, 'teminat' niteliğini taşıdığını, bu nedenle de Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 13297/17545 sayılı kararında da bu hususun açıkça vurgulanmış olduğunu"

belirterek, "haksız ve hukuksal dayanaktan yoksun davanın reddine, kötü niyetli davacı aleyhine

takip tutarının %20'sinden aşağı olmamak üzere icra tazminatına hükmedilmesine, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin de davacı üzerinde bırakılmasına karar verilmesini" arz ve talep etmiştir.

*

Hukuki değerlendirme ve sonuç:

- Mütalâa (ve dava) konusu uyuşmazlıkta; d a v a c ı "bütün şekil koşullarını (unsurlarını) içeren 28.07.2017 tanzim ve 15.08.2017 vade tarihli 800.000,00 USD bedelli bono"ya ve (tarihsiz) bir PROTOKOL'e dayanarak, 'borçlu' (C) Hijyenik Ürünler Lojistik Depolama Dağıtım San. ve Tic. A. Ş. ile 'kefil'ler (D) ve (E) hakkında 12.07.2023 tarihinde İstanbul 31. İcra Dairesi'nde (Dosya No: ...) onlara 'Örnek: 7' Ödeme Emri gönderterek takip talebinde bulunmuştur...

- İcra Dairesince gönderilen 'Örnek: 7' Ödeme Emirlerini alan her (3) borçlu da, 7 günlük itiraz süresi içinde İstanbul 31. İcra Dairesi'nin ... sayılı takip dosyasına başvurup, "takip dayanağı belgelerden (bono ve protokolden) dolayı borçlu bulunmadıklarını ayrıca bu belgelerdeki borcun da zamanaşımına uğradığını" bildirmişlerdir...

- Takip dayanağı PROTOKOL'de imzası bulunan (D)'in ne sıfatla (yani; 'borçlu' sıfatıyla mı yoksa, 'kefil' sıfatıyla mı yoksa, 'müşahit' sıfatıyla mı) bulunduğu belirtilmemiştir.

Protokolün 'borçlu' tarafında ismine yer verilmemiştir.

Dar yetkili icra hukuk mahkemesi, (D)'in 'borçlu' sıfatını taşıyıp taşımadığını' araştıramaz...

- Alacaklının 'dava dilekçesi'nde ısrarla belirttiği; Takip dayanağı protokol ve senetteki imzalarına borçluların itiraz etmemiş olmaları nedeniyle bunların İİK. m. 68/1'deki "imzası ikrar edilmiş para borcu ikrarını içeren" belgeler olduğu, Bu belgelerdeki alacağın on yıllık genel zamanaşımı (TBK. m. 146) süresine tâbi olduğu kabul edilemez...

Çünkü;

Yukarıda⁶³ belirttiğimiz gibi; Bütün 'zorunlu şekil koşullarını (unsurlarını) içeren' bir kambyo senedine (yani; bir b o n o ya da ç e k e) dayanılarak 'genel haciz yolu ile takip' (İİK. m. 42 vd.) yapıp, borçluya 'Örnek: 7' Ödeme Emri gönderilmesi halinde, takibin dayanağı olan kambyo senedindeki vadeye göre, kambyo senetlerine ilişkin (TTK. m. 749, 778, 814)

63- Bknz: Yuk. dipn. 3-20

zamanaşımı süreleri uygulanır. Yoksa, Borçlar Kanunu'ndaki (TBK. 146) on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaz.

Yukarıda⁶⁴ belirttiğimiz gibi; bir kambiyo senedi (bono/çek) zamanaşımına uğramakla adi senet haline gelmez ve üç yıllık zamanaşımına bağlı olmaya devam eder.

Yukarıda⁶⁵ belirttiğimiz gibi; zorunlu şekil koşullarını (unsurlarını) içermeyen (örneğin; tanzim tarihi / tanzim yeri bulunmayan bir bono) on yıllık zamanaşımına tabi olur.

Yukarıda⁶⁶ belirttiğimiz gibi; bir kambiyo senedi olan 'bono', zamanaşımı süresi dolduktan sonra da, kambiyo senedi sayılır ve genel haciz yoluna konu edilse dahi, 3 yıllık zamanaşımına tabi olur.

Takip dayanağı PROTOKOL'deki borca da, borçlular tarafından süresi içinde 'zamanaşımına uğradığı' yönünden itiraz edilmiş olduğundan, zamanaşımına uğramış bir belge İİK. m. 68/l'deki belgelerden sayılamaz. Bu nedenle, alacaklı, bu belgeye dayanarak icra hukuk mahkemesinden borçluların "itirazlarının kesin olarak kaldırılmasına karar verilmesi"ni isteyemez...

Alacaklı vekilinin 10.08.2023 tarihinde İstanbul 12. Asliye Ticaret Mahkemesi'nden talep ettiği borçlular; 1- (C) Hijyenik Ürünler Lojistik Depolama Dağıtım San. ve Tic. A. Ş., 2- (D), 3- (E) hakkındaki "ihtiyati haciz kararı verilmesi" talebi adı geçen ticaret mahkemesince;

"Talep, ihtiyati haciz talep edenin alacaklarını tahsil etmek maksadıyla borçlular ile yapmış olduğu protokole bağlı olarak düzenlenen bonoya dayalı alacağını tahsil edemediğinden bahisle başlatılan icra takibine borçlular tarafından yapılan itiraz neticesinde ödenmeyen borca karşılık borçlu tarafın menkul ve gayrimenkul malları ile üçüncü şahıslardaki hak ve alacaklarının ihtiyaten haczine ilişkindir.

Somut olay incelendiğinde, talebe konu senet üzerinde yazılı vade itibarıyla zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle, borçlu tarafından icra takibine itiraz edilmiş olduğu, bu durumda borçlunun zamanaşımı def'i nazara alınarak, borçlunun sebepsiz zenginleşip zenginleşmediği hususunun yargılamayı gerektirdiği anlaşıldığından bono vasfını kaybetmiş olma ihtimali olan senede dayalı ihtiyati haciz talebinin reddine karar vermek gerekmiştir..."

64- Bknz: Yuk. dipn. 21-26

65- Bknz: Yuk. dipn. 27 ve EK-1, EK-2, EK-3; 28-36

66- Bknz: Yuk. dipn. 37-40

gerekçesiyle reddedilmiştir. (İstanbul 12. Asliye Ticaret Mahkemesi ... T. E: ... D. İş, K: ...)

Sonuç:

Buraya kadar yaptığımız ayrıntılı açıklamalar ve atıfta bulunduğumuz içtihatlar doğrultusunda belirtmemiz gerekir ki; alacaklı, zamanaşımına uğramış bir kambiyo senedine (bonoya) dayanarak, genel haciz yolu ile takip yaptıktan (ve böylece borçluların icra dairesine süresi içinde yaptıkları itiraz ile icra takibi durduktan) sonra, icra hukuk mahkemesine başvurarak "itirazın kesin olarak kaldırılması"ni (İİK. m. 68) isteyemez. Çünkü, başvuru takibi şekli; kambiyo senedinin niteliğini ve alacağa ilişkin -üç yıllık- zamanaşımı süresini değiştirmez.⁶⁷

67- a) Takip dayanağı bononun 3 yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra alacaklı tarafından genel haciz yoluyla takibe konulmuş olması ve borçlu tarafından yasal süresi içinde icra dairesine zamanaşımı itirazında bulunulması üzerine, icra mahkemesince "alacaklının itirazın kesin olarak kaldırılması isteminin reddine" (İİK. m. 68) karar verilmesi gerekeceği-

"Taraflar arasındaki 'itirazın kaldırılması' davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gerde İcra Hukuk Mahkemesince 'davanın kabulüne' dair verilen 09.11.2006 gün ve 2006/60-109 sayılı kararın incelenmesi, davalı/ borçlu vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12.Hukuk Dairesinin 31.05.2007 gün ve 2007/8901-11344 sayılı ilamı ile; ("Bono vafında bir senedin TTK'nun 661/1. maddesi gereğince vade tarihinden itibaren (3) yıl içinde takip konusu yapılmaması halinde bono zamanaşımına uğrar. Bir başka anlatımla, bonoda zamanaşımının gerçekleşmesi halinde bono vafında bir değişiklik olmaz ise de; (âdi senet olarak kabulü gibi) alacaklı senet borçlusuna karşı senetten doğan alacak hakkını vadeden itibaren (3) yıl içinde kullanmadığından, borçluya karşı müracaat hakkım yitirir. Bu halde, genel haciz yoluyla dahi takip yapılamaz. Zira, TTK'nun hükümlerine uygun olarak düzenlenen kambiyo senetleri, anılan kanundaki zamanaşımına tabidir. Hal böyle olunca, somut olayda gözlendiği gibi, 15.01.2002 vade tarihli bono genel haciz yoluyla (3 yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra) 24.04.2006 tarihinde takibe konu edilmiş, borçlu tarafça da İİK'nun 62. madde koşullarında yasal süre içerisinde icra dairesinde zamanaşımı definde bulunulduğundan, mahkemece 'alacaklının itirazın kaldırılması isteminin reddine' karar vermek gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.") gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davalı/borçlu vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

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

kaldırılması' istemine ilişkindir.

Davacı/alacaklı, kardeşi davalı/borçlu aleyhine 20.06.2001 düzenleme, 15.01.2002 vade tarihli 33.000 DM borç "ve nakden kaydı içeren bonoya dayanarak 24.04.2006 tarihinde toplam 26.235,00 YTL alacağının tahsili istemiyle ilamsız takibe girişmiş; borçluya gönderilen Örnek: 7 Ödeme Emri ve senet fotokopisi 03.05.2006 tarihinde bizzat tebliğ edilmekle, davalı/borçlu, vekili vasıtasıyla verdiği 04.05.2006 tarihli dilekçesiyle itiraz etmiştir. Anılan dilekçede; 'borca itirazı yanında, senedin 3 yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra takibe konulduğunu' belirterek, zamanaşımı definde bulunmuş; takip durmakla davacı alacaklı, vekili vasıtasıyla 'itirazın kaldırılması' istekli eldeki davayı açmıştır. Mahkemece 'davacının talebinin kabulüne' karar verilmiştir. Davalı/borçlunun temyizi üzerine Özel Dairece yukarıya başlık bölümüne aynen alman gerekçeler yanında sonuçta "15.01.2002 vade tarihli bono genel haciz yoluyla (3 yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra) 24.04.2006 tarihinde takibe konu edildiği, borçlu tarafca da lık'nun 62.madde koşullarında yasal süre içerisinde icra dairesinde zamanaşımı definde bulunulduğundan, mahkemece alacaklının itirazın kaldırılması isteminin reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesinin isabetsiz olduğu" gerekçesiyle karar bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hükmü davalı/borçlu vekili temyize getirmiştir.

Uyuşmazlık; 'takip tarihinde zamanaşımına uğraması nedeniyle kambiyo senedi vasfını kaybettiği uyuşmazlık konusu olmayan, ilamsız takibe konu senedin, keşideci/borçlunun yasal sürede zamanaşımı definde bulunmasına rağmen, adi senet vasfında kabul edilip edilemeyeceği ve bu vasıflandırmaya göre Borçlar Kanunu'nun 125. maddesindeki zamanaşımı süresine tabi olup 'olamayacağı', noktasında toplanmaktadır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK), Üçüncü Kitabının "Dördüncü Faslı"nı oluşturan Kambiyo Senetleri ile ilgili olarak "Birinci Kısım"da, poliçe hakkında geniş ve ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiş; bono (emre muharrer senet) ve çeklere dair hükümlerde ise genelde, poliçe ile ilgili düzenlemeye göndermede bulunulmakla yetinilmiştir. Bu cümleden olarak, TTK'nun 690. maddesi yollaması ile bonolarda da uygulanması gereken aynı Kanunun 661. maddesinde, 'poliçeyi kabul edene (bonolarda keşideciye) karşı açılacak davaların vadenin geldiği tarihten itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı' öngörülmüştür.

Eş söyleyişle; alacaklı, senet borçlusu keşideciye karşı senetten doğan alacak hakkını vadeden itibaren 3 yıl içinde kullanmadığında borçluya karşı müracaat hakkını yitirecek; senedin "bono" vasfında bir değişiklik söz konusu olmadığı için de, genel haciz yoluyla dahi olsa keşideciye karşı müracaat olanağı kalmayacaktır.

Diğer taraftan, anılan Kanunun 644. maddesinde, 'keşideci ve poliçeyi kabul etmiş olan muhatabın, zamanaşımı sebebiyle poliçeden doğan borçları düşmüş olsa bile hamilin zararına ve sebepsiz olarak iktisap etmiş oldukları meblağ nispetinde ona karşı borçlu kalacağı' hüküm altına alınmıştır.

Çeklerle ilgili 730.maddede sözü edilen 644.maddeye göndermede bulunulmuş olmasına karşın, bonolara dair 690.maddede böyle bir atıfta bulunulmamıştır. Gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasında, bono hamilinin Borçlar Kanununun 61 ve devamı

maddeleri uyarınca nedensiz zenginleşme hükümlerine göre keşideciye müracaat edebileceği kabul edilmekte ve özellikle doktrinde 690.maddede, 644.maddeye göndermede bulunulmamış olmasının makul bir izahının yapılamayacağı vurgulanmaktadır. (Fırat Öztan; Kıymetli Evrak Hukuku, 1997 basımı, sahife: 1021)

Yukarıda açıklandığı üzere, alacaklı üç yıl içinde müracaat hakkını kullanmadığından zamanaşımına uğramış olan bono adi senet sayılamayacağı gibi, süresi içinde zamanaşımı definde bulunulduğundan 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 68. maddesinde sayılan borç ikrarı niteliğinde belgelerden olduğunu kabule de olanak bulunmamaktadır. Durum bu olunca; Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenen kambiyo senetleri, yine bu kanunda düzenlenmiş bulunan zaman aşımı süresine tabi olup, usulünce zamanaşımı defi de ileri sürüldüğünden, 'itirazın kaldırılması isteminin reddine' karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilerek, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 28.03.2001 gün ve 2001/19-23aE.,2001/3.1.0 K. sayılı kararında da vurgulanmıştır.

Açıklanan nedenlerle Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararma uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı/borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA...

HGK. 17.09.2008 T. E:12-542, K:521" (www.e-uyar.com) (EK-1)

b) 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenen kambiyo senetlerinin, yine bu kanunda düzenlenmiş bulunan zamanaşımı süresine tabi olup, usulünce zamanaşımı defi de ileri sürüldüğünden, 'itirazın kaldırılması isteminin reddine' karar verilmesi gerekeceği- "Taraflar arasındaki "itirazın kaldırılması" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 5. İcra Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 12.11.2009 gün ve 2009/1192 E., 2983 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 15.07.2010 gün ve 2010/7068 E., 19423 K. sayılı ilamı ile;

(...İcra takibinin dayanağı olan belge TTK.nun 688 maddesinde öngörülen unsurları taşımakta olup, kambiyo senedi vasfındadır. Bu belge ile alacaklının kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu yerine genel haciz yolunu seçmesi ve bu suretle tercih edilen takip şekli, belgenin niteliğini ve uygulanması gerekli yasa hükümlerini etkilemez. Bu durumda TTK.nun 661. maddesinde yer alan 3 yıllık zamanaşımı süresi dolduğu için, borçlunun itiraz dilekçesinde yer alan zamanaşımı itirazı yerindedir. Mahkemece 'itirazın kaldırılması talebinin reddine' karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin kabulü isabetsizdir...)

gerekçesiyle 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:

Dava, 'borca itirazın kaldırılması' istemine ilişkindir.

Davacı/alacaklı vekili, 'davalı/borçlu hakkında yapılan icra takibi sırasında davalının zamanaşımı def'inde bulunarak borca ve ferilerine itiraz ettiğini, bonodaki imzanın borçlu tarafından açıkça inkar edilmediğinden icra ve iflas Kanunu'nun (İİK) 68. maddesinde yazılı olan belgelerden olduğunu' ileri sürerek 'borçlunun itirazının kaldırılmasına, takibin devamına, davalının % 40 tazminatla sorumlu tutulmasına karar verilmesini' talep ve dava etmiştir.

Davalı/borçlu vekili, 'takibe konu senedin zamanaşımına uğradığını, zamanaşımına uğrayan bir kambiyo senedinin İİK'nun 68. maddesi anlamında bir belge olmadığından davanın reddine karar verilmesini' istemiştir.

Yerel Mahkemece, 'davanın kabulüne' karar verilmiştir.

Davalı taraf vekilince temyizi üzerine, hüküm; Özel Dairece, yukarıya aynen alınan gerekçeyle bozulmuş; yerel mahkemece direnme kararı verilmiştir.

Hükmü temyize davalı vekili getirmektedir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; 'vadesinden itibaren 3 (üç) yıllık zamanaşımı süresi geçtikten sonra, borçlu hakkında ilamsız icra takibine konu edilen kambiyo senedinin zamanaşımına uğrayıp uğramadığı, burada varılacak sonuca göre borçlunun sadece borca itiraz etmesi ve senet altındaki imzayı açıkça inkar etmemesi karşısında, açılacak itirazın kaldırılması davasında söz konusu senedin İİK'nun 68. maddesinde sayılan belgelerden sayılıp sayılmayacağı' noktasında toplanmaktadır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK), Üçüncü Kitabının "Dördüncü Faslı"nı oluşturan Kambiyo senetleri ile ilgili olarak "Birinci Kısım"da, poliçe hakkında geniş ve ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiş; bono (emre muharrer senet) ve çeklere dair hükümlerde ise genelde, poliçe ile ilgili bu düzenlemelere göndermede bulunulmakla yetinilmiştir.

Bu cümleden olarak, TTK'nun 690. maddesi yollaması ile bonolarda da uygulanması gereken aynı Kanunun 661. maddesinde, poliçeyi kabul edene (bonolarda keşideciye karşı açılacak davaların vadenin geldiği tarihten itibaren 3 (üç) yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür.

Şu hale göre; alacaklı, senet borçlusu keşideciye karşı senetten doğan alacak hakkını vadeden itibaren 3 (üç) yıl içinde kullanmadığında borçluya karşı müracaat hakkını yitirecek; senedin "bono" vasfında bir değişiklik söz konusu olmadığı için de, genel haciz yoluyla dahi olsa keşideciye karşı müracaat olanağı kalmayacaktır.

Diğer taraftan, anılan Kanunun 644. maddesinde, 'keşideci ve poliçeyi kabul etmiş olan muhatabın, zamanaşımı sebebiyle poliçeden doğan borçları düşmüş olsa bile hamilin zararına ve sebepsiz olarak iktisap etmiş oldukları meblağ nispetinde ona karşı borçlu kalacağı' hüküm altına alınmıştır.

Çeklerle ilgili 730. maddede sözü edilen 644. maddeye göndermede bulunulmuş olmasına karşın, bonolara dair 690. maddede böyle bir atıfta bulunulmamıştır.

Gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasında, 'bono hamilinin Borçlar Kanununun 61 ve devamı maddeleri uyarınca nedensiz zenginleşme

hükümlerine göre keşideciye müracaat edebileceği' kabul edilmekte ve özellikle doktrinde '690. maddede, 644. maddeye göndermede bulunulmamış olmasının makul bir izahının yapılamayacağı', vurgulanmaktadır (Fırat Öztan - Kıymetli Evrak Hukuku, 1997, s: 1021).

Yukarıda açıklandığı üzere, alacaklı üç yıl içinde müracaat hakkını kullanmadığından zamanaşımına uğramış olan bono salt bu nedenle adi senet sayılamayacağı gibi, süresi içinde zamanaşımı def'inde bulunulduğundan, İİK'nun 68. maddesinde sayılan borç ikrarı niteliğinde belgelerden olduğunu kabule de olanak bulunmamaktadır.

Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 28.03.2001 gün ve 2001/19-230 E., 2001/310 K.; 17.09.2008 gün ve 2008/12-542 E. -2008/521 K.sayılı ilamlarında da vurgulanmıştır.

Durum bu olunca; 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun olarak düzenlenen kambiyo senetleri, yine bu kanunda düzenlenmiş bulunan zamanaşımı süresine tabi olup, usulünce zamanaşımı def'i de ileri sürüldüğünden itirazın kaldırılması isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, kabulüne karar verilmesi doğru değildir.

Açıklanan nedenlerle Hukuk Genel Kurulu'nda da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, davanın kabulüne ilişkin önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

O halde, direnme kararının bozulması gerekir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının H.U.M.K.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA...

HGK. 01.06.2011 T. E:2011/12-338, K:2011/378" (www.e-uyar.com) (YILMAZ, E. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2016, s: 381 vd.) (EK-2)

c) Zamanaşımına uğramış bononun "adi senet" sayılmayacağı gibi, aralarında temel ilişki bulunmayan hamil yönünden "yazılı delil başlangıcı" da teşkil etmeyeceği; davacı/alacaklının üç yıl içinde keşideciye müracaat etmemesi sebebiyle ancak vadeyi takip eden üç yıldan sonra sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ve bir yıl içinde borçluya müracaat edebileceği-

"Taraflar arasındaki "itirazın iptali" davasından olayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 9. Ticaret Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 17.2.2000 gün ve 1999/298 E. 2000/48 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 29.5.2000 gün ve 3546-4103 sayılı ilamıyla; (...Davacı vekili, davalıdan 460.800.300 TL alacaklı olduklarını, alacağın tahsili için başlatılan icra takibine itiraz edildiğini, iddia ederek itirazın iptalini talep ve dava etmiştir.

Davalı savunmasında; 'takip dayanağı bonoların zamanaşımına uğradığını' beyan ederek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, "davacının hamili olduğu ve icra takibine konu bonoların zamanaşımına uğradığı" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davalı E. H. tarafından takip konusu bonolara yönelik olarak açılan Ankara Asliye 1. Ticaret Mahkemesinin 1997/566 esas sayılı menfi tespit davasında mahkemece 'hamil aleyhine zamanaşımı def'ine dayanılarak menfi

tespit davası açılmayacağı' hükme bağlanmış ve karar derecattan geçerek kesinleşmiştir.

Hamil davacının 'kambyo senedi vasfını yitirmiş bonolar ile sebepsiz iktisap hükümlerine göre davalı keşideciden alacak talep edebileceği' mahkemece gözden kaçırılarak yazılı şekilde davanın reddi doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Dava, "itirazın iptali" isteğine ilişkindir.

Davacı, 'davalı-borçlu aleyhine Ankara 24. İcra Müdürlüğü'nün 1997/779 sayılı dosyasında toplam 492.120.300 TL'lik senetler için icra takibine giriştiğini, borçlunun adresi belli olmadığından takibin ilanlen tebligat yoluyla kesinleştiğini, davalı-borçlunun mallarına haciz uygulandıktan sonra Ankara 3. İcra Hakimliğine senetlerin zamanaşımına uğradığı ve tebligatın usulsüz yapıldığı iddiasıyla yaptığı itirazın icra hakimliğince önce reddedildiğini, ancak bu kararın tebligatın usulsüz yapıldığı gerekçesiyle Yargıtay tarafından bozulduğunu, takibin durduğunu, davalının açtığı menfi tespit davasının da reddedildiğini, davalı-borçlunun itirazının iptali ile takibin devamına, borçlunun % 40 tazminat ödemeye mahkum edilmesine karar verilmesini' istemiştir.

Davalı-borçlu vekili yasal sürede verdiği cevap dilekçesinde; 'senetlerin zamanaşımına uğradığı' gerekçesiyle zamanaşımı def'inde bulunmuş, davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme; "borçlu gerek icra takibine yaptığı itirazda gerekse mahkemelere verdiği savunmalarında borcun varlığına ve bonolardaki imzaya itirazda bulunmadığı, takibe konulan bonoların TTK'nun 661. maddesine göre 3 yıllık zamanaşımına uğramakla yazılı delil başlangıcı haline dönüştüğü, davacı menfi tespit davasında kabul edilen 06.06.1991 tarihli senet dışındaki bonoların ciro yoluyla hamili olduğundan davalı ile arasında mevcut bir temel borç ilişkisinden de söz edilemeyeceği" gerekçesiyle "davanın reddine" karar verilmiştir.

Davacı-alacaklı vekilinin talebi üzerine Özel Daire; "hamil davacının kambyo senedi vasfını yitirmiş bonolar ile sebepsiz iktisap hükümlerine göre davalı keşideciden alacak talep edebileceği" gerekçesiyle, kararın bozulmasına karar vermiştir.

Mahkeme; "senedin lehdarı olmayan davacının kambyo senedi vasfını yitirmiş bonolar ile keşideci davalıya karşı sebepsiz iktisap hükümlerine göre alacak takip edemeyeceği" gerekçesiyle "davanın reddine" karar vererek önceki kararında direnmiştir.

T. Ticaret Kanununun, Üçüncü Kitabının "Dördüncü Faslı"nı oluşturan Kambyo senetleri ile ilgili olarak "Birinci Kısım"da, poliçe hakkında geniş ve ayrıntılı

düzenlemeye yer verilmiş, bono (emre muharrer senet) ve çeklere dair hükümlerde ise genelde, poliçe ile ilgili düzenlemeye göndermede bulunulmakla yetinilmiştir. Bu nedenle TTK'nun 690. maddesi yollaması ile bonolarda da uygulanması gereken aynı yasanın 661. maddesinde, poliçeyi kabul edene (bonolarda keşideciye) karşı açılacak davaların vadenin geldiği tarihten itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür. Anılan yasanın 644. maddesinde, 'keşideci ve poliçeyi kabul etmiş olan muhatabın, zamanaşımı sebebiyle poliçeden doğan borçları düşmüş olsa bile hamilin zararına ve sebepsiz olarak iktisap etmiş oldukları meblağ nisbetinde ona karşı borçlu olacağı' hüküm altına alınmıştır.

Çeklerle ilgili 730. maddede sözü edilen 644. maddeye göndermede bulunulmuş olmasına karşın, bonolara dair 690. maddede böyle bir atıfta bulunulmamış ise de, gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasında, bono hamilinin Borçlar Kanununun 61 ve devamı maddeleri uyarınca nedensiz zenginleşme hükümlerine göre keşideciye müracaat edebileceği kabul edilmekle ve özellikle doktrinde 690. maddede 644. maddeye göndermede bulunulmamış olmasının makul bir izahının yapılamayacağı vurgulanmaktadır (Prof. Dr. Firat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 1997 basımı, sahife: 1021)

Yukarıda açıklandığı üzere, zamanaşımına uğramış olan bono adı senet sayılamayacağı gibi, aralarında temel ilişki bulunmayan hamil yönünden yazılı delil başlangıcı da teşkil etmez. Mahkemece söz konusu hususlar gerekçe yapılarak davanın reddedilmiş olmasında isabet görülmemiştir.

Ancak, Eylül/1991 vadeli senetlere ciro suretiyle hamil olan davacının; 1997 yılında giriştiği icra takibine ve açtığı itirazın iptali davasına karşı davalının zamanaşımı def'inde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Davacının hamil olduğu senetlere dayanarak üç yıl içinde keşideciye müracaat etmemesi sebebiyle ancak, vadeyi takip eden üç yıldan sonra sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ve bir yıl içinde borçluya başvurulması gerekirken, bu süreyi geçirdiği ve davalının zamanaşımı def'iyle karşılaştığı gözetilip, zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerektiğinden ve davanın reddedilmesi bu nedenle yerinde olduğundan, sonucu itibarıyla doğru olan hükmün HUMK'nun 488 nci maddesinin son fıkrası uyarınca yukarıda belirtilen değişik gerekçe ile onanması uygun görülmüştür.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 28.3.2001 gününde oybirliği ile karar verildi.

HGK. 28.3.2001 T. E: 19-230, K: 310" (www.e-uyar.com) (EK-3)

Çalışmamızda geleneksel olmayan markalardan renk, koku ve tat markalarının tescil edilebilirlikleri incelenmiştir.

KOKU MARKALARININ USPTO VE EUIPO KARARLARI IŞIĞINDA TESCİL EDİLEBİLİRLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Asya AKIN (LL.M.)¹

1. MARKANIN ÇEŞİTLERİ

1.1. Geleneksel ve Geleneksel Olmayan Markalar

Markayı oluşturan işaretleri çeşitlerine göre bir gruplandırma yapacak olursak; geleneksel markalar ve geleneksel olmayan markalar olmak üzere iki marka grubundan bahsetmek mümkündür.² Geleneksel olarak gruplandığımız markalar genellikle kelime, logo veya ikisinin kombinasyonundan oluşmakla birlikte, hızla gelişen yeni üretim teknolojilerinin pazara agresif şekilde girmesi de dolayısıyla markaların tüketicinin dikkatini çekme gerekliliğini arttırmaktadır. Bu sebeplerle, geleneksel olmayan markaların kullanımı ve tescili yaygınlaşmıştır.³ Geleneksel olmayan markalara örnek olarak ise, renk markaları, koku markaları veya hareket markaları verilebilir.

Çalışmamızın asıl konusu geleneksel olmayan markalardan koku markalarının tescil edilebilirliği olup, bu sebeple, çalışmamız kapsamında geleneksel markalar üzerinde durulmayacaktır. Koku markalarının tescil edilebilirliğine ilişkin değerlendirme SMK düzenlemeleri, ABD Patent ve Marka Ofisi (USPTO) ve AB Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO) kararları çerçevesinde yapılacaktır.

1- Avukat, Bursa Barosu; LL.M. İstanbul Bilgi Üniversitesi.
ORCID ID: 0009-0003-5907-600X.

Makale ile ilgili görüş ve önerileriniz için: "av.asyaakin@gmail.com"

Atıf Önerisi: AKIN A., "Koku Markalarının USPTO ve EUIPO Kararları Işığında Tescil Edilebilirliğinin Değerlendirilmesi." Bursa Barosu Dergisi Sayı:126., Yıl:2024

2- Karadenizli, Hasan T., "Yeni Marka Türleri ve Tescil Edilebilirlikleri" Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü, Ankara 2008 s.13

3- Dağ Aktaş, Yasemin.; Kenaroğlu, Yasemin., Geleneksel Olmayan Markalar Ve Sınai Ve Mülkiyet Kanun Tasarısı İle Getirilen Düzenlemeler, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi Cilt:12 Sayı:45, İstanbul 2016 S.79

1.2. Koku Markaları

Tüm duyuların içerisinde derinlere kök salmış ve ilk önce gelen duyu, koku duyusudur.⁴ Koklama duyusunun önemi şu şekilde ifade edilmiştir; gözlerinizi kapayabilir, kulaklarınızı tıkayabilirsiniz, dokunmayabilir ya da tatmayabilirsiniz fakat içinize çektiğiniz havaya karışan kokuyu duymamanız mümkün değildir.⁵

Kokuyu tanımlamak oldukça zordur. İnsan, binlerce farklı kokuyu ayırt edip tanıyabilir ancak bunları adlandırmak için sahip olunan kelime dağarcığı son derece sınırlıdır. Çoğu kez bir kokuyu anlatmak için daha zengin olan yiyecek ve tatlarla ilişkin kelime dağarcığı kullanılır.⁶ Örneğin; nane, papatya veya çilek kokusu gibi. Ancak, markanın tanımı 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 4. maddesinde şu şekilde yapılmıştır:

“Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dahil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işarettir.”

Madde metni incelendiğinde, kokuların marka olarak tescil edilebileceğine ilişkin herhangi bir hüküm olmasa da, madde metnindeki sayım “numerus clausus” ilkesine tabi olmadığından, yani bir diğer deyişle madde metninde sayılan işaretlerin yalnızca örneğe yoluya sayıldığı yorumu ile kokuların marka olarak tescilini engelleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır yorumu yapılabilir. Dolayısıyla Sınai Mülkiyet Kanunu'nun marka olabilecek işaretler için öngördüğü şartları sağladığı takdirde her işaret marka olarak tescil edilebilir. Koku markalarının tescili ile ilgili AB uygulamalarında olduğu gibi, Türk Hukukunda belirsizlikler bulunmaktadır. TÜRKPATENT'in 2021 yılında yayınlamış olduğu

Marka İnceleme Kılavuzundaki Koku Markaları/ Koku Duyusuna İlişkin Markalar kenar başlıklı maddesindeki ifadeye göre; “Mevcut teknolojilerle koku markalarının SMK'nın 4 üncü maddesi kapsamında korumanın konusunun açık ve kesin belirleyecek şekilde sicilde gösterilmesi mümkün görünmemektedir.”⁷ şeklinde olup, 2019 yılında yayınlanan kılavuzdaki görüş devam etmektedir.

Günümüzde bazı firmalar, renklerde olduğu gibi kokuları da kurumsal kimliklerinin bir parçası haline getirmeyi amaçlamakta, bunun için de kokuları ürün veya hizmetleriyle bağlantılı olarak kullanmaktadırlar. Örneğin, Singapur Havayolları®, kurumsal kimliğini desteklemek için kokuyu kullanmıştır.⁸ Buna benzer olarak ülkemizde de Twist, İpekyol, LCW, Vakko markalarının kurumsal kokuları kullandıklarını, bu markaların tüm mağazalarında aynı koku salınarak kurumsal kimliği desteklediğini ve tüketici için ayırt edicilik sağladığını, o markayı çağrıştırdığını söyleyebiliriz. Bu örnekler ışığında, kokuların marka işlevlerini yerine getirebildiği söylenebilir, bu sebeple tescil edilerek koruma konusu olmaları gündeme gelmektedir. Ancak, kokuların marka olarak tescil edilebilirliğinin kabulü için genellikle, tescili istenen kokunun o markayı hatırlatması aranmakta, dolayısıyla tescili istenen kokunun marka olarak tescil edilmeden önce tescili istenilen ürün gruplarında kullanılarak ayırt edicilik kazanmasının sağlanması gerektiği görüşü hakimdir.

1.2.1. Koku Markalarının USPTO Nezdinde Tescil Edilebilirliği

Amerika Birleşik Devletleri'nde markaların korunması ile ilgili yürürlükteki düzenleme Lanham Act, markayı “Birinin mallarını veya hizmetlerini başkalarının mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ve bunların ticari kaynağını gösteren her türlü kelime, isim, sembol veya şekil veya bunların kombinasyonu” olarak tanımlamaktadır.”

Koku, tat gibi geleneksel olmayan markalar Lanham Act'da düzenlenen madde metninde yer alan “şekil” tanımının içinde değerlendirilmektedir. Kanuni düzenlemede geçen “şekil” lafzı Amerikan Mahkemeleri'nce çok geniş biçimde değerlendirilerek geleneksel olmayan markaları da kapsar biçimde yorumlanmıştır. Lanham Act'e uygun olarak A.B.D. Patent ve Marka Ofisi

4- Gezer Ersoy M., ve Topuz Y., “Koku ve Marka Bilinirliği İlişkisinin Demografik Faktörlere Göre İncelenmesi: Hazır Giyim Sektöründe Bir Uygulama” Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 69, 2021'den naklen Harputoğlu, Ö. E., “Pazarlama Sektörünün Güçlü Keşfi: Koku” 2021. Erişim adresi: <https://www.perakende.org/pazarlama-sektorunun-guclu-kesfi-koku>.

5- Gezer Ersoy M., ve Topuz Y., a.g.m.'den naklen Lindstrom, M., Duyular ve Marka. Çev. Ümit Şensoy. İstanbul: Optimist Yayınları 2005

6- Karadenizli, Hasan T., a.g.e. s.117'den naklen Lindstrom, M.; 2006, s. 36.

7- <https://www.turkpatent.gov.tr/duyurular/marka-inceleme-kilavuzu-guncellendi-18082021> son erişim tarihi: 07.12.2023

8- A.g.e. s.119'dan naklen Rowan, D.; “Trendsurfing: Sensory Branding”, The Times, 7 Mayıs 2005

(USPTO) uygulaması uyarınca da “kelimeler, isimler, semboller, şekiller veya bunların kombinasyonları” malların veya hizmetlerin ticari kaynağını gösterebilme fonksiyonunu yerine getirdikleri takdirde tescil edilebilecektir.⁹

Koku markası başvurularının tescil edilebilmesi konusunda başvuru sahibinin geçmesi gereken en önemli test başvuruya konu kokunun fonksiyonel olup olmadığı, sonrasında da kullanımla ayırt edicilik kazanıp kazanmadığıdır. ABD’de tescil edilen ilk koku markası Clarke 1990’da tescil edilmiştir.

Clarke, dikiş- nakış iplikleri emtiasında kullanacağı kokuyu tarif ederken, “Yüksek etkili, taze, plumeria çiçeğini hatırlatan floral bir koku” ifadesini kullanmış olup, USPTO nezdinde başvuruyu inceleyen uzman marka tescili reddetmiş, sonrasında başvuru sahibinin itirazları üzerine başvuru USPTO Temyiz Kurulu’nca incelenmiş ve markanın tescilinin; başvuru sahibinin piyasada dikiş-nakış iplikleri satan yegane kişi olduğu, ipliklere koku özelliğini katan kişinin başvuru sahibi olduğu, başvuru sahibi ipliklerdeki koku özelliğini reklamlarla duyurduğu ve başvuru sahibi tüketicilerin ürünlerini satın alırken ürünlerdeki kokunun kaynağı olarak kendisini tanıdığını ispat etmiş olması sebebiyle markanın tesciline karar vermiştir.¹⁰ Clarke markasının tescili ile, koku markalarının tescilinin önü açılmışsa da, fonksiyonellik şartı ve kullanımla ayırt edicilik şartları dikkatli bir şekilde incelenerek tescil edilmektedir.

Clarke markasından sonra, USPTO nezdinde bir çok koku markası da tescil edilmiştir. En önemli kararlardan biri de Play-Doh kararıdır. Hasbro Inc. (Rhode Island Cooperation) şirketi 14/07/2017 tarihinde Play-Doh markasıyla üretim sattığı, 90’ların çocuklarının çok sevdiği oyun hamurunun kokusunun tescili için USPTO nezdinde başvuruda bulunmuştur. Başvuru 28. sınıfta “oyun hamuru” emtiası için yapılmıştır. Tescili istenilen koku tanımlanırken şu ifadeler kullanılır: “Tatlı, hafif miskimsi, vanilya benzeri rayihalı, hafifçe kirazı anımsatan bir koku ile tuzlu, buğday esaslı hamurun doğal kokusunun kombinasyonundan oluşan benzersiz bir koku” Yapılan incelemelerde marka başvurusunu inceleyen uzman, markanın

oyun hamurları için ayırt edici olmayan özelliği kokuyu içermesi ve kullanım sonucu ayırt edicilikle ilgili delillerin yetersizliği, başvuruya konu mallarla ilişkin bilgi sorulmasına dair talepler ve koku markasının tarifinde değişiklik yapılması sebebiyle; daha açıklayıcı bir ifade ile tüketici nezdinde oyun hamurunun kokusunun malın tesadüfi bir özellik olarak da algılanabileceği sebebiyle ve piyasada kokulu birçok oyun hamuru da bulunduğu gerekçeleriyle başvuruyu reddetmiştir.^{11 12}

ABD yasalarına göre markanın ayırt edici olduğunu kanıtlamak yükümlülüğü başvuru sahibinde olduğundan, başvuru sahibi ayırt ediciliğe ilişkin ek kanıt sunulabilme imkanı bulunmaktadır. Başvuru sahibinin açıklamalarına göre ise:

“Play-Doh oyun hamuru kokusun 1950’de oluşturulmuş olup, Play-Doh markasının oyun hamurlarının o tarihten beri başvurunun konusu olan kokuda üretilmektedir, ayrıca Play-Doh oyun hamuru kokusunun 60 yıldan fazla süredir popülerdir, çocuklar ve her yaşta yetişkinin hayran olduğu bir kokudur. Play-Doh’un ayırt edici kokusunun tüketiciler arasında en yaygın şekilde bilinmekte olan kokudur. Tüketiciler, bu kokuyu yalnızca Hasbro Inc. (Rhode Island Cooperation) markası ile ilişkilendirmektedir. Piyasada başkaca kokulu oyun hamurları bulunmakta ise de, kiraz ve tuzlu buğday kokusu bazlı oyun hamuru kombinasyonundan oluşan Play-Doh’un benzersiz kokusu diğer tüm kokulu oyun hamurlarından farklı olduğunu” belirtmiştir.¹³

Başvuru sahibinin yapmış olduğu açıklamalar neticesinde yapılan incelemeye göre, USPTO uzmanı başvuru konusu kokunun ayırt edici olduğu ve tüketicilerce ticari kaynak gösteren koku olarak algılandığına karar vermiş, ancak koku tanımının “tuzlu, buğday esaslı hamurun doğal kokusunun tatlı, hafif miskimsi, vanilya rayihalı, hafifçe kirazı anımsatan bir koku ile birleştirilmesinden oluşmuş bir koku” olarak değiştirilmesini tavsiye etmiştir. Başvuru sahibi koku tarifini uzmanın önerisi doğrultusunda değiştirmeyi kabul etmiştir. Sonuç olarak, Hasbro Inc. (Rhode Island Cooperation) adına yapılan Play-Doh oyun hamurunun hepimizin bildiği eşsiz kokusu USPTO nezdinde tescil edilmiştir.¹⁴

9- Fütman, Özlem.; Ünsal, Önder E., *Koku Markalarının Tescil Edilebilirliğine İlişkin AB ve ABD Uygulamalarına Dair Bir İnceleme*, Ankara Barosu FMR Dergisi 2020/1 s.9

10- Clarke davası ile ilgili detaylı bilgi için bkz. A.g.e. s.10-11’den naklen “In re Celia, dba Clarke’s Osewez, 17 USPQ2d 1238 (TTAB 1990)”

11- A.g.e. s.14

12- IPR Gezgini (Aykurt Karaca Elif., <https://iprgezgini.org/2018/05/28/play-doh-koku-markasi-uspto-tescil-karari/>) Erişim Tarihi: 11.12.2023

13- a.g.m.

14- Fütman, Özlem.; Ünsal, Önder E., a.g.m. s.15.

1.2.2. Koku Markalarının EUIPO Nezdinde Tescil Edilebilirliği

AB marka mevzuatına göre, diğer işaretler gibi kokuların marka olabilmesinin de ön şartı koruma talebine konu olacak kokunun sicilde gösterilebilir olmasıdır. Bu noktada karşımıza çıkan soru şudur; bir koku sicilde gösterilebilir olma şartını nasıl sağlayacaktır veya hangi tip bir gösterim kokular için bu şartı yerine getirebilecektir? Sorunun yanıtı Türkiye için de önemlidir. Çünkü 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunumuz da AB marka mevzuatından etkilenecek oluşturulduğundan, sicilde gösterilebilir olma ön şartını içermektedir.

AB Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO) marka inceleme kılavuzunun koku markalarıyla ilgili kısmında aşağıda sayılacak hallerin koku markaları açısından sicilde gösterilebilir olma şartını sağlayamadığı açık olarak belirtilmiştir.

“• Kimyasal formüller. (Kimyasal formülü ancak kimya konusunda uzmanlaşmış kişiler anlayabilecek ve bu yolla kokuyu tanıyabilecektir.)

• Kelimelerle veya şekillerle gösterim, tarif veya bunların kombinasyonları. Bunlara ilaveten, renklerin uluslararası sınıflandırması veya müzik notaları gibi örneklerin aksine, kokuların genel kabul görmüş uluslararası bir sınıflandırması bulunmamaktadır. Bu tip bir sınıflandırmanın yokluğunda, her kokuya özel bir isim veya kod verilerek, bir kokunun objektif ve kesin biçimde ifade edilmesi de mümkün değildir.” ifadeleri kullanılmıştır.¹⁵

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)’ın “Sieckmann” kararında başvuruya konu olan koku başvurusu için, AB Adalet Divanı’nın (ABAD) 12/12/2002 tarihli C-273/00 sayılı Sieckmann kararında yer bulan işaretin “açık, kesin, müstakil, kolaylıkla erişilebilir, anlaşılır, kalıcı, objektif” olması gerektiği yer almaktadır. Markanın grafik ifadesinin kesin olarak yapılması gerektiğini, kimyasal formülün kokuyu değil maddeyi ifade ettiğini belirtmiştir. Türk hukuku açısından olaya baktığımızda, “grafik gösterim” şartı, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de yer almakta ise de, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda grafik ifadesi şartı kaldırılmıştır.¹⁶

Avrupa Birliği Adalet Divanı Birinci Derece Mahkemesi tarafından 27/10/2005 tarihinde

verilen T-305/04 sayılı “Olgun Çilek Kokusu” kararı AB yargısının koku markalarına ilişkin uygulamasını ortaya koyduğu en önemli karardır.¹⁷ Fransız “Eden Sarl” firmasının “olgun çilek kokusu” olarak tanımladığı kokuyu tescil ettirmek üzere EUIPO’ya başvurmuş olup; EUIPO başvuruyu, koku markasının grafik gösteriminin sağlanamaması ve ayırt edici nitelikten yoksunluk gerekçeleriyle reddeder. Karara karşı yapılan itiraz EUIPO Temyiz Kurulu tarafından başvurunun grafik gösterim koşulunu sağlamadığı gerekçesiyle reddedilir. Başvuru sahibi bu karara karşı dava açar ve dava ABAD Birinci Derece Mahkemesi’nce 27/10/2005 tarihinde T-305/04 sayılı kararla sonuçlandırılır.¹⁸ Ancak artık “grafik gösterim” koşulu yerine “sicilde gösterilebilirlik” koşulu gelmiştir ve karar verilirken, grafik gösterim koşulunun sağlanmadığı gerekçesine dayanarak, davanın reddi eleştirilmiştir.¹⁹

SONUÇ

Günümüzde geleneksel marka algılarının dışında kalan geleneksel olmayan markaların yaratımı, ticari hayatın hızlanması ve benzer sektörlerdeki rakip teşebbüslerin çoğalmasının yanı sıra, pazara çarpıcı bir şekilde giriş yapmak veya halihazırda pazarda mevcut olan teşebbüslerin akılda kalma isteklerini arttırma içgüdüleri ile paralel şekilde artmıştır. Çalışmamızda geleneksel olmayan markalardan koku markalarının tescil edilebilirlikleri incelenmiştir.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda 556 sayılı KHK’dakinin aksine “çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen” şartı yerine “sicilde gösterilebilir olma” şartı getirildiğinden, geleneksel olmayan markaların, çalışmamız kapsamında ise koku markalarının, tescil edilebilirliğinin daha yumuşatılmasının gerektiği yorumu yapılabilir. Ayrıca, değerlendirme yapılırken günümüz piyasasında üretici firmaların pazarda kalma içgüdüleri de dikkate alınarak geleneksel olmayan markaların tescili konusunda da daha esnek bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyim.

17-Fütman, Özlem.; Ünsal, Önder E., a.g.m. s.4’den naklen (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=58068&pageIndex=5>)

18-A.g.m. s.5

19-A.g.e. s.7’den naklen Eleştiri için bkz. Fikri Mülkiyet dünyasının önemli internet bloglarından IPKat’ta Guido Noto La Diega tarafından yayımlanmış bir yazı <http://ipkitten.blogspot.com/2018/01/scents-and-trade-marks-eu-reform-of.html>

15-Fütman, Özlem.; Ünsal, Önder E., a.g.m. s.4

16- Eren Erdem., <http://erdemeren.com.tr/bana-kokunun-resmini-cizebilir-misin/>

Çalışmamızın asıl konusu, kokuların tescil edilebilirliğine gelindiğinde, renklerdeki uluslararası kod sistemi olmaması ve günümüz teknolojileri ile bu kod sisteminin mümkün olmaması sebebiyle, tescili istenen kokuların herkes tarafından aynı biçimde algılanamayacağı yorumu yapılmıştır. Tüm bu eleştirilere rağmen, kokuların günümüzdeki kurumsal kimlikleri desteklemedeki rolünü küçümseyemeyiz. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda renklerde olduğu gibi, marka olabilecek işaretler arasında sayılmamış olsa da, kanundaki bu sayım "sınırlı sayı" ilkesine tabi değildir, bir diğer deyişle marka olabilecek işaretler madde metninde örnekseme yoluyla sayıldığından, koku markalarının tescilini engelleyen herhangi bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde koku markalarının tescil edilebilirliğine engel bir hüküm bulunmadığı gibi, AB'nin aksine, koku markalarının tescil edilmesi için sicilde gösterilebilir olma veya grafik gösterim gibi şartlar da aranmamaktadır. Detaylı bir tarifname sunumu tescilin kabul edilebilirliği için yeterli görülmektedir. Ancak bu, her kokunun kolaylıkla tescil edilebileceği anlamına da gelmemekte, somut olay kapsamında değerlendirilmektedir. Koku markası başvurularının tescil edilebilmesi konusunda başvuru sahibinin markasının USPTO nezdinde dikkate alınacak en önemli inceleme, başvuruya konu kokunun fonksiyonel olup olmadığı, sonrasında da kullanımla ayırt edicilik kazanıp kazanmadığıdır. Özetle; kokuların, psikolojik ve sembolik

anlamalarının kullanılarak kurumsal hayatta ayırt ediciliğin sağlanması için kullanımının artması ile birlikte ticari işletmeler için önemi değerlendirildiğinde; kokuların marka olarak tescil taleplerinin, marka sahibine sağlayacağı haklardan yararlanma isteklerini anlamak çok da zor değildir; ancak tescili istenen kokunun kesin, net ve herkes tarafından aynı şekilde algılanabilecek, kuşkuyla mahal bırakmayacak biçimde anlaşılır olmasını sağlayacak bir tarifi -tarifnamesi- belki de renklerde olduğu gibi uluslararası kabul görmüş bir sınıflandırmaya tabi tutularak kod sisteminin önünün açılması ile mümkün kılınabilecektir.²⁰ Her ne kadar USPTO nezdinde tescilli koku markaları bulunsa da, fonksiyonellik ve ayırt edicilik kriterleri ile olabildiğince zorlaştırıldığı açıktır.²¹ EUIPO'nun da görüşlerine yer vererek bir perspektif sunduğumuz, aynı doğrultuda TÜRK PATENT'in 2021 yılında yayınladığı Kılavuz da 2019'da yayınlanan Kılavuz'da olduğu gibi benzer görüşü sürdürmektedir. Anlaşılacağı üzere, günümüz koku markalarının tescil edilebilirlikleri renklerde olduğu kadar kolay gözükmemektedir. Bu yaklaşım koku markalarını tescil ettirmek isteyen ticari işletmeleri, alternatif koruma arayışlarına yönlendirmektedir.²²

20-Karadenizli, Hasan T., a.g.e. s.141

21-Fütman, Özlem.; Ünsal, Önder E.A.g.e. s.16

22-A.g.e. s.7

TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE KİRA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME HALLERİ

Av. Mahinur ÇANLI

Son zamanlardaki hayat pahalılığı ve yüksek enflasyondan emlak sektörünün doğrudan etkilendiği şüphesizdir. 2023 yılında Türkiye genelindeki kira fiyatları %100'ün üzerine çıkmış; bazı büyükşehirlerde bu oranlar masum kalarak artış oranları %200'leri bulmuştur. Bu ekonomik çalkantılar akabinde 11.06.2022 tarihli Resmi Gazete'de "Türk Borçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" yayımlanmış ve TBK'ya eklenen geçici madde ile kira artış oranlarına yasal bir sınırlama getirilerek bu gidişatın önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Hal böyle iken Türkiye'de dönem dönem kriz haline gelen kiracı kiraya veren uyumsuzlukları da ülke gündeminin en üst sıralarında yeniden yerini almıştır.

Bu süreci, birtakım kira uyumsuzluklarının 01.10.2023 tarihi itibarıyla dava şartı arabuluculuk kapsamına dahil edilmesi izlemiştir. Bu yeni düzenleme ile bir yandan adliyelerin iş yükünü azaltmak diğer yandan da uyumsuzlukları daha kısa sürede çözüme kavuşturmak misyon edinilmişse de sulh hukuk mahkemelerinde ikame edilen her on davadan altısının kiralananın tahliyesine ilişkin olması, beklenen başarının sağlanmamış olduğunu gözler önüne sermiştir. 01/07/2024 tarihine kadar uzatılan mezkur madde şöyledir:

"Konut kiralari bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344 üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından

*Sulh hukuk mahkemelerinde
ikame edilen her on
davadan altısının kiralananın
tahliyesine ilişkin olması,
kira uyumsuzluklarına
arabuluculuk şartı
getirilmesinin de beklenen
başarının sağlanmamış
olduğunu gözler önüne
sermiştir.*

verilecek kararlar bakımından da uygulanır.”

Madde hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere işbu düzenleme işyeri kiralari için uygulama alanı bulmayıp, konut kiralalarında %25'in üzerinde belirlenen kira artış oranları da fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu gelişmelerle birlikte ev sahipleri, istediği kira bedeli üzerinde anlaşılmadığı kiracılarını hukuki olmayan yollarla tahliye etme arayışına girmiştir. Bunun tabii bir uzantısı olarak da ev sahiplerinin kendi üzerine olan kayıtlı abonelikleri sonlandırdıkları, kapı kilidini değiştirdikleri, tehdit ile hakarete başvurdıkları ve hatta ne yazık ki cinayet işledikleri haberleri sık sık duyulmaya başlanmıştır. Görünen o ki, mevcut realite karşısında kendisini ve ailesini gerek madden gerekse manen güvence altında hissetmeyen çoğu kiracı, talep edilen kira bedelini ödemeye mecbur kalmıştır. %25'in üzerinde yapılan kira artış oranlarında ise arada oluşan farkın, geri alınıp alınamayacağı hukukçular arasında ayrı bir tartışma yaratmıştır.

Sosyolojik açıdan irdelenmesi gereken toplumsal sorunlar silsilesinin canlanmasında çok büyük bir paya sahip olan ekonomik konjonktürdeki bu sallantıların ileride başka nasıl sonuçlar doğuracağı ve bağlantılı olduğu diğer disiplinleri nasıl etkileyeceği merak ve endişe uyandırıcı bir hal almıştır. Peki, sosyolojik perspektiften bakmayı bir kenara bıraktığımızda Türk Borçlar Kanunu'na göre kira sözleşmesinin sona erme halleri nelerdir?

1- BİLDİRİM YOLUYLA

TBK'nın 347. maddesine göre “Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir.

Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildirimleriyle sözleşmeyi sona erdirebilirler.

Genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılabilmesi durumunda, kiraya veren veya kiracı sözleşmeyi sona erdirebilir.”

Görüldüğü üzere kiracı kira sözleşmesini, sözleşmenin belirli süreli olduğu hallerde sözleşme sona ermeden en az 15 gün önce bildirimde

bulunularak; belirsiz süreli olduğu hallerde ise fesih bildiriminin genel hükümlere uygun olması şartıyla her zaman feshedebilmektedir. Fesih bildiriminin süresinde yapılmasının yanı sıra süresi içerisinde kiraya verene ulaşması gerekmektedir. Belirli süreli sözleşmelerde kiracı fesih hakkını kullanmadığı takdirde sözleşme aynı şartlarda ve bir yıl süre ile kendiliğinden uzatılmış kabul edilmektedir.

Burada TBK'nın belirsiz süreli kira sözleşmelerinde fesih bildirimi başlığı altında yer alan ve genel düzenlenmelere yer veren 328. maddesi ile taşınmaz ve taşınır yapı kiralari için özel düzenlemelerin yer aldığı 329. maddelerinin neler olduğuna yönelik bir parantez açmamız gerekmektedir.

MADDE 328- “Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde taraflardan her biri, daha uzun bir fesih bildirim süresi veya başka bir fesih dönemi kararlaştırılmış olmadıkça, yasal fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine uyarak sözleşmeyi feshedebilir. Fesih dönemlerinin hesabında, kira sözleşmesinin başlangıç tarihi esas alınır. Sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresine uyulmamışsa, bildirim bir sonraki fesih dönemi için geçerli olur.”

MADDE 329- “Taraflardan her biri, bir taşınmaza veya taşınır bir yapıya ilişkin kira sözleşmesini yerel âdetle belirlenen kira döneminin sonu için veya böyle bir âdetin bulunmaması durumunda, altı aylık kira döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir.”

O halde, fesih bildiriminin süresi tespit edilirken öncelikle kira sözleşmesinin başlangıç tarihi esas alınarak altı aylık fesih dönemleri belirlenmeli ve fesih döneminin son gününden en az üç ay önce fesih bildirimi kiraya verene ulaştırılmalıdır. Fesih bildirimi öngörülen süre içerisinde yapılmadığı takdirde geçerliliğini koruyacak ancak bir sonraki fesih dönemi için geçerli hale gelecektir.

Kiraya veren bakımından söz konusu madde hükmünü incelediğimizde ise belirli süreli kira sözleşmelerinde on yıllık uzama süresi sonunda, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce kiraya verenin, bildirimde bulunarak herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeyi sona erdirebildiği hükmüne yer verildiğini görmekteyiz.

Bu bağlamda on yıllık sürenin ne zaman başlayacağı hususu hukuk camiasında tartışmalara yok açmış olsa da kanun lafzından açıkça anlaşıldığı üzere on yıllık süre sözleşmede kararlaştırılan sürenin dolmasından itibaren

işlemeye başlayacaktır. Hal böyle iken kiraya veren ancak sözleşme süresinin bitiminden itibaren işleyecek olan on yıllık uzama süresini takip eden kira döneminin sonu için fesih bildiriminde bulunabilecektir.

Burada olası kafa karışıklıklarını gidermek adına uygulamada en sık karşımıza çıkan 1 yıl süreli kira sözleşmelerinden bir örnek vermek gerekirse 04.08.2011 tarihinde kurulmuş bir kira sözleşmesinin süresi 04.08.2012 tarihinde dolacaktır. 04.08.2012 - 04.08.2022 yılları ise 10 yıllık uzama süresinin geçerli olduğu süredir. Öyleyse 10 yıllık uzama süresinden sonraki ilk uzama yılı 04.08.2022 - 04.08.2023 tarihlerini kapsamaktadır. Bu örnek üzerinden kiraya verenin 03.05.2022 tarihine kadar fesih bildiriminde bulunması ve bu bildirimin aynı süre içerisinde kiracıya ulaşması gerekmektedir. Özetle bir yıl süre ile kurulmuş bir kira sözleşmesinin bu sebebe dayanarak sona erdirilebilmesi için kurulduğu tarihten itibaren 12. yılın bitmesi gerekmektedir.

04.08.2011 tarihinde kurulan kira sözleşmesinin 3 yıl süreli olduğu varsayımında ise 10 yıllık uzama süresi 04.08.2014 tarihi temel alınarak hesaplanacaktır.

Kiraya verenin on yıllık uzama süresinin dolmasıyla birlikte fesih hakkını kullanması tek sefere mahsus değildir. Böylelikle kiraya veren ilk uzama yılında fesih bildiriminde bulunmamış da olsa, bu yılı takip eden her uzama yılında üç aylık süreye uymak kaydıyla fesih hakkını kullanabilecektir.

Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise kiraya verenin, kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra genel hükümlere göre bildiriyle -TBK 328. ve 329. maddelerde düzenlendiği üzere- yapacağı fesih, hiçbir sebep göstermesine gerek olmaksızın sözleşmeyi sona erdirebilmektedir. Kanunda öngörülen on yıllık süre, kira sözleşmesinin başlangıcından itibaren hesaplanmalıdır.

Fesih bildirimlerine ilişkin dikkat edilmesi gereken önemli bir husus ise geçerliliğinin yazılı şekilde yapılmasına bağlı olmasıdır. Adi yazılı şekilde yapılması yeterli olup ispat kolaylığı açısından uygulamada en sık kullanılan bildirim yöntemi noter kanalı olmaktadır.

Kiracı ve kiraya veren arasındaki uyuşmazlıklarda en çok karıştırılan durumlardan bir tanesi ise kira sözleşmesinin yazılı yapılmasının zorunluluğu ile her yıl yenilenmesi gerektiğine dair genel yanlış kanıdır. Kira sözleşmesinin kurulması ve yenilenmesi her ne kadar yazılı olmasına bağlı değilse de fesih bildiriminin yazılı şekilde

yapılmaması halinde kira sözleşmesi sona ermeyecektir.

2- DAVA YOLUYLA

A) KİRAYA VERENDEN KAYNAKLI

I- GEREKSİNİM, YENİDEN İNŞA VE İMAR

TBK'nın 350. maddesine göre "Kiraya veren, kira sözleşmesini;

1. Kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa,

2. Kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkânsız ise, belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimi için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sona erdirebilir."

Kanunda yer alan "gereksinim" kavramından ne anlaşıldığı ihtiyaç nedeniyle açılan tahliye davalarında büyük önem arz etmektedir. Kira ilişkilerinde kiracının korunması ilkesi ve hukuk yargılamaları ile icra takiplerinde kiracının sosyal ve ekonomik zayıflığı göz önüne alındığında, kiraya verenin kullanma zorunluluğuna dayanak gösterdiği tüm iddialarının pek çok açıdan incelenerek tereddüte mahal vermeyecek şekilde doğruluğunun ispatlanması, maddi gerçeğin aydınlatılması ve bu doğrultuda bir karar verilmesi gerekmektedir.

İhtiyacın varlığının tespit edilmesi açısından Yargıtay kararları yerleşik uygulama kazanmış olup ilke kararlarından birisi olan Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 13.11.2019 tarihli, 2019/4864 Esas ve 2019/9109 Karar sayılı kararı şöyledir:

"İhtiyaç iddiasına dayalı davalarda tahliye karar verilebilmesi için ihtiyacın gerçek, samimi ve zorunlu olduğunun kanıtlanması gerekir. Devamlılık arz etmeyen geçici ihtiyaç tahliye nedeni yapılamayacağı gibi henüz doğmamış veya gerçekleşmesi uzun bir süreye bağlı olan ihtiyaç da tahliye sebebi olarak kabul edilemez. Davanın açıldığı tarihte ihtiyaç sebebinin varlığı yeterli olmayıp, bu ihtiyacın yargılama sırasında da devam etmesi gerekir."

Yukarıdaki Yargıtay kararında açıklandığı üzere ihtiyacın gerçek, samimi ve zorunlu olması şarttır. Bununla birlikte söz konusu ihtiyacın devamlılık arz etmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra henüz doğmamış veya doğması uzun süreye bağlı

nedenlere dayanarak kiralananın tahliyesi talep edilememektedir. Yargılamanın devam ettiği esnada sona eren ihtiyaçlar nedeniyle ise tahliye kararı verilememektedir.

Yargıtay'ın ihtiyaç olarak kabul ettiği sebeplere örnek olarak; kiraya verenin kirada oturması, kiraya verenin sağlık durumunun kiralanan eve geçmeyi gerektirmesi, kiraya verenin oturmakta olduğu yerin konut ihtiyacını karşılamaya yetmemesi, kiraya verenin çocuklarının öğrenim sebebi, kiraya verenin kiralanan evin bulunduğu şehre tayin olması, kiraya verenin reşit çocuğunun ayrı yaşama talebi verilebilir. Burada kiraya verenin kendisi dışında eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için de gereksinim nedeniyle tahliye talep edebileceğinin gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

Kanunda nelerin "ihtiyaç" olarak kabul edileceği belirtilmediğinden mahkemelere büyük görev düşmektedir. Bu nedenle yukarıda yer verilen Yargıtay kararında sayılan kriterler mahkemece her somut olay bakımından ayrı ayrı ve titizlikle incelenmelidir.

Son olarak belirtmek gerekirse bilinenin aksine belirli süreli sözleşmeler bakımından kiraya verenin sözleşmenin bittiği tarihten itibaren bir ay içinde tahliye davasını ikame etmesi yeterli olup yazılı bildirimde bulunmasına gerek yoktur. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise kiraya verenin, fesih dönemine ve fesih bildirimi için öngörülen sürelerle uyarak yazılı bildirimde bulunduğu takdirde belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde dava açma hakkı mevcuttur.

Kanun koyucu, ilgili kanunun 350. maddesinin 2. fıkrası ile kiralananın yeniden inşası ve imarı nedeniyle tahliye edilebilmesini sıkı şartlara bağlamıştır. Bunlar kiralananın yıkılıp baştan yapılması veya tadilatı olup, tadilatın esaslı olması ve bu esnada kiralananın kullanımının imkânsız olması ile yeniden inşa ve tadilata ilişkin projenin onaylı olmasıdır. Bittabi dava, süresinde açılmalıdır. Yapılacak tadilat ve imar neticesinde kiralananın daha iyi ve kullanılabilir duruma gelmesi, harabelikten kurtulması gerekmektedir. Aksi takdirde açılan dava mahkemece reddedilecektir. Kanun lafzında geçen esaslı onarım tabirinden kiralananın yaşı veya dışarıdan gelen başka etki nedeniyle hasara uğraması/eskimesi sebebiyle iyileştirilmesi anlaşılmalıdır.

Örnek verecek olursak; doğal afet nedeniyle zayıflayan binanın kolon güçlendirilmesinin

yapılması Yargıtay tarafından esaslı onarım olarak kabul edilmiştir. Kiralananın genişletilmesi ise kiralana yeni oda, kat ya da balkon ekletilmesi anlamı taşımaktadır. Burada dikkat edilecek husus genişletme neticesinde kiralananın bulunduğu bina içindeki duvarların yerinin değiştirilip değiştirilmediği ve binanın kullanım alanının artırılmasına yönelik olup olmadığıdır. Son olarak, değiştirme ile kast edilen ise binanın kullanım şeklinde yapılacak olan değişiklikler ile kullanımı kolaylaştıracak olan tadilatlardır. Bu bağlamda kiralananın kullanımını imkânsız hale getirmeyen tadilatlar nedeniyle tahliye talep edilemeyecektir. Kiraya verenin davayı açarken yeniden inşa dışındaki tadilat ve imar nedenlerine dayanması halinde, hangisine dayandığını belirtmesi gerekmektedir. Yanı sıra söz konusu tadilatın esaslı olduğunun bilirkişi tarafından ayrıca tespit edilmesi gerekecektir. Nitekim kanun koyucunun mezkûr madde ile üçlü bir ayrıma gittiği görülmektedir.

Her ne kadar kanun hükmünde yer verilmemiş olsa da Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre yeniden inşa ve esaslı tadilat nedeniyle açılan tahliye davalarında onaylı inşaat projesinin sunulması ve sunulan projenin belediye tarafından tasdiklenmiş olması şartı aranmaktadır. Onaylı projenin sunulmasının yanı sıra bu projenin fiili ve hukuki uygunluk denetimi de dava kapsamında bilirkişilerce ayrıca tespit edilmelidir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 25.04.2018 tarihli ve 2017/16718 Esas ve 2018/4453 Karar sayılı kararı bu yönde ilke niteliği taşımakta olup söz konusu karar şu şekildedir:

"...Türk Borçlar Kanun'unun 350/2. maddesi hükmü uyarınca kiralananın yeniden inşa veya imar amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi nedeniyle açılacak tahliye davalarında, imarca tasdikli mimari ya da avan projenin ibrazı zorunludur. Ne var ki söz konusu projenin davanın açıldığı sırada verilmesi şart olmayıp dava tarihinden sonra da ibrazı mümkündür.

Somut olayda, davacı vekili, projenin uygulanacağı alanın çok geniş bir saha olduğunu, birden çok taşınmaz mevcut olup tevhid işlemlerinin gerçekleştirileceğini, bu nedenle projenin onay aşamasına gelmediğini beyanla süre verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, projenin dava açıldığı sırada hazır olması gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de projenin dava tarihinden

sonra yargılama sırasında ibrazı mümkün olduğuna göre Mahkemece ilgili tarafa proje ibrazı için usulüne uygun şekilde kesin süre verilerek sonucuna göre deliller değerlendirilip bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde istemin reddine karar verilmesinin hatalı olduğu bu defaki incelemeden anlaşılmakla davacının karar düzeltme isteğinin kabulü ile Dairemizin 20.09.2017 gün ve 2017/3975 Esas-2017/12373 Karar sayılı ilamının kaldırılarak hükmün bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.”

II- YENİ MALİKİN GEREKSİNİMİ

Son dönemdeki uyuşmazlıklar nedeniyle kiracılarını tahliye ettiremeyen ev sahiplerinin en sık başvurduğu yollardan birisi de evlerini satışa çıkarmak olmuştur. Geçerli bir kira sözleşmesinin varlığı halinde kiraya verenin değişmesi sözleşmeyi sona erdirmemektedir. Zira bu durumda yalnızca taşınmazın el değiştirmiş olması nedeniyle sadece sözleşmede taraf değişikliği meydana gelmiş olacaktır. Bu nedenle yeni bir kira sözleşmesinin akdedilmesine gerek olmaksızın mevcut sözleşme yeni malik tarafından aynı şartlar altında kabul edilmiş sayılır. Peki, kira ilişkisini sona erdirmek isteyen yeni malike TBK tarafından hangi haklar tanınmıştır?

TBK'nın 351. maddesine göre “Kiralananı sonradan edinen kişi, onu kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir. Kiralananı sonradan edinen kişi, dilerse gereksinim sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını, sözleşme süresinin bitiminden başlayarak bir ay içinde açacağı dava yoluyla da kullanabilir.”

Görüldüğü üzere yeni malik kiralananı edindiği tarihten itibaren bir ay içinde bu durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek zorundadır. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli hususlardan birisi, yazılı bildirimin aynı süre içerisinde kiracıya ulaşması gerektiğidir. Yazılı bildirim şartını usulüne uygun şekilde yerine getiren yeni malik, en erken altı ay sonra açacağı dava ile sözleşmesini sona erdirebilmektedir. Şayet, kira sözleşmesinin bitmesine altı aydan daha kısa bir süre kaldıysa altı ayın dolması beklenmeksizin sözleşme süresinin bitiminden başlayarak bir ay içinde dava açabileceği de maddenin ikinci fıkrasında düzenlenme alanı bulmuştur. Buradan hareketle kiralananın satışının gerçekleştiği tarihten itibaren

bir ay içinde yazılı bildirimin kiracıya ulaşmaması halinde yeni malik bu nedene dayanarak tahliye hakkını kullanamayacaksa da sözleşme bitiminden itibaren bir ay içinde açacağı dava ile yine sözleşmesini sona erdirebilecektir.

B) KIRACIDAN KAYNAKLI

Kiracıdan kaynaklı dava yolu ile sona erme hallerini düzenleyen 352. maddeye göre “Kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir.

Kiracı, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde kira süresi içinde; bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise bir kira yılı veya bir kira yılını aşan süre içinde kira bedelini ödemediği için kendisine yazılı olarak iki haklı ihtarda bulunulmasına sebep olmuşsa kiraya veren, kira süresinin ve bir yıldan uzun süreli kiralarda ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde, dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirebilir.

Kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması durumunda kiraya veren, kira sözleşmesinin kurulması sırasında bunu bilmiyorsa, sözleşmenin bitiminden başlayarak bir ay içinde sözleşmeyi dava yoluyla sona erdirebilir.”

Kiracıdan kaynaklı tahliye sebepleri; kira bedelinin ödenmemesi, tahliye taahhütnamesi verilmesi, kiraya verenin haklı nedenle iki ihtarda bulunması ve kiracının veya eşinin kiralananın olduğu ilçe sınırları içerisinde konutunun bulunması olarak özetlenebilir. Bu sebeplerden kısaca bahsedecek olursak;

I. TAHLİYE TAAHHÜTNAMESİ

En çok başvurulanan yöntemlerden birisi olan kiralananın tahliye taahhütnamesi kısaca kiralayanın belli bir tarihte kiralananı boşaltmayı taahhüt ettiği tek taraflı bir belge olup geçerli olabilmesi açısından taşıması gereken bazı unsurları vardır:

- 1- Tahliye taahhütnamesi yazılı olmalıdır. Adi yazılı şekilde düzenlenmesi ise yeterlidir.
- 2- Tahliye taahhütnamesi kira sözleşmesi akdedildikten sonra verilmiş olmalıdır. Kira sözleşmesi ile aynı anda verilen tahliye taahhütnameleri geçersiz kabul edilmektedir.
- 3- Her yıl yenilenen kira sözleşmelerine bağlı

olarak alınan tahliye taahhütnameleri Yargıtay nazarında hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir.

Bununla birlikte eğer kiralayan tahliye taahhütnamesi verirken irade sakatlığı olduğu iddiasında ise yanıltma veya aldatmayı öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl içinde bunu bildirerek belgenin geçersizliğini ortaya koyabilmektedir.

Burada en sık karşılaştığımız sorulardan birisi ise tahliye taahhütnamesinde düzenleme tarihi ve/veya tahliye tarihinin boş bırakılması durumunda ne olacağıdır. Bu konuda Yargıtay kararları oldukça açık olup ilke kararlarından bazıları şunlardır:

“Kiracı (taahhütnamenin kira sözleşmesinin tanzimi sırası da alındığını, tanzim tarihinin sonradan doldurulduğunu) savunmuş ise de; imzası inkâr edilmeyen taahhütnamede “halen icar ve işgali altındaki” davacıya ait dairede oturduğunu ve bu şekilde tahliye taahhüdünü kiralanda otururken verdiğini kabul etmiştir. Öte yandan atılan imza, imza sahibi kiracıya bağlayacağından tahliye taahhüdünü içeren bu belgedeki tarihlerin sonradan doldurulduğu yolundaki itiraza itibar edilemez. Taahhütnamedeki tanzim tarihinin boş olarak bırakılıp davacıya verildiğinin kabul edilmesi halinde dahi davalı kiracı bu şekilde davranışının sonucuna katlanmak zorundadır. Kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekir.” (Yargıtay 6. HD., 2008/11 E. ve 2028/2784 K. Sayılı Kararı)

“Tahliye taahhüdündeki tarih kısmının boş bırakılmış olması onu tek başına geçersiz kılmaz. Tahliye taahhüdünün tanzim ve tahliye tarihlerinin sonradan doldurulduğu kabul edilse dahi kiracı tahliye ve tanzim tarihleri boş olarak düzenlenen taahhütnameyi imzaladığına göre boşa imza atmakla kiralayana doldurma yetkisi vermiş sayılacağından bunun sonucuna katlanmak durumundadır.” (Yargıtay HGK, 1992/357 E. ve 1992/422 K. Sayılı Kararı)

Yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarından görüldüğü üzere kiracının boş tahliye taahhütnamesi imzalaması deyim yerindeyse açık senet hükmündedir ve kiraya veren tarafından sonradan doldurulması karşısında başvurulabilecek hukuki bir yol bulunmamaktadır.

II. İKİ HAKLI İHTAR – KİRA BEDELİNİN ÖDENMEMESİ

Sözleşme ile belirlenen tarihte kira bedelinin hiç ödenmediği veya eksik ödendiği durumlarda kiraya veren, yazılı şekilde kiracıyı ihtar ederek

kira bedelinin ödenmesini talep edebilmektedir. Bu şekilde aynı kira dönemi içerisinde iki farklı aya ilişkin iki ihtarın bulunması durumunda ise TBK’nın 352/II. maddesi uyarınca tahliye talebinde bulunabilmektedir. Burada ev sahiplerini yanıltmaya düşüren durumlardan birisi ihtarın gönderileceği dönemde muaccel hale gelmiş her kira bedeli için ayrı ihtarlar çekilebileceğidir. Oysaki ihtarın çekildiği tarih itibarıyla birden fazla aya ilişkin ödenmemiş kira bedeli bulursa dahi bu ayların hepsi yalnızca bir ihtarla konu olmaktadır. İki haklı ihtar şartının sağlanmasının ardından dava açılma sürelerine de dikkat edilmesi gerekmektedir. Burada kanun koyucu bir yıl ve bir yıldan daha kısa süreli kira sözleşmeleri ile bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ayrıma gitmiştir. Bir yıl veya daha kısa süreli sözleşmelerde dava açmak için öngörülen bir aylık süre kira sözleşmesinin bitiş tarihi itibarıyla başlarken, bir yıldan daha uzun süreli sözleşmelerde ise bu süre ihtarların yapıldığı kira yılının bitimi ile başlamaktadır.

Bu noktada akillara takılan sorulardan bir tanesi kiracının gönderilen ihtar karşısında ödeme yapması halinde tahliye talep edilip edilemeyeceğidir. İki haklı ihtar şartının yukarıda yer verilen usulüne uygun olarak sağlanması halinde kiracının ödeme yapması tahliye talebinde bulunulmasını engellememektedir. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi 04.02.2010 tarihli 2009/10168 Esas ve 2010/1034 Karar sayılı kararında iki haklı ihtar çekildikten sonra kiracı borcunu ödese dahi iki haklı ihtarla tahliye davası açılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Ancak ihtar tebliğ edilmeden önce kiracı tarafından kira bedelinin ödenmesi halinde artık haklı bir ihtardan bahsedilemeyecektir.

Bununla birlikte, bir diğer hususta ödenmeyen veya eksik ödenen kira bedeline ilişkin icra takibi başlatılıp başlatılamayacağıdır. İcra ve İflas Kanunu’na göre kiraya verenin bu alacağına ilişkin takip başlatmasının ve alacak talebinin yanı sıra tahliye talep edebilmesinin önünde herhangi hukuki bir engel bulunmamaktadır. Ancak kiracının ödeme emri sonrası ödeme yapması halinde kiraya verenin tahliye talep edebilmesi artık mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte söz konusu icra takibi her ne kadar infaz edilmiş olsa da ödeme emrinin tebliğ edilmesiyle birlikte artık TBK 352/II’de aranan haklı ihtar şartı yerine getirilmiş sayılmaktadır.

Öyle ki Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 02.10.2013 tarih, 2013/10758 Esas ve 2013/13396 Karar

sayılı kararı ödeme emrine itiraz edilmesi, ödeme yapılması veya hiçbir şey yapılmamasına bakılmaksızın ödeme emrinin haklı ihtar olarak kabul edildiği yönündedir.

6098 sayılı Kanunun kiracının temerrüdü başlıklı 315. göre “Kiracı, kiralananın teslimindensonra muaccel olan kira bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse, kiraya veren kiracıya yazılı olarak bir süre verip, bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir. Kiracıya verilecek süre en az on gün, konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise en az otuz gündür. Bu süre, kiracıya yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar.” Yukarıda yer verilen madde uyarınca da kiraya veren tarafından sözleşmenin feshedilebileceği gözden kaçırılmamalıdır.

III. KIRACI VEYA EŞİNİN AYNI İLÇE SINIRLARI İÇİNDE KONUTUNUN BULUNMASI

TBK madde 352/III'den açıkça anlaşıldığı üzere kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde-belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması durumu da dava yoluyla sözleşmeyi sona erdirmeye hallerinden birisidir. Ancak kiraya verenin kira sözleşmesinin kurulması sırasında bunu bilmiyor olması gerekmektedir. Bu durumda yine sözleşmenin bitiminden itibaren bir ay içinde tahliye davası açılabilir. Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere kiralananın tahliyesi kanunda tahdidi olarak sayılmış ve özel sebepler ile sınırlandırılmıştır. Öyle ki Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 25.06.2015 tarihli 2015/4496 Esas ve 2015/6451 Karar sayılı kararına göre;

“Dava, feshi ihbar nedeniyle kiralananın tahliyesi istemine ilişkindir. Dava konusu edilen işyerine ilişkin, taraflar arasında akdedilen kira sözleşmesi konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kira sözleşmesinin 3. maddesinde iki ay önceden yazılı olarak haber vermek kaydıyla kiracı veya kiraya verenin dört yılı beklemeksizin sözleşmeyi feshedebileceği ve ilgili fesih durumunda tarafların müspet-menfi zararlarına ilişkin herhangi bir hak talebinde bulunamayacağı kararlaştırılmıştır. Kiralanan çatılı işyeri vasfında olduğundan 6098 sayılı TBK'nın Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları hükümlerine tabi olup, kanunda belirtilen tahliye sebepleri sınırlıdır. Aynı Yasanın 354. maddesine göre dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler kiracı aleyhine değiştirilemez, 347. maddesi gereğince kiracı kira süresinin bitiminden en az on beş gün önce kiralananı tahliye edeceğini

kiralayana yazı ile bildirmek suretiyle sözleşmeyi feshetmediği takdirde, sözleşme aynı şartlarla bir yıl daha uzamış sayılır. TBK'nın Konut ve Çatılı İşyerleri hakkındaki hükümler kiralayana sözleşme maddesine dayanarak feshi ihbar nedeniyle akdi fesih hakkı tanımaz. Türk Borçlar Kanununda ve özel kanunlarda gösterilen haller dışındaki sebeplerle tahliye kararı verilemez. Bu halde sözleşmenin 3. maddesi kiraya verene tek tarafı olarak akdi feshetme hakkı vermez. Davada 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda yazılı olan tahliye sebeplerinden hiçbirine dayanılmadığına göre, davanın reddine karar verilmesi gerekir.” Yargıtay'ın aynı yönde vermiş olduğu birçok karar bulunmaktadır.

Yukarıda açıklanan sona erme halleri haricinde 6098 sayılı Kanun ile düzenlenmiş başka fesih sebepleri de bulunmaktadır. Bunlar kısaca önemli ayıp, özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme yükümlülüğüne aykırı davranma ve önemli sebeple fesih halleridir. Önemli sebeple fesih halleri TBK'nın 331 ve devamı maddeleri ile olağanüstü fesih, kiracının iflası ve kiracının ölümü olarak kabul edilmiştir.

YENİDEN KİRALAMA YASAĞI

Ev sahiplerinin ve kiracıların dikkat etmesi gereken bir diğer konu ise yeniden kiralama yasağıdır. Şayet kiraya veren gereksinim nedeniyle kiralananın boşaltılmasını sağlamışsa haklı sebep olmaksızın, kiralananı üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiralayamamaktadır. Yeniden inşa ve imar amacıyla boşaltılması sağlanan taşınmazlarda da benzer bir durum geçerlidir. Kısacası tadilat nedeniyle tahliyesi sağlanan taşınmazlar da eski hâli ile haklı sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe başkasına kiralanamamaktadır. Ayrıca yeniden inşa ve imarı gerçekleştirilen taşınmazları, yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralamak isteyen eski kiracıya, belli ön koşulları yerine getirmesi şartıyla öncelik hakkı da tanınmıştır. Bu hakkın, kiraya verenin yapacağı yazılı bildirimi izleyen bir ay içinde kullanılması gerekmektedir. Bu öncelik hakkı sona erdirilmedikçe, taşınmaz üç yıl geçmeden başkasına kiralanamamaktadır. Kiraya veren, bu hükümlere aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür.

Buradaki en büyük bilgi kirliliklerinden biri ise tazminat hakkının ne zaman doğacağı yönündedir. Çoğu kiracı, ev sahibinin sözlü ya da yazılı tahliye talebinin akabinde kiralananı

tahliye etmesi ve ev sahibinin ileri sürdüğü tahliye sebebine bağlı kalmadığını tespit etmesi halinde tazminat alabileceği yönünde bir yanılgıya düşmektedir. Oysa kiracıya, yalnızca mahkeme kararı neticesinde gerçekleşen tahliye halinde tazminat hakkı doğacağı unutulmamalıdır. Tahliye davası devam ederken kiralananın tahliye edilmesi halinde dahi bir mahkeme ilamı olmadığından kiracıların bu madde hükmünden faydalanması mümkün olmamaktadır. Bu husustaki emsal Yargıtay kararlarından birisi şöyledir:

“Davalılar gereksinim, yeniden inşaa ve imar amacıyla bir tahliye davası açmamıştır. Davacı kiracı taşınmazı bir yargı kararı veya icra marifetiyle tahliye etmemiştir. Bu durumda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 355. maddesi uyarınca tazminat koşulları oluşmamıştır. Bu durumda mahkemece davanın bu gerekçe ile reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesinin doğru olmadığı anlaşılmıştır.” (Yargıtay 3.HD. 21.02.2019 tarihli 2017/4632 E. ve 2019/1684 K. Sayılı Kararı)

KAYNAKÇA:

PEHLİVAN, Metin: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Konut İhtiyacı (Gereksinimi) Sebebiyle Tahliye”, *Journal Of Life Economics Dergisi*, (4)14, 179 – 190.

BİRİNCİ UZUN, Tuba: “Belirli Süreli Konut Ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Kiraya Veren Tarafından Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesinde On Yıllık Uzama Süresi (TBK Md. 347 F.1)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, 2017.

YALMAN, Süleyman: “Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, 2005.

AKÇAAL, Mehmet: “Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü Ve Çözüm Öneriler”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, 2022.

SARUHAN, Utku: “Yeniden Kiralama Yasağı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, 2017.

GÜL, İbrahim: “Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği”, *YÜHFD*, C.XVIII, 2021/2, s.931-951.

HİRSIZLIK SUÇUNDA TCK 142/1-A İLE 142/2-H MADDELERİNİN BİRLİKTE UYGULANMA SORUNU VE BİNA KAVRAMI

Av. Halil İbrahim UÇAK

ÖZ

Hırsızlık suçunun işleniş biçimleri bakımından nitelikli hallerden TCK 142/1-a “Kamu Kurum ve Kuruluşlarındaki Eşya Hakkında” ile TCK 142/2-h “Bina İçinde Muhafaza Altına Alınmış Olan Eşya Hakkında Hırsızlık” hükümlerinin tek fiille ihlal edildiği gerekçesiyle uygulamada birçok kez birlikte iddia ve talep olunduğu görülmüştür. Bu kapsamda yargı organlarının hareket ederken iç içe girebilen durumlarda anlam karmaşasından kurtularak nasıl hareket edilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır.

A. Genel Olarak

Hırsızlık suçunda korunan hukuksal değer ne olduğu sorusuyla başlamak doğru olacaktır. Bu konuda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öne çıkan birkaç görüşe göre hırsızlık suçunda; taşınır malın zilyetliğinin, mal üzerindeki zilyetliğin yararlanmasına olanak sağlayan hakların, mülkiyet hakkının, mülkiyet hakkı ve zilyetliğin birlikte korunduğu, mülkiyet hakkının birinci derece zilyetlik hakkının ise ikinci derece hak olarak korunan değer olduğu gibi görüşler mevcuttur.

Yine suçun hukuki konusu bakımından da kimi yazarlar korunan değer ve suçun konusunu aynı tutmakla birlikte kimi yazarlar ise hırsızlık suçunu konu bakımından zarar suçu olarak nitelemişlerdir.

Bu farklılıklara eski ve yeni ceza hükümleri bakımından da örnekler bulmak mümkündür. Hırsızlık suçuna ilişkin düzenleme bakımından ETCK ile TCK arasında birçok farklılık bulunmaktadır. Bu farklılıkların tamamı konumuzu ilgilendirmede için bunlardan yalnızca konumuzla bağlantılı gözükken, ETCK’da birleşik suç olarak düzenlenen durumların TCK’da gerçek içtima olarak düzenlendiği hususunu belirterek konuya devam etmek yeterli olacaktır. ETCK’da birleşik suç olarak görülüp değişime uğrayan bu

TCK m.142/2-h maddesinde bulunan; bina kavramı, hangi durumları içerdiği ve 142/1-a maddesiyle birlikte yargılama yapılarak ceza verilemeyeceği ortaya çıkmaktadır.

düzenleme, TCK m. 142/2-h “...bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında” hırsızlık hükmüdür.

B. Bina Anlamı ve Korunan Değer Bakımından Ayrımlar

Hırsızlık suçunda korunan değer ne olduğu konusuna kısaca değinmiştik. Ancak TCK 142/2-h dikkate alındığında; konut dokunulmazlığının ihlalini düzenleyen m. 116/1 ve devamındaki 116/2 hükmüyle; 142/2-h maddesinde, burada korunmak istenen değer ne olduğu tartışması yeniden gündeme gelmektedir. Kanun koyucu, hırsızlık suçu işlenirken korunması gereken menfaati yalnızca taşınır mal bakımında mülkiyet ve zilyetlik haklarıyla sınırlamamış, bazı yan hukuki değerleri de koruma altına almıştır.

Nitelikli hırsızlığı düzenleyen maddenin devamı 142/4’e bakıldığında kanun koyucu, konut dokunulmazlığının ihlali ve mala zarar verme hükümleri, hırsızlıkla birlikte işlendiğinde gerçek içtima uygulanarak ceza verilmesi gerektiğini belirterek yol göstermektedir. TCK m. 116 ‘ya bakıldığında konut dokunulmazlığını ve m.116/2 ile iş yeri dokunulmazlığını düzenlediği görülmektedir. Ancak maddenin ikinci fıkrasındaki iş yeri kavramını, rıza ile girilmesi zorunlu olan iş yerleri kapsamında sınırlamıştır. Buradaki sınırlama önemlidir zira asıl değinilmek istenen TCK 142/2-h maddesindeki bina ve eklentileri kavramından nelerin ayrıştığının başlangıç noktası burasıdır.

Yasaya lafzi yorum yapılarak bakıldığında; bina aynı zamanda konut ise, hem konut dokunulmazlığını ihlal suçundan hem de hırsızlık suçundan ceza uygulanacaktır. O halde faile, aynı fiilden dolayı iki kez ceza verilmektedir. Yargıtay’ın uygulamasına bakıldığında, bir kişi konuta girerek hırsızlık yaptığı zaman bu iki maddenin ihlalinden birlikte cezalandırılmaktadır. Yine hırsızlığın yapıldığı bina eğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait bir bina ise bu sefer 142/1-a ve 142/2-h birlikte uygulanarak cezalandırılacaktır. 142/1-a’da verilen ceza, üç yıldan yedi yıla kadar hapis iken 142/2-a ihlal edildiğinde verilecek ceza, beş yıldan on yıla kadar hapis olarak düzenlenmektedir. Bu durumda ceza verilirken gerçek içtima mı, fikri içtima mı yoksa başkaca bir yol mu izlenerek ceza verilmelidir, sorusu en önemli husus olmaktadır.

Burada bizce 142/2-h’de düzenlenen “bina ve eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında hırsızlık” işlenmesi ile bina ve eklentileri kapsamına, kamu kurum ve kuruluşlarının binaları girmemelidir. Zira bunu düzenleyen madde

bulunmaktadır. Kanun koyucu aynı durumu farklı maddelerin içine gizleyip birbirinin düzenleme alanına dahil ederek kanun yapmayacağı açıktır.

Bina ve konut kavramlarının anlamı farklıdır. Bu nedenle burada birleşik suç söz konusu olamayacaktır. Kanun koyucunun maksadı gözetilerek yorumlandığında; TCK m. 116/1’deki düzenlemenin bina değil yalnızca konut ve eklentilerini, TCK 116/2’nin rıza ile girilmesi zorunlu olan iş yerlerini, TCK 142/1-a’nın ise kamu kurum ve kuruluşlarına ait binaları kapsadığı anlaşılmaktadır. Öyleyse TCK 142/2-h düzenlemesinin bu hallerin dışında; herkesin girebileceği, rıza ile girilmesi zorunlu olmayan iş yerleri (alışveriş merkezleri-süpermarketler-lokantalar vb.) içerisinde hırsızlık işlenmesi durumunu düzenlediği anlaşılabacaktır.

Bu tartışmanın yalnızca bir bölümünü çözen düzenleme olarak 142/4’te; hırsızlık suçu ile konut dokunulmazlığının ihlali suçunun birlikte işlendiği durumda, gerçek içtima uygulanarak ceza verileceği belirtilerek sonuca bağlanmıştır. Ancak halen 142/1-a ile 142/2-h’nin birlikte ihlal edildiği durumlarda nasıl hareket edilerek ceza verileceği düzenlenmemiştir.

C. Çözüm Ve Çözümüne Eleştiri

Bina kelimesi hem özel amaçla yapılan yapılar hem de kamu kurum ve kuruluşları için kullanılabilir. İki nitelikli halin birlikte ihlal edildiği böyle bir durumda; bizce Kamu kurum ve kuruluşlarının bina anlamındaki yapıları daha özel norm niteliği taşımaktadır. Ne gerçek içtima ne de fikri içtima uygulama yoluna değil, özel normun önceliği ilkesi gereği, normların görünüşte içtima müessesine göre hareket edilmelidir. İki nitelikli halin birlikte ihlal edildiği böyle bir durumda, yalnızca 142/1-a düzenlemesine ilişkin hüküm kurularak cezalandırılmalıdır.

Burada bir eleştiri olarak denilebilir ki 142/2-h maddesi ihlal edilerek işlenen hırsızlık suçu, binalar içerisinde muhafaza altına alınarak korunan eşyalar hakkında işlenen hırsızlık halinde uygulanabilir. Bu şekilde bakıldığında, 142/1-a ile fiil bakımında ortak bir kümesi kalmamaktadır. Ancak maddede düzenlenen hırsızlık fiili “Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında” işlenmektedir.

Burada iki farklı fiil bulunmaktadır. İlk fiil; herkesin girebileceği bir yerde bırakılan kilitli bir vaziyette koruma altında bulunan bir eşya hakkında, ikincisi ise bina ve eklentileri içerisinde muhafazada

bulunan eşya hakkındadır. Kanun koyucu ilk fiilde kilitleme, ikincisinde ise bina içerisine muhafazada bulundurmaya düzenlemiştir. Kilitleme kelimesi, açıktır ki bir eşyayı yalnızca kendine münhasır anahtarla açılabilen bir koruma altına almayı ifade etmektedir. Örnek olarak buna; herkesin girebileceği bir yerde zincirle kilitlenmiş bir bisikletin ya da yalnızca anahtarıyla açılması mümkün olan dolaptaki telefonun hırsızlanması verilebilir. Peki ikinci durum olan bina ve eklentileri içinde muhafaza altına alma neyi ifade etmektedir? Kanun koyucunun aynı durumu farklı kelimeler kullanarak ifade etmeyeceği ortadadır. Yani kilitleme ve muhafaza altına alma aynı şey değildir. Örnekleyerek açıklamak gerekirse bizce ikinci durum, yukarıdaki tartışmada belirttiğimiz anlamdaki bina ve eklentileri içerisinde, yani girilmesinde açık rıza alınması zorunlu olmayan iş yerlerinde bulunan ancak alınmasına açık rıza bulunmayan eşyalar hakkındadır. Yani alışveriş merkezinde ya da bir mağazada bulunan satışa çıkarılmak üzere sergilenen giysi, marketteki rafta bulunan ürün, bu şekilde bina içinde bir muhafaza altına almayı ifade etmektedir.

Nitekim Yargıtay'ında bu duruma ilişkin birkaç kararı bulunmaktadır. Yargıtay, otoparkta bulunan bir otomobil içerisine girilerek alınan eşya hakkındaki hırsızlığı, 142/2-h biçiminde nitelikli hırsızlık olarak değil suçun temel şekli olarak işlendiğini ve buna göre cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek mahkeme, otoparktaki otomobilin kapılarının kilitlenmeyerek, yalnızca kapalı vaziyette bırakılmasını, herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle hırsızlık olmadığı, zira kilitlemenin gerçekleşmediği görüşündedir.

D. Sonuç

Netice itibariyle bu anlatılanlar ışığında TCK m.142/2-h maddesinde bulunan; bina kavramı, hangi durumları içerdiği ve 142/1-a maddesiyle birlikte yargılama yapılarak ceza verilemeyeceği ortaya çıkmaktadır.

Ceza muhakemesinin en önemli müesseselerinden biri olması gereken adalete bir an evvel ulaşabilme gücü ve ihtiyacı, uygulamada bu konu gibi, anlamı açık ancak uzun uğraş gerektiren mesele ve taleplerle geciktirilmeyerek, gerçeği ortaya çıkarmakla görevli mahkemelerimiz ve yargılamaya yardımcı organlarımızın işi kolaylaştırılarak adil sonuca ulaşılabilmelidir.

KAYNAKÇA:

- TOROSLU, Nevzat; *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara, 2006.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat; *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, 2014.
- SOYASLAN, Doğan; *Ceza Hukuk Özel Hükümler*, Ankara, 2012.
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2014.
- ÖZEN, Mustafa; *Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, Ankara, 2019.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, 2013.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; *Türk Ceza Hukuk Özel Hükümler*, Ankara, 2012.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer; *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt -I*, İstanbul.

...iptal hükmünün Resmi Gazete’de yayımlandıktan 9 ay sonra yürürlüğe gireceği ve Anayasa m.141/4 hükmü de birlikte değerlendirildiğinde, mahkemeler tarafından bu hükmün yalnızca “beraat” kararları ile sınırlı olarak uygulanması isabetli olacaktır.

SANIĞIN SORGUSU YAPILMAKSIZIN HAKKINDA KARAR VERİLEBİLMESİNE İMKAN TANIYAN CMK M.193/ II HÜKMÜNÜN İPTALİ ÇERÇEVESİNDE SAVUNMA HAKKI

Av. Kübra KORKMAZ

Bir suç ile itham edilen herkesin savunma hakkı vardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 6/3 maddesine göre bir suç ile itham edilen herkes savunma hakkı bağlamında aşağıdaki asgari haklara sahiptir.

-Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

-Savunma hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

-Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak, eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve gerekli görüldüğünde resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz yararlanabilmek;

-İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

-Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercüman yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.¹

“Madde hükümleri ışığında adil yargılanma hakkına ilişkin tanım yapmak gerekirse, adil yargılanma; bireyin gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde aleni ve

¹- Prof. Dr. Hakan Karakehya “Ceza Muhakemesi Hukuku” 4.B., Ankara: Nisan Kitabevi, 2022, s.134

hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkıdır.”

Bir başka güvencede “Hak arama hürriyeti” başlıklı Anayasa m.36’ya göre; “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Anayasa Mahkemesi tarafından, adil yargılanma hakkının gereklerinden birinin de duruşmada hazır bulunma hakkı olduğunun birçok kararda vurgulandığına ve adil yargılanma hakkının duruşmada hazır bulunma hakkını da kapsadığını CMK 193/II hükmün iptalinin açıklanmasında ifade edildiğini söyleyebiliriz. Duruşmada hazır bulunma hakkı bir anlamda savunma hakkı çerçevesinde de değerlendirilmelidir. Duruşmada hazır bulunma hakkı, hakkaniyete uygun yargılamanın önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Yani savunma hakkı duruşmada bulunma hakkının özel bir görünümünden ibarettir. Bunun nedeni delillerin tartışılmasının sağlanması sonucunda mahkeme kararına etki edebilmek, pasif davranış içerisine girilmesini engellenmeye çalışmaktır.

CMK m. 193; “Sanığın Duruşmada Hazır Bulunmaması” durumunu düzenlemektedir. Söz konusu hükmü ilk fıkrası ile “kanunun ayırık tuttuğu haller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir” hükmü düzenlenmektedir. Aynı maddenin Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen 2. fıkrası ise; “sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir” hükmünü düzenlemekte idi... Anayasa Mahkemesi, Ceza Muhakemeleri Kanunu m. 193/II hükmünün iptaline ilişkin değerlendirmesini; Anayasa madde 13, 36 ve 141 hükümleri çerçevesinde yapmıştır. Değerlendirmeye ilişkin Anayasa m. 36 “Hak Arama Hürriyeti”den bahsetmiştim.

Anayasa m. 13 yönünden yapılan değerlendirmede ise, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” hükmü vurgulanarak “Adil yargılanma hakkına getirilen sınırlamanın kanunla yapılması,

Anayasa’da öngörülen sınırlama sebebine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği” ifade

edilmiştir.

CMK 193/II’nin uygulanmasındaki problem, büyük oranda mahkumiyet harici verebilecek kararların da sanık aleyhinde olabileceği hususunun kanun koyucu tarafından gözetilmemesinden kaynaklanmıştır. Aynı durum CMK 226 /II maddesi cezanın artırılmasını veya cezaya ek olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hallerin ilk defa duruşma sırasında ortaya çıkması halinde de sanığa aynı şekilde ek savunma hakkı verilmesini öngörmektedir. Cezanın azaltılmasını gerektirecek bir halin ortaya çıkması durumunda da ek savunma hakkı verilip verilmeyeceği tartışmasına neden olmuştur. Doktrindeki ağırlık görüşü; daha az ceza verilmesini gerektiren bir halin ortaya çıkması halinde de sanığın ek savunması alınmalıdır. Örnek olarak teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun, hazırlık hareketleri aşamasında da kalmış olunabileceğini ifade etme imkanına sahip olduğunu belirten görüş çoğunluktadır. Aynı durumun CMK 193/II hükmünün iptali içinde benzerlik taşıdığı kanısındayım. Mahkeme tarafından sanığın eylemi veya suçu işlediğinin tespit edildiği hallerde kurulan mahkumiyet dışındaki hüküm nedeniyle, sanık başka yönlerden dezavantajlı konuma düşebilmektedir. 04.10.2022 tarih ve 31973 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan T. 08.09.2022 - 2021/118 E. - 2022/98 K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararına göre; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 193/II hükmü, CMK 226/II gibi ek savunma hakkını içermese de adil yargılanma hakkına karşı orantısız ve ölçüsüz bir sınırlama getirdiğinden dolayı, Anayasa m. 13 ve 36 hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Sonuç olarak; iptal hükmünün Resmi Gazete’de yayımlandıktan 9 ay sonra yürürlüğe gireceği ve Anayasa m.141/4 hükmü de birlikte değerlendirildiğinde, mahkemeler tarafından bu hükmün yalnızca “beraat” kararları ile sınırlı olarak uygulanması isabetli olacaktır. İptal kararının Resmi Gazete’de yayımlandığı 10 Mayıs 2023 tarihinden başlayarak 9 ay için CMK m. 247/3 uygulanmaya devam edecek, 9 ayın dolması ile iptal edilen hükmün yürürlüğü son bulacaktır.

KAYNAKÇA

KARAKEHYA “CEZA MUHAEMESİ HUKUKU” 4. B., Ankara: Nisan Kitabevi, 2022, s.134-135

AYM’nin CMK 193/2 İptal Kararı (hukukihaber.net)

Ceza Muhakemesi Kanunu

Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık - CMK m.247/3’ün İptali Kararı Hakkında Değerlendirme (sen.av.tr)

Bu yazı, devlet yargısına göre uygulama olarak hızlı ve etkin bir usuli yargılama yolu olan tahkimin ülkemizde gelişimi için dikkat çekmek ve üzerine eğilmek ve alternatif bir hukuki uyuşmazlık çözüm yolu olarak önemini vurgulamaktır.

TAHKİMDE TARAF VEKİLLİĞİ

Av. Atahan ÇAKMAKKAYA

1.GİRİŞ

Bu makalede ana hatları ile tahkimde taraf vekilliği konusu ele alınacaktır. Öncelikle tahkim kurumuna tarihsel olarak kısaca değinilecek ardından tahkim türleri ele alınacak, pozitif hukuk bağlamında HMK tahkime ilişkin hükümlerden genel olarak bahsedilecek ardından ve son olarak tahkim kurumunda taraf vekilliğini yeri ve önemi üzerinde durulacaktır.

2.TARİHSEL SÜREÇTE TAHKİM

Tahkim kurumunun tarihsel gelişimi gerek ulusal gerekse de uluslararası hukuk tarihinde eski ve köklü bir geçmişe sahiptir. Gerek Kıta Avrupası ve gerekse de Anglo Amerikan Hukuk sisteminin egemen olduğu devletlerin egemenlik alanlarında tahkim yargılaması güçlü bir geçmişe ve uygulama alanına sahiptir. Hakem seçimi ve taraflarca üzerinde yargılama ve karar verme kudreti hakkında üzerinde mutabık kalının bu hakem veyahut hakemlerin yargılama faaliyetleri olarak ortaya çıkan ve günümüzdeki haliyle modern ve uzmanlık alanı olarak ilk bakışta karmaşık ve teknik bir görünüm arz eden tahkim, hemen belirtmek gerekir ki Türk Hukuku açısından yeni bir kurum değildir. Uygulama alanı Osmanlı Devleti dönemine kadar takip edilebilir. Keza Dünya Hukuk tarihini genel bir bakış açısı irdelenecek olursak Durkeim' in toplumbilimsel olarak yapmış olduğu organik sınıflandırmalarda da sosyal gruplar arasında doğan ihtilafların hakem seçimi ile çözülme yoluna gittiğini görmek mümkündür. Geleneksel devlet yargısının güçlenmesi ise organik bağ ile gruplaşma ardından (çok genel olarak) kent devletleri, imparatorluklar ve ulus devletlere evrilmesi ile Egemen Devlet İlkesinin güçlenmesi tahkim yargılaması geri planda mevcudiyetine devam etmiştir. Soğuk Savaş döneminin sona ermesi ve küresel serbest piyasaların geçmişe nazaran çok daha fazla alanda gelişme yayılma göstermesi özellikle ticari uyuşmazlıklarda tahkim kurumun etkinliğinin arttırmış ve güçlendirmiştir. 1923 tarihinde merkezi Paris olan ICC Uluslararası Tahkim Uygulamalarında önemli bir otorite olarak karşımıza çıkmaktadır. (International Chamber of

Commerce)

Tahkim Kurumu uygulama perspektifi olarak ve Türk Hukuk Mevzuatı olarak ikiye ayrılmaktadır. Milletlerarası Tahkim Yargılaması ve İç (Hukuk) Tahkim Yargılaması olarak. Kanunkoyucu da bu noktada ilgili ayrımı takip ederek MTK ve HMK (tamamı değil ancak ilgili hükümler çerçevesinde) olarak tahkim kurumunu kanunlaştırma yoluna gitmiştir. (Ayrıca ve açıkça belirtmekte fayda var ki bu makalede ele alınan tahkim yargılaması özel kanunlarda faklı hükümler altında düzenlenmiş olan tahkim/ hakem kurumu değil ancak tahkim kavramının özü itibarıyla tarafların Sözleşme Özgürlüğü İlkesinde yasal sınırlar çerçevesinde (tahkime elverişlilik olarak ifade edilmektedir.) tarafların uzlaşısı ile vücut bulan tahkim yargılaması (tahkim anlaşması olarak ifade edilmektedir.) üzerine bina edilmiştir. Sigorta Tahkim Heyeti ve ilgili kurumlara ilişkin özel/ Lex Specialis düzenlemeler ayrı bir inceleme ve değerlendirme konusudur ve Amaçsal Yorum Metodu ile değerlendirmeler yapan kimi tahkim hukukçularınca da tahkim kurumu ile bağdaşıklığı tartışılan bir durumdur.)

MTK Madde 1 ve madde 2 bu kanunun uygulama alanı ve unsurular bakımından tanımlar ve açıklamalar içermektedir. HMK Onbirinci Kısım Tahkim başlığı taşımakta olup Madde 407 ile Madde 444 Tahkim Yargılaması ile ilgili hükümler ve Hakem Kararlarının Usul Hukuk açısından hukukumuzdaki yeri bakımından hükümler içermektedir.

Son olarak Tahkim Kurumu Ad Hoc tahkim ile Kurumsal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kurumsal Tahkim, sözleşmedeki tarafların olası bir uyuşmazlık hakkında, uyuşmazlık hakkında karar vermek üzere bir hakem kuruluşunu yetkilendirdikleri tahkim türüdür. İç Hukuk bağlamında örnek olarak TBB TAHKİM MERKEZİ, İSTAC, İTOTAM, ANKARA BAROSU TAHKİM MERKEZİ verilebilir. Üzerinde mutabık kalınacak tahkim şartı/ anlaşması ile ilgili tahkim merkezinin yetkilendirilmesi ile her bir tahkim merkezinin

münhasır olan kuralları söz konusu anlaşma ve olası uyuşmazlık hakkında uygulama alanı bulacaktır. Kurumsal olmayan Ad Hoc Tahkim Yargılamasına gelecek olursak; bir kurumun olası uyuşmazlığa, tahkim sözleşmesine dahil olmadığı, tarafların sürecini özgür iradeleri ile Sözleşme Serbestisi İlkesince yasal sınırlar içerisinde düzenlemiş oldukları tahkim türüdür.

3.TARAF VEKİLLİĞİ VE TAHKİM

Tahkim yargılaması her geçen gün karmaşılaşan hukuk disiplinleri içerisinde bilhassa usul hukuku bakımından uzmanlık ve bilgi gerektiren bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği üzere Avukatlık Kanunu Madde 35 “Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.” denilmektedir. Kaldı ki tahkim gibi özel bir yargılama alanında tahkim konusunda özel bilgi sahibi bir avukatın varlığı tahkim yargılamasının sağlıklı bir şekilde sürdürülmesi bakımında son derece önemlidir. Nihayetinde adil ve somut gerçekliğe uygun bir yargılamanın yürütülmesi noktasında ihtiyari ve az masraflı ve hızlı bir yargılama olan tahkim yargılamasında, tahkime ilişkin yetkinliği olan bir avukatın varlığı tahkim kurumunun ruhuna da uygundur.

4. SONUÇ VE GENEL OLARAK TAHKİM

Bu yazı derin ve detaylı bir incelemeden ziyade aslında hukukumuzda hiç de yabancı olamayan ve tarihsel kökleri Osmanlı Devleti dönemine kadar takip edilecek bir kurum olan tahkimin başta değerli meslektaşlar olmak üzere tüm hukukçuların dikkatlerini tahkim yargılamasının avantajlarına çekmek ve devlet yargısına göre uygulama olarak bakarsak hızlı ve etkin bir usuli yargılama yolu olan tahkimin ülkemizde gelişimi için dikkat çekmek ve üzerine eğilmek ve alternatif bir hukuki uyuşmazlık çözüm yolu olarak önemini vurgulamaktır.

Hizmet tespit davalarında mahkeme huzurunda korunmaya muhtaç olan davacı sigortalıdır. Sosyal Güvenlik Kurumu ise, devlet adına sosyal güvenliği sağlayan kurumdur. Ancak hizmet tespit davasında Kurumun davalı işverenin yanında yer alması hem sosyal güvenliğin Kurum aracılığıyla sağlanmasına hem de davanın ihbarı müessesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

HİZMET TESPİT DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ

Stj. Av. Rabia AKPINAR¹

GİRİŞ

Sosyal sigortalar, ekonomik yönden daha zayıf olan bireyleri birtakım sosyal risklere karşı koruyarak geleceklerini garanti altına almayı hedefleyen zorunlu sigortalardır. Sosyal sigortalar ile amaçlanan bir diğer olgu ise toplum nezdinde sosyal güvenliği sağlamaktır. Kimlerin sosyal sigorta hakkından hangi şartlar altında yararlanabileceği, sosyal sigortaların hak sahiplerine ne gibi korumalar sağladığı kanunlar ile düzenlenmektedir. Bununla birlikte söz konusu yasal düzenlemeler, hak sahiplerine birtakım yükümlülükler de yüklemektedir.

Yasal mevzuat, kişilerin sosyal sigortaların sağladığı güvenceden yararlanabilmesini prim ödeme olgusuna bağlı kılmıştır. Ancak prim ödeme hususu, çoğu zaman hem işverenler hem de işçiler bakımından bir külfet olarak görülebilmektedir. İşverenlerin prim ödememek amacıyla işçilerini kuruma bildirmemesi, işçilerin de işlerini kaybetme korkusuyla ihbarda bulunmaması yahut sigortasız çalıştırıldıklarını fark etmemesi dolayısıyla kayıt dışı çalışma yahut gizli sigortalılık olgusu ortaya çıkmaktadır. Kanuni düzenlemeler, hizmet tespit davası ile kayıt dışı çalışma olgusu neticesinde işçiler nezdinde oluşan olumsuz sonuçları giderme ve işçilere çalıştıkları dönemlere ait çalışma süresinin ve prime esas kazançlarının tespitini sağlama imkanı tanımaktadır. Bununla birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), hizmet tespit davası ile tahakkuk etmiş prim alacaklarını tahsil etme imkanına da kavuşmaktadır.

“Hizmet Tespit Davasında Yargılama Usulü” başlıklı çalışmamızın ilk bölümünde söz konusu davanın amacı, konusu ve hukuki niteliği ele alınmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde hizmet tespit davasının şartları yasal düzenlemeler ışığında incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise

¹- Bursa Barosuna bağlı Stajyer Avukat, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı lisansüstü eğitim öğrencisi, raabiaakpinar@icloud.com

davanın görülmesi, Yargıtay içtihatları ile gelişen ispat hususu ve davaya son veren taraf işlemleri incelenmiştir. Çalışmamızda doktrin görüşleri ve yargı kararları ile birlikte hizmet tespit davası incelenmiş ve okuyucuda hizmet tespit davasına ilişkin genel bir zemin oluşturmak hedeflenmiştir.

1- HİZMET TESPİT DAVASINA GENEL BİR BAKIŞ

A- Genel Olarak

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun (SSGSSK)² "sigortalılığın başlangıcı" başlıklı m. 7 hükmü gereğince sigorta hak ve yükümlülükleri işçi ve işveren arasında hizmet sözleşmesine dayanarak çalışma olgusuyla beraber başlar. SSGSSK m. 8/1 hükmü gereğince ise "İşverenler, 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, 7'nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür". Kanun hükmü ile de sabit olduğu üzere işverenler, çalışma olgusunun ve dolayısıyla sigortalılığın başladığını SGK'ye bildirmek zorundadır.

İşveren tarafından bildirim yükümlülüğünün ihlali halinde kayıt dışı çalışma olgusu meydana gelmektedir. İşverence işyeri bildirgesi ve sigortalı işe giriş bildirgesinin verilmemesi halinde tamamen kayıt dışı kalma söz konusu iken sigortalıya ilişkin aylık prim ve hizmet bildirgesinin verilmemesi halinde ise kısmi kayıt dışı kalma hususu söz konusu olacaktır³. Birtakım sosyal sigorta kollarından yararlanabilmek için sigortalılık ilişkisinin Kuruma bildirilmesi yeterli olmakla birlikte söz konusu kayıt dışı çalışma olgusu nedeniyle sigortalı, bu sosyal hak ve yardımlardan yararlanma imkanından yoksun kalacaktır⁴. Sigortalılar, kayıt dışı kalan çalışmalarının tescilini sağlamak amacıyla hizmet tespit davası açabileceklerdir⁵.

2- 5510 sayılı SSGSSK, RG. 16.06.2016, S. 26200.

3- Ali Nazım Sözer, *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku* (İstanbul: Beta Yay., 2021), 469,470; Ozancan Belci, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Hizmet Tespiti Davaları* (Dokuz Eylül Üniversitesi: Yüksek Lisans Tezi, 2019), 3.

4- Belci, *Hizmet Tespiti*, 2; Ali Güzel/ Ali Rıza Okur/ Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (İstanbul: Beta Yay., 2021), 158.

5- Haluk Hadi Sümer, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 96; Taner Ertekin, *İşyeri ve Sigortalının Kuruma Bildirilmesi ve Hizmet Tespiti Davası* (Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2022), 102; Erdal Arap, *Hizmet Tespit Davaları* (Ankara: Seçkin Yay., 2021), 27; A. Can Tuncay/ Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta Yay., 2021), 285.

B- Hizmet Tespit Davasının Konusu ve Amacı

5510 sayılı SSGSSK m. 86/9 hükmü gereğince "Aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamı ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır." Söz konusu yasa hükmü, hizmet tespit davasının kanuni dayanağını oluşturmaktadır.

Yasa hükmü ile de sabit olduğu üzere hizmet tespit davasının konusu, bir veya birden fazla işyerinde geçen ve ancak SGK'nin kısmen veya tamamen habersiz olduğu çalışmaların tespitinin sağlanmasıdır⁶. Bir diğer deyişle sigortalı, açacağı hizmet tespit davası ile işverence Kuruma verilmeyen belgelerde bulunması gereken hususların tespitini sağlayacaktır⁷. Bu hususlar belirli bir dönemdeki çalışma süresi ve prime esas kazançlardır.

Sigortalı, hizmet tespit davası ile SSGSSK m. 4/1-a hükmü gereğince sigortalı sayılması gereken ancak herhangi bir sebeple SGK tarafından tespit edilemeyen çalışmasını, çalışmanın geçtiği zaman dilimini ve bu dönemde aldığı ücreti tespit ettirmeyi ve AY m. 60 hükmü ile düzenleme altına alınan sosyal güvenlik hakkına ilişkin tehditleri bertaraf etmeyi amaçlar⁸.

Hizmet tespit davası, sosyal sigorta ilişkisinin varlığını saptamaya yöneliktir. Sosyal sigorta ilişkisi bir bütün olarak kabul edildiğinde uzun vadeli sigorta kollarının yanı sıra kısa vadeli sigorta kolları, genel sağlık sigortası ve işsizlik sigortası gibi sigorta kolları da karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde bir görüş tarafından hizmet tespit davasının, tüm bu sigorta kolları bakımından açılabilmesi savunulmaktadır.⁹ Ancak Yargıtay, hizmet tespit davasının yalnızca uzun vadeli sigorta kolları bakımından açılabilmesini kabul etmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında "Hizmet tespitine karar verebilmek için çalışmanın uzun vadeli sigorta kollarına tabi olması zorunludur.

6- Belci, *Hizmet Tespiti*, 6; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 103;

Sümer, *Sosyal Güvenlik*, 97; Tuncay ve Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik*, 285.

7- Meltem Öztürk, *Sosyal Sigortalar Hukukunda Hizmet Tespit Davası* (Ankara: Seçkin Yay., 2021), 109.

8- Belci, *Hizmet Tespiti*, 7; Arap, *Hizmet Tespit Davaları*, 67.

9- Sözer, *Sosyal Sigortalar*, 472.

Bu nedenle kısa vadeli sigorta kollarına tabi çalışmalar yönünden hizmet tespiti davası açılıp, tespit kararı verilemez” şeklinde hüküm tesis etmiştir¹⁰. Kanaatimizce hizmet tespit davası uygulamada her ne kadar uzun vadeli sigorta kolları bakımından karşımıza çıksa da SSGSSK’nin ilgili hükmü, davanın açılabilmesi için sigorta kolları bakımından herhangi bir sınırlama içermediğinden kısa vadeli sigorta kolları bakımından da hizmet tespit davası açılacaktır.

A- Hizmet Tespit Davasının Hukuki Niteliği

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK)¹¹ m. 106 hükmü tespit davalarını düzenlemektedir. Söz konusu hüküm gereğince “Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir (m. 106/1).” Tespit davaları, bir hukuki ilişkinin varlığının tespitine yönelik olabileceği gibi bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığının tespitini yönelik de olabilir¹². İlk ihtimalde olumlu (müspet) tespit davalarından, ikinci ihtimalde ise olumsuz (menfi) tespit davalarından söz edilir.

Hizmet tespit davası, niteliği gereği yeni bir durum ortaya koymamaktadır. Söz konusu dava ile mevcut bir durumun varlığı tespit edildiğinden hizmet tespit davası olumlu tespit davası niteliğini taşımaktadır¹³. Nitekim Yargıtay da bir kararında “Hizmet tespiti davası 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 79/10 maddesinde, 01.10.2008 tarihinden sonraki dönemler yönünden ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 86. maddesinde düzenlenmektedir. Bu tür davalar olumlu tespit davalarıdır” şeklinde hüküm kurarak bu hususun varlığını kabul etmiştir¹⁴.

Hizmet tespit davasında davaya bakan mahkeme tesis edeceği kararda yalnızca sigortalının hangi tarihler arasında çalıştığını, prim ödeme gün sayısını ve günlük ücretini belirleyecektir¹⁵. Belirtmek gerekir ki Yargıtay’a göre hizmet tespit

davası, ileride açılacak olan bir eda davasına esas teşkil edemeyecektir¹⁶.

II- HİZMET TESPİT DAVASINDA DAVA ŞARTLARI

A- Genel Olarak

Dava şartı kavramı, mahkemenin davanın esası hakkında yargılama yapabilmesi için varlığı yahut yokluğu gerekli olan halleri ifade eder¹⁷. Dava şartı ile amaçlanan bir davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için gerekli bütün şartları ve inceleme usulünü tespit etmek, böylece davayı daha çabuk ve ekonomik bir şekilde sonuçlandırmaktır¹⁸. Hukuk yargılamalarında dava şartlarının neler olduğu HMK’nin m. 114 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. HMK m. 114/1, hukuk yargılamalarına ilişkin genel dava şartlarını düzenlemekle birlikte aynı hükmün ikinci fıkrası “Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır.” şeklinde bir düzenleme içermektedir. Çalışmamız kapsamında ilk olarak hizmet tespit davası bakımından öngörülen özel dava şartları incelenecek, sonrasında HMK’de yer alan dava şartlarına ilişkin incelemelere yer verilecektir.

B- Hizmet Tespit Davası Bakımından Öngörülen Özel Dava Şartları

1- Sigortalı Hizmetlerin Varlığı

SSGSSK’nin tanımlar başlıklı m. 3 hükmü gereğince sigortalı, “Kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişiyi (...)” ifade eder. Hizmet tespit davası bakımından sözü edilen sigortalılık SSGSSK m. 4/1-a kapsamında düzenlenen sigortalılıktır¹⁹. Dolayısıyla bu kapsamda yer almayan sigortalıların hizmet tespit davası bakımından taraf sıfatı bulunmamaktadır.

Kanunun m. 4/1-a hükmü gereğince “Bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından; hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar, sigortalı sayılırlar.” Maddede yer alan hizmet akdi kavramı, 6098

10- Y. 21. HD., 23.06.2014 T., E. 2013/15057, K. 2014/14693 (Kazancı Hukuk, ET.: 09.03.2023).

11- 6100 sayılı HMK, RG. 04.02.2011, S. 27836.

12- Murat Atalı/ İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukuku (Ankara: Seçkin Yay., 2021), 136.

13- Öztürk, Hizmet Tespit Davası, 75; Arap, Hizmet Tespit Davaları, 69; Güzel v.dğr., Sosyal Güvenlik, 295; Tuncay ve Ekmekçi, Sosyal Güvenlik, 285.

14- Y. HGK., T. 7.05.2019, E. 2016/626, K. 2019/522 (Kazancı Hukuk, ET.: 09.03.2023).

15- Öztürk, Hizmet Tespit Davası, 76;

16- Y. HGK., T. 15.10.2003, E. 2003/21-571, K. 2003/575, “Sosyal Sigortalar Yasasının 79/10 maddesinde sözü edilen dava, nitelik itibarıyla bir olumlu tesbit davasıdır. Ne var ki, bu dava ileride açılacak olan eda davasına esas teşkil edecek bir tesbit davası olarak nitelenemez.” (Kazancı Hukuk, ET.: 09.03.2023).

17- Atalı ve Ermenek, Medeni Usul Hukuku, 133; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (Ankara: Yetkin Yay., 2019), 127; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku (İstanbul: On İki Levha Yay., 2019), 203,204.

18- Atalı ve Ermenek, Medeni Usul Hukuku, 133.

19- Öztürk, Hizmet Tespit Davası, 77.

sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)²⁰ m. 393'te düzenlenen hizmet sözleşmesini ve 4857 sayılı İş Kanunu (İK)²¹ m. 8 hükmünde düzenlenen iş sözleşmesini ifade etmektedir²². Belirtmek gerekir ki öğretide hizmet sözleşmesi ile iş sözleşmesinin aynı sözleşmeyi ifade ettiğine yönelik bir görüş olduğu aktarılmaktadır²³. Nitekim Yargıtay bir kararında "iş aktinin hizmet akti anlamına geldiği yönleri açıktır." şeklinde hüküm tesis etmiş ve iş sözleşmesi ile hizmet sözleşmesinin aynı sözleşme olduğunu kabul etmiştir²⁴.

Hizmet tespit davası açabilecek olan sigortalılar, iş ilişkisi kural olarak hizmet akdine dayanan ve Kanunda yer alan istisna kapsamında olmayan kişilerdir²⁵. Bir diğer anlatımla işçi sıfatını taşıyan sigortalılardır²⁶. Bununla birlikte Kanunun hizmet akdine dayanarak çalışanlara ilişkin m. 4/1-a hükmünün uygulanacağını belirttiği diğer sigortalılar da bu davayı açabileceklerdir²⁷. Bununla birlikte sigortalı sayılabilmek için eylemli ve gerçek bir çalışma olgusunun mevcudiyeti gereklidir, genel olarak fiili çalışmaya dayanmayan bir hizmet akdi sosyal sigorta ilişkisi yaratmamaktadır²⁸. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu dava bakımından geçerli bir hizmet akdinin varlığı şart değildir²⁹.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki sigortalı olmak kişiler bakımından salt bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülüktür³⁰. Zira SSGSSK m. 92/1 hükmü "Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu

Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir." şeklinde bir düzenleme içermektedir. Nitekim Yargıtay da bir kararında "Unutulmaması gereken en önemli nokta 5510 sayılı Kanun'un 92. maddesindeki 'Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir.' düzenlemesi gereği sosyal güvenlik bakımından ne vazgeçilebilir ne de kısmen feragat edilebilir. Kurumun sigortalı olma şartlarını sağlamayan birine de sigortalılık hakkı bahsetmesi mümkün olmadığı gibi bu durumun hukuki olarak tanınması olanaksızdır." şeklinde hüküm tesis etmiştir³¹. Dolayısıyla hizmet tespit davaları bakımından önem teşkil eden husus davacının yasal düzenlemeler gereği sigortalı olmasıdır.

2- Sigortalı Çalışmanın Kuruma Bildirilmemiş Olması

Sigortalının hizmet tespit davası açabilmesi için işverence çalışmalarının kuruma bildirilmemiş olması gerekir³². Dolayısıyla sigortalılık ilişkisinin ne zaman başlayacağı ve işverence sigortalının Kuruma ne zaman bildirileceği önem teşkil etmektedir. SSGSSK m. 7/1-a hükmü gereğince "Sigorta hak ve yükümlülükleri 4'üncü maddenin birinci fıkrasının; (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, meslekî ve teknik eğitime, meslekî ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimine, staja veya bursiyer olarak göreve başladıkları tarihten (...) itibaren başlar." Aynı Kanunun m. 8 hükmü gereğince ise işverenler, söz konusu sigortalıları bu tarihlerden önce sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmek zorundadır³³. Kural olan işe giriş bildirgesinin sigortalılık olgusunun başlamasından önce Kuruma bildirilmesidir. Ancak Kanunda yer alan birtakım istisnai hallerde, daha sonra yapılan bildirimler de sigortalılık başlangıcından önce yapılmış sayılacaktır³⁴.

20- 6098 sayılı TBK, RG. 04.02.2011, S. 27836.

21- 4857 sayılı İK, RG. 10.06.2003, S. 25134.

22- Sözer, *Sosyal Sigortalar*, 67, 68; Güzel v.dğr., *Sosyal Güvenlik*, 79,80; Tuncay ve Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik*, 314.

23- Sabahattin Yürekli, *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi* (Ankara: Seçkin Yay., 2016), 27.

24- Y. 9. HD., 09.02.1967 T., E. 1967/1060, K. 1967/1013 (Kazancı Hukuk, ET.: 11.04.2023).

25- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 77.

26- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 77; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 119.

27- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 77; Belci, *Hizmet Tespiti*, 55.

28- Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2022), 222; Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 78; Güzel v.dğr., *Sosyal Güvenlik*, 86; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 119.

29- Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 120; Belci, *Hizmet Tespiti*, 55; Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 79.

30- Arap, *Hizmet Tespit Davaları*, 30; Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 76; Arıcı, *Sosyal Güvenlik*, 19; Sözer, *Sosyal Sigortalar*, 55.

31- Y. HGK., 15.09.2020 T., E. 2017/10-2695, K. 2020/587 (Sinerji Mevzuat, ET.: 11.04.2023).

32- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 80; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 120; Belci, *Hizmet Tespiti*, 66.

33- Örnek işe giriş bildirgesi Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ile belirlenmiştir.

34- SSGSSK m. 8/1.

Belirtmek gerekir ki Kanun, sigortalılara da kendilerini Kuruma bildirme yükümlülüğü yüklemiştir. Zira SSGSSK m. 8/2 hükmü “Sigortalılar, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde, sigortalı olarak çalışmaya başladıklarını Kuruma bildirirler.” şeklinde bir düzenleme içermektedir. Ancak bu yükümlülüğün herhangi bir yaptırımı yoktur. Sigortalının kendini Kuruma bildirmemesi aleyhine delil teşkil etmeyecektir. Kanunun m. 8/2 hükmünün devamı “Ancak, sigortalının kendini bildirmemesi, sigortalı aleyhine delil teşkil etmez.” şeklinde düzenleme içermektedir. Sigortalının kendini Kuruma bildirmemesi aleyhine delil teşkil etmediğinden bu durum hizmet tespit davasının açılması bakımından da herhangi bir sorun teşkil etmeyecektir³⁵. Doktrindeki bir görüşe göre SSGSSK m. 8/2 hükmünün amacı sigortalılığın çapraz kontrolünü (cross-check) sağlamaktır³⁶.

3- Kurumun Sigortalılığı Tespit Etmemiş Olması

SSGSSK m. 86/9 hükmü “çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar” ifadesini kullanmıştır. Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere hizmet tespit davası açabilecek olan sigortalılar, yalnızca işverence Kuruma bildirilmeyen sigortalılar değildir. Kurumun denetim mekanizmasının yetersizliği sonucu tespit edilemeyen sigortalılar da hizmet tespit davası açabileceklerdir.

Sosyal Güvenlik Kurumunun yükümlülüklerinden biri de işyerinin tescilini sağlamaktır³⁷. İşyerinin tescili birkaç farklı yöntemle sağlanabilmektedir. Bunlar işe giriş bildirgesiyle yapılan tespit, Kurumun denetim memurları tarafından yapılan fiili tespit, işyeri kayıtlarında bulunan bilgiler dolayısıyla yapılan kayden tespit ve kamu kuruluşları tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden yapılan tespitlerdir³⁸. Sigortalı tarafından hizmet tespit davası açılabilmesi için Kurumca söz konusu tespit ve tescillerin sağlanmamış olması gerekmektedir.

Sigortalıya tanınan hizmet tespit davası açma hakkı, Kurumun gerekli denetimi yeterli düzeyde yapmadığı durumlarda sigortalının mağdur

edilmemesi düşüncesine dayanmaktadır³⁹.

Dolayısıyla Kurum tarafından tespitin sağlandığı hallerde hizmet tespit davası gündeme gelemeyecektir⁴⁰.

C- Dava Açmada Hukuki Yarar Şartı

6100 sayılı HMK m. 114/1-h hükmünde “Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması.” bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Davacı bir dava açarak esasında mahkemelerden hukuki koruma talep etmektir. Dolayısıyla hukuki koruma ihtiyacı içinde olmayan bir kişinin mahkemelere başvurmasında hukuki yararı yoktur⁴¹. Belirtmek gerekir ki dava şartı olan hukuki yarar, hukuk düzenince kabul edilmiş meşru bir yarar olmalı, dava açan hak sahibi ile ilgili olmalı ve dava açıldığı sırada halihazırda mevcut olmalıdır⁴².

Her davada olduğu gibi hizmet tespit davalarında da hukuki yarar, bir dava şartı olarak mevcut olmalıdır. Bir başka deyişle davacının hizmet tespit davasını açmakta korunmaya değer bir hukuki yararı bulunmalıdır⁴³. Hizmet tespit davası bakımından hukuki yarar şartı incelendiğinde sigortalının hizmetlerinin kuruma hiç bildirilmemiş yahut eksik bildirilmiş olması gerekmektedir. Böyle bir durumda sigortalı, sosyal sigortaların sağladığı güvenceden mahrum kalacaktır. Hizmet tespit davası neticesinde alınacak tespit hükmü ile söz konusu tehlike bertaraf edilebilecektir. Dolayısıyla bu durumda sigortalının hizmet tespit davası açmakta hukuki yararının varlığından söz edilebilecektir⁴⁴. Belirtmek gerekir ki Kuruma bildirilen bir çalışmanın yahut sürenin tespitine ilişkin davalarda hukuki yararın varlığından söz edilemeyecektir⁴⁵.

Yargıtay bir kararında “Dava açmaktaki hukuki yarar; hukuk düzenince kabul edilmiş meşru bir yarar olmalı, bu yarar, dava açan hak sahibi ile ilgili olmalı ve dava açıldığı sırada hâlen mevcut bulunmalıdır. Ayrıca açılacak davanın ortaya çıkacak tehlikeyi bertaraf edecek nitelikte

39- Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 52.

40- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 82; Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 53; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 122; Güzel v.dğr., *Sosyal Güvenlik*, 297.

41- Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 208.

42- Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 208; Merve Usta, *Medeni Usul Hukukunda Tespit Davalarında Hukuki Yarar (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2020)*, 3,4.

43- Usta, *Hukuki Yarar*, 133, Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 83; Belci, *Hizmet Tespiti*, 43.

44- Usta, *Hukuki Yarar*, 133,134.

45- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 83; Usta, *Hukuki Yarar*, 135.

35- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 81.

36- Tuncay ve Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik*, 276.

37- Sözer, *Sosyal Sigortalar*, 166; Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 68; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 121; Merve Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Yargı Kararıyla Tespiti (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2016)*, 52.

38- Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 121; Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 53,54; Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 81.

olması gerekir. Bir kimsenin hakkına ulaşmak için mahkeme kararının o an için gerekli olması durumunda hukuki yararın olduğundan söz edilebilir. Bir hukuki ilişkinin hemen tespit edilmesinde hukuki yararın bulunması, şu üç şartın birlikte varlığına bağlıdır: 1) Davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; 2) Bu tehdit nedeniyle davacının hukuki durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı, 3) Yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup cebri icraya yetki vermeyen tespit hükmü bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır. Davacının tespit davası ile istediği hukuki korunma, diğer dava çeşitlerinden biri ile sağlanabiliyorsa, o zaman davacının o konuda tespit davası açmakta hukuki yararı yoktur.” şeklinde hüküm tesis etmiş ve tespit davalarında hukuki yararın bulunup bulunmadığını yukarıdaki kıstaslara göre belirleneceğini hükme bağlamıştır⁴⁶.

D- Davanın Süresinde Açılmış Olması

1- Genel Olarak

5510 sayılı SSGSSK, hizmet tespit davasının açılmasını m. 86/9 hükmünde öngörülen sürenin geçmemiş olmasına bağlamıştır. Nitekim SSGSSK m. 86/9 hükmü “(...) çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak (...)” şeklindeki yasal düzenleme ile hizmet tespit davasının açılabilmesi süreyi belirlemiştir. Bu başlık altında dava açma süresi, dava açma süresinin başlangıcı, dava açma süresinin niteliği, dava açma süresinin işlemediği durumlar ve uygulamada karşılaşılan birtakım problemler incelenecektir.

2- Dava Açma Süresi

5510 sayılı SSGSSK’ye göre aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır. Görüldüğü üzere hizmet tespit davası, hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlanarak beş yıl içinde açılabilir.

Kadıköy 1. İş Mahkemesi, yasal düzenlemede yer alan “hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan

başlayarak beş yıl içerisinde” ibaresinin Anayasa’nın 11, 13, 49 ve 60. maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesine başvurmuş ve söz konusu yasa hükmünün iptalini talep etmiştir. Başvuruyu esaslan inceleyen Anayasa Mahkemesi, “Hizmet tespiti davalarının, çalışanların Kurum kayıtlarına geçirilmemiş aylık kazanç toplamları ve prim ödeme gün sayılarının sigortalılığın hesabında esas alınmasına yönelik olmaları nedeniyle, sosyal güvenlik sistemi üzerindeki etkileri açıktır. Dolayısıyla bu davalar için öngörülen 5 yıllık hak düşürücü sürenin, sistemin süreklilik arz edecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava tehdidi altında tutulmasını önlemek suretiyle sosyal güvenlik sisteminin istikrarının sağlanması amacıyla getirildiği anlaşıldığından bunun bir sınırlama olarak nitelendirilmesi mümkün değildir”⁴⁷ şeklinde hüküm tesis ederek oyçokluğu ile iptal talebinin reddine karar vermiştir⁴⁸.

Kanaatimizce SSGSSK m. 86/IX hükmünde yer alan “hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde” ibaresi Anayasa’ya uygun değildir. Zira AY m. 49 devleti, çalışanları korumakla yükümlü kılmıştır. AY m. 60/2 ise devlete sosyal güvenliği sağlayacak teşkilatı kurma ve tedbirleri alma yükümlülüğünü yüklemiştir. Çalışanlar çoğunlukla kayıt dışı çalışma olgusundan çok uzun zaman sonra haberdar olabilmekte ve kanun hükmü ile öngörülen dava açma süresini kaçırabilmektedir. Bu hususa çoğu zaman Anayasa ile devlete yüklenen yükümlülüklerin ihlali de sebebiyet vermektedir. Kayıt dışı çalışma olgusundan bihaber olan çalışanların, yasa hükmü ile öngörülen beş yıllık sürenin dolması hasebiyle dava açamaması aynı zamanda sosyal devlet ilkesine ve hak arama özgürlüğüne de aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple yukarıda yer verilen AYM kararında yer alan karşı oy yazısı kanaatimizce daha isabetlidir.

3- Dava Açma Süresinin Başlangıcı

Dava açma süresinin ne zaman başlayacağı SSGSSK m. 86 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Yasa hükmü gereği sigortalılar, hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde hizmet tespit davası açabileceklerdir. Bir başka deyişle sigortalılar, işten ayrıldıkları yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde hizmet tespit davası

46- Y. HGK., 10.03.2020 T., E. 2016/2339, K. 2020/266 (Kazancı Hukuk, E.T.: 12.04.2023).

47- AYM, 26.01.2011 T., E. 2008/109, K. 2011/25, RG. 02.04.2011, S. 27893.

48- Karara ilişkin değerlendirme için bkz. Arap, 74 vd.

açabileceklerdir⁴⁹. Bu durumda sigortalı işten ne zaman ayrılmış olursa olsun dava açma süresi o yılın 31 Aralık günü itibariyle başlayacaktır. Sigortalının çalışmaya devam ederken dava açmaya çekinebileceği, bu sebeple dava açma süresinin, çalışma olgusunun sona ermesinden itibaren başlatılmasının daha isabetli olduğu savunulmaktadır⁵⁰.

4- Dava Açma Süresinin Niteliği

5510 sayılı Kanun ile hizmet tespit davasının süresi belirlenmiş fakat yasa hükmünde yer alan beş yıllık sürenin niteliğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yasa hükmünde yer alan beş yıllık sürenin zamanaşımı süresi mi yoksa hak düşürücü süre mi olduğu, bu sürelerle bağlanan sonuçların oldukça farklı olması dolayısıyla önem taşımaktadır⁵¹.

Borçlar Hukukuna göre zamanaşımı süresi, kanuni düzenlemelerle belirlenen koşullar altında ve belirlenen süre içerisinde alacaklının hareketsiz kalması dolayısıyla alacağını isteme hakkının yitimine neden olan süre olarak tanımlanabilir⁵². Bir diğer anlatımla zamanaşımına uğrayan bir borç ifa edilebilir nitelikte olmakla birlikte dava edilebilme kabiliyeti bakımından zayıflamış bir borçtur⁵³. Hak düşürücü süre ise bir hakkın kanuni düzenlemelerle belirlenen süreler içerisinde kullanılmaması halinde doğrudan doğruya hakkın sona ermesine sebebiyet veren süreyi ifade eder⁵⁴. Dolayısıyla zamanaşımı süresinin dolması, söz konusu hak veya alacağın mevcudiyetine yönelik bir etki doğurmamakla birlikte hak düşürücü sürenin dolmuş olması söz konusu hak veya alacağın son bulmasına neden olacaktır. Bununla birlikte zamanaşımının bir def'i, hak düşürücü sürenin de bir itiraz olması, 5510 sayılı Kanun ile öngörülen beş yıllık sürenin niteliğini daha da önemli hale getirmektedir.

49- Arap, 76; Andaç Eşemen, *Sosyal Güvenlik Davaları* (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 420; Halil Yılmaz, "Yargıtay Kararları Işığında Sigortalı Hizmetlerin Tespiti Davalarında Süre", *Çimento İşveren Dergisi* (C. 30, S. 2, Mart/2016), 13; Neslihan Güven, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler* (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2010), 131.

50- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 92, 93; Merve Yücel, "Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler", *Hukuk Fakültesi Dergisi* (y. 2, S. 3, Aralık/2016), 92.

51- Yücel, "Yargılama Usulü", 92.

52- Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yay., 2018), 1311.

53- Yücel, "Yargılama Usulü", 93.

54- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 88.

Zira hizmet tespit davasında beş yıllık yasal süre zamanaşımı süresi olarak nitelendirilirse, sürenin dolduğuna yönelik iddia, yalnızca davalı tarafça ileri sürülmesi halinde incelenebilecektir. Bu husus zamanaşımının bir def'i olmasının doğal bir sonucudur. Ancak yasada öngörülen beş yıllık süre, hak düşürücü süre olarak nitelendirilirse, hak düşürücü sürenin bir itiraz olması hasebiyle, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi davayı gören mahkemece re'sen araştırılıp incelenecektir.

Hizmet tespit davasında, dava açma süresinin niteliğine ilişkin öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre kanunda öngörülen beş yıllık dava açma süresinin zamanaşımı süresi olarak nitelendirilmesi, sigortalının lehine bir durumdur⁵⁵. Bir diğer görüş ise öngörülen beş yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu yönündedir⁵⁶. Yargıtay da hizmet tespit davasında öngörülen beş yıllık dava açma süresini hak düşürücü süre olarak nitelemektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında "Bu davaların kanuni dayanağı 506 sayılı Kanun'un 79. maddesinin 10. fıkrası olup, Bu bentte 'Yönetmelikle tespit edilen belgeleri işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilmeyen sigortalıların hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içerisinde mahkemeye başvurarak hizmet tespiti isteyebilecekleri' açıklanmıştır. Anlaşılabileceği üzere, çalışmanın tespiti istemiyle hak arama yönünden kanun ile getirilen süre, doğrudan doğruya hakkın mevcudiyetini etkileyen hak düşürücü niteliktedir ve dolması ile hak bir daha canlanmamak üzere ortadan kalkmaktadır" şeklinde hüküm tesis etmiştir⁵⁷.

5- Dava Açma Süresinin İşlemediği Durumlar

a- Genel Olarak

Hizmet tespit davasının açılabilmesi için 5510 sayılı Kanun ile beş yıllık süre öngörülmüş olmasına rağmen bu sürenin işlemeyeceği birtakım durumlar mevcuttur. Sigortalıya ait birtakım bilgi ve belgelerin SGK'ye bildirilmesi yahut çalışmanın SGK tarafından tespit edilmesi halinde beş yıllık

55- Yücel, "Yargılama Usulü", 95; Güzel v.dğr., *Sosyal Güvenlik*, 297.

56- Tuncay ve Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik*, 290.

57- Y. HGK., 16.07.2020 T., E. 2016/2141, K. 2020/585 (Kazancı Hukuk, ET.: 17.04.2023); benzer yönde kararlar için bkz. Y. 10. HD., 06.03.2023 T., E. 2023/787, K. 2023/1997; Y. 11. HD., 18.01.2023 T., E. 2022/7199, K. 2023/362.

dava açma süresi işlemeyecektir⁵⁸.

b- İşverence Kuruma Bildirimde Bulunulmuş Olması

5510 sayılı SSGSSK m. 8 hükmü gereğince “İşverenler, 4’üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişileri, 7’nci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalılık başlangıç tarihinden önce, sigortalı işe giriş bildirgesi ile Kuruma bildirmekle yükümlüdür.” Yasa hükmü ile de sabit olduğu üzere işverenler çalışanlarını Kuruma bildirmekle yükümlüdür. Yargıtay, sigortalı çalışana ilişkin Kuruma belge verilmesi ile hiç belge verilmemiş olmasını birbirinden ayırmıştır. Yargıtay, işe giriş bildirgesiyle Kuruma bildirilen sigortalılar bakımından Kanunda öngörülen beş yıllık dava açma süresinin işlemeyeceğini kabul etmektedir.

Yargıtay tesis ettiği bir kararda “İşverenin, çalıştırmış olduğu sigortalılara ait hangi belgeleri Kuruma vermesi gerektiği 506 sayılı Kanun’un 79. maddesinin 1. fıkrasında açıkça ifade edildiği üzere yönetmeliğe bırakılmıştır. Atıf yapılan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde işverence verilecek belgeler düzenlenmiştir. Bunlar, aylık sigorta primleri bildirgesi, dört aylık sigorta primleri bordrosu, sigortalı hesap fişi vs.dir. Yönetmelikte sayılan bu belgelerden birisinin dahi verilmiş olması hâlinde artık Kanun’un 79. maddesinin 10. fıkrasında yer alan hak düşürücü süreden söz edilemez. Yargıtay uygulamasında anılan maddenin yorumu geniş tutulmakta; eğer sayılan belgelerden birisi işveren tarafından verilmişse burada Kurumun işçinin çalışmasından haberdar olduğu ve artık hizmet tespiti davası için hak düşürücü sürenin varlığından söz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Diğer taraftan, Kurum tarafından yapılan bir tespitin olması hâlinde de aynı kabul şekline ulaşılmaktadır. Bu kabul şeklinin temelinde yatan neden, hiç bildirim yapılmayan sigortalılarla, kısmi bildirim yapılan sigortalıların aynı hukuksal statüye tabi tutulmalarının hukuka ve hakkaniyete aykırı olacağının düşünülmesidir.”⁵⁹

Belirtmek gerekir ki hak düşürücü sürenin işlemesine engel olacak belgelerin Kanunda

öngörülen beş yıllık süre içerisinde Kuruma verilmiş olması gerekir⁶⁰. Nitekim Yargıtay bir kararında “Diğer taraftan hak düşürücü süre; hukuki nitelikçe hakkın özünü ortadan kaldıran bir süre olup, hak düşürücü süre geçtikten sonra işe giriş bildirgesi, dönem bordrolarının verilmesi ya da primlerin ödenmesi bu süreyi yeniden canlandırmaz. Bu durumda, davacının işe giriş bildirgesi ile dönem bordrolarının 5 yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra Kuruma intikal ettiği gözetilmeksizin davanın reddi yerine kabulü yönünde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”⁶¹ şeklinde hüküm tesis ederek yalnızca Kanun ile öngörülen beş yıllık süre içerisinde Kuruma verilen belgelerin, dava açma süresinin işlemesine engel olacağını kabul etmiştir.

Sigortalılık ilişkisinin başlaması için asıl önem teşkil eden husus fiili çalışma olgusunun varlığıdır, bu sebeple yalnızca işe giriş bildirgesinin Kuruma verilmiş olması tek başına çalışma olgusunu ortaya koymamaktadır⁶². Ancak bu husus, aksi ispat edilinceye kadar çalışma olgusunun varlığına karine teşkil edecektir⁶³. Nitekim Yargıtay da bir kararında “İşveren tarafından 506 sayılı Yasa’nın 9. maddesi gereğince verilen sigortalı işe giriş bildirgesinin davacının işyerinde 1 gün çalışmasının karinesi olduğu, davacının sigorta sicil numarasının 1992 yılına ait serilerden olduğunun bildirilmesi, davacının sonraki çalışmalarında da kullanması ve davacının işe giriş bildirgesinin veriliş tarihi itibarıyla bir gün çalıştığı, yapılan işin inşaat işi olması ve 1995 yılından 2014 yılına kadar davalı işyerinde çalıştığı anlaşıldığından, Yargıtay içtihatları ile de kabul edildiği üzere işe giriş bildirgesi verilmesinin çalışmanın karinesi olduğu, buna göre davacının en azından bir günlük çalışmasının kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.”⁶⁴ şeklinde hüküm tesis ederek bu hususu benimsemiştir.

c- Çalışmanın Kurum Tarafından Tespit Edilmiş Olması

Kurum tarafından sigortalının çalışmalarının tespit edilmiş olması, hak düşürücü sürenin

58- Yılmaz, “Süre”, 15; Güven, Süreler, 132; Öztürk, Hizmet Tespit Davası, 101; Ertekin, Hizmet Tespiti, 140.

59- Y. HGK., 10.06.2020 T., E.2016/906, K.2020/383 (Kazancı Hukuk, E.T.: 19.04.2023); benzer yönde kararlar için bkz. Y. HGK., 02.07.2019 T., E. 2016/917, K. 2019/833; Y. HGK., 29.03.2023 T., E. 2023/224, K. 2023/265; Y. 10. HD., 06.03.2023 T., E. 2023/787, K. 2023/1997; Y. 10. HD., 28.11.2022 T., E. 2022/11708, K. 2022/15001.

60- Esemeyen, Davalar, 429.

61- Y. 10. HD., 22.09.2003 T., E. 2003/5008, K. 2003/5943 (Sinerji Mevzuat, E.T.: 19.04.2023).

62- Öztürk, Hizmet Tespit Davası, 102; Ertekin, Hizmet Tespiti, 141.

63- Öztürk, Hizmet Tespit Davası, 102.

64- Y. 10. HD., 31.05.2022 T., E. 2022/5415, K. 2022/8160 (Sinerji Mevzuat, E.T.: 20.04.2023).

işlemeyeceği hallerden biridir⁶⁵. Bir diğer deyişle Kurum tarafından sigortalının çalışmalarının tespit edilmesi halinde hizmet tespit davasına ilişkin beş yıllık hak düşürücü süre işlemeyecektir⁶⁶. SSGSSK m. 86 hükmü işverence Kuruma bildirilmeyen çalışanların yanı sıra “çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılardan” da söz ettiğine göre Kurumun çalışma olgusundan haberdar olmasına yarayacak belgelerin bulunması halinde hak düşürücü süre işlemeyecektir⁶⁷. Nitekim Yargıtay bir kararında “Maddede belirtildiği üzere yönetmelikle tespit edilen belgelerin (işe giriş bildirgesi) verilmesi durumunda hak düşürücü süreden bahsedilemeyeceği gibi çalışmaların sigorta müfettiş raporu ile saptanması durumunda da hak düşürücü sürenin geçtiğinden söz edilemeyeceği açıktır.”⁶⁸ şeklinde hüküm tesis ederek bu hususu kabul etmiştir.

Bu hususların yanı sıra müfettiş raporlarının hak düşürücü sürenin işlemesine engel olabilmesi için somut nitelikte olması gerekmektedir⁶⁹. Nitekim Yargıtay bir kararında “Yoruma dayalı soyut müfettiş raporunun hükme dayanak yapılması hatalıdır.”⁷⁰ şeklinde hüküm tesis etmiştir. Yargıtay bir başka kararında “İş Müfettişinin tespiti ile tanık beyanları arasında çelişki doğduğundan bu çelişkinin giderilmesi bakımından, işyerinde uzman bilirkişi marifetiyle keşif yapılarak iş kapasitesi belirlenmeli, dava tarihi ve ondan önceki süre içerisinde çalışmış işçi sayısına göre işyerinde yapılan işin kaç kişi ile yapılabileceği ve işçi sayısı itibarıyla işyerinde kaç vardiya halinde çalışılabileceği tespit edilmeli ve bu suretle vardiya sayısı duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulduktan sonra delillerin yeniden bir değerlendirmeye tabi tutulması ve gerekirse bilirkişiden ek rapor alınması suretiyle karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bu husus bozmayı gerektirmiştir.”⁷¹ şeklinde hüküm tesis ederek tanık anlatımları ile çelişkili bulunan müfettiş

raporunun yeniden değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

d- Prim Kesintisi Yapılmış Olması

İşveren tarafından prim kesintisi yapılmış olması halinde de dava açmaya ilişkin beş yıllık hak düşürücü süre işlemeyecektir⁷². Bu husus yargı kararı ile benimsenmiştir⁷³. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu primlerin kuruma intikal etmesinin gerekip gerekmediği hususunda bir netlik bulunmamaktadır.

Yargıtay eski tarihli bir kararında “Kurumun, denetlemeye yetkili elemanları eliyle yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleri gereğince işyeri ve kayıtlar üzerinde belirli zamanlarda yapmakta oldukları denetlemelerle, sürdürdükleri yasal noksanlıkları bildirme, örneğin, işverenlerin yükümlülüklerini, Anayasa’dan kaynaklanan sosyal güvenlik ilkelerine uygun biçimde yapmaları konusunda işvereni uyarma görevini yerine getirmediği de açık seçiktir. Böyle olunca da resmi kurumlarda geçen sigortalı çalışmalar nedeniyle işverenin düzenlediği ücret tediye bordrolarından, sigorta primlerini kestiğinin anlaşılması halinde, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumunun 79/8. maddesinde öngörülen on yıllık hak düşürücü sürenin artık bu davada uygulama olanağının bulunmadığı açıktır. Tersisin kabulü ile, Kuruma ve giderek işverene kendi kusurundan yararlanma olanağını tanımak ve bunun yasal ve hukuki sonuçları da sigortalıya yüklemek olur ki, buna ne yasaca ne de hukukça olanak yoktur.”⁷⁴ şeklinde hüküm tesis ederek yalnızca prim kesintisinin varlığını hak düşürücü sürenin işlemesinin engellenmesi bakımından yeterli bulmuştur. Bununla birlikte Yargıtay, daha güncel tarihli bir kararında hak düşürücü sürenin işlemeyeceğinin kabul edilebilmesi için primlerin Kuruma intikal etmesi gerektiğini kabul etmiş ve “şayet kuruma intikal eden prim kesintisi var ise davanın kabulüne (...)”⁷⁵ şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Kanaatimizce hizmet tespit davası bakımından işverence prim kesintisinin yapılmış olması hak

65- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 104; Yılmaz, “Süre”, 16; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 142.

66- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 104.

67- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 104,105.

68- Y. HGK., 26.04.2022 T., E. 2019/21-688, K. 2022/602 (*Sinerji Mevzuat*, E.T.: 22.04.2023); aynı yönde bkz. Y. HGK., 20.01.2022 T., E. 2019/21-766, K. 2022/31; Y. 10. HD., 21.09.2020 T., E. 2020/6642, K. 2020/4666.

69- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 105.

70- Y. 9. HD., 20.02.2012 T., E. 2012/1742, K. 2012/4558 (*Kazancı Hukuk*, E.T.: 20.04.2023).

71- Y. 22. HD., 31.01.2013 T., E. 2012/11631, K. 2013/1441 (*Kazancı Hukuk*, E.T.: 22.04.2023).

72- Yılmaz, “Süre”, 16; Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 107.

73- Y. HGK., 18.06.2008 T., E. 2008/21-429, K. 2008/437, “davacının murisinden ihtiyarlık primi kesintisinin yapılmış olduğunun belirgin olduğu, hal böyle olunca Yargıtay’ın istikrar kazanmış görüşüne göre, artık hak düşürücü sürenin uygulanmaması gerektiği (...)” (*Kazancı Hukuk*, E.T.: 22.04.2023).

74- Y. HGK., 21.04.1993 T., E. 1993/10-30, K. 1993/173 (*Kazancı Hukuk*, E.T.: 22.03.2023).

75- Y. 10. HD., 24.11.2014 T., E. 2014/19436, K. 2014/24599 (*Kazancı Hukuk*, E.T.: 21.04.2023).

düşürücü sürenin işlememesi için yeterlidir. İşverence kesilen primlerin Kuruma intikal etmiş olması gerekmemektedir. Zira aksinin kabulü halinde işverenin hileli davranışı, sigortalının hakkını aramasına engel teşkil edecektir. Bu husus da hukukun temel ilkelerine açıkça aykırı olacaktır.

6- Sigortalının Ölümünde Dava Açma Süresi

Sosyal sigorta ilişkisi, iş ilişkisinden farklı olarak yalnızca işveren ile sigortalıyı değil sigortalının hak sahiplerini de kapsamaktadır⁷⁶. Sigortalının hak sahipleri SSGSSK m. 3/1 b.7 hükmünde “Sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasını (...) ifade eder.” şeklinde sayılmıştır. Doktrinde sigortalının ölümü halinde hak sahiplerinin de hizmet tespit davasını açabilecekleri kabul edilmiştir⁷⁷. Söz konusu husus hukuki yarar şartı bakımından incelendiğinde sigortalının ölümü halinde ölüm aylığına hak kazanma bakımından gerekli olan prim ödeme gün sayısı veya sigortalılık süresinin tamamlanması için hak sahiplerinin bu davayı açmakta hukuki yararının olduğu kabul edilmelidir⁷⁸. Nitekim Yargıtay da bir kararında “Müteveffanın hak sahiplerine ve bu arada davacı eşine, Sosyal Sigortalar Kurumunca bağlanacak gelirin doğru belirlenebilmesi açısından, gerçek ücretin saptanmasında davacının hukukî yararı bulunduğu. Olayda tespit davası açılabilmesinin koşulların mevcut olduğu gerekçesiyle direnilmiştir. Gerçekten de iddianın ileri sürülüş biçimine ve özellikle, davalı işverenin ücrete ilişkin iddiaya karşı çıkmış olmasına göre müteveffanın gerçek ücretinin dava yoluyla saptanmasında, davacının hukukî yararı bulunduğu kuşkusuzdur.”⁷⁹ şeklinde hüküm tesis ederek bu hususu benimsemiştir.

76- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 96; Ercüment Özkaraca ve Merve Akkaya, “Hak Sahiplerinin Hizmet Tespit Davası Açma Süresi”, *MESS Sicil İş Hukuku Dergisi* (S. 48, 2022), 59.

77- Yılmaz, “Süre”, 17; Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 96; Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 84; Orhan Rüzgar, “Sigortasız Çalışmaların Tespiti Davaları ve Hak Düşürücü Süre”, *İstanbul Barosu Dergisi* (C. 91, S. 4, 2017), 146; Güven, *Süreler*, 131; Arap, *Hizmet Tespit Davaları*, 108; Özkaraca ve Akkaya, “Hak Sahiplerinin Hizmet Tespit Davası Açma Süresi”, 59.

78- Özkaraca ve Akkaya, “Hak Sahiplerinin Hizmet Tespit Davası Açma Süresi”, 59; Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 84.

79- Y. HGK., 25.05.1983 T., E. 1981/9-1157, K. 1983/564 (*Kazancı Hukuk*, E.T.: 26.04.2023).

Doktrinde bazı yazarlar sigortalının ölümü halinde hizmet tespit davasını açabilecek hak sahiplerinden “sigortalının mirasçıları” olarak bahsetmektedirler⁸⁰. Ancak sigortalının ölümü ile hak sahiplerine bağlanacak olan ölüm aylığı miras hukuku ilişkisinden bağımsız olan, sosyal güvenlik mevzuatından doğan ve terekeye dahil edilmeyen bir haktır⁸¹. Bilakis mirası reddetmiş olan bir mirasçı dahi yasal şartların oluşması halinde hak sahibi olabilecektir⁸². Nitekim Yargıtay bir kararında “Hâl böyle olunca anılan Kanun kapsamında, sosyal sigorta yardımlarından yararlanma koşullarının (hak sahipliğine ilişkin olanlar da dahil olmak üzere) miras hukukuna göre mirasçılık sıfatından ayrı olduğu, mirasçı olamamanın hak sahipliği niteliğini etkilemeyeceği açık bulunmakla (...)”⁸³ şeklinde hüküm tesis ederek hak sahipliğini mirasçılık sıfatından ayrı tutmuştur.

Belirtmek gerekir ki hak sahiplerinin hizmet tespit davası açabilmeleri için sigortalının sağlığında beş yıllık hak düşürücü sürenin geçmemiş olması gerekmektedir⁸⁴. Bunun yanı sıra sigortalının, henüz dava açma süresi dolmadan vefat etmesi halinde dava açma süresinin nasıl belirleneceği hususunda Kanunda açık bir düzenleme olmadığı gibi doktrinde de bir görüş birliği bulunmamaktadır. Öne sürülen bir görüşe göre hak sahipleri için dava açma süresi, sigortalının ölüm tarihinden itibaren yeniden başlar⁸⁵. Öne sürülen bir diğer görüşe göre ise hak sahiplerinin dava açma süresi, sigortalının kalan dava açma süresi kadardır⁸⁶.

Sigortalının ölümü halinde hak sahiplerinin dava açma süresine ilişkin yargı kararlarında da bir görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay

80- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 96, 97; diğer atıflar.

81- Özkaraca ve Akkaya, “Hak Sahiplerinin Hizmet Tespit Davası Açma Süresi”, 60; Sabahattin Yürekli, “Sosyal Güvenlik Hukukunda Özel Bir Durum: Muristen Bağlanan Aylık, Mirasın Reddi Halinde Kesilir mi? (Mirasın reddinin destekten yoksun kalma ve manevi tazminat hakkına olan etkisi)”, *MESS Sicil İş Hukuku Dergisi* (S. 20, Y. 2010), 148.

82- Yürekli, “Muristen Bağlanan Aylık, Mirasın Reddi Halinde Kesilir mi?”, 148, 149; Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 98.

83- Y. 10. HD., 9.11.2010 T., E. 2009/7798, K. 2010/15275 (*Kazancı Hukuk*, E.T.: 24.03.2023).

84- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 97, 98; Özkaraca ve Akkaya, “Hak Sahiplerinin Hizmet Tespit Davası Açma Süresi”, 61; Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 84; Orhan, “Hak Düşürücü Süre”, 148.

85- Öztürk, *Hizmet Tespit Davası*, 97;

86- Yılmaz, “Süre”, 17; Arap, *Hizmet Tespit Davaları*, 80; Özkaraca ve Akkaya, “Hak Sahiplerinin Hizmet Tespit Davası Açma Süresi”, 69.

eski tarihli bir kararında “Gerçekten, hak düşürücü sürenin gerçekleşmesine çok az bir süre kala, miras bırakanın ölmesi halinde hak sahibinin, daha sorunu kavramadan ve dava hakkına ilişkin kanıtları toplayıp, davasını açma imkanını sağlayamadan hak düşürücü sürenin gerçekleşmesi durumunda Yasa’ca amaçlanmayan bir durumun ortaya çıkması olağandır. Bu tür bir sonuç ise hem adalet duygusuna hem hak arama özgürlüğünün özüne aykırıdır. Esasen hak sahibi yönünden, hak düşürücü sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğinden söz edebilmek için, öncelikle, muris yoluyla bu kişiye sigorta kollarından bir hakkın intikal etmesi koşuluyla talep hakkının doğması gerekir. Kişinin, henüz sigorta kollarından birine ilişkin hakkının doğmadığı ve miras bırakanın sağlığında kullanıp kullanmayacağı belli olmayan ve bizzatihi ona ait dava hakkına ilişkin hak düşürücü sürenin aynen, hak sahibine uygulanması düşünülemez.”⁸⁷ şeklinde hüküm tesis ederek hak sahipleri bakımından dava açma süresinin ölüm tarihinden itibaren başlatılması gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay’ın daha sonra bu görüşünden döndüğü görülmektedir. Zira Yargıtay 2014 tarihli bir kararında “Hizmet tespitine ilişkin hakkın kullanılması da 506 sayılı Kanunun 79/10. maddesinde 5 yıllık bir hak düşürücü süre ile sınırlanmıştır. Bu süre hizmetin geçtiği yılın sonunda başlar. Hiçbir şartta uzamaz. Bu nedenle mirasçılar için de bu süre, hizmetin geçtiği yılın sonunda başlar ve 5 yılın geçmesiyle hak düşürücü süre tamamlanır. Murisin bu hakkı kullanmadan ölmesi halinde mirasçılar için 5 yıllık hak düşürücü süre ölüm tarihinden itibaren yeniden başlamaz. Mirasçı hakkın doğduğu tarihten itibaren Kanunda öngörülen süre içerisinde bu hakkını ileri sürebilir. Özetle mirasçılar, murisin ölümünden sonra ancak kalan süreyi kullanabilirler.”⁸⁸ şeklinde hüküm tesis etmiştir. Hukuk Genel Kurulu ise bir kararında sigortalının ölümü halinde yeni bir beş yıllık sürenin söz konusu olmayacağını belirtmiş ve “Sigortalının dahi yaşarken 5 yıllık hak düşürücü süreyi geçirmesi hâlinde kanunen kullanamayacağı bir hakkı mirasçılara tanımak hukuka aykırıdır. Sigortalının süresi içerisinde dava açmayarak düşen hakkını ölümünden sonra mirasçılarının yeniden isteme hakkından söz edilemeyeceği

gibi hak düşürücü süreye uğrayarak ölen bir hak mirasçıları vasıtasıyla yeniden canlandırılmaz. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında sigortalının mirasçıları yönünden de hak düşürücü sürenin hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren beş yıl olarak hesaplanması gerekmektedir.”⁸⁹ şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Kanaatimizce Yargıtay’ın güncel tarihli içtihadı daha isabetlidir. Zira niteliği gereği hak düşürücü sürenin durması yahut kesilmesi söz konusu değildir. Hizmet tespit davalarına ilişkin öngörülen beş yıllık dava açma süresinin hak düşürücü süre olarak nitelendirilmesi halinde söz konusu sürenin herhangi bir sebeple kesilmesi yahut durması mümkün olmayacaktır. Bu sebeple sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine dava açmak için yeni bir beş yıllık sürenin tanınması da sürenin hukuki mahiyetine ters düşecektir.

7- Kesintili Çalışmalarda Dava Açma Süresi

Sigortalının aynı işveren nezdinde yeniden çalışmaya başlaması mümkündür. Bu durumda dava açma süresinin ne zaman başlayacağı önem teşkil etmektedir. Yargıtay’ın eski tarihli kararlarında sigortalının işten ayrıldıktan sonra yeniden aynı işyerinde çalışmaya başlaması halinde dava açma süresinin, en son kurulan hizmet ilişkisinin sona erdiği yılın sonundan itibaren işlemeye başladığını kabul ettiği aktarılmaktadır⁹⁰. Ancak Yargıtay’ın güncel tarihli kararlarına bakıldığında bu görüşünden dönerek her bir çalışma dönemi için hak düşürücü süreyi ayrı ayrı değerlendirdiği görülmektedir⁹¹. Yargıtay bu hususu hak düşürücü sürenin kesilmesinin ve durmasının mümkün olmamasına dayandırmaktadır. Nitekim Hukuk Genel Kurulu bir kararında “Davacının aynı işyerinde bu tarihten sonra çalışmasını sürdürmesinin veya 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde tekrar aynı işyerine girerek çalışmasının, hak düşürücü sürenin işlemesine engel olmayacağı ve hak düşürücü sürenin, kesilmesi ve durmasının mümkün bulunmadığı hukuksal gerçeği de ortadadır.”⁹²

87- Y. HGK., T. 2.12.1998 E. 1998/21-826, K. 1998/855 (Kazancı Hukuk, E.T.: 23.04.2023); benzer yönde bkz. Y. 21. HD., 02.04.2001 T., E. 2001/2381, K. 2001/2498.

88- Y. 21. HD., 25.03.2014 T., E. 2013/5130, K. 2014/5809 (Kazancı Hukuk, E.T.: 23.04.2023).

89- Y. HGK., 4.02.2020 T., E. 2018/171, K. 2020/75 (Kazancı Hukuk, E.T.: 23.04.2023).

90- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 98; Yılmaz, “Süre”, 19; Meltem Nizamoğlu Öztürk, “Hizmet Tespit Davalarında Kesintili Çalışma Olgusu ve Hak Düşürücü Süre”, *İzmir Barosu Dergisi* (S. 3, 2010), 81.

91- Y. 10. HD., 26.05.2022 T., E. 2022/4023, K. 2022/7942; Y. 10. HD., 26.04.2022 T., E. 2022/2191, K. 2022/6393; Y. 10. HD., 26.01.2022 T., E. 2021/ 7124, K. 2022 / 1155 (Kazancı Hukuk, E.T.: 01.05.2023).

92- Y. HGK., 8.12.1999 T., E. 1999/21-1025, K. 1999/1020 (Kazancı Hukuk, E.T.: 01.05.2023).

şeklinde hüküm tesis ederek bu hususu benimsemiştir.

Belirtmek gerekir ki sigortalı işe giriş bildirgesini hile, hata yahut manevi baskı altında imzaladığını ileri sürmemişse yahut imzanın kendisine ait olmadığını ifade etmemişse birden fazla işe giriş bildirgesinin bulunması kesintili çalışmanın varlığına karine teşkil eder⁹³. Nitekim Yargıtay da bir kararında bu hususu benimsemiş ve “Kurul olarak işe giriş bildireleri sigortalının imzasını içermelidir. Sigortalı, bildirgeyi hile, hata veya manevi baskı altında imzaladığını ileri sürmemiş veya imzanın kendisine ait olmadığını söylememiş ise, birden fazla işe giriş bildirgesinin varlığı ve işyerinden yapılan kısmi bildirimler, sigortalının o işyerinde kesintili çalıştığına karine oluşturur. Bu karinenin aksinin ancak eş değerde delillerle kanıtlanması gerekmekte olup tanık sözlerine değer verilemez.”⁹⁴ şeklinde hüküm tesis ederek bu karinenin aksinin ancak yazılı delillerle ispatlanabileceğini hükme bağlamıştır.

Yargıtay’ın kesintili çalışmalarına ilişkin bu görüşü doktrinde eleştirilmiştir⁹⁵. Gerçekten de Yargıtay tarafından benimsenen bu görüşü, işe giriş bildirgesinin Kuruma verilmiş olmasıyla hak düşürücü sürenin işlemeyeceğine yönelik tesis ettiği kararlarla çelişmektedir. Bununla birlikte bu hususun SSGSSK m. 86 yer alan “Aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalıların” hizmet tespit davasını açabileceklerine yönelik düzenlemeye de aykırı olduğu ifade edilmektedir.⁹⁶ Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir.

E- Görevli Mahkeme

6100 sayılı HMK m. 114/1-c hükmü “Mahkemenin görevli olması.” şeklinde bir düzenleme içermekte olup davanın görevli mahkemede açılmasını dava şartı olarak düzenlemektedir. Görev, genel olarak bir yargı kolu içerisinde uyumsuzluk konusunun niteliğine göre davaya hangi mahkemenin bakacağını ifade eden bir kavramdır⁹⁷. HMK m. 1 hükmü gereğince “Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu

düzenindendir.” Bu sebeple hakim, davanın her safhasında görevli olup olmadığını incelemek zorundadır⁹⁸. Bununla birlikte taraflar da davanın her aşamasında görev konusuna ilişkin itirazda bulunabilirler⁹⁹.

SSGSSK m. 101 hükmü “Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyumsuzluklar iş mahkemelerinde görülür.” şeklindeki düzenlemeyle görevli mahkemeyi iş mahkemesi olarak belirlemiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu¹⁰⁰ (İMK) m. 5/1-b hükmü de “İdari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanunun geçici 4’üncü maddesi kapsamındaki uyumsuzluklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyumsuzluklara (...) ilişkin dava ve işlere bakar.” şeklindeki düzenlemeyle iş mahkemelerinin bakmakla görevli olduğu işleri belirlemiştir. İMK m. 2/3 hükmü gereğince ise “İş mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk mahkemesince, bu Kanundaki usul ve esaslara göre bakılır.”

Hizmet tespit davaları bakımından görevli mahkemenin iş mahkemeleri olduğunu söylemek mümkündür¹⁰¹. İş mahkemesi bulunmayan yerlerde İMK m. 2/3 hükmü gereğince asliye hukuk mahkemeleri davaya bakmakla görevli olacaktır. Birden fazla asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde ise iş davalarına bakacak mahkeme Hakimler Savcılar Kurulu tarafından belirlenmektedir¹⁰².

F- Yetkili Mahkeme

Yetki, davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağını belirler¹⁰³. Yetki hususu, görevden farklı olarak hukukumuzda kural olarak kamu düzeninden görülmemiş olmakla birlikte bazı hallerde mahkemenin yetkisi kamu düzenine ilişkin kabul edilmiş ve kesin yetki kuralları benimsenmiştir¹⁰⁴. HMK m. 114/1-ç hükmü “Yetkinin kesin olduğu hâllerde, mahkemenin

93- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 98; Nizamoğlu Öztürk, “Kesintili Çalışma Olgusu”, 81.

94- Y. HGK., 26.02.2003 T., E. 2003/21-43; K. 2003/97 (Sinerji Mevzuat, E.T.: 01.05.2003).

95- Nizamoğlu Öztürk, “Kesintili Çalışma Olgusu”, 82.

96- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 99; Nizamoğlu Öztürk, “Kesintili Çalışma Olgusu”, 82, 83.

97- Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 60.

98- Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 65.

99- Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 66.

100- 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, RG. 25.10.2017, S. 30221.

101- H. Argun Bozkurt, “İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi”, *Ankara Barosu Dergisi* (S. 2, 2010), 192, 193; Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 78.

102- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 111; Yücel, “Sigortalı Hizmetlerin Tespiti”.

103- Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 70.

104- Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 70, 71.

yetkili bulunması.” şeklindeki düzenlemeyle kesin yetki kurallarının bulunması halinde davanın yetkili mahkemede açılmasını dava şartı olarak hükme bağlamıştır. Bu sebeple kesin yetkinin söz konusu olduğu hallerde taraflar yetki itirazını davanın her aşamasında öne sürebileceği gibi mahkeme de bu hususu davanın her aşamasında kendiliğinden gözetmelidir¹⁰⁵. Bununla birlikte kesin yetkinin söz konusu olduğu hallerde taraflar yetki sözleşmesiyle başka bir yer mahkemesini yetkili kılamazlar¹⁰⁶.

İş davalarında yetkili mahkeme İMK m. 6/1-2 gereğince “İş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir. Davalı birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.” Görüldüğü üzere kanun koyucu davacıya, davayı nerede açacağına ilişkin bir seçim hakkı tanımıştır. Belirtmek gerekir ki İMK m. 6 hükmüne aykırı yetki sözleşmeleri geçersizdir (İMK m. 6/5). Bununla birlikte iş mahkemelerinin yetkisi kamu düzenine ilişkin olduğundan davalı tarafından süresi içerisinde yetki itirazında bulunulmamış olsa bile hakim davanın her aşamasında re’sen yetkisizlik kararı verebilecektir¹⁰⁷.

III- DAVANIN GÖRÜLMESİ

A- Yargılama Usulü

İMK m. 7/1 hükmü uyarınca “İş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır.” Basit yargılama usulü HMK m. 316 vd. maddelerinde düzenlenmiştir¹⁰⁸. Bununla birlikte sosyal güvenlik hukukuna ilişkin birtakım davalarda, dava açılmadan önce SGK’ye başvurulması zorunludur. Zira İMK m. 4/2 hükmü “31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurulması zorunludur. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan başvuruya altmış gün içinde Kurumca cevap verilmezse talep

reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması şarttır. Kuruma başvuruda geçirilecek süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.” düzenlemesini içermektedir. Ancak söz konusu hükümde hizmet tespit davaları hariç tutulduğundan bu davalarda SGK’ye başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır.

B- Davanın Tarafları

1- Davacı Taraf

a- Sigortalı

SSGSSK m. 86 hükmü “Aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar” ifadesini içermektedir. Dolayısıyla hizmet tespit davası, sigortalı tarafından açılabilecektir¹⁰⁹. Sigortalı olduğunu iddia eden kişinin davacı olabilmesi için SSGSSK m. 4/1-a hükmü gereğince bir işveren nezdinde hizmet akdi ile çalışıyor olması ve SSGSSK m. 6’da sayılan istisnalardan olmaması gerekmektedir¹¹⁰. Bir başka anlatımla davacının taraf sıfatına sahip olabilmesi için sigortalı niteliğine sahip olması şarttır¹¹¹.

a- Hak Sahipleri

Hak sahiplerinin SSGSSK m. 3/7 hükmü gereğince “Sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasını” ifade ettiğini yukarıda incelemiştik¹¹². Hak sahiplerinin de hizmet tespit davasını açabileceği kabul edilmektedir¹¹³.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre hak sahiplerinin hakları ve sigortalılık ilişkisi sigortalıdan farklı ve ayrı olması sebebiyle hak sahipleri sigortalının yaşamında dahi hizmet tespit davası açabilmelidirler¹¹⁴. Ancak kanaatimizce bu görüş

109- Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 69; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 145; Yücel, “Yargılama Usulü”, 81; Orhan, “Hak Düşürücü Süre”, 152; Belci, *Hizmet Tespiti*, 96; Sözer, *Sosyal Sigortalar*, 473.

110- Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 145; Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 69.

111- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 118.

112- Bkz. II, D, 6.

113- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 121; Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 72; Belci, *Hizmet Tespiti*, 96; Orhan, “Hak Düşürücü Süre”, 152.

114- Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 73; Yücel, “Yargılama Usulü”, 81; Özgür Öztürk, “Sigortalı Hizmetin Tespiti”, *Çimento İşveren Dergisi* (C. 12, S. 1, 1998), 4.

105- HMK m. 119/1.

106- Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 80.

107- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 113; Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 80; Filiz Berberoğlu Yenipinar, *Hizmet Tesbiti Davaları* (İstanbul: Legal Yay., 2018), 38.

108- Basit yargılama usulü hakkında detaylı bilgi için bkz. Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 456 vd.

isabetli değildir. Zira sosyal güvenlik ilişkisi sigortalının yanı sıra her ne kadar hak sahiplerini de kapsasa da sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması dolayısıyla sigortalının sağlığında hak sahiplerinin dava açabilmesi mümkün olmamalıdır.

b- İşçi Sendikası

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun¹¹⁵ (STİSK) m. 26/2 hükmü gereğince "Kuruluşlar, çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikalar, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahiptir. Yargılama sürecinde üyeliğin sona ermesi üyenin yazılı onay vermesi kaydıyla bu yetkiyi etkilemez." Kanun hükmü ile de sabit olduğu üzere işçi sendikaları da hizmet tespit davası açabilirler.

STİSK m. 26 hükmünde "kuruluş" ifadesi kullanıldığı için dava açma ve davayı takip etme yetkisine hem sendikaların hem de konfederasyonların sahip olduğu ifade edilmektedir¹¹⁶. Ancak belirtmek gerekir ki konfederasyonların yalnızca kolektif nitelikli davalar bakımından davayı takip etme yetkisi bulunmaktadır¹¹⁷. Dolayısıyla hizmet tespit davaları bakımından konfederasyonların davayı takip yetkisi bulunmamaktadır¹¹⁸. Hizmet tespit davaları bakımından sendikaların davayı takip edebilmesi için sigortalının yahut hak sahibinin yazılı başvuruyla sendikaya temsil yetkisi vermesi gerekmektedir¹¹⁹.

2- Davalı Taraf

a- İşveren

SSGSSK m. 86 hükmünde, hizmet tespit davasının kim tarafından açılabileceğini belirtmiş, ancak davanın kime karşı açılacağını açıkça

belirtmemiştir. Söz konusu yasa hükmünde yer alan "Aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen" ibaresinden hizmet tespit davasının işverene karşı açılacağı anlaşılmaktadır¹²⁰. SSGSSK m. 12/1 hükmünde işveren "4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar." olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte İMK m. 4/2 hükmünde yer alan "Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda" şeklindeki düzenlemeden hizmet tespit davasının işverene karşı açılacağı anlaşılmaktadır.

İşverenin şirket olması durumunda şirketin tüzel kişiliğe haiz olup olmadığı önem teşkil etmektedir. Eğer işveren tüzel kişiliği sahipse davanın tüzel kişiliğe yöneltilmesi gerekmektedir¹²¹. Ancak işveren şirket tüzel kişiliğe sahip değilse işyerini işleten gerçek kişi işveren davalı olacaktır¹²². Bu husus özellikle adi ortaklığa karşı yöneltilcek husumetlerde karşımıza çıkmaktadır. Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından dava ve taraf ehliyeti de yoktur¹²³. Bu sebeple hizmet tespit davası, adi ortaklığı oluşturan tüm ortaklara karşı açılmalıdır¹²⁴. Nitekim Yargıtay bir kararında "Adi ortaklığın kendisine ait bir tüzel kişiliği mevcut olmadığından davada taraf olma ehliyeti yoktur. Bir başka ifade ile adi ortaklığın dava ve takip ehliyeti olmadığı gibi, ona karşı da dava açılamaz. Bu bağlamda adi ortaklığa karşı açılacak davalar adi ortaklığın kendisine karşı değil dava konusunun paradan başka bir şey olması halinde ortaklığı oluşturan ortakların tamamına (...) yöneltilmelidir."¹²⁵ şeklinde hüküm tesis etmiştir. Hizmet tespit davasının konusu paradan başka bir şey olduğu için dava, ortaklığı oluşturan tüm ortaklara karşı açılmalıdır.

Davalı işverenin dava tarihinden önce vefat

115- 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, RG., 07.11.2012, S. 28460.

116- Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri* (İstanbul: Beta Yay., 2020), 941.

117- Ömer Eyrenci/ Savaş Taşkent/ Devrim Ulucan/ Esra Başkan, *İş Hukuku* (İstanbul: Beta Yay., 2020), 533.

118- Eyrenci v.dğr., *İş Hukuku*, 534; Belci, *Hizmet Tespiti*, 97.

119- Eyrenci v.dğr., *İş Hukuku*, 535; Belci, *Hizmet Tespiti*, 97; Ayça İzmirlioğlu, "Sendikaların Yargılama Alanına İlişkin Bireysel Nitelikli Faaliyetleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (C. 19, S. 2, 2017), 150; Bektaş Kar, "Sendikaların Dava Ehliyeti, Taraf Sıfatı ve Davayı Takip Yetkisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* (C. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, 2016), 978.

120- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 123; Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 75; Belci, *Hizmet Tespiti*, 97; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 149.

121- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 124; Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 75; Belci, *Hizmet Tespiti*, 98.

122- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 124; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 149.

123- Aslıhan Kayık Aydınalp ve Baki Oğuz Mülayim, "Hizmet Tespit Davalarında İş Sözleşmesi ile Adi Ortaklık Sözleşmesinin Tespitine İlişkin Ölçütler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (C. 27, S. 3, 2017), 817.

124- Aydınalp ve Mülayim, "Hizmet Tespit Davalarında İş Sözleşmesi ile Adi Ortaklık Sözleşmesinin Tespitine İlişkin Ölçütler", 817; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 156.

125- Y. 7. HD., 10.03.2016 T., E. 2015/43819, K. 2016/6033 (Kazancı Hukuk, E.T.: 12.05.2023).

etmesi durumunda dava, işverenin mirasçılarına karşı açılabilir¹²⁶. İşverenin dava esnasında ölümü halinde ise işverenin mirasçılarının davaya dahil edilmesi suretiyle davaya devam edilebilir¹²⁷. Yargıtay bir kararında hizmet tespit davasının mirası reddeden mirasçılara karşı da yöneltilebileceğini kabul etmiş ve “Türk Medeni Kanunu’nun 612. maddesinde ‘En yakın yasal mirasçılarının tamamı tarafından reddolunan miras, sulh mahkemesince iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir. Tasfiye sonunda arta kalan değerler, mirası reddetmemişler gibi hak sahiplerine verilir.’ düzenlemesine yer verilmiş olup; mirasın reddi durumunda tasfiye sonucu terekeden arta kalan olursa, bunlar ikinci zümreye geçmeyecek olup, mirası reddetmiş olan birinci zümreye verileceği hususu, yine tespitine karar verilecek sigortalılık süresinin prim miktarını, bunun sonucu olarak da terekeden ödenecek kısmı etkileyeceği gözetildiğinde, hizmet tespiti davasının mirası reddetmiş olanların da hak alanını ilgilendireceği açık olup, kendilerine husumet yöneltilerek yargılamaya devamla karar verilmiş olması yerindedir”¹²⁸ şeklinde hüküm tesis etmiştir.

b- İşveren Gibi Sorumlu Olanlar

SSGSSK m. 12/6 hükmü “(...) asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur.” şeklinde bir düzenleme içermektedir. Bu sebeple asıl işverenlik- alt işverenlik ilişkisinin yasa hükümlerine uygun bir şekilde kurulmuş olması halinde husumetin her iki işverene de yöneltilmesi gerekmektedir¹²⁹. Bununla birlikte hizmet tespit davası işveren vekiline karşı da yöneltilebilecektir¹³⁰. Nitekim SSGSSK m. 12/2 “İşveren adına ve hesabına, işin veya görülen hizmetin bütününün yönetim görevini yapan kimse, işveren vekilidir.” şeklinde işveren vekilini tanımlamış ve işveren vekilini SSGSSK’de belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutmuştur. Bu sebeple hizmet tespit davasının işveren vekiline karşı da açılabilirliği kabul edilmelidir.

3- Kurumun Fer’i Müdahil Olarak Davaya Katılımı

İMK m. 4/2 hükmü gereğince “Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında fer’i müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi kanun yoluna başvurabilir. Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür.” Yasa hükmü ile de sabit olduğu hizmet tespit davası SGK’ye re’sen ihbar edilir ve Kurum davaya fer’i müdahil olarak dahil olur.

HMK m. 61/1 hükmü gereğince “Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir.” HMK m. 63 hükmü ise “Dava kendisine ihbar edilen kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabilir.” düzenlemesini içermektedir. Bununla birlikte üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer’i müdahil olarak davada yer alabilir (HMK m. 66). Görüldüğü üzere söz konusu düzenlemelerle fer’i müdahilin davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan tarafın yanında yer alması amaçlanmaktadır¹³¹.

Hizmet tespit davası, davanın konusu ve dava neticesinde tesis edilecek kararın etkisi göz önünde bulundurulduğunda HMK m. 61 vd. hükümlerinde düzenlenen davanın ihbarına ilişkin koşulları taşımadığı görülmektedir¹³². İlk olarak belirtmek isteriz ki hizmet tespit davasında işveren ile Kurum arasında bu dava neticesinde tesis edilecek hükme göre bir tazminat yahut rücu davası açılması söz konusu değildir¹³³. Sigortalı tarafından herhangi bir hizmet tespit davası açılmamış olsa bile Kurum, fiili çalışmanın kendisine bildirilmediğinden bahisle işverene karşı re’sen prim tahakkuk ettirebilir ve ceza kesebilir¹³⁴.

İMK m. 4/2 hükmü gereğince tarafların talebi olmasa da dava, SGK’ye re’sen ihbar edilecektir ve SGK, davalı işverenin yanında yer alarak

126- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 125.

127- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 125; Y. 21. HD., 22.02.2007 T., E. 2007/1980, K. 2007/2529 (Kazancı Hukuk, E.T.: 12.05.2023).

128- Y. 10. HD., 14.03.2014 T., E. 2014/3828, K. 2014/5851 (Sinerji Mevzuat, E.T.: 12.05.2023).

129- Belci, *Hizmet Tespiti*, 98; Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 126; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 151.

130- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 128; Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 79; Belci, *Hizmet Tespiti*, 98.

131- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 133.

132- Murat Atalı, “Hizmet Tespit Davasının Güvenlik Kurumuna İhbarı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan sayısı, 2014), 645; Belci, *Hizmet Tespiti*, 104; Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 133.

133- Atalı, “Kuruma İhbar”, 645.

134- Atalı, “Kuruma İhbar”, 645.

davalı işveren lehine savunma yapmak zorunda kalacaktır¹³⁵. Oysa Kurumun sigortalımın yanında yer almasında hukuki yararı bulunmaktadır¹³⁶. Zira sigortalının davayı kazanması halinde Kurum da işverenden yatırmadığı primleri yatırmasını isteyebilecektir¹³⁷. Bununla birlikte yargılama neticesinde tesis edilecek hükmün, kesinleştikten sonra Kurum'un bu kararı uygulamak zorunda olması da doktrinde eleştirilmektedir¹³⁸. Zira bu husus HMK m. 303 hükmünde düzenlenmiş olan kesin hüküm müessesesi ile de örtüşmemektedir¹³⁹.

Kanaatimizce SGK'nin hizmet tespit davasında davalı işverenin yanında fer'i müdahil olarak bulunması HMK'nin fer'i müdahaleye ilişkin düzenlemelerinin yanı sıra AY m. 60 ile devlete yüklenen sosyal güvenliği sağlama yükümlülüğüyle de örtüşmemektedir. Zira Kurum bir bakıma davalı işveren ile birlikte davanın sigortalı aleyhine sonuçlanması için çaba sarf edecektir. Bu hususun Kurum'un kuruluş amacıyla örtüşmediği sabittir.

C- İspat Hususu

1- Genel Olarak

6100 sayılı HMK m. 190/1 hükmü gereğince "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir." Bununla birlikte 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹⁴⁰ m. 6 hükmü ise "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür." düzenlemesini içermektedir.

Hukukumuzda deliller bakımından bir sınırlama yapılmamıştır, bu sebeple ispat aracı olabilecek her şey delil olarak kabul edilmiştir¹⁴¹. Nitekim HMK m. 192 hükmü "Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere

de başvurulabilir." şeklinde bir düzenleme içermektedir. Bunun yanı sıra hakim delilleri nasıl değerlendireceği de önemli bir husustur. HMK m. 198 hükmü gereğince "Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir." Kanunda belirtilen istisnalar ise senet, yemin ve kesin hükümdür¹⁴². Hizmet tespit davalarına ilişkin SSGSSK m. 86 hükmünde çalışma olgusunun hangi delillerle ispatlanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır, bu sebeple hizmet tespit davaları bakımından her türlü delile dayanmak mümkündür¹⁴³.

2- İspata Yönelik Benimsenen İlkeler

a- Eşdeğer Delillerle Kanıtlama İlkesi

Bir hizmet sözleşmesine dayanarak çalışmanın varlığı saptanmadığı sürece sigortalılık ilişkisinden söz edilemeyecektir¹⁴⁴. Bu sebeple sigortalının çalışma olgusunu kanıtlaması gerekmektedir. Hizmet tespit davalarında davanın ispatı hususunda herhangi bir sınırlamaya gidilmemiş olsa da eşdeğer delillerle kanıtlama ilkesi gereğince yazılı delillere öncelik tanınmalıdır¹⁴⁵.

Sigortalı çalışma olgusunu her türlü delille ispatlayabilir¹⁴⁶. Ancak ücretin ispatı açısından böyle bir serbestlik bulunmamaktadır. Zira HMK m. 200 hükmü gereğince belirlenecek olan sınırı aşan ücretlerin yazılı delille ispatlanması zorunludur¹⁴⁷. Nitekim Yargıtay bir kararında "Bir hukuki işlemin senetle ispatının gerekip gerekmediği o hukuki işlemin tümünün değerine göre belirlenir. Buna göre de ücret miktarı HMK'nin Geçici 1. maddesinin ikinci fıkrası delaletiyle HUMK 288. maddesinde (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 200. maddesi) belirtilen sınırları aşıyorsa, tespiti gereken gerçek ücretin; hukuksal geçerliliğe haiz olarak düzenlenmiş bulunmaları kaydıyla, işçinin imzasının bulunduğu aylık ücreti gösteren para makbuzları, banka kayıtlar, ticari defter kayıtları, ücret bordroları gibi belgelerle ispatı mümkündür. Yazılı delille ispat sınırın altında kalan miktar içinse tanık dinletilebilir. Tespiti istenen miktar sınırı

135- Belci, *Hizmet Tespiti*, 104; Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 133; Atalı, "Kuruma İhbar", 646.

136- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 133, 134; Atalı, "Kuruma İhbar", 646; Müjdat Şakar, "Sigortaya Bildirilmeyen Çalışmalar İçin Hizmet Tespit Davası Açılması", *Yaklaşım Dergisi* (S. 219, 2011); Belci, *Hizmet Tespiti*, 105.

137- Atalı, "Kuruma İhbar", 646; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 159.

138- Atalı, "Kuruma İhbar", 648; Belci, *Hizmet Tespiti*, 105.

139- Atalı, "Kuruma İhbar", 648.

140- 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, RG., 08.12.2001, S. 24607.

141- Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 362.

142- Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 363.

143- Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 93.

144- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 140.

145- Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 93; Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 141.

146- Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 93; Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 141.

147- Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 94; Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 141; Senem Ermumcu, "Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Hizmet Tespitinde Prime Esas Kazançların İspatı", *Çalışma ve Toplum Dergisi* (C. 2, S. 69, 2021), 915.

aşılıyor olsa bile varlığı iddia edilen çalışmanın öncesine ve sonrasına ait yazılı delil başlangıcı sayılabilecek belgeler bulunuyorsa da tanık dinletilmesi mümkündür.”¹⁴⁸ şeklinde hüküm tesis ederek bu hususu benimsemiştir.

b- Re’sen Araştırma İlkesi

Medeni usul hukukumuzda kural olan taraflarca getirilme ilkesidir¹⁴⁹. Ancak tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemediği ve kamu düzenini ilgilendiren davalarda hakim de taraflarla birlikte delillerin mahkemeye getirilmesi hususunda görevli ve yetkili kılınmıştır¹⁵⁰.

Sosyal güvenlik hakkının niteliği gereği bu tür davalarda hakim re’sen araştırma yapması gerekmektedir¹⁵¹. Yargıtay hizmet tespit davasına ilişkin olarak tesis ettiği kararların çoğunda bu davaların kamu düzenine ilişkin olduğunu ve hakim re’sen araştırma yapması gerektiğini belirtmektedir¹⁵². Bununla birlikte hakim re’sen araştırma yapmasının bir diğer nedeni de gerçeğe aykırı sigortalılık süresinin edinilmesinin önüne geçilmesidir. Nitekim Yargıtay bir kararında “Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanların hizmetlerin tespitine ilişkin davalar, kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmesi zorunludur. Bu çerçevede hak kayıplarının ve gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyerek, gerekli araştırmaların re’sen yapılması ve kanıtların toplanması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.”¹⁵³ şeklinde hüküm tesis etmiştir.

Hizmet tespit davalarında hakim re’sen

toplaması gereken deliller arasında işyeri kayıtları, ücret bordroları, müfettiş raporları bulunmaktadır¹⁵⁴. Bununla birlikte hakim işyeri çalışanlarını da re’sen belirlemekte ve gerektiğinde komşu işyerlerinde çalışanların da bilgilerine başvurarak gerçek çalışma olgusunu somut ve inandırıcı bilgilerle kanıtlamaktadır¹⁵⁵. Nitekim Yargıtay bir kararında “Gelen belgeler arasında dönem bordroları olmadığı gibi, komşu işyerleri ve kayıtlara geçmiş kişiler de araştırılmamıştır. Dinlenen davacı tanıkları kayıtlara geçmiş kişiler değildir. Mahkemece yapılacak iş, işe giriş bildirgelerindeki işyeri sicil numarası yazılarak dönem bordrolarını getirtmek, davacıdan başka çalışan varsa bilgisine başvurmak, yoksa komşu işyerlerinde çalışanlar araştırılıp tespit edilerek tanık sıfatıyla bilgilerine başvurmak olayın aydınlanması bakımından zaruridir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın eksik araştırma ve incelemeyle yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir.”¹⁵⁶ şeklinde hüküm tesis ederek davaya bakan mahkemenin nasıl bir araştırma yapması gerektiğini belirlemiştir.

D- Hizmet Tespit Davalarında Davaya Son Veren Taraf İşlemleri

a- Kabul Yasağı

Davaya son veren taraf işlemlerinden olan kabul HMK m. 308’de düzenlenmiştir. Kanun hükmünün ilk fıkrası gereğince “Kabul, davacının talep sonucuna, davalının kısmen veya tamamen muvafakat etmesidir.” Bununla birlikte kabul, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda hüküm doğurur (HMK m. 308/2). Kabulün mahkemeye yönelik olarak yapılması gerekmektedir¹⁵⁷. Ancak kabulün hüküm ve sonuç doğurabilmesi için mahkemenin yahut davacının kabulüne gerek yoktur, davalının tek tarafı irade beyanıyla tamamlanır¹⁵⁸.

Hizmet tespit davaları bakımından kabul yasağı söz konusudur. Bir diğer anlatımla kabul, hizmet tespit davalarında geçerli olmamaktadır¹⁵⁹. Zira

148- Y. HGK., 5.11.2019 T., E. 2015/3509, K. 2019/1127 (Kazancı Hukuk, E.T.: 12.05.2023).

149- Pekcanitez v.dğr., Usul Hukuku, 184.

150- Pekcanitez v.dğr., Usul Hukuku, 185.

151- Öztürk, Hizmet Tespit Davaları, 143; Ertekin, Hizmet Tespiti, 163; Belci, Hizmet Tespiti, 107; Yücel, Sigortalı Hizmetlerin Tespiti, 97.

152- Y. 10. HD., 12.01.2023 T., E. 2022/14688, K. 2023/218; Y. HGK., 21.12.2022 T., E. 2021/550, K. 2022/1825; Y. HGK., 24.11.2022 T., E. 2022/1049, K. 2022/1598; Y. 10. HD., 01.06.2022 T., E. 2022/5009, K. 2022/8251; Y. HGK., 04.11.2021 T., E. 2018/385, K. 2021/1349 (Sinerji Mevzuat, E.T.: 14.05.2023).

153- Y. 10. HD., 10.03.2020 T., E. 2019/3958, K. 2020/2160; benzer yönde bkz. Y. HGK., 21.12.2022 T., E. 2021/550, K. 2022/1825; Y. 10. HD., 28.02.2022 T., E. 2021/12303, K. 2022/2638 (Sinerji Mevzuat, E.T.:14.05.2023).

154-Yücel, Sigortalı Hizmetlerin Tespiti, 97; Öztürk, Hizmet Tespit Davaları, 144.

155- Öztürk, Hizmet Tespit Davaları, 144.

156- Y. HGK., 22.12.2004 T., E. 2004/21-742, K. 2004/744 (Kazancı Hukuk, E.T.: 14.04.2023).

157- Pekcanitez v.dğr., Usul Hukuku, 435.

158- HMK m. 309/2, “Feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir.”

159- Öztürk, Hizmet Tespit Davaları, 157; Yücel, Sigortalı Hizmetlerin Tespiti, 103.

AY m. 60'ta düzenlenen sosyal güvenlik hakkının niteliği gereği hizmet tespit davalarında hakimnin doğrudan soruşturma yapması gerekmekte ve sigortalılık koşullarının oluşup oluşmadığını re'sen incelemektedir¹⁶⁰. Bir diğer anlatımla hizmet tespit davalarının kamu düzenine ilişkin olması ve hizmet tespit davalarında amacın sigortalının sosyal güvenliğinin teminini sağlamak olması hasebiyle hizmet tespit davasında kabul geçerli olmamaktadır¹⁶¹. Nitekim Yargıtay bir kararında "Sosyal Güvenlik Hukuku ilkelerine göre işverenin çalışma olgusunu kabul etmesinin dahi sonuca etkili olmayacağı, yine de mahkemenin gerçek çalışma olgusunu kendiliğinden araştırması gerektiği (...) "¹⁶² şeklinde hüküm tesis ederek davanın davalı işveren tarafından kabul edilmesi halinde dahi kabulün bir sonuç doğurmayacağına, bu sebeple mahkemenin davaya bakmaya devam etmesi gerektiğine hükmetmiştir.

b- Davadan Feragat

Davadan feragat HMK m. 307 hükmünde "Feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir." şeklinde tanımlanmıştır. Feragatin konusu davacı tarafından ileri sürülen talep sonucudur¹⁶³. Davadan feragat, dava konusu olan haktan da feragat sayıldığı için davadan feragat eden davacı, dava konusu ettiği talebini artık dava edemez¹⁶⁴. HMK m. 309/2 gereğince "Feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir." Bununla birlikte davadan feragat, kesin hüküm gibi sonuç doğurur (HMK m. 311).

SSGSSK m. 7 hükmü gereğince hizmet sözleşmesine tabi olarak çalışanlar bakımından sosyal sigorta ilişkisi işçinin çalışmaya başlamasıyla kurulur¹⁶⁵. Sosyal sigortaların zorunlu sigortalardan olması hasebiyle sigortalılık ilişkisi kendiliğinden kurulur¹⁶⁶. Bununla birlikte SSGSSK m. 92/1 hükmü gereğince ise "Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak,

azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir." Davadan feragatin aynı zamanda davaya konu olan haktan da feragat anlamına gelmesi ve sosyal güvenlik hakkından da feragatin mümkün olmaması dolayısıyla hizmet tespit davalarında feragat geçerli sayılmayacaktır¹⁶⁷.

Nitekim Yargıtay bir kararında "506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 6. maddesinde de bu ilke aynen benimsenerek, çalışanların işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olduğu, bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği, sözleşmelere sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamayacağı belirtilmiştir. Bu haliyle sigortalı olmak, kişi bakımından sadece bir hak olmayıp aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu nedenle, sigortalılık hakkından feragat edilemez. Kamu düzenini ilgilendiren bu tür tespit davalarında hakimnin feragat nedeniyle davayı reddetmeyip özel bir duyarlılık göstererek delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir."¹⁶⁸ şeklinde hüküm tesis etmiştir.

c- Sulh

HMK m. 313/1 hükmü gereğince "Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir." Bir diğer anlatımla sulh, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı anlaşılarak sonuçlandırmasıdır¹⁶⁹. Bununla birlikte sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir (HMK M. 313/2). Hizmet tespit davalarının kamusal niteliği ve tarafların sosyal güvenlik hakkı üzerinde serbestçe tasarruf bulunmadığı hususları göz önünde bulundurulduğunda hizmet tespit davası bakımından sulh sözleşmesinin bir hüküm doğurmayacağı açıktır¹⁷⁰.

d- Davanın Geri Alınması

HMK m. 123 hükmü gereğince "Davacı, hüküm

160- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 157.

161- Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 104; Belci, *Hizmet Tespiti*, 137; Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 157.

162- Y. HGK., 4.07.2012 T., E. 2012/21-137, K. 2012/433 (Kazancı Hukuk, E.T.: 14.05.2023).

163- Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 432.

164- Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 433.

165- SSGSSK m. 7/1-a.

166- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 158.

167- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 158; Belci, *Hizmet Tespiti*, 136; Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 105, 106; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 192, 193.

168- Y.HGK., 11.02.2004 T., E. 2004/21-54, K. 2004/54 (Kazancı Hukuk, E.T.: 17.05.2023).

169- Pekcanitez v.dğr., *Usul Hukuku*, 436.

170- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 161; Belci, *Hizmet Tespiti*, 139; Yücel, *Sigortalı Hizmetlerin Tespiti*, 109; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 195.

kesinleşinceye kadar, ancak davalının açık rızası ile davasını geri alabilir.” Kanun hükmü ile de sabit olduğu üzere davanın geri alınması, feragat ve kabulden farklı olarak karşı tarafın açık rızasına bağlıdır. Bununla birlikte davanın geri alınmasında feragatten farklı olarak davacı, davadan ve haktan feragat etmemekte, daha sonra aynı davayı açabilme hakkını saklı tutmaktadır¹⁷¹.

Davanın geri alınması ile dava konusu hakkın ortadan kalmaması dolayısıyla öğretide hizmet tespit davası bakımından davacının davasını geri alabileceği görüşü savunulmaktadır¹⁷². Nitekim Yargıtay da bir kararında “(...) sosyal güvenlik hakkından 6100 sayılı Kanun hükümleri kapsamında feragat olanaksız olduğu gibi sigortalılığın ve sigortalı hizmetlerin tespitine ilişkin davadan da feragat edilemez. Ancak, anılan Kanunun 123. maddesinde düzenlenen hak kullanılabilir ve ileride yeniden dava açabilme hakkı saklı tutularak, davalının açık rızası ile dava geri alınabilir veya 150. maddede öngörülen hak ve olanaktan yararlanılarak dava takip edilmeyip yenileninceye kadar dosyanın işleminden kaldırılması ve giderek davanın açılmamış sayılması sonucu elde edilebilir.”¹⁷³ şeklinde hüküm tesis ederek hizmet tespit davaları bakımından davanın geri alınabileceğini kabul etmiştir.

e- Dosyanın İşleminden Kaldırılması ve Davanın Açılmamış Sayılması

Tarafların açılan bir davaya devam etmemesine, duruşmalara katılmamasına birtakım sonuçlar bağlanmıştır. HMK m. 150/1 hükmü gereğince “Usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflar, duruşmaya gelmedikleri veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dosyanın işleminden kaldırılmasına karar verilir.” Dosyanın işleminden kaldırılmasıyla dava sona ermez, davanın esası hakkında bir karar verilmez; dosya işleminden kaldırılmış olsa dahi dava hala derdesttir ve davanın tüm sonuçları Kanunda öngörülen süre boyunca devam eder¹⁷⁴. Nitekim HMK m. 150/5 hükmü “İşleminden kaldırıldığı tarihten başlayarak üç ay içinde yenilenmeyen davalar, sürenin dolduğu gün itibarıyla açılmamış sayılır ve mahkemece kendiliğinden karar verilerek kayıt kapatılır.” düzenlemesini içermektedir.

İşleminden kaldırılmasına karar verilmiş ve sonradan yenilenmiş olan dava, ilk yenilenmeden sonra bir defadan fazla takipsiz bırakılamaz. Aksi hâlde dava açılmamış sayılır (HMK m. 250/6). Yine HMK m. 320/4 hükmü gereğince ise “Basit yargılama usulüne tabi davalarda, işleminden kaldırılmasına karar verilmiş olan dosya, yenilenmesinden sonra takipsiz bırakılırsa, dava açılmamış sayılır.”

Öğretide hizmet tespit davaları bakımından da dosyanın işleminden kaldırılması ve açılmamış sayılmasına yönelik karar tesis edilebileceği savunulmaktadır¹⁷⁵. Nitekim Yargıtay da bir kararında “Somut olayda mahkemece, işleminden kaldırıldığı 24.11.2016 tarihinden itibaren üç aylık yasal süre içerisinde yenilenmemiş olması nedeniyle HMK 150.Maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılmasına ön inceleme duruşması yapıldıktan sonra karar verildiğine göre (...)”¹⁷⁶ şeklinde hüküm tesis ederek bu hususu benimsemiştir.

Doktrinde Kurumun, sigortalının çıkarlarını korumak için hizmet tespit davasını iyiniyet ve dürüstlük ilkesi gereğince takip etmesi gerektiği savunulmakta, bu sebeple dosyanın işleminden kaldırılmasına yahut davanın açılmamış sayılmasına yönelik kararlara Kurumun da sebebiyet vermesi haklı olarak eleştirilmektedir¹⁷⁷. Kanaatimizce bu eleştiri yerindedir. Zira hizmet tespit davalarıyla, sosyal sigortaların sağladığı korumadan mahrum kalan sigortalının söz konusu korumaya kavuşmasının amaçlandığı göz önünde bulundurulduğunda sosyal güvenliği tesis etmekle görevlendirilen SGK’nin davacı sigortalı lehine söz konusu davayı takip etmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Çalışmamızda 5510 sayılı Kanun ile düzenlenen hizmet tespit davası ele alınmıştır. Sigortalılar söz konusu dava ile sosyal sigortaların sağladığı güvenlikten yoksun olmanın beraberinde getirdiği riskleri bertaraf etmeyi amaçlamaktadır. Hizmet tespit davasının kimler tarafından açılabilmesi, dava açma süresi SSGSSK m. 86 hükmünde düzenlenmiştir. Ancak söz konusu dava açma süresinin beş yıl ile sınırlandırılması kayıt dışı çalışma ile mağdur olan sigortalıları daha da

171- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 162; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 195.

172- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 162; Belci, *Hizmet Tespiti*, 139; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 196.

173- Y. 10. HD., 22.05.2019 T., E. 2018/7140; K. 2019/4642 (*Sinerji Mevzuat*, E.T.: 17.05.2023).

174- Pekcanitez vd.ğr., *Usul Hukuku*, 305.

175- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 161; Belci, *Hizmet Tespiti*, 141; Ertekin, *Hizmet Tespiti*, 197.

176- Y. 21. HD., 18.10.2018 T., E. 2018/171, K. 2018/7534 (*Kazancı Hukuk*, E.T.: 18.05.2023); benzer yönde bkz. Y. HGK., 19.02.2019 T., E. 2017/10-2071, K. 2019/176; Y. 10. HD., 21.11.2019 T., E. 2018/662, K. 2019/8974 (*Sinerji Mevzuat*, E.T.: 18.05.2023).

177- Öztürk, *Hizmet Tespit Davaları*, 161, 162.

dezavantajlı konuma düşürmektedir. Bu sebeple dava açma süresinin, sistemi sürekli bir dava tehdidiyle karşı karşıya bırakmayacak şekilde uzatılması isabetli olacaktır.

Yargıtay içtihatları ve doktrin, hak sahiplerinin de hizmet tespit davası açabileceğini savunmaktadır. Ancak ne Kanun hükmünde ne de yargı içtihatlarında hak sahiplerinin dava açma süresine ilişkin net bir düzenleme bulunmamaktadır. Dava açma süresinin hak düşürücü süre olarak nitelendirildiğini göz önünde bulundurduğumuzda, sigortalının vefatı ile hak sahipleri bakımından yeni bir beş yıllık süre öngörmek hak düşürücü sürenin niteliğine aykırılık teşkil edecektir. Ancak bunun yanı sıra sigortalının, hak düşürücü sürenin dolmasına çok kısa bir zaman kala vefat etmesi halinde de hak sahiplerine dava açmak için çok az bir süre kalacağından bu husus onların hak kaybına uğramasına sebebiyet verecektir. Bu sebeple hak sahipleri açısından dava açma süresinin nasıl belirleneceğine yönelik bir düzenleme getirilmesi kanaatimizce uygulamada ortaya çıkan sorunları bir nebze de olsa giderecektir.

Hizmet tespit davasının düzenleniş amacıyla örtüşmeyen bir diğer husus da Sosyal Güvenlik Kurumunun davaya davalı işverenin yanında fer'i müdahil olarak katılmasıdır. Zira hizmet tespit davasının kabul edilmesi ile SGK aynı zamanda tahakkuk etmiş ve zamanaşımına uğramamış prim alacaklarının tahsili imkanına kavuşmaktadır. Bununla birlikte hizmet tespit davalarında mahkeme huzurunda korunmaya muhtaç olan davacı sigortalıdır. Sosyal Güvenlik Kurumu ise, devlet adına sosyal güvenliği sağlayan kurumdur. Ancak hizmet tespit davasında Kurumun davalı işverenin yanında yer alması hem sosyal güvenliğin Kurum aracılığıyla sağlanmasına hem de davanın ihbarı müessesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple Kurumun davacı sigortalının yanında yer alması, Kurumun var oluş amacına daha uygun düşecektir.

KISALTMA CETVELİ

AY : Anayasa
 AYM : Anayasa Mahkemesi
 b. : Bent
 bkz. : Bakınız
 C. : Cilt
 E. : Esas numarası
 E.T. : Erişim tarihi
 HD. : Hukuk Dairesi

HGK. : Hukuk Genel Kurulu
 HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
 İK : 4847 sayılı İş Kanunu
 İMK : 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu
 K. : Karar numarası
 m. : Madde
 MESS : Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası
 RG. : Resmi Gazete
 S. : Sayı
 SGK : Sosyal Güvenlik Kurumu
 SSGSSK : 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
 STİSK : 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
 T. : Tarih
 TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
 TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
 vd. : Ve devamı
 v.dğr. : Ve diğerleri
 y. : Yıl
 Y. : Yargıtay
 Yay. : Yayıncılık

KAYNAKÇA

- Arap, Erdal. *Hizmet Tespit Davaları*. Ankara: Seçkin Yay., 2021.
- Arıcı, Kadir. *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2022.
- Atalı, Murat. "Hizmet Tespit Davasının Güvenlik Kurumuna İhbarı". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Sayısı, 2014).
- Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Seçkin Yay., 2021.
- Belci, Ozancan. *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Hizmet Tespiti Davaları*. *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, 2019
- Berberoğlu Yenipınar, Filiz. *Hizmet Tesbiti Davaları*. İstanbul: Legal Yay., 2018
- Bozkurt, H. Argun. "İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi". *Ankara Barosu Dergisi* (S. 2, 2010)
- Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat. *İş Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta Yay., 2020.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yay., 2018.
- Ermumcu, Senem. "Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Hizmet Tespitinde Prime Esas Kazançların İspatı", *Çalışma ve Toplum Dergisi* (C. 2, S. 69, 2021).
- Ertekin, Taner. *İşyeri ve Sigortalının Kuruma Bildirilmesi ve Hizmet Tespiti Davası*. Marmara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- Esem, Andaç. *Sosyal Güvenlik Davaları*. Ankara: Seçkin Yay., 2022.
- Eyrenci, Ömer/ Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim/ Başkan, Esra. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yay., 2020.
- Güzel, Ali/ Okur, Ali Rıza/ Caniklioğlu, Nurşen. *Sosyal*

Güvenlik Hukuku. İstanbul: Beta Yay., 2021.

- İzmirlioğlu, Ayça. "Sendikaların Yargılama Alanına İlişkin Bireysel Nitelikli Faaliyetleri". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (C. 19, S. 2, 2017).
- Kar, Bektaş. "Sendikaların Dava Ehliyeti, Taraf Sıfatı ve Davayı Takip Yetkisi". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (C. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Sayısı, 2016).
- Kayık Aydınalp, Aslıhan/ Mülayim, Baki Oğuz. "Hizmet Tespit Davalarında İş Sözleşmesi ile Adi Ortaklık Sözleşmesinin Tespitine İlişkin Ölçütler". Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (C. 27, S. 3, 2017).
- Kuru, Baki. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku. Ankara: Yetkin Yay., 2019.
- Nizamoğlu Öztürk, Meltem. "Hizmet Tespit Davalarında Kesintili Çalışma Olgusu ve Hak Düşürücü Süre". İzmir Barosu Dergisi (S. 3, 2010).
- Özkaraca, Ercüment/ Akkaya, Merve. "Hak Sahiplerinin Hizmet Tespit Davası Açma Süresi". MESS Sicil İş Hukuku Dergisi (S. 48, 2022).
- Öztürk, Meltem. Sosyal Sigortalar Hukukunda Hizmet Tespit Davası. Ankara: Seçkin Yay., 2021.
- Öztürk, Özgür. "Sigortalı Hizmetin Tespiti". Çimento İşveren Dergisi (C. 12, S. 1, 1998).
- Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet. Medeni Usul Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yay., 2019.
- Rüzgar, Orhan. "Sigortasız Çalışmaların Tespiti Davaları ve Hak Düşürücü Süre". İstanbul Barosu Dergisi (C. 91, S. 4, 2017).

- Sözer, Ali Nazım. İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku. İstanbul: Beta Yay., 2021.
- Sümer, Haluk Hadi. Sosyal Güvenlik Hukuku. Ankara: Seçkin Yay., 2022.
- Şakar, Müjdat. "Sigortaya Bildirilmeyen Çalışmalar İçin Hizmet Tespit Davası Açılması". Yaklaşım Dergisi (S. 219, 2011).
- Tuncay, A. Can / Ekmekçi, Ömer. Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri. İstanbul: Beta Yay., 2021.
- Usta, Merve. Medeni Usul Hukukunda Tespit Davalarında Hukuki Yarar. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Yılmaz, Halil. "Yargıtay Kararları Işığında Sigortalı Hizmetlerin Tespiti Davalarında Süre". Çimento İşveren Dergisi (C. 30, S. 2, Mart/2016).
- Yücel, Merve. "Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler". Hukuk Fakültesi Dergisi (y. 2, S. 3, Aralık/2016).
- Yücel, Merve. Sigortalı Hizmetlerin Yargı Kararıyla Tespiti. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2016.
- Yürekli, Sabahattin. "Sosyal Güvenlik Hukukunda Özel Bir Durum: Muristen Bağlanan Aylık Mirasın Reddi Halinde Kesilir mi? (Mirasın reddinin destekten yoksun kalma ve manevi tazminat hakkına olan etkisi)". MESS Sicil İş Hukuku Dergisi (S. 20, Y. 2010).
- Yürekli, Sabahattin. Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi. Ankara: Seçkin Yay., 2016.

Bursa Barosu

DERGİSİ





Kır Çiçeklerimiz Solmasın

Çağdaş Eğitim Kooperatifi “Kır Çiçekleri Okusun Diye...” sosyal sorumluluk projemize yapacağınız her bağış kızlarımızın eğitimine destek olacaktır.



HALK BANKASI

ŞUBE	BURSA
ŞUBE KODU	278
IBAN NO	TR61 0001 2009 2780 0043 0001 44

İŞ BANKASI

ŞUBE	BURSA TİCARİ ŞUBE
ŞUBE KODU	2198
IBAN NO	TR30 0006 4000 0012 1980 0261 79

GARANTİ BANKASI

ŞUBE	GÖRÜKLE
ŞUBE KODU	687
IBAN NO	TR89 0006 2000 6870 0006 2947 67

YAPI KREDİ BANKASI

ŞUBE	CUMHURİYET
ŞUBE KODU	452
IBAN NO	TR62 0006 7010 0000 0068 6525 75

